

TC.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI  
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

GASP VE İTLAF BAĞLAMINDA HANEFÎ  
SORUMLULUK HUKUKU

Kamil YELEK

2502140290

Tez Danışmanı

PROF. DR. Mürteza BEDİR

İstanbul - 2019



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : KAMİL YELEK Numarası : 2502140290  
Anabilim Dalı /  
Anasanat Dalı / Programı : TEMEL İSLAM BİLİMLERİ Danışmanı : PROF. DR. MÜRTEZA BEDİR  
Tez Savunma Tarihi : 17.10.2019 Saati : 15:00  
Tez Başlığı : "GASP VE İTLAF BAĞLAMINDA HANEFİ SORUMLULUK HUKUKU"

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,  
soruların cevaplarına alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. MÜRTEZA BEDİR		Kabul
2- PROF. DR. BİLAL AYBAKAN		Kabul
3- PROF. DR. ABDÜSSELAM ARI		Kabul
4- DOÇ. DR. ABDURRAHMAN SAVAŞ		Kabul
5- DOÇ. DR. SÜLEYMAN KAYA		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. ABDULLAH KAHRAMAN		
2- DOÇ. DR. AHMET HAMDİ FURAT		

## ÖZ

### GASP VE İTLAF BAĞLAMINDA HANEFÎ SORUMLULUK HUKUKU

#### KAMİL YELEK

Gasp ve itlaf bağlamında Hanefî sorumluluk hukuku üzerine bir incelemenin yapıldığı bu çalışma, bir giriş ve beş bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde araştırmanın önemi ve amacı, konunun sınırlandırılması, tezin içerik, yöntem ve kaynakları ile literatürün değerlendirilmesi gibi teknik konular üzerinde durulmuştur.

Birinci bölümde sorumluluk kavramı, sorumluluk fikrinin tarihi seyri ve sorumluluk hukukunun amaçları ile sorumluluğun konusu, sebepleri, çeşitleri ve şartları gibi konular, mukayeseli bir şekilde genel olarak sunulmuş; sonrasında da bir değerlendirme yapılarak bazı problemlere işaret edilmiştir.

İkinci bölümün ilk kısmında; teaddî terminin klasik Hanefî kaynaklarında kullanımı ve bu kavramın taammüd termiyle ilişkisi ortaya konulmuştur. Bölümün ikinci kısmında da, damân literatürünün Hanefî mezhebindeki ilk örnekleri ve bu tezin ana kaynaklarını teşkil eden vâkıât türündeki kitaplar tanıtılmış ve değerlendirilmiştir. Bu bağlamda Üsrûşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn*'indeki tazminat bölümleri ile Fudayl Çelebi'nin müstakil olarak telif ettiği *ed-Damânât fi'l-furûi'l-hanefiyye* isimli kitabı mukayeseli olarak incelenmiştir.

Tezin üçüncü ve dördüncü bölümde, Hanefî mezhebinin kurucu imamlarının görüşleri etrafında şekillenen gasp ve itlaf doktrininin yukarıda zikredilen vâkıât türündeki eserlerde meşâyih tarafından nasıl geliştirildiği, onların gasp ve itlafla ilgili ortaya çıkan yeni meseleleri nasıl çözüme kavuşturdukları ve bunu yaparken hangi tür araçları kullanarak hukukî faaliyetlerde buldukları tahlil edilmiştir.

Beşinci bölümde ise, önceki bölümlerde ele alınan gasp ve itlaf konularından bazılarını seçerek daha önce verilen teorik bilgilerin Osmanlı fetvâ mecmuâları ve mahkeme kararlarına nasıl yansdığı, pratikte bunun nasıl uygulandığı ve ilgili

meselede herhangi bir değişimin olup olmadığı bazı somut örnekler üzerinden ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Sorumluluk, Gasp, İtlaf, Haksız Fiiller, Tazminat, Fudayl Çelebi.

## **ABSTRACT**

### **HANAFI RESPONSIBILITY LAW IN THE CONTEXT OF USURPATION (*GHASB*) AND DESTRUCTION (*ITLAF*)**

**KAMIL YELEK**

This study in which an investigation on Hanafî responsibility law in the context of usurpation (*ghasb*) and destruction (*itlaf*) has been conducted consists of one introductory and five other chapters. In the introductory chapter, several technical issues such as importance and purpose of the study, limits of the issue, content, methods, and resources of the thesis and literature review are covered.

In the first chapter, the issues such as the concept of responsibility, the historical journey of the idea of responsibility, purposes of responsibility law and the subject, causes, types and conditions of responsibility are presented in a comparative manner. Following that, an evaluation is made and several problems are pointed out.

In the first part of the second chapter, the usage of the concept of *taaddi* in classical Hanafî sources and the relationship of this concept with *taammud* are presented. In the second part of the chapter, presentation and evaluation are made for the studies that are the first examples of the *damân* literature in the Hanafi school, the *damân* chapters of books that constitute the main sources of this thesis such as Ushrushani's *al-Fusul fi'l-muamalat (Fusul al-Ushrushani)*, Imaduddin al-Marginani's *Fusul al-ihkam fi usul al-ahkam* and Shaikh Badraddin's *Jamiu'l-Fusulayn* as well as Fudayl Chalabi's *ad-Damanat fi al-furu al-Hanafiyah* that is a study in the type of waqi'at.

In the third and fourth chapters, an analysis is made on how in nawazil/waqi'at type studies the Hanafi shaikhs developed the doctrines of usurpation and destruction that are shaped around the views of founding imams of Hanafi school, how they found resolutions for the new questions about usurpation and destruction and which tools they used in their legal matters in doing this.

In the fifth chapter, some of the issues about usurpation and destruction from the previous chapters are chosen and it is presented through concrete examples about the issues that how the theoretical issues discussed before were reflected on the Ottoman fatwa collections and court decisions and how it was implemented in practice and whether there are changes in the subject matter or not.

**Keywords:** Responsibility, Usurpation, Destruction, Torts, Compensation, Fudayl Chalabi

## ÖNSÖZ

İnsanoğlu sosyal münasebetleri sırasında isteyerek veya istemeyerek birbirlerine zarar verebilmiştir. Uygulanan metotlar farklı olsa da, her devirde ve her hukuk sisteminde bu zararlar çeşitli şekillerde karşılanmaya çalışılmıştır. Hukukun önemli bölümlerinden birini oluşturan bu konular, İslam hukukunda “*damân*” kavramı etrafında teşekkül etmiş ve fakihlerin fûrû-ı fıkıh sistematığı içerisinde zamanla geliştirilerek müesses bir yapıya kavuşturulmuştur.

Gasp ve itlaf bağlamında mala yönelik haksız fiillerden doğan tazmin sorumluluklarının ele alındığı bu çalışmada, öncelikle sorumluluk hukukunun konuları genel olarak sunulmuş; sonrasında Hanefî mezhebinin kurucu imamlarının görüşleri etrafında şekillenen ve mezhebin ilk dönemlerine ait metinlerde klasik formunu kazanan gasp ve itlaf konusunun vâkıât türü eserlerde meşâyihin fetvâ ve yorumlarıyla nasıl geliştirildiği, ortaya çıkan yeni meselelerin nasıl çözüme kavuşturulduğu ve nihayetinde bu konuların Osmanlı fetvâ mecmuaları ile mahkeme kararlarına nasıl yansıdığı gösterilmeye çalışılmıştır.

Takdir edilmelidir ki, böyle bir çalışmanın tamamlanmasında pek çok kişi ve kurumun katkısı vardır. Öncelikle bu tezi bitirmeyi nasip eden rabbime sonsuz şükürler olsun. Tez konusunun belirlenmesinden itibaren yaptığım çalışmaları takip ederek yardımlarını esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Mürteza Bedir’e, bu süreçte kıymetli vakitlerini ayırarak değerli fikirleriyle yön veren Prof. Dr. Abdusselam Arı, Prof. Dr. Bilal Aybakan, Doç. Dr. Abdurrahman Savaş ve Doç. Dr. Süleyman Kaya’ya ve tezi başından sonuna kadar okuyarak katkı ve önerilerde bulunan Arş. Gör. Murat Sarıtaş’a en içten saygı ve şükranlarımı sunarak bu çalışmanın hayırlara vesile olmasını Cenâbı Allah’tan niyaz ederim.

Son olarak yetişmemde büyük emekleri olan ve eğitim hayatım boyunca her türlü desteği esirgemeyen anne ve babama; ilim yolculuğunda bugünlere gelmeme vesile olup üzerimde emeği olan tüm hocalarıma; doktora sırasında sağladığı yurtiçi maddi desteklerinden dolayı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na (TÜBİTAK); İslami ilimler sahasında âdeta bir can simidi gibi olan ve çalışma esnasında sıklıkla müracaat edilen *el-Mektebetü’ş-Şâmile* programını hazırlayan isimsiz kahramanlara; kaynaklarından istifade ettiğim TDV İSAM Kütüphanesi’ne;

Çalışmalarımı anlayışla karşılayarak maddi manevi destek olan eşime ve nihayet bu çalışma esnasında kendilerine yeterli zaman ayıramadığım çocuklarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Gayret bizden başarı Allah'tandır.

KAMİL YELEK  
KIRKLARELİ-2019



## İÇİNDEKİLER

ÖZ .....	III
ABSTRACT .....	V
ÖNSÖZ .....	VII
İÇİNDEKİLER .....	IX
TABLolar VE ŞEKİLLER LİSTESİ .....	XIV
KISALTMALAR LİSTESİ .....	XV
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### SORUMLULUK HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

I. SORUMLULUK KAVRAMI .....	8
II. SORUMLULUK HUKUKUNUN DAYANAKLARI .....	12
A. ÂYETLER .....	12
B. HADİSLER .....	13
III. SORUMLULUK FİKRİNİN TARİHİ SEYRİ .....	16
IV. SORUMLULUK HUKUKUNUN AMAÇLARI .....	19
A. Zararı Önleme .....	19
B. Zararı Giderme .....	20
C. Hakkın Devamlılığı .....	21
V. SORUMLULUK HUKUKUNUN KONUSU .....	22
VI. SORUMLULUK DOĞURAN SEBEPLER .....	25
VII. SORUMLULUK ÇEŞİTLERİ .....	27
A. Akdî (Sözleşmeden Doğan) Sorumluluk .....	31
1. Genel Olarak .....	31
2. Sorumluluk Yükleme Açısından Akitler .....	32
a. Damân Akitleri ( <i>ukûdu'd-damân</i> ) .....	33
b. Emânet Akitleri ( <i>ukûdu'l-emânet</i> ) .....	33
c. Çift Vasıflı Akitler ( <i>ukûdu'l-müzdevecetü'l-eser</i> ) .....	34
3. Akdî Sorumluluğun Şartları .....	35

B. Zilyed Sorumluluğu ( <i>damâni</i> 'l-yed) .....	37
1. Yed-i Emânet .....	37
2. Yed-i Damân .....	38
C. Akit Dışı Sorumluluk ( <i>Haksız Fiil Sorumluluğu</i> ).....	40
1. Genel Olarak .....	40
2. Akit Dışı Sorumluluk Halleri .....	43
a. Doğrudan İtlaf.....	45
b. Dolaylı İtlaf.....	46
3. Akit Dışı Sorumluluğun Şartları .....	49
a. Fiil .....	50
b. Zarar .....	51
(1) Maddî Zarar .....	53
(2) Manevî Zarar.....	54
c. İliyet Bağı (Râbita) .....	55
d. Hukuka Aykırılık .....	61
e. Kusur.....	66
VIII. DEĞERLENDİRME .....	68

## İKİNCİ BÖLÜM

### TEADDÎ İLE TAAMMÜD KAVRAMLARININ KULLANIMI VE DAMÂN LİTERATÜRÜNÜN OLUŞUMU

I. TEADDÎ VE TAAMMÜD KAVRAMLARININ KULLANIMI .....	71
A. TEADDÎ .....	71
1. Sözlük ve Terim Anlamı .....	71
2. Klasik Hanefî Kaynaklarında Kullanımı.....	73
a. Teaddî Kelimesinin Kasıt (Taammüd) Anlamında Kullanımı .....	80
b. Teaddî Kelimesinin İhmal Anlamında Kullanımı .....	83
B. TAAMMÜD .....	87
1. Sözlük ve Terim Anlamı .....	87
2. Kaynaklarda Kullanımı .....	87
C. DEĞERLENDİRME .....	92

II. HANEFİ MEZHEBİNDE DAMÂN LİTERATÜRÜNÜN OLUŞUMU .....	93
A. Üsrûşenî'nin <i>el-Fusûl fi'l-muâmelât</i> İsimli Eseri ve Damân Bölümü .....	95
B. İmâdüddîn el-Mergînânî'nin <i>Fusûlu'l-ihkâm fi usûli'l-ahkâm</i> İsimli Eseri ve Damân Bölümü .....	102
C. Şeyh Bedreddin'in <i>Câmiu'l-fusûleyn</i> İsimli Eseri ve Damân Bölümü .....	105
D. Fudayl Çelebi'nin <i>ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye</i> İsimli Eseri .....	107
E. Gânim el-Bağdâdî'nin <i>Mecmau'd-damânât</i> İsimli Eseri .....	117

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GASP SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA

#### MALA YÖNELİK HAKSIZ FİLLER

I. Gaspın Tanımı .....	125
II. Menkul Mallarda Gasp Sorumluluğu .....	132
A. Genel Olarak .....	132
B. Gasbedilen Malların İade Edilmesi (Redd) .....	135
1. Gasbedilen Malın Sahibine Verilmesi .....	136
2. Gasbedilen Malın İade Yeri .....	139
C. Gasbedilen Malların Tazmin Edilmesi .....	141
D. Gasbedilen Malda Meydana Gelen Artış ve Eksilmeler .....	145
E. Gasbedilen Malda Meydana Getirilen Değişim (Tağyir) .....	149
F. Gasbedilen Malın Elden Çıkması Durumunda İade ve Tazmin .....	154
1. Gasbedilen Malın İkinci Kez Gasp Edilmesi Durumu .....	154
2. Gasbedilen Malın Yeni Bir Sözleşmeyle Başkasına Geçmesi .....	157
III. Gayrimenkullerde (Akar) Gasp Sorumluluğu .....	158
A. Genel Olarak .....	158
B. Gasbedilen Gayrimenkullerin Menfaati ve Sorumluluk .....	162
C. Gasbedilen Arazide Bina Yapımı, Ağaç Dikimi ve Zirâi Faaliyetlerde Sorumluluk .....	167
D. Gasbedilen Gayrimenkullere Yapılan İlâve ve Sorumluluk .....	171
IV. Gasbedilen Menkul ve Gayrimenkul Mallarda Sonradan Meydana Gelen Fazlalıkların (Zevâid) Telefi ve Bunların Sorumluluğu .....	172
V. Gâsıbın Sorumluluktan Kurtulması .....	174
A. Malın Sahibine İadesi .....	175
B. Kişinin Gasbedilen Malına Yönelik Tasarrufu .....	175
C. Gâsıp İle Sözleşme Yapma .....	177

D. Kişinin Gasbedilen Malına Yönelik Talimat Vermesi.....	179
E. Malın Kabz Edilmesine Yönelik Sahibinin Onayı.....	180
F. Mal Sahibinin İbrâsı.....	181

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**  
**İTLAF SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA**  
**MALA YÖNELİK HAKSIZ FİİLLER**

I. İTLAFIN TANIMI .....	184
II. İTLAF EYLEMLERİNDE TAZMİNİ GEREKTİREN ŞARTLAR .....	187
A. İtlaf Edilen Şeyin Mülkiyette Bulunması.....	188
B. İtlaf Edilen Şeyin Mütakavvim Olması.....	188
C. İtlaf Edenin Tazmine Ehil Olması .....	189
III. İTLAF EYLEMLERİNDE SORUMLULUK HALLERİ.....	190
A. Mübâşeret.....	190
1. Ortaklaşa Gerçekleştirilen Eylemlerde Tazmin Sorumluluğu .....	192
2. Birleşik ve Benzeri Yapıdaki Eşyalara Verilen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu ...	194
3. Ağaç ve Ekinlerin Tüketilmesi Sebebiyle Oluşan Zararlarda Sorumluluk .....	195
4. Hayvanlara Verilen Zararlar .....	196
B. Tesebbüb.....	199
1. Ateş Yakma Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu.....	204
a. Özel Mülkiyette Yakılan Ateşin Sorumluluğu.....	204
b. Ateşin Taşınması Esnasında Meydana Gelen Zararlarda Sorumluluk.....	210
c. Kamusal Alana Bırakılan Korun veya Yakılan Ateşin Sorumluluğu .....	211
2. Kuyu Kazma Sebebiyle Oluşan Zararlarda Tazmin Sorumluluğu .....	212
a. Özel Mülkiyette Kazılan Kuyunun Sorumluluğu .....	212
b. Kamusal Alanda Kazılan Kuyunun Sorumluluğu.....	215
c. Mubah Alanlarda Kazılan Kuyunun Sorumluluğu .....	218
3. Sulama Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu .....	218
4. Bir Yere Koyulan Şeyin Sebep Olduğu Zararlarda Tazmin Sorumluluğu .....	221
5. Yapım ve Yıkım Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu....	224
6. Hayvanların Verdiği Zararlar .....	227
7. Tehlikeli Yapıların Yol Açtığı Zararlı Fiillerde Sorumluluk .....	232

C. Mübâşir İle Mütesebbibin Bir Arada Bulunması Durumunda Sorumluluk ve Bunun İstisnaları.....	237
1. Şikâyetle Bulunarak Birinin Zarar Görmesine Sebep Olma .....	239
2. Başkasının Emriyle Birine Yapılan Haksız Fiillerde Emreden Kişinin ( <i>âmir</i> ) Sorumluluğu .....	243
a. Emrin Geçerli Olduğu Yerlerde Sorumluluk.....	244
b. Emrin Geçerli Olmadığı Yerlerde Sorumluluk.....	252
IV. DEĞERLENDİRME .....	253

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### OSMANLI UYGULAMASINDA

#### GASP VE İTLAFTAN DOĞAN MALİ SORUMLULUK

I. OSMANLI UYGULAMASINDA GASP SORUMLULUĞU .....	260
A. Gasbedilen Malların Sahibine İadesi ve Tazmini .....	260
B. Gasbedilen Malın Menfaati .....	267
II. OSMANLI UYGULAMASINDA İTLAF SORUMLULUĞU .....	272
A. Doğrudan İtlaf.....	272
1. Fetvâ Örnekleri .....	272
2. Sicil Örnekleri.....	274
B. Dolaylı İtlaf.....	277
1. Geminin Yol Açtığı Zararlarda Sorumluluk .....	277
2. Ateş ve Suyun Sebep Olduğu Zararlarda Sorumluluk .....	282
3. Hayvanların Verdiği Zararlarda Sorumluluk .....	286
4. Jurnal (Siâyet) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Sorumluluk.....	289
III. GENEL DEĞERLENDİRME .....	293
<b>SONUÇ</b> .....	295
<b>BİBLİYOGRAFYA</b> .....	303
<b>ÖZGEÇMİŞ</b> .....	323

## TABLolar VE ŞEKİLLER LİSTESİ

<b>Tablo 2.1:</b> Çelebi'nin <i>ed-Damânât'ının</i> Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in Eserlerindeki Tazminat Konuları İle Mukayesesi.....	109
<b>Şekil 1.1:</b> Borçlar Hukukunda Sorumluluk Türleri.....	27
<b>Şekil 1.2:</b> İslam Hukukunda Sorumluluk Őeřitleri.....	29
<b>Şekil 1.3:</b> Sorumluluk Yükleme Açısından Akit Türleri.....	33
<b>Şekil 1.4:</b> Haksız Fiiller.....	42
<b>Şekil 2.1:</b> Üsrûşenî'nin Tazminat Bölümünde Ele Alınan Konuların Tasnifi.....	97
<b>Şekil 2.2:</b> Çelebi'nin <i>ed-Damânât'</i> ındaki Konuların Tasnifi.....	110

## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>a. mlf.</b>	: Aynı müellif
<b>a.e.</b>	: Aynı eser
<b>a.g.e.</b>	: Adı geçen eser
<b>bs.</b>	: Basım
<b>C.</b>	: Cilt
<b>çev.</b>	: Çeviren
<b>DİA</b>	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
<b>ed.</b>	: Editör
<b>haz.</b>	: Hazırlayan
<b>Ktp.</b>	: Kütüphane
<b>md.</b>	: Madde
<b>nr:</b>	: Demirbaş numarası
<b>nşr.</b>	: Neşreden
<b>ö.</b>	: Ölümü
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>sy.</b>	: Sayı
<b>t.y.</b>	: Tarih yok
<b>thk.</b>	: Tahkik eden
<b>trc.</b>	: Tercüme eden
<b>ts.</b>	: Tarihsiz
<b>vd.</b>	: Ve diğerleri
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>vr.</b>	: Varak
<b>y.y</b>	: Yayın yeri yok

# GİRİŞ

## I. ÇALIŞMANIN ÖNEMİ VE AMACI

Doğası gereği bir toplum içerisinde yaşayan insanların, sosyal münasebetleri sırasında isteyerek veya istemeyerek birbirlerine zarar verebildiği görülmektedir. Uygulanan metotlar farklı olsa da, her devirde bu zararlar çeşitli şekillerde telafi (*tazmîn*) edilmeye çalışılmıştır. Çünkü birey olarak insanın ve insanlardan oluşan toplumun huzur ve istikrar ortamında yaşayabilmesi, söz konusu zararların giderilmesiyle mümkün olmaktadır. Bunun için tarihi süreç içerisinde hukuk nizamı tarafından bir takım kurallar (*norm*) oluşturulmuş ve insanların bu kurallara riayet etmesi zorunlu kılınmıştır. Söz konusu kuralların ihlal edilmesi durumunda ise, bireylere tazmin yükümlülüğü getirilmiştir. Görüldüğü üzere, sorumlu bir varlık olan bireylerin uyması gereken kurallar ihlal edildiğinde sorumluluk hukuku devreye girmektedir.

Hukukun önemli bölümlerinden birini oluşturan bu konularla ilgili bilgiler, İslam hukukunda “*damân*” kavramı etrafında teşekkül etmiştir. Ancak klasik fûrû-ı fıkıh literatüründe *damân* konusu müstakil olarak ele alınmamış, aksine konuyla ilgisi ölçüsünde konular arasına serpiştirilerek işlenmiştir. Fıkıh kitaplarında, dağınık biçimde yer alan *damân* konusu hakkındaki ayrıntılı bilgilerin yanı sıra bu alanda yazılmış müstakil bölümler ve eserler de mevcuttur. Tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk önce Hanefîlerden Mecdüddîn el-Üsrüşenî (ö. 637/1240) *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî (ö. 670/1271) *Fusûlu'l-ihkâm fi usûli'l-ahkâm* ve Simavna Kadısı oğlu Şeyh Bedrettin (ö. 823/1420) *Câmiu'l-fusûleyn*'in tazminat bölümünde bu konulara yer vermiş; daha sonra da Fudayl Çelebi (ö. 991/1583) *ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye* adlı eserinde bu konuları geliştirerek müstakil bir eser haline getirmiştir. Dolayısıyla Çelebi'nin *ed-Damânât*'ı, tazmin/sorumluluk hukuku alanında müstakil olarak ortaya konulan ilk eserdir.

Hanefî mezhebinde müstakil olarak tazmin konularına hasredilen ilk eser olması hasebiyle Çelebi'nin *ed-Damânât*'ını bu çalışmada merkeze alarak zararların



tazminiyle ilgili Hanefî mezhebinin ortaya koyduğu çözümlerin incelenmesi hedeflenmektedir.

## II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Sorumluluk hukuku, geniş olarak akit içi (sözleşmeden doğan) ve akit dışı (sözleşme dışı) meydana gelen sorumlulukların her iki türünü kapsıyor olsa da, doktrinde ve uygulamada ilk akla gelen akit dışı sorumluluktur. Dar ve teknik anlamda sorumluluk kavramıyla kastedilen de budur. Gerek bu sebepten gerekse sözleşmeden doğan sorumluluklar ayrı bir araştırmayı hak ettiği için bu çalışma akit dışı meydana gelen zararlardaki tazmin sorumlulukları ile sınırlı tutulmuştur.

Akit dışı sorumluluğa geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu denilse de, Türk Borçlar Hukukunda akit dışı sorumluluk aslında iki çeşittir. Bunlardan biri haksız fiil sorumluluğu, diğeri de sebepsiz zenginleşmedir. Farklı bir çalışmanın konusu olması nedeniyle sebepsiz zenginleşmeyi de konumuzun dışında bırakarak tezimizi akit dışı sorumluluğun türlerinden biri olan haksız fiil sorumluluğuyla (*damâni'l-itlaf*) sınırlandırdık.

Akit dışı meydana gelen haksız fiiller de kendi içerisinde “*şahsa ve mala yönelik olan haksız fiiller*” diye ikiye ayrılmaktadır. Gerek İslam Ceza Hukukunu ilgilendirmesi gerekse tezin sınırlarını aşması sebebiyle şahsa yönelik olan haksız fiilleri çalışmanın kapsamı dışında tutarak mala yönelik olan haksız fiillere yoğunlaştık. Gasp ve itlaf türündeki haksız fiiller tazmin sorumluluğunun temelini teşkil ettiği için de, bu çalışmada gasp ve itlaf bağlamında mala yönelik olan haksız fiiller mevzubahis edilmiştir.

## III. İÇERİK VE KAYNAKLAR

Gasp ve itlaf bağlamında mala yönelik haksız fiillerden doğan tazmin sorumluluklarının incelendiği bu çalışma, bir giriş ve beş bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın bazı bölümlerinde farklı bir yöntem ve metot takip edildiği için kullanılan kaynaklar da buna göre değişkenlik arz etmektedir.

**Giriş bölümünde** araştırmanın önemi ve amacı, konunun sınırlandırılması, tezin içerik, yöntem ve kaynakları ile literatürün değerlendirilmesi gibi teknik konulara

değinilmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere bu çalışmada esas olarak, Hanefi hukukunun gasp ve itlaftan doğan zararların tazminiyle ilgili ortaya koyduğu kurallar incelenecektir. Ancak çalışmamızın asıl kaynağını oluşturan eserler, bugünkü anlamda sistematik bir yapıya sahip değildir. Bu eserlerdeki tazminat kuralları ile bunların arkasında yatan teori, ancak fakihlerin konuyu ele alış biçimleri ile verdikleri örnek olaylar üzerinden tespit edilebilmekte iken; sorumluluk (damân) teorisinin ele alındığı bugünkü çağdaş eserlerde “*damânın tanımı, sebepleri, çeşitleri, şartları ve buna ilişkin kurallar*” gibi konular daha sistematik bir şekilde doğrudan ele alınmaktadır. İşte bu sebeple her ne kadar mala yönelik haksız fiillerden doğan tazmin sorumlulukları, tezin ana konusunu oluşturuyor olsa da, “*Genel Olarak Sorumluluk Hukuku*” başlığını taşıyan **birinci bölümde** sorumluluk hukukunun genel olarak sunulması hedeflenmiştir. Çünkü tazminat hukukunun çağdaş İslam hukuku ile Türk Borçlar hukuku kaynaklarında nasıl ele alındığını ve tezin ana konusunu oluşturan gasp ve itlaf konularının sorumluluk hukuku içerisindeki yerini gösterebilmemiz ancak bu şekilde mümkün olacaktı. Dolayısıyla tazmin sorumluluğuyla ilgili meseleleri kuşatan genel bilgilerin sunulduğu bu bölümdeki amacımız, diğer bölümlere hazırlık yapmaktır. Bu amaç doğrultusunda sorumluluk kavramı, sorumluluk fikrinin tarihi seyri ve sorumluluk hukukunun amaçları ile sorumluluğun konusu, sebepleri, çeşitleri ve şartları gibi konular, birinci bölümde mukayeseli bir şekilde genel olarak sunulmuş, sonrasında da bir değerlendirme yapılarak bazı problemlere işaret edilmiştir. Bu bölümde klasik ve çağdaş İslam hukuku eserlerinin yanı sıra Borçlar hukukuyla ilgili eserlere de müracaat edilmiştir. Bu eserleri tek tek burada belirtmek mümkün değildir. Ancak özellikle son dönem İslam hukukçularından Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın *el-Fi'lu'd-Dârr*, Ali Hafif'in *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Vehbe Zühaylî'nin *Nazariyyetü'd-damân*, Muhammed Ahmed Sirâc'ın *Damânü'l-udvân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Muhammed Fevzi Feyzullah'ın *Nazariyyetü'd-damân fi'l-fikhi'l-İslâmyi'l-a'mm*, Süleyman Muhammed Ahmed'in *Damânü'l-mütlefât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Subhi Mahmesânî'nin *en-Nazariyyetü'l-âmm li'l mücebât ve'l-ukûd fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*, Şefik Şahhâte'nin *en-Nazariyyetü'l-âmm li'l İltizâmât fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*, Fethi ed-Düreynî'nin *en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye*, Kemal Yıldız'ın *İslam Sorumluluk Hukuku*, Ercan Eser'in *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk* adlı

çalışmaları ile M. Akif Aydın'ın *İslam Hukukunda Gasp ve Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlaf* adlı iki makalesi başvurduğumuz kaynaklar arasındadır. Bunların yanı sıra Fikret Eren'in *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Kemal Oğuzman ve Turgut Öz'ün *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Feyzi Necmettin Feyzioğlu'nun *Borçlar Hukuku Umûmî Hükümler*, Zahit İmre'nin *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* ile Mustafa Reşit Karahasan'ın *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku* isimli kitabı sorumlulukla ilgili konuların Türk hukukunda nasıl ele alındığını ortaya koymak için yararlandığımız başucu kaynaklardandır.

Sorumluluk hukukunu genel olarak sunduğumuz birinci bölümden sonra **ikinci bölümün** ilk kısmında; teaddî kelimesinin klasik Hanefi kaynaklarında kullanımı ve bu kavramın taammüd kelimesiyle olan ilişkisi ortaya konulmuştur. Bölümün ikinci kısmında da, Hanefi mezhebinde damân literatürünün ilk örneklerini ve bu çalışmanın ana kaynaklarını teşkil eden vâkîât türü eserlerden Üsrûşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn* adlı eserlerinin tazminat bölümlerinin yanı sıra Fudayl Çelebi'nin bu konulara dair özel olarak telif ettiği *ed-Damânât fi'l-furûi'l-hanefiyye* isimli kitabının tanıtım ve değerlendirilmesi yapılmıştır.

Mala yönelik haksız fiillerden gasp sorumluluğu **üçüncü bölümde**, itlaf sorumluluğu da **dördüncü bölümde** ele alınmıştır. Tezin esas konularını oluşturan bu iki bölümün her biri, Hanefilerden Üsrûşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn* adlı eserlerinin damân bölümlerinin yanı sıra Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât fi'l-furûi'l-hanefiyye* adlı çalışması özelinde hazırlanmıştır.

“*Osmanlı Uygulamasında Gasp ve İtlaftan Doğan Mali Sorumluluk*” başlığını taşıyan **beşinci bölümde** de, önceki bölümlerde ele alınan gasp ve itlaf konularından bazılarını seçerek pratikte bunun nasıl uygulandığı, sunulan teorik bilgilerin fetvâlara ve mahkeme kararlarına nasıl yansıdığı ve ilgili meselede herhangi bir değişimin olup olmadığı bazı somut örnekler üzerinden ortaya konulmaya çalışılmıştır. Osmanlı'daki muteber fetvâ mecmuâlarından *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, *Behcetü'l-*

*fetâvâ ve Netîcetü'l-fetâvâ* ile İSAM tarafından 40 cilt olarak hazırlanan İstanbul Kadı Sicilleri bu bölümün ana kaynaklarını oluşturmaktadır.

#### IV. LİTERATÜRÜN DEĞERLENDİRİLMESİ VE YÖNTEM

Bilindiği üzere, geleneksel fıkıh düşüncesinde içtihat faaliyetleri belirli bir mezhep üzerinden yapılırken; modern dönemde ortaya çıkan yeni fıkıh düşüncesinde mezhebi karakter neredeyse tamamen kaybolmuş ve mezhepler-üstü bir dil ve söylem geliştirilmiştir. Modern öncesi dönemde ortaya çıkan şer'î bir meselenin hükmü, her mezhebin kendi fūrû-ı fıkıh sistematığı içinde çözüme kavuşturuluyor ve sistem bu şekilde işliyorken; modern dönemde bunun yerini mezhepler arası ya da mezhepler üstü fıkıh faaliyeti almıştır.<sup>1</sup>

Modern dönemde tazminat hukukuyla (*damân*) ilgili pek çok çalışma yapılmakla birlikte bunların neredeyse tamamı yukarıda bahsedilen yeni usül ve yöntemle kaleme alınmıştır. Arapça literatürde son dönem İslam hukukçularından Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın *el-Fi'lu'd-Dârr*, Ali Hafif'in *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Vehbe Zühaylî'nin *Nazariyyetü'd-damân*, Muhammed Ahmed Sirâc'ın *Damânü'l-udvân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Muhammed Fevzi Feyzullah'ın *Nazariyyetü'd-damân fi'l-fikhi'l-İslâmyyi'l-a'mm*, Süleyman Muhammed Ahmed'in *Damânü'l-mütlefât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Subhi Mahmesânî'nin *en-Nazariyyetü'l-âmm li'l mücebât ve'l-ukûd fi's-şerîati'l-İslâmiyye*, Şefik Şahhâte'nin *en-Nazariyyetü'l-âmm li'l İltizâmât fi's-şerîati'l-İslâmiyye* ve Fethi ed-Düreynî'nin *en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye*, adlı çalışmalarını bunlara örnek olarak verebiliriz. Bu çalışmalar, çağdaş bir hukuk inşa etme gayesiyle yapıldığı için söz konusu eserler, modern dönemdeki mezhepler üstü yaklaşımla zamanın ve insanların faydasına en uygun olan (*nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak*) çözümü bulmayı amaçlamaktadır. Nitekim bu eserlerde ele alınan tazminat

---

<sup>1</sup> Bununla ilgili detaylı okumalar için bkz. Bedir, Mürteza, “Kelamcı ve Fıkıhçı Usul Geleneklerine İlişkin Bazı Eleştirel Mülahazalar”, **İslam Araştırmaları Dergisi**, İSAM Yayınları, 29 (2013), s. 65-97; Bedir, Mürteza, “Selefilğin Modern Fıkıh Düşüncesi Üzerindeki Etkileri?”, **Tarihte ve Günümüzde Selefilik**, ed. Ahmet Kavas, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2014, s. 269-270, 274-275; Bedir, Mürteza, “Geleneğin Son Halkası: Hâdimî'nin Mecâmi'ü'l-Hakâ'ik Adlı Eseri ve Usul'de Güncel Bilgi Meselesi ya da Bugün Fıkıh Usulünü Hangi Eserlerden Okumalıyız?”, **Sahn-ı Semân'dan Dârülfünûn'a Osmanlı'da İlim ve Fikir Dünyası: Âlimler, Müesseseler ve Fikrî Eserler XVIII. Yüzyıl**, ed. Ahmet Hamdi Furat vd., Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, İstanbul, 2018, C. I, s. 141-142.

konuları, mezheplerin tazminle ilgili nazariyelerinin birleştirilmesi, sonrasında da bunların modern hukukla karşılaştırılması yoluyla oluşturulmuştur. Dolayısıyla yukarıda zikredilen bu çalışmalar, belirli bir mezhebin tazmin sorumluluğuyla ilgili görüşleri ortaya koymaktan uzaktır. Benzer bir durumu konuya ilişkin Türkçe literatürde de görmek mümkündür. Örnek vermek gerekirse, tazminle ilgili Türkiye’de yapılmış ilk çalışmalardan olan Mehmet Şener’in *Gasp ve İtlaftan Doğan Malî Mesûliyet*, Ahmet Akman’ın *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat*, Nuri Kahveci’nin *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, Kemal Yıldız’ın *İslam Sorumluluk Hukuku* ve Ercan Eser’in *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk* adlı doktora çalışmaları mezhepler üstü bir yaklaşımla kaleme alınmıştır. Söz konusu eserlerde modern hukuktan istifade edilerek İslam hukukunda genel bir tazmin nazariyesi oluşturulmaya çalışılmıştır. Bunların yanı sıra M. Akif Aydın’ın *İslam Hukukunda Gasp ve Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlaf* adlı iki makalesinin de ayrıca burada zikredilmesi gerekir. Aydın makalelerinin her ikisinde Hanefi mezhebinin gasp ve itlaf durumundaki tazmin anlayışını genel olarak ortaya koymaya çalışsa da, bunu modern hukuktaki kavram ve tasniflerden hareketle yaptığı için söz konusu durum bazı kavramlarla ilgili karışıklıklara yol açmıştır.

Gasp ve itlaf bağlamında mala yönelik haksız fiillerden doğan tazmin sorumluluklarının ele alınacağı bu çalışmada ise, öncelikle şimdiye kadar ortaya konulan çalışmaların eleştirel okuması yapılarak bunların klasik İslam hukuk doktrinini ne ölçüde karşıladığı ortaya konulacaktır. Sonrasında da gasp ve itlaf özelinde Hanefi mezhebinde sorumluluk hukukunun (damân) nasıl geliştiği gösterilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda gasp ve itlaf ile ilgili konularda Hanefi mezhebi içerisinde bir değişimin olup olmadığı, fakihlerin bu konuda ortaya çıkan yeni meseleleri nasıl çözüme kavuşturdukları, bunu yaparken hangi tür araçları kullanarak hukukî faaliyetlerde buldukları, çözüm olarak sunulan görüşlerin daha sonraki ulemâ tarafından kabul görüp görmediği ve bu konuların Osmanlı fetvâ mecmuaları ile şeriyye sicillerinde ne şekilde tezahür ettiği sorularının cevabı aranacaktır. Görüldüğü üzere bu çalışmayı diğerlerinden farklı kılan şey, şimdiye kadar yapılanın eleştirel okuması ve bunun belirli bir mezhep üzerinden yapılıyor olmasıdır. Zikredilen

gerekçeler, aynı zamanda bu çalışmanın niçin tez konusu yapıldığı sorusuna da cevap teşkil etmektedir.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## SORUMLULUK HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

### I. SORUMLULUK KAVRAMI

Sözlükte, “kişinin davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi” anlamına gelen sorumluluk kavramı<sup>1</sup>, Türk pozitif hukukunda “kişinin başkasına verdiği zararı karşılama yükümlülüğü” olarak tarif edilir.<sup>2</sup> Borçlar hukukunda sorumluluk kavramı, dar ve teknik anlamda akit dışı sorumluluk hallerini kapsadığı için hâkim olan görüşe göre akdî sorumluluk, “sorumluluk” kavramı içinde mütalaa edilmemektedir.<sup>3</sup> Ancak, sorumluluk hukukunu geniş anlamda, “akit içi ve akit dışı olaylardan doğan zararların giderilmesini düzenleyen kurallar bütünü” olarak ifade etmek de mümkündür.<sup>4</sup>

Arapça mesûliyet kelimesiyle eş anlamlı bir kelime olan sorumluluk kavramı, Klasik İslam hukuku eserlerinde daha çok *damân* kelimesiyle ifade edilmiştir.<sup>5</sup> Nitekim fıkıh eserlerinin ilgili bölümlerinde veya bu konuyla ilgili yazılan müstakil eserlerdeki “*damânâtü’l-gasb, damânâtü’l-vedia damânâtü’l-icârât, damânü’t-tabbâh, damânü’l-habbâz, damânü’l-cenîn, damânü’l-ayn*” gibi konu başlıkları genel olarak sorumluluk kavramının *damân* kelimesiyle ifade edildiğini açıkça göstermektedir.<sup>6</sup> Modern dönemde yazılan eserlerde *damân* kelimesinin yanı sıra *mesûliyet* kavramının da kullanıldığı görülmektedir.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> İçerik olarak aralarında bir farklılık olmamakla birlikte, İngilizcedeki “liability” terimi, kişinin işlediği fiillerden dolayı sorumlu olmasının yanı sıra failde aranan sorumlu tutulma yeteneğini de ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Henri Deschenaux-Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, trc. Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, s. 1.

<sup>2</sup> Deschenaux-Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 1; İmre, Zahit, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, 1949, s. 7.

<sup>3</sup> Sorumluluk hukukunun diğer anlamları için bkz. Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara, 2015, s. 490-491.

<sup>4</sup> Hukuki sorumluluk kavramı, çağdaş hukuk açısından “geniş anlamda sorumluluk” ve “dar anlamda sorumluluk” olmak üzere iki temel anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi, tüm sözleşme ve sözleşme dışı yükümlülükleri kapsarken; diğeri dar anlamda sorumluluğu ifade etmekte ve sadece sözleşme dışı sorumlulukları kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 491; Deschenaux-Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 2.

<sup>5</sup> *Damân* kelimesinin yanı sıra İslâm hukuku kaynaklarında “zimmet, uhde, ğarâmet ve cebr” gibi sorumluluk anlamını kısmen veya tamamen karşılayabilecek bazı terimler de kullanılmıştır.

<sup>6</sup> Sorumluluk kavramı, *damân* terimiyle aynı anlamı ifade ettiği için bunlar tezde genellikle birbirleri yerine kullanılmıştır.

<sup>7</sup> Zühaylî, Vehbe, **Nazariyyetü’l-d-damân**, Dâru’l-Fikr, Dimeşk, 1998, s. 15-16, 22; Düreynî, Fethi, **en-**

Damân kelimesi, sözlükte “bir şeyi üstlenme, taahhüt ve garanti etme” anlamlarına gelir.<sup>8</sup> Fakihler, bu nedenle damân kelimesini zaman zaman *kefâlet* ve *malî sorumluluk* anlamlarında kullanmışlardır.<sup>9</sup> Malikî, Şafîî, Hanbelî ve Zahirî fakihlerin kullanımı her iki şekilde de olmuştur: Birinci kullanımları; “*kefâlet*” anlamındadır. Nitekim öteden beri bu mezheplere ait fıkıh eserlerinin kefâletle ilgili bölümleri genellikle “*kitabu’ d-damân*” veya “*bâbu’ d-damân*” başlığını taşımaktadır.<sup>10</sup> İkincisi de, “*zararın giderimi veya verilmiş olan zarardan sorumlu olma*” anlamındadır.<sup>11</sup> Hanefî fakihleri de damân terimini başlangıçta her iki anlamı kapsayacak şekilde genel olarak kullanmışlar<sup>12</sup>; ancak sonraki dönemlerde kefâlet anlamından ziyade bu terimin ikinci manadaki kullanımını, yani malî sorumluluk (*tazminat*) anlamını tercih etmişler ve eserlerinde bu şekilde kullanmışlardır.<sup>13</sup>

---

**Nazariyyâtü’l-fıkhiyye**, Menşûrâtü Camiâti Dimeşk, Dimeşk, 1996, s. 194; Heyet, **el-Mevsûatü’l-fıkhiyye**, Vizâretü’l-Evkâf ve’ş-Şuûnu’l-İslâmiyye, Kuveyt, 1993, C. XXVIII, s. 219 vd.

<sup>8</sup> Cevherî, İsmail b. Hammad, **Tâcü’l-luga ve sıhâhu’l-Arabiyye**, thk. Ahmed Abdulgafur Atar, Dâru’l-İlm li’l-Melâyîn, Beyrut, 1987, C. VI s. 2155-2156; İbn Manzûr, **Lisânü’l-Arab**, Dâru Sâdır, Beyrut, 1414, C. XIII, s. 257; Fîrûzâbâdî, Mecduddîn Muhammed b. Yakub, **el-Kâmûsü’l-muhît**, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, Beyrut, 1991, C. IV, s. 345; Heyet, **el-Mevsûatü’l-fıkhiyye**, C. XXVIII, s. 219.

<sup>9</sup> Mergînânî, **el-Hidâye şerhu bidâyeti’l-Mübtedî**, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, Beyrut, ty., C. III, s. 87-99; İbn Kudâme, **el-Muğnî fi fıkhi’l-İmam Ahmed b. Hanbel**, thk. Abdullah et-Türkî Abdülfettah el-Hulv, Dâru Âlemi’l-Kütüb, Riyad, 1417/1997, C. VII, s. 71-109, 449; Mahmasânî, Subhî, **en-Nazariyyetü’l-âmme li’l- mücebât ve’l-ukûd fi’ş-şerîati’l-İslâmiyye**, Dâru’l-İlmi li’l-melâyîn, Beyrut, 1972, C. II, s. 25, 132, 166; Ahmed, Süleyman Muhammed, **Damânü’l-mütlefât fi’l-fıkhi’l-İslâmî**, Matbaatü’s-Saade, Kahire, 1985, s. 29-32; Heyet, **el-Mevsûatü’l-fıkhiyye**, C. XXVII, s. 219,220; Aktan, Hamza, “Damân”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989, C. VIII, s. 450-453.

<sup>10</sup> İbn Hazm, **el-Muhallâ bi’l-Âsâr**, Dâru’l-Fikr, Beyrut, ty, C. VI, s. 396; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. VII, s. 71; Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref en-Nurî, **Ravzatu’t-tâlibîn ve umdetü’l-müftîn**, el-Mektebetü’l-İslamiyye, Beyrut, 1405, C. III, s. 473; Şirbînî, Muhammed b. Ahmed, **Muğni’l-muhtâc ilâ ma’rifeti meâni elfâzi’l-Minhâc**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiye, Beyrut, 1994, C. III, s. 198; Derdîr, Ebû’l-Berekat Seydî Ahmed b. Muhammed, **eş-Şerhu’s-sağîr alâ akrabi’l-mesâlik ilâ mezhebi’l-İmam Mâlik**, Dâru’l-Fikr, Beyrut, ty, C. III, s. 429.

<sup>11</sup> İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C. VI, s. 443, 444; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. VIII, s. 103-112, 112-116; Nevevî, **Ravzatu’t-tâlibîn**, C. IV, s. 303; Derdîr, **eş-Şerhu’s-sağîr**, C. III, s. 584-585.

<sup>12</sup> Örneğin mezhebin kurucu imamlarından Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, **el-Câmiü’s-sağîr** adlı eserinde “*kitabü’ d-damân*” ismiyle bir başlık açmış ve damân terimini burada kefalet anlamında kullanmıştır. Aynı şekilde Tahâvî, damân terimini kefâletle aynı anlamda kullanırken; Cessâs, Tahâvî şerhinin kefâlet bölümünde kefâlet ile havâle kavramlarının damân terimiyle aynı anlamda olduğunu açıkça belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. eş-Şeybânî, Muhammed b. Hasen, **el-Câmiü’s-sağîr**, İdâretü’l-Kur’an ve’l-Ulûmi’l-İslamiyye, Pakistan, 1990, s. 364, 379, 467-468; a.mlf., **Kitâbü’l-Asl**, nşr. Mehmet Boynukalın, Dâru’l-İbn Hazm, Beyrut, 2012, C. VII, s. 25-26, 41-42, 313, C. X, s. 369-415; Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî Râzî, **Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî fi’l-fıkhi’l-Hanefî**, thk. İsmetullah İnyetullah Muhammed vd., Dârü’l-Beşâiri’l-İslâmiyye, Beyrût, 2010, C. III, s. 232, 327; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. III, s. 95-96, 132; C. IV, s. 392, 475-475.

<sup>13</sup> Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz, **Dürerü’l-hükkâm fi şerhi Gureri’l-ahkâm**, Dâru İhyâi’l-Kütübi’l-Arabiyye, t.y., C. II, s. 252; Hamevî, Ebû’l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed, **Ganzü**



Damân terimi, Mecelle'nin 416. maddesinde “*bir şeyin misliyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise kıymetini vermektir*”<sup>14</sup> şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanım büyük ölçüde Hanefî fakihlerinden Molla Hüsrev (ö. 885/1480) ile Hamevî'nin (ö. 1098/1687) damânla ilgili ifadelerinin tercümesi gibidir. Nitekim her iki fakih de, damân terimini “*helâk olan şeyin mislî ise mislini veya kıyemî ise kıymetini vermekten ibarettir*” şeklinde tarif etmektedir.<sup>15</sup> Aradaki tek fark, her iki tanımdaki “*helâk olan şeyin*” ifadesi yerine Mecelle'de “*bir şeyin*” ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Gazzâlî (ö. 505/1111) damân kavramını, “*bir şeyi ya da onun bedelini misliyle veya kıymetiyle geri vermek*” biçiminde tanımlarken<sup>16</sup>; Şevkânî (ö. 1250/1834) “*telef olan şeyin borcunu (mali değerini) üstlenmekten ibarettir*”<sup>17</sup> diye tarif etmektedir. Her ikisi de yukarıdaki tanımlara benzemekle birlikte, Gazzâlî'nin tanımı sadece mala yönelik haksız fiillerin tazminine mahsus iken; Şevkânî'nin damân tanımı malın yanı sıra bedene yönelik haksız fiillerin sorumluluğunu da içine almaktadır. Molla Hüsrev ile Hamevî ve Mecelle'deki damân tanımı büyük ölçüde Gazzâlî'ninkine yakındır.<sup>18</sup>

Çağdaş İslam hukukçularından bazıları da, hem cezâî hem de medenî sorumluluğu kapsayacak biçimde damân kavramını tanımlamış ve bu konuda Şevkânî'yi takip etmişlerdir. Örneğin Vehbe Zühaylî damân kavramını, “*insanın [hayatına veya vücut bütünlüğüne] yönelik olan külli ve cüz'î bir fiilden ya da başkasına ait bir mal veya menfaatin telef edilmesinden doğan zararı karşılama*

uyûni'l-besâir şerhü kitabî'l-eşbâh ve'n-nezâir, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1985, C. IV, s. 4. Ayrıca bkz. Ali el-Hafîf, **ed-Damân fî'l-fikhi'l-İslâmî**, Darü'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 2000, s. 8; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 22; Muhammed Ahmed Sirâc, **Damânü'l-udvân fî'l-fikhi'l-İslâmî**, İskenderiye 1414/1993, s. 44-47; Aktan, “Damân”, C. VIII, s. 450;

<sup>14</sup> Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm şerhü mecelleti'l-ahkâm**, Matbaaa-i Tevsi-i Tıbaat, İstanbul, 1330 C. I, s. 685. (416. Madde)

<sup>15</sup> Molla Hüsrev, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 252; Hamevî, **Gamzü uyûni'l-besâir**, C. IV, s. 4 “أَنَّ الصَّمَانَ عِبَارَةٌ عَنْ رَدِّ مِثْلِ الْهَالِكِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا”.

<sup>16</sup> Gazzâlî, **el-Vecîz fî fikhi mezhebi'l-İmâmî's-Şâfiî**, Matbaatü'l-Ürdün, Kahire, 1317, C. I, s. 208. “أَنَّ الضَّمَانَ وَاجِبُ رَدِّ الشَّيْءِ أَوْ بَدَلُهُ بِالْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ” Ayrıca bkz. Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 21; Sirâc, **Damânü'l-udvân fî'l-fikhi'l-İslâmî**, s. 46.

<sup>17</sup> Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed, **Neylü'l-evtâr**, Dâru'l-Hadîs, Mısır, 1993, C. V, s. 357 “وَالضَّمَانُ عِبَارَةٌ عَنْ عَرَامَةِ التَّالِفِ”.

<sup>18</sup> Sirâc, **Damânü'l-udvân fî'l-fikhi'l-İslâmî**, s. 46.

*yükümlülüğü (iltizâm)*” olarak tanımlamıştır.<sup>19</sup> Görüldüğü üzere bu tanımda zararın mülkiyete veya doğrudan insanın vücut bütünlüğüne yönelik olup olmaması arasında herhangi bir ayırım söz konusu değildir. Mustafa Ahmet ez-Zerkâ'nın (ö. 1420/1999) “*başkasına verilen zararı malî bir bedel ile karşılama yükümlülüğü (iltizâm)*” anlamına gelen damân tanımı da, Zühaylî'nin tanımından farklı değildir.<sup>20</sup> Şevkânî, Zerkâ ve Zühaylî'nin damân tanımlarındaki ortak nokta, zarar ve tazmini gerektiren sebebin mutlak olarak zikredilmesidir. Damân kavramı, bu şekildeki mutlak kullanımıyla hem sözleşmeye aykırı davranmaktan doğan zararların tazminini, hem de Şâri'in yasakladığı bir şeyin yapılması sebebiyle ortaya çıkan zararların tazminini içine alır.<sup>21</sup> Dolayısıyla damân kavramı, haksız fiillerden doğan sorumlulukların yanı sıra sözleşmeden doğan sorumlulukları da kapsamaktadır. Nitekim Pezdevî ile Serahsî de damânın bu iki türüne *damânü'l-akd* ve *damânü'l-udvân* terimleriyle işaret etmektedir.<sup>22</sup>

Gerek Gazzâli ile birlikte Molla Hüsrev ve Hamevî gerekse Mecelle'nin damân tanımları, haksız fiillerden doğan sorumluluğa hasredilmiştir; ancak yapılan bu tanımlar, sözleşmeden doğan sorumlulukları içine almaktan uzak görünmektedir. Hâlbuki fakihler sözleşmeden doğan sorumlulukları da, tazmin (damân) konularının içerisine dâhil etmişlerdir. Örneğin bu çalışmanın ileriki bölümlerinde özel olarak inceleyeceğimiz Üsrüşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin Câmîu'l-fusûleyn adlı eserlerinin “*damânât*” bölümleri ile Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserindeki tazmin konularının büyük bir kısmı sözleşmelerden (akit) doğan sorumluluklardan oluşmaktadır. Dolayısıyla bu tanımlar klasik damân teorisini eksik olarak yansıtmaktadır. Nitekim çağdaş araştırmacılardan Muhammed Ahmed Sirâc'ın da ifade ettiği üzere, damânla ilgili

---

<sup>19</sup> Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 22. “وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن”. “الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية”.

<sup>20</sup> Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm**, Dâru'l-Kalem, Dimeşk, 1998, C. II, s. 1035 “هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير”.

<sup>21</sup> Sirâc, **Damânü'l-udvân fi'l-fikhi'l-İslâmî**, s. 47.

<sup>22</sup> Serahsî, **Usûlü's-Serahsî**, Dâru'l-Mârifet, Beyrut, 1372, C. I, s. 57; Abdülaziz Buhârî, **Keşfü'l-esrâr 'an Usûli Fahrîslâm el-Pezdevî**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1418/1997, C. I, s. 257.

yapılan bu eksik tanımlamalar, fukâhanın oluşturduğu damân teorisini takip etmede bizi başarısızlığa sevk etmektedir.<sup>23</sup> Ona göre damân, *sözleşmeye (akit) veya sözleşme şartlarından birine aykırı davranmaktan, suç unsuru taşıyan bir fiili işlemekten ya da Şâri'in haram kıldığı bir şeyi yapmaktan dolayı başkasının malına, bedenine veya şuuruna verilen zararı gidermek için Şâri'in ödenmesini zorunlu kıldığı mali bir borç ile sorumluluk altına girme* anlamına gelmektedir. Sirâc'ın yaptığı bu tarif, klasik eserlerdeki damân teorisini ihtiva ediyor olsa da, Zerkâ'nın "*başkasına verilen zararı malî bir bedel ile karşılama yükümlülüğü (iltizâm)*" anlamına gelen yukarıdaki tanımı daha tercihe şayandır. Çünkü kişinin akit içi veya akit dışındaki haksız fiillerinden doğan sorumluluğunu, yani damânın her iki türünü içine alan bu tanım, daha kısa ve özdür.

## II. SORUMLULUK HUKUKUNUN DAYANAKLARI

Daha önce de ifade edildiği üzere, İslam hukukunda damân kavramı etrafında teşekkül eden ve fakihlerin fûrû-ı fıkıh sistematığı içerisinde zamanla geliştirdiği sorumluluk hukukunun ana fikri, Kur'an-ı Kerîm ile Hadîs-i Şerifler'de mevcuttur. Şimdi bunlardan öncelikle Kur'an-ı Kerîmdeki ayetleri, sonrasında da hadisleri ele alıp değerlendireceğiz.

### A. ÂYETLER

1. "*Dâvûd ve Süleyman'ı da an. Bir zamanlar, (zarar görmüş) bir ekin konusunda hüküm veriyorlardı. Bir topluluğun koyun sürüsü, geceleyin başıboş bir vaziyette bu ekinin içine dağılıp ziyan vermişti. Biz de onların hükmüne tanık idik. Süleyman'ın dava konusunu iyi anlamasını sağladık. Her birine de hükmetme yeteneği ve ilim verdik.*"<sup>24</sup>

Bu âyetle ilgili tefsirlerde anlatıldığına göre, birisine ait koyun sürüsü geceleyin bir kimsenin ekinine girerek zarar vermişler. Daha sonra tarla sahibi uğradığı zararın karşılanması için hayvanların sahibi ile birlikte Hz. Dâvûd'a (a.s) gelmişler. Bu olayda hakemlik yapan Hz. Dâvûd, zarara uğrayan ekinlerin değerine denk olduğu düşüncesiyle koyunların tazminat olarak mağdur tarafa verilmesine hükmetmiş. Ancak

<sup>23</sup> Sirâc, *Damânü'l-udvân fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 47.

<sup>24</sup> Enbiyâ, 21/78-79

Hz. Süleyman babası Hz. Dâvûd'un huzuruna çıkarak Allah'ın kendisine öğrettiği ve daha isabetli olduğunu bildirdiği hükmü beyan etmiş. Bu hükme göre, tarla zarardan önceki haline getirilinceye kadar koyunların sahibine verilerek bakımı yapılacak, buna karşın tarla sahibi de bu süre zarfında koyunların menfaatlerinden yararlanacaktı. Oğlunun beyan ettiği bu içtihadı beğenen Hz. Dâvûd önceki görüşünden vazgeçerek bu hükmü uygulamıştır.<sup>25</sup> İbn Kayyim telef edilen misli malların tazmini hususunda bu ayetlerin delil olduğunu düşünmektedir.<sup>26</sup>

2. "...her kim size saldırırsa, siz de o saldırıya denk (misil) bir saldırı yapın..."<sup>27</sup>

3. "Şayet cezalandırmak isterseniz size yapılan şeyin misliyle karşılık verin, fakat sabır gösterirseniz bilin ki sabırlı davrananlar için bu muhakkak daha hayırlıdır."<sup>28</sup>

4. "Bir kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülüktür; ama kim bağışlar ve düzeltme yolunu tutarsa onun mükâfatını Allah verir. Hiç şüphe yok ki, O zulmedenleri sevmez."<sup>29</sup>

Hanefilerden Serahsî ile Kâsânî ve Hanbelîlerden İbn Kayyim yukarıdaki ayetlerin tazmin için delil olduğunu kabul etmektedirler.<sup>30</sup> Söz konusu ayetler, haksız fiillere karşı ancak misliyle mukabele edileceğine ve meydana gelen bir zararın ancak misliyle karşılanabileceğini göstermektedir. Bu âyetlerde görüldüğü üzere cana ve mala karşı işlenen haksız fiillere verilecek cezalarda denklik son derece önemlidir.

## B. HADİSLER

1. "Zarar vermek de, zarara zararlarla karşılık vermek de yoktur."<sup>31</sup>

2. Hz. Enes'ten ve Hz. Âişe'den (r.a) rivâyet edildiğine göre, Hz. Peygamber'in

<sup>25</sup> Ebu Cafer Muhammed b. Cerîr et-Taberî, **Câmi'ü'l-Beyân an Te'vili Ayi'l-Kurân**, Dârü Hecc, Kahire, 2001, C. XVI, s. 322; Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, **el-Câmiu' li Ahkâmi'l-Kurân**, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 2006, C. XIV, s. 234; Nâsiruddîn Ebu'l-Hayr Abdullah b. Ömer el-Beydâvî, **Envârü't-Tenzil ve Esrârü't-Te'vil**, 1. Baskı, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, t.y., C. IV, s. 57.

<sup>26</sup> İbn Kayyim, **İlâmu'l-Muvakkûn**, C. II, s. 45.

<sup>27</sup> Bakara, 2/194.

<sup>28</sup> Nahl, 16/126.

<sup>29</sup> Şûrâ, 42/40.

<sup>30</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993, C. XI, s. 50; Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1986, C. VII, s. 143; İbn Kayyim, **İlâmu'l-Muvakkûn**, C. II, s. 44.

<sup>31</sup> İbn Mâce, Ahkâm, 17; Ahmed b. Hanbel, V, 327; Mâlik, Muvatta, Akdiye, 31.

(s.a.v) hanımlarından birisi kendisine yemek dolu bir kap hediye ettiğinde Hz. Âişe eliyle kaba vurur ve içindekileri döker. Sonrasında Hz. Âişe nefesine hâkim olamadığını söyleyerek bunun kefaretinin ne olduğunu sorunca, Rasûlullah (s.a.s): “*Kabın yerine misli olan bir kap, yemeğin yerine de misli olan bir yemek*” buyurmuştur.<sup>32</sup>

Bu hadislerin ilkinden anlaşıldığına göre, bir kimse İslam’da -hangi sebeple olursa olsun- başkasına zarar veremeyeceği gibi kendisine verilen zarara da zararlarla mukabele etmek suretiyle intikamını bireysel olarak alamaz. Zarara uğrayan kişi, ancak yetkili makama başvurarak uğradığı zararın karşılanmasını talep edebilir. Nitekim ikinci hadiste görüldüğü üzere Hz Âişe (r.a) mala verdiği bu zararı nasıl karşılayacağını sormuş, Peygamber Efendimiz de bu malların misliyle telafi edilebileceğini söyleyerek telef olan misli malların nasıl tazmin edileceğini göstermiştir.

3. “*Hayvanların yaralaması hederdir.*”<sup>33</sup>

4. Harâm b. Muhayyisa’dan (r.a) rivâyet edildiğine göre, Berâ b. Âzîb’in devesi, bir kimsenin bahçesine girip orayı ifsat etmiş. Bunun üzerine Allah’ın peygamberi (s.a.v) “*gündüzleri bahçeyi korumak bahçe sahiplerinin vazifesidir, hayvanların geceleyin verdikleri zararlar da sahiplerinin sorumluluğundadır (dâmin).*”<sup>34</sup>

5. Numan b. Beşir’den rivâyet edildiğine göre Hz. Peygamber (s.a.v) şöyle buyurdu: “*Her kim Müslümanların yollarından birinde veya pazar olarak kullandıkları bir yerde hayvanını durdurur ve hayvan burada ön ve arka ayaklarıyla birine zarar verirse, o kişi sorumludur (dâmin).*”<sup>35</sup>

Hayvanların yol açtığı zararlar ile hayvanlara verilen zararlardaki tazmin kurallarının nasıl olduğunu gösteren yukarıdaki hadislerin ilkinde, öncelikle hayvanların kendiliğinden verdiği zararların tazmine konu olmadığı ifade

<sup>32</sup> Şevkânî, **Neylü’l-Evtar**, thk. İsmâüddin es-Sabâbetî, Dârü’l-Hâdis, Mısır, 1413, C. V, s. 385.

<sup>33</sup> Şevkânî, **Neylü’l-Evtar**, C. V, s. 387.

<sup>34</sup> Şevkânî, **Neylü’l-Evtar**, C. V, s. 387; Ebû Dâvud, Büyû’, 92; Muvatta, Akdiye, 18; Ahmed b. Hanbel, V, 426.

<sup>35</sup> Dârekutnî, Ali b. Ömer, **es-Sünen**, thk. Muhammed Âbâdî, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, Beyrut, 1993, C. III, s. 179; Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali, **es-Sünenü’l-Kübrâ**, thk. Muhammed Abdulkadir Atfi, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1994, C. III, s. 344 (hadis no: 17693); Şevkânî, **Neylü’l-Evtar**, C. V, s. 387.

edilmektedir. Berâ b. Âzîb'in develerini konu edinen diğer hadiste, Peygamber Efendimiz hayvanların geceleyin verdikleri zararların sahipleri tarafından karşılanacağını ve hayvanların onların sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir. Numan b. Beşir'den rivâyet edilen hadiste ise, insanların gelip geçtiği yerlere hayvanlarını bırakan kişinin meydana gelen zararlardan sorumlu olacağı söylenmiştir. İleride detaylı olarak görüleceği üzere kamusal alanlar, toplumun ortak kullanımını ilgilendiren alanlar olduğu için bu gibi yerlerde izinsiz ve gelişi güzel hareket edilemez. Çünkü yetkili merciin izin ve onayı alınmadan yapılan bir davranış zarara sebep olduğunda sorumluluk doğar.

6. Semure'den (r.a) rivâyet edildiğine göre, Hz. Peygamber (s.a.v) “*El (kişi) aldığı şeyi geri verinceye kadar ondan sorumludur.*” buyurmuştur.<sup>36</sup>

7. “*Hıyânet etmediği sürece kendisine bir şey emânet edilen kişiye tazmin yoktur.*”<sup>37</sup>

Yukarıdaki hadislerin ilkinde, bir malı elinde bulunduran kişinin onu verinceye kadar sorumlu olduğu, ikincisinde de hıyânet etmediği sürece elindeki emânet malın başına gelen zararlardan sorumlu olmayacağı ifade edilmektedir. Birbiriyle çelişen iki farklı rivâyet gibi dursa da, bunun izahı şöyledir. İleride görüleceği üzere, zilyedlikten kaynaklanan sorumluluk (*damânü'l-yed*), malı elinde bulunduran kişinin (zilyed) sorumlu olup olmamasına göre damân zilyedliği (*yedü'd-damân*) ve emânet zilyedliği (*yedü'l-emâne*) diye iki kısma ayrılır. Damân zilyedliğinde malı elinde bulunduran kişi, teslim edinceye kadar elindeki maldan sorumlu iken; emânet zilyedliğinde hukuka aykırı biri davranışı olmadığı sürece meydana gelen zararlardan sorumlu değildir. Semure'den rivâyet edilen hadis, damân zilyedliğine; diğer hadis de emânet zilyedliğine işaret etmektedir. Örneğin damân vasıflı bir akit olan satım sözleşmesinde, mal müşteriye teslim edilmeden önce satıcının elinde telef olursa bunun sorumluluğu kural olarak satıcıya, yani onu elinde bulunduran kişiye aittir. Emânet vasıflı bir akit olan âriyet (ödünç) sözleşmesinde de, malı elinde bulunduran

<sup>36</sup> Ebû Dâvud, Büyû‘, 90; Tirmizî, Büyû‘, 39; İbn Mâce, Sadakât, 5; Şevkânî, **Neylü'l-Evtar**, C. V, s. 356.

<sup>37</sup> Şevkânî, **Neylü'l-Evtar**, C. V, s. 354.

kişi hukuka aykırı ve kusurlu biri davranışı olmadığı sürece, zararlardan sorumlu tutulamaz.

8. Safvân b. Ümeyye'den rivâyet edildiğine göre, Hz. Peygamber (s.a.v) Huneyn savaşı günü bir zırhı âriyet (ödünç) olarak almıştı. Safvân “*Ey Muhammed gasben mi alıyorsun*” deyince, Resûl-i Ekrem “*bilakis tazmin edilmek üzere bir âriyet olarak*” diye cevap verdi.

Yukarıdaki hadiste Hz. Peygamber (s.a.v), henüz Müslüman olmayan Safvân b. Ümeyye'den ödünç olarak bir miktar zırh almıştır. Aslında Hanefî mezhebine göre âriyet akdi, emânet akitlerindedir ve kural olarak malı elinde bulunduran kişi (*müsteîr*) kusurlu olmadığı sürece meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Ancak zırhları veren kişi, bunların gasp olarak mı alındığını sorunca, Hz. Peygamber (s.a.v) tazmin edilmek üzere âriyet olarak aldığını ifade etmiştir. Söz konusu durum mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefîler yukarıda ifade edildiği şekilde düşünürken, Hanbelîler bu hadisten hareketle âriyet alınan mala gelen her türlü zarar ve ziyandan müsteîrin sorumlu olduğu görüşünü tercih etmektedirler.

### III. SORUMLULUK FİKRİNİN TARİHİ SEYRİ

Sorumluluk fikri, tarihi süreç içerisinde sosyal, ekonomik ve kültürel gelişmelere uygun olarak farklı aşamalardan geçmiştir. İlk çağlarda şahsî sorumluluk fikrinin hâkim olduğu görülmektedir. Örneğin insanlar, alacağını tahsil edemediğinde borçlunun şahsına el koyup köle edinme, satma, hatta öldürme yetkisine sahipti.<sup>38</sup> Yani borç ilişkilerinde alacaklının borçlu durumundaki kişiye dilediğini yapabilme hakkı bulunuyordu. Başkalarına verilen zararlardaki sorumluluk ise, daha ziyade kisas ve ölç alma fikrine dayanmaktaydı.<sup>39</sup> Buna göre mağdurun intikam almaya ve zarar verene karşı aynı şekilde zarar vermeye hakkı vardı.<sup>40</sup> Özellikle Eski Roma hukukunda

<sup>38</sup> Karahaslan, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. I, s. 57; Yıldız, Kemal, **İslam Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, İfav Yayınları, İstanbul, 2013, s. 27; Kahveci, Nuri, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1997, s. 6, 139-143; Karaaslan, Abdülmecit, **İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009, s. 14.

<sup>39</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s.27; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 509.

<sup>40</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s.27; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 509.

bulunan bu ve benzeri uygulamalar, Cahiliye Araplarında da aynı şekilde müşahede edilmektedir. Fakat İslam hukuku bu uygulamayı kaldırarak özellikle borç ilişkilerinde malî sorumluluk anlayışını, bazı şartlarda da şahsî sorumluluk prensibini getirmiştir.<sup>41</sup> Ancak devlet gücünün artmasıyla birlikte, zamanla kisas ve kişisel öç alma fikrinin yerine diyet geçmiştir. Bileşik sistem adı verilen bu uygulamaya göre, zarar veren, mağdurun intikam hakkını satın alma karşılığında ona bir miktar para ödeyerek sorumluluktan kurtulmaktadır. Başlangıçta tarafların rızalarına bağlı olan bu uygulama, zamanla zorunlu hale gelmiştir.<sup>42</sup> Söz konusu uygulamada, mağdur veya yakınlarının şahsî öç alması yerine zararlı fiili işleyen kimsenin mağdur tarafa ödeme yapması, şahsî sorumluluk yerine malî sorumluluk anlayışının kabul edildiğini göstermektedir.

Devletlerin kurulması ve toplumsal düzenin gelişmesiyle de cezâî sorumluluk, hukukî (medenî) sorumluluktan ayrılmış ve ceza verme yetkisi sadece devlete tanınarak bireylerin birbirlerine ceza vermelerine son verilmiştir. Bu gelişme sonucunda, sorumluluk hukuku sadece üçüncü kişiye verilen zararları tazmin ettirme amacı taşımıştır.<sup>43</sup>

Sorumluluk hukukunun tarihi gelişimindeki aşamalardan biri de, 19. yüzyıldan sonra başlayan kodifikasyon hareketinde görülür. Kıta Avrupa'sı, "*kusur sorumluluğu*" ilkesini kabul ederek buna ilişkin genel kuralları düzenlemiş ve geliştirmiştir. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanununun 1382. maddesinde genel bir ilke olarak benimsenen kusur sorumluluğuna göre; her kim, kusuru ile başkasına zarar verirse onu tazmin etmek zorundadır. Görüldüğü üzere bu ilkeye göre, kusur olmadan sorumluluk doğmaz. Çünkü kusur, bu tür sorumluluğun kurucu unsurudur. Kusur sorumluluğu ilkesi özellikle 19. yüzyılda kanun maddesi haline gelse de, Roma

---

<sup>41</sup> Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul, 1990, s. 37; Akman, Ahmet, **İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1992, s. 84; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat**, s. 6, 139-143.

<sup>42</sup> Deschenaux-Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 5; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s.27; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat**, s. 6, 139-143.

<sup>43</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 510.



hukukunda 19. asrın ikinci yarısına kadar sorumluluk hukukuna bu ilkenin hâkim olduğu ifade edilir.<sup>44</sup>

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan teknik gelişmeler, makineleşme ve karmaşık sosyal ilişkilerin şekillendirdiği modern toplum, sebep sorumluluğu olarak da bilinen “*kusursuz sorumluluk*” anlayışının kabul edilmesini zorunlu hale getirmiştir.<sup>45</sup> Çünkü toplumsal alanda meydana gelen bu değişimler sonucunda, kusurun tespiti oldukça zorlaşmış, hatta imkânsızlaşmıştır. Başka bir ifadeyle, kusur artık sorumluluğun doğması için yetersiz kalmıştır. Zira günümüzde kullanılan makineler, ulaşım araçları ve enerji kaynakları insan hayatını vazgeçemeyeceği bir şekilde kuşatmıştır. Her türlü tedbirin alınmasına rağmen, bu işletme veya faaliyet alanlarında zararın ortaya çıkması engellenememiş ve zarara uğramak neredeyse kaçınılmaz bir hal almıştır. Bunlar, “*zarara yola açıyor*” veya “*tehlikeli*” diye insanların bu uygulamalardan vazgeçmesi de mümkün değildir. Bu yüzden söz konusu işletmelerin sahibi veya bunlardan yararlananlar, kusurlu olmasalar da, sebep oldukları zararı karşılamalıdır.<sup>46</sup> Çünkü hakkaniyet ve adalete fikrine göre kişinin sebep olduğu zararı üzerine alması gerekir. Görüldüğü üzere kusursuz sorumluluk, sanayi ve sosyal alanlardaki değişimlerin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu sorumluluk türünde, kişinin herhangi bir hatası ve kusuru olmasa da, sebep olduğu zararı gidermesi gerekmektedir.

Türk hukukunun da kaynağını oluşturan Batı hukukunda yaşanan bu süreçler İslam hukukunda yaşanmamıştır. Çünkü Batı’da 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar kusur sorumluluğu ilkesi hâkim iken; sebep sorumluluğu anlayışı, ancak sanayi devriminden sonra 20. yüzyılın başlarından itibaren kabul görmeye başlamıştır. Hâlbuki İslam hukukunda, meydana gelen zararlar ilk dönemlerden itibaren sebep sorumluluğu anlayışı benimsenmiş ve sorumluluk hukuku bu esaslar çerçevesinde geliştirilmiştir. İleride görüleceği üzere İslam hukukunda doğrudan itlaf (*mübâşeret*)

---

<sup>44</sup> Deschenaux-Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, s. 6; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s.27-28; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 493-495, 510.

<sup>45</sup> İmre, Zahit, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 50-55; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 495-498, 510; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 28.

<sup>46</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 498-499.

hallerinde kusurun bir önemi yok iken, dolaylı itlaf (*tesebbüb*) hallerinde sorumluluğun doğması için failin kusurlu bir eylemde bulunması gerekmektedir. Mübâşeret halinde kusuru olmasa da, kişi sebep olduğu zararları tazminle sorumlu iken, *tesebbüb* halinde ancak kusurlu davranışının sebep olduğu zararlardan sorumludur. Bu durum, kusurun her iki sorumluluk türünde ortak bir özellik olmadığını ve İslam sorumluluk hukukunda “*kusur sorumluluğu*” yerine “*sebeb sorumluluğu*” anlayışının hâkim olduğunu açıkça göstermektedir.

#### IV. SORUMLULUK HUKUKUNUN AMAÇLARI

Her hukuk dalında olduğu gibi, sorumluluk hukukunun da kendine özgü bir takım amaçları vardır. Örneğin meydana gelmeden önce “zararı önleme” ve meydana geldikten sonra da bu “zararın karşılanması” sorumluluğun hedeflediği amaçlar arasındadır. Şimdi bu hedeflerden bazısını maddeler halinde ele alalım.

##### A. Zararı Önleme

Zararların tazmin ve telafi edilerek mağduriyetlerin giderilmesi, bütün hukuk sistemlerinde temel kural olmakla birlikte bunların meydana gelmemesi için gerekli olan önlem ve tedbirlerin alınması sorumluluk hukukunda büyük bir önem arz etmektedir. Gerek İslam hukuku gerekse modern hukuk, öncelikle zararın hiç meydana gelmemesini amaçladığı için başkalarının uğrayabileceği zarar riskini dikkate alarak insanların davranışlarında daha dikkatli olmalarına yönelik bir takım tedbirler alır.<sup>47</sup> Kamusal alana izinsiz bırakılan eşyanın, atılan muz ya da karpuz kabuğunun veya yakılan ateşin yol açtığı zararların faili tarafından tazmin edilmesi bunlara örnek olarak verilebilir. Bu örneklerde olayın faili, insanların ortak kullanım alanlarında izinsiz tasarrufta bulunarak kusurlu davranmış, bu sebeple de eyleminin yol açtığı zararları tazminle sorumlu tutulmuştur.<sup>48</sup> Nitekim Numan b. Beşir’den rivâyet edildiğine göre

<sup>47</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 514-515; Eser, Ercan, **İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s.9-10.

<sup>48</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXVI s. 68; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 474; Zeylâî, Osman b. Ali, **Tebyînül-hakâik fi Şerhi Kenzi’d-dekâik**, el-Matbaatü’l-Kübrâ el-Emiriyye, Bulak, 1313, C.VI, s. 143-144; Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmud el-Bâbertî, **el-Înâye Şerhu’l-Hidâye**, Dâru’l-Fikir, t.y., C. X, s. 312; Ebu Muhammed (Ebü’s-Sena) Bedreddin Mahmud b. Ahmed b. Musa el-Aynî el-Hanefî, **el-Binâye fi şerhi’l-Hidâye**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1420, C. X, s. 354; C. XIII, s. 235; İbn Nüceym, **Bahrü’r-râik şerhü Kenzi’d-Dekâik**, Dâru’l-Kitâbi’l-İslâmî, t.y., C. VIII, s. 396-397;

Hız. Peygamber (s.a.v) de, insanların gelip geçtiği yollara hayvanlarını koyarak başkalarının zararına sebep olan kişilerin meydana gelen zararları tazminle sorumlu olacağını beyan etmiştir.<sup>49</sup> Bu ve benzeri örneklerde görüldüğü üzere, insanların kusurlu olarak başkalarına verdiği zararları tazminle sorumlu olması, kişileri daha dikkatli olmaya ve başkalarına karşı zararlı eylemlerde bulunmamaya sevk eder.<sup>50</sup> Dolayısıyla tazmin sorumluluğunda, zararın meydana gelmeden önce önlenmesi fikri hâkimdir.

## B. Zararı Giderme

Sorumluluk hukukunun temelinde kimseye zarar vermeme (*neminem laedere*) ilkesinin bulunduğu ifade edilir. Sorumluluk hukukuna hâkim olan bu ilkeye aykırı davranılarak bir kimseye zarar verilmesi durumunda, oluşan zararın giderilmesi gerekir. Çünkü karşı tarafa verilen zararların tazmin edilerek karşılanması, sorumluluk hukukunun en temel ve en önemli amaçlarındanıdır.<sup>51</sup> Meydana gelen bir zararın tazmin edilmesindeki amaç, oluşan zararın mağdur üzerinden alınarak zarar verene aktarılmasıdır. Bu amaç, kamu hukuku ve düzenini sağlaması açısından İslam dininin ilkelerine ve öğretilerine daha uygundur. Söz konusu durum, İslam'da “zarar vermek ve zarara zarar ile mukabelede bulunmak yoktur”<sup>52</sup> hadîs-i şerifi ile “zarar izâle olunur”<sup>53</sup> ve “zarar bi kaderi'l-imbân def' olunur”<sup>54</sup> şeklindeki kaidelerde kendini göstermektedir. Bu hadis ile küllî kaideler, İslam hukukunda hiç kimsenin bir başkasına zarar veremeyeceğini; buna rağmen bir zarar meydana gelmişse, mağdurun

---

Üsrüşeni, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, Süleymaniye Ktp., Nuruosmaniye, nr.1773, vr. 374<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, Süleymaniye Ktp., Yazma Bağışlar, nr.990, vr. 348<sup>b</sup>-350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin Mahmud b. İsrail, **Câmiu'l-Fusûleyn**, Mısır, 1300, C. II, s. 122; Çelebi, Fudayl, **ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye**, Süleymaniye Ktp., Nuruosmaniye, nr. 1965, vr. 72<sup>a</sup>, 75<sup>a</sup>, 83<sup>a</sup>-86<sup>a</sup>, 88<sup>b</sup>; Bâğdâdî, Ebû Muhammed Gıyâsüddîn Gânim b. Muhammed, **Mecmau'd-damânât fi mezhebi'l-İmâmi'l-Âzâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân**, nşr. Muhammed Ahmed Serac, Ali Cuma Muhammed, Dârü's-selâm, Kahire, 1999/1420, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr**, Dâru'l-Fikir, Beyrut, 1412, C. VI, s. 594, 602-603.

<sup>49</sup> Dârekutnî, **es-Sünen**, C. III, s. 179; Beyhakî, **es-Sünenü'l-Kübrâ** C. III, s. 344 (hadis no: 17693); Şevkânî, **Neylü'l-Evtar**, thk. İsmâdüddin es-Sabâbetî, Dârü'l-Hâdis, Mısır, 1413, C. V, s. 387.

<sup>50</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 514-515; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s.9-10.

<sup>51</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 514; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 10.

<sup>52</sup> Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, C. I, s. 313.

<sup>53</sup> **Mecelle**, 20. Madde.

<sup>54</sup> **Mecelle**, 31. Madde.

uğradığı zararın imkân dâhilinde buna sebebiyet veren kişi tarafından karşılanacağını ifade eder.

