

**T.C.**

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**İSLÂM BORÇLAR HUKUKUNDA AKİT DIŞI KUSUR  
SORUMLULUĞU**

**MUSTAFA ÜNAL**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**DANIŞMAN**

**DR. ÖĞR. ÜYESİ AHMET AKMAN**

**KONYA - 2019**





T.C.  
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



**Bilimsel Etik Sayfası**

Öğrencinin	Adı Soyadı	Mustafa ÜNAL		
	Numarası	17812301016		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	<input checked="" type="checkbox"/>	
		Doktora	<input type="checkbox"/>	
Tezin Adı	İslâm Borçlar Hukukunda Akit Dışı Kusur Sorumluluğu			

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

Mustafa ÜNAL



T.C.  
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü





### YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Mustafa ÜNAL
	Numarası	17812301016
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku
	Programı	Yüksek Lisans
	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AKMAN
	Tezin Adı	İslâm Borçlar Hukukunda Akit Dışı Kusur Sorumluluğu

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Dışı Kusur Sorumluluğu” başlıklı bu çalışma 30/04/2019 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	Dr. Öğr. Üyesi	Ahmet Akman	
2	Prof. Dr.	Şamil Dağcı	
3	Doç. Dr.	Nurhan Kocunur	

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

## ÖZET

<b>Öğrencinin</b>	Adı Soyadı	Mustafa ÜNAL		
	Numarası	17812301016		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AKMAN		
Tezin Adı	İslâm Borçlar Hukukunda Akit Dışı Kusur Sorumluluğu			

Sosyal bir varlık olarak, bir toplum içerisinde doğup, yaşayan ve çevresiyle ilişki içerisinde olan insan, bu ilişkilerinde kendisine tanınan haklara uyarken, yüklenen yükümlülüklere de riayet etmek zorundadır. Toplum düzeninin ve adaletin sağlanabilmesi adına, kişinin, kendisine tanınmış olan haklarını aşması veya yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucunda belirli sorumluluklarından bahsedilir. Bu sorumluluklar bir akit nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi, arada bir akdin bulunmadığı durumlarda da gündeme gelebilir. Akit dışı sorumluluğun en yaygın şekli ise haksız fiil sorumluluğu olarak da bilinen, kusur sorumluluğudur.

Çalışmamızda kusur sorumluluğunun İslâm hukukunda hangi kavramlar altında incelendiği, kaynaklarının neler olduğu, sorumluluk çeşitleri kapsamında hangi başlıkların altına girebileceği anlatılmış ve bu sorumluluğun unsurları ele alınmıştır. Son olarak ise, kusur sorumluluğunun görünüş şekillerine de yargı kararlarından oluşan örnekler eşliğinde yer verilmiştir. Konu ele alınırken modern hukuk ile mukayese edilmiş ve modern hukuktaki sorumluluk hukuku sistematigi çerçevesinde bir inceleme yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Kusur, Mübâşeret, Tesebbüb, Haksız Fiil, Zarar.**



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

### ABSTRACT

<b>Author's</b>	Name and Surname	Mustafa ÜNAL		
	Student Number	17812301016		
	Department	Public Law		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	X	
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Asst. Prof. Ahmet AKMAN		
Title of the Thesis/Dissertation	Non-Contractual Fault Liability in Islamic Law of Obligations			

People who are born and living in a society, have relationships with environment as a social entity. Human must adhere to their rights and perform obligation. Liabilities are mentioned, as a result of transgression of their rights and doesn't perform obligation for to be supplied social order and justice. These liabilities can be ensued as a result of contract or non-contractual relationships. Most common form of non-contractual liability is a fault liability that are known tort liability.

In our study, fault liability that is treated under which terms in Islamic law, what are the sources of, enters under which titles in kind of liability, are explained. And than elements of this liability are explained. Lastly, how fault liability is arise are described with examples of judicial decisions. This subject that are compared with modern law, has been examined in systematics of liability law in modern law.

**Keywords: Liability, Fault, Beginning, Be caused, Tort, Impairment.**

## İÇİNDEKİLER

<b>ÖZET .....</b>	<b>I</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>III</b>
<b>İÇİNDEKİLER .....</b>	<b>IV</b>
<b>KISALTMALAR .....</b>	<b>XI</b>
<b>ÖNSÖZ .....</b>	<b>XIII</b>
<b>GİRİŞ .....</b>	<b>1</b>
I- KONUNUN MAHİYETİ VE ÖNEMİ .....	2
II- KONUNUN TASNİFİ VE SINIRLANDIRILMASI .....	3
III- ÇALIŞMANIN YÖNTEMİ VE KAYNAKLARI.....	5
IV- KONUNUN SUNULMASI .....	6
<b>BİRİNCİ BÖLÜM</b>	
<b>İSLÂM HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA SORUMLULUK</b>	
I- GENEL OLARAK SORUMLULUK KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	9
A- SORUMLULUK KAVRAMI .....	9
B- İSLÂM HUKUKUNDA SORUMLULUK ANLAMI TAŞIYAN KAVRAMLAR.....	12
1- Mesuliyet .....	12
2- Damân.....	13
3- Zimmet .....	14
4- Uhde .....	15
5- Garâmet .....	15
6- Cebr .....	16
C- SORUMLULUK HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	17
II- SORUMLULUK FİKRİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI.....	21
A- KUR'AN'DA SORUMLULUK.....	21
B- SÜNNET'TE SORUMLULUK.....	24
C- MECELLE'NİN KÜLLİ KAİDELERİ KAPSAMINDA KUSUR SORUMLULUĞU .....	30
III- SORUMLULUK KURUMUNUN AMAÇLARI.....	36
A- ZARARIN ÖNLENMESİ .....	36
B- ZARARIN DENKLEŞTİRİLMESİ.....	37
C- TAZMİNAT TALEBİNDE İHLAL EDİLEN HAKKIN DEVAMI.....	38

IV- SORUMLULUK HUKUKUNUN KONUSU .....	39
A- ŞAHİS İLE SORUMLULUK.....	39
B- MAL VARLIĞI İLE SORUMLULUK .....	41
1- Sınırsız Sorumluluk .....	42
2- Sınırlı Sorumluluk .....	42
V- SORUMLULUK ÇEŞİTLERİ .....	43
A- HUKUKİ SORUMLULUK.....	44
B- CEZAİ SORUMLULUK.....	45
C- İDARİ SORUMLULUK.....	46
VI- SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI.....	48
A- AKDİ SORUMLULUK .....	49
B- AKİT DIŞI SORUMLULUK .....	50
1- Kusursuz Sorumluluk .....	51
a- Kusursuz Sorumluluğun Dayandırıldığı Fikri Temeller.....	53
aa- Yarar İle Zarar Arasında Bağlılık Fikri .....	54
bb- Genel Özen Gösterme Fikri.....	54
cc- Tehlike Fikri.....	55
dd- Fedakârlığın Denkleştirilmesi Fikri.....	55
ee- Hakkaniyet Fikri .....	56
ff- Egemenlik ve Hukuki Alan Fikri.....	56
gg- Anormallik Fikri .....	57
hh- Hukuka Aykırılık Fikri .....	57
b- Kusursuz Sorumluluğun Unsurları .....	58
aa- Fiil veya Olgu .....	58
bb- Zarar .....	58
cc- İlliyet Bağı .....	58
dd- Hukuka Aykırılık.....	59
2- Kusur Sorumluluğu .....	59

## İKİNCİ BÖLÜM

### KUSUR SORUMLULUĞU VE UNSURLARI

I- KUSUR SORUMLULUĞUNUN DAYANAKLARI .....	63
A- KUR'AN'DA KUSUR SORUMLULUĞU .....	63
B- SÜNNET'TE KUSUR SORUMLULUĞU .....	64

C- MECELLE'NİN KÜLLİ KAİDELERİ KAPSAMINDA KUSUR SORUMLULUĞU .....	66
II- KUSUR SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI.....	67
A- FİİL .....	68
1- Fiil Çeşitleri .....	70
a) Olumlu - Olumsuz Fiil Ayrımı .....	70
aa) Olumlu Fiil (Eylem, Bir Şey Yapma, Somut Fiil) .....	70
bb) Olumsuz Fiil (Yapmama, Kaçınma, İhmal Fiili).....	71
b) Fiilin Doğrudan veya Dolaylı Olarak İşlenmesi (Mübâşeret veya Tesebbüb Hallerinde Fiil) .....	72
aa) Fiilin Doğrudan İşlenmesi (Mübâşeret) .....	73
bb) Fiilin Dolaylı Olarak İşlenmesi ( Tesebbüb) .....	75
2- Failin birden fazla olması .....	78
B- ZARAR .....	80
1- Genel Olarak Zarar Kavramı .....	80
2- Zarar Çeşitleri .....	83
a) Maddi Zarar .....	84
aa) Maddi Zararın Unsurları .....	84
aaa) Mal Varlığı .....	84
bbb) Mal Varlığının Eksilmesi .....	87
ccc) Azalmanın İrade Dışı Meydana Gelmesi .....	88
bb) Maddi Zarar Çeşitleri .....	89
aaa) Fiili Zarar .....	89
bbb) Yoksun Kalınan Kâr .....	90
ccc) Kişiye Verilen Zarar .....	95
ddd) Taşınır ve Taşınmaz Mallara Verilen Zarar .....	96
aaaa) Taşınır mallara verilen zararlar .....	96
bbbb) Taşınmaz mallara verilen zararlar .....	98
eee) Menfaatin Tazmini .....	99
fff) Normatif Zarar .....	101
ggg) Doğrudan Doğruya Zarar – Dolaylı Zarar .....	103
hhh) Menfî Zarar – Müspet Zarar .....	104
ııı) Somut Zarar - Soyut Zarar .....	104
b) Manevi Zarar .....	104

C- UYGUN İLLİYET BAĞI.....	108
1- İlliyet Bağı Kavramı .....	109
a) Sebeplerin Çokluğu .....	113
aa) Ortak İlliyet .....	114
bb) Yarışan İlliyet .....	115
cc) Seçimlik İlliyet.....	116
dd) Önüne Geçen İlliyet.....	117
b) Fiilin Birden Çok Zarara Neden Olması .....	118
c) İlliyet Bağını Kesen Sebepler .....	119
aa) Mücbir Sebep .....	120
aaa) Mücbir Sebebin Unsurları .....	121
aaaa) Olay .....	121
bbbb) Haricilik .....	122
cccc) Bir Borca veya Davranış Normuna Aykırılık.....	122
dddd) Kaçınılmazlık .....	122
eeee) Öngörülmezlik.....	123
bbb) Mücbir Sebebin Hüküm ve Sonuçları .....	124
bb) Zarar Görenin Kusuru.....	125
cc) Üçüncü Kişinin Kusuru.....	126
D- KUSUR.....	128
1- Kusur Kavramı .....	128
2- Sorumluluk Ehliyeti.....	130
3- Kusurun Çeşitleri.....	135
a) Kast .....	135
aa) Doğrudan Kast .....	137
bb) Dolaylı Kast.....	137
b) İhmal (Taksîr).....	137
aa) İhmale İlişkin Ayrımlar.....	142
bb) Kusuru İspat Yükümlülüğü .....	143
cc) Kusurun Sorumluluk Hukukundaki Rolü .....	144
E- HUKUKA AYKIRILIK.....	144
1- Teaddî Kavramı .....	145
a) Hukuka Aykırılığın (Teaddî'nin) Unsurları.....	147

b) Teaddî ve Taammüd Kavramları Arasındaki Farklar.....	148
2- Hukuka Uygunluk Sebepleri .....	150
a) Zarar Görenin (Mağdurun) İzni veya Rızası .....	151
aa) İzin ve Rıza Beyanına İlişkin Durumlar .....	151
aaa) İzin ve Rızanın Açık veya Örtülü Olması .....	151
bbb) İzin ve Rızanın Sonradan Verilmiş Olması .....	152
aa) Mal varlığına Verilen Zararlardan Zarar Görenin İzni ve Rızası ..	154
bb) Cana ve Vücut Bütünlüğüne Verilen Zararlarda Zarar Görenin İzni ve Rızası.....	155
b) Yetkili Makamın İzni .....	158
c) Zaruret Hali.....	159
aa) Zaruret Halinin Şartları .....	161
aaa) Şahıs veya mal varlığına yönelmiş açık ya da yakın bir zarar tehlikesi.....	161
bbb) Zarar tehlikesi malına zarar verilecek kişiden sadır olmamalıdır .....	161
ccc) Zarar tehlikesi nedeniyle üçüncü kişinin sadece malına zarar verilmiş olmalıdır.....	162
ddd) Kaçınılan zarar tehlikesi ile kişinin malına verilen zarar arasında orantılılık olmalıdır .....	162
eee) Üçüncü kişinin mal varlığına zarar vermeden, zarar tehlikesinden kurtulma kaçınılmaz nitelikte olmalıdır.....	163
bb) Zaruret Halinin Hüküm ve Sonuçları .....	163
d) Meşrû Müdâfaa (Haklı Savunma) .....	165
aa) Meşrû Müdâfaanın Şartları .....	165
aaa) Meşrû Müdâfaada Bulunan Kişinin Kendisinin veya Üçüncü Bir Kişinin Doğrudan Şahsına ya da Mal Varlığına Yönelik Bir Saldırının Bulunması .....	165
bb) Başlamış veya Başlaması Çok Yakın Bir Saldırının Olması.....	169
cc) Saldırının Hukuka Aykırı Olması .....	169
dd) Saldırı İle Savunma Arasında Uygun Bir Orantının Bulunması	169
ee) Müdâfaa Fiilinin Saldırgana Karşı Yapılması .....	171
bb) Meşrû Müdâfaanın Hüküm ve Sonuçları .....	172
e) Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması.....	172
aa) Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Korumasının Şartları.....	173

aaa) Bir Hakkın Korunması .....	173
bbb) Yetkili Makamların Zamanında Müdahalesinin Mümkün Olmaması .....	173
ccc) Hakkın Korunması İçin Başka Bir İmkânın Mevcut Olmaması .....	173
ddd) Güç Kullanmanın Uygun ve Dengeli Olması.....	174
bb) Kişinin Kendi Hakkını Kendi Gücüyle Korumasının Sonuçları ...	174
f) Hakkın Kötüye Kullanılması.....	174
aa) Hakkın Kötüye Kullanılmasının Şartları .....	177
aaa) Geçerli Şekilde Kazanılmış Bir Hak Mevcut Olmalıdır .....	177
bbb) Hak Açık Bir Şekilde Kötüye Kullanılmış Olmalıdır .....	177
bb) Hakkın Kötüye Kullanılmasının Sonucu.....	179

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### AKİT DIŞI KUSUR SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

I) GASP.....	181
A-) GASP KAVRAMI.....	181
B-) GASPİN TANIMINDAN KAYNAKLANAN İHTİLAFLAR.....	184
1-) Akarın Gasp Edilmesi .....	184
2-) Gasp Edilendeki Artış .....	185
3-) Gasp Edilen Malın Menfaatleri ve Geliri.....	187
C) YARGI KARARLARINDA GASP.....	188
II) GERÇEKLEŞME BİÇİMİ BAKIMINDAN İTLAF TÜRLERİ.....	190
A) MÜBÂŞERETEN İTLAF .....	190
B) YARGI KARARLARINDA MÜBÂŞERETEN İTLAF.....	191
C- TESEBBÜBEN İTLAF .....	194
1-) İstihdam İlişkisinden Doğan Sorumluluk.....	194
a) Genel Olarak İşçi ve İşverenin Sorumluluğu Halleri .....	194
b) Yargı Kararların İşveren Sorumluluğu.....	199
2-) Aile Reisinin Sorumluluğu.....	200
a) Genel Olarak Aile Reisinin Sorumluluğu.....	200
b) Yargı Kararlarında Aile Reisinin Sorumluluğu.....	203
3- Hayvanın Verdiği Zarardan Doğan Sorumluluk .....	203
a) Genel Olarak Hayvanın Verdiği Zarardan Doğan Sorumluluk .....	203

b) Yargı Kararlarında Hayvanın Verdiği Zararlardan Dolayı Sorumluluk .....	208
3-) EŞYADAN DOLAYI SORUMLULUK.....	210
a) Bina ve Diğer İnşa Eseri Malikinın Sorumluluğu .....	210
b) Menkul Eşyanın Düşmesi Durumundan Doğan Sorumluluk .....	216
c) Sanayi Ürünleri ve Atık Maddelerden Doğan Sorumluluk .....	217
d) Yargı Kararlarında Eşyadan Dolayı Sorumluluk .....	217
<b>SONUÇ .....</b>	<b>220</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>229</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>248</b>



**KISALTMALAR**

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bin
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
Çev	: Çeviren
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
EKEV	: Erzincan Kültür ve Eğitim Vakfı
H.z.	: Hazreti
İFAV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
İ. Ü.	: İstanbul Üniversitesi
KSÜ	: Kahraman Maraş Sütçü İmam Üniversitesi
m.	: Madde
Mecelle	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye
OSAV	: Osmanlı Araştırmaları Vakfı
r.a	: Radıyallahu anh/anhuma/anhum
rh.a.	: Rahmetullahu aleyh
s.	: Sayfa
s.a.v.	: Sallallahu Aleyhi ve Sellem
ss.	: Sayfa Sayıları
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
sy.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu

TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
ty.	: Tarih Yok
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
y.	: Yıl



## ÖNSÖZ

İnsanlar tarihleri boyunca birbirleriyle ilişki içerisinde olmuşlar ve bu ilişkileri çerçevesinde sosyal bir dünya inşa etmişlerdir. Bu ilişkiler neticesinde insanlar arasında birtakım haklar ve yükümlülükler meydana gelmiştir. Borçlar Hukuku kapsamında bu ilişkiler, borç ilişkisinin kaynakları olarak ifade edilen, hukuki işlem, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme başlıkları altında genel manada ele alınabilir.

Borç ilişkisinin kaynaklarından olan haksız fiiller, mübâşeret ve tessebbüb sorumluluğu şekillerinde meydana gelebilirler. Her iki sorumluluk türü açısından en önemli fark ise, kusur unsuru olarak kendini göstermektedir. Mübâşeret sorumluluklarında kişinin kusuru aranmazken, tessebbüb sorumluluklarında aranmaktadır. Ayrıca klasik fıkıh kitaplarında haksız fiiller gasp, itlaf ve diyet başlıkları altında ele alınmışlardır. Özellikle borçlar hukuku kapsamında haksız fiilleri en genel şekilde inceleyen bölüm itlaf bölümü olmuştur. Ancak bu bölümler somut olaylara verilen fetvalar ile kazuistik biçimde gelişmiş ve sistematik olarak ele alınmamıştır.

Tezimizde haksız fiil, hem mübâşeret hem de tessebbüb sorumluluklarını kapsar biçimde, klasik fıkıh kitaplarındaki başlıklar incelenerek sistematik bir şekilde sunulmuştur. Konu ele alınırken Modern Hukuk ile İslâm Hukuku arasında mukayeseler yapılmış, örnekler ve yargı kararlarıyla konunun daha iyi biçimde anlaşılmasına çalışılmıştır.

Bu çalışmanın her aşamasında ilmi ve tecrübesiyle bana yol gösteren değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AKMAN'a ve gerek lisans eğitimim, gerekse yüksek lisans eğitimim boyunca devamlı bu yolda bana ışık tutup, yardımlarını esirgemeyen kıymetli hocalarım, Prof. Dr. Mustafa AVCI'ya, Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER'e, ve Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT'a müteşekkir olduğumu ifade etmek isterim.

Mustafa ÜNAL

Konya - 2019



**GİRİŞ**

## I- KONUNUN MAHİYETİ VE ÖNEMİ

Bir aile içerisinde doğuşundan itibaren insan, toplum içerisinde yaşayan sosyal bir varlıktır. Bu statüsü gereği insan, devamlı çevresiyle ilişki içerisinde. Toplum içerisinde yaşayan insanın çevresiyle girdiği ilişkilerinde, adaletin tesisi gereğince, kendisine ve çevresine tanınan haklar ve aynı zamanda yüklenen yükümlülükler mevcuttur. Kendisine tanınan hakları kullanan veya yüklenen yükümlülükleri yerine getiren kişi bu esnada hukuka uygun davranmak zorundadır. Haklarını kullanan kişi, bu hakların belirli sınırlara tabi olduğunu ve bu sınırları aştığı takdirde, adaletin ve dengenin sağlanması için, birtakım sorumlulukların doğacağını bilmelidir.

Tarih boyunca genel olarak hukuk sistemlerinde haklar, ihlalleri durumunda ortaya çıkan sorumluluklarla dengelenmişlerdir. İslâm hukuku da bu adalet dengesini gözetmiş ve hakların ihlalleri durumunda doğacak sorumlulukları düzenlemiştir. Kur'an ve Sünnette birçok emir ve tavsiye ile insanların ilişkilerinde uyması gereken kurallar belirtilmiştir. Örnek olarak, “*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka...*”<sup>1</sup> mealindeki ayet ve Mecelle’de de külli kaidelerden birisi olarak yer bulmuş olan “*Zarar ve mukabele bi’z-zarar yokdur.*”<sup>2</sup> manasına gelen hadis<sup>3</sup>, bizlere hakların kullanılırken sınırlara riayet edilmesi gerektiğini göstermektedir. Yine Mecelle’de yer alan “*Zarar izâle olunur.*”<sup>4</sup> ilkesi de sınırları içerisinde kullanılmayan haklardan dolayı ortaya çıkan zararların sorumluluk doğuracağını bizlere göstermektedir.

İslâm hukukunda hakların sınırlarına riayet edilmemesi veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumlarında doğan sorumluluk neticesinde birtakım müeyyideler ile adalet dengesi yeniden sağlanmış olmaktadır. İslâm sorumluluk

<sup>1</sup> en-Nisâ, 4/29.

<sup>2</sup> Ali Himmet Berki, **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)**, 2. Baskı, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979, Mecelle, m. 19.

<sup>3</sup> Ebû Abdullah Muhammed bin Yezid el-Kavzini, (İbn Mâce), **Sünen-i İbn-i Mâce**, Mektebet-ül Muârif li'l-Neşr v'et-Tevzî, Riyad, **Ahkâm** 17; 66; Malik Bin Enes, **Muvatta' Tercümesi**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2013, (Çev: Abdulvehhab Öztürk), **Akdıye** 31.

<sup>4</sup> Mecelle, m. 20.

hukuku açısından bu denge özellikle tazminat ve cebri icra müeyyideleriyle oluşturulmaya çalışılmıştır.

İnsanlar kimi zaman kasten ve hukuka aykırı olarak birbirlerine karşı cismani veya mali zarar verebilirlerken kimi zaman ise gerek taksir veya ihmalleriyle gerekse yapılan işin tehlikeli olmasından, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden veya hakkaniyet gereği birtakım zararların doğmasına sebep olabilirler. Özellikle sanayinin ve teknolojinin gelişmesiyle beraber sorumluluk hukuku da farklı durumlar için çözümler aramış ve farklı sorumluluk türleri ortaya çıkmıştır. Tarih boyunca başta kusur sorumluluğunu esas alan, hatta zaman zaman zihinlerde, kusur yoksa zarar da yoktur şeklindeki bir algıyla, kusur sorumluluğu ile özdeşleşen sorumluluk hukuku, kusursuz sorumluluk türlerini de düzenlemiş ve kusurun olmadığı durumlarda da sorumluluğun doğabileceğini göstermiştir. Bu sorumluluk türleri modern hukukta bir genellik taşımayıp daha çok öznel başlıklar halinde kanunda ayrıca düzenleme alanı bulmuş olmasına karşın İslâm hukukunda *mübâşeret* ve *tesebbüb* sorumlulukları altında yer bulmuştur. Özellikle mübâşeret sorumluluğunda kusursuz sorumluluk esas kabul edilmiştir.

Bu çalışmada, kusursuz sorumluluk hallerine kısaca değinilecek olsa da, daha çok kusur sorumluluğu ile aralarındaki farklar açısından bu sorumluluk türü ele alınacak ve esas olarak kusur sorumluluğu işlenecektir.

## II- KONUNUN TASNİFİ VE SINIRLANDIRILMASI

Sorumluluk hukuku dediğimiz zaman çok geniş bir çerçeveye anlaşılmaktadır. Ancak hukuk alanında bunları, hukuki ve cezai sorumluluk olarak iki başlık altında sınırlandırabiliriz. Hukuki sorumluluğu ise akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk olmak üzere iki başlık altında inceleyebiliriz. Çalışmamızın konusu olan kusur sorumluluğu, akit dışı hukuki sorumluluk başlığında ele alınmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızın konusu bakımından sorumluluğun kaynakları başlığı altında akdi sorumluluk ve akit dışı kusursuz sorumluluk konularına değinilecek olsa da esas olarak akit dışı sorumluluk türlerinden akit dışı kusur sorumluluğu ele alınacaktır.

Klasik İslâm hukuku kaynaklarında kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk ayrımı yapılarak sistematik bir anlatım şekli bulunmamaktadır. Klasik eserler *kazuistik (meseleci)* bir metotla ele alınmış ve sorumluluk halleri mesele mesele incelenmiştir. Bu incelemeler daha çok gasp ve diyet başlıkları altında görülmektedir ve bu başlıklar fıkıh kitapları incelenerek fıkıhın tamamına oranlandığında yaklaşık yüzde dördlük önemli bir oran ifade ederler.<sup>5</sup> Pozitif hukukta ise sistematik bir şekilde sorumluluk konusu ele alınmaktadır. Bu çalışmada pozitif hukukun sistematüğinden faydalanılarak, klasik eserlerde ayrı ayrı işlenmiş olan meseleler, ana başlıklar altında toplanarak sistematik bir şekilde incelenecektir. Ancak özellikle mübâşeret ve tessebbüb sorumluluklarının kusuru esas olarak alıp almama hususu pozitif hukuka göre farklılık gösterdiği için zaman zaman bu sistematüğün dışına çıkılacaktır.

Kusur sorumluluğu her ne kadar haksız fiil sorumluluğu ile özdeşleşmiş olarak görülsede İslâm hukukunda özellikle sebep sorumluluklarında kusurun aranması nedeniyle çalışmamızda bu iki kavram ayrı değerlendirilecektir. Klasik fıkıh eserlerinde ele alınan, kusur sorumluluğunun içinde barındırdığı en önemli konular olan ve günümüzde haksız fiilin karşılığı olarak görülen, gasp ve itlaf ise ayrı bir başlık altında incelemeye tabi tutulacaktır.

İslâm hukukunda müeyyideler tabii, vicdani, dini ve sosyal müeyyideler olmak üzere dört başlık altında ele alınmaktadır.<sup>6</sup> Bu başlıklardan sosyal müeyyideleri, hukuki ve cezai müeyyideler şeklinde iki başlık altında toplayabiliriz. Bu çalışmada bahsedilecek olan kusur sorumluluğu, sosyal müeyyideler ana başlığı altında hukuki müeyyideler kısmı içerisinde yer almaktadır. İslâm hukukunda hukuki müeyyideleri butlan, fesad, tazminat ve cebri icra olarak dört başlık altında inceleyebiliriz. Sorumluluğun ortaya çıktığı durumlarda adalet dengesinin sağlanması açısından özellikle tazminat ve cebri icra müeyyidesi önem arz etmektedir. Ancak bu çalışmada müeyyide kısmı inceleme konusu yapılmayıp,

<sup>5</sup> Wael B. Hallaq, **İslâm Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, Pınar Yayınevi, İstanbul, 2018, (Çev: Necmettin Kızılkaya) s. 58.

<sup>6</sup> İbrahim Kafi Dönmez, "Müeyyide", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2006, c. 31, s. 488.

sorumluluk, kavramsal olarak ele alınarak, hangi şartlar ve sebeplerden dolayı nasıl ortaya çıktığı işlenilecektir. Dolayısıyla özellikle tazminata yönelik olan kısımlar sadece gerektiği kadar ele alınacak ve ayrıntıya girilmeyecektir.

### III- ÇALIŞMANIN YÖNTEMİ VE KAYNAKLARI

Akit dışı kusur sorumluluğu konu itibariyle, her dönemde büyük önem arz etmiş ve hukuk disiplinlerinde kendine yer bulmuştur. Borçlar hukuku alanında sorumluluk hukuku akitlerden sonra en çok borç doğuran konu olarak ön plana çıkmaktadır. Bu niteliği itibariyle genel olarak hukuk disiplinlerinde Borçlar hukuku kapsamında derinlemesine işlenen konu hakkında, zengin bir literatür bulma imkanı mevcuttur. Ancak fıkıh kitaplarında, akit dışı kusur sorumluluğu sistematik bir şekilde ele alınmamış ve kazüstik bir incelemeye tâbi tutulmuştur. Modern hukukta ise bu konu teorik ve kavramsal bir şekilde incelenmiştir. Bu çalışmada da, akit dışı kusur sorumluluğu sistematik bir şekilde ele alınmaya çalışılmış, klasik dönem fıkıh kitaplarının ilgili bölümleri sistematik başlıklar altında tasnif edilmeye çalışılmıştır. Aynı zamanda da, modern hukukla paralel bir şekilde konu işlenmiş ve yer yer mukayeseler verilmiştir. Bu mukayeseler esnasında günümüzdeki düzenlemeler modern, pozitif veya merî hukuk kavramlarıyla ifade edilmiştir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere İslam hukuku kaynakları içerisinde akit dışı kusur sorumluluğunu sistematik şekilde ele alan bir kaynak bulunmadığı için, konunun kaynakları arasında çeşitli fıkıh kitapları yer almıştır. Bununla birlikte sistematik olmasa da, konuyu ayrıca işlemiş olan fıkıh kitaplarından özellikle, Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed el-Bağdâdî'nin Mecmau'd-Damânât fî Mezhebi'l-İmâmi'l-A'zâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân adlı eserinden ve çağdaş dönemde konuyu ele almış olan Vehbe Zuhaylî'nin "Nazariyatü'd-Damân" adlı eseri ile Ali el-Hafif'in Ed-Damân fî'l-Fıkhü'l-İslâmî adlı eserinden faydalanılmıştır. Bunların yanında klasik fıkıh kitaplarının, gasp, itlaf ve diyet bölümlerinden faydalanılmıştır. Çağdaş dönemde yazılmış olan Kemal Yıldız'ın İslâm Sorumluluk Hukuku adlı eserinden de bir örnek olarak faydalanılmıştır. Yine çağdaş dönemde ele alınan Hayreddin Karaman'ın Mukayeseli İslam Hukuku adlı eserinden de birçok noktada yararlanılmıştır.

Tüm bu yukarıda sayılan kaynakların yanında, Modern hukukla ilgili olarak gerek konuyu sistematikleştirme, gerek kavramları açıklama gerekse, mukayese yapma hususlarında kaynaklardan faydalanılmıştır. Modern hukukta yararlanılan eserlerin başlıcaları, Fikret Eren'in Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Halûk Tandoğan'ın Türk Mesuliyet Hukuku, Henri Deschenaux ve Pierre Tercier'in Sorumluluk Hukuku, Kemal Oğuzman ve Turgut Öz'ün Borçlar Hukuku Genel Hükümler adlı eserleridir.

#### **IV- KONUNUN SUNULMASI**

Bu çalışma giriş ve sonuç bölümleri hariç üç bölümden meydana gelmektedir. Giriş bölümünde çalışmanın öneminden, nasıl tasnif edildiğinden, hangi konuların ele alınıp hangi konuların çalışma dışında bırakılacağından, konuların nasıl ele alınacağından ve hangi kaynaklardan yararlanıldığından bahsedilmiştir.

Birinci bölümde, sorumluluk hukuku bir bütün olarak ana hatlarıyla resmedilmeye çalışılmıştır. Sorumluluk genel olarak ele alınmış, sorumluluğun kavramsal çerçevesi ortaya konmuş ve kavramların arasındaki farklılıklar incelenmiştir. Ardından sorumluluk fikrinin dayanağını teşkil eden deliller incelenmiş, sorumluluk hukukunun amaçları açıklanmış ve sorumluluk hukukunun kaynakları ifade edilmiştir. Özellikle sorumluluk hukukunun kaynaklarının ifade edilmesiyle beraber, çalışmanın hangi çerçevede ele alınacağı daha net biçimde ortaya konmuştur ve bu kaynaklar arasında akit dışı kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasındaki farkların görülmesi amaçlanarak bu iki sorumluluk türü adına açıklamalar biraz daha tafsilatlandırılmış, ardından da çalışmanın inceleme alanı olan akit dışı kusur sorumluluğuna ilişkin açıklamalar yapılarak bu bölüm sonlandırılmıştır.

İkinci bölümde, çalışmanın temel konusu olan akit dışı kusur sorumluluğu delilleri ve unsurlarıyla birlikte incelenmiştir. Öncelikle akit dışı sorumluluğun delilleri değerlendirilmiş ardından ise unsurların incelenmesine geçilmiştir. Unsular arasında ilk olarak fiil unsuru açıklanmış, hangi fiillerin akit dışı sorumluluğun doğmasına yol açabileceği değerlendirilmiştir. İkinci olarak zarar unsuru ele alınmış

ve akit dışı kusur sorumluluğunun nasıl bir zarar söz konusu olduğunda doğabileceği değerlendirilmiş ve bu konudaki farklı görüşler tartışılmıştır. nc olarak, fiil ve zarar unsuru arasında bulunması gereken uygun illiyet bağı incelenmiştir. Dördüncü olarak, kusur unsuru değerlendirilmiş ve kusursuz sorumluluk ile kusur sorumluluğu arasındaki ayırımın daha net ortaya çıkmasına çaba sarfedilmiştir. Beşinci ve son unsur olarak ise hukuka aykırılık ele alınmış ve hukuka uygunluk sebepleri tek tek açıklanmıştır.

nc bölümde, akit dışı kusur sorumluluğunun İslam hukukundaki görünüş şekilleri ele alınmıştır. Gasp ve İtlaf zerine bir değerlendirmeye tabi tutulan bölümde, mübâşeret ve tesebbüb sorumlulukları ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Gasp ve itlafın unsurlarıyla ilgili tekrar açıklama yapılmamış ve bu konular ile ilgili farklı görüşler nakledilerek, bu görüşlerin neden olduğu sonuçlar incelenmiştir. Ayrıca, konunun daha net anlaşılabilmesi için gasp ve itlaf ile ilgili mahkeme kararlarına da bu bölümde yer verilmiştir.

Nihayet sonuç kısmında ise, her üç bölümde anlatılan önemli hususlar toplu bir şekilde ele alınmış, çalışma boyunca anlatılmak istenen, başta akit dışı kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, mübâşeret ve tesebbüb sorumlulukları olmak üzere çalışmanın esasını teşkil eden konulardan ne anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

# **İSLÂM HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA SORUMLULUK**

Bu bölümde, İslâm hukukunda ve Türk hukukunda sorumluluk kavramı, sorumluluk hukukunun hukuki dayanakları, amaçları, konusu, çeşitleri ve kaynakları incelenmiştir.

## I- GENEL OLARAK SORUMLULUK KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

### A- SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk Türkçede “*bir işten sorumlu bulunan, bir işin sorumlusu olandan durumun hesabını istemek*” şeklinde tanımlanan<sup>7</sup> sormak fiilinden türetilen bir kelimedir.<sup>8</sup> Sorumluluk, “*Kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi*”<sup>9</sup> “*bir kimsenin üstüne aldığı, yapmak zorunda bulunduğu ya da yaptığı bir iş için gerektiğinde hesap verme durumu*”<sup>10</sup> olarak tanımlanır. İstilahta ise sorumluluk, “*uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olunan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme*” anlamlarına gelmektedir.<sup>11</sup>

Sorumluluk geniş bir kavramdır ve dini, ahlaki, hukuki sorumluluk çeşitlerinin hepsini kapsamına alır. Ehliyet şartlarını taşıyan kişiler dini, ahlaki ve hukuki açıdan belirli sorumluluklarla yüklenirler. Ancak bu kişilerin yapmış oldukları fiiller her zaman tüm sorumluluk çeşitlerine göre sorumluluk doğurmaz. Örneğin, kişinin hukuki olarak sorumlu tutulmadığı bir durumda dini olarak sorumluluğu söz konusu olabilir.<sup>12</sup> Kişilerin sorumlu tutulabilmesi için mükellef olmaları genel bir kuraldır. İslâm hukukunda, fiillerinin kabul veya reddi, bu fiillerin emir veya nehiy sınırları dahilinde olup olmaması bakımından hakkında hüküm verilen kişi olduğu için mükellefe, mahkûm-i aleyh de denir.<sup>13</sup> Kişinin mükellef olabilmesi için başlıca teklif delilini anlayabilmek (akıl ve idrak sahibi olmak) ve

<sup>7</sup> Ali, Püsküllüoğlu, **Türkçe Sözlük**, 1. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 1720.

<sup>8</sup> Kemal Yıldız, “Sorumluluk”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2009, c. 37, s. 380.

<sup>9</sup> Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 9. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basım Evi, Ankara, 1998, c. 2, s. 2013; Şemseddin Sami, **Temel Türkçe Sözlük: Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kamus-i Türkî**, Tercüman Gazetesi, İstanbul, 1985, c. 2, s. 1217.

<sup>10</sup> Püsküllüoğlu, **Türkçe Sözlük**, s. 1721; Pars Tuğlacı, **Okyanus Ansiklopedik Sözlük**, Pars Yayınları, İstanbul, 1972, c. 6, s. 2638.

<sup>11</sup> Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 1244; Cengiz Yelbaşı, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Sim Matbaacılık, Ankara, 2014, s. 562.

<sup>12</sup> Hüseyin Esen, “İslâm Hukuku ve Uhrevi Sorumluluk”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 8, 2006, s. 103; Salim Ögüt, “Mesuliyet”, **İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Absiklopedisi**, İFAV Yayınları, İstanbul, 1997, (Edit: İbrahim Kâfi Dönmez) c. 3, ss. 224, 225.

<sup>13</sup> Ebû Zehra, **İslâm Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usûlü**, 12. Baskı, Fecr Yayınevi, Ankara, 2014, (Çev: Abdulkadir Şener), s. 283.

teklife ehil olmak şartlarının kişi üzerinde gerçekleşmesi gerekir.<sup>14</sup> Ancak buna rağmen kişi mükellef olmasa da mal varlığı ile kusursuz olarak sorumlu tutulabilir. Bu şekilde sorumluluğun temelinde hakkaniyet fikri de yatmaktadır.<sup>15</sup>

Hukuk açısından sorumluluğu cezai sorumluluk ve medeni sorumluluk şeklinde ikiye ayırabiliriz. Bütün hukuka aykırı eylemler hem cezaî hem de medeni sorumluluğa neden olmuyor olsalar da cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun aynı hukuka aykırı eylemden doğmasına da bir engel yoktur. Bununla birlikte, bilinmelidir ki medeni sorumluluğun doğması için zarar unsuru olmazsa olmaz (conditio sine qua non) bir şart iken, cezai sorumluluğun doğması için kanun kurallarının ihlali yani hukuka aykırılık mecburi bir şarttır.<sup>16</sup>

Medeni sorumluluk ihlali halinde tazminat gerektirirken, cezai sorumluluk ihlali halinde her durumda tazminatı gerektirmez; tazminatın yanında farklı müeyyideler de gerektirebileceği gibi tazminattan başka müeyyidelerde gerektirebilir. Medeni sorumluluk içerisinde, İslâm borçlar hukukunda akit dışı sorumluluk, ıstılah açısından kast, ihmal, tedbirsizlik sonucunda mübâşeret veya tesebbüb yoluyla ortaya çıkan zararlardan dolayı kişinin mükellef olması halidir.<sup>17</sup> Bu zararlardan dolayı mükellef olan kişi tazminat ve cebri icra müeyyideleriyle karşı karşıya kalır. Tazminat müeyyidesi meydana gelen zarara katlanmanın gereği olarak ortaya çıkan asli müeyyidedir. Dolayısıyla tazmin için sorumluluğun doğal sonucudur diyebiliriz. Tazminat kelime anlamı itibariyle “*Sebep olunan zarar ve*

<sup>14</sup> Ebû Hâmid Muhammed İbn Muhammed el-Gazzâlî, **Mustasfâ**, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, (Çev: H. Yunus Apaydın), s. 184; Vehbe Zuhaylî, **Fıkıh Usûlü**, 5. Baskı, Risale Yayınevi, İstanbul, 2018, (Çev: Ahmet Efe), s. 167 vd; Abdulvahhâb Hallâf, **İslâm Hukuk Felsefesi**, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1973, (Çev: Hüseyin Atay), s. 285, 286; H. Yunus Apaydın, **İslâm Hukuk Usulü**, 2. Baskı, Kimlik Yayınları, Kayseri, 2016, s. 173; Zekiyüddin Şaban, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, 28. Baskı, TDV Yayınları, Ankara, 2017, (Çev: İbrahim Kâfi Dönmez), s. 381; Üzeyir Köse, “İslâm Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Cana Karşı İşledikleri Suçlarda Cezai Sorumluluk”, **KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sy. 29, 2017, s. 162.

<sup>15</sup> Kemal Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, İFAV Yayınları, İstanbul, 2013, s. 156; Fikret Eren, **Borçlar Genel Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 614 vd.

<sup>16</sup> Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 115; A. Rıza Alpaslan, **Haksız Fiilden Doğan Tazminat Davaları**, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1948, s. 12.

<sup>17</sup> Yusuf Şen, **İslâm Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007, s. 9.

*ziyanı ödeme, zarar ödentisi*"<sup>18</sup> manasında kullanılmaktadır. Kelime anlamından da anlaşılacağı gibi tazminat, insanın başkasına verdiği zararı karşılmasını ifade eden<sup>19</sup> maddi bir müeyyidedir ve kişilerin mal varlığı ile sorumlu olmalarını gerektirir.

Tazmin sorumluluğu ise İslâm hukukunda zarar neticesinde mütekavvim mal yok edilmişse, bu mal misli ise mislini, kıyemi ise kıymetini ödemek şeklinde gerçekleşir. Eğer mal yok olmamış ama zarar görmüş ise bu zararın kıyemi olarak tazminine gidilebilir.<sup>20</sup>

İslâm borçlar hukukunda akdi sorumluluk ise, eda ehliyetine sahip olan bir kimsenin, hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklaması sonucu bir yükümlülük altına girmesi ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle kendisinden, yükümlülüğün yerine getirmemesiyle oluşmuş zararın giderilmesinin istenmesi durumudur. Bu durumda ise müeyyide olarak, belirli şartların oluşmasıyla tazmini görebileceğimiz gibi cebri icrayı da sık görebiliriz.

Bazı hallerde ise hem akdi sorumluluğun hem de akit dışı sorumluluğun aynı durum için doğmuş olduğu görülebilir. Bu durumlarda hem akdi hem de akit dışı sorumluluk aynı sonucu ortaya çıkarmaya yönelik olduğu için iki sorumluluk kuralının yarıştığı görülür. Sorumluluk kurallarının yarıştığı bu durumlarda zararın giderilmesinin istenebileceği kişiler arasında teselsül ilişkisinden bahsedilir. Bu teselsül ilişkisi gereğince zarara uğrayan kişi, ortaklaşa kusuru bulunan kişilerden herhangi birinden zararın giderilmesini talep edebilir.<sup>21</sup>

Sorumluluk hukuku, geniş, dar ve en dar anlamda olmak üzere üç çeşit anlamda da kullanım alanı bulmaktadır. En geniş anlamda sorumluluk hem akdi hem de akit dışı sorumluluğu kapsarken, dar anlamda sorumluluk hukuku sadece akit dışı

<sup>18</sup> Pars, **Okyanus**, c. 6, s. 2794; Şemseddin Sami, **Türkçe Sözlük**, c. 2, s. 1320.

<sup>19</sup> İbrahim Atalay, **İslâm Borçlar ve Ceza Hukuku Açısından Trafik Kazalarından Doğan Sorumluluk** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2011, s. 6.

<sup>20</sup> Tazminat konusunda bkz. Ahmet Akman, **İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

<sup>21</sup> Zeynep Uyar Özbek, **Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2009, s. 5; Yeliz Karan, "Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul 2013, ss. 726 vd.

sorumluluğu kapsamaktadır. En dar anlamda sorumluluk hukuku ise sadece özel kanunlarda düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluk hallerini ifade etmektedir.<sup>22</sup>

Sorumluluk hukuku açısından bir diğer ayrım da, ...ile ve ...den sorumluluğudur. İle sorumluluk bir yükümlülük değil, akdi sorumluluk içerisinde gördüğümüz, borçlunun, borcunu tam veya gereği gibi yerine getirmemesi neticesinde, mal varlığına, alacaklı şahsın yetkili olan devlet organları aracılığıyla el koyması olarak ifade edilebilir. İçin sorumluluk da denilen ...den sorumluluk (dolayısıyla sorumluluk) durumunda ise, bir kişinin genel bir hukuk ödevine veya bir hukuki ilişkiden doğmuş olan yükümlülüğe aykırı davranışı sonucu sorumluluğun doğması söz konusudur.<sup>23</sup>

## **B- İSLÂM HUKUKUNDA SORUMLULUK ANLAMI TAŞIYAN KAVRAMLAR**

### **1- Mesuliyet**

İslâm hukukunda, sorumluluk, mesuliyet kavramı ile ifade edilmiştir. Sorumluluk kelimesi ise mesuliyet kelimesi ile eş anlamlı olarak Türkçede kullanılmıştır.<sup>24</sup> “*Bir şahsın mükellef olduğu veya bil'iltizam ifa ettiği şeylerden dolayı suale maruz kalması ve icabına göre mükâfat veya ceza görmesidir*”.<sup>25</sup> “*Zararlı fiilden, ihmalden doğan zararı tazmin etme sorumluluğuna*” ise mes’ûliyye taksîriyye denmiştir.<sup>26</sup> Bir kişinin sorumlu olduğunu ifade etmek için de mes’ul kelimesi kullanılmıştır. Mesuliyet kavramının yanında, sorumluluğu ifade etmek için İslâm hukukunda farklı kavramlarda kullanılmıştır. Bu kavramların başındaysa “damân” kelimesi gelmektedir.

<sup>22</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 491.

<sup>23</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 490; Kemal Yılmaz, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 24; Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s. 59.

<sup>24</sup> Pars, **Okyanus**, c. 6, s. 2638. Şemseddin Sami, **Türkçe Sözlük**, c. 2, s. 1217; Öğüt, “**Mesuliyet**”, c. 3, s. 225; Emine Kandemir, Yavuz Kandemir, **Altın Eşanlamlı ve Karşıt Anlamlı Kelimeler Sözlüğü**, Altın Kitaplar Yayınevi, 1989, s. 99; Yelbaşı, **Hukuk Sözlüğü**, s. 562; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 23.

<sup>25</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslâmiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu**, c. III, s. 19.

<sup>26</sup> Mehmet Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 6. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2016, s. 368; Ahmed Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstîlâhları Kâmusu**, OSAV Yayınları, İstanbul, 2018, s. 825.

## 2- Damân

Damân kavramı, sözlük anlamı itibariyle, garanti, güvence, emniyet, kefalet, tazminat anlamlarına gelmektedir.<sup>27</sup> Damân kavramı, İslâm hukukunda bedene ve mala verilen zararı karşılama, borcun nakli, mali ve şahsi kefalet, akitten doğan mali sorumluluk, zilyetlikten doğan mali sorumluluk gibi anlamlarda kullanılmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi sorumluluk konusu klasik fıkıh eserlerinde sistematik bir şekilde incelenmediği için damân kavramı da yine yer yer fıkıh kitaplarında geçmiştir. Bu nedenle de geçtiği konulara göre düşünülmesinden dolayı damân kavramı birden çok anlamda kullanılmıştır. Ancak bunlarda hukuki veya cezai sorumluluk fark etmeksizin, ortak olan özelliğin maddi sorumluluk olduğu görülmektedir.<sup>28</sup> Kullanıldığı anlamlara baktığımızda tazmin kavramını karşılıyor gibi görünse de, damân kavramı tazmin kavramından daha geniş bir kavramdır. Hanefiler haricindeki mezhepler ise damân kavramını kefalet akdiyle eş anlamda kullanmaktadırlar. Tüm bu anlamları kapsayacak şekilde damân kavramını “*kişinin zimmetinin ödenmesi gereken bir borçla yüklü olması*” şeklinde tanımlayabiliriz.<sup>29</sup> Damân kavramı Mecelle’de ise madde 416’da “*Zamân, bir şeyin misliyâtta ise mislini ve kıyemiyâtta ise kıymetini vermektir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Çalışma konumuz açısından baktığımız da ise damân kavramı için “*haksız fiil ile meydana gelen zararın maddeten telâfisi ve tazmin edilmesi*”<sup>30</sup> şeklinde bir tanımlama yapılabilir.

Damân sebepleri fakihler tarafından farklı tasniflere tabi tutulmuş olsalar da, kapsamlı bir şekilde dört ana başlık altında sıralanabilir. Bunlar, ilzam (Şariî’nin kişiyi yükümlü tutması), iltizam (kişinin yükümlülüğü kendinin üstlenmesi), zararlı

<sup>27</sup> Serdar Mutçalı, **Arapça-Türkçe Sözlük**, Dağarcık Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 509; Kadir Güneş, **Arapça-Türkçe Sözlük**, Mektep Yayınları, İstanbul, 2011, s. 708. Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 89; Ömer Nasuhi Bilmen, **Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü**, 1. Baskı, Nizamiye Akademi Yayınları, İstanbul, 2016, (Haz.: Abdullah Kahraman, Edit: Kemal Yıldız), s. 58; Ali el-Hafif, **ed-Damân fi’l-Fıkhi’l-İslâmî**, Dar’ul fikir el-Arabî, Kahire, 2000, s. 8; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, s. 267.

<sup>28</sup> Saliha Okur Gümrükçüoğlu, “Trafik Kazalarında Meydana Gelen Ölüm ve Yaralamalarda Diyet Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 28, 2016, ss. 289, 290.

<sup>29</sup> Hamza Aktan, “Damân”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1993, c. 8, s. 450.

<sup>30</sup> Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 89.

fiil ve zilyetlik olarak karşımıza çıkar.<sup>31</sup> Bu sebeplerden zilyetlik ve zararlı fiil konumuz olan akit dışı kusur sorumluluğunu kapsamaktadır. Dolayısıyla kişinin kusuru nedeniyle ortaya çıkacak olan mali sorumluluğun damân kavramı kapsamında olduğunu ifade edebiliriz.

### 3- Zimmet

Kişinin sorumlu tutulmasıyla bağlantılı olarak zimmet kavramına da değinmemiz gerekmektedir. Zimmet kelimesi, sözlükte koruma, himaye, sorumluluk, taahhüt, ahit anlamlarında kullanılmıştır.<sup>32</sup> İnsanın vecibeleri insanla beraber doğup, büyüüp, azalıp, nihayete erer. Zimmet, bu vecibelerin kendisine ve tahmil ettikleri külfete tahammül edebilme kudretine denilir.<sup>33</sup> Bundan dolayı, zimmet kelimesinin hukuki şahsiyet kavramını karşıladığı da söylenebilir. Zimmet kişinin haklarının ve borçlarının varlık zemini olarak tanımlanabilir.<sup>34</sup> Zimmet dar anlamda ise “*kişinin leh ve aleyhindeki şeylere ehil olması*”<sup>35</sup> anlamına gelir. Ancak bu tarif daha çok vücup ehliyetini tanımlamaktadır. Oysa zimmet tam olarak vücup ehliyetinin karşılığı değil, kişiyi borçlanmaya ve borçlandırmaya ehil kılan bir vasıftır. Dolayısıyla zimmet için hukuki anlamda şahsiyeti ifade ettiği gibi, bunun bir uzantısı olarak üzerinde borçların da sabit olduğu, ehliyetin sebebi olan, bir zemindir diyebiliriz.<sup>36</sup> Zimmetin sorumlulukla ilişkisi de burada şu şekilde görülmektedir. Zimmet kişinin mükellef olmasını sağlar.<sup>37</sup> Kişinin mali açıdan sorumlu olduğu durumlarda zimmetinde damân sabit olur. Zimmet başlı başına sorumluluk veya damân anlamına

<sup>31</sup> El-Hafif, **ed-Damân**, s. 11 vd; Aktan, “**Damân**”, s. 451; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstîlâhları Kâmusu**, s. 267.

<sup>32</sup> Mutçalı **Arapça-Türkçe Sözlük**, s. 296; Mustafa Uzunpostalcı, “İslâm Hukuku Açısından Ehliyet”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 8, 2006, s. 157; Bilmen, **Fıkıh İlmi**, s. 220; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 621.

<sup>33</sup> Sava Paşa, **İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt**, 1. Baskı, DİB Yayınları, İstanbul, 2016, (Çev: Baha Arıkan), c. 2, s. 498; Ahmet Yaman, Halit Çalış, **İslam Hukuku**, 1. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara, 2018, ss. 190, 191.

<sup>34</sup> Eyyüp Said Kaya, Hasan Hacak, “Zimmet”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2013, c. 44, s. 424; Ebû Zehra, **İslâm Hukuku Metolojisi**, s. 285, dn. 3.

<sup>35</sup> Zuhayli, **Fıkıh Usûlü**, s. 169; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 621.

<sup>36</sup> Kaya, Hacak, “**Zimmet**”, s. 425; Uzunpostalcı, **Ehliyet**, s. 158; Bilmen, **Fıkıh İlmi**, s. 221; Samet Atasoy, “Osmanlı Hukukunda Hukuki Ehliyet Arızası Olarak Maraz-ı Mevt (Ölüm Hastalığı)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 27, s. 1, 2019, s. 111.

<sup>37</sup> Sava Paşa, **İslam Hukuku**, c. 1, s. 162, c. 2, s. 498.

gelmemektedir. Ancak bu sorumluluğun müeyyidesinin meşgul ettiği bir zemin manasında kullanılmaktadır.

#### 4- Uhde

Damânu'd-derek olarak da ifade edilen<sup>38</sup> uhde kelimesi sözlükte, “taahhüt, bağlayıcılık, sorumluluk, himaye, gözetim”<sup>39</sup> manalarına gelmektedir. Ahd kökünden türemiş olan uhde bizi ilgilendiren manası bakımından, “*riskli durumdan veya böyle bir durumun sonuçlarından sorumlu olmak*” demektir.<sup>40</sup> Uhde kelimesi hukuki sorumluluk için kullanılabildiği gibi, cezai, dini sorumluluk anlamlarında da kullanılmaktadır. Ancak daha çok mali sorumluluk, hasar sorumluluğu anlamında kullanılmıştır. Özel olarak kullanıldığı alan ise, riskli durumdan veya bu durumun sonuçlarından sorumluluk anlamıyla da bağdaşan, satıcının ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu olarak ifade edilebilir.<sup>41</sup> Uhde çoğunlukla kullanıldığı anlam itibariyle bir mali sorumluluğu kastetmesi nedeniyle damân kavramı içerisinde yer almaktadır.

Ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu, akdin hukuku içerisinde yer alır ve ayıp veya zapt durumu gerçekleştiği takdirde meydana gelen tekeffül sorumluluğu akdi sorumluluk kapsamında değerlendirilir. Dolayısıyla uhde kavramı genellikle akit dışı sorumluluk için değil akdi sorumluluk için kullanılmış olan bir kavramdır.

#### 5- Garâmet

Garâmet, sözlükte “borç, para cezası”<sup>42</sup> anlamlarına gelmektedir. İstilahta, zarar, ziyan, zimmetinde olan ve edası gereken şeyi ödemek, alışverişte zarar etmek

<sup>38</sup> Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 585; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, s. 1278.

<sup>39</sup> Mutçalı, **Arapça-Türkçe Sözlük**, s. 606; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, s. 1277.

<sup>40</sup> Bilal Aybakan, “Uhde”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2012, c. 42, s. 53.

<sup>41</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 37; Aybakan, “Uhde”, s. 53; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, s. 1278.

<sup>42</sup> Mutçalı, **Arapça-Türkçe Sözlük**, s. 624; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, s. 416.

anlamlarına gelen<sup>43</sup> garâmet kelimesi gurm kökünden türemektedir. Gurm, Kur'an'da “işlediği bir cinayetten veya yaptığı bir hainlikten kaynaklanmayan bir nedenden dolayı insanın malına gelen zarar,”<sup>44</sup> manasında kullanıldığı gibi alacaklının borçlularla olan ilişkisi gibi bir şeye düşkün olma manasında da kullanılmıştır.<sup>45</sup> Ayrıca gurm kelimesi Mecelle madde 88'de “*Külfet ni'mete ve ni'met külfete göredir.*” ve madde 85'te “*Bir şeyin nef'i damâni mukâbelesindedir.*”<sup>46</sup> düzenlemelerinde görüldüğü gibi külfet ve damân olarak da tercüme edilmiştir.

Gurm kelimesinin manalarından da yola çıkarak garâmet kavramı için, borçlunun hem zilyetlikten hem de zararlı fiilden doğan ödeme veya zarara katlanma yükümlülüğü, mali ceza anlamlarına geldiğini ifade edebiliriz. Dolayısıyla garâmet kavramı hem akdi hem de akit dışı mali sorumluluk anlamlarında kullanılmıştır.<sup>47</sup> Garâmet kavramı için de mali sorumluluğu kastettiğinden ötürü, dâman kavramının kapsamı içerisinde diyebiliriz.<sup>48</sup>

## 6- Cebr

Cebr kelimesi, sözlükte zorlamak, eski haline getirmek, onarmak, tedavi etmek anlamlarına gelmektedir.<sup>49</sup> İslâm hukuku kaynaklarında cebr kelimesi (çoğulu cevâbir), elden çıkmış olan bir şeyi imkanlar dahilinde karşılamak, giderilmesi gereken zararı gidermek anlamlarında kullanılmıştır. Telef edilmiş olan bir malın misliyle karşılanması veya bu mümkün değilse kıymetiyle karşılanması durumlarında, karşılanma ifadesinin karşılığı olarak cebr kavramı kullanılmıştır.

<sup>43</sup> Hamdi Döndüren, “Garamet”, **Şamil İslâm Ansiklopedisi**, İstanbul, 2000, c3, s. 20.

<sup>44</sup> Rağıb, el-İsfahani, **Müfredat**, 1. Baskı, Çıra Yayınları, İstanbul, 2017, (Çev: Mustafa Yıldız), s. 710.

<sup>45</sup> el-İsfahani, **Müfredat**, s. 711; Ali Bardakoğlu, “Garâmet”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1996, c. 13, s. 359.

<sup>46</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, 2. Baskı, DİB Yayınları, İstanbul, 2017,(Çev: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem), c. 1, s. 173, 176.

<sup>47</sup> Döndüren, “**Garamet**”, ss. 20, 21; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstilâhları Kâmusu**, s. 416; Gazzâlî, garâmet kelimesini genel olarak mali cezalar olarak kullanmıştır. Gazzâlî, **Mustasfâ**, s. 185.

<sup>48</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 39; Bardakoğlu, “**Garâmet**”, s. 359.

<sup>49</sup> Mutçalı, **Arapça-Türkçe Sözlük**, s. 103; İrfan Abdülhamid, “Cebriyye”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1993, c. 7, s. 205.

Dolayısıyla burada tazmin edilmesi gerekir yerine cebredilir denmiştir diyebiliriz.<sup>50</sup> Cebr kavramı bu anlamıyla damân kavramının içinde yer almaktadır.

### C- SORUMLULUK HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Kişilerin haklarını ihlal etmeleri veya yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle ortaya çıkmış olan zararlardan dolayı sorumlu tutulmaları fikri insanlık tarihinin başlangıcından beri var olagelmıştır. Bu sorumluluk fikri farklı sorumluluk ilkelerini doğurmuş ve değişen zaman ve şartlara göre bu ilkelerin tercihleri de değişmiştir. Ayrıca yine değişen zamanla değişen sosyal, kültürel yeniliklere göre sorumluluğun müeyyidesi de değişmektedir.

Kusur sorumluluğu ilkesi yerleşmeden önce kişilerin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın oç alma saikine dayalı olarak zarara uğrayan kişinin kendisinin zarara uğramasına neden olan kişiyi sorumlu tutması, kendi uğradığı zarar nispetinde onu da zarara uğrattığı bir sorumluluk anlayışı mevcut olmuştur.<sup>51</sup> Bu anlayış döneminde yalnız mal varlığı ile sorumluluk değil, hem şahıs hem mal varlığı ile sorumluluğun hakim olduğunu söylenilebilir. Şahıs varlığı ile de sorumluluğun kabul edildiği bu dönemde yalnızca zarara neden olan tarafı, kişinin uğradığı zarar nispetinde zarara uğratması değil, şahsına el koyup, onu köle edinmesi veya öldürmesi dahi mümkündür.<sup>52</sup> Zamanla zarar gören kişinin, kendisinin zarar görmesine neden olan kişiyi zarara uğratması yerine, zarar veren kişinin bir miktar meblağ ödemesi fikri gelişim göstermiştir. Bu ödenen meblağ ile kişi aslında mağdurun oç alma hakkını satın almış olmaktadır. Bu sisteme birleşik sistem de denir.<sup>53</sup> Birleşik sistemin de gelişmesiyle şahıs ile sorumluluk yerine mal varlığı ile sorumluluk esas haline gelmiş bu anlayış büyük oranda geçerliliğini kaybetmiştir.

<sup>50</sup> Fikret Karaman, İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı, Mehmet Canbulat, Ahmet Gelişgen, İbrahim Ural, **Dini Kavramlar Sözlüğü**, DİB Yayınları, Ankara, 2006, s. 84; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 40.

<sup>51</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 509; Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, 6. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 17.

<sup>52</sup> Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 31; Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 12; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 27.

<sup>53</sup> Yıldız, **“Sorumluluk”**, s. 380.

Ceza verme yetkisinin münhasır olarak devlete tanınmadığı zamanlarda ise ceza sorumluluğu ve hukuki sorumluluk birbirinden ayrılmış değildir. Gelişmiş devletlerin kurulması ve ceza müeyyidesi uygulama yetkisinin münhasır olarak devletlere tanınması ile birlikte sorumluluk hukuku ceza hukukundan ayrılmış ve günümüzdeki haline doğru şekillenmeye başlamıştır.<sup>54</sup>

Sorumluluk hukuku, kusura bakılmaksızın öç alma saikine dayanan anlayışın ardından kusur ilkesi üzerinde gelişmiştir. Sorumluluk hukuku, kusur sorumluluğunu esas almış ve hatta zamanla kusur yoksa sorumluluk yoktur şeklinde bir algı da oluşmuştur. Kişilerin kusurlarına göre sorumlu tutulduğu bu sorumluluk türüne göre insanların zararlardan sorumlu olmaları için kusurlarının bulunması şarttır ve kusuru olmadan bir zarara sebebiyet veren kişi sorumlu olmamaktadır. Uzun yıllar insanların ihtiyaçlarını karşılamış olan kusur sorumluluğu zamanla değişen teknoloji, gelişen sanayi ile birlikte yetersiz kalmaya başlamıştır. Özellikle 16. yüzyılda gerçekleştirilmeye başlanan sanayi devrimi ile birlikte çok hızlı bir ilerleme başlamış ve insanların hayatlarına farklı unsurlar dahil olmuştur. İnsanların hayatlarına giren bu yeni unsurlar sorumluluk hukukunun kapsamını da etkilemiştir. Kusur ilkesi bu yeni unsurlarla birlikte tam olarak adaleti sağlayamamış ve mutlak geçerliliğini yitirmiştir.<sup>55</sup> Bu ilkenin geçerliliğini yitirmesi üzerine kusursuz sorumluluk ilkesi gelişmeye başlamıştır.<sup>56</sup>

İnsanların toplum içerisindeki ilişkilerinin zamanın ilerlemesiyle karmaşık hale gelmesi, teknoloji ve sanayinin ortaya çıkardığı tehlikelerin artması ile birlikte sorumluluk açısından yeni gelişmelerin meydana gelmesi zorunlu olmuştur. Bu sebeplerle kusursuz sorumluluk ilkesi kendine gelişme alanı bulmuştur. Bu sorumluluk ilkesine göre kişi kınanabilir bir davranış icra etmemesine rağmen, neden olduğu zararı ödemek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla bu sorumluluk ilkesinin gösterdiği en önemli yenilik, zarar veren kişinin kusuru aranmaksızın üçüncü kişiye verilmiş olan zararın tazmin edilebilmesidir diyebiliriz. Kusursuz sorumluluk

<sup>54</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 510.

<sup>55</sup> Kusur ilkesine yapılan tenkitler ve kusursuz sorumluluğun inkişafı ile ilgili bkz. Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 38 vd.

<sup>56</sup> Özbek, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 9; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 28.

ilkesine göre kişinin zarar verici davranışı yapmış olması ve bu davranış ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, zarara neden olan kişinin sorumlu tutulması için yeterlidir.<sup>57</sup>

Sanayinin ve teknolojinin gelişiminin artmasıyla beraber kusursuz sorumluluk ilkesinin geliştiğini söyledik. Ancak devrim niteliğindeki bu gelişmelerle beraber kusursuz sorumluluk içerisinde özellikle tehlike sorumluluğu büyük bir gelişim göstermiş ve hâlâ da göstermektedir. Tehlikelerle dolu, karmaşık sosyal ilişkiler içerisinde oluşmuş olan yeni toplum düzeninde sorumluluk hukuku, bir kimseyi sorumlu yapmaktan çok, oluşan zararı giderme ve denkleştirme hukuku olarak kabul edilebilir. Böyle bir toplumda yaşayan bireylerin uğradıkları zararı bir sorumluya yükleyerek gidermek istemeleri, kusursuz sorumluluk ilkesinin yanında sigorta fikrini de geliştirmiştir.<sup>58</sup> Kişiler malvarlıklarında oluşacak bir eksilmeye karşı ödedikleri belirli bir prim karşılığında uğrayacakları zararların tazminini güvence altına almak için sorumluluk sigortası (özellikle mali mesuliyet sigortası<sup>59</sup>) yaptırma yoluna gitmişlerdir. Gün geçtikçe devletlerin bazı sorumluluk sigortalarını zorunlu kılması da bu fikri daha da geliştirmiştir. Sorumluluk sigortası ve sorumluluk hukuku sıkı bir bağ içerisindedir ve kusursuz sorumluluk fikrinden sonra sorumluluk hukuku ile bağlantılı olan en yeni gelişmedir. Sigortada zarar ile sigortacı arasında sübjektif veya objektif bir ilişki yoktur. Ancak kusur sorumluluğunda veya kusursuz sorumluluk hallerinde ya fail kusurlu olarak bir fiil işlemeli veya kanunda sorumlu tutulacağı yazılı olan durumlardan birine sebep olmalıdır. Ayrıca sigorta kolektif bir sorumluluk olarak kabul edilebilirken sorumluluk hukuku ferdi bir sorumluluk belirler. Bu farklara rağmen sorumluluk sigortası, sorumluluk hukuku ile sigorta fikrinin beraber yer bulduğu, hem ferdi hem de kolektif sorumluluğun söz konusu olduğu bir sigorta türüdür. Sorumluluk hukuku ile ilgili gelişmeler günümüzde

<sup>57</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 510; Erhan Adal, **Trafik Kazalarında Akit-Dışı Hukukî Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 8.

<sup>58</sup> Sigorta tarihi için bkz. Mehmet Aykanat, **Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2016, s. 27 vd.; Faruk Beşer, **Sosyal Riskler Sigorta ve İslâm**, 3. Baskı, Nun Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 138 vd; Nihat Dalgın, “Sigorta”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2009, c. 37, s. 161; Hasan Hacak, “İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi”, **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sy. 30, 2006, s. 21.

<sup>59</sup> Dalgın, “**Sigorta**”, s. 160.

sigorta hukuku ile beraber gerçekleşmektedir ve her geçen gün kolektif sorumluluk fikri daha da yaygınlaşmaktadır.<sup>60</sup>

Sigorta fikri, âkile<sup>61</sup> ve velâ<sup>62</sup> gibi kurumların bulunmasına rağmen, İslâm hukukuna daha geç bir vakitte girmiştir. Bunda en büyük etken sigortanın caiz olup olmamasının tartışmalı olmasıdır. Özellikle 19. yüzyılın sonlarından itibaren tartışılmalı olan sigorta kurumu hakkında tatmin edici net bir hükme ulaşılabilmemiş değildir. Ancak tartışmalar doğrultusunda İslâm hukukçularının üç görüş üzerinde yoğunlaştıkları görülmektedir. Bu görüşlerden birincisini sigorta kurumuna, ticarî ve kooperatif teşekküllü sigorta ayırımı yapmadan bütünüyle karşı çıkıp, her ikisinin de haram ve İslâm'a aykırı kurumlar olduğunu söyleyenler oluşturmaktadır. İkinci görüşü ise, sigorta kurumunun hükmünü belirlerken ticarî sigorta ile kooperatif teşekküllü sigorta arasında çok keskin bir ayırım yaparak ticarî sigortanın haram ve yasak iken kooperatif teşekküllü sigortanın meşru olduğu görüşünü öne sürenler oluşturmaktadır. Üçüncü görüş sahiplerine göre ise, ticarî sigorta ile kooperatif sigorta arasında zannedilenin aksine dikkate alınacak bir fark olmadığı ve bu sebeple ticarî sigortanın da İslâmî ilkelerle çelişmeyip bir yardımlaşma ve risk paylaşımı kurumu olduğu savunulur.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 512,513.

<sup>61</sup> Âkile; akl'i yani diyeti yüklenen demektir. Ayrıntı için bkz. Vehbe Zuhaylî, **İslâm Fıkhi Ansiklopedisi**, Risale Yayınevi, İstanbul, 1994, c. 8, s. 100; Hatadan doğan borç sadece vurana değil âkileye de gerekir. Şeyh Bedreddin, **Câmîu'l-Fusûleyn**, T. C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012,(Editör: Hacı Yunus Apaydın), s. 1172; Abdulganî b. Tâlib el-Meydânî, **Muhtasar-ı Kudûrî Şerhi Lübâb Tercümesi**, 1. Baskı, Muallim Neşriyat, İstanbul, 2017, (çev: Hüsamettin Vanlıoğlu, Abdullah Hiçdönmez, Fatih Kalender, Emin Ali Yüksel), c. II, s. 310 vd.

<sup>62</sup> Velâ, köle azadı veya taraflar arasındaki bir akit sonucunda, yeni müslüman olan, Arap olmayan milletlere mensup kişilerin, hükmî bir yakınlık kurarak, İslâm toplumundaki sosyal dayanışma ve güvenlik kurumlarından yararlanarak, toplumun anlayışı, yaşayışı ve kültürüyle, bir uyum içinde olabilmelerini sağlayan sosyal bir kurumdur. Hacak, **“İslâm Hukukunda Sigorta”**, s. 29; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 602.

<sup>63</sup> Bkz. M. Ahmet ez-Zerkâ, A. Muhammed Abdülaziz en-Neccâr, **İslâm Düşüncesinde Ekonomi, Banka ve Sigorta**, 4. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 228 vd.; Beşer, **Sosyal Riskler**, s. 159 vd.; Hacak, **“İslâm Hukukunda Sigorta”**, s. 35 vd.; Dalgın, **“Sigorta”**, s. 162.

## II- SORUMLULUK FİKRİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

İslâm hukukunun asli kaynakları Kur'an ve Sünnet'tir.<sup>64</sup> Sorumluluğun hangi esaslara göre doğacağını, meydana gelen zararların nasıl giderileceğini asli olarak Kur'an ve Sünnet'ten öğrenmekteyiz. Bu asli delillerin yanında çalışmamız bakımından Kur'an ve Sünnet ile şekillenmiş olan fikhın külli kaideleri de önem taşımaktadır. Mecelle'nin kavaid-i külliye kısmında ele aldığı sorumlulukla ilgili genel ilkeler özellikle bize bu konuda yardımcı olmaktadır.

### A- KUR'AN'DA SORUMLULUK

*“Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin. İnsanların mallarından bir kısmını bile bile günaha girerek yemek için onları hakimlere (rüşvet olarak) vermeyin.”*<sup>65</sup> *“Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka. Kendinizi helak etmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir.”*<sup>66</sup> Haksız bir şekilde insanların mallarına zarar verilmesinin yasaklandığını bu ayetler ile görmekteyiz.<sup>67</sup> Haksız olarak zarar verme fiili aynı zamanda kusur sorumluluğunu da oluşturacaktır. Ayrıca ikinci ayette, kendinizi öldürmeyin derken, birbirinizi öldürmeyin manası da kastedilmiş olabilir. Dolayısıyla bu ayetten insanların kendisini öldürmesinin yanında başkalarını da öldürmesinin yasaklanması da söz konusudur.<sup>68</sup>

*“Herkes kazandığına karşılık bir rehindir.”*<sup>69</sup> Bu ayetin, bir fıkıh genel kaidesi olmuş, *“Mazarrat menfaat mukâbelesindedir.”* düzenlemesine kaynak teşkil ettiğini görmekteyiz. Buna göre bir şeyden menfaat elde eden kişi bu elde ettiği menfaate karşılık olarak o şey nedeniyle meydana gelen zararlardan ötürü sorumludur.

<sup>64</sup> Abdulkerim Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, 12. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2017, (Çev: Ali Şafak), s. 93.

<sup>65</sup> el-Bakara, 2/188.

<sup>66</sup> en-Nisâ, 4/29.

<sup>67</sup> Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî el-Cessâs, **Ahkâmu'l Kur'an**, İ'tisam Yayınları, Ankara, 2018, (Çev: Mehmet Keskin) c. 2, s. 160.

<sup>68</sup> el-Cessâs, **Ahkâmu'l Kur'an**, c. 2; s. 232.

<sup>69</sup> el-Müddessir, 74/38.

*“Dâvûd ile Süleyman'ı da hatırla. Hani bir ekin tarlası hakkında hüküm veriyorlardı. Çünkü halkın koyunları o ekine girmişti. Biz de hükümlerine şahit olmuştuk. Biz hüküm vermeyi Süleyman'a kavratmıştık. Zaten her birine hükümranlık ve ilim vermiştik. Dâvûd ile birlikte, Allah'ı tespih etmeleri için dağları ve kuşları onun emrine verdik. Bunları yapan biz idik.”<sup>70</sup>*

Tefsir alimleri bu ayetle ilgili olarak şu hadiseyi aktarılır: Biri koyun diğeri tarla sahibi olan iki adam, mahkeme için Davud'a (a.s.) geldiler. Koyun sahibi olan adamın koyunları geceleyin diğeri adamın tarlasına girmişler ve ekinini harap edip tarlasında hiçbir şey bırakmamışlardı. Bunun üzerine Davud (a.s) tarla sahibinin koyunları almasına karar verdi. Bu iki adam daha sonra Süleyman (a.s.)'ın yanına geldiler ve ona babası Davud'un (a.s.) verdiği hükmü bildirdiler. Bunun üzerine Süleyman (a.s.) hemen babasının yanına girdi ve şöyle dedi: Ey Allah'ın (celle celaluhu) Peygamberi! Keşke her ikisi için de uygun olacak başka bir hüküm verseydin! Bunun üzerine Davud (a.s.) o nasıl bir hükümdür? diye sordu. Süleyman (a.s.) dedi ki: Koyun sahibi tarlayı alır, sürer tohumu eker ve ekin eski haline gelir. Tarlanın sahibi de kuzularından, sütünden, yününden faydalanır. Ekin büyüdüğü zaman ise koyunlar kendi sahibine tarla da kendi sahibine iade olunur. Bunun üzerine Davud (a.s.) Süleyman (a.s.)'a dedi ki: “Muvaffak oldun ey oğulcuğum” ve aralarında bu hükmü verdi.<sup>71</sup>

Bu ayet özellikle hayvan bulunduranın sorumluluğunu belirtmektedir. Kişinin kusuruyla hayvanlarının bir başkasının malına zarar vermesi durumunda hayvanların sahibi bu zararı ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte kişinin kusuru bulunmasa dahi hayvan bulunduran diğeri şartlarında oluşmasıyla beraber kusursuz olarak sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla bu ayet hem kusur hem de kusursuz sorumluluk halleri için bir kaynak niteliği arz edebilir.

<sup>70</sup> el-Enbiya 21/78-79.

<sup>71</sup> Muhammed Ali Es-Sâbûnî, **Safvetü't-Tefasir**, 7. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2018,(çev: Sadreddin Gümüş, Nedim Yılmaz) c. 4, s. 86; Ömer Çelik, **Hakk'ın Daveti Kur'an-ı Kerim Meali ve Tefsiri**, Erkam Yayınları, İstanbul, 2013, c. 3, s. 381; Kişinin sorumluluğuna dair ayrıntı için bkz. İmam Kurtubî, **El-Camiu li-Ahkami'l-Kur'an**, Birinci Baskı, Buruc Yayınları, (Çev: M. Beşir Eryarsoy), İstanbul, 2000, c. 11, s. 530 vd; Ayrıca bu olay hakkında alimlerin sorumlulukla ilgili ihtilafları için bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, **İ'lâmü'l Muvakkî'in**, 2. Baskı, İstanbul, 2017, (Çev: Pehlül Düzenli), c. 1-2, ss. 370, 371.

*“Eğer ceza verecekseniz size yapılanın misliyle cezalandırın. Eğer sabrederseniz, elbette bu, sabredenler için daha hayırlıdır.”<sup>72</sup>*

*“Bir kötülüğün karşılığı, onun gibi bir kötülüktür (ona denk bir cezadır). Ama kim affeder ve arayı düzeltirse onun mükafatı Allah'a aittir. Şüphesiz O, zâlimleri sevmez.”<sup>73</sup>*

Bu ayetler vasıtasıyla kötülüğün cezasının haddi aşmamak şartıyla onun misli ile sınırlandırıldığını anlamaktayız. İslâm hukukunda özellikle gözetilen can, mal, namus, akıl ve din gibi unsurlar hususunda ortaya çıkan sorumluluk gereği olarak kısas da müeyyide olarak bu ayetlerde belirtilmiştir. Bu ayetlerde kısas müeyyidesi özel olarak eşitlik boyutu da vurgulanarak kaynak bulmaktadır.<sup>74</sup> Fahreddin Râzî son ifade ettiğimiz ayetle ilgili olarak şöyle demiştir: *“Yüce Allah, “Bir haksızlığa uğradıkları zaman intikam alırlar.” mealindeki ayeti buyurduktan sonra, ardından bu intikamın, ancak misliyle kayıtlı olması, fazla olmaması gerektiğini gösteren ayeti indirdi.”<sup>75</sup>*

*“De ki: “Her şeyin Rabbi o iken ben başka bir Rab mı arayayım? Herkes günahı yalnız kendi aleyhine kazanır. Hiçbir günahkâr başka bir günahkârın günah yükünü yüklenmez. Sonra dönüşünüz ancak Rabbinizedir. O size, ihtilaf etmekte olduğunuz şeyleri haber verecektir.”<sup>76</sup>*

*“Kim doğru yolu bulmuşsa, ancak kendisi için bulmuştur; kim de sapıtıyorsa kendi aleyhine sapıtmıştır. Hiçbir günahkâr, başka bir günahkârın günah yükünü yüklenmez. Biz, bir peygamber göndermedikçe azap edici değiliz.”<sup>77</sup>*

Bu iki ayette özellikle cezai sorumluluk vurgulanmış, cezaların şahsiliği ilkesine<sup>78</sup> işaret edilmiştir. Ayrıca bir delil ile istisna kapsamına alınmadığı takdirde

<sup>72</sup> en-Nahl 16/126.

<sup>73</sup> el-Şûrâ 42/40.

<sup>74</sup> İbn Teymiyye, **Şeyhülislâm İbn Teymiyye Tefsiri**, (Derleyen: İyad b. Abullatif b. İbrahim el-Kaysî), Karınca & Polen Yayınları, İstanbul, 2017,(çev: Beşir Eryarsoy), s. 341; Kurtubi, **el-Camiu**, c. 10, s. 310.

<sup>75</sup> Es-Sâbûnî, **Safvetü't-Tefasir**, c. 5, s. 435.

<sup>76</sup> el-Enam, 6/164.

<sup>77</sup> İsrâ, 17/15.

hiç kimsenin başkası üzerinde tasarruf etme yetkisinin olmadığı da bu ayetlerden çıkarılabilir.<sup>79</sup>

## B- SÜNNET’TE SORUMLULUK

“...Ebû Hureyre (r.a.) den şöyle rivayet edilmiştir: Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) Hayber gazvesinden dönüşünde geceleyin yoluna devam etti. Hepimizi uyku bastırınca (gecenin sonuna doğru) konakladı ve Bilâl'e (r.a.): "Bizim için geceyi bekle ve kontrol et" buyurdu. Fakat Bilâl, bineğine dayanmış bir halde uyuya kaldı. Ne Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem), ne Bilâl, ne de ashabtan herhangi biri uyandı. Onların ilk uyananı Rasulullah oldu, fırladı ve Bilâl'e seslenerek: "Ya Bilâl!.. (Niçin uyudun)?" buyurdu. Bilâl şu cevabı verdi: Seni bastıran (uyku) beni de bastırды. Ya Rasulullah anam babam sana feda olsun, dedi. Ashab bineklerini biraz çekip götürdüler. Sonra Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) abdest aldı ve Bilâl'e emretti, o da namaz için kamet getirdi. Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) ashabına sabah namazını kıldırdı. Namazını (kaza edip de) bitirince: "Her kim bir namazı unutursa, onu hatırladığı zaman kalsın. Çünkü Allah Teâlâ, "Tezekkür için namaz kıl" buyurdu." dedi."<sup>80</sup>

“Ali bin Ebû Tâlib (r.a.)'den rivayet edildiğine göre; Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurmuştur: “Çocuktan, deliden ve uyuyandan sorumluluk kalemi kaldırılmıştır.”<sup>81</sup>

<sup>78</sup> el-Cessâs, **Ahkâmu'l Kur'an**, c. 6, s. 291; Bkz. Abûdîkâdir Udeh, **İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk**, İhya Yayınları, İstanbul, 1976, (Çev: Akif Nuri), c. 1, s. 571 vd.; Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 4. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 188; M. Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 174; Ahmet Yaman, Halit Çalış, **İslam Hukukuna Giriş**, 10. Baskı, İFAV Yayınları, İstanbul, 2015, s. 165; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 34; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 49; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 82; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, 2016, s. 44; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 142; Mustafa Avcı, “İslam’ın Ceza Hukukuna Katkısı”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 8, 2006, s. 120.