Görüldüğü üzere İslam hukukunda da temel ilke meydana gelen zararın karşılanması ve giderilmesidir. Nitekim İslam hukuku kaynaklarında da ifade edildiği üzere, tazmin sorumluluğu meydana gelen zararı ortadan kaldırmak ve telef olan hakkın yerini doldurmak/telafi etmek içindir.<sup>55</sup> Örneğin Hanefi fakihlerinden Kâsânî, gasbedilen mislî malların misliyle tazmin edilmesi gerektiğini belirttiği yerde, damânın elden giden bir şeyi telafi etmek için olduğunu söyler.<sup>56</sup> Osmanlı fakihlerinden Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserinde, gasbın tanımıyla ilgili *ez-Zehîra* adlı eserden yapılan şu alıntı da aynen bunu göstermektedir:

Gasp, başkasına ait mütekavvim (değerli) ve muhterem (dokunulmaz) bir malı sahibinin izni olmaksızın elinde ise zilyetliğini izâle ederek almak; elinde değilse de ona mala ulaşmasına engel olmaktır. Kişi bilerek bunu yapıyorsa günahkâr olur, bilmiyorsa günahkâr olmaz. Fakat her iki durumda da tazminat sorumluluğu doğar. **Çünkü tazmin, elden giden bir hakkın yerini doldurmak/telafi etmek içindir.**<sup>57</sup>

### C. Hakkın Devamlılığı

Sorumluluk hukukunun diğer bir amacı da, “*hakkın devamlılığı*” ilkesidir. Bu ilkeye göre, hukuk tarafından korunan bir hakkın ihlal edilmesi durumunda, ihlal edilen bu hakkın yerine, mağdurun zarar verene karşı sahip olduğu tazminat hakkı geçmektedir. Yani mağdurun ihlal edilen hakkı, bu ilkeyle tazminat talebine dönüşerek varlığını sürdürmekte ve onun yerine geçmektedir.<sup>58</sup> Örneğin Hz. Enes'ten rivâyet edildiğine göre Hz. Peygamber'in (s.a.v) hanımlarından birisi kendisine yemek dolu bir kap hediye ettiğinde Hz. Âişe kaba vurur ve onu itlaf eder. Sonrasında Hz. Âişe bunun kefaretinin ne olduğunu sorunca, Rasûlullah (s.a.s): “*Kabın yerine misli olan bir kap, yemeğin yerine misli olan bir yemek*” buyurmuştur.<sup>59</sup> Bu örnekte görüldüğü üzere Hz. Peygamber'in (s.a.v) eşlerinden birine ait olan kap ve içindeki yemek telef edilince, Hz. Peygamber (s.a.v) ihlal edilen bu hakkın misliyle karşılanmasını

<sup>55</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>.

<sup>56</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 150.

<sup>57</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>.

<sup>58</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 515; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 10.

<sup>59</sup> Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, C. V, s. 385.

söylemiştir. Böylece meydana gelen zarar giderilmiş, telef olan bu mal üzerindeki hak mislin iadesiyle varlığını sürdürmüş ve kişinin söz konu mal üzerindeki hakkı bu yeni mal üzerinde devam etmiş olacaktır. İslam hukukunda mislî olan mallarda hakkın devamlılığı bu şekilde iken, kıyemî olan mallarda telef olan hakkın devamı kıymetin ödenmesiyle varlığını sürdürmektedir.

## V. SORUMLULUK HUKUKUNUN KONUSU

Meydana gelen bir zararın karşılanması ya da giderilmesi sorumluluk hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Zararlar, genel olarak insanların şahıs ve mal varlıklarına yönelik olduğu için hukuk tarihinde sorumluluğun konusu itibariyle “*şahıs ile sorumluluk*” ve “*malvarlığı ile sorumluluk*” diye iki şekilde ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir.

**1. Şahıs ile sorumluluk:** Daha önce de ifade edildiği üzere, eski çağlarda şahsî sorumluluk fikri hâkimdi. Eski hukuk sistemlerinde görülen bu sorumluluk türüne göre; alacaklı borcunu ifâ etmeyen borçlunun şahsına el koyup köleleştirme, rehin alma, hapsedme ve öldürme hakkına sahipti.<sup>60</sup> Burada borçlunun şahsına el konularak şahsî varlığı üzerinde alacaklıya tasarruf etme yetkisi verildiği için, bu tür sorumluluğa “*şahıs ile sorumluluk*” denilmektedir. Sonraları şahıs ile sorumluluk, borçlunun hapsedilmesi gibi çeşitli düzenlemelerle yumuşatılmış; nihai olarak da Avrupa’da 19. yüzyılda, Türkiye’de ise 20. yüzyılın başlarında kaldırılmıştır.<sup>61</sup> Ancak bazı istisnai durumlarda borç için hapis uygulaması halen mevcuttur.

Kişinin kendi şahsî varlığıyla sorumlu olduğu anlamına gelen bu tür sorumluluk, İslam hukukunda, fikh eserlerinin farklı bölümlerinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin İslam ceza hukukunda insanın vücut bütünlüğüne verilen zararlar, şahsî sorumluluk kapsamında mütalaa edilmektedir. Bu tür zararlar, failin kasıtlı fiiline dayanıyorsa, mağdur veya yakınları affetmediği sürece bunun cezası kısastır. Buna göre, vücut bütünlüğüne yönelik zararlı eylemlerde, insan kendi şahsî varlığı ile sorumludur. Söz

---

<sup>60</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 85; Karahasan, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. I, s. 57; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 27; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat**, s. 6-12, 139-143; Karaaslan, “**İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk**”, s. 14.

<sup>61</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 85; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat**, s. 7-8; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 24.

konusu zararın kasıtlı olmadığı durumlarda da, diyet, erş ve hükümet-i adl gibi yöntemlerle zararın giderilmesi yönüne gidilmiştir.<sup>62</sup> İslam Borçlar hukukunda da, şahıs ile sorumluluk anlayışı belirli şartlarda uygulanmıştır. Örneğin ödeme gücü olduğu halde, borcunu ifâ etmeyen kişilerin hapsedilmesi, klasik fıkıh kaynaklarında belirtilen bir uygulamadır.<sup>63</sup> Ancak borçlunun hapsedilmesi, ödeme imkânı olduğu halde ödemeyen kişiyi sadece ifâyaya zorlama maksadıyla uygulanmaktadır. Bu da İslam hukukunu diğer hukuk sistemlerinden farklı kılmaktadır.

## 2. Malvarlığı ile sorumluluk:

Borcun ifâ edilemediği durumlarda, borçlunun şahsî varlığı üzerinde yapılan tasarruflar insan haysiyetine ve kişilik haklarına aykırı olduğu için diğer hukuk sistemlerinde şahıs varlığı ile sorumluluk kaldırılarak “*mal varlığı ile sorumluluk*” anlayışı benimsenmiştir.<sup>64</sup> Zaten borçlunun borcunu ifâ etmesi için çalışıp para kazanması gerekir. Bu yüzden borçlu olan kişinin hapsedilmesi ekonomik açıdan alacaklının aleyhinedir. Bu tür sorumlulukta borçlu, alacaklıya mal varlığıyla sorumludur. Borç ifâ edilmediğinde, alacaklı devlet organları vasıtasıyla borçlunun mal varlığına el koyup sattırarak suretiyle alacağını tahsil edebilir. Görüldüğü üzere burada sorumluluğun konusu şahıs değil, mal varlığıdır. Çünkü modern borç teorisine göre kişi, ancak borçlu; mal varlığı ise, sorumlu olabilir.<sup>65</sup>

İslam hukukunda insanların mal varlıklarında meydana gelen zararlar ile borç ilişkilerinde malvarlığı ile sorumluluk anlayışı esastır. Çünkü İslam hukukunda borç, kişinin şahsını değil, zimmetini ve malvarlığını bağlar.<sup>66</sup> Bu yüzden, borçlu ya da mağdura zarar veren kişi, zimmeti ve malvarlığı ile sorumludur. Ancak imkân olduğu

<sup>62</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 234, 311, 314, 323; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 41.

<sup>63</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXIV, s. 164-165; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 173-175; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. III, s. 282; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Dârü'l-Hadîs, Kahire, 2004, C. IV, s. 67-68, 76; Şirbînî, Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc*, C. III, s. 114-115. Ayrıca bkz. Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2003, C. II, s. 534-535; Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 9.

<sup>64</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 85-86; Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 10; Karaaslan, “*İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk*”, s. 14-15.

<sup>65</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 86-87; Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 10.

<sup>66</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 143-149, 168; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 38; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 41; Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 10.

halde sorumluluğun yerine getirilmemesi durumunda bir takım müeyyideler konulabilir.<sup>67</sup> Nitekim Hz. Peygamber'in (s.a.s) bir hadisinde, ödeme imkânı olduğu halde borçlunun borcunu ifâ etmeyip geciktirmesinin haksızlık ve zulüm olduğu, bu kişinin kınanmasının ve cezalandırılmasının da helal olduğu ifade edilir.<sup>68</sup> İmkânı olduğu halde borcun ifâsını geciktiren kişilere bazı yaptırımların uygulanabileceği hususunda ise, fukahânın çoğunluğu aynı görüştedir.<sup>69</sup>

Borçlar hukukunda mal varlığıyla sorumluluk kendi içerisinde “*sınırsız*” ve “*sınırlı*” sorumluluk diye iki kısma ayrılmaktadır. **Sınırsız sorumlulukta**, kural olarak borçlu alacaklıya karşı bütün mal varlığıyla sorumludur. Bu anlayışa göre; alacaklı, alacağını tahsil edemediğinde borçlunun tüm varlığına el koyabilir. Doktrinde “*tam sorumluluk*” diye ifade edilen sorumluluğun bu türü, hukuk açısından sakıncalı bulunmuştur. Çünkü bütün mal varlığı elinden alınmış bir kimsenin insanca yaşaması mümkün olmayacağı için, bazı malların sorumluluk dışı bırakılması gerekmektedir. Bu düşünceden hareketle İcra ve İflas Kanunu, borçlunun kendisine bırakılan mallarla yeniden hayatını ve geçimini sağlayacak malları (meslek, ibadet ve yatmasıyla ilgili) genel kuraldan istisna etmiştir.<sup>70</sup>

**Sınırlı sorumluluğa** gelince, borçlu burada belirli bir konu veya mal varlığının belirli bir kısmıyla sorumludur.<sup>71</sup> Söz gelimi kefâlet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu ne kadar miktar ile sınırlandırılmışsa, o kadar miktardan sorumludur. Bu tür sorumluluk, sözleşme ile kararlaştırıldığı gibi, kanunla da belirlenebilir.

---

<sup>67</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C. II, s. 534-535; Atar, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 229; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 41.

<sup>68</sup> Buhâri, İstikrâz 13; Ebu Dâvud, Akdiye 29, (3628); Nesâi, Buyû 100, (7, 316); İbnu Mâce, Sadakât 18, (2427).

<sup>69</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXIV, s. 164-165; Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 173-175; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. III, s. 282; İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-Müctehid**, C. IV, s. 67-68, 76; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc**, C. III, s. 114-115. Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C. II, s. 534-535; Atar, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 229; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 41.

<sup>70</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 86-87; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 21; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat**, s. 11; Karaaslan, “**İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk**”, s. 14-15; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 25.

<sup>71</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 86-87; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat** s. 11-12; Karaaslan, “**İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk**”, s. 14-15; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 25.

Borçlar hukukundaki “*sınırlı ve sınırsız malî sorumluluk*” şekline benzer bir ayrımın İslam hukukunda da düşünülebileceği ileri sürülmektedir.<sup>72</sup> Buna göre İslam hukukunda zimmetle ilgili borçlar, sınırsız sorumluluk kapsamında; ayn ile ilgili borçlar da, sınırlı sorumluluk kapsamında değerlendirilmektedir. Zimmetteki borçlar, hükmî mal diye kabul edilen “*deyn*” kapsamına girdiği için, bu tür borcu olanlar tüm mal varlıklarıyla sorumludurlar. Ayn ile ilgili borçlardaki sorumluluk ise, söz konusu ayn ile sınırlıdır.<sup>73</sup> Örneğin bir âriyet akdinde, müsteîr işi bittikten sonra akde konu olan malı aynen teslim etmek zorundadır. Çünkü âriyet gibi akitler, akde konu olan malın teslimine bağlı olan (*aynî*) akitlerdendir. Bu tür akitlerde, belirli bir maldan sorumluluk söz konusu olduğu için, burada sınırlı aynî sorumluluk söz konusudur.

## VI. SORUMLULUK DOĞURAN SEBEPLER

İlke olarak herkes, hukuk tarafından korunan şahıs ve mal varlıklarında meydana gelen zararlara katlanmak zorundadır. Yani kural olarak, meydana gelen zararlardan herkesin bizzat kendisi sorumludur. Bu, toplum hayatının ve insanın doğasının bir gereğidir. Örneğin kullandığı arabanın maddi hasara uğraması sonucunda, meydana gelen zarara bizzat sahibi katlanmak zorundadır. Ancak Roma hukukundan beri uygulanagelen ve “*casum sentit dominus*” şeklinde ifade edilen bu ilkenin katı şekilde uygulanmasının bir takım haksızlıklara sebep olabileceği düşünülmüş ve söz konusu ilkeye bazı istisnalar getirilmiştir.<sup>74</sup> Yapılan bu düzenlemeyle, bazı sebeplerin bulunması halinde, mağdurun uğradığı zararı başkasına aktarma imkânı doğmuştur. Buna göre, söz konusu sebeplerin mevcut olması durumunda, mağdur uğradığı zarara katlanmak yerine, bunun tazminini başkasından isteyebilir. Zararın başka bir kimseye aktarılmasını haklı gösteren sebeplere, Türk pozitif hukukunda “*sorumluluk sebepleri*” denilmektedir. Bunlar **kusur**, **sözleşme** (akit) ve **kanun** olmak üzere üçe ayrılmaktadır.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 42-43; Atar, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 38; Karaaslan, “**İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk**”, s. 27.

<sup>73</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 42-43.

<sup>74</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 491-492; Kılıçoğlu, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002, C. I, s. 12

<sup>75</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 492; Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, C. I, s. 12.



İslam hukukunda sorumluluğun (damân) sebeplerine dair fakihlerin farklı tasniflerine rastlanmaktadır. İbn Rüşd, Gazzâlî ve Karâfî damânı gerektiren sebepleri *mübâşeret* (doğrudan itlaf), *tesebbüb* (dolaylı itlaf) ve *vad'u'l-yed/ısbâtü'l-yed* (zilyedlik) şeklinde üçe ayırırken; İzzeddin İbn Abdüsselâm *yed, mübâşeret, tesebbüb ve şart*; Süyûtî ise *akid, yed, itlaf ve haylûle*<sup>76</sup> şeklinde dörde ayırır. İbn Receb el-Hanbelî de tazmin sebeplerini *akit, yed ve itlaf* olarak üçe ayırmaktadır.<sup>77</sup> Çağdaş İslam hukukçularından Zuhaylî bunları *akid, yed ve itlaf* şeklinde, Fethi ed-Düreynî ile Muhammed Fevzi Feyzullah da *Şâri'in ilzâmı, akit ve zararlı fiil* diye üç maddede toplarken<sup>78</sup>; Ali Hafîf *Şâri'in ilzâmı, iltizam, zararlı fiil ve zilyetlik (yedü'd-damân)* biçiminde dörde ve Süleyman Muhammed Ahmed de *akit, yed, itlaf, haylûle ve mağrûr* (hile ve aldatma) olarak beşe ayırmayı tercih etmiştir.<sup>79</sup> Görüldüğü üzere bununla ilgili farklı şekillerde tasnifler yapılsa da, çağdaş İslam hukuku literatüründe damânın sebepleri, başka bir ifadeyle hukukî sorumluluk çeşitleri, genel olarak şu dört başlık altında toplanmaktadır:<sup>80</sup>

1. Şâri'in yükümlü tutması sebebiyle doğan sorumluluk (*ilzâmü's-Şâri'*).
2. Sözleşme sebebiyle doğan sorumluluk (*damânü'l-akd*).
3. Kişinin malı elinde bulundurması sebebiyle doğan sorumluluk (*damânü'l-yed*).
4. Haksız fiilden doğan sorumluluk (*damânü'l-itlaf*).

<sup>76</sup> Haylûle, telef oluncaya kadar kişinin kendi malına ulaşması, ondan faydalanması ve üzerinde tasarrufta bulunmasına engel olma durumunu ifade etmektedir.

<sup>77</sup> İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid**, Dâru'l-Hâdis, Kahire, 2004, C. IV, s. 100; Gazzâlî, **el-Vasît fi'l-mezheb**, Dâru's-Selâm, Kahire, 1417, C. III, s. 383; Karâfî, **el-Furûk**, Alemü'l-Kütüb, y.y., ts., C. II, s. 203-205, 208; C. IV, s. 27; İzzeddin b. Abdüsselâm, **Kavâidü'l-ahkâm**, Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye, Kahire, 1991, C. II, 154-136; Süyûtî, **el-Eşbâh ve'n-nezâir**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1980, s. 362; İbn Receb, **el-Kavâid**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y., ts., s. 204; Sirâc, **Damânü'l-udvân fi'l-fikhi'l-İslâmî**, s. 100.

<sup>78</sup> Zuhaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 61; Düreynî, **en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye**, s. 203; Muhammed Fevzi Feyzullah, **Nazariyyetü'd-damân fi'l-fikhi'l-İslâmyi'l-a'mm**, Mektebetü't-Türâsi'l-İslâmî, Kuveyt, 1403/1983, s.19-132.

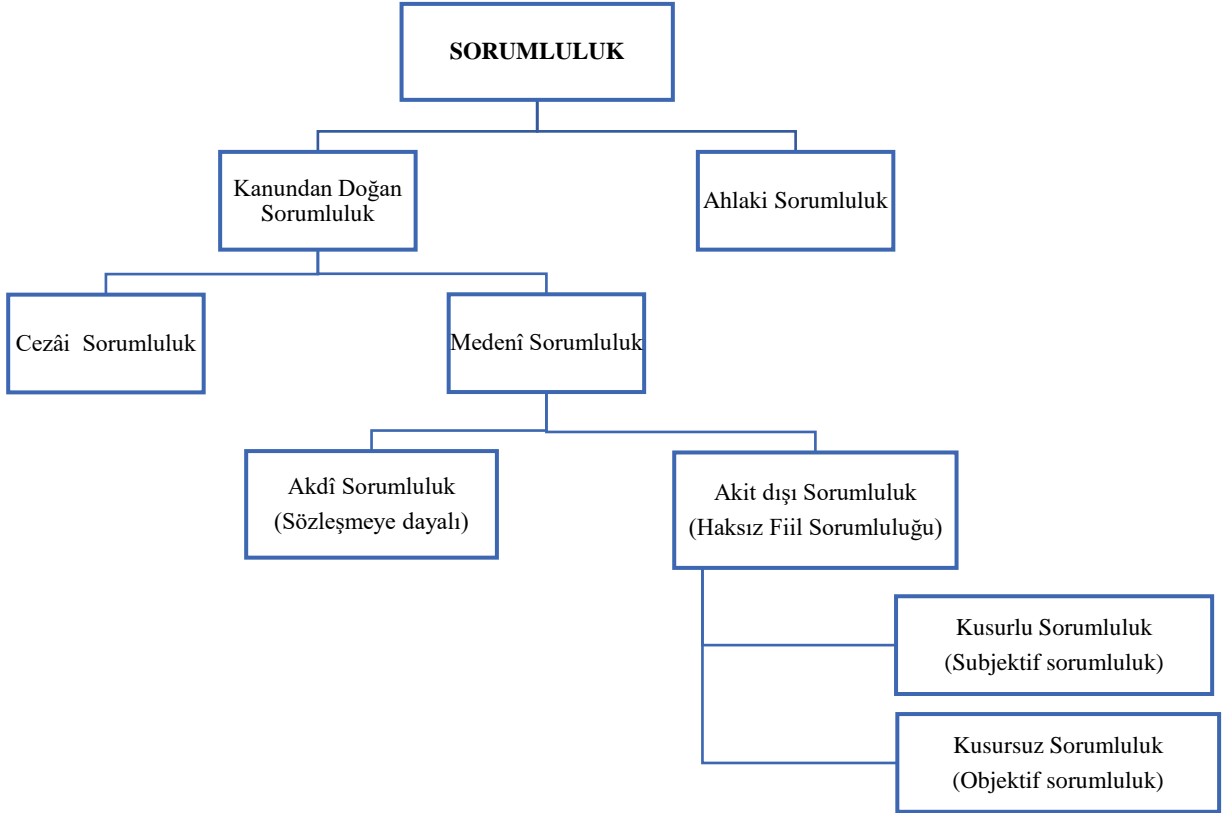
<sup>79</sup> Ali el-Hafîf, **ed-Damân**, s. 11-12; Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mütlefât fi'l-fikhi'l-İslâmî**, Mektebetü'l-Mücelledi'l-Arabî, Kahire, 1985, s. 45.

<sup>80</sup> Ali el-Hafîf, **ed-Damân**, s. 11-12; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 451. Benzer bir sınıflama için ayrıca bkz. Abdüsselâm et-Tüncî, **Müessesetü'l-mes'uliyye fi's-şeriatü'l-İslâmiyye**, Cem'iyyetü'l-Da'veti'l-İslâmiyye el-Alemiyye, Trablus, 1994/1423, s. 89-91.

## VII. SORUMLULUK ÇEŞİTLERİ

Sorumluluk türleri, farklı kriterlerden hareketle çeşitli şekillerde ele alınmaktadır. Genel hukuk açısından bakıldığında sorumluluk türlerinin, *kanundan doğan sorumluluk* ve *ahlaki sorumluluk* (manevî sorumluluk) şeklinde iki ana başlık altında incelendiğini söyleyebiliriz. Kanundan doğan sorumluluk *cezâî ve medenî* sorumluluk diye, medenî sorumluluk da, *akdî sorumluluk* ve *akit dışı sorumluluk* diye ikiye ayrılırken; akit dışı sorumluluk da kendi içerisinde *kusur sorumluluğu* (**sübjektif sorumluluk**) ve *kusursuz sorumluluk* (**objektif sorumluluk**) diye temelde iki grupta ele alınmaktadır.<sup>81</sup> Bunu aşağıda yer alan Şekil 1.1’de şöyle gösterebiliriz:

Şekil 1.1: Borçlar Hukukunda Sorumluluk Türleri



Türk Borçlar hukukunda ele alınan akit sorumluluğu ile akit dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) biçimindeki ikili ayırımı karşılık; İslam hukukunda da, akdî

<sup>81</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 489-490, 508-509; el-Hüseynî, Abdullatîf, **el-Mesûliyetü'l-Medeniyyetü ani'l-ahtâi'l-miheniyye**, eş-Şeriketü'l-Âlemiyye, Beyrut, 1987, s. 21; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 79, 201; Sirâc, **Damânü'l-udvân fi'l-fıkhi'l-İslâmî**, s. 49.

sorumluluk ile akit dışı sorumluluğa benzer bir ayrımın mevcut olduğu ve bu anlamlara gelebilecek birçok kavramın fakihler tarafından kullanıldığını ifade etmek mümkündür.<sup>82</sup> Nitekim bu çalışmada özel olarak incelediğimiz eserlerden Üsrüşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn* 'indeki "damânât" bölümleri ile Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserindeki konulara bakıldığında genel olarak sözleşmeden doğan sorumluluklar ile akit dışı meydana gelen sorumlulukların ele alındığı görülecektir. Söz konusu eserlerde bu durum açıkça ifade edilmese de, tazminatla ilgili mevzubahis edilen konular, fakihlerin zihinlerinde böyle bir ayrımın mevcut olduğunu göstermektedir. Çağdaş İslam hukukçularının damân konusuyla ilgili telif ettiği eserlere müracaat edildiğinde ise, bu çalışmaların modern hukukla yakınlık arz eden bir şekilde ele alındığı müşahede edilmektedir.<sup>83</sup>

İslam hukukunda, sorumluluğun (damân) çeşitlerine yönelik tasnifler, damânın sebeplerine dayanmaktadır. Çağdaş İslam hukuku literatüründe damân sebeplerinin *ilzâmü's-Şâri'*, *damânü'l-akd*, *damânü'l-yed* ve *damânü'l-itlef* olarak temelde dörde ayrıldığını bir önceki başlıkta ifade etmiştik. Her ne kadar bu şekilde bir taksim yapılsa da, *damânü'l-akd*, *damânü'l-yed* ve *damânü'l-itlef* şeklindeki üçlü taksimi esas alarak "Şâri'in yükümlü tutması sebebiyle doğan sorumlulukları (*ilzâmü's-Şâri'*)" konumuzun dışında bırakacağız. Çünkü bunlar, kişinin dinî açıdan yapması gereken yükümlülüklerdir. Örneğin ihramda bulunan kimsenin av hayvanlarını öldürmesi veya harem bölgesindeki yaş ağaçları ve yeşil otları kesip koparması yasaktır. Şâri' tarafından konulan bu kuralın insanlar tarafından ihlal edilmesi durumunda, bunların kıymetini ödeme yükümlülüğü doğar. Bunların yanı sıra haccın ifâsı sırasında yapılan ihlaller için öngörülen malî cezalar, kefâretler (yemin, zıhar, kasten orucu bozma gibi durumlarda), diyet ve erş gibi yükümlülükler de ilzâma verilen diğer örnekler arasında

---

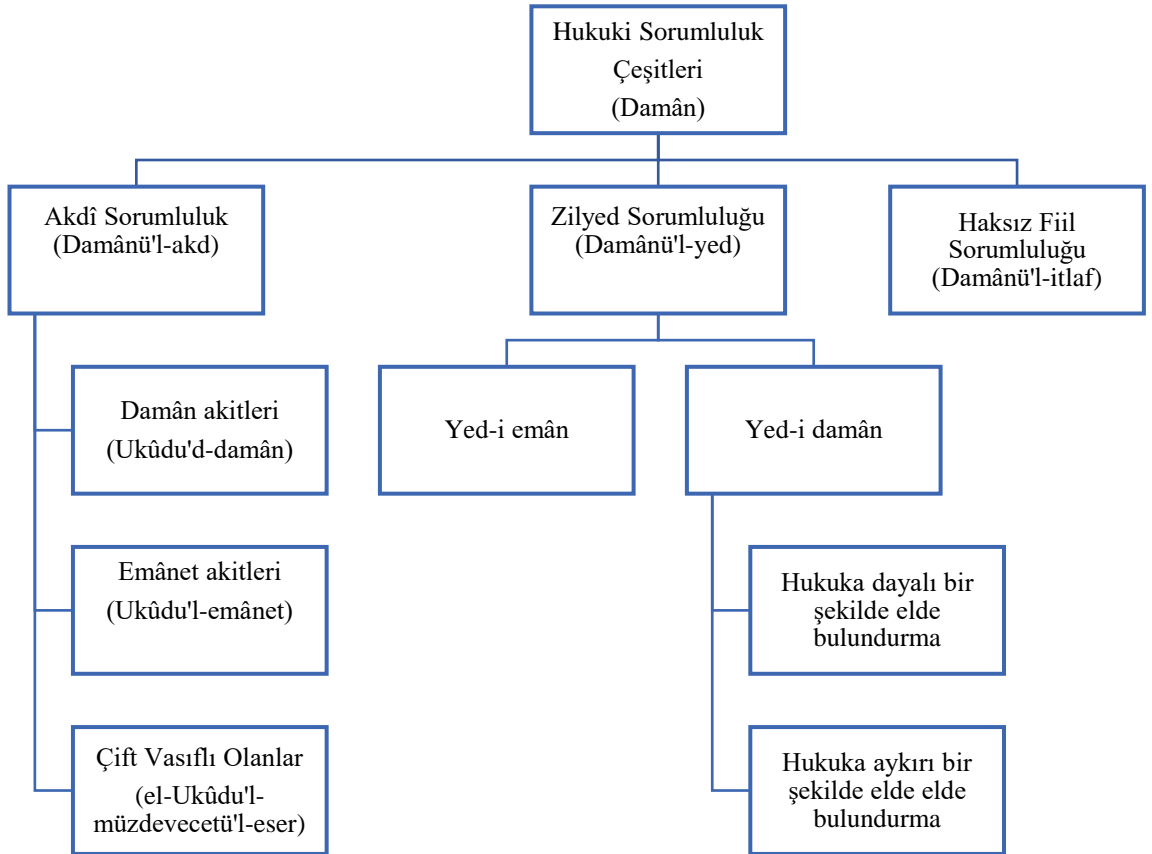
<sup>82</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. IV, s. 212; C. VII, s. 164-165. Her ne kadar Hanefi mezhebi açısından "akit içi" ve "akit dışı" şeklindeki bir ayrım mümkün gözüke de, bu durum başka hukuk sisteminde mevcut olan bir kavram ya da tasnifin birebir İslam hukukuna tatbik edilmesi amacını taşımamaktadır. Buradaki asıl gaye, söz konusu tasniften yararlanmak suretiyle konunun daha sistematik bir şekilde sunulması ile bunun daha kolay anlaşılmasına zemin hazırlamaktır.

<sup>83</sup> Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 201; Düreynî, *en-Nazariyyâtü'l-fıkhiyye*, s. 194; es-Senhûrî, Abdurrezzak, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, ts., C. I, s. 743-776.

zikredilmektedir.<sup>84</sup> Bu örneklerin tamamında ise, Şâri‘ tarafından konulan bir kural ihlal edildiği için kişinin zimmeti, şer’an ödenmesi gereken bir şeyle meşgul olmaktadır. Ancak, söz konusu şeyler kişinin kendi vicdanına kalmıştır, hukuk bunların tazmin edilip edilmemesine karışmaz. Çünkü damânın bu türü Allah ile insan arasındaki yükümlülükleri ihtiva etmektedir.

Görüldüğü üzere damân kavramıyla ifade edilen sorumluluğun kaynakları, İslam hukukçuları tarafından çeşitli ayrımlara tâbî tutulmuş ve bu ayrımların dayandığı bazı kavramlar geliştirilmiştir. Şimdi *akit*, *yed* ve *itlaf* şeklindeki üçlü taksimi esas alarak hukukî sorumluluk çeşitlerini aşağıdaki **Şekil 1.2’de** belirttiğimiz biçimde ele alacağız.

**Şekil 1.2:** İslam Hukukunda Sorumluluk Çeşitleri



<sup>84</sup> Ali el-Hafîf, **ed-Damân**, s. 12.

Sorumluluğun *damânü'l-akd*, *damânü'l-yed* ve *damânü'l-itlaf* şeklindeki çeşitlerine girmeden önce bu üçlü taksimde tedahüllerin bulunduğunu belirtmemiz gerekir. Örneğin bir akit olan vedâ sözleşmesine konu olan malın zarar görmesi, *damânü'l-akdin* yanı sıra *damânü'l-yed*'e de konu olabilir.<sup>85</sup> Bu tür sözleşmelerde akde konu olan malları elinde bulunduran kişi, gereken muhafaza ve özeni gösterdiği takdirde kural olarak meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Çünkü meşrû bir hakka dayanarak malı elinde bulundurduğu için kişinin mal üzerindeki sorumluluğu, *yed-i emânettir* ve burada emânet kuralları geçerlidir. Kişi emânet kurallarına aykırı davranarak sözleşme konusu malın zarar görmesine sebep olursa, bu durumda kişinin mal üzerindeki sorumluluğu *yed-i emânetten yed-i damâna* dönüşür ve meydana gelen zararlardan sorumlu olur. Ancak *damânü'l-yedin* kapsamına giren bir mesele her zaman *damânü'l-akdin* alanına girmeyebilir. Örneğin kaybolan bir malı korumak üzere yoldan bulup alan kişi (*mültekit*), bu malı elinde bulundurması sebebiyle sorumludur. Buradaki sorumluluk, zilyetlikten kaynaklanmaktadır. Söz konusu mal, bulan kişinin elinde emânettir, kendiliğinden zarara uğrarsa tazmin sorumluluğu doğmaz. Ancak zilyetlik (*damânü'l-yed*) sorumluluğuna dâhil olan bu mal, elinde bulunduran kişinin haksız bir fiiliyle telef olursa, bu durum aynı zamanda *damânü'l-itlafın* (haksız fiil sorumluluğu) kapsamına girer. Aynı şekilde *gasp* yoluyla başkasına ait bir eşya üzerinde haksız zilyetlik kuran kişi, malı elinde bulundurması sebebiyle meydana gelecek hür türlü zararı tazminle sorumludur. Çünkü *gâsıbın* başkasına ait bir malı elinde bulundurmasından kaynaklanan bir sorumluluğu vardır. Ancak zorla elde tutulduğu için zilyetlik (*damânü'l-yed*) sorumluluğuna dâhil olan bu mal, *gâsıbın* haksız bir fiili sonucu ya da onun elinde iken kendiliğinden telef olursa, söz konusu mal *damânü'l-yedin* yanı sıra *damânü'l-itlafın* kapsamına da girer.

Çağdaş fıkıh literatüründeki bu üçlü taksimden *damânü'l-akd*, tamamen Türk Borçlar Hukukundaki akdî sorumluluğun kapsamına girerken; *damânü'l-yed* kısmen

---

<sup>85</sup> Âriyet, rehin, kira, vekâlet, mudârebe, müzârâ, müsâkât, şirket vesâyet ve sözleşmelerinde de aynı durum söz konusudur. Bunlar akit olduğu için meydana gelen zararlar, akdî sorumluluk kapsamına girer. Çünkü buradaki sorumluluğun kaynağı/sebebi, akittir. Akdî sorumluluğa (*damânü'l-akd*) giren bu konu, malın elde bulundurulması sebebiyle zilyetlik (*damânü'l-yed*) sorumluluğunun kapsamına da dâhil olur. Söz konusu akitlerdeki malların sorumluluğu emanet hükümlerine göredir, malları elinde bulunduranların gereken özen ve muhafazayı göstermede kusurları yoksa meydana gelen zararlardan sorumlu olmazlar.

akdî sorumluluğun alanına, kısmen de haksız fiil sorumluluğunun alanına girebilir. *Damânü'l-ittlaf ise*, Borçlar Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunu, kısmen de cezaî sorumluluğu ilgilendirmektedir.<sup>86</sup> Bu bilgilerden sonra yukardaki şemada olduğu şekliyle sorumluluğun çeşitlerine geçebiliriz.

## A. Akdî (Sözleşmeden Doğan) Sorumluluk

### 1. Genel Olarak

Akitler, taraflar arasında borç ilişkisi kuran hukukî işlemlerin başında gelir. Sözleşmeden kaynaklanan bu borç ilişkisi, taraflar arasında hukukî bir bağ inşâ eder. Oluşan bu bağ neticesinde, taraflardan her biri hak sahibi olarak diğerinden bir takım yükümlülüklerin yerine getirilmesini isterken; diğer taraftan kendisi de bir takım yükümlülükler altına girer. Örneğin satım akdinde malın bedelini müşteriden istemesi satıcının **hakkı iken**; söz konusu malı müşteriye teslim etmesi de **yükümlülüğüdür**. Müşteri açısından bakıldığında ise, aldığı malın kendisine teslim edilmesini satıcıdan istemesi kendisinin hakkı iken; malın bedelini satıcıya ödemesi de, yükümlülüğüdür. Görüldüğü üzere akitten kaynaklanan borç ilişkilerinde, tarafların birbirlerine karşı yerine getirmek zorunda oldukları bir takım sorumlulukları (hak ve yükümlülükler) vardır. Taraflar, akdin gerekleri olan bu sorumlulukları yerine getirmediklerinde veya ihlal ettiklerinde, akdî sorumluluklar doğmaktadır. Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere, icap ve kabul ile tamamlanan bir satım akdinde malın teslimiyle ilgili her türlü sorumluluk satıcıya; ücretin (*semen*) teslimiyle ilgili her türlü sorumluluk da müşteriye aittir. Akit yapıldıktan sonra satıcının sözleşmeye konu olan şeyi müşteriye geç teslim etmesi, teslim etmemesi veya malın teslim edilmeden yok olması gibi durumlarda akdî sorumluluk doğar.<sup>87</sup>

İslam hukuku literatüründeki “*damânü'l-akd*” kavramı, ilk bakışta Türk Borçlar hukukundaki “*akdî sorumluluk*” fikrini çağrıştırıyor olsa da, her iki kavram arasında

<sup>86</sup> Bununla ilgili ayrıca bkz. Aktan, “Damân”, C. VIII, s. 451.

<sup>87</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1035-1036; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları İstanbul, 1976, C. I, s. 450-452; Tunçomağ, Kenan, **Borçlar Hukuku Dersleri I Genel Hükümler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 254; İnan, Ali Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 261; Dağcı, Şamil, **Fıkıh**, Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim Yayınları, Ankara, 2006, s. 172; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 15-16, 25-26.

önemli bir fark vardır. İslam hukukunda “*damânü’l-akd*” kavramıyla sadece akit konusu mala verilen zararlardan doğan sorumluluklar kastedilirken, akdin gereklerine (*borç*) aykırı davranma şeklinde ortaya çıkan zararlar bu kavramın kapsamına dâhil edilmemektedir.<sup>88</sup> Akit konusu malın (mebi‘) anlaşmaya uygun olması, hasarsız bir şekilde teslim edilmesi ve bedelin satıcıya verilmesi gibi akdin gereğini yerine getirme zorunluluğunu karşılayan ifâ ve iltizamlar, İslam hukukunda damanü’l-akd kapsamında değerlendirilmez.<sup>89</sup> Söz konusu ifâ ve iltizamlar, klasik eserlerde “*mûcebü’l-akd*” veya “*mükteza’l-akd*” kavramlarıyla ifade edilir. Türk Borçlar hukukundaki akdî sorumluluğa gelince, bu kavram mala verilen zararların yanı sıra akdin gereğinin hiç yerine getirilmemiş veya eksik getirilmiş ya da vaktinde ifâ edilmemiş olması gibi borca aykırılığın sebep olduğu zararları da kapsamına alır.<sup>90</sup>

Görüldüğü üzere Borçlar hukukundaki akdî sorumluluk kavramı, damânü’l-akd kavramının yanı sıra mûcebü’l-akd veya mükteza’l-akd terimlerini de bünyesinde ihtiva eden geniş bir kavramdır. Bu sebeple akdî sorumluluk kavramının, sadece akit konusu mala verilen zararlardan doğan sorumlulukları kendisine konu edinen damânü’l-akd kavramıyla karşılanması doğru değildir.

## 2. Sorumluluk Yükleme Açısından Akitler

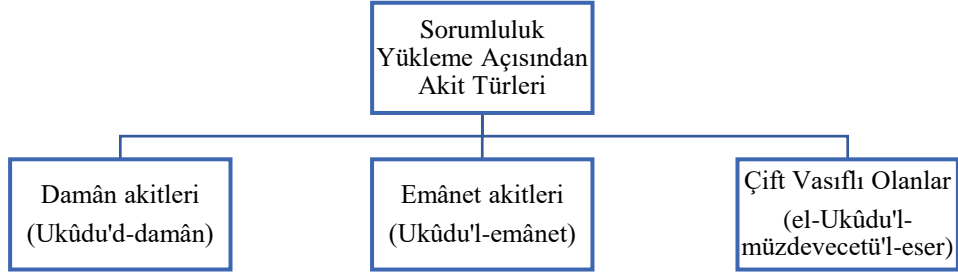
İslam hukukunda akitler, sorumluluk yükleme açısından *damân*, *emânet* ve *çift vasıflı* olan akitler diye üçe ayrıldığı için bunları *damânü’l-akd* kavramının çatısı altında müstakil olarak şöyle ele alacağız.

<sup>88</sup> Örneğin satım sözleşmesinde akit yapıldıktan sonra henüz teslim edilmeyen malın sorumluluğu satıcıya aittir. Bu süre içerisinde mal satıcının elinde iken telef olursa, müşterinin bedeli ödeme yükümlülüğü düşer ve akit infisah etmiş olur. Şayet müşteri bedeli teslim etmişse, bu durumda da satıcı ücreti geri iade eder. Çünkü teslim edilinceye kadar malın sorumluluğu satıcıya aittir. Ancak akitten sonra henüz teslimi gerçekleşmeyen mal, müşteri tarafından itlaf edilirse, bu durumda müşterinin malı teslim almış gibi bedeli ödemesi, yani zararı karşılaması gerekir. Bu örneklerde bayi’ ve müşterinin sadece akit konusu mala verdiği zararı tazmin etmeleri damânü’l-akd kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zühaylî, *Nazariyyetü’l-damân*, s. 204; Heyet, *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, C. XXVIII, s. 238.

<sup>89</sup> Bâğdâdî, *Mecmau’l-damânât*, C. I, s. 22-23; Düreynî, *en-Nazariyyâtü’l-fıkhiyye*, s. 225-227; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, s. 19-20; Zühaylî, *Nazariyyetü’l-Damân*, s. 62, 74, 203; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 44-45.

<sup>90</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 520-536, 1035-1038, 1043-1051, 1051-1059, 1089-1128; Fezyioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 450-452; Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, s. 67; Dağcı, *Fıkıh*, s. 172; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 15-16, 25-26. Ayrıca bkz. Ali el-Hafif, *ed-Damân*, s. 19.

**Şekil 1.3:** Sorumluluk Yükleme Açısından Akit Türleri



**a. Damân Akitleri (*ukûdu'd-damân*)**

Damân akitleri, mülk edinme ve kâr elde etme gibi gayelerle yapılan sözleşmelerdir. Malın teslim alınması ile sorumluluk doğuran bu tür akitlerde, akit konusu malın telefinden doğan her türlü sorumluluk, teslim alan kişiye aittir. Bu sözleşmelerde meydana gelen zarar, kişinin kasıtlı veya hatalı fiilinin yanı sıra semâvî afet gibi mücbir bir sebepten kaynaklanıyor olsa da, tazmin yükümlülüğünü doğurur. Yani bu tür akitlerde zararın nasıl meydana geldiğinin hiçbir önemi yoktur. Önemli olan malın kimin sorumluluğunda/elinde iken zarar gördüğüdür. Dolayısıyla damân akitleri, bir sözleşmeye dayalı olarak malı kabzedenden kişinin sorumluluğunu ifade eder. Satım (bey'), kısmet, mal karşılığı yapılan sulh, karz ve ikâle gibi akitler damân akitlerine örnek olarak verilmektedir.<sup>91</sup>

**b. Emânet Akitleri (*ukûdu'l-emânet*)**

Emânet akitleri, muhafaza veya yardımlaşma gibi bir gaye ile teslim edilen malın bırakıldığı yerde emâneten bulunmasını konu edinen sözleşmelere denir.<sup>92</sup> Bu akitlerde malı elinde bulunduran kişi, gereken muhafaza ve özeni gösterdiği takdirde meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Çünkü muhafaza ve emânet anlayışına dayalı olan bu akitlerde, malı elinde bulunduran kişi emîn vasfına sahip olduğu için sorumluluk (damân) akdin bir gereği değildir. Ancak mal, kişinin kasıtlı veya kusurlu davranışıyla telef olursa, bu durumda malı elinde bulunduran kişi meydana gelen zararlardan sorumludur. Görüldüğü üzere emânet akitlerinde malın teslim alınması, sorumluluğun doğması için tek başına yeterli değildir. Bu tür akitlerde tazmin

<sup>91</sup> Zerkâ, *el-Medhal*, C. I, s. 641-642; Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 129; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 451; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 45.

<sup>92</sup> Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 46.



sorumluluğu için, malın teslim alınmasının yanı sıra kabzedene kişinin kusuru veya haksız fiilinin de bulunması gerekir. Vedîa, âriyet, şirket, vekâlet, vesâyet ve hibe türündeki akitler bu sınıfa girmektedir.<sup>93</sup>

### c. Çift Vasıflı Akitler (*ukûdu'l-müzdevecetü'l-eser*)

Çift vasıflı akitler, bir açıdan damân diğere açıdan emânet yönü bulunan sözleşmelerdir. Kira (icâre), rehin ve bir malın menfaati üzerine yapılan sulh sözleşmeleri, bunlara örnek olarak gösterilmektedir. Örneğın kira akdinde malın fiziksel varlığı (*rakabe*) kiracının elinde emânet hükmünde olduğu için gereken muhafaza ve özenin gösterilmesi durumunda, kiracı bu mala gelecek muhtemel zarar ve ziyandan sorumlu olmaz. Ancak kira akdinde tazmine konu edilen şey malın menfaatidir ve burada söz konusu menfaatin kullanılıp kullanılmaması tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeple kiracı maldan fiilen istifade etmese de kira ücretini ödemekle yükümlüdür.<sup>94</sup> Bunun yanı sıra malın menfaati kişinin kasıtlı veya kusurlu fiiliyle zarar görürse, kiracı oluşan bu zararı da tazmin etmek zorundadır. Çünkü ivazlı sözleşmeler grubunda yer alan kira akdinde ivaza tekabül eden kısım, damân hükümlerine; ivaza tekabül etmeyen hak ve menfaatler ise, emânet hükümlerine tâbidir.<sup>95</sup> Görüldüğü üzere bu tür sözleşmelerde malı elinde bulunduran kişinin sorumluluğu, akdin ihlâl edilen yönüne göre değişiklik göstermektedir.<sup>96</sup> Buna göre, kira akdinde malın menfaati müşterinin damânında iken, malın fiziksel varlığı emânet hükmündedir.

<sup>93</sup> Zerkâ, **el-Medhal**, C. I, s. 643; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 137-138; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 451; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 45-46.

<sup>94</sup> Zerkâ, **el-Medhal**, C. I, s. 641-642; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 143-144.

<sup>95</sup> Bilindiği üzere emânet akitleri ile damân akitlerinin arasını ayırmadaki temel kriter, muâvaza vasfıdır. Şayet akitte muâvaza vasfı bulunuyorsa buna *damân*, bulunmuyorsa da *teberru* (ivazsız) akdi denir. İvazlı akitlerde, ivaza tekabül eden kısım damân hükümlerine tâbi iken; ivazsız akitlerdeki mallar ile ivazlı akitlerdeki ivaz mukabili olmayan hak ve menfaatler ise, emânet hükmündedir. Buna göre ivazlı bir akitte malı elinde bulunduran kimse söz konusu mala gelecek zarar ve ziyandan sorumludur. Buna karşılık, ivazsız akitlerdeki mallar ile ivazlı akitlerdeki ivaz mukabili olmayan hak ve menfaatleri elinde bulunduran kimse, kasıtlı veya kusurlu bir davranışı olmadığı sürece meydana gelen zarar ve ziyandan sorumlu tutulmaz. Bkz. Zerkâ, **el-Medhal**, C. I, s. 642; Aktan, "Emanet", **DİA**, İstanbul, 1995, C. XI, s. 83.

<sup>96</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 46.

### 3. Akdî Sorumluluğun Şartları

Yukarıda da ifade edildiği üzere akitlerde, tarafların birbirlerine karşı bir takım sorumlulukları vardır. Taraflar, akdin gerekleri olan bu sorumlulukları yerine getirmediklerinde veya ihlal ettiklerinde, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklar doğar.<sup>97</sup> Türk Borçlar hukukunda, sözleşmelerden kaynaklanan zararlarda sorumluluğun doğması için her şeyden önce ekonomik değerle ifade edilebilen bir zararın meydana gelmesi, sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarara yol açan bir davranışın olması (*borca aykırılık*) ve meydana gelen zarar ile işlenen borca aykırı davranış arasında uygun bir sebep-sonuç (illiyet bağı) ilişkisinin bulunması gerekir. Zararı doğuran borca aykırı davranış, genel olarak kişinin kasıt veya ihmalden oluşan kusurlu fiilinden kaynaklandığı için ayrıca burada söz konusu davranışın kusurlu olması icap eder. Buradan anlaşılacağı üzere Türk Borçlar Hukukunda akdî sorumluluğun doğması için gerekli olan şartlar genel olarak dördtür.<sup>98</sup> Bunlar *zarar*, *borca aykırılık*<sup>99</sup>, *uygun illiyet bağı* ve *kusurdur*.

<sup>97</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1035-1036; Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, s. 450-452; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Dersleri I Genel Hükümler**, s. 254; İnan, Ali Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 261; Dağcı, Şamil, **Fıkıh**, Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim Yayınları, Ankara, 2006, s. 172; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 15-16, 25-26.

<sup>98</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 536, 1052-1061.

<sup>99</sup> Borca aykırılık, *borcun hiç ifâ edilmemesi (ifâ imkânsızlığı)*, *gereği gibi ifâ edilmemesi (kötü ifâ)* ve *vaktinde ifâ edilmemesi (temerrüt)* gibi temelde şu üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. [bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1051-1052.]

**a. Borcun Hiç İfâ Edilmemesi (İfâ İmkânsızlığı):** Borca konu olan edimin ifâ edilmemesi veya ifâ edilemez hale gelmesi, imkânsızlık kavramını gündeme getirir. İmkânsızlık, sözleşmenin yapılmasından önce veya en geç sözleşme yapıldığı anda belli ise, bu durumda *başlangıçtaki imkânsızlık* söz konusu olur. Bu imkânsızlık türünde ifâ imkânsız hale geldiği için bu şekilde yapılan sözleşme hukuki bir sonuç doğurmaz. İmkânsızlık akdin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkıyorsa, bu durumda da *sonraki imkânsızlık* halleri söz konusu olur. Sonraki imkânsızlık, borçlunun kusurundan kaynaklanan sebeplerle imkânsız hale gelmişse, Borçlar hukukunda buna *kusurlu imkânsızlık* denilir. Böyle bir durumda borçlu karşı tarafın zararını tazmin etmekle sorumludur. Şayet imkânsızlık Borçlunun kusuruna dayanmıyorsa, buna da *kusursuz sonraki imkânsızlık* adı verilir. Böyle bir durumda borç ilişkisi, herhangi bir tazminat söz konusu olmadan sona erer ve sözleşme dolayısıyla yerine getirilen edimler iade edilir. [bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1037-1042; Dural, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, 1976, s. 48, 52, 54, 75-76, 81, 100; a.mlf., “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1973, C. VII, say. 1, s. 25, 29; Altunkaya, Mehmet, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.108, 110; Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, C. I, s. 79, 481; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukuku** (çev. Cevat, Edege), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 563, 600.]

**b. Borcun Gereği Gibi İfâ Edilmemesi (Kötü ifâ):** Borcun gereği gibi ifâ edilmemesi de, sözleşmeden doğan borcun eksik veya kötü bir şekilde sözleşme şartlarına aykırı olarak yerine

İslam hukukunda da sözleşmelerden kaynaklanan zararlarda sorumluluğun doğması için öncelikle bir zararın meydana gelmesi gerekir. Çünkü zarar, sorumluluğun kurucu unsurudur, zararın olmadığı yerde sorumluluktan bahsedilemez. Öte yandan, zarar sorumluluğun kurucu unsuru olsa da tek başına sorumluluğu doğurmak için yeterli değildir. Meydana gelen zararın tazmine konu olabilmesi için, zarara yol açan bir fiilin (*el-fi'lü'd-dâr*) bulunması ve bu fiilin de teaddî unsurunu taşıyor olması gerekir.<sup>100</sup> Bunların yanı sıra meydana gelen zarar ile işlenen fiil arasında uygun bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması (*râbîta/alâka/telâzüm/illiyet bağı*) gerekir. Çünkü tazmin sorumluluğu bu ilişkinin kurulabilmesine bağlıdır. Örneğin bir sözleşmede bayi' veya müşteriden herhangi biri, zararlı fiiliyle akdin konusu olan mala zarar verdiğinde oluşan zararın fail tarafından tazmin edilmesi gerekir. Oluşan zarar, akitten sonra teslimden önce ise, malın sorumluluğu satıcıya ait olarak sözleşme bozulur ve müşterinin bedeli ödeme yükümlülüğü düşer veya ödediği bedeli geri alır. Zarar müşteri tarafından kaynaklanıyorsa, müşteri malı teslim almış gibi bedeli satıcıya öder. Görüldüğü üzere İslam hukukunda *damânü'l-akd* kavramıyla ifade edilen akdî sorumluluğun şartları/rükünleri *fiil*, *zarar*, *râbîta* ve *teaddî* olmak üzere dörttür.

Dikkat edilecek olursa, Türk Borçlar hukukunda akdî sorumluluğun şartlarından olan borca aykırılık unsurunun, İslam hukukunda teaddî kavramıyla ifade edildiği görülmektedir. İleride görüleceği üzere İslam hukukunda teaddî kavramı,

---

getirilmesidir. Borçlu burada yapmaması gereken bir şeyi veya yapması gereken bir şeyi eksik yaparak sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmektedir. Borçlu bu tür bir eylemde, kendisinin kusursuz olduğunu ispat etmediği sürece alacaklının bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. [bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1043-1051; Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 67 vd.]

**c. Borcun Vaktinde İfâ Edilmemesi (Temerrüt):** Borca aykırılık hallerinin üçüncüsü de, borca konu olan *edimin vaktinde ifâ edilmemesi*dir. Temerrüt kavramıyla da ifade edilen bu aykırılık halinde, borç devam eder, yani temerrüt borcu sona erdirmez. Temerrüt borçluyu borçtan kurtarmayacağı için de, borçlu alacaklının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Alacaklı, gecikmeden doğan zararın tazmini ile birlikte mümkün olduğu takdirde aynen ifâyı isteme veya aynen ifâyı reddedip borcun ifâ edilmemesinden doğan zararın tazminini talep edebilir. Ancak borçlu, gecikmenin kendi kusuru ile olmadığını kanıtlaması durumunda bu tazminattan kurtulabilir. [Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 520-536, 1089-1128. Ayrıntılı ve daha geniş bilgi için bkz. Yaran, Rahmi, **İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi, Borçlunun Temerrüdü Alacaklının Temerrüdü**, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997.]

<sup>100</sup> Düreynî, **en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye**, s. 204-205.

sözleşmelerin yanı sıra haksız fiil sorumluluğunda da bulunması gereken unsurlardan biridir. Ancak İslam hukukundaki bu kavramı, Türk hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluklarda borca aykırılık ve kusur; haksız fiillerde ise hukuka aykırılık ve kusur unsuru şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmelerden doğan sorumluluklar ile bunları doğuran şartlar, tezimizin kapsamı dışında olduğu için bu konudaki sözlerimizi noktalarak diğer bir sorumluluk türü olan zilyedlik (*damânü'l-yed*) sorumluluğu ile devam edeceğiz.

### **B. Zilyed Sorumluluğu (*damânü'l-yed*)**

İslam hukukunda sorumluluk çeşitlerinden biri olan *damânü'l-yed*, kişinin başkasına ait bir malı elinde bulundurması sebebiyle doğan sorumluluklarını ifade eder. *Damânü'l-yed* kavramıyla ifade edilen bu sorumluluğa, zilyedlik sorumluluğu da denilir.<sup>101</sup> Başkasına ait bir malı elde bulundurma, her zaman tazmine konu olmaz. Bu yüzden zilyedlikten kaynaklanan sorumluluk (*damânü'l-yed*), malı elinde bulunduran kişinin (zilyed) sorumlu olup olmamasına göre *yed-i emânet* ve *yed-i damân* diye iki kısma ayrılır.<sup>102</sup> Yapılan bu ayırım, akitlerin *damân* ve *emânet* şeklindeki ikili ayırımının farklı bir açıdan tasnife tabi tutulmasıdır. Görüldüğü üzere zilyedlikten kaynaklanan sorumluluk, malı elinde bulunduran kişinin hukukî açıdan emîn veya dâmin (sorumlu) sayılmasıyla ilgilidir.

#### **1. Yed-i Emânet**

Yed-i emânet, meşrû bir hak veya yetkiye dayanarak malikin vekili sıfatıyla bir malı elinde bulunduran kişinin kural olarak sorumlu tutulmama durumunu ifade eder. Malı elinde bulunduran kişiye, *yed-i emîn* denir. Vedâ, âriyet, rehin ve kira akdine konu olan malları elinde bulunduran kimse ile yetim veya küçüğe ait malı elinde

---

<sup>101</sup> Arapça'da "*bir şeyi elinde bulunduran veya sahip olan kimse,*" anlamına gelen zilyed, Mecelle'de, "*bir ayna bilfiil vaz'ı yed eden yahut tasarruf-ı müllak ile tasarrufu sabit olan kimse*" şeklinde tanımlanır. Zilyedlik de "*mâlik sıfatıyla veya mâlik gibi tasarruf etme niyetiyle bir ayn üzerinde kurulan fiilî hâkimiyet*" anlamına gelmektedir. Klasik kaynaklarda zilyedliği ifade etmek üzere yed, sâhibü'l-yed, zi'l-yed, vad'u'l-yed, hiyâze ve milkü'l-yed gibi kavramlar kullanılmıştır. Zilyed sayılmak için bir eşya üzerinde fiili bir hâkimiyetin kurulması yeterlidir. Söz konusu hâkimiyetin meşru bir sebebe dayanıp dayanmamasının hiçbir önemi yoktur. Çünkü gasp veya hırsızlık gibi meşru olmayan bir sebebe dayanarak malı elinde bulunduran gâsıp ve hırsız da malın zilyedi sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Topal, Şevket "Zilyedlik", **DİA**, İstanbul, 1992. C. XLIV, s. 417; Ali el-Haffif, **ed-Damân**, s. 78.

<sup>102</sup> Ali el-Haffif, **ed-Damân**, s. 78; Heyet, **el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye**, C. XXVIII, s. 258; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 451; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 47.

bulunduran velî ve vasî, yed-i emîne örnek olarak gösterilebilir.<sup>103</sup> Söz konusu örneklerde yed-i emîn, malikin nâibi sıfatıyla malı elinde bulundurduğu için burada emânet kuralları geçerlidir. Yani malı elinde bulunduran kişi, gereken muhafaza ve özeni gösterdiği takdirde, kural olarak meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Ancak söz konusu kişi kasıt, kusur ve ihmal gibi hukuka aykırı olan bir davranışıyla malın zarar görmesine sebep olursa, bu durumda yed-i emânet, yed-i damâna dönüşür ve malı elinde bulunduran kişi zararlardan sorumlu olur.<sup>104</sup>

## 2. Yed-i Damân

Yed-i damân, mülkiyetine geçirme veya kendisinden istifade etme amacıyla bir malı elinde bulundurma durumunu ifade eder.<sup>105</sup> Bir malın elde bulundurulması (zilyedlik) aynı zamanda tazmin sorumluluğunu gerektiriyorsa, söz konusu mal üzerindeki hâkimiyet türüne *yed-i damân*; bu malı elinde bulunduran kişiye de *dâmîn* denilir. Dâmâna konu olan zilyedlikleri aşağıdaki şekilde dört kısımda incelemek mümkündür.<sup>106</sup>

**1) İzinsiz zilyedlik (اليد غير المأذونة):** Başkasına ait bir malın, hukuka aykırı bir şekilde elde bulundurulması anlamına gelir. Hırsız ve gâsıbın çaldığı eşya üzerindeki hâkimiyeti/zilyedliği buna örnektir. Hırsızlık ve gasp, hukukun izin vermediği bir zilyetlik olduğu için de, malı elinde bulunduran kişiler meydana gelen zararlardan sorumludurlar. Zarara uğrayan mal da, mislî ise misliyle; kıyemî ise, kıymeti ile tazmin edilir.<sup>107</sup>

**2) İzinli zilyedlik (اليد المأذونة):** Hukuka uygun olmakla birlikte bir malı elde bulundurmanın sorumlu olmayı gerektirdiği zilyedliktir. Zararın meydana gelmesinde

<sup>103</sup> Ali el-Hafif, **ed-Damân**, s. 78; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 153; Heyet, **el-Mevsûatü'l-fıkhiyye**, C. XXVIII, s. 258; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 451.

<sup>104</sup> Ali el-Hafif, **ed-Damân**, s. 81; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 153; Heyet, **el-Mevsûatü'l-fıkhiyye**, C. XXVIII, s. 258-259; Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mütlefât**, s. 57; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 451; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 47-48.

<sup>105</sup> Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 153; Heyet, **el-Mevsûatü'l-fıkhiyye**, C. XXVIII, s. 258; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 47.

<sup>106</sup> Bu taksim çağdaş araştırmacıardan Haris el-İsâ ve Ahmet el-Hatîb'e aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Haris el-İsâ ve Ahmet el-Hatîb, "Yedü'd-damân ve Yedü'l-emâne beyne'n-nazariyyeti ve'tatbîki fi'l-Fıkhi'l-İslâmî", **Mecelletü'l-Câmiati'l-İslâmîyye** Medine, 2010, sy.2, C. XVIII, s.316-318.

<sup>107</sup> Mevsilî, Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd, **el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut, 1937/1356, C. III, s. 61; Ali el-Hafif, **ed-Damân**, s. 20, 78; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 154; İsâ-Hatîb, "Yedü'd-damân ve Yedü'l-emâne", s. 317.

kusur ve ihmal olmasa da, söz konusu zarar tazmine konu olur. Bir satım akdi yapıldıktan sonra bayinin (satıcı) teslimden önce mal üzerindeki hâkimiyeti buna örnektir. Her ne kadar satıcının akde konu olan mal üzerindeki hâkimiyeti izinli türden bir zilyetlik olsa da, söz konusu mal müşteri kabzetmeden önce telef olursa, satıcı meydana gelen zararı tazmin eder.<sup>108</sup>

**3) Hukukun sadece istifadeye izin verdiği zilyedlik ( اليد المأذونة بالانتفاع فقط ):** Sahibinin izniyle başkasına ait bir malın, sadece faydalanma amacıyla elde bulundurulmasıdır. Âriyet akdinde başkasının malını elinde bulunduran kişinin zilyedliği buna örnektir. Hanefîlere göre, hukuka aykırı bir fiili bulunmuyorsa, müsteîrin elinde iken telef olan mal, tazmin sorumluluğu doğurmuyor ise de, Şâfiî ve Hanbelîler'e göre söz konusu malın tazmin edilmesi gerekir.<sup>109</sup>

**4) Hukuka aykırı bir davranış sebebiyle yed-i damâna dönüşen emânet vasıflı zilyedlik:** Sahibinin izniyle başkasına ait bir malın veya ortaklar nezdinde şirket sermayesinin emâneten elde bulundurulmasıdır. Kendisine emânet bırakılan kişi (mûdâ') ile vekil, mudârib ve mültektın<sup>110</sup> elindeki mallar ve şirket akdinde ortakların sermaye üzerindeki hâkimiyeti/zilyedliği buna örnektir.<sup>111</sup> Hukukun sadece istifadeye izin verdiği zilyetlik, Hanefi hukukuna göreye buraya dâhil edilebilir. Bu tür zilyedlikler, temelde muhafaza ve emânet anlayışına dayalı olduğu için, zilyed gereken muhafaza ve özeni gösterdiği sürece kural olarak tazmin sorumluluğu doğmaz. Ancak kusur ve ihmal sonucunda bir zarar meydana gelirse, başlangıçta emânet vasıflı olan bu zilyedlikler, hukuka aykırı davranış sebebiyle yed-i damâna dönüşürler.<sup>112</sup> Bu durumda da ilgili kişiler meydana gelen zararlardan sorumlu olurlar.

Görüldüğü üzere bir malın elde bulundurulması (*yed*), hukuka uygun olabileceği gibi hukuka aykırı da olabilir; ancak damâna konu olması açısından, bunun hiçbir

<sup>108</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. V, s. 248; İsâ-Hatîb, "Yedü'd-damân ve Yedü'l-emâne", s. 317.

<sup>109</sup> Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 56; eş-Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, **el-Ümm**, Dâru'l-Mârifet, Beyrut, 1990, C. III, s. 250; Ali el-Hafîf, **ed-Damân**, s. 78; İsâ-Hatîb, "Yedü'd-damân ve Yedü'l-emâne", s. 317; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 451.

<sup>110</sup> İslam hukukunda kaybolan bir malın sahibi adına korunmak üzere alınıp muhafaza edilmesine *iltikât*, bunu bulup alan kişiye de *mültekt* denilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Köse, Saffet, "Lukata", **DİA**, İstanbul, 2003, C. XXVII, s. 223.

<sup>111</sup> Ali el-Hafîf, **ed-Damân**, s. 78; İsâ-Hatîb, "Yedü'd-damân ve Yedü'l-emâne", s. 318.

<sup>112</sup> Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mütlefât**, s. 57; Heyet, **el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye**, C. XXVIII, s. 259; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 47-48.

önemi yoktur. Çünkü her iki durumda da damân söz konusu olur. Örneğin satım akdinde bayinin teslimden önce mal üzerindeki hâkimiyeti meşru bir sebebe dayanırken, hırsız ve gâsıbın çaldığı mal üzerindeki hâkimiyeti hukuka aykırıdır. Her iki durumda da malı elinde bulunduran kişi/dâmîn, kural olarak meydana gelen zararlardan sorumlu olduğu için hâkimiyet altındaki bu mal, dâminin damânında, yani sorumluluğundadır.<sup>113</sup> Çünkü damân vasıflı zilyedlikler, her halükarda sorumluluk kaynağıdır. Bu yüzden damân vasıflı akitlerde meydana gelen zararda dâminin kusurlu olup olmaması veya söz konusu zararın üçüncü bir kişinin fiili ya da semâvî afet (*el-âfetü's-semâviyye ve'l-câiha*) gibi mücbir bir sebepten kaynaklanıyor olması, sorumluluğun doğmasına mani değildir.<sup>114</sup>

### C. Akit Dışı Sorumluluk (*Haksız Fiil Sorumluluğu*)

#### 1. Genel Olarak

Sözleşme dışında, bir kimsenin kusurlu (kasıt, ihmal ve tedbirsizlik gibi) ve hukuka aykırı davranışıyla başkalarına verdiği zararın giderilmesini düzenleyen sorumluluk türüne Türk Borçlar hukukunda “*akit dışı sorumluluk*” denilir.<sup>115</sup> Akit dışı sorumluluk, genellikle haksız fiil sonucunda ortaya çıktığı için, buna “*geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu*” (İngilizce ifadesiyle **tort**) da denilmektedir.<sup>116</sup> Haksız fiiller, tazmin sorumluluğunu doğurduğu için mağdur olan şahıs, ilgili kişiden zararın tazminini isteyebilir veya bu kişiye tazminat davası açabilir.<sup>117</sup> Genel kural olarak, meydana gelen zararın tazmin edilmesi hususunda fiilin kasıtlı olup olmamasının pek bir önemi yoktur. Nitekim Borçlar Kanununun 41. maddesinin ilk fıkrasında belirtildiği üzere bir kişi kasten veya ihmal ederek veyahut dikkatsiz ve tedbirsiz

<sup>113</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XIII, s. 171-172; C. XI, 49-50; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 47.

<sup>114</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. V, s. 248; Serahsî, *el-Mebsût*, C. XI, s. 50; C. XIII, s. 170-171; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, s. 82; Heyet, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, C. XXVIII, s. 258-259; Aktan, “Damân”, C. VII, s. 451.

<sup>115</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 516; Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, s. 6-7; Akıncı, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Sayram Yayınları, Konya, 2003, s. 168; Yıldız, Kemal, “Sorumluluk”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2009, C. XXXVII, s. 380.

<sup>116</sup> Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 27-28; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 61-62.

<sup>117</sup> Aydın, Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, İstanbul, 1981, s. 74; Belgesay, Mustafa Reşit, *Kusur ve Hukuki Hata*, İstanbul, 1956, s. 270-271; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 55-56.

davranarak bir başkasını zarara uğrattırsa, zarar veren meydana gelen zararı tazmin etmek zorundadır. Görüldüğü üzere haksız fiil, mağdur ile zarar veren kişi arasında bir borç münasebeti doğurur. Zira mağdur zararlı fiil neticesinde tazminat alacağı hakkı kazanırken, zarar veren de tazminat borcu altına girer.<sup>118</sup>

Sorumluluğun bu türü, çağdaş İslam hukuku literatüründe *damânü'l-itlaf* kavramıyla ifade edilmektedir. *Damânü'l-itlaf*, sözleşme (akit) dışında kişinin kusurlu (kasıt, ihmal ve tedbirsizlik gibi) ve hukuka aykırı fiiliyle başkasına verdiği zarar sebebiyle ortaya çıkan malî ödeme sorumluluğunu ifade eder.<sup>119</sup> Tanımdan da anlaşıldığı üzere, sözleşme dışında meydana gelen hukuka aykırı fiiller, *damânü'l-itlaf*ın kaynağını oluşturmaktadır. Bu durum *damânü'l-itlafı*, *damânü'l-akden* ayırmaktadır. Çünkü *damânü'l-akden*, sözleşmeye dayalı olarak meydana gelen zararları kendisine konu edinirken; *damânü'l-itlaf*, akit dışı meydana gelen zararları kapsar.

İslam hukukunda haksız fiiller genel olarak “*şahıslara ve mallara yönelik haksız fiiller*” diye ikiye ayrılmaktadır. Şahıslara karşı işlenip *damâna* konu olan haksız fiiller, doğrudan şahsa yönelik bir öldürme (katl) fiili olabileceği gibi kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müessir bir fiil de olabilir.<sup>120</sup> Bu konular klasik fıkıh kitaplarının *cinâyât* ve *ukûbat* bölümlerinde incelenmiş; fakat modern hukukta olduğu gibi burada *cezâ* ve *hukukî sorumluluk* şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir.<sup>121</sup> Bu yüzden İslam

<sup>118</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, **Medeni Hukukun Umumî Esasları**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968, s. 309; Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lügatı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1956, Haksız fiil Md. s. 114; **The Colombia Encyclopedia**, Tort, sixth Edition, Colombia University Press, 2000; “Tort” Md; Ansay, Tuğrul - Don Wallace Jr, **Introduction to Turkish Law**, Ankara, 1966, s. 172; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 56.

<sup>119</sup> Ali el-Haffif, **ed-Damân**, s.19; Heyet, **el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye**, C. XXVIII, s. 227; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 49; Aktan, “*Damân*”, C. VIII, s. 451

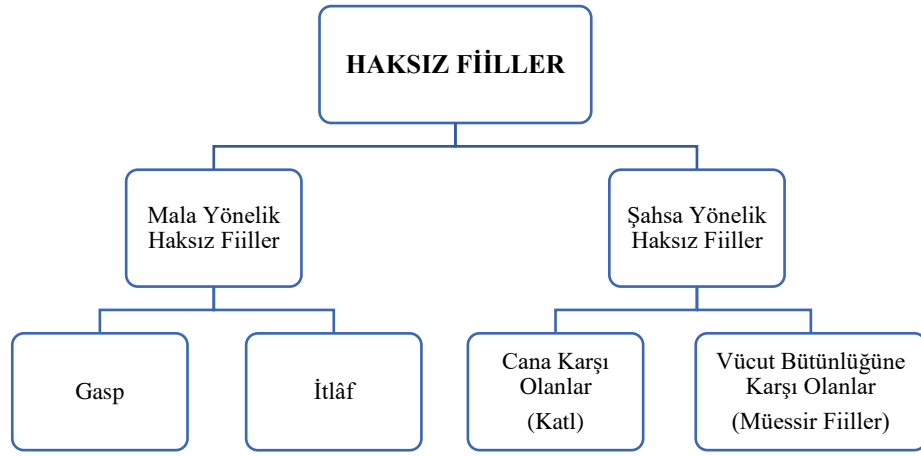
<sup>120</sup> *Kâsânî*, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 164-165, 233, 296. Heyet, **el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye**, C. XXVIII, s. 226; Aydın, Mehmet Akif, “*Haksız Fiil*”, **DİA**, İstanbul, 1997, C. XV, s. 210-211; Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s.132; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 20-21, 57-60; Aktan, “*Damân*”, C. VIII, s. 452.

<sup>121</sup> Haksız fiileri bir bütün olarak elen alan Kara Avrupa'sının ve bunun etkisinde kalan hukuk sistemlerinin aksine, İslam hukukunda haksız fiiller kazuisitik metoda göre münferit olarak ele alınmış ve söz konusu bölüm hangi konuya aitse sadece onunla ilgili esaslar incelenmiştir. Bu yüzde de İslam hukukunun klasik dönem literatüründe haksız fiilleri içine alan ortak bir terimin olmadığı, klasik kaynaklarda bunu ifade etmek üzere “*cinâyet*”, “*cürüm*”, “*cerîme*” ve “*itlaf*” gibi kavramların; Arapça yazılan muasır çalışmalarda ise “*el-fi'lü'd-dâr*, *el-amel gayrû'l-meşrû* ve *el-a'mâl gayrû'l-mubâha*” gibi tabirlerin kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Aydın, Mehmet Akif, “*Haksız Fiil*”, **DİA**, İstanbul, 1997, C. XV, s. 210.



hukukunda şahıs ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen haksız fiillerde mağdura verilecek olan diyet, erş ve hükümet-i adl türündeki para cezaları, ceza olmanın yanı sıra tazminat özelliği de taşımaktadır. Hayvanlara ve eşyaya verilen zararlar gibi mala karşı işlenip damâna konu olan haksız fiiller de, muâmelât fasıllarının gasp, itlaf ve damân gibi bölümlerinde ayrı ayrı işlenmiştir.<sup>122</sup> Bu ayrımı tabloda şu şekilde göstermek mümkündür:

Şekil 1.4: Haksız Fiiller



Konuların ele alınışı böyle olmakla birlikte, malî sorumluluk doğuran haksız fiiller, İslam hukukunun muâmelât (medenî hukuk) bölümlerinin yanı sıra ukûbât (ceza hukuku) bölümlerinde de mevzubahis edilmektedir. Örneğin mülkiyete karşı işlenen haksız fiillerden hırsızlık suçu, ukûbât bölümünde; gasp ve itlaf gibi suçlar ise muâmelât bölümünde incelenmektedir. Klasik fıkıh kitaplarının bu bölümleri ve örnekleri incelendiğinde, modern hukukta benimsenen akdî sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğuna benzer bir ayrımın çok daha önce İslam hukukçularının düşünce yapısında var olduğunu ve fakihlerin bunları birbirinden ayrı düşündüklerini ifade etmek mümkündür.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, C. VII, s. 164-165, 233; Heyet, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, C. XXVIII, s. 226; Ayrıca bkz. Aydın, Mehmet Akif, "Haksız Fiil", *DİA*, İstanbul, 1997, C. XV, s. 210-211; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s.132; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 20-21, 57-60; Aktan, "Damân", C. VIII, s. 452.

<sup>123</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. IV, s. 212; C. VII, s. 164-165.

## 2. Akit Dışı Sorumluluk Halleri

Akit dışı sorumluluk halleri, Borçlar hukukunda *kusura dayanan* (sübjektif) ve *kusura dayanmayan* (objektif) sorumluluk diye ikiye ayrılır.

Kusur sorumluluğu, kişinin kusurlu fiiliyle başkasının malına kasıtlı olarak verdiği zarardan sorumlu tutulması anlamına gelir. Zarar, failin kusurlu fiiline dayandığı için de bu sorumluluğa **kusur sorumluluğu** denilmektedir. Kusur, kişinin ruh ve zihin haliyle ilgili olduğu için sübjektif bir özelliğe sahiptir. Bu sebeple kusur sorumluluğu kavramı yerine, **sübjektif sorumluluk** kavramı da kullanılmaktadır.<sup>124</sup> Bu tür sorumlulukta failin zararlı fiilinden sorumlu tutulması için kusur şartı aranmaktadır. Çünkü kusur, bu sorumluluk türünün kurucu unsurudur.<sup>125</sup> “Dar anlamda haksız fiil” ifadesinden kastedilen de, bu tür haksız fiillerdir.<sup>126</sup> Zira haksız fiiller kapsamında ele alınan sebep sorumluluğunda (kusursuz sorumluluk) kusur, kurucu unsur olmaktan çıkmakta ve failin sebep olduğu zararın tazmin edilmesi söz konusu olmaktadır. Görüldüğü üzere kusur sorumluluğunda, tazmin sorumluluğunu doğuran en önemli unsur, kusurdur. Bu durum, “*kusur olmadan sorumluluk olmaz*” ilkesiyle ifade edilmiştir.<sup>127</sup> Ancak bu ilkenin katı şekilde uygulanmasının bir takım haksızlıklara sebep olacağı düşünülmüş ve sanayi devrimiyle birlikte toplumsal alanda meydana gelen teknik gelişmelerin zorunlu bir sonucu olarak sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) anlayışı 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kabul görmeye başlamıştır.<sup>128</sup>

**Kusursuz sorumluluk**, ilke olarak zarara sebep olma düşüncesine dayanmaktadır. Bu yüzden, fail zarar kastı bulunmasa da sebep olduğu zararları tazmin etmekle sorumludur. Kusursuz sorumlulukta tazmin sorumluluğunun doğması için fiil ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin varlığı yeterli görülmüştür. Kusursuz

---

<sup>124</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 493; Oğuzman, M. Kemal - Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, C. II, s. 11; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 27.

<sup>125</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 494; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 27.

<sup>126</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 516; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 28.

<sup>127</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 494

<sup>128</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 491-499; Kılıçoğlu, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku**, C. I, s. 12; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 41-42.

sorumluluğa, “**sebepe (objektif) sorumluluğu**” denilmesinin nedeni de budur.<sup>129</sup> Kusursuz sorumlulukta “*kusur*” şartının kurucu bir unsur olmaktan çıktığı ifade edilse<sup>130</sup> de, kusursuz sorumluluğun bütün türleri için bunu söylemek mümkün değildir. Çünkü bunun türlerinden biri olan özen sorumluluğu, kişinin gereken tedbirleri almaması veya kanunda öngörülen objektif özen ödevinin ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan bir kusursuz sorumluluk türüdür.<sup>131</sup> Dolayısıyla burada sorumluluğu doğuran şey kişilerin ihmalkâr fiilleridir. Borçlar hukukunda kusur unsurunun kasıt ve ihmalden oluştuğunu göz önünde bulundurursak, burada kusurun olmadığını söyleyemeyiz. Örneğin ev başkanı<sup>132</sup> ile adam çalıştıran ve hayvan bulduran kişiler, zararın doğmasını engellemek için gereken özeni gösterdiklerini ispat ederlerse sorumlu olmazlar; ancak ihmalkâr davranır ya da mahkemeye kurtuluş kanıtı<sup>133</sup> getirmezlerse zarardan sorumlu olurlar.<sup>134</sup> Görüldüğü üzere burada sorumluluğu doğuran şey kişilerin ihmalden kaynaklanan kusurlu fiilleridir.<sup>135</sup> Bununla birlikte kusursuz sorumluluğun diğer bir türü olan tehlike sorumluluğunda ise, kusur şartı aranmamaktadır. Örneğin tehlikeli işletmelerde (tren, uçak, gemi, enerji işletmeleri, atom reaktörleri, nükleer tesisler ile patlayıcı üreten, depolayan veya kullanan firmalar vb.) sorumluluğun doğması için söz konusu işletmelerin faaliyet gösteriyor olması tek başına yeterlidir, başka bir şey aranmaz. Tazmin sorumluluğu açısından, burada kişilerin kusurlu olup olmamasının, özen ödevini yerine getirip getirmemesinin veyahut sahibi olduğu işletmede bir bozukluk ve eksikliğin bulunup bulunmamasının hiçbir önemi yoktur. Çünkü her türlü tedbirin alınmasına rağmen, söz

---

<sup>129</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 495; Oğuzman-Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, s. 137; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s. 8; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s.26-27, 148.

<sup>130</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 495.

<sup>131</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 499.

<sup>132</sup> Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan sorumlu olan kişi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 637.

<sup>133</sup> Sorumluluktan kurtulmak için kişinin borcu veya özen ihlali olmadığına dair mahkemeye sunduğu delil.

<sup>134</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 627, 635-636, 642-643; Oğuzman-Öz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. II, s. 150, 164.

<sup>135</sup> Ancak yapı maliki ile taşınmaz malikinin durumu farklıdır. Kanun bu kişilere kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanımadığı için bunlar gereken özeni gösterdiklerini ispat etseler bile sorumluluktan kurtulamazlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 653, 667; Oğuzman-Öz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. II, s. 183-184.

konusu işletme veya faaliyet alanlarında zararın ortaya çıkması neredeyse kaçınılmazdır. Bu yüzden ilgili işletmelerin sahipleri ve bunlardan yararlananlar, kusurlu olmasalar da sebep oldukları zararları karşılamalıdır.<sup>136</sup> Zikredilen bu gerekçelere dayanarak kusur şartının kurucu bir unsur olmaktan çıktığını, kusursuz sorumluluğun bütün türleri için söylemek doğru değildir.

İslam hukukunda ise, akit dışı sorumluluk halleri zararın doğrudan veya dolaylı yoldan gerçekleşip gerçekleşmemesine göre ikiye ayırılır.<sup>137</sup> Bunlar, failin doğrudan (*mübâşeret*) veya dolaylı yoldan (*tesebbüb veya tesbîb*) zarar vermesi sebebiyle doğan sorumluluklardır.

#### a. Doğrudan İtlaf

Hukuka aykırı fiilin yol açtığı zarar/itlaf, failin kendi fiilinden kaynaklanıyor ve araya başka bir fiil girmiyorsa, bu durumda **doğrudan itlaf** halleri söz konusudur.<sup>138</sup> Bir şeyin doğrudan itlaf edilmesi klasik fıkıh kitaplarında mübâşeret kavramıyla ifade edildiği için bunu yapan kişiye de mübâşir (mevcut hukuktaki karşılığı aslî fail) denilir.<sup>139</sup> Bu durum Mecelle'nin 887. maddesinde “*Mübâşeretden itlaf, bir şeyi bizzat telef etmektir ki, eden kimseye fâil-i mübâşir denilir.*” şeklinde izah edilmiştir.<sup>140</sup>

Doğrudan itlaf hallerinde failin kusurlu olup olmamasının hiçbir önemi yoktur, herhangi bir kasıt ve ihmali olmasa da fail kendi fiilinin yola açtığı zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Bu durum Mecelle'nin 92. maddesinde “*Mübâşir, müteammid olmasa*

<sup>136</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 498-508, 667-685; Oğuzman-Öz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. II, s. 194-198.

<sup>137</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 54; Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, VII, s. 165; Hamevî, **Gamzü uyûni'l-besâir**, C. I, s. 466; Ensârî, Zekeriyâ b. Muhammed b. Zekeriyâ, **Esnâ'l-Metâlib Şerhu Ravzi't-tâlib**, Dâru'l-Kitâbu'l-İslâmiyye, y.y., ts., C. IV, s. 4; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc**, C. V, s. 216; Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn, **Envârü'l-burûk fî envâi'l-furûk**, Âlemu'l-Kütüb, Beyrut, ty, C. II, s. 204; C. IV, s. 27-28; Aydın, Mehmet Akif, “İtlâf”, **DİA**, İstanbul, 2001, C. XXIII, s. 466.

<sup>138</sup> Hamevî, **Gamzü uyûni'l-besâir**, C. I, s. 466; Ensârî, **Esnâ'l-Metâlib**, C. IV, s. 4; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc**, C. V, s. 216; Karâfî, **Envârü'l-burûk**, C. II, s. 204; C. IV, s. 27-28; Aydın, “İtlâf”, **DİA**, C. XIII, s. 466.

<sup>139</sup> Mübâşeret, kişinin işlediği fiil ile meydana gelen zarar arasına başka bir fiilin girmemesi ve zararın doğrudan failin fiilinden kaynaklanması” anlamına gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 54; Zeylâf, **Tebyînül-hakâik**, C. V, s.187; Hamevî, **Gamzü uyûni'l-besâir**, C. I, s. 466; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc**, C. V, s. 216; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C. VI, s. 597; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. I, s. 685; Abdul Basir Bin Mohamad, “Strict Liability in the Islamic Law of Torts”, **Islamic Studies**, C. XXXIX, sy.3, s. 455-456.

<sup>140</sup> Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 768.

*da dâmin olur.*” şeklinde ifadesini bulmuştur.<sup>141</sup> Buna göre başkasının malını doğrudan telef eden kişi, oluşan zararı tazmin eder; zararın meydana gelişinde failin kusurlu olup olmadığına ayrıca bakılmaz. Çünkü doğrudan itlaf hallerinde *zarar* unsuru, sorumluluğun doğmasında tek başına yeterli olduğu için ayrıca “*kusur*” şartı aranmaz. Nitekim Mecelle’nin 912 ile 916 arasındaki maddeler de, mübâşeret hallerinde meydana gelen zararlarda kusur unsurunun aranmadığını gösterir. Görüldüğü üzere doğrudan itlaf hallerinde fiil ve zararın varlığı, tazmin için yeterli sebep olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla zararın meydana gelmesi, doğrudan itlaf hallerindeki tazmin sorumluluğu hükmünün illeti olarak görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında doğrudan itlaf (mübâşeret) hallerinde verilen zararların, Türk hukukundaki kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğuna (objektif sorumluluk) tekabül ettiğini söyleyebiliriz.

### **b. Dolaylı İtlaf**

Zararın meydana gelmesi, dolaylı yoldan kaynaklanıyor ve araya başka bir fiil giriyorsa, bu durumda da ***dolaylı itlaf*** (tesebbüb/tesbîb) halleri mevzubahis edilir.<sup>142</sup> Bir şeyin dolaylı yoldan itlaf edilmesine sebep olma, fıkıh kitaplarında tesebbüb kavramıyla ifade edildiği için de bunu yapan kişiye müsebbib veya mütesebbib (mevcut hukuktaki karşılığı fer‘î fail) denilir.<sup>143</sup> Bu durum, Mecelle’nin 888. maddesinde “*Tesebbüben itlaf, bir şeyin telefîne sebep olmaktır. Yani bir şeyde diğer şeyin alâ ceryi’l-âde telefîne mufdî olan bir iş ihdâs etmektir ki, eden kimseye mütesebbib denilir.*” biçiminde tarif edilmiştir.<sup>144</sup> Doğrudan itlaf hallerinin aksine, dolaylı itlaf hallerinde meydana gelen zararlarda tazmin sorumluluğu için failin kasıt ve kusurunun olması gerekir. Mecelle’nin “*Mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz.*” şeklindeki 93. maddesi de tam olarak bunu ifade etmektedir.<sup>145</sup> Söz konusu

<sup>141</sup> Ali Haydar, **Dürrü’l-hükkâm**, C. I, s. 194-195.

<sup>142</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 54; Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi’**, VII, s. 165; Hamevî, **Gamzü uyûni’l-besâir**, C. I, s. 466; Ensârî, **Esnâ’l-Metâlib**, C. IV, s. 4; Şîrbînî, **Muğni’l-muhtâc**, C. V, s. 216; Karâfî, **Envârü’l-burûk**, C. II, s. 204; C. IV, s. 27-28; Aydın, “İtlâf”, **DİA**, C. XXIII, s. 466.

<sup>143</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 54; Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C.V, s.187; Hamevî, **Gamzü uyûni’l-besâir**, C. I, s. 466; İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C. VI, s. 597; Karâfî, **Envârü’l-burûk**, C. II, s. 204; C. IV, s. 27-28.

<sup>144</sup> Ali Haydar, **Dürrü’l-hükkâm**, C. II, s. 768-769.

<sup>145</sup> Ali Haydar, **Dürrü’l-hükkâm**, C. I, s. 195-196.

durum ise, dolaylı itlaf (tesebbüb) hallerinde kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu (subjektif sorumluluk) anlayışının hâkim olduğunu göstermektedir.

Söz konusu itlaf türleri, ilgili maddelerin (887 ve 888. madde) akabinde asılı duran bir kandil örneğinden hareketle açıklanmaya çalışılır. Burada zikredilen örneğe göre, asılı duran bir kandilin ipi kesilir, buna bağlı olarak da kandil yere düşer ve kırılır. Zikredilen örnekte kandilin yere düşüp kırılmasına sebep olan şey, ipin kesilmesidir. Burada kandilin ipinin kesilmesi, doğrudan itlafa (mübâşeret); söz konusu ipin kesilmesiyle kandilin yere düşüp kırılması da, dolaylı itlafa (tesebbüben) örnek olarak verilmektedir.<sup>146</sup> Görüldüğü üzere mübâşeret hallerinde meydana gelen zarar ile fail arasında doğrudan bir ilişki söz konusu iken, tesebbüb hallerinde dolaylı bir sebep sonuç ilişkisi bulunmaktadır.

Mübâşeret hallerinde meydana gelen zararlarda failin tazminle sorumlu olması genel bir kuraldır. Çünkü zarar, kişinin doğrudan gerçekleştirdiği bir fiile dayanmaktadır. Buna göre, bir kimsenin başkasına ait bir tulumu yarması veya kandilin ipini kesmesi gibi olaylarda, meydana gelen zararın sorumlusu faildir. Ancak tesebbüb hallerinde sorumluluğun faile yüklenip yüklenmeyeceği hususunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Ebû Hanîfe tesebbüb hallerinde failin sorumlu olmayacağını, İmâm Muhammed ise sorumlu olacağını düşünmektedir. Buna göre bir kimse kafesin veya ahırın kapısını açtıktan sonra içerisindekiler çıkar veya bağını çözüncü köle kaçır ya da içerisinde donmuş yağ bulunan bir tulumun ağzını açtıktan sonra yağ erimek suretiyle akıp giderse; Ebû Hanîfe'ye göre bütün bu hallerde fail tazminle sorumlu değil iken, İmâm Muhammed'e göre fail her hâlükârda sorumludur.<sup>147</sup> Tercih edilen, İmâm Muhammed'in görüşüdür. Çünkü zikredilen örneklerde kafes veya ahırın kapısını açan, kölenin bağını çözen ve tulumun ağzını açan kişilerin herhangi bir etkisinin olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira vukû bulmasında aslî rol oynamasalar da, söz konusu zararların oluşumuna yol açan bu kişilerdir. Ebu Hanîfe ile İmâm Muhammed'e göre sorumluluğun doğmasında, fiil ile

<sup>146</sup> Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 768-769.

<sup>147</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 344<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-Fusûleyn**, C.II, s. 116; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 42<sup>b</sup>-44<sup>a</sup>.

zarar arasında bir sürenin geçip geçmediğinin bir önemi olmamasına karşın, Ebû Yûsuf bir müddet bekleme olmuş veya araya bir fasıla girmişse failin sorumlu olmayacağını söyler.<sup>148</sup>

Tesebbüb halinde meydana gelen zararlara gelince, burada sorumluluğu doğuran şey, failin teaddî unsurunu taşıyan bir fiili yapmasıdır. Nitekim yukarıda zikredilen kuyu örneğinde Serahsî (ö. 483/1090), Mergînânî (ö. 593/1197) ve Zeylâî (ö. 743/1343) başkasının mülkünde kuyu kazın kişinin teaddîsi sebebiyle sorumlu olduğunu ifade ederken; burada failin taammüdünü söz konusu bile etmemişler.<sup>149</sup> Çünkü kişinin fiile yönelik herhangi bir kastı (taammüd) bulunmasa da, başkasının mülkünde kazı yaptığı için hukuka aykırı bir eylemde bulunmuştur. Görüldüğü üzere dolaylı itlaf hallerinde tazmin sorumluluğunun doğması için gerekli olan unsur, teaddî unsurudur. Dolayısıyla kişinin bunu kasıtlı olarak yapıp yapmamasına ayrıca bakılmaz. Başka bir ifadeyle failinin taammüdünün tazmin sorumluluğu açısından bir önemi yoktur.

Yukarıda görüldüğü üzere doğrudan itlaf hallerinde teaddî şartı aranmadığı için objektif sorumluluk (kusursuz sorumluluk/sebep sorumluluğu), dolaylı itlaf hallerinde teaddî şartı arandığı için de sübjektif sorumluluk (kusur sorumluluğu) anlayışı esastır. Türk pozitif hukukunda sübjektif sorumluluğun kusura dayandığını, objektif sorumluluğun ise kusura dayanmadığını daha önce ifade etmiştik. Ancak objektif sorumlulukta dolaylı itlaf, sübjektif sorumlulukta ise doğrudan itlaf halleri söz konusudur. Bu açıdan mukayese edildiğinde, Aydın'ın ifadesiyle, İslam hukukunda Türk pozitif hukukunun tam tersi bir sorumluluk anlayışı ortaya çıkmaktadır.<sup>150</sup>

Son olarak Türk Borçlar hukuku ile mukayese ettiğimizde İslam hukukunda akit dışı meydana gelen haksız fiillerdeki sorumluluklarda sebep ilkesinin hâkim olduğunu ve *kusur sorumluluğu* yerine *“sebep sorumluluğu”* anlayışının daha ağır bastığını söyleyebiliriz. Çünkü yukarıda da görüldüğü üzere, fail doğrudan itlaf (mübâşeret)

<sup>148</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-Fusûleyn**, C.II, s. 116; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 42<sup>b</sup>-44<sup>a</sup>.

<sup>149</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. V, s. 141; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 474; Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C.VI, s.145.

<sup>150</sup> Aydın, “İtlâf”, **DİA**, C. XXIII, s. 466.

hallerinde kusuru olmasa da sebep olduğu zararları tazminle sorumlu iken, tesebbüb hallerinde ancak kusurlu davranışıyla dolaylı olarak sebep olduğu zararları tazminle sorumlu olmaktadır. Sebep sorumluluğu anlayışının Batı’da sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkıp 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kabul görmeye başladığını göz önünde bulundurursak, İslam hukukunun çok daha erken dönemlerden itibaren bu anlayışı benimsediğini rahatlıkla ifade edebiliriz.

### 3. Akit Dışı Sorumluluğun Şartları

İnsanın yaptığı her fiil, hukuka aykırı olmadığı gibi meydana gelen her zarar da tazmin sorumluluğu doğurmaz. Akit dışı sorumluluğun (*damânu’l-itlaf*) doğması için her şeyden önce ekonomik değerle ifade edilebilen bir zararın meydana gelmesi, bu zarara yol açan zararlı bir fiilin (*el-fi’lü’l-d-dâr*) olması ve meydana gelen zarar ile işlenen fiil arasında uygun bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması (*râbîta/alâka/telâzüm/illiyet bağı*) gerekir. Buna göre akit dışı sorumluluğun unsurları genel olarak üçtür. Bunlar **fiil**, **zarar** ve **illiyet bağıdır**.<sup>151</sup>

Haksız fiilin unsurları her ne kadar yukarıdaki gibi temelde üçe ayrılrsa da, farklı kriterlerden hareketle değişik tasnifler yapılmıştır. Türk Borçlar hukuku kitaplarında bu unsurlar *hukuka aykırılık*, *kusur*, *illiyet bağı* ve *zarar* diye dördü bir tasnife tabi tutulurken<sup>152</sup>; Fikret Eren gibi bazı hukukçular söz konusu tasnife “*fiil*” unsurunu da ekleyerek bunları beşe çıkarmıştır.<sup>153</sup> İslam Borçlar hukukundaki tasnifler de bunlara yakındır. Örneğin çağdaş hukukçulardan Senhûrî haksız fiilin unsurlarını *hata*, *zarar* ve *alâka* (*illiyet bağı*), Zerkâ *hata*, *zarar* ve *râbîta* (*râbîtatü’s-sebebiyye*)<sup>154</sup> ve Sirâc da *hata*, *zarar* ve *sebeb* (*alakatü’s-sebebiyye*) diye üçe ayırırken<sup>155</sup>; Mahmesânî bunu *zararlı fiil*, *teaddî*, *zarar ile fiil arasındaki alâka* ve *hata* şeklinde dörde

<sup>151</sup> Sultan, Enver, *Ahkâmü’l-İltizâm el-Mûcez fi’n-Nazariyyeti’l-Âmme li’l-İltizâm*, Dârü’n-Nehzati’l-Arabiyye, Beyrut, 1974, s. 299-335; Ferec, Tefik Hasan, *en-Nazariyyetü’l-Âmme li’l-İltizâm fi masâdiri’l-İltizâm*, Beyrut, ts., s. 371-392. Ayrıca bkz. Aybakan, Bilal, “Zarar”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013. C. XLIV, s. 133.

<sup>152</sup> Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 257-270; İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 265-290; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 471-504.

<sup>153</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 516-600.

<sup>154</sup> ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fi’lü’l-d-dâr ve’d-damân fih*, Dârü’l-Kalem, Dimeşk 1988, s. 62.

<sup>155</sup> Senhûrî, *el-Vasît*, C. I, s. 776-915; Muhammed Ahmet Sirâc, *Damânu’l-udvân fî’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 97.



ayırmaktadır.<sup>156</sup> Türkçe yazılan İslam hukuku literatüründe de yukarıdaki tasniflerden bazılarının esas alındığı söylenebilir. Örneğin Aydın, haksız fiilin unsurlarını *fiil, zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur* diye beşe çıkarırken<sup>157</sup>; Karaman *zararlı fiil, fiilde haksızlık (teaddî), illiyet râbitası ve kusur* biçiminde dörde ayırmaktadır.<sup>158</sup> Yapılan bu tasniflerde Aydın'ın Türk Borçlar Hukukundaki beşli tasnifi, Karaman'ın ise Mahmesânî'nin dörtlü tasnifini benimsediğini söyleyebiliriz.

Akit dışı sorumluluğun doğması için gereken unsurlarla ilgili farklı tasnifler yapılmış olsa da, yukarıda zikredilen bu tasniflerin her birini kuşatması hasebiyle, beşli taksimi esas alarak konuyu inceleyeceğiz. Ancak Türkçe literatürdeki mevcut anlatımı ve buradaki problemi gösterebilmek için bu yola başvurduğumuzu belirtmeliyiz. Zira ileride detaylarıyla görüleceği üzere, Borçlar hukukundan iktibas edilen beşli taksimdeki bu son iki unsurun, yani *hukuka aykırılık* ve *kusur* şartının İslam hukuku çalışmalarında müstakil bir şart olarak ele alınması doğru değildir. Bu önemli hatırlatmadan sonra şimdi akit dışı sorumluluğun “*fiil, zarar, illiyet bağı hukuka aykırılık* ve *kusur* şeklindeki şartlarını sırasıyla ele alalım.

#### a. Fiil

Haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararlar, büyük ölçünde insan davranışına dayandığı için “*fiil*” şartı, akit dışı sorumluluğun ilk kurucu unsuru olarak kabul edilmektedir. Sorumluluğun doğması için, öncelikle zarara yol açan bir fiilin (*el-fi'lü'd-dâr*) mevcut olması gerekir. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere insan davranışından kaynaklanmayan veya zarara yol açmayan hiçbir fiil, tazmine konu olmaz.

Zarara yol açan fiil, müsbet (olumlu/icâbî) bir fiil olabileceği gibi menfi bir fiil de olabilir. Müsbet fiil, bir şeyi “*yapma*” şeklinde tezahür eden olumlu bir eylemi ifade eder.<sup>159</sup> Kişinin silahıyla kasten bir insana ateş etmesi, kamuya ait bir yol üzerinde izinsiz çukur açması, başkasına ait hayvanların bulunduğu ahırın kapısını izinsiz açması ve kendisine ait olmayan bir kafesin kapağını açıp kuşun kaçmasına sebep

<sup>156</sup> Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmm*, C. I, s. 169-194.

<sup>157</sup> Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, 8. Basım, İstanbul, 2010, s. 394-397

<sup>158</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 482-499.

<sup>159</sup> Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 25; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 516-517.

olması gibi klasik fıkıh kitaplarında zikredilen bu olaylar, sorumluluk doğuran müsbet fiillere örnek olarak verilebilir.<sup>160</sup> Menfî fiil (olumsuz/selbî) de, yapılması gereken bir davranışı ihmal edip “yapmama”yı ifade eder.<sup>161</sup> Kişinin, yanında emânet olarak bulunan malın çalındığını görüp engelleme imkânı olduğu halde müdahale etmemesi ile uyarıldığı halde kendi mülkiyetindeki yıkılmaya yüz tutmuş bir duvarı tamir etmemesi veya yıkmaması suretiyle binanın yıkılarak başkasına zarar vermesi gibi olaylar da menfî fiillere örnek olarak zikredilebilir.<sup>162</sup> Görüldüğü üzere söz konusu örneklerde olayın failleri üzerine düşeni yapmak suretiyle zararlı davranışın oluşmasına engel olması mümkün ise, bu durumda “yapmama” şeklindeki menfî fiiller, tazmin sorumluluğunu doğuran bir davranış biçimi olarak kabul edilmektedir.

Zarara yol açan fiil, söz ile de olabilir. Bir kimse hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunarak tanıklık yapan kişilerin yol açtığı zararlar ile bağırarak veya korkutmak suretiyle başkalarının zararına sebep olunan durumlar, bunlara örnek olarak verilebilir. Zarara yol açan bu fiiller tazmin sorumluluğunu doğurmaktadır.<sup>163</sup>

## **b. Zarar**

Zarar, akit dışı sorumluluğun en önemli ve kurucu unsurudur. Tazmin sorumluluğunun doğması için eylemin zararlı bir şekilde sonuçlanması gerekir, aksi takdirde fiilin tek başına işlenmiş olması sorumluluğu doğurmaz. Çünkü tazmin hükmü, meydana gelen bir zararı ortadan kaldırmak ve onun yerini doldurmak içindir. Ortada bir zarar söz konusu olmadığında da, sorumluluktan bahsedilemez. Yani, zarara yol açmayan bir fiil, tazmine konu edilmez. Örneğin bir kimse arabasını sürmede trafik

---

<sup>160</sup> İbnü'l-Hümâm, Kemalüddîn es-Sivâsî, **Fethu'l-kadîr**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y., C. X, s. 213; Mevsilî, **el-İhtiyâr li-ta'fili'l-Muhtâr**, C. V, s. 25-26; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C. IV, s. 100, 277; Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mütelifât**, s. 354. Ayrıca bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 517-518.

<sup>161</sup> Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 25; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 66-67; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat**, s. 57-59; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 516.

<sup>162</sup> Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âmmeh**, C. I, s. 169; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 192. Ayrıca bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 517-519.

<sup>163</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VI, s. 283; Burhânüşşerîa el-Buhârî, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C. VIII, s. 539, 541; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. II, s. 153; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 349, 383; C. II, 755, Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 35-36.

kurallarına aykırı davranarak başkasının eşyasına çarpar ve bunun sonucunda bir zarar oluşmazsa, bu durum tazmine konu olmaz.<sup>164</sup>

Türk Borçlar hukukunda kişinin şahıs ve mal varlığında, iradesi dışında meydana gelen eksilme anlamına gelen zarar kavramı<sup>165</sup>, klasik İslam hukuku eserlerinde helâk, istihlâk, fesat ve ifsât terimlerinin yanı sıra genellikle telef<sup>166</sup> ve itlaf kavramlarıyla ifade edilir. İlgili eserlerdeki örnekler incelendiğinde *zarar* kavramının, bir malın telefine veya kendisinden beklenen menfaatin kısmen veya tamamen eksilmesine ya da yok olmasına sebep olan her türlü fiil anlamına geldiği görülür.<sup>167</sup> Bir şeyin kendisinden hiçbir şekilde yararlanılamayacak hale gelmesi, *küllî zarar*; tamamının değil de, bir kısmının yararlanılamayacak hale gelmesi de, *cüz'î zarar* (*telefü'l-ba'z* veya *telefü'l-cüz*) ifade eder.<sup>168</sup> Yani, küllî zararda bir şey tamamen telef olurken, cüz'î zararda kısmî bir telef söz konusu olur.

Kaynağı itibariyle meydana gelen zararlar, insanın müdahalesi sonucunda veya müdahalesi dışında gerçekleşebilir. Burada malın ne tür bir mal (menkul-gayrimenkul) olduğunun önemi yoktur. İnsanın fiili ve müdahalesi sonucu meydana gelen zararlara itlaf denilmekte olup, bunlar zararın doğrudan veya dolaylı yoldan olmasına göre ikiye ayrılır. Daha önce ifade edildiği üzere, zarar failin kendi fiilinden kaynaklanıyor ve araya başka bir fiil girmiyorsa, bu durumda doğrudan itlaf (mübâşeret) halleri; zararın meydana gelmesi, dolaylı yoldan kaynaklanıyor ve araya başka bir fiil giriyorsa, bu durumda da dolaylı yoldan itlaf (tesebbüb/tesbîb) halleri söz konusu olur. İnsanın fiili ve müdahalesi dışında oluşan zararlara gelince, çağdaş İslam hukuku literatüründe “*el-âfetü's-semâviyye ve'l-câiha*” terimleriyle ifade edilen bu durum, modern hukukta

<sup>164</sup> Sirâc, *Damânü'l-udvân fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 48.

<sup>165</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 521.

<sup>166</sup> Hanefî fakihlerinden Kâsânî *telef* kavramını şu şekilde açıklar: “Bir şeyin, âdet üzere kendisinden beklenen yararlanma özelliğini kaybetmesidir.” Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. VII, s. 164; Heyet, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, C. I, s. 216.

<sup>167</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. VII, s. 164; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, s. 38, 55; Chehata, Chafik (Şahhâte, Şefik), *en-Nazariyyetü'l-âmmе li'l-İltizâmât fi's-şerîati'l-İslâmiyye*, Matbaatü'l-İtimât, Mısır, t.y., s. 178.

<sup>168</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. V, s. 238; Düsûkî, Muhammed b. Ahmed. Arefe, *Hâşiyetü'd-Düsûkî ala's-Şerhi'l-Kebîr*, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, Kahire, t.y., C. III, s. 150-151; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, C. II, s. 89; İbn Kudâme, *el-Muğni*, C. VI, s. 184; Sirâc, *Damânü'l-udvân fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 240.

“*beklenmeyen hal*” veya “*mücbir sebep*” kavramlarıyla ifade edilir. Yağmur sel, heyelan, deprem ve yangın gibi kaçınılması mümkün olmayan olaylar bunlara olarak örnek gösterilebilir.<sup>169</sup>

Zarar sözcüğüyle daha çok maddî zarar kastediliyor olsa da, geniş anlamda zarar, *maddî* ve *manevî* olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>170</sup> İnsan hayatını ve vücut bütünlüğünü ihlal eden, mal varlığının kısmen eksilmesine veya tamamen yok olmasına yol açan zararlar, zararın maddî yönünü; şeref, onur ve itibarına yönelik zararlar da manevî yönünü oluşturur.<sup>171</sup> Şimdi bunları ikiye ayırarak ele alabiliriz.

### (1) Maddî Zarar

Maddî zararlar, insanın şahıs ve mal varlıklarında meydana geldiği için bunu da kendi içerisinde ikiye ayırmak mümkündür. *Malî zararlar*, kişinin mal varlığına yönelik haksız fiillerden doğar. İslam hukukçularının kullandığı kavramlar ile yapılan tanımlar, zararın daha çok malî yönüne dikkat çekmektedir. Zira şahsa yönelik olan haksız fiillerin, İslam Ceza Hukuku başlığı altında incelenmesi bunu destekler mahiyettedir.

Bilindiği üzere haksız fiil sorumluluğunun konusu, daha ziyade başkasına ait olan bir malın zarar görmesidir. Menkul mallara yönelik zararlar, çoğunlukla *itlaf* eylemleri sonucunda ortaya çıkarken; gayrimenkullere yönelik zararlar, gasp veya itlaf fiilleri sonucunda ortaya çıkmaktadır. Söz konusu mallarda tazmin sorumluluğunun nasıl olacağı ve sonradan malda meydana gelen artışlar (zevâid) ile menfaatlere yönelik zararların tazminine ilişkin hususlar fakihler arasında tartışmalıdır. Bu konular sonraki bölümlerde detaylı olarak incelenecektir.

*İnsanın şahıs ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen zararlı fiillere gelince*, bu konular klasik fıkıh kitaplarının cinâyât ve ukûbat (ceza hukuku) bölümlerinde ayrı ayrı ele alınmıştır.<sup>172</sup> İnsanın öldürülmesi ile bir uzvunun yaralanması, kırılması,

<sup>169</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, C. VI, s. 179; Düsûkî, *Hâşiyetü'd-Düsûkî*, C. III, s. 148; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 557-558.

<sup>170</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 521.

<sup>171</sup> Âmir, Hüseyin, *el-Mesûliyetü'l-Medeniyye*, s. 306; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 521-531.

<sup>172</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 164-165, 233.

kesilmesi, koparılması veya kullanılamaz hale getirilmesi gibi olaylar, şahıs ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen zararlı eylemlere örnek olarak verilebilir. Bu tür zararlar, kişinin kasıtlı fiiline dayanıyorsa, mağdur veya yakınları affetmediği sürece bunların failine kısas cezası uygulanır. Ancak kısas cezasının uygulanması için gereken unsurlarda bir eksiklik bulunur veya zarar gören kişinin yakınları kısastan vazgeçer yahut da bu fiiller failin kasıtlı fiiline dayanmıyorsa, diyet, erş ve hükûmet-i adl tarzındaki para cezaları ile meydana gelen zararlar tazmin edilmeye çalışılır.<sup>173</sup> Daha öncede ifade edildiği üzere bu para cezaları, ceza olmanın yanı sıra aynı zamanda tazminat özelliği taşımaktadır. Fıkıh kitaplarının cinâyât bölümlerinde ele alınan ve daha ziyade İslam Ceza Hukuku başlığını taşıyan çalışmalarda incelenen bu konular, tezimizin sınırlarını aştığı için bu mevzuyla ilgili sözlerimizi burada noktalayacağız.

## (2) Manevî Zarar

İnsanın şeref, onur ve itibarına yönelik fiiller, zararın manevî yönünü oluşturmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için ortada somut-maddî bir zararın mevcut olması gerekir. Bu sebeple, manevî zararların tazmin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı hususu tartışmalıdır. Çünkü malî zararların aksine, manevî zararların değerini ve miktarını tespit etmek, neredeyse imkânsızdır. Böyle bir zarara maruz kalan kişiyi içinde bulunduğu hal üzere bırakmak da şeriatın kurallarıyla bağdaşmaz. Bu yüzden kişinin şeref, onur ve itibarına yönelik zararları giderecek, onu tatmin ve teskin edecek bir takım hukukî yollara başvurulması gerekir. Çünkü kısmen de olsa buradaki amaç, mağdurun zararını ortadan kaldırmak veya hafifletmektir.

Tartışmalı olmakla birlikte, Ebû Hanîfe'nin de içinde bulunduğu fukâhanın çoğunluğuna göre, manevî zararlar tazmin borcu doğurmaz.<sup>174</sup> Ancak Hanefîlerden İmâm Muhammed, maddî bir zarara yol açmasa da, yaralama ve dövme gibi insana acı veren haksız bir fiilin tazmin sebebi olacağını ileri sürmüştür.<sup>175</sup> Ebû Yûsuf'a göre de,

<sup>173</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 234, 311, 314, 323; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 41.

<sup>174</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXVI, s. 81; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-Damân**, s. 29

<sup>175</sup> İmâm-ı Muhammed'den gelen bir rivâyete göre, yaralama ve dövme gibi bir fiile maruz kalan kişi izi kalmayacak şekilde tedavi edilse dahi, çektiği acı ölçüsünde, zarar veren kişiye hâkimin takdir edeceği bir tazminat (hükûmet-i adl) gerekir. Ebû Yusuf'tan gelen rivâyete göre de, yarayı tedavisi için harcanan doktor ve ilaç ücretleri zarar veren (cânî) kişiden tahsil edilir. Ebû Hanîfe ise, tek başına acının

böyle bir fiile maruz kalan kişi, zarar veren kişiden doktor ve ilaç masraflarını tazmin ettirebilir.<sup>176</sup> Fakihlerin çoğunluğunun bu konu hakkındaki kanaatlerinden, manevî zararların karşılıksız kalacağı anlamı çıkarılamaz. Nitekim fakihlerin çoğunluğu, maddî bir zarar olmadığı gerekçesiyle, manevî zararların tazmin sorumluluğunu doğurmayacağı görüşünü benimsese de, manevî zarar kapsamına giren suçları işleyen kişiye tazir cezası gerektiği hususunda neredeyse ittifak halindedirler. Bu suçlar daha ziyade tazir kapsamına girdiği için, bunlara verilecek cezalar da, tazir esaslarına göre düzenlenmiştir.<sup>177</sup>

### c. İlliyet Bağı (Râbita)

Haksız fiillerde sorumluluktan söz edebilmek için *zarar* ile sorumluluğun bağlandığı *fiil* arasında uygun bir nedensellik (sebep-sonuç) ilişkisinin bulunması gerekir. Terim olarak *illiyet bağı* adı verilen bu nedensellik ilişkisi, bütün sorumluluk türlerinde bulunması gereken önemli unsurlardan biridir. Zira sorumluluğun doğması, bu ilişkinin varlığına bağlıdır, aksi takdirde sorumluluk düşünülemez. İşte bu sebeple diğer sorumluluk türlerinde olduğu gibi, haksız fiillerde de meydana gelen *zarar* ile bu zarar yol açan *fiil* arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin tespiti oldukça önemlidir.

Sorumluluğun doğması için, öncelikle *fiil* ile meydana gelen *zarar* arasında bir nedensellik (sebep-sonuç) bağının varlığı aranır. Şayet aralarında *uygun bir illiyet bağı* kurulabiliyorsa tazmin sorumluluğu doğar, aksi takdirde sorumluluktan bahsedilemez.

İslam hukukunda meydana gelen zarar ile fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade etmede mübâşeret ve tesebbüb kavramları kullanılır.<sup>178</sup> Zarar ile fiil arasında doğrudan bir ilişki kurulabiliyorsa, mübâşeret (doğrudan itlaf) halleri; dolaylı bir ilişki kuruluyorsa da tesebbüb (dolaylı itlaf) halleri söz konusu olur. Aralarında uygun bir

---

bir değer ifade etmemesi sebebiyle bir şeyin gerekmediği görüşündedir. Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXVI, s. 81; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-Damân**, s. 29.

<sup>176</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXVI, s. 81; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-Damân**, s. 29

<sup>177</sup> Osmanlı dönemi şeriyye sicilleri ile kanunnamelerinde bu tür suçlara karşı ta'zir kapsamında düzenlenen manevî tazminat örnekleri mevcuttur. Bununla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Benli, Abdullah, **İslam Hukukunda Manevî Tazminat** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1997.

<sup>178</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 69.

illiyet bağının kurulmasına mani olan bir sebep (mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru ve üçüncü şahsın fiili) olmadığı sürece, meydana gelen zararın tazmin sorumluluğunu doğuracağı hususunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Mübâşeret hallerinde meydana gelen zararlarda tazmin sorumluluğu, mübâşire (aslî fail); tessebbüb hallerinde ise mütesebbibe (fer'î fail) aittir. Çünkü mübâşeret hallerinde zararın vukû bulmasında aslî rol alan kişi mübâşir iken; tessebbüb hallerinde bunun oluşmasına yol açan kişi mütesebbibtir. Söz gelimi başkasına ait bir evin yakılması olayında zarar ile fiil arasında doğrudan bir ilişki kurulup tazmin sorumluluğu bunu yapan kişiye yüklenirken; başkasının tarlasında izinsiz kazılan bir kuyuya tarla sahibinin düşerek zarar görmesi olayında zarar ile fiil arasında doğrudan bir ilişki kurulamamaktadır. İkinci örnekte zarar, kişinin kendisinin düşmesinden kaynaklanmışsa da, kazı eyleminden haberdar olmadığı için, kuyuya düşen kişi kazma işini yapan kişinin aleti konumundadır.<sup>179</sup> Bu yüzden izinsiz kazarak zararın meydana gelmesine sebep olan kişi, oluşan zararları tazminle yükümlü olur. Çünkü bu olayda zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının kurulabildiği kişi, kuyuyu kazandır.

Yukarıda anlatılanlar, zararı meydana getiren sebebin tek olması durumundadır. Eğer zarar, tek başına yeterli olmayan, ancak birden fazla sebebin etkisiyle meydana gelmiş ise, bu durumda “*ortak illiyet*” (sebeplerin birleşmesi/ictimayı) söz konusu olur.<sup>180</sup> Tek başına yeterli olmayan, ancak bir araya gelerek zararlı bir sonucu doğuran sebepler topluluğuna Türk hukukunda “*ortak illiyet*” adı verilir.<sup>181</sup> Birçok kişinin bir

---

<sup>179</sup> Aslında bu olayda kuyuya düşen, zararın mübâşiri; kazan da mütesebbibidir. Ancak düşmek suretiyle oluşan fiili zarar, kişinin kendi fiilinden kaynaklanıyor olsa da, düşen kişi bu olayda sorumluluğun kendisine yüklenebileceği bir mahal değildir. Çünkü haberdar olmaması sebebiyle, bu kişi sorumlu olamaz. Her ne kadar Mecelle'nin 90. maddesinde genel olarak, bir işi doğrudan yapan (mübâşir) ile bu işe sebep olan (mütesebbib) bir araya geldiğinde doğrudan yapan kişinin sorumlu olacağı ifade edilse de, ilgili madde sorumluluğun kendisine yüklenebileceği bir kişi olduğu zaman geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 76-77.

<sup>180</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 546; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 78.

<sup>181</sup> Türk hukukunda ortak illiyet, “*kusurlu ortak illiyet*” ve “*yalın ortak illiyet*” diye iki kısımda mütalaa edilir. ***Kusurlu ortak illiyette***, kusur ve illiyet yönünden ortaklık vardır. Burada birçok kişi önceden anlaşmak suretiyle bilerek ve isteyerek zarara sebep olmaktadır. Ağır olması sebebiyle iki veya daha fazla kişinin anlaşarak ağır bir eşya ya da kasayı birlikte çalmaları buna örnek olarak verilebilir. ***Yalın ortak illiyette*** ise, zararlı sonucu meydana getiren failer arasında bir ortaklık söz konusu değildir, hatta tarafların birbirlerinden haberleri dahi yoktur. Birbirinden habersiz olarak hastaya belirli dozlarda ilaç veren iki hemşirenin söz konusu hastanın ölümüne sebep olması buna verilen klasik örneklerdendir. Bu olayda, esasen her bir hemşirenin verdiği ilacın dozu tek başına ölümü doğurmaya elverişli değildir; ancak bunların bileşimi fazla olduğu için hasta ölmektedir. Bu örnekte ölüm hadisesi, tek başına yeterli

şahsı muhtelif yerlerinden bıçaklamak suretiyle ölümüne yol açmaları, başkasının mülkünde çukur kazarak birinin veya bir şeyin oraya düşerek telef olmasına yol açmaları buna örnek olarak verilebilir.<sup>182</sup> İslam hukukçuları, bu tip olaylarda suçta iştirak eden herkesin ayrı ayrı cezalandırılacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir.<sup>183</sup> Türk hukukunda ise, olayın faillerinin zarar görene karşı ortak ve müteselsil sorumlulukları mevcuttur. Bu sebeple, onlara müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.<sup>184</sup>

Mal sahibi ile başkasının ortak fiiliyle meydana gelen zararlara gelince, bunların nasıl tazmin edileceği hususu tartışmalıdır. Örneğin bir başkasının elinde kendi elbisesini gören kişinin çekerek elbisesinin yırtılmasına yol açmasında, Hanefiler meydana gelen zararda ortak kusurlarının bulunması sebebiyle her ikisinin de ½ oranında zararı tazminle sorumlu olduğu,<sup>185</sup> Malikîler ise bu zarara elbise sahibinin

---

olmayan, ancak birden fazla sebebin etkisiyle meydana gelmiştir. Bu olayın sorumluları arasındaki ortaklık, kusur ortaklığına değil, sadece illiyet ortaklığına dayanmaktadır. Yani yalnız ortak illiyette, sebepler tesadüfen bir araya gelmektedir. Yalnız ortak illiyette sebeplerin tamamı kusurlu davranıştan kaynaklanacağı gibi, sebep sorumluluğunu doğuran olaylardan da olabilir. Görüldüğü üzere ortak illiyetin her iki türünde de, sebeplerden hiçbiri tek başına zararlı sonucu doğurmaya elverişli değildir. Bu tür suçlarda sorumlular arasında teselsül vardır. Buna göre taraflar, teselsül hükümleri çerçevesinde sorumludurlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 546-548.

<sup>182</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 280; Ebû İshak eş-Şirâzî, **el-Mühezzeb fî fıkhi'l-İmâm eş-Şâfi'i**, thk. Muhammed ez-Zühaylî, Dâru'l-Kalem, Dimeşk, 1996, C. V, s. 88; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. XI, s. 490-494, 501.

<sup>183</sup> Ancak burada öldürme ile müessir fiillere verilecek cezanın mahiyeti farklıdır. Söz gelimi bir kimsenin öldürülmesine iştirak eden herkese kısas cezası gerekirken; vücut bütünlüğüne karşı işlenen müessir fiillerin durumu ihtilaflıdır. Hanefiler ortaklaşa işlenen öldürme suçlarıyla müessir fiillerin hükümlerinin aynı olmadığını, bu tür fiillere iştirakin kısasa engel olacağı, bu yüzden zararın failer tarafından ortaklaşa tazmin edileceği (diyet ve erş şeklinde) görüşündedir. Çünkü müessir fiile maruz kalan mağdurun kesilen veya yaralanan organı ile bu suçta iştirak eden kimselerin organları arasında bir eşitsizlik söz konusudur. Şafilere göre, müessir fiilleri gerçekleştirenlerin fiilleri birbirinden ayırt edilemeyecek düzeyde karmaşık bir yapıdaysa, bunların tümünün kısas edilebileceğini; fiilleri birbirinden ayırt edilebilecek düzeyde ise failerin fiillerinin tespiti mümkün oluyorsa ilgili kişiye kısasın uygulanacağını, değilse de bu kişilere diyet ve erşin lazım geleceği görüşünü benimserler. Malikîlerin yaklaşımı da, Şafilereinkine yakındır. Buna göre bir grup, tek bir organa karşı ortak bir zarar verir ve söz konusu zarar da, kısası gerektirecek şekilde ise, suçta iştirak eden herkese kısas uygulanır. Hanbelilere göre de, müessir fiilleri gerçekleştirenlerin fiilleri birbirinden ayırt edilemeyecek düzeyde karmaşık bir yapıdaysa, bir rivâyete göre bunların tümünün kısas edilebileceği; mezhepteki diğer görüşe göre de, aradaki eşitsizlik sebebiyle kısas yerine diyet ve erş şeklindeki mali cezanın tatbik edileceği söylenir. Ancak ortakların fiilleri birbirinden ayrılabilir düzeyde ve tek bir organa karşı işlenmiş ise failere kısas uygulanmaz, zarara maruz kalan organın ve bunun yararı tazmin ettirilir. Buna karşılık, ortakların müstakil olarak kısas edilmesi mümkünse, Şafi mezhebinde olduğu gibi kısas edilir. Ayrıntılı bilgi için bu konu hakkında yapılan şu doktora tezine bakılabilir. Sabri Erturhan, **İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2000, s. 130-152.

<sup>184</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 548.

<sup>185</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXVI, s. 191; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 274; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 125, 152.



katlanması gerektiği görüşünü benimsemiştirler.<sup>186</sup> Oturmakta olan kimsenin elbisesine oturup adamın kalkarken elbisesinin yırtılması olayında da meydana gelen zarara iki kişi sebep olmaktadır. Hanefîlere göre zararın yarısını elbise sahibi, diğer yarısını da oturan kişi tazmin eder. Bu örnekte taraflar, sanki elbiseyi iki taraftan çekerek ortaklaşa yırtmış gibi sayılmaktadırlar. Çünkü bir taraftan oturan kişinin elbise üzerindeki ağırlığı, diğer taraftan ayağa kalkmak suretiyle elbisenin gerilmesi bir nevi çekiştirmeye benzetilir. Tarafların mübâşeretle ortaklaşa gerçekleştirdikleri bir zarar söz konusu olduğu için de her ikisinin birlikte sorumlu olduğu söylenir.<sup>187</sup>

Zararlı sonuç, tek başına sonucu doğurmaya elverişli ve birbirinden bağımsız olan iki farklı sebebin (sebeplerin çokluğu) etkisiyle meydana geliyorsa, İslam hukukçuları böyle durumlarda sorumluluğu zararlı sonucu doğurmaya en yakın ve en müsait olan fiile ve onun failine yüklemektedirler.<sup>188</sup> Örneğin başkasının mülkünde izinsiz kazı yapan kişinin açtığı çukurun yanına başka birisi taş veya benzeri bir şey koyar, daha sonra yoldan geçen bir hayvan konulan bu şeye takılmak suretiyle çukura düşüp zarar görürse, oluşan zararı tazmin etmede taşı koyan kişi sorumlu tutulmaktadır.<sup>189</sup> Çünkü yola bırakılan şey ile meydana gelen zarar arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunduğu için bırakan kişi zararın sorumlusu olarak kabul edilmektedir. Bu gibi olaylarda üçüncü şahsın kusurlu fiili, meydana gelen zarar ile ilk sebep arasındaki ilişkiyi ortadan kaldırdığı için sorumluluk üçüncü şahıslara yüklenmektedir. Zira hukuka aykırı olan ilk fiile (kazı yapma) kıyasla üçüncü şahsın kusurlu fiili (kamusal alan taş bırakma), zararlı sonucu meydana getirmede daha etkin ve belirgindir. Aynı şekilde evin kapısını birisinin açıp diğerinin hırsızlık yapması olayı ile kafes ya da ahırın kapısını birinin açıp başka birinin hayvanları alıp götürmesi

---

<sup>186</sup> Dusûkî, Şemsüddin Muhammed, **Hâşiyetu'd-Dusûkî alâ şerhi'l-kebir**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut, 1996, C. III, s. 451.

<sup>187</sup> Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-Fusûleyn**, C. II, s. 123; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 152. Şeyh Bedreddin ile Bağdâdî hükmü bu şekilde açıklarken, Serahsî oturan kişinin tazminle sorumlu olduğunu ifade eder. Çünkü o kişi, izni olmadan başkasının elbisesi üzerine oturmuştur. Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXVI, s. 191.

<sup>188</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 275-276; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 180, İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. XII, s. 88; Şirâzî, **el-Mühezzeb**, C. V, s. 88. Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-Fusûleyn**, C.II, s. 116. Ayrıca bkz. Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 145-146.

<sup>189</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 275-276; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 180, İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. XII, s. 88; Şirâzî, **el-Mühezzeb**, C. V, s. 88.

hadiselerinde de, meydana gelen zararın sorumlusu üçüncü şahıslardır.<sup>190</sup> Çünkü bu örnekdeki eylemlerin her ikisi hukuka aykırı olsa da, ev, ahır veya kafes kapılarının açılmasından sonra gerçekleşen alıp götürme eylemi, ilk fiil ile meydana gelen zarar arasındaki ilişkiyi kesmektedir. Görüldüğü üzere bu ve benzeri örneklerde sorumluluk zararlı sonucu doğurmaya en yakın ve en müsait olan fiilin failine yüklenmektedir. Şeyh Bedreddin genel kurala (kıyas) uygun olarak kafes, ahır veya evin kapısını açan kişilerin sorumlu olmadığını ifade etmektedir.<sup>191</sup> Çünkü ilerideki bazı örneklerde de anlaşılacağı üzere, kafes, ahır veya evin kapısını açan kişi mütesebbib; evdeki eşyalarla kafes ve ahırdaki hayvanları götüren kişi mübâşirdir. Bir işi doğrudan yapan (mübâşir) ile bu işe sebep olan (mütesebbib) bir araya geldiğinde, meydana gelen zararın sorumlusunun mübâşir olduğu kâidesinden hareketle tazmin sorumlusunun üçüncü şahıslar olduğu düşünülmektedir. Görüldüğü üzere zararlı sonucu doğurmaya elverişli birden fazla sebebin olduğu durumlarda hangi sebebin zarara bitişik olduğu önem kazanmaktadır.

Türk Borçlar hukukunda zararlı sonucu tek başına doğurmaya elverişli olan sebeplerin çokluğuyla ilgili duruma, “*sebeplerin toplanması*” adı verilmekte ve bu konuda “*yarışan illiyet*” “*seçimlilik illiyet*” ve “*farazî illiyet*” kavramları mevzubahis edilmektedir. Zararlı sonucu doğurmaya tek başına yeterli olan sebepler, birden çok kişinin aralarında bağlantı olmadan aynı anda bir zarara sebep oluyorsa, buna “*yarışan illiyet*” (müterafik illiyet veya birlikte illiyet) adı verilir. Bu illiyet türünde tarafların her biri zararlı sonuçtan müteselsilen sorumlu olur. Tek başına zararlı sonucu doğuracak nitelikte olmasına rağmen, iki ayrı fabrikadan aynı anda bir göle dökülen atık suların içerdiği zehirli maddeler sebebiyle çevreye verilen zararlar buna verilen klasik örneklerdendir.<sup>192</sup> Görüldüğü üzere *yarışan illiyet*, zararlı sonucu tek başına doğurmaya yetecek düzeyde olmasıyla ortak illiyetten, ayrılmaktadır. Zararı doğuran sebepler birden fazla olmakla birlikte, bu sebeplerden hangisinin zararlı sonucu doğurduğu tespit edilemiyorsa bu durumda *seçimlilik* (alternatif) *illiyetten* söz

<sup>190</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusûleyn*, C.II, s. 116.

<sup>191</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusûleyn*, C.II, s. 116.

<sup>192</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 548-549.

edilir.<sup>193</sup> Bu durumda kural olarak sorumluluk olmaz, ancak failin kim olduğunun belirlenemediği ve tüm faillerin fiillerinin birlik görüntüsü verdiği olaylarda faillerin tümünün müteselsilen sorumlu oldukları benimsenmektedir. Örneğin; bir düğünde kutlama maksadıyla birçok kişinin havaya sıktığı silahtan çıkan kurşun sebebiyle biri ölür ve bu kurşunun kimin silahından çıktığı tespit edilemez ise hiç kimse sorumlu tutulmaz. Çünkü burada faillerin kendi aralarında bir anlaşmaları söz konusu değildir. Buna karşın, failer aralarında anlaşmış olsalardı tümü sorumlu tutulacaktı. Bunlara ilaveten, sebepler birden fazla olmasına rağmen, zararlı sonucu doğurmaya elverişli olan bir sebebin (farazî sebep) sonucu doğurmasından evvel başka bir sebebin (gerçek sebep) ortaya çıkarak ondan önce aynı sonucu doğurması halinde de “*farazî illiyet*” veya “*önüne geçilen illiyet*” durumundan bahsedilir.<sup>194</sup> Farazî illiyetin özelliği, sonucu doğuran sebeplerin aynı anda olmamasıdır. Nitekim farazî illiyeti yarışan illiyetten ayıran da bu özelliktir.

Meydana gelen zarar ile fiil arasında uygun bir illiyet bağının kurulmasına mani olan bir sebep olmadığı sürece, tazmin sorumluluğunun doğacağı hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Ancak zarar ile fiil arasındaki ilişkinin kurulmasına engel olup sorumluluğun doğmasına mani olan bazı haller vardır. Yaygın olarak bunlara “*illiyet bağını kesen sebepler*” denilse de, Fikret Eren’in belirttiği gibi bu terimin kullanılması mantıksal açıdan doğru değildir.<sup>195</sup> Çünkü *mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurlu davranışı* gibi haller fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun bir ilişkinin (illiyet bağı) kurulmasına mani olmaktadır. Ortada mevcut bir illiyet bağı olmadığı için de, olmayan bir bağı kesilmesi söz konusu değildir.

---

<sup>193</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 549-550.

<sup>194</sup> Örneğin B'nin gemiye binmek üzere olan A'yı silahla ateş edip öldürmesi olayında söz konusu geminin batması ve sağ kurtulanın olmaması durumu buna örnek olarak verilebilir. Bu örnekte, tabanca ile kişinin vurulması gerçek sebep, geminin batması da, farazî sebeptir. Burada gerçek sebep, farazî sebebin önüne geçip zararlı sonucu meydana getirirken, söz konusu zararın meydana gelişinde farazî sebebin fiili bir katkısı yoktur. Bu yüzden tabanca ile öldüren kişinin kendisi öldürmese de A'nın batan gemide zaten öleceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Çünkü zararlı sonuç gerçek sebeple meydana gelmiş ve aralarındaki illiyet bağı kurulmuştur. Dolayısıyla sorumluluğun doğması için gerekli olan şartlar gerçekleştiği için farazî sebep, zararlı eylemde bulunan kişi için sorumluluktan kurtulma sebebi olamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 550-555.

<sup>195</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 555.

#### d. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, akit dışı sorumluluğun doğması için gereken unsurlardan biridir. İslam hukukunda “*teaddî*” “*i’tidâ*” ve “*udvân*” kavramlarıyla ifade edilen hukuka aykırılık, sözlükte hukuk düzeninin koyduğu sınırları aşma, zulüm, haksızlık etme ve bir başkasının hakkını ihlal etme gibi anlamlara gelmektedir.<sup>196</sup>

Hukuka aykırılık, sorumluluğun doğmasını belirleyen çok önemli bir kriterdir. Çünkü sorumluluğun doğması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Zarara yol açan fiil, hukuka aykırı ise sorumluluk doğar ve bu durumda kişi meydana gelen zararı karşılar. Türk Borçlar hukukunda da durum aynen böyledir. Nitekim Borçlar Kanun’unun 49. maddesinde, hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olacağı ifade edilir. Ancak zarar, kişinin meşrû bir hak ve yetkisini kullanırken ortaya çıkarsa, oluşan zarar hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilmez. Bu durum Mecelle’nin “*Cevâz-ı şer’î damâna münâfi olur.*” şeklindeki 91. maddesinde ifadesini bulmuştur.<sup>197</sup> Örneğin, kişinin kendi mülkünde kazdığı kuyuya bir başkasının hayvanı düşüp ölse, tarla sahibinin bunu tazmin etmesi gerekmez. Çünkü hukuk düzeni insanlara kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf etme yetkisini verdiği için, kişinin buradaki kazma eylemi hukuka uygundur. Bu yüzden de, tazmin sorumluluğu doğmaz. Görüldüğü üzere zarara yol açan her fiil, hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilmemektedir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, insan kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf etme hürriyetine sahip olsa da, bu durum “*başkasına zarar vermeme*” kaydıyla sınırlıdır. Nitekim Ebu Hanîfe, üst katta oturan daire sahiplerinin izni olmadan, alttakilerin kendi mülkünde binayı zayıflatan ve yıkılmasına sebep olacak bir tasarrufta bulunamayacağı görüşündedir.<sup>198</sup> İmâm Muhammed ile Ebû Yûsuf da, alttakilerin üstteki komşuya

<sup>196</sup> İbn Manzûr, *Lisânü’l-Arab*, C. XV, s. 33-34.

<sup>197</sup> Ali Haydar, *Dürrü’l-hükkâm*, C. I, s. 193.

<sup>198</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XVII, s. 91-92 [ *إِلَّا أَنْ يَلْحَقَ* ]؛ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi’*, C. VI, s. 264-265; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. III, s. 108-109; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C. IV, s. 195-196. Ebû Hanîfe’ye göre kişilerin kat mülkiyetindeki tasarruflarında aslanan, mülk sahiplerinin binaya yönelik tasarrufta bulunmalarının yasak olmasıdır (hazr). Çünkü daire veya kat mülkiyetinde her dairenin ve katın yapı kısmında diğer mülk sahiplerinin

zarar vermeyecek şekilde dilediği gibi tasarruf etme yetkisine sahip olduğu, ancak bu hakkın başkalarına zarar verecek şekilde kullanılmasının mümkün olmadığı düşüncesindedir.<sup>199</sup> Normalde insanların kendi mülklerinde tasarruf etmesi meşrû bir haktır. Anca kişi bu hakkını başkasına zarar verecek şekilde kullanırsa, tazmin sorumluluğu doğar. Çünkü insanlar, meşrû olan haklarını başkasına zarar verecek şekilde kullanırsa, bu haklar meşrû olmaktan çıkar ve hukuka aykırı hale gelir.

Normal şartlarda tazmin sorumluluğunun doğması için, zarara yol açan fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Ancak oluşan zararın hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilmediği bazı durumlar vardır. Türk Borçlar hukukunda bunlara “*hukuka aykırılığı önleyen sebepler*” veya “*hukuka uygunluk sebepleri*” denir.<sup>200</sup> Mal sahibi ile yetkili makamın (devlet başkanı gibi) izni, meşrû bir hakkın kullanımı, zaruret hali, mağdurun zarara rıza göstermesi ve meşrû müdafaa gibi haller hukuka aykırılığı ortada kaldıran durumlara örnek olarak verilebilir. Meşrû müdafaa, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı gibi âlimlerin çoğunluğuna göre sorumluluğu da ortadan kaldırır.<sup>201</sup> Ancak zaruret hali, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakla birlikte sorumluluğu ortadan

---

hakkı vardır. Söz konusu tasarruf zarara yol açıyorsa, kişilerin yukarıdaki temel kurala (asl), uymaları gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C. IV, s. 195.

<sup>199</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XVII, s. 91; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VI, s. 264; Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C. IV, s. 195-196. İmameyn'e göre kişilerin kendi mülklerinde tasarruflarında aslanan ibâhadır. Zira insan, kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir. Kişiyi tasarrufundan alıkoyan şey, başkalarının zarar görmesidir. Ki bu da arızî olarak meydana gelen bir şeydir, aslanan ibâhadır. Böyle bir durum söz konusu olmadığı sürece ibâha sınırları çerçevesinde kişi dilediği gibi tasarruf edebilir ve bu konuda kendisine mani olunamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C. IV, s. 195.

<sup>200</sup> Bazı yazarlar tarafından “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller” denilse de, Fikret Eren bunun doğru olmadığını ifade etmektedir. Çünkü bir davranış, hukuka ya uygundur ya da aykırıdır. Hukukun aykırı olarak nitelendirdiği bir davranış da, her zaman hukuka aykırıdır. Ona göre, hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir davranışın, daha sonra bazı sebeplerin varlığından hareketle söz konusu fiillerdeki hukuka aykırılığın ortadan kalktığını iddia etmek mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 602-613; Oğuzman-Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, s. 21.

<sup>201</sup> İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. XII, s. 530-531; Şâfiî, **el-Ümm**, C. VI, s. 191; Düsûkî, **Hâşiyetü'd-Düsûkî**, C. IV, s. 357. Ancak Ebû Hanife ve ashâbı, meşru müdafaa durumunda kişinin eyleminin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı, ancak kişinin zararı tazminle sorumlu olacağı görüşündedirler. [Mergînânî, **el-Hidâye**, C. I, s.168; Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C. II, s. 67; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s.193.] Örneğin bir hayvanın saldırması durumunda, kişi ancak bu hayvanı öldürmek suretiyle kurtulabilecekse, söz konusu kişinin hayvanı öldürmesi hukuka aykırı değildir. Bu hususta herhangi bir ihtilaf yoktur, ancak öldürülen hayvanın tazmine konu olup olmaması tartışmalıdır. Hanefiler bu örnekteki kişinin durumunu zaruret halindeki kişinin durumuna benzettikleri için “*ıztırar gayrın hakkını iptal etmez*” şeklindeki genel kuralı işleterek tazminin gerektiğini ifade ederken, Şafiî, Malikî ve Hanbelî fakihleri, söz konusu eylemin tazmin sorumluluğunu doğurmadığını belirtirler.

kaldırmaz. Bu durum Mecelle'nin 33. maddesinde “*ıztırar gayrın hakkını iptal etmez*” şeklinde ifade edilir.<sup>202</sup> Örneğin, açlıktan dolayı ölüm tehlikesine maruz kalan bir insan, daha sonra tazmin etmek şartıyla başkasına ait olan yiyeceği izinsiz bir şekilde ihtiyacı kadar alıp yiyebilir.

Tazmin sorumluluğunun doğması için teaddî unsurunun tessebbüb halinde bulunması gereken bir şart olduğu; mübâşeret halinde ise bu şartın aranmadığı Hanefî geleneğinde yaygın bir bilgidir.<sup>203</sup> Her ne kadar hukuka aykırılık, bütün itlâf türlerinde sorumluluğun doğması için bulunması gereken önemli bir şart olsa da, Türkiye'deki bazı çalışmalarda teaddî kavramının “*hukuka aykırılık*” kavramına indirgenmesi sebebiyle mübâşeret halinde verilen zararlarda hukuka aykırılığın şart olmadığı, tessebbüb halinde ise bunun şart olduğu belirtilir.<sup>204</sup> Ancak tazmine konu olan itlafın/zararın hukuka aykırı olmaması düşünülemez. Çünkü meydana gelen bir itlaf hadisesinde, hukuka aykırılık unsuru bulunmuyorsa, tazmin sorumluluğu doğmaz. Serahsî'nin de belirttiği gibi, itlaf ancak hukuka aykırı (*bi gayri hakkın*) olduğunda tazmin sorumluluğunu doğurur.<sup>205</sup> Zarara rağmen tazmin sorumluluğu doğmuyorsa, bu durum fiilin hukuka uygun olmasıyla açıklanır. Nitekim Mecelle'nin 918. ve 920. maddelerinde, mübâşeret halindeki hukuka aykırı fiilin yol açtığı zararların tazmin sorumluluğunu doğurduğu görülmektedir.<sup>206</sup> Teaddî unsurunun tessebbüb halinde

<sup>202</sup> Mecelle 33. Madde.

<sup>203</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. IV, s. 188; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi'*, C. III, s. 203; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 481-483; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 325; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 43; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1419, s. 243; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 87<sup>a</sup>; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 602-603; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mütlefât*, s. 227-232; Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmm*, C. I, s. 197; Mustafa, Hamid, *el-İltizâmât ve'l-ûkûd fi'ş Şer'ati'l-İslâmiyye*, Bağdad, 1943, s. 52; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 55, 63, 90, 96-97, 105, 169.

<sup>204</sup> Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 55, 63, 105, 169; Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 61; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 86-90.

<sup>205</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XI, s. 136. “إِذَا حَصَلَ بَعْزٌ حَقٌّ لَا إِذَا حَصَلَ بَعْزٌ اسْتِحْقَاقِيٌّ”.

<sup>206</sup> **Mecelle 918. madde:** “Bir kimse, diğerrin hane ve dükkân misüllü akarını, bigayr-i hak hedm etse sahibi muhayyerdir. Dilerse, enkâzını hedm eden kimseye terk ederek, mebniyyen kıymetini tazmin ettirir ve dilerse, ol akarın mebniyyen kıymetinden, enkâzın kıymetini tenzil ve kıymet-i bâkiyyeyi tazmin ile beraber enkâzı dahi alıkor. Fakat gâsıb anı, ke'l-evvel bina ediverse, damândan berî olur.” **Mecelle 920. madde:** “Bir kimse, âharın bahçesindeki eşcârı bigayr-i hak kat' etikte sahibi muhayyerdir. Dilerse ol eşcârın kâimen kıymetlerini ahz ile eşcâr-ı maktû'ayı kâtı'a (kesen) terk eder. Ve dilerse, kâimen kıymetlerinden, maktû'an kıymetlerini bi't-tenzil, bâki meblağ ile beraber eşcâr-ı maktû'ayı dahi alıkor. Meselâ, eşcâr kâim olarak bahçenin kıymeti, on bin ve bilâ eşcâr kıymeti, beş bin ve eşcâr-ı maktû'anın kıymeti, iki bin kuruş olsa, sahibi muhayyerdir. Dilerse eşcâr-ı maktû'ayı kâtı'a terk ile beş bin kuruş alır. Ve dilerse üç bin kuruşla beraber eşcâr-ı maktû'ayı alıkor.” Ali Haydar, *Dürerü'l-*

bulunması gerektiği ise, Mecelle'nin 924. maddesinde müstakil olarak belirtilmiştir.<sup>207</sup> Akif Aydın'ın da belirttiği gibi, dolaylı (tesebbüben) itlafın aksine, doğrudan (mübâşeret) itlafın düzenlendiği bölümde hukuka aykırılığa müstakil olarak değinilmemesi, söz konusu hallerde bunun açık olması sebebiyledir.<sup>208</sup> Yani her iki durumda da hukuka aykırılık unsuru mevcuttur, ancak doğrudan itlaf hallerinde fiil ile zarar arasındaki ilişkinin güçlü olması sebebiyle “mübâşeret” tazmin için tek başına yeterli görülmüş ve bunun zikredilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Fakat dolaylı itlaf hallerinde bu ilişki zayıf olduğu için teaddî unsurunun bulunması gerektiği ayrıca ifade edilmiştir. Mahmesânî de teaddî unsurunun mübâşeret ve tesebbüb hallerinin her ikisinde bulunduğunu belirtmiş ve Mecelle'nin 920. maddesinden hareketle bu unsurun mübâşeret halindeki varlığını açıklamaya çalışmıştır.<sup>209</sup> Buradaki örnekte, kişi başkasının mülkündeki ağaçları izinsiz ve haksız (*bigayr-i hak*) bir şekilde kestiği için teaddî unsurunu taşıyan bir eylemde bulunmuş ve bu sebeple zararı tazminle sorumlu tutulmuştur. Aynı şekilde bir kimse mahallede çıkan bir yangına engel olmak için sahibinin ya da devlet başkanının izni olmadan başkasına ait bir evi yıktığı için bu kişinin tazminle sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Burada sahibinin ya da devlet başkanının izni alınmadığı için yıkma eylemi, hukuka aykırı (teaddî) olarak meydana gelmiştir.<sup>210</sup>

Görüldüğü üzere mübâşeret hallerinde teaddî unsurunun müstakil olarak belirtilmeyişi, hukuka aykırılığın söz konusu olaylarda bulunmadığı anlamına gelmemektedir.<sup>211</sup> Bunun anlamı, doğrudan gerçekleştirilen zararlı fiillerde failin teaddî unsurunu taşıyan fiili olmasa da tazminle sorumlu olacaktır. Bu tür meydana

---

**hükkâm**, C. II, s. 893-897.

<sup>207</sup> Dolaylı itlâfta sorumluluğun doğması için teaddî unsurunun bulunması gerektiği Mecelle'nin 924. maddesinde şu şekilde kanunlaştırılmıştır: “*Tesebbübün ber vech-i bâlâ mûcib-i damân olmasında teaddî şarttır*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 903.

<sup>208</sup> Aydın, “İtlâf”, **DİA**, C. XXIII, s. 467.

<sup>209</sup> Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âimme**, C. I, s. 174.

<sup>210</sup> Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âimme**, C. I, s. 174.

<sup>211</sup> Kemal Yıldız, mübâşeret halinde verilen zararlarda hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının şart olmadığını, ama söz konusu zararlarda genellikle hukuka aykırılık unsurunun mevcut olduğunu ifade eder. Ona göre burada kastedilen şey, hukuka aykırı olmasa dahi bu hallerde sorumluluğun doğacağıdır. Örneğin bir başkasının hayvanını öldüren, elbisesini yakan veya yiyecek maddelerini tüketen kişinin mübâşeret halinde verdiği zararlarda sorumlu olması için kusurlu olması şart olmadığı gibi, söz konusu eylemlerinin hukuka aykırı olup olmadığına ya da bunları niçin yaptığına bakılmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s.169.

gelen olaylarda teaddî unsuru mevcuttur, ancak zarar ile fiil arasında ilişki çok güçlü olduğu için, bu unsurun zikredilmesine ayrıca ihtiyaç duyulmadığı gibi böyle bir şartın varlığı da aranmamıştır. Çünkü mübâşeret hallerinde zararlı fiilin gerçekleşmiş olması, tazmin sorumluluğunun teşekkülü için tek başına yeterli görülür. Bu yüzden de söz konusu eylemlerin teaddî unsurunu taşıyıp taşımadığına ya da zararlı fiilde kişinin kasıt veya ihmalinin (kusur) olup olmadığına bakılmaz.<sup>212</sup> Hatta meydana gelen zararda kişinin edâ ehliyetine sahip olup olmadığına bir önemi de yoktur. Öyle ki, gayri mümeyyiz olan çocuk başkasına ait bir malı itlaf ederse, çocuğun malından tazmin edilmesi gerekir; malı yoksa da, mal sahibi oluncaya (*hal-i yüsürine*) kadar beklenilir ve bu zarar velîsine tazmin ettirilmez.<sup>213</sup> Dolayısıyla burada önemli olan kişinin sebep olduğu zararların tazmin edilmesidir. Bu durum, İslam hukukunda meydana gelen zararların tazmininde kusur sorumluluğu yerine sebep sorumluluğu anlayışının hâkim olduğunu göstermektedir.

Ayrıca mübâşeret halinde teaddî unsurunun aranmadığını söyleyenlerin görüşlerini desteklemek üzere getirdiği örneklerin tamamı, mübâşeret halinde sorumluluğun doğması için -teaddî unsurunun değil- kasıt ve ihmalden müteşekkil olan kusur (hata) unsurunun gerekli olmadığını ortaya koymaktadır.<sup>214</sup> Örneğin bir kimse, ayağının düşüp kaymasıyla veya kendi malı olduğunu zannederek başkasının malını itlaf eder veya uyumakta iken yatağından düşüp başkasının malını telef ederse, mübâşeret halindeki bu zararları tazmin etmesi gerekir.<sup>215</sup> Bu örnekler, -teaddî unsuru olmadığı halde tazmin sorumluluğunun olmadığını değil- kusur bulunmadığı halde sorumluluğun doğduğunu göstermektedir. Burada söz konusu zararların meydana gelişinde kişinin herhangi bir kusuru yoktur, ancak onun eylemleri başkalarının hukuk tarafından korunan haklarına zarar verecek şekilde sonuçlandığında, söz konusu fiiller

<sup>212</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 345, 381; Düreynî, **en-Nazariyyâtü'l-fıkhiyye**, s. 204-205; et-Tüncî, **Müessesetü'l-mes'uliyye**, s. 147

<sup>213</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 319<sup>a</sup>. Ayrıca Mecelle'nin 916. Maddesine bkz. "*Bir sabî, diğerin malını itlâf etse, kendi malından damân lâzım gelir. Malı yok ise hal-i yesürine intizâr olunur ve velîsine tazmin ettirilmez.*" Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 889.

<sup>214</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 345, 381; Ahmed, **Damânü'l-mütlefât**, s. 229; Ali el-Haffî, **ed-Damân**, s. 58-59; Düreynî, **en-Nazariyyâtü'l-fıkhiyye**, s. 204-205; et-Tüncî, **Müessesetü'l-mes'uliyye**, s. 147; Aydın, "İtlâf", **DİA**, C. XXIII, s. 467. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere kasıt ve ihmal kavramları teaddî kavramını içerisine girmektedir.

<sup>215</sup> Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 887-888; Aydın, "İtlâf", **DİA**, C. XXIII, s. 466.



hukuka uygun olmaktan çıkıp hukuka aykırı hale dönüşür. Dolayısıyla buradaki örneklerde teaddî unsuru bulunmaktadır; ancak bu örneklerdeki teaddî, kusurdan değil hukuka aykırılıktan kaynaklanmaktadır.<sup>216</sup> Sonuç itibariyle, hukuka aykırılık gerek doğrudan itlafta gerekse dolaylı itlafta sorumluluğun doğması için bulunması gereken önemli bir unsurdur.

#### e. Kusur

Türk hukukunda kullanılan kusur kavramının kapsamı, Arapçadaki anlamından biraz daha geniştir. Zira bu kavram; yapılması gereken bir şey hususunda ihmalkâr, gevşek, dikkatsiz ve tedbirsiz davranmak gibi anlamlara gelir. Türkçedeki genel kullanımı bu şekilde olmakla birlikte, zikredilen anlamların yanı sıra Türk hukukunda bu kelimeye “kasıt” anlamının da yüklendiği görülmektedir. Nitekim kusur unsuru, Türk hukukunda *kasıt* (amd-taammüd) ve *ihmal* diye ikiye ayrılır. Kasıt, kişinin hem eylemin sonucunu bilmesi (öngörmesi) hem de bu sonucu istemesi; ihmal ise, zararlı sonucu istememekle birlikte bunu önlemek için gereken dikkat ve özeni göstermemesi anlamına gelir.<sup>217</sup>

İslam hukukunda kullanılan taammüd/amd (kasıt), taksir ve hata terimleri, Borçlar Hukukundaki kusur kavramının kapsamına girmektedir. Ancak bu kavramlardan hangisinin tam olarak kusur kavramına tekabül ettiği hususunda farklı kanaatler vardır. Örneğin Subhî Mahmesânî ile Hayrettin Karaman, taammüd kavramının sadece kasıt (taammüd) anlamını ifade etmekte kalmayıp ihmal ve tedbirsizliği de içine aldığı belirtirken<sup>218</sup>; Kemal Yıldız, amd ve taammüd kelimesinin kasıt dışında başka bir anlamda kullanımını tespit edemediğini ve bu yüzden onlara katılmadığını ifade etmektedir.<sup>219</sup> Arapça yazılan muasır çalışmalarda ise “kusur” yerine “hata” kavramının tercih edildiği görülmektedir.<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> Klasik kaynaklar açısında bunun bir anlamı yoktur. Çünkü gerek hukuka aykırılık, gerekse kusur kavramı teaddî kavramıyla ifade edilmektedir. Bu kavramın söz konusu anlamların ikisine veya sadece hukuka aykırılık anlamına geldiği ilgili örneklerden anlaşılmaktadır.

<sup>217</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 574-576; Oğuzman - Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, s. 49; Dağcı, **Fıkıh**, s. 65.

<sup>218</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C. II, s. 499; Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âmmе**, C. I, s. 168, 194-203.

<sup>219</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 56

<sup>220</sup> Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âmmе**, C. I, s. 168, 194-195; Senhûrî, **el-Vasît**, C. I, s. 776-777; Sirâc, **Damânü'l-udvân fi'l-fıkhî'l-İslâmî**, s. 98.

Genel olarak, meydana gelen bir zararın tazmin edilmesi hususunda, fiilin kasıt veya ihmalden kaynaklanıp kaynaklanmadığının pek bir önemi yoktur. Çünkü her iki durumda da zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle belirtmek gerekirse, tazmin sorumluluğu açısından zararın kasıt veya ihmalden kaynaklanması sonucu değiştirmemektedir. Çünkü kişi bu hallerin tamamında kusurlu olacağı için, sonuca yönelik bir değişiklik olmamaktadır. Bir sonraki bölümde detaylı olarak görüleceği üzere, klasik Hanefi kaynaklarında kasıt ve ihmalden kaynaklanan zararlar teaddî kavramının bir yönünü teşkil ettiği için, burada önemli olan şeyin teaddî unsuru olduğu anlaşılacaktır.

Kusurlu ve hukuka aykırı bir şekilde meydana gelen zararlı fiilin tazmin sorumluluğunu doğurması genel bir kuraldır. Ancak doğrudan itlaf hallerinde (mübâşeret) failin sorumlu olması için kusur şartı aranmazken, dolaylı itlaf (tesebbüb) hallerinde kusur şartı gerekmektedir.<sup>221</sup> Çünkü doğrudan itlaf hallerinde hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesi, tek başına sorumluluğun doğması için yeterlidir. Zira fiil ile zarar arasında doğrudan bir ilişkinin kurulması ve zararın hemen meydana gelmesi sebebiyle failin kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Bu sebeple fiilin haklı veya haksız bir gerekçeye dayanıp dayanmamasının, failin mümeyyiz veya gayri mümeyyiz olmasının; eylemin bilerek veya bilmeyerek, kasıtlı veya kasıtsız ya da kişinin kendi mülkünde veya başkasının mülkünde yapılmasının doğrudan itlaf hallerinde bir önemi yoktur.<sup>222</sup> Mübâşeret hallerinde kusurun aranmaması, mağdurun hakkının korunmasına öncelik verilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira meydana gelen zararlarda kusurlu olmadığı için mübâşirin sorumlu tutulmaması, mağduru uğradığı

<sup>221</sup> Hanefî fakihlerinden Gânim el-Bağdâdî ilgili kuralın anlatıldığı yerde “*teammüd*” kavramının yerine “*teaddî*” kelimesini kullanmıştır. [Bâğdâdî, **Mecmau’ d-damânât**, C. I, s. 345, 381. “*المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ*” “*وَمَنْ يَتَعَدَّ، وَالْمَسْرُوبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا*” Yani, mübâşir, müteaddî ve mütammid olmasa da; mütesebbib ise ancak müteaddî olduğunda dâmin olur.”] Benzer durum, İbn Nüceym’de de görülmektedir. [Bkz. İbn Nüceym, **el-Eşbâh ve’n-nezâir**, s. 250. “*يَضْمَنُ الْمُبَاشِرُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا*”] Vehbe Zühaylî, *teammüd* kavramı yerine *teaddî* kelimesinin kullanılmasının daha doğru olduğunu, tazmin konusunda kasıt ile hata arasında herhangi bir farkın gözetilmediğini belirtir. [Bkz. Zühaylî, **Nazariyyetü’ d-damân**, s. 171.] Daha önce de ifade edildiği üzere *Mecmau’ d-damânât*’ın tahkikli baskısının dipnotunda, bu kaidenin doğrusunun “*mübâşir, müteammid olmasa da dâmin olur, mütesebbib ise ancak müteaddî olduğunda dâmin olur*” şeklinde olduğunu; ancak bunun Mecelleye hatalı olarak “*mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz.*” biçiminde nakledildiği ve bu durumun mecelle şarihlerinden kaynaklandığı ifade edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bâğdâdî, **Mecmau’ d-damânât**, C. I, s. 345.

<sup>222</sup> et-Tüncî, **Müessesetü’l-mes’uliyye**, s. 147.

zararla baş başa bırakmakla eş değerdir ki, bu durum hakkaniyet ve adalet fikriyle bağdaşmamaktadır.

Dolaylı itlaf hallerinde sorumluluğun oluşmasına gelince, hukuka aykırı fiilin yanı sıra failin kusurlu olması şartı da aranmaktadır. Mecelle'nin 93. maddesinde “*mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz*” şeklinde ifade edilen bu maddede, dolaylı itlaf hallerinde zarara sebep olan failin kasıtlı olmadıkça sorumlu olmayacağı ifade edilmektedir. Ancak Akif Aydın, burada failin taammüdünden bahsediliyor ve ilk bakışta sadece kasıt unsuru aranıyor gibi görünse de, sorumluluğun teşekkülünde kasıt unsurunun yanı sıra ihmal ve tedbirsizlik unsurlarının da etkili olduğunu belirtmektedir.<sup>223</sup>

Kusur ilkesinin sorumluluk üzerindeki etkisi incelendiğinde, İslam hukukunda “*kusur sorumluluğu*” yerine “*sebepl sorumluluğu*” anlayışının daha ağır bastığı daha önce ifade etmiştik. Çünkü doğrudan itlaf (mübâşeret) hallerinde sorumluluğun doğması için kusur şartının bir önemi yok iken, dolaylı itlaf (tesebbüb) hallerinde kusur şartı aranmaktadır. Yani fail kusuru olmasa da mübâşeret halinde sebep olduğu zararları tazminle sorumlu iken, tesebbüb halinde ancak kusurlu davranışının sebep olduğu zararlardan sorumlu olur. Görüldüğü üzere mübâşeret ve tesebbüb hallerinde kişi ile meydana gelen zarar arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisi kurulabiliyorsa, sorumluluk doğar ve oluşan zarar tazmin edilir. Bu durum, akit dışı meydana gelen haksız fiillerdeki sorumluluklarda sebep ilkesinin hâkim olduğunu ve *sebepl sorumluluğu* anlayışının daha ağır bastığını göstermektedir.

## VIII. DEĞERLENDİRME

Öncelikle akit dışı sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna indirgenmemesi gerekir. Her ne kadar akit dışı sorumluluğa geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu denilse de, Türk Borçlar Hukukunda akit dışı sorumluluk aslında iki çeşittir. Bunlardan biri haksız fiil sorumluluğu, diğeri de sebepsiz zenginleşmedir.

---

<sup>223</sup> Aydın, “İtlâf”, *DİA*, C. XXIII, s. 468. Aydın'ın buradaki ifadelerinden hareketle onun da, Hayrettin Karaman ile Subhî Mahmesânî gibi taammüd kavramını –pozitif hukuktaki şekliyle– kasıt ve ihmali içine alacak şekilde düşündüğünü söyleyebiliriz.

Sebepsiz zenginleşmenin sözleşme (akit) ve haksız fiile ilâveten üçüncü bir borç kaynağı olduğu ifade edilir.<sup>224</sup> Ancak haksız fiillerde olduğu gibi sebepsiz zenginleşme de, -borç doğurması hasebiyle- akit dışı meydana gelen bir sorumluluk türüdür. Buna dayanarak klasik fıkıh terminolojisindeki “*damânü’l-itlaf*” teriminin, Borçlar Hukukundaki akit dışı sorumluluğa değil, onun türlerinden biri olan haksız fiil sorumluluğuna tekabül ettiğini söylemek gerekir.

Akit dışı sorumluluğun türlerinden biri olan haksız fiil sorumluluğunun (*damânü’l-itlaf*) doğması için her şeyden önce ekonomik değerle ifade edilebilen bir zararın meydana gelmesi, buna yol açan hukuka aykırı bir fiilin olması ve zarar ile fiil arasında da uygun bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması (illiyet bağı) gerekir. Buna göre haksız fiil sorumluluğun oluşması için bulunması gereken unsurlar *fiil*, *zarar*, *illiyet bağı* ve *hukuka aykırılıktır*. Dolaylı itlaf hallerinde bu şartlara ilâveten *kusur* unsurunun da bulunması şart koşulmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğunun şartları, Türkçe yazılan İslam hukuku çalışmalarında -genel olarak- yukarıda ele alındığı şekilde olsa da, klasik fıkıh literatüründeki teaddî kelimesinin Türk Borçlar hukukundaki “*hukuka aykırılık*” ve “*kusur*” kavramlarından hangisine tekabül ettiğinin tam olarak ortaya konulmaması bir takım kavram karışıklıklarına yol açmıştır. Öyle ki, bu çalışmaların bazılarında teaddî kelimesinin Türkçe’ye “*hukuka aykırılık*” olarak aktarıldığı ve buna karşılık gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.<sup>225</sup> Ancak teaddî kavramının hukuk aykırılık kavramıyla aynı anlamda kullanılması problemlidir. Çünkü İslam hukukunda kullanılan teaddî kavramının terminolojik içeriğiyle Borçlar hukukundaki hukuk aykırılığın içeriği birebir örtüşmemektedir. Kanaatimizce teaddî kavramı, hukuka aykırılık unsurunu içine almakla birlikte bunun da ötesinde bir anlam genişliğine sahiptir.

---

<sup>224</sup> Akit dışı sorumluluk, genellikle haksız fiil sonucunda ortaya çıktığı için, buna “geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu” denilmektedir.

<sup>225</sup> Aydın, “İtlâf”, *DİA*, C. XXIII, s. 468; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 483, 485, 497; Aydın, M. Akif, “Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlâf”, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul, 1996, s. 90; Kahveci, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 60-62; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 90-104; Karaaslan, “*İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk*”, s. 148-150; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 86-98.

Zikredilen bu gerekçe sebebiyle, teaddî kavramının sadece hukuka aykırılığa indirgenmemesi ve klasik kaynaklarda kullanıldığı şekliyle içeriğinin tespit edilmesi gerekir. İşte bu yüzden sorumluluk hukukunun en temel kavramlarından birisi olan teaddî kelimesinin Hanefi mezhebinin klasik kaynakları özelinde kullanımı ve bunun taammüd kavramıyla olan ilişkisi bir sonraki bölümde detaylı olarak ele alınacaktır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TEADDÎ İLE TAAMMÜD KAVRAMLARININ KULLANIMI VE DAMÂN LİTERATÜRÜNÜN OLUŞUMU

İslam hukukunda tazminatla ilgili yazılan bazı Türkçe çalışmalarda teaddî kavramının hukuka aykırılık kavramına indirgenildiğini ve bu kavramların aynı anlamda kullanılmasının problemlili olduğunu bir önceki bölümün sonunda belirtmiştik. Zikredilen bu durum, teaddî kavramıyla ilgili karışıklıkların ortadan kaldırılmasını ve bunun klasik kaynaklarda kullanıldığı şekliyle içeriğinin tespit edilmesini zarûrî kılmaktaydı. Çünkü bu kavramın hangi kavramsal çerçeveye ait olduğunun ortaya konulmayışı -daha önce ifade edildiği üzere- bir takım kavram karışıklıklarına yol açmaktadır. İşte bu yüzden teaddî ve taammüd kavramlarının kullanımını ile damân literatürünün ilk örneklerini detaylı olarak ele alacağımız bu bölümün ilk kısmında öncelikle Hanefî mezhebinin klasik kaynaklarından hareketle teaddî kelimesinin hangi anlamsal çerçeveye sahip olduğunu, tazminat hukuku bağlamında bu kavramın neleri içine aldığı ve bunun taammüd kavramıyla olan ilişkisini ortaya koyarak haksız fiil sorumluluğunun şartlarına dair bir teklifte bulunacağız. Sonrasında da gasp ve itlaf konularına geçmeden önce bu bölümün ikinci kısmında Hanefî mezhebinde damân literatürünün oluşumunu ve bu alanda yapılan ilk telif edilen eserleri ele alacağız.