<sup>79</sup> el-Cessâs, **Ahkâmu'l Kur'an**, c., 6, s. 290.

<sup>80</sup> Ebû Davud Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, **Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi**, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1987, (Haz. Necati Yeniçel, Hüseyin Kayapınar), **Salât**, 11.

<sup>81</sup> İbn Mace, **Talak**, 15.

“*Ebû Zerr-i Ğifârî (r.a.)’den rivayet edildiğine göre; Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurdu, demiştir: “Ümmetimin yanılmasını, unutulmasını ve zorlandığı şeyin günahını Allah Teala şüphesiz affetmiştir.”*”<sup>82</sup> “... (Abdullah) bin Abbas (r.a.)’dan rivayet edildiğine göre Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurdu, demiştir: “Ümmetimin yanılmasını, unutulmasını ve zorlandığı şeyin günahını Allah Teala affeylemiştir.””<sup>83</sup>

Bu hadisler üzerine belirtmeliyiz ki uyuma ve unutma durumunda, akıl baliğ olmamış çocukta ve akli dengesi yerine gelinceye kadar akıl hastalığı bulunan kişide sorumluluk yoktur. Ancak burada kastedilen sorumluluk Allah’a (celle celaluhu) karşı sorumluluktur. Dolayısıyla borçlar hukuku kapsamında, akit dışı sorumluluk neticesinde tazmin sorumluluğu çalışmamızın ilerisinde de görüleceği üzere devam etmektedir.

“... *Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem): Zarar vermek de zarara mukabele etmek de yoktur, dedi.*”<sup>84</sup> Bu hadisle beraber sorumluluğun İslâm hukukunda temel olarak var olduğunu görmekteyiz. Kusurlu veya kusursuz olsun zarar verilmemesinin esas olduğu anlatılmıştır. Ayrıca sorumluluk doğduğu durumlarda zarara karşılık zarar verilmesinin yasaklanması dolayısıyla, bunun müeyyidesiyle ilgili bir yönlendirmeyi de bu hadiste bulabilmekteyiz.

“...*İste sizin kanlarınız, mallarınız (Muhammed demiş ki: Zannedirim) ve ırzlarınız, şu ayınızda, şu beldenizde, şu gününüzün hürmeti gibi birbirinize haramdır. Yakında Rabbinize kavuşacaksınız; o da size amellerinizden suâl edecek. Sakın benden sonra birbirinizin boyunlarını vuran küffâra (veya sapıklar olmaya) dönmeyin!...*”<sup>85</sup> “...*Her kim zulüm yolu ile bir karış yer alırsa, Allah onu kıyamet gününde yedi kat yer (in dibin) den itibaren boynuna dolar...*”<sup>86</sup> Bu hadislerde can ve

<sup>82</sup> İbn Mace, **Talak**, 16.

<sup>83</sup> İbn Mace, **Talak**, 16.

<sup>84</sup> Muvatta’, **Akdıye**, 31.

<sup>85</sup> Ebu’l-Hüseyn Müslim b. İsmail el-Haccâc, **Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi**, 2. Baskı, Sönmez Yayınevi, İstanbul, 1977, (Çev ve Şerh: Ahmed Davudoğlu), **Kâsâme**, 29, 30.

<sup>86</sup> Müslim, **Müsâkât**, 137; Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî, **el-Müsned**, 1. Baskı, Ocak Yayıncılık, (Çev: Hüseyin Yıldız, Hasan Yıldız, Zekeriya Yıldız), İstanbul, 2014, 1, 189.

ırs konusunda olduğu gibi mal varlığı değerlerine karşı da haksız fiillerin yapılmasının yasaklandığını ve bu değerlerin koruma altında olduğunu net bir şekilde görmekteyiz. İkinci hadisten özellikle taşınmazların da, haksız fiile konu olabileceği anlaşılmaktadır.

“Ebû Humeyd es-Sâidi’nin bildirdiğine göre, Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurdu: “*Kişinin, haksız yere kardeşinin malını alması helal değildir. Çünkü Allah, müslümanın malını diğer bir müslümanın (haksız yere) almasını haram kılmıştır.*”<sup>87</sup> Bu hadis de yukarıdaki hadis gibi mal varlığı değerlerine karşı bir haksız fiilde bulunmanın yasaklandığını göstermektedir.

Abdullah b. es-Sâib’de rivayet edildiğine göre, Resûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurmuştur: “*Ciddi olsun, şaka olsun kimse kardeşinin bir eşyasını almasın. Kardeşinin asasını (bastonunu) bulan kişi onu sahibine iade etsin.*”<sup>88</sup> Bu hadiste gasp fiilinin yasaklanmış olduğunu ve kişinin böyle bir fiili sonucunda aldığı malı geri vermesi gerektiği yani aynı bir ödeme yapması gerektiği anlaşılmaktadır.

Enes’ten (r.a.) rivayet edildi ki: “*Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem), hanımlarından birisinin (Hz. Aişe (r.a.)) yanında bulunuyordu. Müminlerin annelerinden biri (Efendimize) içerisinde yemekler olan bir tencere gönderdi. Hz. Peygamber’in (sallallahu aleyhi ve sellem) odasında bulunduğu hanımı, tencereye eliyle vurarak kırdı.*” İbnü’l-Müsenna rivayetinde şöyle der: “*Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) parçaları aldı, birbirine birleştirdi ve içerisine yemeği toplamaya başladı. Aynı zamanda da: “Anneniz kışkırdı” diyordu.*” İbnü’l-Müsenna; şunları ilave etti: “*Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) “Yeyiniz” dedi. Onlar da, Hz. Aişe, evindeki çanağı getirinceye kadar yediler.*” Müsedded’in hadisinin lafzına göre ise: “*Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) “Yeyiniz” dedi ve onlar yeyip bitirinceye kadar yemeği getiren hizmetçiyi ve çanağı alıyordu. Sağlam çanağı hizmetçiye verdi ve kırık olanı evinde bıraktı.*”<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, 5, 425.

<sup>88</sup> Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, 4, 221.

<sup>89</sup> Ebû Davud, **Büyû**, 89; Buhârî, **Mezâlim**, 34.

Âbi'l-Lahm'ın azatlısı Umeyr der ki: *“Efendilerimle beraber hicret için yola çıkıp Medine'ye yaklaştığımızda, onlar Medine'ye girdiler ve beni geride bıraktılar. Şiddetli bir açlığa maruz kaldığım sırada Medine'den çıkan bazıları: “Medine'ye girsen ve bahçelerinden hurma toplayıp yesen” dediler. Bunun üzerine bir bahçeye girip bir salkım hurma kopardım. Bahçe sahibi geldi ve beni Resûlullah'a (sallallahu aleyhi ve sellem) götürüp olanları anlattı. Benim üzerimde iki giysi vardı. Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) bana: “Bunların hangisi daha güzel?” diye sorunca, bu giysilerden birine işaret ettim. Resûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) “Bunu al ve diğer giysiyi bahçenin sahibine ver” deyip beni serbest bıraktı.”<sup>90</sup>*

Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) bu hadislerle birlikte bizlere bir mala zarar vermiş olan kişinin onu misliyle de olsa ödemesi gerektiğini göstermektedir.

Haram b. Muhayyisa'nın babası (Muhayyisa'dan) rivayet ettiğine göre; *“Bera b. Azib'in devesi bir adamın bahçesine girdi ve orayı bozdu. Resulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) bahçe sahiplerinin bahçelerini gündüz korumalarına ve davarların gece bozdukları şeyin de sahibi tarafından tazminine hükmetti.”<sup>91</sup>*

Numan b. Beşir'den rivayet edildiğine göre: Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) bir kimsenin insanların geçtikleri yollarda veya sokaklarda hayvanını durdurup, hayvanın ön veya arka ayaklarıyla zarar vermesi halinde o zararı tazminle sorumlu olacağını beyan etmiştir.<sup>92</sup>

Son ifade etmiş olduğumuz hadisler sorumluluk fikrinin delillerini oluşturmakla birlikte özellikle kusura dayanmayan akit dışı sorumluluk fikrine de kaynak oluşturur. Bu hadisler özellikle sebep sorumluluğu kapsamında delil olarak değerlendirilebilirler.

*“...Peygamber (Sallallahu aleyhi ve sellem)"den naklen rivayet etti:”Biriniz yanında ok olduğu halde bizim mescidimize veya pazar yerimize uğrarsa,*

<sup>90</sup> Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, 5, 223.

<sup>91</sup> Ebû Davud, **Büyû**, 90; Muvatta', **Akdıye**, 28; Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, 5, 435.

<sup>92</sup> el-İmam Ebu Bekir Ahmed İbni Hüseyin bin Ali el-Beyhakî, **Sünenü'l Kübra**, Darulkitab İlimiye, Beyrut, Lübnan, 1994, (Tahkik: Muhammed Abdulkadir Ata) 8/344.

*müslümanlardan birine onlardan bir şey isabet etmemesi için avucuyla demirlerinden tutuversin!" Yahut "Demirlerinden tutsun." buyurmuşlar.*"<sup>93</sup>

*"...Câbir (r.a.)'den rivayet olunduğuna göre, "Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) kılıcın kınından sıyrılmış halde alınıp verilmesini yasaklamıştır."*<sup>94</sup>

Bu hadisler, tehlike sorumluluğu fikrini ve tehlikeye sebep olan kişinin sorumlu olduğunu göstermişlerdir. Bu nedenlerle yine sebep sorumluluğunun temellerinden kabul edebileceğimiz hadislerdir.

*"Mahled (b.Hıfâf) el-Gıfârî şöyle der: Benim başkaları ile ortak bir kölem vardı. Ortakların biri yokken köleyi çalıştırdım; bana bir miktar gelir getirdi. Bulunmayan ortak, kendi hissesinden dolayı beni bir kadıya şikâyet etti. Kadı, geliri vermeme emretti. Urve b. Zübeyr'e gelip hâdiseyi anlattım. Urve de kadıya gidip; Hz. Âişe'den (r.a.) naklen Rasulullah'ın (sallallahu aleyhi ve sellem); "Menfaat, sorumluluk karşılığındadır" buyurduğunu haber verdi."*<sup>95</sup> Ortak bir işçiyi diğer ortaklardan habersiz olarak kullanan kişinin, bu işçinin kullanımı nedeniyle elde etmiş olduğu faydalarla sorumluluğu vardır. Çünkü, bu işçinin sorumluluğu tüm ortaklara aittir ve bundan dolayı işçinin elde etmiş olduğu menfaatten de yine tüm ortaklar pay alacaklardır. Özellikle işçi işveren sorumluluğunun bir delili olabilecek olan bu hadis, hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluk hallerini temellendirmede kullanılabilir.

*"Semüre (r.a.), Rasulullah'ın (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurduğunu rivayet etmiştir: "El, aldığı malı ödeyinceye kadar ondan sorumludur." Sonra Hasen unuttu ve: "O eminindir, kendisine sorumluluk yoktur." dedi."*<sup>96</sup>

*"Abdullah b. Safvân'ın, ailesinden (bazı) kişilerin rivayet ettiğine göre; Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem): "Ya Safvân! Sende silah var mı?" dedi. Safvân: Ariyet olarak mı, gasb olarak mı (istiyorsun)? dedi. Hz. Peygamber*

<sup>93</sup> Müslim, **Birr**, 124.; Ebû Davud, **Cihad**, 65.

<sup>94</sup> Ebû Davud, **Cihad**, 66. (2588)

<sup>95</sup> Ebû Davud, **Büyû'**, 71.

<sup>96</sup> Ebû Davud, **Büyû'**, 88.

(sallallahu aleyhi ve sellem): "Hayır (gasb olarak değil), ariyet olarak." dedi. Bunun üzerine Safvân, otuzla kırk arası silahı ariyet olarak verdi. Rasûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) Huneyn savaşını yaptı. Müşrikler hezimete uğrayınca, Safvân'ın zırhları toplandı, ama onlardan bazıları kayboldu. Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) Safvân'a: "Biz senin zırhlarından bazılarını kaybettik. Sana bedellerini ödeyelim mi?" dedi. Safvân: Hayır ya Rasulullah, çünkü bugün kalbimde o gün olmayan şeyler var, dedi. Ebû Dâvûd: "Safvân, zırhları müslüman olmadan önce ariyet olarak vermişti, sonra müslüman oldu" dedi."<sup>97</sup>

"Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem), şöyle buyurdu, demiştir: "Bir mal hıfz edilmek üzere kimin yanına emaneten bırakılırsa o kimse üzerine tazminat yüklemeye yoktur."<sup>98</sup>

Bu hadislerle beraber ele aldığımız zaman, ariyet alan kişinin veya daha genel ifade etmek gerekirse emin sıfatıyla zilyet olan kişinin normal kullanımdan ötürü bir sorumluluğu bulunmamaktadır ancak haksız fiilleri nedeniyle kişi emin sıfatıyla kullandığı mala verdiği zarardan ötürü sorumlu tutulur.<sup>99</sup>

Bir hadiste Peygamber Efendimiz (salallahu aleyhi ve selem) davet edildiği bir yemekte kendisine ikram edilen koyun etini yememiş ve o koyun etinin, hak olmayan bir yolla alındığını kendisine haber verdiğini ifade etmiştir. Bunun üzerine ev sahibi, kardeşinin bir koyun aldığını, kendisininde onun bedelini aile halkına gönderdiğini ancak kardeşinin koyunu esirlere yedirmesini söylediğini ifade etmiştir. Rasulullah sallallahu aleyhi ve selem o koyundan yemekten kaçınmış ancak onu atmalarını değil, tasadduk etmelerini emretmiştir. Çünkü ev sahibinin kardeşi koyunu esirlere yedirmeleri gerektiğini söylemiştir.<sup>100</sup> Bu hadiste biz gasp yoluyla elde edilmiş olan yani haksız bir fiil sonucu ele geçen bir koyunun kişi üzerinde sorumluluk oluşturduğunu, bu koyun ile ilgili olarak ne yapılması gerektiğini görmekteyiz. Ancak burada koyun değil de, domuz gibi kullanımı haram olan bir mal

<sup>97</sup> Ebû Davud, **Büyû'**, 88.

<sup>98</sup> İbn Mâce, **Sadaka**, 6.

<sup>99</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 33; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 343 vd.

<sup>100</sup> Ebû Davud, **Büyü'**, 3; Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, 5, 294.

gaspa konu olsaydı artık tasadduk edilmesinden değil, ondan kurtulmak gerektiğinden bahsedilecekti.<sup>101</sup>

### C- MECELLE’NİN KÜLLİ KAİDELERİ KAPSAMINDA KUSUR SORUMLULUĞU

Sorumluluk hukuku ile ilgili diğer delillere tek tek değinilmeyip fikhî kaideler halinde kavaid-i külliyyeden olmuş olan fikhın genel ilkelerine değinilecektir. Bu genel ilkeler işlenirken, Mecelle’nin Kavaid-i Külliye kısmındaki külli kaideler esas alınacaktır. Fikhî kaidelerin, sorumluluk hukuku bakımından, öneminin ve etkisinin anlaşılabilmesi için, musarrât<sup>102</sup> hadisinin örnek olarak incelenmesi faydalı olacaktır:

*“Bize Abdullah b. Mesleme b. Ka’neb rivayet etti. (Dedi ki): Bize Dâvûd b. Kays, Mûsâ b. Yesâr’dan, o da Ebû Hüreyre’den naklen rivayette bulundu. Ebû Hüreyre şöyle demiş: Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem): “Her kim sütü biriktirilmiş bir koyun satın alırsa, hemen onu götürüp sağsın! Eğer sütünden memnun kalırsa mülkünde bırakır; aksi takdirde hayvanı, beraberinde bir ölçek kuru hurma ile iade eder.” buyurdular.”<sup>103</sup>*

Süt burada bir menfaat olmayıp hayvanla beraber bir mal hükmündedir. Dolayısıyla burada kusurlu şeyin gelirinin teslimi hükümlerine gidilmeyecektir. Bu hadise göre misli bir mal olan süt misliyle değil başka bir mal ile tazmin edilmelidir sonucu çıkmaktadır. Bunun nedeni ise sütün artık müşterinin mülkünde ortaya çıkan başka şeylerle karışmasından ötürü kendisinin tesliminin mümkün olmaması olarak gösterilmiştir.<sup>104</sup> Ebû Hanife ve İmam Malik burada, “külfet nimete ve nimet külfete göredir” ve “zarar vermek, zarara zararla karşılık vermek yoktur” genel kaidelerini de göz önünde bulundurarak bu hadisi kabul etmemiştir. Çünkü bu genel kaidelere

<sup>101</sup> Ebû Ca’fer Ahmed b. Muhammed et-Tahâvî, **Tahâvî, Şerhu Meâni’l Âsar Hadislerle İslâm Fıkhı**, Beka Yayıncılık, İstanbul, 2018, (Çev: M. Beşir Eryarsoy), c. 6, s. 471, 472.

<sup>102</sup> Musarrât: Birkaç gün boyunca sağılmayarak, sütü memesinde bırakılmış ve orada birikip toplanmış olan hayvandır. Bu nedenle alıcı iyi süt veren bir hayvan aldığını sanır.

<sup>103</sup> Müslim, **Büyû’**, 24-28.

<sup>104</sup> İmam Muhyiddin En-Nevevî, **Sahîh-i Müslim Şerhi el-Minhâc**, Karınca & Polen Yayınları, İstanbul, 2016, c. 7, s. 196.

göre, bir şeyin itlafına neden olan kişi o şeyin mislini veya kıymetini ödemelidir, başka bir eşya ile bu ödemeyi yapamaz.<sup>105</sup>

Sorumlulukla ilgili olarak Mecelle'nin muhtelif kısımlarında birçok düzenleme yer almaktadır. Ancak biz burada külli kaideleri ele alacağımızdan ötürü özellikle Mecelle'nin 19. ve 20. maddeleri ile yine Kavaid-i Külliye kısmında düzenlenmiş olan 85. madde ile 94. madde arasında 10 maddeye değineceğiz.<sup>106</sup> Bunlardan 85, 86, ve 91. maddeler tazminatla ilgili olsa da, genel olarak damân sorumluluğunun içerisinde kaldıkları için burada onlara da değinilecektir.

Mecelle madde 19: “*Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur.*” Öncelikle bir başkasının canına, malına zarar vermek doğru değildir. Zarar bir haksızlıktır ve haksızlıklar bütün hukuk düzenlerinde yasaklanmışlardır. Yasaklanmış olmasına rağmen bir zararın ortaya çıkması durumunda bu zarara zararlı karşılık vermek de doğru olmaz. Zarara uğrayan kişinin, bu zarara karşılık olarak misliyle, aynıyla veya daha fazlasıyla zarar vermesi yasaktır. İlk ortaya çıkmış olan zarar nedeniyle zarar veren sorumlu tutulduğu gibi, bu zarara karşılık bir zarar verilmesi durumunda, bu kişinin de artık sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda her iki taraf da kendi kusurlu fiili nedeniyle sorumlu tutulmuş olacaktır. Zarara uğrayan kişinin bu zararının giderilmesi için yargı organına gitmesi, kendisinin de karşı tarafı zarara uğratmaması, ihkakı hak uygulamaması gerekir.<sup>107</sup>

Mecelle madde 20: “*Zarar izâle olunur.*” Zarar bir haksızlıktır ve bu haksızlığın düzeltilmesi gerekir.<sup>108</sup> Sorumluluk hukukunun temel amacı zararın izâlesidir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da zararın izâlesinin, meydana gelen zararın kendi misli ile olmayacağıdır.<sup>109</sup> Dolayısıyla zararı ortadan kaldırırken

<sup>105</sup> Muhammed Tâhir bin Âşûr, **İslâm Hukuk Felsefesi**, 4. Baskı, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2013, (Çev: Mehmet Erdoğan, Vecdi Akyüz), s. 65.

<sup>106</sup> Ahmed Akgündüz, **Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye**, 2. Baskı, Osav Yayınları, İstanbul, 2017, s. 62.

<sup>107</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 78; Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 139; Mustafa Yıldırım, **Mecelle'nin Külli Kâideleri**, 4. Baskı, Tibyan Yayıncılık, İzmir, 2015, s. 73; Hamdi Döndüren, **İslâm Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, KTO Karatay Üniversitesi Yayınları, Konya, 2017, s. 155.

<sup>108</sup> Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 140.

<sup>109</sup> Mecelle madde 25: “Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz.”

yeni bir zarara neden olmamak için zararı benzeri, daha aşağısı veya daha ağırlıyla izâle yoluna gitmemek gerekir.<sup>110</sup> Ayrıca zararın izâlesi noktasında zarar verenin durumunun gözetilmesi ve bu izâlenin imkan dahilinde olması gerektiği de unutulmamalıdır.<sup>111</sup>

Mecelle madde 85: “*Bir şeyin nef'i zamânı mukabelesindedir.*” Kabz olunmuş olan bir malın kâr ve faydası o şeyin tazmin sorumluluğu ile karşılıklılık göstermektedir.<sup>112</sup> Bu kaide bir hadisten alınmıştır. “*Âişe (r.anha)'den, Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem)'in şöyle buyurduğu rivayet edilmiştir: "Menfaat, sorumluluk (risk) karşılığındadır."*”<sup>113</sup> Yani bir şeyden fayda elde eden kişi aynı zamanda o şeyden dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumludur. 88. maddede de bu düzenlemeye yakın bir düzenleme görülecektir.

Mecelle madde 86: “*Ücret ile zamân müctemi' olmaz.*” Aynı konudan dolayı hem ücret hem de tazmin borcu bir arada bulunamaz. Tek bir sebepten ötürü ya tazmin borcu doğar ya da ücret borcu doğar.<sup>114</sup> Örneğin bir kimse başka birinin arabasını gasp sonucu kullansa ve bunun sonucunda arabanın değeri düşse burada kullanan kişiye hem kullanımdan ötürü ücret hem de düşen değerden ötürü tazminat bir arada gerekmez.<sup>115</sup> Ancak sebep farklı olursa tazmin ve ücret bir arada bulunabilir. Örneğin, bir kimsenin belirli bir yere gitmek üzere bir araba kiralaması durumunda belirtilen yerden daha uzak bir yere gitse ve bu sebeple araç hasar görse hem ücret hem de tazmin nedeniyle bu kimse sorumlu tutulacaktır.<sup>116</sup> Bu husus menfaatin tazmini başlığı altında diğer görüşlerle birlikte incelenecektir.

<sup>110</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 79.

<sup>111</sup> Mecelle madde 31: “*Zarar bi-kaderi'l-imbân def' olunur.*”

<sup>112</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 173; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 49; Yıldırım, **Küllî Kâideler**, s. 180; Mehmet Erdoğan, **Fıkıh İlmîne Giriş**, 3. Baskı, Değerler Eğitim Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 217; Döndüren, **İslâm Hukukuna**, s. 183.

<sup>113</sup> Ebû Davud, **Buyu'**, 71; Tirmizî, **Buyu'**, 53; Nesâî, **Buyu'**, 15.

<sup>114</sup> Yıldırım, **Küllî Kâideler**, s. 181; Nurettin Sezen, **Mecelle'nin Küllî Kaideleri ve Açıklamaları**, 1. Baskı, Aktifhayat Yayınları, Ankara, 2016, s. 130; N, Ahmet Özalp, **İslâm Hukukunun Genel İlkeleri**, 1. Baskı, Büyüyenay Yayınları, İstanbul, 2017, s. 103.

<sup>115</sup> Erdoğan, **Fıkıh İlmîne Giriş**, s. 218; Abdullah Kahraman, **İslâm Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara, 2018, s. 452.

<sup>116</sup> Döndüren, **İslâm Hukukuna**, s. 183.

Mecelle madde 87: “*Mazarrat menfaat mukâbelesindedir.*” 85. ve 88. maddelerle büyük benzerlik gösteren maddeye göre, bir şeyin sebep olduğu zararın karşılanması o şeyden menfaat elde edilmesi nedeniyledir.<sup>117</sup> Bu kaideye göre, örneğin, bir araba alınırken notere ödenecek olan giderlerin o arabanın alımından menfaat elde edecek olan alıcıya ait olması gerekmektedir. Nitekim pozitif hukukta uygulamanın bu şekilde gelişmiş olduğu görülmektedir.

Mecelle madde 88: “*Külfet nimete ve nimet külfete göredir.*” Bu madde, 85. ve 87. maddeleri daha genel ve öz bir şekilde anlatmıştır. Örneğin, bir kimse hayvanından menfaat elde ederken bu hayvanın beslenme giderlerini de ödemek zorundadır. Yine bu hayvanın vermiş olduğu zararlardan belirli şartlar dahilinde hayvanı bulunduran kişi bu ilkeye göre sorumlu tutulmalıdır. Bu ilke madde 85 ve 87 ile birlikte özellikle kusursuz sorumluluk durumları için bir temel teşkil etmektedir.

Mecelle madde 89: “*Bir fiilin hükmü fâline muzâf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzâf kılınmaz.*” İcra edilen bir fiil sonucu meydana çıkan zararlar nedeniyle sorumlu tutulan asıl kişi, yalnızca fiili icra eden. Faile zorlayıcı şekilde zararı meydana getiren fiili yapması emredilmediği müddetçe fiilin yapılmasını emreden kişi sorumlu olmaz. Ancak kişiyi fiili yapmaya zorlayan bir emir varsa, bu durumda emri verenin sorumluluğuna gidilebilir.<sup>118</sup> Bu madde 95. madde ile de ilişkilendirilebilir. Mecelle madde 95’de “*Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu iki düzenlemeye bir arada baktığımızda zaten bâtil olan emirden dolayı emri verenin sorumlu tutulmaması gerektiği görülmektedir.<sup>119</sup> Özellikle işçi-işveren ilişkilerinde işçinin kusuru nedeniyle sebep olduğu zarardan işverenin sorumlu tutulmasını gerektiren bir düzenleme olarak gözümüze çarpmaktadır. Pozitif hukukta Türk Borçlar Kanunu’nun düzenlemiş olduğu adam çalıştırmanın hükümleri kısmında belirli bazı farklılıklar mevcuttur. Bunlara ileride değinilecektir.

<sup>117</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 176; Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 183.

<sup>118</sup> Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 185; Özalp, **Genel İlkeler**, s. 106; Erdoğan, **Fıkıh İlmüne Giriş**, s. 219.

<sup>119</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 177.

Mecelle madde 90: “*Mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi oldukda hüküm ol fâile muzâf kılınır.*” Mübâşeret için, haksız fiilin doğrudan zararı meydana getirdiği durum denebilir. Ömer Nasuhi Bilmen, itlafla ilgili mübâşereti şöyle tanımlamıştır: “*Bir şeyi başkasının fiili araya girmeksizin bizzat itlâf etmektir ki o şeyi böyle telef edene (fâil’i mübaşir) denir.*”<sup>120</sup> Tesebbüb için ise haksız fiilin sebebiyet yoluyla zararı meydana getirdiği durum denebilir. Bir zarar meydana geldiğinde bu zarardan ötürü sorumluluk, hem o zararı meydana çıkaran fiili bizzat yapan kişinin (*mübaşirin*) hem de o zararın meydana gelmesine sebep olan kişinin (*mütesebbibin*) birlikte bulunması durumunda, zararı meydana çıkaran fiili bizzat yapan kişi üzerinde doğar.<sup>121</sup> Ancak burada sebep yalnız başına olduğunda bir zarar ortaya çıkarmayacak şekilde olmalıdır. Örneğin, yola açılmış olan bir çukura yanındaki kişiyi iterek o kişinin zarar görmesine neden olan kişi itme fiilinden dolayı sorumludur. Bu durumda çukuru açan kişinin sorumluluğuna gidilmez. Eğer sebep olma, birbiriyle mücadele eden kişilerden birinin diğerine sarıldığı sırada, sarıldığı kişinin üzerinden bir şeyin düşüp telef olmasına neden olması gibi tek başına zarara yeterli bir fiilse bu durumda sebep olan kişiye sorumlu değildir, diyemeyiz.<sup>122</sup>

Mecelle madde 91: “*Cevâz-ı şer’î zamâna münâfi olur.*” Bu ilke, kişinin fiilinin hukuka uygun olması durumunda, bu fiile bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan ötürü tazminat sorumluluğunun doğmayacağını belirtmektedir. Genel kural bu olmakla birlikte bir çığ tehlikesinden kaçan kişinin kapıyı kırıp dağ evine girmesi gibi zaruret hali durumlarında verilen zarar, hukuka uygun olsa da tazmin edilmesi gereken bir zarardır.<sup>123</sup>

Mecelle madde 92: “*Mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur.*” Bu düzenlemeye göre kişi fiili kasten işlemese dahi zarara neden olan fiili doğrudan icra etmesi durumunda sorumlu tutulur. Yani mübâşeret hallerinde kusur ve kasıt aranmamış, zararı doğrudan meydana getiren fiili işleyen kişi sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla mübâşeret hallerinde kusur sorumluluğunun da, kusursuz sorumluluğunun

<sup>120</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. VII, s. 329.

<sup>121</sup> Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 187. Özalp, **Genel İlkeler**, s. 108.

<sup>122</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 178, 179.

<sup>123</sup> Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 189; Döndüren, **İslâm Hukukuna**, s. 185.

da mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle mübâşeret hallerinden dolayı sorumluluğu, zarar sorumluluğu başlığı altında toplayabiliriz.<sup>124</sup> Bu madde açıkça kusur olmadan da sorumluluğun olabileceğini göstermesi nedeniyle önem arz etmektedir.

Mecelle madde 93: “*Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz.*” Mübâşeret sorumluluğundan farklı olarak, bir zarara sebep olmuş olan kişi zarara sebep olan fiilini kasten ve haksız olarak işlemedikçe sorumlu tutulmaz. Oysa mübâşeret durumunda kişi bu fiili nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Aradaki fark, mübâşeret durumunda fiil, zararın meydana gelmesi için tek başına yeterli bir illettir ancak tessebbüb sorumluluğunda zarara sebep olan fiil yalnız başına zararı meydana çıkarmaya yeterli bir fiil değildir. Bundan dolayı mütesebbibin zararı meydana çıkarmak için kastının olması ve sebep olan fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir.<sup>125</sup> Tesebbüb sorumluluğunda pozitif hukukun aksine, aslolanın kusur sorumluluğu olduğunu bu düzenlemeye binaen söyleyebiliriz.<sup>126</sup>

Mecelle madde 94: “*Hayvanatın kendiliğinden olarak cinâyet ve mazarratı hederdir.*” Hayvan sahibinin kastı, taksiri ve kusuru olmaksızın hayvanların tek başlarına vermiş oldukları zararlardan ötürü herhangi bir sorumluluk doğmaz.<sup>127</sup> Örneğin bir kimse atını, atlar için tahsis edilmiş yere bağlar ve burada at bir başkasının atını öldürürse atın sahibine sorumluluk yüklenmez ancak hayvanını başka birinin bahçesine salarsa veya bu bahçede gördüğü halde hayvanını oradan geri çevirmezse hayvan sahibinin kusuru ve kastından bahsedileceğinden ötürü artık sorumluluğu doğar.<sup>128</sup> Hayvanların fiilleri nedeniyle doğan sorumlulukla ilgili temel hüküm bu olmasına rağmen farklı düzenlemeler de mevcuttur. Bu düzenlemelere ileride değinileceği için burada yalnız asıl kaideyi belirtmekle yetiniyoruz.

<sup>124</sup> Ünal Yerlikaya, “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddi-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, **Diyanet İlmî Dergi**, c. 53, sayı:3, 2017, s. 41.

<sup>125</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 181, Yıldırım, **Külli Kâideler** s. 190, 192; Erdoğan, **Fıkıh İlmîne Giriş**, s. 220.

<sup>126</sup> Mehmet Akif Aydın, “İtlaf”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2001, c. 23, s. 466.

<sup>127</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 183; Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 193.

<sup>128</sup> Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 148.

### III- SORUMLULUK KURUMUNUN AMAÇLARI

Kişinin başkalarına vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulmasının temel nedenleri, zararın hiç meydana gelmemesi için kişilerin dikkatli davranmalarının sağlanması, eğer zarar meydana gelirse, bu zararın tazmin ve telafi edilmesidir. Bu zarar, cismani bir zarar olabileceği gibi mali veya manevi bir zarar da olabilir. Dolayısıyla sorumluluk hukukunun amacına kısaca, hukuken kişilerin haklarını korumak ve güvence altına almaktır denilebilir.<sup>129</sup> Bu doğrultuda sorumluluk hukukunun amaçları üç ana başlığa ayrılarak incelenecektir.

#### A- ZARARIN ÖNLENMESİ

Sorumluluk hukukunun en önemli temel ilkesi: “Neminem laedere: Kimseye zarar verme” ilkesidir.<sup>130</sup> Bu ilkeye hizmet eden ilkelerin başında da zarara baştan engel olma amacı taşıyan, zararın önlenmesi ilkesi gelmektedir. Zararın önlenmesi ilkesi başkalarının uğrayacağı zararları göz önüne alarak insanların davranışlarında daha dikkatli olmalarını sağlayan tedbir niteliğinde bir ilkedir. İslâm hukuku açısından özellikle dini ve ahlaki sorumluluk bakımından sorumluluk hukukunun amaçları göz önüne alınırsa, zararın denkleştirilmesi ve ihlal edilen hakkın devamından ziyade zararın önlenmesi amacı daha ön plana çıkacaktır.<sup>131</sup>

Zararın önlenmesi ilkesi özellikle kusur sorumluluğunda ön plana çıkmaktadır. Kusur sorumluluğunda, hukuka aykırı olan kusurlu bir davranışı tazminat yaptırımına bağlamak ve bu tazminatın belirlenmesinde failin kusurunun ağırlığını, belirleyici bir etken olarak düzenlemek kişilerin davranışlarını icra ederken çok daha dikkatli olmalarını sağlamaktadır. Bu nedenle zararı önleme amacı aynı zamanda bir müeyyide görevi de görmektedir. Zararı önleme fikri bu sebeplerle

<sup>129</sup> Ercan Eser, **İslâm Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2007, s. 9.

<sup>130</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 514.

<sup>131</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 9.

kişinin zarara neden olacak olan davranışı yapmasını önlediği gibi bir kez böyle bir davranış yapmış olan kişinin yeniden yapmamasını da sağlar.<sup>132</sup>

Kusur sorumluluğunun yanında özellikle özen ve tehlike sorumluluklarında da zararı önleme ilkesi önem arz etmektedir. Kişilerin işlerinde daha dikkatli ve özenli davranmaları sonucunu ortaya koyan bu ilke neticesinde özellikle tehlikeli işletme sahiplerinin, tazminat yükünden kurtulmak veya daha az bir tazminat yükü altına girmek için, gerekli tedbirleri alması sağlanmaktadır.<sup>133</sup>

## B- ZARARIN DENKLEŞTİRİLMESİ

Zararın önlenmesi, zararın hiç doğmamasını hedeflemektedir. Ancak zarar doğmuşsa, artık sorumluluk hukukunun diğer bir temel amacı olan zararın denkleştirilmesi amacıyla karşılaşılır. Zararın denkleştirilmesi ilkesi sosyal adaleti temin eden, zarara uğramış olan kişilerin, zararlarının giderilmesinin yanında, devlete olan güvenlerinin artmasına da neden olan, kamu düzenini sağlayan bir ilkedir.<sup>134</sup>

Sorumluluk hukukunun tazminat hukuku olarak da adlandırılmasının en büyük müsebbiplerinden olan zararın denkleştirilmesi ilkesine göre, mali veya cismani zarara uğramış olan kişinin zararının giderilmesi gerekmektedir. Zarar, mal varlığında veya şahıs varlığında bir eksilmeye sebep olmuş olabilir. Her iki halde de bu zararın giderilmesi gerekmektedir. Mecelle’de bu ilke “*Zarar izâle olunur.*”<sup>135</sup> şeklinde bir düzenlemeyle belirtilmektedir. Bu düzenleme için Ali Haydar Efendi: zarar, zarar vermeksizin giderilmelidir veya ondan daha aşağı bir zarar tercih edilerek izâle sağlanmalıdır, zararın misli olan diğer bir zarar ile veya daha büyük bir zarar ile izâle olmaz demektir.<sup>136</sup> Bu düzenlemeyle beraber “*Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur.*”<sup>137</sup> düzenlemesi beraber düşünüldüğünde zararın denkleştirilmesi

<sup>132</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 514.

<sup>133</sup> Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 33.

<sup>134</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 10; Hayreddin Karaman, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku**, 16. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2013, c. 3, s. 193.

<sup>135</sup> Mecelle, m. 20.

<sup>136</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürrü’l-Hükkâm**, c. 1, s. 79.

<sup>137</sup> Mecelle, m. 19.

için zarar veren tarafa, verdiği zararın misli ya da daha az veya çoğu şeklinde bir zarar verme müeyyidesi yoktur. Ayrıca zarar giderilirken bunun imkanlar dahilinde gerçekleştirileceği de yine Mecelle’de “*Zarar bi-kaderi’l imkân def’olunur.*”<sup>138</sup> şeklinde yer bulan düzenleme ile belirtilmektedir. Yine söylemek gerekir ki bu ilkeler hem zararın denkleştirilmesi hem de zararın önlenmesi hususunda önem arz ederler.<sup>139</sup> İlkelerin tümüne bir arada bakılırsa görülmektedir ki, hukukun korumak istediği asıl amaç gerçek ziyetlik veya mülkiyetten ziyade zararın onarımı ile taraflar arasındaki eşitliktir.<sup>140</sup>

### C- TAZMİNAT TALEBİNDE İHLAL EDİLEN HAKKIN DEVAMI

Sorumluluk hukukunun üçüncü önemli amacı ise hakkın sürekliliğini (hakkın takibini) sağlamasıdır. Hakkın sürekliliği ise ancak yerine ikame ile sağlanabilir. Bu amacı nedeniyle sorumluluk hukuku bir nevi “ikame, yerine geçme” görevi icra etmektedir. Hukuk düzeni tarafından korunan bir hakkın ihlal edilmesiyle, artık bu ihlal edilen hak yerine tazminat talebi geçmektedir. İhlal edilen hak bu ihlalden sonra tazminat talebi şeklinde varlığını sürdürmektedir.<sup>141</sup>

İkame olan tazminat talebinin ihlal edilen hakla aynı değerde olması gerekir. Aksi durumda arada bir eşitsizlik söz konusu olur ve bu yeni bir haksızlığı meydana getirir. Akdi sorumluluk için, “*Aslın îfâsı kâbil olmadığı halde bedeli îfâ olunur.*”<sup>142</sup> şeklindeki ilkeyle bir hukuki işlem veya eylemden doğan borçların yerine getirilememesi halinde bedelinin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Akit dışı sorumluluk durumlarında ise, ikame olan tazminat talebi, misli mallarda telef olan malın mislinin ödenmesini, kıyemi mallarda ise malın kıymetinin ödenmesini gerektirir. Maddi zararlarda durum bu şekilde olduğu gibi manevi zararlarda da

<sup>138</sup> Mecelle, m. 31.

<sup>139</sup> Atalay, **Trafik Kazalarından Doğan Sorumluluk**, s. 6.

<sup>140</sup> Colin İmber, **Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı’da İslam Hukuku**, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 230.

<sup>141</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 515.

<sup>142</sup> Mecelle, m. 53.

ancak çekilen elem ve ıstırap biraz olsun hafifletilmek amacıyla yine maddi bir tazminat talebi ile zarar denkleştirilir.<sup>143</sup>

#### IV- SORUMLULUK HUKUKUNUN KONUSU

##### A- ŞAHIS İLE SORUMLULUK

Şahıs ile sorumluluk alacaklının borçlunun şahsına yani vücuduna el koyması şeklinde anlaşılır. Eski dönemlerde bazı hukuk sistemlerinde uygulanmış olan bir sorumluluk türüdür. Örneğin, Roma hukukunda uzun bir dönem şahıs ile sorumluluk geçerli olmuştur. Buna göre alacaklı borçluyu kendi hapisanesinde belirli bir dönem hapsedebiliyor, eğer borç yine ödenmezse, alacaklı istediği takdirde borçluyu borç ödeninceye kadar kendi işlerinde çalıştırabilir, köle olarak satabilir ve hatta öldürebilirdi.<sup>144</sup> Zamanla bu sorumluluk türü, uygulamadan kalkmıştır ve artık istisnai bazı haller hariç, borç için hapis veya şahıs ile sorumluluk esas uygulanmamaktadır.<sup>145</sup>

İslâm hukukçuları şahıs ile sorumluluğu meşru görmemişlerdir. Borcunu ödemeyenin hapsedilmesi ise bir şahıs ile sorumluluk değildir. Çünkü buradaki hapis cezası borçlunun temerrüdü halinde hakimlerin borçluyu ifaya zorlamak için bazı dönemlerde hapis cezasının ona uygulanabileceği kanaatlerine dayanmaktadır. Bu şekilde hapsedmenin hukuka uygun olduğunu ise bazı delillerden çıkarmışlardır. Genel kabule göre borçlunun temerrüdü durumunda ödeme gücü olmayan borçlu hapsedilmez, eğer hapsedilmişse serbest bırakılır.<sup>146</sup> İslâm hukukçuları, ödeme gücüne sahip olduğu halde ödemeyen borçlunun hapsedilmesine, ödeme gücüne sahip olmayanın ise hapsedilmemesine şu deliller ışığında karar vermişlerdir:

<sup>143</sup> Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 33, 34.

<sup>144</sup> Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 31.

<sup>145</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 85.

<sup>146</sup> Nuri Kahveci, **Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku**, 2. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 62; Akman, **Akdî Mesuliyet**, ss. 47, 96.

*“Eğer borçlu darlık içindeyse ona eli genişleyinceye kadar mühlet verin. Eğer bilerseniz, (borcu) sadaka olarak bağışlamanız, sizin için daha hayırlıdır.”<sup>147</sup>*

*“Ebû Hureyre (r.a)'den rivayet edildiğine göre, Rasûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurmuştur: Zengin borcunu geciktirmesi zulümdür. Biriniz, (alacağı) bir zengine havale edilirse kabul etsin.”<sup>148</sup>*

Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem): *“Ödeme gücü bulunan kimsenin borcunu geciktirmesi cezalandırılmasını ve ırzını (onurunun kırılmasını) helal kılar.”* buyurmuştur.<sup>149</sup>

Bu naslardan yola çıkarak, Peygamber Efendimiz'in (sallallahu aleyhi ve sellem) zengin borcunu ödememesini zulüm olarak ifade ettiği, zalimin ise mutlaka cezayı hak ettiği fakihler tarafından ifade edilmiştir. Bu cezanın da hapis cezası olduğunu belirtmişlerdir.<sup>150</sup> Ancak hapis gereken durumun tam olarak ne olduğu hususunda farklı görüşler oluşmuştur.

Hanefî fakihler, borcunu ödemeyen kişinin darda olduğu bilinmiyorsa iki veya üç ay süreyle hapsedilmesi gerektiğini, daha sonra sorulduğunda darda olduğunu ifade edip bunu beyyineyle ispat ederse artık hapsedilmeyip salıverileceğini, ifade etmişlerdir. Çünkü, kişinin aldığı borç ile zimmetinde aldığı miktarın sabit olduğu ve bu miktarı ödeme konusunda mali sıkıntıda olmadığı karine olarak kabul edilir. Daha sonraki Hanefî fakihleri ise satın alınan eşyanın bedeli gibi aslı mal olan borçlar açısından borçlunun hapsedilebileceğini, kefalet, kasten öldürmede sulh bedeli gibi aslı mal olmayan borçlar açısından ise borcun varlığı ve ödemenin geciktiği tespit edilmeden borçlunun hapsedilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Çünkü, bu tip borçlarda kişinin almış olduğu bir mal yoktur ve karine olarak, zimmetinde bu miktar sabittir denilemeyip borçlunun bu miktarı ödemesi noktasında mali sıkıntıda olup olmadığı bilinemez. İmam Malik, borç yüzünden hür

<sup>147</sup> Bakara, 2/280.

<sup>148</sup> Ebû Davud, **Büyu'**, 10; Muhammed, el-Buhârî, **Sahîh-i Buhârî**, Karınca&Polen Yayınları, İstanbul, 2017. (çev: Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi), **İstikraz**, 13.

<sup>149</sup> Buhârî, **İstikraz**, 14.

<sup>150</sup> el-Cessâs, **Ahkâmu'l Kur'an**, c. 3, s. 254.

veya kölenin hapsedilemeyeceğini ancak temize de çıkartılamayacağını ifade etmiş ve borçlunun mal ve para gizlemekle itham edilmesi durumunda hapsedilebileceğini belirtmiştir. Malı olduğu tespit edilmezse hapsedilemez demiştir. İmam Şafî ise, borçlu olduğu sabit olan kişinin görünürde malı varsa bu malı satılarak ödeme yapılır ve borçlu hapsedilmez, görünürde malı yoksa hapsedilir ve ele geçirilen malı satılır, mali sıkıntı içinde olduğunu ifade ederse, beyyine göstermesi ve doğru konuştuğuna dair yemin etmesi durumunda, söyledikleri doğru kabul edilir ve salıverilir demiştir.<sup>151</sup>

## B- MAL VARLIĞI İLE SORUMLULUK

Mal varlığı ile sorumluluk, borcunu ödemeyen kimsenin alacaklısına karşı sadece mal varlığı ile sorumlu olmasıdır. İslâm hukukunda ve modern hukukta asli olarak kabul edilen sorumluluk türü, mal varlığı ile sorumluluktur. Mal varlığı ile sorumluluk hukuki müeyyide olarak belirttiğimiz tazminat ve cebri icra müeyyidelerinin uygulama bulduğu alandır.

İslâm hukukunda borçluluğun mahallini şahsın zimmeti, sorumluluğun mahallini ise mal varlığı olarak belirleyebiliriz. Dolayısıyla İslâm hukukunda borç, borçlunun şahsı üzerinde değil, zimmeti ve mal varlığı üzerinde bağlayıcıdır.<sup>152</sup> İslâm hukukunda borcunu ödeyebilme gücü olduğu halde borcunu ödemeyen borçlunun mal varlığına doğrudan el koymak yerine borçlunun kendi rızasıyla borcunu ödemesi için şahsına yönelik birtakım yaptırımlar uygulanmıştır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi borcunu ödemekten aciz olan borçlulara borçlarını ödemeleri için bir yaptırımda bulunulmaz. Mal varlığı açısından sorumluluk, sınırsız sorumluluk ve sınırlı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır.

<sup>151</sup> el-Cessâs, **Ahkâmu'l Kur'an**, c. 3, ss. 255, 256.

<sup>152</sup> Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 98.

## 1- Sınırsız Sorumluluk

Borçlunun bütün mal varlığı ile sorumlu olmasını ifade eder. Bu sorumluluk türüne mal varlığı ile sorumluluk da denir.<sup>153</sup> Modern hukukta borcunu ödemeyen borçlu, mal varlığının aktif kısmının tamamı ile sorumludur. Buna göre alacaklı, borçlunun borcu ödememesi halinde, borçlunun mal varlığının aktif kısmındaki bütün mallara ve haklara mahkeme kararı sonrasında el koyabilir. Bu el koyma, ilgili mal varlığı değerlerinin haczedilip satılması yoluyla olur.

Sınırsız sorumluluk halinde de birtakım istisnalar olmalıdır. Örneğin borçlunun hayatını ve mesleğini idame ettirebilmesi için zorunlu olan malların bu sorumluluk kapsamı dışında tutulması gerekir. Bu mallara haczi caiz olmayan mallar denir.<sup>154</sup> Ayrıca sınırsız sorumluluk halinde de el koyma ancak borç miktarıyla sınırlı olmalıdır borç miktarına kâfi olan mal varlığının dışında tüm mal varlığına el konulmamalıdır.

## 2- Sınırlı Sorumluluk

Temel kural sınırsız sorumluluk olmasına rağmen hukuk düzeni bazı durumlarda mal varlığı ile sorumluluğu miktar ve konu bakımından sınırlayabilir. Bu sorumluluk çeşidi doğrudan hukuki durumdan doğabileceği gibi tarafların anlaşmalarından dolayı da doğabilir. Örneğin kefilin sorumlu tutulacağı tutarın belirli olması durumunda artık miktar bakımından sınırlı sorumluluktan bahsedebiliriz.<sup>155</sup>

Sınırlı sorumluluk, sınırlı şahsi ve ayni sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Alacaklının belirli bir miktarla sınırlı olmak şartıyla, borçlunun istediği malına el koyma yetkisi varsa, bu durumda sınırlı şahsi sorumluluktan bahsedilir. Alacaklı

<sup>153</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 86.

<sup>154</sup> Bkz. Fahrettin Atar, **İslâm İcra ve İflâs Hukuku**, İFAV Yayınları, İstanbul, 1990, s. 169 vd.; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, 1. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 246 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin, Muhammed Özekes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 203 vd.; Talih Uyar, Alper Uyar, Cüneyt Uyar, **İcra Hukukunda Haciz**, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 571 vd.

<sup>155</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, s. 34; Eren, **Borçlar Genel**, s. 86.

alacağını borçlunun sadece belirli bir malından alabileceksen bu durumda da sınırlı aynı sorumluluktan bahsedilir.<sup>156</sup>

## V- SORUMLULUK ÇEŞİTLERİ

Sorumluluk çeşitleri farklı biçimde sınıflandırmalarla açıklanabilir. Sorumluluk öncelikle ahlaki (manevi) sorumluluk ve kanundan doğan sorumluluk şeklinde ikiye ayrılarak sınıflandırılabilir. Bu temel sınıflandırmanın ardından ise yine farklı sınıflandırmalara ayrılabilir. Bu sınıflandırmalardan bizim tercih ettiğimiz sınıflandırma hukuki-cezai-idari sorumluluk şeklinde üç ana başlığa ayrılarak incelenen sınıflandırmadır. Kullanılan farklı bir sınıflandırma ise siyasi-cezai-mali sorumluluk şeklinde olan sınıflandırmadır. Bu sınıflandırmaya göre hukuki sorumluluk olarak kategorize ettiğimiz sorumluluk çeşidi mali sorumluluk ana başlığında yer almaktadır ve tercih ettiğimiz sınıflandırmadan farklı olarak siyasi sorumluluk adı altında bir başlık açılmaktadır. Siyasi sorumluluk, yöneticilerin egemen olana karşı sorumluluğudur. Örneğin bu sorumluluk, parlamenter sistemlerde sadece başbakan ve bakanların<sup>157</sup>, başkanlık sistemlerinde başkanın siyasi açıdan sorumluluğunu düzenleyen sorumluluk çeşididir.<sup>158</sup> Bu sorumluluk bireysel veya kolektif olarak ortaya çıkabilir ve genellikle sorumlu olan kişi veya kişilerin görevine son verilmesiyle son bulabilir.<sup>159</sup> Bu sorumluluk türü ile ilgili olarak bu kadarlık bir açıklamayla yetinilecek ve ayrıntıya girilmeyecektir.

Siyasi sorumluluk gibi değerlendirme yapmayacağımız bir diğer sorumluluk türü de imana bağlı bir sorumluluk olan, uhrevi sorumluluktur. İslâm hukukunda

<sup>156</sup> Kahveci, **İslâm Borçlar**, s. 66.

<sup>157</sup> Burhan Kuzu, **Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum**, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, sy. 53, 2011, s. 41,42.

<sup>158</sup> Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s. 739; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 812,813,837,838; Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 2012, s. 274.

<sup>159</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 372; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 295.

önem arz eden uhrevi sorumluluk ahlakî sorumlulukla yakından bağlantılıdır. Çünkü din ahlakı kapsayıcı bir olgudur ve ahlaki sorumluluk uhrevi sorumluluğun alt başlığı olabilir diyebiliriz. Yer yer bu sorumluluk türlerinin aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Ahlakın kaynağı din olduğundan dolayı, uhrevi sorumluluğun kaynağını da iman olarak adlandırdığımızdan dolayı her iki sorumluluk türünün birbirlerinin yerine kullanılmış olması normal karşılanabilir. Uhrevi sorumluluk aynı zamanda manevi sorumluluk olarak da adlandırılabilir ve insanın yaptığı eylemlerinden dolayı Allah'a (celle celaluhu) karşı sorumlu olmasıdır şeklinde öz olarak tanımlanabilir. Uhrevi sorumluluk İslâm hukukunda asıl olmak üzere, yukarıda belirttiğimiz şekilde ahlaki sorumluluğu kapsadığı gibi kanundan doğan sorumluluğu da kapsar.<sup>160</sup> Dolayısıyla ahlaki sorumluluğun farkından bahsederken uhrevi sorumlulukla ilgili bu değerlendirmeyi yapmayı uygun gördük. Müeyyidenin öngörüldüğü durumlarda uhrevi sorumluluğun doğmuş olacağından bahsedilebileceği gibi öngörülmemiş olduğu durumlarda da uhrevi sorumluluk doğmuş olabilir. Ahlaki sorumluluğun ise en önemli farkı sorumluluğun doğduğu durumlarda müeyyidenin öngörülmesi olmamasıdır. Oysa kanuna dayanan sorumluluk hallerinde sorumluluğun doğduğu durumlarda çeşitli müeyyideler hukuk düzeni tarafından öngörülür.

## A- HUKUKİ SORUMLULUK

Bir kimsenin bir başka kişinin mal varlığına vermiş olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğüne hukuki sorumluluk denir. Hukuki sorumluluk insanın özgürlük alanının, bu alanın diğer insanların müdahalelerinden korunması bakımından genişlemesi olmasının yanı sıra bu alanın aşılması durumunda da müeyyidesidir.<sup>161</sup>

Hukuki sorumluluğun doğması için kimi zaman kişinin zarara sebebiyet verecek uygun illiyet bağı içerisinde kusurlu fiili aranırken kimi zamanda kusurlu olan fiil aranmaksızın uygun illiyet bağı içinde zarara sebep olan hareketin gerçekleşmiş olması yeterli olmaktadır. Yani hem kusur sorumluluğu hem de

<sup>160</sup> Esen, **Uhrevi Sorumluluk**, s. 100 vd.

<sup>161</sup> İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 5.

kusursuz sorumluluk hallerinde hukuki sorumluluğun doğumundan bahsedebiliriz.<sup>162</sup> Kusurlu bir eylem olmasa dahi hukuki sorumluluk doğmaz diyebilirken zararın bulunmadığı durumlarda bu hukuki sorumluluktan bahsedemeyiz. Hukuki sorumluluk için zarar olmazsa olmaz bir unsurdur.<sup>163</sup> Kusur ve kusursuz sorumluluk tasnifinin yanı sıra hukuki sorumluluğun doğumuna ilişkin sebepleri şu şekilde sıralayabiliriz: Akit, haksız fiil, ve kanun.<sup>164</sup> Bununla birlikte modern hukuk açısından baktığımızda İsviçre’de, hukuki sorumluluk geniş anlamda, zararın giderilmesi ile ilgili tüm sözleşme ve sözleşme dışı yükümlülükleri ifade için kullanılırken, dar anlamda akit dışı sorumluluk anlaşılır.<sup>165</sup>

Kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk kavramlarına, daha önce de ifade edildiği gibi ikinci bölümde çalışmanın konusu itibarıyla daha ayrıntılı biçimde değinilecektir. Diğer tasniflendirmede yer alan haksız fiil sorumluluğu da bu kapsamda ele alınacaktır. Akit sorumluluğuna, sorumluluğun kaynakları kısmında değinilecektir. Kanundan doğan sorumluluk için ise, bu sorumluluğun doğrudan kanun düzenlemesi gereği kişinin yükümlü tutulduğu sorumluluk olduğunu söylemekle yetineceğiz. Bu çalışma sorumluluk çeşitlerinden hukuki sorumluluk ana başlığı altında bir çalışma olacaktır.

## B- CEZAI SORUMLULUK

Cezai sorumluluk ceza hukukuna ilişkin sorumluluktur. Cezai sorumluluğun doğmasına kişinin suç işlemesi yol açmaktadır. Cezai sorumluluğun doğması için hukuki sorumlulukta olduğu gibi zarar olmazsa olmaz bir unsur değildir. Cezai sorumluluk için olmazsa olmaz unsur kanun kurallarının ihlalidir. Bu doğrultuda, ceza hukukunda suça teşebbüs cezalandırılabilirken,<sup>166</sup> hukuki sorumlulukta zarar

<sup>162</sup> İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 5.

<sup>163</sup> Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 6.

<sup>164</sup> Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 29.

<sup>165</sup> Henri Deschenaux, Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, (Çev: Salim Özdemir), s. 2.

<sup>166</sup> Bkz. Kahveci, **İslâm Borçlar**, s. 218; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 398 vd; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, **Ceza Genel**, s. 485 vd; Akbulut, **Ceza Genel**, s. 528 vd; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 267 vd; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 454.

ortaya çıkmamış olsa bile teşebbüsten dolayı sorumluluk doğmalıdır denilemez. Keza, kişinin hiç kimseye zarar vermediği halde sadece kanun kuralını ihlal etmesiyle cezai sorumluluğu doğarken, aynı durumun hukuki sorumluluk açısından geçerli olduğundan bahsedilemez.<sup>167</sup> Bununla birlikte şartların bulunması durumunda cezai ve hukuki sorumluluk aynı hukuki eylemden de doğabilir.

Hukuki sorumluluğun doğması için her zaman kusur şart değilken, cezai sorumlulukta kusuru bulunmayan kişiye cezai sorumluluğun neticesi olarak müeyyide uygulanmaz, ancak güvenlik tedbirleri uygulanabilir.<sup>168</sup> Ayrıca cezai sorumluluğun hukuki sorumluluktan bir başka ayrıldığı yer de tüzel kişilerin hukuki sorumluluğu varken cezai sorumluluklarının bulunmamasıdır.<sup>169</sup>

### C- İDARİ SORUMLULUK

Tarihte önceleri devletin sorumsuzluğu fikri hakimken zamanla devletin yumuşatılmış sorumsuzluğu kabul edilmiş ve nihayetinde devletin sorumluluğu fikri hakim olmaya başlamıştır.<sup>170</sup> Böylece, bir sorumluluk türü olarak idari sorumluluk doğmuştur.<sup>171</sup> Geniş anlamda idari sorumluluk devletin yürütme organının yanında yasama ve yargı organlarının da sorumluluğunu kapsamaktadır. Dar anlamda idari sorumluluk ise, işlevsel anlamda idarenin kamu hukukuna tabi olan faaliyetleri nedeniyle meydana gelen sorumluluktur.<sup>172</sup> “İdari sorumluluk, idarenin bir kişiye verdiği zararın, idarenin mal varlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin mal varlığına cebri olarak aktarılmasıyla tazmin edilmesi demektir.”<sup>173</sup> Hukuki sorumluluk için nasıl ki, normalde verilen zararı, zarar veren kişinin kendi isteğiyle

<sup>167</sup> İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 6; Gözler / Kaplan, **İdare Hukuku**, s. 739.

<sup>168</sup> Cezai ve hukuki sorumlulukta mükellef olmakla ilgili yaşamın evrelerine göre farklılıklar: UZUNPOSTALCI, “**Ehliyet**”, s. 168 vd; Orhan Çeker, **İslâm Hukukunda Çocuk**, 2. Baskı, Tekin Kitabevi, Konya, 2015, s. 47 vd. , 177 vd; Yaman / Çalış, **İslam Hukukuna Giriş**, s. 228 vd.

<sup>169</sup> Ahmet Burak Gülen, **Tüzel Kişilerin Haksız Fiil Sorumluluğu**,(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2014, s. 83 vd.

<sup>170</sup> Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 727; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, c. 1, s. 729; Yahya Kasım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, c. 1, s. 700 vd.

<sup>171</sup> Gözler / Kapan, **İdare Hukuku**, s742.

<sup>172</sup> Çağlayan, **İdare Hukuku**, s. 725, 726.

<sup>173</sup> Gözler / Kaplan, **İdare Hukuku**, s. 740.

karşı tarafa kendi mal varlığındaki bir değeri geçirerek ödemesi deniliyorsa aynı şekilde idare içinde bu durum geçerlidir. Ancak idarenin bunu kendi isteğiyle yapmaması durumunda idarenin sorumluluğu hükümlerine gidilebilir. İdari sorumlulukta da müeyyide, hukuki sorumlulukta olduğu gibi mal varlığı üzerindedir. Bazı sorumluluk tasniflerinde, bu nedenle idari sorumluluk ve hukuki sorumluluk mali sorumluluk alt başlığı altında incelenir.

İdarenin sorumluluğunun doğması için, idarenin zarara neden olan bir fiilinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, idarenin sorumluluğunun şartlarını zarar, idarenin fiili ve uygun illiyet bağı olarak belirtebiliriz.<sup>174</sup>

İdarenin sorumluluğu içerisinde farklı ayrımlar söz konusu olmaktadır. Örneğin zarar veren kişinin bir kamu görevlisi olması durumunda idarenin kusursuz sorumluluğu ilke olarak hukuk düzeninde kabul ediliyorsa, idarenin sorumluluğundan bahsedebiliriz. Ayrıca böyle bir durumda idare, kusuru olan kamu görevlisine rücu edebilir.<sup>175</sup> Kamu görevlisinin, görevle ilgisi bulunmayan şahsi kusuru nedeniyle doğan zararlarından dolayı doğrudan kamu görevlisi sorumlu olmalıdır.<sup>176</sup>

Türk pozitif hukuku incelendiğinde idarenin sorumluluğunun geniş biçimde ele alındığı ve idarenin fiili nedeniyle bir zarara uğrayan kişinin, bu fiilin niteliğine göre idari veya adli mercilerde dava açabildiği görülmektedir. Örneğin bir idari işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi idare mahkemelerinde iptal veya tam yargı davası açabilirler<sup>177</sup>, tapu memurunun hatası nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi adli

<sup>174</sup> Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 714; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s. 782 vd; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 383 vd.

<sup>175</sup> Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 115.

<sup>176</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 715. Örnek olarak pozitif hukukta bununla ilgili bir düzenleme: DMK madde 13/1: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

<sup>177</sup> Bkz. Ramazan Çağlayan, **İdarî Yargılama Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 439 vd; Gözübüyük / Tan, **İdare Hukuku**, c. 2, s. 257 vd.

mahkemelere başvurabilir.<sup>178</sup> Son durumda idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olur.

İdari sorumluluk, hukuki sorumluluk gibi alt başlıklara ayrılarak incelenir. İlk ayırım idarenin akdi sorumluluğu ve akit dışı sorumluluğu şeklinde gösterilebilir. Akit dışı sorumluluk da kendi içerisinde kusur sorumluluğu (hizmet kusuru) ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Kusursuz sorumluluk yine kendi içerisinde risk ilkesi (tehlike ilkesi) ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilir.<sup>179</sup> Çalışmanın kapsamı nedeniyle idarenin sorumluluğunun ayrıntılarına girilmeyecektir.

## VI- SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI

Sorumluluk hukukunun kaynakları, öncelikle akdi ve akit dışı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu çalışmanın muhtevası gereği, hukuki sorumluluk başlığı altında bu ayırım yapılacaktır ve ardından akit dışı sorumluluk da kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk şeklinde ikiye ayrılarak incelenecektir.

Sorumluluk hukukunun kaynaklarına çok benzer olarak borç ilişkilerinin de en önemli iki kaynağı akit ve haksız fiildir. Bu çalışmada haksız fiil akit dışı sorumluluk başlığı altında incelenecektir. Mevcut olan bir borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün ve henüz mevcut olan bir hukuki ilişki olmaksızın genel davranış kurallarının, hukuka aykırı eylemlerle ihlal edilmesi, ortaya çıkan zararın giderilmesini gerektirir, yani bir sorumluluk oluşturur. Eğer bu sorumluluk mevcut bir hukuki ilişkinin hukuka aykırı eylemle ihlali nedeniyle doğmuşsa, akdi

<sup>178</sup> Bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 144 vd; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, c. 1, s. 238 vd; Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 276 vd.

<sup>179</sup> Bkz. Gözler / Kaplan, **İdare Hukuku**, s. 741; Atay, **İdare Hukuku**, s. 762 vd; Gözübüyük / Tan, **İdare Hukuku**, s. 736; Günay, **İdare Hukuku**, s. 378 vd; Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 719, 720; Tayfun Balım, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, **LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, sy. 2, 2014, s. 43.

sorumluluktan, mevcut bir ilişki olmaksızın genel davranış kurallarının ihlali nedeniyle doğmuşsa da akit dışı sorumluluktan bahsedilir.<sup>180</sup>

### A- AKDİ SORUMLULUK

Taraflar yapmış oldukları akitle birbirlerine vazife yüklerler ve birbirlerini borçlandırırlar. Bu borçlandırmaya ilzam, borçlanmaya iltizam denir.<sup>181</sup> Yüklendikleri vazife ve borç nedeniyle tarafların birbirlerine karşı hem yükümlülükleri hem de hakları doğmuş olur.<sup>182</sup> Bu yükümlülükler yapma-yerine getirme, kaçınma-terk etme şeklinde olabilir. Tarafların bu yükümlülükleri hiç ya da gerektiği şekilde yerine getirmemiş olmaları yani borca aykırı hareket edilmesi durumunda, borca aykırı hareket eden taraf bu hareketi nedeniyle ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlüdür.<sup>183</sup> Bu yükümlülüğe akdi sorumluluk diyebiliriz. Dolayısıyla akdi sorumluluk kısaca, akdin hükmünün gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak taraflara düşen sorumluluktur.

Akde dayanan borç ilişkisinden doğan özel yükümlülükler, asli yükümlülükler ve yan yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılır. Her iki yükümlülük türü de alacaklı ve borçlu arasında söz konusudur ve bunların ihlali durumlarında akdi sorumluluk söz konusu olur. Bunların ihlal edilebilmesi için öncelikle taraflar arasında bir akit bulunmalıdır. Akitten doğan yükümlülük yalnız borçlu tarafından ihlal edilebilir. Dolayısıyla akitten doğan yükümlülük aynı zamanda nispi bir yükümlülüktür. Nispi bir yükümlülüğün ihlali halinde borçlunun alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğüne, akdi sorumluluk denir.<sup>184</sup>

Kur'an'da akitlerin yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. “*Ey iman edenler! Akitlerinizi yerine getirin. İhramlı iken avlanmayı helâl saymamanız kaydıyla, okunacak (bildirilecek) olanlardan başka hayvanlar, size helal kıldı.*

<sup>180</sup> Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 61.

<sup>181</sup> Orhan Çeker, **İslâm Hukukunda Akidler**, 1. Baskı, Tekin Kitabevi, Konya, 2014, s. 64.

<sup>182</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 26.

<sup>183</sup> Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 61; Abdullah Demirci, **İslâm Borçlar Hukukunda Akit Konusunun Telefenden Doğan Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016, s. 31.

<sup>184</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 508.

*Şüphesiz Allah istediği hükmü verir.*<sup>185</sup> Bu ayetle ile akitlerin yerine getirilmesinin bir gereklilik olarak gösterilmiş olduğu görülmektedir.

## B- AKİT DIŞI SORUMLULUK

Akde dayanmayan bu sorumluluk türü için doktrinde haksız fiil sorumluluğu terimi de kullanılmaktadır. Akit dışı sorumluluk hallerinde, hukuk düzeninin herkese yüklediği genel ve objektif bir yükümlülüğün (genel davranış kurallarının) ihlalinden doğan zarardan dolayı sorumluluk söz konusu olmaktadır.<sup>186</sup> Hukuk düzeninin genel ilkeleri taraflar arasında mevcut bir akit de bulunmadığı için özellikle bu sorumluluk türünde çok işlevsel olmaktadır. Örneğin, Mecelle m. 19’da düzenlenen “*Zarar ve mukabele-biz zarar yoktur*” ilkesi çoğunlukla akit dışı sorumluluk durumlarında gündeme gelen ilkelerden biridir. Akit dışı sorumluluk halinde taraflar arasında sorumluluk doğmadan önce bu sorumluluğa ilişkin bir hukuki ilişki mevcut değildir. Bu ilişki ancak zarar verici olayın doğması sebebiyle söz konusu olmaktadır.

Ayrıca, aralarında akit ilişkisi bulunan kişiler arasında meydana gelmiş olan zarar eğer akit var olmasa bile haksız fiil veya kusursuz sorumluluk ilkesine göre giderilmesi gereken bir zarar ise, akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk hükümleri arasında yarışma söz konusu olur. Bu durumda zarar gören akit hükümlerine veya akit dışı sorumluluk hükümlerine başvurabilir.<sup>187</sup> Akit sorumluluğu ve akit dışı sorumluluk arasındaki ilişkiyi anlayabilmek için aralarındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz.<sup>188</sup>

- Akdi sorumlulukta zarar gören ile zarar veren arasında önceden mevcut olan bir hukuki ilişki mevcuttur ancak akit dışı sorumlulukta daha öncesinde böyle bir ilişki mevcut olmayıp genel ve objektif bir yükümlülüğün ihlaliyle bu ilişki kurulmaktadır.

<sup>185</sup> el Maide, 5/1.

<sup>186</sup> Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 62; Eser, **Haksız Fiil**, s. 47.

<sup>187</sup> Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 114; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 248.

<sup>188</sup> Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 247, 248.

- Akdi sorumlulukta yükümlülüğünü yerine getirmeyen karine olarak kusurlu sayılır ve sorumluluktan kurtulmak için kusurlu olmadığını ispatla mükelleftir ancak akit dışı kusur sorumluluğunda failin sorumlu tutulabilmesi için, kusurlu olduğunun da ispatı gerekmektedir.

- Akdi sorumlulukta zarar gören, yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraftan şartlarına göre aynen ifayı isteyebileceği gibi, tazminat da isteyebilir veya akitten dönebilir. Ancak akit dışı sorumlulukta arada bir ilişki olmadığı için aynen ifa veya akitten dönme gibi bir durum söz konusu olmaz. Bunlar yerine telef olan mal misliyse mislinin, kıyemiyse kıymetinin ödenmesi istenebilir.

Akit dışı sorumluluk başlığı altında kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk türlerine değinilecek ve çalışmanın konusu gereği akit dışı sorumluluk türlerinden kusur sorumluluğu ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

### **1- Kusursuz Sorumluluk**

Kusursuz sorumluluk genel olarak Türk pozitif hukukunda sebep sorumluluğu hallerinde, İslâm hukukunda ise mübâşeret sorumluluğu hallerinde görünmektedir. Bu nedenle hem sebep hem de mübâşeret sorumluluğunu kavramamız kusursuz sorumluluğu anlamamız için gereklidir. Kelime anlamı itibariyle “*yol, ip, kendisiyle herhangi bir maksada ulaşılan vasıta; şefaati*” anlamlarına gelen sebep, fıkıh usulü kapsamında “Şâri’in varlığını hükmün varlığına ve yokluğunu hükmün yokluğuna alâmet kıldığı durum” olarak tanımlanmıştır.<sup>189</sup> Sebep sorumluluğu anlatılırken kullanılan sebep kelimesi ise fıkıh usulündeki anlamında değil, bir kimsenin kendi fiiliyle veya kendisine nispet edilebilecek fiiller ile, o kimsenin egemenlik alanında varsayılan olayların meydana getirdiği zararlar anlamında kullanılmaktadır.<sup>190</sup> Kelime anlamı itibariyle bir işi üstlenip bizzat yapmak olarak ifade edilen mübâşeret, fıkıh terimi olarak ise haksız fiil ile zarar arasındaki doğrudan ilişki olarak ifade edilebilir<sup>191</sup>

<sup>189</sup> İbrahim Kafi Dönmez, “Sebep” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2009, c. 36, s. 244.

<sup>190</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 168.

<sup>191</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 71; Bilmen, **Fıkıh İlmi**, s. 148.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi önceleri bir fiilin sonucu olarak meydana gelmiş olan bir zararla ilgili olarak, ilgili fiil nedeniyle kişilerin kusurunun olup olmadığına bakılır, eğer kusur yok ise meydana gelen zararın tazmin edilmesi yoluna gidilmezdi. İlerleyen zamanla, özellikle de sanayi devrimi sonrasında, teknolojinin hızla ilerlemesiyle, sorumluluk için yalnızca kusurun yeterli olacağına dair telakki eleştirilmeye başlandı<sup>192</sup> ve kusur sorumluluğunun yanına, illiyet, sebebiyet sorumluluğu olarak da adlandırabileceğimiz kusursuz sorumluluk fikri eklendi.<sup>193</sup>

Kusursuz sorumluluğa göre gerçekleşmiş olan zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması, şahsı sorumlu tutmak için yeterlidir. Ayrıca bir de şahsın kusurunun olup olmadığına bakılmasına gerek bulunmamaktadır. Kusursuz sorumluluğun içine dahil edebileceğimiz tehlike sorumluluğuna bir başka deyişle hasar ve risk sorumluluğuna göre de başkaları için tehlikeli bir durum meydana getiren kimse bundan doğabilecek zarardan sorumlu olmalıdır.

Pozitif hukukta kusursuz sorumluluk halleri tek tek kanunda düzenlenmiştir. Örnek olarak, TBK’da düzenlenen kusursuz sorumluluk çeşitleri adam çalıştıranın sorumluluğu (m. 66), hayvan bulunduranın sorumluluğu (m. 67), yapı malikinin sorumluluğu (m. 69) olarak yer almıştır. TMK’da ise taşınmaz malikinin sorumluluğu (m. 730) yer almaktadır. Ayrıca meri hukukta kusursuz sorumluluk halleri hakkaniyet sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, özen sorumluluğu olmak üzere üçe ayrılmıştır.<sup>194</sup>

İslâm hukuku açısından bakıldığında, kusursuz sorumluluk ayrıca bir bölüm olarak ele alınmamıştır. Ancak İslâm hukuku eserlerinde yer yer kusursuz sorumluluk ile ilgili meselelere değinilmiştir. Bunlar şu üç başlık altında toplanabilir: Kişinin yanında bulundurduklarından sorumlu olması, maliki bulunduğu şeylerden

<sup>192</sup> Kusur prensibine karşı yapılan tenkitler bkz. İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 38 vd.

<sup>193</sup> Hayreddin Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, 9. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, c. 2, s. 465; Yusuf Şen, “İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, **EKEV Akademi Dergisi**, yıl:20, sayı:68, 2016, s. 384.

<sup>194</sup> Ayrıntı için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 499 vd.

sorumlu olması ve sahibi bulunduğu hayvanın meydana getireceği zarardan sorumlu olması.<sup>195</sup>

Mecellede ise esas olarak sebep sorumluluğu caridir. Ancak Mecelle’de genel itibariyle başkasının fiilinden sorumluluk ise kabul edilmemiştir. Mecelle 89. maddeye göre “*Bir fiilin hükmü fâiline muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz.*” düzenlemesi ile de asıl hükmün başkasın fiilinden dolayı sorumlu tutulmamak olduğunu görmekteyiz. Mecelle madde 93’te ise “*Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz.*” şeklindeki düzenlemeyle sebep sorumluluğu ile ilgili genel bir düzenleme yapılmıştır.<sup>196</sup>

Ek olarak, İslâm hukukunda kusursuz sorumluluk medeni sorumluluk kapsamında kabul edilmiştir. Ancak her ne kadar bir sosyal dayanışma niteliğinde olan âkile müessesesi kusursuz sorumluluk gibi görünse de<sup>197</sup>, cezai sorumlulukta kusursuz sorumluluk kabul edilmemiştir. Bunun neticesinde ceza hukuku açısından bazı durumlarda suçun maddi ve manevi unsurları bulunmasına rağmen bir müeyyide öngörülmemektedir.

Kusur sorumluluğuna geçmeden önce, kusursuz sorumluluğa neden ihtiyaç duyulduğu ve bu sorumluluğun, kusur sorumluluğu ile farklarının anlaşılabilmesi için, dayandırıldığı fikri temeller incelenecektir.

#### **a- Kusursuz Sorumluluğun Dayandırıldığı Fikri Temeller**

Bir fiili işleyerek zararı doğrudan meydana getirme veya bu zarara sebep olma esasları kusursuz sorumluluğu temellendirmek için yeterli değildir. Kusursuz sorumluluğun temellendirilebilmesi için kusur ilkesinden ayrılmayı

<sup>195</sup> Kahveci, **İslâm Borçlar**, s. 76.

<sup>196</sup> İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 139.

<sup>197</sup> Şamil Dağcı, **İslâm Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, 2. Baskı, DİB Yayınları, Ankara, 1999, s. 35, 186-189.

gerekçelendirebilecek başka fikirler de gerekmektedir.<sup>198</sup> Kusursuz sorumluluğun dayandırıldığı bu fikirler aşağıda incelenecektir.

#### **aa- Yarar İle Zarar Arasında Bağlılık Fikri**

Bir şeyden veya faaliyetten fayda sağlayan kişinin, o şey veya faaliyetin sebep olduğu zarara katlanması gerektiği savunulabilir. Mecelle’de bununla ilgili olarak “*Külfet nimete ve nimet külfete göredir.*”<sup>199</sup> şeklinde bir düzenleme de mevcuttur. Örnek olarak, bir işçiyi çalıştırarak emeğinden faydalanan kimsenin, işçinin işini yaptığı sırada sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulması verilebilir.<sup>200</sup>

#### **bb- Genel Özen Gösterme Fikri**

Bir şey veya şahıs hakkında kendine kanun gereği bir özen gösterme görevi yüklenen kimse, kusuru olmasa dahi bu görevini yerine getirmemesi halinde, yerine getirmediği bu görev nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulabilir.<sup>201</sup>

Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem), “...*Hepiniz yükümlülükleri olan birer çobansınız; her biriniz himayeniz altında olan ve bakmakla yükümlü olduğunuz kişilerden ve işlerden sorumlusunuz; Devlet başkanı/yönetici bir çobandır ve tebasından sorumludur, erkekler birer çobandır ve eşlerinden sorumludur, kadınlar birer çobandır ve ailesindekilerden sorumludur, hizmetçiler, efendilerinin mallarını korumakla yükümlü birer çobandır ve korumakla yükümlü oldukları mallardan sorumludur. Hadis ravilerinden Sâlim İbn Abdullah şöyle demiştir: “Sanırım Rasûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şunları da söyledi: “Kişi babasının malını koruyup gözetmekle yükümlüdür ve bunlardan sorumludur. Hepiniz yükümlülükleri olan birer çobansınız ve bakmakla yükümlü olduğunuz kişilerden ve işlerden*

<sup>198</sup> Başak Başoğlu, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 6, sayı, 2, 2015, s. 33.

<sup>199</sup> Mecelle, m. 88.

<sup>200</sup> Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 184; Mustafa Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 31.

<sup>201</sup> Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 94.

*sorumlusunuz.*<sup>202</sup> buyurmuştur. Bu hadis genel özen yükümlülüğünün en önemli temellendirmelerindendir.

### cc- Tehlike Fikri

Tehlike fikri, özellikle sanayinin gelişmesiyle beraber gelişmiştir. Yaptıkları işler nedeniyle tehlike ve zarar ihtimaline meydan veren kimse bu işlerinin sonucu olan zarara katlanmalıdır.<sup>203</sup> “*Nimet külfete ve külfet nimete göredir.*” düzenlemesiyle de bağlantılı olan bu fikre göre menfaat kime aitse tehlikeyi de o üzerine almalıdır. İslâm hukukunda tehlike fikrine göre sorumluluk, zararın ancak failin mübâşeretini veya hukuka aykırı, kusurlu bir fiil ile tesebbübü durumlarında doğar.<sup>204</sup>

Tehlike fikrine göre oluşmuş olan tehlike sorumluluğu, sorumluluğu doğuran kaynak itibariyle işletme sorumluluğu ve işletme dışı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir.<sup>205</sup> Ancak her iki halde de bu sorumluluk türleri aynı fikri temellere dayanmaktadır.

Sorumluluğun tehlikeli faaliyet yürüten kişi de olmasının yanında mağdura az da olsa yükümlülük yüklemeyi savunan Demogue’ye göre ise, fail tehlikeli bir faaliyette bulunması halinde hiç kusuru olmasa dahi sorumlu olabilir ancak bu durumda mağdurun hissesine de kazayı önlemek için dikkatli olması amacıyla küçük bir miktar yansıtılması gerekmektedir.<sup>206</sup>

### dd- Fedakârlığın Denkleştirilmesi Fikri

Hukuken korunan üstün çıkar sahibi tarafından, hukuken korunan bir varlığa yapılan hukuka uygun müdahale dolayısıyla bir zararın ortaya çıkması durumunda, zarar gören hukuk düzeninin sağladığı koruma yetkilerinden faydalanamayabilir.

<sup>202</sup> Buhârî, **Cum’a** 11, **İstikrâz** 20.

<sup>203</sup> Ayşe Akkayan Yıldırım, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c. LXX, sayı 1, 2012, s. 204; Abdul Basir Bin Mohamad, “Strict Liability in the Islamic Law of Tort”, **Islamic Studies**, Vol. 39, No. 3, 2000, s. 454,455; Adal, **Trafik Kazalarında Sorumluluk**, s. 9.

<sup>204</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s196.

<sup>205</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 667.

<sup>206</sup> İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 58.

Buradaki müdahale fiili aktif bir davranış ile gerçekleştirilen bir fiil olmalıdır. Bu müdahale daha büyük bir zararın önlenmesi için daha düşük bir değer fedası edilmesi durumunda olabileceği gibi, kaçınılması mümkün olmayan değerler çatışmasında üstün değer tercih edilmesi durumlarında da olabilir.<sup>207</sup> Fedakârlığın denkleştirilmesi fikri, bu durumlarda zarar görenin katlanmış olduğu fedakârlığın, üstün çıkar sahibi tarafından bir tazminat ödemek suretiyle giderilmesini, denkleştirilmesini savunur.<sup>208</sup>

Bu fikre dayanan bir örnek verecek olursak, zaruret halinde kalmış olan kimsenin vermiş olduğu zararı gösterebiliriz.

### **ee- Hakkaniyet Fikri**

Kuralların mutlak bir şekilde uygulanması sonucunda her durumda adil bir sonuca ulaşılamayabilir. Bu tip durumlarda hakkaniyet fikri gereğince kusuru bulunmayan kişilerinde sorumlu tutulabilmesi savunulmuştur.<sup>209</sup> Bu fikre göre zarara sebep olan kimse ile mağdurun karşılıklı mali durumları göz önüne alınır ve kusuru olmadığı halde bir zarara sebebiyet veren kimsenin hakkaniyet gerektiriyorsa bu zararı tazmin etmesi veya mağdurla paylaşması istenebilir.<sup>210</sup> Örneğin, temyiz kudretine sahip olmayan kimsenin fiilleri normal şartlarda bir sonuç doğurmazken, hakkaniyet fikrine göre bu fiillerden dolayı zararı tazmin etmeleri gerekebilecektir.

### **ff- Egemenlik ve Hukuki Alan Fikri**

Bu fikre göre kişi, kendisine tabi olan kimselerin vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu tutulabilmelidir. Bu fikir genel özen gösterme yükümlülüğü ile de benzerlik göstermektedir.<sup>211</sup> Örnek olarak bu fikrin önemli bir tezahürü de ceza

<sup>207</sup> Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 14, sayı 4, 2008, s. 34.

<sup>208</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 197.

<sup>209</sup> Özbek, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 23; Adal, **Trafik Kazalarında Sorumluluk**, s. 8.

<sup>210</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 94.

<sup>211</sup> Kıcalıoğlu, **Tazminat Davaları**, s. 31.

hukukunda ortaya çıkmıştır. Cinayetin egemenlik alanlarında işlendiği temeline dayanan kasame<sup>212</sup> müessesesinin bu fikirden kaynaklandığı belirtilebilir.

### **gg- Anormallik Fikri**

Bu fikre göre, normal bir insan gibi hareket edemeyen kimsenin, normal olmayan yani anormal fiilleriyle sebep olduğu zararları tazmin etmesi gerekmektedir. Tandoğan bu fikrin yalnız temyiz kudretine sahip olmayanlar için ileri sürülebileceğini söylemektedir.<sup>213</sup>

Batı'da bu fikri savunmuş olan Rippert'e göre, herkes kanunun sınırları içerisinde gerçekleştirilmiş olduğu fiillerin tehlikelerini, eğer tehlikeler o zamanın veya o yerin normal şartlarını aşıyorsa yüklenmelidir. Hak sahibi olan kişi zamanının ve muhitinin normal şartlarına göre hareket etmemişse ancak o zaman sorumlu tutulabilir.<sup>214</sup>

### **hh- Hukuka Aykırılık Fikri**

Kusursuz sorumluluk durumlarında İslâm hukukçuları, fiilin hukuka aykırı olması gerektiğini belirtmişlerdir.

Kusursuz sorumluluk müessesesinin temelinde her ne kadar yukarıdaki fikirler belirtilmiş olsa da, bu fikirlere dayanarak hakim takdiri bir sorumluluk hali belirleyememelidir. Hakimin kusursuz sorumluluğa gidebilmesi için kanunun hakime bu yönde özel olarak bir takdir yetkisi tanımış olması gerekmektedir. Yani ancak mevzuatta yer alan durumlarda kusursuz sorumluluğa gidilebilir.<sup>215</sup> Buradan yola

<sup>212</sup> “Sözlükte yemin anlamına gelen kasame, fıkıh terminolojisinde köy veya mahallede veya şahsın kendi mülkünde, üzerinde öldürülme belirtileri bulunan katili meçhul bir ceset bulununca, maktûlün yakınlarının dava etmeleri üzerine veya mahalle sakinlerinden elli kişiye “maktûlü kendilerinin öldürmediğine ve öldüreni de bilmediklerine dair” yemin ettirilmesidir. ” Mehmet Akman, **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması**, 1. Baskı, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 95.

<sup>213</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 94.

<sup>214</sup> İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 60.

<sup>215</sup> Bülent Tahiroğlu, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 14, sy. 4, 2008, s. 168.

çıktığımızda aynı zamanda kusursuz sorumluluk hallerinin tahdidi olduğunu da belirtebiliriz.<sup>216</sup>

## **b- Kusursuz Sorumluluğun Unsurları**

### **aa- Fiil veya Olgu**

Kusursuz sorumluluğun gerçekleşmesinde, fiilin iradi olup olmamasından ziyade meydana gelen sonuç önem taşımaktadır. Her ne kadar sorumluluğun meydana gelmesinde fiil bir unsur teşkil etmektedir şeklinde belirleme yapsak da özellikle tehlike sorumluluğu durumlarında ortada bir fiil olmayabilir. Âkile müessesesinin meydana gelmiş olan durumla ilgili herhangi bir fiili olmamasına rağmen faille beraber sorumluluğa katlanıyor olması da fiilin aranmayacağı sorumluluk hallerine bir örnek teşkil edebilir.<sup>217</sup>

### **bb- Zarar**

Kusursuz sorumluluk sadece tehlikenin doğmasıyla veya sadece zarara neden olabilecek olan bir fiilin varlığıyla doğmaz, aynı zamanda sorumluluğun doğması için bir zararın da meydana gelmesi gerekir. Zarar kavramının üzerinde yukarıda kısmen durulduğu ve ikinci bölümde de durulacağı için burada daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

### **cc- İlliyet Bağı**

Zarar ile işlenmiş olan fiil veya tehlike arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Yani meydana getirilen tehlike veya işlenen fiil ortaya çıkan zarara isnat edilebilir olmalıdır. Bu isnat edilebilirliği sağlayan bağ illiyet bağıdır. İlliyet bağı kavramı ile ilgili olarak ikinci bölümde gerekli açıklamalar yapılacağı için burada daha fazla üzerinde durulmayacaktır.

<sup>216</sup> Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 149.

<sup>217</sup> Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 76.

### dd- Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık fiilin bütün hukuk düzeniyle çatışma halinde bulunması,<sup>218</sup> hukuk düzeni tarafından izin verilmemiş bir fiilin işlenmesi anlamına gelmektedir. Hukuka aykırılık, İslâm hukukunda teaddi kavramıyla ifade edilir.<sup>219</sup> Teaddi kavramı incelenirken daha net bir şekilde görüleceği üzere kusur ve hukuka aykırılık kavramları birbirleriyle karıştırılan kavramlardır. Ancak bu kavramlar birbirlerinden farklı kavramlardır ve bir hareketin kusurlu olmaması o hareketin hukuka uygun olduğu anlamına da gelmez.

Pozitif hukukta kusursuz sorumluluk hallerinin ayrıca tahdidi olarak düzenlendiğini düşündüğümüzde bu hallerin doğması için hukuka aykırılığın da şart olduğunu görmekteyiz. İslâm hukukunda ise her ne kadar tessebbüb sorumluluğu için teaddinin ve taammüdün (kusurun) şart olduğunu söylüyor olsak da mübâşeret sorumluluğu için taammüd bir şart olarak söz konusu değildir. Ancak yine de mübâşeret sorumluluğunda da kusur olmasa dahi hukuka aykırılığın bulunması gerektiğini belirtmemiz gerekir.<sup>220</sup> Tehlike sorumluluğu gibi tessebbüb sorumluluğu hallerinde ise her ne kadar yapılan fiil hukuka uygun olsa da hukuka aykırı bir sonuca neden olması durumunda yine sorumluluğun doğmasından bahsedilebilir.<sup>221</sup> Hukuka aykırılık konusuna kusur sorumluluğunda daha ayrıntısıyla değinileceği için burada bu kadar değinmekle yetinilecektir.

### 2- Kusur Sorumluluğu

Türkçede kusur kelimesi “*bilerek veya bilmeyerek bir işi gereği gibi yapmamak*” olarak tanımlanmıştır.<sup>222</sup> Kusur sorumluluğu bir kimsenin diğerine kusurlu davranışı sonucu verdiği maddi veya manevi zararı tazmin etmekle yükümlü tutulduğu sorumluluk şekli olarak tanımlanabilir. Burada zarar veren davranış belirli bir kişiye bağlandığı için doktrinde kusur sorumluluğu sübjektif sorumluluk olarak

<sup>218</sup> Mehmet Boynukalın, “Suç”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2009, c. 37, s. 456.

<sup>219</sup> Aydın, “İtlaf”, s. 467.

<sup>220</sup> Aydın, “İtlaf”, s. 467.

<sup>221</sup> Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 96.

<sup>222</sup> Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, c. 2, s. 1420.

da adlandırılmıştır. Kusur sorumluluğunun bir neticesi olarak, zarara uğrayan kişi, bu zarara bir başkası hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla sebep olmadıkça kendisi katlanır ancak failin kusurlu olması halinde zarara fail katlanır.<sup>223</sup>

Sorumluluk denince geçmişten bu yana akla ilk gelen kusur sorumluluğu olmuştur. Kusur sorumluluğunun özellikle 18. ve 19. yüzyıldan itibaren mutlak bir şekilde benimsenmesi sorumluluk hukuku açısından önemli faydalar doğurduğu gibi, birtakım zararlara da neden olmuştur. Kusurlu bir davranışla bir başkasına zarar veren kişinin sorumlu tutulmasının kabul edilmesi kusur sorumluluğunun önemli bir faydasını oluştururken, kişinin kusuru olmaksızın meydana getirdiği zararlardan ötürü sorumlu tutulmaması ise bu sorumluluk türünün eleştirilen noktası olmuştur.<sup>224</sup> Nitekim bu eleştiriler neticesinde kusursuz sorumluluk prensibi oluşmuştur.

Türk pozitif hukukunda akit dışı kusur sorumluluğu genel olarak haksız fiil sorumluluğu ile ifade edilmiştir. Ancak İslâm hukukunda haksız fiil sorumluluğu daha çok itlaf başlığı altında ele alınmış ve fiilin doğrudan (mübâşeret) gerçekleştiği durumlarda da kusur şartı aranmamıştır. Bu noktada İslâm hukuku ve Türk pozitif hukukunun konuya bakışlarında farklılık mevcuttur.<sup>225</sup>

Kusur sorumluluğunda sorumluluğun en önemli unsuru kusurdur. Sorumluluğun doğması için zarar, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının yanında zarar verenin kusurlu davranışı da bulunmalıdır. Burada kusur olmadan sorumluluk olmaz ilkesi geçerlidir.<sup>226</sup> Kusur sorumluluğunu unsurlarıyla birlikte ayrıntısıyla sonraki bölümde ele alacağız.

İslâm hukukunda kusur sorumluluğu ayrıca bir bölüm olarak işlenmemiş meseleci bir metotla ele alınmıştır. Ancak özellikle gasp ve itlaf başlıkları altında akit dışı kusur sorumluluğu hallerine değinilmiş ve bu sorumluluk türü klasik fıkıh

<sup>223</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 8; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 387; Alan Schwartz, "Responsibility and Tort Liability" **Ethics**, Vol. 97, No. 1, Chicago, 1986, ss. 270, 271; Kıcalıoğlu, **Tazminat Davaları**, s. 28.

<sup>224</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 29.

<sup>225</sup> Aydın, "**İtlaf**", s. 466.

<sup>226</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 494.

kitaplarında bu başlıklar altında ele alınmıştır. Bu çalışmada ise kusur sorumluluğu ayrıca işlenecek olup, gasp ve itlaf konularına da kusur sorumluluğunun görünüş şekillerinin anlaşılması için son bölümde yer verilecektir.



## İKİNCİ BÖLÜM

### KUSUR SORUMLULUĞU VE UNSURLARI

Bu bölümde, kusur sorumluluğunun Kur'an ve Sünnet'te yer alan dayanaklarına yer verilmiş ve bu sorumluluk türünün unsurları inceleme konusu yapılmıştır.

## I- KUSUR SORUMLULUĞUNUN DAYANAKLARI

Kusur sorumluluğu asli olarak Kur'an ve Sünnet'te kaynaklarını bulur. Bu kaynakların yanında bu çalışma için önem atfeden bir diğer kaynak ise yine Kur'an ve Sünnet'e göre şekillenmiş olan fikhın genel kaideleridir. Fikhın genel kaideleri, özellikle Mecelle'de maddeleşmiş şekliyle ele alınarak incelenebilir. Tüm bu kaynaklardan yola çıkarak kusur sorumluluğu için genel geçer kaideler ve kazuistik düzenlemeler yapılabilir. "Sorumluluk Fikrinin Dayandığı Deliller" başlığı altında ele almış olduğumuz, ayet, hadis ve kaideler burada kısaca yer bulacak olup yeniden açıklanmayacaktır.

### A- KUR'AN'DA KUSUR SORUMLULUĞU

*"Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin. İnsanların mallarından bir kısmını bile bile günaha girerek yemek için onları hakimlere (rüşvet olarak) vermeyin."*<sup>227</sup>

*"Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka. Kendinizi helak etmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir."*<sup>228</sup>

*"Eğer ceza verecekseniz size yapılanın misliyle cezalandırın. Eğer sabrederseniz, elbette bu, sabredenler için daha hayırlıdır."*<sup>229</sup>

*"Bir kötülüğün karşılığı, onun gibi bir kötülüktür (ona denk bir cezadır). Ama kim affeder ve arayayı düzeltirse onun mükafatı Allah'a aittir. Şüphesiz O, zâlimleri sevmez."*<sup>230</sup>

*"Dâvûd ile Süleyman'ı da hatırla. Hani bir ekin tarlası hakkında hüküm veriyorlardı. Çünkü halkın koyunları o ekine girmişti. Biz de hükümlerine şahit olmuştuk. Biz hüküm vermeyi Süleyman'a kavratmıştık. Zaten her birine*

<sup>227</sup> el-Bakara, 2/188.

<sup>228</sup> en-Nisâ, 4/29.

<sup>229</sup> en-Nahl 16/126.

<sup>230</sup> el-Şûrâ 42/40.

*hükümranlık ve ilim vermiştik. Dâvûd ile birlikte, Allah'ı tespih etmeleri için dağları ve kuşları onun emrine verdik. Bunları yapan biz idik.”*<sup>231</sup>

## B- SÜNNET’TE KUSUR SORUMLULUĞU

*“... Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem): Zarar vermek de zarara mukabele etmek de yoktur, dedi.”*<sup>232</sup>

*“Ebû Humeyd es-Sâidî’nin bildirdiğine göre, Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurdu: “Kişinin, haksız yere kardeşinin malını alması helal değildir. Çünkü Allah, müslümanın malını diğer bir müslümanın (haksız yere) almasını haram kılmıştır.”*<sup>233</sup>

*“...“Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem), hanımlarından birisinin (Hz. Aişe (r.a.)) yanında bulunuyordu. Müminlerin annelerinden biri (Efendimize) içerisinde yemekler olan bir tencere gönderdi. Hz. Peygamber’in (sallallahu aleyhi ve sellem) odasında bulunduğu hanımı, tencereye eliyle vurarak kırdı.” İbnü’l-Müsenna rivayetinde şöyle der: “-Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) parçaları aldı, birbirine birleştirdi ve içerisine yemeği toplamaya başladı. Aynı zamanda da: “Anneniz kıskandı” diyordu.” İbnü’l-Müsenna; şunları ilave etti: “Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) “Yeyiniz” dedi. Onlar da, Hz. Aişe, evindeki çanağı getirinceye kadar yediler.”” Müsedded’in hadisinin lafzına göre ise: Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) “Yeyiniz” dedi ve onlar yeyip bitirinceye kadar yemeği getiren hizmetçiyi ve çanağı alıyordu. Sağlam çanağı hizmetçiye verdi ve kırık olanı evinde bıraktı.”*<sup>234</sup>

*Âbi'l-Lahm'ın azatlısı Umeyr der ki: “Efendilerimle beraber hicret için yola çıkıp Medine'ye yaklaştığımızda, onlar Medine'ye girdiler ve beni geride bıraktılar. Şiddetli bir açlığa maruz kaldığım sırada Medine'den çıkan bazıları: “Medine'ye girsen ve bahçelerinden hurma toplayıp yesen” dediler. Bunun üzerine bir bahçeye*

<sup>231</sup> el-Enbiya 21/78-79.

<sup>232</sup> Muvatta', Akdiye, 31.

<sup>233</sup> Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, 5, 425.

<sup>234</sup> Ebû Davud, Büyû', 89; Buhârî, Mezâlim, 34.

girip bir salkım hurma kopardım. Bahçe sahibi geldi ve beni Resûlullah'a (sallallahu aleyhi ve sellem) götürüp olanları anlattı. Benim üzerimde iki giysi vardı. Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) bana: "Bunların hangisi daha güzel?" diye sorunca, bu giysilerden birine işaret ettim. Resûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) "Bunu al ve diğer giysiyi bahçenin sahibine ver" deyip beni serbest bıraktı."<sup>235</sup>

"...İste sizin kanlarınız, mallarınız (Muhammed demiş ki: Zannederim) ve ırzlarınız, şu ayınızda, şu beldenizde, şu gününüzün hürmeti gibi birbirinize haramdır. Yakında Rabbinize kavuşacaksınız; o da size amellerinizden suâl edecek. Sakın benden sonra birbirinizin boyunlarını vuran küffâra (veya sapıklar olmaya) dönmeyin!..."<sup>236</sup>

"...Her kim zulüm yolu ile bir karış yer alırsa, Allah onu kıyamet gününde yedi kat yer (in dibin) den itibaren boynuna dolar..."<sup>237</sup>

"Mahled (b.Hıfâf) el-Gıfârî şöyle der: Benim başkaları ile ortak bir kölem vardı. Ortakların biri yokken köleyi çalıştırdım; bana bir miktar gelir getirdi. Bulunmayan ortak, kendi hissesinden dolayı beni bir kadıya şikâyet etti. Kadı, geliri vermeme emretti. Urve b. Zübeyr'e gelip hâdiseyi anlattım. Urve de kadıya gidip; Hz.Âişe (r.a.)'den naklen Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem)'ın; "Menfaat, sorumluluk karşılığındadır" buyurduğunu haber verdi."<sup>238</sup>

"Semüre (r.a), Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem)'ın şöyle buyurduğunu rivayet etmiştir: "El, aldığı malı ödeyinceye kadar ondan sorumludur." Sonra Hasen unuttu ve: "O eminindir, kendisine sorumluluk yoktur." dedi."<sup>239</sup>

"Abdullah b. Safvân'ın, ailesinden (bazı) kişilerin rivayet ettiğine göre; Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem): "Ya Safvân! Sende silah var mı?" dedi. Safvân: Ariyet olarak mı, gasb olarak mı (istiyorsun)? dedi. Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem): "Hayır (gasb olarak değil), ariyet olarak." dedi. Bunun

<sup>235</sup> Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, 5, 223.

<sup>236</sup> Müslim, **Kâsâme**, 29, 30.

<sup>237</sup> Müslim, **Müsâkât**, 137.

<sup>238</sup> Ebû Davud, **Büyû'**, 71.

<sup>239</sup> Ebû Davud, **Büyû'**, 88.

üzerine Safvân, otuzla kırk arası silahı ariyet olarak verdi. Rasûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) Huneyn savaşını yaptı. Müşrikler hezimete uğrayınca, Safvân'ın zırhları toplandı, ama onlardan bazıları kayboldu. Rasulallah (sallallahu aleyhi ve sellem) Safvân'a: "Biz senin zırhlarından bazılarını kaybettik. Sana bedellerini ödeyelim mi?" dedi. Safvân: Hayır ya Rasulallah, çünkü bugün kalbimde o gün olmayan şeyler var, dedi. Ebû Dâvûd: "Safvân, zırhları müslüman olmadan önce ariyet olarak vermişti, sonra müslüman oldu" dedi."<sup>240</sup>

"Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem), şöyle buyurdu, demiştir: "Bir mal hıfz edilmek üzere kimin yanına emaneten bırakılırsa o kimse üzerine tazminat yüklemeye yoktur."<sup>241</sup>

Sâid b. Zeyd'in işittiğine göre, Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem): "Kim bir karış arazi hususunda bile haksızlık yaparsa, bu arazi yedi kat yerin dibinden itibaren onun boynuna dolandır." buyurmuştur.<sup>242</sup> Bu hadis, taşınmazlarında haksız fiile konu olabileceğini ve kişilerin bu fiillerinden dolayı sorumlu olduklarını göstermektedir.

Peygamber Efendimiz (salallahu aleyhi ve selem) davet edildiği bir yemekte kendisine ikram edilen koyun eti için "Bu, bir koyun etidir. Bana hak olmayan bir yolla alındığını haber vermektedir" demiştir. Ardından koyunun aslında hangi amaç için alınması gerektiği ortaya çıkmış ve Peygamber Efendimiz (sallallahu aleyhi ve sellem) o koyunun etlerinin bu amaç doğrultusunda kullanılmasını gerektiğini emretmiştir.<sup>243</sup>

## C- MECELLE’NİN KÜLLİ KAİDELERİ KAPSAMINDA KUSUR SORUMLULUĞU

Kusur sorumluluğu ile ilgili incelenecek diğer deliller, Kur’an ve Sünnet ile şekillenmiş olan fıkhi kaideler olacaktır. Bu fıkhi kaideler de Mecelle’nin Kavaid-i

<sup>240</sup> Ebû Davud, **Büyû**, 88.

<sup>241</sup> İbn Mâce, **Sadaka**, 6.

<sup>242</sup> Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, 1, 189.

<sup>243</sup> et-Tahâvî, **Şerhu Meâni'l Âsar**, c. 6, s. 471, 472.

Külliye kısmında düzenlenmiş şekliyle ele alınacaktır ve yukarıda belirttiğimiz üzere, “Sorumluluk Fikrinin Hukuki Dayanakları” başlığı altında, açıklanmış oldukları için burada sadece, ilgili kaideler belirtilmekle yetinilecek, açıklama yapılmayacaktır. Bu kaideler şu şekilde belirtilebilir:

“Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur.”<sup>244</sup>

“Zarar izâle olunur.”<sup>245</sup>

“Bir fiilin hükmü fâline muzâf kalınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzâf kılınmaz.”<sup>246</sup>

“Mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur.”<sup>247</sup>

“Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz.”<sup>248</sup>

## II- KUSUR SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

Bir kişinin kusurlu ve hukuka aykırı bir hareketle akit dışında diğer bir kişiye vermiş olduğu zarar nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk türüne kusur sorumluluğu denir. Akit dışı olması nedeniyle sadece belirli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması gerekli olan bir hukuki görevin ihlalinden bahsedilir bu sorumluluk türünde.<sup>249</sup> Kusur sorumluluğunun unsurları, fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık olarak tasnif edilir.<sup>250</sup>

Kusur sorumluluğu haksız fiil kavramıyla da adlandırılır. Haksız fiil kavramındaki haksız kelimesi hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Dolayısıyla haksız fiilden doğan sorumluluk bir başka ifadeyle hukuka aykırı fiilden doğan sorumluluk demektir.<sup>251</sup> Haksız fiil, dar anlamıyla kusur sorumluluğu ile eş anlamlıyken, geniş

<sup>244</sup> Mecelle, m. 19.

<sup>245</sup> Mecelle, m. 20.

<sup>246</sup> Mecelle, m. 89.

<sup>247</sup> Mecelle, m. 92.

<sup>248</sup> Mecelle, m. 93.

<sup>249</sup> Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 247.

<sup>250</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 516.

<sup>251</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 290.

anlamıyla kusursuz sorumluluk hallerini de içine alır.<sup>252</sup> Bu çalışmada haksız fiil dar anlamıyla ele alınacak ve daha çok kusur sorumluluğu olarak adlandırılacaktır. Kusur sorumluluğu İslâm hukukunda hem mübâşeret halinde hem de tesebbüb halinde ortaya çıkabilir. Bu nedenle kusur sorumluluğunun unsurlarını işlerken bu bölümde tesebbüb sorumluluğunu da göz önüne alarak, mübâşeret halinde ortaya çıkan kusur sorumluluğu esas alınacak ve tesebbüb halinde ortaya çıkan sorumluluk türleri sonraki bölümde ayrıca ele alınacaktır.

Modern hukukta kusur sorumluluğu tüm unsurlarını kapsayıcı olarak, şu şekilde düzenleme altına alınmıştır: *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”*<sup>253</sup>

## A- FİİL

Fiil, kusur sorumluluğunun ilk unsurunu oluşturmaktadır. Bir sorumluluğun doğması için ortaya çıkan zarar, bu zararı ortaya çıkaran bir fiili gerektirir.<sup>254</sup>

*“Ebû Hureyre (r.a.)’dan Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem)’in şöyle buyurduğu rivayet olunmuştur: “Gerçekten Allah, ümmetimin söylemediği ya da yapmadığı ve (fakat) kalbinden geçirdiği şey(ler)i bağışlamıştır.”*<sup>255</sup>

Bu hadiste de göreceğimiz üzere bir kişiyi sorumlu tutabilmek için o kişinin bir fiili icra etmesi gerekmektedir. Fiil olmadan kimseye bir sorumluluk yükleyemeyiz.

*“İnsanın sorumluluğu ve ilahi sıfatlarla ilişkisi bakımından kelam tartışmalarına konu olan bir terim”*<sup>256</sup> olan fiili, konumuz açısından, insanın şuurlu

<sup>252</sup> Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 39.

<sup>253</sup> TBK m. 49.

<sup>254</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 451; Eren, **Borçlar Genel**, s. 516; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2015, s. 90.

<sup>255</sup> Ebû Davud, **Talak**, 15; Buhâri, **Talak**, 10; Müslim, **İman**, 201, 202.

<sup>256</sup> Mustafa Said Yazıcıoğlu, “Fiil”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1996, c. 13, s. 59.

bir şekilde bir şey yapmaya veya yapmamaya yönelik irade ürünü olan hareket tarzıdır<sup>257</sup> şeklinde tanımlayabiliriz. Bu tanımdan çıkaracağımız ilk unsurlar, fiilin bir insan davranışı olması, iradeye bağlı olması, olumlu veya olumsuz olabilmesi şeklinde kendini gösterir.

Belirttiğimiz üzere fiilin iradeye bağlı olması gerekmektedir. İrade ögesi için ise dışa yansıyan davranışı insana bağlayan ruhsal öge denilebilir. Dolayısıyla, iradeye bağlı olması gereken fiilin, maddi ve manevi iki unsurunun bulunduğu belirtilebilir. Bu unsurlardan, fiilin hareket ögesi olarak da adlandırabileceğimiz maddi olan unsur, dışa yansıyan vücut hareketleridir ve dolayısıyla fizyolojiktir. Ancak manevi unsur ise insanın iç aleminde oluşan ve orada kalan duygu, düşünce ve tasavvurlardır. Ayrıca fiilin manevi unsuru, kusur sorumluluğunun unsurlarından olan kusur unsuru ile karıştırılmamalıdır. Kişinin fiilinin sonucunu bilerek hareket etmesi kusur unsuru ile ifade edilirken, kişinin fiilini iç iradesi ile gerçekleştirmesi burada bahsettiğimiz manevi unsur kapsamında yer alır.<sup>258</sup>

Fiilin manevi unsuru oluşmadığı zaman, yani fiilin gerçekleşmesinde kişinin bir iradesi olmadığı takdirde kişiyi sorumlu tutmamak gerekecektir. Örnek olarak refleks hareketleriyle veya uyku halinde bir kişiye zarar verilmesi durumunda burada failin sorumluluğuna gidilmemesi gerekir. İradi bir fiil olmadığı için kusur sorumluluğu bu hallerde doğmayacaktır. Ancak bu durumlarda her ne kadar failin fiiliyle sorumluluğun doğmadığını söylesek de genel tazmin kuralları gereği fail tazminle yükümlü olabilir. Fail bu gibi hallerde mübaşir olduğu için, fiil iradi olmasa dahi zararı doğrudan ortaya çıkardığından dolayı zararı tazmin etmesi gerekebilir, kusursuz olarak sorumlu tutulabilir.<sup>259</sup> Aynı şekilde eğer özel olarak düzenlenmiş ise sebep sorumluluğu hallerinden birinin de iradi olmayan fiil ile doğmasına neden olunmuş olabilir. Bu gibi nedenlerle İslâm hukukçuları sorumluluk açısından kusur

<sup>257</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 516; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 250; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 12

<sup>258</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 517; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 101.

<sup>259</sup> Örnek olarak uyuyan bir kimsenin bir başka kimseye zarar vermesi durumu verilebilir. el-Mavsîlî, **el-İhtiyar, Metni el-Muhtâr li'i-Fetvâ**, 7. Baskı, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2016, (Çev: Celal Yeniçeri), s. 585.

kavramını çok kullanmamış onun yerine yukarıda da belirttiğimiz gibi fiilin mübâseret veya tessebbüb halinde gerçekleşmesi üzerinden belirleme yapmışlardır.<sup>260</sup>

## 1- Fiil Çeşitleri

### a) Olumlu - Olumsuz Fiil Ayrımı

İnsan fiili, olumlu yani bir şeyi yapma gibi olabilirken, aynı zamanda olumsuz, yapması gereken bir şeyi yapmama, ihmal gibi de olabilir.<sup>261</sup> Bu doğrultuda kusur sorumluluğu olumlu bir fiil (aktif bir hareket) ile de olumsuz bir fiil (pasif bir hareket) ile de ortaya çıkabilir.

#### aa) Olumlu Fiil (Eylem, Bir Şey Yapma, Somut Fiil)

Olumlu fiil, bir şey yapma gibi aktif bir eylem şeklinde ortaya çıkar. Kusur sorumluluğunun doğduğu çoğu durumda olumlu bir fiilin buna neden olduğu görülebilir.<sup>262</sup> Olumlu fiillerde, fiilin maddi unsuru yani dışa yansıyan hareket unsuru daha çok ön plana çıkmaktadır. Olumlu fiilde vücut pasif, hareketsiz konumda değil; bir taşı fırlatmak, tokat atmak gibi bir hareketi yerine getirir şekilde aktif konumdadır.<sup>263</sup>

Olumlu fiil neticesinde bir hukuki sonuç doğmaktadır. Kişi, doğan bu hukuki sonuç nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. İslâm hukukunda klasik fıkıh kitaplarında hukuki sonuç doğuran olumlu fiillere şu örnekler verilmiştir: Bir kişinin dişine vurularak bu dişin kırılması sonucunda, bu dişi kıran kişi, bu fiili nedeniyle sorumlu tutulacaktır veya bir anneye vurup onun cenini düşürmesine neden olan kişi yine aynı şekilde bu hareketinden dolayı sorumlu tutulacaktır.<sup>264</sup> Buradaki vurma fiili hukuki

<sup>260</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 65.

<sup>261</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 12; Gökcan, **Haksız Fiil**, s. 40.

<sup>262</sup> Karaman, **Mukayeseli**, s. 415. Ayrıca, olumlu fiillere örnek verirken, İslâm hukukunda kusur sorumluluğunun en yaygın görünüş şekli olan itlaf açısından bir değerlendirme yaptığımızda, TCK'da ki mala zarar verme suçunun fiilleriyle benzeştiği görülecektir. Mala zarar verme suçu için söz konusu fiiller ise, yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, bozmak, kullanılamaz hale getirmek, kirletmek olarak sayılabilir. Erdal Noyan, **Mala Zarar Verme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 7.

<sup>263</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 518.

<sup>264</sup> Şeyhü'l-İslâm Buhanüddîn Ebû'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir Merginânî, **Hanefiler İçin İslâm Fıkhı El Hidaye Tercemesi**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2013, (Çev: Ahmed Meylânî), c. 4, s. 302-

sonuç doğuran olumlu bir fiildir. Bir çocuk, bir başkasının elbisesini yırtarak itlaf etmesi sonucunda sorumlu tutulur.<sup>265</sup> Bu durumda çocuğun sorumlu olmasının sebebi elbiseyi yırtma fiilidir ve yine olumlu fiil ile ortaya çıkan bir sorumluluk durumundan bahsedilir.

### **bb) Olumsuz Fiil (Yapmama, Kaçınma, İhmal Fiili)**

Olumsuz fiil, kişinin yapması gereken şeyi yapmaması, kaçınmasıdır. Bu anlamda olumsuz fiil için hiçbir şey yapmama yerine yapması gereken şeyi yapmama diyebiliriz. Olumsuz fiil halinde insan vücudu pasif konumdadır. Kişinin yapması gereken bir şeyi yapmaması nedeniyle ortaya çıktığından ötürü olumsuz fiile, ihmal de denilebilir.

Olumlu fiil ile kusur sorumluluğunun doğumu açısından bir görüş ayrılığı olmamasına karşın, olumsuz fiil ile kusur sorumluluğunun doğumu hususunda bazı farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden ilkinde göre vücudun pasif duruşu, hareketsizlik, fiil olarak değerlendirilemez ve bu yolla sorumluluğun doğmayacağı iddia edilir. Bir diğer görüşe göre ise olumsuz fiiller de olumlu fiiller gibi bir varlığa sahiplerdir. Bu fiillerin varlığı fizik alemde olmasa bile psikolojik alemde mevcut olup, olumlu fiiller gibi etki icra eder. Bir başka görüşe göre ise eğer kanun gereği bir fiili icra etmek kişi üzerine bir görev, yükümlülük olarak yüklenmiş ise ve kişi bunu yerine getirmemişse, bu durumda sorumluluğundan bahsedilebilir. Yani bu görüşe göre imkanı olduğu halde bir kişi, başka bir kişinin malını yangından kurtarmazsa sorumlu olmayacaktır.<sup>266</sup> Ancak bu görüş hukuka aykırılık ile fiil kavramlarını birbirine karıştırmıştır. Ayrıca olumlu fiil için böyle bir belirleme yapılmazken olumsuz fiil için böyle bir belirleme yapılması eleştirilmiştir. Dolayısıyla hem olumlu hem de olumsuz fiilin varlığının hukuka aykırılıklarına bağlı olduğunu söyleyemeyiz.<sup>267</sup> Olumsuz fiille sorumluluğun doğmasını kabul eden İslâm hukukçuları: kişinin hukuki yükümlülüğünü ve akitten doğan sorumluluğunu yerine

---

309; İbrahim Halebî,(Şerh:Mehmed Mevkûfâtî), **Mültekâ-ı Ebbûr (Mevkufat)**, Sağlam Kitabevi, İstanbul, 1980,(sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu), c. 2, s. 470.

<sup>265</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 376.

<sup>266</sup> el-Hafif, **ed-Damân**, s. 30, 31, Eser, **Haksız Fiil**, s. 68.

<sup>267</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 519.

getirirken kusurlu hareket etmesi ve başkalarının malına veya vücut bütünlüğüne zarar vermesi durumunda ortaya çıkan zararı tazmin ile yükümlü olduğunu belirtmişlerdir.<sup>268</sup>

Özetle olumsuz fiil şu şekilde ifade edilebilir. Aktif bir eylemin yapılması halinde zararlı sonucun gerçekleşmesi önlenilecek ise, bu pasif eylem zararlı sonuç açısından fiil değeri taşır. Ayrıca, yapılacak olan aktif eylemin de mümkün bir eylem olması gerektiği unutulmamalıdır.<sup>269</sup> Olumsuz fiile klasik fıkıh kitaplarından şu örnekler verilebilir: Uyarıldığı halde tamiri gereken, yola doğru eğilmiş halde olan bir duvarın tamir edilmemesi ve bunun üzerine bu duvarın düşmesi sonucunda can veya mal kaybına neden olması durumunda tamir etmeyen kişinin sorumluluğu doğacaktır.<sup>270</sup> Burada failin sorumlu olmasının nedeni duvarı tamir etmemek yani, bir fiili icra etmesi gerekirken icra etmemiş olmaktır. Bu hareketsiz kalışı kişinin olumsuz fiilini oluşturmaktadır. Bir başka örnekte kişinin can ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak zararı bilinen bir hayvanı nedeniyle uyarılmasının ardından bu hayvanın bir kişiye saldırması sonucu sorumluluğunun doğmasıdır.<sup>271</sup> Bu durumda da hayvan sahibi hareketsiz kalarak pasif fiiliyle bir hukuki sonuca neden olmuş olur.

### **b) Fiilin Doğrudan veya Dolaylı Olarak İşlenmesi (Mübâşeret veya Tesebbüb Hallerinde Fiil)**

Fiil ile doğmuş olan bir zarar arasında illiyet bağı kurulabilmesi için ya fiilin mübâşeret halinde işlenmesi veya teaddi ile birlikte tesebbüb halinde işlenmesi gerekmektedir. Mübâşeret veya tesebbübün bulunmaması halinde sorumluluk da bulunmaz.<sup>272</sup> Hem mübâşeret hallerinde hem de tesebbüb hallerinde zararı ortaya çıkaran birçok sebep olmasına rağmen, bu sebepler içerisinde zararlı sonuca en yakın olan ve onu doğrudan doğruya ortaya çıkaran bir sebep mevcuttur. İslâm hukukçuları

<sup>268</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 68.

<sup>269</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 520.

<sup>270</sup> Şemsul-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, **Mebûsât**, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, c. 27, s. 9; Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, ss. 316, 317; Halebî, **Mültekâ-l-Ebhûr**, c. 2, s. 477; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 387.

<sup>271</sup> Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer Tercümesi**, İstanbul, 1980, (Çev: Arif Erkan) c. 4, s. 128; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 391.

<sup>272</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 548.

bu sebep için illet terimini kullanmışlardır. İlet, “*hükümün amacını genellikle gerçekleştirdiği kabul edilen açık ve istikrarlı vasıf anlamında fıkıh usulü terimi*”<sup>273</sup> olarak tanımlanabilir ve bir failin işlemiş olduğu fiil olabileceği gibi farklı sebeplerin veya şartların etki ettiği olay da olabilir.<sup>274</sup> Bununla ilgili daha geniş bilgiye illiyet bağı başlığında değinilecektir. Burada yalnızca illetin doğrudan bir fiil olması veya zarara sebep olan bir etken olması değerlendirilecektir.

### aa) Fiilin Doğrudan İşlenmesi (Mübâşeret)

Mübâşeret “*bir şeyi doğrudan, vasıtasız, bizzat yapmak*” anlamına gelmektedir.<sup>275</sup> Doğrudan zararı meydana getiren bir fiilin mevcut olduğu hallerde mübâşeret halinden bahsedilir. Mübâşeret ve mübâşir Mecelle 887. maddede şu şekilde ifade edilmiştir: “*Mübâşereten itlaf, bir şeyi bizzat telef etmektir ki eden kimseye fâil-i mübâşir denilir.*” Yani mübâşeret halinde fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı başka bir unsura ihtiyaç duymadan rahatlıkla tespit edilebilmektedir. Mecelle madde 92’de “*Mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur.*” düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenlemeye göre mübâşir müteammid olduğunda itlaf ettiği malı tazminle sorumlu olduğu gibi müteammid olmadığında dahi sorumluluğu vardır.<sup>276</sup> Yani bir işi doğrudan yapan kimse kasıtlı olmasa dahi tazminle yükümlüdür.<sup>277</sup> Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere mübâşeret hallerinde kusur şart koşulmamıştır. Bu hallerde hakim olan sorumluluk kusursuz sorumluluktur.

Mübâşeret hallerindeki sorumluluğu en kapsayıcı tabirle zarar sorumluluğu olarak ifade edebiliriz. Kusur unsurunu barındırması gerekmemesi itibariyle mübâşeret sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu haline indirgememiz mümkün değildir. Her ne kadar mübâşeret hallerinde hakim olan sorumluluk kusursuz sorumluluk olsa da mübâşeret hallerinde kusur sorumluluğunun doğması da mümkündür. Dolayısıyla mübâşeret hallerine kusursuz sorumluluk dediğimizde kusur sorumluluğu kısmını bu haller dışında bırakmış oluruz. Bu hallere kusur

<sup>273</sup> İbrahim Kafi Dönmez, “İlet”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2000, c. 22, s. 117.

<sup>274</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 71, 72.

<sup>275</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 329; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 407.

<sup>276</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. I, s. 181.

<sup>277</sup> Özalp, **Genel İlkeler**, s. 110; Sezen, **Külf Kaideler**, s. 134.

sorumluluğu dediğimizde ise tesebbüb sorumluluğuna indirgemiş oluruz. Bu nedenlerle, bu halleri ifade etme bakımından hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluk halleriyle ortak yönlerinin olması nedeniyle zarar sorumluluğu ifadesi daha uygun gözükmektedir.<sup>278</sup>

Mübâşeret halinde sorumluluğa özellikle zorunluluk halinde başka bir kimsenin, kapısını kırıp bahçesine giren, elbisesini alan kimsenin sorumluluğu örnek olarak verilebilir. Bu gibi durumlarda failin kusuru vardır diyemeyiz yine de kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumludur diyebiliriz.<sup>279</sup>

Bazı durumlarda da kişi mübaşir olduğu halde sorumlu olmayabilir. Bu gibi durumlara örnek olarak hâkimin yanlış şahitlik nedeniyle haksız karar vermesi gösterilebilir. Bu durumda şahitler sorumlu tutulur, mübaşir olan hâkimse, sorumlu tutulmaz. Çünkü şahitlerin fiili illiyet bağına kesmiştir. Örnekten de anlaşılacağı üzere, mübaşeret hallerinde sorumluluğun doğması için illiyet bağına kesen herhangi bir sebebin de bulunmaması gerekir. Bu sebepler, mücbir sebep, zarar görenin fiili veya üçüncü kişinin fiili olabilir. Bunlarla ilgili ayrıntıya illiyet bağı başlığında girilecektir.<sup>280</sup>

Mecelle’de mübaşeret halinde sorumlulukla ilgili birkaç örnek düzenlemeyi şu şekilde görebiliriz:

Mecelle madde 913: “*Birinin ayağı kayıp da düşerek âharın malını itlâf etse zâmin olur.*” Kişinin ayağının kaymasında kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan fiili işleyerek zarara neden olduğu için, ayağı kayan kişi sorumlu tutulmuştur.

Mecelle madde 916: “*Bir sabî diğerinin malını itlaf etse kendi malından zamân lâzım gelir. Malı yoksa hâl-i yüsriine intizâr olunur; velîsine tazmîn ettirilmez.*” Kendisine kusur isnat edilemeyecek olan bir sabînin mübaşeret halinde

<sup>278</sup> Yerlikaya, “**Teaddî**”, s. 41.

<sup>279</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s169.

<sup>280</sup> Kemal Yıldız, “Mübâşeret”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2006, c. 31, s. 430.

vermiş olduğu bir zarardan dolayı sorumlu tutulduğunu ayrıca kusur isnadı gerekmediğini bu düzenlemede görmekteyiz.

### **bb) Filin Dolaylı Olarak İşlenmesi ( Tesebbüb)**

Tesebbüb, “bir şeyin/şahsın, başka bir şeyin vukuuna sebep olması”<sup>281</sup> anlamına gelmektedir. İslâm hukukunda fiilin dolaylı olarak işlenmesi durumları tesebbüb terimi ile ifade edilmiştir. Tesebbüb hallerinde sorumlulukta işlenen fiil ile doğrudan bir zararın ortaya çıkması hali değil dolaylı olarak bir zararın meydana gelmesi hali mevcuttur.

İslâm hukukçuları, tesebbüb hallerinde sorumluluk açısından verilen zararın hukuka aykırı şekilde verilmiş olmasını aramışlardır ve bu konuda ittifak etmişlerdir.<sup>282</sup> Nitekim Mecelle madde 93’te “*Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz.*” düzenlemesi bu doğrultuda yer almıştır.<sup>283</sup> Ali Haydar Efendi bu düzenleme için mütesebbib müteammid ve müteaddi olmadıkça yani zarara sebep olan fiilini kasten ve haksız olarak işlemiş olmadıkça zarardan sorumlu olmaz demiş ve mütesebbib, şart-ı evvel olarak müteammid, şart-ı sâni olarak da müteaddi olmalıdır şeklinde açıklama yapmıştır.<sup>284</sup> Yani bir zarara sebebiyet veren kişinin sorumlu olması için o zarara sebebiyet veren fiilini kasten ve hukuka aykırı olarak işlemesi gerekmektedir.<sup>285</sup> Mübâşeret hali ile tesebbüb hali arasındaki sorumluluk durumu açısından en büyük fark burasıdır ve genel bir ifadeyle mübaşir için izafe, mütesebbib için kasten hareket etmiş olması aranır diyebiliriz.

<sup>281</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 329; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 571.

<sup>282</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 171; Yıldız, “**Mübâşeret**”, s. 430.

<sup>283</sup> Mecelle’de benzer düzenleme: Madde 924: “*Tesebbüben ber-vech-i bâlâ mûcib-i zamân olmasında te’addî şarttır.*

*Yani mütesebbibin bir zararı zâmin olması ol zarâra müfdî olan fi’li haksız olarak işlemiş olması ile meşrudur.*

*Meselâ, bir kimse bilâ-izn-i veliyyü’l emr tarîk-i âmmda bir kuyu kazıp da oraya diğerinin hayvanı düşerek telef olsa zâmin olur. Ammâ kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya diğerinin hayvanı düşerek telef olsa zâmin olmaz.* ” ;Akgündüz, **Karşılaştırmalı Mecelle**, s. 227; Cengiz, İhan, **Günümüz Türkçe’siyle Mecelle**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 282.

<sup>284</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü’l-Hükkâm**, c. I, s. 182.

<sup>285</sup> Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 192.

Tesebbüb halinde sorumluluğun iki şekilde ortaya çıkacağını söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, zarara neden olan illeti icra etmiş olan failin, fiiline etki eden bir durum nedeniyle sorumlu tutulmasına hükmedilebilecek bir şahıs veya varlık olmaması halidir. Bu durumda, illiyet bağının var olup olmadığı, ortaya çıkmış olan zararlı sonuç ile diğer sebepler arasında inceleme yapılarak tespit edilir. İlliyet bağı kurulabilen sebebin, hukuka aykırı olarak fiili meydana getiren faili sorumlu tutulur. Buna örnek olarak, yukarıda mübâşeret hali olmasına rağmen yalancı şahitler nedeniyle yanlış karar veren hâkimin sorumlu tutulmadığını belirttiğimiz örneği gösterebiliriz. Bu halde yalancı şahitler bu duruma tesebbüb halinde neden olduklarından dolayı sorumlu tutulmalıdırlar.<sup>286</sup>

Tesebbüb halinde sorumluluğun ikinci şekilde ortaya çıkması ise, sorumluluğa neden olan illetin bir failin fiili olmadığı durumlarda, illete dışarıdan bir sebebin etki etmesiyle illiyet bağının kurulabildiği hallerde görülür. Bu duruma örnek olarak, kişinin hukuka aykırı olarak bir kuyu açması sonucu oraya düşen bir kişinin hemen ölmeyip daha sonra açlık nedeniyle ölmesi durumu verilebilir. Bu durumda normal şartlarda kuyuya düştüğünde ölseydi kuyuyu açan kişi tesebbüb halinde sorumlu olacaktı ancak illet kişinin aç kalması olduğu için farklı değerlendirmelere yol açmıştır. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf bu durumda kuyuyu açan kişinin sorumlu olmayacağını, açlığın insanın doğası gereği ölüme sebep olan ayrı bir illet olduğunu belirtmişlerdir. Muhammed bin Hasan eş-Şeybani ise kuyuyu açan kişinin, o kuyuya düşen kimsenin aç kalmasına sebep olduğunu, dolayısıyla kuyuyu açan kişinin yine de bu durumda tesebbüb halinde sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur. Kuyuya düşen kişinin korku nedeniyle ölmesi durumunda ise Ebû Yusuf da Muhammed bin Hasan eş-Şeybani ile aynı görüşü paylaşmış ve bu halde tesebbüb sorumluluğunun doğması gerektiğini savunmuştur.<sup>287</sup>

<sup>286</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 74,75; Alâeddin el-Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'**, Darü'l-Kitabü'l Arabiyye, Beyrut, 1982, c. 7 s. 239.

<sup>287</sup> el-Mavsîlî, **el-Muhtâr**, s. 585; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, c. 7 ss. 274, 275; Gıyâseddin Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât fî Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân**, Dar'ul-Kitab'ul-İslâmiyye, ty, s. 180; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 78.

Mecelle’de tessebbüb halinde sorumlulukla ilgili birkaç örnek düzenlemeyi şu şekilde görebiliriz:

Mecelle madde 922: “Bir kimse tessebbüben birinin malını itlâf yahut kıymetini tenkîs etse yani kendisinin fi’li bir malın telefîne yahut noksân-ı kıymetine sebeb-i mufdî olsa zâmin olur.

Meselâ, biri diğeri kimsenin esvâbına sarılıp da mücâdele ederken ol kimesnenin üzerinden bir şey düşüp telef olsa yahut sakatlınsa sarılan kimse zâmin olur.

Ve kezâ bir kimse diğerin tarla ve bahçesinin suyunu bi-gayrı hakkın sedd edip de mevrû’at ve mağrûsâtı kuruyup telef olsa yahut suyu taşıyıp da diğerin tarlasını su basarak mevrû’âtı telef olsa ol kimse zâmin olur.

Kezâlik bir kimse diğerin ahırının kapısını açıp da içindeki hayvan firar ile zâyi’ olsa yahut kafesinin kapısını açıp da içindeki kuş uçsa zâmin olur.”<sup>288</sup>

Mecelle madde 923: “Birinin hayvanı bir kimseden ürküp de firar ile zâyi’ olsa zâman lâzım gelmez. Ammâ ol kimse hayvanı kasden ürkütmiş ise zâmin olur.

Ve kezâ bir sayyâd ava tüfek atıp da sesinden diğerin hayvanı ürkerek firar ederken düşüp telef yahut ayağı sakat olsa zâmin olmaz; ammâ hayvanı ürkütme kasdı ile tüfek atmış ise zâmin olur.”<sup>289</sup>

Bir zararın ortaya çıkmasında hem mübâşeret hem de tessebbüb halinde sorumlu tutulabilecek olan kişiler olabilir. Mübâşeret sorumluluğu ile tessebbüb sorumluluğunun aynı olayda birleştiği durumlarda genel kural olarak sorumluluk mübâşir üzerine doğar. Mecelle madde 90’da bu durum: “Mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi’ oldukda hükm ol fâile muzaf kılınır. Meselâ, birinin tarîk-i âmmda kazmış olduğu kuyuya diğeri, birinin hayvanını ilkâ ile itlâf etse o zâmin olup kuyuyu hafr eden kimseye zamân lâzım gelmez.”<sup>290</sup> şeklinde düzenleme altına

<sup>288</sup> Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle*, s. 227; İlhan, *Mecelle*, s. 281.

<sup>289</sup> Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle*, s. 227.

<sup>290</sup> Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle*, s. 62; İlhan, *Mecelle*, s. 57.

alınmıştır.<sup>291</sup> Somut olayın şartlarına göre aksi durumunda oluşabileceğini söyleyebiliriz.<sup>292</sup> Ancak aksi durum olarak belirttiğimiz durumlarda her ne kadar hem mübâşeret hem de tessebbüb halleri birleşiyor gibi gözükse de, aslında bu gibi durumlarda mübâşire uygun illiyet bağının kurulamaması söz konusudur. Hâkimin yalancı şahitler nedeniyle yanlış hükmetmesi durumunda mübâşir olarak sorumlu olmaması, ancak yalancı şahitlerin üzerine tessebbüb sorumluluğunun doğması hali bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Kusur ve illiyet bağı başlıklarında da yine mübâşeret ve tessebbüb sorumluluğu ile ilgili açıklamalar yapılacağı için burada bu iki sorumluluk türü ile ilgili açıklamalarımızı bu kadarla sınırlandırıyoruz.

## 2- Failin birden fazla olması

Zararı doğuran fiil, bir kişiden sadır olabileceği gibi birden fazla kişiden de sadır olmuş olabilir. Failler, zararı doğrudan ortaya çıkarabilecekleri gibi, zarara sebep olabilirler veya yardım etme şeklinde de zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunabilirler. Bu bakımdan faillerin vasıfları aynı veya farklı olabilir.

Zararı ortaya çıkaran fiili, birden fazla fail icra etmişse ve bütün bu failler zararın doğrudan ortaya çıkmasında veya bu zarara sebep olma hususunda ortak bulunmuşlarsa sorumluluk noktasında da ortaklırlar. Birden fazla kişi bir malı birlikte telef etseler birlikte tazmin ederler.<sup>293</sup> Ceza sorumluluğu açısından da benzer durumu görebiliriz. Örnek olarak birden fazla kişi bir malı çalsa, İmam Malik ve Ahmed bin Hanbel'e göre mal nisap miktarını<sup>294</sup> bulmuşsa her bir faile had uygulanır ancak Ebû Hanîfe ve Şâfiî'ye göre, faillerin her birine ayrı ayrı isabet eden mal

<sup>291</sup> Bir diğer örnek düzenleme, Mecelle madde 925: “Biri bir şeyin telefine sebep olan bir iş işlemiş olduğu halde araya bir fi'l-i ihtiyârî haylûlet eylese yani başka bir kimse ol şeyi mübâşereten itlâf etse ol fi'l-i ihtiyârî sâhibi olan fâil-i mübâşir zâmin olur.”

<sup>292</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 76.

<sup>293</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 461.

<sup>294</sup> Bu miktarın ne kadar olduğunu konusunda İslâm hukukçuları görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Hanefî alimler "Bu miktar, 10 dirhem veya 1 dinardır" demişlerdir. İmam Şafiî 1/4 dinardır demiştir. İmam Malik "3 dirhemdir" demiştir. İbn Ebû Leyla "5 dirhemdir" demiştir. İkrime ise "4 dirhemdir" demiştir. Ebû Hureyre ve Ebû Said el-Hudri'den (r. a) ise "40 dirhem olduğu" nakledilmiştir. / es-Serahsî, **Mebsût**, c. 9, s. 137.

miktarı nisap miktarına ulaşmadığı takdirde had uygulanmaz ancak tazir uygulanabilir. İki kişi, bir insanı aynı anda ölümüne neden olacak şekilde yaralasa ve sonra yaraladıkları bu kişi ölse, her iki faile de kısas gerekir. Fakat bu faillerden biri önce diğeri daha sonra yaralamış olsaydı ilk faile kısas gerekirken daha sonrakine tazir-i şedid ve habs-i medid gerekirdi.<sup>295</sup>

Bu fiillerin doğrudan zararı ortaya çıkarması veya sebebiyet vermesi noktasına farklılıklar olabilir. Örneğin bir kişinin duvara merdiven dayaması diğer kişinin de içeriye girip malı çalıp dışarıdakine vermesi durumunda İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre had içeri girip malı çalana uygulanır. Ebû Hanife'ye göre ise bu durumda had, suç bölünüp ikisinden birinde de tam teşekkül etmediği için uygulanmaz. Birden fazla failin fiili, bir kişiyi müşterek olarak iki kişinin yaralaması ve bunlardan haberi olmayan birinin daha yaralaması durumunda yaralı bu iki yaradan dolayı ölmüş olması durumundaki gibi bir nedenle ortaya çıkarsa sorumluluk durumu farklı şekilde değerlendirilir.<sup>296</sup> Bu durumda Ebû Yusuf ve Hanbelî alimlere göre üç failde sorumlu olur ve tazminat üçüne de eşit olarak bölünür. İmam Züfer gibi daha başka müçtehitlere göre ise ilk iki failin fiiliyle üçüncü failin fiili eşit olduğu için yine üç kişi de sorumlu olmakla birlikte tazminatın yarısı ilk iki faile, diğer yarısı diğer faile yüklenir.<sup>297</sup>

Genel kurala göre müşterek olarak işlenmiş olan suçlarda ve zarara neden olan fiillerde, faillerin her biri sadece kendi payına düşen tazminat miktarınca sorumludur. Bir failin, diğer faillerin borcundan dolayı sorumluluğu yoktur. Yani esas olan müteselsil borçluluğun veya kefaletin olmamasıdır. Ancak genel kaidenin bazı istisnaları vardır. Örneğin, hırsızların müşterek bir şekilde suç işlemeleri halleri gibi veya bir grup askerin bir bağa, meyve bahçesine zarar vermeleri hallerindeki

<sup>295</sup> Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 195.

<sup>296</sup> Bu durumda illiyet bakımından ortak nedensellikten bahsedilir. Bkz. Elvan Akdoğan, **Haksız Fiil Halinde Müteselsil Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s. 32 vd.

<sup>297</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 462.

gibi hallerde Maliki mezhebi gibi bazı mezheplere göre, mağdur uğradığı zararın tamamını faillerin herhangi birinden isteyebilir.<sup>298</sup>

Modern hukuk açısından bakıldığında ise, Türk pozitif hukukunda, zararı doğuran fiili birden fazla failin işlemesi veya birden fazla fiilin beraber zararı doğurması durumunda iç ilişkide herkes kendi payına düşen miktar kadar sorumludur ancak dış ilişkide müteselsil sorumluluk esası hakimdir ve zarara uğrayan kişi istediği failden tüm zararını tazmin edebilir.<sup>299</sup> Türk Borçlar Kanunu'nda bununla ilgili şu düzenlemeler yer almaktadır:

Madde 61: *“Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”*

Madde 62: *“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*

*Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”*

## **B- ZARAR**

### **1- Genel Olarak Zarar Kavramı**

Zarar, sorumluluğun doğması açısından en önemli unsur konumundadır. Yalnızca fiilin var olması, bu fiil bir zarara sebep olmadığı müddetçe sorumluluk doğurmayacaktır. Bu bakımdan zarar olmayan yerde hukuki sorumluluktan

<sup>298</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 462.

<sup>299</sup> Akdoğan, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 42 vd; Bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 812 vd.

bahsedemeyiz.<sup>300</sup> Ceza hukuku açısından ise zarar ortaya çıkmaya dahi, fiilin tehlike doğuruyor olması ceza sorumluluğunun doğmasına neden olabilir.<sup>301</sup> Ceza hukukunda zararın meydana gelmeyip tehlikenin sorumluluk doğurduğu bu suç tiplerine soyut ve somut tehlike suçları denmektedir.<sup>302</sup> Yine ceza hukuku açısından zarar vermeye teşebbüs sorumluluk doğarsa da, hukuki sorumluluk açısından zarar ortaya çıkmadığı için sorumluluk doğurmaz. Sorumluluk hukukunun amaçları bölümünde değindiğimiz üzere, burada temel amaç cezalandırmak değil, zararın önlenmesi ve giderilmesidir.<sup>303</sup>

Türkçe’de “*bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunma, ziyan, mazarat*”<sup>304</sup> anlamlarına gelen zarar kelimesi<sup>305</sup>, Arapça’da darr şeklinde mastar yapısı ile ve durr şeklinde isim yapısıyla geçmektedir. Mastar şeklindeki haline bir anlam vermek yerine yarar manasındaki nef’ ile karşıt anlamda olduğuna değinilerek yetinilmiştir. Kur’an’da birçok yerde darr lafzı farklı şekillerde geçmektedir.<sup>306</sup> Genel olarak bakıldığında zarar kelimesi için “kötü hal” şeklinde bir anlam verilebilir. Bu kötü hal ya kişinin ilim, iffet ve fazilet gibi erdemlerinin eksikliğinden dolayı kendi nefsinde olur, ya kişinin organlarının olmaması veya eksik olması gibi bedeninde olur, ya da mal ve makam eksikliği gibi harici bir

<sup>300</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 14,15.

<sup>301</sup> Örneğin TCK’da şöyle bir düzenleme yer almaktadır: Madde 179- (1) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya mal varlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya mal varlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

<sup>302</sup> Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, **Ceza Genel**, s. 237 vd; Akbulut, **Ceza Genel**, s. 271; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 164; Özgenç, **Ceza Genel**, s. 172.

<sup>303</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 520.

<sup>304</sup> Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, c. 2, s. 2499.

<sup>305</sup> Pars, **Okyanus**, c. 6, s. 3083.

<sup>306</sup> Bilal Aybakan, “Zarar”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2013, c. 44, s. 130, 131; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, s. 1357.

durumda olur.<sup>307</sup> Zarar kelimesinin kullanıldığı bu anlamlar bakımından Kur'an'da geçtiği bazı yerlere örnek olarak şu ayetlere bakabiliriz:

*“Biz de onun duasını kabul edip kendisinde dert namına ne varsa gidermiştik. Tarafımızdan bir rahmet ve kullukta bulunanlar için de bir ibret olmak üzere ona ailesini ve onlarla beraber bir mislini daha vermiştik.”*<sup>308</sup> Bu ayette meâl olarak dert olarak da çevrilmiş olan kelimeyle, zarar kelimesinin yukarıda belirttiğimiz üç anlamı da ifade edilebilir.<sup>309</sup>

*“O, Allah'ı bırakır da kendine ne zarar, ne de fayda veren şeylere tapar. Bu da derin sapıklığın ta kendisidir.”*<sup>310</sup> Bu ayette zarar kelimesi bilerek ve isteyerek meydana gelen kötü hal kastedilerek kullanılmıştır.<sup>311</sup> Aynı zamanda zarar kelimesi bu ayette Kur'an'ın birçok yerinde görebileceğimiz üzere karşıt anlamıyla birlikte kullanılmıştır.<sup>312</sup>

Zarar kelimesini bu anlamlarının yanında, İslâm hukukçuları borçlar hukukuna yaklaşarak bir malın zarar veren fiil meydana gelmeden önceki haliyle sonraki hali arasındaki fark, kişinin mal varlığında meydana gelen azalma, malın bazı özelliklerini kaybederek değerinde meydana gelen eksilme gibi anlamlarda kullanmışlardır.<sup>313</sup> Bu anlamları bakımından İslâm hukukçuları zarar kavramı yerine itlaf, mal tamamen faydalanılamaz hale geliyorsa, istihlâk ve kısmen faydalanılamaz hale geliyorsa, ifsad gibi kavramları da kullanmaktadırlar.<sup>314</sup>

Zarar kelimesi modern hukukta ise dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan dar olan anlamına göre yalnızca maddi zarar

<sup>307</sup> el-İsfahani, **Müfredat**, s. 581; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstihlâhları Kâmusu**, s. 1357.

<sup>308</sup> el-Enbiya, 21/84.

<sup>309</sup> Zarar kelimesinin geçtiği benzer anlamlara ayetler: Yunus, 10/12; Âl-i İmran, 3/111; Âl-i İmran, 3/120; el-Mücadele, 58/10; el-Bakara, 2/102.

<sup>310</sup> Hac, 22/12.

<sup>311</sup> el-İsfahani, **Müfredat**, s. 582.

<sup>312</sup> Zarar kelimesinin karşıt anlamıyla kullanıldığı bazı farklı ayetler: el- Hac, 22/13; el-Hud, 11/10; el-Furkân, 25/3.

<sup>313</sup> Ali el-Hafif, **ed-Damân**, s. 38; Zuhaylî, Vehbe, **Nazariyatü'd-Damân**, Dâru'l-Fikr, Dımaşk, 1998, s. 24, 96; Eser, **Haksız Fiil**, s. 118.

<sup>314</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 118; Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 452.

kastedilir ve bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen bir eksilme olarak tanımlanır. Geniş anlamda ise hem maddi zarar hem de manevi zarar kastedilir ve hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların bunlara karşı meydana gelen bir tecavüzdü önce ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tanımlanabilir.<sup>315</sup> Maddi ve manevi zararı her ne kadar geniş anlamda aynı çatı altında ele alıyor olsak da, aslında ortak olan tek unsurları hukuken korunan varlıklara karşı gerçekleştiren bir ihlalin sonucunda doğuyor olmalarıdır ve birbirlerinden daha farklı kavramlardır. Modern hukuk açısından baktığımızda zarar kavramı Avusturya, Alman ve Fransız hukuku açısından geniş anlamda kullanılmaktadır.<sup>316</sup> Türk ve İsviçre hukuku açısından ise zarar kelimesi daha çok maddi zararı kastederek kullanılmaktadır.

İslâm hukuku açısından bakıldığında ise, yukarıda vermiş olduğumuz borçlar hukukuna yaklaşan tanımlardan daha çok maddi zararın kastedildiği anlaşılmaktadır. Ancak İslâm hukukunda sıkı bir şekilde korunan beş zorunlu maslahattan biri mal olmasının yanında diğerleri akıl, nesep, din ve candır.<sup>317</sup> Bu maslahatların korunması açısından ise her ne kadar ceza sorumluluğunun da doğacağından bahsedilebilse de manevi sorumluluktan da bahsetmek kaçınılmazdır. Dolayısıyla İslâm hukuku açısından da maddi ve manevi zarar ayrımı yapılabilir.<sup>318</sup>

## 2- Zarar Çeşitleri

Zarar kavramı gerek kişinin vücut bütünlüğünde gerekse mal varlığında meydana gelebilecek zararları kapsamaktadır. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere zarar kavramını açıklarken maddi ve manevi zarar ayrımı da yapılmaktadır. Bu çalışmada da kusur sorumluluğunun zarar unsuru açıklanırken bu ayrımlar doğrultusunda zarar çeşitleri ayrı ayrı ele alınarak hareket edilecektir.

<sup>315</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 63; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 14; M. Kemal, Oğuzman, M. Turgut, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, c. 2, s. 39, 40. Eren, **Borçlar Genel**, s. 521; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, 26. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 90; Şaban Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 219; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 170; Bilgili / Demirkapı, **Borçlar Genel**, s. 91.

<sup>316</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 63.

<sup>317</sup> Ertuğrul Boynukalın, "Makasıdü'ş-Şerîa", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2003, c. 27, s. 423.

<sup>318</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 119.

### a) Maddi Zarar

Kişinin iradesi dışında, mal varlığında meydana gelen azalmalar, mal varlığının tamamen yok olması, mali haklarda meydana gelen eksilmeler maddi zarar kapsamında ele alınır. Buradan da anlaşılacağı gibi maddi zararlar mal varlığı, mal varlığındaki azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmesi unsurlarından oluşur.<sup>319</sup> Maddi zararlar kendi içinde farklı çeşitlere de bölünmüştür. Bu çalışmada da maddi zararları hem unsurları hem de çeşitleri yönünden ele alınarak incelenecektir.

#### aa) Maddi Zararın Unsurları

##### aaa) Mal Varlığı

Mal varlığı kavramını açıklamadan önce mal kavramı üzerinde biraz durmamız gerekmektedir. Arapça’da mal hem müzekker hem de müennes olarak kullanılabilir ve sözlükte, malik olduğun her şeydir, şeklinde ifade edilmektedir.<sup>320</sup> Hukuki açıdan ise mal, “*Ayni haklara ve hukuki işleme konu olabilen nesne anlamında hukuk terimi*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>321</sup> Mecelle madde 126’da ise mal kavramı şöyle tanımlanmıştır: “*Tab’ı insanî mail olup da vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir.*” yani insan tabiatının meylettığı, ekonomik bir değer taşıyan ve aynı zamanda fiziki bir varlığı bulunan şey, mal olarak kabul edilebilir.<sup>322</sup> Mecelle’deki bu tanım Hanefi görüşüne uygun bir tanımdır ve hak ve menfaatleri mal kapsamına almamıştır. Diğer üç mezhebe göre ise menfaatler de mütekevvin mal sayılır.<sup>323</sup> Çoğunluğun görüşüne bakarak mal için, şu şekilde bir tanım yapılabilir: “Mal, kazanılması ve kendisinden normal şekilde istifade edilmesi

<sup>319</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 521; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 170.

<sup>320</sup> Ali el-Hafif, **İslâm Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri**, 4. Baskı, TDV Yayınları, Ankara, 2018, (Çev: Rahmi Yaran), s. 59.

<sup>321</sup> Hasan Hacak, “Mal”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2003, c. 27, s. 461.

<sup>322</sup> Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 468; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 331; Eleştiriler için bkz. Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 295.

<sup>323</sup> el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 60; Hacak, “Mal”, s. 462; Akman, **Akdî Mesuliyet**, ss. 48, 50; Şevket Topal, **İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet**, STS Yayınları, Ankara, 2014, ss. 41 vd.

mümkün şeydir.”<sup>324</sup> Dolayısıyla mal varlığının kapsamı İslâm hukukunda mezheplere göre farklılık göstermektedir.<sup>325</sup> Bu iki görüşten menfaatleri mal sayanı, özellikle insanların örfü, maksat ve muameleleri ile uyumlu olması dolayısıyla da tercihe daha uygun görünmektedir<sup>326</sup> ve bu çalışmada da menfaatler de mal kapsamında ele alınacaktır.

Mal varlığı içerisinde değerlendirebilmemiz için öncelikle malın mütekavvim olması gerekmektedir. Bir malın mütekavvim olabilmesi için ise, İslâm hukukunda mal olarak kabul edilebilmesi, kullanılması mubah olması ve ivazlı akitlerde alım satımı yapılan eşyaya karşı bedel olarak verilebilmesi gerekir.<sup>327</sup> “*Mütekavvim, intifau mubah ve muhrez olan maldır.*”<sup>328</sup> Buna göre bir malın mütekavvim olması için fiilen ihrâz altına alınabilmesi ve kendisinden mutlak faydalanmanın caiz olması gerekmektedir. Böyle bir malın birisinin tecavüzü sonucu itlaf edilmesi, itlaf edenin sorumluluğunu doğurur.<sup>329</sup> Böyle olmayan mallara ise gayri mütekavvim mal denir. Malların mubah olması ise zaman ve mekana göre değişiklik arz etmez. Gayri mütekavvim mallar aynı haklara, hukuki işlemlere konu olmazlar, zarar verici bir fiile maruz kalırlarsa tazminleri gerekmez.<sup>330</sup>

Mal mütekavvim olmasının yanında ihtiyaca binaen saklanabilir de olmalıdır. Hanefi alimleri, menfaatleri mal olarak kabul etmezler<sup>331</sup> ancak mülk olarak kabul ederler.<sup>332</sup> Menfaatlerin mülk olarak kabul edilebileceğinden dolayı akde konu teşkil edebileceklerini ancak saklanabilir özelliğe haiz olmadıklarından dolayı mal olarak kabul edilmeyeceklerini ifade ederler. Hanefiler, genel bir ifade ile her mal mülktür

<sup>324</sup> Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 296.

<sup>325</sup> Yaman / Çalış, **İslam Hukuku**, ss. 350, 351.

<sup>326</sup> el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 61; Yaman / Çalış, **İslam Hukuku**, s. 351.

<sup>327</sup> Kâsânî, **Bedâiu’s-Sanâi**, 5/141; Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 300; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 49; Yaman / Çalış, **İslam Hukuku**, s. 351; Topal, **Satış Akdi**, s. 46.

<sup>328</sup> Mecelle, madde 127.

<sup>329</sup> el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 65; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 167.

<sup>330</sup> el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 65; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 469; Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 301.

<sup>331</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 5, s. 71; el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 61; Hacak, “**Mal**”, s. 463; Ekrem Buğra Ekinci, **İslâm Hukuku**, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 438.

<sup>332</sup> Mecelle madde 125: “*Mülk, insanın mâlik olduğu şeydir; gerek ayan olsun ve gerek menâfi’ olsun.*”

ancak her mülk mal değildir derler.<sup>333</sup> Diğer üç mezhep açısından ise menfaat de mal olarak kabul edilir. Özellikle Şâfiî menfaati de mal kapsamında kabul ederek malı şu şekilde tanımlamaktadır: “satılınca iktisadî değeri olan ve zarar verilince tazmin edilen şey”. Bu görüşteki alimlere göre maldan kastedilen şey, malın sağladığı menfaattir ve malın değeri bu menfaate göre belirlenir. Bu nedenle mal değerlendirilirken, maldan elde edilen yararlanmanın değerlendirme dışı bırakılması doğru olmaz. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre menfaat de bir maldır<sup>334</sup> ve kendi başına hukuki işlemlere konu olabilir ve telef olması durumunda failin sorumluluğu doğar.<sup>335</sup> Hanefiler de yetimlerin malları, vakıf ve devlet malları ve kiralanmak için hazırlanmış olan malları bu görüşlerine istisna olarak belirtmişler ve son dönemde diğer mezheplerin görüşlerini benimsemişlerdir.<sup>336</sup>

Modern hukukta mal kavramı, para ile takdir edilebilen ve bir başkasına devredilebilen şeyler olarak tanımlanır. Mallar maddi olan ve maddi olmayan şeklinde ikiye ayrılır ve menfaatler de mal olarak kabul edilir.<sup>337</sup> Mal varlığı kavramı sözlükte “*bir kişiye ait para ile ölçülebilen hakların bütünü, mamelek*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>338</sup> Yani parasal değer taşıyan hakların ve borçların meydana getirmiş oldukları bütünü mal varlığı olarak ifade edebiliriz.<sup>339</sup> Mal varlığı aktif ve pasif olmak üzere iki unsurdan oluşur. Mal varlığının aktif kısmını alacak hakları, aynı haklar ve gayri maddi mallar üzerindeki haklar oluştururken pasif kısmını kişinin borçları ve yükümlülükleri oluşturur.<sup>340</sup>

<sup>333</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 213; Zeydân, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 306.

<sup>334</sup> Beşer, **Sosyal Riskler**, s. 170.

<sup>335</sup> Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 332.

<sup>336</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, ss. 126, 130; el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 61; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 48; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 468; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 360; İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz Âbidin, **Reddu'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr**, Dâr'ul-Fikir, Beyrut, 1992, c. 6, s. 206.

<sup>337</sup> Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, ss. 217,218.

<sup>338</sup> Pars, **Okyanus**, c. 4, s. 1840; Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, c. 2, s. 1497.

<sup>339</sup> Halûk Hâdi Sümer, **Hukuka Giriş Kuramlar & Kavramlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 183; Eren, **Borçlar Genel**, s. 521; Mehmet Ayan, **Medenî Hukuka Giriş**, 8. Baskı, Mimoso Yayınevi, Konya, 2013, s. 94

<sup>340</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 64; Eren, **Borçlar Genel**, s. 521.

Maddi zararın çeşitleri işlenirken de görüleceği üzere sorumluluk hukuku açısından mal varlığı geniş bir şekilde ele alınmaktadır. Bu mal varlığı kapsamına taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, alacak hakları, fikri ve sınai haklar girerler ve önemli bir unsurunu oluştururlar. Kişinin çalışması ve diğer faaliyetleriyle ileride elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali bir başka deyişle kişinin ekonomik geleceği de mal varlığı kapsamı içerisinde değerlendirilir. Bununla birlikte kişilik hakkı ve kişilik hakkını oluşturan diğer unsurlar kural olarak mal varlığı kapsamına girmezler. Ancak bazı durumlarda bu hakların tecavüze uğraması kişinin mal varlığı üzerinde bir etkiye neden olabilir. Özellikle cismani zararlar sonucunda kişinin tedavi masrafları belirli bir süre çalışamayacak olması gibi hususlar, kişiyi maddi olarak da zarara uğratacaktır. Dolayısıyla eğer kişilik haklarına tecavüz, kişinin mal varlığında bir eksilmeye neden oluyorsa bu haklar mal varlığı değerleri içerisinde sayılabilir ancak böyle bir durum söz konusu değilse bu haklar mal varlığı kapsamında değerlendirilemez. Böyle bir tecavüz sonucu kişinin mal varlığında değil de, şahıs varlığında bir eksilme oluyorsa eğer manevi zarar doğma ihtimali vardır ve o kapsamda değerlendirilebilir.<sup>341</sup>

### **bbb) Mal Varlığının Eksilmesi**

Maddi anlamda zararı, kişinin iradesi dışında, mal varlığında meydana gelen azalmalar, mal varlığının tamamen yok olması, mali haklarda meydana gelen eksilmeler şeklinde ifade etmiştik. Bu tanımları toparlarsak zarar, mal varlığında meydana gelen bir azalma veya eksilmedir diyebiliriz. Mal varlığındaki azalma ise mal varlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesiyle meydana gelebileceği gibi pasif değerlerin artmasıyla da meydana gelebilir.<sup>342</sup>

Mal varlığında meydana gelen eksilme şu şekilde de tanımlanabilir: Zarar görenin mal varlığının zarar verici olaydan sonra aldığı hal ile, bu zarar verici olay

<sup>341</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 522, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 312; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 41; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 131.

<sup>342</sup> Erden Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, ss. 49 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 522.

meydana gelmemiş olsaydı bulunacağı hal arasındaki farktır.<sup>343</sup> Buna göre zararı tespit etmek için zarar görenin mal varlığının zarardan önceki ve sonraki değerlerini tespit edip bunların arasındaki farkı bulmak gerekmektedir. Bulunan bu fark için zarar görenin menfaatidir tanımını yapabiliriz. Özellikle modern hukukta Türk/İsviçre hukuku açısından hâkim olan görüş bu yöndedir ve tazminatı, zarara neden olan olayın oluşmaması durumundaki menfaatin karşılanmasını amaçlar şeklinde ifade ederler.<sup>344</sup> Maddi zararın bu şekilde hesaplanmasında, mal varlığının hali hazırdaki durumunu tespit etmek, mevcut durumu değerlendirmek şeklinde olduğu için, bir zorluk teşkil etmese de, mal varlığının zarara neden olan olay meydana gelmemiş olsaydı ne halde olacağı bütünüyle varsayımsal bir değerlendirmeye tabidir. Dolayısıyla varsayımlara dayanarak yapılacak bir değerlendirme belirli zorlukları barındırır. Örneğin zarara neden olan olay olmadan önceki halin mevcut hal olana kadar göstereceği artış miktarını tespit etmek zorluk teşkil eder. Ancak böyle bir duruma gerek de kalmayabilir. Bunun tespiti maddi zararın çeşitlerine göre değişir. Bu maddi zararın çeşitleri ileride ele alınacaktır.<sup>345</sup>

### ccc) Azalmanın İrade Dışı Meydana Gelmesi

Maddi zararın son unsuru azalmanın irade dışı meydana gelmiş olmasıdır. Zarar görenin mal varlığında meydana gelen azalma aynı zamanda kişinin iradesi dışında gerçekleşmiş olmalıdır. Bu da mal varlığındaki azalmanın, kişinin iradesi olmaksızın veya iradesinin aksine meydana gelmesini gerektirir. Mal varlığında azalma olan kişi kendi iradesiyle buna neden olmuşsa bu durumda zarardan bahsedilemez. Örneğin, kişinin bir bağışta bulunarak mal varlığının aktifini eksiltmesi veya bir borcu yüklenerek mal varlığının pasifini arttırması durumunda mal varlığında bir azalma meydana gelmiştir ancak bu azalma kişinin iradesi sonucu olduğu için bir zararın doğmasına neden olmaz. Fakat kişi bu bağışlama işlemi veya borcu yüklenmeyi hile, ikrah gibi iradesini sakatlayan bir nedenle yerine getirmişse artık kişinin iradesiyle mal varlığını azalttığından bahsedilemez ve zararın

<sup>343</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 64; Karahasan, **Sözleşme Hukuku**, s. 171; Eren, **Borçlar Genel**, s. 522; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 39.

<sup>344</sup> Modern hukukta diğer görüşler için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 523.

<sup>345</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 524.

doğduğu ifade edilebilir.<sup>346</sup> Bir olayda hem zarar görenin iradesi dışında hem de iradesiyle meydana gelen azalma bir arada bulunabilir. Örneğin, evi ateşe verilmiş olan bir kişinin bu evi tamir ettirirken eskiden olduğu gibi normal malzemeler yerine lüks malzemeler kullanması durumunda, normal malzemelerin kullanımıyla ortaya çıkacak olan tamir gideri, kişinin iradesi dışındaki azalmayı teşkil ederken, lüks malzemelerin kullanılması sonucu ortaya çıkan tamir gideri, kişinin iradesi sonucu ortaya çıktığı için zarar olarak nitelendirilemeyecek azalmayı teşkil eder. Ayrıca belirtmeliyiz ki, zararın doğmasına neden olan olay zarar verenin bir davranışı olabileceği gibi bir doğa olayı da olabilir.<sup>347</sup> Şu hususu da eklemeliyiz ki, mal varlığındaki azalma kişinin iradesi dışında olmuş olsa bile, cebri icra, iflas gibi hukuka uygun bir nedenden kaynaklanıyorsa yine zarardan bahsedemeyiz.<sup>348</sup>

### **bb) Maddi Zarar Çeşitleri**

Maddi zararı, fiili zarar, yoksun kalınan kâr, kişiye, taşınır ve taşınmazlara verilen zarar, diğer zararlar ile doğrudan doğruya, dolayısıyla zarar, müspet, menfi zarar, somut, soyut zarar şeklinde gruplandırabiliriz. Bu gruplandırmaya göre maddi zararı ele alacağız.