#### I. TEADDÎ VE TAAMMÜD KAVRAMLARININ KULLANIMI

##### A. TEADDÎ

###### 1. Sözlük ve Terim Anlamı

İslam hukukunda sorumluluk hukukunun (damân) en temel kavramlarından birisi olan teaddî kelimesi, sözlükte “hukuk düzeninin koyduğu sınırları aşmak, zulmetmek, tecavüz etmek, haksızlık etmek, haddi aşmak, hakkı çiğneyip geçmek, bir başkasının hakkını ihlal etmek ve başkasının mülkünde tasarruf etmek” gibi anlamları

içermektedir.<sup>227</sup> Terim olarak da, “izinsiz ve haksız bir şekilde başkasının malından faydalanmak”, “mülkiyetine geçirme kastı olmaksızın bir şeyde sahibinin izni olmadan tasarrufta bulunmak” ve “başkasının malını kısmen veya tamamen telef etmek” gibi manalara gelmektedir.<sup>228</sup> Teaddî kelimesi, bu tanımlarda sadece mala karşı işlenen haksız fiilleri içeriyor gibi görünse de, insana yönelik zararlı fiilleri (öldürme ve yaralama gibi) de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.<sup>229</sup>

Tazmin sorumluluğunu gerektiren sebeplerden biri olan *teaddî*, şer’an ya da hukuken yasak olan bir fiili işlemek veya yapılması gerekli olan şeylerden birinin edâsını terk etmekle olur. Teaddî, bazen Şâri’in ya da hukukun yerine getirilmesini zorunlu kıldığı bir sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanıyor olabilir. Örneğin vedîa akdinde, sözleşmeye konu olan mal muhafaza edilmez veya korunmasında kusurlu davranılır ve bunun sonucunda mal telef olursa, meydana gelen zarar emânet bırakılan (mûdâ‘) kişi tarafından tazmin edilir. Çünkü muhafaza ve emânet anlayışına dayalı olan bu akitte, akde konu olan mal onu elinde bulunduran kişinin kasıtlı veya kusurlu davranışıyla telef olursa, mudâ‘ sözleşmeye aykırı davrandığı için meydana gelen zarardan sorumludur. Kiralayan ile kiracının icâre sözleşmesindeki şartlara aykırı davranması da aynı şekilde sözleşmeden doğan sorumlulukların kapsamına dâhildir. Teaddî bazen de şer’i hükümlere, yani hukuka aykırı davranmakla, bir başkasının hakkını ihlal etmekle olur. Başkasının malını telef etmek veya gasp etmek ya da hayvanın yularını bağlamada ihmalkâr davranmak suretiyle birinin zararına yol açan eylemler buna örnek olarak verilebilir.<sup>230</sup>

Gerek klasik gerekse çağdaş İslam hukuku literatüründe görüldüğü üzere, teaddî kelimesi, şeriatın yani hukukun izin vermediği bir fiilin işlenmesi anlamına

---

<sup>227</sup> İbn Manzûr, **Lisânü’l-Arab**, C. XV, s. 33-34; Cevherî, İsmail b. Hammad, **Tâcü’l-Luga ve Sihâhu’l-Arabiyye**, Dârü’l-İlmi li’l-melâyîn, Beyrut, 1987, C. VI, s. 2281; Kasım b. Abdullah b. Emir Ali el-Konevî, **Enîsü’l-fukahâ fi ta’rifâti’l-elfâzi’l-mütedâvile beyne’l-fukahâ**, thk. Yahya Hasan Murad, Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1424/2004, s. 67; Ali bin Muhammed es-Seyyid el-Cürçani, **et-Tarifât**, Dârü’l- Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1983/1403, C. I, s. 144; **el-Mevsûatu’l-Fıkhiyye**, C. V s. 202; C. XII, s. 233.

<sup>228</sup> er-Ressâ, Muhammed b.Kâsım el-Ensârî, **Şerhu Hudûdi İbn Urfe**, el-Mektebetu’l-İlmiyye, y.y., 1350, s. 351-352.

<sup>229</sup> Serahsî, **el-Mebsût.**, C. XVI, s. 188-192; Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi’**, C. VII, s. 271-284; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 443, 473; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. V, s. 45; İbn Nüceym, **Bahrü’r-râik**, C. VIII, s. 397, 399; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 293<sup>a</sup>, 318<sup>a</sup>.

<sup>230</sup> Sirâc, **Damânü’l-udvân fi’l-fıkhi’l-İslâmî**, s. 48.

gelmektedir. Türk borçlar hukukunda “*kişilerin şahıs ve mal varlıklarını koruma amacı güden hukukî bir kural veya davranış normunun ihlal edilmesi*” anlamında kullanılan hukuka aykırılık kavramı, teaddî kelimesiyle büyük ölçüde örtüşmektedir.<sup>231</sup> Nitekim Türkçe yazılan bazı İslam hukuku çalışmalarına bakıldığında teaddî kelimesinin Borçlar hukukundaki “*hukuka aykırılık*” kavramına karşılık gelecek şekilde kullanıldığı ve Türkçe’ye bu şekilde aktarıldığı görülmektedir.<sup>232</sup> Örneğin Kemal Yıldız Borçlar hukukundaki hukuka aykırılık kavramı ile İslam hukukundaki teaddî kelimesi arasında herhangi bir farkın olmadığını ifade etmektedir.<sup>233</sup> Ancak İslam hukukunda kullanılan teaddî kavramının terminolojik içeriğiyle Borçlar hukukundaki hukuka aykırılığın içeriği birebir örtüşmemektedir. Borçlar hukukunda meydana gelen zararın, failin kasıt (*taammüd*) veya ihmalden (*taksir*) kaynaklanıp kaynaklanmadığı bu kavramın kapsamına dâhil değildir. Yani buradaki şekliyle hukuka aykırılık, failin iradesinden bağımsız objektif bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam hukukunun klasik kaynaklarında kullanılan teaddî kavramı ise, hukuka aykırılığın da ötesinde bir anlam genişliğine sahiptir.<sup>234</sup> Bu sebeple teaddî kavramının –söz konusu çalışmalarda olduğu gibi– sadece hukuka aykırılığa indirgenmemesi ve klasik kaynaklarda kullanıldığı şekliyle içeriğinin tespit edilmesi gerekir. Şimdi teaddî kavramının klasik Hanefî kaynaklarındaki kullanımını örneklerle ele alacağız.

## 2. Klasik Hanefî Kaynaklarında Kullanımı

Klasik Hanefî kaynaklarında mübâseret (*doğrudan itlaf*) ve tesebbüb (*dolaylı itlaf*) hallerinde meydana gelen zararlarda tazmin sorumluluğunun hukukî çerçevesi

<sup>231</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 490.

<sup>232</sup> Aydın, “İtlâf”, C. XXIII, s. 468; Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C. II, s. 483, 485, 497; Aydın, “Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlaf”, s. 90; Kahveci, **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat**, s. 60-62; Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 90-104; Karaaslan, **İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk**, s. 148-150; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 86-98.

<sup>233</sup> Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, s. 92.

<sup>234</sup> Klasik Hanefî fıkıh kitaplarında bizim de tespit ettiğimiz bu durumu yakın zamanda ele alan önemli çalışmalar yapılmıştır. Bkz. Yerlikaya, Ünal, “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, **Diyanet İlmî Dergi**, 2017, C. 53, sy. 3; Ergin, Burak, **17. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Tesebbüb Halinde Damân**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 29 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.



anlatılırken; mübâşirin **müteaddî** olmasa da sorumlu (dâmin) olacağı, mütesebbibin ancak **müteaddî** olması durumunda dâmin olacağı ve mübâşeret hallerinde teaddî unsurunun aranmamasına karşın tesebbüb hallerinde bunun tazmin için bulunması gereken bir şart olduğu ifade edilmektedir.<sup>235</sup> Bu durum Mecelle'nin 92. ve 93. maddelerinde “*mübâşir, müteammid olmasa da dâmin olur, mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz*” şeklinde kurallaştırılmıştır. Görüldüğü üzere klasik Hanefî kaynaklarında yer alan bu prensipteki “*müteaddî*” teriminin yerine Mecelle’de “*müteammid*” kavramı tercih edilmiştir.<sup>236</sup> Burada geçen “*müteammid*” ifadesi, 93. maddenin şerhinde “*müteammid ve müteaddî*” ifadeleri birlikte kullanılarak açıklanmış ve tesebbüb hallerinde tazmin sorumluluğun doğması iki şarta bağlanmıştır. Bunlardan ilki mütesebbibin müteammid olması, ikincisi de müteaddî bulunmasıdır.<sup>237</sup> Söz konusu maddenin şerhinde verilen örneğe göre, hayvan bir kimseden kendiliğinden ürkererek kaçar ve zâyî olursa, kişi bunu tazminle sorumlu

<sup>235</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. IV, s. 188 “وَالْمُسْتَسْبَبُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًّا فِي تَسْبِيهِ كَانَ ضَامِنًا وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًّا لَا يَكُونُ ضَامِنًا”; Kâsânî, **Bedâiu’s-Sanâi’**, C. III, s. 203 “فَإِنْ كَانَ مُتَعَدِّيًّا فِي التَّسْبِيْبِ يَضْمَنُ وَإِلَّا فَلَا.”; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 481-482 “وقد صار متعديا بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان”; İbn Mâze, **Ebu’l Meâlî Burhânuddîn (Burhânüşşerîa) Mahmûd b. Ahmed el-Buhârî, el-Muhîtu’l-Burhânî fi’l-fikhin-Nu’mânî**, Beyrut, 1424/2004, C. VII, s. 528 “والتسبب إذا لم يكن متعدياً في التسبب لا يضمن”; Zeylâtî, **Tebyînül-hakâik**, C. VI, s. 151 “فَصَارَ مُتَعَدِّيًّا بِالتَّقْصِيرِ فِيهِ وَالتَّسْبِيْبِ بِوَصْفِ التَّعْدِي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ”; Bâbertî, **el-Înâye**, C. X, s. 325 “وَالْمُسْتَسْبَبُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًّا ... الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ مُتَعَدِّيًّا كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ”; Aynî, **el-Binâye**, C. XII, s. 303 “لَأَنَّهُ مُبَاشِرٌ فَلَا”; İbn Nüceym, **Bahrü’r-râik**, C. VIII, s. 43 “وَالْحَافِرُ مَسْبَبٌ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًّا فِي السَّبَبِ لَا ضَمَانٌ يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعْدِي؛ لِأَنَّ الْمُبَاشِرَةَ عِلَّةٌ فَلَا يَبْطُلُ حُكْمُهَا بِعُدْرِ وَالتَّسْبَبِ لَيْسَ بِعِلَّةٍ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْدِي لِيَلْتَحَقَّ بِالْعِلَّةِ وَإِخْرَاقُ الْحَصَائِدِ فِي لِأَنَّهُ مُتَسَبَّبٌ وَلَيْسَ بِمُتَعَدِّ فَلَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ” İbn Nüceym, **Bahrü’r-râik**, C. VIII, s. 246 “مَثَلُهُ مَبَاحٌ فَلَا يُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِ الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ” İbn Nüceym, **el-Eşbâh ve’n-nezâir**, s. 243 “شَرَطٌ وَجُوبِ الضَّمَانِ فِي السَّبَبِ أَنْ يَكُونَ مُتَعَدِّيًّا لِأَنَّ” Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 87<sup>a</sup> “يَضْمَنُ الْمُبَاشِرُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًّا” s. 250 “يَتَعَمَّدُ، وَالْمُسْتَسْبَبُ لَا إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَعَمِّدًا” Bağdâdî, **Mecmau’d-damânât**, “الذابح مباشر فلا يشترط ضمانه بالتعدي. أما الحافر فمسبب والمسبب لا يضمن إلا بالتعدي” C. I, s. 345 “الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ وَلَمْ يَتَعَدَّ، وَالْمُسْتَسْبَبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّ” Ebu Saîd el-Hâdimî, **Mecâmiu’l-hakâik**, Matbaa-i Âmire, 1308/1890, s. 46. “وَالْمُسْتَسْبَبُ لَا إِلَّا بِالتَّعَمُّدِ.” İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C. VI, s. 602-603 “أَنَّ الْمُسْتَسْبَبَ ضَامِنٌ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًّا، وَإِلَّا لَا يَضْمَنُ وَالْمُبَاشِرُ يَضْمَنُ مُطْلَقًا”

<sup>236</sup> Ali Haydar, **Dürerü’l-hükkâm**, C. I, s. 194-196.

<sup>237</sup> “Hülâsâ, mütesebbibin damânında iki şart olup, şart-ı evvel mütesebbibin müteammid olmasıdır. Şart-ı sâni, mütesebbibin müteaddî bulunmasıdır.” Bkz. Ali Haydar, **Dürerü’l-hükkâm**, C. I, s. 195-196.

olmaz. Zira hayvanın ürkmesinde kişinin herhangi bir kastı yoktur. Ancak hayvanı kasten ürkütmüşse, bu durumda kişi hem müteammid hem de müteaddî olarak sorumlu olur.<sup>238</sup> Bu örnekte, kişi zararı doğuran eylemi kasıtlı olarak yaptığı için *müteammid*, başkasına zarar verdiği için de *müteaddî* olarak sorumlu olmaktadır. Bu ve benzeri birçok olayda olduğu gibi, haksız fiillerde teaddî ile taammüd birlikte bulunabilir; ancak her zaman böyle olmayabilir. Çünkü haksız fiillerde kişinin teaddîsi, bazen zararlı eylemi kasıtlı olarak yapmasından, bazen de ihmalden kaynaklanıyor olabilir. Meydana gelen haksız fiil, kişinin kasıtlı ya da ihmalkâr fiilinden kaynaklanıyor olsa da, ileride görüleceği üzere bu durum klasik Hanefi kaynaklarında teaddî kavramıyla ifade edilir. Başka bir ifadeyle taammüd unsuru, teaddî kavramının bir yönünü teşkil ettiği için burada tazmin sorumluluğunu belirleyen objektif kriter, teaddî unsurudur. Çünkü taammüd kavramı, failin içe dönük iradesini yansıttığı için subjektif bir karaktere sahiptir. Bu yüzden tespiti de mümkün değildir.

Çağdaş araştırmacılardan Muhammed Ahmed Sirâc, Mecelle'yi hazırlayanların 92. ve 93. maddede “*teaddî*” yerine “*taammüd*” kavramını koyarak genel tazmin kurallarını anlamada öze dönük bir hata yaptıklarını, bu durumun Hanefi mezhebindeki âlimlerin zikrettiği pek çok örnekle çeliştiğini ifade etmektedir. Örneğin klasik kaynaklarda rüzgârlı bir günde kişinin kendi mülkünde yaktığı ateşin komşusunun arazisine ya da evine sirâyet etmesi durumunda ateşi yakan kişinin oluşan zarardan sorumlu olacağı söylenir.<sup>239</sup> Burada kişinin zarara yönelik herhangi bir kastı bulunmasa da, ateşi rüzgârlı bir günde yaktığı için hukukun aykırı olarak kabul ettiği bir davranış sergilemiş ve bu sebeple tazminle yükümlü tutulmuştur. Söz konusu edilen bu durum, klasik örneklerde teaddî kavramıyla ifade edilmektedir. Yani burada tazmin sorumluluğunu doğuran şey, kişinin söz konusu eylemdeki teaddîsidir. Meydana gelen bu zararlı fiildeki teaddî ise, onun kasıtlı fiilinden (taammüd) değil, ihmalden kaynaklanmaktadır. Hâlbuki Mecelle'nin 93. maddesindeki “*mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz*” kuralına göre bu olayda yakan kişinin tazminle

---

<sup>238</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. I, s. 195-196.

<sup>239</sup> Sirâc, *Damânü'l-udvân fî'l-fıkhî'l-İslâmî*, s. 102-103.

sorumlu olmaması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılabilir. Çünkü tesebbüben meydana gelen bu olayda kişinin zarara yönelik herhangi bir kastı bulunmamaktadır.

Mecelle'nin 92. ve 93. Maddesinde, mübâşirin **taammüdü** olmasa da sorumlu olacağı; mütesebbibin ise, ancak **taammüdü** olması durumunda sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Ancak Sirâc'ın dediği şekilde burada Mecelle yazarlarının doğrudan bir hata yaptığını söylemek mümkün değildir. Çünkü Mecelle'de kural haline gelen bu ifadelerin ilki, yani 92. maddede belirtilen mübâşirin sorumluluğu Ebû Saîd el-Hâdimî'nin (ö. 1176/1762) *Mecâmiu'l-hakâik* adlı eserinde “المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ” diye zikredilen kuraldan;<sup>240</sup> ikincisi, yani 93. maddede belirtilen mütesebbibin sorumluluğu da İbn Nüceym'in (ö. 970/1562) *el-Eşbâh ve'n-nezâir* adlı eserinde geçen “المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ، وَالْمُسَبِّبُ لَا إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَعَمِّدًا” biçimindeki kaidenin ikinci kısmından alınmıştır.<sup>241</sup> Her ne kadar bu maddelerin biri Hâdimî'nin, diğeri de İbn Nüceym'in zikredilen eserindeki *kavâid-i külliyyeden* alınmış olsa da, bu konu Hanefî geleneğinde yaygın olarak bilinmektedir.<sup>242</sup> Dolayısıyla her iki fakih de, Hanefî mezhebindeki mevcut olan anlayışı aktarmaktadır. Ancak İbn Nüceym ile Hadimî bunu aktarırken *müteaddî* yerine *müteammid* kavramını tercih etmişlerdir. Gerek İbn Nüceym ile Hadimî gerekse Mecelle yazarları ile şarihlerinin verdiği örnekler, söz konusu yerlerde taammüd kavramının sadece kasıt anlamında olmadığını ve bunun teaddî anlamında kullanıldığını göstermektedir.

Hanefî fakihlerinden Gânim el-Bağdâdî (ö.1030/1620) ise, ilgili kuralın anlatıldığı yerde “*taammüd*” kavramı yerine “*teaddî*” kelimesini kullanmıştır.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik*, s. 46. Hâdimî'nin zikrettiği bu kural aynen şöyledir: “المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ، وَالْمُسَبِّبُ لَا إِلَّا بِالَّتَعَمُّدِ” Ali Haydar Efendi 92. maddenin Hâdimî'nin eserinden alındığını söylese de, ondan tam iki asır önce İbn Nüceym'in (ö. 970/1562) *el-Eşbâh ve'n-nezâir* adlı eserinde bunu aynen ifade ettiği yukarıda görülmektedir. Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 243.

<sup>241</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 243. “المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ، وَالْمُسَبِّبُ لَا إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَعَمِّدًا”. Mahmesânî'nin de belirttiği gibi, İbn Nüceym fakihler arasındaki mevcut olan anlayışı aktarmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmesânî, *en-Nazarîyyetü'l-âmmeh*, C. I, s. 174.

<sup>242</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. IV, s. 188; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. III, s. 203; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 481-482; Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. VII, s. 528; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C. VI, s. 151; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 325; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 243, 250; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 87<sup>a</sup>; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 602-603.

<sup>243</sup> Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345, 381. “المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ، وَالْمُسَبِّبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا”

Mahmesânî, Bağdâdî'nin İbn Nüceym'den aldığı bu kuralı hatalı bir şekilde naklettiğini belirtse de<sup>244</sup> “*teaddî*” kelimesinin burada kullanılması hatalı değildir. Çünkü söz konusu durum, klasik Hanefî literatüründe “*teaddî*” kavramıyla ifade edilmektedir.<sup>245</sup> Nitekim İbn Nüceym'in ilgili kuralı açıklamak için zikrettiği örneğe göre, bir kimse kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya bir insanın düşüp zarar görmesinden sorumlu değildir; ancak kişi bunu başkasının mülkünde yapmışsa, kuyunun sebep olduğu zararlardan sorumlu olur.<sup>246</sup> Örneğin ilk kısmında sorumluluğun doğmaması, kişinin kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunmasının cevâzı ve meydana gelen zararda mülk sahibinin hukuka aykırı herhangi bir davranışının bulunmaması sebebiyledir. Örneğin ikinci kısmında tazmin sorumluluğunun doğması da, oluşan zararda kişinin teaddîsinin bulunmasına dayanmaktadır. Çünkü kişinin başkasına ait bir mülkte veyahut kamuya açık bir arazide kazı yapma hakkı bulunmadığı için bu durum hukuka aykırı kabul edilir. Zikredilen bu örnekteki kişi, fiilde *teaddîsi* olduğu için sorumlu olmaktadır. Kişinin buradaki teaddîsi onun taammüdünden kaynaklanıyor olabilir, ancak tesebbüb hallerinde sorumluluğu belirleyen objektif kriter teaddî olduğu için taammüd şartı aranmaz. Zira taammüd, failin içe dönük iradesini yansıttığı için subjektif bir karaktere

---

“إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا” Yani, mübâşir, müteaddî ve mütammid olmasa da; mütesebbib ise ancak müteaddî olduğunda dâmin olur”. Ancak *Mecmau'd-damânât* adlı eserin tahkikli baskısının dipnotunda, bu kaidenin doğrusunun “*mübâşir, müteammid olmasa da dâmin olur, mütesebbib ise ancak müteaddî olduğunda dâmin olur*” şeklinde olduğunu ve bunun Mecelleye hatalı olarak “*mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz.*” biçiminde aktarıldığını ve bu durumun mecelle şarihlerinden kaynaklandığı ifade edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345.

<sup>244</sup> Mahmesânî, bazı müteahhirin âlimlerin teaddî ve taammüd kavramlarının arasını ayırmamalarının buna sebep olabileceğini ifade ediyor. Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmе*, C. I, s. 174, 197.

<sup>245</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. IV, s. 188; C.V, s. 141; C. XI, s. 54; C. XV, s. 148-149; C. XXIII, s. 186; C. XXVI, s. 186; C. XVII, s. 5, 22; C. XXX, s. 297; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. III, s. 203; C. VII, s. 272, 285; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 481-482; Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. III, s. 72; C. VII, s. 528; Zeylât, *Tebyñmül-hakâik*, C. VI, s. 151-153; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 325; Aynî, *el-Binâye*, C. X, s. 313; C. XII, s. 302-303; C. XIII, s. 313; 264, 271; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 44<sup>a</sup>, 87<sup>a</sup>, 91<sup>b</sup>-92<sup>b</sup>, 94<sup>a</sup>; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 246, 396, 406, 411, 553; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 596, 603-604; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 107. Mecelle'nin “*Tesebbübün, ber vech-i bâlâ mucib-i damân olmasında, teaddî şarttır. Yani mütesebbibin, bir zararı dâmin olması, ol zarara müfzî olan fiili, haksız olarak işlemiş olmasıyla meşrûttur.*” şeklindeki 924. maddesi de, bunu destekler mahiyettedir. Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 903-904.

<sup>246</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 243; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 146.

sahiptir. Böyle olduğu için de, kişinin zararlı bir eylemi kasıtlı olarak yapıp yapmadığının tespiti mümkün değildir. İşte bu yüzden tesebbüb hallerinde *taammüd* şartı aranmaz.

Görüldüğü üzere tesebbüb hallerindeki zararlarda tazmin sorumluluğunu gerektiren şey *teaddî* unsurudur. Bu yüzden sorumluluğun doğmasında önemli olan şey, meydana gelen zararlarda failin teaddîsinin, olup olmadığıdır.<sup>247</sup> Dolayısıyla İbn Nüceym, taammüd kavramını burada teaddî anlamında kullanmıştır. Nitekim İbn Nüceym'in kendisi de eserinin başka bir yerinde ilgili kuralı "*mübâşir, müteaddî olmasa da dâmin olur*" biçiminde ifade etmiştir.<sup>248</sup> Klasik Hanefî kaynaklarındaki söz konusu örnekler ve İbn Nüceym'in kendisinin de teaddî ifadesini kullanması, Bağdâdî'nin yapmış olduğu bu naklin hatalı olmadığını göstermektedir.<sup>249</sup> Çünkü İbn Nüceym'in burada zikrettiği örneklerden biri demircinin demiri döverken bir kimsenin gözünü çıkarması, diğeri de kumaş beyazlatma işini yapan kişinin dükkânında temizleme maksadıyla sopasını elbiselerin üzerine vururken komşusunun duvarını yıkmasıdır.<sup>250</sup> Mübâşeret halinde meydana gelen zararlara örnek olarak verilen bu hadiselerin her ikisinde de sorumluluk, zararın meydana gelmesinden kaynaklanmaktadır. Bu örneklerde mübâşirin yapmış olduğu fiillerde kasıt ve ihmali olmasa da, onun eylemleri başkalarının hukuk tarafından korunan haklarına zarar verecek şekilde sonuçlandığında, söz konusu fiiller tazmin sorumluluğunu doğurur. Çünkü mübâşeret hallerinde eylemlerin teaddî unsurunu taşıyıp taşımadığına ya da kişinin kasıt veya ihmalinin (kusur) olup olmadığına bakılmaz, fiilin zararı doğurmuş olması tazmin sorumluluğunun teşekkülü için tek başına yeterlidir.

<sup>247</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. V, s. 141.

<sup>248</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 250. "يُضْمَنُ الْمُبَاشِرُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا"

<sup>249</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. IV, s. 188; C.V, s. 141; C. XI, s. 54; C. XV, s. 148-149; C. XXIII, s. 186; C. XXVI, s. 186; C. XVII, s. 5, 22; C. XXX, s. 297; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. III, s. 203; C. VII, s. 272, 285; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 481-483; Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. III, s. 72; C. VII, s. 528; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.VI, s. 151-153; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 325; Aynî, *el-Binâye*, C. X, s. 313; C. XII, s. 302-303; C. XIII, s. 313; 264, 271; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 44<sup>a</sup>, 87<sup>a</sup>, 91<sup>b</sup>-92<sup>b</sup>, 94<sup>a</sup>; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 246, 396, 406, 411, 553; a.mlf, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 250; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 596, 603-604; Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, s. 107.

<sup>250</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 250.

İzmirî (ö. 1165/1751) *el-Eşbâh ve'n-nezâir* şerhinde dolaylı itlaf hallerinden tazmin sorumluluğunun doğması için teaddî unsurunun yeterli olduğunu ve İbn Nüceym'in taammüd terimini burada yanlışlıkla zikrettiğini belirtmektedir.<sup>251</sup> Zerkâ da, tıpkı İzmirî gibi düşünerek zikredilen kuraldaki taammüd terimiyle -kasıt anlamının değil- teaddî manasının murâd edildiğini, taammüd kavramının burada zikredilmesinin yanlış olduğunu ve bu konuda şarihlerden yapılan herhangi bir uyarı görmediğini söylemiştir.<sup>252</sup> Ancak kanaatimizce burada İbn Nüceym ile Hadimî'nin ilgili kuralı aktarırken *müteaddî* yerine *müteammid* kavramını tercih etmelerinin yanlışlıkla olduğunu düşünmüyoruz. Kanaatimizce bu durumun nedeni, teaddî kavramının klasik Hanefi kaynaklarında taammüd ve taksir kavramlarından tam olarak ayrışmamasına dayanmaktadır. İleride ifade edileceği üzere, bu kavramlar, aralarındaki yakın ilişki sebebiyle bazen birbirleri yerine kullanılmaktadır. Hadimî ile İbn Nüceym'de olduğu gibi bazı kaynaklarda teaddî yerine taammüd kavramının kullanılması bu yüzden olmalıdır.

Teaddî kavramının içeriğine ilişkin bu karışıklık, Türkçe yazılan İslam hukuku çalışmalarına da yansımıştır. Nitekim bazı çalışmalarda teaddî kelimesinin Türkçe'ye "*hukuka aykırılık*" olarak aktarıldığını ve böyle anlaşıldığını daha önce ifade etmiştik. Ancak İslam hukukunda kullanılan teaddî kavramı, hukuka aykırılığın da ötesinde bir anlam genişliğine sahiptir. Örneğin dolaylı itlaf (tesebbüb) hallerinde haksız fiil sorumluluğunun oluşması için "*hukuka aykırılık*" ve "*kusur*" unsurlarının her ikisinin de bulunması gerektiği Türkçe literatürde Mecelle'nin 93. maddesine referansla anlatılmaktadır. Ancak Mecelle'nin "*mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz*" şeklinde ifade edilen bu maddesi, taammüd kavramının Türk Borçlar hukukundaki kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının her ikisini kapsadığı izlenimi verse de, ilgili

<sup>251</sup> İzmirî, Mevlânâ Mehmed, **İbrâzü'z-zamâ'ir ale'l-Eşbâh ve'n-nezâir**, Süleymaniye Ktp., Hasan Hüsnü Paşa, nr. 367, vr. 400<sup>a</sup>. Aynı şekilde Hadimî'nin *Mecâmiu'l-hakâik* adlı eserinin sonundaki külli kaideleri müstakil olarak şerh eden Kırkağacî (v. 1287/1870) de, *Şerhu Hâtîme-i Kavâ'idi'l-Usûl ve'l-Fürû* adlı eserinde İbn Nüceym'in *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'inin cinayet bahsinde olduğu şekliyle [ *يُضْمَنُ [ الْمُبَاشِرُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا* ] teaddî teriminin kullanılmasının doğru olduğunu, buna karşın gasp bölümünde yer alan kuraldaki [ *الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّدْ، وَالْمُسْتَتِيبُ لَا إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا* ] taammüd kavramının sehven olduğunu ve İzmirî'nin de bunu söylediğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkağacî, Süleyman b. Abdullah, **Şerhu'l-Hâtîme fi'l-Kavâ'idi'l-Fıkhiyye**, thk. Muhammed İmâd Nabulsî, Yasin Yayinevi, İstanbul, 2014, s. 251.

<sup>252</sup> Zerkâ, **el-Medhal**, C. II, s. 1047. Ayrıca bkz. Zerkâ, , **el-Fi'lü'd-dâr**, s. 77.

kuraldaki “*taammüd*” kelimesi klasik Hanefî kaynakların neredeyse tamamında “*teaddî*” kavramıyla ifade edilmektedir.<sup>253</sup> Dolayısıyla bizim burada odaklanmamız gereken şey, teaddî kavramıdır.

Klasik fıkıh literatüründeki teaddî kelimesinin, hukuka aykırılık ile kasıt ve ihmali içine alan kusur kavramlarından hangisine tekabül ettiğinin tam olarak ortaya konulmaması, görüldüğü üzere bir takım kavram karışıklıklarına yol açmaktadır. Zikredilen bu gerekçeler sebebiyle teaddî kavramının -klasik kaynaklarda kullanıldığı şekliyle- içeriğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere haksız fiillerde teaddî, bazen zararlı eylemin kasıtlı olarak yapılmasından bazen de ihmal ve tedbirsizlikten kaynaklandığı için söz konusu kelimenin taammüd ve taksir anlamındaki kullanımlarını ele alacağız.

#### **a. Teaddî Kelimesinin Kasıt (Taammüd) Anlamında Kullanımı**

Klasik Hanefî literatüründe mübâşeret ve tessebbüb yoluyla meydana gelen zararlarıdaki sorumluluğun “*mübâşir, müteaddî olmasa da dâmin olur, mütesebbib, ancak müteaddî olduğunda dâmin olur*” biçimindeki küllî kaide ile ifade edildiğini daha önce belirtmiştik. Buradaki “*müteaddî*” teriminin yerine Mecelle’de “*müteammid*” kavramının tercih edilmesi ve Mecelle şerhlerinde bu kavramın “*müteaddî ve müteammid*” kavramıyla birlikte açıklanması<sup>254</sup>, klasik kaynaklardaki teaddî kelimesinin hangi kavramsal çerçeveye ait olduğunu ortaya koymayı zorunlu kılmaktadır.

İlgili örneklere bakıldığında, teaddî kelimesinin taammüd (kasıt) kavramının anlamını da kapsayacak şekilde kullanıldığını söylemek mümkündür. Örneğin insanların gelip geçtiği yola (tarîk-i âmm) izinsiz kuyu kazarak veya bir şey bırakarak

---

<sup>253</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. IV, s. 188; C. V, s. 141; C. XI, s. 54; C. XV, s. 148-149; C. XXIII, s. 186; C. XXVI, s. 186; C. XVII, s. 5, 22; C. XXX, s. 297; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi*, C. III, s. 203; C. VII, s. 274; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 481-483; Burhânüşşeria el-Buhârî, *el-Muhîtu’l-Burhânî*, C. III, s. 72; C. VII, s. 528; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C. VI, s. 151-153; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 325; Aynî, *el-Binâye*, C. X, s. 313; C. XII, s. 302-303; C. XIII, s. 313; 264, 271-273; İbn Nüceym, *Bahrü’r-râik*, C. VIII, s. 43, 246, 396, 406, 411; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, s. 250; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 44<sup>a</sup>, 87<sup>a</sup>, 91<sup>b</sup>-92<sup>b</sup>, 94<sup>a</sup>; 411, 553; Bağdâdî, *Mecmau’d-damânât*, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, C. VI, s. 596, 602-604.

<sup>254</sup> Atıf Bey, Kuyucaklızâde Mehmet, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi ve Kavâid-i Külliyye-i Fıkhiyye’nin İzahı*, Evkâf-ı İslamiyye Matbaası, İstanbul, 1339, s. 100; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, C. I, s. 195-196.

başkasının zararına sebep olunan olaylarda söz konusu eylemler hukuka aykırı olduğu gibi kişi bunları bilerek ve isteyerek yapmaktadır.<sup>255</sup> İlgili örneklerde taammüd ifadesi zahiren yer almasa da, kişinin bu eylemleri yapması, onun taammüdünün olduğunu göstermesi açısından yeterlidir. Ancak buradaki taammüd kavramıyla doğrudan zararlı sonucu kastetme değil, kişinin zararı meydana getiren veya ona yol açan (*mufdî*) davranışı bilerek ve isteyerek yapması kastedilmektedir.<sup>256</sup> Yani dolaylı itlaf hallerindeki taammüd, fiilin sonucuna değil, kendisine yöneliktir. Çünkü kişinin dolaylı olarak zarara yol açan bir eylemini her zaman zarar kastıyla yaptığını varsaymak makul değildir. Zira yapılan davranışlar, zarar verme kastıyla yapılabileceği gibi her zaman bu şekilde olmayabilir de. Kuyu örneğinden devam edecek olursak, kamusal alanda izinsiz kuyu açarak başkalarının zararına yol açan kişi, hukuka aykırı bir davranış sergilemiştir; ancak onun burada doğrudan zararı kastettiğini bilemeyiz. Klasik kaynaklardaki söz konusu örneklerde kişinin doğrudan zararı kastederek eylemleri gerçekleştirdiğini gösteren herhangi bir ifadeye de rastlanılmamaktadır.<sup>257</sup> Şimdi bu durumu destekleyen bazı örnek pasajları ele alalım.

Kasıt (*amd*), hata ve hata yerine geçen şeylerin dışındaki öldürmelere gelince, bu [umama ait] yola kuyu kazan veya taş koyan kişinin neden olduğu öldürmedir. Bu işleri yapan kişi, öldürme işini doğrudan (*mübâşeret*) yapmış değildir. Çünkü öldürmenin mübâşeret meydana gelmesi, katilin fiilinin maktule bitişik olmasıyla gerçekleşir. Burada ise, böyle bir şey yoktur. Kuyu kazan veya taş koyan kişinin fiili yere bitişiktir. Biz buradan anlıyoruz ki, bu kişi kasıt, kasıt benzeri, hata ve yerine geçen öldürme türlerinden birisiyle katil olmuş değildir. Aksine bu kişi, **teaddî unsurunu taşıyan bir sebep** ile katil olmuştur. Bu yüzden telef olan canı heder olmaktan korumaya olan ihtiyaç sebebiyle diyeti kuyuyu kazan veya taşı bırakan kişinin âkilesi için gerekli görüyoruz.<sup>258</sup> (*Mebstut*)

<sup>255</sup> Serahsî, *el-Mebstut*, C. XXVI s. 68; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 474; Zeylât, *Tebyînül-hakâik*, C. VI, s. 143-144; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 312; Aynî, *el-Binâye*, C. X, s. 354; C. XIII, s. 235; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 396-397 Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 72<sup>a</sup>-75<sup>a</sup>, 83<sup>a</sup>-86<sup>a</sup>; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 594, 602-603.

<sup>256</sup> Bu durum göz önüne alındığında tessebbüb sorumluluğu, tümüyle borçlar hukukundaki kusur sorumluluğuna indirgenemez. Çünkü borçlar hukukunda kusurun altında işlenen **kasıt, hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilerek yapılması anlamına gelirken**; İslam hukukunda kasıt anlamını taşıyan taammüd kavramı, doğrudan zararın kendisini değil, onu meydana getiren olayı bilerek ve isteyerek yapma anlamına gelir.

<sup>257</sup> Serahsî, *el-Mebstut*, C. XXVI s. 68; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 474; Zeylât, *Tebyînül-hakâik*, C. VI, s. 143-144; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 312; Aynî, *el-Binâye*, C. X, s. 354; C. XIII, s. 235; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 396-397 Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 72<sup>a</sup>-75<sup>a</sup>, 83<sup>a</sup>-86<sup>a</sup>; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 345; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 594.

<sup>258</sup> Serahsî, *el-Mebstut*, C. XXVI s. 68.



Bir kimse Müslümanların gelip geçtiği yolda kuyu kazar veya buraya taş bırakır, sonrasında kazılan kuyu veya bırakılan taş sebebiyle bir kimse telef olursa, telef olan kişinin diyeti kuyuyu kazan veya taşı bırakan kişinin âkilesine aittir. Burada telef olan hayvan ise, söz konusu eylemleri yapan kişinin malından tazmin edilir. Çünkü kuyuyu kazan veya taşı bırakan kişi, burada **teaddî unsurunu taşıyan bir eylemde** bulunmuştur. Bu yüzden söz konusu fiilinden kaynaklanan şeyleri tazminle sorumlu olur. Ancak şu kadar var ki, âkile sadece cana yönelik zararlı fiillerin [sorumluluğunu] yüklenir, mala karşı işlenenlerin değil.<sup>259</sup> (*Hidâye*)

Öldürme çeşitlerinden, ölüme sebebiyet vermeye (tesebbüben öldürme) gelince, [bu] kendi mülkü dışında bir yere kuyu kazan veya taş koyan kişinin neden olduğu öldürmedir. Çünkü **kişinin öldürmeyle ilgili herhangi bir taammüdü olmadığı gibi bu konuda hatalı da değildir. Bu kişi teaddî unsurunu taşıyan davranışıyla burada ancak sebeptir.**<sup>260</sup> (*el-Cevheratü'n-Neyyira*)

Bir kimse umûma ait yola bir kapı koyar, sonra bir başkası bu kapının üzerinde yürümeye kast eder ve yürümesi sonucunda kapı kırılıp ayağı zedelenirse, yürüyen kişi telef ettiği için kapının kıymetini tazmin eder. [Ancak] kapıyı koyan kişi adamın ayağına gelen zararın erş olarak tazminatını ödemez, hatta bu kişi ölse kanı da hederdir. Her ne kadar kapıyı yola koyan kişi, [söz konusu davranışıyla] müteebbib ve **müteaddî olsa da**, [bu olayda] kasıtlı olarak yürüyen kişi (müteammid) yürüme eylemiyle mübâşirdir. [Haksız fiillerde] mübâşeretin tesebbüb üzerine gelmesi de, hükmün müsebbibe yüklenmesini engellemektedir. Çünkü mübâşeret, tesebbüben işlenen bir fiil karşısında, hükmün müsebbibe izâfesini kesmektedir.<sup>261</sup> (*ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefîyye*)

Bir kimse insanların gelip geçtiği yola bir kuyu kazdıktan sonra başka birisi kuyuyu derinleştirir ve akabinde kuyuya bir şey düşüp telef olursa, kıyasa (genel kural) göre meydana gelen zararı tazminle sorumlu olan birincisi, yani kuyuyu kazan kişidir. Çünkü kazma eylemini yapan kişi, sanki arkadaşının kazdığı kuyuya düşen kişiyi atmış gibidir. İmam Muhammed bu görüşü benimsemiştir. Ancak istihsâna göre (ki bu Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'un görüşüdür) her ikisi de meydana gelen zararı yarı yarıya tazminle sorumlu olurlar. Çünkü yapmış oldukları eylemlerle bu kişilerin her ikisi de **teaddî unusrunu taşıyan bir davranış** sergilemiştir.<sup>262</sup> (*ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefîyye*)

Bir kimse umumî bir yol üzerine bir şey bırakır, sonra başkası buna takılıp düşer ve bu şey kendisine yönelik herhangi bir kasıt olmadan helâk olursa, koyan kişi tazminle sorumlu olur. Sahih olan görüşe bu şekildedir.<sup>263</sup> (*Mecmau'd-damânât*)

Yukarıdaki örnekler dikkatlice incelendiğinde dolaylı yoldan meydana gelen bu eylemlerde kişinin doğrudan zararlı sonucu kastettiğini gösteren herhangi bir ifade ya da işaret olmasa da, failin kamusal alandaki bu eylemleri izinsiz olarak yapması, onun

<sup>259</sup> Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 474.

<sup>260</sup> el-Haddâdî, Ebu Bekr Ali b. Muhammed, **el-Cevheratü'n-Neyyira**, el-Matbaatü'l-Hayriyye, y.y., 1322, C. II, s. 124.

<sup>261</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 74<sup>a</sup>.

<sup>262</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 85<sup>a</sup>.

<sup>263</sup> Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 345.

fiile yönelik bir taammüdünün (kasıt) olduğunu göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında fail eylemlerinde hem müteaddî hem de müteammiddir. Ali Haydar Efendi'nin, Mecelle'nin 93 madde şerhindeki “*mütesebbib, müteammid ve müteaddî olmadıkça, yani mütesebbib bir zarara muvafık olan fiili kasten ve bir de haksız olarak işlemedikçe ol zararı dâmin olmaz.*” şeklindeki açıklamaları da bunu destekler mahiyettedir.<sup>264</sup> Buna göre, zarar verme kastı bulunmasa da, kişinin bilerek ve isteyerek yaptığı bir fiil başkasının zararına sebep oluyorsa, fail eylemini haksız (*müteaddî*) ve kasıtlı (*müteammid*) olarak yaptığı için zararı tazminle sorumlu olur. Burada anlatıldığı şekliyle, teaddî kelimesi, zarara yol açan hukuka aykırı davranışın kasten yapılmış olması durumunu ifade eder. Bütün bunlardan hareketle, klasik kaynaklarda kullanıldığı şekliyle teaddî kelimesinin taammüd kavramının anlamını da içerdiğini söyleyebiliriz.

#### **b. Teaddî Kelimesinin İhmal Anlamında Kullanımı**

Yukarıda anlatılanların yanı sıra, meşrû bir hakkın kullanımını esnasında gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucunda meydana gelen zararlardaki ihmal ve tedbirsizliğin (taksir) de teaddî kelimesinin kapsamı içinde mütalaa edildiği görülmektedir. İlgili örneklerin tamamında zararlar, kişinin gereken dikkat ve özeni göstermemesi veya tedbirsiz davranması sebebiyle oluştuğu için failin eylemlerinde teaddîsinin bulunduğu, bu sebeple de sorumlu olduğu ifade edilmektedir.<sup>265</sup> Bu örneklerden bir kaç şöyledir:

Bir kimse kendi arazisini sular, sonra su buradan komşusunun arazisine akarak orayı sular altında bırakır veya bir miktar su oraya sızarsa, suyu akıtan kişi tazminle sorumlu değildir. Bunun anlamı şudur: Eğer kişi mutat bir şekilde sulamışsa böyledir. Ancak araziye mutat bir şekilde sulamamışsa, sorumlu olur. Çünkü kişi bu şekilde sulamasıyla **teaddî unsurunu taşıyan bir eylemde bulunduğu için müteaddîdir.**<sup>266</sup> (*İhtiyâr*)

Bir kimse arazinin kaldıramayacağı miktardaki bir sulamayla arazisini sular ve su komşusunun arazisine geçerse meydana gelen zararı tazminle sorumlu olur. Çünkü bu şekilde arazi faydalanabilir olmadığı gibi **kişi de bu davranışıyla müteaddî olur.**<sup>267</sup> (*Tebyînül-hakâik*)

<sup>264</sup> Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm** C. I, s. 195-196.

<sup>265</sup> Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 79; . Zeylât, **Tebyînül-hakâik**, C.V, s. 147; Aynî, **el-Binâye**, C. XII, s. 340; İbn Nüceym, **Bahrü'r-râik**, C. VIII, s. 43; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 88<sup>b</sup>-89<sup>a</sup>.

<sup>266</sup> Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 79.

<sup>267</sup> Zeylât, **Tebyînül-hakâik**, C.V, s. 147. Benzer bir örnek için ayrıca bkz. İbn Nüceym, **Bahrü'r-râik**,

Bir kimse örf ve âdette [cârî olan] miktardan daha fazla şekilde bir su ile arazisini sularsa, o kişi tazminle sorumlu olur. Şu meselede denilenler da aynen böyledir: Bir kimse evinde ateş yakar[sa bakılır:] Yakılan ateş örf ve âdette yakılan ateş düzeyinde ise, komşusunun evi yandığında tazminle sorumlu olmaz. Çünkü sebep olduğu **bu eylemde kişinin teaddîsi yoktur**. Ancak yakılan ateş, örf ve âdette yakılan ateşten fazla ise, bu durumda yakan kişi sorumlu olur. Çünkü **kişinin sebepte teaddîsi vardır**.<sup>268</sup> (*Binâye*)

Bir kimse insanların gelip geçtiği yola bir kor bırakır, sonra onun yüzünden bir şey yanarsa, koyan kişi meydana gelen zararı tazminle sorumludur. Çünkü bu kişi, koru oraya koymasıyla **teaddî unsurunu taşıyan (haksız) bir iş yapmıştır**. Zira insanların gelip geçtiği yola bir şey koymak, başkalarına zarar vermeme şartıyla kayıtlıdır. Ancak rüzgâr koru başka bir yere hareket ettirirse, kişi korun oradaki yaktığı şeyleri tazminle sorumlu olmaz. Çünkü korun konulduğu yerin değişmesiyle birlikte, yapılan fiilin hükmü ortadan kalkmıştır. Bu hükmün rüzgârsız bir günde geçerli olduğu söylenmiştir. Eğer rüzgârlı bir gün ise, kişi korun başka yerdeki yaktığını da öder. Çünkü kişi koru attığı zaman, rüzgârın onu başka yere taşıyacağını bilir. Bu durumda kişi, rüzgârın götürdüğü yere koru sanki kendisi koymuş gibi olur. [Yani bu durum da önceki fiilin hükmü kalkmaz.] Bu yüzden zarar, koru bırakan kişiye izâfe edilir.<sup>269</sup> (*ed-Damânât*)

... bir kimse suyu kendi mülküne akıtır ve su oradan başka bir yere geçerse, [telef olması halinde] akıtan kişi meydana gelen zararları tazminle sorumlu olur... Su ise, tabiatı itibariyle akışkan bir özelliğe sahiptir. Böylece **kişi suyu fazla akıtmakla müteaddî olur**. Bu yüzden de itlaf eylemi suyu akıtan kişiye nispet edilir.<sup>270</sup> (*ed-Damânât*)

Örneklerde görüldüğü üzere rüzgârlı havada kişinin yaktığı ateşin başkasının tarlasına sıçraması veya tarlasını sulamada aşırıya giderek komşusunun arazisinin sular altında kalmasına sebep olması durumunda, söz konusu kişiler meydana gelen zararlardan sorumlu olur. Burada kişinin kendi mülkünde yaptığı sulama ve ateş yakma eylemlerini başkalarına zarar vermeyecek şekilde yapması ve bunun için gereken tedbir ve önlemleri alması gerekirdi. Ancak bu örneklerdeki zararlar, ateşin rüzgârlı günde yakılması ve sulamada aşırıya gidilmesi sebebiyle meydana geldiği için kişinin teaddîsinin olduğu ifade edilmektedir.<sup>271</sup> Tesebbüben meydana gelen zararlarda da, teaddî unsuru bulunduğu yapan kişi (*fail*) aleyhine tazmin

C. VIII, s. 43.

<sup>268</sup> Aynî, *el-Binâye*, C. XII, s. 340.

<sup>269</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 88<sup>b</sup>.

<sup>270</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>a</sup>. Benzer bir durum için bkz. Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 373<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>-350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 123-124.

<sup>271</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. III, s. 79; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.V, s. 147; Aynî, *el-Binâye*, C. XII, s. 340; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 43; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 88<sup>b</sup>-89<sup>a</sup>.

sorumluluğu doğmaktadır. Burada anlatıldığı şekliyle de, teaddî kelimesi meşrû bir hakkın kullanımı esnasında gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olması durumunu ifade eder. Çünkü söz konusu olaylardaki teaddî, kişinin ihmalden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda detaylarıyla görüldüğü üzere Borçlar Hukukundaki “*hukuka aykırılık*” kavramına tekabül edecek şekilde Türkçeye aktarılan teaddî kelimesi, hukuka aykırılığın da ötesinde bir anlam içeriğine sahiptir. İslam hukukunun klasik Hanefî kaynaklarındaki ilgili örnekler dikkatlice incelendiğinde, teaddî kelimesinin, zarara yol açan hukuka aykırı davranışın kasten yapılmış olmasına (kasıt/taammüd) veya meşrû bir hakkın kullanımı esnasında gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olması durumuna (taksir/ihmal) tekabül ettiği görülebilir. Buna göre, teaddî kavramı, hukuka aykırılığın yanı sıra kasıt ve ihmal anlamlarını da içermektedir. Dolayısıyla klasik kaynaklardaki teaddî kavramı, Türk Borçlar Hukukundaki *hukuka aykırılık* ve *kusur* unsurunun her ikisini karşılamaktadır.

Sonuç olarak teaddî kelimesi, -klasik Hanefî kaynaklardaki kullanıldığı şekliyle- taammüd ve taksir kavramlarının her ikisini de kapsayan üst bir kavram olarak görülmelidir. Ancak bu, teaddî kelimesinin her zaman taammüd ve taksir kavramlarını içerdiği ve aynı anda ikisini karşıladığı anlamına gelmemelidir. Çünkü klasik kaynaklarda teaddî kelimesinin taammüd kavramının anlamını içerdiği ve içermediği durumlar söz konusudur. Başka bir ifadeyle tazmin sorumluluğunu gerektiren bir olaydaki teaddî, bazen kişinin kasıtlı (taammüd) fiilinden bazen de ihmalkâr fiilinden kaynaklanıyor olabilir. Yani meydana gelen zararlı bir olayda taammüd ve taksir (ihmal), fiilin teaddî özelliğini kazanmasına sebep olmaktadır.

Teaddî kavramı, klasik Hanefî kaynaklarında taammüd ve taksir kavramlarından tam olarak ayıramadığı gibi bazen de aralarında bulunan yakın ilişki sebebiyle bu kavramlar birbirleri yerine kullanılmıştır. Hadimî ile İbn Nüceym’de olduğu gibi bazı kaynaklarda teaddî yerine taammüd kavramının kullanılması da bu yüzdendir. Ancak çağdaş Arapça literatürde teaddî kavramı, taammüd ve taksir kavramlarından ayrılarak kendine özgü bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Taammüd ve taksir kavramı,

bu yeni çalışmalarda “*hata*” teriminin altında işlenmeye başlamıştır.<sup>272</sup> Yani Türk Borçlar Hukukundaki “*kusur*” kavramı, çağdaş Arapça literatürdeki *hata* terimine karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Bu durumda çağdaş İslam hukuku literatüründeki teaddî unsuru, Türk Borçlar Hukukundaki “*hukuka aykırılık*” kavramına, *hata* unsuru da “*kusur*” kavramına karşılık gelmektedir. Ancak klasik kaynaklardaki kullanımın tam olarak böyle olmadığı unutulmamalıdır.

İslam hukukunda teaddî kelimesinin kavramsal gelişimiyle ilgili yaşanan bu sürecin benzeri daha önce Roma hukukunda da yaşanmıştır. Başlangıçta *iniuria* (hukuka aykırılık) kavramı, *culpa* (kusur) kelimesini de kapsayan üst bir kavram olarak görülmektedir. Yani bu kullanıma göre, kusur kavramı hukuka aykırılığın bir unsurudur. Nitekim bazı yazarlar klasik dönemde *iniuria* ve *culpa* kavramlarının ayırt edilmediğini, ancak Justinianus döneminde *culpa* (kusur) kavramının *iniuria* (hukuka aykırılık) kavramından ayrı kendine özgü bir terim olarak benimsendiğini ileri sürmektedir.<sup>273</sup> Ancak kusur kavramı, başlangıçta sadece kasıt anlamını içerirken zamanla ihmal anlamını da bünyesine dâhil etmiştir. Nitekim bazı yazarların ifadesine göre, klasik öncesi ve klasik hukuk döneminde kasıt (*dolus*) unsurunun yanı sıra ihmalin de sorumluluk doğuracağı düşüncesi sorumluluk hukukuna girmiş ve bununla kasıt ve ihmalden oluşan kusur kavramına doğru bir gelişim başlamıştır. Klasik sonrası hukuk döneminde kusur kavramının alt ayrımları yapılarak teknik bir terim haline almış, Justinianus zamanında da kusur (*culpa*), illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurları birbirinden ayrılmıştır. Daha sonra da kasıt (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) kavramları geliştirilerek kusur kavramının içeriği belirlenmiştir.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âmmeh**, C. I, s. 168, 194-195; Senhûrî, **el-Vasît**, C. I, s. 776-777; Sirâc, **Damânü'l-udvân fi'l-fıkhi'l-İslâmî**, s. 97.

<sup>273</sup> Erdoğan, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2005, s. 127-128; Somer, Pervin, **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar-Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı**, İstanbul, 2008, s. 5, 21; Oğuz, Arzu, **Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1989, s. 79-80

<sup>274</sup> Söğütlü Erişgin, Özlem, **Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 17-24.

## B. TAAMMÜD

### 1. Sözlük ve Terim Anlamı

Arapça'da “*amd*” kökünden türetilen taammüd kavramı, kasıt anlamına gelir. Kasıt kelimesi de sözlükte, “azmetmek, niyet etmek, bir şeye doğru yönelmek, düşünerek ve bilerek bir şey yapmak” gibi manaları ifade eder.<sup>275</sup> Çağdaş fıkıh literatüründe ise, kasıt kelimesinin “*kararlı bir şekilde bir eylemi yapmaya doğru yönelme*”<sup>276</sup>, “*bir kimsenin istek ve iradesinin dinî ve hukukî sonuç doğuran bir fiile yönelmesi*”<sup>277</sup> gibi tanımları yapılmaktadır.

### 2. Klasik Hanefî Kaynaklarında Kullanımı

Fürû-ı fıkıh literatüründe yaygın bir şekilde kullanılan taammüd kavramının klasik kaynaklarda tanımı tam olarak yapılmamıştır. Her ne kadar bu kavramın teknik olarak tanımı yapılmamış olsa da, klasik kaynaklardaki örnek olaylar ve akabinde söylenen hukukî gerekçeler taammüd kavramının mahiyetini ve onu tanımlamayı sağlayacak bilgiyi bize sunmaktadır.

İbadet bahisleri başta olmak üzere neredeyse fikhın bütün konularında karşımıza çıkan “taammüd/amd” terimiyle ilgili tanımlayıcı bilgileri daha ziyade cinâyât bölümlerinde bulmaktayız. Bilindiği üzere Hanefî mezhebindeki öldürme çeşitleri beş tür olup, bunlardan birincisi kasten (amd) öldürme, ikincisi de kasıt benzeri öldürmedir. Amd kavramı, burada kasten adam öldürme ve yaralamalar için kullanılmaktadır. Amden öldürme veya amden yaralama yerine taammüden öldürme veya yaralama ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir. Hanefî fakihlerin amd/taammüd kelimesiyle ilgili söylediği şu sözler bu kavramın mahiyetini ortaya koymasından önemlidir:

Amd, kasıt anlamına gelir. Kasıt ise, kalbin fiillerinden olup kendisine vâkîf olunamaz. Zira kasıt, [bilinmesi mümkün olmayan] gizli ve batınî bir durumdur. Bu, ancak kasten öldürmeyi gösteren delillerden anlaşılır ki, bunun delili de katilin öldürücü aleti kullanmasıdır. Katilin öldürücü bir âlet kullanması da, söz konusu olayda müteammid olduğunu gösterir. Burada delil, medlul yerine

<sup>275</sup> Cevherî, *Tâcu'l-lüga*, C. II, s. 524-525; İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, C. III, s. 302; ez-Zebîdî, Murtezâ el-Hüseynî, *Tâcu'l-'arûs min cevâhiri'l-Ķâmûs*, thk. Abdüsettâr Ahmed Ferâc, Matbaatu Hükümeti'l-Kuveyt, Kuveyt, 1971, C. IX, s. 35-38, 43-44; *el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye*, C. XXX, s. 308.

<sup>276</sup> *el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye*, C. XXII, s. 228.

<sup>277</sup> Şafak, Ali, “Kasıt”, *DİA*, İstanbul, 2001, C. XIV, s. 559.

geçmiştir. Çünkü şer'î-zannî bilgilerde deliller, medlûlleri yerine kâim olurlar. Kişi öldürücü bir aletle birini öldürdüğünde, onun taammüdünün olduğu açıktır. Bu yüzden söz konusu durumda katilin “ben öldürmeyi kastetmedim” tarzındaki sözü kabul edilmediği gibi, şahitler katlin amden olduğunu zikretmeseler de kısas gerekli olur.<sup>278</sup>

Görüldüğü üzere bir işi düşünerek ve sonuçlarını bilerek yapmak anlamına gelen amd veya aynı kökten türeyen taammüd kelimesi, kişinin fiillerini kasten yaptığını ifade eden bir terimdir. Kasıt, insanın kalbinde meydana gelen gizli ve batınî bir durum olduğu için de, bunun tespiti ancak bir karîne ile mümkündür. Söz konusu eylemde kişinin kullandığı alet, onun kalbindeki niyeti ortaya koyan bir karîne olarak kabul edilmektedir.

Teaddî kavramının, klasik Hanefî kaynaklarında taammüd ve taksir kavramlarını kapsayan üst bir kavram olarak kullanıldığını daha önce ifade etmiştik. Gerek kasıtlı olarak yapılan gerekse ihmal ve tedbirsizlikten kaynaklanan zararlı fiiller teaddî kavramının kapsamına dâhildir. Örneğin kamusal alanda izinsiz tasarrufta bulunarak başkasının zararına sebep olan kişi, söz konusu eylemi izinsiz yaptığı için zararı tazminle sorumlu olur. Bu örnekteki kişi, hukuka aykırı bir eylemde bulunduğu için müteaddî olarak sorumlu tutulmuştur. Ancak meydana gelen bu tür bir haksız fiilde kişinin teaddîsi zararlı eylemi kasıtlı olarak yapmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü kişi zararlı fiili bilerek ve isteyerek yapmıştır, bu sebeple eylemlerinde onun taammüdünün de olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle bu olayda kişi hukuka aykırı bir eylemde bulunduğu için müteaddî olarak sorumlu olduğu gibi, söz konusu eylemi bilerek yapması hasebiyle aynı zamanda müteammiddir. Bu tür olaylarda kişinin taammüdü bulunsa da, burada tazmin sorumluluğu için gerekli olan asıl etken, teaddî unsurudur. Çünkü taammüd kavramı, failin içe dönük iradesini yansıttığı için subjektif bir karaktere sahiptir. Bu yüzden de taammüd, dolaylı itlaf (*tesebbüb*) hallerinde sorumluluğun doğması için aranan bir şart değildir.

---

<sup>278</sup> Bu pasaj *Hidâye*, *Tebyînül-hakâik*, *Înâye*, *Binâye*, *Bahrü'r-râik* ve *Reddü'l-Muhtâr* adlı eserlerdeki ilgili bölümlerden mezc edilerek oluşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 442; Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C.VI, s. 98; Bâbertî, **el-Înâye**, C. X, s. 205; Aynî, **el-Binâye**, C. XIII, s. 63; İbn Nüceym, **Bahrü'r-râik**, C. VIII, s. 329; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C. VI, s. 527, 570, .

Yukarıda görüldüğü üzere, meydana gelen zararlı olayların bazılarında teaddînin oluşması eylemin kasıtlı olarak yapılmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle taammüd, fiilin teaddî özelliğini kazanmasına sebep olmaktadır. Nitekim klasik Hanefî eserlerinde buna işaret eden ifadeler de mevcuttur.<sup>279</sup> Örneğin Serahsî'in konuyla ilgili aşağıdaki ifadeleri buna delâlet etmektedir:

Müsebbib, sebep olduğu şeyde müteaddî ise sorumlu olur; müteaddî değilse - kendi mülkünde kuyu kazın kişinin kuyuya düşenlerden sorumlu olmadığı gibi- sorumlu olmaz. Başkasının mülkünde kazı yapan bunun aksinedir. Eğer kişi **kötülüğü** (fesat) **istemişse**, sebep olduğu şeyde **müteaddî olur; kötülüğü murâd etmemişse**, bu durumda da sebep olduğu şeyde **müteaddî olmaz**.<sup>280</sup> (*Mebstut*)

Serahsî'nin yukarıda yer alan ifadelerinde tessebbüb hallerinde kişinin ancak müteaddî olması durumunda sorumlu olduğu ve kişinin müteaddî olmasının da eylemi isteyerek yapmasına bağlı olduğu görülmektedir. Burada doğrudan taammüd kavramı bulunmasa da, istemek/dilemek anlamına gelen “أراد” fiilinin kullanılması bu kavrama işaret etmektedir. Serahsî'de görülen bu durum, Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn* adlı eserinde açıkça kendini göstermektedir. Burada İmâm Muhammed'in *ez-Ziyâdât* adlı eserinden aktarılan rivâyette, kişinin müteaddî olabilmesi için taammüdün şart olduğu şu şekilde belirtilmektedir:

Ancak İmâm Muhammed, câriyenin **sebeple olduğu olayda müteaddî olabilmesi için taammüd şartını koştur**. Çünkü ceninin itlaf edilmesinde cariye mübâşir değil, müsebbiptir. Sebep ise ancak teaddî özelliğini taşıdığı anda sorumluluk gerektirir.<sup>281</sup> (*Câmiu'l-fusûleyn*)

Serahsî ile Şeyh Bedreddin'den iktibas edilen yukarıdaki pasajlarda görüldüğü üzere, tessebbüb hallerinde taammüd başlı başına bir unsur olmaktan çok, fiilin teaddî özelliğini kazanmasının bir şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Klasik Hanefî kaynakların neredeyse tamamında dolaylı itlaf hallerinde sorumluluğun doğması için gereken şartın teaddî unsuru olduğu görülmesine rağmen İbn Nuceym'in *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'i ile Hâdimî'nin *Mecâmiu'l-hakâik* adlı eseri ve

<sup>279</sup> Serahsî, *el-Mebstut*, C. V, s. 141; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 191; Nuceym, *Bahrü'r-râik*, C. III, s. 249; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. III, s. 220-221.

<sup>280</sup> Serahsî, *el-Mebstut*, C. V, s. 141.

<sup>281</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 191.



Mecelle’de “*mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz*” şeklinde ifade edilen kuralda “müteammid” ifadesinin yer aldığı görülmektedir.<sup>282</sup> Her ne kadar burada görüldüğü şekliyle dolaylı itlaf hallerinde sorumluluğun doğması taammüd şartına bağlı gibi görünse de, daha önce gerekçeleriyle ifade edildiği üzere buradaki taammüd kavramı teaddî anlamında kullanılmaktadır. Söz konusu bu durum, taammüd kavramının kaynaklarda -nadir de olsa- bazen teaddî anlamında kullanıldığını göstermektedir.

Taammüd kavramının, çağdaş fıkıh literatüründe haksız fiil sorumluluğunun şartlarından biri olan “*hata*” unsurunun altında işlendiği görülmektedir.<sup>283</sup> Örneğin Mahmesânî taammüd kavramını hata unsurunun içerisine almış, bunun yanı sıra taksir (*ihmal*) ve tedbirsizlik kavramlarının da bu terimin altına gireceğini ifade etmiştir. Ancak Mahmesânî klasik İslam hukuku eserlerinde fakihlerin hata kelimesini bu şekilde kullanmadıklarını, onların burada anlatılan hata kelimesi yerine taammüd kavramını kullandıklarını ve bu kavramın sadece kasıt (taammüd) anlamını ifade etmekle kalmayıp ihmal ve tedbirsizliği de içine aldığı söylemektedir.<sup>284</sup> Karaman da bunu benimseyenler arasındadır.<sup>285</sup> Aydın, Mecelle’nin 93. maddesindeki taammüd kavramıyla ilgili, bu maddede failin taammüdünden bahsediliyor ve ilk bakışta sadece kasıt unsuru aranıyor gibi görünse de, sorumluluğun teşekkülünde kasıt unsurunun yanı sıra ihmal ve tedbirsizliğin de etkili olduğunu belirtmektedir.<sup>286</sup> Aydın’ın buradaki ifadelerinden hareketle onun da, -Karaman ve Mahmesânî gibi- taammüd kavramını kasıt ve ihmali içine alacak şekilde kullandığını söyleyebiliriz. Ancak taammüd kavramının kullanım ve kapsamıyla ilgili Mahmesânî’nin ileri sürdüğü ve diğer araştırmacılar tarafından da benimsenen bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere klasik Hanefi kaynakların neredeyse

---

<sup>282</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, s. 243; Hâdimî, *Mecâmiu’l-hakâik*, s. 46, Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, C. I, s. 194-196

<sup>283</sup> Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-âmm*, C. I, s. 168, 194-195; Senhûrî, *el-Vasît*, C. I, s. 776-777; Sirâc, *Damânü’l-udvân fi’l-fıkhi’l-İslâmî*, s. 97.

<sup>284</sup> Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-âmm*, C. I, s. 168, 197.

<sup>285</sup> Karaman’ın buradaki ifadeleri ile Mahmesânî’nin söyledikleri karşılaştırıldığında, Mahmesânî’nin söylediklerini aynen tekrar ettiği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 499.

<sup>286</sup> Aydın, “İtlâf”, *DİA*, C. XXIII, s. 468.

tamamında taammüdün yanı sıra ihmal ve tedbirsizliği içine alan ve fakihlerin hata terimi yerine kullandığı kavram **teaddî** kelimesidir.

Görüldüğü üzere, kasıt anlamına gelen taammüd kavramı, klasik kaynaklarda sorumluluğun doğması için gerekli olan teaddî unsurunun bir yönünü teşkil etmektedir. Bu kavram, modern Arapça literatürde teaddî kavramından ayrılarak hata teriminin altında taksir (ihmal) ve tedbirsizlik kavramlarıyla birlikte ele alınırken; Türkçe literatürde kusur şartının altında ihmal kavramıyla birlikte incelenmiştir.

Son olarak dolaylı itlaf hallerinde hukuka aykırı bir eylemde bulunan kişinin müteaddî olarak sorumlu olmasının yanı sıra zarara yol açan eylemi bilerek yapması hasebiyle müteammid de olduğunu; ancak buradaki taammüdün fiile yönelik olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu anlatılanlara dikkat edilecek olursa, dolaylı itlaf hallerinde kastedilen **taammüd** kavramı ile Türk hukukunda yakın anlama gelen **kasıt** kelimesinin biraz farklılaştığı görülmektedir. Şöyle ki, İslam hukukunda dolaylı itlaf hallerindeki (tesebbüb) taammüd kavramı, kişinin fiile yönelik kastını/iradesini ortaya koyarken; Türk hukukunda “*hukuka aykırı zararlı sonucu bilerek istemek*” anlamına gelen kasıt kelimesi kişinin zararlı sonuca yönelik iradesini ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>287</sup> Görüldüğü üzere dolaylı itlaf hallerindeki taammüd kavramı ile kasıt kavramları aynı anlamsal çerçeveye sahip değildir. Çünkü bir olayda kastın varlığından tam olarak söz edebilmek için hem fiilin (hareket) hem de bu fiilin sonucunun (netice) fail tarafından bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir. Yani kastın varlığı için sadece failin yaptığı fiili bilmesi ve bunu yapmayı istemesi yeterli değildir. Bunun için, failin aynı zamanda söz konusu fiilin neticesini bilmeli ve bunun gerçekleşmesini istemesi icap eder. Bu yüzden dolaylı itlaf hallerindeki taammüd kavramı, kasıt kavramından ziyade, Türk Ceza Hukukundaki “*olası kasıt*” ve “*bilinçli taksir*” kavramlarına daha yakın durmaktadır.

*Olası kasıt*, suçun yasal tanımında yer alan unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, kişinin fiili işlemesi halinde gerçekleşen durum; *bilinçli taksir* ise, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi

---

<sup>287</sup> Oğuzman- Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, s. 54; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 574.

hâlidir.<sup>288</sup> Olası kasıt durumunda fail, muhtemel sonuçların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen neticeyi önlemek için bir çaba göstermemekte ve bunlara önem vermeyerek kayıtsız kalmaktadır. Bilinçli taksir durumunda ise, kişi bilerek ve isteyerek yaptığı hareketten doğabilecek neticeyi öngörmesine rağmen onun gerçekleşmeyeceğine olan inanç ve düşüncesi sebebiyle eylemine devam ederek bir zarara sebep olmaktadır. Dolayısıyla bilinçli taksirde fail, neticeyi öngörmekle birlikte onun gerçekleşmesini kesinlikle istememektedir. Görüldüğü üzere failin her iki durumda da neticeyi öngörmesi bu iki kavram arasındaki ortak noktadır. Olası kasıttaki failin neticeyi göze alması, bilinçli taksirde de neticeyi istememesi bunların ayırışan noktalarıdır.

İslam hukukunun dolaylı itlaf hallerindeki taammüd, daha ziyade olası kasıt gibi durmaktadır. Örneğin insanların gelip geçtiği yola izinsiz kuyu kazın kişi, yaptığı kazma eyleminin muhtemel neticelerini önlemek için bir önlem almaz ve kayıtsız kalırsa, bu durumdaki taammüd kavramı, olası kasıt anlamındadır. Ancak fail eyleminin muhtemel sonuçlarını öngörmekle birlikte bir şey olmaz düşüncesiyle kazma eylemini yapmış ve neticesinde bir zarara sebep olmuşsa bu durumdaki taammüd kavramı da bilinçli taksir anlamına gelir.

### C. DEĞERLENDİRME

Teaddî kavramı, Türkçe yazılan bazı İslam hukuku çalışmalarında hukuka aykırılık kavramına tekabül edecek şekilde kullanılsa da, Hanefi mezhebinin klasik kaynaklarında kullanılan teaddî kavramı, Borçlar hukukundaki hukuka aykırılığın yanı sıra kusur şartının iki çeşidi olan kasıt (*taammüd*) ve ihmali (*taksir*), başka bir ifadeyle Borçlar hukukundaki *hukuka aykırılık* ve *kusur* unsurlarının her ikisini de kapsamaktadır. Ancak teaddî kavramı, bazen *hukuka aykırılık* ve *kusur* anlamlarından

---

<sup>288</sup> Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 187; Gündel, Ahmet, **5237 Sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme Yaralama ve İşkence Suçları**, Ankara, 2009, s. 14; Yıldız, Ali Kemal, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s. 35; Selman Bayoğlu, "Trafik Kazalarında Bilinçli Taksir", **Adalet Dergisi**, Sayı: 25, 2006, s. 198; Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1 Madde 1-44**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 478; Bakıcı, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 473. Ayrıca bkz. Şen, Ersan, **Olası Kast ve Bilinçli Taksir**, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2258842-olasi-kast-ve-bilincli-taksir>) Erişim tarihi: 17.05.2018)

her ikisini, bazen de sadece *hukuka aykırılığı* kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Yani meydana gelen bir fiildeki teaddî, bazen sadece hukuka aykırılık, bazen de hukuka aykırılıkla birlikte kişinin kusurundan (kasıt ve ihmal) kaynaklanıyor olabilir.

Teaddî kavramı, taammüd ve taksir kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılsa da, bu onun her zaman aynı anda ikisini karşıladığı anlamına gelmemektedir. Çünkü teaddî vasfı, bazen kişinin taammüdünden, bazen de ihmalden kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle belirtmek gerekirse, klasik Hanefî kaynaklarındaki taammüd ve taksir kavramları, haksız fiillerde tazmin sorumluluğunu doğuran bir unsur ya da şart olmaktan çok fiilin teaddî özelliği kazanmasına sebep olmaktadır. Hâlbuki Borçlar hukukunda haksız fiil sorumluluğunun şartlarından biri olan kusur (kasıt ve ihmal), müstakil bir unsur olarak karşımıza çıkarken; Hanefî kaynaklarında fiilin teaddî özelliğini kazanmasına sebep olan bir kavram olarak görülmektedir.

Görüldüğü üzere, klasik Hanefî kaynaklarında taammüd ve taksir kavramlarının her ikisini de kapsayacak şekilde kullanılan teaddî kavramı, Türk Borçlar Hukukundaki *hukuka aykırılık* ve *kusur* unsurunun her ikisini de içine alabilecek bir kavramdır. İşte bu sebeple, haksız fiil sorumluluğunun şartlarından olan “*hukuka aykırılık*” ve “*kusur*” unsurlarının, İslam hukuku çalışmalarında teaddî başlığı içerisinde ele alınması daha uygundur.

## II. HANEFİ MEZHEBİNDE DAMÂN LİTERATÜRÜNÜN OLUŞUMU

İslam hukukunda damân/tazmîn kavramıyla ele alınan sorumluluk hukukunun ana fikri, Kur'an-ı Kerîm ile Hadîs-i Şeriflerde belirtilmiş; sonra fakihler mensubu olduğu mezhebin fûrû-ı fıkıh sistematığı içerisinde bunu geliştirerek ciddi bir birikim ortaya koymuşlardır.

Hukukun önemli bölümlerinden birini oluşturan bu konular, klasik fıkıh kitaplarının -ibadet bahisleri de dâhil- neredeyse her bölümünde meseleler arasına serpiştirilerek işlenmiştir. Yani, ilk dönem fıkıh eserlerinde damân konusu müstakil bir konu olarak ele alınmamıştır. Bununla birlikte, sayıca az da olsa tazminat hukukuyla ilgili müstakil yazılmış bölümler ve eserler de mevcuttur.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla klasik fūrū-ı fıkıh kitaplarında sorumluluk hukukuyla ilgili dağınık biçimde yer alan bilgileri ilk defa bir araya getiren kişiler Hanefî hukukçularıdır. İlk önce Hanefîlerden Mecdüddîn el-Üsrüşenî (ö. 637/1240) *el-Fusûl fi'l-muâmelât* adlı eserinin “ödenmesi zorunlu olan tazminat türleri ve bunların keyfiyeti” başlığını taşıyan 29. bölümünde sözleşmeden ve sözleşme dışındaki haksız fiillerden doğan sorumlulukları ele almıştır. Onun burada başlattığı usul ve yöntemi Hanefîlerden İmâdüddîn el-Mergînânî (ö. 670/1271) *Fusûlu'l-ihkâm fi usûli'l-ahkâm* ve Simavna Kadısı oğlu Şeyh Bedreddin (ö. 823/1420) *Câmiu'l-fusûleyn* adlı eserlerinin tazmin bölümlerinde geliştirerek devam ettirmiş, sonrasında da Zenbillizâdelerden Fudayl Çelebi (ö. 991/1583) *ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye* adlı eserinde bu konuları daha da zenginleştirerek müstakil bir eser haline getirmiştir. Dolayısıyla Çelebi'nin *ed-Damânât*'ı, tazminat/sorumluluk hukuku alanında müstakil olarak ortaya konulan ilk eser olma özelliğini taşımaktadır. Yapılan bazı modern çalışmalarda, Gânim el-Bağdâdî'nin (ö. 1030/1620) *Mecmau'd-damânât fi mezhebi'l-İmâmî'l-Azâm Ebî Hanîfete'n-Nu'mân* isimli eserinin bu alanda telif edilen ilk eser olduğu söylene<sup>289</sup> de, Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eseri Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât*'ından daha önce kaleme alınmıştır.<sup>290</sup> Çelebi'den kırk bir yıl sonra vefat eden Bağdâdî'nin müstakil olarak telif ettiği bu eserdeki konu dizimi farklı olmakla birlikte bu çalışma da aynı geleneğin devamı niteliğindedir.

Ancak yukarıdaki bu eserlerden Şeyh Bedreddin'in *Câmi'u'l-fusûleyn*'i ile Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât*'ı dışındaki eserler yazma halinde olduğu için tazminle ilgili yapılan modern çalışmalarda diğer eserlere başvurulmamıştır. Hatta bunlardan Çelebi'nin *ed-Damânât*'ı neredeyse hiç bilinmemektedir. Bu eserle ilgili bazı bibliyografik çalışmalarda az bir bilgi mevcut olsa da, tazminle ilgili Arapça yazılan muasır çalışmalarda bu eserin kaynak olarak kullanılmadığı görülmektedir. Söz konusu eserin yazma halinde olması ve bunun özellikle İstanbul kütüphanelerinde bulunmasının bu duruma neden olduğu rahatlıkla söylenebilir. Türkçe yazılan

<sup>289</sup> Sirâc, *Damânü'l-udvân fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 6.

<sup>290</sup> Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserinin daha önce yazıldığı bilinmektedir. Çünkü Çelebi'nin eseri hicri 984'te, Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât*'ı ise 1027'de tamamlanmıştır.

çalışmalarda da, bu eserin yeterince bilindiğini ve kullanıldığını söylemek oldukça zordur.

Yukarıda zikredilen nedenlerden dolayı bu çalışmanın asıl bölümleri olan gasp ve itlaf konularına geçmeden önce Hanefî fukahâsının telif ettiği ve bu çalışmanın ana kaynakları olan eserler ile bunların tazmin bölümlerini müstakil olarak tanıtmanın faydalı olacağını düşündük. Bu yüzden, ikinci bölümün bu kısmında Hanefî mezhebinin klasik damânât literatürünü oluşturan söz konusu eserlerin içeriği hakkında bilgi vereceğiz.

#### **A. Üsrûşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât* İsimli Eseri ve Damân Bölümü**

Hicri yedinci asrın önemli Hanefî fakihlerinden olan Mecdüddîn el-Üsrûşenî (ö. 637/1240'tan sonra), birinci derecede yargılama hukukunu ilgilendiren ve otuz bölümden (*fasıl*) oluşan bu eserini, kendi zamanına kadar gelen fûrû-ı fıkıh kaynaklarından istifade ederek telif etmiştir. Müellif *el-Fusûl fi'l-muâmelât* adlı<sup>291</sup> bu eserinde kadı ve müftülerin sıkça karşılaştığı muâmelât konularını bölümler (*fasıl*) halinde ele almıştır. Bu eser, Hanefî mezhebindeki muteber fetvâ kitaplarından faydalanılarak derlenen bir çalışmadır. Şöyle ki, müellif usul olarak mezhepteki muteber fetvâ kitaplarından yaptığı nakillerle muâmelât konularını bu eserde anlatmaya çalışmıştır.

Daha sonraki dönemde yazılan *fusûl* edebiyatının<sup>292</sup> tazminat bölümleri ile bu alanda müstakil olarak telif edilen ilk çalışmaların konu sistematüğini ve muhtevasını incelediğimizde, bunların büyük ölçüde Üsrûşenî'ye dayandığını ve onun bu alanda özel bir üslup/tür geliştirmeye çalıştığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Üsrûşenî'nin *fusûl* ismini taşıyan bu eseri, türünün ilk örneği olduğu için de İslâm hukuk literatüründe özgün bir yere sahiptir.<sup>293</sup>

<sup>291</sup> *el-Fusûl fi'l-âhkâm* adıyla da bilinen bu eser, kütüphane kataloglarında *Kitâbü'l-fusûl*, *Kitâbü Fusûli'l-Ustrûşenî*, *Fusûlü'l-muâmelât* isimleriyle kaydedilmekle birlikte eserin farklı nüshalarının ilk sayfalarında da görüleceği üzere daha ziyade "*Fusûlü'l-Üsrûşenî*" ismiyle karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Üsrûşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, Süleymaniye Ktp., Nuruosmaniye, nr.1773.

<sup>292</sup> Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in *fusûl* ismini taşıyan eserlerine bu şekilde bir isimlendirme yapılabilir. Çünkü Üsrûşenî'nin başlattığı ve İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in devam ettirdiği bu çalışmaların özel bir yazım türünü doğurduğunu söylemek mümkündür.

<sup>293</sup> Bedir, Murteza, "Üsrûşenî", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2012, C. XLII, s. 392-

Üsrüşenî'nin otuz fasıldan oluşan bu eserinin 29. faslı “Ödenmesi Zorunlu Olan Tazminat Türleri ve Bunların Keyfiyeti, Emîn'in Sorumluluğu ve Kefil'in Beraati” başlığıyla tazmin konularına ayrılmıştır.<sup>294</sup> Tazminle ilgili olan bu bölümde hiçbir konu başlığı yoktur. Eserin bazı nüshalarında metin kenarlarında konularla ilgili hiçbir bilgi mevcut değilken, bazılarında ele alınan konu veya olayla ilgili kayıtlar bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı başlık niteliğinde olabilecek iken, bazıları da söz konusu rivâyetin ilk kelimelerini veya muhtevasını ifade eden kısa cümlelerden oluşmaktadır. Durum böyle olsa da, içerisinde ele alınanlardan hareketle Üsrüşenî'nin tazminat bölümünde incelenen konuları şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

1. Başkasının emriyle birine yapılan haksız fiillerde emreden ve emredilen (âmir ve memur) kişinin sorumluluğu,
2. Jurnal (siâyet) sebebiyle meydana gelen zararlarda sorumluluk,
3. Kölenin yol açtığı zararlar ile köleye yönelik haksız fiillerin sorumluluğu,
4. Gasp sorumluluğu,
5. Hayvanların yol açtığı zararlar ile hayvanlara yönelik haksız fiillerin sorumluluğu,
6. Çocukların işlediği haksız fiiller (*cinâyet*) ile çocuklara yönelik cinâyetlerde sorumluluk,
7. Mübâşeret (doğrudan itlaf) meydana gelen zararlar,
8. Tesebbüben (dolaylı itlaf) meydana gelen zararlar,
9. Müşterek malda ortakların sorumluluğu,
10. Emirle iş yapan (memur) ile simsarın (dellâl) sorumluluğu,
11. Kendisine emânet mal bırakılan kişinin (mûda‘) sorumluluğu,
12. Başkasına ait bir malın menfaatini kullanmak üzere elinde bulunduran kişinin (müsteîr) sorumluluğu,
13. Rehni elinde bulunduran kişinin (mürtehin) sorumluluğu,
14. Kiracının (müstecir) sorumluluğu,

---

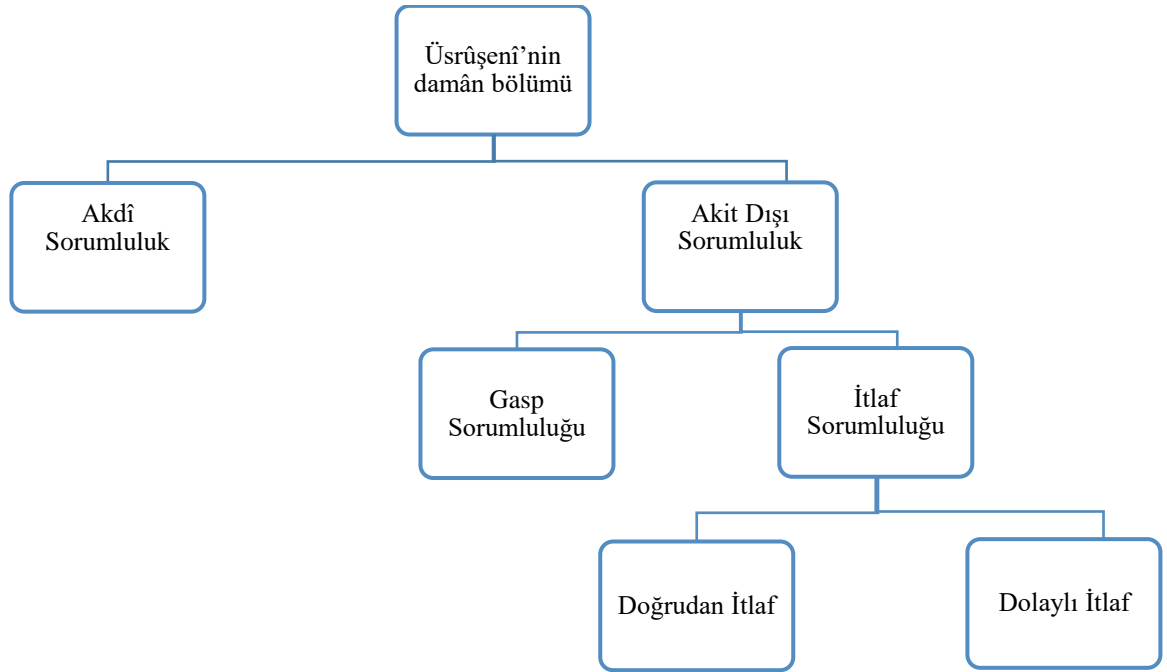
393. Ayrıca bkz. Yıldız, Kemal, **Câmi‘u'l-Fusûleyn'in Kaynakları ve Hanefî Mezhebi Uygulamasında Tazmînât**, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul, 2013, s. 28, 38-43.