### **aaa) Fiili Zarar**

Fiili zarar, zarar görenin iradesi dışında mal varlığının mevcut net halinde meydana gelen fiili azalma olarak tanımlanır. Fiili zarardan bahsedebilmemiz için zarar verici olayın vukuunun ardından, zarar görenin mal varlığının net miktarında bir azalma meydana gelmelidir. Bu azalma zarar görenin mal varlığının aktifinde bir azalma olabileceği gibi pasifinde bir artma şeklinde de olabilir.<sup>349</sup> Bunun yanında zararı ya da bu zararın çoğalmasını önlemek için yapılan giderler, zararı meydana getireni bulmak için yapılan giderler (verilen ödüller gibi) mal varlığında azalmaya

<sup>346</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 40.

<sup>347</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 68; Eren, **Borçlar Genel**, s. 525.

<sup>348</sup> Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 276.

<sup>349</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 526; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 173; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 64; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 21; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 318; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 41 Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 276.

neden olduğu için fiili zarar olarak kabul edilir.<sup>350</sup> Fiili zarara örnek olarak masanın kırılması gibi aynı hakka konu olan bir şeyin telef olmasıyla mal varlığının aktifinde bir azalmanın meydana gelmesi hali veya işçinin, işvereni tazminat ödeme borcu altına sokacak bir fiili yerine getirmesi durumunda işverenin pasiflerinde bir artış meydana gelmesi gösterilebilir.

Fiili zarar genellikle mal varlığının, zarara neden olan fiilden önceki haliyle sonraki hali arasındaki değer farkıdır.<sup>351</sup>

### **bbb) Yoksun Kalınan Kâr**

İslâm hukukunda yoksun kalınan kârın tazmini konusu bir malda meydana gelecek artışlar ile kişinin yoksun kaldığı kazancı farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Bu çalışmada yoksun kalınan kâr genel olarak açıklanıp, modern hukuktaki biçimiyle ifade edilecek ve ardından İslâm hukuku açısından ikiye ayrılarak incelenecektir.

Yoksun kalınan kâr, genel hayat tecrübelerine ve yaşamın normal akışına göre mal varlığında meydana gelebilecek artışların zarara neden olan fiil münasebetiyle tamamen veya kısmen engellenmesi sonucunda ortaya çıkan zarar olarak tanımlanabilir. Burada mal varlığının, zarar veren fiilin gerçekleşmesinden önceki haliyle sonraki hali arasında bir değer farkı yoktur. Fakat zarara neden olan fiil meydana gelmeseydi kesin olarak veya büyük bir ihtimalle mal varlığında bir artış meydana gelecekti. Bundan dolayı burada zararın, bu artışın kısmen veya tamamen engellenmesi yoluyla meydana geldiği ifade edilir.<sup>352</sup>

Zarar görenin yoksun kalınan kâr çerçevesinde talep edeceği zararı, kesin veya kesine yakın bir ihtimalle mal varlığında arttırmaya neden olacak gelirlerdir. Bu çerçevede zarar görenin istisnai bir kazancı talep edebilmesi için, bu kazancın elde

<sup>350</sup> Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 173; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 64.

<sup>351</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 65.

<sup>352</sup> Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 173; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 65; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 2; Eren, **Borçlar Genel**, s. 526; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 318; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 41; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 276; Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Davaları**, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1973, ss. 63, 64; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, c. 1, s. 447.

edilme ihtimalinin çok yüksek olması gerekmektedir. Bu yüksek ihtimali zarar görenin ispatlaması gerekir. Kiralanan bir dükkanın yanmadan önce çok yüksek bir bedelle kiralanması hususunda tarafların anlaşması, ertesi gün sözleşmenin yapılacak olması durumu buna örnek gösterilebilir. Dolayısıyla zarara uğrayan öncelikle zarara neden olan fiil olmasaydı bir gelir elde edeceğini ispatlamalı, ardından bu fiil ile elde edeceği geliri elde edememesi arasındaki nedensellik bağıını ispat etmelidir. Fiili zararın aksine farazi bir olgu olan yoksun kalınan kâr da, zarar görenin ispatlayacağı unsurlar açısından hayat tecrübeleri, olayların normal gidişatı ve ölüm istatistikleri gibi vasıtalar hakimin değerlendirmesinde yardımcı olacaktır.<sup>353</sup>

Yoksun kalınan kâr ile fiili zarar arasındaki farkı şu şekilde ifade edebiliriz. Fiili zararın söz konusu olduğu durumlarda zarar görenin mevcut sahip olduğu şeyler azalırken yani mal varlığının zarar doğuran fiil gerçekleşmeden önceki haliyle gerçekleştikten sonraki hali arasındaki farka bakılırken, yoksun kalınan kâr da zarar görenin sahip olabileceği şeyler de azalma söz konusudur yani burada mal varlığında fiil ile birlikte bir azalma meydana gelmemekte ancak mal varlığında artışa neden olacak şeylerden mahrum kalma durumu ortaya çıkmaktadır. Yoksun kalınan kâr ve fiili zarar aynı olayda da karşımıza çıkabilir. Örneğin, bir terzinin dikiş makinesi bir başkası tarafından kırılarak itlaf edildiği zaman bu dikiş makinesinin tamiri nedeniyle oluşan masraflar fiili zararı oluştururken, bu tamir esansında terzinin çalışmadığı günler de yoksun kalınan kârı oluşturur. Ayrıca yoksun kalınan kâr hem şeye verilen zararlarla ortaya çıkabileceği gibi hem de kişilere verilen zararlarla ortaya çıkabilir. Örneğin, bir kişi çalışamayacak şekilde yaralanır ve bu yara nedeniyle belirli bir süre sonra ölürse, bu yaranın tedavisi nedeniyle ödenmiş olan masraflar fiili zararı oluştururken kişinin ölmüş olması neticesinde çalışamaması hasebiyle yakınlarının mahrum kaldıkları destek, yoksun kalınan kârı oluşturur.<sup>354</sup> Bu durumda yoksun kalınan kârın süresinin tespiti, ölen kişinin farazî olarak muhtemel hayat ve

<sup>353</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 527; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 66; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 175.

<sup>354</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 41; Eren, **Borçlar Genel**, s. 527; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 315.

çalışma müddetinin hesaplanması yoluyla olur. Aynı yöntem ölmese dahi uğradığı zararlı fiil nedeniyle çalışamayan kişiler için de geçerlidir.<sup>355</sup>

Yoksun kalınan kâr, zarara uğrayanın, terzinin dikiş makinesi gibi devamlı kullanılan bir alet olup da hasara uğraması veya telef olması durumunda, o aletin tamir edilmesi veya yerine yenisinin konulması için normal olarak geçecek süre ne ise o süre zarfı için hesap edilecektir. Zarara uğrayan kişinin bu süreyi uzatıp da faaliyete geçmeden zarar verenden kârını kazanmak yoluna gitmesi bu şekilde önlenir.<sup>356</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yoksun kalınan kâr farazidir ve geleceğe ilişkin bir zarardır. Bu nedenle zarar hesap edilirken, sadece zarara neden olan fiilin ortaya çıktığı andaki gelir ve kazançta bakılmaz bunun yanında ileride meydana gelecek özellikle gelirdeki artmalar gibi değişimler de göz önünde tutulur.<sup>357</sup> İleride meydana gelecek değişimler göz önüne alınırken fevkalâde haller nazara alınmaz. Örneğin yanmış olan dükkânın kiralanmaması ihtimalini hâkim göz önüne almaz.<sup>358</sup>

Yoksun kalınan kârın tazmin edilebilmesi için hukuk ve ahlaka uygun bir gelir olması gerekmektedir. Hukuk ve ahlaka uygun olmayan gelir talep edilemez.<sup>359</sup>

Hem fiili zarar için hem de yoksun kalınan kâr için şunu söyleyebiliriz ki, zarara neden olan fiili işleyen kişinin sorumlu olması için, zararı öngörmüş olması gerekmemektedir. Bu öngörme durumu kusurlulukla ilgili bir durumdur. Ayrıca zarar görenin zararını tazmin ettirebilmek için ödeyeceği dava giderleri ve vekâlet ücreti de zarar kapsamına girer ve bu giderlerin de gerek fiili zarar gerekse yoksun kalınan kâr durumlarında tazmini mümkündür.<sup>360</sup>

<sup>355</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 68.

<sup>356</sup> Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 179; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 67.

<sup>357</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 65; Eren, **Borçlar Genel**, s. 527.

<sup>358</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 66.

<sup>359</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 528; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 66; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 178.

<sup>360</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 528.

Yukarıda özellikle modern hukuk çerçevesinde yoksun kalınan kâr belirtildi. İslâm hukuku açısından ise, ilk olarak gaspa uğrayan malda meydana gelen artışlar hususu incelenek. Bu konu malın tazmini kapsamında da işlenebilecek olsa da burada da kişinin kesin veya yüksek ihtimalle mal varlığında bir artış meydana gelmesi beklenirken bunun zarara neden olan fiil nedeniyle gerçekleşmemesi durumu mevcut olduğu için bu başlık altında da kısmen işlenmesi uygun görüldü.

Genel prensip olarak Hanefilere göre gaspa uğrayan bir malda meydana gelen artışların gasp sırasında mağdurun zimmetinde mevcut olmadığından ötürü tazmin edilmemesi gerekir. Bu hususa ileride daha ayrıntısıyla değinilecektir. Ancak buna rağmen Hanefilere göre bu artışlarda gasp gerçekleşmemiş olsa da artışları elinde bulunduran açısından bir yed-i emân<sup>361</sup> durumu söz konusudur. Yani bu artışlar failin elinde emanet hükmündedir ve kişi bu malı emanet hükümlerine göre tazminle yükümlüdür.<sup>362</sup> Buna paralel olarak Mecelle 903. madde de şu şekilde bir düzenleme yer almıştır: “*Mağsûbun zevâ’idi sâhibinindir. Ve gâsıb onu istihlâk ederse zâmin olur.*”

Diğer mezhepler, gasıbın elinde malın artması durumunda bu artan kısmında tazmin edilmesini gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>363</sup> Ayrıca ileride görüleceği gibi diğer mezhepler menfaatin tazminini mümkün görmeleri hasebiyle, buradaki artışları bir emanet gibi değerlendirmekten ziyade gasp nedeniyle sorumluluk doğacağını belirtmektedirler.

Bir malda meydana gelecek artışlardan ziyade kişinin yoksun kaldığı kazancı açısından ise farklı değerlendirmeler de bulunulabilir. Kişi eğer yaralama veya öldürme gibi bir fiile maruz kalmışsa burada aşağıda da ifade edeceğimiz gibi ceza sorumluluğunu da ilgilendiren diyet, erş ve hükûmet-i adl müeyyideleri söz konusu

<sup>361</sup> “*Yed, yed-i emânet ve yed-i damân olmak üzere ikiye ayrılır. Kendisine bir mal vedâ suretiyle bırakılmış olan kimsenin, müste’cir ve müste’irin, velâyet, vesâyet, vekâlet gibi bir hak selâhiyetiyle bir malı elinde bulunduranın yedleri yed-i emânettir. Kusuru olmayarak o mal telef ya da kaybolda damân lâzım gelmez. Gasp, fuzûlî işgal gibi bir suretle bir malı elinde bulunduran kimsenin yedi, yed-i damândır yani kusuru olmasa da gasp olarak elinde tuttuğu mal zayi ve telef olsa tazmin etmesi lâzım gelir.*” Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 610.

<sup>362</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, ss. 343-345.

<sup>363</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 131.

olur. Diyet, kan bedeli olarak da adlandırılır ve öldürme ve yaralama gibi kişi üzerinde işlenen fiiller nedeniyle mağdura veya mağdurun ölmesi durumunda varislere ödenmesi gereken tazminat<sup>364</sup> olarak ifade edilebilir. Diyet kişinin yaralanması durumunda bu yaralanmanın mahiyetine göre verildiği zaman kişinin bu yaralanma nedeniyle elde edemeyeceği kazançlar açısından bir yoksun kalınan kârın tazmini teşkil eder. Ölme durumunda ise destekten yoksun kalma tazminatı şeklinde anlaşılır.<sup>365</sup> Erş, ölümle sonuçlanmamış olan yaralamalardan ve kesilen organlardan dolayı mağdura ödenen bir tazminattır.<sup>366</sup> Diyet ile erş yer yer eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Erş, cüzi diyet olarak da adlandırılmıştır. Ancak çoğu durumda ölümle sonuçlanan fiiller bakımından ortaya çıkan ödenmesi gereken bedele diyet, ölümle sonuçlanmayan fiiller bakımından ortaya çıkan ödenmesi gereken bedele ise erş denmiştir.<sup>367</sup> Erş olarak ödenecek bedel şer'î kaynaklar tarafından belirlenmişse bu bedele erş-i mukadder denir ancak eğer bu bedelin bu şekilde belirlenmeyip yetkili organların takdirine bırakıldığı durumlarda ise bu bedele, erş-i gayri mukadder denir.<sup>368</sup> Erş de diyete benzer bir şekilde tazminat unsuru ağır basan bir müessesedir diyebiliriz. Faili cezalandırmayı değil daha çok zarara neden olan fiil sonucu meydana gelen bedeni zararı gidermeyi amaçlar. Bu yönüyle erş için de yoksun kalınan kârı tazmin fonksiyonu vardır denilebilir. Erş-i gayri mukadder olarak ifade edilen, kişilere karşı işlenmiş fiillerden dolayı bedelinin takdiri yetkili organa bırakılmış olan tazminat, hükümet-i adl olarak da adlandırılabilir.<sup>369</sup> Hükümet-i adl miktarının belirlenmesinde yetkili organa geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Bu miktar belirlenirken mağdurun psikolojisinin etkilenmesi<sup>370</sup>, zarara neden olan fiilin kalıcı ize neden olması, mağdurun ekonomik geleceğini ne ölçüde etkiliyor olduğu,

<sup>364</sup> Ali Bardakoğlu, "Diyet", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1994, c. 9, s. 473; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 107.

<sup>365</sup> Bardakoğlu, "**Diyet**", s. 478.

<sup>366</sup> Ali Şafak, "Erş", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1995, c. 11, s. 307; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 125. Ayrıca malın ayıplı olması halinde satış bedelinden düşülen miktara ve bir mala verilen zarar nedeniyle orta çıkan noksanlığa da erş denir.

<sup>367</sup> es-Serahsî, **Mebsût**, c. 26, s. 59; Şafak, "Erş", s. 307.

<sup>368</sup> Şafak, "Erş", s. 307.

<sup>369</sup> Şamil Dağcı, "Hükümet-i Adl", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1998, c. 18, s. 463; Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 199; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 207; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 159.

<sup>370</sup> Bu durumlarda daha çok manevi tazminat niteliğindeki hükümet-i elem denilen acı bedelinin ödenmesine hükmedilir. Avcı, **Osmanlı Ceza Özel**, s. 200.

çalışmasına ne derecede engel teşkil ettiği göz önüne alınır.<sup>371</sup> Özellikle mağdurun ekonomik geleceğine yaptığı etki bakımında hükümet-i adl müessesesi yoksun kalınan kârı tazmin için kullanılabilen bir müessese olarak görülebilir. Takdir hakkına dayalı bir müessese olması nedeniyle de yoksun kalınan kârın hesaplanıp da zarara göre bir tazminatın öngörülmesi durumu bakımından diyet ve erş-i mukadder müesseselerinden daha fazla yoksun kalınan kârı tazmini sağlayan bir müessese konumundadır.

Ek olarak değinmek gerekir ki, yoksun kalınan kâr ile ma'dûmun satımı da henüz arada bir mal veya menfaat olmadığı için her ne kadar birbirlerine benziyor şekilde görünseler de ikisi farklı müesseselerdir. Ma'dûmun satışında henüz ortada olmayan fakat ortaya çıkması kesin veya yüksek ihtimalli olan bir mal ile ilgili tasarruf söz konusudur<sup>372</sup>, yoksun kalınan kâr da ise henüz ortaya çıkmamış meydana gelmesi kesin veya yüksek ihtimalli bir menfaat söz konusudur. Aralarındaki benzerlikten yola çıkarak ma'dûmun satışını caiz gören İslâm hukukçularının menfaatlerin tazminini de caiz görmesi gerekir gibi bir değerlendirmeye ise salt bu benzerlikle gidilemez. Çünkü ma'dûmun satışı bir akit çerçevesinde gerçekleşir ve bu akdin meydana gelmemesi durumunda ise akdi sorumluluğa veya durumuna göre culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilir.<sup>373</sup> Oysa biz konumuz açısından akit dışı sorumlulukla ilgili bir inceleme yapıyoruz. Bu nedenle bu iki konunun arasındaki benzerliğe değinmekle yetinilecek ayrıntılı inceleme yapılmayacaktır.

### ccc) Kişiyeye Verilen Zarar

Kişiyeye verilen zarar, bedensel zarar olarak da adlandırılır. Bir kişinin bir başkasını öldürmesi, yaralaması gibi durumların sonucunda diyet, erş ya da hükümet-i adl şeklinde birtakım maddi sorumluluklar ile tedavi masrafları gibi masraflar nedeniyle mal varlığında meydana gelen azalmalar bu zarar türünün kapsamına girer.

<sup>371</sup> Dağcı, “**Hükümet-i Adl**”, s. 464; es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 26, s. 81; İbn Âbidin, **Reddu'l-Muhtâr**, c. 6, s. 579 vd.

<sup>372</sup> İsmail, Bilgili, **İslâm Hukukunda Ma'dûmun Satımı**, 1. Baskı, Desen Ofset Matbaacılık, 2011, ss. 110 vd.

<sup>373</sup> Bkz. Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 38 vd.; Sabahattin, Yürekli, **İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)**, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c. LXXII, 2014, ss. 541-580; Eren, **Borçlar Genel**, ss. 1128 vd.

Yani bu zarar türünde bir şahsın hayatına, fizik ve ruh bütünlüğüne yönelik ihlalin sonucunda oluşan bir zarar söz konusudur. Kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi bir yargı kaynaklı maddi sorumluluk veya tedavi masarrafı gibi bir zarar doğurmamışsa, zarar yoksa sorumluluk yoktur genel prensibimiz doğrultusunda bu halde de sorumluluk doğmaz.<sup>374</sup> Belirtmek gerekir ki özellikle diyet, erş ve hükemet-i adl hem cezai hem de hukukî sorumluluk alanına giren maddi sorumluluklardır.<sup>375</sup> Ayrıca kişiye yönelik fiillerde maddi zarar doğmamış olsa da manevi zarar doğmuş olabilir. Manevi zarar başlığı altında bu zarar türü incelenecektir.

### ddd) Taşınır ve Taşınmaz Mallara Verilen Zarar

#### aaaa) Taşınır mallara verilen zararlar

İslâm hukukçuları bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olan malları taşınır mal (menkul) olarak kabul etmişlerdir.<sup>376</sup> Bu mallar örnek olarak hayvanlar, ölçülebilen, tartılabilen mallar olabilir. Mecelle’de taşınır mal “*Menkul, bir mahalde mahal-i âhara nakli mümkün olan şeydir ki nükûd<sup>377</sup> ve urûza<sup>378</sup> ve hayvânât ve me’külât ve mevzûnâta şâmil olur.*”<sup>379</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte İslâm hukukçuları hangi malların taşınabilir özelliğe sahip olduğu hakkında görüş birliğine varamamışlardır. Hanefi hukukçulara göre eğer üzerinde buldukları arsa veya arazi ile birlikte söz konusu oluyorsa bina ve ağaçlar, taşınmaz mal sayılırlar ancak bu arsa ve araziden ayrı olarak söz konusu oluyorsa taşınır mal sayılırlar.<sup>380</sup> Maliki hukukçular ise bina ve ağaçların sökülmezsizin nakledilmelerinin mümkün olup olmadığına bakmışlar ve eğer sökülmeden önce nakilleri mümkün değil ise

<sup>374</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 528; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 69; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 277; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 41; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 312; Ayrıca bkz. Fehim Üçışık, “Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları”, **Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 91 vd.; Murtaza Çalı, **Haksız Fiilden Doğan Tazminat**, Gürsoy Basımevi, Ankara, 1968, s. 46 vd.; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 53.

<sup>375</sup> Gümrükçüoğlu, “**Trafik Kazaları**”, s. 289, 290; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 137; Hüseyin Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 99.

<sup>376</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 133.

<sup>377</sup> “*Nükûd, nakdin cem’i olup altın ve gümüşten ibarettir*”. Mecelle, madde 130.

<sup>378</sup> “*Urûz, araz’ın cem’i olup nükûd ve hayvânâtta ve mekilât ve mevzûnâttan başka olan metâ’ ve kumaş emsâli şeylerdir.*” Mecelle, madde, 131.

<sup>379</sup> Mecelle, madde 128.

<sup>380</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü’l-Hükkâm**, c. 1, ss. 213,214.

taşınmaz olarak değerlendirmişler, şekilleri değişerek de olsa nakilleri mümkünse taşınır olarak değerlendirmişlerdir.<sup>381</sup> Hanbelî hukukçular, araziden bağımsız olarak satılabilir, satılamamasına göre belirlemede bulunmuşlar ve bu şekilde satılması mümkün olan malları taşınır mal olarak kabul etmişlerdir. Şafiî hukukçular ise araziye bağlı olan malları taşınmaz mal, araziden ayrı olan malları ise taşınır mal olarak kabul etmişlerdir.<sup>382</sup> Modern hukukta da taşınır mal tanımı İslâm hukukuna benzer bir şekilde yer almaktadır. Modern hukuka göre, özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen, taşınmaz mülkiyetine tâbi olmayan mal taşınır maldır.<sup>383</sup>

İslâm hukukçuları arasında zararın türü gasp, itlaf, eksiltme, şeklini değiştirme, ayıplı hale getirme veya o maldan yararlanmadan mahrum bırakma gibi hangisi olduğu fark etmeksizin taşınır mallara verilen zararların sorumluluk doğuracağı hususunda ittifak vardır.<sup>384</sup> Ancak burada zarar verilen şeyin yukarıda da bahsettiğimiz gibi hukuken mal olarak kabul ediliyor olması gerekmektedir. Yararlanması dinen yasak olan veya dinen mal olarak görülmeyen domuz, alkollü içki gibi şeylere verilen zararlar sorumluluk doğurmaz.<sup>385</sup> Yararlanması dinen yasak olmadığı halde bazı malların zarara uğratılmaları durumunda sorumluluk yine doğmayabilir. Bu durum özellikle sahihsiz mallarda görünmektedir. Kendiliğinden biten otlar, dere, çay, kuyu gibi yer altı ve yer üstü su kaynakları ve ateş gibi mallar her ne kadar kullanımı yasak olmayan mallar iseler de, genellik, eşitlik, serbestlik, zarar vermemek ve ücretsizlik ilkelerine tabi olarak herkesin ortak kullandığı<sup>386</sup>, kamuya ait olan ve özel mülk edinilemeyen malların kullanılmasından dolayı

<sup>381</sup> el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 67.

<sup>382</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 133.

<sup>383</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10; A. Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 11; Ayan, **Eşya Hukuku**, c. 1, s. 42; Hasan Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 4; Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1983, s. 5; Akıntürk, **Eşya Hukuku**, s. 32; Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 44. Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atillâ Altop, Tekinay **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, c. 1, s. 23.

<sup>384</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 133; Eser, **Haksız Fiil**, s. 123.

<sup>385</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, c. 5, 141, 145, c. 7, 141.

<sup>386</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 186; Yaman / Çalış, **İslam Hukukuna Giriş**, s. 298; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 474.

kullanan kişi sorumlu tutulmaz.<sup>387</sup> Ancak bu tip mallar kaynaklarından ayrılıp depolanırsa özel mülk konumunda olurlar ve bu durumda bu malların kullanımı sorumluluk doğmasına neden olabilir. Örneğin kuyudan su alıp kullanmak sorumluluk doğurmazken, bir kişinin kuyudan su alıp kovasında bulundurması durumunda bu kovadan su alıp kullanan kişinin sorumluluğu doğar.<sup>388</sup> Kamuya ait olan bu malların kullanımının kamu hizmetlerinin devamlılığı açısından sorumluluk doğurması gerektiği hususunda da görüşler bulunmaktadır.<sup>389</sup>

#### **bbbb) Taşınmaz mallara verilen zararlar**

Taşınırları anlatırken değindiğimiz taşınmaz kavramı Mecelle madde 129'da şu şekilde düzenleme alanı bulmuştur: “*Gayr-ı menkul, akar denilen ve arâzî misillü mahal-i âhara nakli mümkün olmayan şeydir.*” Modern hukukta da özüne zarar gelmeksizin bir yerden başka bir yere taşınamayan mallara taşınmaz mal denir.<sup>390</sup>

İslâm hukukçuları arasında taşınmaz mallara verilen zararların sorumluluk doğuracağı konusunda genel bir ittifak mevcuttur. Ancak buna rağmen bazı ihtilafli meseleler de vardır. İhtilafli meseleler özellikle taşınmazların gasp kapsamında yer alıp almaması ile ilgili olarak meydana gelmektedirler. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre gasp fiilinin tamamlanabilmesi için mal üzerinde gasp kendi zilyetliğini temin etmeli aynı zamanda malikin zilyetliğini de kaldırmalıdır. Bu görüş Hanefî mezhebinde ağırlıklı olan görüştür. Buna karşın Şafîî ve Hanbelî mezheplerinde gasp fiilinin tamamlanması için gasıbın kendi gasp ettiği mal üzerinde kendi zilyetliğini kurmasının yanında malikin zilyetliğini de gidermesi aranmamıştır.<sup>391</sup> Bu görüş

<sup>387</sup> Kullanımı mubah olup sorumluluk doğurmayan mallar, Mecelle, 1234-1247 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

<sup>388</sup> Mecelle madde 1249: “Her kim mübâh olan şeyi ihrâz eylerse ona müstakillen mâlik olur. Meselâ, bir kimsenin abdesti veyahut fiçı gibi bir kab ile bir nehirden aldığı su ol kab içinde muhrez ve mahfuz olmakla ol kimsenin malı olur. Başkasının ondan intifâ'a salâhiyeti yoktur. Ve sâhibinin izni olmaksızın başkası ahz ve istihlâk ederse zâmin olur.” Akgündüz, **Karşılaştırmalı Mecelle**, s. 280; İlhan, **Mecelle**, s., 379.

<sup>389</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 123.

<sup>390</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 11; Ayan, **Eşya Hukuku**, s. 42. Erman, **Eşya Hukuku**, s. 4; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 5; Akıntürk, **Eşya Hukuku**, s. 32; Esener / Güven, **Eşya Hukuku**, s. 44. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Eşya Hukuku**, c. 1, s. 23.

<sup>391</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, c. 7, ss. 145, 146; İmber, **Şeriattan Kanuna**, s. 226.

ayrılığı ise taşınmaz mallara verilen zarar neticesinde sorumluluk doğması hususunda bazı farklı sonuçlara yol açmaktadır. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre taşınmaz mallar ve bu mallarda meydana gelebilecek olan fazlalıklar ve menfaatler gasp fiilinin konusunu oluşturamaz. Ancak Şafîî, Ahmed bin Hanbel, İmam Malik ve Muhammed bin Hasan eş-Şeybani'ye göre, gasp konusu mal üzerinde malikin mülkiyetinin kalkması gerekmediğinden ötürü taşınmaz mallarda gasp fiiline konu olabilirler ve taşınmaz malların bu fiil nedeniyle uğrayacakları zararlardan ötürü zarar verenin sorumluluğu doğar. Bu ihtilafın önemli noktası, Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre taşınmazlarda meydana gelen artma ve menfaatlerin gasp nedeniyle tazmini gerekmez, ancak Şafîî, Ahmed bin Hanbel, İmam Malik ve eş-Şeybani'ye göre taşınmaz malda meydana gelen artma ve menfaatlerin gasp nedeniyle zarara uğramaları sonucu tazmini gerekir.<sup>392</sup>

Genel olarak taşınmazların gasp durumundaki sorumluluk doğurması ile ilgili açıklamalar bu şekilde olmakla birlikte Bağdâdî, Mecmau'd-Damânât da Hanefîlerin belirli durumlarda taşınmazların gaspa uğramaları neticesinde tazminlerinin gerekli olduğunu belirttiklerini ifade etmiştir. Bu durumlar, Muda' nın vedâa olan akarı inkâr etmesi durumu, gaspın akarı satıp teslim etmesi durumu, şahitlerin hüküm verildikten sonra rücû etmeleri durumu ve akarın vakıf arazisi olması durumudur.<sup>393</sup>

### eee) Menfaatin Tazmini

Menfaat, maddi ve manevi kendisinden istifade edilen şey, yarar, hayır, çıkar, insanı iyi olana ulaştıran şey, kâr manalarına gelmektedir.<sup>394</sup> Menfaat, genel olarak bir aynın kullanılmasıyla elde edilen fayda bir başka deyişle eşyanın kullanılması ve semerelerinden yararlanılması<sup>395</sup> şeklinde tanımlanır. Ancak menfaat terimi, daha geniş bir manayla üç ayrı menfaati kapsamına alacak şekilde kullanılır. Bu üç ayrı menfaat türünden birincisi malların menfaatidir. Malların menfaati, bir malın

<sup>392</sup> el-Hafif, **Hukuki İşlemler**, s. 61; Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, ss. 448,449; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 388; Eser, **Haksız Fiil**, 126; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 134; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 516; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 327 vd.

<sup>393</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 126.

<sup>394</sup> Hasan, Hacak, "Menfaat", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2004, c. 29, s. 131; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 360.

<sup>395</sup> Yaman / Çalış, **İslam Hukukuna Giriş**, s. 288.

kullanılması ve kendisinden istifade edilmesidir. Bir dükkânda oturmak, buna örnek verilebilir. İkinci menfaat türü, erkeğin kadından cinsel açıdan yararlanması manasına gelen bud' menfaatidir. Üçüncü menfaat türü ise, hür kişinin bedeninin menfaatidir. İslâm hukukunda bir kişinin bu şekilde yapma edimini ifa etmek için arada bir akit olarak çalışması eşya menfaatine benzetilerek ve hizmette bulunacak kişinin menfaatine malik olma anlamı taşıdığından bahisle kira akdine benzetilmiş ve aradaki akit kira akdi olarak ele alınmıştır.<sup>396</sup> Menfaatin bu türüne bu şekilde çalışan birinin bu çalışmasından istifade edilmesi örnek olarak gösterilebilir.

Menfaatin tazmini konusundaki görüşler, taşınır ve taşınmazlara verilen zararlar başlığı altında ele alınmış ve ileriki bölümde de incelenecektir. Bu nedenle burada yeniden yukarıda yapılan açıklamalar tekrar edilmeyecek bazı örneklere ve ayrıntıya girilmesi gereken yerlere değinilmekle yetinilecektir.

Hanefilerin menfaatleri mal kabul etmedikleri ve bunun sebepleri açıklanmış ve ancak ileriki dönemde Hanefi hukukçuların buna yetim malları, vakıf ve devlet malları ve kiralanmak için hazırlanmış olan malları istisna olarak kabul ettikleri ifade edilmişti. Bununla ilgili örnek olarak Mecelle 596. maddesini burada ele alalım.

*“Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mal etmiş olsa gâsp kabilinden olarak menfa'atini ödemek lâzım gelmez.*

*Fakat mal-ı vakıf ya mal-ı sağır ise her halde ve mu'addün li'l-istiğlal ise te'cil-i müлк ve akd olmadığı halde zamân-ı menfa'at yani ecr-i misil lâzım olur.”*

Maddenin bu haline göre Hanefi mezhebinin görüşüne uygun olarak, bir evde arada kira akdi olmaksızın bir süre oturan kişinin sahibine ecr-i misil ödemesi gerekmez. Ancak bu ev bir küçüğe veya vakfa ait olursa bu defa sahibine ecr-i misil ödenmesi gerekir.<sup>397</sup> Bu madde hicri 1340 tarihinde *“Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mâl etmiş olsa ecr-i misil lâzım olur.”* şeklinde değişmiştir.<sup>398</sup> Bu

<sup>396</sup> Hacak, **“Menfaat”**, s. 132.

<sup>397</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 841 vd.; Eser, **Haksız Fiil**, s. 172.

<sup>398</sup> Akgündüz, **Karşılaştırmalı Mecelle**, s. 172.

değişiklikle beraber Hanefî görüşü yerine diğer mezheplerin görüşünün benimsendiğini anlamaktayız.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Şafîiler, Hanbelîler ve Malikiler ise menfaatleri mal olarak kabul etmişler ve bu menfaatlara zarar veren bir fiilin vukuunda sorumluluğun doğduğunu belirtmişlerdir.<sup>399</sup> Maliki âlimlerden Şatîbi, maddi malların Allah'tan (celle celaluhu) başka kimsenin mülkü olamayacağını ve rakabe mülkiyetinin menfaat mülkiyetinden ayrı olarak zarara uğramasının bir sorumluluk doğurmayacağını ifade eder. Buna bağlı olarak sorumluluğun doğması için menfaat mülkiyetinin zarara uğraması gerektiğini, menfaatin olmayacağı yerde zararında olmayacağını savunur.<sup>400</sup> Şafîî alimler altın ve gümüş gibi alım-satımda bedel olma özelliğine sahip olan paraların zarara neden olan fiile maruz kalmalarını da menfaatin tazmini kapsamında görmüşlerdir. Buradan hareketle bazı Şafîî fakihler gasp edilen paralarla ticaret malı satın alan kişinin elde ettiği kazancın, kazancı elde edene değil parası gasp edilmiş olana ait olacağını savunmuşlardır.<sup>401</sup>

Hanefiler haricindeki cumhuru fukaha menfaatlerin zarara uğrayacağını kabul etmişler ve menfaatleri zarara uğratan fiilin sonucunda sorumluluğun doğacağını belirtmişlerdir.

### fff) Normatif Zarar

Maddi zararın hesaplanması sonucunda mağdur, zarara uğrayan şeyin önemi, manevi değeri gibi noktalar nedeniyle tatmin etmeyecek bir bedel ile karşılaşılabilir veya kişinin bu zarar nedeniyle tatile gidip rahatlamak gibi mahrum kalmış olduğu bir hak söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda maddi zarara ek bir de manevi zarar öngörülerek mağdur tatmin edilebilir veya normatif zarar dediğimiz bir müessese ile maddi zararın daha üstünde bir zarar belirlenip tazmin yoluna gidilebilir. Birçok

<sup>399</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürrü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 841; Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, ss. 448,449; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 388; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 516.

<sup>400</sup> Ebû İshak eş-Şâtîbî, **el-Muvâfakât**, 5. Baskı, İz Yayınları, İstanbul, 2016, (Çev: Mehmet Erdoğan) c. 3, s. 160-161, 166-167.

<sup>401</sup> Ebû İshâk Cemâleddin İbrahim b. Ali b. Yûsuf eş-Şîrâzî el-Fîrûzâbâdî, **el-Mühezzeb fî Fıkhı'l-İmâmi's- Şafîî**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995, c. 2, 201.

hukuk sisteminde bu müessese kabul görmezken, manevi zararın belirli sınırlamalara tabi olduğu hukuk sistemlerinde kabul edilebilir.<sup>402</sup>

Normatif zarar anlayışı ile, bir eşyanın kullanılmaması, bir dinlenme olanağından veya işgücünün zarar görmesi sonucu çalışma imkanından mahrum kalınması, zarara neden olan olaydan önce yapılmış olan masraflar nedeniyle uğranılan zarar veya farazi tedavi giderleri gibi giderler tazmin edilebilme imkanı bulunmaktadır. Örneğin bir ev hanımının zarar verici bir fiil nedeniyle belirli süreli olarak işlerini görememesi ve bu süreçte ev işleri için bir kişinin çalıştırılmayıp ailenin diğer fertlerince bu işin görülmesi durumunda mal varlığında bir eksilme meydana gelmemektedir. Ancak normatif zarar müessesesi sayesinde ev işlerini yürüten kişinin bir zarara uğradığı kabul edilmekte ve bu zararın tazmini gerekli görülmektedir.<sup>403</sup>

Normatif zarar müessesesi modern hukukta, Türk hukuku açısından kabul görmezken, Alman hukukunda kabul görmektedir. Türk hukukunda ise aslında Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun'un 51/8'deki düzenlemesiyle normatif zarar uygulama alanı bulmaktadır. Şöyle ki, bu düzenlemede "*...paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir...*" şeklinde ifadeler yer almaktadır. Özellikle boşa harcanan tatil zamanı için tazminat talep edilebileceğinden bahsedilmesi normatif zararın da bu düzenleme ile istenebileceğini ifade etmektedir.

İslâm hukuku açısından menfaatlerin tazmini ile ilgili olarak bahsettiğimiz görüşlerde de görüleceği üzere tazmin edilecek olan zararın bir mal varlığında azalmaya sebep olmuş zarar olması gerekmektedir. Normatif zararın konusunu ise mal varlığı içerisinde kabul etmenin doğru olmayacağını, buna bağlı olarak mal varlığında bir azalmadan bahsedilemeyeceğini, dolayısıyla böyle bir tazmin

<sup>402</sup> Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 134; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 319; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, ss. 42, 43.

<sup>403</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 319; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 42; Aylin Toker, **Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2017, ss. 29, 30.

müessesesine gidilmeyip manevi zarar kapsamında bir çözüm bulunması gerektiğini düşünmekteyiz.

### **ggg) Doğrudan Doğruya Zarar – Dolaylı Zarar**

Doğrudan doğruya zarar, dolaylı zarar ayrımı, zarara neden olan fiil ile, zarar arasında kurulan illiyet bağına göre yapılmaktadır. Zarara neden olan fiilin uygun sonucu olan zarar doğrudan doğruya zarar olarak tasnif edilirken, bu zarara bağlı olarak oluşan ve bu zarardan doğan zararlar ise dolaylı zarar olarak tasnif edilir. Örneğin, kişinin vücut bütünlüğüne zarar verici bir fiil nedeniyle ortaya çıkan tedavi masrafları doğrudan doğruya zarar olarak nitelendirilirken bu tedavi esnasında illiyet bağına kesen herhangi bir neden bulunmaksızın tedaviye bağlı olarak ortaya çıkan zararlar ise dolaylı zarar olarak nitelendirilir.<sup>404</sup> Bu zararlar takip eden veya eşlik eden zararlar olarak da nitelendirilebilir. Bu tip zararlar için doğrudan doğruya zararlarıdır şeklinde belirleme yapan yazarlar da bulunmaktadır.<sup>405</sup>

Zararın tazmini hususunda ise yalnız doğrudan doğruya zarara uğrayanların böyle bir hakkı olduğundan bahsedilebilir. Zararı doğuran fiile maruz olan kimseden başka bir kimsenin de bu fiil nedeniyle zarara uğraması durumunda yansıma zarardan bahsederiz. Yansıma zarardan ötürü fail üzerinde sorumluluk doğması için ise hem uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık bulunmalıdır. Dolayısıyla bir kişinin ölmüş olması nedeniyle ailesinin bu kişiden isteyeceği tazminat için yansıma zarar durumu vardır denilebilir ancak ölmüş olan bir kişinin alacaklılarının alacakları yansıma zarar kapsamında değerlendirilemez ve bu durum da alacaklıların tazminat isteyebilmelerinden bahsedilemez.<sup>406</sup> Bir başka deyişle bu son durum için hem hukuka aykırılıktan bahsedilmez, hem de uygun illiyet bağı içerisinde değerlendirilemez ve fail bu nedenle sorumlu tutulamaz denilebilir. İlliyet bağı ile ilgili olarak ileride ayrıntılı inceleme yapılacaktır.

<sup>404</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 70; Eren, **Borçlar Genel**, s. 529.

<sup>405</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 529.

<sup>406</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, ss. 314,315; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 43; Eren, **Borçlar Genel**, s. 530. Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, ss. 131,132.

İslâm hukukunda ise yukarıda bahsettiğimiz gibi mübâşeret ve tesebbüb ayrımı söz konusudur. Mübâşeret yoluyla meydana çıkan bir zarar için her zaman doğrudan zarardır denilebilir. Ancak tesebbüb yoluyla ortaya çıkan zararlar dolaylı zarar olarak tanımlanabilir. Bu durumda da yukarıda bahsettiğimiz gibi sorumluluk doğması için kişinin uygun illiyet bağının yanında hukuka aykırılık (teaddi) ve kast (taammüd) de gerekir.

### **hhh) Menfî Zarar – Müspet Zarar**

Bu şekilde zarar tasnifi çalışma konumuzun dışında bulunmakta, sözleşme sorumluluğu durumunda söz konusu olmaktadır. Kısaca tanımlayacak olursak, müspet zarar, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle meydana çıkan zararı, menfî zarar ise sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle ortaya çıkan zararı ifade etmektedir.<sup>407</sup>

### **iii) Somut Zarar - Soyut Zarar**

Soyut zarar, somut zarar ayrımı daha çok sorumluluğun doğmasının ardından tazminatın hesaplanması ile ilgili bir ayrımdır ve çalışma konumuz dışında kalmaktadır. Bu nedenle kısaca tanımlayıp ayrıntısına girilmeyecektir. Somut zarar, zarar gören kişinin, zarara neden olan olayın ortaya çıkmamasındaki menfaatidir. Bu durum tabi zarar veya sübjektif zarar olarak da adlandırılır. Soyut zarar ise, zarara neden olan fiil nedeniyle telef olan malın piyasadaki değeridir. Bu zarar türü için objektif zarar da denilebilir.<sup>408</sup>

### **b) Manevi Zarar**

Manevi zarar, bir kişinin, kişilik haklarına, daha genel bir ifadeyle manevi değerlerine karşı yapılmış olan bir haksız fiil neticesinde duymuş olduğu acı, elem, mahcubiyet olarak tanımlanabileceği gibi, kişinin iradesi dışında manevi

<sup>407</sup> Bkz. Akman, **Akdî Mesuliyet**, ss. 151, 152; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 71; Eren, **Borçlar Genel**, s. 530; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 132.

<sup>408</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 71; Eren, **Borçlar Genel**, s. 531.

değerlerinde meydana gelen zarar şeklinde de tanımlanabilir.<sup>409</sup> Zarara neden olan fiilin yönelmiş olduğu kişilik hakları ise iki bölümden oluşur. Bunlardan maddi olanı kişinin bedensel bütünlüğüdür, manevi olanı ise kişinin şeref ve haysiyet, isim, resim gibi unsurlarının bütünüdür. Kişinin vücut bütünlüğünün ihlali maddi zarar kısmında değerlendirilmiş olsa da bu durum manevi zarara da yol açacağı için burada da değerlendirilebilir.

İslâm hukuku, kişilerin şahsiyet haklarını sıkı koruma altına almış ve bu haklara bir saldırı durumunda sert müeyyideler öngörmüştür. Ancak manevi zararlar nedeniyle bu müeyyidelerin sadece cezai mi olacağı yoksa maddi bir tazminat ile de failin sorumlu tutulması mı gerekeceği hususu ise tartışmalıdır.<sup>410</sup> Örneğin fakihlerin bir kısmına göre, kişinin dışında bir fiil nedeniyle meydana gelen sararma durumunda maddi bir zararın meydana gelmediğinden bahsedilmiş ve dışın fonksiyonlarının yerinde olduğu görüşü ileri sürülerek sorumluluğun doğmayacağı belirtilmiştir. Ancak Ebû Yusuf'un da savunduğu görüşe göre ise sararan dişte, dışın eski güzelliği mevcut değildir ve bu nedenle buna neden olan fiil bir sorumluluk doğurmaktadır. Bu içtihada göre, manevi bir zarar da olsa tazmin imkanı bulunmaktadır.<sup>411</sup> Bu manevi tazminata da acı bedeli denilen hükümet-i elem adı verilmektedir.<sup>412</sup>

İslâm hukukunda manevi zararın hangi hallerde karşımıza çıktığını görmek için bu tip fiillerin nasıl yasaklanmış olduğu ve bazı örnekleriyle bu zarar durumu ele alınacaktır.

Manevi tazminat ile korunan hukuki yararlarından ilki, kişilerin şahsiyet hakları olarak belirtilebilir. Şahsiyet hakları ihlallerinden, daha çok ceza hukukunu

<sup>409</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 24; Akıntürk / Ateş, **Borçlar Hukuku**, s. 91; Eren, **Borçlar Genel**, s. 531; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 279 vd.; Şahin, Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 137; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 313; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 40; Çalı, **Haksız Fiil**, s. 2; Ahmet Ekşi, “İslâm Hukukunda Bir Manevi Tazminat Türü Olarak Hükümetü’l-Elem”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 21, 2013, s. 221.

<sup>410</sup> Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah bin Ahmed İbn Kudâme, **el-Mugnî alâ Metni’l-Mukni**, Dar’u’l-Fikr, Beyrut, 1992, c. 9, ss. 664, 666; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 138.

<sup>411</sup> es-Serahî, **Mebûsât**, c. 26, s. 81; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 159.

<sup>412</sup> Avcı, **Osmanlı Ceza Özel**, s. 200; Ekşi, “**Hükümetü’l-Elem**”, s. 220.

ilgilendiren vücut bütünlüğünü, hareket özgürlüğünü ihlal gibi boyutlarıyla değil de, manevi tazminat sorumluluğunu da doğuracak kişinin şeref ve haysiyetini, özel hayatın gizliliğini ihlal boyutlarıyla burada bahsedilecektir. Kur'an-ı Kerim'de kişilerin şahsiyet haklarına yönelen fiillerin yasaklandığına yönelik şu ayetleri örnek verebiliriz: “*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fâsik kimselerdir.*”<sup>413</sup> “*İffetli ve (haklarında uydurulan kötülüklerden) habersiz mü'min kadınlara zina isnat edenler, gerçekten dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir. İşlemiş oldukları günahtan dolayı dillerinin, ellerinin ve ayaklarının kendi aleyhlerine şahitlik edecekleri günde onlara çok büyük bir azap vardır.*”<sup>414</sup> Kişinin namusu<sup>415</sup> söz konusu edilerek gerçekleştirilen bir fiil, manevi zarara sebep olan fiillerin başında sayılabilir ve bu durum görüldüğü üzere, Kur'an'da kesin bir emirle yasaklanmakta<sup>416</sup> ve bu durum karşılığında sert bir müeyyide öngörülen had suçlarından kazif (nitelikli hakaret) suçunu oluşturmaktadır.<sup>417</sup>

Çeşitli hadislerde kişilerin şahsiyet haklarının koruma altına alındığını görmekteyiz. Örnek olarak şu iki hadisi gösterebiliriz: “*Ebû Hüreyre'den (radıyallahu anh) (rivayet edildiğine göre) Rasûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurmuştur: "Büyük günahların en büyüğü kişinin haksız yere bir müslümanın şerefine dil uzatmasıdır. Bir sövmeye karşılık iki defa sövmek de büyük günahlardandır.*”<sup>418</sup> “*İbn Abbâs (radıyallahu anh) "den rivâyet edilmiştir. Rasûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurdu: "Bir adam bir adama ey Yahudî derse ona yirmi değnek vurun yine bir erkeğe ey kadınlaşmış erkek derse ona da yirmi*

<sup>413</sup> en-Nûr, 24/4.

<sup>414</sup> en-Nûr, 24/23,24.

<sup>415</sup> Namusun dokunulmazlığına dair bkz. Buhârî, **İlim**, 38; **Hac**, 133, **Hudud**, 10; Müslim, **Hac**, 147, **Kasame**, 29, **Birr**, 32; Ebû Davud, **Edep**, 35; İbn Mâce, **Menasik**, 76.

<sup>416</sup> Bu fiilin yasaklanmasına dair hadisler için bkz. Buhârî, **Muhâribîn**, 30; Müslim, **İman**, 145.

<sup>417</sup> Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 294; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 186.

<sup>418</sup> Ebû Davud, **Edep**, 35.

*değnek vurun, yine her kim evlenmesi haram olan anne, teyze, hala gibi kimselerle evlenirse onu da öldürün.*”<sup>419</sup>

Kişilerin şahsiyet hakları içerisinde şeref ve namusu bu şekilde sıkı bir koruma altında olduğu gibi özel hayatın gizliliği de sıkı bir şekilde korunmaktadır. Özel hayatın gizliliği hususunda ise aklımıza ilk gelen kişilerin aileleriyle birlikte veya yalnız olarak güvenli ve sürekli biçimde ikamet ettikleri yer olan<sup>420</sup> meskenlerinin dokunulmazlığı gelmektedir. Meskenlerin dokunulmazlığı ile ilgili olarak Kur'an'da şu ayetleri örnek cihetinden gösterebiliriz: “*Ey iman edenler! Kendi evlerinizden başka evlere, geldiğinizi hissettirip (izin alıp) ev sahiplerine selam vermeden girmeyin. Bu davranış sizin için daha hayırlıdır. Düşünüp anlayasınız diye size böyle öğüt veriliyor. Eğer evde kimseyi bulamazsanız, size izin verilinceye kadar oraya girmeyin. Eğer size, "Geri dönün" denirse hemen dönün. Çünkü bu sizin için daha nezih bir davranıştır. Allah, yaptıklarınızı hakkıyla bilendir.*”<sup>421</sup>

Mesken dokunulmazlığı ile ilgili olarak sünnetten ise şu hadisleri örnek gösterebiliriz: “*...Bize Leys, İbn Şihâb'dan tahdîs etti. Ona da Sehl ibn Sa'd es-Sâidî (r.a.) şöyle haber vermiştir: Bir kimse Rasûlullah'ın (s.a.v.) kapısındaki bir delikten içeriye bakmıştı. O sırada Rasûlullah'ın (s.a.v.) elinde midrâ denilen demirden bir tarak vardı ki, onunla başını kaşıyordu. Rasûlullah (s.a.v.) delikten münasebetsizce bakan o kişiyi görünce: "Eğer senin bana bakıyor olduğunu daha önce bileydim, şu demiri gözüne saplardım!" buyurdu. Ve yine Rasûlullah (s.a.v.): "İzin isteme, ancak göz cihetinden kanûn yapılmıştır!" buyurdu.*<sup>422</sup>

Mesken dokunulmazlığı ile ilgili sahebenden de bize örnek teşkil eden birçok uygulama nakledilmiştir. Örneğin, Hz. Ömer'in (r.a.) çölde sıcağın korunmak için bir kadının çadırına girmek için arka arkaya izin istemesi ve ancak üçüncüsünde kadının çadırına girebilmesi hadisesi, bize bu dokunulmazlığın ehemmiyetini

<sup>419</sup> Muhammed ibn İsa et-Tirmizi, **Sünen-i Tirmizi Tercümesi**, Konya Kitapçılık, İstanbul, 2007, (Çev: Abdullah Parlıyan), **Hudûd**, 29; İbn Mâce, **Hudûd**, 15.

<sup>420</sup> Hamdi Döndüren, “Mesken”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2004, c. 29, s. 316

<sup>421</sup> en-Nûr, 24/27, 28.

<sup>422</sup> Buhârî, **Diyat**, 22, **İstizan**, 11; Müslim, **Adab**, 41, 43, 44(İlgili hadis ve benzer rivayetler); Ebû Davud, **Edep** 126,127(İlgili hadis ve benzer rivayetler).

göstermektedir.<sup>423</sup> Ayrıca Hz. Ömer'in (r.a.), bir evin içindekilerle gözünü dolduran bir kimse fasıklık etmiş olur sözlerinden de anlamaktayız ki, mesken dokunulmazlığı yalnızca fiili olarak, bir meskene girmekle değil aynı zamanda orayı izinsiz olarak görmekle de ihlal edilebilir.<sup>424</sup>

Mesken dokunulmazlığının yanı sıra özel hayatın gizliliği kapsamında yer alan, kişilerin başkalarının bilmesini istemediği aile ilişkileri, yazışmaları, kişisel sağlık durumu ile ilgili bilgileri de İslâm hukukunda koruma altına alınmış ve bunların araştırılması ve yayılması yasaklanmıştır. Buna örnek olarak: “*Ey iman edenler! Zannın birçoğundan sakının. Çünkü zannın bir kısmı günahdır. Birbirinizin kusurlarını ve mahremiyetlerini araştırmayın. Birbirinizin gıybetini yapmayın. Herhangi biriniz ölü kardeşinin etini yemekten hoşlanır mı? İşte bundan tiksindiniz! Allah'a karşı gelmekten sakının. Şüphesiz Allah tövbeyi çok kabul edendir, çok merhamet edendir.*”<sup>425</sup> ayeti gösterilebilir. Özel hayatın araştırılmasının yasaklanması durumuna hadislerden de örnekler verilebilir. Örneğin: “-....*Ebû Hureyre (r.a.) şöyle demiştir: Rasûlullah (s.a.v.) şöyle buyurdu: "Sizleri zannadan sakındırırım. Çünkü zann, (hâtra gelen) sözlerin en yalanıdır. Birbirinizin eksikliğini görmeye ve işitmeye çalışmayınız, birbirlerinizin husûsî ve mahrem hayatını araştırmayınız. Birbirlerinize karşılıklı kin beslemeyiniz, birbirinize arka döndürüp yüz çevirmeyiniz. Ey Allah'ın kulları! Birbirinize kardeşler olunuz.*”<sup>426</sup>

### C- UYGUN İLLİYET BAĞI

İlliyet genel olarak bir neticeyi ortaya çıkaran fiil veya olay ile o netice arasındaki sebep, sonuç ilişkisi olarak tanımlanabilir.<sup>427</sup>

<sup>423</sup> Kurtubî, **el- Camiu**, c. 12, s. 339.

<sup>424</sup> Kurtubî, **el- Camiu**, c. 12, s. 346.

<sup>425</sup> el-Hucurat, 49/12.

<sup>426</sup> Buhârî, **Feraiz**, 1, **Edep**, 58; Tirmizi, **Birr**, 56. Ayrıca bkz. Tirmizi, **Birr**, 85; Buhârî, **Edep**, 57; Ebû Davud, **Edep**, 37; İbn Mâce, **Hudûd**, 5.

<sup>427</sup> Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 246; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 71; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 195; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 392, Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 282; Eren, **Borçlar Genel**, s. 536; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 320; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 45. Akıntürk / Ateş, **Borçlar Genel**, s. 91; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 138; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 26; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 179.

İlliyet bağı gerek hukuki, gerek cezai olsun tüm sorumluluk türlerinde büyük öneme haiz, sorumluluğun doğması için olmazsa olmaz bir şarttır. Belirtildiği gibi hukuki sorumluluk içerisinde de hem akde dayalı hem de akit dışı kusur ve kusursuz sorumluluğun doğması için gerçekleşmesi zorunlu olan bir şarttır. Özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde kusurun da aranmaması nedeniyle sorumluluğun faile isnadını tamamen bu şart sağlar ve özellikle bu yönüyle kusursuz sorumluluk hallerine modern hukukta sebep sorumluluğu da denmektedir.<sup>428</sup> Önemine kısaca değinilen bu bağ farklı kavramlar da açıklanarak tanımlanacaktır.

### 1- İlliyet Bağı Kavramı

İlliyet bağı kavramını sebep, illet, determinizm gibi kavramları açıklayarak tanımlamaya çalışacağız. Bu kavramlardan ilk olarak sebep kavramına değinelim. Sebep kavramı, fıkhıta ve felsefede farklı şekillerde ele alınmıştır. Sebep kavramı ele alınırken felsefede determinizm fikri doğmuş ve bu çerçevede ele alınmıştır. Bu fikre göre sebep ile sonuç arasında zorunlu bir bağ mevcuttur ve her hadisenin bir sebebi vardır. Bu da bizi illiyet prensibine götürmektedir.<sup>429</sup> Konumuz kapsamı dışında kaldığı için daha fazla bu kavramı açılmayacak olsak da, şu husus belirtilmelidir ki, illiyet bağı kurulmadan hangi türden olursa olsun sorumluluğun doğmaması durumu determinizm kavramının sorumluluk hukukunda önemli bir esas teşkil ettiğini bize göstermektedir.

Fıkıhtaki tanımları içerisinde ise öncelikle fıkıh usulündeki tanımına bakacak olursak: Sebep için, mevcudiyeti ile şer'i hükmün mevcudiyetini belirleyen bir nitelik tanımlaması yapabiliriz. Buna göre kendi var olması veya yok olması şer'i hükmün de var olmasını veya yok olmasını gerektirecek olan unsur sebep olarak karşımıza çıkar. Bu anlamıyla sebep vaz'i hüküm başlığı altında incelenebilir.<sup>430</sup> Fıkıh usulü açısından sebep kavramıyla birlikte illiyeti anlamımıza yardımcı olacak

<sup>428</sup> Dönmez, "Sebep", s. 247; Eren, **Borçlar Genel**, s. 536; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 45; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 135.

<sup>429</sup> İbrahim Kutluer, "Determinizm", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1994, c. 9, s. 215.

<sup>430</sup> Dönmez, "Sebep", s. 245; Zuhayli, **Fıkıh Usûlü**, s. 145; Ebû Zehra, **İslâm Hukuku Metodolojisi**, s. 59; Gazzâlî, **Mustasfâ**, s. 206; Apaydın, **İslâm Hukuk Usulü**, s. 162; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 497; Udeh, **İslâm Ceza Hukuku**, c. 1, s. 582.

diğer kavram ise illet kavramıdır. İlet, genellikle hükmün amacını doğrudan yerine getirdiği kabul edilen sarıh ve istikrarlı bir nitelik olarak tanımlanabilir.<sup>431</sup> İlet ve sebep kavramlarının muhteviyatı ise fakihler tarafından tartışılmıştır. Bazı usulcüler aklın, hükümle bu hükmü gerektiren unsur arasındaki bağı kavrayabildiği durumlarda illetten kavrayamadığı durumlarda sebepten bahsedileceğini söylemişler. Diğer bir kısmı ise sebebin illeti de kapsayacak bir muhteviyata sahip olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>432</sup>

Sebeb kavramı fûru fıkhıta ise dört farklı anlamda kullanılmıştır. İlliyet bağının tespiti için mübâşeret ve tesebbüb hallerinde ayrı ayrı bir değerlendirme yapılabilir. Yukarıda mübâşeret ve tesebbüb halleri hakkında bilgi verildiği için burada illiyet bağı bakımından gösterdikleri bazı özellikler dikkate alınacak ayrıca yeniden bilgi verilmeyecektir. Bu hallere göre de sebep kavramı dört farklı şekilde ele alınmaktadır.

-Birinci anlamında sebep, mübâşeret kavramının karşıtı olan bir anlamda yalnızca şartı<sup>433</sup> kasteder. Buna göre tesebbüb halinin ve mübâşeret halinin birlikte bulunduğu durumlarda tazmin sorumluluğu mübaşirin üzerine doğar.<sup>434</sup> Burada, mübâşeret haliyle illiyet, tesebbüb haliyle ise şart kastedilmiş olur.

-İkinci anlamında sebep, illetin illeti anlamında kullanılır. Buna göre örneğin, silahın ateşlenmesi sebep, kurşunun kişiye isabet ederek onun ölümüne yol açması illettir. Burada sebep mübâşeret hali olarak değerlendirilir.

<sup>431</sup> Apaydın, **İslâm Hukuk Usulü**, s. 159; İbrahim Kâfi Dönmez, “İlet”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2000, c. 22, s. 117; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 246; Akgündüz, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, s. 582.

<sup>432</sup> Dönmez, “İlet”, s. 117; Zuhayli, **Fıkıh Usûlü**, s. 145 vd.; Apaydın, **İslâm Hukuk Usulü**, s. 163; Şâban, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, s. 343 vd.

<sup>433</sup> Bir şeyin var olması kendi var olmasına bağı olan ancak o şeyin bir parçası olmayan, varlığına bir etki veya sebep olmayan fiil veya vasıf şart olarak adlandırılabilir. /Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 519; Zuhayli, **Fıkıh Usûlü**, s. 147; Ebû Zehra, **İslâm Hukuku Metodolojisi**, s. 62; Apaydın, **İslâm Hukuk Usulü**, s. 165; Şâban, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, 349.

<sup>434</sup> Mecelle m. 90: “Mübâşir yani bizzât fâil ile müteşebbib müctemi’ oldukça hükm ol fâile muzaf kılınır”; Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 462.

-Üçüncü anlamında sebep, illetin kendisi olmasına rağmen sıfatı kendinden sonra gelir. Kişinin zekat için nisap miktarı malının olması ama üzerinden bir yıl geçmiş olmaması durumu örnek olarak verilebilir.

-Dördüncü olarak ise sebep, hüküm doğmasını gerektirici illet manasında kullanılmıştır. Görüldüğü üzere bu anlamlar, sebep kavramının fıkıh usulündeki anlamlarından farklı olsalar da, fıkıh usulündeki anlamlarından yola çıkılarak elde edilmişlerdir denilebilir.<sup>435</sup>

Modern hukuk açısından illiyet kavramı açıklanırken öncelikle felsefi ve tabiî (mantıkî) sebep kavramına değinilmiştir. Bu kavramlardan felsefi sebep kavramına göre sebep kavramı, neticeyi ortaya çıkaracak birçok zorunlu şartın bir araya gelmesiyle oluşur. Tabiî görüşe göre ise neticeyi ortaya çıkaran şartlardan her biri sebep olarak değerlendirilebilir. Bu kavramlardan felsefi sebep kavramı, bir kişinin tüm şartları tek başına yerine getirmesi mümkün olmadığı için sorumluluk hukuku bakımından uygulama alanı bulmaz. Tabiî sebep kavramı ise, tüm şartlar sorumluluğu doğuracağından sorumluluk çok geniş bir yelpazede değerlendirilmek zorunda kalır ve bu nedenle bu kavramında sorumluluk hukukunda uygulanma kabiliyeti ortadan kalkar.<sup>436</sup>

Felsefi ve tabiî sebep kavramlarının yetersiz kalması üzerine illiyet bağına açıklamak üzere bazı teoriler benimsenmiştir. Bunlardan ilki şart teorisi ikincisi ise uygun illiyet bağı teorisi. Şart teorisine göre meydana gelmiş olan netice, bu neticeyi meydana getiren bütün fiillerle sebep sonuç ilişkisi içerisinde değerlendirilir ve bu bağlamda illiyet bağı kurulur.<sup>437</sup> Bu teoriye göre zarara neden olan şart zorunlu şarttır. Zorunlu şart için ise, bulunmadığı takdirde, neticenin fiilen meydana geldiği şekilde gerçekleşmesi düşünölmeyecek olan şarttır denilebilir. Bu teoriye göre sonucu meydana getiren bütün şartlar birbirlerine eşittirler ve bu özelliği nedeniyle

<sup>435</sup> Gazzâlî, **Mustasfâ**, s. 207; Dönmez, “**Sebep**”, s. 247.

<sup>436</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 538.

<sup>437</sup> Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 180; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 320; Eren, **Borçlar Genel**, s. 539; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 45; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, ss. 74,75; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 137; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 282; Karahasan, **Tazminat Davaları**, ss. 67, 68.

bu teoriye şartların eşitliği teorisi de denilebilir. Anlaşılacağı üzere bu teoriye göre bütün şartlar değil, zararın doğmasına veya artmasına neden olan şartlar göz önüne alınır. Ayrıca hukuken önem arz etmeyen şartlar da yine hesaba katılmazlar. Örneğin bir orman yangınına elindeki çalı parçasını atan kişinin fiili hukuken önem arz eden bir şart olarak ele alınamaz. Bu teori yoğun bir şekilde eleştirilen bir teoridir. Çünkü bu teoriye göre şart ve sebep kavramları birbirleriyle karıştırılmaktadır ve sebebi meydana getiren şartlardan her birine sebep adı verilmektedir. Bunun yanında, bu teoriye göre zarara neden olan çok uzak şartlar dahi illiyet bağı içerisinde sorumluluğun doğmasına neden olan sebepler olarak ele alınabilir. Aynı zamanda bu teori şartların her birini sübjektif bir şekilde zorunlu şart olarak ele almakta ve objektiflikten uzak kalmaktadır.<sup>438</sup> Bu nedenlerle bu teoriye katılmak pek mümkün gözükmemektedir.

Modern hukuktaki diğer teori ise uygun illiyet bağı teorisi. Uygun illiyet bağı, somut olayda meydana gelmiş olan türden bir neticeyi, yaşam deneyimlerine ve olayların normal akışına göre, niteliği ve ana hatları itibariyle ortaya çıkarmaya genel manada elverişli olan veya bu neviden bir neticenin meydana gelme ihtimalini objektif biçimde artırmış olan zorunlu şart ile meydana gelmiş netice arasındaki ilişkiye denir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere zararın doğmasına neden olmuş olan birden çok şart var ise sorumluluğun tespiti için bunlar arasında en uygun olanıyla nedensellik bağı kurulmalıdır. Şart teorisi de uygun illiyet bağı teorisi de sorumluluğu kurarken, uygun illiyet bağı teorisi aynı zamanda sorumluluğu sınırlandırmaktadır. Bu teoriye göre sübjektifliğin değil objektifliğin esas olması için hâkimin yaşam deneyimlerini objektif biçimde değerlendirmesi, uzmanlığı gerektiren konulardaysa bir bilirkişiye danışması gerekmektedir.<sup>439</sup>

Genel bir ifadeyle, uygun illiyet bağı teorisiyle zarar ve fiil arasında bağı kurulabilmesi açısından hukuka aykırı bir fiilden meydana gelen zararları üç kısma ayırarak bir belirleme de yapabiliriz. Bunlar; doğrudan hukuka aykırı fiile bağlı olan

<sup>438</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 540; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 75,76; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 181; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 282.

<sup>439</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 76 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, ss., 540 vd; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, ss. 45 vd; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 320; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 182; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 283; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 139.

zararlar, doğrudan hukuka aykırı fiilden doğmuş olmamakla birlikte aralarında açık bir yakınlık ve bağlantı bulunan zararlar ve hukuka aykırı fiil ile ilişkisi uzak olan zararlar olarak sınıflandırılabilir. Fail bu zararlardan doğrudan hukuka aykırı fiile bağlı olanlarıyla sorumludur. Doğrudan hukuka aykırı bir fiilden doğmuş olmamakla birlikte aralarında açık bir yakınlık olan zararlardan da failin sorumlu tutulması gerekmektedir. Ancak fail hukuka aykırı fiil ile ilişkisi uzak olan zararlardan sorumlu tutulamaz.<sup>440</sup>

Sebeplerin gerçekleşmesine rağmen kimi zaman sonuç sebebe bağlanamaz ve sebep ile sonuç arasındaki illiyet bağından bahsedilemeyebilir. Bu durum İslam hukuk metodolojisinde mâni olarak adlandırılan, vaz'i hükmün<sup>441</sup> bir çeşidi olan konuyla da alakalıdır.<sup>442</sup> Mâni, hükmün sebebe bağlanmasını veya sebebin gerçekleşmesini engelleyen bir unsurdur. Yani, sebep şekilsel açıdan bulunsa ve şartlar da gerçekleşse de sonucun sebebe bağlanamaması durumuna mâni denir.<sup>443</sup> Sonucun, ilgili sebebe bağlanmaması durumu sebeplerin çokluğu veya illiyet bağıni kesen hallerin varlığı durumlarında karşımıza çıkmaktadır.

#### a) Sebeplerin Çokluğu

Bir zararın ortaya çıkmasında birden çok sebebin birlikte veya art arda etki edip etmediği, eğer etki etmiş ise etkisinin ne derecede olduğu, sorumluluğun doğması açısından önem arz etmektedir. Etki etme durumlarına göre, sebeplerin çokluğu ile kast edilen bütün sebepler değil, neticeyi meydana getirmeye elverişli birden çok sebebin varlığıdır. Bu şekilde birden fazla sebebin var olduğu durumlarda

<sup>440</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 457.

<sup>441</sup> Zuhayli, **Fıkıh Usûlü**, s. 130; Şâban, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, ss. 303-305; Apaydın, **İslâm Hukuk Usulü**, s. 157.

<sup>442</sup> Nuri Kahveci, "İslâm Hukukun Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağıni Kesken Sebepler" **KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2007, c. 10, s. 101.

<sup>443</sup> Zuhayli, **Fıkıh Usûlü**, s. 150; Şâban, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, s. 352; Apaydın, **İslâm Hukuk Usulü**, s. 167; Halit Çalış, **İslâm'da Kolaylaştırma İlkesi**, 1. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2013, s. 109.

hangi sebepler ile zararlı netice arasında illiyet bağının kurulduğunu tespit hususunda birkaç ihtimal söz konusudur.<sup>444</sup> Bu ihtimaller ayrı ayrı ele alınacaktır.

### aa) Ortak İlliyet

Zararın, her biri yalnız başına neticeyi meydana getiremeye elverişli olmayan, birden fazla hukuken değer ifade eden sebebin bir araya gelmesi sonucunda ortaya çıkması halinde ortak illiyetten bahsedilir.<sup>445</sup> Bu illiyet bağının hem mübâşeret halinde hem de tessebbüb hallerinde ortaya çıkması mümkündür. Örneğin hiç birisi yalnız başına öldürücü olmayan ama bir araya geldiklerinde öldürücü bir hal alan darbelerle bir adamın birden fazla kişi tarafından öldürülmesi sonucunda mübâşeret halinde bu darbeleri vuran kişilerin hepsi sorumlu tutulacaktır.<sup>446</sup> Birden fazla kişi ortak oldukları bir duvarı, bu hususta uyarılmış oldukları halde tamir ettirmemişler ve bu duvarın tamir edilmemesinin sonucunda duvarın yıkılarak bir zarara neden olması durumunda, tessebbüb halinde verilmiş olan bir zarar söz konusu olur ve bu kişiler hisseleri oranında sorumlu tutulurlar.<sup>447</sup> Hem mübâşeret hem de tessebbüb halinin aynı olayda bulunması halinde ise, hem mütesebbibi hem de mübaşiri sorumlu tutmak mümkündür. Örneğin bir kimsenin hukuka aykırı olarak açmış olduğu bir kuyuya bir başka kimsenin yaraladığı kişinin düşerek ölmesi durumunda her ikisinin de sorumlu tutulacağı ifade edilir.<sup>448</sup> Ne yalnız başına kuyuyu açmak ne de kişinin yalnızca yaralanması tek başına neticeyi meydana getirecek bir sebep değildir ancak birleştiklerinde neticeyi meydana getirebilmişlerdir. Burada önemli olan illiyet bağının kurulabilip, kurulamıyor olması durumudur.

Ortak illiyet “kusurlu ortak illiyet” ve “yalın ortak illiyet” olmak üzere iki şekilde de karşımıza çıkabilir. Bunlardan kusurlu ortak illiyete göre failerin kusur

<sup>444</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 78; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 48; Eren, **Borçlar Genel**, s. 546.

<sup>445</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 78; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 324, Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 52; Eren, **Borçlar Genel**, s. 546; Eser, **Haksız Fiil**, s. 143; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 186; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 83; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 285; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 141.

<sup>446</sup> İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 9, ss. 367-370.

<sup>447</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 16, s. 12.

<sup>448</sup> Bağdâdî, **Mecmau’d-Damânât**, s. 180.

açısından da ortaklığı söz konusudur ve failer birbirlerinin davranışlarından haberdardırlar. Ancak yalnız ortak illiyet halinde ise failerin ne birlikte hareket iradesi vardır ne de birbirlerinin davranışlarından haberdardırlar. Ortak illiyete örnek olarak, iki kişinin aynı kişiye karşı yalnız başına öldürücü olmayacak fakat birleştiğinde öldürücü olacak ölçüde zehri, birbirlerinden habersiz bir şekilde vermeleri gösterilebilir. Birbirlerinden bu yönleriyle farklılık arz etseler de bu iki halde de ortak illiyet bağı kurulmuş olur ve sorumluluk bu illiyet bağı ile birlikte doğar.<sup>449</sup>

Ortak illiyet delil olarak İslâm hukukçuları tarafından gösterilen en meşhur örnek, Ömer bin Hattab'ın (r.a.) beş veya yedi kişilik bir grubu, suikast sonucu bir adamı öldürmeleri neticesinde öldürmesi ve eğer ona San'â halkı katılsaydı hepsini öldürürdüm demesi hadisesidir.<sup>450</sup> Buna göre zararlı bir neticede birden fazla sebebin ortak illiyet bağı çerçevesinde bulunması halinde bu sebeplerin her biri sorumluluğun doğmasına neden olabilir.

### **bb) Yarışan İlliyet**

Zararın meydana gelmesinde her biri tek başına birbirlerinden bağımsız olarak neticeyi meydana getirmeye elverişli olan birden çok sebebin birlikte etkili olması durumunda yarışan illiyetten söz edilir. Doktrinde bu kavrama müterafik illiyet veya birlikte illiyet de denilebilir.<sup>451</sup> Yarışan illiyet halleri, her sebebin kendi başına bağımsız olarak sonucu meydana getirebilmesi bakımından ortak illiyet hallerinden ayrılır. Örneğin, bir kişinin yemeğine iki farklı kişinin ayrı ayrı öldürücü dozda zehir koyması olayında yarışan illiyetten bahsedilir. Ancak eğer sebeplerden biri zararlı neticeyi, diğer sebep gerçekleştiği anda meydana getirmiş bulunuyorsa bu durumda yarışan illiyetten bahsedilemez. Örneğin, bir ava ateş eden iki avcıdan biri

<sup>449</sup> Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 284; Eren, **Borçlar Genel**, s. 547; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 52.

<sup>450</sup> Muvatta, **Diyetler**, 1671.

<sup>451</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 84,85; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 52; Eren, **Borçlar Genel**, s. 458; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 324; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 187; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 284.

bu avı diğeri vurmadan vurmuş olsaydı ikinci vuranın fiiliyle zararlı netice arasında bir illiyetten artık bahsedilemeyecekti.<sup>452</sup>

Yarışan illiyet hallerinde faillerden her biri eğer kendi davranışı olmasaydı da zararlı netice yine meydana gelecekti şeklinde bir savunmada bulunamaz. Çünkü bu hallerde müteselsil sorumluluk<sup>453</sup> failer üzerine doğmuş olur. Aksi durumda tüm failer aynı savunma ile sorumluluktan kurtulurlar ve zarar, zarar görenin üzerine kalmış olur.<sup>454</sup>

### cc) Seçimlik İlliyet

Meydana gelen zararlı neticeyi, birden çok sebepten yalnızca birinin ortaya çıkarmış olmasına rağmen, bu sebebin hangisi olduğunun bilinmediği durumlarda seçimlik illiyetten bahsedilir. Yani bu durumda zararlı netice mevcut sebeplerden biri tarafından meydana getirilmiştir ancak bu sebebin hangisi olduğu bilinmemektedir. Örneğin, yol kenarında otomobil çarpması neticesinde bir kişinin yaralı olarak bulunması halinde, o yoldan geçen üç araç olduğu ve hepsinin bu çarpma fiilini gerçekleştirmiş olabileceği ancak hangisinin gerçekleştirdiğinin bilinmemesi durumunda seçimlik illiyetten bahsedilir veya birden fazla kişinin katılmış olduğu bir kavgada yaralama fiilini kimin işlediğinin tespit edilememesi durumunda yine seçimlik illiyetten bahsedilir.<sup>455</sup>

Seçimlik illiyet halinde kural olarak sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Örneğin otomobil çarpması örneğinde hiçbir otomobil sahibi sorumlu tutulmayacaktır ancak birden fazla kişinin karıştığı bir kavgada fail belirli olmasa da zarar bütünlük arz eden bir olayın parçası konumunda olduğundan ötürü kavgaya katılan herkesin sorumlu tutulması gerekmektedir.<sup>456</sup>

<sup>452</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 458.

<sup>453</sup> Bkz. Akdoğan, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 15 vd.

<sup>454</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 548; Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. 7, s. 385.

<sup>455</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 234; Eren, **Borçlar Genel**, s. 549; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 53; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 30; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, ss. 189 vd.; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 85 vd.; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 284.

<sup>456</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 320; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 86,87; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 54; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 325; Eren, **Borçlar Genel**, s. 549.

### dd) Önüne Geçen İlliyet

Meydana gelen zararlı neticeyi ortaya çıkarmaya elverişli birden çok sebebin bulunmasına rağmen, bunlardan yalnız birinin zararlı neticeyi meydana getirmiş olması durumunda önüne geçen illiyetten bahsedilebilir. Seçimlik illiyetten farklı olarak burada hangi sebebin zarara neden olduğu bilinmemektedir. Yarışan illiyetten farklı olarak ise sebepler aynı anda değil, biri diğeri veya diğelerinden önce gerçekleşmektedir. Önüne geçen illiyet durumunda, eğer zarara neden olan sebep mevcut olmasaydı dahi, diğere sebep aynı zararı kesin olarak meydana getirmiş olacaktı. Önüne geçen illiyete farazi illiyet de denir. Zararlı neticeyi meydana getiren sebebe gerçek sebep, eğer gerçek sebep olmasaydı neticeyi yine meydana getirecek olan sebebe ise farazi sebep denir.<sup>457</sup> Örneğin, kişinin otomobiline bomba yerleştirilmiş olmasına rağmen kişi otomobile binerken silahla öldürülmüş ve ardından bomba infilak etmiştir. Bu durumda kişinin ölümünden dolayı illiyet bağı silahın ateşlenmesi fiili ile kurulur ve bombanın yerleştirilmiş olması ile kişinin ölümü arasında bir illiyet bağından bahsedilemez. Bir kişinin yemeğine ölümcül dozda zehir katılması ve bu kişinin yemeği yedikten sonra silahla vurularak öldürülmesi durumu da yine örnek gösterilebilir. Artık zehir katılması fiiliyle değil silahla vurma fiili ile zararlı netice arasında illiyet bağı kurulacaktır. Bu gibi durumlarda bir başka sebep mevcut sebebin önüne geçerek illiyet bağına kesmektedir.<sup>458</sup>

Önüne geçen illiyeti özellikle mübâşeret hali ile tessebbüb halinin birlikte bulunması durumunda görebiliriz. Örneğin, bir kişinin hukuka aykırı olarak kazmış olduğu bir kuyuya bir başkasının bir çocuğu iterek ölümüne neden olması halinde<sup>459</sup> veya bir kimsenin hayvanların bulunduğu ahırın kapısını açık bırakması halinde, bir başkasının gelerek hayvanları ahırdan çıkarıp kaçmalarına neden olması durumunda hem mübâşeret hali hem de tessebbüb hali birlikte bulunmaktadır. Her ne kadar ilk örnekte kuyuyu açan kişi, diğere örnekte ise ahırın kapısını açan kişi zararlı neticenin

<sup>457</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 324; Eren, **Borçlar Genel**, ss. 550 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 51; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 183; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 285.

<sup>458</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 51, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.324; Eren, **Borçlar Genel**, s. 551; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 82.

<sup>459</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 26, s. 183; Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 178.

gerçekleşmesini istemiş olsalar da netice bir başkasının doğrudan icra ettiği bir fiil ile vuku bulmaktadır. Bu durumda mütesebbibin fiilinin illiyetinin önüne mübaşirin fiilinin illiyeti geçmektedir ve mübaşirin fiili gerçek sebep mütesebbibin fiili farazi sebep olmaktadır. Bu hallerde sorumluluk mübaşirin fiili üzerine doğar. Mecelle’de de böyle durumlarda mübaşirin sorumlu tutulacağı mütesebbibin sorumlu tutulmayacağı ifade edilmektedir.<sup>460</sup>

Ancak bu durumun aksi de mümkün olabilir. Örneğin, yalancı şahitlerin şahitliği üzerine davada hüküm veren hakim, zararlı neticenin doğmasına mübaşeret halinde sebep olmaktadır. Fakat bu durum da yargılama usulü kuralları da göz önünde bulundurulduğunda, hâkim yalancı şahitlerin bir aleti konumunda olmaktadır ve sorumluluk hâkimin üzerine değil hâkimin bu hükmü vermesine neden olan yalancı şahitlerin üzerine doğmaktadır.<sup>461</sup> İkrahin söz konusu olduğu durumda da mübaşirin iradi bir fiilinden bahsedilemeyeceği için yine mütesebbibin sorumlu tutulması gerekecektir.<sup>462</sup>

### **b) Fiilin Birden Çok Zarara Neden Olması**

Bir fiilin birden fazla zarara yol açması, müteselsilen başka zararlara neden olması, durumunda fiil ile meydana gelen neticeler arasında illiyet bağının kurulması durumunda fail tüm zararlı neticelerden ötürü sorumlu tutulacaktır.<sup>463</sup> Örneğin, uyarılmış olmasına rağmen duvarını tamir etmeyen bir kişinin bahçe duvarının komşusunun bahçe duvarı üzerine yıkılması ve bu nedenle ikinci duvarında yıkılarak bir başkasının malına zarar vermesi durumunda bir fiil ile birden çok zarar ortaya çıkması hali söz konusudur. Burada fiil ile ikinci zarar arasında illiyet bağı kesen herhangi bir neden bulunmamasından dolayı, her iki zararlı netice de birinci duvar sahibine isnat edilmekte ve birinci duvar sahibi sorumlu tutulmaktadır. Eğer ikinci duvarın yıkılmasının ardından sahibinin enkazını kaldırmaması nedeniyle bir zarar

<sup>460</sup> Mecelle madde 90: “Mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi’ oldukda hükm ol fâile muzaf kılınır. Meselâ, birinin tarîk-i âmmda kazmış olduğu kuyuya diğeri, birinin hayvanını ilkâ ile itlâf etse o zâmin olup kuyuyu hafr eden kimseye zamân lâzım gelmez.”

<sup>461</sup> Kâsânî, **Bedâiu’s-Sanâi’**, c. 7, s. 239; bkz. es-Serahsî, **Mebûât**, c. 26, s. 182,183.

<sup>462</sup> İbn Âbidin, **Reddu’l-Muhtâr**, c. 4, s. 88; Bağdadi, **Mecmau’d-Damânât**, 176.