<sup>294</sup> Başlığın orijinali şöyledir: “أنواع الضمانات الواجبة وكيفيةها وفي تضمين الأمين وبراءة الضمين”

15. Özel işçi (ecîr-i hâss<sup>295</sup>) ile ortak işçi (ecîr-i müşterek<sup>296</sup>) ve onların işçilerinin sorumluluğu

Yukarıda da görüldüğü üzere Üsrûşenî'nin *el- fusûl* ismini taşıyan bu eserinin damân bölümüne bir bütün olarak bakıldığında, müellifin genel olarak sözleşmeden (*akdî sorumluluk*) ve haksız fiillerden doğan sorumlulukları (*akit dışı sorumluluk*) ele aldığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Eserde ele alınan bu konuları aşağıdaki **Şekil 2.1**'de tasnif ederek göstermek mümkündür:

**Şekil 2.1:** Üsrûşenî'nin Tazminat Bölümünde Ele Alınan Konuların Tasnifi



Akdî sorumluluk kapsamında vekâlet, vedfa, âriyet, rehin ve icâre akitleri ile işçilerin sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle meydana gelen zararlardaki tazmin durumlarının nasıl olacağı ele alınmıştır.

Akit dışı meydana gelen zararlara gelince, bunların genel olarak gasp ve itlaf başlığı altında toplanması mümkündür. Gasp sorumluluğu bağlamında, gasbedilen menkul ve gayrimenkul mallardaki zararlarda (gerek tamamen gerekse kısmen) iâde

<sup>295</sup> Belirlenmiş bir anlaşma süresi içerisinde, belirli bir ücretle iş yapmak için tutulan özel işçi.

<sup>296</sup> Terzi, marangoz, çoban, hammal, ayakkabıcı gibi herkese iş yapan serbest meslek sahibi olan kişilerdir.



ve tazmin esaslarının nasıl olacağı hususu izah edilmeye çalışılmıştır. İtlaf sorumluluğu bağlamında ise, genel olarak kişinin doğrudan (*mübâşeret*) veya dolaylı yoldan (*tesebbüben*) başkasına verdiği zararlardaki tazmin sorumlulukları incelenmiştir. Bu bağlamda kişinin kendisine verilen emre uymak suretiyle başkasına verdiği zararlar (âmir ve memurun sorumluluğu), jurnal sebebiyle meydana gelen zararlar, hayvanlar ve köleler ile çocukların yaptığı zararlı eylemler, hayvanlara ve insanlara yönelik haksız fiiller (*cinâyât*) ve kişinin mubah alanda, kendi özel mülkünde veya kamusal alanda yaptığı tasarruflar (ateş yakma, sulama, kuyu kazma, bir şey bırakma ya da atma) sonucu meydana gelen zararlardaki tazmin durumları ortaya konulmuştur.<sup>297</sup>

Yukarıda sıralanan bu başlıklar, genel olduğu için eserin damân bölümünde ele alınan konuların muhtevasını çok iyi yansıtmayabilir. Bu sebeple yukarıda oluşturulan başlıklar esas alınarak konuların içeriğine ilişkin tanıtıcı bilgiler vereceğiz.

### **1. Başkasının Emriyle Birine Yapılan Haksız Fiillerde Emreden (Âmir) ve Emredilen Kişinin (Memur) Sorumluluğu**

Burada emrin geçerli olup olmamasına göre emreden ve emri uygulayan kişinin sorumlu olduğu ve olmadığı durumlar ortaya konulmuş ve bu bağlamda sultanın tebaasına, efendinin kölesine ve sıradan kişilerin başkalarına verdiği emir sebebiyle meydana gelen zararlardaki tazmin durumları ile emri uygulayan kişinin zararı hangi durumlarda âmire müracaat (rücû) ederek ödediği miktarı geri alabileceği ele alınmıştır.

### **2. Jurnal (Siâyet) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Sorumluluk**

Sultan (devlet başkanı) veya benzeri konumdaki kişilere haksız yere şikâyette bulunarak (siâyet) başkasının mallarının el konulmasına sebep olma durumunda sorumluluğun kime yükleneceği örnek nakiller üzerinden anlatılmaya çalışılmıştır.<sup>298</sup>

<sup>297</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>a</sup>-430<sup>a</sup>.

<sup>298</sup> Siâyet sebebiyle meydana gelen zararlar, tesebbüben gerçekleştirilen zararlı eylemler kategorisine girmektedir. Bu olayda, zalim bir sultan kendisine yapılan haksız bir ihbar üzerine askerlerine emrederek birinin mallarına el koyduğu için söz konusu durum “emir sebebiyle başkasına yapılan haksız fiiller” kapsamında değerlendirilmiştir. Buradaki zalim sultan âmir, onların emriyle mala el koyan kişiler de memurdur.

### **3. Kölenin Yol Açtığı Zararlar İle Köleye Yönelik Haksız Fiillerin Sorumluluğu**

Kölenin verdiği zararlarda sorumluluğun kime yükleneceği, kölenin ve sahibinin hangi durumlarda sorumlu olduğu, başkasına ait bir kölenin izinsiz olarak çalıştırılması veya emrederek ona bir şey yaptırılması durumunun ne tür bir sorumluluk doğurduğu ve bu esnada meydana gelen zararların tazmin edilmesi ele alınan konular arasındadır.

### **4. Gasp Sorumluluğu**

Gasbın tanımı, hukukî sonucu, gasp eyleminin hangi durumlarda gerçekleştiği, gasba konu olabilmesi için bir malda bulunması gereken nitelikler, çocuk, sarhoş ve uyuyan kişiden bir şeyin gasp edilmesi ile daha sonra bu malın tekrar kendilerine tesliminin (*red*) hangi durumda gâsıbı sorumluluktan kurtaracağı, gasbedilen malın sahibine iâde ve tazmini, gasbedilen malın ikinci kez gaspa uğraması veya bir sözleşmeyle elden çıkması durumunda ne yapılacağı, gasbedilen menkul ve gayrimenkul mallardaki tazmin sorumlulukları, gâsıbın tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller ile mal sahibinin hakkının sona erdiği durumlar, gasbedilen malda meydana gelen değişim (tağyir), eksilik (noksanlık) ve ziyâde durumlarındaki tazmin esasları ele alınan konular arasındadır.

### **5. Hayvanların Yol Açtığı Zararlar İle Hayvanlara Yönelik Haksız Fiillerin Sorumluluğu**

Genel olarak hayvanların yol açtığı zararlı fiillerin ne zaman sorumluluk doğurduğu ve hayvanı elinde bulunduran kişinin ya da sahiplerinin hangi durumlarda meydana gelen zararları tazminle sorumlu oldukları ele alınmıştır.

Hayvanlara yönelik haksız fiiller bağlamında da insanların tarlasına gelip zarar veren bir hayvanın tarla dışına sürüldükten sonra başına gelenlerin hangi durumlarda tazmine konu olacağı, hayvanların göz, kulak, kuyruk ve ayaklarına verilen zararlar ile boğazlanmaları durumundaki tazmin kuralları ve yaşama ümidi kalmayan koyun ve benzeri cinsteki hayvanların boğazlanması halinde sorumluluk doğurup doğurmayacağı mevzubahis edilmiştir.

## **6. Çocuklarla İlgili Haksız Fiillerde Sorumluluk**

Çocukların işlediği haksız fiillerdeki (cinâyet) tazminat esasları ile çocuklara yönelik doğrudan ve dolaylı yoldan veya kasten ya da hatâen işlenen cinayetlerdeki tazminat durumları incelenen konular arasındadır.

## **7. Doğrudan İtlaf (mübâşeret) Hallerinde Meydana Gelen Zararlar**

Doğrudan itlaf hallerinde (mübâşeret) meydana gelen zararlardaki tazmin esasları örnek olaylar üzerinden izah edilmiştir. Başkasına ait bir kandilin ipini kesme, tulumu yarma, hayvanı boğazlama, kazılan çukura birini atma, birinin evini veya duvarını yıkma, birleşik (mürekkep) yapıdaki mallarını kullanılamaz hale getirme, arazisindeki ekinlerine ve ağaçlarına zarar verme, özel mülkiyete konu olan bir arazide izinsiz iş (kazı, inşaat ve yıkım gibi.) görme ve izinsiz tasarrufta bulunarak toplumun ortak kullanımını ilgilendiren kamusal alanlara zarar verme, mübâşeret halindeki tazmin durumlarını anlatmak için ele alınan örneklerdendir.

## **8. Dolaylı İtlaf (Tesebbüben) Hallerinde Meydana Gelen Zararlar**

Farklı tipteki örnek olaylar üzerinden dolaylı itlaf hallerindeki tazmin kurallarının nasıl olacağı ve sorumluluğun kime yükleneceği ayrıntılı bir şekilde anlatılmaya çalışılmıştır. Ateş yakma, sulama, su serpmeye, kuyu kazma, oluktan su akıtma, bir yere bir şey bırakma ya da atma gibi kişinin mubah alanda, kendi özel mülkünde veya kamusal alanda yaptığı tasarrufların yol açtığı zararlar ile bir kafes ya da ahırın kapısını açarak içindeki hayvanların kaçmalarına, tulumun ağzını açarak içerisindeki donmuş yağın erimesine, kölenin bağını çözerek kaçmasına, limanda bağlı olan kayığın ipini keserek batmasına, kandilin ipini keserek kırılmasına ve bir arazinin bakımına engel olarak telef olmasına yol açma hadiseleri, dolaylı itlaf hallerindeki tazmin durumlarını anlatmak için kullanılan örneklerdendir.

## **9. Müşterek Mülkiyete Konu Olan Bir Mal Üzerinde Ortakların Sorumluluğu**

Müşterek mülkiyete konu olan malların kullanımında ortakların birbirlerine karşı sorumlulukları ile ortakların hangi durumlarda meydana gelen zararlardan sorumlu oldukları anlatılmaktadır.

### **10. Emirle İş Yapan (Memur) ile Simsarın (Dellâl) Sorumluluğu**

Emirle iş yapanın (*memur*) mala yönelik fiilleri ile can ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren konulardaki tazmin sorumlulukları ele alınıp incelenmiştir. Bu bağlamda emreden kişinin (*âmir*) hangi tür emirlerinin memuru sorumluluktan kurtaracağı ve emredilen kişinin hangi durumlarda meydana gelen zararlardan sorumlu olacağı söz konusu edilmiştir.

Simsarın sorumluluklarıyla ilgili olarak da, alım ve satım konusunda vekâletle iş gören kişinin sorumlu olduğu ve olmadığı durumlar ortaya konulmuştur.

### **11. Kendisine Emânet Mal Bırakılan Kişinin (Mûda‘) Sorumluluğu**

Emânet (*vedâa*) sözleşmelerinde hangi tür davranışların teaddî kapsamına girdiği, örfün burada ne tür bir fonksiyona sahip olduğu, emânetçinin (*mûda‘*) hangi durumlarda tazminle sorumlu olduğu ve sözüne itibar edildiği, talep edilmesi halinde aldığı malı kime teslim ederse kendisini sorumluluktan kurtaracağı, hangi durumlarda tazmin ettiği miktarı geri almak için mal sahibine (*mûdi‘*) başvurabileceği (*riücû*), elinde emânet olan bu malı zorla (*ikrah*) başkasına vermesi durumunun tazmine konu olup olmadığı ve emânetçinin sözleşmeye konu olan malla (*vedâa veya el-mâlû'l-mûda‘*) ilgili bilgi bırakmadan ölmesi durumunda bu malın nasıl tazmin edileceği ele alınan konular arasındadır.

### **12. Başkasına Ait Bir Malın Menfaatini Kullanmak Üzere Elinde Bulunduran Kişinin (Müsteîr) Sorumluluğu**

Karşılıksız olarak bir malın menfaatini kullanmak üzere başkasına verilmesini konu edinen âriyet sözleşmesinde malı ödünç alan kişinin (*müste‘îr*) neler yapabileceği, bu davranışlardan hangilerinin teaddî kapsamına girerek tazmin sorumluluğunu doğurduğu, hangi hallerde sorumluluktan kurtulacağı ve ödünç alınan bu malın (*âriyet*) sahibine (*muîr*) tesliminde nelerin gerekli olduğu ele alınan konulardandır.

### **13. Rehni Elinde Bulunduran Kişinin (Mürtehin) Sorumluluğu**

Rehin akdinin ne tür bir akit olduğu, sorumluluk açısından vedâa ve âriyet sözleşmeleriyle ne tür bir benzerliğinin olduğu, rehni elinde bulunduran kişinin

(*mürtehin*) hangi tür davranışlarının tazmin sorumluluğunu doğurduğu ve hangi hallerde tazmin sorumluluğundan kurtulacağı, malın değerinde meydana gelen artış ve eksilmelerin tazmin sorumluluğunu etkileyip etkilemediği ve burada itibar edilecek zaman dilimin hangisi olduğu örnek fetvâlardan hareketle izah edilmeye çalışılmıştır.

#### **14. Kiracının (Müstecir) Sorumluluğu**

Tazmin sorumluluğu açısından kira (*icâre*) akdininin âriyet sözleşmesiyle olan ilişkisi, bu sözleşme türünde hangi tür davranışların teaddî kapsamına girdiği ve örfün buradaki fonksiyonu, kiracının (*müstecir*) sorumlu olduğu ve olmadığı durumlar, hayvanların kiralınması ve bu durumun kiracıya yüklediği sorumluluklar, kiralanan malın geri teslimi ve buna ilişkin meseleler ile menkul ve gayrimenkul malların kiralınmasında kiracıya terettüp eden sorumluluklar ele alınan konulardandır.

#### **15. Özel İşçi (Ecîr-i Hâss ) ile Ortak İşçi (Ecîr-i Müşterek ) ve Onların İşçilerinin Sorumluluğu**

Öncelikle burada belirli bir işi yapmak üzere tutulan özel işçi (*ecîr-i hâss*) ile herkes adına serbest olarak çalışan ortak işçinin (*ecîr-i müşterek*) sorumlulukları belirtilmiştir. Daha sonra da ecîr-i müştereklerden çoban, bekçi, hamal, hayvan kiralayıcısı, dokumacı, terzi, çamaşırcı, kumaş boyacısı, kuyumcu, marangoz, inşaat ustası, ciltçi, kitapçı, aşçı, gemici, ayakkabıcı, demirci, hacamatçı, hamamcı, elbiseçi, değirmenci, müzârî-âmil (ziraat ortaklığında çalışan kişi), müstebdi<sup>299</sup> ve köle tüccarının ve bütün bu kişilerin emrinde çalışan alt işçilerin sorumlulukları ele alınmıştır.

#### **B. İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm fi usûli'l-ahkâm* İsimli Eseri ve Damân Bölümü**

Meşhur Hanefî fakihlerinden Burhânüddîn el-Mergînânî'nin (ö. 593/1197) torunu İmâdüddîn el-Mergînânî (ö. 670/1271), Üsrûşenî'nin otuz bölümden oluşan *el-Fusûl fi'l-muâmelât* adlı eserini yeniden düzenleyerek kırk bölümden müteşekkil yeni bir eser hazırlamıştır. Kendisinin *Fusûlu'l-ihkâm* ismini verdiği ve daha ziyade

---

<sup>299</sup> Kârın tamamı sermaye sahibine ait olması şartıyla işletmesi için kendisine sermaye verilen veya bir şahıs ya da şirkete ait malların ticari idaresi kendisine bırakılan kişi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gedikli, Fethi, "İbdâ", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999, C. XIX, s. 262-263.

*Fusûlü'l-İmâdî* adıyla bilinen bu eser, büyük ölçüde Üsrûşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât* adlı eserine dayanmaktadır.<sup>300</sup> Nitekim İmâdî, Üsrûşenî'nin bu eserindeki otuz faslın 11. ve 30. fasılları dışındaki geriye kalan 28 faslın tamamını eserinde kullanmıştır. Bu durum, yargılama ve muamelâtla ilgili konuları özel bir üslupla kaleme alan Üsrûşenî'nin bu yazım türünde öncü bir role sahip olduğunu ve İmâdî'nin de bu yöntemi geliştirmeye çalıştığını göstermektedir.

İmâdî'nin kırk fasıldan oluşan bu eserinin 32. faslı “*Ödenmesi Zorunlu Olan Tazminat Türleri ve Bunların Keyfiyeti, Emîn'in Sorumluluğu ve Kefil'in Beraati*” başlığıyla tazmin konularına ayrılmıştır. Üsrûşenî'de olduğu gibi, İmâdî de bu bölümde sözleşmelerden ve haksız fiillerden doğan sorumlulukları Hanefî mezhebindeki muteber kaynaklardan yaptığı nakillerle anlatmaya çalışmaktadır.<sup>301</sup>

Üsrûşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât* adlı eserinin tazmin bölümünde konu başlıklarının olmadığını daha önce ifade etmiştik. İmâdüddîn el-Mergînânî, onun burada ele aldığı konuları başlıklandırmış ve ilgili konulardaki rivâyetleri bir üst başlık altında toplayarak daha sistematik bir hale getirmiştir.<sup>302</sup> İmâdî'nin *Fusûlü'l-ihkâm* adlı eserinin tazmin bölümünde yer alan konu başlıkları şu şekildedir:

- |   |   |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"><li>1. Başkasının emriyle birine yapılan haksız fiiller</li><li>2. Jurnal (siâyet) sebebiyle meydana gelen zararlarda sorumluluk</li><li>3. Kölenin gasbedilmesi ve buna ilişkin meseleler</li><li>4. Çocuklardan bir şeyin gasbedilmesi ve onların zararlı fiilleri ile kendilerine yönelik haksız fiiller ve malın çocuklara teslimi</li><li>5. Sarhoş ve uyuyan kişiden bir şeyin gasp edilmesi ile daha sonra bunların onlara iâdesi</li><li>6. Zarara sebep olma (<i>tesebbüb</i>) ile başkasını veya ona ait bir malın yerini gösterme (<i>delâlet</i>) sonucunda meydana gelen zararlar</li><li>7. Gasbın beyanı</li></ol> | <ol style="list-style-type: none"><li>8. Hayvanların zararlı fiilleri ile hayvanlara yönelik haksız fiiller</li><li>9. Hayvanlara yönelik haksız fiillerde gerekli olan şeyler</li><li>10. Yaşama ümidi kalmayan koyun ve benzeri cinsteki hayvanların boğazlanması</li><li>11. Bir yere bırakılan şeyin yol açtığı zararlar</li><li>12. Başkasının elbisesine oturulması durumunda sahibinin kalkarken elbisenin yırtılması ve bununla ilgili konular</li><li>13. Ateş ve su sebebiyle meydana gelen zararlar</li><li>14. Kuyu ve duvar sebebiyle meydana gelen zararlar</li></ol> |
|---|---|

<sup>300</sup> İmâdî *Fusûlü'l-ihkâm* adlı eserinin mukaddimesinde, değer bakımından oldukça büyük olan bu küçük kitabı yıldızlar mesabesindeki hükümlerin incilerini toparlayarak oluşturduğunu, içindeki bilgilerin muteber ve makbul birçok eserden seçilerek nakledildiğini, bunların kısa ve öz şekilde ifade edildiğini ve *Fusûlü'l-ihkâm* ismini verdiği bu çalışmanın kırk fasıldan müteşekkil olduğunu bildirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlü'l-ihkâm*, vr. 2<sup>a-b</sup>. Ayrıca bkz. Yıldız, *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 28-29, 43-47.

<sup>301</sup> Yapılan nakiller büyük ölçüde Üsrûşenî'nin yaptıklarıyla aynıdır.

<sup>302</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, metin içerisindeki başlıklandırmasının yanı sıra, daha eserin başında bu fasılda nelerden bahsedeceğini ifade eden bilgileri vererek ayrıntılı bir fihrist yapmıştır. Bkz. İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlü'l-ihkâm*, vr. 5<sup>b</sup>-6<sup>a</sup>.

15. Ağaç ve ekinlerin tüketilmesi ve bina yapımı sebebiyle oluşan zararlar
16. Gayrimenkullerin (akar) gasbı
17. Birleşik ve benzeri şeylerin telef edilmesi
18. Mülk sahibinin gasbedilen malını başka bir şehirde talep etmesi
19. Kıyemî malların gasp edilmesi ve tüketilmesi
20. Bir malın gasbının elinde iken gasp edilmesi
21. Gâsıbın sorumluluktan kurtulduğu durumlar
22. Gasbedilen malda sahibinin hakkının sona erdiği ve ermediği durumlar
23. Kişinin gasbedilen malı üzerindeki hakkının sona ermediği ve malı almak ile tazmin ettirmek arasında muhayyer olduğu durumlar
24. Mislî olan ve olmayan şeyler
25. Müşterek mallarda ortakların sorumluluğu
26. Ortaklığa konu olan maldan faydalanmak
27. Başkasının emriyle iş gören kişi (*memur*) ile simsarın (*dellâl*) sorumluluğu ve buna ilişkin hususlar
28. Kendisine emânet mal bırakılan kişinin (mûda‘) sorumluluğu
29. Mûda‘ın emânet malı kimlere teslim edeceği ve hangi durumlarda sorumluluktan kurtulacağı
30. Mûda‘ın emânet malı sahibine teslim ettiğinde sözünün tasdik edilip edilmediği durumlar
31. Mûda‘ın kendisiyle sorumlu hale geldiği veya gelmediği şeyler
32. Vedî‘anın talep edilmesi ve geri verilmesi
33. Vedî‘anın kullanılması ve onun tüketilmesi
34. Mûda‘ın kendisine bırakılan malla ilgili bilgi vermeden ölmesi
35. Vedî‘anın inkârı ve ilgili konular
36. Başkasına ait bir malın menfaatini kullanmak üzere elinde bulunduran kişinin (*müste‘îr*) sorumluluğu ve bu kişinin malik olduğu ve olmadığı şeyler
37. Hayvanların âriyet olarak verilmesi ve ilgili konular
38. Belirli bir süreyle yapılan (*muvakkat*) âriyet
39. Âriyete konu olan malın geri teslim edilmesi ve ilgili konular
40. Müste‘îrin âriyet mallarda sorumlu olacağı ve olmayacağı şeyler
41. Kocasının izni olmadan kadının âriyet vermesi
42. Rehni elinde bulunduran kişinin (*mürtehin*) sorumluluğu
43. Fiyatlardaki değişikliğin rehne etkisi
44. Rehinde tazmine konu olan ve olmayan şeyler
45. Bir şeyin rehne dönüşüp dönüşmediği durumlar
46. Kiracının (*müstecir*) sorumluluğu
47. Hayvanların kiralanması ve sorumluluğun gerekliliği
48. Kiralanan malın geri teslimi ve ilgili meseleler
49. Kiralanan malı geri teslim etme külfeti
50. Kiralanan kişinin gidilecek yol/güzergâh veya yol arkadaşları hususunda sözleşmeye aykırı davranması
51. Kiralanan kişinin yük veya binme konusunda sözleşmeye muhalefet etmesi
52. Çeşitli malların kiralanması ve kiralanan kişinin (*müstecir*) bu mallardaki sorumluluğu
53. Gayrimenkullerin kiralanması ve *müstecirin* bu mallardaki sorumluluğu
54. Özel işçi (*ecîr-i hâss*) ile ortak işçi (*ecîr-i müsterek*) ve onların işçilerinin sorumluluğu
55. Çobanın sorumluluğu
56. Bekçinin sorumluluğu
57. Hamalın sorumluluğu
58. Hayvan kiralayıcısının sorumluluğu
59. Dokumacının sorumluluğu
60. Terzinin sorumluluğu
61. Çamaşırcının sorumluluğu
62. Kumaş boyacısının sorumluluğu
63. Kuyumcunun sorumluluğu
64. Marangoz ve inşaat ustasının sorumluluğu
65. Ciltçi ve kitapçının sorumluluğu
66. Aşçının sorumluluğu
67. Gemicinin sorumluluğu
68. Ayakkabıcının sorumluluğu
69. Demircinin sorumluluğu
70. Kan alan ve benzeri durumdaki kişilerin sorumluluğu
71. Hamamcı ve elbisecinin sorumluluğu
72. Değirmencinin sorumluluğu
73. Ziraat ortaklığında çalışan kişinin (*müzârî-âmil*) sorumluluğu
74. Başkası adına ticaret yapan kişinin (*müstebdi‘*) sorumluluğu
75. Köle tüccarının sorumluluğu
- 76. Cenine verilen zararların tazmini**
- 77. Kaçan köleyi yakalayıp getiren kişinin sorumluluğu**

Üsrüşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât* adlı eseri ile İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* adlı eserinin damân bölümleri mukayese edildiğinde ele alınan konuların birebir aynı olduğu, ancak Üsrüşenî'den farklı olarak İmâdüddîn'in bölüm

sonuna anne karnındaki cenine verilen zararların tazmini (*damânü'l-cenîn*) ile kaçan köleyi geri getiren kişinin sorumluluğunu (*damân-ü râddi'l-âbık*) eklediği görülmektedir.<sup>303</sup>

Ele alınan konuların içeriğine ilişkin detaylı bilgileri Üsrûşenî'nin tazmin bölümünü incelerken vermiştik. Bu sebeple tekrardan kaçınmak için sadece bu iki konunun içeriğine dair tanıtıcı bilgiler vereceğiz.

### 1. Ceninin Sorumluluğu

Cariyenin, karnındaki cenini kasten düşürmesi durumunda sorumluluğun nasıl olduğu ve bunun kime yükleneceği, hür bir kadının cenini kasten düşürmesi durumunda kocaya verilecek olan tazminatı (ğurre) kimin ödeyeceği, tazminatın ne kadar süre içerisinde ödenmesi gerektiği, ceninin düşürülmesinde kocanın izninin sorumluluğa etkisi, ilaç alma gibi sebeplerle hatâen meydana gelen düşüklere kadının sorumlu olup olmadığı, ğurrenin hangi durumda gerekli olduğu ve organların belirgin hale gelmemesi durumunda cenine yönelik haksız fiillerde sorumluluğun nasıl olduğu ele alınan konulardandır.

### 2. Kaçan Köleyi Geri Getiren Kişinin Sorumluluğu

Tazmin sorumluluğu açısından kaçan kölenin kendisini yakalayan veya onu bulan kişi yanındaki durumu, yakalama veya kovalama esnasında kaçarken kölenin zarar görmesi, bulan kişinin izinsiz kullanması durumunda meydana gelen zararlar, sahibinin kaçtığını inkâr etmesi durumunda köleyi elinde bulunduran kişinin durumu, sahibi olduğu zannedilerek başkasına teslim edilen kölenin gerçek hak sahibi ortaya çıkması durumunda sorumluluğun kime yükleneceği ve mahkeme kararı olmadan yakalanan kölenin bir başkasına satılması durumunda sorumluluğun kime ait olacağı fetvâ örneklerinden hareketle izah edilmeye çalışılmıştır.

### C. Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn* İsimli Eseri ve Damân Bölümü

Simavna kadısı oğlu Şeyh Bedreddin (ö. 823/1420) hâkimler ve müftüler tarafından sıklıkla müracaat edilen Üsrûşenî ve İmâdî'nin fusûl ismini taşıyan bu iki

---

<sup>303</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 397<sup>b</sup>-398<sup>a</sup>. Üsrûşenî'nin tazmin bölümünde konu başlıkları olmadığı için içerisindeki rivâyetleri mukabele ederek bu sonuca ulaştık.



eserini *Câmi 'u'l-fusûleyn* ismiyle birleştirip yeni bir eser telif etmiştir. Şeyh Bedreddin ilk 16 bölümü kazâ ve muhâkemeye, geriye kalanı da muâmelata dair olan bu eserin mukaddimesinde; fetâvâya dair yazılan eserlerin en önemlisi ve yargılama hukukuyla ilgili hazırlanan kitapların en faydalısı olan bu iki eseri birleştirdiğini, söz konusu eserlerdeki mükerrer ifadeleri çıkarttığını, bu iki eserdeki hiçbir meseleyi kasıtlı olarak terk etmediğini, Sirâcüddîn es-Secâvendî'nin (ö. 596/1200) *el-Ferâiz*'ini yeterli görerek İmâdî'nin Ferâiz bölümünü (37. bölüm) eserine almadığını, ifadeleri herhangi bir açıklamaya ihtiyaç bırakmayacak şekilde veciz bir şekilde aktardığını, usul ve kavâide dayanarak ulaştığı bazı sonuçları eklediğini, bu iki esere ilâveten *el-Hülâsa*, *el-Kâfi* ve kendi eseri *Letâifü'l-işârât* gibi konuyla ilgili başka eserlerden de bazı ilâveler yaptığını ve kırk bölüm olarak yazdığı bu esere *Câmiu'l-fusûleyn* adını verdiğini belirtmektedir.<sup>304</sup>

Şeyh Bedreddin, *Câmi 'u'l-fusûleyn*'de bu iki eseri birleştirmekle birlikte esas olarak İmâdî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* isimli eserinin sistematüğünü ve muhtevasını takip etmiştir. Öyle ki, İmâdî'den almadığı 37. bölüm hariç tutulursa, fasılların tamamı aynı başlıkları taşır. Şeyh Bedreddin almadığı bu bölümün yerine, Üsrüşenî'nin “*tutanak (mahzar) ve sicillerdeki eksiklikler*” başlığını taşıyan on birinci faslı (İmâdî'nin *el-Fusûl*'ünde böyle bir fasıl başlığı yoktur.) *Câmi 'u'l-fusûleyn*'e kırkıncı fasıl olarak almıştır.<sup>305</sup>

Üsrüşenî ve İmâdî'nin fusûllerinde olduğu gibi, Şeyh Bedreddin de *Câmi 'u'l-fusûleyn* adlı eserinde Hanefî mezhebindeki muteber fetvâ kitaplarından yaptığı nakillerle yargılama hukuku ve muâmelât alanlarındaki kazâ ve fetvâ meselelerini sistemli ve özet bir şekilde incelemiştir, bazen de “*ben derim*” şeklindeki ifadeleriyle kendi görüş ve tercihlerini beyan etmiştir. Osmanlı döneminde uzun süre müftü ve kadılar tarafından kendisine sıklıkla müracaat edilen ve adeta bir el kitabı haline gelen

<sup>304</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusûleyn*, C. I, s. 2. Bununla ilgili yapılan güncel bir çalışma için bkz. Ayhan Hıra, *Şeyh Bedreddin Bir Sufi Âlimin Fıkıhçı Olarak Portresi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012.

<sup>305</sup> Şeyh Bedreddin *sicil* kavramını “hâkimin/kâdının kitabı” biçiminde tanımlarken, *mahzar* kelimesinin çoğulu olan *mehâzır* kavramını da “hâkimin huzurunda iki hasmın bir araya gelmesinin, davalının ikrârının veya inkârının, şüpheyi ortadan kaldıracak şekilde delile veya yemine yanaşmamaya (nükûl) dayanan hükmün yazıldığı şey” diye açıklamaktadır. Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, II, 324.

bu eserin esas olarak Üsrüşenî'ye dayandığını ifade etmeliyiz. Her ne kadar Kemal Yıldız, ana omurgası itibariyle Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât* adlı eserinin *Câmiu'l-fusûleyn*'e dayandığını ifade etse<sup>306</sup> de, biz bunun isabetli olmadığını düşünüyoruz. Çünkü Şeyh Bedreddin'in 40 bölümden (*fasıl*) oluşan eserinin 39'unun aynı başlıklarla İmâdî'de mevcut olduğunu, İmâdî'nin eserindeki 40 bölümden 28'inin de Üsrüşenî'de aynı başlıklarla bulunduğunu, hatta özellikle tazmin bölümündeki konu başlıklarının neredeyse tamamının İmâdî'de mevcut olduğunu ve bunların çoğunun da ilk olarak Üsrüşenî'nin *Fusûl*'ünde yer aldığını göz önüne alırsak bütün bunların Üsrüşenî'ye dayandığını, onun bu alanda özel bir üslup/tür geliştirmeye çalıştığını ve İslâm hukuk literatüründe özgün bir yere sahip olduğunu söylememiz icap eder.

Şeyh Bedreddin'in kırk fasıldan oluşan bu eserinin 33. faslı “*Ödenmesi Zorunlu Olan Tazminat Türleri ve Bunların Keyfiyeti, Emîn'in Sorumluluğu ve Kefil'in Beraati*” başlığıyla tazmin konularına ayrılmıştır. Üsrüşenî ve İmâdî'de olduğu gibi, müellif bu bölümde sözleşmeden ve haksız fiillerden doğan sorumlulukları Hanefi mezhebindeki muteber kaynaklardan yaptığı nakillerle anlatmaya çalışmaktadır. Kendisinden önceki iki *fusûl* eserinin damân bölümü ile *Câmiu'l-fusûleyn*'in damân bölümü mukayese edildiğinde, Şeyh Bedreddin'in Üsrüşenî ile İmâdî'ye ilâveten sadece kaybolan eşyayı (lukata) bulan kişinin sorumluluğunu (*damânü'l-mültekât*) eklediği görülmektedir.<sup>307</sup>

#### **D. Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye* İsimli Eseri**

Osmanlı padişahlarından II. Bayezid, Yavuz Sultan Selim ve Kanuni Sultan Süleyman döneminde şeyhülislamlık yapan Zenbilli Ali Efendi'nin (ö. 932/1526) oğlu ve Ebüssuûd'un damadı olan Fudayl Çelebi<sup>308</sup> *ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye*

<sup>306</sup> Yıldız, *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 38.

<sup>307</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusûleyn*, C.II, s. 107-193. İmâdî ile Şeyh Bedreddin'in eserlerinin başında bölümlerin içinde ele alınan konuları gösteren ifadeler mukayese edildiğinde de aynı durum söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 5<sup>b</sup>-6<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusûleyn*, C.I, s. 9-11.

<sup>308</sup> Cemâleddin Aksarâyî'nin soyundan geldiği için kendisi Cemâlîzâde veya babasına nispetle Zenbillizâde ismiyle de bilinmektedir. Fudayl Çelebi hakkında ayrıntılı için bkz. Mehmed Mecdî, *Hadâiku's-şakâik*, nşr. Abdülkadir Özcan, İstanbul, 1989, s. 308; Nev'izâde Atâî, *Hadâiku'l-hakâik fi tekmileti's-Şakâik*, nşr. Abdülkadir Özcan, İstanbul, 1989, s. 275; Mehmed Süreyya, *Sicilli Osmânî*,

adında tazminatla ilgili müstakil bir eser yazmıştır. Hanefî bir fakih olan Çelebi'nin bu kitabı, tazminat (sorumluluk) hukuku alanında müstakil olarak ortaya konulan ilk eserdir. Yapılan bazı modern çalışmalarda, yine Hanefî bir fakih olan Gânim el-Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât*, isimli eserinin bu alanda müstakil olarak telif edilen ilk eser olduğu ifade edilse de<sup>309</sup>, Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eseri Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât*ından daha önce kaleme alınmıştır.<sup>310</sup> Her ne kadar daha önce Üsrüşenî *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin *Câmiu'l-fusûleyn* adlı eserlerinin “*damânât*” bölümlerinde bu konulara yer vermiş olsalar da, Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı bu eseri müstakil olarak tazmin konularına hasredilmiş ve hacim olarak diğerlerinden oldukça büyüktür.

Çelebi tarafından yazılan bu eserde, başta akitler olmak üzere öldürme ve yaralamalardaki tazminat meseleleri ele alınmaktadır. Nitekim müellif, kitabının mukaddimesinde; bu eserin akitler, cana karşı işlenen suçlar ve yaralama olaylarında meydana gelen zararların tazminiyle ilgili bir eser olduğunu ifade etmektedir.<sup>311</sup>

Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı bu eseri, Üsrüşenî ile başlayan *fusûl* edebiyatındaki tazminat konularını geliştirmektedir. Nitekim eserin konu sistematigi ve muhtevası incelediğinde, bu durum kolaylıkla fark edilmektedir. Bu sebeple Çelebi'nin *ed-Damânât*'ı, Üsrüşenî'nin başlatıp İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in geliştirerek devam ettirdiği yazım türünün devamı niteliğindedir. Bu durumu söz

---

nşr. Nuri Akbayar, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, C. II, s. 540; Babanzâde Bağdatlı İsmail Paşa, **Hediyetü'l-ârifin esmâü'l-müellifin ve âsârü'l-musannifin**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, 1951, C. I, s. 28; Bursalı Mehmed Tahir, **Osmanlı Müellifleri**, İstanbul, 1333, C. I, s. 320-321; Hayreddin ez-Zirikli, **el-A'lâm Kâmûs-u terâcim li-eşheri'r-ricâl ve'n-nisâ**, Dâru'l-İlm li'l-Melâyin, Beyrut, 2002, C. V, s. 153; Ali Rıza Karabulut-Ahmed Turan Karabulut, **Mücemü'l-mahtûâtü'l-mevcûde fi mektebâti İstanbul ve Anadolu**, Mektebe Yayınları, Kayseri, t.y., C. III, s. 2362; Yusuf Küçükdağ, **II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni Devirlerinde Cemâfî Ailesi**, Aksarayî Vakfı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 135-139; Koca, Ferhat, “Fudayl Çelebi, Zenbillizâde”, **DİA**, İstanbul, 1996, C. XIII, s. 207-208.

<sup>309</sup> Sirâc, **Damânü'l-udvân fi'l-fıkhi'l-İslâmî**, s. 6.

<sup>310</sup> Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserinin daha önce yazıldığı bilinmektedir. Çünkü Çelebi'nin eseri hicri 984'te, Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât*'ı ise 1027'de tamamlanmıştır.

<sup>311</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 1<sup>b</sup>. “فهذه مجموعة متعلقة بالضمانات الواقعة في العقود والأففس والجراحات”

konusu eserlerdeki ana konu başlıklarını ele alan aşağıdaki **Tablo 2.1**'de görmek mümkündür.<sup>312</sup>

**Tablo 2.1:** Çelebi'nin *ed-Damânât*'ının Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in Eserlerindeki Tazminat Konuları İle Mukayesesi

<i>ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye</i>	<i>Câmiu'l-fusûleyn</i>	<i>Fusûl-i İmâdî</i>	<i>Fusûl-i Usrûşenî</i>
1. Damânâtü'l-mükrih ve'l-me'mur	✓	✓	✓
2. Damânâtü'l-gasp	✓	✓	✓
3. Damânâtü's-şirb	✓	✓	✓
4. Damânâtü'l-vedîa	✓	✓	✓
5. Damânâtü'l-âriye	✓	✓	✓
6. Damânâtü's-şirket	X	X	X
7. Damânâtü'l-mudârebe	X	X	X
8. Damânâtü'l-vekâlet	✓	✓	✓
9. Damânâtü'l-kefâlet	X	X	X
10. Damânâtü'l-havâle	X	X	X
11. Damânâtü's-sulh	X	X	X
12. Damânâtü'r-rehin	✓	✓	✓
13. Damânâtü'l-hacr	X	X	X
14. Damânâtü'l-me'zûn	X	X	X
15. Damânâtü'l-icârât	✓	✓	✓
16. Damânâtü'l-müzâraa ve'l-müsâkât	✓	✓	✓
17. Damânâtü'l-ibâk ve iltikât	✓	X	X
18. Damânâtü'l-cinâyât	✓	✓	✓
19. Damânâtü'l-vesâyâ	X	X	X

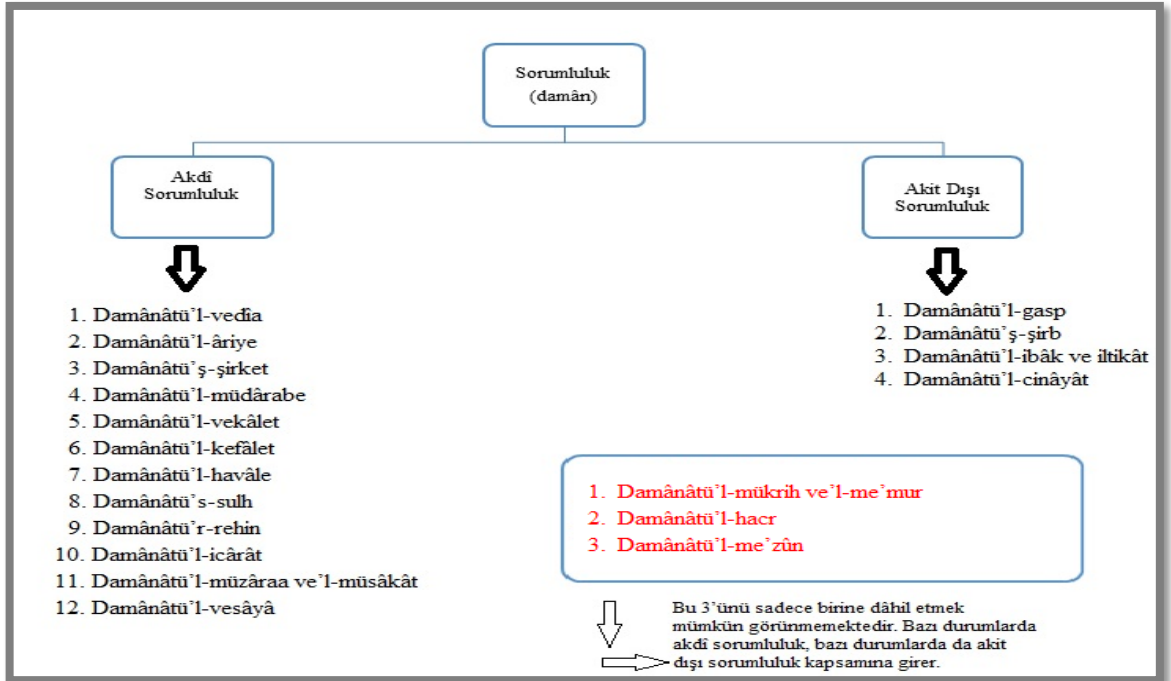
Yukarıdaki **Tablo 2.1**'de görüldüğü üzere, Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in söz konusu eserlerinin tazmin bölümleri ile Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı kitabı mukayese edildiğinde diğerlerinin ele aldığı konulara ilâveten

<sup>312</sup> Bu tablo Çelebi'nin ele aldığı konuların daha önce Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in eserlerinde ele alınıp alınmadığını ve yeni ilave edilen konuları genel olarak tespit etmek içindir. Üsrûşenî'de olan bir konunun İmâdî'de olması veya bunlarda olan bir konunun Çelebi'de olması konuların tekrarı anlamına gelmemektedir. Bazen aynı konunun ele alınmasına karşın müellifin ilgili mevzudaki farklı görüşleri belirtmekle birlikte kendisinin bu konudaki kanaatini ortaya koyduğu ve muhtevanın zenginleştiği görülmektedir. Örneğin başkasının emriyle birine yapılan haksız fiillerde emreden ve emredilen kişinin sorumluluğu, Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in eserlerinde mevcut olmakla birlikte Çelebi konunun kapsamını daha da zenginleştirmiş ve onlardan farklı olarak bu başlıkta ikrahın (cebir ve tehdit) tanım ve türlerini, bunun sözlü ve fiili tasarruflara etkisini ve ikrah altında gerçekleştirilen tasarruflardaki tazmin durumlarını incelemiştir. Ayrıca diğerlerinde de ele alınan konulardan biri olan haksız ihbarda bulunarak başkasının malının zararına sebep olan kişinin (sâî') sorumluluklarını bu başlığın altına dâhil etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 1<sup>b</sup>-24<sup>b</sup>.

Çelebi *şirket, mudâربه kefâlet, havâle, sulh, hacr, me'zun* (kendilerine ticaret serbestliği tanınan kişiler), ve *vasiyet* gibi bu üç eserde ele alınmayan tazminle ilgili konuları eklemiştir.

Dört ciltten müteşekkil olan bu eserin **birinci cildinde**; mükrehle ilgili tazminatlar [ikrah altında yapılan nikâh, talak, köle azad etme, bey', hibe, ibrâ, ikrar ve malın zâyî edilmesi gibi konular] ile bir emre dayalı olarak meydana gelen zararlarda âmir ve memurun tazmin yükümlülükleri, sorumluluk hukuku bağlamında gasp, şirb, vedfa, âriyet, şirket ve mudâربه; **ikinci cildinde** vekâlet, kefâlet, havâle ve sulh; **üçüncü cildinde** rehin hacr ve izin/me'zun; **dördüncü cildinde** de icâre, müzâraa, müsâkât, ibâk, iltikat, cinâyât ve vasiyetle ilgili konulardaki tazmin durumları ele alınmaktadır. Eserin bütününe genel olarak bakıldığında, Çelebi'nin de Hanefî hukukundaki sözleşmeden (*akdî sorumluluk*) ve haksız fiillerden doğan sorumlulukları (*akit dışı sorumluluk*) ele aldığı görülmektedir. Eserde ele alınan konu başlıklarını sorumluluğun türlerine göre şu şekilde tasnif edebiliriz.

**Şekil 2.2:** Çelebi'nin *ed-Damânât*'ındaki Konuların Tasnifi



Yukarıdaki **Şekil 2.2**'de görüldüğü üzere, Çelebi'nin *ed-Damânât*'ının büyük bir kısmında sözleşmelerden doğan sorumluluklar ele alınmaktadır. Öyle ki, 19 ana

başlıktan 12'si sözleşme sebebiyle meydana gelen sorumlulukları, 4 tanesi de akit dışı meydana gelen haksız fiillerdeki sorumlulukları konu edinmektedir. Akıl hastalığı, çocukluk ve savurganlık (*sefeh*) sebebiyle sözlü ve fiili tasarrufları kısıtlanan kişiler (*mahcûr*) ile ticari faaliyetleri aslında kısıtlı olmakla birlikte veli veya efendisi tarafından kendisine ticaret serbestliği tanınan köle ve çocuk gibi kişilerin (*mez'ûn*) sorumluluklarına ilişkin hükümlerin ele alındığı bahisleri (*damânatü'l-hacr ve damânatü'l-mez'ûn*) Türk Borçlar Hukukundaki akdî sorumluluk veya akit dışı sorumluluktan sadece birine dâhil etmek mümkün görünmemektedir. Söz konusu kişilerin sözleşmeleri sebebiyle meydana gelen zararlar akdî sorumluluk kapsamında, sözleşme dışındaki haksız fiillerinden doğan zararları da akit dışı sorumluluk hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır. Herhangi bir tehdit (ikrah) ya da bir emre dayalı olarak gerçekleştirilen sözlü ve fiili tasarruflardaki sorumlulukların ele alındığı bölümde (*damânatü'l-mükrih ve'l-memur*) de aynı durum geçerlidir.

Çelebi'nin eserindeki konuların içeriğine bakıldığında konuların daha sistematik bir yapıya kavuştuğu ve muhtevasının zenginleştiği görülmektedir. Örneğin Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in eserlerinin tazminatla ilgili bölümlerinde cinâyât konularının tamamını kuşatan müstakil bir başlık yoktur. Üsrûşenî tazmin bölümünde sadece çocukların, hayvanların ve kölelerin işlediği cinâyetler ile onlara yönelik haksız fiilleri ele alırken, İmâdüddîn el-Mergînânî aynı konuların yanı sıra cenîne yönelik cinâyetleri de ekleyerek bunları başlıklandırmıştır. Şeyh Bedreddin de aynı konuları ele almıştır.<sup>313</sup> Ancak Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserinde bunların daha zengin bir konu muhtevasıyla toplu olarak ele alındığı görülmektedir. Öyle ki, Çelebi diğerlerinin ele aldığı konulardan farklı olarak öldürme fiilinin türleri ile insanın şahıs ve vücut bütünlüğüne yönelik müessir fiilleri, yıkılan duvar sebebiyle meydana gelen zararları ve diyeti ödemekle sorumlu olan kişilerin beyanı ile faili meçhul cinayetlerdeki tazmin durumlarını *damânatü'l-cinâyât* başlığı altında dile getirmiştir.

---

<sup>313</sup> Ele alınan konular açısından herhangi bir farklılık yoktur. Ancak bu bölümdeki konular İmâdüddîn el-Mergînânî'nin tazmin bölümündeki ilgili yerle karşılaştırmalı olarak okunduğunda Şeyh Bedreddin'in eserindeki ifadelerin daha rafine bir hal aldığı, İmâdüddîn'in "*ben derim ki*" şeklinde bir ifadeyle ilgili konuda kendi kanaatini ortaya koyduğu ve onun ileri sürdüğü bu farklı görüşün Şeyh Bedreddin'de görüldüğü dikkatleri çekmektedir.

Genel olarak bakıldığında, müellif eserin ilgili bölümlerinde konuyla ilgili temel kavramları ve öğretiyi verdikten sonra Hanefî mezhebindeki muteber fetvâ kitaplarından yaptığı nakillerle tazminat konularını ele alır. Bazen de “*ben derim ki*” şeklindeki ifadeleriyle kendi kanaatini ortaya koyar. Dolayısıyla Fudayl Çelebi’nin bu eseri, muteber fetvâ kitaplarından faydalanılarak derlenen ve zaman zaman müellifin kendi görüşlerinin kaydedildiği bir eserdir.

Çelebi, tazminatla ilgili olan bu eserinde ele aldığı konuları 19 ana başlık etrafında anlatmaya çalışmaktadır. Şimdi orijinal ifadeleriyle aşağıda sıralayacağımız bu 19 ana başlığın altında ele alınan konulara dair tanıtıcı bilgiler vereceğiz. Eserde ele alınan bu konular sırasıyla şöyledir:

- |                                  |                                     |
|----------------------------------|-------------------------------------|
| 1. Damânâtü’l-mükrih ve’l-me’mur | 11. Damânâtü’s-sulh                 |
| 2. Damânâtü’l-gasp               | 12. Damânâtü’r-rehin                |
| 3. Damânâtü’ş-şirb               | 13. Damânâtü’l-hacr                 |
| 4. Damânâtü’l-vedîa              | 14. Damânâtü’l-me’zûn               |
| 5. Damânâtü’l-âriye              | 15. Damânâtü’l-icârât               |
| 6. Damânâtü’ş-şirket             | 16. Damânâtü’l-müzâraa ve’l-müsâkât |
| 7. Damânâtü’l-mudârebe           | 17. Damânâtü’l-ibâk ve iltikât      |
| 8. Damânâtü’l-vekâlet            | 18. Damânâtü’l-cinâyât              |
| 9. Damânâtü’l-kefâlet            | 19. Damânâtü’l-vesâyâ               |
| 10. Damânâtü’l-havâle            |                                     |

### **1. Damânâtü’l-mükrih ve’l-me’mur**

Tehditle birşeyin yapılmasını emreden (mükrih-âmir) ve emredilen kişinin (mükreh/memur) sorumlulukları ismini taşıyan bu başlıkta önce ikrahın (cebir ve tehdit) tanımı, türleri, bunun sözlü ve fiili tasarruflara etkisi ele alındıktan sonra ikrah altında gerçekleştirilen nikâh, talak, köle azadı, bey‘, hibe, vedîa, ibrâ, ikrar ve itlâf gibi tasarruflardaki tazmin durumları ortaya konulmuş; akabinde de mükrehin ve haksız yere şikâyette (siâye) bulunarak başkasının malının zararına sebep olan kişinin (sâi‘) sorumlulukları incelenmiştir.

## 2. Damânâtü'l-gasp

Gasp sorumluluğu ismini taşıyan bu başlıkta, öncelikle gaspla ilgili yapılan tanımlar, hangi tür eylemlerin gasp sayıldığı ve gasbedilen menkul bir malın ne zaman tazmine konu olduğu ele alınmıştır. Sonrasında da kölelerin, hayvanların ve eşyaların gasbedilmesi ile aklî dengesi yerinde olmayan kişilerin bir şeyi gasp etmesi, zarar sebep olma (*tesebbüb*), oturmak suretiye meydana gelen zararlar, birleşik (*mürekkep*) yapıdaki malların kullanılamaz hale getirilmesi, gaspta gerekli olan şeyler ile gasıbın bunlardan ibrâ edilmesi, gasbedilen bir malın ikinci kez gaspa uğraması, gâsıbın tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller, mal sahibinin hakkının sona erdiği ve ermediği durumlar, kişinin kendisine veya başkasına ait bir mülkiyette yaptığı işlerin yol açtığı zararlar ile gayrimenkullerin gasp edilmesi durumundaki tazmin durumları ele alınan konular arasındadır.

## 3. Damânâtü'ş-şirb

Öncelikle “*şirb*” kelimesinin tanımı yapılarak su üzerindeki ortaklıkların çeşitleri ile buradaki hak ve sorumluluklar üzerinde durulmuş; sonrasında kuyu kazma, ateş yakma, arazileri sulamak için nehirde kazı yaparak kendine kanal açma gibi kişinin mubah alanda, kendi özel mülkünde veya kamusal alanda yaptığı tasarrufların yol açtığı zararlar ile başkasının ağaç ve ekinlerini telef etme durumundaki tazmin kuralları ele alınmıştır.

## 4. Damânâtü'l-vedîa

Bu başlıkta öncelikle vedîanın tanımı yapılmış, sonrasında vedîayı başkasına verme, kullanma, sahibi istediğinde onu inkâr etme ve emânetçinin (mûda‘)vedîayla ilgili bilgi bırakmadan ölmesi durumlarında meydana gelen zararlardaki tazmin durumları üzerinde durulmuştur. Bunların yanı sıra, vedîada tazmine konu olan ve olmayan haller ile bir malın hacr altındaki kişilere emânet olarak bırakılması durumunda meydana gelen zararlarda söz konusu kişilerin sorumlu olup olmadığı mevzubahis edilmiştir.

## 5. Damânâtü'l-âriyet

Girişte öncelikle âriyet akdiyle ilgili genel kurallar zikredildikten sonra belirli bir süre ile yapılan âriyet sözleşmeleri (muvakkat âriyet) ve burada müsteîrin



sorumlulukları, hayvanlar ile menkul ve gayrimenkullerin âriyet olarak verilmesi durumunda meydana gelen zararlardaki tazmin sorumluluğu, kadınlar ile tasarrufları kısıtlanan kişilerin bir malî âriyet olarak vermesi ve emânet olarak alınan malın geri teslim edilmesi durumundaki tazmin sorumlulukları müsteîrin sorumluluğu bağlamında ele alınan konulardandır.

#### **6. Damânâtü's-şirket**

Ortaklıklardaki sorumluluklara geçmeden önce İslam hukukundaki şirket (ortaklık) türleri ele alınarak bunların herbiri hakkında bilgiler verilmiştir. Sonrasında müfâvaza, inân, amel ve mülk şirketlerinde ortakların birbirlerini karşı olan sorumlulukları ele alınmıştır.

#### **7. Damânâtü'l-mudârebe**

Öncelike mudârebe akdiyle ilgili genel kurallar zikredildikten sonra, fasit mudârebede tarafların birbirlerine karşı olan sorumlulukları ve meydana gelen zararı kimin nasıl tazmin edeceği, mudârebe akdinde müdâribin (işletmeci) akde konu olan maldaki tasarruf yetkisi ve burada hangi tür davranışların tazmine konu olduğu, sermaye sahibi (*rabbü'l-mâl*) ile müdârib arasında bir ihtilaf olması durumunda ne olacağı ve bu esnada meydana gelen zararı kimin karşılayacağı, sermaye sahibi ile müdâribin sorumlu olduğu ve olmadığı hususlar ve kârı sermaye sahibine ait olması şartıyla işletmesi için kendisine sermaye verilen kişinin (müstebdi') sorumlulukları incelenen konulardandır.

#### **8. Damânâtü'l-vekâlet**

Tazmin konularından önce vekâletin tanımı ve şartları gibi hususlarda genel malumat verilmiş; sonrasında alım, satım, kiralama infak, kabz, husûmet, ikrar, sulh, nikâh, talak ve köle azadı gibi konularda vekâletle iş gören kişinin (vekîl) sorumluluğu, vekilin hangi durumlarda sorumlu olacağı ve müvekkilin zararı vekilden tazmin ettireceği durumlar üzerinde durulmuştur.

#### **9. Damânâtü'l-kefâlet**

Kefâlet sözleşmelerindeki tazmin sorumluluğunun ele alındığı bu başlıkta öncelikle kefâletin tanımı ve çeşitleri ele alınmış; sonrasında da şarta bağlı olan

(muallak) veya belirli bir süreyle yapılan (muvakkat) kefâlette, belirli bir eşya ya da kişiye kefil olmada, kefâletin birden fazla olması ve bilinmezliğin olduğu yerde, köle ve çocukların kefâletinde, rücû etmeyi gerektiren ve gerektirmeyen yerlerde /poliçede (süftece) ve zimmilerin kefâlet sözleşmelerindeki tazmin kuralları ile kefillerin ibrası ve onların kendilerinin beraatı ele alınan konular arasındadır.

#### **10. Damânâtü'l-havâle**

Öncelikle havâlenin, tanımı, çeşitleri ve şartlarıyla ilgili mezhepteki temel kurallar verilmiş, akabinde ise mutlak ve mukkayet havâledeki tazmin kuralları ile bu sözleşmede akdın taraflarının birbirlerine karşı olan hak ve sorumlulukları ele alınmıştır.

#### **11. Damânâtü's-sulh**

İki taraf arasındaki bir anlaşmazlığın ortadan kaldırılmasını konu edinen sulh akdinin tanımı, şartları, sulhun konusu ve çeşitlerine yönelik bilgiler hakkında genel malumat verilmiş; sonrasında da borç, köle, gayrimenkul mallar, ticaret eşyaları ve hayvanlar üzerine yapılan sulh sözleşmelerindeki tazmin kuralları ile mehir gibi eşleri ilgilendiren mevzularda ve işlenen bir cinâyet karşılığında sulhlerde ne tür bir tazmin sorumluluğunun olduğu ele alınan konulardandır. Bunun yanı sıra fuzûli ile varislerin sulh akdi yapması durumundaki tazmin kuralları da mevzubahis edilmiştir.

#### **12. Damânâtü'r-rehin**

Rehnin tanımı, şartları, kısımları, güvenilir bir kimsenin yanında bırakılan rehnin sorumluluğu, rehnin telef olması veya tüketilmesi, rehinde meydana gelen artma ve eksilme, rehinde tasarruf, rehne konu olan şeyin nafakası, başkasına ait bir malın rehni, rehne konu olan malın öldürülmesi, rehin davası ile vekil ve kefilin rehin vermesi gibi konularda mürtehinin sorumlulukları bu başlıkta ele alınan konulardır.

#### **13. Damânâtü'l-hacr**

Öncelikle hacr ile ilgili genel bilgiler verilmiş, akabinde de delilik, çocukluk, kölelik ve savurganlık (*sefeh*) sebebiyle sözlü ve fiili tasarrufları kısıtlanan kişilerin (*mahcûr*) gerçekleştirdiği zararlı eylemlerdeki sorumlulukları ele alınmıştır.

#### 14. Damânâtü'l-me'zûn

Bu başlıkta öncelikle “*izin*” kelimesinin sözlük ve terim anlamlarına, hukukî boyut ve alanına dair bilgiler sunulmuş; sonrasında da ticari faaliyetleri aslında kısıtlı olmakla birlikte veli veya efendisi tarafından kendilerine ticaret serbestliği tanınan köle ve çocuk gibi kişilerin (*mez'ûn*) sorumluluklarına ilişkin hükümler ele alınmıştır. Bu bağlamda söz konusu kişilerin sözlü ve fiili tasarrufları, kendisine izin verilmeden önceki eylemleri, aldığı ayıplı malı iâdesi, bir malı başkasına hibesi, birine vekâlet etmesi, kendilerine dava açılması ve müşterek mülkiyete konu olan bir kölenin veya çocuğun kısıtlılık durumunun kaldırılması gibi konulardaki sorumluluklarına değinilmiştir.

#### 15. Damânâtü'l-icârât

Öncelikle bu başlığın girişinde icâre akdiyle ilgili genel bilgiler verildikten sonra insan ve hayvanların kiralanması ve bu durumun kiracıya (*müstecir*) yüklediği sorumluluklar ile kiralanan malın sözleşmeye aykırı olarak istihdam edilmesi ve malın zarar görmesi durumunda kiracının sorumluluklarına, kiralanan menkul eşyaların yanı sıra gayrimenkul mallarda (ev, arsa ve mezra gibi) meydana gelen zararlardaki tazmin durumlarına ve kiralanan malın teslimiyle ilgili kiracının sorumluluklarına değinilmiştir. Daha sonra da ecîr-i müştereklerden koyun ve sığır çobanı, hayvan kiralayıcısı (*mükârî*), hamal, köle tüccarı, simsar, bekçi, hancı, ücret karşılığı başkasının çocuğunu emziren kişi, aşçı, fırıncı, değirmenci, hacamatçı, sünnetçi, cerrah, kâğıtçı, ciltçi, yamacı, dokumacı, çamaşırcı, elbise boyacısı, terzi, hallaç, ayakkabıcı, sabuncu, kazıcı, marangoz, inşaat ustası, gemici, demirci, kuyumcu, sarraf, kandilci, hamamcı ve bu kişilerin emrinde çalışan işçilerin sorumlulukları ele alınmıştır.

#### 16. Damânâtü'l-müzâraa ve'l-müsâkât

Ziraat ortaklığı (*müzâraâ*) ile bağ-bahçe ortaklığı (*müsâkât*) sözleşmelerinin meşrûiyeti ve şartlarına dair genel bir bilgi verildikten sonra arazi ve ağaç sahipleri ile emek sahiplerinin (*âmil*) sorumlulukları ve meydana gelen zararlardaki tazmin durumları ele alınmıştır.

### 17. Damânâtü'l-ibâk ve iltikât

Öncelikle kaçan köleyi bulan kişinin onu kendi şahsi işlerinde kullanması, kölenin yakalama veya kovalama esnasında kaçarken zarar görmesi, sahibinin kaçtığını inkâr etmesi, yakalanan kölenin mahkeme kararı olmadan sahibi olduğu zannıyla bir başkasına teslimi veya satılması gibi durumlarda meydana gelen zararın nasıl tazmin edileceği ve bu durumda sorumluluğun kime yükleneceği fetvâ örneklerinden hareketle izah edilmeye çalışılmıştır. Sonrasında da kaybolan eşyayı bulan kimsenin (*mültekit*) sorumluluklarıyla ilgili konulara değinilmiştir. Bu bağlamda kaybolan eşyayı bulan kişinin yapması gerekenler ile bulunduktan sonra meydana gelen zararların hangi durumlarda tazmin edileceği örneklerle ele alınmıştır.

### 18. Damânâtü'l-cinâyât

Başlangıçta öldürme ve yaralama şeklinde meydana gelen haksız fiillerin tanımlarına, türlerine ve hükümlerine değinilmiş, sonrasında da genel olarak insanın şahıs ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiilleri ve bu durumdaki kişinin sorumlulukları teker teker ele alınmıştır. Bu bağlamda öldürme fiilinin türleri ile vücut bütünlüğüne yönelik müessir fiiller (göz, yüzdeki diğer azâlar, diş, el, parmak ve parmak uçları uçları gibi organları yönelik zararlı fiiller ), cenine verilen zararlar, çocukların, hayvanların ve kölelerin işlediği cinayetler ile kendilerine yönelik haksız fiiller, yıkılan duvar sebebiyle meydana gelen zararlar ve faili meçhul cinayetlerdeki tazmin durumları ile diyeti ödemekle sorumlu olan kişilerin kimler olduğu, bu başlıkta incelenen konular arasındadır.

### 19. Damânâtü'l-vesâyâ

Vasiyetle ilgili genel bilgiler verildikten sonra vasîlerin hangi durumlarda meydana gelen zararları tazminle sorumlu oldukları, vasiyetin ifâsında meydana gelen zararlar ve buradaki tazmin durumları ile vasîlerin diğer tasarruflarındaki sorumlulukları ele alınmıştır.

### E. Gânim el-Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât* İsimli Eseri

Hanefî fakihlerinden Gânim el-Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânât fî mezhebi'l-İmâmi'l-Azâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân* isimli eseri, Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eseri gibi tazminat konularını müstakil olarak ele alan bir kitaptır. Bağdâdî bu eserinin

mukaddimesinde; davalardaki anlaşmazlıkların en çok tazminat alanında olması sebebiyle bu konuları bilmenin önemli şeylerden olduğunu, bazı faziletli kişilerin tazminle ilgili konuları bir araya getirdiğini, bu konuları en fazla bir araya getiren kişinin Şeyh Bedreddin (*sahibu'l-fusûleyn*) olduğunu, onun bu konuyla ilgili müstakil bir bölüm yazmakla birlikte söz konusu eserin bütün konuları kuşatmadığını ve bu konulara ilişkin söylenen sözleri tamamlamadığını, *Kâdihân, el-Hidâye, es-Suğrâ, ve el-Hulâsâ* gibi muteber Hanefî fetvâ kitaplarını takip ettiğini, kendisinin tazminle ilgili büyük küçük herhangi bir şeyi dışarıda bırakmadığını, ve *Mecmau'd-damânât* adını verdiği bu eserin 38 konuya (*bab*) şamil olduğunu belirtmektedir.<sup>314</sup> Eserin mukaddimesindeki ifadeler ile eserde kullanılan kaynaklar, Bağdâdî'nin Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserinden haberdar olmadığını göstermektedir.

Bağdâdî Hanefî mezhebindeki muteber fetvâ kitaplarından yaptığı nakillerle tazminat konularını bir araya getirdiği bu eserde, 38 babdan müteşekkil olan şu konuları ele almıştır: Zekât, hac, kurban, köle azadı, icâre, âriyet, vedâ, rehin, gasp, sahibinin izni olmadan başkasının malında tasarruf, doğrudan ve dolaylı yoldan başkasının malını itlaf etme, cinâyet, hadler, ikrâh, avlanma ve boğazlama, lakît ve lukata, âbik, bey', vekâlet ve risâlet, kefâlet, havâle, şirket, mudârabe, müzâraa ve müsâkât ile şirb (su hissesi), vakıf, hibe, nikâh ve talak, süt emzirme, davâ, şahitlik ve hâkimin hatası, ikrar, sulh, siyer, taksim/kısmet (mal paylaşımı), vasî ve velî ile kâdî, mahcur ve me'zûn olan kişiler, mükâtebe ve farklı meseleler (müteferrikât).<sup>315</sup>

Yukarıda görüldüğü üzere *Mecmau'd-damânât* adlı eserde de, kişinin sözleşmeden (*damânü'l-akd/akdî sorumluluk*) ve sözleşme dışındaki haksız fiillerinden (*damânü'l-udvân/akit dışı sorumluluk*) doğan zararlarının nasıl tazmin edilmesi gerektiği Hanefî mezhebindeki muteber fetvâ kitaplarından yapılan nakillerle anlatılmaya çalışılmaktadır. Eserin büyük bir kısmında sözleşmeden doğan sorumluluklar ele alınmakla birlikte ilk defa diğerlerinden farklı olarak ibadet

<sup>314</sup> Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 43-44.

<sup>315</sup> Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 14, 45-50.

konularındaki (zekât, hac ve kurbanla ilgili) tazmin durumları için müstakil birer konu başlığı (*bab*) ayrılmıştır.<sup>316</sup>

Bağdâdî'nin *Mecmau'd-damânâtı*, Üsrûşenî'nin başlatıp İmâdî, Şeyh Bedreddin ve Çelebi'nin geliştirerek devam ettirdiği yazım türünün devamı niteliğindedir. Usul ve yöntem olarak kendisinden önceki bu eserlere benzemekle birlikte, konu dizimi onlardan farklıdır.<sup>317</sup> Söz konusu eserlerle mukayese edildiğinde; Bağdâdî'nin diğerlerinin ele aldığı konulardan farklı olarak zekât, hac, kurban, hadler, vakıf, süt emzirme, şahitlikten rucû ve hâkimin hatası, siyer, taksim/kısmet (mal paylaşımı) ve farklı meseleler (*müteferrikât*) başlığı altında akrabaların nafakası gibi meselelerdeki tazmin durumlarını ele aldığı görülmektedir.

---

<sup>316</sup> Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 14, 45, 51-63.

<sup>317</sup> Üsrûşenî, İmâdî, Şeyh Bedreddin ve Fudayl Çelebi'nin konu sıralamasına bakıldığında bunların birbirine çok yakınlık arzettiğini, ancak Bağdâdî'nin eserinin bu açıdan farklı olduğunu söyleyebiliriz.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GASP SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA MALA YÖNELİK HAKSIZ FİLLER

Hanefî fakihlerinden Kâsânî'nin de ifade ettiği üzere mala yönelik haksız fiiller temelde iki çeşit olup bunlardan biri *gasp* diğeri de *itlaftır*.<sup>1</sup> Gasp konusu, Hanefî mezhebinin ilk dönemlerden itibaren fûrû-ı fıkıh metinlerinde müstakil bir bölüm olarak incelenmiş ve zamanla sistematik bir yapıya kavuşmuştur. Mezhebin kurucu imamlarının görüşleri etrafında şekillenen ve mezhebin ilk dönemlerine ait olan metinlerde klasik formunu kazanan *gasp* konusu, hukukun yeni şartlara uyum sağlaması ihtiyacının bir ürünü olan vâkıât türü eserlerde meşâyih'in fetvâ ve yorumlarıyla genişletilmiştir.<sup>2</sup>

Bu bölümde esas olarak Hanefî mezhebinin kurucu imamlarının görüşleri etrafında şekillenen *gasp* doktrininin vâkıât türü eserlerde meşâyih tarafından nasıl revize edildiği, *gasp*la ilgili ortaya çıkan yeni meseleleri nasıl çözüme kavuşturdukları ve bunu yaparken hangi tür araçları kullanarak hukukî faaliyetlerde buldukları tahlil edilecektir. Bu çalışmanın ana kaynakları olan vâkıât türündeki eserlerde ele alınan konular Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *el-Hidâye*'siyle mukayese edilecektir. Böylece, Hanefî mezhebinin omurgasını oluşturan hukukî doktrini (zâhirü'r-rivâye) sistematik biçimde özetleyen bu iki eserde *gasp*la ilgili ortaya konulan görüşlerin, Üsrüşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn*'i ile Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât fi'l-furûi'l-hanefiyye* adlı vâkıât türündeki eserlerinde nasıl bir evrim geçirdiği, hangi konuların doktrine ilâve edildiği ve sistemin iskeletini veren bu iki eserdeki görüşlerin meşâyih tarafından revize edilerek nasıl geliştirildiği gösterilecektir.

---

<sup>1</sup>Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 233. Ayrıca bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, C. XVII, s. 84; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. V, s. 22; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.VI, s. 97; Bâbertî, *el-İnâye*, C. X, s. 203; Aynî, *el-Binâye*, C. XIII, s. 62; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s.88; İbnÂbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 527.

<sup>2</sup> Vâkıat kavramı ve bu yazım türü hakkındaki detaylı bilgiler için bkz. Bedir, Mürteza, *Buhara Hukuk Okulu*, İSAM Yayınları, İstanbul, 2014, s. 83-115.

Gasp sorumluluğuyla ilgili konulara geçmeden önce, yukarıda zikredilen eserlerde gaspla ilgili hangi konuların ele alındığını belirtmemiz faydalı olacaktır. Çünkü hangi konuların doktrine eklendiği, başka bir ifadeyle bu çalışmanın ana kaynaklarını oluşturan vâkıât türündeki eserlerde gasp konularına hangilerinin ilâve edildiği ancak bu şekilde görülebilir.

### **Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ında Gaspla İlgili Konular**

Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ının “*Kitabü'l-Gasp*” başlığını taşıyan bölümünde gasp konusunun en temel özellikleri yer alır, eserin yapısı gereği ele alınan gasp konuları oldukça kısa ve özdür, konuyla ilgili görüşler zikredilir ancak detaya girilmez. Gasp konuları incelenirken çok az da olsa aynı başlık altında “başkasına ait bir hayvanın birisi tarafından boğazlanması ya da elbisenin yırtılması ve müslümanın zimmî olan birine veya bir müslamana ait şarap ya da domuzu telef etmesi durumundaki tazmin durumları” gibi itlaf konularına değinilmiştir. Kudûrî'nin son derece özet olarak ele aldığı gasp bölümünde ele alınan konular şöyledir:

- Gasbedilen mislî ve kıyemî malların tazmini,
- Gâsıbın aldığı malı iâde etmesi gerektiği ve aldığı malın helâk olduğunu iddia etmesi durumunda ne olacağı,
- Gasp fiilinin hangi tür mallarda gerçekleşeceği ve gasp sorumluluğu bağlamında gayrimenkulün durumu,
- Gasbedilen malın gâsıbın fiiliyle ya da onun elinde iken kendiliğinden helâk olması veya onun elinde iken bir eksikliğin meydana gelmesi,
- Başkasına ait bir hayvanın boğazlanması,
- Başkasına ait elbiseyi yırtan kişinin sorumluluğu,
- Gâsıbın fiiliyle gasbedilen malın değişikliğe uğraması ve bu durumda ne olacağı,
- Gasbedilen altın ve gümüşün gâsıp tarafından dirhem ve dinar olarak külçe haline getirilmesi veya bununla kap kacak yapılması,
- Gasbedilen ağaç üzerine bir yapı inşası ve bu fiilin mülkiyete etkisi durumunda tazmin sorumluluğu,



- Gasbedilen araziye ağaç dikme veya bina yapma durumunda nasıl bir yol izleneceği,
- Gasbedilen kumaşın boyanması ya da kavutun yağ ile karıştırılması gibi gâsıbın asıl mala bir şey ilâve etmesi ve bu ilâvenin ayrılmasının mümkün olmadığı durumlarda sorumluluğun nasıl olacağı,
- Gâsıbın aldığı malı gizlemesi ve daha sonra bu malın kıymetini tazmin ederek mülkiyetine geçirmesi, buradaki kıymetin belirlenmesinde söz hakkı, bu malın sonrasında ortaya çıkması ve değerinin tazmin edilenden daha fazla olması durumu,
- Gasbedilen cariye'nin çocuğu ve kendisinde meydana gelen artışlar ile gasbedilen bahçenin meyveleri gibi sonradan ortaya çıkan ziyâdelerin sorumluluk açısından durumları ve bunların hangi durumlarda tazmin edileceği,
- Gasbedilen cariye'nin gâsıbın sorumluluğunda iken doğum yapması ve bundan kaynaklanan noksanlıkların tazmin edilmesi,
- Gasbedilen malın menfaatinin tazmin edilip edilmeyeceği ve gâsıbın kullanması sonucu malda bir eksikliğin meydana gelmesi,
- Müslümanın zimmî olan birine veya bir müslamana ait şarap ya da domuzu telef etmesi.

### **Mergînânî'nin *el-Hidâye*'sinde Gaspla İlgili Konular**

Mergînânî'nin *el-Hidâye* adlı eserindeki gasp bölümünde ele alınan konular büyük ölçüde Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ına dayanmaktadır. Ancak burada ele alınan konulara *Hidâye*'de yenilerinin ilâve edildiği ve zikredilen görüşlerin detaylı olarak gerekçelerine yer verildiği dikkatleri çekmektedir. Gasp konuları ele alınırken Kudûrî'nin *Muhtasar*'ında olduğu gibi burada da bazı itlaf hallerindeki tazmin durumlarına temas edilmiştir. Mergînânî'nin "*Kitabü'l-Gasp*" ismini taşıyan bölümde Kudûrî'den farklı olarak ele aldığı konuları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Gasbın tanımı,
- Misliyattan olduğu halde misli verilemeyen malların tazmini,
- Gasbedilen malın iâde yeri,
- Gasbedilen arazide yapılan ziraat faaliyetleri sebebiyle arazide bir eksikliğin meydana gelmesi ve bunun tazmini,

- Başkasına ait kölenin gasbedilerek çalıştırılması ve bu esnada meydana gelen eksikliğin tazmini ile kölenin çalıştırılması sonucu elde edilen kazancın durumu,
- Gasbedilerek çalıştırılan kölenin gâsıbın elinde iken helâk olması ve kölenin değerinin elde edilen bu parayla tazmin edilip edilemeyeceği,
- Gasbedilen paradan alım satım yoluyla kâr elde edilmesi ve gâsıbın bundan faydalanması,
- Gasbedilen kölenin başkasına satımı veya gâsıp tarafından azât edilmesi,
- Gasbedilen köleyle yapılan zina sonucu doğum olması ve sahibine iâde edilen bu kölenin lohusa döneminde ölmesi durumunda tazmini,
- Başkasına ait gasbedilen şarabın sirkeye dönüştürülmesi ve murdar hayvanın derisinin tabaklanması durumunda ne olacağı ve bunların gâsıp tarafından tüketilmeleri durumunda tazmin edilmesi,
- Başkasına ait kopuz, davul, kaval veya def gibi bir müzik aletini kıran ile sarhoşluk veren hurma şirasını döken kişinin sorumluluğu,
- Gasbedilen ümmü veled veya müdebber olan kölenin gâsıbın elinde iken ölmesi ve bunların tazmin durumu.

### **Vâkıât Eserlerinde Gaspla İlgili Konular**

Üsrûşenî ile İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in vâkıât türündeki eserlerinin tazmin bölümünde ele alınan gasp konuları, kuşatıcı bir üst başlığın altında toplanmamış; bunun yerine benzer nitelikler içeren meseleler çeşitli başlıklar halinde bir araya getirilerek incelenmiştir. Hatta Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *el-Hidâye*'sinde olduğu gibi bu eserde de gasp konuları devam ederken araya itlafla ilgili konular girmektedir. Şöyle ki, başkasının emriyle birine yapılan haksız fiillerde emreden (*âmir*) ve emredilen kişinin (*memur*) sorumluluklarından sonra "*köle gasbı ve buna ilişkin meseleler*" başlığı altında başkasına ait bir köleye verilen emrin kişiyi gâsıba dönüştüreceği, bu köleyi izinsiz olarak kullanmanın gasp hükmünde olacağı ve gâsıbın yanında iken kölede meydana gelen kusurların tazmini ele alınmıştır. Bu başlıktan sonra çocuklardan bir şeyin gasbedilmesi ve bu malların onlara teslimi, akabinde de sarhoş ve uyuyan kişiden bir şeyin gasp edilmesi ile bu malın tekrar sahibine iâdesiyle ilgili meseleler incelenmiştir. Gaspla ilgili bu konular devam

ederken “*tesbîb ve delâlet*” başlığı altında dolaylı itlaf hallerindeki tazmin durumları anlatılmaya çalışılmıştır. Bunun hemen peşinden “*gasbın beyanı*” başlığıyla tekrar gasp konularına dönülerek gasbın tanımı, hukukî sonucu ve hangi durumlarda gasp eyleminin gerçekleştiği ve gasba konu olabilmesi için bir malda bulunması gereken nitelikler üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Gaspla ilgili olan bu konulardan sonra tekrar itlafla ilgili bazı meselelere dönülmüştür. Sırasıyla burada hayvanların yol açtığı zararlar ile onlara yönelik cinayetler, bir yere bırakılan eşyanın sebep olduğu zararlar, sahibinin fiiliyle bir başkasının ortaklaşa gerçekleştirdikleri zararlar, ateş yakma ve sulama sonucu meydana gelen zararlar, kuyu kazma ve duvar yıkılmasının yol açtığı zararlar, başkasına ait ağaç ve ekinlerin tüketilmesi ile binaların yıkılması sonucunda oluşan zararlardaki tazmin durumları ele alınmıştır. Uzunca devam eden itlafla ilgili bu konulardan sonra “*gayrimenkullerin gasbı*” başlığı altında taşınmaz malların gasba konu olup olmadığı ve bunlara ilişkin menfaatlerin tazmin edilip edilmeyeceği tartışmalarına yer verilmiş, bundan sonra da “*birleşik ve benzeri yapıdaki şeylerin ifsat edilmesi*” başlığıyla yine bir itlaf konusuna dönülmüştür. Bu başlıktan sonra da sırasıyla gasbedilen malın başka bir şehire götürülmesi ve sahibinin malını burada istemesi, kıyemî malın gasbı ve sonra itlaf edilmesi durumunda tazmini, gasbedilen bir malın ikinci kez gasba uğraması veya bir sözleşmeyle elden çıkması durumunda ne yapılacağı, gâsıbı sorumluluktan kurtaran haller ile mal sahibinin hakkının sona erdiği ve ermediği durumlar, mislî olan ve olmayan şeylerin ne olduğu ve son olarak “*ortak mal (el-aynü’l-müşterek) sebebiyle ortaklardan birinin sorumluluğu*” başlığı altında müşterek mülkiyete konu olan mallarda tarafların izinsiz kullanımının gasp olacağı konuları üzerinde durulmuştur.

Fudayl Çelebi’nin *ed-Damânât* adlı eserine gelecek olursak, bu eserde gasp konuları “*damânâtü’l-gasp*” başlığı altında ele alınmıştır. Diğerlerinde olduğu gibi Çelebi’nin eserinde de gasp başlığı altında bazı itlaf konularına değinilmiştir. *Damânâtü’l-gasp* başlığını müteakiben gasbın tanımı, bu fiilin dini ve dünyevi/hukukî hükmü, hangi fiillerin gasp olarak nitelendirildiği ve gasp fiilinin hangi tür mallarda gerçekleşeceği meseleleri izah edilmeye çalışılmış; sonrasında da şu başlıklar altında gasp ve itlaf konularına yer verilmiştir:

- Kölelerin gasbı,
- Hayvanların gasbı,
- Ticarete konu olan malların (emtia) gasbedilmesi,
- Âkil olmayan kişilerin gasbedilmesi ve bunlardan bir şeyin gasbedilmesi,
- Bir şeye sebep olma ile bir yeri göstermenin yol açtığı zararlar,
- Oturma sebebiyle meydana gelen zararlar ile birleşik yapıdaki şeylerin bozulması,
- Gasp sebebiyle doğan sorumluluklar ile gâsıbın bunlardan ibrâ edilmesi,
- Bir malın gâsıptan alınarak ikinci kez gasbedilmesi,
- Mal sahibinin hakkının sona erdiği ve ermediği durumlar,
- Mislî olan ve olmayan şeyler,
- Bina ve duvar yıkılmasının yol açtığı zararlar,
- İnsanların gelip geçtiği yola izinsiz koyulan eşyaların sebep olduğu zararlar,
- Gayrimenküllerin gasbedilmesi.

Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'si ve bu çalışmanın ana kaynakları olan vâkıât türündeki eserlerde, gaspla ilgili hangi konuların ele alındığını ortaya koyduktan sonra şimdi Çelebi'nin *ed-Damânât*'ını merkeze alarak gasp doktrininin bu eserlerde nasıl ele alındığına dönebiliriz.

### I. Gasbın Tanımı

Bu çalışmanın ana kaynakları olan eserlerdeki gasp tanımı, Nâtîfî'nin (ö. 446/1054) *el-Ecnâs* adlı eserinin gasp bölümünde yaptığı tanımdan alınmıştır. Ona göre gasp, *sahibinin izni olmadan nakledilmesi mümkün olan bir şeye tazmini gerektirecek şekilde fiili bir müdahaleden ibarettir.*<sup>3</sup> Nâtîfî'nin bu tanımı Üsrüşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Fudayl Çelebi'nin eserlerinde aynen mevcut olmakla birlikte, onun burada tanımdan sonra söylediklerine bazı ilâvelerin yapıldığı ve konunun sunumu bakımından küçük çaplı değişikliklerin yapıldığı görülmektedir. Söz konusu eserlerin ilgili bölümlerindeki aşağıdaki pasajlar bunu ortaya koymaktadır:

<sup>3</sup> Ebû'l-Abbâs en-Nâtîfî, *el-Ecnâs*, Süleymaniye Ktp., Şehit Ali Paşa, nr.683, vr. 178<sup>a</sup>.

#### **Nâtîfî'nin *el-Ecnâs* adlı eserindeki gaspla ilgili ifadeleri:**

Dedi ki: Gasp, sahibinin izni olmadan nakledilmesi mümkün olan bir şeye tazmini gerektirecek şekilde fiili bir müdahaleden ibarettir. **Bu, sana şunu gösterir:** Bir kimse, bir adamın evine girmesine mani olur ve malını almasına imkân vermez ise, bu kişi söz konusu eylemleriyle gâsıp olmaz. **Çünkü zikrettiğimiz mana burada yoktur. Dedi ki: O kişi, sahibi ile malı arasına girmiştir.** Şayet o malı bulunduğu yerden başka bir yere naklederse gâsıp olur.<sup>4</sup>

#### **Üsrüşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât* adlı eserindeki gaspla ilgili ifadeler:**

Nâtîfî'nin *el-Ecnâs* adlı eserinde, zikredildiğine göre, gasp sahibinin izni olmadan nakledilmesi mümkün olan bir şeye tazmini gerektirecek şekilde fiili bir müdahaleden ibarettir. [Menkul] mahallin dışındaki yerlerde yapılan fiillere gelince, kişi bu fiillerle gâsıp olmaz. [Yani kişi fiili müdahaleyi mahalde yapmadığı sürece gâsıp olarak nitelendirilemez.] Hatta bir adamın evine girmesine mani olsa veya malını almasına imkân vermese bile, bunları yapan söz konusu fiillerle gâsıp olmaz. **Aynı şekilde sahibini sürüsünden uzak tutarsa, sürüsü telef olsa bile sorumlu olmaz. Şayet sürüyü başka bir yere naklederse, bu durumda gâsıp olur.**<sup>5</sup>

#### **İmâdî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* adlı eserindeki gaspla ilgili ifadeler:**

Nâtîfî'nin *el-Ecnâs* adlı eserinde, zikredildiğine göre, gasp sahibinin izni olmadan nakledilmesi mümkün olan bir şeye tazmini gerektirecek şekilde fiili bir müdahaleden ibarettir. [Menkul] mahallin dışındaki yerlerde yapılan fiillere gelince, kişi bu fiillerle gâsıp olmaz. Hatta bir adamın evine girmesine mani olsa veya malını almasına imkân vermese bile, bunları yapan söz konusu fiillerle gâsıp olmaz. **Aynı şekilde sahibini sürüsünden uzak tutarsa, sürüsü telef olsa bile sorumlu olmaz. Şayet sürüyü adamdan alıyorsa, bu durumda sorumlu olur.**<sup>6</sup>

#### **Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserindeki gaspla ilgili ifadeler:**

Nâtîfî'nin *el-Ecnâs* adlı eserinde, zikredildiğine göre, gasp, sahibinin izni olmadan **nakledilmesi mümkün olan bir mahalde** tazmini gerektirecek şekilde fiili bir müdahaleden ibarettir. [Menkul] mahallin dışındaki yerlerde yapılan fiillere gelince, kişi bu fiillerle gâsıp olmaz. Hatta bir adamın evine girmesine mani olsa veya malını almasına imkân vermese bile, bunları yapan söz konusu fiillerle gâsıp olmaz. **Aynı şekilde sahibini sürüsünden uzaklaştırırsa, sürüsü telef olsa bile sorumlu olmaz. Şayet sürüyü adamdan alıyorsa veya onları bulunduğu yerden başka bir yere naklederse, bu durumda sorumlu olur. Çünkü bu, gasptir.**<sup>7</sup>

Üsrüşenî ve diğerlerinin eserlerindeki gaspla ilgili yapılan tanım ve buna verilen örneklerin, Nâtîfî'nin *el-Ecnâs* adlı eserinden alındığı zikredilse de, yukarıda

<sup>4</sup> Nâtîfî, *el-Ecnâs*, vr. 178<sup>a</sup>.

<sup>5</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>a</sup>.

<sup>6</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 345<sup>b</sup>.

<sup>7</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a-b</sup>.

görüldüğü üzere burada aktarılan rivâyetin tamamen aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nâtîfî'nin gaspla ilgili yaptığı tanım aynen korunmuştur; ancak onun tanımdan sonra verdiği örneğe ilâve olarak Üsrûşenî'nin “sürü” örneğini eklediği, bu meselenin ikinci kısmındaki “şayet sürüyü başka bir yere naklederse, bu durumda gâsıp olur” ifadesinin İmâdî'de “şayet sürüyü adamdan alıkoyarsa, bu durumda sorumlu olur” şekline dönüştüğü ve bu ikisinin Çelebi'de “şayet sürüyü adamdan alıkoyar veya onları bulunduğu yerden başka bir yere naklederse, bu durumda sorumlu olur, çünkü bu gasptır” biçiminde birleştiği görülmektedir. Zikredilen eserlerde bu örnek Nâtîfî'den alıntılanmış gibi görünse de, orada böyle bir mesele bulunmamaktadır. Her ne kadar aktarılan tanımın kaynağı aynı olsa da, burada ilgili meseleye yeni örnekler katılarak mezhep doktrininin geliştirilmeye çalışıldığı dikkatleri çekmektedir.

Fudayl Çelebi, *ed-Damânât*'ında Nâtîfî'nin gaspla ilgili bu tanımına ek olarak bir tanımdan daha söz etmektedir. Burhânüşşerîa el-Buhârî'nin (ö. 570/1174?) *ez-Zehîratü'l-fetâvâ* adlı eserinden nakledilen bu tanıma göre, gasp “*başkasına ait mütekavvim (değerli) ve muhterem (dokunulmaz) bir malı sahibinin izni olmaksızın elinde ise zilyetliğini izâle ederek almak; elinde değilse de ona mala ulaşmasına engel olmaktır*” diye tarif edilmektedir.<sup>8</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî'nin *ez-Zehîra*'da yaptığı bu tanımın daha sonra ihtisar edilerek *Hidâye*, *Cevheratü'n-neyyira*, *Bahrü'r-râik*, *Mecmau'd-damânât* ve *el-Lubâb* gibi Hanefî fûrû-ı fıkıh metinlerinde yer aldığını görüyoruz.<sup>9</sup> Bu tanımın sonunda kişinin malına ulaşmasına engel olmanın gasp olarak değerlendirildiği görülse de, tartışmalı olan bu durum sadece menkul mallar için geçerlidir. Nitekim Çelebi ve diğerleri, Hanefilerden Bahâuddîn Ali el-İsbîcâbî'nin (ö.

---

<sup>8</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 24<sup>b</sup>-25<sup>a</sup>. Burhânüşşerîa el-Buhârî'nin tanımı şu şekildedir: “أَحَدُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُخْتَرَمٍ بَعَثَ إِذْنِ الْمَالِكِ عَلَى وَجْهِ يُرْبِلُ يَدَ الْمَالِكِ إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَوْ يُقَصِّرَ يَدَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ” bks. Burhânüşşerîa el-Buhârî, *ez-Zehîratü'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Yazma Bağışlar, no: 1043, vr. 297<sup>a</sup>.

<sup>9</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 296; Haddâdî, *el-Cevheratü'n-Neyyira*, C. II, s. 124; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 123; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 287; Meydânî, Abdülğani el-Ğanimî ed-Dimeşkî, *el-Lubâb fî şerhi'l-kitâb*, thk. Muhammed Muhyiddîn Abdülhamid, el-Mektebetü'l-ilmîyye, Beyrut, ts., C. II, s. 188.

535/1141) *el-Mebsût* adlı eserinden yaptıkları nakilden hareketle gasp fiilinin sadece menkul mallarda geçerli olduğunu ifade etmektedirler.<sup>10</sup>

Yukarıdaki her iki tanım da, Hanefî geleneğindeki hâkim öğretiyi yansıtmaktadır. Nâtîfî'nin yaptığı tanım, gayrimenkul malları bu tanımın kapsamından çıkarmıştır. Çünkü Hanefîler'e göre gasp olayının gerçekleşebilmesi için doğrudan mala yönelik fiili bir müdahalenin bulunması gerekir. Bu anlayışa göre, bir kimsenin malına ulaşmasına engel olacak şekilde araya girilir ve bu esnada adamın malı telef olursa, doğrudan mala yönelik fiili bir müdahale olmadığı için engel olan kişi gâsıp olarak değerlendirilmez ve buna bağlı olarak sorumluluk doğmaz. Gasp eylemlerinde mala yönelik fiili bir müdahale ise, ancak malın bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesiyle mümkün olacağı için Hanefîler gayrimenkul mallarda gasp fiilinin tahakkuk etmediği ve bundan kaynaklanan bir sorumluluğun olmayacağı düşüncesini benimsemiştir. Burhânüşşerîa'nın gasp tanımı da menfaatler ile dinen değerli (*mütekavvim*) ve dokunulmaz (*muhterem*) olmayan malları bu tanımının kapsamı dışında tutmuştur. Gasbedilen malın kullanımı ile bir Müslümana ait domuz ya da şarabın zorla ele geçirilmesi ve darülharpte harbînin zorla alınan malı buna örnek olarak verilebilir. Bir malın menfaatinin mal olarak kabul edilmemesi ile şarap ya da domuzun mütekavvim, harbînin malının da dokunulmaz olmaması sebebiyle gasp fiilinin gerçekleşmediği ve bu tür mallarda gasptan kaynaklanan bir sorumluluğun olmayacağı düşüncesi tercih edilmiştir.

Hanefî mezhebinde gaspla ilgili yapılan tariflerle yakından ilişkili olan bir mesele de, kişiyle malları arasına girilerek malikin malı üzerindeki tasarruflarının engellenmesidir (*haylûle*). Burada tartışmaya konu olan şey, söz konusu durumun tazmin sorumluluğunu doğurup doğurmamasıdır. Fudayl Çelebi'nin eserine aldığı fetvâlardan anlaşılacağı üzere bu durum, mezhep içinde tartışmalıdır. Çelebi'nin aktardığı ilk riyayetlerde bu durumun tazmini gerektiren bir sebep olmadığı açıkça görülmektedir. Nitekim kişinin evine girmesini veya kendi malını almasını engelleme ile birinin sürüsüne ulaşmasına mani olma durumlarında meydana gelen zararların

<sup>10</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 345<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 117; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>.

tazmine konu olmayacağı söylenir.<sup>11</sup> Bu örneklerde kişinin malına ulaşmasına engel olmanın tek başına sorumluluk sebebi olarak görülmediği dikkatleri çekmektedir. Söz konusu olaylarda görüldüğü üzere, mahalde fiili bir müdahale olmadığı için gasp fiili gerçekleşmemektedir. Çünkü kişi doğrudan mala yönelik fiili bir müdahalede bulunmamış, aksine sadece sahibi ile malı arasında girmiştir. Bu ise, mala yönelik fiili bir müdahale anlamına gelmemektedir. Bunun yanı sıra, bir malı sahibinden alıkoymanın, doğrudan mala yönelik fiili bir müdahale anlamına geldiğini ve bu tür eylemlerin gasp olarak değerlendirildiğini gösteren rivâyetler de vardır.<sup>12</sup> Çelebi'nin Hanefî fakihlerinden İsbîcâbî'nin (ö. 535/1141) *el-Mebsût* adlı eserinden aktardığı diğer fetvâ örneğinde, bu durumun menkul mallarda tazminat sebebi olacağı, gayrimenkullerde ise böyle bir şeyin sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmektedir.<sup>13</sup> Ancak Çelebi'nin zikrettiği ikinci görüşün Hanefî mezhebinde tercih edilen bir görüş olmadığını pek çok eserde görmek mümkündür.<sup>14</sup> Bunun yanı sıra Çelebi'nin ilk görüşü gerekçeleriyle birlikte verip ikinci görüşe temas ederek geçmesi de, tercih edilenin birinci görüş olduğuna işaret etmektedir.

Görüldüğü üzere, gasp eylemlerinde tazmin sorumluluğu, doğrudan mala yönelik fiili bir müdahale sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu ise, malın ancak bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi yoluyla mümkün olmaktadır. İşte bu sebeple, Hanefî mezhebindeki hâkim olan görüşe göre, gasp fiilinin sadece menkul mallarda olacağı düşüncesi benimsenmiştir. Hanefîlerdeki hâkim anlayış bu şekilde olmakla birlikte, gayrimenkullerde gasptan kaynaklanan zararların tazmin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı mezhep içinde tartışmalıdır. Ebû Hanîfe ile

<sup>11</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 345<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 117; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 78<sup>a</sup>, 25<sup>a</sup>.

<sup>12</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 345<sup>b</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>.

<sup>13</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>.

<sup>14</sup> Nâtûfî, *el-Ecnâs*, vr. 178<sup>a</sup>; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297; Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 345<sup>b</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 288; Damâd, Şeyhîzâde Abdurrahman b. Süleyman, *Mecmaü'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*, thk. Halil İmran el-Mansur, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1998, C. II, s. 458. Vehbe Zuhaylî bu konuda sadece ikinci görüşü aktararak kişi ile malları arasında girmenin ancak menkul mallarda tazminat sebebi olacağını ifade etmektedir, ancak yukarıda görüldüğü üzere bu Hanefî mezhebinin genel görüşünü yansıtmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 36-37.



Ebû Yûsuf'a (*şeyhayn*) göre, gasp fiili gayrimenkullerde gerçekleşmediği için söz konusu mallar gasp sebebiyle tazmin sorumluluğu doğurmaz. Buna karşın, İmâm Muhammed'e göre gasp fiili gayrimenkullerde gerçekleştiği için bundan kaynaklanan zararlar tazmine konu edilir. Bu tartışma, tarafların gasp kavramına yaklaşımıyla yakından ilgilidir. Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göre gasp fiili, “*mala (ayn) yönelik bir fiil ile mâlikin zilyetliğini giderip (izâle-i yed-i muhikka) gâsıbın zilyetliğini tesis etme (isbât-ı yed-i mubtıla)*” anlamına gelir.<sup>15</sup> Bu tanıma göre, gasp fiilinin gerçekleşmesi için iki unsurun (mâlikin zilyetliğini giderme ve gâsıbın zilyetliğini tesis etme) bulunması gerekir, bunlardan birisi eksik olduğunda gasp fiili gerçekleşmez. İşte bu yüzden *Şeyhayn*, gaspta mala yönelik bir fiilin bulunmasını şart koşturmaktadır. Çünkü bu iki unsur, ancak mala yönelik bir fiil ile mümkün olabilmektedir. İmâm Muhammed'e göre ise, gasbın gerçekleşmesi için mala yönelik bir fiile gerek yoktur, önemli olan mâlikin zilyetliğinin giderilmesidir.<sup>16</sup> Bu durum, Hanefî mezhebinin temel metinlerinden biri olan Kâsânî'nin (ö. 587/1191) *Bedâiu's-sanâi'* ile Mevsîlî'nin (ö. 683/1284) *el-İhtiyâr* adlı eserinde rahatlıkla görülebilir.<sup>17</sup>

Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'un yukarıdaki tanımında geçen “*mala yönelik bir fiil*” ifadesinden maksat, malın bulunduğu yerden alınıp başka bir yere götürülmesidir.<sup>18</sup> Dolayısıyla bir mal bulunduğu yerden başka bir yere götürülmediği sürece, o mala yönelik haksız fiiller gasp kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu yüzden Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göre sadece menkul mallar gaspa konu olurken, bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmayan gayrimenkuller, gasp sorumluluğu

<sup>15</sup> Bunun için bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. VII, s. 143; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297; Bâbertî, *el-İnâye*, C. IX, s. 325; Aynî, *el-Binâye*, C. XI, s. 192, 197; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 287-288; Damâd, *Mecmaü'l-enhur*, C. II, s. 458; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 177-178.

<sup>16</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. VII, s. 143; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, C. III, s. 58; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 287; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 178; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 392; Aydın, “Gasp”, C. XIII, s. 387-388.

<sup>17</sup> Mevsîlî'nin bu konudaki ifadeleri şöyledir: “*Şeriatta gasp, teaddî yoluyla başkasının mülkiyetindeki mütekevvin ve muhterem bir malı almaktır. Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf, gasbedilen şeyin mülk sahibinin elinden çıkacak şekilde nakledilmeye ve bir yerden başka bir yere götürmeye elverişli olmasını şart koşmuşlardır. Ancak Muhammed bunu şart koşturmamıştır.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, C. III, s. 58. Ayrıca bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. VII, s. 146.

<sup>18</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 392; Aydın, “Gasp”, C. XIII, s. 38.

çerçevesinde tazmine konu edilmezler.<sup>19</sup> Başka bir ifadeyle belirtmek gerekirse, gayrimenkullerde gasp fiili mala (*ayn*) yönelik olmadığı gibi taşınmaz mal da olduğu gibi yerinde durmaktadır; burada sadece mal sahibinin taşınmazına girmesi ve ondan istifadesinin önlenmesi suretiyle mâlikin zilyetliği giderilmektedir.<sup>20</sup> Mahalde fiili bir müdahale olmadığı için de sorumluluk doğmamaktadır. Görüldüğü üzere mezhepteki hâkim olan görüşe göre mâlikin zilyetliğinin giderilmesi, gasp fiilinin gerçekleşmesi için tek başına yeterli değildir. Ancak İmâm Muhammed'e göre gasp fiilinin mala yönelik olmasına gerek olmadığı için gayrimenkuller de tıpkı menkul mallar gibi gaspa konu olur.<sup>21</sup>

Gasp fiilinin hükmü, dinî ve dünyevî olmak üzere iki kısımdır. Kişi hukuka aykırı olan bu eylemini bilerek yapıyorsa günahkâr olur, bilmiyorsa günahkâr olmaz. Fakat her iki durumda da, tazmin gereklidir. Çünkü tazmin, telef olan hakkın yerini doldurmak/telafi etmek içindir.<sup>22</sup> Zira daha önce de ifade edildiği üzere, sorumluluk hukukunun temelinde “*kimseye zarar vermeme*” ilkesi bulunmaktadır. Sorumluluk hukukuna hâkim olan bu ilkeye aykırı davranılarak başkasına zarar verilmesi durumunda, oluşan zararın giderilmesi/telafi edilmesi gerekir. Çünkü karşı tarafa verilen zararların tazmin edilerek karşılanması sorumluluk hukukunun en temel ve en önemli amaçlarındanıdır. Bu ilkeyle, oluşan zararın mağdur üzerinden alınarak zarar verene aktarılması amaçlanmaktadır. Bu yüzden de, telef olan bir şeyin tazmine konu olmasında kişinin kastının ne olduğunun herhangi bir önemi yoktur. Yani, kişinin hukuka aykırı olan bu eylemi bilerek veya bilmeyerek yapması, tazmin sorumluluğunu etkilememektedir.

---

<sup>19</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 383<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 343<sup>a</sup>-344<sup>b</sup>, 352<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 24<sup>b</sup>-25<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 145-146; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 297; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 60; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 287; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C. VI, s. 177-179; Aydın, “Gasp”, C. XIII, s. 388. Ayrıca bkz. Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 124-127.

<sup>20</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 145-146; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 297; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 287-288.

<sup>21</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 145-146; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 60; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 287; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. VII, s. 364; Düsûkî, **Hâşiyetü'd-Düsûkî**, C. III, s. 443.

<sup>22</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 25<sup>a</sup>.

## II. Menkul Mallarda Gasp Sorumluluğu

### A. Genel Olarak

Gasp fiilinin sadece menkul mallarda gerçekleşeceği, Hanefî mezhebinde temel bir kuraldır. Bu durum, Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *el-Hidâye*'sinde rahatlıkla görülebilir.<sup>23</sup> Gayrimenkullerin tazmine konu oluşunun tartışmalı olduğu her ikisinde görülse de, menkul mallarda gasptan kaynaklanan zararların tazmine konu olmasında herhangi bir ihtilaf yoktur. Hanefî mezhebinin hukukî doktrinini sistematik biçimde özetleyen bu iki kitapta ifade edilenler böyledir. Başkasına ait menkul bir mal bulunduğu yerden başka bir yere götürüldüğünde, kişi bundan doğacak olan zararlardan sorumludur; ancak bu mal ele geçirildikten sonra başka bir yere götürülmez ise, bu durumun tazmine konu olup olmayacağı burada ele alınan bir konu değildir. Üsrüşenî *el-Fusûl* adlı eserinde bununla ilgili rivâyetlere yer vermiş, İmâdüddîn el-Mergînânî ile Şeyh Bedreddin ve Çelebi'de aynı rivâyete temas etmişler. Burada, başkasına ait menkul bir mal bulunduğu yerden başka bir yere götürülmediği sürece gasp fiilinin tahakkuk etmediği, bu yüzden de söz konusu malın tazmine konu olmayacağı söylenir. Dikkat edileceği üzere bu durum, Hanefîlerin gasp tanımıyla alakalıdır. Çünkü Hanefîlere göre gasp fiilinin gerçekleşmesi için mâlikin zilyetliğinin giderilmesi gerekir. Bu da ancak nakille mümkün olduğu için onlar hakiki anlamda gasp fiilinin menkul mallarda olacağı fikrini benimsemiştirler. Bu konuya gayrimenkullerle ilgili fetvâların içinde temas edilse de, -mezkûr eserlerde- yerinden hareket ettirilmeyen menkul malların tazmine konu olmayacağını gösteren örnek bir olay zikredilmemiştir.<sup>24</sup> Ancak Çelebi Kâdîhân'ın *el-Hâniye* adlı eserinden iktibasla kitabına aldığı şu rivâyeti bu duruma örnek olarak zikreder:

Bir kimse başkasının minderine oturur veya yatağında uyursa, bu kişi gâsıp olmaz. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre menkul mallarda gasp ancak nakille, yani gasba konu olan malın bir yerden başka bir yere götürülmesiyle (*nakil*) gerçekleşir. Bunlar bulunduğu yerden başka bir yere götürülmediğinde, kişinin fiiliyle helâk olmadığı sürece tazmine konu olmazlar.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Kudûrî, Ebû'l-Hüseyn, *el-Muhtasar*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1418/1997, s.129; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297.

<sup>24</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 383<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 343<sup>a</sup>, 352<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 128

<sup>25</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>-25<sup>b</sup>.

Menkul mallarda gasp fiilinin nasıl tahakkuk edeceğini ve hangi durumlarda sorumluluğun doğacağını gösteren yukarıdaki pasaj, Hanefî mezhebindeki hukukî doktrini gösterir. Bu durum, Hanefî mezhebinin Çelebi'den önceki ve sonraki fûrû-ı fıkıh metinlerinde net bir şekilde görülmektedir.<sup>26</sup> Menkul malların tazminiyle ilgili Hanefî gasp doktrini yukarıda anlatıldığı şekilde olsa da, yerinden hareket ettirilmediği durumlarda bunların tazmine konu olduğunu söyleyenler de vardır. Bu görüş İmâdüddîn el-Mergînânî'nin kaynağını belirtmediği fetvâda şu örnek olay üzerinden anlatılmaya çalışılır:

Çocuk başkasına ait bir tavuğu alıp bulunduğu yerden hareket ettirmeden salar ve sonrasında bu tavuk kaybolursa; Kâdî İmâm Fahrüddîn çocuğun sorumlu olacağını söylemiştir. Ve ben de bu şekilde fetvâ veriyorum. Sâhibü'l-Muhît [Burhânüşşerîa el-Buhârî] tavuğu yerinden hareket ettirmediği sürece çocuğun tazminle sorumlu olmayacağını söylemiştir. Birinci görüş Ebû Yûsuf'a, ikinci görüş de İmâm Muhammed'e aittir.<sup>27</sup>

İmâdüddîn el-Mergînânî, yukarıdaki fetvâda ilgili görüşleri zikrederek kendisinin de Kâdîhân gibi fetvâ verdiğini söylemiştir. Şeyh Bedreddin de bazı değişiklikler yaparak bu rivâyeti eserine almıştır. Öncelikle yukarıda kaynağı belli olmayan bu rivâyetin *el-Muhîtü'l-Burhânî* adlı esere ait olduğu açığa kavuşmuş, sonrasında da Kâdîhân ile Burhânüşşerîa'nın görüşleri çıkarılarak sadece İmâmeynin görüşlerine yer verilmiştir.<sup>28</sup> Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât*'ında da aynı rivâyet bulunmaktadır, ancak Bedreddin'den farklı olarak burada İmâmeynin görüşlerinin yanı sıra Kâdîhân'ın görüşü de zikredilmiştir.<sup>29</sup> Bu örnekte görüldüğü üzere, Ebû Yûsuf'a göre, başkasına ait menkul bir malı (tavuk) izinsiz alan kişi, bu malı bulunduğu yerden hareket ettirmeden bıraksa da, sorumluluğu onu sahibine teslim edinceye kadar devam edeceği için belirtilen süre içerisinde meydana gelen zararlardan sorumlu olur. İmâm Muhammed'e göre ise, hayvanın yeri değiştirilmediği

---

<sup>26</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 129; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. VII, s. 143; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, C. III, s. 58; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 263; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 287; Damâd, *Mecmaü'l-enhur*, C. II, s. 458; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 178.

<sup>27</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 343<sup>a</sup>.

<sup>28</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 117.

<sup>29</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>b</sup>.

için gasp olayı sona ermekte ve hayvanın salıverilmesinden sonra oluşan zarar ile fiil arasında illiyet bağı oluşmadığı için tazmin sorumluluğu doğmamaktadır.

Bulunduğu yerden başka bir yere hareket ettirilen menkul mallarda gasp fiilinin tahakkuk edeceği ve bundan doğan zararların tazmine konu olacağı mezhepte genel kural olmakla birlikte, hareket ettirilmesine rağmen bunların tazmine konu olmadığını gösteren bazı rivâyetler de mevcuttur. Çelebi, Kâdihân'ın *el-Hâniye* adlı eserindeki fetvâdan hareketle bunu anlatır. Burada belirtildiğine göre, bir kimse sahibinin de içerisinde meskûn olduğu evde, başkasına ait olan bir eşyayı evin bir odasından başka bir odasına veya ev içinde başka bir yere götürür ve sonrasında bir zarar gelirse, bu durumda şöyle bir yol izlenmektedir: Eğer götürülen yer muhafaza hususunda birbirine eşitse, zarar tazmin edilmez; muhafaza hususunda aralarında fark varsa tazmin edilir. Ancak burada Hişâm'ın İmâm Muhammed'den yaptığı rivâyette, nakledilen yer muhafaza hususunda birbirine eşit olsa bile tazmin edilmesinin genel kural olduğu, ancak istihsânen tazmine konu olmayacağı söylenir.<sup>30</sup> Burada fetvâya konu olan olayda, menkul mal bulunduğu yerden hareket ettirilmekte, ancak söz konusu hareketin tazmini doğuracak bir hareket kapsamında görülmediği anlaşılmaktadır.

Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin menkul mal kapsamında hayvanların, kölelerin ve eşyaların gasbedilmesi durumundaki tazmin sorumluluklarını ele almışlar. Her üç eserde mülkiyete konu olan bu malların izinsiz kullanımlarının onları kabzetmek anlamına geldiği ve bunu yapan kişinin gâsıp olarak sorumlu olduğu ifade edilmektedir. Şöyle ki, bir kimse başkasına ait bir hayvanı ya da köleyi izinsiz alıp kullanır ve bu esnada bir zarar gelirse, kullanan kişi gasp sorumluluğu çerçevesinde meydana gelen zarardan sorumludur.<sup>31</sup> Çünkü bu kişi, sahibinin izni olmadan başkasının malını kullandığı için gâsıp olur ve meydana gelen zararı da tazmin eder. Aslında eşya ve hayvandan farklı olarak kölenin bu tip durumlarda olayın doğrudan faili (mübâşir) olarak sorumlu tutulması gerekirdi. Ancak

<sup>30</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>b</sup>.

<sup>31</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 370<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 341<sup>b</sup>-342<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 110-112; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 26<sup>a</sup>-26<sup>b</sup>.

kölenin mülkiyet hakkının olmaması ve efendisinin mülkiyetinde olması hasebiyle kendisi sorumluluğun yüklenebileceği bir mahal olarak görülmemiş, bu yüzden de emri veren kişi, söz konusu emriyle kölenin gâsıbı gibi sayılarak oluşan zarardan sorumlu tutulmuştur.<sup>32</sup>

### **B. Gasbedilen Malların İade Edilmesi (Red)**

Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde görüldüğü üzere, bir gasp hadisesinde yapılması gereken asıl şey, malın (*ayn*) sahibine iade (*red*) edilmesidir.<sup>33</sup> Bu yüzden gasbedilen bir mal mevcut ise sahibine verilir ve gâsıp onu iade edince tazmin sorumluluğundan kurtulur. Mal sahibi, bedelin ödenmesini gerektirecek ölçüde bir eksilme veya değişiklik olmadığı sürece malın iadesi yerine kıymetinin ödenmesini talep edemez. Çünkü malın kendisini iade asıl, bedelini ödeme ise aslın halefidir. Bir malın aslı mevcut iken de, onun halefine gidilmez. Bununla birlikte gaspta asıl gerekli olanın, kıymetinin ödenmesi olup aynın iadesinin bir kurtuluş olacağını belirten zayıf bir görüşe de yer verilmiştir.<sup>34</sup> Çelebi, bu kuralı *el-Hidâye* ve *el-Kafl* adlı eserlere referansla geniş bir şekilde anlatmakla birlikte, burada ifade edilenler Mergînânî'nin anlatımından biraz daha geniştir.<sup>35</sup> Burada da “gaspta asıl gerekli olanın kıymetin ödenmesi” olduğunu belirten diğer görüşten bahsedilse de, ilk görüşün daha doğru olduğu ifade edilmiştir.<sup>36</sup>

Gaspta öncelikle yapılması gereken şey, onun sahibine iade edilmesidir; ancak bunun nasıl ve ne şekilde olacağı, malın sahibine tesliminin hangi durumlarda tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ya da mal sahibinin gâsıbı başka şehirde yakalaması durumunda iadenin nasıl olacağı hususu izah edilmeye muhtaçtır. Çünkü mezhebin hukukî doktrinini, başka bir ifadeyle zâhirû'r-rivâye görüşlerini ele alan Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde sadece gasbedilen malın sahibine iade edileceği ifade edilir, bunun haricinde söylenen bir şey yoktur. Zâhirû'r-rivâye olan bu prensip, daha sonra Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Çelebi'nin

<sup>32</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 110.

<sup>33</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s.129; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297.

<sup>34</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>a</sup>.

<sup>35</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>a</sup>.

<sup>36</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>a</sup>.

eserlerindeki fetvâlarda işlenerek gasp doktrini genişletilmiştir. Şimdi gasp edilen malların iadesiyle ilgili vâkıât/fetâvâ türündeki bu eserlerde ele alınan konular aşağıdaki başlıklarda ele alınacaktır.

### 1. Gasbedilen Malın Sahibine Verilmesi

Yukarıda görüldüğü üzere, gaspta sorumluluktan kurtulmanın birinci yolu, malın sahibine iâde edilmesidir. Bu yüzden gâsıbın sorumluluktan kurtulması için gasba konu olan malı sahibine (*mağsûbun minh*) iâde etmesi gerekmektedir. Bu durum, daha sonra Mecelle'nin 892. maddesinde “*gâsıbın, mekân-ı gasbda ayn-ı mağsûbu sahibine red ve teslim ettiğinde damândan berî olur*” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>37</sup>

Her ne kadar Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'si gibi mezhep doktrinini özetleyen eserlerde gâsıbın aldığı malı sahibine iâde etmesi gerektiği kural olarak ifade edilse de, bu durumun kişiyi mutlak olarak sorumluluktan kurtarıp kurtarmadığı yeni güdeme getirilen bir meseledir. Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in eserlerindeki ilgili rivâyetlerde, sahibine yapılan teslimin mutlak olarak sorumluluğu ortadan kaldırmadığı, bunun ancak belirli şartlar dâhilinde kalkarak gasp fiilini sona erdireceği anlaşılmaktadır. Buradaki ilgili fetvâda, malı koruyabilecek ve kabzı gerçekleştirecek durumda olmayan gayri mümeyyiz çocuğa yapılan iâdenin gâsıbı tazminat yükümlülüğünden kurtarmayacağı ifade edilir.<sup>38</sup> Çelebi'nin *ez-Zehîra* adlı eserden yaptığı alıntıda ise, malı sahibine iâde etmenin kişiyi sorumluluktan kurtardığı mutlak olarak zikredilse de söz konusu durumun mülk sahibinin büyük, âkil ya da ticarete izinli (*me'zûn*) olan bir çocuk olması halinde geçerli olduğu söylenmiştir.<sup>39</sup> Yani gasptan doğan tazmin yükümlülüğünün kalkması, mal sahibinin temyiz gücüne sahip olması ve bu malı koruyabilecek düzeyde olmasına bağlanmıştır. Aksi haldeki durumlarda gâsıbın malı geri vermesi, sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla çocuktan gasbedilen bir malın iâdesinde, çocuk malı

<sup>37</sup> Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm** C. II, s. 799.

<sup>38</sup> Üsrûşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 373<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 342<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 112; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 799. Bu husus Mecelle'nin 896. maddesinde “*mağsûbun-minh sabî olduğu halde gâsıb ana mağsûbu reddettikde sabî-i mümeyyiz olup da malı hıfza ehil ise reddi sahih olur değilse sahih olmaz*” şeklinde maddeleştirilmiştir. Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 808-809.

<sup>39</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 49<sup>a</sup>.

koruyabilecek yetişkinlikte ise bu iâde geçerli, aksi takdirde bu iâde malın sahibine teslimi anlamına gelmemektedir. Görüldüğü üzere mezhepteki ilgili kuralın içeriği, vâkıât türündeki bu eserlerde serdedilen fetvâlarda genişletilmeye çalışılmıştır.

Gasbedilen malın iâdesiyle ilgili ele alınan bir başka husus da, gasbedilen malın alındığı yere bırakılmasının tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmamasıdır. Yukarıda görüldüğü üzere, gâsıbın aldığı malı sahibine vermesi gerektiği mezhepte temel kuraldır ve kişi ancak bu şekilde sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu yüzden, sahibinin izni olmadan başkasının evinden alınan bir eşyanın günler sonra alındığı yere bırakılması durumunda, alan kişinin bunu sahibine vermediği sürece sorumluktan kurtulmayacağı söylenir. Ancak *ez-Zehîra*'dan aktarılan bir fetvâda, gâsıbın bu gibi olaylarda istihsânen sorumlu olmayacağı ifade edilir.<sup>40</sup> Buna göre gasbedilen bir malın alındığı yere bırakılmasının, malın sahibine verilmesi anlamına geldiğini söylemek mümkündür. Nitekim burada zikredilen örneklerde, gâsıbın sorumluluktan kurtulması için aldığı malı aynı mekâna bırakmasının yeterli olduğu görülmektedir. Örneğin sahibinin koruması altında bulunan evden alınan bir elbise veya ahırdan alınan bir hayvan daha sonra aynı yere bırakılırsa, gâsıbın bu malları aynı yere bırakmakla sorumluluktan kurtulacağı ifade edilir.<sup>41</sup> Bu örnekler, gâsıbın aldığı malları sahibinin koruması altındaki yerlere bırakmakla mezkûr malları teslim etmiş olacağını, bu yüzden de gâsıbın tazmin sorumluluğundan kurtulacağını göstermektedir.

Sorumluluğun sona ermesi için gasbedilen malın aynı yere iâde edilmesi gerektiği hususunda Hanefilerin çok sıkı bir tutum sergiledikleri dikkatleri çekmektedir. Öyle ki uyuyan kişiden gasbedilen bir yüzüğün daha sonra sahibine farklı bir uykuda iken bırakılmasının veya daha önce izinsiz alınan bir yüzüğün sonrasında kişinin serçe parmağına takılmasının, “malın aynı yere iâdesi” anlamına gelip

---

<sup>40</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>b</sup>-372<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 354<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 133; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 52<sup>a-b</sup>.

<sup>41</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 370<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 342<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 52<sup>b</sup>. Nitekim Üsrüşenî'de zikredilen örnekte, bir adamın hayvanını ahırdan gasbeden kişinin bunu sahibine değil de, ahıra bırakması durumunda iki rivâyetin olduğu belirtilmektedir. Bir rivâyete göre kişi hayvanı ahıra bırakmakla tazmin sorumluluğundan kurtulurken, diğer rivâyete göre kurtulmamaktadır.



gelmediği tartışılmıştır.<sup>42</sup> Ebû Yûsuf, aynı uyku esnasında bırakılan malın teslim etme anlamına geldiğini, ancak farklı bir uykuda bırakılmasının malın iâdesi anlamına gelmediğini düşünmektedir. Yani o, malın geri iâdesinde uyku birliğini dikkate almaktadır. Buna karşın İmâm Muhammed, farklı uykuda olsa bile malın aynı mecliste teslim edilmesinin, gâsıbı sorumluluktan kurtaracağı görüşünü benimser. Bu durumda İmâm Muhammed, gasbedilen malın geri iâdesinde uyku birliğini değil, meclis birliğini dikkate almaktadır. Farklı uykular olsa bile, aynı yerde malın iâdesinde meclis değişmediği için sorumluluk ortadan kalkmaktadır. Ebû Hanîfe ise, burada malın bir yerden bir yere nakledilmesini dikkate almaktadır. Yani gasba konu olan bu mal, bulunduğu yerden başka bir yere götürülmediği sürece sorumluluk doğmaz. Çünkü ona göre menkul mallarda gasp, ancak nakille gerçekleşir. Bu yüzden gâsıp başkasına ait olan bir malı bulunduğu yerden hareket ettirmeden iâde ederse, tazmin sorumluluğu ortadan kalkar; malı başka bir yere götürdükten sonra aynı uykuda iâde etmiş olsa da, sahibine uyanık halde iken vermediği sürece tazminden kurtulamaz.<sup>43</sup> İzinsiz alınan yüzüğün daha sonra iâdesine gelince, aynı uyku esnasında olsa bile, gâsıbın aldığı yüzüğü kişinin serçe parmağına takarsa sorumlu olacağı; işaret parmağı veya başka parmağına takması ya da cebine koyması durumunda sorumlu olmayacağı ifade edilir.<sup>44</sup> Dikkat edilecek olursa, bu örnekte gasbedilen malların muhafaza edilebilecek yerlere iâdesi üzerinde durulmaktadır. Nitekim söz konusu fetvâda serçe parmağın süslenme yeri olduğu ve buranın malı koruma yeri olmadığı gerekçe gösterilerek gâsıbın sorumluluğunun devamına hükmedilmiştir. Başka bir ifadeyle, serçe parmak malın muhafaza edileceği bir yer olarak görülmediği için buraya takılan yüzük malın iâdesi anlamında değerlendirilmemiştir.

Görüldüğü üzere gasbedilen bir malın sahibine veya onun koruması altındaki bir yere bırakılması ya da alındığı aynı yere konulması, gâsıbı sorumluluktan kurtarmaktadır. Bunun yanı sıra sahibinin teslim alabileceği şekilde önüne bırakılan

---

<sup>42</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 115; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 42<sup>a</sup>.

<sup>43</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 343<sup>a</sup>-344<sup>b</sup>, 352<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 115; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 42<sup>a</sup>.

<sup>44</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 115; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 42<sup>a</sup>.

malın gâsıbı tazmin sorumluluğundan kurtaracağı ifade edilmektedir. Çünkü her ne kadar gerçekte bir teslim alma bulunmasa da, gâsıbın aldığı malı sahibinin önüne koymasıyla bir nevi teslimin (*red*) tamamlanmış olduğu kabul edilmektedir. Yani sahibinin orada bulunması, malın kendisine teslimi anlamına gelmektedir, bu yüzden de sahibinin bunu kabul edip etmemesinin tazmin açısından bir önemi yoktur.<sup>45</sup> Örneğin, kişi gasp ettiği malı sahibinin önüne getirip koyduktan sonra mâliki bunu kabul etmez ve bu mal ortada kaldığı için zarar görürse, gâsıp yine de sorumluluktan kurtulur. Gâsıbın telef ettiği malın kıymetini getirmesi durumunda da, benzer bir yaklaşım söz konusudur.<sup>46</sup>

Yukarıda ifade edilenler, gasbedilen malın sahibine iâde edilmesiyle ilgili mezhepteki zâhirü’r-rivâye kuralın geliştirilmesi yoluyla elde edilmiştir. Şöyle ki, Mergînânî’nin *Hidâye*’sinde sadece gâsıbın aldığı malı iâde etmesi gerektiği ifade edilirken daha sonra meşâyihin fetvâ ve yorumuyla malı sahibine iâde etmenin kişiyi hangi durumlarda sorumluluktan kurtardığı ve nelerin teslim etme anlamına gelip gelmediği ele alınarak ilgili kuralın içi doldurulmuştur.

## 2. Gasbedilen Malın İade Yeri

Mekânlardaki farklılık, değer (kıymet) farklılığına yol açacağı için gasbedilen bir malın sahibine iâdesi (*red*), kural olarak gasp mekânında yapılır.<sup>47</sup> Mergînânî’nin *Hidâye*’sinde ifade edilen zâhirü’r-rivâye görüşü sadece bununla sınırlı olmakla birlikte mal sahibinin gâsıbı başka bir şehirde yakalaması durumunda iâdenin nasıl olacağı hususuna değinilmemiştir. Görebildiğimiz kadarıyla bu mesele Üsrüşenî’nin *el-Fusûl*’ünde ele alınmaz iken daha sonra İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Çelebi’nin eserlerinde gündeme getirilmiştir. Söz konusu fakihlerin eserlerindeki ilgili rivâyetlere bakıldığında, hüküm açısından bir farklılık yoktur; her üç eserde de

---

<sup>45</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu’l-ihkâm*, vr. 354<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, C. II, s. 132. Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>b</sup>, 49<sup>a</sup>, 52<sup>b</sup>-53<sup>b</sup>. Ayrıca Mecelle’nin 893. maddesine bkz. “Gâsıb, ayn-ı mağsûbu sahibi ahz edebilecek sûrette önüne vaz’ ettikde, hakikaten kabz bulunmasa bile, mağsûbu reddetmiş olur. Amma, telef olan mağsûbun kıymetini, sahibinin önüne vaz’ eylese, hakikaten kabz bulunmadıkça damândan berî olmaz.” Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, C. II, s. 805.

<sup>46</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi’l-muâmelât*, vr. 371<sup>b</sup>-372<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu’l-ihkâm*, vr. 354<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, C.II, s. 132; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 53<sup>a-b</sup>.

<sup>47</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu’l-ihkâm*, vr. 353<sup>b</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>b</sup>.

gasbedilerek farklı bir şehire götürülen mislî ve kıyemî malların tazmin ve îade durumlarıyla ilgili hükümler ele alınmıştır. Ancak diğerlerinden farklı olarak Çelebi'nin bunlara ilâveten altın ve gümüş gibi nakdî paraların durumunu da eklediği dikkatleri çekmektedir. Meselenin buradaki fetvâlarda ele alınış biçimi şöyledir:

Mülk sahibi şayet gâsıbı farklı bir şehirde bulursa, malın türüne bakılır. Gasba konu olan mal, altın ve gümüş gibi nakdî bir şey ise, her iki şehir arasında değer (kur) farklılığı olsa da, sahibi gâsıptan nakdî olan mallarını alır ve bunların kıymetini isteme cihetine gidemez.<sup>48</sup> Gasbedilen mal nakdî değilse, öncelikle malın mevcut olup olmamasına bakılır. Eğer mal mevcut ise, sahibine teslim edilir; mevcut değilse, bu durumda da malın türü (mislî veya kıyemî) ile söz konusu iki belde arasında mala yönelik bir değer farkının olup olmadığı önem arz etmektedir. Gasbedilen mal mislî olur ve gasbedilen şehir ile bu malın götürüldüğü yerdeki fiyatlar aynıysa, gâsıp malın mislini vererek sorumluluktan kurtulur. Çünkü bunun hiçbir kimseye zararı yoktur. Ancak malın değeri davanın görüldüğü yerde daha düşükse, bu durumda mal sahibinin üç tercih hakkı vardır; ya oradaki fiyata razı olur ya dava gününde gaspın gerçekleştiği mekânda kıymeti ne ise onu alır ya da gâsıbın bu eylemi yaptığı beldeye dönmesini bekler.<sup>49</sup> Görüldüğü gibi, gâsıp başkasına ait bir malı farklı bir beldeye götürdüğü için malın değerinde bir farklılık zuhûr etmiştir. Şayet gâsıp malın götürüldüğü ve davanın görüldüğü bu şehirdeki değerini tazmin edecek olursa, mal sahibi bu durumda zarara uğramış olacaktır. Bu yüzden, mal sahibi kendisinin sorumlu olmadığı bu zararın ortadan kaldırılması hususunda muhayyer tutulmuştur. Buna karşın malın değeri davanın görüldüğü yerde daha fazla ise; bu durumda da gâsıp malın mislini veya dava günü malın gasbedilen şehirdeki kıymetini verme seçenekleri arasında tercih hakkına sahiptir. Burada da gâsıba tercih hakkı (*muhayyerlik*) sunulmuştur. Çünkü gâsıp sadece malın mislini teslim etmeye mecbur tutulursa, bu durumda da kendisi zarara uğratılmış olur. Bu sebeple, gâsıba muhayyerlik tanınarak ona gelecek muhtemel zarar

---

<sup>48</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 46<sup>b</sup>.

<sup>49</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>-353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 130; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 46<sup>b</sup>,49<sup>b</sup>-50<sup>a</sup>.

ortadan kaldırılmıştır.<sup>50</sup> Bu durum, Şeyh Bedreddin'in *el-İzâh* adlı eserinden yaptığı ıktıbastı şöyle anlatılır:

Davanın görüldüğü beldeğeki kıymeti daha fazla ise, gâsıp muhayyer olur. Bu durumda o, ya malın mislini sahibine verir, ya da gasbın yapıldığı beldeğe dava günündeki kıymetini tazmin eder. Çünkü mal sahibi, gasbın gerçekleştiğı yerde malını alma hakkına sahiptir. Eğer sadece gâsıbı malın mislini teslim etmeye mecbur bırakırsak zarara uğramış olur. Zira bu şekilde, gasba uğramış olan kimsenin hak etmediğı kıymeti ödemeyi gâsıba mecbur kılmış olurduk. Bu yüzden gâsıbı, malın o andaki mislini mal sahibine vermekle gasp yerindeki kıymetini ödemek arasında, muhayyer kıldık.<sup>51</sup>

Ancak gasbedilerek başka bir şehire götürülen ve orada telef olan maldaki değer kaybı gasbın gerçekleştiğı yerde (*beledü'l-gasp*) olmuşsa, bu durumda sahibinin herhangi bir muhayyerliğı yoktur. Buradaki değer kaybı tazmine konu edilmemektedir, yani gâsıp malın mislini sahibine iâde ettiğinde kendisinden herhangi bir şey talep edilmez. Çünkü gasbedilen yerdeki bu değişim, insanların söz konusu mala taleplerinin azalmasıyla ilgili bir durum olduğu gibi malın değerinde meydana gelen bu değişimde gâsıbın herhangi bir etkisi yoktur. Bu yüzden gâsıp bu noksanlığı tazminle sorumlu tutulmamaktadır. Şayet bu mal kıyemî olursa, davâ günü gasp beldeesindeki fiyat ne ise o tazmin edilir.<sup>52</sup>

Görüldüğü üzere gasbedilen malın başka bir beldeye götürülmesi durumunda, tazmin ve iâde esaslarının nasıl olacağı ve iki belde arasındaki farklılığın tazminde dikkate alınıp alınmayacağı hususu, değer kaybı ya da artışının nerede olduğuna bağlıdır.

### C. Gasbedilen Malların Tazmin Edilmesi

Gasbedilen malı sahibine iâde etmenin mümkün olmadığı veya asıl malda bedelin ödenmesini gerektirecek ölçüde bir değişikliğin (*tağyir*) meydana gelip mülkiyetinin gâsıba geçtiğı veyahut fâhiş derecede bir eksilme (*noksân-ı fahiş*) görülüp mal sahibinin bedeli tercih ettiğı durumlarda, malın değeri tazmin edilir.

<sup>50</sup> İmâdüddin el-Merginânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 352<sup>b</sup>-353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 130; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>, 49<sup>b</sup>-50<sup>a</sup>.

<sup>51</sup> İmâdüddin el-Merginânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 352<sup>b</sup>-353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 130-131.

<sup>52</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 130; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>b</sup>,49<sup>b</sup>-50<sup>a</sup>.

Mergînânî'nin ve Çelebi'nin belirttiğine göre asıl mal yerine onun kıymetini vermenin bir kurtuluş olduğu söylenir. Ancak asıl mal yerine onun kıymetinin verilmesi, eksik bir îadedir. Çünkü bir şeyin sûret ve mana itibariyle tam olarak îadesi, ayn ile olur. Malın aslını îade etmek mümkün olmadığında da, kıymetin îadesi yoluna gidilir.<sup>53</sup> Kişi malın aslını ifâ edemediği için bedelini öder ve bu şekilde sorumluluktan kurtulur. Dolayısıyla gasbedilen bir malın teslim edilememesi durumunda sorumluluktan kurtulmanın yolu, bedelinin tazmin edilmesidir. Mecelle'nin “*aslın ifâsı kâbil olmadığı halde, bedeli ifâ olunur*” şeklindeki 53. maddesi de tam olarak bu durumu ifade etmektedir.<sup>54</sup>

Yukarıda görüldüğü üzere gasbedilen malın olduğu gibi sahibine geri verilememesi, tazmini gerektiren bir sebeptir. Malın aslının geri verilememesi, gâsıp tarafından tüketilmesi veya itlaf edilmesi sebebiyle olabileceği gibi gâsıbın fiili veya kusuru olmaksızın üçüncü bir şahsın haksız fiiliyle de olabilir. Bu durumlarda gâsıbın zâyi olan menkul malı tazmin borcu vardır.<sup>55</sup> Gasbedilen mal, üçüncü şahsın haksız fiiliyle zarara uğrarsa, bu kişi tazmin borcu altına girer; ancak söz konusu durum gâsıbı tamamen sorumluluktan kurtarmaz. Mal sahibi, zararı bunlardan her ikisine de tazmin ettirebilir.

Menkul mallarda meydana gelen zararlardaki tazmin mantığı hemen hemen aynıdır. Malın bütün bedelinin ödenmesini gerektirecek durumlarda gasba konu olan mal, mislî mallardan ise misliyle; kıyemî (*gayri mislî*) mallardan ise kıymetiyle tazmin edilmesi temel kuraldır.<sup>56</sup> Mezhebin hukukî doktrini özet olarak sunan Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde bu kuralı açıkça görmek mümkündür.<sup>57</sup> Ancak Kudûrî'nin *Muhtasar*'ında sadece mislî ve kıyemî malların tazminiyle ilgili

<sup>53</sup> Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 297; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 46<sup>b</sup>.

<sup>54</sup> Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. I, s. 121.

<sup>55</sup> Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 297;

Mecelle 891. madde “Mâl-i mağsûbu, gâsıb istihlâk ettikde, dâmin olması lâzım geldiği gibi, gerek ânın taaddisiyle ve gerek bilâ-teaddî telef ya zâyi' olduğu takdirde dahi dâmin olur. Şöyle ki, kıyemiyâtan ise zaman ve mekân-ı gasbdaki kıymetini ve misliyyâtan ise, mislini vermesi lâzım gelir”. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 780. Ayrıca bkz. Aydın, M. Akif, “İslâm Hukukunda Gasp”, **İslâm Tetkikleri Dergisi**, İstanbul, 1995, C. IX, [Prof. Dr. Nihat M. Çetin Hatıra Sayısı], s. 200.

<sup>56</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 59; Ali el-Haffif, **ed-Damân**, s. 19.

<sup>57</sup> Kudûrî, **el-Muhtasar**, s.129; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 297.

olan bu kurala değinilmiş onun haricinde herhangi bir şey ifade edilmemiştir. Mergînânî, Kudûrî'nin burada söylediklerine ilâveten telef olan misli malların piyasada bulunmadığı durumlarda nasıl tazmin edileceğini ve kıyemî olan malların telef olması veya itlaf edilmesi halinde tazmin için hangi zaman diliminin esas alınacağı konularını ele almıştır. Mergînânî'nin burada belirttikleri ile Üsrûşenî'de bulunan muhteva hemen hemen aynıdır, ancak İmâdüddîn el-Mergînânî onlardan farklı olarak eserinin tazmin bölümüne “*misli olan ve olmayan şeyler*” başlığını ekleyerek burada hangi malların mislî ve kıyemî olduğunu ve bunların tazmin durumlarını ilgili fetvâlar aracılığıyla belirtmiştir.<sup>58</sup> İmâdüddîn'in eklediği bu başlık daha sonra Şeyh Bedreddin ile Çelebi'nin eserinde yerini almıştır.<sup>59</sup> Mislî ve kıyemî malların tazminiyle ilgili burada anlatılanlar şöyledir:

Gasbedilen bir malın iâdesi imkânsız hale gelirse, tazmin için öncelikle malın türüne bakılması gerekir. Eğer mal mislî ise, gâsıbın onu misliyle tazmin etmesi gerekir. Çünkü mislin tazmininde mal ve cins korunduğu için mal sahibinin hakkı bu şekilde eski haline getirilir. Ancak mislî olan bir mal piyasada bulunamadığı için misliyle tazmin edilemiyorsa, bunlar kıyemî (*gayri mislî*) hale gelerek değeriyle tazmin edilirler. Kıyemî hale gelen bu tür malların değeri belirlenirken hangi zamanın esas alınacağı mezhep içinde ihtilâfıdır. Ebû Hanîfe malın dava günündeki (*yevm-i husûmet*) değerini, Ebû Yûsuf gasp günündeki (*yevm-i gasp*) kıymetini, İmâm Muhammed ise piyasadaki kalktığı günkü (*yevm-i inkıtâ'*) değerini tazmine esas olarak kabul eder.<sup>60</sup> Gasbedilen mal kıyemî ise, bu durumda da onun değeriyle tazmin edilmesi gerekir.<sup>61</sup> Hanefîlerin tamamı, gasbedilen kıyemî malın telef olması durumunda, tazmin için gasp zamanının dikkate alınacağı görüşünü benimserler. Ancak kıyemî mal gâsıp tarafından tüketilirse (*istihlâk*); telef olan bu malın gasbedildiği günkü değerinin mi yoksa itlaf edildiği günkü değerinin mi tazmin

<sup>58</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 356<sup>a</sup>-357<sup>a</sup>.

<sup>59</sup> Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-Fusûleyn**, C.II, s. 130; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 63<sup>a</sup>-65<sup>a</sup>.

<sup>60</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 50; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 151; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 296; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 791. Ebussuûd bu görüşleri şu manzum beyitte cem etmiştir: “ولو غضب المثل ثم انصرما فالواجب القيمة يوم

اختصما ويوم غضب العين عند الثاني وحالة الفقد لدى الشيباني

<sup>61</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>.

edileceği hususu tartışmalıdır. Ebû Hanîfe *gasp* zamanının (*yevm-i gasp*), İmâmeyn de tüketilme zamanının (*yevm-i istihlâk*) ölçü alınacağı görüşünü tercih etmektedir.<sup>62</sup> İmâmeyn'e göre, bu eylem bir itlaf hadisesi olduğu için malın tazmininde itlaf zamanının esas alınması gerekmektedir.

Mal mevcut olmakla birlikte eksikliğin tazmin edildiği zararlara (*cüz'î zarar*) gelince, meydana gelen zarar fâhiş derecede değilse, gâsıp zararlı fiiliyle yol açtığı bu eksilmeyi tazmin eder; ancak meydana gelen zarar fâhiş derecede (*noksân-ı fâhiş*)<sup>63</sup> ise, sahibi oluşan zararı tazmin ettirebileceği gibi söz konusu malı gâsıba bırakmak suretiyle tamamını da tazmin ettirebilir.<sup>64</sup> Fakat buradaki zararın veya malda meydana gelen ayıbın/kusurun nasıl tespit edileceği hususu tartışmalıdır. Hanefî fakihleri, mütehasıslarına göre malda değer kaybına yol açmayan fiziki eksikliği, ayıp kapsamında değerlendirmezler.<sup>65</sup> Söz konusu eksikliğin ya da değer kaybının tazmin sorumluluğunu doğurmasında, örf ve âdetin önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Çünkü Hanefilere göre, zarara konu olan eşya üzerindeki fiziki eksikliğin veya değer kaybının tazmin sorumluluğunu doğurabilmesi için meydana gelen zararın örfen ve âdeten değer kaybı olarak görülmesi ve bu zararın ekonomik bir karşılığının olması gerekir. Bu sebeple örfen ve âdeten malî bir değer kaybına yol açmayan ve kusur olarak görülmeyen zararlar tazmine konu edilmemektedir. Görüldüğü üzere ekonomik değer kaybı, tazmin sorumluluğu açısından son derece önemlidir.

---

<sup>62</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 37<sup>a</sup>, 38<sup>a</sup>, 40<sup>a</sup>, 64<sup>b</sup>-65<sup>a</sup>; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 786-787. Ayrıca bkz. Aydın, "İslâm Hukukunda Gasp", s. 201-202.

<sup>63</sup> Gasbedilen malın değerinin dörtte birine ulaşan, malın yarısını veya daha fazlasını aşan, yarıdan daha fazla olan ve söz konusu malı, kendisi olmaktan çıkararak eksiklikler, noksân-ı fâhiş olarak nitelendirilmektedir. [Bkz. Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 34<sup>a-b</sup>, 48<sup>b</sup>, 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>, 49<sup>a</sup>.] Mecelle'de ise, malın değerinin en az dörtte birine ulaşan zarar, fâhiş zarar olarak kabul edilmektedir. Ali Haydar Efendi bunu şu şekilde açıklar: "Bir maldan maksud olan havâic-i asliyyeyi men ve bi'l-külliyeye intifâdan ihraç eden şey, zarar-ı fâhiştir." Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. III, s. 468.

<sup>64</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 34<sup>a-b</sup>, 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Aydın, Mehmet Akif, "Gasp", **DİA**, İstanbul, 1996, C. XIII, s. 390.

<sup>65</sup> İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C. VII, s. 168. Malîki fakihleri de Hanefiler gibi düşünmektedir. Ancak Hanbelî fakihleri bunların aksine fiziki eksikliği değer kaybına yol açmasa da, ayıp olarak görmüşlerdir. Düsûkî, **Hâşiyetü'd-Düsûkî**, C. III, s. 108; Buhûfî, **Keşşâfü'l-Kinâ' ani'l-İknâ'**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut, t.y., C. III, s. 215.

#### D. Gasbedilen Malda Meydana Gelen Artış ve Eksilmeler

Gasbedilen malın değerinde ve fiziksel varlığında bir artış olursa, iâde edilirken bu malın ziyâdesiyle verilmesi gerekir. Çünkü ziyâdeler, gâsıbın elinde emânet hükmündedir. Şayet gâsıp bunları itlaf eder veya bir başkasına satarsa, söz konusu ziyâdeler de asıl mal ile birlikte tazmin edilir. Görebildiğimiz kadarıyla Mergînânî'nin *Hidâye*'si ile Üsrûşenî'nin *Fusûl*'ünde bu meseleye temas edilmemektedir. İmâdüddîn el-Mergînânî'nin tazmin bölümünde ise, bu konuya yer verilmektedir. Buradaki fetvâlarda görüldüğü üzere, gâsıp yanında iken değeri artan veya semizleşen bir malı (köle ve hayvan) gâsıp daha sonra itlaf eder ya da başkasına satar ve sonrasında bu mal müşterinin yanında iken helâk olursa, gâsıp bu malı tazminle sorumlu olur. Ancak burada tazminat bedeli belirlenirken, neyin esas alınacağı hususu tartışmalıdır. Ebû Hanîfe'ye göre gâsıp malın gasbedildiği günkü değerini tazminle sorumlu iken; İmâmeyne göre sahibi malın gasp, itlaf, satım veya teslim günündeki değerlerinden birini tazmin ettirebilir. İmâdî'in Hâharzâde'den iktibas ettiği fetvâda Ebû Yüsr'a göre bunun fasit olduğu, çünkü bir malın tazminine yönelik en az veya en çok olan değeri seçme hususunda muhayyer olmanın batıl olacağı ifade edilmektedir.<sup>66</sup> Şeyh Bedreddin, aynı fetvâya yer verdikten sonra malın kıymetinin bazen gasp gününde daha fazla bazen de satış veya itlaf gününde daha fazla olabileceğini, bu yüzden mal sahibine muhayyerlik tanınmasının faydalı ve doğru olduğunu ifade ederek kendi kanaatini ortaya koymuştur.<sup>67</sup>

Gâsıbın yanında iken malın değerinde ve fiziksel varlığında bir eksilme olması durumunda ise, gâsıp sadece fiziksel açıdan meydana gelen eksilmeyi tazmin eder.<sup>68</sup> Meydana gelen bu eksikliğin gâsıba ne tür bir sorumluluk yükleyeceği meselesine geçmeden önce, burada “*eksiklik*” tabiriyle neyin kastedildiğine kısaca değinmemiz faydalı olacaktır. Eksiklik tabiriyle, daha ziyade gasbedilen malın özünde veya kıymetinde (değer) meydana gelen azalmalar kastedilir. İlgili örneklere bakıldığında, Hanefilere göre menkul malda meydana gelen eksiklikler, ikiye ayrılır:

<sup>66</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 353<sup>a-b</sup>. Ayrıca bkz. Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 48<sup>a</sup>.

<sup>67</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusûleyn*, C.II, s. 130-131.

<sup>68</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 48<sup>b</sup>.



**a. Malın isim, mana ve mahiyetinde (özünde) bir değişiklik olmadan piyasa değerinin düşmesi:** Malın özünde (rakabe/ayn) bir eksilme olmadığında, bedelindeki eksilmeler tazmine konu edilmemektedir. Böyle bir durumda gâsıp malı sahibine iâde ettiğinde, kendisinden herhangi bir şey talep edilmez. Çünkü bedeldeki bu eksilme (değer kaybı), piyasa şartları ile ekonomik sebeplerden kaynaklanmakta ve malın özünde herhangi bir eksilme olmamaktadır. Meydana gelen bu eksilmede gâsıbın herhangi bir etkisi olmadığı için de kendisi bundan sorumlu tutulmamaktadır. Bu sebeple gâsıbın aldığı malı sahibine geri vermesiyle gasptan doğan hukukî sorumluluğu sona ermektedir. Kişi değer kaybı sebebiyle malını gâsıba bırakıp gasp zamanındaki değerini tazmin ettirme gibi bir yola başvuramaz.<sup>69</sup> Çünkü bedelin ifâsı, ancak aslın ifâsının mümkün olmadığı durumlarda geçerlidir. Daha önce de ifade edildiği üzere bu anlatılanlar, gasbedilen malın gasp mekânında iâde edilmesi durumunda geçerlidir. Çünkü kişi, gâsıbı ve malını başka bir şehirde yakalar ve malın buradaki değeri gasbedilen yerin (*mekânı-ı gasb*) değerinden daha az olursa, malını burada alabileceği gibi gasp yerinde iâde edilmesini de isteyebilir. Bunun yanı sıra gasp mekânındaki değerini de tazmin ettirebilir. Yalnız bu durumda mal sahibinin malını mutlak olarak geri alma mecburiyeti yoktur, gâsıbı *mekânı-ı gasbta* iâdeye zorlayabilir. Böyle bir durumda malın nakliye ve diğer tür masrafları gâsıba ait olup, söz konusu hüküm taşınması külfetli ve masraflı olan mallar içindir.<sup>70</sup> Taşınmasında herhangi bir külfet yoksa sahibi malını teslim almaktan kaçınmaz. Ancak teslim yerinin güvensiz olması durumunda, kişi yine malını kabul etmeme hakkına sahiptir.<sup>71</sup>

**b. Gasbedilen malda fiziksel bir eksikliğin (noksanlık) meydana gelmesi:** Gasbedilen eşyanın herhangi bir şekilde hasara uğraması, hayvanın sakatlanması, buğdayın rutubetlenip bozulması, kölenin ihtiyarlaması ve bilmekte olduğu bir sanatı

---

<sup>69</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>b</sup>-50<sup>a</sup>; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 825. Ayrıca bkz. Aydın, "İslâm Hukukunda Gasp", s. 189-190.

<sup>70</sup> Bu durum Mecelle'nin 890. Maddesinde de şu şekilde izah edilmektedir: "Mâl-i mağsûb, aynen mevcut ise mekân-ı gasbta sahibine redd ve teslimi lâzımdır. Ve sahibi, başka beldede gâsıba tesadüf edip de, mal-i mağsûb dahi yanında olduğu halde, sahibi dilerse malını orada istirdad eyler. Eğer, mekân-ı gasbda teslimini ister ise, meûnet-i reddi ve masârif-ı nakliyyesi gâsıb üzerinedir." Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 772.

<sup>71</sup> Mecelle 894. madde "Ayn-ı mağsûbu, gâsıb bir mahall-i mahûfda, sahibine teslim etse, kabul etmemeye hakkı vardır. Ve gâsıb bu sûrette damândan berî olmaz." Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 807.

gâsıbın elinde iken uzun süre yapmamış olması sebebiyle unutmaması buna örnek olarak verilebilir.<sup>72</sup>

Gasbedilen malda meydana gelen eksikliklerde zararın nasıl tazmin edileceği, bu malların ribevî (*el-emvâlü'r-ribeviyye*) olup olmamasına göre değerlendirilmektedir. Kudûrî'nin *Muhtasar*'ında gasbedilen menkul malın noksanlaşması durumunda eksikliğin tazmin edileceği ifade edilse de, bununla ilgili başka bir bilgi mevcut değildir.<sup>73</sup> Mergînânî bu kuralı ifade etmiş, ancak kendisi “un” örneğinden hareketle ribevî mallarda asıl mal ile birlikte eksikliğin, Ebû Yûsuf'a göre tazmin edilemeyeceği, zira bu durumun ribâyaya yol açacağı bilgisini eklemiştir.<sup>74</sup> Bu konuyla ilgili Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in tazmin bölümünde ifade edilenler, Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde zikredilenlerin tekrarıdır. Fudayl Çelebi ise, *ed-Damânât*'ının ilgili bölümünde bu konudaki örnekleri artırarak mezhep doktrinini genişletmeye çalışmıştır. Çelebi'nin aktardığı bu fetvâlarda görüldüğü üzere, gasbedilen ribevî (üzerinde fâiz cereyân eden) mallarda meydana gelen eksiklik gâsıba tazmin ettirilemez, buradaki kusurun az veya çok olmasının bir önemi yoktur. Çünkü bu tür mallarda asıl malın alınmasıyla birlikte eksikliğin tazmin edilmesi, ribâyaya yola açacağı düşüncesiyle caiz görülmemektedir. Bu yüzden mal sahibinin önünde iki seçenek vardır; ya eksilmeye uğrayan malı hiç almayacak ve bu malın gasp anındaki değerini gâsıba ödetecek veyahut da malı olduğu gibi alacak ve meydana gelen bu eksilmeyi tazmin ettiremeyecektir.<sup>75</sup> Görüldüğü üzere Hanefilere göre ribevî mallarda noksanlığı tazmin talebi, fâize (*ribâ*) yol açacağı endişesiyle reddedilmektedir. Örneğin Çelebi'nin *el-Müntekâ* adlı eserden aldığı fetvâda görüldüğü üzere, bir kimse başkasının ölçüyle (*veznî*) satılan bakır veya tunçtan bir eşyasını gasp ettikten sonra kırarsa; sahibi dilerse malını alır ve bu konuda başka bir şey alamaz, dilerse noksanlaşan bu malını gâsıba verip sağlam haldeki değerini tazmin ettirir.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 27<sup>a</sup>, 59<sup>a</sup>-60<sup>b</sup>.

<sup>73</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 129.

<sup>74</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297.

<sup>75</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 34<sup>a</sup>, 35<sup>a</sup>, 40<sup>a</sup>.

<sup>76</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 48<sup>b</sup>-49<sup>a</sup>.

Yukarıda ifade edilenlerden anlaşılacağı üzere, Hanefiler'e göre eksikliğin tazmini, sadece ribevî olmayan mallarda söz konusudur; ancak bu eksikliğin az (*yesîr*) veya çok (*fâhiş*) oluşunun tespiti önemlidir. Çünkü ribevî olmayan mallarda meydana gelen zararın tazmini buna bağlıdır. Kudûrî'nin belirttiğine göre, bir şeyin menfaatinin tamamını ortadan kaldıran noksanlık *fâhiş* olarak ifade edilse de, Mergînânî İmâm Muhammed'e ait olan görüşün daha doğru olduğunu düşünmektedir.<sup>77</sup> Bu görüşe göre, malın bir kısmı ile menfaatlerinin bir kısmı mevcut olup bazıları yok oluyorsa *fâhiş*, bütün menfaatleri mevcut olmakla birlikte sadece kendisinde bir noksanlık âriz oluyorsa *yesîr* derecede bir eksilme söz konusu olmaktadır.<sup>78</sup> Çelebi'nin aktardığına göre, müteahhir Hanefî âlimleri fâhiş derecedeki noksanlığın ölçüsünün ne olduğu hususunda ihtilaf etmişlerdir. Burada ifade edilen görüşlere göre; gasbedilen malın değerinin dörtte birine ulaşan, malın yarısını veya daha fazlasını aşan, yarıdan daha fazla olan ve söz konusu malı kendisi olmaktan çıkararak eksiklikler, noksân-ı fâhiş olarak nitelendirilmektedir. Çelebi, ileri sürülen bu görüşleri verdikten sonra Mergînânî'nin zikrettiklerini tekrar ederek İmâm Muhammed'e ait olan görüşün sahih olduğu belirtmiştir. Ancak *yesîr* derecedeki noksanlığın burada “*kalitesinin giderek değerinin düşmesi*” olarak açıklandığı dikkatleri çekmektedir.<sup>79</sup>

Noksanlığın boyutuna karar verildikten sonra ribevî olmayan mallardaki tazmin durumu şu şekilde olmaktadır: Meydana gelen eksiklik çoksa (*noksân-ı fâhiş*), sahibi bu malı gâsıba bırakıp kıymetinin tamamını tazmin ettirebileceği gibi malını alarak sadece noksanlığı da tazmin ettirebilir. Şayet meydana gelen eksiklik az (*noksân-ı yesîr*) ise, bu durumda mal sahibinin seçim hakkı yoktur; gasbedilen malı alır ve sadece meydana gelen eksikliğin tazminini talep eder.<sup>80</sup> Örneğin bir kimse başkasının elbisesini gasp eder, sonra yanında iken küflenir ya da sararırsa, sahibi onu alır. Bu durum eksikliğin az olması durumundadır. Ancak söz konusu eksiklik çoksa, kişi malını almakla gâsıba bırakıp kıymetini tazmin ettirme hususunda tercih hakkına

<sup>77</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 129; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 301

<sup>78</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 301.

<sup>79</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 34<sup>b</sup>.

<sup>80</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 34<sup>a-b</sup>, 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>, 48<sup>b</sup>, 49<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 825-826.

sahiptir.<sup>81</sup> Görüldüğü üzere sahibinin malı alma konusunda muhayyer olması, verilen zararın çok olması durumunda; eksikliğin tazmin edilmesi de zararın az olması durumundadır. Hanefî mezhebindeki bu prensip daha sonra Mecelle'nin 900. maddesinde şu şekilde anlatılmıştır:

Ba'de'l-gasp mağsûbun sî'r-ü kıymeti tenakus etse, sahibi ânı almayıp da damân-ı gasptaki kıymetini mutâlebe edemez. Amma gâsıbın istfimali ile mağsûbun kıymetine noksan gelse damân lâzım gelir. Meselâ, bir kimsenin gasp eylediği hayvan zebûn olsa, ânı sahibine reddettikde, noksan kıymetini dahi dâmin olur. Kezâlik, bir kimse gasp eylediği elbiseyi yırtmakla kıymetine noksan geldikde, eğer noksan yesîr ise, yani mağsûbun rubu' kıymetine bâliğ değil ise, gâsıp ânın noksan kıymetini dâmin olur. Ve eğer noksan fâhiş ise, yani mağsûbun rubu' kıymetine müsâvî veyahut ezyed ise, mağsûbun minh muhayyedir. Dilerse noksan kıymetini tazmin ettirir. Ve dilerse ol malı gâsıba terk ile tamamen kıymetini alır.<sup>82</sup>

Mecelledeki bu madde mezhepteki doktrini yansıtmakla birlikte fâhiş derecenin ölçüsünün burada “*dörtte bir*” olarak kabul edildiği açıkça görülmektedir. Nitekim burada malın değerinin dörtte birine ulaşmayan zararlar, *noksân-ı yesîr*; malın değerinin dörtte birine eşit veya daha fazla olan zararlar da *noksân-ı fâhiş* olarak nitelendirilmektedir.<sup>83</sup>

### **E. Gasbedilen Malda Meydana Getirilen Değişim (Tağyir)**

Gasbedilen bir mal, ismi değişecek ve sağladığı menfaatlerin çoğu gidecek şekilde bir değişikliğe uğratılmışsa, o mal artık sahibinin mülkiyetinden çıkarak gâsıbın mülkiyetine girer; bu durumda gâsıp söz konusu malı tazminle sorumlu olur ve bedelini ödeyinceye kadar ondan faydalanması da helal olmaz. Başka bir ifadeyle belirtmek gerekirse, meydana gelen bu tür değişimler sahibinin mal üzerindeki hakkını sona erdirmektedir. Bu durum, Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde açıkça ifade edilmektedir. Gasbedilen koyunun kesilerek kızartılması veya pişirilmesi, buğdayın un haline getirilmesi ve demirden kılıç yapılması ile tunç madeninden kapacak yapılması, bu meseleye örnek olarak verilmektedir.<sup>84</sup> Üsrüşenî ile birlikte İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Çelebi, mezhepteki bu yerleşik kuralı

<sup>81</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 34<sup>a-b</sup>, 46<sup>b</sup>-47<sup>a</sup>, 48<sup>b</sup>, 49<sup>a</sup>.

<sup>82</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, C. II, s. 825-826.

<sup>83</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, C. II, s. 825-826.

<sup>84</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 129; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 299.

aynen ifade etmiş; ancak onlar Kudûrî ile Mergînânî'nin verdiği örneklere yeni ilâveler yaparak hangi tür işlemlerin mal üzerindeki mülkiyeti sona erdirdiğini ortaya koymuşlar ve bu meseledeki doktrinin içeriğini doldurmaya çalışmışlardır. Söz gelimi gasbedilen üzüm veya susamın sıkılması, yumurtanın civcive dönüştürülmesi, deriden kürk veya çorap imal edilmesi, kumaşın kesilerek pantolon ya da gömlek olarak dikilmesi, pamuk ve ketenin dokunarak kumaş haline getirilmesi, hurma yapraklarından zembil yapılması ve etin yemek olarak pişirilmesi, bu kurala verilen yeni örneklerdir.<sup>85</sup> Zikredilen örneklerde gâsıbın fiiliyle malın isim, mana ve mahiyeti ile sağladığı menfaatlerin çoğunun değişikliğe uğradığı ve meydana gelen bu değişim sebebiyle söz konusu malın mülkiyetten çıkarak gâsıbın mülkiyetine girdiği ifade edilmiştir. Bir bakıma eski mal yok olmuş ve yerine başka bir mal gelmiştir. Görüldüğü üzere Hanefiler, böyle bir durumdaki malın mülkiyetten çıkarak gâsıbın mülkiyetine girdiğini varsaymaktadırlar. Mezhepteki bu görüş daha sonra Mecelle'nin 899. maddesinde şu şekilde ifadesini bulmuştur:

Gâsıp, eğer mâl-i mağsûbu ismi değışecek sûrette tağyîr ederse dâmin olur. Ve ol mal kendüye kalır. Meselâ, mağsûb buğday olup da gâsıp ânı un eder ise, dâmin olup, un ânın malı olur. Nitekim bir kimse, diğerin buğdayını gasp ile kendi tarlasına zer' etse, buğdayı dâmin olup, mahsûl kendisinin olur.<sup>86</sup>

Bu meselede Hanefilerin tavrı yukarıda anlatıldığı şekildedir. Ancak İmâm-ı Şafîî bu tür durumlarda sahibinin mal üzerindeki hakkının sona ermeyeceği görüşünü tercih etmektedir. Hanefiler ile Şafiilerin bu konudaki meseleye yaklaşım tarzı hükümlerde kendisini göstermektedir. Örneğin Hanefilerin çoğunluğu gasbedilen buğdayın un haline getirilmesi durumunda, sahibinin mal üzerindeki hakkının sona ererek malın gâsıba ait olacağını ve bu durumda mâlikin unu gâsıba bırakarak mislini tazmin ettireceği görüşünü tercih ederken; Şafiîler mal sahibinin hakkının sona ermediğini, dolayısıyla dilediği takdirde unu alıp eksikliği tazmin ettirebileceği görüşünü benimser. *Hidâye*'de belirtildiğine göre Ebû Yûsuf'tan da böyle bir rivâyet vardır. İbn Semâa'nın Ebû Yûsuf'tan rivâyet ettiği bu görüşe göre, sahibinin mal üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermez. Çünkü ona göre, malın fiziksel varlığı, yani

<sup>85</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 381<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 355<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 134; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 56<sup>b</sup>-58<sup>a</sup>.

<sup>86</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 816.

özü mevcut olup değişiklik onun sıfatında meydana gelmektedir. Bir malın özünün, yani zâtının mülkiyeti de, sıfatlarının mülkiyetinin sebebidir. Bu yüzden ona göre, sahibinin mal üzerindeki hakkının sona ermediği ve malı almakla gâsıba bırakıp kıymetinin tamamını tazmin ettirme hususunda tercih hakkına sahip olduğu söylenir.<sup>87</sup> Ancak kişi malını almayı tercih ettiği takdirde, eksikliği tazmin ettirmek malın ribevî olup olmamasına bağlıdır. Daha önce ifade edildiği üzere, eksikliğin tazminine başvurulması ancak ribevî olmayan mallarda olur; ribevî mallarda ise böyle bir yola başvurulamaz.<sup>88</sup>

Gasbedilen malın ismi ve sağladığı menfaatlerin çoğu olduğu gibi duruyor ve bu durum insanlar tarafından değişiklik olarak algılanmıyorsa, sahibinin mal üzerindeki hakkı sona ermez. Gasbedilen elbisenin yıkanması ya da boyanması, kumaşın kesilmesi, koyunun boğazlanıp derisinin yüzülmesi, ekmeğin tirit haline getirilmesi, yünün tiftiklenmesi, arazinin üzerine ekim, dikim ve bina yapılması gibi durumlar, söz konusu eserlerde bunlara verilen örneklerdir.<sup>89</sup> Zikredilen örneklerde kişinin mal üzerindeki haklarının sona ermeyeceği ifade edilir. Çünkü bu eylemler vasıtasıyla malın aslında bir değişiklik olmaması ve kendisinin (ayn) öz olarak mevcut olması sebebiyle mâlikin söz konusu mallar üzerindeki mülkiyetinin devam ettiği kabul edilir. Kişinin mülkiyeti devam eder, ancak bu eylemler asıl malda bir eksilmeye sebep olabileceği gibi malın aslına yapılan bir ilâve şeklinde de olabilir. Daha önce de belirtildiği üzere mala yapılan ilâveler ile malda meydana gelen eksilmelerde tazmin esasları farklı hükümlere tabidir.

Gâsıbın bir mal ilâvesiyle değişiklik yaptığı mallarda, ilâvenin geri alınması mümkünse alınır, değilse sahibinin seçim hakkı vardır. Örneğin gasbedilen elbise veya kumaşın boyanması ya da kavutun yağ ile karıştırılması durumunda boyanın ve yağın geri alınması mümkün olmadığı için sahibi dilerse elbisenin boyanmadan önceki değeri ile kavutun mislini tazmin ettirmek suretiyle malını gâsıba bırakabilir; dilerse

---

<sup>87</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 381<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 355<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 134; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 57<sup>a</sup>.

<sup>88</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 34<sup>a</sup>, 35<sup>a</sup>, 40<sup>a</sup>, 48<sup>b</sup>, 49<sup>a</sup>, 57<sup>a</sup>.