<sup>463</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 150; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 385.

meydana gelmiş olsaydı artık ilk duvarın yıılması fiili ile illiyet bağının kesildiğinden bahsedilir ve sorumluluk ilk duvarın sahibi üzerine doğmaz, ikinci duvarın sahibi sorumlu tutulurdu. Ancak ilk duvar bir başka duvarı yıkmadan yıkılmış olsaydı ve bu enkazın kaldırılmaması nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olsaydı yine ilk duvarın sahibi, enkazın kaldırılması kendi yükümlülüğü olduğu için sorumlu tutulurdu.<sup>464</sup> Gerekli izinlerin alınmasının ardından, duvarın başka bir duvarın yıkılmasına sebep olmaksızın yıkılması halinde, bu esnada bir zarara sebep olunmuşsa bundan ötürü sorumluluğun doğacağı ancak duvarın enkazının kişinin mülkünde olduğu ve kişinin mülkünde tasarrufunda serbest olduğundan bahisle bu enkaza ayağı takılarak telef olan bir hayvandan ötürü, yapı sahibinin sorumlu olmayacağı ifade edilir.<sup>465</sup>

### c) İlliyet Bağını Kesen Sebepler

Ortaya çıkmış olan zararlı netice ile icra edilen fiilin arasında uygun illiyet bağı bulunmayabilir veya daha sonra meydana gelen bazı sebepler nedeniyle bu bağ kesilmiş olabilir. Söz konusu sebep, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre, somut olayda ortaya çıkan türden bir zararlı neticeyi meydana getirmeye elverişli değilse veya elverişli olsa dahi, meydana gelen başka bir sebep nedeniyle bu sebep göz ardı ediliyorsa, bu sebeple zararlı netice arasında uygun olmayan illiyet bağı vardır diyebiliriz. Uygun olmayan illiyet bağına, uygunsuzluk, elverişsizlik de denilebilir.<sup>466</sup>

Uygun olmayan illiyet bağı, ya sebeple zararlı netice arasında uygunluğun yokluğu ile ya da uygunluğun kesilmesi ile söz konusu olur. Uygunluğun yokluğu durumunda zararlı netice ile sebep arasında tabî bir bağ bulunuyor olsa da bu bağ uygun illiyet bağının şartlarını taşımamaktadır. Örneğin, bir kişinin, kendisine bir yol tarifi için danışan bir başka kişiye şaka olarak yanlış yol tarif etmesi üzerine, bu kişinin o yanlış yolda giderken bir otomobilin çarpması üzerine ölmesi durumunda sebep, her ne kadar zararlı neticeyi meydana getirme noktasında zorunlu kabul edilse

<sup>464</sup> Merginânî, *El Hidaye*, c. 4, s. 319; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damânât*, s183.

<sup>465</sup> Bağdâdî, *Mecmau'd-Damânât*, s. 185.

<sup>466</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 555; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 85.

de bu zararlı netice ile arasında olayların normal akışı ve genel hayat tecrübesine göre bir uygun illiyet bağı yoktur.<sup>467</sup>

Uygunluğun kesilmesi durumunda uygun illiyet bağının yokluğu ise birinci duruma göre zararlı neticeyi meydana getirmeye elverişli olan bir sebebin bulunmasına rağmen, bu sebebin ortaya çıkan başka bir sebep nedeniyle göz ardı edilmesi ve somut olayda elverişliliğinin kaybolmasıyla söz konusu olur. Oysaki uygun illiyet bağının bulunmadığı ilk durumda sebep baştan itibaren elverişsizdir. Ayrıca ortaya çıkan ikinci sebep ilk sebebin göz ardı edilebilmesi için zararlı neticeyi meydana getirebilecek yeterli derecede şiddetli bir sebep olmalıdır.<sup>468</sup> Örneğin, bir kişi bir başkasının tabanca ile vurması nedeniyle yaralanmış ama ambulansla hastaneye kaldırılırken başka bir otomobilin ambulansa vurması sonucunda ölmüşse bu durumda tabancayla öldürmek için ateş eden kişinin bu fiili ile ölüm neticesi arasında illiyet bağı kesilmiş olur. Zararlı netice ile uygun illiyet bağının kurulamadığı durumlardaki sebepten ötürü fail sorumlu tutulamaz. Uygun illiyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur.

#### aa) Mücbir Sebep

Mücbir sebep, kişinin kendisinin veya işletmesinin haricinde ortaya çıkan, borcun veya gene bir davranış normunun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz biçimde yol açan, öngörülmesi, önlem alınması mümkün olmayan, olağanüstü nitelikte bir olaydır. Bu tanımdan yola çıkarak mücbir sebep bazı unsurlara ayrılarak incelenebilir.<sup>469</sup>

Beklenmedik olay için ise yine benzer bir tanım yapılabilir. Ancak beklenmedik olay ile mücbir sebep arasında bazı farklılıklar vardır ve bu farklılıklara

<sup>467</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 555; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 85.

<sup>468</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 556; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 79; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 183; Kemal Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 86; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 79.

<sup>469</sup> Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 181; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 285; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 325; Eren, **Borçlar Genel**, s. 558; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 139; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 139; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 328, 464.

göre tanımında bazı değişiklikleri ihtiva etmesi gerekmektedir. Mücbir sebep mutlak bir kaçınılmazlık ve karşı konulamaz bir yoğunluk içerirken, beklenmedik hal geniş anlamda tesadüfi meydana gelen olayları kapsamına alır. Mücbir sebep sorumlu olan kişiden veya bu kişinin işletme ve faaliyetinden sadır olmayan bir olayken beklenmedik hal sorumlu kişinin işletme faaliyetinden de sadır olabilir. Mücbir sebep her zaman illiyet bağı kestirdiği halde beklenmeyen hal her zaman illiyet bağı kesmez. Beklenmeyen halin illiyet bağı kesmediği durumlarda, bu hal zararı doğuran ortak nedenlerden biri olarak ele alınır.<sup>470</sup> Örneğin bir kurdun, beklenilmeyen bir yer ve zamanda koyun sürüsüne saldırması durumunda buna çobanın engel olamaması halinde beklenilmeyen bir hal mevcuttur. Eğer çobanın engel olabilme imkanı var ise bu durumda illiyet bağı kesilmezken çobanın engel olabilme imkanından söz edilemezse illiyet bağı kesildiğinden bahsedilecektir. Eğer kurtlar bir sürü halinde saldırmış olsalardı, bu takdirde mücbir sebepten bahsedilebilirdi.<sup>471</sup>

### **aaa) Mücbir Sebebin Unsurları**

#### **aaaa) Olay**

Zorunlu veya zorlayıcı bir olay olan mücbir sebep, doğal, sosyal ve hukuki bir olay olarak karşımıza çıkabileceği gibi, beşeri bir olay, davranış olarak da karşımıza çıkabilir. Örneğin yıldırım düşmesi, yoğun bir fırtına çıkması, deprem meydana gelmesi gibi durumlar doğal olaylar olarak karşımıza çıkarken darbe, isyan, savaş gibi durumlar ise beşeri olaylar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Siyasi amaçlı bir genel grev sosyal bir olay olarak ancak sınırların kapatılması gibi bir durum ise hukuki bir olay olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu olaylardan hangisinin mücbir sebebe neden olduğu hangisinin olmadığı noktasında mutlak bir belirleme yapmak uygun değildir. Nispi bir belirleme ile yani bu olaylar meydana geldikleri zaman somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılarak mücbir sebep olup olmadıkları ifade edilebilir. Örneğin, kiralanmış olan bir otomobile düşen yıldırım

<sup>470</sup> Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 181; Eren, **Borçlar Genel**, s. 558; Eser, **Haksız Fiil**, s. 153; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 286.

<sup>471</sup> Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 181; Eser, **Haksız Fiil**, s. 153.

mücbir sebep olarak değerlendirilebilirken, yıldırımın bir uçağa düşmüş olması mücbir sebep olarak değerlendirilemez.<sup>472</sup>

#### **bbbb) Haricilik**

Mücbir sebep, zarar verenden veya zarar verenin işletmesinden sadır olan bir olay olmamalıdır. Yani mücbir sebebin kaynağı, sorumlu kişinin sorumluluk alanı kapsamında yer almamalıdır. Haricilik unsuru, fonksiyonel bir anlamda değerlendirilmelidir, faaliyet ve işletme kavramları ise geniş bir biçimde yorumlanmalıdır. Örneğin bir işletmede kullanılan sanayi tüpünün patlaması sonucu bir işçinin yaşamını yitirmesi durumunda haricilik unsuru yoktur ve işveren sorumlu tutulabilir ancak bir deprem sonucu işyerinin yıkılması nedeniyle bir işçinin ölmesi durumunda artık haricilik unsurundan bahsedilir ve mücbir sebep vardır. Grev hakkı gibi işçilerin kullanımına hukuken olanak sağlanmış bir hakkın kullanımı durumunda haricilik unsuru olmadığı için mücbir sebepten söz edilemezken, siyasi grev gibi meşru olmayan bir grevin uygulanması durumunda haricilik durumunun mevcudiyetinden ve mücbir sebepten bahsedilebilir.<sup>473</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki, beklenmedik halde olay sorumlu kişinin işletme ve faaliyetinden de sadır olabilir.

#### **cccc) Bir Borca veya Davranış Normuna Aykırılık**

Zarar veren, mücbir sebep nedeniyle bir borca veya genel bir davranış normuna aykırı hareket etmiş olmalıdır. Örneğin, normal hava koşullarında yola çıkan bir şoförün bir anda kar ve dolu fırtınasına tutulması sonucu üzerinden geçtiği köprüünün yıkılması ve yolcuların zarar görmesi olayında, yolcuların zarara uğraması bir davranış normuna aykırılık olarak değerlendirilir.<sup>474</sup>

#### **dddd) Kaçınılmazlık**

Mücbir sebepten söz edebilmek için en önemli unsur olarak karşımıza kaçınılmazlık unsuru çıkar. Bu unsur karşı konulamazlık ve önlenemezlik

<sup>472</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 558,559; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 285.

<sup>473</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 328, 464; Eren, **Borçlar Genel**, ss. 559, 560.

<sup>474</sup> Kahveci, "İllyet Bağını Kesen Sebepler", s. 104.

kavramlarını da kapsayan bir unsurdur. Kaçınılmazlık ile her türlü önlemin alınmış olmasına rağmen, sözleşmeden doğan bir norma veya herkese ödev yükleyen genel bir davranış normuna aykırılık hali kastedilir. Yani alınan bütün tedbirlere, mevcut olan bütün imkan ve araçlara rağmen mücbir sebebin sonucunun önlenemez olması gerekmektedir. Dolayısıyla kaçınılmazlık için mutlak ve objektif bir unsurdur diyebiliriz.<sup>475</sup>

Mutlak ve objektif bir unsur olması nedeniyle kaçınılmazlık unsuru değerlendirilirken sorumlu şahsın kişisel ve mali durumu nazara alınmaz ve bu neden beklenmedik hal ile mücbir sebebi birbirinden ayıran en önemli nedenlerdendir. Çünkü beklenmedik halde kaçınılmazlık sadece sorumlu kişi açısından yani nispi olarak değerlendirilirken, mücbir sebepte mutlak ve objektif bir biçimde değerlendirilir.<sup>476</sup> Örneğin yola konulmuş olan ateş közünü, rüzgarın alıp götürmesi ve götürdüğü yerde yangına neden olması durumunda ateşi koyan kişi sorumlu olmayacaktır ancak rüzgarlı bir günde bu olay meydana gelirse artık közü koyan kişinin bunu öngörmesi ve karşı koyması gerekirdi değerlendirmesi yapılarak sorumluluğuna gidilir.<sup>477</sup>

#### eeee) Öngörülmezlik

Bir olayın mücbir sebep olarak ele alınabilmesi için taşınması gereken unsurlardan biri de öngörülmezlik unsurudur. Öngörülmezlik ile olayın kendisinin önceden öngörülememesi değil, bu olayın sonuçlarının önceden öngörülememesi ifade edilir. Çünkü kimi zaman olayın kısmi de olsa öngörülmesi mümkün olabilir. Öngörmeme kusura ilişkin bir nitelik olduğu için özellikle kusursuz sorumluluk açısından mücbir sebebin bir unsuru olarak ele alınması tartışmalıdır. Dolayısıyla özellikle kusursuz sorumluluk halleri açısından öngörmeme unsurunu kaçınılmazlık kapsamında ele almanın daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca öngörülemeyen olayın olağanüstü bir olay olmasına da gerek bulunmamaktadır. Mücbir sebebi

<sup>475</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 560; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 465.

<sup>476</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 465; Eren, **Borçlar Genel**, s. 561.

<sup>477</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 311; es-Serahsî, **Meb'sût**, c. 27, s. 23; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 387.

gerektirecek olan bu olayın büyük bir şiddet ve yoğunluk ile gerçekleşmiş olması yeterlidir.<sup>478</sup>

### bbb) Mücbir Sebebin Hüküm ve Sonuçları

Borç ilişkisine aykırı davranan veya bir zararlı neticeye neden olan kişi, mücbir sebebi ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur. Çünkü mücbir sebep durumunda illiyet bağı kesilmektedir ve bundan dolayı artık sorumluluğun unsurlarından biri eksilmekte ve sorumluluk doğmamaktadır. Mücbir sebep kural olarak, sorumlu olan şahsın kusurunu ortadan kaldırır. Kusurun bulunduğu yerde mücbir sebep, mücbir sebebin bulunduğu yerde ise kusur son bulur. Çünkü kusur kavramı ile mücbir sebebin unsurları arasında saymış olduğumuz haricilik, öngörülmezlik ve kaçınılmazlık unsurları bir arada bulunmaz.<sup>479</sup> Örneğin, bir işçinin elinde bulunan malın o işçinin elindeyken bir yangın, deprem gibi kaçınılması mümkün olmayan bir halde telef olması durumunda işçinin tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durum işçinin ecr-i müşterek<sup>480</sup> veya özel işçi olup olmamasına göre de tartışılmıştır. Bir başka örnek olarak ise, kaptanın veya mürettebatının bir kastı olmaksızın gemide meydana gelen yangın gösterilebilir. Kaptanın yapmış olduğu bir manevradan ötürü malların telef olması durumunda kaptan sorumlu tutulacaktır ancak malların telefı gemide çıkan bir yangından veya meydana gelen şiddetli bir fırtınadan kaynaklanıyorsa artık kaptanın veya mürettebatın sorumluluğuna gidilemeyecektir.<sup>481</sup> Mecelle madde 919'da da “*Bir mahallede harîk vuku' bulmakla bir kimse bir haneyi sahibinin izni olmaksızın yıkıp da orada harîk munkatı' oldukda eğer emr'i veliyyü'l emr ile yıkılmış ise zamân lâzım gelmez ve eğer hod-be-hod yıkılmış ise zâmin olur.*” denilerek, mücbir sebebin bulunduğu bir durumda sorumluluğun doğmayacağı özel olarak düzenlenmiştir.<sup>482</sup>

<sup>478</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 562.

<sup>479</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 562,563; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 468.

<sup>480</sup> Ecr-i Müşterek, (Ortak İşçi), Terzi, ayakkabıcı gibi birden fazla kişiden iş kabul eden kişidir. es-Serahsî, **Mebûât**, c. 15, s. 80; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 111.

<sup>481</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 15, s. 80,81. İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 9, s. 578; Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 149.

<sup>482</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 2, s. 1695.

### bb) Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru, mücbir sebepteki duruma benzerlik gösteren bir durumdur. Burada da zarar veren kişinin gerçekleştirmiş olduğu olay, aslında niteliği bakımından zararlı neticenin ortaya çıkmasına elverişli bir olaydır ancak, zarar gören kişiye isnat edilebilecek olan kusurlu bir davranış bu ilk olayın göz ardı edilmesine neden olmaktadır. Zarar görenin kusurunun tamamen ilk olayın göz ardı edilmesini gerektirebilmesi için illiyet bağına tamamen kesen bir nitelikte olması gerekmektedir ve bu duruma tam kusur da denilir. Ancak zarar görenin kusuru her durumda illiyet bağına tamamen kesmemekte bazı durumlarda ortak bir sebep olmaktadır. Bu durumlarda ise zarar görenin kusuru, zarar verenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmasa da bu sorumlulukta hafiflemeye neden olur. Örneğin kaçırılarak tecavüze uğrayan ve ardından ağır yaralanan kişinin intihar etmesi durumunda kişinin intihar fiili ölüm sonucuyla zarar verenin davranışı arasındaki illiyet bağına kesmektedir ve ölüm sonucunda ötürü artık zarar verenin sorumlu tutulmamasını gerektirmektedir.<sup>483</sup>

Zarar verenin gerçekleştirdiği ilk olay zararlı sonucun doğmasına elverişli bir olay olmalıdır. Ancak zarar görenin fiili nedeniyle zararlı neticeyle bu olayın illiyet bağı kesilmiş bulunmalıdır. İlk olayı gerçekleştiren kişiyi sorumlu tutmama fikri aynı zamanda ahlaki bir düşüncenin eseridir. Bu düşünceye göre hiç kimse kendi kusuru neticesinde ortaya çıkmış olan bir zararı bir başkasına yükleyemez ve bu zarar nedeniyle bir başkasını sorumlu tutamaz.<sup>484</sup>

Zarar görenin kusurunun illiyet bağına kesmesi, zarar verenin de zarar görenin de sorumluluğunun mübâşeret halinde olduğu durumlarda karşımıza çıkabileceği gibi, zarar verenin tessebbüb halinde sorumluluğuna, zarar görenin ise mübâşeret halinde sorumluluğuna gidildiği durumlarda da karşımıza çıkabilir.<sup>485</sup> Örneğin, bir

<sup>483</sup> Nuri Kahveci, “Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları”, **Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi II**, sy. 3, 2002, ss. 132, 133, 135, 136; Eren, **Borçlar Genel**, s. 564; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 140; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 325; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 286; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 36; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 138; Şakir Berki, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, 3. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962, s. 141; Kahveci, “**İlliyet Bağına Kesen Sebepler**”, s. 106.

<sup>484</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 564.

<sup>485</sup> Kahveci, “**Zarar Görenin Kusuru**”, ss. 136, 137.

kimse su dökülen yoldan kasten geçer ve bu geçiş esnasında düşerse, suyu döken kişinin sorumluluğuna gidilemez<sup>486</sup> veya bir kimse umuma ait bir yolda açtığı bir kuyuya zarar görenin isteyerek atlaması durumunda kuyuyu açan kişinin sorumluluğuna artık gidilemeyecektir.<sup>487</sup> Birbiriyle kavga eden iki kişiden birinin cebinde bulunan kıymetli bir malın bu kavga esnasında yere düşmesi ve düşürmüş olan kişinin alma imkanı olduğu halde bu malı almaması durumunda artık kavga sırasında o malın düşmesine neden olan kavga ettiği kişinin illiyeti, düşüren kimsenin menfi fiiliyle kesilmiştir. Dolayısıyla zarar görenin kavga ettiği kişi o mal nedeniyle sorumlu tutulamaz.<sup>488</sup>

Zarar görenin davranışının illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmadığı durumlardan ortak illiyetten bahsedileceğini ve artık ilk olayı gerçekleştiren kişinin yani zarar verenin sorumlu tutulmamasından bahsedilemeyeceğini ancak sorumluluğunun hafifletileceğini söylemiştik. Bu duruma şu örneği verebiliriz. Bir kuyu inşaatında çalışan dört işçinin çalışmaları sırasında kazdıkları toprağın kayması nedeniyle aralarından birinin ölmesi durumunda sorumlulukları belirlenirken ödemeleri gereken tazminat dörde bölünür ve her bir işçi, üzerine düşen miktarı vefat eden işçinin velilerine teslim eder. Örnekte görüldüğü üzere vefat eden işçinin fiilide hesaba katılarak sorumluluk dörde bölünmüştür.<sup>489</sup>

### cc) Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişi kavramıyla, zarar gören, zarar veren ve bunların davranışlarından sorumlu oldukları şahıslar haricindeki kişiler kastedilir. Üçüncü kişi, fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin vermiş oldukları zararlardan dolayı da sorumludur.<sup>490</sup>

Zarar görenin kusurunda olduğu gibi, üçüncü kişinin kusuru olduğu durumlarda da illiyet bağı kesilebilir. Üçüncü kişinin kusuru nedeniyle illiyet bağının kesilebilmesi için, öncelikle zarar veren zararlı neticeyi meydana getirmeye elverişli

<sup>486</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 312.

<sup>487</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 27, s. 16; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, c. 7, s. 274; Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 180.

<sup>488</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 146.

<sup>489</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 27, s. 6; Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 180.

<sup>490</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 568.

bir olayı gerçekleştirmiş olmalıdır ve üçüncü bir kişi bu olayın göz ardı edilmesini gerektirecek yoğunlukta bir kusurlu davranışı gerçekleştirmelidir. Bu halde de zarar görenin kusurunda olduğu gibi eğer üçüncü kişinin kusurlu fiili, ilk olayla zararlı netice arasındaki illiyet bağımlı kessecek yoğunluktaysa, ilk olayı gerçekleştiren kişi sorumlu tutulmayacaktır bu tam kusur hallerinde uygulanır. Ancak eğer üçüncü kişinin fiili ilk olayı göz ardı etmeye yetecek yoğunlukta değilse, bu durumda ortak illiyetten bahsedilecektir ve her iki kişinin de sorumluluğuna gidilecektir.<sup>491</sup>

Üçüncü kişinin kusuru olmasına rağmen bazı durumların özelliğinden ötürü, illiyet bağı kesilmeyebilir. Örneğin, uçak işletmeleri, atom tesisleri, boru hatları gibi işletmelerde üçüncü kişinin kusuru nedeniyle zararlı bir netice meydana gelmiş olsa da bu işletmelerin barındırdıkları yüksek tehlike işletme sahiplerinin almaları gereken önlemlerin seviyesini de arttırmıştır ve üçüncü kişinin kusuru nedeniyle sorumluluklarından kurtulmalarına imkan vermemiştir. Örneğin, bir uçağa elinde bomba koyarak veya elindeki silahla uçağı düşüren bir üçüncü kişiyi işaret ederek uçak şirketi sorumluluktan kurtulamaz. Bu gibi hallerde üçüncü kişinin kusuru işletmelerin illiyet bağımlı kessecek yoğunluğa erişemez.<sup>492</sup>

Üçüncü kişinin kusuru ile illiyet bağımlı kesilmesi hallerine örnek olarak, bir kişinin koymuş olduğu taşın bir başkası tarafından kaydırılması ve bu taşın birinin ölümüne yol açması durumunda bir başkası taşı kaydırarak, yerini değiştirdiği için ilk kişinin yapmış olduğu fiil ile zararlı netice arasında illiyet bağı kesilmiştir ve sorumluluk taşı kaydıran kişinin üzerine doğmaktadır.<sup>493</sup> Bir kimsenin açmış olduğu kuyuya bir başkası tarafından itilerek bir kişinin düşürülmesi durumunda sorumluluk kuyuyu açan kişinin değil, kuyuya birini iten kişinin üzerine doğmaktadır.<sup>494</sup> Bir kimsenin bir hayvanı idare ettiği sırada bir başkasının hayvana vurması veya dürtmesiyle hayvanı ürkütmesi halinde bu hayvan ürkütmesinin etkisiyle bir zarara

<sup>491</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 566; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 140; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 286; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 37; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 325; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 139; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 329.; Kahveci, “**İlliyet Bağımlı Kesen Sebepler**”, s. 108.

<sup>492</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 567.

<sup>493</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 313.

<sup>494</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 27, s. 16.

neden olsa bu zarardan hayvanı idare eden kişi değil, kendi kusurlu fiiliyle hayvanı ürküten kişi sorumlu olacaktır.<sup>495</sup>

## D- KUSUR

Kusura dayanan sorumluluğun önemli bir şartı da zarara neden olan hukuka aykırı fiilin işlendiği sırada failin kusurlu olmasıdır. Yani kusura dayanan sorumlulukta, sorumluluğun kaynağı kusurlu bir fiilin bulunmasıdır. Bu fiil meşru sayılan hareket tarzından ayrılmakla ortaya çıkabileceği gibi hukuka aykırı bir sonucun doğmaması için gerekli kaçınma iradesinin gösterilmemesi durumunda da ortaya çıkabilir.<sup>496</sup>

### 1- Kusur Kavramı

Kusur açık bir şekilde tanımlanmamış olan bir kavramdır. Modern hukukta daha geniş ve kapsamlı bir tanımlanmış olan kusur kavramının, ihmali de kapsayacak biçimde İslâm hukukundaki taammüd veya hata kavramına karşılık olarak kullanılmış olduğunu söyleyebiliriz.<sup>497</sup> Taammüd kavramı, bir fiilin bilerek ve istenerek yerine getirilmesi olarak tanımlanabilir.<sup>498</sup> Taammüd kelimesinin kökü olan amd kelimesi ise bir şeyi istemek ve ona dayanmak manasına gelmektedir. Nitekim Kur'an'da bu anlamlarda kullanılmıştır.<sup>499</sup> Taammüd özellikle kusur çeşitleri anlatılırken kast kavramı içerisinde ele alınacaktır. Hata kavramı ise kişinin dikkat etmesi gereken bir hususta ihmal göstermesi veya taksirli bir biçimde bir fiili işlemesi anlamlarında kullanılmıştır. Kusur kavramı taammüd ve hata kavramlarıyla ilişkili olduğu kadar teaddi kavramıyla da ilişkili olan bir kavramdır.<sup>500</sup> Ancak teaddi kavramı daha çok hukuka aykırılık kavramına karşılık kullanılan bir kavram olduğundan ötürü buna dair açıklamalar hukuka aykırılık başlığı altında yapılacaktır.

<sup>495</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 326 vd.

<sup>496</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 465; Eser, **Haksız Fiil**, s. 72; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 326; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 151; Ahmet Akman, "Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 13, sy. 169-170, s. 188.

<sup>497</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 465; Yerlikaya, "Teaddi", s. 28.

<sup>498</sup> Ali Şafak, "Kasıt", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 24, 2001, s. 559; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 531.

<sup>499</sup> el-Fecr, 89/7, en-Nisa, 4/93, el-Ahzab, 33/5; el-İsfahani, **Müfredat**, s. 685.

<sup>500</sup> Yerlikaya, "Teaddi", s. 25; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 55.

Kusur kavramı modern hukuktaki tanımlarla ele alınacak olursa taammüd kavramından daha kapsamlı bir kavramla karşılaşılr. “*Kusur, kanunen merdud ahlaki bir hareket tazından ibaret olup haksız bir fiil veya bir akdin ihlali suretiyle tezahür eder.*”<sup>501</sup> Çeşitlerini de belirtecek şekilde ifade eden bir diğler tanıma göre ise, “*kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmal).*”<sup>502</sup> Buna göre modern hukukta kusur kısaca, hukuk düzeninin hoş görmediğı, kınadığı bir davranış olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>503</sup>

Hukuk düzeni, aynı zamanda bir toplum düzenidir. Toplum içinde birlikte yaşayan insanlar yaşadıkları sosyal çevrede normal kişilerin, birbirlerine zarar vermeden uyumlu bir biçimde hayat sürmeleri amacıyla davranışlarını düzenlerler. Hukuk düzeninin de bu şekilde davranan bir kişiyi kınaması beklenilemez. Dolayısıyla, kusurdan bahsedebilmek için hukuka aykırılığın da olayda bulunması gerekmektedir şeklinde bir belirlemede bulunulabilir. Kusurlu bir fiil aynı zamanda hukuka aykırı bir fiildir ve bunun aksi mümkün değildir.<sup>504</sup> Bu bakımdan, kusur (taammüd) kavramı hukuka aykırılıkla (teaddi) karıştırılmaya çok elverişli olan bir kavramdır. Genel olarak, hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olmasını ifade ederken, kusur failin bu fiilin kınanabilirliğini ifade eder.<sup>505</sup>

Kusurun tanımı modern hukukta genel olarak bu şekilde yapılmakla birlikte, kusur ele alınırken iki farklı teori üzerinden yola çıkılmıştır. Bunlardan ilki, sübjektif teoridir. Sübjektif teoriye göre kusur failin psikolojik ve moral durumuna göre bir değerlendirmeye belirlenir. İkinci teori olan objektif teoriye göre ise kusur, faile göre değil, failin yaşamış olduğu sosyal çevre veya meslek grubundaki, makul,

<sup>501</sup> Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Olguç Matbaası, Ankara, 1983,(çev: Cevat Edege), s. 377. Ayrıca yazar akdi kusur için şöyle bir tanım da yapmıştır: “*Akdi kendisine tahmil ettiği mülkiyet ve vazifelerden birini kasten veya ihmal suretiyle ihlal eden borçlu, akdi bir kusur işlemiş olur.*” s. 581.

<sup>502</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 54.

<sup>503</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 569; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 54; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 49; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 326; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 46; Alpaslan, **Tazminat Davaları**, s. 35.

<sup>504</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 569.

<sup>505</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 61; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 104; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 55.

dürüst, orta zeka seviyesinde bir insan tipine göre belirlenir. Bu ikinci teori daha çok kusurun objektif yönünü bize göstermektedir. Sübjektif teori ise bize kusurun sübjektif yönünü yani bir başka deyişle sorumluluk ehliyetini göstermektedir.<sup>506</sup>

## 2- Sorumluluk Ehliyeti

Kusur sorumluluğunun sübjektif yönünü sorumluluk ehliyeti oluşturmaktadır. Bir kusur sorumluluğundan bahsedilebilmesi için zararlı neticeyi meydana getiren fiilin, faile isnat edilebilmesi gerekmektedir. Bu şekilde fail ile fiil arasında kurulan sübjektif bağ sorumluluk ehliyetini oluşturur.<sup>507</sup> Sorumluluk ehliyeti, İslâm hukukunda mübâşeret sorumluluğunda kusur aranmazken sebep sorumluluğunda kusurun aranması ancak modern hukukta bunun tersine bir görünüm arz etmesi nedeniyle, İslâm hukuku ve modern hukuk açısından farklı biçimde tezahür etmektedir.<sup>508</sup>

İslâm hukukçuları cezai sorumluluk, akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk arasında ayırım yapmışlardır. Ceza sorumluluğu açısından, “*Ali bin Ebî Tâlib (Radiyallahu anh)'den rivayet edildiğine göre; Rasulullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurmuştur: “Çocuktan, deliden ve uyuyandan sorumluluk kalemi kaldırılmıştır.”*<sup>509</sup> hadisi temel alınmıştır ve bu sorumluluk, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı uyku/bayılma hali, ikrah ve istemeyerek sarhoş olma hallerinde sınırlandırılmıştır.<sup>510</sup> Ancak ceza sorumluluğunu sınırlayan bu haller kişinin borçlar hukuku açısından tazminle sorumlu olmasını sınırlamamaktadır. Çünkü ceza hukukunu sınırlayan bu hallere temel alınan delillerde kastedilen Allah’a (celle celaluhu) karşı sorumluluktur. Akdi sorumluluk açısından ise fiil ehliyetine sahip

<sup>506</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 570 vd; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 271; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, ss. 151, 152.

<sup>507</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 572; Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, ss. 102, 103.

<sup>508</sup> Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 143; Aydın, “**İtlaf**”, s. 466.

<sup>509</sup> İbn Mace, **Talak**, 15.

<sup>510</sup> Avcı, **Hukuk Tarihi**, ss. 222 vd.; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, ss. 168 vd; Udeh, **İslâm Ceza Hukuku**, s. 582 vd; Muhammed Ebû Zehra, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, ss. 363 vd.

olmayan kişilerin boşanma, kefalet, bağış gibi akitleri ve tasarrufları geçersiz sayılmıştır.<sup>511</sup>

Akit dışı kusur sorumluluğunda ise, mübâşeret hallerinde, gerek ceza, gerekse akdi sorumluluğu sınırlayan sebepler dikkate alınmamış ancak tesebbüb hallerinde kişinin kusurlu olması zorunlu kabul edilmiştir. Dolayısıyla akit dışı sorumlulukta aslolan kişinin kusur ehliyetine sahip olmasa da sorumlu tutulmasının gerektiğidir. Yani ceza hukukunda fail göz önüne alınırken burada fiil göz önüne alınmaktadır ve kişinin sorumlu tutulması için vücup ehliyetine sahip bulunması yeterli kabul edilmektedir.<sup>512</sup> Mübâşeret hallerinde bu şekilde kusur ehliyetine bakılmamasının bir sebebi de, tazmin yükümlülüğünün, bir ceza olarak değil de, daha çok yok edilen menfaat ve maslahatın telafisi olarak görülmesidir.<sup>513</sup> Yani tazmin yükümlülüğü bir kul hakkının izalesini sağlamaktadır ve bu noktada kişilerin saiki önemli değildir. Kişinin kusuru bulunmasa bile kul hakkını izale etmekle yükümlü tutulmaktadır. Eğer kişi aynı zamanda zararı meydana getirmiş olduğu fiilinde kusurlu olsaydı, bu takdirde hem günah hem de tazminatla yükümlü olacaktı ancak kusuru bulunmadığı durumlarda yalnızca tazminatla yükümlü tutulacaktır.<sup>514</sup>

Tesebbüb hallerinde sorumluluk ehliyeti açısından özellikle küçüklerin ve akıl hastalarının henüz kendilerine kusur isnat edilemeyeceğinden bahisle yaptıklarından ötürü sorumlu tutulmamaları genel olarak ifade edilmekle beraber bu kişiler için, farklı değerlendirmeler yapılmıştır.<sup>515</sup> Örneğin bir çocuğun bir hayvanın üzerindeyken o hayvanın bir kişiyi çiğneyip öldürmesi durumunda, çocuk eğer hayvanın üzerinde kendi başına durabilecek durumdaysa sorumluluk çocuğun âkilesi üzerine doğar ancak çocuk kendi başına hayvanın üzerinde durabilecek bir halde değilse, bu durumda kimsenin üzerine bir sorumluluk doğmaz.<sup>516</sup> Mecelle'de de

<sup>511</sup> Zuhaylî, *Nazariyyatu'd-Damân*, 264; Avcı, *Hukuk Tarihi*, ss. 319 vd.; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, ss. 209 vd; Yaman / Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, ss. 225 vd; Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, s. 13.

<sup>512</sup> Demirci, *Akit Konusunun Telefi*, s. 51.

<sup>513</sup> Eser, *Haksız Fiil*, s. 83.

<sup>514</sup> İmber, *Şeriattan Kanuna*, s. 225.

<sup>515</sup> Karaman, *Mukayeseli*, c. 2, ss. 480 vd.

<sup>516</sup> es-Serahsî, *Mebûât*, c. 26, s. 187.

çocuğun sorumluluğu ile ilgili şu şekilde belirleme yapılmıştır: 916.maddede “*Bir sabî diğerin malını itlâf etse kendi malından zamân lazım gelir. Malı yoksa hâl-i yüsürüne intizâr olunur; velîsine tazmîn ettirilmez.*” denilerek mübâşeret halinde çocuğun vermiş olduğu zarardan dolayı kendisinin sorumlu olduğunu ve kimsenin hukuki bir sebep bulunmadıkça başkasının vermiş olduğu zarardan ötürü sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir.<sup>517</sup> 960. Maddede ise: “*Mevâdd-ı ânifede zikr olunan mahcûrînîn bey’ ve şirâ gibi tasarrufât-ı kavliyyeleri mu’teber olmaz ise de kendi fi’illerinden neş’et eden zarar ve ziyânı hemen zâmin olurlar. Meselâ, bir çocuk gayr-ı mümeyyiz olsa bile birinin malını itlâf ettikde zamân lâzım gelir.*” şeklinde yapılan düzenlemeye göre ise akdi sorumluluğun çocuğun üzerine doğmayacağı ancak mübâşeret halindeki fiillerinden ötürü çocuğun sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir.<sup>518</sup> Bu konu bir sonraki bölümde ayrıntısıyla işleneceği için burada, bu kadar bahsetmekle yetineceğiz.

Hayvan ve cansız eşyalardan dolayı ortaya çıkan zararlı neticelerden ise sahiplerinin sorumlu olmaları gerektiği belirtilmiş, hayvan ve cansız eşyanın hukukun bir sujesi olmadığı ifade edilmiştir. Bu konu ile ilgili ayrıntılara da sonraki bölümde değinileceği için burada, bu açıklama ile yetinilecektir.

Modern hukuk açısından sorumluluk ehliyetini ele aldığımız da ise, bu ehliyetin failin ayırt etme gücüyle alakalı olduğundan bahisle, ayırt etme gücüne sahip olmayanların davranışlarından ötürü onlara bir kusur yüklenemeyeceği belirtilir. Bu gibi kişiler için hakkaniyetin gerektirdiği durumlar bakımından özel bir kusursuz sorumluluk hali modern hukukta düzenlenmiştir.<sup>519</sup>

Sorumluluk ehliyeti için failin yalnızca ayırt etme gücüne sahip olması aranır, ayrıca ergin olması şart değildir. Yani bu durumda kişi, fiil ehliyeti olmasa da ayırt etme gücüne sahip olması halinde sorumlu tutulacaktır. Bu da bize göstermektedir ki,

<sup>517</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 2, ss. 1690,1691.

<sup>518</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 480.

<sup>519</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, ss. 49, 50; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, ss. 61, 186 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, ss. 573, 614 vd; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 330; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 272; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 173.

modern hukukta da akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk açısından ehliyet durumları farklılık göstermektedir. Çünkü genel anlamda, fiil ehliyetine sahip olan kişi istisnalar haricinde akit yapma ehliyetine de sahiptir.<sup>520</sup> Yine modern hukukta da ceza sorumluluğu için, kişinin algılama yeteneği, irade yeteneği önem arz etmekte,<sup>521</sup> kişilerin yaş aralıklarına göre farklı düzenlemeler yapılmaktadır.<sup>522</sup> Bu durumda ceza sorumluluğu ile akit dışı sorumluluğun modern hukukta da farklılık arz ettiğini belirtebiliriz.

Ayırt etme gücünün geçici olarak kaldırılması durumunda ise, eğer kişi bunu alkol veya uyuşturucu madde alınması gibi, kendisi bilerek yapmışsa sorumluluktan kurtulamaz ancak kişinin ayırt etme gücünün kalkmasında bir kusuru bulunmaz ise bu durumda kusur sorumluluğundan kurtulur.<sup>523</sup>

Ayırt etme gücü, başka bir deyişle temyiz kudreti ise, kişinin söz ve davranışlarının nitelik ve sonuçlarını idrak edebilmesi ve bunun sonucunda idrakine uygun şekilde iradesini kullanabilme gücüdür. Failin ortalama bir insanın idrak ve

<sup>520</sup> Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, 4. Baskı, Konya, 2013, s. 21; s. Ali İhsan Özüğür, **Kişi Hukuku- Velayet- Vesayet- Soybağı- Evlat Edinme Hukuku- Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 60; Eren, **Borçlar Genel**, ss. 334 vd.; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, c. 2, s. 50; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul, 2015, s. 429.

<sup>521</sup> Özgenç, **Ceza Genel**, s. 370 vd.; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 393; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 375 vd.; Sinan Sakin, **Ceza Hukuku**, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 107; İsmail Ercan, **Ceza Hukuku**, 6. Baskı, XII Levha Yayınları Yayınları, İstanbul, 2011, s. 132.

<sup>522</sup> TCK, Madde 31/1: Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

2: Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

<sup>523</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 50; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 331; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 61; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 152.

irade kudretine sahip olması yeterlidir.<sup>524</sup> Bu kavram TMK’da da şu şekilde ifade edilmektedir: “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*”<sup>525</sup> Bu tanımlardan yola çıkarsak eğer ayırt etme gücü sorumluluk hukuku açısından, failin fiilinin hukuka aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığını değerlendirebilme ve bu değerlendirmenin sonucuna göre fiilini icra edebilme yeteneğidir. Dolayısıyla ayırt etme gücünün iki farklı unsurdan meydana geldiğini söyleyebiliriz. Bunlardan ilki zihnî unsurdur (takdir veya değerlendirme ehliyetidir). Bu unsur, failin fiilinin mahiyetini ve neticelerini değerlendirebilmesini ifade eder. İkinci unsur ise iradî unsurdur (irade veya davranış ehliyeti). Bu unsur, failin yapmış olduğu zihnî değerlendirmeye uygun bir şekilde hareket etme gücünü ifade eder.<sup>526</sup>

Sorumluluk ehliyetinin tespiti noktasında ayırt etme gücünün değerlendirilmesi mutlak değil nispi bir mana taşımaktadır. Buna göre hâkim, failin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı belirlenirken, her bir olayın niteliklerini ayrı ayrı nazara almalı, somut olaya göre belirleme yapmalıdır. Ayırt etme gücünün bulunup, bulunmadığının belirleneceği zaman ise fiilin işlendiği andır.<sup>527</sup>

Tüzel kişiler (Hükmi şahıslar<sup>528</sup>) ise kendi başlarına bir kusurlu fiil işleyemezlerken, organlarının işlemiş oldukları kusurlu fiiller tüzel kişiye isnat edildiği takdirde sorumlu olurlar. Bu şekilde tüzel kişinin organlarının kusuru, tüzel

<sup>524</sup> İbrahim Kâfi, Dönmez, “Temyiz”, **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2011, c. 40, s. 477; Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 566; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 56.

<sup>525</sup> TMK, m. 13.

<sup>526</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 573, 574; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 50.

<sup>527</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 57; Eren, **Borçlar Genel**, s. 574; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 330; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 152.

<sup>528</sup> Bkz. Hasan Hayri, Çırak, **İslâm Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Erzurum, 2001, ss. 39 vd; Murtaza Köse, “İslâm Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik”, **EKAV Akademi Dergisi**, c. 1, sy. 2, 1998, ss. 226 vd; Karaman, **Mukayeseli**, c. 1, ss. 276 vd.

kişinin kusuru sayılır. Tüzel kişinin organına kusur yüklenilemeyen durumlarda ise tüzel kişiye de bir kusur yüklenilemez.<sup>529</sup>

### 3- Kusurun Çeşitleri

Kusur, Borçlar hukuku kapsamında sorumluluk hukuku açısından kast ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Ancak buradaki kast ve ihmâl farkı ceza hukuku anlamındaki gibi bir değişiklik içermemektedir. Ceza hukukunda bu iki çeşitten hangisinin fiilde bulunduğu tespit edilmesine göre ceza verilip verilmemesi veya verilecek olan cezanın miktarı noktasında büyük değişiklik meydana gelmektedir. Borçlar hukuku anlamında ise kişinin sorumlu olduğunun tespitinin yapılması noktası haricinde bu sorumluluğunun kuvvetinin belirlenmesi ve buna göre bir tazminata hükmedilmesi gibi bir durum genel olarak yoktur.<sup>530</sup>

#### a) Kast

Tesebbüb sorumluluğunun doğmasına neden olan en kuvvetli kusur çeşidi kasttır. Hukuka aykırı olan bir sonucun bilinmesine ve istenmesine kast denir. Dolayısıyla, bir davranış kuralına aykırı olarak bilerek ve isteyerek veya kabullenerek bir zararın doğmasına sebep olan, bu zararın müsebbibi olan kişi kasıtlı bir davranışta bulunmuş olur.<sup>531</sup> Kasıtlı bir fiilde, failin iradesinin hukuka aykırı olan bir sonuca yönelmesi ve hukuken koruma altında olan bir değer istenilerek ihlâl edilmesi söz konusudur.

Yapmış olduğumuz tanımdan da çıkarılabileceği üzere kast, tasarlama ve isteme olmak üzere iki ayrı unsurdan oluşmaktadır. Tasarlama unsuru, hukuka aykırı olan neticenin fail tarafından bilinmesini, öngörülmesini yani tasarlanmasını ifade ederken, isteme unsuru bu sonucun fail tarafından istenmesini kabul edilmesini ifade

<sup>529</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 51; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 62; Eren, **Borçlar Genel**, s. 574; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 145, 146.

<sup>530</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 574.

<sup>531</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 468; Özgenç, **Ceza Genel**, ss. 229 vd.; Hakeri, **Ceza Hukuku**, ss. 206 vd.; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 52; Eren, **Borçlar Genel**, s. 574; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 46; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 56; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 327; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 272; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 152; Nuri Kahveci, "İslâm Ceza Hukuku Açısından Suçun Manevi Unsurlarından Kast", **Hikmet Yurdu Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, y. 5, c. 5, sy. 9, s. 15 vd.

eder. Hatta bu unsura göre zararlı netice arzu ediliyor olmasa da, bu neticenin kabullenilmesi, göze alınması isteme unsuru için yeterlidir. Dolayısıyla, kast ile hareket eden fail, hem fiili hem de hukuka aykırı olan neticeyi istemektedir.<sup>532</sup>

Geniş anlamda gerçeği bilmeme anlamına gelen hata, bilme unsurunu ortadan kaldırdığı için, hata olan durumlarda artık kasttan bahsedilemez. Örneğin, failin başkasına ait olan camı kendinin zannıyla kırması durumunda artık kasttan bahsedilemez ancak bu durumda mübâşeret sorumluluğu gereği fail sorumludur denilebilir.<sup>533</sup> Bu durum Mecelle’de de: “*Bir kimse kendi malı zannıyla diğerin malını itlâf etse zâmin olur.*” şeklinde düzenlenmiştir.<sup>534</sup> Failin hareketinin hukuka aykırı olmasını bilmesinin şart olup olmaması hususunda ise, hukuka aykırı hareket ettiğini tam olarak bilmiyorsa dahi en azından ahlaken hoş görülmeyecek bir hareket yaptığını idrak etmesi gerekmektedir. Temyiz kudretine haiz kişiler bu durumu idrak edebilecek düzeyde kişilerdir. Ancak failin bu durumu idrak edemeyecek düzeyde olması durumunda artık kasttan bahsedilemez.<sup>535</sup>

Failin kastının belirlenmesi noktasında makul bir kişinin ortalama bir davranışı esas kabul edilmektedir. Yetenekli kişilere bir zarar verme ayrıcalığı tanınmış olmaması açısından, eğer fail normalin üzerinde bilgi, yetenek ve zeka seviyesine sahipse, makul bir kişinin ortalama davranışı esas olarak kabul edilmez ve ayrı bir belirleme yapılır.<sup>536</sup> Örneğin özel kuvvetlerde görevli olan bir subayın silahıyla yapmış olduğu bir atış sonucunda zarara neden olması olayında, normal bir vatandaşa göre kastının bulunma ihtimali daha yüksek olacaktır. Ayrıca kastın belirlenmesi noktasında failin fiili işlemesindeki saik de dikkate alınmaz. Örneğin çocukları için bir ayakkabıyı gasp eden babanın, kastı olmadığı söylenemez.<sup>537</sup>

Kast doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

<sup>532</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 575; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 46; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 52; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 272.

<sup>533</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 576; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 47.

<sup>534</sup> Mecelle, m. 914.

<sup>535</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 48.

<sup>536</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 575.

<sup>537</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 48.

### aa) Doğrudan Kast

Doğrudan kast, failin hukuka aykırı olan neticeyi doğrudan doğruya tasavvur etmesi ve istemesidir.<sup>538</sup> Örneğin, failin komşusunun camını kırmak için eline aldığı taşı cama fırlatması olayında doğrudan kast vardır.

### bb) Dolaylı Kast

Dolaylı kast, failin, ortaya çıkan zararlı neticeyi doğrudan doğruya istememesine rağmen bu neticeyi kabullenmesi, göze alması durumudur.<sup>539</sup> Örneğin, bir kimsenin umuma açık bir yola kuyu kazması durumunda bu kuyuya düşerek telef olabilecek hayvanları göze alması durumunda, buraya düşerek telef olan hayvanlardan ötürü sorumluluğu, dolaylı kastı ile gerçekleştirdiği fiiline dayanır.<sup>540</sup> Bir kimsenin kendi arazisinde bir ateş yakması sonucunda bu ateşin etraf arazilere sıçraması durumunda normal şartlarda sorumluluğu bulunmamaktadır ancak bu ateş rüzgarlı bir günde yakılmışsa ve etrafa sıçrama ihtimali öngörülüyorsa buna rağmen yine de bu ateşi yakan kişi sorumludur.<sup>541</sup>

### b) İhmal (Taksîr)

Ceza hukukunda ihmal ve taksir kavramları farklı anlamlara gelseler de borçlar hukukunda ihmal kavramı taksir kavramını da karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu bakımdan ihmali şu şekilde kapsayıcı bir tanımla tarif edebiliriz: İhmal, hukuka aykırı olan neticenin istenmemesine rağmen bu neticenin ortaya çıkmaması için durumun gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi, hukuk

<sup>538</sup> Özgenç, **Ceza Genel**, s. 240; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 217; Eren, **Borçlar Genel**, s. 575; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 56; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 146; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 273.

<sup>539</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 56; Eren, **Borçlar Genel**, s. 575; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 273; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 146.

<sup>540</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 183.

<sup>541</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 182; es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 27, s. 26; Benzer örnek, bkz. Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 311.

düzeninin yüklemiş olduğu ödevin yerine getirilmemesi, gerekli önlemlerin alınmaması halidir.<sup>542</sup>

İhmal, aslolarak bir özen eksikliği neticesinde söz konusu olmaktadır. Bu özen eksikliği, aynı şartlar altında, aynı nitelikteki kişilerin gösterdikleri gerekli özenin gösterilmemesi olarak ifade edilebilir. Fail, ihmalden ötürü sorumlu olduğu durumlarda zararlı neticenin doğmasını istememekle birlikte, bu neticenin doğabileceğini öngörebilmektedir. Ancak ihmal durumunda da kastta olduğu gibi fail fiili yine isteyerek yerine getirmektedir. Bu fiil, olumlu bir davranış (yapma, etme) gibi, olumsuz bir davranış (yapmama, kaçınma) da olabilir.<sup>543</sup>

Ceza hukukunda sorumluluğun doğması açısından ihmal sübjektif bir değerlendirmeye tabi tutulurken, sorumluluk hukukunda bu değerlendirme objektiftir. Burada, kural olarak failin kişisel ve bireysel yetenekleri, sübjektif durumu dikkate alınmaz, hukuk ve örfün orta seviyede, normal, makul insanlardan göstermelerini beklediği dikkat, özen ve basiretin fail tarafından gösterilmesi beklenir. Kusurun objektif bir değerlendirmeye tabi tutulması fail için ağır bir sonuç gibi görünse de toplumun bir arada güven içerisinde yaşayabilmesi için, tüm fertlerin belirli bazı niteliklere ve yeteneklere sahip olmaları gerekmektedir.<sup>544</sup>

Kusurun objektif bir değerlendirmeye tabi tutulması, failin somut olaydaki davranışını değil, objektif olarak nitelenen bir tipin aynı şartlar altında yapacağı davranışı esas alınmasını gerektirir. Bu nedenle fail elinde gelen tüm çabayı sarf etmiş olsa da, kendinde herhangi bir irade ve ahlak eksiliği bulunmasa da, icra etmiş olduğu fiili, objektif kişinin icra etmiş olacağı fiilden daha alt seviyede kalıyor ve o fiilden sapıyor ise, bu durumda failin fiili kusurlu kabul edilir. Kusur kavramının bu

<sup>542</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 52; Eren, **Borçlar Genel**, s. 576; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 48; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 57; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 328; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 147; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 273.

<sup>543</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 576; Alpaslan, **Tazminat Davaları**, s. 37.

<sup>544</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 53; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 50; Eren, **Borçlar Genel**, s. 577.; Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 469; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 328; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 148; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 274.

şekilde objektif bir değerlendirmeye tabi tutulması aynı zamanda kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğun birbirine yaklaşmış olduğu bir alanı da oluşturmaktadır.<sup>545</sup>

Kusurun objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmasından bahsederken aynı şartlar altındaki objektif kişinin nasıl hareket edeceğinin dikkate alındığını ifade ettik. Bu durumda aynı şartlar altında ifadesi ile kastettiğimiz, failin tamamen objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmayıp, içerisinde bulunmuş olduğu somut olayın şartları, failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve mesleki durumunun da, kusurun değerlendirilmesinde rol oynayacağıdır. Buna göre objektif kişinin nasıl hareket edeceği belirlenirken, failin yaşına, cinsiyetine, eğitim ve mesleki durumuna göre bir belirleme yapılacaktır. Yapılan işin, patlayıcı maddeler ihtiva eden bir iş olması gibi bu duruma yönelik daha yüksek derecede dikkat ve özen gösterilmesi gereken durumlarda ise somut olayın şartlarına göre bir belirleme yapılacaktır.<sup>546</sup>

Kastta ifade ettiğimiz gibi ihmalde de failin bilgi ve yetenekleri orta seviyedeki bir kişiye göre daha yüksek düzeyde olabilir. Bu durumda orta seviyedeki kişiye göre bir kusur belirlemesi yapılmaz, failin durumu esas alınır.<sup>547</sup>

İhmal, yukarıda da bahsettiğimiz üzere kişinin yapması gereken bir fiili yapmaması veya gerekli dikkat ve özeni göstermemesi durumunda söz konusu olur. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, ihmal nedeniyle sorumluluğa neden olan bazı olaylar örnek olarak incelenecektir.

Başkasına âit hür bir çocuk, başka birisi tarafından evinden alınıp yolda götürülürken, bir yırtıcı hayvan saldırısı sonucunda öldürülse, bu durumda Hanefilere göre çocuğu götüren kişinin diyeti ödemesi gerekmektedir. Bu hüküm istihsana göre verilmiştir. İmam Züfer ve Şâfiî ise aksi kanaattedir. Bunun nedeni de gasp nedeniyle sorumluluğun ancak mütekavvim bir mal söz konusu olduğunda doğabileceği, hür çocuğun ise kan ve leşe kıyas edilerek bu niteliğe haiz olmadığıdır. İstihsana göre verilen hükme göre ise, çocuğu alıp götüren kişi hem onun ailesi tarafından

<sup>545</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 577; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 51 vd.

<sup>546</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 54; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 53; Eren, **Borçlar Genel**, s. 578; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 60; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 274.

<sup>547</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 579; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 54.

korunmasını engellemiş hem de kendisi onu tehlikelere karşı koruma noktasında ihmal göstermiştir.<sup>548</sup>

Hanefi hukukçulara göre, bir annenin 5 yaşındaki bir çocuğunu evde yalnız bırakarak dışarı çıkmasının ardından bu çocuğun ateşe düşüp ölmesi sonucunda sorumluluğu, annenin yeterli dikkat ve özeni göstermemesi sonucunda ihmali nedeniyle doğacaktır.<sup>549</sup>

Kişinin rüzgarlı bir günde kendi arazisinde ateş yakması halinde eğer bu ateş rüzgarla beraber komşu araziye sıçrarsa ve orada zarara neden olursa, fail gerekli dikkat ve özeni gösterip tedbir almadığı için sorumlu tutulacaktır. Ancak eğer ateş yakıldığı günde bir rüzgar olmasaydı failin de bu durumda sorumluluğuna gidilmezdi. Yine bir kimse oluşunun altında bir başkasının malının olduğunu bilmesine ve oluşundan su akıttığı takdirde bu malın zarar görebileceğini öngörmesine rağmen gerekli tedbiri almadan oluşundan su akıtırsa ve bunun üzerine ilgili mal zarar görürse bu kişi yine ihmali nedeniyle sorumlu tutulacaktır.<sup>550</sup>

Bir kimse kendi mülkü üzerine bir kuyu veya çukur kazmasından ötürü normal şartlarda sorumlu tutulmamaktadır. Ancak kişi kendi arazisinde bir kuyu kazdığı takdirde bu kuyu nedeniyle birinin zarar görmesi halleri için şu şekilde farklı belirlemeler yapabiliriz. Eğer o araziye kişi, arazi sahibinin izni olmadan girmişse kuyu nedeniyle göreceği zarardan ötürü arazi sahibi sorumlu değildir. Zarar görenin arazi sahibinden izin alarak, araziye girmesi durumunda ise, eğer araziye giren kişi, akli bir sorunu olmayan, gözü gören bir kişiyse kuyuda aşikâr bir şekilde belliyse bu durumda yine arazi sahibinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, eğer izinle araziye giren kişi, kör ise, kuyu karanlık belirli olmayan bir yerdeyse, kişinin bilmeden bu kuyuya düşerek zarar görmesi halinde arazi sahibi gerekli tedbirleri almamış olması nedeniyle ihmalden ötürü sorumlu tutulacaktır.<sup>551</sup>

<sup>548</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 26, s. 186; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, c. 7, ss., 166, 167.

<sup>549</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 649.

<sup>550</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 27, s. 26; Ali Haydar Efendi, **Dürrü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 182; Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 311.

<sup>551</sup> İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 9, s. 564, 571; es-Serahsî, **Mebûât**, c. 27, s. 16; Benzer örnek için bkz: Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 312.

Kişilerin mesleki durumlarının da kusurun belirlenmesi hususunda etkili olduğunu ifade etmiştik. Bu nedenle bir mesleği icra edecek olan kişinin o mesleği icra etmesi için gerekli olan temel bazı bilgi ve becerileri kazanmış olması gerekmektedir. Eğer fail, bu becerilerden yoksun olduğunu biliyorsa ihmali surette hareket etmiş kabul edilir.<sup>552</sup> Örneğin hekimlerin durumunu ele alacak olursak, Peygamberimiz (sallallahu aleyhi ve sellem) yeteri kadar tıp bilgisi olmayan kimsenin tedaviye kalkışıp da, zarara sebep olması durumunda bu zarardan ötürü tazminle sorumlu olacağını ifade etmiştir.<sup>553</sup> Yani tedavide bulunan kişi zarar kastı olmasa dahi gerekli dikkat ve özeni göstermediği için meydana gelen zarardan ötürü sorumlu tutulacaktır.<sup>554</sup> Ayrıca genel yarar, özel yarara üstün tutularak<sup>555</sup> bu gibi kişilerin mesleki ehliyetlerinin alınması da gerekmektedir. Eğer bir kişiyle ekmek pişirmek üzere anlaşılrsa ve bu kişi pişireceği ekmekleri fazla pişirerek yaksa, bu durumda aynı şartlar altındaki objektif kişinin yani işi bilen bir kişinin nasıl hareket edeceğine bakılır, hâkim bilir kişi olarak işin ustasına sorabilir ve buna göre karar verilir. Eğer fail normalde olması gerekenden daha yüksek bir sıcaklıkta ekmeği pişirmeye çalışmışsa bu durumda ihmalden ötürü sorumlu tutulur.<sup>556</sup>

Mecelle’de konuyla ilgili yapılmış düzenlemelerden yola çıkarak şu örnekleri verebiliriz: Bir çoban koyunlarını sürdüğü sırada bir koyunun sürüden firar etmesi halinde, çobanın dikkat ve özen eksikliği nedeniyle koyunun firarını fark etmemesi veya koyunun kaçtığını görmesine rağmen bir harekette bulunmaması durumunda, bu çoban ihmali nedeniyle sorumlu tutulacaktır.<sup>557</sup>

<sup>552</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 53; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 61; Ecem Kirkit, **Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 127.

<sup>553</sup> Ebû Davud, **Diyetler**, 23; İbn Mâce, **Tıb**, 16.

<sup>554</sup> Akman, **Hekim Uygulamaları**, s. 150; Ayrıca bkz. Süleyman Emre Zorlu, **Osmanlı Tıp Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 24 vd. Hekimin Sorumluluğunun kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk bağlamında değerlendirmesi için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/4-441 K: 2012/710, 10. 10. 2010, **LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, 2015, s. 119 vd.

<sup>555</sup> Mecelle m. 26.

<sup>556</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 471.

<sup>557</sup> Mecelle m. 607: “*Ecîrin te’addîsi yahut taksîri ile müste’cerun-fih telef olsa zâmin olur.* ”, m. 609: “*Ecîrin taksîri müste’cerun-fihin muhafazasında bilâ-özr kusûr etmesidir.* ”

Bir kimsenin genel kullanıma açık olan bir yol üzerine kereste veya taş yığılması sonucunda, bu yığının üzerine bir başka kimsenin hayvanının basıp telef olması halinde, bu yığına sebep olan kişi gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle sorumlu tutulmaktadır.<sup>558</sup>

### aa) İhmal İlişkin Ayrımlar

İhmal ağır, orta ve hafif olmak üzere üç farklı türde karşımıza çıkabilir. Ağır ihmal durumuyla, failin, kendisiyle aynı şartlar altındaki objektif bir kişinin alması gereken en basit tedbirleri dahi almaması ifade edilirken, hafif ihmal durumuyla, yalnızca dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemiş olması ifade edilir. Bu iki durum arasındaki haller ile ise, orta ihmal durumu ifade edilir.<sup>559</sup> Kusurun ağırlığının tespitinde failin fiilinin saikleri dikkate alınabilir. Örneğin sırf hava atmak amacıyla motor bisikletiyle farklı hareketler yaparken bir zarara neden olan kişinin kusurunun ağırlığıyla hasta çocuğunu hastaneye yetiştirmek için aracını hızla süren kişinin kusurunun ağırlığı eşit değildir.<sup>560</sup>

İhmal konusunda bir diğer ayrım sa bilinçli – bilinçsiz ihmal ayrımıdır. Buna göre fail eğer, hukuka aykırı olan sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bu sonucunun gerçekleşmeyeceğine yönelik beslediği bir ümitle gerekli dikkat ve özeni göstererek bir tedbir almazsa, bu durumda bilinçli ihmalden bahsedilir. Ancak failin, öngörülebilecek olan bir durumu öngörmeyip gerekli dikkat ve özeni göstermemesi halinde bilinçsiz ihmalden bahsedilir. Bu ayrım uygulamada sorumluluğun doğması hususunda bir farklılık meydana çıkarmamış ancak teorik bir ayrım olarak inceleme alanı bulmuştur. Ayrıca bilinçli ihmal ile dolaylı kast birbirlerine benziyor gibi görünen iki kavram olmakla birlikte aralarında olayı öngördükten sonrasında sonucun gerçekleşmesinin kabullenilmesi noktasında ayrım

<sup>558</sup> Mecelle m. 926: “Herkesin tarîk-i âmmda hakk-ı mürûru vardır. Fakat bi-şarti’s-selâmedir. ”, m. 927: “İzn-i veliyyü’l-emr olmadıkça kimse tarîk-i âmmda bey’ü şirâ için oturamaz. Ve bilâ-izin bir şey vaz’ ve ihdas edemez. Ve ederse ondan tevellüd eden zarar ve ziyânı zâmin olur. ”

<sup>559</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, ss. 510, 511; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 58; Eren, **Borçlar Genel**, s. 580; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 328; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 147; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 274; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 153; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 153; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, c. 1, s. 444.

<sup>560</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 55.

vardır. Dolaylı kast halinde fail, sonucun gerçekleşmesini kabullenmekteyken, bilinçli ihmal durumunda fail sonucun gerçekleşmeyeceğine yönelik bir ümit taşımaktadır.<sup>561</sup>

Kusurun ağırlığı tazminat miktarının belirlenmesinde veya manevi tazminata hükmedilmesi gibi hususlarda ve illiyet bağıını kesen sebepler bakımından dikkate alınabilir.<sup>562</sup> Üçüncü kişinin veya zarar görenin kusurunun ağırlığının illiyet bağıının kesilmesi hususunda önem arz ettiği illiyet bağıını kesen sebepler başlığında incelenmişti.

### bb) Kusuru İspat Yükümlülüğü

“*Berâ’at-i zimmet asıldır.*”<sup>563</sup> Külli kaidesi gereğince ispat edilmediği müddetçe aslolan kişinin kusurunun bulunmamasıdır. Dolayısıyla bir kişinin kusurunun bulunduğunu ispat etme yükümlülüğü aslolan duruma aykırı bir iddianın ispatı niteliğindedir ve Peygamberimiz (sallallahu aleyhi ve sellem)’in bir hadisinden kaynaklanan “*Beyyine müdde’î için ve yemîn münkir üzerinedir.*”<sup>564</sup> külli kaidesi gereğince bir kişinin kusurlu olduğunu iddia eden kişi bunu ispatla mükelleftir. Bu genel ifadeler neticesinde belirtebiliriz ki, kusuru ispat yükümlülüğü bu kusurlu fiil nedeniyle zarar gören tarafa düşer.

Ancak tessebbüb sorumluluğu hallerinde yani failin sorumlu tutulması için kusurunun şart olduğu hallerde, fail de fiilin yapıldığı zamanda kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Kişinin o an için temyiz kudretini kaybetmesi, mücbir sebebin mevcut olması gibi hallerde fail bu durumu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca olayda, üçüncü kişinin kusuru veya zarar görenin ağır kusuru gibi durumların mevcut olması halinde de fail

<sup>561</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 53; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, ss. 49 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 580; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 59; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 275.

<sup>562</sup> Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, c. 1, s. 343; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 55; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 329; Mustafa Reşit Belgesay, **Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 277.

<sup>563</sup> Mecelle, m. 8.

<sup>564</sup> Mecelle, m. 76.

sorumluluktan kurtulmak veya sorumluluğunun hafiflemesi için bu kişilerin kusurunu ispatlamalıdır.<sup>565</sup>

### cc) Kusurun Sorumluluk Hukukundaki Rolü

İslâm hukukunda mübâşeret halleri açısından sorumluluğun doğması hususunda kişinin kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmamış ve mübaşirin, kusuru olmasa dahi zarara neden olan fiili nedeniyle sorumlu olması fikri kabul edilmiştir.<sup>566</sup> Tesebbüb sorumluluğu hallerinde ise kişinin kusurundan bahsedilmiş, kusuru olmayan kişinin sorumlu tutulamayacağı fikri benimsenmiştir.<sup>567</sup> Ancak, ceza hukuku açısından, kişinin kusurunun ne şekilde olduğu önem arz ediyor olsa da, sorumluluk hukuku bakımından, kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurunun kast mı yoksa ihmal mi olması gerektiği hususunda uygulama bakımından bir farklılık görülmemiş, her iki durumda da kişi zarara neden olan fiili nedeniyle sorumlu tutulmuştur.

Modern hukukta ise sebep sorumlulukları daha çok kusursuz sorumluluk olarak ele alınmış ve kişinin kusurunun bulunup bulunmaması aranmamışken, haksız fiilden dolayı meydana çıkan zararlardan ötürü kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için kusurlarının bulunması aranmıştır. Ancak kusurun türünün nasıl olması gerektiği, modern hukukta da İslâm hukukundakine benzer bir şekilde ele alınmış ve uygulama açısından ceza hukukundaki gibi bir önem arz etmemiştir.<sup>568</sup>

### E- HUKUKA AYKIRILIK

Kusur sorumluluğunun kurucu unsurlarından birisi de hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka aykırı olmayan bir fiilden ötürü zaruret hali gibi istisnai haller haricinde fail sorumlu tutulmaz. Özellikle tesebbüb sorumluluğu hallerinde hukuka aykırılık unsuru, kusur unsurunun da zorunlu olması hasebiyle daha büyük bir önem kazanır. İslâm hukukunda hukuka aykırılık unsuru teaddî kavramıyla ifade edilir.

<sup>565</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 581.

<sup>566</sup> Şâtîbî, **el-Muvâfakât**, c. 2, s. 348; Mecelle, m. 92.

<sup>567</sup> Mecelle m. 93.

<sup>568</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 581.

## 1- Teaddî Kavramı

Teaddî, i'tidâ kelimeleri sözlük manaları itibariyle haddi aşmak, zulmetmek anlamlarına gelmektedirler. “Sizinle savaşanlara karşı Allah yolunda siz de savaşın. Ancak aşırı gitmeyin. Çünkü Allah aşırı gidenleri sevmez.”<sup>569</sup> ayetinde i'tida kelimesi aşırı gitmek manasında çevrilmiştir. “...Onlar, Allah'ın gazabına uğradılar. Bunun sebebi, onların; Allah'ın âyetlerini inkâr ediyor, peygamberleri de haksız yere öldürüyor olmaları idi. Bütün bunların sebebi ise, isyan etmek ve aşırı gitmekte oluşlarıydı.”<sup>570</sup> “...Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa onlar zalimlerin ta kendileridir.”<sup>571</sup> ayetlerinde görüldüğü üzere teaddî kavramı haddi aşmak, sınırı aşmak anlamlarında kullanılmıştır.<sup>572</sup> Kurân-ı Kerim’de bu şekilde geçmekte olan teaddî kelimesi İslâm hukukçuları tarafından da bu anlamını koruyacak biçimde kullanılmıştır. Teaddî kelimesinin fıkıh ıstılahındaki en yaygın manaları haksızlık, düşmanca davranış, kendi hakkının sınırlarını aşmak olarak görülmektedir. Özellikle Malikî kaynaklarda teaddî kavramı, cürüm karşılığı olarak veya gasp karşılığı olarak kullanılıyor olsa da, biraz düşünüldüğü takdirde burada asıl kast edilmek istenenin, fiilin hukuka aykırı bir şekilde bir zararı meydana getirmesi olduğu görülecektir. Ancak teaddî kavramı zarar unsurunu kapsamamaktadır. Kısaca teaddî kavramını hukuk düzeninin belirlemiş olduğu sınırları aşmak şeklinde ifade edebiliriz.<sup>573</sup>

Teaddî İslâm sorumluluk hukukunda özellikle tesebbüb sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Nitekim Mecelle’de bu husus: “Tesebbüben ber-vech-i bâlâ mûcib-i zamân olmasında te’addî şarttır. Yani mütesebbibin bir zararı zâmin olması ol zarâra müfdî olan fi’li haksız olarak işlemiş olması ile meşrutdur.”<sup>574</sup> genel hükmüyle belirtilmiş ve bu hükmün düzenlenmesine bir de şu örnek eklenmiştir: Bir kişi resmi makamların izni olmaksızın umumi bir yolda bir kuyu kazar ve o kuyuya

<sup>569</sup> el-Bakara, 2/190.

<sup>570</sup> el-Bakara, 2/61.

<sup>571</sup> el-Bakara, 2/229.

<sup>572</sup> Benzer şekilde teaddî kelimesinin kullanıldığı örnek ayetler için bkz. el-Bakara, 178, 194; Âl-i İmran 3/112; el-Mâide 5/2, 87, 107; Talâk, 65/1; Meâric, 70/31.

<sup>573</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 453; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 92.

<sup>574</sup> Mecelle, m. 924.

bir diğerk kişinin hayvanı düşerse, kuyuyu kazan kişi sorumlu olacaktır ancak eğer kişi kuyuyu kendi mülkü olan bir yerde kazar da bu kuyuya bir başkasının hayvanı düşerek telef olursa bu durumda kendi mülkünde kuyuyu kazan kişi sorumlu olmayacaktır. Çünkü ilk durumda kuyunun kazılması hukuka aykırıyken, ikinci durumda kuyunun kazılması hukuka uygundur yani teaddî yoktur. Yine Mecelle’de teaddî işinin hukuka aykırı davranışı ile sorumlu tutulması hususunda, işverenin açık veya gizli olan emrine aykırı bir filde bulunmasıdır şeklinde açıklanmıştır.<sup>575</sup> Bu bakımdan teaddî kavramının taammüd kavramı ile karıştırılması da mümkündür. Her iki kavram arasındaki farklara aşağıda değinilecektir. Bunlara ek olarak teaddîden bahsedebilmek için fiili hukuka uygun kabul etmemizi gerektirecek bir durumun mevcut olmaması gerekmektedir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller aşağıda işlenecektir.

Modern hukukta hukuka aykırılık belirlenirken iki farklı teori esas alınmaktadır. Bunlardan ilki sübjektif teoridir (olumsuz hukuka aykırılık teorisi). Bu teoriye göre zarar verme olgusu esas alınır ve failin böyle bir fiili işlemeye yetkisi olmaması durumunda zarar verici fiil hukuka aykırı kabul edilir. İkinci teori olan objektif teoriye göre ise zarar verme olgusu değil failin davranışı esas kabul edilmiştir. Buna göre bir fiilin hukuka aykırılığında bahsedebilmek için bu fiilin, başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan objektif bir hukuk normuyla çatışıyor olması gerekmektedir. Bu teorilerden hangisi esas alınırsa alınsın pratik açıdan bir farklılık oluşmamakta, yalnızca teorik olarak farklılıklar oluşmaktadır.<sup>576</sup> Bu teorilerin de ışığında modern hukuk açısından hukuka aykırılığı, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması durumunda, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı neticenin meydana gelmemesi için belirli bir fiili emreden hukuk kurallarına aykırı her fiil, hukuka aykırıdır şeklinde ifade edilebilir. Bu tanım sorumluluk hukuku açısından geçerliyken dar anlamda hukuka aykırılık olarak ifade

<sup>575</sup> Mecelle m. 607: “Ecîrin te’addîsi yahut taksîri ile müste’cerun-fih telef olsa zâmin olur. ” Mecelle m. 608: “Ecîrin te’addîsi müste’cirin sarahaten ya da delaleten emrine muhalif amel ve hareket etmesidir. ”

<sup>576</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 17 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, ss. 548, 585; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 250; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, s. 141.

edilebilir. Geniş anlamda hukuka aykırılık ise herhangi bir hukuk kuralının ihlali anlamına gelmektedir.<sup>577</sup>

### a) Hukuka Aykırılığın (Teaddî'nin) Unsurları

Teaddî için yapmış olduğumuz tanımlardan da anlaşılacağı üzere hukuka aykırılığın unsurlarından bahsederken biri olumlu biri olumsuz olmak üzere iki temel unsuru ifade etmemiz gerekmektedir. Hukuka aykırılığın olumlu unsuru, zarar vermeyi veya zarara neden olacak olan fiili yasaklayan ya da zararlı sonucun meydana gelmemesi için belirli bir fiili yapmayı emreden hukuk kuralına aykırı olan eylemdir. Bu unsur için aynı zamanda yasaklayıcı veya önleyici davranış kurallarının ihlali tabiri de kullanılabilir. Davranış kuralları, toplum içerisinde bireylerin neleri yapmaları neleri de yapmamaları gerektiği hakkında emir ve yasaklar koyan kurallardır. Bu kurallar genel ve soyut bir nitelik taşıyan ve herkese hitap eden kurallardır. Davranış kurallarının zıttını ise teşkilat kuralları oluşturmaktadır. Bu kurallar, özellikle bahsetmiş olduğumuz davranış kuralları olmak üzere maddi hukuk kurallarının teşri, yürürlük ve uygulanmasını sağlar. İhlal edilen normun, sorumluluk hukuku bakımından bir hukuka aykırılık teşkil etmesi için bu normun bir davranış kuralı olması gerekir. Teşkilat kurallarının ihlali sorumluluk hukuku bakımından bir hukuka aykırılık oluşturmayacaktır.<sup>578</sup> Ek olarak ifade etmek gerekir ki, bir davranış kuralı eğer mutlak haklara ilişkin ise o davranış kuralı, haklı kılacak özel bir neden olmadığı müddetçe herkes tarafından ihlal edilebilir ancak nispi haklara ilişkin ise ancak belirli kişiler tarafından ihlal edilebilir.<sup>579</sup> Bununla birlikte, nispi haklara ilişkin aykırılıklar için eğer bir akdin tarafı olan kişinin akde aykırı davranışı varsa artık hukuka aykırılıktan değil, akde aykırılıktan bahsetmek daha doğru olacaktır.<sup>580</sup>

<sup>577</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 586, 587; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 42; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 14.

<sup>578</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 587; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 295; Ayan, **Borçlar Hukuku**, ss. 251; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 15; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 20.

<sup>579</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 16 vd.; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, ss. 42, 43; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 21 vd.

<sup>580</sup> Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 117.

İhlal edilecek davranış kurallarını sadece kanunda düzenlenen davranış kurallarıyla sınırlı tutmamak gerekir. Zarara neden olan fiilin hukukun kaynaklarından herhangi birine aykırı olması, fiilin hukuka aykırılığını sağlamaktadır.<sup>581</sup> Bununla birlikte, zarara neden olan fiil ile ihlal edilen davranış kuralının bilinmemesi de hukuka aykırılığın oluşmasına engel olmaz. “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi sorumluluk hukuku için de geçerli olan bir ilkedir.<sup>582</sup>

Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru, hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda mevcut olmamasıdır. Somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinde herhangi birinin mevcut olması durumunda, artık fiil zarara neden olmuş olsa dahi hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir.<sup>583</sup> Hukuka uygunluk nedenleri aşağıda incelenecektir.

#### **b) Teaddî ve Taammüd Kavramları Arasındaki Farklar**

Teaddî ve taammüd kavramları arasındaki farklara kısmen kusur unsuru anlatılırken değinilmiş olsa da burada daha ayrıntılı şekilde işlenecektir. Teaddî, fiilin bir hukuk normuna aykırılığını ifade ederken (objektif unsur), taammüd ise failin hukuka aykırı fiile ilişkin olarak iç iradesiyle ortaya çıkarmış olduğu fiilinin hukuk düzeni tarafından kınanabilirliğini (sübjektif unsur) ifade eder.<sup>584</sup> Kusur (taammüd), ne kadar objektifleştirilmeye çalışılsa da fiilin değerlendirilmesinde zarar verenin durumu göz önünde bulundurulur. Ancak hukuka aykırılık (teaddî) tam manasıyla objektif ve normatif değerlendirmeler ile ele alınır. Örneğin, bir fiilin kusurlu olduğundan bahsedebilmek için failin öncelikle ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Ancak fiilin hukuka aykırı olması için failin ayırt etme gücüne

<sup>581</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 25; Eren, **Borçlar Genel**, s. 588 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 295.

<sup>582</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 295.

<sup>583</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 587; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 21.

<sup>584</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 104; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 14; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 61; Yerlikaya, “**Teaddî**”, s. 28.

sahip olup olmadığına bakılmamaktadır. Özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde bu fark kendisini net bir şekilde ortaya koymaktadır.<sup>585</sup>

Failin, taammüdü çoğu zaman fiilinin de teaddisine yol açmaktadır. Yani bir zararın ortaya çıkmış olduğu durumlarda taammüd ve teaddî unsurlarının her ikisinin de bir arada bulunması olağandır. Dolayısıyla genellikle bir arada incelenen bu kavramların karıştırılması veya birbirleri yerine kullanılmaları da mümkün olmaktadır. Mecelle’de gasp ve itlafa ilişkin hükümlerin yer aldığı bölümlerde taammüdün her iki kavramı birden kapsayıcı şekilde kullanıldığı görülmektedir.<sup>586</sup> Ayrıca Fransız pozitif hukukunda kusur, hukuka aykırılığın içerisinde değerlendirilen bir kavramdır.<sup>587</sup>

Teaddî ve taammüd kavramları arasındaki farkları incelerken, yukarıda da değindiğimiz gibi İslâm hukuku ve modern hukuk açısından kusura dayanan ve kusursuz sorumluluk belirlemesinin farklılık arz ettiğini ifade etmeliyiz. Buna göre modern hukukta kusur sorumluluğu, sorumluluk hukukunun temelini oluştururken kusursuz sorumluluk halleri istisna konumundadır. Ancak eğer failin kusuru yoksa, kanunlarda özel olarak düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluk hallerine bakılır ve bu çerçevede failin sorumlu tutulup tutulmayacağı araştırılır. Görüldüğü üzere modern hukukta da aslolarak, kusurun aranmayacağı durumlar söz konusu olmakla birlikte hukuka aykırılığın aranmayacağı durumlardan bahsedilemez. Hukuka aykırılık (teaddî) hem kusura dayanan hem de kusursuz sorumluluğun unsurları arasında yer almaktadır.

İslâm sorumluluk hukukunda ise sorumluluk halleri mübâşeret ve tesebbüb sorumlulukları olarak ikiye ayrılır. Mübâşeret hallerine failin, sorumlu tutulması için, fiilinin zararı doğurmuş olması yeterli kabul edilir ve ayrıca bir unsur olarak taammüd aranmaz. Tesebbüb hallerinde ise failin sorumlu tutulabilmesi için taammüd unsurunun da fiilde bulunmasına gerek vardır. Taammüdün ne oranda bulunması gerektiği kusura ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalarda

<sup>585</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 612, 613; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 40; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 61; Yerlikaya, “**Teaddî**”, s. 28.

<sup>586</sup> Örnek olarak bkz. Mecelle, m. 92, 93, 923.

<sup>587</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 40; Eren, **Borçlar Genel**, s. 612.

incelenmiştir.<sup>588</sup> Gerek Mecelle’de olsun gerekse klasik Hanefî eserlerde olsun teaddî ve taammüd kavramları birbirlerini kapsayıcı olacak şekilde kullanılmıştır. Tesebbüb sorumluluğunun doğması için failin hem taammüdünün hem de teaddîsini bulunması gerekmektedir ancak Mecelle’de bu durum tek bir kavramla her ikisini kapsayıcı biçimde ifade edilmiştir.<sup>589</sup>

## 2- Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka aykırılığın olumsuz unsurunun somut olayda zarara neden olan fiili hukuka uygun hale getirecek bir neden olmaması şeklinde belirtmiştik. Bu olumsuz unsurun hangi hallerde bulunmayacağını bu bölümde inceleyeceğiz.

Naslar tarafından yapılması yasaklanmış olan bir fiil başka bir nass veya durum nedeniyle, yapılmasına rağmen hukuka aykırı olarak kabul edilmeyebilir. Yine yapılması emredilmiş olan bir fiilin, gerekli şartların sağlanması halinde yapılmaması hukuka aykırılığı doğurmayacaktır. Bu şekilde yasak olan bir davranışın bazı mazeretler nedeniyle mübah olarak değerlendirilmesini sağlayan duruma, fıkıh ıstılahında ruhsat<sup>590</sup>, cevaz-ı şer<sup>591</sup> denir.<sup>592</sup> Somut olayda zarara neden olan fiilin yapılmasına ilişkin bir ruhsat bulunması durumunda artık hukuka aykırılığın olumsuz unsurundan bahsedilemeyecektir ve dolayısıyla hukuka aykırılık yoktur şeklinde bir belirlemede bulunulabilecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunduğu durumlarda fiil baştan itibaren hukuka uygun bir davranış olur ve hiçbir zaman hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Bu sebeplerin bulunduğu durumlarda hukuka aykırılığın baştan itibaren hiç oluşmamış olması nedeniyle, bu

<sup>588</sup> Zuhaylî, *Nazariyatü'd-Damân*, s. 25; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye*, c. 7, ss. 376, 382; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, c. 1, s. 181, 182; Akman, *Hekim Uygulamaları*, s. 186; Recep, Özdirek, *İslâm Hukukunda İşçilerin Verdiği Zararın Tazmini*, İstanbul, 2009, s. 57, 58; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 73; Halit Çalış, “Borçlar Hukuku”, *İslâm Hukuku El Kitabı*, 6. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017, (Edit: Talip Türcan) s. 437; Demirci, *Akit Konusunun Telefi*, s. 46; Hatemi, *İslâm Hukuku*, s. 101.

<sup>589</sup> Yerlikaya, “*Teaddî*”, s. 29 vd. , s. 49.

<sup>590</sup> “*Ruhsat: Kulların özürlerine mebni kendilerine bir suhulet ve müsaade olmak üzere ikinci derecede meşru kılınan şeydir. Sefer halinde Ramazanı şerif orucunun tutulmaması gibi*” Bilmen, *Hukuki İslâmiyye*, c. 1, s. 34.

<sup>591</sup> Mecelle, m. 91.

<sup>592</sup> İbrahim Kafi Dönmez, “Ruhsat”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, 2008, c. 35, s. 207; Eser, *Haksız Fiil*, s. 91; Ali Bardakoğlu, “Câiz”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, 1993, c. 7, s. 27.

sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler olarak değil de, hukuka uygunluk sebepleri olarak isimlendirmek daha doğru olacaktır. Hukuka uygunluk sebepleri birbiriyle çatışan iki koruma normunun (önce konulan azimetin<sup>593</sup> ve ardından bir özre binaen konulan ruhsatın) karşılaştırılmasının bir sonucudur.<sup>594</sup>

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar bulunduğu takdirde artık haksız fiilden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, faile haksız fiil nedeniyle herhangi bir müeyyide uygulanmayacaktır ancak bazı durumlarda fiil hukuka uygun olsa da failin tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>595</sup>

#### **a) Zarar Görenin (Mağdurun) İzni veya Rızası**

Zarara neden olan fiilin hukuka uygunluk sebeplerinden bir tanesi bu fiil nedeniyle zarar görenin, izni ve rızasıdır. Kişi tek yönlü bir hukuki işlem ile geçerlilik şartlarına haiz olmak şartıyla, belirli bazı hakları açısından hukuki korumadan vazgeçebilir. Bunun için genel olarak geçerlilik şartları, kişinin eda ehliyetinin bulunması ve iradesini sakatlayan bir durumun somut olayda mevcut olmamasıdır.<sup>596</sup> Mağdurun uğramış olacağı zararlar, zarar başlığı altında incelendiği üzere mal varlığına yönelik olabileceği gibi, vücut bütünlüğüne yönelik zararlar da olabilir. Mağdurun zarara neden olan fiile göstereceği rıza ise bu iki zarar türüne göre değişiklik göstermektedir. Dolayısıyla her iki zarar türüne göre ayrıca bir belirleme yapmak gerekmektedir.

#### **aa) İzin ve Rıza Beyanına İlişkin Durumlar**

#### **aaa) İzin ve Rızanın Açık veya Örtülü Olması**

Mağdurun, zarara neden olan fiilin hukuka uygun bir fiil olarak değerlendirilebilmesi için, bu fiile yönelik izninin, açık bir şekilde belirtilmiş ve

<sup>593</sup> “Azimet: Kulların özürlerine mebni olmaksızın iptidaen meşru kılınan şeydir.” Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 1, s. 34.

<sup>594</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 601.

<sup>595</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 108.

<sup>596</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, ss. 22, 23.; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 31; Eren, **Borçlar Genel**, s. 603; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, ss. 304-306; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 259.

rızasını gösteren bir izin olması gerekmektedir.<sup>597</sup> Ancak bu izin açık bir şekilde verilmiş olabileceği gibi örtülü bir izinde olabilir.<sup>598</sup> Nitekim Mecelle 772. madde de bu durum: “*Delâleten izin sarâhaten izin gibidir. Fakat sarâhaten nehiy varsa delâlete itibar olunmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Ardından bir misal ile maddeye açıklık getirilmiştir. Bir kimse evine bir başkasının girmesine müsaade etmişse, örtülü olarak açıkta duran bardakla o kişinin su içmesine de izin vermiş kabul edilir. Eve giren kimse bu bardakla su içerken kazârâ bardağı elinden düşürerek kırarsa artık bu kişinin bardağı tazmin etmesi gerekmez. Yine eğer bu kişi bardağı yine ev sahibinin izniyle eve girmiş olan bir başka kişiye verse ve bu kişinin elinde bardak kırılrsa bu kişiler yine tazmin borcuyla sorumlu olmayacaklardır. Ancak eğer evin sahibi o bardağa, bu kişinin dokunmaması gerektiğini belirtmişse artık eve giren bu kişinin, bardağı kullanma hususunda izni olduğunu söyleyemeyiz ve kazârâ da olsa bardağı kırdığı takdirde tazmin etmesi gerekecektir.<sup>599</sup> Ayrıca bu misale bakarak, açıkça verilmiş olan rıza ile zimnen verilmiş olan rızanın çakışması halinde açıkça verilmiş olan rızanın tercih edileceğini de görmekteyiz. Örfü göre de yine örtülü izin verilmiş olduğunun tayini yapılabilir. Yukarıdaki örnekte eve gelen misafirin açıkta duran bardağı kullanmasına yönelik olan izin örfü göre de var kabul edilebilir ve yine herhangi bir itlaf durumunda aynı belirleme yapılabilir.

### bbb) İzin ve Rızanın Sonradan Verilmiş Olması

Zarara neden olan fiile ilişkin izin, başta verilmemiş olmasına rağmen daha sonradan faile onay verilmesi halinde, ortaya çıkan zarara baştan itibaren rıza gösterilmiş kabul edilir. Hanefîlerden eş-Şeybani'ye göre ve Malikîler ile Hanbelîlere göre bu durumda fiil hukuka uygun kabul edilir.<sup>600</sup> Bu durum Mecelle'de “*İcâzet-i lâhika vekâlet-i sâbika hükmündedir.*”<sup>601</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, Bir kişinin ayıplı olan bir malı aldıktan sonra ayıbını görmesine rağmen bunu

<sup>597</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 108, Ahmet Ekşi, “İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 17, 2011, s. 352.

<sup>598</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 25; Eren, **Borçlar Genel**, s. 603; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 259.

<sup>599</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 69, c. 2, ss. 1295, 1464.

<sup>600</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 94; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 109.

<sup>601</sup> Mecelle, m. 1453.

satıcıya bildirmeyip kullanması o maldaki ayıbı önceden kabul ettiği anlamına gelir ve satıcıya tazmin yükümlülüğü yüklenmez<sup>602</sup> benzer şekilde, bir kimse başka bir kimsenin malını fuzûlî<sup>603</sup> olarak satmış olsa bu satış için daha sonradan mal sahibinin onay vermesi halinde, satış baştan itibaren geçerli hale gelir.<sup>604</sup>

Zarardan sonra verilmiş olan icazetin, itlaf fiilinin bir mevkuf akit olmamasından ötürü, fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini savunan Hanefî alimler ise bu durumdan lukata konusunu hariç tutmuşlardır. Lukatanın sahibi, lukatayı tasadduk eden kimsenin tasarrufuna icazet verdiği takdirde artık bu icazetinden geri dönemez. Bu görüşteki alimlere göre, geçerliliği olmaması gereken bu iznin geçerli sayılmasının nedeni, lukatayı bulan kişinin bu tasarrufuna kanun koyucunun izin vermiş olmasıdır.<sup>605</sup>

Kişi kendisine borçlu olan birini ibra edebilir veya kendisine bir tazminat ödeme yükümlülüğü olan kişiyi affedebilir ancak dolayısıyla zarar gören, ikinci görüşe göre fiili hukuka uygun kılacak bir rıza beyanında bulunamamış olsa da failin tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırabilir. Ancak bu durumda bu fiil hukuka aykırılık unsurunu koruyacağı için hakim bu kimseye ilişkin farklı tatbikatlarda bulunabilir. Oysa ki, ilk görüşe göre fiil hukuka uygun hale geleceği için artık failin ne tazmin sorumluluğundan ne de herhangi başka bir tatbikattan bahsedilemez. İki görüş arasındaki temel farklılık bu husustur.<sup>606</sup> Modern hukukta da rızanın daha sonradan verilmiş olması halinde fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkmaz ancak zarar görenin onaması halinde, bir haktan vazgeçme veya ibra söz konusu olacağı için, tazminatı talep hakkı ortadan kalkar.<sup>607</sup>

<sup>602</sup> İbn Âbidin, **Reddu'l-Muhtâr**, c. 6, s. 197.

<sup>603</sup> Fuzûlî, hukuken bir yetkiye sahip olmaksızın yani asil ya da vekil olmaksızın başkası hakkında tasarrufta bulunan yetkisiz temsilcidir. Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 149.

<sup>604</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 3, s. 2447; Mecelle m. 368: “*Bey'-i fuzûlî ve bey'-i merhûn gibi gayrın hakkı taalluk eden bey' ol gayrın iznine mevkûfen mün'akid olur.*”

<sup>605</sup> İbn Âbidin, **Reddu'l-Muhtâr**, c. 6, s. 198; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 382.

<sup>606</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, ss. 110, 111.

<sup>607</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 32; Eren, **Borçlar Genel**, s. 605; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 259.

### aa) Mal varlığına Verilen Zararlardan Zarar Görenin İzni ve Rızası

Bir kimsenin mal varlığına yönelik olarak bir başkasının herhangi bir tasarrufta bulunması hukuka aykırıdır.<sup>608</sup> Ancak mal varlığına yönelik bir zarar neticesine neden olacak olan bir fiile, mal sahibinin göstermiş olduğu rıza, o fiili, hukuka uygun hale getirir ve artık bu fiil ile bir haksız fiilin oluştuğundan bahsedilemez. Ancak burada, rıza gösterilen fiilin yalnızca mal varlığına yönelmiş olan bir fiil olması ayrıca kamu düzeni gibi bir hukuki yarara yönelmiş olmaması gerekmektedir. Aksi halde failin sadece hukukî sorumluluk bakımından sorumluluğunun doğmadığını ancak fiilin hukuka uygun hale gelmediğini ve failin cezaî bakımdan sorumlu tutulabileceğini ifade edebiliriz. Bu durum, İslâm hukukunda da, modern hukukta da genel anlamıyla bu şekildedir.<sup>609</sup> Örneğin: Bir oğul babasının veya baba oğlunun, koca karısının veya karı kocasının bir elbisesiyle değirmene gitse ve burada elbise telef olsa bu kişilerin birbirlerinin mallarını kullanmalarına örtülü izinleri olduğu için artık haksız filden bahsedilmez.<sup>610</sup> Bir malı ariyet olarak alan kişi o malı, adet üzere kullanmasına rağmen mal telef olmuşsa bu durumdan ötürü bir ariyet alanın sorumluluğundan bahsedilemez. Çünkü malın kullanımına ilişkin ariyet verenin izni vardır. Yine bir kimse, başka bir kimsenin koyununu gasbettikten sonra, mal sahibi gasbeden kişiden koyunu kesmesini ister ve gasıpta bu koyunu keserse artık bir sorumluluğu olmaz, ancak koyunu kesmeden önce, koyun helak olursa, artık mal sahibinin izninden bahsedilemeyeceği için haksız fiil oluşmuştur ve fail tazminle mükelleftir diyebiliriz.<sup>611</sup>

Geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için, zarara uğrayan malın, rıza gösteren kişinin kendi mülkiyetinde bulunması ve bu malın mütekavvim olması gerekmektedir. Kişi kendi mülkiyetinde olmayan bir mal üzerinde, bir başkasının herhangi bir tasarrufta bulunmasına rıza gösteremez.<sup>612</sup> Hukuken mal kabul edilmeyen şeyler açısından ise kişinin rıza göstermesi söz konusu olmaz. Örneğin,

<sup>608</sup> Mecelle, m. 96.

<sup>609</sup> Ceza hukuku açısından ise farklı değerlendirmeler yapılabilir. Bkz. Ekşi, “**Mağdurun Rızası**”, s. 356.

<sup>610</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 2, s. 1295.

<sup>611</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 11, s. 135.

<sup>612</sup> Mecelle, m. 95, 96.

kişi evinde bulunan şarapları dökecek olan birisine rıza gösterse burada rıza bir mütekavvim mal üzerine gösterilmediği için bir değer ifade etmez. Çünkü, zaten bir müslümanın bu şeyleri mülk edinmesi meşru değildir. Ancak eğer bu şarap bir gayrimüslime ait olsaydı, mütekavvim bir mal olarak değerlendirilecekti ve bu durumda bu şarabı döken müslümanın Hanefî ve Malikî alimlere göre tazmin etmesi gerekecekti. Dolayısıyla gayrimüslimin şarabın dökülmesine göstereceği rıza da fiili hukuka uygun hale getirecekti.<sup>613</sup>

### **bb) Cana ve Vücut Bütünlüğüne Verilen Zararlarda Zarar Görenin İzni ve Rızası**

Modern hukukta kişilik haklarından vazgeçmek kabul edilmemektedir.<sup>614</sup> Dolayısıyla kişilik haklarına yönelik olarak işlenen bir fiil nedeniyle uğranılacak olan zarara önceden razı olmak bu fiili hukuka uygun bir hale getirmeyecektir. Kişinin, can ve vücut bütünlüğüne yönelik olan zararlar hususunda da kişilik haklarını ihlal ettiği ölçüde vermiş olduğu rıza geçerlilik arz etmeyecektir. Örneğin, düello, ötanazi gibi hususlarda kişilerin vermiş oldukları rıza geçersizdir ancak spor faaliyetleri ve tıbbi tedavi gibi nedenlerle verilen rıza, spor faaliyetlerinin ve tıbbi tedavinin kurallarına uyulması ile geçerli kabul edilecektir.<sup>615</sup>

Kural olarak İslâm hukukunda hiç kimse, kendi canı ve organlarını zarara uğratabilecek kasıtlı bir fiil işleyemez ve böyle bir fiilin işlenmesine rıza da gösteremez. Dolayısıyla bu tip fiillerde zarar görenin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir ve fiil hukuka aykırı kabul edilecektir.<sup>616</sup> Ancak zarar görenin rızasının diyetle hükmedilmesi açısından bazı etkileri vardır. Böyle bir fiil işlendiği takdirde ceza hukuku açısından nasıl bir müeyyideyle karşılaşacağı konumuz dışında

<sup>613</sup> Şafî ve Hanbelîlere göre ise gayrimüslime de ait olsa bu tür mallara verilen zararlardan ötürü tazmin sorumluluğu yoktur. el-Hafif, **ed-Damân**, s.40; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 469; Eser, **Haksız Fiil**, ss. 95, 96.

<sup>614</sup> TMK, m. 23.

<sup>615</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 603-605; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 23; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, ss. 304, 305; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 111; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 259.

<sup>616</sup> Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 138; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, ss. 111, 112; Eser, **Haksız Fiil**, s. 95; Ekşi, “**Mağdurun Rızası**”, s. 353, Kahveci, “**İlliyyet Bağını Kesen Sebepler**”, s. 107.

kalacağı için ceza hukuku boyutuyla ilgilenmeden, hükmedilecek diyete dair görüşler ele alınacaktır.

Kişi kendi hayat varlığının ortadan kaldırılmasına rıza göstermişse, Ebû Hanîfe böyle bir durumda kısas şüphe nedeniyle uygulanamaz derken, diyete yönelik iki rivayeti bizlere ulaştırmıştır. Kâsânî ise bu şüphenin diyete hükmetmeye engel olmadığını ifade etmiştir.<sup>617</sup> Bu görüşe göre kısası uygulatma ve diyet alma hakkı maktulün akrabalarına aittir ve şüphe nedeniyle kısas uygulanmasa da diyet uygulanabilir. Ebû Yusuf, Muhammed b. Hasan eş-Şeybanî, Hanbelî ve çoğu Şafîî alim ise kısas veya diyet öldürülenin hakkıdır, öldürülen de söz konusu rızasıyla bu hakkını fail lehine kullanmıştır dolayısıyla kısas cezası uygulanamayacağı gibi diyete de hükmedilemez demektelerdir.<sup>618</sup>

Vücut bütünlüğüne zarar verecek fillere yönelik olan rıza failin diyet ve kısas müeyyideleri açısından sorumluluğunu ortadan kaldırılabilir. Böyle bir rızanın sonradan verilmesi durumunda failin fiili hukuka aykırı kabul edilmekle birlikte, mağdurun, kısası uygulatmama, diyeti almaktan vazgeçme ve affetme hakları olduğu için, fail üzerine herhangi bir tazmin sorumluluğu doğmayabilir. Zarar görenin, zarardan önce rıza göstermesi durumunda, Hanefî, Hanbelî, Malikî ve Şafîî alimlere göre böyle bir rıza failin kısastan ve diyetten vazgeçtiğini göstermesi bakımından geçerlidir.<sup>619</sup> Ancak bu durumda failin hukuka uygun hale geldiğini ifade eden yazarların görüşlerine katılmamaktayız. Çünkü failin kısas ve diyet hususunda sorumluluğu ortadan kalksa da failinin hukuka aykırılığı bu durumdan etkilenmez ve fail tazir cezasıyla sorumlu tutulabilir. Burada failin fiilinden ötürü bazı sorumluluklarının ortadan kalkması mevzu bahistir yoksa bizatihi fiilin hukuka uygun hale gelmesi söz konusu değildir. Nitekim fiilin rıza ile hukuka uygun hale

<sup>617</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâî**, c. 7, s. 236.

<sup>618</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâî**, c. 7, ss. 236, 242; Şemsuddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, eş-Şirbînî, **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc**, Dâr'ul-Kitab'ul-İlmiyye, 1958, c. 4, s. 50; Mansûr b. Yûnus b. İdrîs, el-Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'**, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ty, c. 5, s. 518; Avcı, **Osmanlı Ceza Genel**, s. 139.

<sup>619</sup> İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, c. 6, s. 548; Muhammed bin Abdullah el-Haraşî, eş-Şerhu'l **Muhtasar Halil Lil-Haraşî, Dâru'l-Fikir Li'l-Tabâat**, Beyrut, ty, c. 8, s. 5; Şirbînî, **Muğni'l-Muhtâc**, c. 4, ss. 50, 51; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 10, s. 344; Ebû Zehra, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, s. 467.

geldiğini iddia eden yazarlar dahi yine de fiilden ötürü faile tazir cezasının verilebileceğini ifade etmişlerdir ki, bu durumda hukuka uygun bir fiilden dolayı failin bir ceza müeyyidesiyle karşılaşması gibi ceza hukukunun temel ilkeleriyle dahi bağdaşmayan bir sonuçla karşılaşmaktayız.<sup>620</sup> Tüm bu sebeplerle vücut bütünlüğüne yönelik olan fiillerde, ilgilinin rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak değil cezayı düşüren bir sebep olarak ele almayı daha uygun görmekteyiz.<sup>621</sup>

Vücut bütünlüğüne yönelik olan zararlara rıza gösterilmesi halinde önemli olan husus kişinin organının kesilmesinin ardından durumu ağırlaşarak ölmesi durumunda failin sorumluluğunun ne olacağıdır. Bu durumda Ebû Hanîfe'den gelen rivayetlerden birinde kişinin organını kendisinin de kesebileceği için, izin vermek suretiyle başkasının fiilini kendi fiili yerine geçirmesi dolayısıyla, failin diyetten sorumlu olmaması gerektiği ifade edilmişken, diğer rivayette ise kişinin organının kesilmesine rıza göstermesi kendisinin öldürülmesine rıza göstermesine benzetilerek, failin diyetten sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>622</sup> Şafiîler arasında da her iki görüşe sahip fakihler mevcuttur.<sup>623</sup> Hanbelî fakihler ise böyle bir durumda failin diyetten ötürü sorumlu olmadığını ifade etmektedirler.<sup>624</sup>

Kişiyeye bir tıbbî müdahalede bulunulduğunda, tabiplerin hastanın yahut yakınının rızasını almadan önce, hastayı, müdahalenin niteliği ve sonuçları hakkında aydınlatması gerekmektedir. Bu aydınlatma genel ve soyut bir nitelik taşımamalı özel ve soyut olmalıdır. Ancak bu durumda hastanın vermiş olduğu rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirir.<sup>625</sup> Rızaya ilişkin bu şartların yanında failin sorumlu olmaması için, failin hekim olması (hekim olmak için gerekli belgeye, izne vs. sahip

<sup>620</sup> Aksi görüş için bkz. Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 119.

<sup>621</sup> Ebû Zehra, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, s. 466; Avcı, **Osmanlı Ceza Genel**, s. 139. Dağcı, **Müessir Fiiller**, s. 107.

<sup>622</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 16, s. 14; Ebû Zehra, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, s. 467.

<sup>623</sup> Şirbînî, **Muğni'l-Muhtâc**, c. 4, ss. 50, 51; Ebû Zehra, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, ss. 467, 468.

<sup>624</sup> İbn Kudâme, **el-Muğni**, c. 10, s. 344; Ebû Zehra, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, ss. 467, 468.

<sup>625</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 604, Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 120.

olunması), hekimin tedavi kastıyla hareket etmesi, müdahalenin tıbbi metotlara uygun olması şartlarının da sağlanması gerekmektedir.<sup>626</sup>

### b) Yetkili Makamın İzni

Yetkili bir makamın vermiş olduğu izin doğrultusunda işlenen fiil artık hukuka aykırılık teşkil etmeyecek, hukuka uygun bir fiil olacaktır. Mecelle’de genel hükümler kısmında bu durum, “*Cevâz-ı şer’î zamâna münâfi olur.*<sup>627</sup>” şeklinde düzenlenmiştir. Bu durum hem İslâm hukukunda hem de modern hukukta kabul edilmiş bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yetkili makamın izni, kanuni sınırlar çerçevesinde, kamu hukuku kaynaklı bir yetkinin ilgili kamu görevlisi veya memur tarafında kullanılması halinde<sup>628</sup> söz konusu olabileceği gibi kamu görevlisi veya memur olmayan bir şahsa da normal şartlar dahilinde yapılmış olsaydı sorumluluk doğuracak bir fiil nedeniyle izin verilmesi halinde de görülebilir. Örneğin, kolluk kuvvetlerinin bir şüpheliyi yakalaması, gözaltına alması veya hakimın bir sanığı tutuklaması gibi durumlar bu kişilere verilen yetki çerçevesinde hukuka uygun olarak değerlendirilir.

Mecelle’de yetkili makamın izniyle yapılan fiillerin sorumluluk doğurmayacağı ile ilgili farklı düzenlemeler ve örnekler yer almaktadır. Örneğin bir kimsenin yetkili makamın izni olmaksızın umumi bir yolda kazacağı kuyuya bir başkasının hayvanının düşmesi durumunda kuyuyu kazan kişi ortaya çıkan zarar nedeniyle sorumlu olacaktır. Yine bir kimse yetkili makamın izni olmadan böyle bir yol üzerine kereste veya taş yığar ve bir başkasının hayvanı da buradan geçerken bu yığma sürçerek telef olacak olursa ortaya çıkan zarardan bu yığıcıyı oluşturan kişi sorumlu tutulacaktır.<sup>629</sup> Bu iki örnekte yetkili kamu idaresinin vermiş olduğu izin söz konusuysen, bir şahsın kendi özel mülküyle ilgili olarak verdiği izin doğrultusunda zarar doğuran fiil de hukuka uygun olabilir. Örneğin bir kimse, izin almaksızın bir

<sup>626</sup> Akman, **Hekim Uygulamaları**, s. 150 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, ss. 23-25; Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 211; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 305; Zorlu, **Tıp Hukuku**, s. 24 vd.

<sup>627</sup> Mecelle, m. 91.

<sup>628</sup> Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 26; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 31; Eren, **Borçlar Genel**, s. 602; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 254; Toker, **Haksız Fiil**, s. 19.

<sup>629</sup> Mecelle, m. 924, 927.

başkasının bahçesine hayvanını bağlasa ve bu hayvanda bahçede bulunan, bahçe sahibinin hayvanını telef etse, izinsiz bir şekilde hayvanını bağlayan kişi sorumlu olacaktır.<sup>630</sup>

Yetkili olan kişi, yetkisini aşmışsa veya görevli olmayan kişi görev gaspında bulunmuşsa artık bu kişilerin fiilleri hukuka uygun olarak değerlendirilmez. Mevcut hukuka uygunluk sebebinin ortadan kalkması halinde de fiil, bu sebebin ortadan kalktığı andan itibaren hukuka aykırı bir fiil olarak değerlendirilir.<sup>631</sup> Örneğin kolluğun, bir şüpheliyi yakaldığı zaman bu şüpheliyi arabayla karakola götürmek yerine yürüterek karakola götürmesi durumunda artık yetkinin aşıldığı, failin yine sorumlu tutulması gerektiği ifade edilir.<sup>632</sup>

Yetkili makamın izninin mutlak olarak tüm konularını mı kapsadığı yoksa bunun sınırlandırılmış mı olduğu ise tartışmalı bir husustur. Bazı fakihler bu iznin mutlaklığını savunurken bazı fakihler de kamu menfaatiyle sınırlı olduğunu söylemektedir. Mecelle’de de bu düşünce “*Ra’iyye yani teb’a üzerinde tasarruf maslahata menuttur.*<sup>633</sup>” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre bir konuda kamunun menfaati zarar görecektse bu durumda yetkili makam izin vermiş olsa da fiil hukuka uygun bir fiil olarak değerlendirilemez.<sup>634</sup> Bu husus idarenin yeki sahasıyla ilgili bir konu olduğu için burada bu kadar değinilmekle yetinilecektir.

### c) Zaruret Hali

Hukuk sistemleri öncelikle soyut ve genel bir nitelik arz eden kuralı koyar ancak bu kuralın her durum ve şartta mutlak bir şekilde uygulanması mümkün olmayabilir. Bu durumda bu kuralın yerine göre yumuşatılması veya tamamen uygulanmaması gündeme gelir. İslâm hukukunda da kuralın ilkten konulması haline azimet, bu kuralın bir özür nedeniyle yerine getirilememesi durumunda ikinci

<sup>630</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm*, c. 2, s. 1732.

<sup>631</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 602; Belgesay, *Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk*, s. 273.

<sup>632</sup> Belgesay, *Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk*, s. 273.

<sup>633</sup> Mecelle, m. 58.

<sup>634</sup> İbn Kudâme, *el-Mugnî*, c. 9, s. 567-569; İbn Âbidin, *Reddu’l-Muhtâr*, c. 6, s. 593.

derecede meşru kılınan duruma ise ruhsat denir.<sup>635</sup> Hukuk disiplinlerinin genelinde görülen ve zaruret hali kapsamında ele alınan bu durum, Mecelle'nin külli kaideleri kısmında da birden fazla maddeyle düzenlenmiştir.<sup>636</sup>

Sözlük anlamı bakımından büyük ihtiyaç, savuşturulamaz zorluk ve sıkıntı manalarına gelen zaruret, fıkıh ıstılahında, dinin yasaklarından olan bir şeyin işlenmesini mubah hale getirecek ölçüde büyük tehlike ve zarardan kaynaklanan özür halidir.<sup>637</sup> Sorumluluk hukuku kapsamında daha açıklayıcı bir tanım yapmaya çalışırsak şunu ifade edebiliriz: Bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının şahıs veya mal varlığını gerek açık, gerekse yakın bir zarar tehlikesinden korumak için başka birisinin mallarını zarara uğratması veya bir zarara neden olmasa da meşru olmayan bir fiili işlemesi haline zaruret hali denir.<sup>638</sup> Modern hukukta zorunluluk hali olarak da ifade edilen bu durumla ilgili yapılan tanımlar benzerlik göstermektedir ve bu durum hem İslâm hukuku hem de modern hukuk açısından bir hukuka uygunluk hali olarak ele alınmaktadır. Örneğin, kişinin normal şartlarda yemesi yasak olan bir hayvanı açlıktan ölmek için yemesi<sup>639</sup>, bir vahşi hayvan saldırısıyla karşı karşıya kalan kişinin, bir başkasının aracına binerek kaçması halinde veya yaralı bir halde yatan kişinin çok kan kaybetmesi sonucu bir başkasının elbisesini yırtarak yarasını sarması durumlarında gerek kişinin aracı alması gerekse elbiseyi yırtması fiilleri hukuka uygun olacaktır. Ancak zaruret halinde özellikle vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı olmak üzere bir başkasının kişilik haklarına saldırı

<sup>635</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 1, s. 34; Çalış, **İslâm'da Kolaylaştırma**, s. 29, 80 vd., 90 vd.

<sup>636</sup> Mecelle, m. 17, 18, 21, 22, 23, 31, 32, 33.

<sup>637</sup> Halit Çalış, "Zaruret", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2013, c. 44, s. 141; Vehbe Zuhaylî, **Nazariyyetü' ed-Darûretü'Şer'iyye**, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1985, s. 67, 68; Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 80; İkraah durumunu da kapsayıcı olan bu tanıma şu hadisi örnek olarak verebiliriz: "*Rasulullah (s.a.v.) döneminde bir kadının zorla ırzına geçilmişti. Rasulullah (s.a.v.), cezayı kadından kaldırdı zorla bu işi yapan kimseye tatbik etti. Râvî diyor ki: Rasulullah (s.a.v.)'in kadın için verilmesi gereken bir ücret = mehir'i zikretmemiştir.*" Tirmizi, **Hudud**, 22; İbn Mâce, **Hudud**, 30; Şâtîbî, **el-Muvâfakât**, c. 1, s. 182; Mehmet Erdoğan, **İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi**, Yedinci Baskı, İFAV Yayınları, İstanbul, 2011, s. 68.

<sup>638</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 37; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 30, Eren, **Borçlar Genel**, s. 609; Ayan, **Medenî Hukuk**, s. 202; Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 276.

<sup>639</sup> El-Mâide, 5/3; Sâbûnî, **Safvetü't-Tefasir**, c. 2, s. 67.

teşkil eden fiiller hukuka uygun kabul edilmeyecektir. Zaruret halinde yalnızca mal varlığına zarar verilebilir.<sup>640</sup>

#### **aa) Zaruret Halinin Şartları**

Fiilin işlenmesinde zaruret halinden bahsedebilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

#### **aaa) Şahıs veya mal varlığına yönelmiş açık ya da yakın bir zarar tehlikesi**

Zaruret halinden bahsedebilmek için öncelikle açık veya yakın bir zarar tehlikesi bulunmalıdır. Bu zarar tehlikesi zaruret halinde bulunan kişiye yönelmiş olabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de yönelmiş olabilir. Zarar tehlikesinin tehdit ettiği hukuki varlık ise, şeref, hayat, vücut bütünlüğü gibi bir şahıs varlığı olabileceği gibi, mülkiyet gibi bir mal varlığı da olabilir.<sup>641</sup>

#### **bbb) Zarar tehlikesi malına zarar verilecek kişiden sadır olmamalıdır**

Zarar tehlikesi, üçüncü bir kişiden kaynaklanabileceği gibi doğa olayları, bir hayvan ya da şeyden de kaynaklanabilir. Zarar tehlikesinin malına zarar verilecek olan kişiden kaynaklanması durumunda ise artık zaruret halinden değil, meşru müdâfaadan bahsedilecektir.<sup>642</sup>

<sup>640</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 609; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 124.

<sup>641</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 46; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 38; Ayan, **Medenî Hukuk**, s. 203; Eren, **Borçlar Genel**, s. 609; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 31; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 300; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 147.

<sup>642</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 46; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 38; Eren, **Borçlar Genel**, ss. 609, 610; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 301; Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 277.

**ccc) Zarar tehlikesi nedeniyle üçüncü kişinin sadece malına zarar verilmiş olmalıdır**

Zaruret hali kapsamında ancak üçüncü kişinin mal varlığına yönelik bir zarar nedeniyle fiil hukuka uygun kabul edilir. Şahıs varlığına yönelik gerçekleştirilen zararlar fiili hukuka uygun hale getirmez.<sup>643</sup>

**ddd) Kaçınılan zarar tehlikesi ile kişinin malına verilen zarar arasında orantılılık olmalıdır**

Şahıs varlığına, özellikle hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik olan zarar tehlikeleri, üçüncü kişinin mal varlığına verilen zararlardan daha büyüktür. Ancak mal varlığına yönelik bir zarar tehlikesinin bulunduğu durumlarda, zarar verilecek olan mal varlığı ile bu tehlikenin neden olacağı zararın değerleri arasında orantılılık bulunmalıdır. Küçük bir zarardan kaçarken daha büyük bir zarara neden olunmamalıdır.<sup>644</sup>

Bunun yanında üçüncü kişinin malına verilecek olan zarar, zaruret miktarıyla sınırlı olmalıdır. Bu durum, Mecelle’de “*Zaruretler kendi mikdârlarınca takdîr olunur.*”<sup>645</sup> şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin açlıktan ölmek üzere olan bir kişinin haram olan bir maldan yiyeceği miktar karnını tıka basa doyuracak ölçüde değil yaşamını idame ettirmesi için gereken ölçüde olmalıdır.<sup>646</sup> Ayrıca bu kişinin bu bir malı, haram olduğu için yemeyip ölmesi halinde de kişi intihar etmiş gibi kabul edilecek ve küçük bir zarardan kaçarken büyük bir zararı kabul etmiş durumuna düşecektir. Bu durumda ölüm tehlikesi altında olan bir kişinin haram olan malı yemesi ruhsat olmasının yanı sıra kişiye yüklenmiş bir görev niteliği de

<sup>643</sup> Çalış, **İslâm’da Kolaylaştırma**, s. 254 vd; Eren, **Borçlar Genel.** 610; Ali Haydar Efendi, **Dürerü’l-Hükkâm**, c. 1, s. 81; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 39; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 32; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 301.

<sup>644</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 46; Eren, **Borçlar Genel**, s. 610.

<sup>645</sup> Mecelle, m. 22.

<sup>646</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü’l-Hükkâm**, c. 1, s. 82, 92; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 123.

kazanmaktadır. Hatta bu durumu ruhsat kapsamında değil, hayati tehlike nedeniyle ortaya çıkan bir azimet hükmü kapsamında ele alan fakihler de mevcuttur.<sup>647</sup>

**eee) Üçüncü kişinin mal varlığına zarar vermeden, zarar tehlikesinden kurtulma kaçınılmaz nitelikte olmalıdır**

Bu “şart talilik” ilkesi olarak da adlandırılır. Zarar tehlikesinden kurtulabilmek için zarara neden olmayacak başka bir yol var ise bu yol tercih edilmelidir. Ancak böyle bir yol mevcut değilse zaruret halinden bahsedilebilir. Ayrıca zaruret halinde üçüncü kişinin malvarlığına verilen zarar bilerek ve istenerek yani kasten verilen bir zarar olmalıdır. İhmal ile verilmiş bir zarar varsa bu durumda ancak bu zarar mâzur görülebilirse sorumluluk ortadan kalkar.<sup>648</sup>

**bb) Zaruret Halinin Hüküm ve Sonuçları**

Zaruret halinin somut olayda mevcut olması durumunda artık zarara neden olan fiilin hukuka aykırılığından bahsedilmez. Ancak burada hukuka uygun bir fiilden doğan sorumluluktan bahsedilir. Zarar veren, üçüncü kişinin mal varlığında vermiş olduğu zarar nedeniyle mutlak bir şekilde tazminat sorumluluğundan kurtulamaz. Modern hukuk açısından buradaki sorumluluk için, sorumluluğun temel ilkelerinde bahsetmiş olduğumuz, hakkaniyet sorumluluğu veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkeleri gereğince hâkim takdir hakkını da kullanarak zarar veren kişiyi tam veya kısmi tazminat ödemeye mahkum edebilir diyebiliriz.<sup>649</sup>

İslâm hukuku açısından ise temel prensip “*Iztırâr gayrin hakkını ibtâl etmez.*”<sup>650</sup> olmakla birlikte, bazı ayrımlar yaparak bu husus ele alınmıştır. Örneğin, açlıktan ölmek üzere olan bir kişinin bir başkasının malını yemesi durumunda bu kişi daha sonra bu malın bedelini vermeli veya sahibiyle helalleşmelidir.<sup>651</sup> Genel görüş

<sup>647</sup> Çalış, “Zaruret”, s. 143.

<sup>648</sup> Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 122; Eren, **Borçlar Genel**, s. 610; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 40; Ayan, **Medenî Hukuk**, s. 203; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, s. 32.

<sup>649</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 40; Eren, **Borçlar Genel**, s. 610, 611; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 125.

<sup>650</sup> Mecelle, m. 33.

<sup>651</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 82.

bu yönde olmakla birlikte bir başka görüşe göre, müslümanların böyle bir sıkıntı halinde mallarını ücretsiz olarak vermeleri gerekmektedir.<sup>652</sup> Saldırgan bir hayvanın saldırısından yalnızca onu öldürerek kurtulabilecek olan bir kimsenin bu hayvanı öldürmesi durumunda, bu hayvanın tazmin edilip edilmeyeceği konusu tartışmalıdır. Hanefî hukukçular, bu hayvanı öldüren kişinin hayvanın bedelini tazmin etmesi gerektiğini ifade etmişlerdir ve Hz. Ebû Bekir'in (radıyallahu anh) böyle bir hayvanı kılıcıyla öldüren kimseye, hayvanın bedelini tazmin ettirdiğini delil olarak ileri sürmüşlerdir.<sup>653</sup> Hanbelî, Şafiî, Malikî ve Zahirî hukukçulara göre ise bu durumda kişinin hayvanın bedelini tazmin etmesi gerekmez. Çünkü bu alimlere göre, bu durum açlıktan dolayı başkasının malını yemek zorunda kalan kişinin durumundan farklılık gösterir. Açlıktan dolayı başkasının malını yemek zorunda kalan kişinin zaruret halinde kalması yemekten veya yemeğin sahibinden ötürü değildir ancak hayvanı öldürmek zorunda kalan kişinin zaruret halinde kalmasının sebebi hayvanın kendisidir.<sup>654</sup> Bu gerekçe bize cumhurun bu durumu meşru müdâfaa hali gibi gördüğünü göstermektedir.

Kendisiyle beraber başkalarının da zaruret halinde bulunduğu bir durumda kendi mal varlığına zarar veren kişinin bu zararı diğerlerine tazmin ettirme hakkı yoktur ancak bu durumda başkalarının malına zarar vermiş olsaydı fiili hukuka uygun olmakla birlikte yine o zararı tazmin etmesi gerekecekti. Örneğin, batmak üzere olan bir geminin batmaması için kendi mallarını denize atan kişi bu malların bedelini gemideki diğer kişilerden talep edemez ancak başkalarının mallarını denize atmış olsaydı bu malları tazminle yükümlü olurdu. Bununla birlikte gemideki insanlar aralarında anlaşarak atılan malların değerinden birlikte sorumlu olmayı da kararlaştırabilirler.<sup>655</sup>

<sup>652</sup> İbn Kayyım, **İ'lâmü'l Muvakkı'in**, s. 44.

<sup>653</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 395; Ali Haydar Efendi, **Dürrü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 92.

<sup>654</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 395; Ebû Abdullah Muhammed b. İdris, Şafiî, **el-Üm**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty, c. 6, s. 191; İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 10, ss. 345, 346.

<sup>655</sup> İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 10, s. 357; Şirbîni, **Muğni'l-Muhtâc**, s. c. 4, ss. 92, 93.

#### d) Meşrû Müdâfaa (Haklı Savunma)

Normal şartlar altında işlenmesi yasak olan bir fiilin işlenmesini hukuka uygun hale getiren bir diğer durum meşrû müdâfaadır. İslâm hukukunun temel gayesi, (zarûrâtı dîniyyeden) olan can, mal ve namus gibi bir değere yönelmiş haksız bir saldırı bulunduğu durumlarda kişinin, bu saldırıdan kurtulmak veya bir üçüncü kişiyi kurtarmak için saldırganı yönelik olarak yapacağı saldırıyla orantılı olan fiili hukuka uygun kabul edilir.<sup>656</sup> Bu durum yukarıda bahsetmiş olduğumuz zaruret haline de benzemektedir ve bu benzerlik nedeniyle bir kısım yazarlar meşrû müdâfaa halinin zaruret halinin kapsamında yer aldığını, zaruret halinin özel bir görünümü olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>657</sup> Ancak zaruret halinde tehlikeden kurtulmak için verilecek olan zarar tehlikeli fiilin failine yönelik değil, üçüncü kişinin malvarlığına yönelik bir zararken; meşrû müdâfaa halinde saldırıdan kurtulmak için verilecek olan zarar, saldırganın malvarlığına, hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik olabilir. Görüleceği üzere meşrû müdâfaa halinde hem fiilin yöneldiği taraf hem de hukuki değer farklılık arz etmektedir. Bu nedenle meşrû müdâfaanın zaruret halinin kapsamına girdiğini ifade eden görüşe katılmamaktayız.

Bir fiilin meşrû müdâfaa kapsamında değerlendirilebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartları başlıklar halinde ele alalım:

#### aa) Meşrû Müdâfaanın Şartları

#### aaa) Meşrû Müdâfaada Bulunan Kişinin Kendisinin veya Üçüncü Bir Kişinin Doğrudan Şahsına ya da Mal Varlığına Yönelik Bir Saldırının Bulunması

Meşrû müdâfaa durumunda saldırı şahıs veya mal varlığına yönelik gerçekleşmiş olabilir. Şahıs varlığına yönelik gerçekleşen saldırı, cana, vücut

<sup>656</sup> Avcı, **Osmanlı Ceza Genel**, s. 106; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 33; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 352; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 45; Belgesay, **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk**, s. 274; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 124; Eser, **Haksız Fiil**, s. 102, TBK, m. 64.

<sup>657</sup> Hayreddin Karaman, **İslâmın Işığında Günün Meseleleri**, Nesil Yayınları, İstanbul, 1993, c. 1, s. 217, 276; Eser, **Haksız Fiil**, s. 101.

bütünlüğüne, ırza, namusa, hürriyete, sağlığa veya şerefe karşı olabilir.<sup>658</sup> Saldırının yönelmiş olduğu değere göre farklı belirlemeler yapılabilir.

Saldırı müdâfaada bulunan kişinin veya üçüncü bir kişinin hayat ve vücut bütünlüğüne yönelmiş olabilir. Bu saldırı ister bir kişiden isterse bir hayvandan yönelmiş olsun, somut olayda diğer şartlarında bulunması durumunda müdâfaada bulunan kişinin fiili hukuka uygun kabul edilecektir. Eğer bu kişi saldırıyı yapan şahsı veya hayvanı öldürerek, saldırıdan kurtulursa, bu durumda öldürdüğü kişinin diyetini veya hayvanın bedelini ödemesi gerekmez. Ancak burada hayvanın öldürülmesi durumunda bedelin tazminiyle ilgili olarak, zaruret halinde de kısaca bahsettiğimiz üzere bir ihtilaf mevcuttur. Malikî, Şafî ve Hanbelî fakihler hayvandan sadır olan bir saldırı nedeniyle hayvanın öldürülmesi durumunda, meşrû müdâfaada bulunan kişinin fiilinin hukuka uygun olduğunu ve bu kişinin hayvanın bedelini tazmin etmesi gerektiğini savunurken<sup>659</sup> Hanefî fakihler bu durumda fiil hukuka aykırılık teşkil etmese de, hayvanın bedelinin ödenmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>660</sup> Bununla birlikte Hanefî fakihler eda ehliyetine sahip olmayan akıl hastalarının ve çocukların saldırılarından, meşrû müdâfaada bulunan tarafından ancak bu kişilerin ölümü ile kurtulmanın mümkün olması durumunda da, bu kişilerin diyetleri ile sorumluluğun gerekeceği görüşünü savunmuşlardır.<sup>661</sup> Modern hukukta ise saldırının kusura dayanması aranmadığı için, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişiye karşı da meşrû müdâfaada bulunulabileceği kabul edilmiştir.<sup>662</sup> Hayvandan sadır olan fiiller ise zaruret hali kapsamında ele alınmıştır ancak herhangi bir tazminat sorumluluğundan bahsedilmemektedir.<sup>663</sup>

Şahıs varlığına yönelik saldırılardan, namusa yönelik bir saldırının bulunması halinde diğer şartlarının da gerçekleşmesi durumunda meşrû müdâfaa halinden

<sup>658</sup> Ayhan Hıra, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve İslâm Hukuku Mukayesesi Bakımından Meşru Müdâfaanın Uygulama Alanı Ve Ölçütleri”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 17, 2011, ss. 310, 311; Tandoğan, *Mes’uliyet Hukuku*, s. 33; Oğuzman / Barlas, *Medenî Hukuk*, s. 353; Eren, *Borçlar Genel*, s. 607; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 298; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 264.

<sup>659</sup> Şafî, *el-Üm*, c. 6, s. 191; İbn Kudâme, *el-Mugnî*, c. 10, ss. 345, 346.

<sup>660</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, c. 1, s. 92.

<sup>661</sup> Bağdâdî, *Mecmau'd-Damânât*, s. 166, 169.

<sup>662</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 607.

<sup>663</sup> Tandoğan, *Mes’uliyet Hukuku*, s. 34; TBK, m. 68; Hatemi / Gökyayla, *Borçlar Genel*, s. 124.

bahsedilir. Örneğin, bir çocuğu veya kadını zina işlemeye zorlayan kimsenin bu saldırıdan öldürülerek kurtulabileceği durumlarda kişinin öldürmesinden<sup>664</sup> ötürü herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır. Mala yönelik saldırılardan farklı olarak namusa yönelik bir saldırı bulunması halinde meşrû müdâfaa hak olmakla birlikte, bir görev de (zorunluluk) olmaktadır. Dolayısıyla kişinin namusuna yönelik bir saldırıda bulunulması halinde kendisini savunması yerine getirilmesi zorunlu bir yükümlülüktür ve herhangi bir sorumluluk doğurmaz.<sup>665</sup>

Bir erkeğin, eşini bir başka erkekle zina ederken görmesi durumunda o erkeği öldürmesinin meşrû müdâfaa kapsamına girip girmemesi hususu ise tartışmalıdır. Bir hadiste şöyle geçmektedir. Sa'd ibn Ubâde (radiyallahu anh): *"Eğer karımın yanında (yabancı) bir erkek görsem muhakkak onu kılıcımın geniş yüzü ile değil, keskin tarafı ile vurur öldürürüm"* demiştir. Bunun üzerine Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem): *"Sizler Sa'd ibn Ubâde'nin bu gayret ve hamiyyetine taaccüb mü ediyorsunuz? (Şaşmayın.) Çünkü biz (ben) Sa'd'den daha kıskancım, Allah da benden kıskançtır"*<sup>666</sup> buyurmuştur. Bir başka rivayette ise Sa'd'ın bu kişiyi kılıcıyla öldüreceğini ifade etmeden önce, Peygamber Efendimize (sallallahu aleyhi ve sellem), eşinin yanında bir adam bulsa dört şahit getirmeden ona dokunmayacak mıyım?" diye sorduğu Rasulullah'ın (sallallahu aleyhi ve sellem) evet cevabı verdiği ifade edilmektedir.<sup>667</sup> İmam Nevevî, bu hadisile ilgili açıklama yaparken hiç kimsenin Allah'tan daha kıskanç olamayacak olmasına rağmen Allah (celle celaluhu) cezalandırmakta acele etmemektedir, dolayısıyla kullarında acele etmemesi gerekmektedir demektedir ve Allah (celle celaluhu) acilen cezalandıracak olsa dahi bu O'nun adaletli bir uygulaması olur şeklinde eklemektedir.<sup>668</sup> Bu hadisten hareketle bazı fakihler eşini bir erkekle gören kişinin o erkeği öldürmesi durumunda bir suç işlemiş kabul edileceği ve bu suçtan ötürü sorumlu olduğunu, öldürülen kişinin diyetini ödemesi gerektiğini ifade etmişlerdir ancak böyle bir durumda zina eden kişiye had cezasının uygulanabilmesi için dört şahit ile kişinin bu durumu

<sup>664</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 166 ,173.

<sup>665</sup> İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 10, s. 352; Bkz. Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, 203.

<sup>666</sup> Buhari, **Nikah**, 108, Tevhid, 20; Müslim, **Liân**, 17; Dârimî, **Nikah**, 37.

<sup>667</sup> Müslim, **Liân**, 16.

<sup>668</sup> En-Nevevî, **el-Minhâc**, c. 7, s. 132.

ispatlamasının gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte bazı hukukçular da, kişi henüz zina edenin suçunu ispatlamadan bu kişiyi öldürse dahi eğer daha sonradan bu durumu dört şahitle ispatlayabiliyorsa bu fiilden ötürü sorumlu tutulmasının gerekmediğini savunmuşlardır.<sup>669</sup> Ayrıca konu sadece eşler arasında sınırlı tutulmamış ve kişinin yakın akrabalarından olan birininin zina ettiğini bir delile binaen öğrenmesi durumunda, o kadını öldürdüğü takdirde, bu öldürme fiilinin suç olması devam etmesine rağmen cezanın düşeceği ve öngörülebilecek tazir cezası haricinde bu kişiye, kısas, diyet veya kefaret müeyyidelerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.<sup>670</sup>

Şahıs varlığına yönelik saldırıların kapsamına kişinin özel hayatının ihlali suretiyle yapılan saldırılarda girebilir. Bu konuda “Ebû Hureyre (radıyallahu anh) şöyle demiştir: “Ebû'l-Kâsım (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurdu: *"Eğer bir kimse izinsiz olarak senin mahremiyetine bakar, sen de iki parmağın arası ile bir çakıl taşı atarak onun gözünü çıkarırsan, bundan dolayı artık sana herhangi bir günah sabit olmaz."*<sup>671</sup> Kişi özel hayatının gizliliğinin ihlalini önlemek için kendini savunabilir ve bu savunması diğer şartlara da uyduğu takdirde meşrû müdâfaa olarak değerlendirilir.

Mal varlığına yönelik bir saldırı olması durumunda kişinin savunması, diğer şartların da mevcut olmasıyla birlikte meşrû müdâfaa kapsamı içerisinde değerlendirilebilir. Mal varlığına yönelik saldırıların olduğu durumların meşrû müdâfaa kapsamına gireceğini hukukçular esas olarak, Peygamber Efendimiz'in (sallallahu aleyhi ve sellem) malı uğruna öldürülen kişinin şehit olacağını ifade etmiş olduğu hadisle temellendirmektedir.<sup>672</sup>

<sup>669</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 106.

<sup>670</sup> Ebû Zehra, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, ss. 464, 465.

<sup>671</sup> Buhari, **Diyât**, 22, Neseî, **Kasâme**, 45.

<sup>672</sup> Buhârî; **Mezâlim**, 33; Muslim, **İmân**, 226; Ebû Davûd, **Sünnet**, 28,29; İbn Mâce, **Hudûd**, 21; Tirmizî, **Diyât**, 22.

### bb) Başlamış veya Başlaması Çok Yakın Bir Saldırının Olması

Savunma fiilinin, meşrû müdâfaa kapsamına girmesi için başlamış olan veya başlaması çok yakın olan bir saldırı fiilinin mevcut olması gerekir. Saldırı fiili son bulduktan sonra, saldırgana yönelik yapılacak olan fiil meşrû müdâfaa kapsamında yer almayacaktır, yani misilleme niteliğindeki fiiller bu kapsamda değerlendirilmezler. Aynı şekilde önleyici nitelikteki fiiller de meşrû müdâfaa kapsamında değerlendirilmezler yani muhtemel bir saldırı için savunma yapılmaz.<sup>673</sup> Misilleme niteliğinde veya önleyici nitelikteki fiiller yine failin sorumluluğunu doğuracaktır.

### cc) Saldırının Hukuka Aykırı Olması

Saldırı fiili hukuka aykırı olmalıdır. Kanunun verdiği bir yetkiden ötürü yapılan bir saldırıdan dolayı meşrû müdâfaa halinden faydalanılamaz. Örneğin, bir polisin görevi gereği yaptığı fiile karşı veya zaruret halinde bulunan birisinin yapmış olduğu fiile karşı meşrû müdâfaada bulunulamaz. Çünkü bu durumlarda yapılan fiil saldırı sayılmaz. Meşrû müdâfaaya karşı da meşrû müdâfaa olmaz. Örneğin, bir kişi bir başkasını hürriyetinden yoksun bıraksa, bu saldırıya maruz kalan kişi de bu saldırıdan kurtulmak için o kişiyi yaralasa artık saldırgan bu kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapacağı daha sonraki bir hareketi açısından meşrû müdâfaadan yararlanacağını iddia edemez.<sup>674</sup>

### dd) Saldırı İle Savunma Arasında Uygun Bir Orantının Bulunması

Meşrû müdâfaa hali aynı zamanda bir zarurettten doğmaktadır. Bu haliyle savunma fiili zaruret halinde yapılan fiiller gibi bazı genel kurallara bağlıdır. Bunlardan biri de “Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur”<sup>675</sup> külli kaidesidir. Buna göre, saldırıya karşı yapılan fiilin meşrû müdâfaa kapsamında kalması için,

<sup>673</sup> Hıra, “Meşru Müdâfaa”, s. 330, 331; Eren, **Borçlar Genel**, s. 607; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 353; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 35; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 298; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 264.

<sup>674</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 607; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 34; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 298; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 264; Hıra, “Meşru Müdâfaa”, ss. 331 vd.

<sup>675</sup> Mecelle, m. 22.

saldırı fiili ile bu fiilin arasında uygun bir orantı bulunmalı yani her iki fiil birbiriyle dengeli olmalıdır. Bu denge fiillerin hem amaç ve hem de araç yönü itibariyle olmalıdır. Meşrû müdâfaa hali saldırıya uğrayan kişiye tanınmış bir haktır ve bu hakkın sınırlarının aşılması hukuka uygun değildir. Eğer bu hakkın sınırları aşılsa, aşkın saldırıya maruz kalan kişi bu saldırıya karşı meşrû müdâfaada bulunabilir. Ayrıca fiiller arasındaki denge her durumda mutlak olarak aranmaz.<sup>676</sup> Örneklerle bu şartı açıklayalım:

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, şahıs varlığı kapsamında özel hayatın gizliliğinin ve konut dokunulmazlığının korunması meşrû müdâfaa kapsamında değerlendirilebilir. Dolayısıyla, birisinin evine gizlice girilerek konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ihlal edildiği durumda ev sahibi o kimseyi evinden çıkartma hakkına sahiptir. Ancak çıkartırken nasıl hareket edeceğini, fiillerin arasında orantı bulunması gerekir şartına göre belirleriz. Buna göre ev sahibi, eve izinsiz giren kişiyi öncelikle sözle, sözün etkili olmaması durumunda fiili olarak itmeye veya dövmeyle çıkarabilir. İzinsiz olarak evine girilen kişinin aynı zamanda mal varlığı, ırz ve namusu da tehlikeye girmiş olabilir. Bu gibi durumlarda öldürmekten başka bir yol yok ise eve giren kişinin hayatına yönelik bir fiil ile de meşrû müdâfaada bulunulabilir. Özellikle konut dokunulmazlığının, özel hayatın gizliliğinin ihlali gibi saldırı fiilinin karşılığında aynı hukuki değer ihlaliyle savunmanın yapılamayacağı durumlarda, temel prensip olarak, saldırıya maruz kalan kişinin en hafif olan fiilden başlamak üzere hangi fiil ile bu saldırıdan kurtulabiliyorsa onu yapması gerektiği söylenebilir.<sup>677</sup> Bu prensipten yola çıkarak meşru müdâfaa durumunda kaçmak veya kolluk kuvvetlerine sığınmak mümkün ise, artık bu durumdan faydalanılamaz şeklinde belirtilen bir görüş mevcuttur. Aslolarak bu durum tartışmalı olmakla birlikte, kaçarak veya kolluk kuvvetlerine sığınarak saldırıdan kurtulmak mümkünse artık bu haller, bahsettiğimiz prensip gereğince birer savunma fiili olarak ele alınır ve öncelikle uygulanması gerektiği belirtilir.<sup>678</sup> Modern hukukta da durum tartışmalı

<sup>676</sup> Hıra, “Meşru Müdâfaa”, s. 336, 337; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 265.

<sup>677</sup> Reisoğlu, **Borçlar Genel**, s. 167; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 126; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 36.

<sup>678</sup> Hıra, “Meşru Müdâfaa”, s. 335, 336; İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 12, s. 532; Şirbini, **Muğni’l-Muhtâc**, c. 4, s. 197.

olmakla birlikte, böyle bir halde imkan olmasına rağmen kaçmayıp, kolluk kuvvetlerine sığınmayıp, savunma fiillerinde bulunan kişinin bu durumdan faydalanacağı ifade edilir.<sup>679</sup>

Mal varlığına yönelik saldırılarda fiiller arasındaki dengeden bahsederken hukukçular arasında ihtilaf mevcut olmuştur. Hanefî hukukçular miktarı az veya çok mülkiyeti bir başka kimseye ait olan malı hukuka aykırı şekilde almaya çalışan kişi öldürülebilir demişlerdir ancak Malikîler bu görüşe katılmamaktadırlar. Onlara göre az miktardaki bir maldan ötürü hırsız öldürmek meşrû müdâfaa kapsamında yer almayacaktır.<sup>680</sup> Bu durum daha çok, fiillerin amaçları noktasındaki dengeyi esas alarak ifade edilmiştir ancak fiillerin araçları noktasında denge bulunması hususunda da bu durumdan bahsedilebilir. Örneğin, yanında hiçbir tabanca ve kesici, delici bir alet bulunmayan bir hırsız sırf evine girdiği için tabanca ile öldürmek meşrû müdâfaanın sınırları içerisinde kalmayacaktır.<sup>681</sup>

Saldırıdan kurtulmak için en hafif fiilden başlanarak hangi fiil ile saldırıdan kurtulmak mümkün ise o fiili kullanmak prensibine uygun olan bir başka örnek de kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali durumunda verilebilir. Bir kişi bir başkasının evini izlerken gözü çıkartılsa bu durumda Hanefîlere göre çıkartanın sorumluluğu yoktur. Bazı hukukçular ise eğer başka bir yol ile engellemek mümkün ise o yolun tercih edilmesi gerektiğini, böyle bir imkan varken doğrudan gözün çıkartılmasının tazminat sorumluluğu getireceğini ifade etmişlerdir. Bu hususta şöyle bir ayırım da yapılmıştır: Evi gözetleyen kimse başını evin içine sokmuş ise gözünün çıkartılmasından ötürü bir sorumluluk doğmaz ancak dışarıdan bakıyorsa bahsettiğimiz ihtilaf söz konusu olur.<sup>682</sup>

### ee) Müdâfaa Fiilinin Saldırgana Karşı Yapılması

Üçüncü kişilere karşı yapılan fiillerde meşrû müdâfaadan yararlanılamaz. Ancak saldırgana yönelik yapılan müdâfaa fiilleri bu halin kapsamına girer.

<sup>679</sup> Özgenç, **Ceza Genel**, s. 341; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 312, 313.

<sup>680</sup> Zuhaylî, **Nazariyyetü' ed-Darûretu'Şer'iyye**, s. 152.

<sup>681</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 108; İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 10, s. 352.

<sup>682</sup> Bağâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 170.

### bb) Meşrû Müdâfaanın Hüküm ve Sonuçları

Meşrû müdâfaa halinde, çatışma halinde bulunan iki hukuki varlıktan, müdâfaa durumunda olan kişinin fiilinin, saldırgan konumunda olan kişinin fiiline karşı üstün tutulması söz konusudur. Bu nedenle meşrû müdâfaa fiili hukuka aykırı değil hukuka uygun bir fiil olarak değerlendirilir ve bunun sonucunda, müdâfaada bulunan kişi, saldırıda bulunan kişinin şahıs veya mal varlığına verdiği zararlardan ötürü sorumlu tutulmaz. Meşrû müdâfaa durumunu aşan bu duruma aykırı olan fiil ise, bu fiili icra eden failin sorumluluğunu doğurur.<sup>683</sup> Meşru müdâfaanın, müdâfaada bulunan kişi için bir sorumluluk doğurmayacağı belirtilmekle birlikte, müdâfaada bulunacak kişi açısından saldırının yöneldiği hukuki değere bağlı olarak, müdâfaanın bir hak niteliği taşıyabileceği gibi bir görev niteliği de taşıyabileceği belirtilir.<sup>684</sup>

### e) Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması

Kişinin kendisinin kuvvet kullanarak bir hakkı elde etmesi veya bir hakkını korumasına hukuk dilinde ihkakı hak denilir.<sup>685</sup> İhkakı hak esas olarak yasaktır. Kişiler kendi haklarını korumak için kuvvet kullanamazlar. Ancak yukarıda bahsettiğimiz meşrû müdâfaa durumunda olduğu gibi bir saldırıdan kurtulmak için kuvvet kullanabiliyor olsalar da bu durum yalnızca müdâfaayı meşrû kılacak sebeplerin bulunmasıyla mümkündür. Bazı durumlarda ise, tecavüze karşı savunma hali söz konusu değildir ve somut olayda meşrû müdâfaa sebepleri de yoktur ancak kişilerin kendi haklarını kendi güçleriyle koruyabilmeleri mümkündür. Bu durum, kişinin hakkının elde edilmesinin tehlikeye girmesi halinde mümkündür. Bir hakkın korunması için kamu makamlarının müdahalesi mümkün değilse, kişi kendi hakkını

<sup>683</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 37; Eren, **Borçlar Genel**, s. 609; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 266.

<sup>684</sup> Ayrıntı için bkz. Hıra, “**Meşru Müdafaa**”, s. 340 vd.

<sup>685</sup> Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 235; Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 278; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, ss. 301, 302.

güç kullanarak koruyabilir. Belirli şartların oluşması halinde bu durum hukuka uygun kabul edilir.<sup>686</sup>

### **aa) Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Korumasının Şartları**

#### **aaa) Bir Hakkın Korunması**

Kişinin güce başvurmasının meşrû kabul edilebilmesi için, bir hakkını korumayı amaçlaması gerekmektedir. Aksi halde güce başvuran kişinin hukuka aykırı bir fiilinden bahsedilecek ve kendisi bu fiili nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Ancak bu durumda, meşrû müdâfaa halindeki gibi bir başkasının hakkının güç kullanarak korunması söz konusu olmaz yalnızca kişinin kendi hakkını güç kullanarak korumasından bahsedilebilir.<sup>687</sup>

#### **bbb) Yetkili Makamların Zamanında Müdahalesinin Mümkün Olmaması**

Mahkemeler veya kolluk kuvvetleri gibi hakkın korunması noktasında yetkili olan makamların müdahale etmesi, müdahale gereken zaman içerisinde mümkün olmamalıdır. Yetkili makamların müdahale imkânı doğar ise artık kişinin güç kullanması hukuka uygun kabul edilmez.<sup>688</sup>

#### **ccc) Hakkın Korunması İçin Başka Bir İmkânın Mevcut Olmaması**

Hakkın korunması için kuvvete başvurulmadığı takdirde, hakkın daha sonradan ileri sürülmesi imkânsız bir hale gelmeli veya önemli bir biçimde zorlaşmış olmalıdır. Örneğin, kısa süre önce kolyesini kaybeden bir kişinin, bu kolyeyi تنها bir mahalde başka birisinin üzerinde görmesi durumunda, kolluk kuvvetine haber verene kadar o kişinin kaçma ihtimali yüksekse, kişinin kendi kolyesini güç

<sup>686</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 611; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 41; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 302; Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 278; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 355; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 126.

<sup>687</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 41; Eren, **Borçlar Genel**, s. 611; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 302; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 355; Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 278; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 269; Reisoğlu, **Borçlar Genel**, s. 169.

<sup>688</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 42; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 302; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 355; Eren, **Borçlar Genel**, s. 611; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 269; Feyzioğlu, **Borçlar Umumi**, c. 1, s. 356; Berki, **Borçlar Umumi**, s. 134.

kullanarak alması<sup>689</sup> veya kira bedelini ödemeyen kiracının eşyalarını kamyonu yükleyerek evi boşaltıp gitmek üzere olduğunu gören ev sahibinin güç kullanarak kamyonun hareketine engel olması durumunda yapılan fiiller hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>690</sup>

### **ddd) Güç Kullanmanın Uygun ve Dengeli Olması**

Kullanılacak olan güç, korumaya elverişli olmalı ve bu gücün kullanılması neticesinde, korunacak olan hukuki varlık ile, ihlal edilecek olan hukuki varlık arasında bir denge bulunmalıdır. Korunması için güç kullanılan hukuki varlık daha üstün bir değere sahip olmalıdır.<sup>691</sup>

### **bb) Kişinin Kendi Hakkını Kendi Gücüyle Korumasının Sonuçları**

Bir hakkın ortadan kalkmasına veya kullanılmasının oldukça güçleşmesine neden olacak bir fiili önlemek için yetkili makamların zamanında müdahalesi mümkün değilse ve bu hakkı korumak için başka bir araç da yoksa, kişinin kendi hakkını güç kullanarak koruması hukuka aykırı değildir ve bu durumda kişi sorumlu tutulmayacaktır.

### **f) Hakkın Kötüye Kullanılması**

Ta'assuf kavramıyla ifade edilen, hakkın kötüye kullanılması, bir hakkı dürüstlük ilkesine<sup>692</sup> aykırı bir biçimde, başkasına zarar vermek veya hukuken uygun görülmeyen bir maslahatı gerçekleştirmek amacıyla kullanmak şeklinde ifade edilebilir.<sup>693</sup>

<sup>689</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 612; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 42; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 355; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 269; Berki, **Borçlar Umumi**, s. 134.

<sup>690</sup> Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 278.

<sup>691</sup> Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 42; Eren, **Borçlar Genel**, s. 612; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 303; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 355; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 270.

<sup>692</sup> Bkz. Ayan, **Medenî Hukuk**, ss. 179 vd.

<sup>693</sup> Fethi, Dureyni, **Nazariyyatu't-Ta'assuf fi İst'imâli'l-Hakk fi'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Müessesetü'r Risâle, Beyrut, 1988, s. 87; Ayan, **Medenî Hukuk**, s. 189; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 266; Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 11. Baskı, Filiz Kitebevi, İstanbul, 2016, c. 1, s. 241 vd.; O. Gökhan Antalya, Murat Topuz, **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 355 vd.; Tan Tahsin

Hukuka uygun fiillerle meydana gelen zararlardan ötürü “*cevâz-ı şer’î damâna münâfi olur*”<sup>694</sup> ilkesi gereğince kural olarak tazmin sorumluluğundan bahsedilmez. Yukarıda gördüğümüz zaruret halinde üçüncü kişinin mal varlığına verilen zarardan ötürü ise “*zarar ve mukabe bi’z-zarar yoktur*”<sup>695</sup> ilkesine uygun olarak tazmin sorumluluğu ilk kurala istisna teşkil eder nitelikte doğmaktadır. Zaruret halinin yanında, hakkın kötüye kullanılması durumu da yine bu iki genel kaidenin çatıştığı haller arasında yer almaktadır. Hukukçular bu konuda birbirinden farklı görüşler beyan etmişlerdir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının kaynağını ise Peygamber Efendimizin (sallallahu aleyhi ve sellem) hiç kimsenin bir komşusunun duvarına ağaç başı koymasını yasaklayamayacağını bildirdiği hadis<sup>696</sup> ve Hz. Ömer’in (radıyallahu anh), kendi tarlasına komşusunun su arkı açtırmasına engel olan kişinin fiilini uygun bulmayıp su arkını açtırdığına dair uygulaması<sup>697</sup> oluşturur. Bu hükümler kaynağı oluşturmakla birlikte hukukçular arasında bazı itilaflar mevcuttur.

Ebû Hanîfe, Şâfiî ve Davud ez-Zâhirîye göre kişinin kendi mülkünde tasarrufundan dolayı bir başkası zarar görse dahi bu kişi sorumlu tutulmayacaktır.<sup>698</sup> Ancak Ebû Hanîfe bu görüşü, kişinin tasarrufu hukuken caiz olsa da, diyaneten caiz değildir diyerek sınırlandırmıştır.<sup>699</sup> Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise başkalarına fahiş bir zarar<sup>700</sup> verilmediği takdirde kişi kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilir ancak başkalarına zarar verilmesi durumunda kişinin sorumluluğu doğar

---

Zapata, **Medeni Hukuk**, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 57 vd.; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Kahraman, **Medenî Hukuk**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, ss. 95, 96; Bilge Öztan, **Medenî Hukuk’un Temel Kavramları**, 41. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, s. 179.

<sup>694</sup> Mecelle, m. 91.

<sup>695</sup> Mecelle, m. 19.

<sup>696</sup> Buhârî, **Mezalim**, 20; Müslim, **Müsâkat**, 136; Ebû Davud, **Akdiye**, 31; Muvatta’, **Akdiye**, 32.

<sup>697</sup> Muvatta’, **Akdiye**, 33.

<sup>698</sup> es-Serahsî, **Mebsût**, c. 17, s. 91; Kâsânî, **Bedâiu’s-Sanâi’**, c. 6, s. 264, 265; Zuhaylî, **Nazariyatü’d-Damân**, s. 27; Ebû Muhammed Ali b. Ahmed İbn Hazm, **el-Muhallâ bi’l-Âsâr**, Dâru’l-Kitabi’l-İlmiyye, Beyrut, 2003, c. 7, ss. 84-86; Şirbînî, **Muğni’l-Muhtâc**, c. 2, ss., 186, 187.

<sup>699</sup> Zuhaylî, **Nazariyatü’d-Damân**, s. 27.

<sup>700</sup> Bkz. Ali Haydar Efendi, **Dürerü’l-Hükkâm**, c. 3, s. 2243.

demektedirler<sup>701</sup>, Mecelle de Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşünü benimsemiştir. Mecelle'de bu görüş doğrultusunda yapılan düzenlemelere örnek olarak “*Hiç kimse mülkünde tasarrufundan men' olunamaz. Meğer ki âhara zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men' olunabilir.*”<sup>702</sup> ve “*zarar-ı fâhiş, bi eyyi vechin kân def 'ettirilir.*”<sup>703</sup> maddeleri gösterilebilir. Özellikle belirtilmiş olan ikinci düzenlemenin açıklamasında Mecelle bize, bir hanenin bir bölümünün değirmen, demirci veya fırın olarak kullanılması durumunda buradan gelecek çok gürültü ve dumanı fahiş zarar olarak göstermiştir. Ayrıca bir sonraki maddesinde de bir zararın ne zaman fahiş zarar sayılacağını şu örnekle açıklamıştır: Bir kimse yapmış olduğu bina ile komşusunun tek pencere olan odasının penceresini kapatıyorsa ve bu durum o odada yazı okunmayacak ölçüde karanlığa neden oluyorsa, fahiş zarardan söz edilebilir. Fakat, eğer komşunun odası iki pencere olsa ve yalnız bir penceresi yapılan bina nedeniyle kapatılmış olsaydı artık fahiş zarardan söz edilemezdi.<sup>704</sup> Bununla birlikte, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed aynı görüşte olmalarına rağmen, kat mülkiyeti konusunda Ebû Hanife farklı görüştedir ve bu hususta asıl kuralın maliklerin binaya yönelik tasarruflarında bulunamamaları olduğunu savunmuştur.<sup>705</sup>

Malikîler ise hukuka uygun fiiller nedeniyle ortaya çıkan fahiş ve devamlı zararlardan dolayı bu fiillerin faillerinin sorumlu olacağı görüşündedirler. Ancak, mülk sahibinin menfaati olduğu müddetçe kendi mülkünde yapmış olduğu inşaat nedeniyle komşusunun güneşinin kesilecek olmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmemişlerdir.<sup>706</sup> Hanbelîler ise bir kimsenin, başkasına zarar vermemek şartıyla mülkündeki tasarrufların hukuka uygun olacağını ifade etmişlerdir. Ancak kaçınılması mümkün olmayan yemek pişirirken ortaya çıkan duman gibi hafif zararların müsamaha ile karşılanması gerektiğini de belirtmişlerdir. Ayrıca Ahmen b.

<sup>701</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 17, s. 91; Zuhaylî, **Nazariyatü'd-Damân**, ss. 27, 28.

<sup>702</sup> Mecelle, m. 1197.

<sup>703</sup> Mecelle, m. 1200.

<sup>704</sup> Akgündüz, **Karşılaştırmalı Mecelle**, s. 273; Ali Haydar Efendi, **Dürrü'l-Hükkâm**, c. 3, ss. 2163-2167.

<sup>705</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 17, s. 91

<sup>706</sup> Ebû'l-Velîd Süleyman b. Halef, el-Bâcî, **el-Müntekâ**, Dâru'l-Kitabu'l-İslamiyye, Kahire, c. 6, s. 41; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 103.

Hanbel'den gelen bir başa rivayet, ilk belirttiğimiz görüşü benimsediğini de bize göstermektedir.<sup>707</sup>

İslâm hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının farklı görüşler olsa da genel manada yasaklanmış olduğunu ifade edebiliriz, bununla birlikte pozitif hukukta da bu durumun yasak olduğu, kötüye kullanılan hakkın hukuk düzeni tarafından korunmayacağı ifade edilmiştir.<sup>708</sup>

Bir hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

#### **aa) Hakkın Kötüye Kullanılmasının Şartları**

##### **aaa) Geçerli Şekilde Kazanılmış Bir Hak Mevcut Olmalıdır**

Somut olayda geçerli bir hak mevcut olmalıdır. Kişi hak sahibi olmadığı halde öyleymiş gibi davranarak bir zarara neden olursa bu durumda hakkın kötüye kullanılması halinden değil, kusur sorumluluğu hallerinden bahsedilir.<sup>709</sup>

##### **bbb) Hak Açık Bir Şekilde Kötüye Kullanılmış Olmalıdır**

Hak açıkça dürüstlük ilkesine aykırı olarak kötüye kullanılmış olmalıdır. Bunun tespitini yaparken hakkın esirgeyici biçimde mi kullanıldığına yoksa başkalarına zarar vermek amacıyla mı kullanıldığına, hakkın kullanılmasının hak sahibine bir yarar sağlamamasına rağmen bir başkasını zarara sokuyor olup olmamasına, hakkın kullanılmasının hak sahibine sağladığı yarar ile bir başkasına verdiği zarar arasında açık bir dengesizlik olup olmamasına, hak sahibinin hakkın kullanılmasında korunmaya değer bir faydasının bulunup bulunmamasına, hak sahibinin hakkı elde ederken karşı tarafın güvenini kötüye kullanmış olup olmamasına ve bunlara benzer somut olayın özelliklerine bakılabilir.<sup>710</sup>

<sup>707</sup> İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 5, s. 52; Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kına'**, c. 3, ss., 406-409.

<sup>708</sup> TMK, m. 2.

<sup>709</sup> Ayan, **Medenî Hukuk**, s. 189.

<sup>710</sup> Şâtîbî, **el-Muvâfakât**, c. 2, s. 351; Ayan, **Medenî Hukuk**, s. 190.

Somut olayın özelliklerinin yanında, hakkın açık bir şekilde kötüye kullanılmış olma halinin belirlenmesinde yukarıda verilmiş olan görüşlerden de yola çıkarak bazı kriterlerin esas alındığı ifade edilebilir. Bunlardan ilki hak kullanılırken başkasına zarar verme amacının güdülmesidir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılmasının tespiti hususunda kişinin niyeti önem arz etmektedir.<sup>711</sup> Yalnızca niyet herhangi bir zarara neden olmadığı için yalnız başına bir sorumluluk doğurmayacaktır. Dolayısıyla, niyetin ardından ikinci kriter olarak ise hakkın kullanılmasının, üçüncü kişileri veya kamuyu zarara uğratması olduğu ifade edilebilir. Ayrıca bu zararın basit bir zarar değil fahiş bir zarar olması gerektiği de üçüncü bir kriter olarak ifade edilebilir. Pozitif hukukta ise hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için artık zarar veya zarar tehlikesi şartının aranmayacağı ifade edilmektedir.<sup>712</sup> Hakkın kullanılması ile elde edilecek menfaatin ortaya çıkacak olan zarardan fazla olması durumunda, bu kritere göre hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir. Nitekim bu duruma Mecelle'den şu düzenleme örnek olarak verilebilir: “Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur.”<sup>713</sup> Son kriter olarak ise hakkın kullanılmasında meşrû bir menfaatin bulunmaması belirtilebilir.<sup>714</sup> Örneğin bir kişi ölüm hastalığı (maraz-ı mevt)<sup>715</sup> esnasında karısını mirasçı olmaması için boşasa, bu durumda kendinin bir menfaati olmayıp, karısının zararı için bu hakkını kullanmasından ötürü hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilir ve cumhurun görüşüne göre kadın mirasçı olmaya devam eder<sup>716</sup> veya kişi terekesinin üçte birinden fazlasını, murislerine daha az miras bırakmak için vasiyet etse bu durumda yine hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilir ki, bu vasiyet geçersiz bir vasiyettir.<sup>717</sup>

<sup>711</sup> Bkz. Buhârî, **Vahy**, 1.

<sup>712</sup> Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 285.

<sup>713</sup> Mecelle, m. 27; Ayrıca bkz. m. 30.

<sup>714</sup> Eser, **Haksız Fiil**, ss. 116-118; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 272 vd.

<sup>715</sup> Mecelle, m. 1595.

<sup>716</sup> Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 329; Atasoy, “**Maraz-ı Mevt**”, s. 125.

<sup>717</sup> İbn Mâce, **Vesâyâ**, 5.

### bb) Hakkın Kötüye Kullanılmasının Sonucu

Bir hakkını kötüye kullanan kişi arzu ettiği sonuca ulaşamaz, hukuk düzeninin korumasından faydalanamaz.<sup>718</sup> Yukarıda da belirttiğimiz gibi örneğin, sırf eşinin miras payı almaması için ölüm hastalığı halindeki kocanın karısını boşaması durumunda kadın kocanın bu ölüm hastalığından ötürü ölmesi durumunda mirasçı olmaya devam edecektir veya ölecek olan kişinin murislerine fazla pay bırakmamak için terekesinin üçte birinden fazlasını vasiyet etmesi durumunda bu fazla olan kısma dair vasiyetler geçersiz sayılacaktır. Kişilerin kendi arsası olmasına rağmen inşa ettiği bina nedeniyle komşusunun tek pencere odasının penceresinin kapatılması durumunda, kişi bundan ötürü sorumlu olacaktır veya hanenin bir kısmının demirci, fırın ya da değirmen olarak kullanılması durumunda ortaya çıkan yüksek gürültü ve çok dumandan ötürü bu kişiler sorumlu tutulacaktır. Bu sorumluluk doğrultusunda, yerine göre gerek bu faaliyetlerin durdurulması gerekse tazminat veya onarım gibi yollarla zararın izalesi sağlanacaktır.<sup>719</sup>

---

<sup>718</sup> Ayan, **Medenî Hukuk**, s. 193; Oğuzman / Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 284.

<sup>719</sup> Mecelle, m. 1200.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AKİT DIŞI KUSUR SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

Akit dışı kusur sorumluluğunun tanımı ve unsurları yukarıda iŐlendi. Bu bölümde bu unsurlara tek tek temas edilmeden, bu sorumluluğun görüldüğü haller birbirlerinden farklı yönleriyle ve örnekleriyle birlikte ele alınacaktır.

## I) GASP

### A-) GASP KAVRAMI

İtlaf ile birlikte akit dışı kusur sorumluluğunun en yaygın şekillerinden birini gasp oluşturmaktadır. Sözlük anlamı itibariyle gasp, bir kimseye üstün gelmek, mal olsun veya olmasın bir şeyi açıkça, zorla almak olarak tanımlanmaktadır.<sup>720</sup> İstilahta ise gaspın tanımı mezheplere göre farklılık oluşturmaktadır. Bu farklılıklara kusur sorumluluğunda zarar unsuru incelenirken kısmen değinilmişti, bu başlık altında biraz daha ayrıntılı hale getirilecektir.

Hanefî mezhebine göre gasp, malikinin izni olmaksızın, onun zilyetliğini ortadan kaldıracak şekilde, menkul, mütekavvim, saygı duyulması gereken (muhterem), bir malın üzerinde açıkça ve kuvvet kullanılarak haksız zilyetlik tesis etmektir.<sup>721</sup>

Tanımdan yola çıkarsak, menkul diyerek Hanefilerin yalnızca taşınabilir mallar açısından gaspın mümkün olduğunu ifade ettikleri söylenebilir. Buna göre taşınmaz mallar açısından gasp mümkün değildir ancak, vakıf ve yetim malları ile kiraya verilen veya kiraya verilmek üzere ayrılan mallar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.<sup>722</sup> Hanefilerin görüşü olarak yaygın olan bu görüş, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un görüşüdür. İmam Muhammed ise zilyetliğin ortadan kalkmasını gasp

<sup>720</sup> Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 3; es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 11, s. 49; Bilmen, **Fıkıh İlmi**, s. 78; Mutçalı, **Arapça-Türkçe Sözlük**, s. 627; Halebî, **Mültekâ-l-Ebhûr**, c. 2, s. 277; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 327; M. Akif Aydın, "Gasp", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1996, c. 13, s. 387; Çalış, "**Borçlar Hukuku**", s. 438; Mustafa Kelebek, **İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf'un Öncelikleri**, 1. Bası, Ensar Yayınları, İstanbul, 2014, s. 174; Karaman / Karagöz / Paçacı / Canbulat / Gelişgen / Ural, **Dini Kavramlar Sözlüğü**, s. 199.