<sup>89</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 382<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 355<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 134; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 59<sup>a-60<sup>b</sup></sup>;

de malını olduğu gibi alır. Ancak kişi malını almayı tercih ettiğinde gâsıbın ilâve ettiği boya ve yağın değerini öder.<sup>90</sup> Çünkü ilâve edilen bu mal, mütekavvim bir maldır ve yapılan bu ilâvenin geri alınması mümkün değildir. Bu yüzden ilâve bedelinin ödenmesi gerekir; aksi takdirde bedeli ödenmeden alınırsa, söz konusu durum sebepsiz zenginleşmeye (haksız iktisap) yol açar. Zira elbisenin boyanmasıyla birlikte kişinin mal varlığında bir artış (zenginleşme) olurken, gâsıbın mal varlığında da bir azalma (fakirleşme) meydana gelmektedir. Meydana gelen bu artma ve azalma, haklı bir sebebe dayanmadığı için de gâsıbın söz konusu zenginleşmeyi ödemesi gerekir. Çünkü haklı bir sebebe dayanmadan başkasının mal varlığından zenginleşen kişi, meydana gelen zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere bu şekilde mala yapılan ilâveler taraflar arasında bir borç ilişkisi tesis etmektedir. Bu sebeple malda yapılan değişiklik iktisadi değeri olan bir şey ise, sahibi malını alırken bunun değerini gâsıba öder. Hanefî mezhebindeki bu prensip daha sonra Mecelle'nin 898. maddesinde şöyle ifade edilmiştir:

Gâsıp, eğer kendi malından bir şey ziyâdesiyle mağsûbun bazı evsâfını tağyîr eder ise, mağsûbun minh (mal sahibi) muhayyerdir. Dilerse ol mağsûbu tazmin ettirir ve dilerse ol ziyâdenin kıymetini verip aynen istirdad eyler. Meselâ, mağsûp olan bezi gâsıp boyamış olsa, sahibi muhayyerdir. Dilerse bezini tazmin ettirir ve dilerse boyanın bahasını verip aynen bezi istirdad eyler.<sup>91</sup>

Gaspa konu olan kumaşın kesilmesi, koyunun boğazlanıp derisinin yüzülmesi veya elbisenin yırtılması gibi eksikliğin meydana geldiği bir malın tazmininde, zararın boyutu önemlidir. Çünkü meydana gelen zararın tazmini buna göre olur. Söz konusu noksanlık şayet az (*yesîr*) ise, gâsıp sadece eksikliği tazmin eder; buna mukabil eksilme suretiyle ortaya çıkan zarar çoksa (*fahiş*), bu durumda sahibi malını gâsıba bırakıp kıymetinin tamamını alabileceği gibi bu malı alarak meydana gelen eksikliği de tazmin ettirebilir. Kudûrî gasbedilen elbisenin yırtılmasıyla ilgili olan bu prensibi ifade etmiş, daha sonra Mergînânî aynı meselede Kudûrî'nin söylediklerinden farklı olarak "*fahiş*" ve "*yesir*" kavramlarına değinmiştir.<sup>92</sup> Çelebi'de ise bunlara ilâveten hangi tür yırtığın *fahiş* veya *yesir* olarak değerlendirildiği gündeme getirilmiş ve bu

<sup>90</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 36<sup>a-b</sup>, 37<sup>a</sup>. Bunun için ayrıca Mecelle'nin 898. ve 899. maddesine bkz. Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, C. II, s. 812, 816.

<sup>91</sup> Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, C. II, s. 812.

<sup>92</sup> Kudûrî, **el-Muhtasar**, s. 129; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 301

bağlamda enlemesine olan yırtıkların *yesîr*, boylamasına olanların da *fahiş* olarak kabul edildiğini belirten bir görüşe yer verilmiştir. Ancak söz konusu rivâyetlerden sonra her iki durumda da terzilerden olan bilirkişilerin (*ehl-i hibre*) sözüne itibar edilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir.<sup>93</sup> Görüldüğü üzere örf, zararın boyutunu tesipt etmede belirleyici bir fonksiyona sahiptir. Gasbedilen koyunun boğazlanması meselesine gelince; Kudûrî bu durumda mal sahibinin noksanlığı tazmin ettirme ile söz konusu malı gâsıba bırakıp kıymetinin tamamını talep etme hususunda tercih hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.<sup>94</sup> Daha sonra Mergînânî *Hidâye*'sinde koyunun boğazlanmasını elbisedeki büyük yırtığa benzeterek bu durumu fahiş bir zarar olarak nitelendirmiş ve Kudûrî'nin *Muhtasar*'ındaki *zahirü'r-rivâye* olan bu görüşü aktarmıştır.<sup>95</sup> Çelebi de bu anlatılanları örneklerle zenginleştirerek ilgili meseledeki doktrinin içeriğini genişletmiş ve söz konusu durumun ribevî olmayan mallardaki noksanlığın tazmininde geçerli olduğunu ifade etmiştir.<sup>96</sup>

Ele alınan diğer bir konu da, gasbedilen malın aslında değişikliğe yol açmayan; ancak onun büyümesine veya bakımına destek mahiyetindeki eylemlerin tazmin sorumluluğuna herhangi bir etkisinin olup olmadığıdır. Bu mesele, Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde ele alınan bir konu değildir. Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Çelebi'nin aktardığı fetvâ örneklerinde görüldüğü üzere, bu tür durumlarda sahibinin mal üzerindeki hakkı devam etmekle birlikte onun bakımı için yapılan masrafları tazmin sorumluluğu yoktur. Gasp yoluyla ele geçen arazinin ıslah edilmesi, ekin ve ağacın sulanması, yaralı bir hayvan ya da kölenin tedavi edilmesi, bunlara örnek olarak verilmektedir.<sup>97</sup> Bu örneklerde mal sahibi, gâsıbın zorla aldığı bu mala yaptığı masrafları tazminle sorumlu tutulmamaktadır. Çünkü gâsıbın fiili, malın özünde bir değişikliğe yol açmadığı gibi onun değerini de düşürmemiştir. Söz konusu malların büyümesine veya bakımına

<sup>93</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 34<sup>b</sup>.

<sup>94</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 129.

<sup>95</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 300.

<sup>96</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 34<sup>a-b</sup>. Ayrıca bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 825.

<sup>97</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 381<sup>b</sup>-382<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 355<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 134; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 59<sup>a-b</sup>.



destek mahiyetindeki masraflar, gâsıbın kendi malı olduğu için onun yaptıklarının teberrû mahiyetinde olduğu kabul edilmektedir.

### **F. Gasbedilen Malın Elden Çıkması Durumunda İade ve Tazmin**

Gasbedilen bir malın elden çıkması, malın ikinci kez gasp edilmesi ya da bu malın yeni bir sözleşmeyle başkasına devredilmesi yoluyla olur. Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde bu meseleye dair herhangi bir ifade yoktur. Bu konuyla ilgili rivâyetler Üsrûşenî'nin *el-Fusûl*'ünde ele alınmış, daha sonra İmâdüddîn ile Şeyh Bedreddin'in eserlerinde aynen tekrar edilmiş, sonrasında ise Çelebi çeşitli fetvâlardan hareketle yeni durumları buraya ilâve etmiştir. Şimdi gasbedilen bir malın ikinci kez gasp edilmesi ya da bu malın yeni bir sözleşmeyle başkasına devredilmesi durumunda iade ve tazmin esaslarının nasıl olacağını zikredilen eserler bağlamında ele almaya çalışalım.

#### **1. Gasbedilen Malın İkinci Kez Gasp Edilmesi Durumu**

Bir malın tekrar gasba uğraması durumunda, ikinci gâsıbın duruyorsa gasbedilen malı (mağsûb) aynen iade etmesi, yok olmuşsa da değerini ödemesi gerekir. Birinci gâsıbın kıymeti sahibine ödemesi durumunda, mâlikin tekrar ikinci gâsıba tazmin ettirme hakkı yoktur. Çünkü malın kıymeti bizzat o malın kendisi yerine geçmektedir. Böyle bir durumda birinci gâsıp zararı tazmin ederse, ödediği miktarı almak için ikinci gâsıba rücû edebilir; ancak ikinci gâsıp tazmin ettiğinde bunun için birinci gâsıba rücû edemez. Görüldüğü üzere gasp yoluyla malı birinci gâsıptan alan ikinci kişi (*gâsıbu'l-gâsıp*) de, iade ve tazmin esasları açısından aynı hükümlere tabidir. Bu durum Mecelle'nin 910. maddesinde “*gâsıbu'l-gâsıp, ayn-ı gâsıp hükmündedir*” şeklinde ifadesini bulmuştur.<sup>98</sup>

Gâsıplardan herhangi birinin malı sahibine iade etmesi veya kıymetini ödemesi, kendisiyle birlikte diğerinin sorumluluğunu da sona erdirirken; ikinci gâsıbın iade veya kıymetin tazminini birinci gâsıba yapması sadece kendi sorumluluğunu sona

<sup>98</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 869.

erdirmektedir.<sup>99</sup> Çelebi'nin *el-Hülâsâ* adlı eserden aktardığı rivâyette ikinci gâsıbın malı birinci gâsıba iâde ettiğinde veya kıymetini tazmin ettiğinde kendisinin sorumluluktan kurtulacağı ve tazmin sorumluluğunun birincisi üzerinde kalacağı ifade edilmektedir. Yine Çelebi'nin ifadesine göre, Kerderî bunun tercih edilen görüş olduğunu, çünkü ikinci gâsıbın iâde veya tazmin ile söz konusu fiilini ortadan kaldırdığını belirtmektedir.<sup>100</sup> Hanefi mezhebinde ele alınan bu husus daha sonra Mecelle'nin 911. maddesinde “*gâsıbü'l-gâsıp mal-i mağsûbu gâsıb-ı evvele reddettikte yalnız kendisi ve mağsûbun minhe reddettikte ikisi dahi berî olur*” şeklinde maddeleştirilmiştir.<sup>101</sup>

Yukarıda görüldüğü üzere ikinci gâsıbın malı sahibine iâde ve tazmini kendisiyle birlikte diğerini de sorumluluktan kurtarmaktadır. Çünkü söz konusu malın sahibine ayn veya kıymet olarak dönmesi, sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bunun nasıl döndüğünün bir önemi de yoktur. Öyle ki, Çelebi'nin *Mecmû'u'n-nevâzil* adlı eserden aldığı fetvâ örneğinde, mahkeme (kazâ) yoluyla malını alma konusunda güçlük yaşayan kişinin ikinci gâsıptan malını çalması durumunda, kişinin malına ulaşması sebebiyle her iki gâsıptan da tazmin sorumluluğunun düşeceği söylenir.<sup>102</sup>

Gasbedilen mal herhangi bir şekilde telef olmuş veya itlaf edilmişse, sahibi malını gâsıplardan dilediğine tazmin ettirebileceği gibi, bir kısmını birinciye diğer kısmını ikinciye veya gâsıplardan her birine malın kıymetinin yarısını tazmin ettirebilir. Mal sahibi gâsıplardan birincisine ya da ikincisine zararı tazmin ettirdiğinde diğeri gasp sorumluluğundan kurtulur. Bununla birlikte mal sahibinin, gâsıplardan birisini tercih ettiğinde tazmin ettirmeyi tercih ettiği kişiyi bırakıp ötekine tazmin ettirme hakkına sahip olmadığı söylenir.<sup>103</sup> Mal sahibi tazmin için gâsıplardan birini tercih ettiğinde diğerinin tamamen sorumluluktan kurtulup kurtulmayacağı ve ödediği

---

<sup>99</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 372<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 131; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 55<sup>a-b</sup>; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 876.

<sup>100</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 55<sup>a</sup>.

<sup>101</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 876

<sup>102</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 55<sup>a-b</sup>.

<sup>103</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 372<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 131; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 55<sup>a-b</sup>. Ayrıca Mecelle'nin 910. maddesine bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 869.

tazminatı talep hususunda ötekine rücû edip edemeyeceği meselesine gelince, bu konuda tazmin eden kişinin rücû edebileceği ve edemeyeceğine dair iki rivâyetin mevcut olduğu ifade edilmektedir.<sup>104</sup>

Üsrüşenî'nin ele aldığı İmâdüddîn ile Şeyh Bedreddin'in de tekrar ettiği bir diğer konu da, ikinci kez gasbedilen malın daha sonra satılması durumudur. *Fetâvâ-i Reşîduddîn* adlı eserden yapılan alıntıda, ikinci gâsıbın malı satarak parasını aldığı bir olayda, birinci gâsıbın parayı ondan alma hakkının olmadığı ifade edilir. Çünkü burada belirtildiği üzere birinci gâsıp malın sahibi ya da onun vekili olmadığı gibi onun bu satışı onaylama yetkisi de yoktur.<sup>105</sup>

Çelebi eserinin bu bölümünde, Üsrüşenî ve diğerlerinin ele almadığı konuları ele alan bazı fetvâlara yer vermektedir. Burada fetvâya konu olan yeni meselelerden biri, birinci gâsıbın ikinci gâsıptan duruyorsa malın kendisini veya helâk olması durumunda kıymetini isteme hakkının olup olmadığıdır. Çelebi'nin *el-Hâfiziyye* adlı eserden aktardığı rivâyette birinci gâsıbın böyle bir hakka sahip olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu fetvâda, ikinci gâsıbın birinciye karşı teaddî unsurunu taşıyan bir eylemde bulunarak onun bu mal üzerindeki zilyetliğini sona erdirdiği ve asıl malı talep etme hakkına sahip olan kişinin kıymeti de isteyebileceği gerekçe olarak zikredilmiştir.<sup>106</sup>

Çelebi'nin diğerlerinden farklı olarak ele aldığı diğer bir konu da, ikinci gâsıbın yanında tüketilen veznî veya keylî bir malın birinci gâsıba kıymet olarak ödenmesinin ikinci gâsıbı sorumluluktan kurtarıp kurtarmayacağı meselesidir. Çelebi'nin *el-Kunye* adlı eserden iktibas ettiğine göre, ikinci gâsıbın böyle bir durumda sorumluluktan kurtulmayacağı söylenir. Çelebi, malın kıymetinin ancak kıyemî olan mallarda tazmin edileceğini, mislî olan mallarda kıymetin bedel olmadığını, bu tür malların ancak kullanımdan kalkması nedeniyle mislin îâdesi mümkün olmadığında kıymetinin tazmin edileceğini ifade ederek bu konudaki kanaatini ortaya koymuştur.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 372<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 131

<sup>105</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 372<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 131.

<sup>106</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 56<sup>b</sup>.

<sup>107</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 55<sup>b</sup>.

## 2. Gasbedilen Malın Yeni Bir Sözleşmeyle Başkasına Geçmesi

Gasbedilen bir malın elden çıkması, ikinci kez gasp edilmesiyle olabileceği gibi bu malın icâre, vedîa, âriyet veya rehin gibi sözleşmelerle üçüncü bir şahsa verilmesi yoluyla da olabilir. Sahibi, mevcut olması durumunda malının kendisine iâdesini veya tazmin edilmesini isteyebileceği gibi yapılan bu işlemlere icazet vererek akdin tarafı durumuna geçip gâsıptan satış veya kira bedelini de isteyebilir. Bunun yanı sıra sahibi gâsıba istihkak davası açarak malını bu kişiden geri de alabilir. Söz konusu mallar, bu kişilerin yanında kendiliğinden telef olursa, sahibi meydana gelen zararı dilediğine tazmin ettirebilir. Eğer mülk sahibi, bunu gâsıba tazmin ettirmişse, sorumluluk düşer ve ödediği tazminatı talep hususunda kendisi kimseye başvuramaz; ancak bunu gasbedilen malın sözleşmeyle devredildiği kişilere tazmin ettirirse, üçüncü şahıslar ödedikleri miktar için birinci gâsıba rücû edebilirler. Fakat Ebû'l-Yüsr'un da ifade ettiği üzere rücû hakkı, bu kişilerin aldıkları malın gasbedilen bir mal olduğunu bilmedikleri, yani üçüncü şahısların iyi niyetli olmaları durumunda geçerlidir. Bu yüzden, sözleşmeyle malı alan üçüncü şahıslar bunun gasbedilen bir mal olduğunu biliyorsa, mal sahibine ödedikleri tazminat için gâsıba başvuramazlar.<sup>108</sup> Görüldüğü üzere burada, malı sözleşmeyle devralan iyi niyetli üçüncü şahısların hakları gâsıba karşı korunmaktadır.

Ancak gasbedildikten sonra âriyet, vedîa, rehin ve icâre gibi sözleşmelerle başkasının eline geçen bir mal, daha sonra malı elinde bulunduran bu yeni kişiler tarafından tüketilirse, sahibinin bütün bu durumlarda malını tazmin ettirme hakkı vardır. Mal sahibi bunu gâsıba tazmin ettirirse, gâsıp ödediği miktarı almak için bu kişilere rücû edebilir; buna karşın meydana gelen zararı onlara tazmin ettirmişse, bunlar kimseye rücû edemez. Çünkü tazminin sebebi bizatihi kendileridir. Zira onların elindeki bu mal emânet hükümlerine tabidir. Bu sebeple söz konusu kişiler, malı tüketerek hukuka aykırı bir eylemde buldukları için tazminle sorumlu olurlar.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 56<sup>a</sup>.

<sup>109</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 56<sup>a-b</sup>.

### III. Gayrimenkullerde (Akar) Gasp Sorumluluğu

#### A. Genel Olarak

Hanefilerdeki hâkim olan anlayışa göre, gayrimenkullerde mala (*ayn*) yönelik bir fiil olmadığı ve söz konusu mal bulunduğu yerden hareket etmediği için Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göre gasp fiili gerçekleşmez. Bu yüzden de, kişinin fiiliyle helâk olmadığı sürece gayrimenkuller tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Çelebi, bu durumu “Küçük Ebû Hanîfe” (Ebû Hanîfe es-sağîr) lakabıyla meşhur olan Ebû Câfer el-Hinduvânî'nin (ö. 362/973) *Fevâidü'l-fikh* adlı eserinden iktibasla şu şekilde anlatır:

Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a (*şeyhayn*) göre gayrimenkuller (akar), gasp ile sorumluluk doğurmaz. Çünkü akarı gasp eden, onun kendisini (rakabe) değil, menfaatini gasp etmiştir. Menfaatler ise, mal değildir. Bunun neticesi şöyledir: Gâsıp, sadece sahibinin akardan faydalanmasına mani olmuştur. Gâsıp, mal sahibini engellemesi sebebiyle, günahkâr olmuştur; ancak tazminle sorumlu olmaz. Bu tıpkı şunun gibidir: Bir kimse sahibinin sürüsüne ulaşmasına mani olur ve bu yüzden sürü helâk olursa, engelleyen kişi zararı tazminle sorumlu olmaz...<sup>110</sup>

Gayrimenkullerde gasp fiilinin tahakkuk etmeyeceği kuralını açıkça gösteren yukarıdaki bu pasaj, mezhepteki hukukî doktrini (*zâhirü'r-rivâye*) temsil etmektedir. Bunu görmek için Hanefî geleneğin doktrin el kitaplarından biri olan Mergînânî'nin *el-Hidâye*'sindeki şu ifadelerle bakılabilir.

[Kudûrî] dedi: Gasp, ancak menkul ve taşınabilir şeylerde olur. Çünkü hakiki anlamda gasp, menkul şeylerde olur, başka şeylerde değil. Zira zilyetliğin izalesi, nakil ile gerçekleşir. Eğer kişi gayrimenkul bir malı (akar) gasp eder ve bu mal elinde iken [kendiliğinden] helâk olursa tazmin etmez. Bu görüş, Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göredir. İmâm Muhammed, tazmin edileceğini söylemiştir. Bu aynı zamanda Ebû Yûsuf'un ilk görüşüdür... Çünkü onlara göre gasp, mala yönelik bir fiil ile malikin zilyetliğinin izalesi ile [gâsıbın] zilyetliğinin tesis edilmesidir. Bu, akarda düşünülemez. Çünkü malikin zilyetliği ancak gâsıbın onu oradan çıkarmasıyla izale olur. O da menkul mallarda olur, gayrimenkullerde değil.<sup>111</sup>

Yukarıdaki pasajlarda görüldüğü üzere gasp sebebiyle kendiliğinden zarar gören gayrimenkullerin tazmine konu edilmeyişi, söz konusu mallarda gasp fiilinin tahakkuk etmeyişi ve Hanefilerin menfaati mal olarak görmemeleriyle yakından alakalıdır. Her

<sup>110</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 78<sup>a</sup>. Aynı rivâyet İmâdüddîn el-Mergînânî, el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* adlı eserinde de mevcuttur, ancak buradaki rivâyetin kaynağı belli değildir. Daha sonra Şeyh Bedreddin aynı fetvayı kaynağıyla birlikte verir. Bkz. İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 352<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 128.

<sup>111</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 297. Ayrıca bkz. Kudûrî, *el-Muhtasar*, s.129.

ne kadar İmâm Muhammed, gayrimenkullerin de tıpkı menkul mallar gibi tazmine konu olacağını söylese de, Hanefî gasp doktrini gayrimenkullerin gasp sorumluluğu çerçevesinde tazmine konu olmayacağını temel bir kural olarak görür. Çelebi, Nesefî'nin *Uddetü'l-fetâva ve'l-müftîn* adlı eserinde yer alan bir fetvâ örneğinden hareketle bu durumu anlatmaktadır. Bu örnekte belirtildiğine göre, gasbedilen akar gâsıbın yanında iken semâvi bir afetle yıkılır veya bir sel gelip bina ve ağaçları götürür veyahut bütün araziye suyun altında bırakır ya da burası çorak hale gelirse; Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göre gâsıp zararı tazminle sorumlu olmaz iken, İmâm Muhammed'e göre sorumlu olur.<sup>112</sup> Malum olduğu üzere bu durum, fakihlerin gasp fiiline yaklaşımlarıyla alakalıdır. Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göre, bu tür mallarda gasp fiili tahakkuk etmediği için gâsıp kendi fiili dışında meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz iken; İmâm Muhammed'e göre gasp eylemi burada gerçekleştiği için gâsıp her türlü zarar ve ziyandan sorumlu tutulmaktadır.

Ancak yukarıdaki örnekte söz konusu edilen gayrimenkul, gâsıbın oraya yerleşmesiyle veya kendisinin yaptığı bir fiil sebebiyle telef olmuşsa, bu kişinin sorumlu olacağı hususunda icmâ edildiği söylenir. Çünkü meydana gelen zarar, gâsıbın oraya oturmasıyla gerçekleştiği için kendisi bu zararın fâili (*cânî*) meydana gelen zararın da sorumlusudur (*dâmin*).<sup>113</sup> Gayrimenkuller itlafa konu olduğunda da, herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir. Nitekim Serahsî'nin belirttiği gibi, itlaf, menkul mallarda gerçekleştiği gibi gayrimenkullerde de gerçekleşir.<sup>114</sup> Görüldüğü üzere, haksız fiillere rağmen bir şeyin gasba konu olmaması, mutlak anlamda tazmin sorumluluğunun olmadığı anlamına gelmemektedir.

Gayrimenkullerin gasbedilmesiyle ilgili Hanefî gasp doktrini yukarıda anlatıldığı şekilde olmakla birlikte, akarların tazminiyle ilgili Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'un mezkûr görüşlerine zamanla bazı istisnalar getirilmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Üsrûşenî'nin, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*'ının tazmin bölümünde

---

<sup>112</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>a-b</sup>;

<sup>113</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>a-b</sup>. Ayrıca bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 73.

<sup>114</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 73.

bunlara değinilmemiştir. Ancak daha sonra bu eserin içerik ve muhtevasını geliştiren İmâdüddîn el-Mergînânî bunlardan bahsetmiş, Şeyh Bedreddin de aynı şekilde bunları eserine almıştır. Bunlar şunlardır:

**a. Satış ve teslim:** Gayrimenkullerin tazminiyle ilgili İmâdüddîn el-Mergînânî'nin ele aldığı istisnalardan biri, gasbedilen gayrimenkullerin başkasına satılıp teslim edilmesidir. İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fetâvâ-yı Reşidüddîn* adlı eserden iktibas ederek bunu anlatmaktadır. Burada belirtildiğine göre, gasbedilen akar kendiliğinden telef olduğunda tazmin edilmez; ancak gâsıp tarafından satılarak bir başkasına teslim edilirse, sahih olan görüşe göre bu durum tazmin sorumluluğunu doğurur.<sup>115</sup> Gayrimenkulün başkasına satılıp teslim edilmesiyle sorumluluğun doğması, gâsıptan bunu geri alma imkânının olmaması sebebiyledir. Gâsıbın onu satarak başkasının mülkiyetine geçirmesi, söz konusu malı telef etme anlamına gelmekte ve bu sebeple kendisinin sorumlu olmaktadır.

**b. İnkâr:** İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fetâvâ-yı Reşidüddîn* adlı eserden yaptığı iktibasta ele alınan diğer istisna da, tazmine konu olmayan bu tür malların inkârla sorumluluk doğurmasıdır. Ebû Hanîfe ile Züfer'e göre, gayrimenkullerin (akar) inkârla tazmine konu olacağı, yani sorumluluk doğuracağı ifade edilmektedir.<sup>116</sup> Örneğin, bir kimse gayrimenkulünü başkasına emânet (vedîa) olarak bıraktıktan sonra, sahibi istediği halde bırakılan kişi (mûda') bu malı inkâr ederse, talep anından itibaren meydana gelecek her türlü zarar ve ziyanı tazminle sorumlu tutulmaktadır.<sup>117</sup> Normalde mûda'ın elinde emânet olarak bulunan gayrimenkul, mûda'ın inkâr etmesiyle birlikte emânet sorumluluğundan çıkıp tazmin sorumluluğu altına girmiştir. Nitekim Mecelle'nin 901. maddesinde de vedîayı inkâr eden kişinin gâsıp hükmünde olduğu ve herhangi bir kasıt olmadan telef olması halinde bu kişinin sorumlu olacağı

---

<sup>115</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128

<sup>116</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 117; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 110<sup>b</sup>.

<sup>117</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 110<sup>b</sup>.

ifade edilmektedir.<sup>118</sup> Buna göre, mûda‘ın elinde emânet hükmünde olan gayrimenkul talep edildiği halde sahibine geri verilmezse, malı elinde bulunduran kişi talep anından itibaren gâsıba dönüşür ve bu esnada oluşabilecek her türlü zararı tazminle sorumlu olur. Ancak zorla alındığında gasp sorumluluğu altına girmeyen gayrimenkullerin vedîa halinde inkârla tazmine konu edilmesi, mezhep içindeki yerleşik görüşe aykırıdır. Çünkü vedîa olarak bırakılan gayrimenkuller, mûda‘ın red ve inkârıyla menkul hale dönüşmediğine göre, işgal altında iken kendiliğinden telef olan gayrimenkuller tazmine konu olmazken, vedîa halinde inkârdan sonra –kendiliğinden telef olması durumunda– tazmin borcu doğurması, taşınmazların gasbını kabul etmeyen görüşle tutarsızlık arz etmektedir.

**c. Şahitlikten rücû:** Gayrimenkullerin tazminiyle ilgili olan bir diğer istisna, şahitlikten rücû edilmesidir. İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Kifâyetu'l-Beyhakî* adlı eserden naklettiğine göre, akar sahibinin aleyhine yapılan şahitliğe binaen gayrimenkul bir mal, hâkimin kararıyla sahibinin elinden çıkar ve sonrasında bu kişiler yaptıkları şahitlikten rücû ederseler, söz konusu kişiler bunu tazminle sorumlu olurlar.<sup>119</sup>

Gayrimenkullerin tazmin edilmesiyle ilgili olan yukarıdaki bu istisnaları (bey‘ ve teslim, inkâr ve şahitlikten rücû) öncelikle İmâdüddîn el-Mergînânî *Fusûlu'l-ihkâm* adlı eserinin tazmin bölümünde belirtmiş, daha sonra Şeyh Bedreddin de aynen bunları tekrar etmiştir. Başlangıçta vâkiât türündeki bu eserlerde yer alan söz konusu istisnalar, daha sonra Hanefi hukuk doktrinindeki yerini almıştır. Hanefi mezhebinin hukuk doktrinini ele alan sonraki dönem fûrû-ı fıkıh metinlerinde bu istisnaları rahatlıkla görebiliriz. Bunun için Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) *Dürerü'l-hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm*'ı ile Şeyhîzâde Abdurrahman'ın (ö. 1078/1667) *Mecmaü'l-enhur* adlı şerh çalışmasına ve İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) *ed-Dürü'l-muhtâr* adlı

---

<sup>118</sup> Mecelle 901. madde. “*İzale-i tasarrufda gasba musâvi olan hal ve keyfiyyet hükmen gasp kabûlinden addolunur. Nitekim müstevdâ; vedîayı inkâr etse gâsıp hükmünde olur ve ondan sonra yedinde vedîa bilâteaaddi telef olsa dâmin olur.*” Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 832. Bununla ilgili olarak Serahsî, mûda‘ın emaneti inkâr etmekle hükmen malikin malını mülk edindiği ve onun mülkü üzerindeki hâkimiyetini izale ettiği için, gâsıb gibi tazminle sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 117

<sup>119</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128.



esere hâşiye olarak yazdığı *Reddü'l-Muhtâr*'a bakılabilir.<sup>120</sup> Her üç eserde, gayrimenkullerin satılarak teslim edilmesi, inkâr ve şahitlikten rücû ile tazmin sorumluluğunu doğuracağı, Üsrûşenî ile İmâdüddîn el-Mergînânî'ye referansla ifade edilmektedir. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla Üsrûşenî'nin *el-Fusûl fi'l-muâmelât*'ının tazmin bölümünde bu istisnalara değinilmemiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, İmâdüddîn el-Mergînânî ile Şeyh Bedreddin bu görüşü *Fetâvâ-yı Reşidüddîn* ve *Kifâyetü'l-Beyhakî* adlı eserden aktarmaktadır.

### **B. Gasbedilen Gayrimenkullerin Menfaati ve Sorumluluk**

Hanefîlere göre bir gayrimenkulü gasp eden, onun kendisini (*rakabe*) değil, menfaatini gasp etmiş kabul edilir. Onlara göre menfaatler mal olarak kabul edilmediği için de, Hanefî gasp doktrini gasbedilen gayrimenkul bir malın kullanımını/menfaatini (*menâfi-i mâğsûb*), gaspa ve tazmine konu etmez.<sup>121</sup> Buradan anlaşılacağı üzere, Hanefîler malın fiziksel/maddî bir varlık olması gerektiğini düşünürler. Ancak söz konusu malın menfaati gâsıbın fiil veya kusuruyla telef olur ya da malın gâsıp tarafından kullanımı bir noksanlığa yol açmışsa, bunlar itlaf sorumluluğu çerçevesinde tazmine konu olur.<sup>122</sup>

Hanefî gasp doktrini, gasbedilen gayrimenkul malların menfaatlerinin tazmin edilmeyeceğini söylese de, sonraki dönem (*müteahhir*) Hanefî âlimleri zamanla bu görüşlerine bazı istisnalar getirmişlerdir. Vakıf ve yetim malı ile kiraya verilmek üzere hazırlanmış (*mu'addiîn li'l-istiğlal*) mallar, bu kuralın istisnalarıdır. Söz konusu mallar gasp edildiğinde, bunların menfaati tazmin edilir.<sup>123</sup>

Menfaatlerin tazminiyle ilgili bu istisnaların ne zaman ortaya çıktığını net olarak tespit edemesek de, gasp konusundan bağımsız olarak vakıf malları ile kiraya verilmek

<sup>120</sup> Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz. **Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm**, Dârü İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, t.y., C. II, s. 263; Damâd, **Mecmaü'l-enhur**, C.IV, s. 81, 94; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C. VI, s. 187.

<sup>121</sup> Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>a</sup>.

<sup>122</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>a-b</sup>. Ayrıca bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 73; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 145; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 303; Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 64-65; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C. VI, s. 206; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 392-393; Aydın, "Gasp", C. XIII, s. 391; Eser, **İslam Hukukunda Haksız Fiil**, s. 127-130.

<sup>123</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>b</sup>, 80<sup>b</sup>, 110<sup>b</sup>.

üzere hazırlanmış malların tazmin edileceği hususunu ilk olarak Hasîrî'nin *el-Hâvî fi'l-fetâvâ* adlı eserinde görüyoruz. Bu konu, öncelikle Hasîrî'nin vakıf bölümünde ele alınmıştır. Burada fetvâya konu olan şey, mütevellinin vakfa ait bir evi borç karşılığında rehin bırakmasının sahih olup olmadığı hususudur. Zikredilen eserde gündeme getirilen fetvâya cevâben mütevellinin böyle bir tasarrufta bulunmasının sahih olmadığı, çünkü bu şekilde vakfın menfaatlerinin işlemez hale geldiği ve evin kira geliri elde etmek üzere hazırlanmış olması sebebiyle mürtehinin ecr-i misil ödemesi gerektiği ifade edilir.<sup>124</sup> Daha sonra Hasîrî, bu istisnalardan mu'addün li'l-istiğlal konusuna icâre bölümünde değinir. Burada tartışmaya konu olan şey, handa konaklayan kişiye ücretin gerekli olup olmadığıdır. Eserin zikredilen bölümünde bu durum için iki görüşten söz edilmektedir. Muhammed b. Seleme konaklayan kişinin ecr-i misil ödeyeceğini söylerken; Nusayr (muhtemelen Nusayr b. Yahyâ), han sahibi ücrette hesaplaşmayı talep etmediği sürece kişinin sırf handa konaklamasıyla ücretin gerekmediğini, ancak hesaplaşmayı talep ettikten sonra konaklamaya devam etmesi durumunda istihsânen kalmaya başladığı günden itibaren ücretin gerekeceğini, çünkü han sahibinin talebinden sonra bu kişinin oturmaya devam etmesinin ücrete razı olduğu anlamına geleceğini belirtir.<sup>125</sup> Hasîrî'nin icâre bölümündeki ilgili meselede doğrudan "*mu'addün li'l-istiğlal*" ifadesi geçmese de, Burhânüşşerîa el-Buhârî'nin (ö. 570/1174?) *el-Muhîtu'l-Burhânî* adlı eserindeki geçen versiyonunda bu kavrama işaret edilmektedir. Aradaki fark, her iki fakihin aşağıdaki ifadelerinde görülebilir.

Bir kimse hana gelir ve orada kalırsa, Muhammed b. Seleme orada kalmanın ücretle olduğunu söyledi. Nusayr ise şöyle dedi: Han sahibi, ücrette hesaplaşmayı talep etmediği sürece ücret gerekmez. Bundan sonra orada kalması, ücrete razı olduğunun delilidir. Bu yüzden, istihsânen kalmaya başladığı günden itibaren ücret ödemesi gerekir.<sup>126</sup> (*el-Hâvî fi'l-fetâvâ*)

<sup>124</sup> Hasîrî, *el-Hâvî fi'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Hekimoğlu Ali Paşa, nr.402, vr. 48<sup>a-b</sup>. Burhânüşşerîa'daki versiyonu şöyledir: "Vakıf mütevellisi, bir borç karşılığında vakfi rehin bırakırsa bu sahih değildir. Çünkü burada rehnin menfaatlerinin işlemez hale getirilmesi söz konusudur. Şayet mürtehin burada oturursa, ne kadar olursa olsun vakfi korumak için ecr-i misil ödemesi gerekir. Bu mal, ister kira geliri elde etmek üzere hazırlanmış olsun, ister olmasın." Görüldüğü üzere buradaki rivâyet soru-cevap formatından çıkarılmış ve sonuna "mu'addün li'l-istiğlal olmasa da vakfi korumak için ecri misil gerekir" kaydı eklenmiştir. Bkz. Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. VI, s. 148. Bunun için ayrıca bkz. Kâdîhân, Ebü'l-Mehasin Fahreddin Hasan b. Mansur b. Mahmûd, *Fetâvâ Kâdîhân*, nşr. Salim Mustafa el-Bedrî, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2009, C. II, s. 296, 208; C. III, s. 221.

<sup>125</sup> Hasîrî, *el-Hâvî fi'l-fetâvâ*, vr. 133<sup>b</sup>.

<sup>126</sup> Hasîrî, *el-Hâvî fi'l-fetâvâ*, vr. 133<sup>b</sup>.

Bir adam handa konaklarsa, konaklaması ücretle olur. Onun herhangi bir ücret olmadan kaldığı kabul edilmez. Bu, hanların çoğunlukla kira elde etmek üzere hazırlanmış (*mu‘addün li’l-kirâ*) olduğuna dayanır. Bu yüzden kişinin burada konaklaması, ücrete razı olduğu anlamına gelir. Muhammed b. Seleme, Ebû Nasr b. Sellâm, fakih Ebû Bekir ve Ebû'l-Leys bu görüşle fetvâ vermiştir. Nasr (rh.) şöyle diyordu: Han sahibi ücrette hesaplaşmayı talep etmediği sürece kişinin sırf handa konaklaması sebebiyle ücret gerekmez. Şayet han sahibi hesaplaşmak istediğinde kalan kişi bunu kabul (*icâbet*) eder ve o esnada buradan çıkmazsa, kalmaya başladığı günden itibaren ücret ödemesi gerekir. Çünkü [han sahibinin] hesaplaşma talebinden sonra kişinin bunu kabul etmesi, onun konaklamasının ücret karşılığı olduğunun delilidir.<sup>127</sup> (*el-Muhîtu'l-Burhânî*)

Hasîrî, bir vakfa ait olan ya da kiraya verilmek üzere elde bulundurulmuş bir malın başkası tarafından kullanılması durumunda ücretin gerekli olacağını gasptan bağımsız olarak ele almıştır. Ancak sözü edilen bu yerlerin gasba uğraması durumunda da aynı tavır sergilenmektedir. Nitekim -ulaşabildiğimiz kadarıyla- gasp bağlamında ilk defa bunlara değinen *el-Fetâva'l-Velvâliciyye*'nin yazarı Zahîrüddîn Abdürreşîd el-Velvâlicî (ö. 540/1146'dan sonra), vakıf bölümünde vakfın gasbedilen akar ve evleri ile menfaatlerinin gasbedilmesi durumunda vakfı korumak için bunların tazmin edileceğini; icâre bölümünde ise bunlara ek olarak çocuğa ait bir arazinin gasbedilmesi halinde ücretin gerekli olduğunu ifade etmiştir.<sup>128</sup> Daha sonra Burhânüşşerîa *el-Muhîtu'l-Burhânî* adlı eserinde bunları aynen belirtmiş ve Zahîrüddîn el-Velvâlicî'in bu konudaki fetvâsını da nakletmiştir.<sup>129</sup> Burhânüşşerîa, icâre bölümünün başka bir yerinde de mu‘addün li’l-istiğlâl konusuna değinmiştir. Burada tartışılan konu, bir aylığına kiralanmış evde sözleşme olmadan iki ay kalınırsa, ikinci ay için ücretin gerekli olup olmayacağı hususudur. Öncelikle bu meseleyle ilgili olarak, sözleşme olmadan kalınması durumunda ikinci ay için ücretin gerekmediği, kişinin bu şekilde gâsıp olduğu ve icâre bölümlerindeki rivâyetlerin çoğunluğunda böyle ifade edildiği; buna karşın bazı rivâyetlerde de ecr-i misil gerektiği nakledilmiştir. Ücretin gerekli olmadığına ilişkin rivâyetler, İmâm Muhammed'in *el-Asl*'indeki zâhirü'r-rivâve görüşüne dayanmaktadır. Burada çalışmak için bir aylığına kiralanmış hamamda iki ay çalışan kişiye ücretin gerekmediği, çünkü ikinci ay için sözleşme yapılmadığı söylenmektedir. Şemsü'l-

<sup>127</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. VII, s. 435.

<sup>128</sup> Velvâlicî, *el-Fetâva'l-Velvâliciyye*, thk. Mikdâd b. Musa Feryûvî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003. C. III, s. 98, 343.

<sup>129</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. VII, s. 460, 653.

eimme el-Halvânî, söz konusu ev mu'addün li'l-istiğlâl olsa bile, zâhirü'r-rivâvedeki bu meselenin sözleşme olmadan ücretin gerekli olmayacağı hususuna delil olacağını ifade eder. Anlaşıldığı üzere herhangi bir sözleşme olmadan gayrimenkullerin kullanımı durumunda ücretin gerekli olmaması, zâhirü'r-rivâvedir. Dolayısıyla sözleşme olmadan ücretin gerekli olmadığını ifade eden icâre bölümlerindeki rivâyetlerin çoğunluğu, mezhepteki bu kuralı belirtmektedir. Ancak Burhânüşşerîa, meşâyihin ücretin gerekli olmadığını belirten zâhirü'r-rivâve görüşü, evin mu'addün li'l-istiğlâl olmadığı durumlara; ecr-i misil gerektiğini söyleyen rivâyetleri ise mu'addün li'l-istiğlâl olduğu durumlara hamlettiğini belirterek kendi dönemindeki meşâyihin bu konuda tazmini gerekli gördüğünü bildirmiştir.<sup>130</sup>

Kâdîhân (ö. 592/1196) da gasbedilen gayrimenkul malların menfaatiyle ilgili istisnalara değinenler arasındadır. Onun *Fetâvâ Kâdîhân* adlı eserinin muhtelif yerlerinde bu istisnalar zikredilmiştir.<sup>131</sup> Kâdîhân'ın belirttiğine göre, vakıflar ile küçük çocuklara ait gayrimenkullerin gasbedilmesi durumunda bazıları gâsıbın vakıf ve çocuk için ecr-i misil ödeyeceğini söylemişler; ancak zâhirü'r-rivâyeye göre kişi bunu tazminle sorumlu değildir.<sup>132</sup> Diğerlerinden farklı olarak ilk defa Kâdîhân'da ilgili hükmün zâhirü'r-rivâyeye olduğu açıkça ifade edilmiştir. Kâdîhân'ın çağdaşı olmalarına rağmen Hanefî fakihlerinden Kâsânî (ö. 587/1191) ile Mergînânî'nin (ö. 593/1197) eserlerinde bu istisnalara değinilmemiştir.<sup>133</sup> Özellikle Mergînânî'nin *el-Hidâye*'sinde bu istisnaların bulunmaması, bunların henüz doktrinin bir parçası haline gelmediğini göstermektedir. Çünkü Mergînânî'nin bu eseri, Hanefî hukukunun iskeleti diyebileceğimiz hukukî doktrini (zâhirü'r-rivâyeye) ortaya koymaktadır.

Bu çalışmanın ana kaynakları olan eserlerden Üsrûşenî'nin, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*'ının tazmin bölümünde bu istisnalar görülmemektedir. İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm ve Şeyh Bedreddin'in Câmiu'l-fusûleyn*'i ile Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât*'ında ise gasbedilen gayrimenkullerin tazminiyle ilgili olarak sadece vakıf malı ile yetim malı zikredilmiştir. Her üç eserdeki konuyla ilgili olan

<sup>130</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C. VII, s. 435-436. Ayrıca bkz. Kâdîhân, **Fetâvâ Kâdîhân**, C. II, s. 196.

<sup>131</sup> Kâdîhân, **Fetâvâ Kâdîhân**, C. II, s. 196, 208; C. III, s. 221.

<sup>132</sup> Kâdîhân, **Fetâvâ Kâdîhân**, C. II, s. 208;

<sup>133</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 145; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 304-305.

fetvâlar, Zahîrüddîn el-Velvâlicî ile Burhânüşşerîa'nın eserlerindeki ilgili fetvâların tekrarından ibarettir.<sup>134</sup>

Her ne kadar başlangıçta Mergînânî'nin *el-Hidâye*'si gibi Hanefî mezhebinde “*metin*” olma özelliğini taşıyan eserlerde sözü edilen bu istisnalara temas edilmemişse de, Hidâye şarihlerinden Bedreddin Aynî (ö. 855/1451) meşâyihin bu konudaki tavrını anlatarak kiraya verilmek üzere elde bulundurulmuş malların gasp ve itlaf edilmesi durumunda menfaatlerinin tazmin edileceğini belirtmiş ve sonrasında vâkıât kitaplarında yer alan yukarıdaki görüşleri nakletmiştir. Aynî *el-Fetâva'l-kübrâ* (muhtemelen Sadrüşşehîd'e ait olan) adlı eserden hareketle vakfı korumak için vakfedilen akarların menfaatlerinin tazmin edileceğini ve bu konuda akarın mu'addün li'l-istiğlâl olup olmamasının bir önemi olmadığını; Ebü'r-Recâ Necmüddîn ez-Zâhidî'nin (ö. 658/1260) *el-Müctebâ* adlı eserinden iktibasla da müteahhir Hanefî fukahâsının gelir sağlayan menkul ve gayrimenkuller (*müstegallât*) ile vakıf ve yetim malı gibi meselelerde Şâfiî mezhebine göre fetvâ verdiğini belirtmiştir.<sup>135</sup> Zeylât (ö. 743/1343) *Tebyînü'l-hakâik* adlı eserinde bunlardan bahsetmese de, bu esere yazılan Şelebî (ö. 1021/1612) haşiyesinde Aynî'nin *el-Binâye*'sindeki anlatım aynen tekrar edilmiştir.<sup>136</sup>

İbn Nüceym (ö. 970/1563) *el-Eşbah ve'n-nezâir*'inde gasbedilen malın menfaatlerinin sadece üç yerde tazmin edileceğini ifade ederek bu üç yerin yetim malı, vakıf malı ve mu'addün li'l-istiğlâl olduğunu açıkça zikretmiştir.<sup>137</sup> Uzun süre Osmanlı medreselerinde okutulan İbrâhim el-Halebî'nin (ö. 956/1549) *Mülteka'l-ebhur* adlı eserinde sadece vakıf mallarının menfaatinin tazmin edileceği belirtilirken, *Mecmaü'l-ehur* adıyla buna şerh yazan Şeyhîzâde Abdurrahman (ö. 1078/1667) vakıf malına ek olarak yetim malı ve mu'addün li'l-istiğlâl olan malların menfaatlerinin de tazmin edileceğini söylemiştir.<sup>138</sup> Şeyhîzâde'nin çağdaşı olan Haskefî (ö. 1088/1677), Timurtaşî'nin (ö. 1006/1598) *Tenvîrü'l-ebşâr* adlı eserine şerh olarak yazdığı *ed-*

<sup>134</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>b</sup>, 80<sup>b</sup>.

<sup>135</sup> Aynî, **el-Binâye**, C. XI, s. 251.

<sup>136</sup> Zeylât, **Tebyînül-hakâik**, C.V, s. 234.

<sup>137</sup> İbn Nüceym, **el-Eşbah ve'n-nezâir**, s. 243.

<sup>138</sup> Damâd, **Mecmaü'l-ehur**, C. II, 601-602; C.IV, s. 81, 94.

*Dürrü'l-muhtâr* adlı eserinde bütün bu yukarıda anlatılanlara yer vermiştir.<sup>139</sup> Daha sonra da İbn Âbidîn, bu esere yazdığı hâşiyesinde gasbedilen malın menfaatlerinin tazmin edilmeyeceğini; ancak gasbedilen şey vakıf malı, yetim malı veya mu‘addün li’l-istiğlâl olursa, bu durumda sözü edilen üç şeyin menfaatlerinin tazmin ettirileceğini ve bunun da açıkça ifade edildiğini belirtmiştir.<sup>140</sup>

Görüldüğü üzere, sözleşme olmadan kullanılan veya gasbedilen gayrimenkullerin zikredilen üç yerde tazmin edilebileceğine ilişkin fetvâlar, başlangıçta vâkiât/fetâvâ türündeki kitaplarda ortaya çıkmıştır. Ancak yukarıda da müşahede edildiği gibi, söz konusu görüş süreç içerisinde vâkiât/fetâvâ türündeki pek çok eserde tekrarlanarak belirli bir otorite elde etmiş, sonrasında meşâyihin kabulüne mazhar olan bu görüş doktrini tamamlayan bir çerçevede şerhlerde yerini almayı başarmıştır.

Özetle belirtmek gerekirse, mezhepteki “*gasbedilen gayrimenkullerin menfaati tazmin edilmez*” şeklinde ifade edebileceğimiz zâhirü’r-rivâye kuralın, meşâyihin fetvâ ve yorumuyla “*gasbedilen gayrimenkullerin menfaati tazmin edilmez, ancak gayrimenkul bir vakfa veya yetime aitse ya da kiraya verilmek üzere hazırlanmış bir malsa bu durumda tazmin edilir*” biçimine dönüştüğünü ve ilgili kuralın esnetilerek doktrinin bir parçası haline geldiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

### **C. Gasbedilen Arazide Bina Yapımı, Ağaç Dikimi ve Zirâi Faaliyetlerde Sorumluluk**

Gasbedilen şeyin arazi gibi gayrimenkul bir mal olması ve gâsıp tarafından burada bina yapılması, ağaç dikilmesi veya tarım yapılması durumunda iâde ve tazmin kurallarının nasıl olacağı konusu farklı şekillerde ele alınıp değerlendirilmiştir.

Gasbedilen arazide bina yapımı ve ağaç dikilmesi konusunda, Çelebi iki görüşten bahsetmektedir. Onun burada bahsettiği her iki görüş, Üsrûsenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin eserlerindeki ilgili fetvâların tekrarından ibarettir. Söz konusu eserlerde zikredilen görüşlerden ilki, Hanefî fakihlerinden Kerhî’ye (ö. 340/952) aittir. Bu görüşe göre, bina ve ağaçların değeri arsadan fazla ise gâsıp

---

<sup>139</sup> Haskefi, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdurrahman, **ed-Dürrü’l-muhtâr şerhu Tenvîri’l-ebşâr ve câmi’i’l-bihâr**, thk. Abdülmun‘im Halil İbrahim, Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 2002, s. 614.

<sup>140</sup> İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr** C. VI, s. 186.

değerini ödemek suretiyle cebren arsaya malik olur ve sahibi arazisini alamaz; ancak arsanın değeri fazla ise, bu durumda arsa sahibi bina ve ağaçların değerini ödeyerek cebren onlara sahip olur.<sup>141</sup> Kerhî'nin bu görüşüne göre, değeri az olan çok olana tabi olmakta ve yapılan bina veya dikilen ağaçların değerinin çok daha kıymetli olması durumunda sahibinin arsa üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermektedir. Kadı Ebû Ali en-Nesefî'den rivâyetle bu durum şöyle anlatılmaktadır:

Kerhî, bazı kitaplarında detaylı bir şekilde bunu zikretmiştir. O, bu konuda şöyle demiştir: “Eğer arsanın (saha) değeri binanın değerinden fazlaysa, arsa sahibinin bunları alma hakkı olur; ancak arsanın değeri binanın değerinden az ise, bu durumda sahibinin bunları alma hakkı yoktur. Büyük bir ağaç (sâce) üzerine yapılan binada da hüküm aynıdır. Dedi ki: Kitapta (Kudûri) zikredilenlerden maksat budur.” Zannetti ki bu, mezhebin görüşüdür.<sup>142</sup>

Çelebi ve diğerlerinin zikrettiği diğer görüşe göre de, binanın yıkılması ve ağacın sökülmesi arsaya zarar vermiyorsa; bunlar kaldırılır ve arsa, sahibine iâde edilir; ancak bunların kaldırılması zarar veriyorsa, mal sahibi bina ve ağaçların sökülmüş haldeki (maklûan) değerlerini ödeyerek bunlara sahip olabilir.<sup>143</sup> Çelebi, Kudûri'nin (ö. 428/1037) *el-Muhtasar*'ından iktibas ettiği bu görüşü şu şekilde anlatmaktadır:

Bir kimse başkasına ait olan bir araziye gasp edip üzerine ağaç diker ya da bina yaparsa, gâsıba “ağaç ve binaları sök ve onu boş olarak teslim et” denilir. Eğer bu sökme işlemi arsaya zarar veriyorsa, mal sahibi bina ve ağaçların sökülmüş haldeki (maklûan) kıymetini ödeyerek bunlara sahip olabilir.<sup>144</sup>

Kerhî'ye ait olan yukarıdaki bu görüşe göre, gâsıp arazi üzerine yaptığı değerli

<sup>141</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>b</sup>-79<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 382<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 355<sup>b</sup>-356<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 135.

<sup>142</sup> Bu kısım Çelebi'de biraz daha farklı olarak şu şekilde aktarılmaktadır: “Kadı Ebû Ali en-Nesefî'nin Kerhî'den onun da İmam Muhammed'den aktardığına göre, binanın kıymeti arazinin kıymetinden fazlaysa, arsanın değerini ödemek suretiyle gâsıbın cebren onlara malik olma hakkı vardır. Öyle ki, bu durumda sahibinin arazisini alma hakkı yoktur. Ancak binanın kıymeti arazinin kıymetinden az ise, bu durumda sahibinin arsa üzerindeki söktürme hakkı olur. Dedi ki, İmâm-ı Muhammed'in *el-Kitap*'taki (Kudûri) “*O kişiye şöyle söylenir: Onu sök.*” sözünden de anlaşılabilir budur. Dedi ki, bu mezhebin görüşüdür. Zehîrada bu şekilde zikredilmiştir.” Bkz. Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>b</sup>-79<sup>a</sup>.

<sup>143</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>b</sup>. Ayrıca bkz. Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 382<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 355<sup>b</sup>-356<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 135; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 850.

<sup>144</sup> Kudûri, **el-Muhtasar**, s. 130; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 301; Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 382<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 355<sup>b</sup>-356<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 135; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>b</sup>; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 850.

bir bina ile başkasının arazisini ele geçirmiş olmaktadır. Ancak Kerhî'nin bu görüşü, mezhep içerisinde tercih edilmemiştir. Üsrüşenî'nin, Neseî'ye nisbet edilen *Uddetü'l-fetâva ve'l-müftîn* adlı eserden iktibas ettiği rivâyetin İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Çelebi'de tekrarlanması da bunu göstermektedir. Burada Kerhî'nin görüşünün güzel olduğu, bazı müteahhir Hanefî âlimlerin bu görüşü tercih ettiği, ancak meşâyihle ittiba edilerek Kudûri'nin *el-Muhtasar*'ındaki görüşle fetvâ verildiği aynen şu ifadelerle anlatılır:

*Uddetü'l-fetâvada* zikredildiğine göre, bazı müteahhir âlimler Kerhî'nin görüşüyle fetvâ vermişlerdir. Bu görüş güzeldir; [ancak] biz meşâyihimize uyarak *Kitab*'ın (Kudûri) cevabıyla fetvâ veriyoruz. Çünkü onlar *Kitab*'ın cevabını terk etmezlerdi.<sup>145</sup>

Yukarıda görüldüğü üzere, Kerhî'nin bu görüşü vâkıât türündeki eserlerde zikredilse de meşâyih tarafından kabul görmemiştir. Bunu, İbn Âbidîn'in *Reddü'l-Muhtâr*'ında açık bir şekilde görebiliyoruz. Kendisi, burada Kerhî'nin sözü ile fetvâ verilemeyeceğini ve binanın kıymeti fazla olsa da arsanın sahibine verileceğini şöyle ifade etmiştir:

Şayet binanın değeri daha fazla ise, gâsıp arazinin kıymetini tazmin eder ve ona binayı kaldırması da emredilmez. Bu, Kerhî'nin görüşüdür. *en-Nihâye* adlı eserde, Kerhî'nin bu görüşünün daha sonra gelecek olan tavuk ve benzeri meselelere daha uygun olduğu ifade edilmiştir. Fakat İmâdî'de şöyle denilmektedir: Biz Kerhî'nin cevabı ile değil, meşâyihimize uyarak *Kitab*'ın cevabıyla fetvâ veririz. Zirâ meşâyihimiz *Kitab*'ı terk etmezlerdi. *Kitab*'ta zikredilen cevap da şöyledir: Mutlak olarak, gâsıba binayı kaldırması ve sahibine iade etmesi emredilir. Ankarî'nden naklen Hâmidî'ye'de şöyle denilmiştir: Kerhî'nin sözü ile fetvâ verilmez. Ebussuûd açıkça bunu belirterek Rum diyarı Şeyhülislâmı Ali Efendi'nin de binanın yıkılması hususunda fetvâ verdiğini söylemiştir. Bu görüş, *Fetâva-yı Ebussuûd* ve Kuhîstânî'den alınmıştır. Bu cevap, ne güzel bir cevaptır. Çünkü bununla zulüm kapısı kapatılmaktadır. Bu mesele ile tavuğun inciyi yutması ve benzeri meselelerin arasını ayırmak mümkündür. Şöyle ki, tavuğun inciyi yutması ve benzeri meselelerde kasıt yoktur, zaruret vardır. Arsanın gasbedilmesi meselesi, isteğe bağlı ve kasta dayanır. Anlaşıldığı üzere şârih (Haskefi) burada Kerhî'nin görüşü üzerine bir yol izlemiştir.<sup>146</sup>

Mecelle'nin 906. maddesinde tercih edilen görüş, Kudûri'nin *el-Muhtasar*'ındaki görüşe yakındır. Burada belirtildiğine göre, kişiye gasbettiği araziye

<sup>145</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 382<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 355<sup>b</sup>-356<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 135

<sup>146</sup> İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr* C. VI, s. 192.



yaptığı bina veya diktiği ağacı kaldırarak arsayı sahibine teslim etmesi emredilir; şayet bu işlem arsaya zarar veriyorsa, arazi sahibi bina ve ağaçların sökülmiş ve yıkılmış haldeki değerlerinden (*maklûan*) söküm ve yıkım masraflarını (*ücret-i kal'*) çıktıktan sonra geride kalan değer (*müstehikku'l-kal'*) üzerinden ödeme yaparak bunlara sahip olabilir.<sup>147</sup> Akif Aydın'ın da ifade ettiği gibi, Mecelle burada gâsıplara karşı çok sert davranmakta, onların uğrayacakları zararı dikkate almamakta ve sadece mal sahiplerinin menfaatlerini düşünmektedir.<sup>148</sup> Ancak kişi ağaç dikmeyi veya bina yapımını gasben değil de kendi malı olduğu düşüncesiyle yapmış ve bu işlemlerin kıymeti arsanın değerinden fazla ise, Mecelle bu kişinin arsa ücretini ödeyerek buraya sahip olabileceğini söylemiştir.<sup>149</sup> Görüldüğü üzere Mecelle bu meselede iyi niyetli kişilerle kötü niyetli olan kişileri birbirinden ayrı değerlendirmektedir.

Gasbedilen tarlaya ekilen zirâi ürünlere gelince, normal şartlarda gâsıbın bu ekinleri sökerek araziyi mal sahibine iâde etmesi gerekir. Çünkü onun hukuka aykırı olan bu fiili, kişinin mülkünde olan bir malın kullanımına engel olmaktadır. Şayet gâsıp bunları yapmazsa, mal sahibi bunları bizzat kendisi yapabilir. Çünkü söz konusu durum kadıya götürülse, oda bu şekilde hüküm verecektir. Şayet arazinin sahibi ortalıkta yoksa ve bu esnada ekin yetişirse, çıkan mahsül gâsıbın kendisine ait olur. Ancak tarlanın kullanımı sebebiyle bir eksiklik meydana gelmişse, gâsıp bunu tazmin eder. Burada meydana gelen eksikliğin az veya çok olmasının bir önemi yoktur. Söz konusu eksiklik, bu arazide ziraat yapmak suretiyle toprağın uğrayacağı verim kaybı şeklinde olabileceği gibi başka bir şekilde de olabilir. Yalnız burada eksikliğin tazmin borcu doğurabilmesi için bunun gâsıbın fiil ve kusuru ile meydana gelmiş olması gerekir.<sup>150</sup> Arazi sahibi ürünler yetişmeden önce gelirse, bu durumda dilerse ürünler

---

<sup>147</sup> Mecelle 906. madde “*Mağsûb arz olup da gâsıp anın üzerine ebniye inşa yahut eşcâr gars etse, bunları kal' ile arzı reddetmek üzere gâsıba emrolunur. Ve eğer, ebniye ya eşcârın kal'i arza muzır ise, mağsûbun minh anların müstehikku'l-kal' olarak kıymetlerini itâ ile anları dahi zapt edebilir. Fakat ebniye ya eşcârın kıymetleri arzın kıymetinden ziyade olup da sebab-i şer'i zu'miyle inşa yahut gars olunmuş ise ol halde ebniye yahut eşcârın sahibi arzın kıymetini itâ ile arzı temellük eder.*” Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 850.

<sup>148</sup> Aydın, “İslâm Hukukunda Gasp”, s. 193-194.

<sup>149</sup> Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 850.

<sup>150</sup> Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 297. Bu durum Mecelle'nin 907. Maddesinde şu şekilde maddeleştirilmiştir. “Bir kimse, âharın arsasını gasb ve zirâat eylese, sahibi, arsasını istirdad ettikde, ol

yetişinceye kadar sabreder ve sonra ekinlerin sökülmesini emreder, dilerse de bunların kıymetini ödeyerek sahip olur.<sup>151</sup>

#### **D. Gasbedilen Gayrimenkullere Yapılan İlâve ve Sorumluluk**

Görebildiğimiz kadarıyla Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin eserlerinde gâsıp tarafından gayrimenkullere yapılan ilâvenin nasıl tazmin edileceği hususuna değinilmemiştir. Bu konu diğerlerinde menkul mala yapılan ilâve bağlamında ele alınırken, Çelebi gayrimenkullere yapılan ilâve durumuna da yer vermiştir.

Gasbedilen gayrimenkule gâsıp tarafından bir ilâve yapılması durumu, bu ilâvenin asıl maldan ayrılmasının mümkün olup olmamasına göre değerlendirilmektedir. Eğer gayrimenkule yapılan ilâvenin ayrılması mümkünse, bunun gâsıba iâde edilmesi ya da değerinin ödenmesi gerekir. Çünkü ilâve edilen şeyin kendisinin veya bedelinin sahibine verilmemesi, mülk sahibi açısından haksız bir kazanç olur. Örneğin bir kimse gasbettiği eve alçı yaparsa, sahibi mala ilâve edilen alçıyı tazmin ederek alır veya gâsıbın bunu almasına razı olur. Çünkü ilgili fetvâda alçı, evden ayrılması mümkün ve mütekavvim olan bir mal olarak görülmektedir. Her ne kadar bu alçının izalesi duvara zarar verecek olsa da, mülk sahibi herhangi bir bedel ödmeden buna sahip olamaz. Bu yüzden ev sahibinin önünde iki seçenek vardır; ya

---

kimsenin zirâatıyla terettüb eden noksan-ı arzı dahi tazmin ettirir”. Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 862.

<sup>151</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>b</sup>, 80<sup>b</sup>, 96<sup>b</sup>. Bu durum Mecelle'nin 907. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: “Bir kimse, âharın arsasını gasb ve zirâat eylese, sahibi, arsasını istirdad ettikde, ol kimsenin zirâatıyla terettüb eden noksan-ı arzı dahi tazmin ettirir”. Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 862. Çelebi'nin belirttiği kurallar bu şekilde olmakla birlikte ekilen ürünün durumuna göre zaman içerisinde farklı hükümler de geliştirilmiştir. Örneğin, mahsul yetişip olgunlaşmış fakat henüz toplanmamışsa, sahibi bunu kaldırarak tarlasını geri alabilir. Buradan çıkan mahsül gâsıba ait olur, ancak tarlanın kullanımı sebebiyle bir eksiklik meydana gelmişse, gâsıp bunu tazmin eder. Ürün meydana çıkmakla birlikte henüz olgunlaşmamışsa, bu durumda gâsıp belirli bir bedel karşılığında malın hasat zamanına kadar tarlada kalması için mal sahibiyile anlaşabilir. Anlaşma olmazsa mal sahibi ürünleri söktürüp tarlasını geri alabilir, kullanım esnasında bir değer kaybı olduysa yine bunu tazmin ettirebilir. Tohum yeni ekilmekle birlikte henüz meydana çıkmamış ise, mal sahibinin 3 seçeneğinin olduğu ifade edilir. Ürünün yetişip olgunlaşmasını bekler ve hasattan sonra tarlasını geri alır veya ürünün sökülecek seviyeye kadar büyümesini bekler ve sonrasında söktürerek alır veyahut da tohumun ekilmiş haldeki kıymetini ödeyerek buna sahip olur. Ancak Ebu Yusuf bu durumda tohumun ekilmiş haldeki değerinin değil, mislinin ödeneceği, böylece ekim için sarf edilen emeğin tazmin edilmeyeceği görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 862-864.

kıymetini tazmin ederek ona sahip olacak veya gâsıbın alçığı almasına imkân tanıyacak.<sup>152</sup> Burada Çelebi'nin aktardığı rivâyette alçı, maldan ayrılması mümkün olan bir mal olarak değerlendirilmiş ve ona yönelik cevap verilmiştir.

Ancak gâsıb tarafından yapılan ilâvenin gayrimenkulden ayrılması mümkün değilse; mülk sahibi ilâve edilen şeyin değerini ödeyerek malını alabileceği gibi değerini tazmin ettirerek malını gâsıba da bırakabilir. Çelebi'nin *el-Muhît* adlı eserden aktardığı fetvâ örneğinde görüldüğü üzere, bir kimse gasbettiği evi 10.000 dirhemlik bir boya ile süslerse, ev sahibinin seçim hakkı vardır. Sahibi isterse gâsıbın ilâve ettiği boyanın değerini ödeyerek evini alır, isterse değerini tazmin ettirerek evi gâsıba bırakır.<sup>153</sup> Gayrimenkule yapılan bu ilâvenin mütekavvim bir mal olması ve geri alınmasının da mümkün olmayışı, bedelinin mutlaka ödenmesini gerektirmektedir. Çünkü bedeli ödenmeden alınırsa, bu durum mal sahibi açısından sebepsiz zenginleşmeye yol açar. Zira gasbedilen evin boyanmasıyla birlikte kişinin mal varlığında da bir artış (zenginleşme) olurken, gâsıbın mal varlığında bir azalma (fakirleşme) meydana gelmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere başkasının mal varlığından haklı bir sebebe dayanmadan zenginleşen kişinin, söz konusu zenginleşmeyi geri vermesi gerekir.

#### **IV. Gasbedilen Menkul ve Gayrimenkul Mallarda Sonradan Meydana Gelen Fazlalıkların ( Zevâid) Telefi ve Bunların Sorumluluğu**

Gasbedilen menkul ve gayirmenkul mallarda sonradan meydana gelen fazlalıkların gasp çerçevesinde tazmin edilmesi, Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde ele alınan bir konudur. Burada gasbedilen şeyin yavrusu ve kendisinde meydana gelen muttasıl (bitişik) ve munfasıl (bitişik olmayan) ziyâdeler ile gasbedilen bahçenin meyveleri gibi sonradan ortaya çıkan fazlalıkların sorumluluk açısından durumları ve bunların hangi durumlarda tazmin edileceği hususları üzerinde durulmuştur.<sup>154</sup> Tespit edebildiğimiz kadarıyla Üsrüşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin eserlerinde bu konuya temas edilmemiştir. Çelebi'nin ed-

<sup>152</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 79<sup>b</sup>.

<sup>153</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 79<sup>b</sup>.

<sup>154</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 130; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 303.

*Damânât*'ında ise bu konu, gasbedilen cariyenin gâsıbın yanında doğurması ve gasbedilen koyunun sütünün sağılması örnekleriyle gündeme getirilmiştir.<sup>155</sup>

Hanefilerdeki hâkim anlayışa göre, gasbedilen arazi üzerindeki ağacın meyveleri veya ekinler ile kölenin çocuğu, hayvanın yavrusu ya da sütü gibi gasbedilen malda sonradan meydana gelen şeyler (zevâid), gasp sorumluluğu çerçevesinde tazmine konu olmazlar. Çünkü bu anlayışa göre, gâsıbın elinde iken ortaya çıkan fazlalıklar üzerinde mal sahibinin zilyetliği henüz tahakkuk etmediği için, zilyetliğin giderilmesi de mümkün değildir.<sup>156</sup> Meydana gelen bu ziyâdelerde, mal sahibinin meşrû zilyetliğini izâle etme gibi gâsıbın haksız bir fiili bulunmadığı için de bunlar üzerinde gasp fiili tahakkuk etmez. Zevâid üzerinde gasp fiili gerçekleşmediği için de kendiliğinden telef olmaları halinde bunlar tazmine konu edilmezler. Bir örnekle açıklamak gerekirse, gasbedilen bir tarladaki ağaçta sonradan meydana gelen meyveler ile tarladaki ekinler gasp edilmiş sayılmaz. Söz konusu mallarda sahibinin henüz zilyetliği oluşmadığı için zilyetliğinin kaldırılması suretiyle gasbın gerçekleşmesi de mümkün değildir. Bu durum, Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde detaylı olarak şöyle anlatılır:

Gasbedilen şeyin yavrusu ile bu malın kendisinden meydana gelen artışlar ve gasbedilen bir bahçenin meyveleri, gâsıbın elinde emanettir. Şayet bunlar gâsıbın elinde iken helâk olursalar, onun için tazmin sorumluluğu olmaz. Ancak gâsıp bunlara yönelik hukuka aykırı bir eylemde bulunur (teaddî) veya sahibi istediğinde bunlara engel olursa, bu durumda sorumlu olur. **Şâfiî bu konuda şöyle dedi:** Gasbedilen malın zevâidi, ister muttasıl olsun isterse munfasıl, bunlar tazmin edilir. Çünkü burada gasp fiili mevcuttur. Bu da, rızası olmadan başkasına ait bir mal üzerinde zilyetliğin tesis edilmesidir. Nitekim haremnden çıkarılan ceylan, çıkarılan kişinin elinde doğduğunda bu kişi yavrudan sorumludur. **Ancak** -daha önce zikrettiğimiz gibi- **bize göre** gasp, başkasına ait bir mal üzerinde mâlikin zilyetliğini izâle edecek şekilde zilyetliğin tesis edilmesidir. Meydana gelen bu ziyade üzerinde mâlikin zilyetliği henüz mevcut olmadığı için gâsıbın bu mal üzerindeki zilyetliği izâlesi de söz konusu değildir. Şayet kişinin bu ceylan yavrusu üzerinde zilyetliğinin sabit olduğuna itibar edilirse, gâsıp bunu izâle etmiş değildir. Çünkü gâsıp zahiren malı sahibinden alı koymuyor. Şayet kişi yavruyu talep ettikten sonra bunu alıkoysa sorumlu olur. Bu yavruya yönelik hukuka aykırı bir eylemde bulunduğu da -el-Kitap'ta da ifade edildiği gibi- aynı durum söz konusudur. Bu söz konusu ziyadenin itlaf edilmesi,

<sup>155</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 29<sup>a</sup>, 32<sup>a</sup>.

<sup>156</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, C. VII, s. 145; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 303; Mevslî, *el-İhtiyâr*, C. III, s. 64; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 287; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 178; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 392-393; Aydın, "Gasp", C. XIII, s. 391; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil*, s. 130-131.

boğazlanması, yenilmesi ve satılarak başkasına teslim edilmesi yoluyla olur. Haremden çıkarılan ceylanın yavrusuna gelince, bu yavru şayet serbest bırakılmadan önce kendiliğinden helâk olursa, bir alı koyma söz konusu olmadığı için gâsıp sorumlu olmaz. Ancak hak sahibi olan kişi bunu talep ettikten sonra yavru helâk olmuşsa, bu durumda alıkoyma olduğu için gâsıp sorumlu olur. Meşâyihimizin çoğu bu görüştedir.<sup>157</sup>

Yukarıdaki pasajda da görüldüğü üzere, gasbedilen malda sonradan meydana gelen bu fazlalıklar (zevâid) mal sahibine aittir, talep edildiğinde gâsıbın asıl mal ile birlikte bunları teslim etmesi gerekir. Kişinin araziye girmesine veya zevâidin bakımına engel olunmuyorsa sorumluluğun doğmayacağı söylenir. Malın zevâidi, mevcutsa aynen sahibine iâde edilir, gâsıbın elindeki bu mal mücbir sebep veya üçüncü bir şahsın haksız fiiliyle telef olursa, gâsıp için tazmin sorumluluğu doğmaz. Çünkü onlara göre, zevâid, gâsıbın elinde emânet hükmünde olduğu için, sorumluluğu da emânet hükümleri çerçevesinde olur. Ancak zevâid, gâsıbın fiil veya kusuruyla telef olur ya da onun tarafından tüketilirse, itlaf sorumluluğu çerçevesinde bunların tazmin edilmesi gerekir. Zira meydana gelen zararın faili de, sorumlusu da gâsıbın kendisidir. Bu kural Mecelle'nin 903. maddesinde aynen benimsenmiştir.<sup>158</sup> Hukuka aykırı olan bu fiilleri gâsıp değil de bir başkası yaparsa, bu durumda bunları itlaf eden kişi tazminle sorumlu olur. İmâm Muhammed'e göre, mal sahibi bunu gâsıba tazmin ettirebilir, fakat gâsıp daha sonra zararlı eylemin failine rücû ederek ödediği bu bedeli geri alabilir.<sup>159</sup> Görüldüğü üzere bir şeyin gasba konu olmaması, onun hiçbir şekilde tazmine konu olmadığı anlamına gelmez. Gayrimenkuller gasba konu olmaz, ancak ona verilen zararlar itlaf sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilir.<sup>160</sup>

## V. Gâsıbın Sorumluluktan Kurtulması

Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde kişinin sorumluluktan kurtulması için sadece gâsıbın aldığı malı geri iâde etmesi gerektiği ifade edilmiş,

<sup>157</sup> Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 303.

<sup>158</sup> Mecelle 903. madde. “*Mağsûbun zevâidi sahibinindir. Ve gâsıb ânu istihlâk ederse dâmin olur. Meselâ, mağsûb olan hayvanın, gâsıb yedinde hâsıl olan sütün ve yavrusu ve bir bahçenin yed-i gâsıbdâ iken husûle gelen meyvesi, mağsûbun minhin malı olmakla, gâsıb bunları istihlâk eylerse dâmin olur. Kezâlik bir kimse, birinin kovanını içindeki arısıyla beraber gasb etse, sahibi, arısıyla beraber kovani istirdad ettikde, gâsıb yanında iken hâsıl olan balını dahi alır.*” Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 837-838.

<sup>159</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 78<sup>a-b</sup>.

<sup>160</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VII, s. 162; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 303; Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 64.

bunun haricinde gâsıbın sorumluluktan kurtulduğu durumlara ilişkin başka bir bilgiye yer verilmemiştir. Üsrûşenî bu konuyla ilgili olan fetvâları eserine almış, daha sonra İmâdüddîn bu rivâyetlerin başına “*gâsıbın kendisiyle sorumluluktan kurtulduğu şeyler*” başlığını eklemiştir, Şeyh Bedreddin aynı başlık altında bu fetvâları aktarmış ve nihayet Çelebi “*gasp sebebiyle gereken şeyler ve gâsıbın bunlardan kurtulması (ibrâ)*” başlığı altında bu konuları işlemiştir. Şimdi bunları ele alacağız.

### **A. Malın Sahibine İâdesi**

Gâsıbı sorumluluktan kurtaran şeylerin başında aldığı malı sahibine geri iâde etmesi gelmektedir. Gasbedilen bir malın sahibine iâde edilmesi gerektiğini ve bu malın sahibine iâdesiyle gâsıbın tazmin sorumluluğundan kurtulacağını daha önce ifade etmiştik. Bununla ilgili bilgiler daha önce verildiği için burada tekrar edilmeyecektir.

### **B. Kişinin Gasbedilen Malına Yönelik Tasarrufu**

Gâsıbın aldığı malı herhangi bir yolla sahibine vermesi veya onun istifadesine sunması durumunda, kendisinin gasp sorumluluğundan kurtulacağı ifade edilmektedir. Söz gelimi, gâsıp aldığı malı sahibinin istifadesine sunar ve mülk sahibi de gasbedilen malına yönelik yeme, içme, binme, kullanma ve giyme gibi bir eylemde bulunursa, bu durumda malını kabzetmiş ve geri almış gibi kabul edildiği için gâsıbın tazmin sorumluluğundan kurtulacağı söylenir. Bu durum Hanefî fakihlerinden Burhânüşşerîa el-Buhârî'nin *et-Tecrîdü'l-Burhânî* adlı eserine referansla anlatılmaktadır. Burada belirtildiğine göre, bir kimse başkasının mülkünde yaptığında gâsıp sayılacağı türden eylemleri gasbedilen malına yönelik yaparsa, sahibi malını teslim almış sayılır ve gâsıp sorumluluktan kurtulur.<sup>161</sup> İlgili örneklere bakıldığında burada sahibinin bilgisinin bir öneminin olmadığı dikkatleri çekmektedir. Yani kişinin bu eylemleri kendi malı olduğunu bilmeden yapması sonucu değiştirmemektedir. Örneğin Hâharzâde'nin *el-Mebsût* adlı eserinde; gâsıbın aldığı malı sahibine hibe edip teslim ettiği veyahut gasp ettiği yemeği yedirip elbiseyi giydirdiği durumlarda, sahibinin bilgisi olmasa da

<sup>161</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 354<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 50<sup>a</sup>.

sorumluluktan kurtulacağı hususunda icmâ olduğu söylenmektedir.<sup>162</sup> Hatta kişi gâsıbın yedirdiği bu malın kendisine ait olduğunu bilmese de gâsıbın sorumluluktan kurtulacağına genel bir kural (kıyas) olduğu ifade edilmektedir. Çünkü bu şekilde, mülk sahibinin hakkına ulaştığı ve gasp eyleminin ortadan kalktığı varsayılmaktadır. Hanefîlerin bakış açısına göre, gâsıp şeklen de olsa malı sahibine vermek suretiyle bu eylemini sona erdirmiştir. Zira sahibinin haberi olmasa da gasbedilen malın sahibine ulaştığı düşünülmektedir. Gasbedilen bir malı sahibine tükettirmek ya da kullanırmak kabz gibi değerlendirilmektedir; ancak burada kabzın tam olarak gerçekleştiğini söylememiz için gâsıbın bunu bildirmesi veya mal sahibinin bundan haberdar olması gerekir. Çünkü söz konusu fiilleri, malın geri verilmesi olarak kabul etmek mal sahibini zarara sokabilir. Zira o, kendisine ikram edildiği için bunu yiyip içmiş olabilir, kendi malı olduğunu bilse belki de böyle bir tasarrufta bulunmayacaktı. Bu sebeple gâsıbın sorumluluğunun devam etmesi hakkaniyet açısından daha doğrudur.

Ancak gâsıp aldığı malın isim, mana ve mahiyetini değişikliğe uğratabilecek şekilde bir işlem yapmışsa, bu durumda sorumluluğu devam eder. Nitekim yine Hâharzâde'nin *el-Mebsût* adlı eserinde belirtildiğine göre; kişinin gasp ettiği buğdayı öğütüp ekmek yaparak sahibine yedirmesi veya kuru hurmayı nebiz haline getirip sahibine içirmesi ya da bir bezi kesip diktikten sonra sahibine giydirmesi durumunda, gâsıbın sorumluluktan kurtulmayacağı hususunda icmâ edilmiştir. Çünkü gâsıbın mal üzerinde yaptığı değişiklik, malı sahibinin mülkiyetinden çıkarıp kendi mülkiyetine sokmuştur, bu durum teslim anlamına gelmediği için de gâsıp sorumluluktan kurtulmamaktadır.<sup>163</sup>

Aynı şekilde sahibinin cariyesini gâsıpla evlendirmesi şeklinde malına yönelik bir tasarrufun da gâsıbı sorumluluktan kurtaracağı ifade edilir. Ancak bu durum Hanefî fakihleri arasında tartışmalıdır. Sahibi gasbedilen cariyesini gâsıpla evlendirirse, Ebû Hanîfe'nin kıyasına göre gâsıp sorumluluktan kurtulmaz iken; Ebû Yûsuf'a göre kurtulur. Bu tartışma, satın alınan cariyesinin teslimden önce evlendirilip

<sup>162</sup> Üsrüşeni, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 354<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132-133; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 52<sup>b</sup>, 53<sup>a</sup>.

<sup>163</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 53<sup>a</sup>.

evlendirilmeyeceği meselesine dayanmaktadır. Ebû Yûsuf satın aldığı cariyeyi teslim almadan önce evlendiren kişinin cariyesini teslim almış gibi kabul edileceğini, Ebû Hanîfe de kişinin bununla teslim almış sayılmayacağını söyler. Söz konusu durum gasp olayında düşünüldüğünde teslimden önce sahibi tarafından cariyenin gâsıbla evlendirilmesi teslim alma anlamına gelmediği için Ebû Hanîfe gâsıbın sorumluluktan kurtulmadığı, buna mukabil Ebû Yûsuf bunun malı kabzetme ve geri alma anlamına geldiği için gâsıbın sorumluluktan kurtulduğu görüşünü benimser.<sup>164</sup>

### C. Gâsıp İle Sözleşme Yapma

Gâsıbı sorumluluktan kurtaran hallerden biri de, kişinin malıyla ilgili gâsıpla sonradan bir sözleşme yapmasıdır. Üsrûşenî ile İmâdüddîn'in eserinde kaynağı belli olmayan bu meselenin Şeyh Bedreddin'de *Muhît-i Dinârî* adlı esere dayandığı görülmektedir.<sup>165</sup> Fudayl Çelebi ise bu konuyu *ez-Zehîra*'daki fetvâdan hareketle daha geniş bir şekilde aktarmaktadır. Burada yer alan fetvâya göre, mal sahibi kullanması veya kendi işinde çalışması için gasbedilen kölesini gâsıba kiralarsa, gâsıp yapılan bu icâre akdinin hükmü ile söz konusu malı kabzetmiş sayılarak sorumluluktan kurtulur. Çünkü burada gasp sebebiyle olan kabzın icâredeki kabzın yerine geçeceği, böyle olunca gâsıbın emîne dönüşeceği ve yeni bir gasp olmadığı sürece söz konu kişinin bundan sonra emîn olarak sorumlu olmayacağı söylenir.<sup>166</sup> Bu örnekte yapılan icâre akdinin hükmü ile mal üzerinde bulunan bir önceki elin (zilyetlik) sorumluluğunun sona erdiği anlaşılmaktadır. Zikredilen hüküm aktarıldıktan sonra gasbın teaddî yoluyla mâlikin zilyetliğinin yok olması anlamına geldiği, yapılan bu icâre akdinin hükmü ile teaddî manasının ortadan kalkarak gâsıbın sorumluluktan kurtulacağı, tazmin sorumluluğu ortadan kalktığından yeni bir sebep olmadan geri dönmeyeceği ve bu meselede böyle bir şeyin olmadığı ifade edilmektedir. Burada görüldüğü üzere, gasp fiili ile ortaya çıkan sorumluluk, kiralama akdi ile sona ermekte ve bu andan itibaren icâre hükümleri geçerli olmaktadır.<sup>167</sup>

<sup>164</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 354<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 51<sup>a</sup>.

<sup>165</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132.

<sup>166</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 50<sup>a-b</sup>.

<sup>167</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 50<sup>a-b</sup>.