<sup>721</sup> el-Mavsîlî, **el-Muhtâr**, s. 33; es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 11, s. 49; Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, ss. 3, 4; **Fetâvâyı Hindiyye**, 1. Baskı, Ankara, 1986, (Çev: Mustafa Efe) c. 10, s. 505; el-Meydânî, **Kudûrî Şerhi**, c. 1, s. 558; Halebî, **Mültekâ-l-Ebhûr**, c. 2, s. 277; Zuhaylî, **İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 194, 195; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 327; Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku**, c. 3, s. 248. Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 446; Mehmet Canbulat, **İslâm Hukukunda Gasp ve İtlaf**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 1994, s. 35; Aydın, "**Gasp**", s. 387; Hamdi Döndüren, "Gasb", **Şamil İslâm Ansiklopedisi**, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2000, c. 3, s. 23; Ayhan Ak, **İslâm Borçlar Hukuku**, Üniversite Yayınları, İstanbul, 2018, s. 70.

<sup>722</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, 126, 130; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, c. 6, s. 208; Zuhaylî, **İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 200; es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 11, s. 77; el-Meydânî, **Kudûrî Şerhi**, c. 1, s. 568; el-Mavsîlî, **el-Muhtâr**, s. 337; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 346; Aydın, "**Gasp**", s. 388; Joseph Schacht, **İslâm Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2018, (Çev: Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener), s. 184; Ak, **İslâm Borçlar**, s. 92.

için gerekli bir şart olarak görmez ve dolayısıyla, onun görüşüne göre taşınmaz mallarda gaspa konu olabilirler.<sup>723</sup> Taşınmazlarda durum böyle olmakla birlikte özellikle menfaatler açısından da zilyetliğin ortadan kaldırılması şartı çok büyük önem ifade etmektedir. Bir halının üzerine oturulması gibi bir malın malikinin zilyetliğini ortadan kaldırmadan menfaatinden faydalanılması durumunda gasptan bahsedilemeyecektir.<sup>724</sup>

Gasp edilen malın mütekavvim olması ise, İslâm hukukunda mal olarak kabul edilebilmesi, kullanımının mubah olması ve ivazlı akitlerde alım satımı yapılan eşyaya karşı bedel olarak verilebilmesi halinde mümkün olur.<sup>725</sup> Dolayısıyla mütekavvim olmayan bir malın gaspa uğramasından bahsedilemez. Ancak bir mal Müslümanlar için mütekavvim değilken gayrimüslimler için mütekavvim olabilir. Bu durumla ilgili ise Hanefiler Şüreyh'in (rh.a.) bir müslümanın bir zimminin şarap dolu küpünü kırması sonucu, bu şarabın değerini o Müslüman'a ödettirmesinden yola çıkarak, Müslümanlar için mütekavvim olmasa da, zimmiler için mütekavvim olan bir malın, haksız bir fiil sonucu zarara uğratılması durumunda, zimmilerin devlet başkanıyla yapmış oldukları akit nedeniyle mal varlıklarının koruma altında olduğunu ifade etmişler ve bu tip bir mala verilen zarardan ötürü, failin sorumlu tutulması gerektiğini savunmuşlardır. Ancak mal, zarar veren müslüman için mütekavvim olmadığından dolayı yalnızca malın kıymetinin ödemesi gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>726</sup>

Tanımda gördüğümüz bir diğer ifade ise gasp edilen malın saygı duyulması gereken (muhterem) bir mal olması gerektiğidir. Bu unsurun belirtilmesinin nedeni

<sup>723</sup> Fetâvâyi Hindiyye, c. 10, ss. 509, 510; Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. 2, s. 278; Karaman, *Mukayeseli*, c. 2, s. 446; Eser, *Haksız Fiil*, s. 126; Aydın, "Gasp", ss. 387, 388.

<sup>724</sup> Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c. 7, s. 194.

<sup>725</sup> Bilmen, *Hukuki İslâmiyye*, c. 7, s. 332; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. 5, s. 141; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 300; Aydın, "Gasp", s. 388; Döndüren, "Gasp", s. 24; Mecelle, madde 127.

<sup>726</sup> es-Serahsî, *Mebsût*, c. 11, s. 53; el-Mavsîlî, *el-Muhtâr*, s. 337; el-Meydânî, *Kudûri Şerhi*, c. 1, s. 568; el-Hafif, *ed-Damân*, ss. 39, 40; Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c. 7, s. 194; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye*, c. 7, s. 332; Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku*, c. 3, s. 249.

harbî<sup>727</sup> olan kişinin malına verilecek olan zararları sorumluluk kapsamı dışında bırakmaktır.<sup>728</sup>

Tanımda geçen malikinin izni olmaksızın ifadesi de fiili hukuka uygun hale getirecek olan bir rıza açıklamasının bulunmamasını belirtmektedir. Buna dair açıklamalar hukuka uygunluk sebeplerinde işlendiği için burada yeniden anlatılmayacaktır. Tanımdaki, açıkça alınmasına dair kayıt da gizlice yapılan hırsızlığın gasp kapsamında değerlendirilemeyeceğini bize göstermektedir.<sup>729</sup> Hırsızlık, yol kesme yan kesicilik gibi suçların müeyyidesi ile gasp fiilinin müeyyidesi arasında fark vardır ve gasp durumunda faile had cezası verilmesi gerekmemektedir.<sup>730</sup> Nitekim Peygamber Efendimiz (sallallahu aleyhi ve sellem) “(Emanete) hainlik edene, yan kesicilik yapana ve zorla alıp gasp edene el kesme cezası yoktur.”<sup>731</sup> buyurmaktadır.

Malikiler gaspı, bir malı yol kesip çarpışmaksızın, kahr ve teaddi yoluyla almak olarak tanımlamaktadırlar. Buna göre bir malın alınmasının gasp kapsamında değerlendirilebilmesi için kuvvet kullanılması gerekmele beraber bu kullanılan kuvvetin çarpışma boyutunda olmaması gerekmektedir. Bu durumda hırsızlık<sup>732</sup> ve yol kesip çarpışma yoluyla<sup>733</sup> alınan mallar gasp kapsamından çıkarılmaktadır.<sup>734</sup> Tanımdan yola çıkarak, Malikîlere göre bir fiili gasp kapsamında ele almak için o fiil malın bizzat kendisine yönelik olabileceği gibi menfaatine yönelik de olabilir. Bunun yanında, sebep sorumluluğu kapsamında verilecek zararlar da yine gasp kapsamında

<sup>727</sup> Müslümanlarla aralarında ateşkes veya sulh anlaşması bulunmayan gayri müslimlere ait ülke vatandaşları harbî olarak adlandırılır. Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 179.

<sup>728</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. 7, s. 332; Zuhaylî, **İslam Fıkıhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 194; Aydın, “**Gasp**”, s. 388.

<sup>729</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. 7, s. 332; Zuhaylî, **İslam Fıkıhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 194; Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku**, c. 3, s. 249.

<sup>730</sup> et-Tahâvî, **Şerhu Meâni'l Âsar**, c. 5, s. 101.

<sup>731</sup> Ebû Davud, **Hudûd**, 14; Tirmizî, **Hudûd**, 18; İbn Mâce, **Hudûd**, 26; Dârimî, **Hudûd**, 8.

<sup>732</sup> Hırsızlık suçu özellikleri için bkz. Avcı, **Osmanlı Ceza Özel**, s. 335 vd.

<sup>733</sup> Hirabe suçu özellikleri için bkz. Avcı, **Osmanlı Ceza Özel**, s. 425 vd.

<sup>734</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkıhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 194; Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. 7, s. 327. Döndüren, “**Gasp**”, s. 24.

değerlendirilebilir.<sup>735</sup> Dolayısıyla gasp bu tanıma göre hem mübâşeret hem de tessebbüb sorumlulukları için geçerlidir.

Şafîilere göre gasp, başkasına ait bir hakkı, zulüm ve teaddi yoluyla almaktır.<sup>736</sup> Bu tanımda Malikîlerin görüşüne yakın bir tanımdır.

Hanbelîlere göre ise gasp, harbî olmayan birinin, bir başkasının hakkını kahren haksız biçimde almasıdır.<sup>737</sup> Hanbelîlerin tanımını da Şafîî ve Malikîlerin tanımına yakın bir tanımdır.

Modern hukukta ise gasp, mevcut zilyedin rızası olmaksızın, zilyetliğinin ele geçirilmesi olarak kısaca tanımlanabilir. Zilyetliğin ele geçirilmeyip de, zilyedin fiili hakimiyetinin icrasına engel olunması durumu ise saldırı olarak tanımlanmaktadır. Buna göre bir malın tahrip edilmesi gasp olarak değil, saldırı olarak değerlendirilir.<sup>738</sup>

## **B-) GASPIN TANIMINDAN KAYNAKLANAN İHTİLAFLAR**

Gaspın tanımındaki görüş ayrılıklarının etkisi başlıca, taşınmazların gasp edilmesi, gasp edilende meydana gelen artışlar ve gasp edilenin menfaatleri hususlarında ortaya çıkar.

### **1-) Akarın Gasp Edilmesi**

Yukarıda ifade edildiği gibi Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre gasptan bahsedilebilmesi için fiilin taşınır bir mala yönelik gerçekleşmiş olması gerekir. Muda'nın vedâ olan akarı inkâr etmesi durumu, gaspın akarı satıp teslim etmesi durumu, şahitlerin hüküm verildikten sonra rücû etmeleri durumu ve akarın vakıf arazisi olması durumları haricinde taşınmazlar gaspa konu olmazlar.<sup>739</sup> Çünkü bu görüşe göre malikin zilyetliği ancak malın bir yerden bir yere nakledilmesi, yerinin

<sup>735</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 196.

<sup>736</sup> Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 4; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 327; Zuhaylî, **İslam Fıkı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 196.

<sup>737</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 327; Zuhaylî, **İslam Fıkı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 196.

<sup>738</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, ss. 81,82.

<sup>739</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 126.

değiştirilmesiyle ihlal edilebilir. Taşınmazlarda ise böyle bir durum söz konusu olmayacağından dolayı, bunlar gaspın konusu olamazlar. Hanefilerden İmam Muhammed ile İmam Züfer ve diğer üç mezhep imamına ve Ebû Yusuf'un ilk görüşüne göre ise failin taşınmaz üzerinde ikamet etmek, eşyalarını koymak gibi bir fiili ile malikin taşınmaz üzerindeki haklarını kısıtlaması durumunda gasptan bahsedilebilir. Dolayısıyla cumhurun bu konudaki görüşüne göre taşınmazların da gaspa konu teşkil etmeleri mümkündür.<sup>740</sup> Modern hukuka göre ise taşınmazlarda zilyetlik sicil zilyetliği ve fiili zilyetlik olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Buna göre fiili zilyetliğin rıza dışı ele geçirilmesi durumunda gasptan bahsedilecektir. Bir kişinin arazisinin üzerinde kaçak gecekondun yapılması veya arazinin üzerinin çitle çevrilmesi durumları taşınmazlarda gaspa örnek olarak verilebilir.<sup>741</sup>

## 2-) Gasp Edilendeki Artış

Gasp edilendeki artış gerek gasp edilen bir cariyenin şişmanlaması, gözündeki beyazlığın kalkması gibi gasp edilen mala bitişik gerekse, doğum yapması gibi ayrık olsun bu artış Hanefilerden Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre gasp edenin yanında emanet hükmündedir. Çünkü gasptan bahsedebilmek için gasp edilen malın üzerindeki zilyetliğin kaldırılması gerekmektedir ancak, bu artışlar gasp fiili gerçekleştiği sırada malikin elinde değildir ve dolayısıyla bunlar üzerinde malikin zilyetliği gasp fiili ile sonlandırılmamıştır. Emanetler ise failin bir fiili ile değil de kendiliklerinden telef oldukları durumlarda fail tarafından tazmin edilmezler. Dolayısıyla bu artışlar kendiliğinden telef olursa failin bundan dolayı bir sorumluluğu olmayacaktır. Ancak eğer bu artışlar üzerinde gasp edenin çocuğu

<sup>740</sup> Es-Serahsî, *Mebûsât*, c. 11, ss. 73,74; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. 7, s. 146; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damânât*, s. 126; el-Meydânî, *Kudûrî Şerhi*, c. 1, s. 559; Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c. 7, s. 197; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye*, c. 7, s. 337; Canbulat, *Gasp ve İtlaf*, s. 38; *Fetâvâyi Hindiyîye*, c. 10, ss. 509, 510; Ak, *İslâm Borçlar*, s. 70; İmber, *Şeriattan Kanuna*, s. 226.

<sup>741</sup> Ayan, *Eşya Hukuku*, ss. 80, 109; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2017, c. 2, ss. 144, 145; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuk*, 13. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2017, s. 46; Esener / Güven, *Eşya Hukuku*, s. 94; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 70; Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, ss. 52, 53.

satması veya yok etmesi gibi bir fiili söz konusu olursa artık gasp eden sorumludur. Yani emanete kendi kusuruyla zarar verenin sorumluluğu mevcuttur.<sup>742</sup>

İmam Muhammed, Şafîiler ve Hanbelîlere göre artış, ister bitişik isterse ayrık olsun, gasp edenin elinde herhangi bir sebeple telef olursa, gasp edenin bundan dolayı sorumluluğu vardır. Çünkü artışın meydana geldiği asıl, gasp edenin elinde haksız yere tutulmaktadır ve bundan dolayı ödemeye tâbidir. Asıl ödemeye tâbi olduğu için bundan meydana gelen artışlarında ödemeye tâbi olması gerekmektedir. Bu görüşe göre sorumluluğu gerektiren bir diğer sebep ise, meydana gelen artışlar gasp fiili esnasında var olmasalar da, failin, bu fiiliyle dolaylı olarak bu artışları da gasp etmiş sayılmasıdır.<sup>743</sup>

Malikîler ise bu konuda artışlar arasında ayırım yaparak bir belirlemeye gitmektedirler. Büyüme, şişmanlama gibi gasp edilen şeye bitişik olan artışlar bakımından, gasp eden kişinin sorumluluğundan bahsedilmez. Ancak bu artışlar, cariye'nin çocuğu, hayvanın sütü gibi ayrık artışlar ise ister failin bir fiiliyle ister de başka bir sebeple telef olmuş veya tükenmiş olsunlar fail bu durumlardan ötürü sorumlu tutulacaktır. Bu artışların gasp edilen asıl mal ile birlikte sahibine verilmesi gerekmektedir.<sup>744</sup>

Gasp edilen malda bitişik veya ayrık bir fazlalık meydana gelmediği halde değerinde bir artış meydana gelmişse ve daha sonra da bu mal telef olmuşsa Hanefîlere göre malın gasp edildiği sıradaki bedelinin tazmini gerekmektedir. Çünkü gasp fiili zilyetliği kaldırmaktadır ve ödemenin nedeni de bu zilyetliğin kalkmasıdır. Zilyetlik bir kere kalktıktan sonra telef olduğu esnada yeniden kaldırılamayacağı için tazminat miktarının hesaplanmasında bu esnadaki değerine bakılmaz. Ancak Şafîilere göre ise, fail malın telef olduğu esnadaki değerini tazmin etmelidir. Çünkü,

<sup>742</sup> Es-Serahsî, **Mebûsût**, c. 11, ss. 54, 55; Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 129, 130; el-Mavsîlî, **el-Muhtâr**, s. 337; el-Meydânî, **Kudûrî Şerhi**, c. 1, s. 567; Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 198, 199; Bilmen, **Hukukî İslâmiyye**, c. 7, s. 343 vd.; Akman, **Akdî Mesuliyet**, ss. 48, 247; Aydın, **"Gasp"**, s. 387; İmber, **Şeriattan Kanuna**, 226; Demirci, **Akit Konusunun Telefî**, s. 35; Mustafa Yıldırım, "Vedia", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2012, c. 42, s. 597; Kelebek, **İslâm Borçlar Hukuku**, s. 173; Canbulat, **Gasp ve İtlaf**, s. 39 vd.; Mecelle, m. 777.

<sup>743</sup> Es-Serahsî, **Mebûsût**, c. 11, s. 55; Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 199; Bilmen, **Hukukî İslâmiyye**, c. 7, s. 345; Aydın, **"Gasp"**, s. 388.

<sup>744</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 199; Canbulat, **Gasp ve İtlaf**, s. 40.

Şafiîlere göre tazminin nedeni failin mal üzerinde zilyetlik kurmasıdır ve bu zilyetlik devam ettiği için telef anında yenilenmiş sayılır.<sup>745</sup>

### 3-) Gasp Edilen Malın Menfaatleri ve Geliri

Hanefîler yukarıda da ifade edildiği gibi menfaati mal olarak kabul etmemektedirler. Dolayısıyla failin, ister gasp ettiği malın menfaatlerinden faydalanmış olsun, isterse faydalanmamış olsun bunlar dolayısıyla herhangi bir sorumluluğu yoktur.<sup>746</sup> Ancak sonraki Hanefî alimler tarafından bu hükme üç istisna getirilmiştir. Buna göre eğer gasp edilen şey, vakıf olursa, bir yetime ait olursa veya sahibi tarafından bina edilmek, kiraya verilmek ya da bu maksatla satın alınarak kullanılmak üzere hazırlanmış olursa, gasp edilen şeyin menfaati de tazmin edilebilecektir.<sup>747</sup> Gasp edilen şeyin geliri ise, Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre fail için sorumluluk doğurur ancak Ebû Yusuf ve İmam Züfer'e göre failin gasp konusu mal ile elde ettiği gelir kendisine aittir ve mağdur lehine bir sorumluluk doğurmaz.<sup>748</sup>

Malikîler, gasp edilen malın menfaatinin kullanımı hususunda failin, mislinin kirası ile sorumlu olduğunu belirtmişlerdir. Kullanılan malın geliri hususunda ise bu mal ister bir taşınmaz isterse bir taşınır olsun fark etmeksizin, failin bu gelir nedeniyle sorumluluğunun doğduğunu ifade etmişlerdir. Ancak belirtmelidir ki, fail bu görüşe göre sadece kullandığı kadar sorumludur.<sup>749</sup>

Şafiîler ve Hanbelîlere göre ise, fail gasp edilen şey ister taşınmaz olsun isterse taşınır olsun, o şeyin menfaati nedeniyle ecri misil ile sorumludur. Malikîlerden farklı olarak burada, malikin bu menfaatlerden faydalanmış olmasıyla

<sup>745</sup> Es-Serahsî, **Mebûsût**, c. 11, s. 56; Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, s. 129, 130.

<sup>746</sup> el-Hafîf, **Hukukî İşlemler**, s. 60; Hacak, "Mal", s. 462; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 48; Yaman / Çalış, **İslam Hukuku**, s. 312.

<sup>747</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-Damânât**, ss. 126, 130; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, c. 6, s. 208; Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 200; es-Serahsî, **Mebûsût**, c. 11, s. 77; el-Meydânî, **Kudûrî Şerhi**, c. 1, s. 568; el-Mavsîlî, **el-Muhtâr**, s. 337; Bilmen, **Hukukî İslâmiyye**, c. 7, s. 346; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 49; Aydın, "Gasp", s. 388; Schacht, **İslam Hukuku**, s. 184.

<sup>748</sup> Es-Serahsî, **Mebûsût**, c. 11, s. 77; Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 200; Canbulat, **Gasp ve İtlaf**, ss., 40, 41.

<sup>749</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 200; Bilmen, **Hukukî İslâmiyye**, c. 7, s. 346.

faydalanmaksızın olduğu halde bırakması arasında bir fark yoktur. Fail her iki halde de sorumlu olacaktır.<sup>750</sup> Modern hukuktaki mevcut durumda bu görüşe uygunluk arz etmektedir.<sup>751</sup>

Mecelle’de de başta Hanefilere göre yapılan düzenleme gereğince, arada kira akdi olmaksızın birisinin evinde izinsiz olarak oturan kişinin, o ev bir küçüğe veya vakfa ait olmadığı müddetçe bu oturma fiilinden dolayı bir tazminat ödemesi gerekmediği yönünde bir düzenleme yer almıştır. Ancak daha sonra, bu düzenleme diğer mezheplere uygun bir biçimde değiştirilerek, izinsiz olarak birinin evinde oturan kişinin sorumlu olduğu ifade edilmiştir.<sup>752</sup>

### C) YARGI KARARLARINDA GASP

Gasp yargı kararlarında, özellikle kişilerin paralarına yönelik fiillerle karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Kastamonu’nun Boyzad kazasında meydana gelen bir olayda subaşı, Resûl isimli bir kişinin evini basmıştır. Mağdur kişi bu nedenle 3500 akçesinin gasp edildiği iddiasıyla kadıya başvurmuş ardından fail ile mağdur 400 akçe üzerinden sulh akdi yapmışlardır. Aralarındaki bu sulh akdi neticesinde mağdur kişi faili ibrâ ve iskât ettiğini bildirmektedir. Bu yargı kararı bize gasp fiilinin sulh akitlerine de uygun olduğunu göstermektedir.<sup>753</sup>

Sulh ile sonuçlanan bir başka yargı kararında ise kişinin gasp edilen mallarını bedelleriyle birlikte “...*silk-i mülkümde olan eşyâmdan dahi üç yüz akçe kıymetli bir sîm kılıflı bıçak ve üç yüz akçe kıymetli bir altın hâtem ve elli akçe kıymetli bir gümüş saç bağı ve otuz akçe kıymetli dört münakkaş makrama ve her vakıyyesi yüzer akçe kıymetli yirmi dört vakıyye penbe ipliği ve yüz akçe kıymetli on iki kırmızı sahtiyân ve iki bin hurda akçemi gasp eylemiş idi...*” diyerek saydığını ve bunların mevcut ise aynıyla eğer mevcut değilse de misliyle tazmin edilmesini istediğini ve sonucunda 1200 nakit akçe üzerinden sulh akdi yaptıklarını görmekteyiz. Bu karar bize, aynen

<sup>750</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 200; Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 50.

<sup>751</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 527

<sup>752</sup> Mecelle, m. 596; Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 841 vd.; Eser, **Haksız Fiil**, s. 172.

<sup>753</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 13, s. 317, No: 453 <http://www.kadısicilleri.org> .

mevcut olmayan malların değerlerinin mislinin ödenmesi gerektiğini ve yine gasp durumunda sulh akdi yapılabileceğini göstermektedir.<sup>754</sup> Benzer bir başka gasp fiili nedeniyle açılan davada, mağdurun gaspa konu olan kuşağının yerine 15 kuruş kıymetinde bir kuşak ve kesilen saçının yerine de 35 kuruş bedel üzerinden sulh akdi yapılmıştır.<sup>755</sup> Gasp fiili, yetkisiz olan kişinin, bir başkasının mahsulünü alması sonucunda da gerçekleşebilir. Böyle bir durumla ilgili bir kararda, mağdur 420 keyl mahsulünün alındığından bahisle mahkemeye başvurulmuştur. Bu başvuru üzerine mahkeme tarafları dinledikten ve tarafların delillerini değerlendirdikten sonra taraflar 350 kuruş üzerinden sulh akdi yapmışlardır.<sup>756</sup>

Sulh ile çözülen gasp davalarının yanında davacı tarafın feragati ile sonuçlanan uyuşmazlıklar da mevcuttur. Örneğin davacının, koyunlarının gasp edildiğinden bahisle mahkemeye başvurusu üzerine, davalı davayı inkar etmiştir. Ardından bir diğer celse de davacı davadan feragat etmiştir ve dava sonuçlanmıştır. Bu karar bize gasp fiilinin cezai bir uyuşmazlıktan ziyade borçlar hukuku kapsamında bir uyuşmazlık olduğunu ve bir tarafın feragatiyle davanın sonuçlanabileceğini göstermektedir.<sup>757</sup>

Kadı sicillerindeki kararlarda gaspın yol kesicilik (eşkıyalık) ve hırsızlık suçlarıyla karışma ihtimalinin bulunduğu görülmektedir. Ancak kararlarda fiillerin ayırt edilirken, örneğin yol kesiciliği oluşturmayacak ölçüdeki darp için darp ve gasp nedeniyle veya sadece tehdit bulunuyorsa tehdit ve gasp nedeniyle mahkemeye başvurulduğu, yol kesicilik nedeniyle başvurulmadığı görülmektedir. Gaspı tanımlarken ifade edildiği üzere, bir şeyi kuvvet kullanarak almak unsurunun

<sup>754</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 16, s. 116, No: 26. Benzer karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. 31, s. 412, No: 605.

<sup>755</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 41 Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, (Haz. : İzzet Sak) No: 40-2 s. 45.

<sup>756</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 52, s. 199, No: 92-2.

<sup>757</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 52, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2014, (Haz. : İzzet SAK) s. 508, No: 223-3. Benzer karar için bkz. Konya Kadı Sicili, defter: 1, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, (Haz. : Leyla Özpolat, İzzet Sak) s. 569, No: 218-6.

tespitinde kararlar da göz önüne alındığında çok dikkatli davranılması gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>758</sup>

## II) GERÇEKLEŞME BİÇİMİ BAKIMINDAN İTLAF TÜRLERİ

### A) MÜBÂŞERETEN İTLAF

İtlaf, sözlük anlamı itibariyle bir şeyi yok etmek, tahrip etmek anlamlarına gelmektedir.<sup>759</sup> İstilahta ise bir malın tazmin sorumluluğunu gerektirecek şekilde, âdeten kendisinden elde edilmesi umulan menfaatin dışına çıkartarak kısmen veya tamamen yararlanılmaz duruma getirilmesidir.<sup>760</sup>

İtlaf fiili iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan birincisi, bir şeyin araya başka birisinin fiili girmeksizin bizzat telef edilmesidir ki, buna mübâşereten (doğrudan) itlaf denir. Mübâşereten itlafa örnek olarak, bir kimsenin arabasının camını tekmeyle kırmak verilebilir. İkinci durum olan tesebbüben itlaf ise, bir malın telef olmasına sebep olmaktır. Bu itlaf türünde, yapılan fiil ile zararlı netice arasında başka bir fiil girmektedir. Tesebbüben itlafa örnek olarak, umumi bir yol üzerine kazılan bir kuyuya, bir hayvanın düşerek telef olması durumu verilebilir.<sup>761</sup> Mübâşereten itlaf ile tesebbüben itlaf arasındaki en önemli fark, mübâşereten itlaf durumunda failin taammüdü aranmazken,<sup>762</sup> tesebbüben itlafta taammüd şarttır.<sup>763</sup>

<sup>758</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 31, s. 147, No: 108, c. 17, s. 552, No: 678; Konya Kadı Sicili, defter: 41, No: 26-1, s. 21, No, 146-1, s. 210; Konya Kadı Sicili, defter: 14, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2014, (Haz. : Fatih Küçük, İzzet Sak) s. 73, No: 43-1.

<sup>759</sup> Mutçalı, **Arapça-Türkçe Sözlük**, s. 90; Aydın, “İtlaf”, s. 466; Hamdi Döndüren, “İtlaf”, **Şamil İslâm Ansiklopedisi**, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2000, c. 4, s. 202; Karaman / Karagöz / Paçacı / Canbulat / Gelişgen / Ural, **Dini Kavramlar Sözlüğü**, s. 346; Çalış, “**Borçlar Hukuku**”, s. 438.

<sup>760</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 223; Aydın, “İtlaf”, s. 466; Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku**, c. 3, s. 251.

<sup>761</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. 7, s. 329; Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 7, s. 224; Aydın, “İtlaf”, s. 466; Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 182; es-Serahsî, **Mebûsât**, s. 27/26.; Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku**, c. 3, s. 252; Yaman / Çalış, **İslam Hukuku**, s. 312; Halil Cin, Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, OSAV Yayınları, İstanbul, 2017, s. 630.

<sup>762</sup> Şâtübî, **el-Muvâfakât**, c. 2, s. 348.

<sup>763</sup> Zuhaylî, **Nazariyatü'd-Damân**, s. 25; Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. 7, ss. 376, 382; Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 181, 182; Akman, **Hekim Uygulamaları**, s. 186; Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku**, c. 3, s. 252; Yaman / Çalış, **İslam Hukuku**, s. 312; Özdirek, **İşçilerin Verdiği Zarar**, s. 57, 58; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 73; Cin / Akgündüz, **Hukuk Tarihi**, s. 630; Çalış, “**Borçlar Hukuku**”, s. 437; Demirci, **Akit Konusunun Telefî**, s. 46; Hatemi, **İslâm Hukuku**, s. 101.

İtlaf fiili akit dışı sorumluluğu ifade ederken ele alınır. Bu sorumluluk türü içerisinde, fiil hem kişinin hayat ve vücut bütünlüğüne hem de mal varlığına yönelik işlenebilir. Fıkıh kitaplarında, hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik olan itlaf fiilleri cinâyât bölümlerinde ele alınırken, mal varlığına yönelik işlenen itlaf fiilleri itlaf ve damân bölümlerinde yer almaktadır. Bu bakımdan ele alındığında itlaf fiilinin fıkıh kitaplarında, modern hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan daha kapsamlı olduğu görülmektedir. Ancak yinede, haksız fiil sorumluluğu kavramına en yakın kavramın itlaf olduğunu ifade edebiliriz.<sup>764</sup>

Akit dışı kusur sorumluluğu içerisinde yer alan gasp ve itlaf fiilleri bazı durumlarda aynı somut olayda görülebilir. Bir mal önce gasp edilip ardından itlaf edilirse bu durumda o mal, kendisinden gasp edilen kişinin zilyetliğinden çıkar ve gaspedenin zilyetliğine geçer. Ancak bu bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Fail bu durumda gasp ettiği malın bedelini ödemekle yükümlüdür. Gasp edildikten sonra itlafa uğrayan bir mal için, failin sorumluluğunun gasptan ziyade itlaf hükümlerine göre ele alındığı görülmektedir. Bununla birlikte gaspedilen mal tamamen itlaf olmamış belirli oranda üzerinde noksanlık doğmuşsa, gasp eden, malın aynıyla birlikte noksanlığı da tazmin eder. Ancak bu noksanlık gasıp tarafından değil de bir başkası tarafından yapılmışsa bu halde mağdur ister gasıptan, ister noksanlığa neden olandan bu noksanlığı tazmin ettirebilir.<sup>765</sup>

Akit dışı sorumluluğun en genel görünümü itlaf fiilidir. Kusur sorumluluğunun unsurları da yukarıda ele alındığı için burada yeniden bunlara değinilmeyecektir. İtlaf fiilinin yargı kararlarında karşımıza nasıl çıktığı incelenecektir.

## **B) YARGI KARARLARINDA MÜBÂŞERETEN İTLAF**

Kadı sicillerine yansımış olan bir karara göre vakıf malını zimmetine geçiren vakıf mütevellisinin, bu fiili itlaf olarak kabul edilmiştir ve zimmetine geçirmiş

<sup>764</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, c. 7, s. 164; Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 450.

<sup>765</sup> el-Mavsîlî, **el-Muhtâr**, s. 335; **Fetâvâyi Hindiyîye**, c. 10, s. 511; el-Meydânî, **Kudûrî Şerhi**, c. 1, s. 561.

olduğu bedeli vakfa ödemesine karar verilmiştir.<sup>766</sup> Bu kararda mal varlığına yönelik bir itlaf söz konusudur ve kuvvet kullanılmaması bize fiilin gasp olmadığını göstermektedir. Mal varlığına yönelik bir başka kararda vakfa ait olan bir taşınmazın işgali ve ardından bu taşınmazda meydana getirilen yıkım sonucunda enkazın itlafından bahsedilmektedir.<sup>767</sup> Burada dikkat edilmelidir ki, enkaz belirli bir değere haiz, alım satımda kullanılan (mütekavvim) bir maldır bundan dolayı failin yalnızca taşınmazı yıkmasından dolayı değil aynı zamanda bu yıkım sonucu itlaf ettiği enkazdan dolayı da sorumlu tutulması gerekmektedir.

Bir sığırtaçmacın güttüğü sığırları bir kişinin bostanına doğru gütmesi ve sığırların bostandan yemeleri nedeniyle o kişiyi zarara uğratmasından dolayı, sığırtaçmacın zararı tazmin etmesine karar verilmiştir.<sup>768</sup> Bu olayda sığırtaç hayvanları direkt bostana doğru sürdüğü araya herhangi bir hayvan fiili girmediği için hayvanlar yalnızca kişinin elindeki alet konumundadırlar. Dolayısıyla burada sığırtaçmacın mütesebbib olmasından değil mübaşir olmasından bahsedilir. Benzer bir olayda da köpekleri sürüye doğru kışkırtan ve bu nedenle koyunların telefine neden olan kişinin aleyhine dava açılmıştır. Bu kişinin koyunların telefinden dolayı sorumlu tutulması istenmektedir.<sup>769</sup> Burada da köpekler, kışkırtan kişinin elinde alet konumundadırlar ve araya herhangi başka bir fiil girmemiştir. Dolayısıyla olayda, kişinin, taammüdünün açık bir şekilde görülmesinin yanında doğrudan kendi fiiliyle köpekleri kışkırttığı için burada mübaşir olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.

Göz doktoru olduğunu söyleyen Mosi isimli bir Yahudi, Mustafa isimli bir kimsenin gözüne dört ay boyunca ilaç vermiştir ve bu mu'tad duruma aykırı olarak bir gün şiş sokmak yoluyla bu kişinin kör olmasına neden olmuştur. Mosi'nin bu fiili kadı karşısında itlaf olarak değerlendirilmiştir. Daha sonra ise Mosi ve Mustafa 75

<sup>766</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 13, s. 458, No: 707; Benzer bir karar: İstanbul Kadı Sicilleri, c. 28, s. 224, No: 226.

<sup>767</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 19, s. 266, No: 278.

<sup>768</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 4, s. 292, No: 713; Benzer karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. 4, s. 167, No: 316, Konya Kadı Sicili, defter: 14, s. 25, No: 15-3, s. 93, No:55-2, s. 169, No: 101-2, defter: 52, s. 411, No: 182-4.

<sup>769</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 41, No: 232-2, s. 336, Benzer karar için bkz. Konya Kadı Sicili, defter: 14, s. 125, No: 74-4.

esedi kuruş üzerinde sulh akdi yapmışlardır.<sup>770</sup> Benzer bir kararda da, mağdurun kolu fail tarafından bıçakla yaralanmıştır. Mağdur, kolunu bıçakla yaralayan fail ile üç yüz akçe karşılığında sulh olduklarını ifade etmiştir.<sup>771</sup> Bu kararlar ise yukarıdaki kararların aksine kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir fiilin itlaf olarak ele alındığını bize göstermektedir. Ayrıca itlaf fiili neticesinde tarafların aralarında sulh akdi yapabilmelerinin mümkün olduğu yine bu kararlar ile görülmektedir.

Fail salatalık soyarken hata ile bir kişiyi katl etmiştir. Bu durumu ikrar edip katlettiği kişinin oğluna diyetini vereceğini de beyan etmiştir.<sup>772</sup> Bu kararda da hayat varlığına yönelik bir saldırı sonucunda failin sorumluluğunu ve mağdur ile taksirle öldürme neticesinde öngörülen diyet üzerinden anlaşma yapıldığını görmekteyiz. Aynı zamanda, kusur yönünden failin kastının olmadığı, hatasının olduğu durumlarda da mübâşereten verdiği zararlardan ötürü sorumlu tutulabileceğini bu karar ile görmekteyiz.

Şahıs veya mal varlığına yönelik itlaf fiili sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıklar açısından tarafların aralarında sulh akdi yapabildikleri ve davanın bu şekilde son bulduğu yukarıdaki kararlarda görüldü. Bununla birlikte gerek mübâşereten gerekse tesebbüben itlaf açısından davacı taraf davasından feragat de edebilmektedir ve dava bu feragat üzerine son bulmaktadır. Örneğin bir kararda kişinin, bir başkasının kölesinin vücut bütünlüğüne yönelik bir fiili nedeniyle özellikle tedavi masrafları açısından zarara uğradığı görülmektedir. Zarara uğrayan kişi daha sonra davasından feragat etmiştir. Bu feragat ile birlikte kölenin sahibi de, kölesini satacağını eğer satamazsa da, mağdurun uğramış olduğu zarar için kölesinin fiiline kefil olduğunu ifade etmiştir.<sup>773</sup>

Bir katl davasında ise taraflar önce sulh olmuşlar ardından sulh olunan miktarın çoğunluğu ödenip bir kısmının ise ödenmemesi neticesinde davacı taraf kalan

<sup>770</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 19, s. 587, No: 720.

<sup>771</sup> Konya Kadı Sicili, defter,14, s. 14, No: 9-4; Benzer karar için bkz. Konya Kadı Sicili, defter: 52, s. 39, No: 24-1, defter: 1, s. 298, No: 119-3, s. 479, No: 185-1.

<sup>772</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 280, No: 112-1.

<sup>773</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 258, No: 103-7. Benzer karar için bkz. Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 303, No: 120-8.

kisimından feragat etmiştir.<sup>774</sup> Bu karar bize hem sulh hem de feragatin bir arada bulunabileceğini gösteren bir örnek sunmaktadır.

### C- TESEBBÜBEN İTLAF

Tesebbüb sorumluluğunda failin doğrudan bir zararı meydana getirmesi değil, bu zararın ortaya çıkmasına sebep olacak bir fiili işlemesi durumu söz konusudur.<sup>775</sup> İslâm hukukunda tesebbüb hallerinde, mübâşeret hallerinin aksine fiilde taammüd bulunması sorumluluğun doğması için şart koşulmuştur.<sup>776</sup> Oysaki pozitif hukukta sebep sorumluluğu kavramı kusursuz sorumlulukla eş anlamlı olarak kullanılır olmuştur. Bu bakımdan İslâm hukuku ve pozitif hukukun sebep sorumluluklarına bakışı farklılık arz etmektedir.<sup>777</sup> Ancak değişen zamanla İslâm hukukunda da tesebbüb sorumluluğu içindeki bazı durumların kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirileceği savunulmuş hatta sebep sorumluluğunun tıpkı pozitif hukukta olduğu gibi kusursuz sorumluluk olduğunu ifade eden yazarlar olmuştur.<sup>778</sup> Tesebbüb sorumluluğuna ilişkin gerekli açıklamalar haksız fiilin unsurlarından, fiil ve hukuka aykırılık unsurlarında yapıldığı için bu bölümde, daha fazla genel açıklamada bulunulmayıp bu sorumluluk türünün görünüş şekilleri incelenecektir.

#### 1-) İstihdam İlişkisinden Doğan Sorumluluk

##### a) Genel Olarak İşçi ve İşverenin Sorumluluğu Halleri

İslâm hukukunda, istihdam ilişkisinden doğan sorumluluk amir memur yani emreden ve emredilen işi yerine getiren, ilişkisinden doğan sorumluluk çerçevesinde ele alınmıştır. İşveren, işçiye emreden kişi olması nedeniyle amir konumundadır ve

<sup>774</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 378, No: 148-3; Feragat ile ilgili ayrıca bkz. Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 593, No: 228-4.

<sup>775</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 329; Zuhaylî, **İslam Fıkhi Ansiklopedisi**, c. 7, s. 224; Aydın, “İtlaf”, s. 466

<sup>776</sup> Mecelle, m. 93; Zuhaylî, **Nazariyatü'd-Damân**, s. 25; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, ss. 376, 382; Ali Haydar Efendi, **Dürrü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 181, 182; Akman, **Hekim Uygulamaları**, s. 186; Özdirek, **İşçilerin Verdiği Zarar**, s. 57, 58; Yıldız, **İslâm Sorumluluk Hukuku**, s. 73; Cin / Akgündüz, **Hukuk Tarihi**, s. 630; Çalış, “**Borçlar Hukuku**”, s. 437; Demirci, **Akit Konusunun Telefi**, s. 46; Hatemi, **İslam Hukuku**, s. 101.

<sup>777</sup> Aydın, “İtlaf”, s. 466.

<sup>778</sup> Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 55.

bu emri yerine getiren kişi olması nedeniyle de işçi, memur konumundadır. İstihdam ilişkisinde amirin sorumluluğu kapsamında ilk önce şu belirlemeyi yapabiliriz. Eğer amir, memuru haksız bir fiil işlemeye zorlar veya buna yönelik olarak yanıltırsa memurun fiilinden ötürü sorumlu olur.<sup>779</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki devlet başkanının emri, efendinin köleye emri, büyüğün çocuğa emri icbar niteliğindedir.<sup>780</sup> Dolayısıyla burada sorumluluk emri ifa eden üzerine doğmaz, emri veren üzerine doğar.

Amir-memur, işveren-işçi arasında böyle bir zorlama veya yanıltma durumu yoksa ne olacağıyla ilgili Mecelle madde 89'da "*Bir fiilin hükmü fâiline muzâf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzâf kılınmaz*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur.<sup>781</sup> Bu düzenlemeye göre amirin yalnız emri vermekle kalması durumunda tazmin sorumluluğu yoktur. Yani, işveren işçisine zorlamada bulunmaksızın bir kişinin malını itlaf etmesini emretse işçi de gidip itlaf etse bu durumda işveren değil yalnızca işçi sorumlu tutulur. Çünkü bu külli kaidenin yanında bir başka külli kaidede de başkasının mülkü üzerinde emretmenin batıl olduğu ifade edilmiştir.<sup>782</sup>

Memurun veya işçinin işi yaparken vermiş olduğu zarardan dolayı sorumluluğun kime ait olacağı, menfaat-külfet dengesine<sup>783</sup> göre tespit edilebilir. Örnek olarak, işçi işverene ait olduğunu zannederek ve yaptığı işin meşruiyetine inanarak, bir başkasının arabasının lastiklerini çıkartsa, zararı kendisi tazmin eder ancak işverene rucû hakkı vardır. Çünkü tazmin borcu öncelikle işi doğrudan doğruya yapanın üzerine doğar ancak işi doğrudan yapan buna sebep olana rücu edebilir.<sup>784</sup>

İşçinin zarar doğuran fiilini yanlış zannı üzerine yapmasının yanında, bir de iş görülürken işçinin fiili nedeniyle ortaya çıkan zararlar vardır. Örneğin bir

<sup>779</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 177; Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 314; Eser, **Haksız Fiil**, s. 38.

<sup>780</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 313; Bilmen, **Hukuki İslâmiye**, c. VII, ss. 377-378.

<sup>781</sup> İşçinin fiiliyle sorumluluğuna dair, Mecelle m. 607: "*Ecîrn te'addîsi yahut taksîri ile müste'cerun-fih telef olsa zâmin olur.*"

<sup>782</sup> Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. 1, s. 177; Yıldırım, **Külli Kâideler**, s. 185.

<sup>783</sup> Mecelle, m. 88.

<sup>784</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 314; Karaman, **Mukayeseli**, s. 482.

çamaşırcıya bırakılan çamaşıra, çamaşırcının işçisi dövme sırasında hasar verse, bundan doğan hasardan dolayı çamaşırcı sorumlu olur. Bu sorumlu olma durumu İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göredir. Ebû Hanife'ye göre işveren böyle bir durumda yine sorumlu değildir. Ancak işçinin kusuru varsa çamaşırcı işçiye rucû edebilir.<sup>785</sup> Çünkü burada işçi ecr-i has<sup>786</sup> yani özel işçidir ve bu iş nedeniyle elde edilecek kazanç çamaşırcıya ait olacaktır.<sup>787</sup> Bununla birlikte, burada çamaşırcıyı sorumlu tutarken onun artık kendisine bırakılmış olan çamaşırlar için garantör olduğunu varsayabiliriz.<sup>788</sup> Bu nedenle garantör olan kişi, önce kendisi zararı tazmin eder sonra kusuru varsa işçisine rucû eder. Nitekim işçinin ecr-i has olduğu durumlarda ortaya çıkmış olan sebep sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hali arz ettiği görülmektedir. Bu durumda işverenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilir. Ancak burada işveren ile işçi arasındaki ilişkinin hizmet akdi olduğu istisna akdi olmadığı iyi tespit edilmelidir. Örneğin işveren yola çıkıntı veya gölgelik yaptırmak için birisiyle anlaşsa ve daha iş bitmeden bu çıkıntı veya gölgelik düşerek birinin ölümüne sebep olsa bu durumda işveren değil, işverenin anlaşmış olduğu kişi sorumlu tutulur. Çünkü arada bir hizmet ilişkisinin varlığından değil, istisna akdinin varlığından söz edilir ve henüz iş tamamlanıp iş sahibine teslim edilmemiştir.<sup>789</sup>

Devlet adına memur olan birinin kusuru nedeniyle kişilerin zarara uğramaları durumunda ise, sorumluluk esas olarak kusuru nedeniyle zararı meydana çıkaran fiili icra eden kişinin olsa da<sup>790</sup>, bu kişinin kusurunun olmaması veya zararın tamamını tazmin edemediği durumlarda tazmin edemediği bu miktardan devlette sorumlu

<sup>785</sup> es-Serahsî, **Mebsût**, c. 16, s. 10 vd.; Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 312; Akman, **Akdî Mesuliyet**, ss. 136, 137; Ayrıca bkz. Özdirek, **İşçilerin Verdiği Zarar**, ss. 35 vd.

<sup>786</sup> Yalnız müste'cir adına iş görmesi amacıyla tutulan işçidir. Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri**, s. 112; Özdirek, **İşçilerin Verdiği Zarar**, ss. 10 vd.

<sup>787</sup> Mecelle m. 610: “*Ecîr-i hass emîndir. Hatta yedinde bi-gayrı sun'ihî telef olan malî zâmin olmaz ve kezâ bilâ-te'addî kendi ameliyle telef olan malî dahi zâmin olmaz.*” Ancak ecîr-i müşterek açısından aynı durum geçerli değildir. Nitekim Mecelle m. 611'de “*Ecîr,i müşterekin gerek te'addîsi ya taksiri olsun ve gerek olmasın kendisinin fi'il ve sun'undan tevellüd eden zarar ve hasârı zâmin olur.*” düzenlemesi yer almaktadır.

<sup>788</sup> Es-Serahsî, **Mebsût**, c. 16, s. 10; Abdul Basir Bin Mohamad, **The Islamic Law Of Tort**, (Doktora Tezi), Edinburgh, 1997, s. 78.

<sup>789</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 312; İstisna akdinde sorumlulukla ilgili bkz. Ahmet Akman, “İslâm Borçlar Hukukunda İstisna' (Eser) Sözleşmesi (Türk Hukuku İle Mukayeseli)”, **The Journal Of Social Science**, y. 3, c. 3, sy. 5, 2019, s. 12 vd.

<sup>790</sup> Mehmet Aykanat, **Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, ss. 219, 220.

tutulabilir. Örneğin, bir kadının kasten yanlış karar vererek bir başkasının haksız kazanç elde etmesi durumunda kadı bundan sorumlu tutulabileceği gibi, şahitlerin yalancılığı nedeniyle böyle bir karar vermesi durumunda artık kadı değil, haksız kazanç elde eden taraf veya devlet sorumlu olacaktır.<sup>791</sup> Bir naibin nikah akdi için halktan fahiş ücret alması durumunda, devlet memuru konumunda bulunan naip bu durumda sorumlu tutulacaktır ve halkın tüm zararı tazmin edilmediği takdirde ise bu durum, kalan kısmın tazmini için devlet başkanına iletilebilecektir. Yine, naip bu işlemleri yaparken eğer kadının emriyle hareket ediyorsa, kadı da ortaya çıkan zarardan ötürü sorumlu tutulacaktır.<sup>792</sup>

Zanaatkârlar açısından ise farklı bir belirleme yapılabilir. Hz. Ömer (r.a.) devrine gelene kadar zanaatkârın nezdinde bırakılmış olan eşya, zanaatkârın kastı olmadığı halde zarara uğradığı takdirde zanaatkâr sorumlu tutulmazdı. Zanaatkârın bu konudaki sözüne itimat edilirdi ancak zamanla ahlakın bozulmasıyla insanların bu tür nedenlerden ötürü zarar görme halleri artınca zanaatkârı, nezdinde bulunan eşyanın kaçınılması mümkün olan bir sebeple zarar görmesinden ötürü sorumlu tutma fikri yerleşti.<sup>793</sup> Yani başlarda kıyasa göre işçi veya zanaatkâr iş akdi ile emin sayılıp bir kastı veya ihmali görülmedikçe sorumlu tutulmazken, insanların mallarının korunması hususunda gevşek davranmamaları için istihsana göre sorumlu tutulmuşlardır.<sup>794</sup> Bu sorumluluk hali bir kusursuz sorumluluk görünüşü arz etmeye başlamıştır, nitekim bir örnekte, Kadı Şurayh'ın bir defasında evi yanan çamaşırcıyı, müşterinin çamaşırlarının da yanması nedeniyle sorumlu tuttuğu görülmektedir.<sup>795</sup>

Bu bakımdan zanaatlar açısından işçi-işveren ilişkisinden ziyade, vekâlet ilişkisi bulunduğunu da ifade edebiliriz. Çünkü burada ustanın yanında çalışanlar

<sup>791</sup> Melikşah Aydın, “Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, **SÜHFD**, c. 25, sy 2, 2017, s. 140.

<sup>792</sup> İbrahim Ülker, **Osmanlı Noterlik Hukuku**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, ss. 334-339; Melikşah Aydın, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, ss. 180-182; Adnan Koşum, **İslâm Hukuk Doktrininde Yargı Hataları**, Fakülte Kitabevi, 1. Baskı, Isparta, 2004, s. 141.

<sup>793</sup> Muharrem Önder, “İstihsan Kavramının Ortaya Çıkışı”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 7, 2006, s. 189.

<sup>794</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 312; Zuhayli, **Fıkıh Usûlü**, s. 99.; Zanaatkârların sorumluluğunun mesâlih-i müselele dayandığına ilişkin bkz. Şaban, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, s. 229.

<sup>795</sup> Döndüren, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 78.

ustanın vekili konumundadırlar. Arada bir vekâlet ilişkisi bulunmasından dolayı da ustanın yanında çalışanların zararı kasten yapmaları durumu hariç, vermiş oldukları zararı usta vermiş gibidir. Bu durumlarda sorumluluk ustanın üzerine doğar. Dolayısıyla burada da zanaatkârın yanında çalıştırdıklarının fiillerinden ötürü sorumluluğu doğmaktadır ve bu sorumluluk zanaatkâr açısından bir kusursuz sorumluluktur.<sup>796</sup>

İşveren-işçi arasındaki sorumluluğu incelerken alt işçinin vermiş olduğu zararlardan dolayı alt işverenin sorumluluğunu da işlemeliyiz. Bazı durumlarda alt işçinin vermiş olduğu zararlardan dolayı alt işveren sorumlu tutulabilir. Burada alt işverenin sorumluluğuna gidebilmemizi sağlayan en önemli etkenlerden biri üçüncü şahıslara ait olan malın hukuki durumudur. Üçüncü kişilere ait olan malların istihdam edenin tasarrufunda bulunduğu durumlarda alt işverenin sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin terziye paçasının yapılması için bırakılmış olan bir pantolona ecîr-i müşterekin<sup>797</sup> alt işçisi olarak çalışan çırağın vermiş olduğu zarar, alt işverenin sorumluluğunu söz konusu kılabilir. Ecîr-i müşterekin bir fiili veya tasarrufu söz konusu olmasa dahi önlenmesi mümkün olduğu halde bizzat kendisinin vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulması kabul edildiği takdirde yine alt işçinin vermiş olduğu zarardan dolayı alt işveren sorumlu tutulabilir. Burada kusursuz sorumluluğu kabul etmeyen bir görüşe göre ise alt işveren alt işçinin vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulmaz.<sup>798</sup>

Meri hukukta ise adam çalıştırmanın sorumluluğu ve yardımcı kişinin sorumluluğu başlığı altında Türk Borçlar Kanunu'nda bu durum düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre çalışanlar, bir özel hukuk ve bağımlılık ilişkisi içerisinde işverenin kendilerine bırakmış olduğu işleri gördükleri sırada hukuka aykırı bir fiil ile üçüncü bir kişiye zarar verilerse burada adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde sorumluluk işverenin üzerine doğar. TBK'da adam çalıştırmanın sorumluluğu zanaatlarda çalışanlar ve diğerleri şeklinde ayırım yapılmadan

<sup>796</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 483.

<sup>797</sup> "Ecr-i müşterek çamaşırları beyazlatan, terzi, ayakkabıcı gibi birden fazla kişiden iş kabul eden kişilerdir." es-Serahsî, **Mebsût**, c. 15, s. 80.; Ecr-i müşterekin sorumluluğu ile ilgili bkz. Akman, **Akdî Mesuliyet**, s. 132 vd.

<sup>798</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 188.

düzenlenmiştir. Dolayısıyla İslâm hukukunda zanaatlarda çalışanların, ustalarının sorumlu olması TBK ile paraleldir ancak İslâm hukukunda farklı olarak, zanaatlar haricinde çalışanlar açısından tazmin yükümlülüğü doğrudan işverenin üzerindedir. İşveren, çalışanın bizzat sorumluluğuna gidilebiliyorsa ödemiş olduğu tazminatı rucû edebilir. Eğer zarar üçüncü bir kişiye değil de, işverenle arasında sözleşme ilişkisi bulunan bir kişiye karşı doğmuş olsaydı bu durumda da yardımcı işçinin sorumluluğu çerçevesinde sorumluluk yine işveren üzerinde doğacaktı.<sup>799</sup>

### b) Yargı Kararların İşveren Sorumluluğu

Sığırtmaçlık yaparken bir ineği kurt yemesi sonucu, sığırtmaça karşı kadı önüne giden ineğin sahibine, ineği kadının hükmü neticesinde tazmin edilmiştir.<sup>800</sup> Bu kararda dikkatimizi çeken bölüm ineği kurt kapması olayında sığırtmacın sorumlu tutulmasıdır. Sığırtmaç mesleği gereği bu risklere karşı tedbirli olmalıdır ve sürüyü korumalıdır. Dolayısıyla böyle bir olayda sorumluluğuna gidilmiştir. Ancak kurt saldırısının karşı konulamayacak durumda olması halinde sığırtmacın beklenmedik hal veya mücbir sebep ile karşılaşmasından bahsedilebileceği ve sorumluluktan kurtulabileceği de düşünülmelidir. Fakat kararda bu hususta bir belirleme olmadığı için kurt saldırısının karşı konulma imkanını bilmemekteyiz.

Mübâşeretten itlafa örnek olarak vermiş olduğumuz, yukarıdakine benzer başka bir kararda da sığırtmaç sürüyü, bir şahsın bostanına doğru sürmesi nedeniyle, bostanda zarar meydana gelmiştir. Meydana gelen zararın tazmini ise sürü sahibine değil sığırtmaca yüklenmiştir.<sup>801</sup> Çünkü bu durumda zarar sığırtmacın kusurundan dolayı ortaya çıkmıştır ve aynı zamanda sığırtmaç mübaşir olarak sorumludur.

<sup>799</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 618; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, ss. 68 vd.; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, ss. 106 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, ss. 140 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, ss. 424 vd.; İnci Erbilin, "Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, c. 92, sy. 4, 2018, s. 170 vd; Ayrıca bkz. Lütfü Dalamanlı, **Kanunlarımızda Tazminat Hukuku ve Tatbikati**, İş Matbaacılık ve Ticaret, Ankara, 1973, ss.. 225, 226, 179, 183.

<sup>800</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 2, s. 149, No: 236.

<sup>801</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 4, s. 292, No: 713; Benzer karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. 4, s. 167, No: 316.

Bir kazada naip olan kişinin, yapması gereken işlemler için halktan fahiş miktarlar talep etmesi ve halka yönelik başka zulümleri de gerçekleştirmesi nedeniyle ahali bu durumdan ötürü şikayette bulunmuş ve dava Divan-ı Hümayun'a kadar gitmiştir. Sonucunda ise naip kusurlu bulunmuş ve ahaliye verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulmuştur. Ayrıca devlet başkanı eksik kalan bedel nedeniyle kendisine başvurulmasını istemiştir.<sup>802</sup> Yine bir başka kararda da katip ve naiplerin eğer kadının emri doğrultusunda yaptıkları bir işten ötürü sorumluluk doğmuşsa burada kadının da sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmiştir.<sup>803</sup> Bu kararlar göstermektedir ki, memurun sorumluluk doğuran fiilinden dolayı öncelikle memur sorumlu tutulsa da eksik kalan kısımdan ötürü amir de sorumlu tutulur.

Öküzünün nallanmasını isteyen birisinin, bu öküzü nallaması için bir nalbanta götürmesinin ardından, öküzün sahibi nalbantın işinde üstad olmadığını ve mu'tâda aykırı biçimde öküzün ayağını nallamaya çalıştığını, bu nedenle de öküzün ayağının sakatlandığını iddia etmiştir. Nalbant ise mu'tâda aykırı bir hareket yapmadığını, diğer öküzleri nasıl nallıyorsa bu öküzü de o şekilde nalladığını ifade etmiştir. Kadı nalbantın kusurunun olmadığına kanaat getirerek zarar nedeniyle herhangi bir ödeme yapmasına gerek olmadığına yönelik karar vermiştir.<sup>804</sup> Bu kararda dikkatimizi çeken husus iş sahibinin yanına bırakılan bir maldan dolayı kusursuz sorumluluğa değil, kusur sorumluluğuna gidilmiştir. Ancak eğer işçinin kusuru olsaydı bundan ötürü işverenin de sorumlu olduğu söylenebilecekti.

## 2-) Aile Reisinin Sorumluluğu

### a) Genel Olarak Aile Reisinin Sorumluluğu

Kur'an-ı Kerim'de *“Ey iman edenler! Kendinizi ve ailenizi, yakıtı insanlar ve taşlar olan ateşten koruyun. O ateşin başında gayet katı, çetin, Allah'ın kendilerine verdiği emirlere karşı gelmeyen ve kendilerine emredilen şeyi yapan melekler*

<sup>802</sup> Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, **Divan-ı Hümayûn Sicilleri Dizisi: 3**, 6 Numaralı Mühimme Defteri, Özet, Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1995, s. 122.

<sup>803</sup> Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, **Divan-ı Hümayûn Sicilleri Dizisi: 5**, 7 Numaralı Mühimme Defteri, Özet, Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1998, s. 418.

<sup>804</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 10, s. 255, No: 384.

vardır.”<sup>805</sup> ayetiyle ve ““...*Hepiniz yükümlülükleri olan birer çobansınız; her biriniz himayeniz altında olan ve bakmakla yükümlü olduğunuz kişilerden ve işlerden sorumlusunuz; Devlet başkanı/yönetici bir çobandır ve tebasından sorumludur, erkekler birer çobandır ve eşlerinden sorumludur, kadınlar birer çobandır ve ailesindekilerden sorumludur, hizmetçiler, efendilerinin mallarını korumakla yükümlü birer çobandır ve korumakla yükümlü oldukları mallardan sorumludur. Hadis ravilerinden Sâlim İbn Abdullah şöyle demiştir: “Sanırım Rasûlullah (sallallahu aleyhi ve sellem) şunları da söyledi: “Kişi babasının malını koruyup gözetmekle yükümlüdür ve bunlardan sorumludur. Hepiniz yükümlülükleri olan birer çobansınız ve bakmakla yükümlü olduğunuz kişilerden ve işlerden sorumlusunuz”<sup>806</sup> hadisiyle ev başkanının sorumluluğu belirtilmektedir.<sup>807</sup>*

Velinin çocuğuna emri doğrultusunda çocuğun fiiliyle vermiş olduğu zarardan dolayı sorumluluk velinin üzerine doğar. Ancak buradaki sorumluluğun velinin üzerine doğmasının sebebi yukarıda da belirttiğimiz gibi velinin emrinin çocuk üzerinde icbar mahiyetinde olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>808</sup> Ancak eğer velinin bir emri olmadığı halde bir çocuğun haksız fiilinden ötürü zarar meydana gelirse bu zarardan çocuk sorumludur ve zararı çocuk tazmin eder.<sup>809</sup> Çocuğun sorumlu olmasını gerektiren bu durumda da, çocuğun fiili kendi yapabilecek düzeyde olmasına da bakılır. Örneğin, bir çocuğun bir hayvanın üzerindeyken o hayvanın bir kişiyi çiğneyip öldürmesi durumunda, çocuk eğer hayvanın üzerinde kendi başına durabilecek durumdaysa sorumluluk çocuğun âkilesi üzerine doğar ancak çocuk kendi başına hayvanın üzerinde durabilecek bir halde değilse, bu durumda kimsenin üzerine bir sorumluluk doğmaz.<sup>810</sup> Mecelle madde 916’da bu konuyla ilgili “*Bir sabi*

<sup>805</sup> Tahrir 66/6.

<sup>806</sup> Buhârî, **Cum’a**, 11, **İstikrâz**, 20.

<sup>807</sup> Ev başkanlığı kapsamında kişinin eşi, çocuğu ve kölesinden sorumluluğuna dair bkz. Mustafa Önder, Adem Dölek, ““**Hepiniz Yöneticisiniz**” **Hadisi Bağlamında Hz. Peygamber’in Sorumluluk Eğitimi**”, EKEV, Akademi Dergisi, y. 13, sy. 40, 2009, s. 412; Erkeğin ve kadının sorumluluğuna dair bkz. Musa Kazım Yılmaz, “İslâmî Aile: Kuruluşu, Fertleri, Sorumlulukları, Bugünkü Durumu ve Geleceği”, **İslâm’da Aile ve Çocuk Terbiyesi Sempozyumu**, İlim Neşriyat, (Edit: İbrahim Canan), s. 35.

<sup>808</sup> Karaman, **Mukayeseli**, s. 481.

<sup>809</sup> Orhan Çeker, **İslâm Hukukunda Çocuk**, s. 184; Köse, “**Cezai Sorumluluk**”, s. 163; Abdul Basir Bin Mohamad, **The Islamic Law Of Tort**, s. 67.

<sup>810</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, 26/187.

*diğerin malını itlaf etse kendi malından zâman lazım gelir; malı yoksa hal-i yüsriine intizar olunur; velisine tazmin ettirilmez.*”<sup>811</sup> şeklindeki bir düzenleme ile bu husus hüküm altına alınmıştır.<sup>812</sup>

Köleler açısından baktığımızda ise, kölelerin haksız fiil sorumlulukları olduğu görülür ancak tazminatı kölenin efendisi ödemelidir. Kölelelerin fiilleri nedeniyle ortaya çıkan maddi zararlar noktasında ev başkanının emri olmasa da sorumluluğuna gidilebilir. Mal varlığına sahip olmayan bir kölenin bir başkasına zarar vermesi durumunda, kölenin sahibi, köleyi kölenin fiili nedeniyle zarara uğramış olan kişiye verebileceği gibi, satıp parasını da verebilir ya da kendisi bu zararı tazmin eder.<sup>813</sup> Eğer ki, efendi bu borcu ödemezse köle alacaklılar tarafından da satılabilir.<sup>814</sup>

Türk Medeni Kanunu’nda ise aile reisinin sorumluluğu müessesesine benzer şekilde “Ev başkanının sorumluluğu” müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre ev başkanı alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirmiş olduğu özenle ev halkından olan küçüğü, kısıtlıyı, akıl hastasını veya akıl zayıfını gözetim altında bulundurduğunu veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı da zararın meydana gelmesini önleyemeyeceği ispatlamadıkça, bu kişilerin sebep olduğu zararlardan sorumludur.<sup>815</sup> Burada sıhriyet bağı değil aynı evde yaşama sorumluluk için esas alınmıştır. Ayrıca eğer ev başkanı gerekli dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararı önleyemeyeceğini kanıtlarsa, bu kişilerin işlemiş oldukları fiilden ötürü sorumlu olmaktan kurtulabilir. Yani ev başkanına kurtuluş beyyinesi getirme imkanı tanınmıştır.<sup>816</sup> TMK’deki bu hüküm ile İslâm hukuku açısından yapmış olduğumuz açıklama arasında farklılık vardır. Yukarıda ifade edilen bazı durumlar haricinde, TMK’ya göre ev başkanı gözetimi altındakilerin vermiş olduğu zararlardan kendisi

<sup>811</sup> Osman Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İslâmi İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul, 1973, s. 274.

<sup>812</sup> Cin / Akgündüz, **Hukuk Tarihi**, s. 634.

<sup>813</sup> Avcı, **Hukuk Tarihi**, s. 327.

<sup>814</sup> Halil Cin, Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016, s. 316.

<sup>815</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 637; Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, ss. 79, 80; Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, ss. 161 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, ss. 186 vd.; Emine Koçano Rodoslu, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, **AÜHF**, y. 63, c. 4, 2014, ss. 888 vd.

<sup>816</sup> Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, 2013, c. 2, s. 456; Şakir Berki, **Medenî Hukuk**, 2. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1969, s. 222, Rodoslu, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, s. 892.

sorumlu olurken İslâm hukukunda sorumluluk aile reisinin değil gözetim altındaki kişinin üzerine doğar ve Mecelle madde 916'da belirtildiği gibi veliye tazmin gerekmez.

### **b) Yargı Kararlarında Aile Reisinin Sorumluluğu**

Baliğ olmayan bir çocuğun almış olduğu mallarla ilgili görülen davada kadı, davacıdan çocuğun sorumlu tutulabilmesi için beyine istemiştir.<sup>817</sup> Kadı, çocuğun henüz baliğ olmadığını ifade etmiş, sorumlu tutulmamasını veya velisinin sorumlu tutulması gerektiğini belirtmemiş ve çocuğun sorumluluğu için kanıt istemiştir. Bu karar, bize çocuğun baliğ olmasa dahi malvarlığı ile sorumlu tutulabileceğini göstermektedir.

Mübâşeretle itlaf başlığında da incelediğimiz bir kararda, bir kölenin hür bir kişinin vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirmiş olduğu fiil ile mağdur özellikle tedavi masrafları bakımından zarara uğramıştır. Bunun üzerine mahkemeye giden mağdur önce dava açıp daha sonra davasından feragat etmiştir. Ancak feragatinden sonra köle sahibi, kölesini satacağını eğer satmazsa yine de mağdurun zararını karşılayacağını beyan etmiştir.<sup>818</sup> Bu kararda kölenin vermiş olduğu zarardan ötürü sahibinin sorumlu tutulduğunu görebilmekteyiz. Kölenin niteliğinden bahsedilmemesi nedeniyle burada sahibinin sorumluluğunun türü ev başkanının sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir.

## **3- Hayvanın Verdiği Zarardan Doğan Sorumluluk**

### **a) Genel Olarak Hayvanın Verdiği Zarardan Doğan Sorumluluk**

Hayvanların vücut ehliyetleri bulunmaması nedeniyle vermiş oldukları zararlardan dolayı malikleri sorumlu tutulabilir. İslâm hukukunda kişinin mülkiyetinde olan hayvanlardan dolayı sorumluluğu kullandığı eşyalar dolayısıyla olan sorumluluğu ile benzerlik gösterir. Hayvanların kendiliğinden vermiş olduğu zararlar ise tazmin gerektirmez. Mecelle madde 94'te bu konu hakkında "*Hayvanatın*

<sup>817</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 10, s. 411, No: 743.

<sup>818</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 258, No: 103-7.

*kendiliğinden olarak cinâyet ve mazarratı hederdir.” şeklinde bir düzenleme yapmıştır.<sup>819</sup>*

Hayvanların vermiş oldukları zararlar sahipleri açısından genellikle sebep sorumluluğunun içerisine girer. Fakat bazı durumlarda hayvanın vermiş olduğu zarar doğrudan sahibinin vermiş olduğu zarar gibi de sayılabilir. Örneğin, Mecelle madde 936’da “*Bir kimsenin râkib olduğu hayvan ön yahut arka ayağı ile kendi mülkünde ve gerek sâir mahalde bir şeyin üzerine basıp da telef etse râkib olan kimse ol şey’i mubaşeretden itlâf etmiş addolunarak her halde zâmin olur.*” Yani hayvanın alet olarak kabul edilebileceği durumlarda fiil doğrudan kişiye isnat edilir.<sup>820</sup> Ancak burada hayvanın binicisi olan kimse, hayvanın zarar vermesine engel olabilecek ise sorumlu tutulur. Örneğin hayvanın arka ayağıyla tekme atması durumunda sırtındaki binici buna engel olamayacağından dolayı sorumlu tutulmamalıdır. Tabi burada sorumlu tutulmaması doğrudan sorumluluk açısından yapılan belirlemeye göredir, eğer bu kişi hayvanı yolun ortasına koymuş olsa tessebbüb sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olacaktır.<sup>821</sup>

Fiilin doğrudan kişiye isnat edilmediği durumlarda yani sebebiyet durumlarında ise Mecelle’de yine failin sorumlu tutulacağına dair düzenlemeler yer almaktadır. Örnek olarak Mecelle madde 934’te “*Bir kimsenin tarik-i âmmdde hayvanını durdurmaya yahut bağlamağa hakkı yoktur.*” Eğer kimse böyle bir şey yaparsa hayvanın bu durumda vereceği zarardan dolayı sorumlu tutulur.<sup>822</sup> 940. maddede ise “*iki kişi kendilerinin hayvan bağlamağa hakkı olmayan yerde hayvanlarını bağlayıp da evvel bağlayanın hayvanı diğerinin hayvanını telef etse zamân lâzım gelmez. Ve sonra bağlayanın hayvanı evvelkinin hayvanını telef etse zamân lâzım gelir.*” Yani hayvanını daha sonra bağlayan kişi hayvanın burada vereceği bir zarardan dolayı sorumlu tutulabilir. Çünkü hayvanını ilk olarak bağlayan

<sup>819</sup> Muvatta’, **Diyyetler**, 1670; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 389; Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 483.

<sup>820</sup> Karaman, **Mukayeseli**, c. 2, s. 485; Cin / Akgündüz, **Hukuk Tarihi**, s. 632.

<sup>821</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 320; Halebî, **Mültekâ-l-Ebhûr**, c. 2, s. 480; Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 122.

<sup>822</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 3, s. 127; Öztürk, **Mecelle**, s. 278; Kelebek, **İslâm Borçlar Hukuku**, s. 172.

kişi burada başka bir hayvana verilecek zararı öngöremez ve bu kişinin herhangi bir şekilde teaddisinden bahsedilemez ancak daha sonra bağlayan kişinin hayvanının orada önceden bulunan hayvana vereceği zararı öngörmesi ve buna yönelik tedbir olarak bağlaması gerekmektedir.

Hayvanın ekili araziye verdiği sorumluluk fıkıh kitaplarında ayrıca belirtilmiştir. Konuyla ilgili bir hadis şöyledir. *“Bera b. Azib’in devesi bir adamın bahçesine girdi ve oraya zarar verdi. Bunun üzerine Hz. Peygamber(sallallahu aleyhi ve sellem); bahçe sahiplerinin bahçelerini gündüz, hayvan sahiplerinin de hayvanlarını gece korumalarına hükmetti.”*<sup>823</sup> Hanefi hukukçular temel olarak hayvanın verdiği zararın heder olacağını belirten hadisi esas almışlar<sup>824</sup>, hayvanın salındıktan sonra ekine doğrudan mı yoksa araya hayvanın başka fiilleri girdikten sonra mı zarar verdiğiine bakmışlar ve buna göre bir belirlemede bulunmuşlardır. Çobanın hayvanları ekinden yiyebilecekleri kadar ekine yaklaştırdıktan sonra hayvanların ekini yemesinde olduğu gibi, eğer hayvan ekine doğrudan zarar vermişse sahibini sorumlu tutmuşlar ancak hayvanın fiilleri araya girmişse burada sahibini sorumlu tutma yoluna gitmemişlerdir. Hanefilerin dışındaki hukukçular ise yukarıda belirtmiş olduğumuz hadis doğrultusunda hayvanın sahibinin sorumluluğuna gece ve gündüz ayrımı yaparak gitmişlerdir. Gece hayvan maliklerinin, hayvanı ahıra kapatmamak gibi bir kusuru var ise sorumlu tutulacaklarını ancak gündüz ister hayvan salınmış olsun ister olmasın verdikleri zarardan ötürü hayvan sahiplerinin sorumlu tutulmayacağını belirtmişlerdir.<sup>825</sup> Maliki hukukçular hayvanın zarar vericiliğini de bir ölçüt olarak almışlar ve zarar vericiliği bilinen hayvanın gündüz gerçekleştirdiği zararlardan dolayı da, bir kurtuluş beyyinesi ileri sürmediği müddetçe hayvan sahibini sorumlu tutmuşlardır.<sup>826</sup>

Hayvan sahibinin sorumlu olması için kastın, tedbirsizliğinin veya ihmalinin olması gerekmektedir. Kast hali genellikle fiilin doğrudan hayvan sahibine

<sup>823</sup> Ebû Davud, **Büyü'**, 90; Muvatta', **Akdiye**, 28.

<sup>824</sup> Kurtubî, **el- Camiu**, c. 11, s. 530,531; Zuhaylî, **İslam Fıkıhı Ansiklopedisi**, c. 8, s. 139.

<sup>825</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkıhı Ansiklopedisi**, c. 8, ss. 139, 140; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, ss. 390, 391.

<sup>826</sup> Ahmet Aydın, “İslâm ve Roma Hukukunda Hayvanın Verdiği Zarardan Sorumluluk”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı 28, 2016, s. 216 vd.

isnat edildiği durumlarda karşımıza çıkmaktadır.<sup>827</sup> Bir kimsenin başka birilerinin hayvanlarının üzerine köpeğini salması ve köpeğin bu hayvanları telef etmesi kast hali ne örnek verilebilir.

Burada konumuz için önemli olan unsur özellikle tedbirsizlik ve ihmal halleridir. Bir kimsenin hayvanını sokağın ortasına bırakması<sup>828</sup>, bir hayvanı dürterek korkutması veya bir hayvanı çekerek, sürerek, binerek götürmesi<sup>829</sup> durumlarında ortaya çıkan zararlar genellikle hayvan sahibinin tedbirsizliğinden ötürü ortaya çıkan zararlardır. Bu durumlarda gerekli tedbiri almayan hayvanın sürücüsü sorumlu tutulur. Hanefiler ve Hanbellerin bir içtihadına göre hayvanı süren kimse dikkat ve özen gösterse dahi hayvanın kuyruğuyla yaptığı zararlar gibi kaçınılamayacak olan zararlardan sorumlu değildir. Ancak hayvanı süren kişi hayvanın çarpması, ön ayağı ile vurması gibi zararlardan sorumludur. Zahiriler ise bu durumların hiçbirinde sorumluluk olmayacağını belirtirler. Şafiî ve Hanbelîlerin ikinci içtihadına göre ise sorumluluk bu hallerde mutlak olarak mevcuttur ki, bu görüş daha çok kusursuz sorumluluk fikrine uygundur. İmam Malik'e göre ise hayvanı idare eden kimse, hayvanın zararlarından sorumludur ancak kendisi hayvanın tepmesine yönelik bir şey yapmadığı halde hayvanın tepmesinden sorumlu değildir.<sup>830</sup>

İhmal halleri için ise sahibinin hayvanını bir malı itlaf ederken gördüğü halde müdahale etmemesi, hayvanı yola salarken sakınma ve koruma vazifesini yerine getirmemesi örnekleri verilebilir. Ayrıca hayvanın tehlikeli bir hayvan olup olmamasına göre de yukarıda ekili araziler konusunda belirttiğimiz gibi sorumluluk şartları bakımından farklılık olacaksa da her iki halde de ihmalden ötürü sorumluluk doğabilir.<sup>831</sup> Ancak ihmalin boyutu burada farklılık oluşturacaktır. Normal hayvanların vermiş olduğu zararlardan dolayı Hanefilere göre sahibinin veya

<sup>827</sup> Mecelle, m. 923.

<sup>828</sup> Bkz. Abdul Basir Bin Mohamad, **The Islamic Law Of Tort.**, s. 208.

<sup>829</sup> “Binicinin sorumlu olduğu her durumda çekici ile sürücü de sorumludur.” Merginânî, **El Hidaye**, s. 321.; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 392; Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 8, s. 142; Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 126.

<sup>830</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 27, s. 3; Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, ss. 124 vd.; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 391.

<sup>831</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, ss. 390, 391; Karaman, **Mukayeseli**, s. 486 vd.; Eser, **Haksız Fiil**, s. 46.

zilyedinin, hayvanın zararlı fiiline seyirci kalmak gibi açık bir kusuru bulunmadıkça sorumluluğu yoktur. Tehlikeli hayvanların fiillerinden ötürü ortaya çıkmış olan zararlar için hayvanların kendiliğinden yaptığı zararların tazmin edilmeyeceğine dair hadisin uygulanamayacağı belirtilir. Hanefilere göre tehlikeli hayvanlardan sadır olan zararlarda hayvan sahiplerinin veya zilyetlerinin sorumlu tutulması için ise açık bir kusurdan ziyade, tekaddüm (gelebilecek olan zararlardan ötürü önceden yapılan tenbih ve ikaz) şartı aranır diyebiliriz.<sup>832</sup> Tehlikeli hayvandan dolayı ortaya çıkan zararlarda ek olarak bir de hayvanın tehlikesinin bağlara zarar verme gibi mal varlığına yönelik bir tehlike mi yoksa insana zarar verme gibi can ve vücut bütünlüğüne yönelik olan bir tehlike mi olduğuna da bakılmıştır. Buna göre eğer hayvanın tehlikeli olarak atfedilmesinin sebebi mal varlığına yönelik verdiği zararlarsa sahibinin sorumlu tutulması, hayvandan doğan zararlar nedeniyle genel olarak bahsettiğimizden farklı değildir, ancak tehlikeli olarak atfedilmesinin sebebi can ve vücut bütünlüğüne yönelik zararlarsa bu halde sahibi hayvanın başında olsun veya olmasın, her durumda hayvanın verdiği zararları ödemekle yükümlüdür.<sup>833</sup>

Hayvanın verdiği zararlardan bahsederken sorumluluk açısından biniciyi, çekiciyi ve sürücüyü her biri sorumlu tutulabildiği için beraber ele aldık. Ancak bir hayvanın verdiği zarardan bu kişilerin beraber buldukları bir durumda sorumluluğun tayini hususu ihtilaflıdır. Bir hayvanın hem binicisi hem de çekicisinin bulunduğu bir durumda fukahanın bir kısmı binicinin mübaşir, çekicinin ise mütesebbib durumda olduğunu belirterek, yalnız binicinin sorumlu olacağını ifade ederken, diğer bir kısmı hem binicinin hem de çekicinin birlikte sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir. Hanbelî fakihlere göre, çekicinin, sürücünün ve binicinin hayvanı nasıl idare ettiklerine bakılması gerekmektedir. Eğer bunlar hayvanı müşterek bir biçimde idare ediyorlarsa hepsi müşterek olarak sorumlu

<sup>832</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 8, s. 139; Ahmet Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Özel Hukuk-II**, OSAV Yayınları, İstanbul, 2012, c. 3, s. 254; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 391; Kahraman, **İslâm Hukukuna Giriş**, s. 453.

<sup>833</sup> Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 128; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 391.

tutulacaktır ancak ierlerinden hepsi idare etmiyorsa yalnız idare edenin sorumlu tutulması gerekmektedir.<sup>834</sup>

Meri hukukta hayvanın vermiş olduğu zarardan dolayı sorumluluk TBK’da ‘‘Hayvan bulunduranın sorumluluğu’’ başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre hayvan bulunduran, zararın doğmasına engel olmak için gereken özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni göstermiş olsaydı dahi zararın ortaya çıkacağını ispat etmedikçe hayvanın unc kişilere vermiş olduğu zarardan dolayı sorumludur. Burada da hayvan bulundurana kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmıştır ve hem bu açıdan hem de genel olarak İslâm hukuku açısından belirttiklerimize paralel bir düzenleme TBK’da yer almıştır.<sup>835</sup>

#### **b) Yargı Kararlarında Hayvanın Verdiği Zararlardan Dolayı Sorumluluk**

Mbsereten itlaf durumuna örnek olarak vermiş olduğumuz bir yargı kararında, sığırtmacın sığırları güderken bir kişinin bostanına bu sığırları gütmesi ve sığırların bostandan yemelerinden dolayı o kişinin zarara uğraması nedeniyle, sığırtmacın zararı tazmin etmesine karar verilmiştir.<sup>836</sup> Burada hayvanı süren kişinin hayvanın verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu mevcuttur. Hatta sığırtmaç hayvanları kendisi bostana doğru srdğu için, artık sığırtmacın mütesebbib olmasından değil mübaşir olmasından bahsedilir. Aynı şekilde sığırların ezdiği ekili bir tarla ile ilgili çıkan uyuşmazlıkta da yine sığırları süren kişi sorumlu tutulmuş ve zararı karşılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>837</sup> Bu kararlarda sığırtmaç sorumlu tutulurken, doğrudan hayvan sahiplerinin de birisinin tarlasına camışlarını sürmesi ve bu nedenle tarla sahibinin zarara uğrması nedeniyle açılmış dava da mevcuttur.<sup>838</sup> Sorumluluk açısından hayvanları süren kişi, hangi sıfatla srdğune bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur.

<sup>834</sup> es-Serahsî, **Mebsût**, c. 27, s. 3; Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 621; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 392; Zuhayli, **İslam Fıkhi Ansiklopedisi**, c. 8, s. 140-143.

<sup>835</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 631.

<sup>836</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 4, s. 292, No: 713; Benzer karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. 4, s. 167, No: 316, Konya Kadı Sicili, defter: 14, s. 25, No: 15-3, s. 93, No:55-2.

<sup>837</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 14, s. 169, No: 101-2.

<sup>838</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 52, s. 411, No: 182-4.

Benzer bir dava da köpekleri sürüye doğru kışkırtan ve bu nedenle koyunların telefine neden olan kişinin aleyhine açılmıştır. Bu kişinin koyunların telefinden dolayı sorumlu tutulması istenmektedir.<sup>839</sup> Kişinin taammüdü açık bir şekilde görülmesinin yanında doğrudan kendi fiiliyle köpekleri kışkırttığı için burada mübaşir olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.

Bir kişinin köpeğinin başka birisine zarar vermesi sonucu, mağdur olan taraf mahkemeye başvurmuştur. Köpeğin verdiği zarardan dolayı sahibi sorumlu tutulmuştur ve köpeğin sahibiyle mağdur sulh akdi yaparak anlaşmaya varmışlardır.<sup>840</sup> Bu karar bize açık bir şekilde hayvan sahibinin hayvanın vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu tutulduğunu göstermektedir.

Sahradan suya doğru gelen kısırakların yedi yaşında bir çocuğun karnına basıp ölümüne neden olmalarından ötürü kısırakların sahibinin aleyhine dava açılmıştır. Kısırakların sahibi ise kısıraklarının çocuğu ezmediğini iddia etmiştir.<sup>841</sup> Kısırakların sahibinin doğrudan aleyhine bir karar çıktığı belirtilmese de, bu kararda görülmektedir ki, kısırakların sahibi hayvan bulunduranın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmaktadır. Ancak kararda kişinin hayvanları sürüp sürmediğine değinilmemiş sadece hayvanların nereden nereye gittiğine değinilmiştir. Yani burada hayvanların zarar verme riski göz önüne alınarak hayvan sahibinin daha tedbirli olması gerekirken, tedbirli olmaması sonucunda sorumlu tutulduğu görülmektedir.

Veli izni olmaksızın bir kızı kendine hizmet etmesi için evine götüren kişi daha sonra, bir husus için bu kızı bir yere göndermiştir. Ancak kız bu husus nedeniyle dışarı çıktığında yolda önünü bir köpek kesmiş ve bu köpek kızı yaralamıştır. Ardından on beş gün sonra kız bu yaralar nedeniyle ölmüştür. Bunun neticesinde kızın velisi, kendine hizmet için kızı götüren kişinin bu ölümden sorumlu olması gerektiği iddiasıyla, kızın diyetini ödemesi amacıyla dava açmıştır.<sup>842</sup>

<sup>839</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 41, No: 232-2, s. 336; Benzer karar için bkz. Konya Kadı Sicili, defter: 14, s. 125, No: 74-4.

<sup>840</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 533, No: 205-11.

<sup>841</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 41, s. 200, No: 139-1.

<sup>842</sup> Konya Kadı Sicili, defter:53, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, (Haz. : İbrahim Solak, İzzet Sak) s. 624, No: 252-3.

Görülmektedir ki, hayvanın kendiliğinden yaptığı zararın normalde heder olması gerekirken, burada kızı hukuka aykırı şekilde kendi hizmetinde bulunduran kimsenin sorumluluğundan bahsedilmektedir. Hanefiler böyle bir olay için gasptan bahsetmişler ve çocuğu rızaya dayanmaksızın alan kişinin diyeti ödemesi gerektiğini beyan etmişlerdir. İmam Züfer ve Şafii ise gaspın ancak mütekavvim bir maldan ötürü ortaya çıkacağını ancak çoçğun kan ve leşe kıyas edilerek, mütekavvim bir mal olmadığı için gaspa konu olamayacağını beyan ederek aksi kanaat ifade etmişlerdir. Hanefiler burada istihsanı kullanmışlar ve hem ailesinin çocuğu tehlikelere karşı korumasını engellediği hem de kendi korumadığı için kaçırın kişiyi, çocuğun başına gelen tehlikelerden ötürü sorumlu tutmuşlardır.<sup>843</sup>

### **3-) EŞYADAN DOLAYI SORUMLULUK**

Özellikle tehlike prensibinden hareketle merî hukukta eşyadan doğan sorumluluk halleri kusursuz sorumluluk halleri arasında kabul edilmektedir. İslâm hukukunda da sistematik bir şekilde bu durum kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk ayrımı yapılarak incelenmiş olmasa da sebep sorumluluğu dahilinde inceleme alanı bulmuştur. Bu çalışmada da özellikle bina ve diğer inşa eserleri (Özellikle: Duvarlar ve binalar) ve bazı menkul eşyanın düşmesi (özellikle çatı ve balkondan düşen eşyalar) üzerinden eşyadan doğan sorumluluk halleri incelenecektir.

#### **a) Bina ve Diğer İnşa Eseri Malikinın Sorumluluğu**

Bina ve inşa eseri malikinın sorumluluğu binanın yapımındaki bir noksandandır, binanın genel kullanıma açık bir yere yapılmasından veya binanın bakımının, tamirinin geciktirilmesinden ötürü doğmaktadır. Binanın nimetlerinden faydalanan kişinin aynı zamanda külfetlerine de katlanması gerekmektedir.<sup>844</sup> Yani nimet-külfet ilişkisi gereğince binanın yapımındaki noksanlardan ötürü ve bakım ve tamirinin gerektiği şekilde yerine getirilmemesinden ötürü binanın nimetlerinden faydalanan kişi sorumlu olmalıdır. Binanın yapımında noksanlık bulunması, bakımının, tamirinin gerektiği şekilde veya hiç yerine getirilmemiş olması dikkat ve özen

<sup>843</sup> es-Serahsî, *Mebûsât*, s. 26/186; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. 7, ss. 166,167.

<sup>844</sup> Mecelle, m. 85, 88.

yükümlülüğüne uyulmamış olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla burada sorumluluğun kaynağı olarak nimet-külfet dengesini ve dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık hususunu belirtebiliriz.<sup>845</sup>

İslâm hukukçuları, ilk yapılışı esasında, eksik malzeme kullanılması, yanlış proje kullanılması, yanlış mimari uygulanması, başkasının mülküne eğimli olarak yapılması, umumi kullanıma ait yerlere yapılması gibi sebeplerle bina veya diğer inşaa eserinin yıkılması sonucu oluşan zarardan bina veya diğer inşaa eseri sahibinin sorumlu olduğu noktasında ittifak etmişlerdir. Buna göre hiç kimsenin, bir başkasına veya kamuya ait olan havayı kullanmaya (hava asıl gibidir) ve kendi bina veya inşaa eseri ile burayı tehlikeye atmaya hakkı yoktur; eğer birisi böyle bir şey yaparsa avlanmak için tuzak kurmuş gibi olur.<sup>846</sup>

Yapımı aşamasındaki noksanlıklardan dolayı bina ve inşaa eseri sahibinin sorumlu olması hususunda İslâm hukukçuları ittifak etmiş olsalar da, yapının önce bir noksan bulunmadan, düzgün ve sağlam yapılmış olmasına rağmen yıkılması ve bir zarara sebep olması halinde bir sorumluluk doğup doğmayacağı hususunda ittifak etmemişlerdir. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur.

Şafiî mezhebine göre bina veya inşaa eseri düzgün ve sağlam bir şekilde yapılmışsa artık meydana gelecek olan zararlardan ötürü malikin sorumluluğuna gidilemez.<sup>847</sup>

Bazı Hanbelî hukukçulara göre başta düzgün ve sağlam olarak yapılmış olan bina veya inşaa eseri tehlike arzettikten sonra, malik bu konuda ikaz edilmiş olsun veya olmasın, bu eserin yıkılmasından doğan zarardan ötürü sorumludur. Çünkü, bu yapıyı tehlike arz eder halde bırakarak, haksız bir davranışta bulunmuştur ve sanki

<sup>845</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 48.

<sup>846</sup> Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 118; Zuyhaylî, **İslam Fıkhi Ansiklopedisi**, c. 8, s. 148; Karaman, **Mukayeseli**, s. 490; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 386.

<sup>847</sup> Zuyhaylî, **İslam Fıkhi Ansiklopedisi**, c. 8, s. 149; Şen, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 126.

baştan noksan halde yapmış gibi sorumlu tutulur. İbn Ebî-Leyla, Ebû Sevr, İshâk'ta bu görüştedirler.<sup>848</sup>

Hanefiler ve İslâm hukukçularının çoğunluğu ise başta düzgün sağlam yapılmış inşa eserinin sonradan yıkılmasından dolayı sorumluluk doğması için daha önceden eser sahibinin ikaz edilmiş olması şartını aramışlardır.<sup>849</sup> Buna göre yıkılma tehlikesi barındıran yapının zararı kamunun kullandığı bir alanda doğacak ise orayı kullanan hür, köle, erkek, kadın, küçük fark etmeksizin herkes<sup>850</sup> maliki ikaz edebilir ancak zarar bir kişinin mülkünde doğacak ise o kişi maliki ikaz edebilir.<sup>851</sup> Mecelle'de de bu görüşe uygun olarak düzenleme yer almıştır. Mecelle madde 889 ile yapılacak olan ikaza dair bir tanımlama yapılmıştır: *“Tekaddümi mazarrat-ı melhûzanın def ve izalesi için evvelce tenbih ve tavsiye etmektir.”* Mecelle madde 928'de ise bu şekilde olan yapının sorumluluğu ile ilgili düzenleme mevcuttur: *“Birinin duvarı yıkılıp da diğere bir zarar irâs etse zâman lazım gelmez. Fakat evvelce ol duvar mâil-i inhidam olup da ada diğere bir kimse duvarını hedm et diye tekaddüm ve tenbih edip de duvarı hedm edecek kadar vakit geçmiş ise ol halde zamân lâzım gelir. Şu kadar ki, ol kimse hakk-ı tekaddüm ve tenbih eshabından olmak şartdır. Şöyle ki ol duvar eğer komşunun hanesine yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol tarikda hakk-ı mürûru olan kesândan olmak lâzımdır. Ve eğer tarik-ı âmm üzerine yıkılmış ise her kim olursa olsun tekaddüme hakkı vardır.”* Bu düzenlemeye göre eğer duvar sağlam yapılmış ve zamanla birtakım sorunlar çıkmışsa, duvar sahibine de bu noktada gereken uyarı yapılmış ardından da duvarın tamiri için yeterli zaman geçmişse duvar sahibi sorumlu olur.<sup>852</sup> Ek olarak unutulmamalıdır ki, bu yapıyı yıkmaya yetkisi malike ait olduğu için ikazın kiracıya yapılmış olması yeterli değildir, ikazın malike yapılmış olması gerekmektedir.<sup>853</sup> Hanefiler bu görüşte

<sup>848</sup> Karaman, **Mukayeseli**, s. 491.

<sup>849</sup> es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 27, s. 9; Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 318; Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 120; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 387; Zuhaylî, **İslam Fıkı Ansiklopedisi**, c. 8, s. 149.

<sup>850</sup> Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 120; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 387; Abdul Basir Bin Mohamad, **The Islamic Law Of Tort**, s. 167.

<sup>851</sup> Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 318; Molla Hüsrev, **Gurer ve Dürer**, c. 4, s. 121; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 386.

<sup>852</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 387; Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hükkâm**, c. III, s. 1715.

<sup>853</sup> Karaman, **Mukayeseli**, s. 491.

istihsanı esas alarak bir sorumluluğa hükmetmişlerdir. Bu istihsanın gerekçesi ise şöyledir: Yolun havası, tehlike arz eden yapı ile işgal edilmiş bulunmaktadır. Kendisine bu durum bildirilen kişiden işgal ettiği o yeri boşaltması istenmiş olur. İmkânı olduğu halde burayı boşaltmayan kişi ise sorumlu duruma düşer. Bu durum, birisinin, rüzgarın kucağına getirmiş olduğu elbiseyi, elbisenin sahibi istemesine rağmen vermeyip, elbisenin kendi elinde telef olması haline benzer.<sup>854</sup>

Tehlike arz eden yapının yıkılması için ikaz edilmesi sırasında şahit tutmaya gerek yoktur. Ancak şahit tutmak, eğer yapının sahibi kendisi ikaz edildiği yönünde bir ikrarda bulunmazsa, tazmin sebebini ispat etmek için zorunlu bir iştir. Yapının sahibi, şahit tutulmasından sonra yapı üzerinde satmak, hibe etmek gibi bir tasarrufta bulunursa, müşterinin malik olmasından sonra ancak yapıyı yıkma imkanı bulamayacağı bir sürede, yapı yıkılacak olursa; yapının asıl sahibinin, yapının yıkılması nedeniyle ortaya çıkan zararlarla ilgili sorumluluğuna gidilmez. Çünkü satım, hibe gibi bir tasarrufta bulunan kişinin velâyeti zail olmuştur. Artık tasarrufta bulunan kişi yıkma imkanına sahip değildir ve şahit tutmanın hükmü de geçmiştir. Delilik ve irtidat da yapı üzerinde tasarrufta bulunmak gibi kabul edilir.<sup>855</sup>

Bu sorumluluk türüyle ilgili olarak yapacağımız bir başka belirleme kişinin kendi mülkü üzerine yaptığı tasarruflarda meydana çıkacak zararlarla ilgilidir. Buna göre bir kimse kendi mülkü üzerine bir kuyu veya çukur kazmasından ötürü normal şartlarda sorumlu tutulmamaktadır. Ancak kişi kendi arazisinde bir kuyu kazdığı takdirde bu kuyu nedeniyle birinin zarar görmesi halleri için şu şekilde farklı belirlemeler yapabiliriz. Eğer o araziye kişi, arazi sahibinin izni olmadan girmişse kuyu nedeniyle göreceği zarardan ötürü arazi sahibi sorumlu değildir. Zarar görenin arazi sahibinden izin alarak, araziye girmesi durumunda ise, eğer araziye giren kişi, akli bir sorunu olmayan, gözü gören bir kişiye kuyuda aşikâr bir şekilde belliyse bu durumda yine arazi sahibinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, eğer izinle araziye giren kişi, kör ise, kuyu karanlık belirli olmayan bir

<sup>854</sup> es-Serahsî, **Mebûât**, c. 27, s. 9.

<sup>855</sup> Zuhaylî, **İslam Fıkı Ansiklopedisi.**, c. 8, s. 151.

yerdeyse, kişinin bilmeden bu kuyuya düşerek zarar görmesi halinde arazi sahibi gerekli tedbirleri almamış olması nedeniyle ihmalden ötürü sorumlu tutulacaktır.<sup>856</sup>

Bina ve diğer inşa eserinden doğan zararlardan ötürü sorumlulukla ilgili genelde bina ve duvar gibi yapılar aklımıza geliyorsa da bu sorumluluk bu yapıların mütemmim cüzlerini ve eklentilerini de kapsamaktadır. Örneğin binanın üzerindeki umumi yola doğru yapılmış olan oluğun düşmesi sonucu bir zarara sebep olması durumunda bu zarardan istihsan gereği binanın maliki sorumlu tutulabilir. Ancak bu oluk henüz binanın üzerine yapıldığı esnada, işçilerin kusuruyla düşerse, işçilerin sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu durumda bina malikinin sorumluluğuna gidilemez.<sup>857</sup>

Merî hukukta bina ve diğer inşa eserlerinden dolayı sorumluluk yapı malikinin sorumluluğu ve taşınmaz malikinin sorumluluğu başlıkları altında düzenlenmiştir. Merî hukukta, yapı malikinin sorumluluğunu, tehlike fikrine dayandırarak tehlike sorumluluğu olduğunu kabul edenlerin yanında<sup>858</sup>, nimet-külfet ilişkisi ve hakkaniyet fikri gibi temellere dayandırılarak bir kusursuz sorumluluk türü olan özen sorumluluğu olarak da kabul edenler mevcuttur.<sup>859</sup> Yapı malikinin sorumluluğu ile ilgili Türk Borçlar Kanunu madde 69’da şu düzenleme bulunmaktadır. *“Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar. Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.”* Bu düzenlemede görülmektedir ki yapının yapılışındaki noksanlardan dolayı yalnız malik sorumlu tutulmuşken bakımla ilgili eksikliklerden dolayı intifa ve oturma hakkı sahipleri de sorumlu tutulmuştur. Yapı malikinin sorumluluğunun

<sup>856</sup> İbn Kudâme, **el-Mugnî**, c. 9, ss. 564, 571; es-Serahsî, **Mebûsû**, s. 27/16; Benzer örnek için bkz: Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 312.

<sup>857</sup> es-Serahsî, **Mebûsû**, c. 27, s. 8; Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 386.

<sup>858</sup> Tandoğan, **Mes’uliyet Hukuku**, s. 183; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 366.

<sup>859</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 102; Eren, **Borçlar Genel**, s. 643; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 173; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 290; Belgesay, **Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk**, s. 283.

ortaya çıktığı durumlarda, zarar gören ile malik arasında kira ilişkisi gibi bir sözleşme ilişkisi bulunabilir ve sözleşmeden doğan sorumluluk yoluna gidilebilir veya yapı malikinin kusuru nedeniyle aynı zamanda bir kusur sorumluluğu da ortaya çıkmış olabilir. Bu durumlarda sorumlulukların yarışması durumu vardır.<sup>860</sup> Ayrıca yapı malikinin sorumluluğu ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk olarak görülmüş ve bu sorumluluk ile ilgili olarak yapı malikine bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı da tanınmamıştır.<sup>861</sup>

Taşınmaz malikinin sorumluluğuna hakkaniyet fikri, nimet-külfet ilişkisi fikri ve tehlike fikrinin kaynak oluşturduğu söylenebilir. Taşınmaz malikinin sorumluluğu meri hukukta Türk Medeni Kanunu madde 730'da düzenlenmiştir. *“Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.”* Bu madde ile istenilen amaç daha çok taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanılmasından dolayı doğacak olan zararlardan komşuların korunmasıdır. Taşkın kullanım fiilin, mülkiyetin kanuni sınırlarını aşması durumudur.<sup>862</sup> Taşınmaz malikinin, mülkiyeti taşkın kullanmasından dolayı sorumluluğuna kusur sorumluluğu çerçevesinde de gidilebilir ancak bunun için malikin olumlu davranışları olmalı ve kusuru ispat edilmelidir. Zarar malikin yapmama fiilinden meydana çıkıyorsa burada kusur sorumluluğuna değil bir kusursuz sorumluluk türü olan taşınmaz malikinin sorumluluğuna gidilmelidir. Taşınmaz malikinin sorumluluğu için malike kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmamıştır.<sup>863</sup>

<sup>860</sup> Deschenaux / Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 102; Ekrem Kurt, “Yapı Malikinin Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c14, sayı 4, 2008, s. 180.

<sup>861</sup> Eren, **Borçlar Genel**, ss. 643-645; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 168 vd.

<sup>862</sup> Özbek, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 45; Sade İrem Çakırca, Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu, **İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No: 47, 2012, s. 68 vd.

<sup>863</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 655 vd; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 202 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel**, c. 2, s. 172; Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 155; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 380.

### b) Menkul Eşyanın Düşmesi Durumundan Doğan Sorumluluk

Bina malikinin, bina üzerinde intifa, sükna, rehin hakkı olan kişilerin veya binada kiracı konumunda olan kişilerin kusurundan dolayı binanın çatısından düşmesi sonucu zarar doğmasına sebep olan eşyalardan ötürü yapı malikinin veya zilyedin sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak bu sorumluluk bir kusursuz sorumluluk hali olarak değil, bir kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla eşyanın düşmesinde kusuru olmadığını ispat eden kişi bu sorumluluktan kurtulabilir. Yani eşyanın binadan veya çatıdan düşmemesi için gerekli tedbirlerin alınmış olduğunu veya zararın mücbir sebepten kaynaklanmış olduğunu ispat eden malik veya zilyet sorumluluktan kurtulur.<sup>864</sup> Eşyanın düşmesinin yanında umumi bir yola koyulan eşya nedeniyle de, eşyayı koyan kişi üzerine sorumluluk doğabilir. Ancak bu durumda bu yol üzerindeki eşyayı gördüğü ve başka bir yerden geçebileceği halde buradan geçen kimsenin uğrayacağı zarardan ötürü, bu eşyayı koyan şahıs sorumlu tutulmazken, kör olan bir kişi bu eşyayı görmediği halde yoldan geçerken bir zarara uğrasa, eşyayı koyan kişi sorumlu olur.<sup>865</sup>

Örnek olarak eğer bir kimse çatısına bir çömlek koyarsa ve bu çömleği tedbir almış olmasına rağmen rüzgar uçurur da düşürerek bir başkasına zarar vermesine sebep olursa burada çömleği koyan kişinin sorumluluğu yoktur. Ancak kişi çömleği komşusunun arazisine meyilli olarak koyar ve gereken tedbirleri almazsa bu durumda sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Bir başka örnekte ise iki kişi yol üzerine iki testi koysa ve testiler yuvarlanıp birbirleriyle çarpışarak kırılırsa iki testinin sahibi de diğerinin zararını öder. Ancak biri kırılmış olsaydı yalnızca kırılmayan testinin sahibi kırılan testinin zararını öderdi.<sup>866</sup>

Modern hukukta da çatı vb. yerlerden düşen eşyalardan ötürü doğan sorumluluk kusur sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmiştir. Modern hukuk açısından baktığımız zaman burada bir haksız fiilden ötürü sorumluluk doğduğunu bu haksız fiilin de ihmalden kaynaklandığını söyleyebiliriz. İhmal, hukuka aykırı

<sup>864</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 51.

<sup>865</sup> Bilmen, **Hukuki İslâmiyye**, c. 7, s. 387; Merginânî, **El Hidaye**, c. 4, s. 312; Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, c. 8, s. 149; es-Serahsî, **Mebûsât**, c. 27, s. 5.

<sup>866</sup> Karaman, **Mukayeseli**, s. 492.

olan sonucun istenmemesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için şartların gerektirmiş olduğu özenin gösterilmemesi olarak tanımlanabilir.<sup>867</sup> Yukarıdaki örneklerimiz açısından bakarsak çatısına çömlek koyan kimsenin bu çömleğin düşüp vereceği zararı hesaba katarak tedbir alması gerekirken almaması durumu, yola testi koyan kimsenin de bu testinin yuvarlanıp bir zarara neden olmaması için tedbir almaması durumunda ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğun nedeni ihmal yoluyla oluşan haksız fiildir denilebilir.

### **c) Sanayi Ürünleri ve Atık Maddelerden Doğan Sorumluluk**

Kusursuz sorumluluğun gelişmesinin temel sebeplerinden biri sanayi inkılâbıdır. Başta tehlike fikri olmak üzere, hakkaniyet, nimet-külfet dengesi gibi fikirler de bu sorumluluğa kaynaklık etmektedir. İslâm hukukçuları, sanayinin gelişimi yeni bir olay olduğu için sanayiden ve sanayi atıklarından doğabilecek sorumluluk üzerine bir belirleme yapmış değillerdir. Ancak başkalarının mülküne ve kamuya ait olan yerlere bırakılan şeylerden dolayı doğan sorumluluktan yola çıkarak sanayi ürünlerinin ve atıkların kamuya ait yerlere atılması veya kişilerin mülküne atılması sonucu ortaya çıkacak olan zararların bu atıkları oraya bırakan kişinin sorumluluğu kapsamında değerlendirileceği söyleyenebilir.<sup>868</sup> Sanayi ürününü veya atığını başkasının mülküne veya kamuya ait bir yere bırakan kişinin sorumluluğunu en azından ihmalî olduğu gerekçesiyle bir kusur sorumluluğu çerçevesinde değerlendirebiliriz. Ancak kişinin herhangi bir kusuru olmasa da bu atıktan dolayı bir zarar çıksa dahi bu, o işin içerisinde barındırmış olduğu tehlike nedeniyle tehlike sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilerek kusursuz sorumluluk hükümleri içerisine dahil edilebilir.

### **d) Yargı Kararlarında Eşyadan Dolayı Sorumluluk**

Kedni evine, yanındaki vakıf evin saçağının değmesi sonucu, evine saçak değen ve bu nedenle saçaktan akan su nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden kişi, vakıf evde oturan kişiyi uyarılmış ve bu saçağın kaldırılmasını, istemiştir. Uyarının

<sup>867</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 576; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 48.

<sup>868</sup> Eser, **Haksız Fiil**, s. 51.

sonucunda saçağın kaldırılmaması üzerine mahkemeye başvurulmuş ve zarar tespiti için bir adet hassa mimarının da bulunduğu bir heyet ile keşif yapılmıştır. Heyetin yaptığı keşfe göre saçağın kaldırılması veya bazı eklemelerle düzeltilmesi gerektiği tespit edilmiştir.<sup>869</sup> Bu karar, bize kendi evinden çıkan uzantıların bir başkasına zarar vermesinden ötürü o taşınmazın sahibinin veya menfaatinden faydalananının sorumlu olması gerektiğini gösteren bir karardır.

İki değirmen arasında, bir değirmenin oluğunun yüksek olması ve bu oluğun yüksekliği nedeniyle diğer değirmene su akması ve akan bu su nedeniyle de zararın ortaya çıkmasından bahisle uyuşmazlık olmuştur. Mahkeme bir keşif heyeti göndererek durumu tespit ettirmiş ve yüksek olan oluğun zarara neden olduğundan bahisle, keşif heyetinin belirlediği ölçüde kısaltılması gerektiğini beyan etmiştir.<sup>870</sup> Bu kararda yine yukarıdaki kararda olduğu gibi, taşınmaz maliklerinin kendi taşınmazlarının eklentisi olan çıkıntıları nedeniyle meydana gelen zararlardan ötürü sorumlu tutuldukları görülmektedir.

Bir kişinin çukuruna düşüp ölen şahıs için o çukurun sahibi sorumlu tutulmuştur. Daha sonra ise taraflar aralarında sulh akdi yaparak davacı taraf davadan feragat etmiştir.<sup>871</sup> Burada çukur kuyu gibi düşünülebilir ve haksız olarak kazılmış bir çukura düşen kişiden dolayı o çukurun sahibi sorumlu tutulabilir.

Kiremitliğine, yol üzerine denk gelecek şekilde bir kapı açan aynı zamanda da yol tarafına bir tuvalet yapan kişi aleyhine mahkemeye şikayette bulunmuş ve keşfe çıkılıp bunların orada bulunan halka zarar verdiğinin tespit edilerek yıktırılması talep edilmiştir. Keşif heyeti bu yapıların halka zararını tespit etmiştir. Özellikle tuvalet için kişinin buradan yayılan kötü kokudan ötürü sorumlu olduğunu ifade etmiştir.<sup>872</sup> Bu kararda görüyoruz ki, kendi mülküne değil de, umumi bir yola bir yapı inşa eden kimsenin sorumluluğuna gidilebilir. Ayrıca kendi mülküne yapmış

<sup>869</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 28, s. 359, No: 374.

<sup>870</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 14, s. 286, No: 161/2.

<sup>871</sup> Konya Kadı Sicili, defter: 1, s. 572, No: 220-1.

<sup>872</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, c. 23, s. 62, No: 4.

olsa da koku gibi dışarıya yayılan ve başkalarına zarar veren unsurlardan dolayı da kişinin sorumluluğu mevcuttur.



## SONUÇ

Sorumluluk kavramı karşılığında, İslâm hukuku kaynaklarında mesuliyet, damân, zimmet, uhde, cebr, garâmet terimlerinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Bu kavramlardan mesuliyet, sorumlulukla eş anlamlı olarak kullanılmış ve genel olarak sorumluluğu ifade etmiştir. Buna göre sorumluluk, bir kişinin mükellef olduğu veya bil'iltizâm ifa ettiği şeylerden dolayı sorguyla karşı karşıya kalması ve cevabına göre ödüllendirilmesi veya cezalandırılmasıdır denilebilir. Sorumluluğun genel anlamı bu olmakla birlikte fıkıh kitaplarında bu anlama en yakın manada kullanılan kavram olarak damân kavramı karşımıza çıkmaktadır. Damân kavramı ise, genel olarak, ilzam (Şariî'nin kişiyi yükümlü tutması), iltizam (kişinin yükümlülüğü kendinin üstlenmesi), zararlı fiil ve zilyetlik nedenleriyle kişinin üzerine ortaya çıkan mali sorumluluğu ifade etmek için kullanılmıştır.

Sorumluluk hukuku, insanın sosyal bir varlık olması ve diğer insanlarla ilişki içerisinde bulunması nedeniyle insanlık tarihi kadar eski bir hukuk olarak karşımıza çıkar. Bu hukuk dalının temel amaçları ise zararın önlenmesi, zararın denkleştirilmesi ve tazminat talebinde ihlal edilen hakkın devamı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani bu hukuk dalı, öncelikli olarak zararın hiç doğmamasını amaçlamakta ancak eğer bir zarar doğmuşsa da bu zararın izâle edilmesini ve ihlal edilmiş olan hakkın yerine tazminat talebinin geçerek hakkın sürekliliğinin sağlanmasını hedeflemektedir.

Bu amaçlarını gerçekleştirebilmek için, sorumluluk hukuku önceleri şahıs varlığı ile sorumluluk prensibini benimsemiş ve faillerin verdikleri zararlar karşılığında hapsedilebilmelerine hatta hürriyetlerini dahi kaybederek köleleştirilebilmelerine imkan tanımıştır. Ancak tarihsel süreçte, şahıs varlığı ile sorumluluk yerini mal varlığı ile sorumluluğa bırakmış ve özel bir belirleme olmadığı müddetçe, kişilerin vermiş oldukları zararlardan dolayı mal varlıkları ile sınırsız bir şekilde sorumlu olmaları gerektiği ilkesini benimsemiştir. İslâm hukukunda da mal varlığı ile sorumluluk prensibi benimsenmiştir. Ancak ödeme gücü olduğu halde temerrüde düşen borçlu, hâkim tarafından hapsedilebilir. Bu ise, ödeyebileceği halde karşı tarafa borcunu ödemeyerek alacaklıya zulmetmesini

önleme amacıyla, borçluyu ödemeye zorlamak için hâkimler tarafından kullanılan bir yöntem olması hasebiyle, borçlunun şahıs varlığı ile sorumlu olduğunu göstermez.

Sorumluluk hukuku, uhrevi, ahlaki, vicdani, hukuki, cezai gibi başlıklara ayrılarak incelenebilir. Hukuki sorumluluk ise akdi ve akit dışı sorumluluk olmak üzere iki başlığa bölünerek tasnif edilebilir. Akit dışı sorumluluk ise, akit dışı kusur sorumluluğu ve akit dışı kusursuz sorumluluk başlıkları altında ele alınır. Yıllar boyu asıl sorumluluk türü olarak kusur sorumluluğu esas alınmıştır. Ancak zamanla, yarar ile zarar arasında bağıllık, genel özen gösterme, fedakârlığın denkleştirilmesi, tehlike, hakkaniyet, egemenlik ve hukuki alan, anormallik ve hukuka aykırılık gibi fikirlerle kusursuz sorumlulukta doğmuş ve gelişmiştir.

İslâm hukuku açısından ise kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk kavramları karşılığında mübâşeret sorumluluğu ve tesebbüb sorumluluğu terimleri kullanılmıştır. Mübâşeret sorumluluğu kişinin fiiliyle zararlı netice arasına başka hiçbir etkenin girmediği sorumluluk türü olarak karşımıza çıkar ve bu haliyle hem kusur hem de kusursuz sorumluluk hallerini muhteva eder. Tesebbüb sorumluluğu, ise kişinin zararı doğuracak olan nedene ekti edecek bir fiili ile zararlı sonucun meydana gelmesine sebep olması halidir. Tesebbüb sorumluluğu için ayrıca kişinin teaddisi (kusuru) da olması gerekir. Tesebbüb sorumluluğu bu haliyle yalnızca akit dışı kusur sorumluluğu başlığı altında incelenecekmiş gibi görünse de ilerleyen zamanla ve bazı farklı durumlarla kusursuz sorumluluk hallerini de ihtiva ettiği görülmektedir.

Kusur sorumluluğu fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık olmak üzere beş unsurdan meydana gelir. Kusur sorumluluğundan bahsedebilmek için somut olayda bu beş unsurunda bulunması gerekir. Bu unsurlardan ilki olan fiil unsuru olumlu – olumsuz fiil ve doğrudan – dolaylı fiil olmak üzere iki farklı şekilde tasnif edilir. Olumlu fiil failin atma, vurma gibi icrai bir hareketle fiili meydana çıkarmasıyken, olumsuz fiil, failin zararın doğmaması için bir hareketi icra etmesi gerektiği halde hareketsiz kalması halidir. Doğrudan fiil ise fiilin doğrudan zararı meydana getirmesi yani mübâşeret halindeki fiildir. Dolaylı fiil de, fiilin zarara

neden olacak başka bir şeyin ortaya çıkmasına sebep olması halidir ve bu hal de tessebbüb sorumluluğu durumlarında karşımıza çıkar.

Kusur sorumluluğunun ikinci unsuru zarar unsurudur. Zarar yoksa sorumlulukta yoktur dolayısıyla sorumluluk hukukunun alanına giren bir olayda mutlaka zararın da bulunması gerekmektedir. Bu zarar maddi bir zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir. Maddi zararlar, karşımıza fiili zarar, yoksun kalınan kâr, kişiye verilen zarar, taşınır ve taşınmazlara verilen zarar olarak çıkmaktadır. Bu zarar çeşitlerinden fiili zarar, zarar görenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma olarak karşımıza çıkar ve aynî veya mislî olarak izâle edilebilir. Yoksun kalınan kâr, bir malda meydana gelebilecek olan artışların, failin fiili nedeniyle meydana gelmemesi ve kişinin bu fiil nedeniyle mahrum kaldığı kazanç olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlk durumda, meydana gelen artışlar Hanefilere göre failin yanında emanet hükmündedirler ve failin kusuruyla bir zarara uğramadıkları müddetçe tazminleri gerekmezken diğer mezheplere göre sorumluluk doğuran fiilin gerçekleşmesi için zilyetliğin değişmesi zorunlu bir şart olmadığından dolayı bu artışların tazmini gereklidir. İkinci durum için ise, mağdurun mahrum kaldığı kazancı karşılamak için diyet, erş ve özellikle hükümet-i adl müesseseleri harekete geçirilir ve fail bunlarla sorumlu olur. Fiili zararın söz konusu olduğu durumlarda zarar görenin mevcut sahip olduğu şeylerde azalma meydana gelirken, yoksun kalınan kâr durumunda, zarar görenin sahip olabileceği şeyleri elde edememesi söz konusudur.

Kişiye verilen zararlar ise, kişilerin fizik ve ruh bütünlüğüne yönelik fiiller neticesinde meydana gelir ve hem maddi hem de manevi zararlar kapsamında ele alınabilir. Taşınır ve taşınmazlara verilen zararlar açısından ise bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Taşınır mallar hem gasp fiiline hem de itlaf fiiline konu olabilirken, taşınmazların gaspa konu olmaları mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefî mezhebine göre istisnalar hariç taşınmazlar gaspa konu olamazlar ancak diğer mezhepler taşınmazların da gaspa konu olabileceklerini ifade ederler. Bu durumda Hanefî görüşüne göre bir yeri çitle çeviren kişinin fiili gasp kapsamında

değerlendirilemezken, diğer mezheplere göre bu fiil gasp kapsamında değerlendirilir ve failine bu fiilinden dolayı sorumluluk doğurur.

Bir şeyin menfaati de gasp edilmiş olabilir ve menfaatin tazmini de sorumluluk hukuku çerçevesinde gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda menfaati mal saymayan Hanefî görüşüne göre menfaat kusur sorumluluğuna konu olmaz ve istisnalar haricinde bir şeyin menfaatini gasp eden kişinin sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak diğer mezheplere göre menfaat de mal sayılır ve menfaatin gasp edilmesi durumunda fail bu fiilinden dolayı sorumlu tutulur. Nitekim Mecelle, başta Hanefî görüşüne göre kişilerin bu doğrultudaki fiillerinden dolayı sorumlu tutulmamalarını ifade etse de daha sonradan diğer mezheplerin görüşü doğrultusunda ilgili düzenlemeyi değiştirmiş ve bu durumda da failin sorumlu tutulacağına yönelik bir hüküm koymuştur.

Maddi zararlardan ötürü, failin sorumluluğu aynî veya mislî tazminat iken manevi zararlar durumunda hükümet-i elem denilen mağdurun rahatlmasına ve acıların hafiflemesine neden olacak bir acı bedeliyle fail sorumlu tutulabilir.

Bir neticeyi ortaya çıkaran fiil ile o netice arasındaki bağ, kusur sorumluluğunun üçüncü unsuru olarak ele alınan illiyet bağı olarak adlandırılır. Birden fazla sebebin bir arada bulunması halinde illiyet bağı farklı görünümeler gösterir. Yalnız başına neticeyi meydana getiremeyecek sebeplerin bir arada neticeyi meydana getirmesi durumunda ortak illiyetten bahsedilirken, her biri kendi başına zararlı neticeyi meydana getirebilecek olan sebeplerin bir arada bulunması halinde yarışan illiyetten bahsedilir. Bu hallerde somut olaya göre oranı değişse de failerin sorumluluğu mevcuttur. Zararlı neticeyi meydana getirebilecek olan birden fazla sebepten birinin bu neticeyi meydana getirdiği bilinmesine rağmen hangisinin meydana getirdiği bilinmiyorsa seçimlik illiyetten bahsedilir ve artık failerin sorumluluğuna gidilemez. Zararlı neticeyi meydana getirmeye tek başına yeterli olan sebeplerden biri diğerinden sonra gerçekleşiyorsa, önüne geçen illiyetten bahsedilir ve burada artık son fiilin faili bu neticeden ötürü sorumlu olacaktır.

Mücbir sebep, yeterli derecede olduğu takdirde zarar görenin ve üçüncü kişinin kusuru illiyet bağıını kesen durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Mücbir sebebin unsurları arasında yer alan kaçınılmazlık unsuru, beklenmedik hal ile bu durumu birbirinden ayırmaktadır. Buna göre, mücbir sebep durumunda, meydana gelen olay herkes için kaçınılmaz bir özellik arz etmekte iken, beklenmedik hal durumunda yalnızca ilgili kişi için kaçınılmaz bir özellik arz etmektedir. Bu durumda mücbir sebep, sorumluluğu ortadan kaldırırken beklenmedik hal her zaman illiyet bağıını kesen bir durum olarak karşımıza çıkmaz. Beklenmedik halin illiyet bağıını kesmediği durumlarda, bu hal de zararı doğuran ortak nedenlerden biri olarak değerlendirilir.

Kusur sorumluluğunun dördüncü unsuru kusurdur. Kusursuz sorumluluk ile bu sorumluluk türünün farkını bu unsur oluşturmaktadır. Kusur, kast ve ihmali içine alan bir kavramdır. Kast (tammüd) zararlı neticenin bilerek ve istenerek fail tarafından meydana getirilmesidir. İhmal (hata) ise, bu neticenin istenmemesine rağmen ortaya çıkmaması için durumun gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi, hukuk düzeninin yüklemiş olduğu ödevin yerine getirilmemesi, gerekli önlemlerin alınmaması hali olarak ifade edilebilir. Mübâşeret sorumluluğu hallerinde kişinin kusuru olmasa da sorumluluğundan bahsedilebilirken tesebbüb sorumluluğu hallerinde kişinin kusuru aranmaktadır ve bu durum pozitif hukukla, İslâm hukukunun sorumluluk hukuku açısından farklı görüşlere sahip olduğunu göstermektedir.

Kusur sorumluluğunun son unsuru, (teaddi) hukuka aykırılıktır. Hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması durumunda, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı neticenin meydana gelmemesi için belirli bir fiili emreden hukuk kurallarına aykırı her fiil, hukuka aykırıdır. Bu durumda hem hukuk kurallarına aykırı bir fiil hem de bu fiilin hukuka uygun sayılmasını gerektirecek bir nedenin bulunmaması gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri ise, mağdurun izni ve rızası, yetkili makamın izni, zaruret hali, meşrû müdâfaa, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve hakkını, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeden kullanma halleri olarak başlıklandırılabilir.

Mağdurun verdiği izin, mağdurun tasarrufta bulunabileceği bir hususta olduğu takdirde fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak bu izin başta verilmiş bir izin olmalıdır. İzin zararı ortaya çıkararak fiilin ardından verilmiş ise, artık fiilin hukuka uygunluğundan bahsedilemez ancak sulh, ibra, ikâle gibi hukuki işlemler söz konusu olabilir. Mal varlığına yönelik kusurlu fiiller için verilmiş olan rıza o fiili hukuka uygun hale getirecektir ve failin o fiil nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak burada fiilin hukuka uygun olması için yalnızca mal varlığına yönelik olması kamu düzeni gibi başka hukuki değerlere yönelmemesi gerekmektedir. Kişinin cana ve vücut bütünlüğüne yönelik fiiller için vermiş olduğu rıza ise failin diyet gibi mali sorumluluğunu ortadan kaldırabilse de, fiili hukuka uygun hale getirmez ve failin cezaî bakımdan sorumluluğu devam eder.

Bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının şahıs veya mal varlığını gerek açık, gerekse yakın bir zarar tehlikesinden korumak için başka birisinin mallarını zarara uğratması veya bir zarara neden olmasa da meşru olmayan bir fiili işlemesi haline zaruret hali denir. Zarûrâtı dîniyyeden olan can, mal ve namus gibi bir değere yönelmiş haksız bir saldırı bulunduğu durumlarda kişinin, bu saldırıdan kurtulmak veya bir üçüncü kişinin kurtulması için saldırganıya yönelik olarak yapacağı saldırıyla orantılı olan fiile ise meşrû müdâfaa denir. İslâm hukukunda genel olarak kişinin kaçma veya kolluk kuvvetlerine sığınma imkanı varken, saldırıya karşı yapmış olduğu fiil ile meşrû müdâfaadan yararlanamayacağı ifade edilir, pozitif hukukta ise bu durumda da meşrû müdâfaadan yararlanılabileceği ifade edilmektedir.

Zaruret hali ve meşrû müdâfaa halleri birbirlerinden farklı durumlardır. Zaruret halinde tehlikeden kurtulmak için verilecek olan zarar tehlikeli fiilin failine yönelik değil, üçüncü kişinin malvarlığına yönelik bir zararken; meşrû müdâfaa halinde saldırıdan kurtulmak için verilecek olan zarar, saldırganın malvarlığına, hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik olabilir. Görüleceği üzere meşrû müdâfaa halinde hem fiilin yöneldiği taraf hem de hukuki değer farklılık arz etmektedir. Bu nedenle meşrû müdâfaa zaruret halinin kapsamına girmemekte ve farklı bir durum arz etmektedir.

Kişinin hakkını kendi gücüyle koruması genel olarak yasaklanmış olsa da, yetkili makamın müdahalesinin mümkün olmadığı ve kişinin hakkını korumak için başka bir imkanının da bulunmadığı durumlarda, kişi dengeli ve orantılı bir güç kullanarak kendi hakkını koruyabilir.

Kendi hakkını kullanan kişi normal şartlarda bu nedenden ötürü sorumlu tutulmamaktadır. Ancak bir kişinin, hakkını kullanırken dürüstlük ilkesine uymaması, bir başkasına zarar vermek veya hukuken uygun görülmeyen bir maslahatı gerçekleştirmek maksadıyla hareket etmesi durumunda, sorumluluğu doğabilir. Ebû Hanife, İmam Şafiî ve Zahirî'ye göre kişinin kendi mülkünde yapmış olduğu tasarruf bir başkası için zarara neden olsa da bu kişi sorumlu tutulmaz ancak Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre kişinin kendi mülkünde yapmış olduğu tasarruf fahiş bir zarara neden oluyorsa bu kişi sorumlu tutulmalıdır. Mecelle'de de düzenleme Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre yapılmıştır.

Akit dışı kusur sorumluluğunun en yaygın görünüş şekilleri, gasp ve itlaftır. Gasp, malikinin izni olmaksızın, onun zilyetliğini ortadan kaldıracak şekilde, menkul, mütekavvim, saygı duyulması gereken (muhterem), bir malın üzerinde açıkça ve kuvvet kullanılarak haksız zilyetlik tesis etmek şeklinde tanımlanır. Bu tanım Hanefî hukukçulara göre yapılmış olup diğer mezheplere göre malikin zilyetliğine tamamen son verilmesi aranmaz, malikin malın menfaatinden faydalandırılmaması durumunda da gaspın oluşacağından bahsedilir. Bu durumun neticesinde ise, akarın ve menfaatin gaspı diğer mezheplere göre mümkün hale gelirken, Hanefî mezhebine göre mümkün olmaz. Malda meydana gelen artışlar, Hanefî mezhebine göre, gaspın yanında emanet hükmündeyken, diğer mezheplere göre bu artışlar da gasp fiili esnasında fail tarafından dolaylı olarak gasp edilmiş sayılırlar.

İtlaf ise mübâşeretten ve tesebbüben olmak üzere ikiye ayrılır. Fiilin doğrudan zararı meydana getirdiği itlaf türü mübâşeretten itlaf iken, zararlı neticeyi meydana getirecek bir başka şeyin vukuuna sebep olmak durumu ise tesebbüben itlaftır. Tesebbüben itlaf hallerinde karşımıza çıkan durumlardan biri istihdam ilişkisinden doğan sorumluluktur. Bu durumda işçi, kendi kusuruyla vermiş olduğu zararlardan

dolayı sorumludur ve icbar, yanılma gibi bir durum olmadığı müddetçe işçi yine fiili nedeniyle ortaya çıkan zararlar nedeniyle sorumlu tutulur. Ancak bu durumda eğer işverenin menfaatine olan bir iş için çalışırken böyle bir durum söz konusu olmuşsa, işçinin işverene rücu etme hakkı mevcuttur. Zanaâtlerde ise, işveren kusursuz olarak işçinin fiillerinden de sorumludur çünkü burada bir vekalet ilişkisi söz konusudur. Devlet memurunun fiilinden dolayı da fiili icra eden memur sorumludur ancak o memura bunu bir amiri emretmişse amiri de sorumlu tutulabilir. Ayrıca devlet başkanının, memurun ödemekten aciz kaldığı kısma ilişkin kusursuz sorumluluğundan bahsedilebilir.

Velinin çocuğa emri veya efendinin köleye emri doğrultusunda ortaya çıkan zararlardan ötürü emreden kişinin sorumluluğundan bahsedilir çünkü burada söz konusu emir icbar niteliği taşımaktadır. Böyle bir emir olmaksızın çocuğun verdiği zararlardan ötürü aile reisinin sorumluluğuna gidilmez ve çocuk kendi mal varlığı ile sorumlu tutulur. Pozitif hukukta ise durum bunun tam tersinedir. Kölelerin ise haksız fiil sorumlulukları bulunmakla birlikte mal varlıklarının olmaması nedeniyle tazminat yükümlülüğü efendiye aittir ve aile reisinin sorumluluğundan burada bahsedilebilir.

Hayvanın verdiği zarar normal şartlar altında hederdir. Ancak bu zararın ekili alanlarla ilgili olması durumunda Hanefiler yine hayvanın verdiği zararın heder olacağı prensibine dayanmışlar ve hayvan bulunduranın hayvanı salmasının ardından araya hayvanın fiilinin girip girmemesine göre belirlemede bulunmuşlardır. Diğer mezhepler ise hayvanın ekili araziye gece vermiş olduğu zararlardan ötürü hayvan sahibinin, gündüz verdiği zararlardan ötürü ise arazi sahibinin sorumlu olduğunu beyan etmişlerdir. Hayvanların yol ortasına bırakılması veya hayvan bulunduranın nezdinde olması durumlarında vermiş oldukları zararlardan ötürü de hayvan bulunduran mütesebbib olarak sorumlu olur. Burada önemli olan bu kişinin kusurunun bulunmasıdır.

Bina ve diğer inşa eserinin yapımında bir noksanlık varsa artık bu yapılardan dolayı meydana gelecek zararlardan ötürü sahipleri sorumlu tutulacaktır. Ancak bu yapıların yapımı esnasında bir noksanlık olmayıp da sonradan bu yapılar tehlike arz

eder bir hale gelmişse, farklı görüşler bulunmakla birlikte Hanefilerinde içinde bulunduğu cumhur, bu durumda yapı sahibinin ikaz edildikten sonra bir zararın doğması halinde, sorumlu duruma geleceğini ifade etmişlerdir. Yol ortasına veya umumi alanlara yapılan taşınmazlar veya konulan taşınırlardan ötürü ortaya çıkan zararlardan dolayı bu eşyaların sahipleri sorumlu tutulur. Kişi, kendi mülkündeki tasarruflarının fahiş zarara sebep olması durumunda ise hakkın kötüye kullanılması kapsamında sorumlu tutulabilir. Sanayi ürünlerini veya atıkları kamuya ait bir yere veya başkasının mülküne bırakan kişi de bunların sebep olduğu zararlardan ötürü sorumludur.



## KAYNAKÇA

**Abdul Basir Bin Mohamad**, “Strict Liability in the Islamic Law of Tort”, **Islamic Studies**, Vol. 39, No. 3, 2000.

**Abdul Basir Bin Mohamad**, **The Islamic Law Of Tort**,(Doktora Tezi), Edinburgh, 1997.

**ABDÜLHAMİD**, İrfan, “Cebriyye”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 7, 1993.

**ADAL**, Erhan, **Trafik Kazalarında Akit-Dışı Hukukî Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.

**AK**, Ayhan, **İslâm Borçlar Hukuku**, Üniversite Yayınları, İstanbul, 2018.

**AKBULUT**, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

**AKDOĞANER**, Elvan, **Haksız Fiil Halinde Müteselsil Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.

**AKGÜNDÜZ**, Ahmed, **Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye**, 2. Baskı, Osav Yayınları, İstanbul, 2017.

**AKGÜNDÜZ**, Ahmet, **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Özel Hukuk-II**, OSAV Yayınları, İstanbul, 2012.

**AKGÜNDÜZ**, Ahmed, **Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmusu**, OSAV Yayınları, İstanbul, 2018.

**AKINCI**, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.

**AKINCI**, Şahin, **Roma Borçlar Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 2013.

**AKINTÜRK**, Turgut, Derya Ateş Kahraman, **Medenî Hukuk**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

**AKINTÜRK**, Turgut, Derya Ateş Karaman, **Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, 2013.

**AKINTÜRK**, Turgut, Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, 26. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

**AKINTÜRK**, Turgut, **Eşya Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

**AKKAYAN YILDIRIM**, Ayşe, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak

Tehlike Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c. LXX, sayı 1, 2012.

**AKMAN**, Ahmet, “Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 13, sy. 169, 170, 2018.

**AKMAN**, Ahmet, “İslâm Borçlar Hukukunda İstisna’ (Eser) Sözleşmesi (Türk Hukuku İle Mukayeseli)”, **The Journal Of Social Science**, y. 3, c. 3, sy. 5, 2019.

**AKMAN**, Ahmet, **İslam Hukuku’nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

**AKMAN**, Mehmet, **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması**, 1.Baskı, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004.

**AKTÂN**, Hamza, “Daman”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 8, 1993.

**AKYILMAZ**, Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**Ali Haydar Efendi**, **Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, 2.Baskı, DİB Yayınları, İstanbul, 2017,(Çev: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem).

**ALPASLAN**, A. Rıza, **Haksız Fiilden Doğan Tazminat Davaları**, **İstanbul Cumhuriyet Matbaası**, İstanbul, 1948.

**ANTALYA**, Gökhan, **Eşya Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2017.

**ANTALYA**, O. Gökhan, Murat Topuz, **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**APAYDIN**, H. Yunus, **İslam Hukuk Usulü**, 2. Baskı, Kimlik Yayınları, Kayseri, 2016.

**ÂŞÛR**, Muhammed Tâhir bin, **İslam Hukuk Felsefesi**, 4. Baskı, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2013, (Çev: Mehmet Erdoğan, Vecdi Akyüz).

**ATALAY**, İbrahim, **İslam Borçlar ve Ceza Hukuku Açısından Trafik Kazalarından Doğan Sorumluluk** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2011.

**ATAR**, Fahrettin, **İslâm İcra ve İflâs Hukuku**, İFAV Yayınları, İstanbul, 1990.

**ATAR**, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 7.Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 2012.

**ATASOY**, Samet, “Osmanlı Hukukunda Hukuki Ehliyet Arızası Olarak Maraz-ı Mevt (Ölüm Hastalığı)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 27, s. 1, 2019.

**ATAY**, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 5.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

**AVCI**, Mustafa, “İslam’ın Ceza Hukukuna Katkısı”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 8, 2006.

**AVCI**, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, 2018.

**AVCI**, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

**AVCI**, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 4. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.

**AYAN**, Mehmet, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**AYAN**, Mehmet, **Eşya Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**AYAN**, Mehmet, **Medenî Hukuka Giriş**, 8. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 2013.

**AYAN**, Mehmet, Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, 4. Baskı, Konya, 2013.

**AYBAKAN**, Bilal, “Uhde”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 42, 2012.

**AYBAKAN**, Bilal, “Zarar”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2013, c. 44.

**AYBAY**, Aydın, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014

**AYDIN**, Ahmet, “İslam ve Roma Hukukunda Hayvanın Verdiği Zarardan Sorumluluk”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı 28, 2016.

**AYDIN**, M. Akif, “Gasp”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1996, c. 13.

**AYDIN**, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

**AYDIN**, M. Akif, “İtlaf”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 23, 2001.

**AYDIN**, Melikşah, “Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, **SÜHFD**, c. 25, sy. 2, 2017.

**AYDIN**, Melikşah, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

**AYİTER**, Nuşin, **Eşya Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1983.

**AYKANAT**, Mehmet, **Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2016.

**AYKANAT**, Mehmet, **Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

**BAĞDÂDÎ**, Gıyâseddin Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed, **Mecmau'd-Damânât fî Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân**, Dar'ul-Kitab'ul-İslâmiyye, ty.

**BALIM**, Tayfun, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, **LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, sy. 2, 2014.

**BARDAKOĞLU**, Ali, "Câiz", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 7, 1993.

**BARDAKOĞLU**, Ali, “Diyet”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1994, c. 9.

**BARDAKOĞLU**, Ali, “Garâmet”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 13, 1996.

Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, **Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi: 3**, 6 Numaralı Mühimme Defteri, Özet, Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1995.

Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, **Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi: 5**, 7 Numaralı Mühimme Defteri, Özet, Transkripsiyon ve İndeks, Ankara, 1998.

**BAŞOĞLU**, Başak, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 6, sayı, 2, 2015.

**BELGESAY**, Mustafa Reşit, **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.

**BERKİ**, Ali Himmet, **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)**, 2. Baskı, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979.

**BERKİ**, Şakir, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, 3. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962.

**BERKİ**, Şakir, **Medenî Hukuk**, 2. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1969.

**BEŞER**, Faruk, **Sosyal Riskler Sigorta ve İslam**, 3. Baskı, Nun Yayıncılık, İstanbul, 2016.

**BİLGE**, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

**BİLGİLİ**, Fatih, Ertan Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2015.

**BİLGİLİ**, İsmail, **İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı**, 1. Baskı, Desen Ofset Matbaacılık, 2011.

**BİLMEN**, Ömer Nasuhi, **Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü**, 1. Baskı, Nizamiye Akademi Yayınları, İstanbul, 2016, (Haz.: Abdullah Kahraman, Edit: Kemal Yıldız).

**BİLMEN**, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu**, c. III.

**BOYNUKALIN**, Ertuğrul, "Makasıdü'ş-Şerîa", **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2003, c. 27.

**BOYNUKALIN**, Mehmet, "Suç", **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 37, 2009.

**BÜYÜKSAGİŞ**, Erden, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

**CANBULAT**, Mehmet, **İslam Hukukunda Gasp ve İtlaf**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 1994.

**CENTEL**, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

**CİN**, Halil, Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi.**, OSAV Yayınları, İstanbul, 2017.

**CİN**, Halil, Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016.

**ÇAĞLAYAN**, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

**ÇAĞLAYAN**, Ramazan, **İdarî Yargılama Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

**ÇAKIRCA**, Sade İrem, Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu, **İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No: 47, 2012.

**ÇALI**, Murtaza, **Haksız Fiilden Doğan Tazminat**, Gürsoy Basımevi, Ankara, 1968.

**ÇALIŞ**, Halit, “Borçlar Hukuku”, **İslam Hukuku El Kitabı**, 6. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017, (Edit: Talip Türcan).

**ÇALIŞ**, Halit, **İslâm’da Kolaylaştırma İlkesi**, 1. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2013.

**ÇALIŞ**, Halit, “Zaruret”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 44, 2003.

**ÇEKER**, Orhan, **İslâm Hukukunda Akidler**, 1.Baskı, Tekin Kitabevi, Konya, 2014.

**ÇEKER**, Orhan, **İslam Hukukunda Çocuk**, 2.Baskı, Tekin Kitabevi, Konya, 2015.

**ÇELİK**, Ömer, **Hakk’ın Daveti Kur’an-ı Kerim Meali ve Tefsiri**, Erkam Yayınları, İstanbul, 2013, c. 3.

**ÇIRAK**, Hasan Hayri, **İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Erzurum, 2001.

**DAĞCI**, Şamil, “Hükûmet-i Adl”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 18, 1998.

**DAĞCI**, Şamil, **İslâm Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, 2. Baskı, DİB Yayınları, Ankara, 1999.

**DALAMANLI**, Lütfü, **Kanunlarımızda Tazminat Hukuku ve Tatbikatı**, İş Matbaacılık ve Ticaret, Ankara, 1973.

**DALGIN**, Nihat, “Sigorta”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 37, 2009.

**DEMİRCİ**, Abdullah, **İslâm Borçlar Hukukunda Akit Konusunun Telefinden Doğan Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016.

**DESCHENAUX**, Henri, Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, (Çev: Salim Özdemir).

**DÖNDÜREN**, Hamdi, “Garamet”, **Şamil İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 2000, c3.

**DÖNDÜREN**, Hamdi, “Gasb”, **Şamil İslam Ansiklopedisi**, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2000, c. 3.

**DÖNDÜREN**, Hamdi, **İslâm Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, KTO Karatay Üniversitesi Yayınları, Konya, 2017.

**DÖNDÜREN**, Hamdi, “İtlaf”, **Şamil İslam Ansiklopedisi**, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2000, c. 4.

**DÖNDÜREN**, Hamdi, “Mesken”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 29, 2004.

**DÖNMEZ**, İbrahim Kafi, “İllet”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2000, c. 22.

**DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi, “İllet”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 22, 2000.

**DÖNMEZ**, İbrahim Kafi, “Müeyyide”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 31, 2006.

**DÖNMEZ**, İbrahim Kafi, “Ruhsat”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 35, 2008.

**DÖNMEZ**, İbrahim Kafi, “Sebeb” **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 36, 2009.

**DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi, “Temyiz”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 40, 2011.

**DURAL**, Mustafa, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 11. Baskı, Filiz Kitebevi, İstanbul, 2016.

**DURAL**, Mustafa, Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, c. 2.

**DUREYİNİ**, Fethi, **Nazariyyatu't-Ta'assuf fî İst'imâli'l-Hakk fî'l-Fıkhü'l-İslâmî**, Müessesetü'r Risâle, Beyrut, 1988

**EBÛ ABDİLLAH** Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî, **el-Müsned**, 1. Baskı, Ocak Yayıncılık, (Çev: Hüseyin Yıldız, Hasan Yıldız, Zekeriya Yıldız), İstanbul, 2014.

**Ebû Davud** Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, **Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi**, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1987, (Haz. Necati Yeniçel, Hüseyin Kayapınar).

**EBU'L-HÜSEYN MÜSLİM**, b. İsmail el-Haccâc, **Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi**, 2. Baskı, Sönmez Yayınevi, İstanbul, 1977, (Çev ve Şerh: Ahmed Davudoğlu).

**EBÛ ZEHRÂ**, **İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usûlü**, 12.Baskı, Fecr Yayınevi, Ankara, 2014, (Çev: Abdulkadir Şener).

**EBÛ ZEHRÂ**, Muhammed, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza**, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.

**EKİNCİ**, Ekrem Buğra, **İslam Hukuku**, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2016.

**EKŞİ**, Ahmet, “İslâm Hukukunda Bir Manevi Tazminat Türü Olarak Hükûmetü'l-Elem”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 21, 2013.

**EKŞİ**, Ahmet, “İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”, **“İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi”**, sy. 17, 2011.

**EL-BÂCÎ**, Ebû'l-Velîd Süleyman b. Halef, **el-Müntekâ**, Dâru'l-Kitabu'l-İslamiyye, Kahire.

**EL-BEYHAKÎ**, El-İmam Ebu Bekir Ahmed İbni Hüseyin bin Ali, **Sünenü'l Kübra**, Darulkitab İlmiyye, Beyrut, Lübnan, 1994, (Tahkik: Muhammed Abdulkadir Ata).

**EL-BUHÂRÎ**, Muhammed, **Sahîh-i Buhârî**, Karınca&Polen Yayınları, İstanbul, 2017. (çev: Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi).

**EL-BUHÛTÎ**, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs, **Keşşâfu'l-Kıma' an Metni'l İknâ'**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ty.

**EL-CESSÂS**, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî, **Ahkâmu'l Kur'an**, İ'tisam Yayınları, Ankara, 2018, (Çev: Mehmet Keskin).

**EL-CEVZİYYE**, İbn Kayyım, **İ'lâmü'l Muvakkı'ın**, 2. Baskı, İstanbul, 2017, (Çev: Pehlül Düzenli), c. 3-4.

**EL-FÎRÛZÂBÂDÎ**, Ebû İshâk Cemâleddin İbrahim b. Ali b. Yûsuf eş-Şîrâzî, **el-Mühezzeb fî Fıkhı'l-İmâmi's- Şâfiî**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995.

**EL-GAZZÂLÎ**, Ebu Hâmid Muhammed İbn Muhammed, **Mustasfâ**, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, (Çev: H. Yunus Apaydın).

**EL-HAFİF**, Ali, **ed-Damân fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Dar'ul fikir el-Arabî, Kahire, 2000.

**EL-HAFİF**, Ali, **İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri**, 4. Baskı, TDV Yayınları, Ankara, 2018, (Çev: Rahmi Yaran).

**EL-HARAŞÎ**, Muhammed bin Abdullah, **eş-Şerhu'l Muhtasar Halil Lil-Haraşi**, Dâru'l-Fikir Li'l-Tabâat, Beyrut, ty.

**EL-İSFAHANÎ**, Rağıb, **Müfredat**, 1.Baskı, Çıra Yayınları, İstanbul, 2017, (Çev: Mustafa Yıldız).

**EL-KÂSÂNÎ**, Alâeddin, **Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'**, Darü'l Kitabü'l Arabiyye, Beyrut, 1982.

**EL-MAVSİLÎ**, **el-İhtiyar, Metni el-Muhtâr li'i-Fetvâ**, 7. Baskı, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2016, (Çev: Celal Yeniçeri).

**EL-Meydânî**, Abdulganî b. Tâlib, **Muhtasar-ı Kudûrî Şerhi Lübâb Tercümesi**, 1.Baskı, Muallim Neşriyat, İstanbul, 2017, (çev: Hüsamettin Vanlıoğlu, Abdullah Hiçdönmez, Fatih Kalender, Emin Ali Yüksel), c. II.

**EN-NEVEVÎ**, İmam Muhyiddin, **Sahîh-i Müslim Şerhi el-Minhâc**, Karınca & Polen Yayınları, İstanbul, 2016, c. 7.

**ERCAN**, İsmail, **Ceza Hukuku**, 6. Baskı, XII Levha Yayınları Yayınları, İstanbul, 2011.

**ERBİLEN**, İnci, “Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, c. 92, sy. 4, 2018.

**ERDOĞAN**, Mehmet, **Fıkıh İlmine Giriş**, 3. Baskı, Değerler Eğitim Merkezi Yayınları, İstanbul, 2013.

**ERDOĞAN**, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 6. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2016.

**ERDOĞAN**, Mehmet, **İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi**, Yedinci Baskı, İFAV Yayınları, İstanbul, 2011.

**EREN**, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

**ERMAN**, Hasan, **Eşya Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

**ERTAŞ**, Şeref, **Eşya Hukuk**, 13. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2017.

**ESEN**, Hüseyin, “İslam Hukuku ve Uhrevi Sorumluluk”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy.8, 2006.

**ESENER**, Turhan, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

**ESER**, Ercan, **İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2007.

**ES-SÂBÛNÎ**, Muhammed Ali, **Safvetü't-Tefasir**, 7.Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2018, (çev: Sadreddin Gümüş, Nedim Yılmaz) c. 4.

**ES-SERAHSÎ**, Şemsu'l-eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, **Mebûsû**, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.

**EŞ-ŞİRBÎNÎ**, Şemsuddin Muhammed b.Ahmed el-Hatîb, **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc**, Dâr'ul-Kitab'ul-İlmiyye, 1958.

**ET-TAHÂVÎ**, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed, **Tahâvî, Şerhu Meâni'l Âsar Hadislerle İslâm Fıkhı**, Beka Yayıncılık, İstanbul, 2018, (Çev: M. Beşir Eryarsoy).

**ET-TİRMİZİ**, Muhammed ibn İsa, **Sünen-i Tirmizi Tercümesi**, Konya Kitapçılık, İstanbul, 2007, (Çev: Abdullah Parlıyan).

**EZ-ZERKÂ**, M. Ahmet, A. Muhammed Abdülaziz en-Neccâr, **İslam Düşüncesinde Ekonomi, Banka ve Sigorta**, 4. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2017.

**Fetâvâyı Hindiyeye**, 1. Baskı, Ankara, 1986, (Çev: Mustafa Efe).

**FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.

**GÖKCAN**, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**GÖZLER**, Kemal, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 19.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

**GÖZLER**, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 2.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.

**GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, c. 1, 2.

**GÜLEN**, Ahmet Burak, **Tüzel Kişilerin Haksız Fiil Sorumluluğu**,(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2014.

**GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Saliha Okur, "Trafik Kazalarında Meydana Gelen Ölüm ve Yaralamalarda Diyet Hükümlerinin Uygulanabilirliği", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 28, 2016.

- GÜNDAY**, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÜNEŞ**, Kadir, **Arapça-Türkçe Sözlük**, Mektep Yayınları, İstanbul, 2011.
- HACAK** Hasan, “İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi”, **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sy.30, 2006.
- HACAK**, Hasan, “Mal”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2003, c. 27.
- HACAK**, Hasan, “Menfaat”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2004, c. 29.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, 2016.
- HAKERİ**, Hakan, **Ceza Hukuku**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- HALEBÎ**, İbrahim, (Şerh: Mehmed Mevkûfâtî), **Mültekâ-l-Ebhûr (Mevkufat)**, Sağlam Kitabevi, İstanbul, 1980,(sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu).
- HALLÂF**, Abdulvahhâb, **İslam Hukuk Felsefesi**, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları,1973, (Çev: Hüseyin Atay).
- HALLAQ**, Wael B., **İslâm Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, Pınar Yayınevi, İstanbul, 2018, (Çev: Necmettin Kızılkaya).
- HATEMÎ**, Hüseyin, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- HATEMÎ**, Hüseyin, **İslâm Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2012.
- HIRA**, Ayhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve İslâm Hukuku Mukayesesi Bakımından Meşru Müdafanın Uygulama Alanı Ve Ölçütleri”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 17, 2011.
- İbn Âbidin**, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz Âbidin, **Reddu'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr, Dâr'ul-Fikir**, Beyrut, 1992.
- İBN HAZM**, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, **el-Muhallâ bi'l-Âsâr**, Dâru'l-Kitabi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003.
- İBN KUDÂME**, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah bin Ahmed, **el-Mugnî alâ Metni'l-Mukni'**, Dar'u'l-Fikr, Beyrut, 1992.
- İBN MÂCE**, Ebû Abdullah Muhammed bin Yezid el-Kavzini, **Sünen-i İbn-i Mâce**, Mektebet-ül Muârif li'l-Neşr v'et-Tevzî, Riyad.

**İbn Mâce, Sünen-i İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2012, (Çev: Haydar Hatipoğlu), c. 5.

**İbn Teymiyye, Şeyhülislam İbn Teymiyye Tefsiri**, (Derleyen: İyad b. Abullatif b. İbrahim el-Kaysî), Karınca & Polen Yayınları, İstanbul, 2017,(çev: Beşir Eryarsoy).

**İÇEL**, Kayıhan, **Ceza Hukuku**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

**İHAN**, Cengiz, **Günümüz Türkçe'siyle Mecelle**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

**İMAM KURTUBÎ, El- Camiu li-Ahkami'l-Kur'an**, Birinci Baskı, Buruc Yayınları, (Çev: M. Beşir Eryarsoy), İstnbul, 2000, c. 10, 11.

**İMAM KURTUBÎ, El- Camiu li-Ahkami'l-Kur'an**, Birinci Baskı, Buruc Yayınları, (Çev: M. Beşir Eryarsoy), İstnbul, 2001, c. 12.

**İMAM KURTUBÎ, El- Camiu li-Ahkami'l-Kur'an**, Birinci Baskı, Buruc Yayınları, (Çev: M. Beşir Eryarsoy), İstnbul, 2002, c. 16.

**İMBER**, Colin, **Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslam Hukuku**, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.

**İMRE**, Zahit, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

**KAHRAMAN**, Abdullah, **İslâm Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara, 2018.

**KAHVECİ**, Nuri, "İslâm Ceza Hukuku Açısından Suçun Manevi Unsurlarından Kast", **Hikmet Yurdu Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, y. 5, c. 5, sy. 9.

**KAHVECİ**, Nuri, "İslâm Hukukun Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağını Kesen Sebepler" **KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, c. 10, 2007.

**KAHVECİ**, Nuri, "Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları", **Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi II**, sy. 3, 2002.

**KAHVECİ**, Nuri, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, 2.Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2016.

**KANDEMİR**, Emine, Yavuz Kandemir, **Altın Eşanlamlı ve Karşıt Anlamlı Kelimeler Sözlüğü**, Altın Kitaplar Yayınevi, 1989.

**KARAHASAN**, Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

**KARAHASAN**, Mustafa Reşit, **Tazminat Davaları**, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1973.

**KARAMAN**, Fikret, İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı, Mehmet Canbulat, Ahmet Gelişen, İbrahim Ural, **Dini Kavramlar Sözlüğü**, DİB Yayınları, Ankara, 2006.

**KARAMAN**, Hayreddin, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, 16. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2013, c. 3.

**KARAMAN**, Hayreddin, **İslamın Işığında Günün Meseleleri**, Nesil Yayınları, İstanbul, 1993, c. 1.

**KARAMAN**, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, 9.Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, c. 2, 2016.

**KARAN**, Yeliz, “Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul 2013.

**KAYA**, Eyyüp Said, Hasan Hacak, “Zimmet”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 44, 2013.

**KAYIHAN**, Şaban, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

**KELEBEK**, Mustafa, **İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf'un Öncelikleri**, 1. Bası, Ensar Yayınları, İstanbul, 2014.

**KICALIOĞLU**, Mustafa, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20.Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016.

**KILIÇOĞLU**, Mustafa, **Tazminat Hukuku**, 6. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.

**KİRKİT**, Ecem, **Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

**KOCA**, Mahmut, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Konya Kadı Sicili, defter: 1, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, (Haz.: Leyla Öpolat, İzzet Sak).

Konya Kadı Sicili, defter: 14, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2014, (Haz.: Fatih Küçük, İzzet Sak).

Konya Kadı Sicili, defter: 41 Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, (Haz.: İzzet Sak).

Konya Kadı Sicili, defter: 52, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2014, (Haz.: İzzet Sak).

Konya Kadı Sicili, defter:53, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, (Haz.: İbrahim Solak, İzzet Sak)

**KÖSE**, Murtaza, “İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik”, **EKAV Akademi Dergisi**, c. 1, sy.2, 1998.

**KÖSE**, Üzeyir, “İslam Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Cana Karşı İşledikleri Suçlarda Cezai Sorumluluk”, **KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sy.29, 2017.

**KOŞUM**, Adnan, **İslâm Hukuk Doktrininde Yargı Hataları**, Fakülte Kitabevi, 1. Baskı, Isparta, 2004.

**KURT**, Ekrem, “Yapı Malikinin Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c14, sayı 4, 2008.

**KURU**, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, 1.Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2016.

**KUTLUER**, İbrahim, “Determinizm”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 9, 1994.

**KUZU**, Burhan, Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, sy.53, 2011.

**MALİK BİN ENES**, **Muvatta’ Tercümesi**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2013.(çev: Abdulvehhab Öztürk).

**MERGINÂNÎ**, Şeyhü’l-İslâm Buhanüddîn Ebu’l-Hasan Ali b. Ebû Bekir, **Hanefiler İçin İslam Fıkhı El Hidaye Tercemesi**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2013, (Çev: Ahmed Meylânî).

**MOLLA HÜSREV**, **Gurer ve Dürer Tercümesi**, İstanbul, 1980, (Çev: Arif Erkan).

**MUTÇALI**, Serdar, **Arapça-Türkçe Sözlük**, Dağarcık Yayınevi, İstanbul, 1995.

**NOMER**, Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

**NOYAN**, Erdal, **Mala Zarar Verme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

**OĞUZMAN**, M. Kemal, M. Turgut, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, c. 2.

**OĞUZMAN**, M. Kemal, Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

**OĞUZMAN**, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

**ÖĞÜT**, Salim, “Mesuliyet”, **İslam’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Absiklopedisi**, İFAV Yayınları, İstanbul, 1997, (Edit: İbrahim Kâfi Dönmez).

**ÖNDER**, Muharrem, “İstihsan Kavramının Ortaya Çıkışı”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy.7, 2006.

**ÖNDER**, Mustafa, Adem Dölek, ““Hepiniz Yöneticisiniz” Hadisi Bağlamında Hz. Peygamber’in Sorumluluk Eğitimi”, **EKEV, Akademi Dergisi**, y. 13, sy. 40, 2009.

**ÖZALP**, N, Ahmet, **İslam Hukukunun Genel İlkeleri**, 1.Baskı, Büyüyenay Yayınları, İstanbul, 2017.

**ÖZBEK**, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**ÖZBEK**, Zeynep Uyar, **Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2009.

**ÖZBUDUN**, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

**ÖZDİREK**, Recep, **İslam Hukukunda İşçilerin Verdiği Zararın Tazmini**, İstanbul, 2009.

**ÖZGENÇ**, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

**ÖZTAN**, Bilge, **Medenî Hukuk’un Temel Kavramları**, 41. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016.

**ÖZTÜRK**, Osman, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul, 1973.

**ÖZUĞUR**, Ali İhsan, **Kişi Hukuku- Velayet- Vesayet- Soybağı- Evlat Edinme Hukuku- Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**PEKCANITEZ**, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin, Muhammed Özkes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

**PÜSKÜLLÜOĞLU**, Ali, **Türkçe Sözlük**, Birinci Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2012.

**REİSOĞLU**, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

**RODOSLU**, Emine Koçano, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, **AÜHFD**, y. 63, c. 4, 2014.

**SAKİN**, Sinan, **Ceza Hukuku**, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

**SAVA PAŞA**, **İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt**, 1. Baskı, DİB Yayınları, İstanbul, 2016, (Çev: Baha Arıkan), c. 1,2.

**SCHACHT**, Joseph, **İslam Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2018, (Çev: Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener).

**SEROZAN**, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul, 2015.

**SEZEN**, Nurettin, **Mecelle'nin Küllî Kaideleri ve Açıklamaları**, 1.Baskı, Aktifhayat Yayınları, Ankara, 2016.

**SİRMEN**, A. Lâle, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

**SOYASLAN**, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

**SÜMER**, Halûk Hâdi, **Hukuka Giriş Kuramlar & Kavramlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

**ŞABAN**, Zekiyüddin, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, 28. Baskı, TDV Yayınları, Ankara, 2017, (Çev: İbrahim Kâfi Dönmez).

**ŞAFAK**, Ali, Erş, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 11, 1995.

**ŞAFAK**, Ali, “Kasıf”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 24, 2001.

**ŞAFİÎ**, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris, **el-Üm**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty.

**ŞÂTİBÎ**, Ebû İshâk İbrahim b. Musa, **el-Muvâfakât fî Usûli's-Şerîa**, 5. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.(Çev: Mehmet Erdoğan)

**ŞEMSEDDİN SAMİ**, **Temel Türkçe Sözlük: Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kamus-i Türk-i**, Tercüman Gazetesi, İstanbul, 1985.

**ŞEN**, Yusuf, “İslam Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, **EKEV Akademi Dergisi**, yıl:20, sayı:68, 2016.

**ŞEN**, Yusuf, **İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.

**ŞEYH BEDREDDİN**, **Câmû'l-Fusûleyn**, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012,(Editör: Hacı Yunus Apaydın), s.1172.

**SCHWARTZ**, Alan, “Responsibility and Tort Liability” **Ethics**, Vol. 97, No. 1, Chicago, 1986.

**TAHİROĞLU**, Bülent, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 14, sy. 4, 2008.

**TANDOĞAN**, Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

**TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atillâ Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, c. 1.

**TERCİER**, Pierre, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, İstanbul, 2016.

**TOKER**, Aylin, **Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2017.

**TOPAL**, Şevket, **İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet**, STS Yayınları, Ankara, 2014.

**TUĞLACI**, Pars, **Okyanus Ansiklopedik Sözlük**, Pars Yayınları, İstanbul, 1972.

**TUNÇOMAĞ**, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 9. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basım Evi, Ankara, 1998.

**UDEH**, Abûdîkâdir, **İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk**, İhya Yayınları, İstanbul, 1976, (Çev: Akif Nuri).

**UYAR**, Talih, Alper Uyar, Cüneyt Uyar, **İcra Hukukunda Haciz**, 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.

**UZUNPOSTALCI**, Mustafa, “İslam Hukuku Açısından Ehliyet”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy.8, 2006.

**ÜÇİŞİK**, Fehim, “Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları”, **Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996.

**ÜLKER**, İbrahim, **Osmanlı Noterlik Hukuku**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

**von TUHR**, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983,(çev: Cevat Edege).

**YAMAN**, Ahmet, Halit Çalış, **İslâm Hukukuna Giriş**, 10.Baskı, İFAV Yayınları, İstanbul, 2015.

**YAMAN**, Ahmet, Halit Çalış, **İslam Hukuku**, 1. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara, 2018.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/4-441 K: 2012/710, 10. 10. 2010, **LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, 2015.

**YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 14, sayı 4, 2008.

**YAZICIOĞLU**, Mustafa Said, “Fiil”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 1996, c. 13.

**YELBAŞI**, Cengiz, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Sim Matbaacılık, Ankara, 2014.

**YERLİKAYA**, Ünal, “Hanefi Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddi-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, **Diyanet İlmî Dergi**, c. 53, sayı:3, 2017.

**YILDIRIM**, Mustafa, “Vedia”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 42, 2012.

**YILDIRIM**, Mustafa, **Mecelle'nin Külli Kâideleri**, 4.Baskı, Tibyan Yayıncılık, İzmir, 2015.

**YILDIZ**, Kemal, “Mübâşeret”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, 2006, c. 31.

**YILDIZ**, Kemal, “Sorumluluk”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınları, c. 37, 2009.

**YILDIZ**, Kemal, **İslam Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, İFAV Yayınları, İstanbul, 2013.

**YILMAZ**, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

**YILMAZ**, Musa Kazım, “İslâmî Aile: Kuruluşu, Fertleri, Sorumlulukları, Bugünkü Durumu ve Geleceği”, **İslâm'da Aile ve Çocuk Terbiyesi Sempozyumu**, İlim Neşriyat, (Edit: İbrahim Canan).

**YÜREKLİ**, Sabahattin, İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c. LXXII, 2014.

**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

**ZABUNOĞLU**, Yahya Kasım, **İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, c. 1.

**ZAFER**, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

**ZAPATA**, Tan Tahsin, **Medeni Hukuk**, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2016.

**ZEYDÂN**, Abdulkerim, **İslâm Hukukuna Giriş**, 12. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2017, (Çev: Ali Şafak).

**ZORLU**, Süleyman Emre, **Osmanlı Tıp Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

**ZUHAYLÎ**, Vehbe, **Fıkıh Usûlü**, Beşinci Baskı, Risale Yayınevi, İstanbul, 2018, (Çev: Ahmet Efe).

**ZUHAYLÎ**, Vehbe, **İslam Fıkıhı Ansiklopedisi**, Risale Yayınevi, İstanbul, 1994, c. 7, 8.

**ZUHAYLÎ**, Vehbe, **Nazariyatü'd-Damân**, Dâru'l-Fikr, Dımaşk, 1998.

**ZUHAYLÎ**, Vehbe, **Nazariyyetü' ed-Darûretü'Şer'iyye**, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1985.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf/> (erişim tarihi: 01. 04. 2019)

<http://www.kadiscilleri.org> (erişim tarihi: 01. 04. 2019)

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

## ÖZGEÇMİŞ

Mustafa ÜNAL, 1994 yılında Konya’da dünyaya gelmiştir. Konya’daki ilk öğreniminin ardından, lise öğrenimini Kuleli Askerî Lisesi’nde 2012 yılında tamamlamış ve 2013 yılında başlamış olduğu Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2017 yılında mezun olmuştur.

2017 yılında Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda yüksek lisans programına başlamış olup, aynı yıl Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne araştırma görevlisi olarak atanmıştır. Şu an Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda tez aşamasında yüksek lisans öğrencisidir. Orta düzeyde İngilizce ve Arapça bilmektedir. Evli ve iki çocuk babasıdır.