Ancak kişi malını gâsıba âriyet olarak verirse; bu durum, gâsıbın sorumluluğunun ortadan kalkması için yeterli görülmemektedir. Çünkü gâsıp, sadece yapılan bu âriyet akdi ile malı kabzetmiş sayılmamaktadır; zira kabzın gerçekleşebilmesi için kölenin işe başlamış olması gerekmektedir. Burada ifade edildiğine göre, gâsıbın tazmin sorumluluğundan kurtulması onun malı kabzetmesiyle, malın kabzı da ancak kölenin çalışmaya başlamasıyla gerçekleşmektedir. Çünkü âriyet sözleşmesi, teberru işlemi olduğu için akde konu olan mal üzerinde zilyetliğin sübutu (*istihkâk-ı yed*) ancak kölenin çalışmaya başlamasından sonra olur. Müsteîrin söz konusu mal üzerindeki zilyetliği ile de gâsıbın bu mal üzerindeki zilyetliği kalkar. Zira müsteîrin zilyetliği, yed-i emânet; gâsıbın zilyetliği ise, yed-i damândır ve bunların aynı anda bir mal üzerinde bulunması mümkün değildir. Yukarıda da görüldüğü üzere yapılan sözleşmenin hükmü ile gâsıbın teaddî yoluyla aldığı bu mal üzerindeki haksız zilyetliği sona ermiştir. Teaddînin ortadan kalkmasıyla birlikte gâsıp sorumluluktan kurtulduğu için de bu malın yeni bir sebep olmadan tekrar tazmine konu edilmeyeceği prensibi benimsenmiştir. Gâsıbın maldan istifade etmesi için mal sahibinin izin vermesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>168</sup>

Aynı şekilde gâsıp, aldığı köleyi kendisine hizmet etmesi veya çalışması için sahibinden kiralarsa, gâsıp ancak köle bu iş için çalışmaya başladıktan sonra sorumluluktan kurtulur. Bu ve bunun gibi örneklerde sorumluluğun doğmasında özellikle *kabza* vurgu yapılmaktadır. Yukarıdaki örnekte kölenin işe başlamasıyla ücretin vücûbiyeti tahakkuk etmiş, ücretin kişiye vacib olmasıyla da kabz gerçekleşmiş kabul edildiğinden gâsıbın sorumluluğu sona erer.<sup>169</sup> Bir başka örnek de, gâsıbın aldığı bu mala binmek için onun sahibinden kiralamasıdır. Kişi gasp yoluyla aldığı hayvana binmek için sahibiyile bir kira sözleşmesi yaparsa, gâsıp yine sorumluluktan kurtulur. Çünkü bir malın menfaatinden faydalanmak, ancak onun teslim edilmesi ile mümkündür. Bu durumda gâsıp yapılan bu icâre akdinin hükmüyle malı teslim almış kabul edilir ve onun söz konusu mal üzerindeki gasptan doğan zilyetliği de sona erer.

<sup>168</sup> Üsrûşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 371<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 353<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 132; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 50<sup>a-b</sup>.

<sup>169</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 50<sup>b</sup>.

Çünkü böyle bir durum, gasp sorumluluğunun yok olmasını gerektirir. Zira ücret ile damân aynı anda bir arada bulunamaz.<sup>170</sup>

Her ne kadar yukarıdaki örneklerde ifade edilmese de, gasp eden kişinin söz konusu durumlarda tamamen sorumluluktan kurtulduğunu söylemek mümkün değildir. Sözü edilen bu durumlarda sorumluluktan berî olmak şu anlama gelmektedir: Gâsıp kendisiyle yapılan icâre sözleşmesi ile hukuka aykırı olan bu eyleminden doğan sorumluluğundan kurtulur, ancak sözleşmeye aykırı davranarak akde konu olan mala zarar verirse bu durumda yine sorumlu olur. Yani bu tür meselelerde gasptan kaynaklanan sorumluluk ortadan kalkar, ancak yerini sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğa bırakarak varlığını devam ettirir. Yukarıdaki icâre örneğinden devam edecek olursak, gasbedilen mal gâsıbın herhangi bir müdahalesi olmadan helâk olduğunda bunun tazmin edilmesi gerekirken, bu mal ona kiralandıktan sonra kendiliğinden telef olursa tazmine konu olmaz. Ancak kişi bu sözleşmeye aykırı davranarak söz konusu mala zarar verirse, bu durumda tazmine konu olur. Başka bir ifadeyle belirtecek olursak, yapılan sözleşme kişinin gasptan kaynaklanan sorumluluğunu (*damânü'l-gasp*) sona erdirmiş, ancak ona sözleşmeden doğan yeni bir takım sorumluluklar yüklemiştir. Görüldüğü üzere, gasbedilen malın daha sonra yapılan meşrû bir sözleşme ile gâsıba bırakılması, tazmin sorumluluğunu büsbütün ortadan kaldırmamaktadır.

#### **D. Kişinin Gasbedilen Malına Yönelik Talimat Vermesi**

Gâsıbı sorumluluktan kurtaran hallerden birisi de, mal sahibinin verdiği talimatın gâsıp tarafından yerine getirilmesidir. Kişi, gasbedilen malına yönelik gâsıba bir şey yapması hususunda talimat verir ve gâsıp da bunu yaparsa, söz konusu durumun gâsıbı sorumluluktan kurtaracağı ve gasp eylemini sona erdireceği ifade edilmektedir. Gâsıbın burada sorumluluktan kurtulması emredilen şeyi yapmasına bağlıdır, bu yüzden söz konusu talimat yapıncaya kadar gasptan kaynaklanan sorumluluğun devam ettiği düşünülmektedir. Nitekim Üsrüşenî ve diğerlerinin *Fetevâ-i Ehl-i Semerkand* adlı eserden aktardığı rivâyette görüldüğü üzere, bir kimse gasbedilen

---

<sup>170</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 50<sup>b</sup>-51<sup>a</sup>.

koyununu kurban etmesi için gâsıba emrederse, kurbanı kesmeden önce gâsıp sorumluluktan kurtulmaz, ancak söz konusu emri bir fiil yerine getirdiğinde sorumluluktan kurtulur.<sup>171</sup> Aynı şekilde kişi, gâsıba malını satmasını emreder veya onu satışa vekil tayin ederse, sonrasında satış eylemini gerçekleştirirse de gâsıbın teslimden önce sorumluluktan kurtulmayacağı ifade edilir. Çünkü gâsıbın bu mal üzerindeki gasp zilyetliğinin sona ermesi, ancak gasba konu olan bu malın teslimiyle mümkündür. Bu yüzden, gasbedilen mal satımdan sonra teslimden önce helâk olursa, malı müşteriye teslim etmediği sürece gâsıbın sorumluluğu devam eder.<sup>172</sup>

### **E. Malın Kabz Edilmesine Yönelik Sahibinin Onayı**

Malın kabzedilmesine yönelik sahibinin sonradan verdiği onay da gâsıbı sorumluluktan kurtaran hallerden biridir. Kişi başkasının malını izinsiz olarak alır veya aldığı malı yabancı birisine emânet (*vedîa*) olarak verir ve daha sonra sahibi malın teslim alınmasını (*kabz*) onaylarsa, (*icâzet*) bu onay geçerli olur ve gâsıp sorumluluktan kurtulur. Çünkü sonradan kabza gösterilen rıza, başlangıçta verilen izin gibidir. Ancak bu konu Ebû Hanîfe ile İmâm Muhammed arasında tartışmalıdır. Bunun aslı, sonradan verilen bir izin ve onayın (*icâzet*) geçerli olup olmayacağı hususundaki tartışmaya dayanmaktadır. Sonradan verilen icâzetin akitlere katılıp (*ilhâk*) geçerli olmasında herhangi bir ihtilaf yok iken, icâzetin fiil kapsamında kabul edilmesi tartışmalıdır. Ebû Hanîfe'ye göre sonradan verilen icâzet fiillere katılıp geçerli olmaz, buna mukabil İmâm Muhammed'e göre geçerli olur. Örneğin, bir kimse başkasına ait hayvanı gasp ettikten sonra onu getirip kendi ahırına koyar veya gasp yoluyla aldığı malı yabancı birisine verir, daha sonra da sahibi bunu onaylarsa; Ebû Hanîfe'ye gâsıp sorumluluktan kurtulmaz, ancak İmâm Muhammed'e göre kurtulur. Her ne kadar bu durum tartışmalı olsa da, gerek Üsrûşenî ile İmâdüddîn gerekse Çelebi *ez-Zehîra* adlı eserlerdeki nakilden hareketle sonradan verilen icâzetin fiillere katılıp geçerli olmasının sahih olduğunu ifade etmektedirler.<sup>173</sup> Söz konusu eserlerde İmâm Muhammed'in

<sup>171</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 354<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 51<sup>a</sup>;

<sup>172</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 354<sup>a</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 51<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132.

<sup>173</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 371<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 354<sup>a</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 51<sup>b</sup>-52<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 132.

görüşünün tercih edildiği görülmektedir. Buna göre, gasbedilen mala yönelik sonradan verilen izinler, önceden verilmiş gibi kabul edilir ve bununla sorumluluk ortadan kalkar.

#### F. Mal Sahibinin İbrâsı

Gâsıbı sorumluluktan kurtaran hallerden bir diğeri de, mal sahibinin gâsıbı sorumluluktan ibrâ etmesidir.<sup>174</sup> Hanefî mezhebinin temel öğretisine göre, kişinin gasbedilen malına yönelik ibrâsı, gâsıbı tazmin sorumluluğundan kurtarır, ancak Züfer'e göre kurtarmaz.<sup>175</sup> Bu durum, Serahsî'nin *el-Mebsût* adlı eserinde şu örnek üzerinden izah edilmektedir:

Bir kimse başkasına ait bir malı (*ayn*) gasp ettikten sonra sahibi (mağsûbu min) gâsıba [hitaben]“*seni gasptan beri kıldım*” der ve daha sonra mal gâsıbın elinde iken telef olursa, mezhebimizin âlimlerine göre hiçbir şey tazmin etmez. Ancak Züfer, gâsıp tarafından malın değerinin ödeneceğini söylemiştir.<sup>176</sup>

Yukarıdaki pasajda geçen “*mezhebimizin âlimlerine göre*” ifadesiyle, mezhepteki hâkim olan görüşün bu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Züfer'e göre, mala (*ayn*) yönelik ibrâ, geçersizdir. Çünkü onun bakış açısına göre, ibrâ mevcut bir hakkı düşürme (ıskat) anlamına geldiği için, *ayn* (mal) ıskâta elverişli değildir. Mal hakkında yapılan ibrâ işlemi geçerli olmadığı için de, sorumluluk ortadan kalkmamaktadır. Ancak Serahsî'nin ifadesine göre mal sahibinin “*seni gasptan beri kıldım*” demesi, gasp sebebi ile gâsıbın mâlike ödemesi gereken şeyin sorumluluğundan kurtarılması anlamına gelir.<sup>177</sup> Yani buradaki ibrâ, gâsıbın mâlike ödemesi gereken şeyin sorumluluğuna yöneliktir. Nitekim Hanefîlerden Ahmed b. İsa el-Keşşî'nin (ö. 550/1155) *Mecmû'u'n-nevâzil* adlı eserinden iktibasla, ayânın ibrâyâ ihtimali olmadığı, bu yüzden gasbedilen mala yönelik ibrânın gâsıbı sorumluluktan kurtarmayacağı; ancak kişinin ibrâ ederken mala değil de damâna niyet ederse, yapılan bu ibrâ işleminin geçerli olarak ilgili kişiyi gasp sorumluluğundan kurtaracağı ifade

---

<sup>174</sup> Hukuki bir terim olan ibrâ, bir kimsenin başkasının zimmetinde bulunan hakkından karşılıksız olarak vazgeçmesini veya bu hakkın sahibi tarafından düşürülmesini ve dava konusu olmaktan çıkarılmasını ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, Hacı Yunus, “İbrâ”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2000, C. XXI, s. 263-266.

<sup>175</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XI, s. 107; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 54<sup>a</sup>.

<sup>176</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XI, s. 107.

<sup>177</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XI, s. 107.

edilmektedir. Aynı şekilde Semerkandî'nin *en-Nevâzil* ve *el-Uyûn* adlı eserlerinden alınan fetvâ örneklerinde, gasbedilen mal aynen mevcut ise, yapılan ibrâ işleminin damâna (*damânü 'l-gasp*) yönelik olup gâsıbın elindeki malın da emânete dönüşeceği anlatılmaktadır. Bu anlatılanlar, malın mevcut olması durumunda geçerlidir. Görüldüğü üzere, mal mevcut iken yapılan ibrâ işleminin damâna tevîl edilerek geçerli kabul edildiği görülmektedir. Şayet, gasbedilen mal telef olmuş ya da tüketilmişse; bu durumda ibrâ borca, yani kıymete yöneliktir. İbrâ da ıskat anlamına geldiği için deyn ibrâyı kabul eder. Bu durumda ibrâ geçerli olduğu için de, gâsıp tazmin sorumluluğundan kurtulur.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 54<sup>a</sup>.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### İTLAF SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA MALA YÖNELİK HAKSIZ FİLLER

Hanefî fakihlerinden Kâsânî'ye göre mala yönelik haksız fiillerin temelde gasp ve itlaf olmak üzere iki çeşit olduğunu ifade ederek bir önceki bölümde gasp sorumluluğunu ele almıştık. Bu bölümde ise, Hanefî mezhebinin kurucu imamlarının görüşleri etrafında şekillenen itlaf doktrininin bu çalışmanın kaynakları olan vâkıât türündeki eserlerde Hanefî hukukçuları tarafından revize edilerek nasıl geliştirildiğini göstereceğiz.

Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in *fusûl* ismini taşıyan eserlerinin damân bölümleri ile Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı kitabında itlaf başlığını taşıyan müstakil bir bölüm olmadığı gibi itlaf kavramını ya da bu kavramla aynı anlamsal içeriğe sahip olan ifsat ve istihlak terimlerini açıklayan bir tanım da mevcut değildir. Üsrûşenî ve İmâdüddîn ile Şeyh Bedreddin itlaf konularını gasp konusuyla iç içe ele alırken; Çelebi bunların büyük çoğunluğunu *damânâtü 'ş-şirb*, bir kısmını da bir *damânâtü 'l-gasp* ve *damânâtü 'l-cinâyât* başlığı altında ele almıştır. Söz konusu eserlerde dağınık olarak sunulan bu konuları, itlaf başlığı altında toplayarak inceleyeceğiz.

İtlaf sorumluluğu bağlamında mala yönelik olan haksız fiiller ismini taşıyan bu bölümde, itlafın tanımı ile itlaf eylemlerinde tazmini gerektiren şartları ve sorumluluk hallerini ele aldıktan sonra mübâşeret (*doğrudan itlaf*) ve tesebbüb (*dolaylı itlaf*) hallerinde tazmin kurallarının nasıl ve ne şekilde olduğunu, Hanefî meşâyihinin itlafla ilgili ortaya çıkan meseleleri nasıl çözüme kavuşturduklarını ve bunları yaparken hangi tür araçları kullandıklarını yukarıda zikredilen eserlerdeki örnek olaylar çerçevesinde ele alıp değerlendireceğiz.

## I. İTLAFIN TANIMI

Sözlükte “zarar vermek, bitirmek, yok etmek ve tüketmek” anlamlarına gelen itlaf kelimesi, esas olarak gasp ve hırsızlık dışındaki mala yönelik tüm haksız fiilleri ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir.<sup>1</sup>

Hanefî fûrû-ı fıkıh literatürünün neredeyse tamamında “*itlaf*” kavramını terim olarak açıklayan bir tanım yoktur. Tespit edebildiğimiz kadarıyla klasik Hanefî fûrû-ı fıkıh literatüründe bu kavramı terim olarak açıklayan sadece Kâsânî’dir. O itlaf kavramını “*Bir şeyi, âdeten kendisinden beklenen şekilde faydalanılabilir olmaktan çıkarmaktır. Bu da hakka aykırı bir davranış ve zarar vermektir.*” şeklinde tarif etmektedir.<sup>2</sup> Kaynaklardaki ilgili örneklerle bakıldığında itlaf vakaları; bir malın kısmen veya tamamen yok edilmesi, kendisinden beklenen menfaatlerin tamamının veya bir kısmının giderek ayıplı hale gelmesi ya da değişmesi suretinde gerçekleşmektedir.<sup>3</sup> Buna göre itlaf kavramının, *başkasına ait bir malın, kısmen veya tamamen yok edilmesi veya âdeten kendisinden beklenen menfaatin eksilmesine ya da kaybolmasına sebep olan her türlü haksız fiil* anlamına geldiğini söylemek mümkündür.

İtlaf kelimesi, esas itibariyle mala yönelik zarar manasına gelse de, İslam hukukçularının kullanımında çok daha geniş bir yere sahiptir. Örneğin Hanefî mezhebinin temel kaynaklarında mala yönelik olan haksız fiillerin yanı sıra şahıs ve

<sup>1</sup> el-Feyrûzâbâdî, Mecdüddin Muhammed bin Yakub, **el-Kâmûsü'l-Muhît**, 8. Baskı, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 2005, s. 794; İbn Manzûr, **Lisânü'l-Arab**, C. IX, s. 18; Feyyumi, Ebû'l-Abbas Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Hamevî, **el-Misbâhü'l-münir fi Garibi's-Şerhi'l-Kebir**, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, y.y., C. I, s. 76.

<sup>2</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 164 “لِأَنَّ إِتْلَافَ الشَّيْءِ إِخْرَاجُهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ مُنْتَفَعًا مَطْلُوبَةً مِنْهُ عَادَةً، وَهَذَا “اعْتِدَاءٌ وَإِضْرَافٌ أَنْ اسْتِهْلَاكَ الشَّيْءِ إِخْرَاجُهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ “**Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 149 “مَنْفَعَةٌ مَوْضُوعَةٌ لَهُ مَطْلُوبَةٌ مِنْهُ عَادَةً”.

<sup>3</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 163-165; Mergînânî, **el-Hidâye**, C. IV, s. 297, 300; Burhânüşşerîa el-Buhârî, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C. VII, s. 503; Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C. III, s. 61, 63; Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C.V, s. 228, 229; Bâbertî, **el-Înâye**, C. IX, s. 245, 325, 339, 341, 415; C. X, s. 361-362; Aynî, **el-Binâye**, C. XI, s. 194, 217-218, 524; İbn Nüceym, **Bahrü'r-râik**, C. V, s. 327; C. VI, s. 58; C. VIII, s. 132-133, 190; Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, C. I, s. 170-171, 305-306, 440; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C. VI, s. 193, 619. Ayrıca bkz. Ali el-Haffif, **ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî**, s. 55; Chehata, Chafik, **en-Nazariyyetü'l-âmme**, s. 178; Sirâc, **Damânü'l-udvân fi'l-fikhi'l-İslâmî**, s. 239; Aydın, “İtlâf”, **DİA**, C. XIII, s. 466; Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C. II, s. 482.

vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiillerin de itlaf kavramıyla ifade edildiği görülmektedir.<sup>4</sup> Hanefî fakihlerinin itlaf kavramıyla ilgili ifade ettiği şu önemli bilgiler bunu destekler mahiyettedir:

İtlaf eden kişinin **cana yönelik itlaftaki** suçu (*cinâyet*), **mala yönelik olan itlaftakinden** çok daha büyüktür.<sup>5</sup> (*Mebst*)

Şahitlikten rücu etmesi durumunda, tanıkların telef ettiği şeyler sekiz çeşittir. Birincisi, canı telef etmektir (*itlâfû'n-nefs*). ... İkincisi de malı telef etmektir (*itlâfû'l-mal*).<sup>6</sup> (*en-Nutef fi'l-fetâvâ*)

İtlaf meselelerine gelince, bu konudaki söylenecekler [şöyledir]: İtlaf, insanlara ya da hayvanlar ile cansız varlıklara yöneliktir. **İnsanlara yönelik olan itlafa** gelince, onların canlarına ve ondan daha aşağı derecede olan şeylere (organ) yönelik itlafın hükmünü cinâyât bölümünde zikredeceğiz. **İnsanların dışındaki şeylere yönelik olan itlafa** gelince, gerekli olan şartlar bir araya geldiğinde bunlar tazmini gerektirir. Bu konuda şu üç şeyin sözü edilir: Tazminin gerekliliğinde itlafın sebep olmasının beyanı, tazmini gerektiren şartların beyanı ve gerekli (vacip) olan tazmininin mahiyetinin beyanı. Birincisi: Şüphesiz ki, itlaf -gerekli şartlar bir araya geldiğinde- tazmini gerektiren bir sebeptir. Çünkü **bir şeyin itlaf edilmesi**, âdeten kendisinden beklenen menfaatin faydalanabilir olmaktan çıkarılmasıdır. Bu da, hakka tecavüz ve zarar anlamına gelir.<sup>7</sup> (*Bedâiu's-sanâi'*)

Cana yönelik olan haksız fiillerde şibh-i amd, canın dışındaki yerlerde kasıt (*amd*) sayılır. Çünkü **canın itlaf edilmesinin** hükmü, kullanılan âlete göre değişir.<sup>8</sup> (*Hidâye*)

Fâsık ve facir, **insanların malını ve canını veya her ikisini itlaf etmeye** kasteden kişidir.<sup>9</sup> (*el-Muhîtu'l-Burhânî*)

Kasıt benzeri (*şibh-i amd*) öldürme; nefsin dışındaki yerlerde kasıt sayılır: Çünkü **nefsi itlaf** etmenin hükmü, kullanılan âlete göre değişir, ancak nefsin dışındaki yerlerde hüküm kullanılan âlete göre değişmez.<sup>10</sup> (*İhtiyâr*)

Zorlama (*ikrah*) mülcî olan ikrahla meydana gelirse, zorlanan kişinin (*mükreh*) zorlayan kişinin (*hâmil/mükrih*) aleti olmaya elverişli olduğu yerlerde yapılan fiil onu bu eyleme sevk eden kişiye (*hâmil*) yani mükrihe nakledilir. [Bu

<sup>4</sup> Serahsî, *el-Mebst*, C. XXVI, s. 65, 67, 89, 102; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VI, s. 283, 285; C. VII, s. 164-165, 302; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. II, s. 380; C. IV, s. 444, 456, 493; Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. III, s. 569; C. VIII, s. 237; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. IV, s. 110; C. V, s. 25, 37; Zeylâî, *Tebyñül-hakâik*, C.V, s. 181; C. VI, s. 129, 164; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 214, 258, 361-362; Aynî, *el-Binâye*, C. XIII, s. 75; 143; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VII, s. 127; C. VIII, s. 417, 440; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 129. Ayrıca bkz. Aydın, Mehmet Akif, "İtlâf", *DİA*, İstanbul, 2001, C. XXIII, s. 466; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 482.

<sup>5</sup> Serahsî, *el-Mebst*, C. XXVI, s. 65.

<sup>6</sup> es-Suğdî, Ebû'l-Hasen Ali b. Hüseyin, *en-Nutef fi'l-fetâvâ*, thk. Selâhaddin en-Nâhî, Dâru'l-Furkân, Beyrut, 1404/1984, C. II s. 804-805.

<sup>7</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 164.

<sup>8</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 444.

<sup>9</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. VIII, s. 237.

<sup>10</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. V, s. 25.



durumda], sanki bizzat kendisi **kişinin canını ve malını itlaf etmiş** gibi olur.<sup>11</sup>  
(*Reddî'l-Muhtâr*)

Yukarıda görüldüğü üzere Hanefî mezhebinin fûrû-ı fıkıh metinlerinde kullanılan itlaf kavramı, mala yönelik haksız fiillerin yanı sıra şahıs ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiilleri de içine alan bir kavramdır. Yani Hanefî fakihlerinin kullanımında itlaf, ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan insanlara yönelik olanlar, cinâyât bahislerinde; insanların dışındaki şeylere (hayvan, bitki ve eşya gibi) yönelik olanlar da gasp cinâyet ve itlaf gibi fûrû-ı fıkıh kitaplarının çeşitli bölümlerinde incelenmiştir.

Klasik Hanefî kaynaklarında *cinâyet* kelimesi de -tıpkı itlaf kavramı gibi- tüm haksız fiilleri içine alacak şekilde kullanılmaktadır. Sözlükte “zarar, suç (cerîme), günah ve zararı ihtivâ eden her türlü yasak fiil” gibi anlamlara gelen cinâyet kelimesi, haksız fiillerin tamamını ifade etmek üzere kullanılan genel bir kavramdır.<sup>12</sup> Bu kavram, özel olarak insanın şahıs ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiilleri ifade etmek için kullanılan bir kavram olsa da, kaynaklarda bunun mala yönelik zararlar için kullanıldığı da görülmektedir.<sup>13</sup> Hanefîlerden Kâsânî ile Mevsîlî'nin “*cinâyet*” bölümünde söylediği şu ifadeler bunu açıkça göstermektedir:

Cinâyet, aslında iki çeşittir. Bunlardan biri hayvanlara ve cansız varlıklara yönelik cinâyet, diğeri de insanlara yönelik cinâyetlerdir. Hayvanlara ve cansız varlıklara yönelik cinâyetler de, gasp ve itlaf şeklinde iki çeşittir. Bunlardan her birini gasp bölümünde zikretmiştik. Bu bölüm, sadece insanlara yönelik cinâyetlerin hükmünü açıklamak için konulmuştur.<sup>14</sup> (*Bedâiu's-sanâi* ')

Cinâyât, cinâyet kelimesinin çoğuludur. Cinâyet ise, içerisinde zarar bulunduran her türlü yasak (*mahzur*) fiildir. Bu, bazen insanın kendi şahsına, bazen de başkasına karşı olur. [Bu sebeple] “*kendisine ve başkasına karşı cinâyet işledi*”

<sup>11</sup> İbn Âbidîn, *Reddî'l-Muhtâr*, C. VI, s. 129.

<sup>12</sup> Feyrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 1087, 1271; İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, C. XIV, s. 154; Ali b. Muhammed eş-Şerîf el-Cürcânî, *Kitabu't-Tarifât*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1423, s. 179; el-Konevî, Kâsım b. Abdullah b. Emir Ali, *Enîsü'l-Fukahâ fî Ta'rîfâti'l-Elfâzı'l-Mütedâvileti Beyne'l-Fukahâ*, thk. Yahya Hasan Murad, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2004, s. 108; Ebü'l-Bekâ el-Kefevî, *el-Külliyât Mu'cem fi'l-Mustalahât ve'l-Furûki'l-Lugaviyye*, thk Adnan Derviş-Muhammed Mısrî, Müessesetür-Risâle, Beyrut, t.y., s. 331, 356; eş-Şâzelî, Hasan Ali, “Cinâyet”, *DİA*, İstanbul 1993, C. VIII, s. 14.

<sup>13</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XVI, s. 188-192; C. XXVII, s. 98; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, C. VI, s. 73; Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. VII, s. 515; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C. VI, s. 154; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 338; Aynî, *el-Binâye*, C. XIII, s. 275; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 122; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 48<sup>b</sup>, 89<sup>a</sup>, 93<sup>a</sup>, 94<sup>b</sup>, 337<sup>b</sup>-338<sup>a</sup>, 343<sup>b</sup>.

<sup>14</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, C. VI, s. 233;

denilir. Başkasına karşı işlenen cinâyet; cana (*nefs*), organlara (*uzuv*), namusa ve mala karşı olur. **Nefse karşı işlenen cinâyetlere**; öldürme, asma ve yakma adları verilir. Uzuvlara karşı işlenen cinâyetlere ise, kesme, kırma ve yaralama isimleri verilir. Burada nefse ve uzuvlara karşı işlenen cinâyetleri ve bunlar için gerekenleri açıklayacağız. İffet ve şerefe karşı işlenen cinâyetler iki kısımdır: Biri zina iftirasıdır (*kazif*), daha önce açıkladığımız üzere bunun gereği haddir. Diğeri de, gıybettir; bunun gereği günahdır ve bu da âhiret ahkâmındandır. **Mala karşı işlenen cinâyetlere**; *gasp*, hıyanet ve çalmak adları verilir ki, bunların gereğini hırsızlık ve *gasp* bahislerinde Allah'ın inayetiyle açıklamıştık.<sup>15</sup> (*İhtiyâr*)

Gerek yukarıda örnek olarak alınan iki pasajda gerekse Hanefî kaynakların neredeyse tamamında, cinâyet kelimesinin cana ve mala karşı işlenen tüm yasak (*haram*) fiilleri ifade eden üst bir kavram olduğu, ancak fakihlerin hususi olarak cana yönelik haksız fiilleri ifade etmek üzere “*cinâyet*” kelimesini, mala karşı olanları ifade etmek üzere de “*gasp*”, “*itlaf*” ve “*sirkat*” gibi kavramları tercih ettikleri müşâhede edilmektedir.<sup>16</sup> Dolayısıyla cinâyet kelimesinin, cana ve mala yönelik haksız fiillerin her ikisini kapsayacak şekilde kullanımını genel, sadece cana yönelik olanları ifade etmek için kullanımını da özeldir. Nitekim Osmanlı şeyhülislâmlarından Molla Hüsrev (ö. 885/1480) bunu şöyle ifade etmektedir:

Cinâyet, şer'an haram olan bir şeyi yapmayı ifade etmek için kullanılan bir isimdir. Mala veya cana taalluk eden cinâyetler bu konuda eşittir. [Yani aralarında herhangi bir fark yoktur.] Fukahânın ıstılahında “*cinâyet*” kelimesi cana ve organlara taalluk eden şeylere, “*gasp*” ve “*sirkat*” terimleri de mala taalluk eden şeylere mahsustur.<sup>17</sup>

## II. İTLAF EYLEMLERİNDE TAZMİNİ GEREKTİREN ŞARTLAR

İtlaf sebebiyle meydana gelen zararların tazmin durumlarına geçmeden önce, oluşan zararlı eylemlerin tazmine konu olabilmesi için gerekli olan şartları ele almak yerinde olacaktır. Çünkü meydana gelen bir itlaf hadisesi, her zaman tazmin sorumluluğunu doğurmaz. İtlaf hadiselerinin tazmin sorumluluğunu doğurabilmesi için gereken bazı şartlar vardır. Şimdi bunları ele alalım.

<sup>15</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. V, s. 22.

<sup>16</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. V, s. 22; Aynî, *el-Binâye*, C. XIII, s. 62; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>, 289<sup>b</sup>; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 527,

<sup>17</sup> Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s.88. Benzer ifadeleri görmek için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, C. XVII, s. 84; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. V, s. 22; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.VI, s. 97; Bâbertî, *el-Înâye*, C. X, s. 203; Aynî, *el-Binâye*, C. XIII, s. 62; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 527.

### A. İtlaf Edilen Şeyin Mülkiyette Bulunması

İtlaf edilerek zarar gören şeyin tazmine konu olabilmesi için öncelikle onun mülkiyette bulunması (*memlûk*) gerekir. Ormandaki bitkiler, dere, çay, ırmak, su ve ateş gibi hiçbir kimsenin mülkiyeti veya tasarrufu altında bulunmayan mubah mallar (*el-emvâlü'l-mübâha*), itlaf edildiğinde tazmine konu olmazlar. Bunun yanı sıra hiçbir kimsenin mülkiyetinde bulunmayan mubah alanlarda yapılan fiillerin yol açtığı zararlar da tazmine konu edilmez.<sup>18</sup> Çünkü Kâsânî'nin de belirttiği üzere mubah mallar itlaf edildiğinde tazmin sorumluluğu doğurmaz; bunlar, ancak mülkiyete girmiş olması durumunda (ihraz ve istfla gibi) tazmine konu olur.<sup>19</sup>

### B. İtlaf Edilen Şeyin Mütekavvim Olması

İkinci olarak, itlafa konu olan bir şeyin tazmin edilebilmesi için itlaf edilen eşyanın mal olması ve dinin kullanımına izin verdiği bir nesne (*mütekavvim*) olması gerekir. İslam hukukuna göre mal kabul edilmeyen şeyler ile şer'an mütekavvim olmayan mallara yönelik zararlar, tazmin sorumluluğu doğurmaz. Örneğin dinin kullanımına izin vermemesi sebebiyle kan, meyve, domuz ve şarap gibi şer'an mütekavvim olmayan şeylerin, Müslümanlar nezdinde hukukî açıdan herhangi bir değeri yoktur. Bu yüzden söz konusu malların zarara uğraması, Müslümanlar arasında tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Ancak söz konusu itlaf hadisesi Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında olursa, Hanefîlere göre bunun sonucu farklıdır. Şöyle ki, bir Müslüman gayrimüslimin şarap gibi mislî veya domuz gibi kıyemî bir malını itlaf ederse, söz konusu durum tazmin borcu doğurur. Her ne kadar şer'an mütekavvim olmayan bu tür mallar, Müslümanlar arasında tazmin borcu doğurmasa da, Hanefîler gayrimüslimlere ait olması durumunda bunların tazmin edilmesi gerektiği görüşünü benimser. Çünkü Müslümanlar nezdinde hukuken herhangi bir değeri olmayan bu tür mallar, onlar hakkında mütekavvim olarak kabul edilmektedir. Zira onlara göre domuz, bizdeki koyun; şarap da süt gibi kabul edilmektedir. Normal şartlarda mislî olan bir malın, misliyle tazmin edilmesi gerekirdi; ancak Müslümanların kendilerine göre şer'an mütekavvim olmayan şarap gibi bir malı satın alıp misliyle ödemeleri

<sup>18</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 86<sup>b</sup>.

<sup>19</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, C. VII, s. 168.

mümkün olmadığı için bunun kıymetini/değerini öderler. Çünkü bir Müslümanın bu tür bir malı mülk edinmesi (*temellük*) mümkün olmadığı gibi başkasına mülk olarak devretmesi (*temlik*) de mümkün değildir. Görüldüğü üzere itlaf edilen bir malın tazmine konu olabilmesi, onun mütekavvim olmasına bağlıdır. Malın mütekavvim olması da, sahibine göredir. Yani tazmin sorumluluğunda bir şeyin mütekavvim olarak kabul edilmesinde telef edilen şeyin sahibi dikkate alınmaktadır. Eğer bir mal, sahibi açısından mütekavvim olarak kabul ediliyorsa sorumluluk doğar, aksi takdirde bu durum tazmine konu edilmez. Müslümanın zimmî olan birinin domuz ve şarap gibi bir malına verdiği zararı tazmin etmesi bu yüzdendir.<sup>20</sup> Her ne kadar söz konusu mallar Müslümanlar açısından mal olarak kabul görülmesi de, bunlar zimmîler için mütekavvim hükümünde olduğu için tazmine konu edilirler.

### C. İtlaf Edenin Tazmine Ehil Olması

Tazmini gerektiren şartlardan bir diğeri de, telef edenin tazmin sorumluluğunu yüklenebileceği durumda olmasıdır.<sup>21</sup> İtlaf eden kişi (*mütlif*), sorumluluğun kendisine yüklenebileceği bir mahal değilse, oluşan zararı tazminle yükümlü olmaz. Örneğin hayvanların kendiliğinden yaptığı zararlar heder olarak kabul edilir ve bu durum tazmine konu edilmez. Çünkü hayvanlar, tazmin ehlinde değildir.<sup>22</sup> Köleler de tazmin ehlinde değildir, ancak onların yaptığı zararlı fiillerde durum biraz daha farklıdır. Kölelerin yaptığı zararlı eylemlerde, olayın doğrudan faili olarak kendilerinin sorumlu olması gerekir; ancak onlar sorumluluğun yüklenebileceği bir mahal olmadığı için gerçekleştirmiş oldukları hukuka aykırı fiillerden efendileri sorumlu tutulmaktadır.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 36<sup>b</sup>, 38<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 168; Ali el-Haffî, **ed-Damân**, s. 53; Zühaylî, **Nazariyyetü'd-damân**, s. 58-59. Malikiler de Hanefiler gibi düşünürken, Şafîî ve Hanbelî fakihleri, bu hususta Müslüman ile gayrimüslim arasında herhangi bir fark gözetmez. Yani bu mallar, Şâri tarafından mütekavvim mal kabul edilmedikleri için hiçbir şekilde tazmine konu edilmezler. Bkz. İbn Kudâme, **el-Muğni**, C. VII, s. 424; Şirbinî, **Muğni'l-Muhtâc**, C. III, s. 151-152.

<sup>21</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, C. VII, s. 168.

<sup>22</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 375<sup>b</sup>-376<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 346<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 118; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 336<sup>b</sup>. Bu durum Mecelle'nin 94. ve 929. maddesinde aynen ifade edilmiştir.

<sup>23</sup> Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 110; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 26<sup>b</sup>.

### III. İTLAF EYLEMLERİNDE SORUMLULUK HALLERİ

Meydana gelen bir itlaf hadisesinin tazmine konu olup olmayacağını ya da sorumluluğun kime yükleneceğini belirlemek için öncelikle itlaf türünün tespit edilmesi gerekmektedir. Daha önce ifade edildiği üzere İslam hukukunda akit dışı meydana gelen zararlarda sorumluluk halleri, fiilin meydana gelişine göre ikiye ayrılmaktadır. Zarara yol açan fiil, insanın doğrudan etkisiyle meydana geliyorsa **mübâşeret**; dolaylı etkisiyle meydana geliyorsa da **tesebbüb** halleri söz konusu olur. Şimdi yukarıda zikredilen eserler bağlamında bunları ele alacağız.

#### A. Mübâşeret

Sözlükte, arada vasıta olmaksızın bir şeyin doğrudan yapılması anlamına gelen mübâşeret kavramı, haksız fiiller bağlamında “*kişinin işlediği fiil ile meydana gelen zarar arasına başka ihtiyarî bir fiil girmeden zararın doğrudan failin fiilinden kaynaklanması*” anlamına gelmektedir.<sup>24</sup> Bu tanıma göre, akit dışı meydana gelen haksız fiillerdeki mübâşeret kavramı, “*fiil ile zarar arasındaki doğrudan ilişki*” veya “*zarara yol açan fiilin doğrudan işlenmesi*” ya da “*doğrudan itlaf*” gibi manalara gelecek şekilde ifade edilebilir. Haksız fiillerde bir şeyin doğrudan itlaf edilmesi, fıkıh kitaplarında mübâşeret kavramıyla ifade edildiği için bunu yapan kişiye de *mübâşir* denilmektedir.<sup>25</sup>

Meydana gelen bir itlaf hadisesinde zarar, sorumlu tutulabilecek bir kişinin (*fail*) fiilinden kaynaklanıyor ve araya başka bir fiil girmiyorsa, bu durumda doğrudan itlaf (*mübâşeret*) halleri söz konusudur. Mübâşeret yoluyla meydana gelen zararlarda, kişi sorumluluğun kendisine yüklenebileceği biriyse, zararı tazminle sorumlu olur. Kandil ipinin kesilmesi, tulumun yarılması, başkasına ait bir hayvanın boğazlanması ve daha

---

<sup>24</sup> Hamevî, **Gamzü uyûni'l-besâir**, C. I, s. 466; Ensârî, **Esnâ'l-Metâlib**, C. IV, s. 4; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc**, C. V, s. 216; Karâfî, **Envârü'l-burûk**, C. II, s. 204; C. IV, s. 27-28; Aydın, “İtlâf”, **DİA**, C. XIII, s. 466.

<sup>25</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XI, s. 54; Zeylât, **Tebyînül-hakâik**, C. V, s.187; Hamevî, **Gamzü uyûni'l-besâir**, C. I, s. 466; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc**, C. V, s. 216; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr**, Dâru'l-Fikir, Beyrut, 1412, C. VI, s. 597; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. I, s. 685; Abdul Basir Bin Mohamad, “Strict Liability in the Islamic Law of Torts”, **Islamic Studies**, C. XXXIX, sy.3, s. 455-456.

önce kazılan çukura birinin atılması buna verilen klasik örneklerdendir.<sup>26</sup> Bu tür olaylarda doğrudan itlaf eyleminde bulunan kişinin (*mübâşir*) oluşan zararları tazmin etmesi gerekir. Doğrudan itlaf hallerinde mübâşirin tazminle sorumlu olması için *teaddî* şartı aranmamaktadır. Çünkü itlafın bu türünde zarara yol açan eylemin yapılmış olması, sorumluluk için tek başına yeterlidir. Yani fiilin kasten veya kasıtsız (*min gayri kast*) olarak işlenmesi, hukukî açıdan sonucu etkilememektedir. Kişinin fiili doğrudan zarara yol açıyorsa, bunları tazmin eder. Örneğin bir kimse kendisine ait olduğunu düşünerek veya ayağının kaymasıyla üzerine düşerek başkasının malını itlaf ederse, meydana gelen zararı tazmin eder. Görüldüğü üzere, mübâşeret tek başına tazmin sebebi olarak kabul edilmektedir.

Her ne kadar doğrudan itlaf halleri, tazmin sorumluluğunu eylemin failine yükliyor olsa da, bazı hallerde kişinin ödediği tazminatı almak için rüçû hakkının olduğu ifade edilir. Fudayl Çelebi, bu durumu *el-Münteka* adlı eserden aktarılan bir fetvâ örneğinin içerisinde şu şekilde anlatır:

...Bir kimse “*şu koyunu*” [diyerek belirlediği hayvanı] kesmesi için ücret karşılığı birini tutar ve işçi (*ecîr*) gerçekte başkasına ait olan bu koyunu keserse, bunun kıymetini tazmin eder. İşveren (*mûcir*), bunun başkasına ait olduğunu ona bildirsün veya bildirmesin. [Ancak] kesen kişi [bunun başkasına ait olduğunu] bilmiyorsa, daha sonra [ödediği tazminat bedelini almak için] işverene rüçû eder. Çünkü burada hayvanı boğazlayan kimse (*zâbih*) mübâşirdir. Mübâşirin sorumlu olması için de *teaddî* şart koşulmuş değildir...<sup>27</sup>

Yukarıdaki bu fetvâ örneğinde hayvanı kesen kişi, zararlı fiilin mübâşiri olduğu için öncelikle oluşan bu zararın tazmininden sorumlu tutulmuştur. Çünkü mübâşeret hallerinde sorumluluğun doğmasında *teaddî* şart değildir. Ancak kişi bunu bilmeden yapmışsa, daha sonra ödediği tazminatı almak için işverene rüçû edebilir.

Doğrudan itlaf hallerinde meydana gelen zararlardaki tazmin esasları yukarıda izah edildiği şekildedir. Şimdi, Üsrüşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh

<sup>26</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>-380<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 116-117; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 42<sup>b</sup>-43<sup>b</sup>, 83<sup>b</sup>, 87<sup>a</sup>

<sup>27</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 87<sup>a</sup>.

Bedreddin ve Çelebi'nin müstakil başlıklar halinde ele aldığı doğrudan itlaf örneklerini detaylı bir şekilde ele alıp değerlendireceğiz.

### 1. Ortaklaşa Gerçekleştirilen Eylemlerde Tazmin Sorumluluğu

Kişinin başkasına verdiği zararı tazmin etmesi genel bir kuraldır. Ancak zarar, birden fazla kişinin ortak fiiliyle meydana geliyorsa, bu durumda sorumluluk zarara yol açan fiilin failleri arasında paylaşılır. Başkasının elbisesi üzerine oturarak yırtılmasına sebep olma ile sahibiyile başkası arasındaki çekiştirme sonucu elbisenin zarar görmesi olayları buna verilen klasik örneklerdendir.

Oturma sebebiyle meydana gelen zararlarda, kişi elbisesi üzerine oturduğunu bilmeden ayağa kalkar ve bir başkasının oturmuş olması sebebiyle elbisesi yırtılırsa, oturan kişi meydana gelen zararın yarısını tazmin eder. Çünkü bu eylem, her ikisinin fiiliyle meydana gelmiştir. İnsanın kendisine verdiği zararlarda tazmin sorumluluğu olmayacağı için elbise sahibinin fiili düşer. Oturan kişiye gelince, oturma hususunda onun teaddîsinin olduğu ifade edilir. Çünkü kişinin başkasına ait bir elbise üzerine oturması haksız fiildir. Zikredilen bu görüş, *zâhirü'r-rivâye*dir. Bu örnekte elbise, birinin oturmasının verdiği ağırlık ve diğerinin kalkmasının oluşturduğu gerilme sonucu yırtıldığı için kişiler elbiseyi iki taraftan çekerek yırtmış gibi kabul edilir. Yani, burada her iki kişinin mübâşeretten ortaklaşa verdiği bir zarar söz konusudur. Bu sebeple tarafların meydana gelen zarardan ortaklaşa sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte İbrahim b. Rüstem, İmâm Muhammed'den nakille oturan kişinin tamamını tazminle sorumlu olacağını ifade eder. Çünkü sahibi, burada kişinin oturduğunu bilmediği için ayağa kalkmış ve buna bağlı olarak da elbisesi yırtılmıştır.<sup>28</sup>

Çekiştirme sebebiyle meydana gelen zararlarda da, kişilerin ortaklaşa sorumlu olacağı görülmektedir. Örneğin bir kimse başkasına ait bir elbiseyi alırken sahibi onu tutar ve ikisi arasında meydana gelen çekiştirme sonucunda elbise yırtılırsa, alan kişi

---

<sup>28</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122-123; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 45<sup>a</sup>. Bu durum Mecelle'nin 916. maddesinde şu şekilde tanzim edilmiştir: "Bir kimse, diğerin elbisesini çekip de yırtsa, tamam kıymetini dâmin olur. Amma elbiseye teşebbüs edip de sahibi çekmekle yırtsa nısıf kıymetini dâmin olur. Kezâlik bir kimse, diğerin eteği üzerine oturup da, sahibi bilmeyerek kalkmakla elbisesi yırtılrsa, o kimse elbisenin nısıf kıymetini dâmin olur." Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 888-889.

elbisenin kıymetinin yarısını tazmin eder. Çünkü buradaki örnekte belirtildiğine göre, kişinin çekiştirmesinde bir zaruret yoktur. Zira sahibinin sabrederek olayı mahkemeye götürme imkânı vardır. Elbisenin yırtılması, her iki tarafın fiiliyle meydana geldiği için zarar yarı yarıya paylaşılır. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, kişinin kendisine verdiği zararlarda tazmin sorumluluğu olmayacağı için bu olayda sadece alan kişi tazminle sorumlu olur.<sup>29</sup> Ancak eli ısırılan kişinin elini çekmesiyle karşı tarafın dışının kırıldığı bir olaydaki tazmin durumunun bundan farklı olacağı ifade edilir. Burada belirtildiğine göre, ısırılan kişi elini çekerek karşı tarafın dışını kırsa da, herhangi bir sorumluluğu olmaz. Çünkü ısırılan kişinin canı yandığı için sabrı olmaz ve elini çekmek zorunda kalır. Bu yüzden eline verilen zararın tazmini (*erş*) ısırılan tarafından ödenir. Zira ısırılan kişi hukuka aykırı (cinâyet) bir eylemde bulunmuştur.<sup>30</sup>

Çekiştirme sebebiyle meydana gelen zararlarla ilgili tartışılan bir diğer husus, gasbedilen elbisenin giyilmesi ve taraflar arasında yaşanan çekişme sonucunda elbisenin yırtılmasıdır. Burada asıl mevzubahis edilen şey, sahibinin talepte bulunmadan elbiseyi çekmesi ve bu kişinin elbise sahibi olduğunu bilmediği bir durumda gâsıbın tazmin sorumluluğunun nasıl olacağıdır. Zikredilen fetvâ örneğinde, bir kimse başkasının elbisesini gasp edip giyer, sonrasında sahibi ondan istemeksizin elbiseyi çeker ve bu esnada elbise yırtılırsa, gâsıp bu kişinin elbise sahibi olduğunu bilmiyorsa, bu durumda onun sorumlu olmayacağı söylenir. Çünkü meydana gelen bu olayda zararlı eylemin faili, elbisenin sahibidir. Bu yüzden gâsıba zararın yarısını tazmin etmesi gerektiği söylenmez. Ancak Çelebi'nin naklettiğine göre, İmâm Hâherzâde'nin *el-Mebsût* adlı eserinde giyinmenin mana itibariyle tutmak anlamına gelmeyeceği, gâsıbın elbiseyi giymekle buradaki kastının kendisini örtmek olup sahibinden onu alı koyma gibi bir niyetinin olmadığı ve meydana gelen zararın tamamının sahibine izâfe edileceği söylenmektedir. Fakat sahibi, “*elbisemi geri ver*”

---

<sup>29</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122-123; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 45<sup>a</sup>. Burada bahse konu olan durum Mecelle'nin 916. Maddesinde kanun şeklinde formüle edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 888-889.

<sup>30</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122-123; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 45<sup>a</sup>.



dediği halde gâsıp buna aldırılmamış ve çekilmemesi gereken bir şiddette elbiseyi çekerek yırtılmasına sebep olmuşsa, gâsıbın yine sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmektedir. Bu durumda elbise sahibi, elbiseyi bıçakla parçalamış gibi kabul edilmektedir. Buna karşın sahibi elbiseyi normal şekilde çekmişse gâsıp kıymetin yarısını tazmin eder. Çünkü bu durumda zarar, her iki tarafın hukuka aykırı fiilleriyle meydana gelmiştir. Zira istenildiği halde gâsıbın elbiseyi geri vermekten imtina ederek yanında tutması ve giymesi, onu çekiştirme anlamına gelmektedir. Bu durumda zarar, her ikisinin çekmesiyle meydana gelmiş sayılır. Bu örnekte çekmenin şekli önemlidir. Ancak sahibinin giydiği elbise başkası tarafından çekilir ve yırtılırsa, bu durumda, çeken kişi elbisenin kıymetinin tamamından sorumlu olur. Elbisenin normal ya da aşırı bir şekilde çekilmesi sonucu değiştirmez. Çünkü yırtılma, bu kişinin çekmesiyle gerçekleştiği için zararlı fiil onun çekmesine bağlanır.<sup>31</sup>

## 2. Birleşik ve Benzeri Yapıdaki Eşyalara Verilen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu

Öncelikle birleşik ve benzeri yapıda (*telif-i mürekkeb*) olan şeylerin telef edilmesi durumunda nasıl tazmin edileceği ve bu durumun zarar veren kişiye ne tür bir sorumluluk yükleyeceği gibi konulara değinilmiştir. Böyle durumlarda, zararlı eylemin faili, mümkünse malı aynı hale getirip teslim etmekle sorumlu tutulur. Örneğin bir kimse, dokunan bir halı ya da kilimin ilmeklerini bozar veya dikilen bir gömleği sökerse, iade imkânı olduğu takdirde bu kişiye onu teslim etmesi emredilir. Bozulan şeyi aynıyla teslim etme imkânı yoksa, zarar veren kişiden telef edilen bu türdeki malların kıymeti tazmin ettirilir. Çünkü bir şeyi aynıyla geri vermek mümkün olmuyorsa, kıymetinin tazmini cihetine gidilir.<sup>32</sup>

Ele alınan diğer bir konu, birbirinden ayırt edilebilecek ve edilemeyecek türdeki birleşik nesnelere zarar görmeleri durumudur. Birleşik yapıdaki nesnelere, birbirinden ayırt edilemeyecek türden ise, zararın tamamı tazmin edilir. Ancak birbirinden ayırt

<sup>31</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122-123; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 45<sup>a-b</sup>.

<sup>32</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 381<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 130; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 45<sup>b</sup>-46<sup>a</sup>.

edilmesi mümkün olan ve birinin zarar görmesi diğerine zarar vermeyen türdeki birleşik nesnelere tamamlanarak, sadece zarara uğrayan kısım tazmin edilir. Örneğin bir kimse üzerinde kıymetli taş bulunan bir yüzüğün halkasını kırarsa, sadece halkayı tazmin eder. Çünkü herhangi bir zarar olmadan taşın kurtulması mümkündür.<sup>33</sup>

Birleşik yapıdaki nesnelere tazminiyle ilgili ele alınan bir başka husus da, çift halindeki eşyalardan birinin zarar görmesidir. Bir çift ayakkabı ya da mest veya iki kanatlı bir kapı gibi birlikte bir bütün oluşturan mallardaki itlaf hadiselerinde, sadece telef olan kısmın kıymetinin tazmin ettirileceği söylenir. Örneğin Ebû Yûsuf'tan rivâyet edildiğine göre; bir kimse iki kanatlı kapının birisini veya mestlerden birini yok ettiği durumda, mal sahibi sağlam kalanı zarar veren kişiye verip her ikisinin kıymetini tazmin ettiremez. Ancak *el-Hâniye*'de belirtildiğine göre –ki bu *Cami'ü-sağîrden* alınmıştır– mal sahibi, sağlam olanı zarar verene bırakarak her ikisinin kıymetini tazmin ettirme hakkına sahiptir. Nitekim Çelebi'nin belirttiğine göre *ez-Zehîra* adlı eserde Ebû Câfer'e göre bunların her ikisinin de sahibi tarafından tazmin ettirileceği ve böyle bir durumda mal sahibinin diğer çifti zarar veren kişiye teslim etmeyeceği ifade edilir. Çünkü ona göre tek başına bunlardan faydalanmak mümkün olmayacağı için kişi çift olan bu tür mallardan birini gasp etmesiyle diğerini de gasp etmiş sayılmaktadır.<sup>34</sup>

### 3. Ağaç ve Ekinlerin Tüketilmesi Sebebiyle Oluşan Zararlarda Sorumluluk

Hanefilerdeki hâkim anlayışa göre, arazi üzerindeki ağacın meyveleri veya ekinler gasp sorumluluğu çerçevesinde tazmine konu edilmezler. Bu sebeple sahibinin araziye girmesine veya mahsullerin bakımına engel olunmadığı sürece sorumluluğun doğmayacağı söylenir. Ancak ağaç veya üzerindeki meyveler ile ekinler gâsıbın kusuru veya haksız fiiliyle telef olur ya da zâyî olursa, bunların itlaf sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmesi gerekir.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>a</sup>.

<sup>34</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 130; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 46<sup>a</sup>.

<sup>35</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 382<sup>b</sup>-384<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>b</sup>-352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 127-128; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 96<sup>b</sup>-97<sup>a</sup>.

Ağaçlara yönelik haksız fiillerin yol açtığı zararlarda, mal sahibi sadece meydana gelen noksanlığı tazmin ettirebileceği gibi, telef edilen kısmı zarar veren kişiye bırakarak tamamını da ödettirebilir. Örneğin bir kimse başkasının bahçesindeki ağacın dalını ya da üzüm asmasını keserse, bunun kıymetini tazminle sorumlu olur. Çünkü kişi bunları itlaf ederek haksız bir fiil işlemiştir. Ancak mal sahibi bu konuda tercih hakkına sahiptir; dilerse ağaç ya da asmanın telef edilen kısmını kesen kişiye vererek bunların tamamını tazmin ettirir, dilerse de sadece verilen zararın kıymetini tazmin ettirir. Kıymet belirlenirken ağacın veya asmanın olup olmamasına göre araziye değer biçilir ve aralarındaki fark zararlı eylemin failine tazminat olarak yüklenir.<sup>36</sup>

Ekinlere yönelik haksız fiillerin yol açtığı zararlara gelince, hukuka aykırı eylemde bulunan fail meydana gelen zararları tazminle sorumlu olur. Örneğin bir kimse başkasına ait bir ekin yığımını yakarsa, meydana gelen zararı tazmin eder. Maydana gelen zararın tazmininde şöyle bir yol izlenir: Buğdayın başağından ayrılmadığı haldeki kıymeti daha fazlaysa, misliyle; değilse de kıymetiyle tazmin edilir. Aynı şekilde bir kimse başkasına ait ve ekili olan bir araziye gasp ederek, henüz yetişmeden önce orayı yeniden eker, sular ve sonrasında ürünler birbirine karışırsa, bunlar gâsıba ait olur. Ancak gâsıbın itlaf sorumluluğu çerçevesinde bunları tazmin etmesi gerekir. Çünkü bir cinsle başka bir cinsi birbirine karıştırmak, asla (öz) yönelik bir itlaf eylemi olarak kabul edilmektedir. Örneğin bir kimse buğday ekilen bir araziye gasp ettikten sonra buraya arpa ekerse, buğday tüketilmiş gibi olur. Sahibi dilerse meydana gelen bu eksilmeyi tazmin ettirir. Dilerse de ürünlerin yetişmesini bekler ve ürünler birbirinden ayrıştırılınca herkes kendi hasadını alır.<sup>37</sup>

#### 4. Hayvanlara Verilen Zararlar

Mülkiyette bulunan hayvanlara yönelik haksız fiiller de doğrudan itlaf kapsamında değerlendirilerek tazmine konu olmaktadır. Hayvanların gözlerine yönelik haksız fiillerde noksanlığın tazmini yoluna gidilmekte olup burada takdir

<sup>36</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 382<sup>b</sup>-383<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>b</sup>-352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 127-128; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 98<sup>a</sup>.

<sup>37</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 383<sup>a</sup>-384<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>b</sup>-352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 127-128; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 97<sup>a</sup>-97<sup>b</sup>.

edilen miktar kıymetinin dörtte biridir. Kulak ve kuyruk gibi organlara yönelik haksız fiillerde de kişi eksikliği tazmin etmekle birlikte buradaki noksanlıklar az olarak görülmektedir.<sup>38</sup>

Hayvanların ayaklarına yönelik haksız fiillere gelince, zararın tazmininde hayvanın etinin yenip yenmemesine göre farklı hükümler düzenlenmiştir. Örneğin başkası tarafından ayağı kesilen hayvana verilen zararların tazmininde, söz konusu hayvan eti yenmeyen canlılardan ise, kesen kişi (*haksız fail*) hayvanın tamamından sorumludur. Çünkü eti yenmeyen hayvanlar, ayaklarından birinin kesilmesiyle tamamen yok olmuş sayılırlar. Eti yenen hayvanlardan ise, sahibi hayvanın etini kesen kişiye teslim ederek kıymetinin tamamını tazmin ettirebileceği gibi eti kendisi alarak sadece noksanlığı da tazmine ettirebilir. Çünkü koyun ve besi hayvanları gibi eti yenen hayvanların bir kısmının zarara uğraması, tamamının yok olduğu anlamına gelmez. Hayvanın topallamasına yol açan haksız fiilin durumu da kesme gibi kabul edilmektedir.<sup>39</sup>

Hayvanların boğazlanması türündeki haksız fiillere gelince, bir kimse başkasına ait bir hayvanı boğazlayarak telef ederse, *zâhiru'r-rivâyeye* göre şöyle bir yol takip edilir: Sahibi, hayvanı boğazlayan kimseye teslim ederek tamamını tazmin ettirebileceği gibi hayvanı yanında tutarak sadece noksanlığı da tazmin ettirebilir. Ancak eti yenmeyen hayvanların kıymetinin tamamı tazmin edilir. Çünkü söz konusu eylem, kendisinden beklenen istifadeyi ortadan kaldırdığı için bu durum hayvanın tamamen itlaf edilmesi anlamına gelir. Zira bu hayvanlar, artık bir işe yaramaz.<sup>40</sup>

Yukarıdaki fiillerin tamamında sorumluluk, zararlı eylemin doğrudan faili olan (mübâşir) kişiye yüklenmiştir. Ancak delâleten eylemin yapılmasına yönelik iznin bulunduğu durumlarda mübâşir istihsânen sorumlu tutulmamaktadır. Örneğin yaşama ümidi kalmayan koyun ve benzeri cinsteki hayvanların boğazlanmasında delâleten izin

---

<sup>38</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 377<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 347<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 121; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 341<sup>a</sup>.

<sup>39</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 377<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 347<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 121; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 341<sup>a</sup>-341<sup>b</sup>.

<sup>40</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 377<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 347<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 121; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 341<sup>a</sup>-343<sup>a</sup>.

olduğu ifade edilir.<sup>41</sup> Böyle bir durumda hayvanı boğazlayan kimse sorum olmaz. Çünkü ölme tehlikesiyle karşı karşıya olan hayvanı boğazlamak, hukuka uygun ve sahibine iyilik olarak değerlendirilmektedir. Zira kişi bu eylemiyle hayvanı murdar olmaktan kurtararak sahibinin faydalanabileceği bir hale sokmuştur. Dolayısıyla buradaki aykırı gibi görünen eylem esasında bir tür korumadır. Bunlara *istihsan meseleleri* denilir. Bu durum *Cami 'ul-fusûleyn* 'de şu şekilde anlatılmaktadır:

Yaşama ümidi kalmayan koyun ve benzer cinsteki hayvanların boğazlanmasında delâleten izin bulunmaktadır. Bunlara *istihsan meseleleri* (*el-mesâilü'l-isthsâniyye*) denir. Sadru'l-İslam Tâhir b. Mahmud'un *el-Fevâid* isimli eserinde belirtildiğine göre, bir kimse yaşama ümidi kalmayan bir koyunu boğazlarsa *istihsânen* sorumlu olmaz. Kişi ister yabancı olsun ister çoban olsun fark etmez. At ve katırda yabancının sorumlu olduğuna dair fetvâ verilir. Yabancı, yaşama ümidi kalmayan at ve eşeğin kıymetini tazmin eder; ancak çoban [böyle bir durumda] başkasına ait olan at veya katırı boğazlarsa sorumlu olmaz. Kâdi Zâhir'in *fetâvâsında* zikredildiğine göre, bir kimse koyunun öleceğinden korkar ve sonrasında onu boğazlarsa boğazlama günündeki kıymetini tazmin eder. Hâherzâde yaşama ümidi olan bir koyunu boğazlamışsa bu kişinin sorumlu olacağını, öleceği hususunda kesin bir kanaati oluşmuşsa sorumlu olmayacağını söylemiştir. Çünkü kişi [bir bakıma] onu korumakla emr olunmuş, [bu yüzden de] onu boğazlamıştır. Ölmesi kesin olan koyunu boğazlamak da bir korumadır. Boğazlayan yabancıysa sorumlu olur. Ancak *en-Nevâzil* 'de ifade edildiğine göre, delâleten izin bulunduğu için yabancı da *istihsânen* sorumlu olmaz.<sup>42</sup>

Hayvanlara verilen zararlarla ilgili ele alınan bir diğer konu, insanların tarlasına gelip zarar veren bir hayvanın tarla dışına sürüldükten sonra başına gelen zararların durumudur. Bu meselede tazmin sorumluluğunun nasıl olacağı hususunda örf belirleyici bir fonksiyona sahiptir. Hayvanın tarladan sürülüp çıkartılması, mülk sahibinin hakkıdır. Burada tartışılacak herhangi bir nokta yoktur. Ancak, hayvanı sürüp çıkartma hakkının nereye kadar olduğu hususu tartışmalıdır. Bazıları, arazinin hemen dışına çıkarılan hayvanın daha sonra başına gelecek zararlardan sorumlu olunmadığı; araziden çıkarıldıktan sonra hayvanın sürülmeye devam edilmesi durumunda da sorumlu olunacağı görüşünü benimsemiştirler. Bazıları bu mesafeyi daha da geniş tutarak, araziye dönmesi mümkün olmayan bir mesafeye götürülen

<sup>41</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 270<sup>b</sup> [Nuruosmaniye nüshasında tespit edilemediği için burada Fatih Koleksiyonu 2354 demirbaş nolu nüsha kullanılmıştır.] ; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 348<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 121-122.

<sup>42</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 121-122.

hayvanın başına gelecek zararların sorumluluk doğurmadığını söylemişler. Çoğunluğun benimsediği görüş bu şekilde olup fetvâ bununladır.<sup>43</sup>

Ele alınan diğer bir konu da, yanyana bağlanan hayvanların birbirlerine verdiği zararlardır. Hayvanın başına gelen zarar, kendisinin yanına bağlanan hayvandan kaynaklanıyorsa, burada sorumluluğu belirleyen şey, kişilerin söz konusu yere hayvanlarını bağlama haklarının olup olmadığıdır. Örneğin bir hayvanın bağlı olduğu yere daha sonra birisi gelerek hayvanını bağlar ve aralarında çıkan bir itişme sonucu hayvanlardan biri zarar görürse, her ikisinin de oraya bağlama hakkı varsa sorumluluk yoktur. Şayet burası Müslümanların yolu üzerinde bir yer veya tarafların her ikisinin hayvanlarını bağlama hakkının bulunmadığı bir mekân ise, zarar veren hayvanın sahibi sorumlu olur.<sup>44</sup> Kısaca ifade edecek, olursak söz konusu yere hayvanı bağlamak hukuka uygunsa ise, sorumluluk olmaz; aksi takdirde sorumluluk meydana gelir. Anlatılan bu durum, daha sonra Mecelle'nin 938, 939. ve 940. maddelerinde şu şekilde tanzim edilmiştir:

Bir kimse, kendi mülkünde hayvanını bağlamış olduğu halde, diğer biri gelip de, bilâ-izn oraya hayvanını bağladığı sûrette, sahib-i mülkün hayvanı, ânı tepip telef etse, damân lâzım gelmez. Ve eğer ol hayvan, sahib-i mülkün hayvanını telef etse, sahibi dâmin olur.

Bir mahalde, hayvan bağlamaya hakkı olan iki kimse, hayvanlarını bağladıklarında, hayvanlardan biri diğerlerini telef etse, damân lâzım gelmez. Meselâ, bir hânedede müşterek olan iki kişi, hayvanlarını bir mahalle bağlayıp da, birinin hayvanı diğerinin hayvanını telef etse, damân lâzım gelmez.

İki kişi, hayvan bağlamaya hakkı olmayan yerde, hayvanlarını bağlayıp da, evvel bağlayanın hayvanı, diğerinin hayvanını telef etse, damân lâzım gelmez. Ve sonra bağlayanın hayvanı, evvelkinin hayvanını telef etse, damân lâzım gelir.<sup>45</sup>

## B. Tesebbüb

Sözlükte, bir eylemin dolaylı olarak yapılması veya bir şeye sebep olma karşılığında kullanılan tesebbüb kavramı, haksız fiiller bağlamında “*kişinin işlediği fiil*

<sup>43</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 376<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 346<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 119; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 337<sup>a-b</sup>.

<sup>44</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 270<sup>a</sup> [Bu durum Nuruosmaniye nüshasında tespit edilemediği için burada Fatih Koleksiyonu 2354 demirbaş nolu nüshası kullanılmıştır ]; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 346<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 120; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 340<sup>a</sup>.

<sup>45</sup> Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 937-938.

ile meydana gelen zarar arasına başka ihtiyarî bir fiilin girmesi ve zararın dolaylı yoldan meydana gelmesi” anlamına gelmektedir.<sup>46</sup> Bu tanıma göre haksız fiillerdeki tesebbüb kavramı, “fiil ile zarar arasındaki dolaylı ilişki” veya “zarara yol açan fiilin dolaylı yoldan işlenmesi” ya da “dolaylı itlaf” gibi manalara gelir.

Meydana gelen bir itlaf hadisesinde zarar, kişinin dolaylı fiilinden kaynaklanıyor ve araya başka bir fiil giriyorsa, bu durumda dolaylı yoldan itlaf (*tesebbüb*) halleri mevzu bahis edilir. Bir şeyin dolaylı yoldan itlaf edilmesi, fıkıh kitaplarında tesebbüb/tesbîb kavramıyla ifade edildiği için de, bunu yapan kişiye müsebbib veya mütesebbib denilir.

Meydana gelen zararlarda mübâşir hukuken sorumlu tutulabilecek bir kişi değilse veya zarar başkasının dolaylı fiilinden kaynaklanıyorsa, bu durumda tesebbüb halleri gündeme gelir. Tercih edilen görüşe göre, böyle durumlarda sorumluluk mütesebbibe yüklenir; ancak söz konusu durum Hanefî imamları arasında tartışmalıdır. Ebû Hanîfe’ye göre dolaylı itlaf hallerinde mütesebbib zararı tazminle sorumlu olmaz iken, İmâm Muhammed’e göre bu kişi mutlak olarak sorumlu olur.<sup>47</sup>

Tesebbüb hallerinde meydana gelen zararlarda, kişinin fiili ancak *teaddî* unsurunu taşıdığında tazmin sorumluluğunu doğurur. Bu durum, Çelebi’nin naklettiği pek çok fetvâ örneğinde açıkça görülmektedir.<sup>48</sup> Örneğin *el-Muhîtu’l-Burhânî* adlı eserden iktibas edilen bir fetvâ örneğinde, kişinin kendi mülkünde kazdığı kuyu sebebiyle meydana gelen zararları tazminle sorum olmayacağı ifade edilir. Bu örnekte kuyuya düşerek zarara uğrayan mübâşir, kuyuyu kazan da mütesebbibdir. Zararın meydana gelişi, dolaylı yoldan bu kuyunun kazılmasına dayanıyorsa da, mütesebbibin burada *teaddî* unsurunu taşıyan bir davranışı yoktur. Zira kişinin kendi özel mülkünde böyle bir tasarrufta bulunması, hukuka aykırı değildir. Ancak kişi, bu eylemi başkasının mülkünde ya da kamuya ait bir alanda izinsiz yaparsa, meydana gelen

<sup>46</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XI, s. 54; Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’*, VII, s. 165; Hamevî, *Gamzü uyûni’l-besâir*, C. I, s. 466; Ensârî, *Esnâ’l-Metâlib*, C. IV, s. 4; Şirbîni, *Muğni’l-muhtâc*, C. V, s. 216; Karâfî, *Envârü’l-burûk*, C. II, s. 204; C. IV, s. 27-28; Aydın, “İtlâf”, *DİA*, C. XIII, s. 466.

<sup>47</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi’l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>-380<sup>a</sup>; İmâdüddin el-Mergînânî, *Fusûlu’l-ihkâm*, vr. 344<sup>a</sup>-<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, C. II, s. 116-117; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 42<sup>b</sup>-43<sup>a</sup>.

<sup>48</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 44<sup>a</sup>, 87<sup>a</sup>, 91<sup>b</sup>-92<sup>b</sup>, 94<sup>a</sup>.

zararları tazminle sorumlu olur. Çünkü tessebbüben meydana gelen zararlarda, tazmin sorumluluğu ancak teaddî ile olur.<sup>49</sup> Söz konusu durum Mecelle'nin 924. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

Tesebbübün, bervech-i bâlâ mûcib-i damân olmasında, teaddî şarttır. Yani mütesebbibin, bir zararı dâmin olması, ol zarara müfzî olan fiili, haksız olarak işlemiş olmasıyla meşrûttur. Meselâ bir kimse, bilâ-izn-i velîyyü'l-emr, tarîk-ı âmmda bir kuyu kazıp da, oraya diğerin hayvanı düşerek telef olsa, dâmin olur. Amma kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya, diğerin hayvanı düşerek telef olsa dâmin olmaz.<sup>50</sup>

Dolaylı itlaf hallerindeki kurallar, yukarıda anlatıldığı şekilde olsa da, fiil ile zarar arasında geçen süre, tazmin sorumluluğu açısından oldukça önemlidir. Çünkü fiil ile zarar arasında bir sürenin geçip geçmemesine göre farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu sebeple konuyu aşağıda olduğu gibi ikiye ayırarak ele almak daha münasiptir.

**1. Zarar ile Fiil Arasında Herhangi Bir Sürenin Olmaması:** Fiil ile zarar arasında herhangi bir sürenin (fasıla) olmadığı, zararın hemen meydana geldiği olaylarda sorumluluk mütesebbibe yüklenir. Asılı duran bir kandilin ipinin kesilerek kırılması ya da yarılan tulumun içerisindeki suyun boşalması buna verilen en klasik örneklerdendir. İlgili örneklerde kişinin kesilen ip ile yarılan tulumu tazminle sorumlu olması doğrudan itlafa (mübâşeret); kırılan kandil ile telef olan sıvıyı tazmin etmesi de dolaylı yoldan itlafa (tesebbüb) dayanmaktadır. Kandilin kırılmasıyla sıvının telef olmasında kişinin doğrudan bir etkisi olmasa da, ipi kesmek ve tulumu yarmakla dolaylı yoldan başkasının zararına sebep olduğu için sorumluluk kendisine yüklenmiştir. Çünkü kişi tessebbüben de olsa, bu davranışlarıyla hukuka aykırı davranmıştır.<sup>51</sup>

**2. Zarar ile Fiil Arasında Bir Sürenin Olması ve Araya Başka Bir Fiilin Girmesi:** Meydana gelen zarar, eylemin yapılmasından belirli bir süre sonra gerçekleşirse, bazıları bu durumda sorumluluğun mütesebbibe yükleneceğini, bazıları

<sup>49</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83<sup>b</sup>

<sup>50</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 903-904.

<sup>51</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 116; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 42<sup>b</sup>-43<sup>b</sup>



da yüklenmeyeceğini ileri sürmüştür. Örneğin bir kimse yağ tulumunu yarar ve içinde bulunan yağ bir saat bekledikten sonra akarsa, failin sorumlu olmayacağı söylenir. Ancak bazı meşâyih yapan kişinin her halükarda sorumlu olacağı görüşünü benimsemektedir. Çünkü onların bakış açısına göre sıvılar, kendi kendilerini tutamaz; bunları ancak kap gibi bir şey tutmaktadır. Dolayısıyla kişi bunu tutan şeyi yırttığı zaman, sanki onları akıtmış gibi olmaktadır. İlgili fetvâ örneğinde birinci görüş doğru olduğu, yani hemen akmışsa sorumlu olunacağı, aksi takdirde sorumlu olunmayacağı ifade edilmektedir. Akışkanlık, sıvıların özelliğidir, ancak delinen tulumdan akan sıvı belirli bir müddet bekledikten sonra akıyorsa, bu durumda onu başka bir şeyin çıkardığı varsayılmaktadır. Bu yüzden sorumluluğun, tulumu yaran kişiye yüklenmeyeceği belirtilir.<sup>52</sup> Meydana gelen zarar ile fiil arasında insan veya hayvan gibi bir varlığın ihtiyarî fiilinin girmesi durumunda da aynı durum geçerlidir. Neseffî'nin *Uddetü'l-fetâva* adlı eserinden nakledilen fetvâ örneğinde bu durum şu şekilde anlatılır:

Bir kimse kandilin ipini keser ve bunun neticesinde kandil düşerek kırılırsa, kurala uygun olarak ipi kesen (fail) sorumlu olur. Benzeri durumlarda da aynı hüküm geçerlidir. Ancak bir kimse kafes ya da ahırın kapısını açar veya eşeğin bağına ya da firar eden kölenin zincirini çözer ve sonrasında kuş uçar, eşek giderse, Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göre fail bu durumlarda zararı tazminle sorumlu olmaz. Hayvan ya da köleler ister hemen, isterse sonra gitsin. Çünkü çıkmak ve uçmak hayvanların kendi ihtiyarî (seçim) fiilleriyle gerçekleşmektedir. Bu yüzden zarar (telef) müsebbibe izâfe edilmez. *el-Muhîtu'l-Burhânî* adlı eserde bu durum belirtilmiştir. İmâm Muhammed'e göre ise, fail mutlak olarak sorumlu olur. Çünkü bu hayvanların [uçma, kaçma ve gitme gibi] fiilleri, onların özelliklerinden olduğu için söz konusu fiiller, suyun akması gibidir. Şafî [zararlı eylemin meydana gelmesi] hemen olduysa failin sorumlu olacağını, değilse sorumlu olmayacağını söylemiştir. Serahsî'nin belirttiği üzere, kölenin -kendisini kuyu ve benzeri bir yere atmaktan emin olunmayacak derecede- akli yoksa, bu durumda İmâm Muhammed'e göre de fail köleyi tazminle sorumlu olur. *el-Hâniye*'de bu durum zikredilmiştir. Ancak kölenin akli yerindeyse, fail kurala uygun olarak tazminle sorumlu olmaz.<sup>53</sup>

Yukarıda zikredilen fetvâ örneğinde görüldüğü üzere Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'a göre bu durumlarda fail zararı tazminle sorumlu olmamaktadır. Çünkü onlara

<sup>52</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 116; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 42<sup>b</sup>-43<sup>a</sup>

<sup>53</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 43<sup>a-b</sup>. Ayrıca bkz. Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 116.

göre uçmak ve çıkmak hayvanların kendi ihtiyarî (seçim) fiilleriyle gerçekleştiği için söz konusu zararın mübâşirinin hayvanlar olduğu kabul edilmektedir. Burada Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'un "*bir işi doğrudan yapan (mübâşir) ile sebep olan (mütesebbib) bir arada bulunduğu hüküm mübâşire izâfe edilir*" şeklindeki genel kurala göre hareket ettikleri görülmektedir. Bu kuraldan hareketle sorumluluk hayvanlara izâfe edilmiş, ancak hayvanlar sorumluluğun yüklenebileceği bir mahal olmadığı için bunların kendiliğinden telef olduğu ve tazmin sorumluluğunun olmadığı görüşü benimsenmiştir. İmâm Muhammed'e göre ise, bu eylemleri yapan kişi mutlak olarak sorumlu olur. Çünkü bu hayvanların uçma, kaçma ve gitme gibi fiilleri, onların fitrî özelliklerinden olduğu için söz konusu fiiller, suyun akması gibi kabul edilir. Ebû'l-Kasım es-Saffar da, bütün bunların hepsinde mütesebbibin sorumlu olacağını söylemektedir. Ancak Ebû Yûsuf zararlı eylemin meydana gelmesinde fiil ile zarar arasında bir müddet bekleme olmuşsa failin sorumlu olmayacağı, bekleme olmadı ise sorumlu olacağı görüşünü benimsemektedir. Ebû Yûsuf'un benimsediği bu görüş aynı zamanda İmâm-ı Şafî'nin de görüşüdür.<sup>54</sup> Bir fetvâ örneğinde zarar ile fiil arasındaki süreyi dikkate alanlar için genel bir usul kuralından söz edilmektedir. Zikredilen bu kurala göre, kafes kapısının açılması ve kölenin bağının çözülmesi gibi bekleme halinin galip olduğu bütün durumlarda fail sorumlu olmaz; ancak tulumun yarılması ve kandilin ipinin çözülmesi gibi bekleme halinin galip olmadığı, yani zararın hemen meydana geldiği durumlarda fail sorumlu olur.<sup>55</sup> Tercih edilen İmâm Muhammed'in görüşüdür. Çünkü söz konusu olaylarda mütesebbibin herhangi bir etkisinin olmadığını söylemek zordur. Zira zararın meydana gelmesinde mütesebbibin doğrudan bir etkisi olmasa da, kendisinin yaptığı haksız bir fiil bunlara yol açmıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, itlaf hadiselerinde mübâşir hukuken sorumlu tutulabilecek bir kişi değilse ve zarar başkasının dolaylı fiilinden kaynaklanıyorsa, bu durumda zarar müsebbibe yüklenir. Mecelle'nin de kabul ettiği bu görüş, 922. maddede şu şekilde kanunlaştırılmıştır:

---

<sup>54</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 116; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 43<sup>a-b</sup>

<sup>55</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 344<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 116; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 43<sup>a-b</sup>

Bir kimse, tesebbüben birinin malını itlaf yahut kıymetini tenkîs etse, yani kendisinin fiili bir malın telefine yahut noksan-ı kıymetine sebab-i müfzî olsa dâmin olur. Meselâ biri, diğer kimsenin esvâbına sarılıp da, mücadele ederken ol kimsenin üzerinden bir şey düşüp telef olsa, yahut sakatlınsa sarılan kimse dâmin olur. Ve kezâ bir kimse, diğerin tarla ve bahçesinin suyunu bigayr-i hak seddedip de mevrûât ve mağrûsâtı kuruyup telef olsa, yahut suyu taşıyıp da diğerin tarlasını su basarak mevrûâtı telef olsa, ol kimse dâmin olur. Kezâlik bir kimse, diğerin ahırının kapısını açıp da, içindeki hayvan firâr ile zâyî olsa, yahut kafesin kapısını açıp da içindeki kuş uça dâmin olur.<sup>56</sup>

Dolaylı itlaf hallerindeki tazmin esaslarını gördükten sonra, şimdi de bu çalışmanın ana kaynakları olan eserlerden Üsrûşenî'nin, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, İmâdüddîn el-Mergînânî'nin *Fusûlu'l-ihkâm* ve Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn*'i ile Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât*'ında müstakil başlıklar halinde yer alan dolaylı itlaf örneklerini detaylı bir şekilde ele alıp değerlendireceğiz. Bunu yaparken, Hanefî mezhebinin ilk dönemlerinde klasik formunu kazanan itlaf doktrininin vâkıât türündeki bu eserlerde meşâyih tarafından nasıl geliştirildiği ve itlafla ilgili ortaya çıkan yeni meselelerin nasıl vuzûha kavuşturulduğu tahlil edilecektir.

## 1. Ateş Yakma Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu

### a. Özel Mülkiyette Yakılan Ateşin Sorumluluğu

İnsanların kendi mülkünde yaktığı ateşin sebep olduğu zararların tazmine konu olması, Hanefî mezhebinde tartışmalıdır. Erken dönem (*mütেকaddimîn*) Hanefî âlimlerine göre, kişinin kendi mülkünde yaktığı ateş, başkalarının zararına sebep olursa, bu durum tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Mezhepteki hukukî doktrini (*zâhirü'r-rivâye*) temsil eden bu görüş, İmâm Muhammed'in *Kitâbü'l-Asl*'indeki şu ifadelerle dayanmaktadır:

...Kişi kendi arazisindeki otları, anızları veya çalılıarı yakar ve sonrasında bu ateş başkasının arazisine geçip orayı yakarsa, yakan kişi yine tazminle sorumlu değildir. Aynı şekilde kişinin kendi evinde veya tandırında yakmış olduğu ateşten dolayı yanan şeylerde de tazmin sorumluluğu yoktur...<sup>57</sup>

Serahsî, İmâm Muhammed'in *Kitâbü'l-Asl*'indeki *zâhirü'r-rivâye* olan bu görüşü aynen aktarmakla birlikte ondan farklı olarak “*kişinin kendi mülkünde mutlak*

<sup>56</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 898-902.

<sup>57</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, C. VII, s. 41.

olarak tasarruf edebileceği” kaydını eklemiştir.<sup>58</sup> Eserin başka bir yerinde de, aynı kişinin ateş yakmasından dolayı müteaddî olmadığı, insanın kendi mülkünde mutlak olarak ateş yakma hakkına sahip olduğu ve kendi mülkündeki bu tasarruf yetkisinin “zarar vermeme/selâmet” şartıyla kayıtlı olmadığı ifade edilmektedir.<sup>59</sup> Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere, Serahsî mezhepteki yerleşik görüşü benimsemektedir. Diğer görüşe temas etmekle birlikte, Mergînânî’nin *Hidâye*’sinde tercih ettiği görüş de bu şekildedir.<sup>60</sup> Bu anlayışa göre, insanlar kendi mülkünde mutlak olarak tasarruf edebilme yetkisine sahip olduğu için yapılan eylemler hukuka aykırı kabul edilmez ve bunların yol açtığı zararlar da tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Görüldüğü üzere, zarara sebep olan bir davranış kişinin özel mülkünde gerçekleşmişse, erken dönem Hanefî âlimleri bu durumu teaddî olarak görmedikleri için tazmin sorumluluğuna hükmetmemektedirler.

Erken dönem Hanefî âlimleri, her ne kadar İmâm Muhammed’in *Kitâbü’l-Asl*’indeki ifadeleri mutlak olarak yorumlayarak bu kişinin sorumlu olmayacağını söyleseler de, Hanefî âlimlerinden bazıları mezkûr ifadeleri farklı şekillerde yorumlamışlardır. Nitekim Serahsî’nin belirttiğine göre müteahhir Hanefî âlimlerinden bazıları, zikredilen bu hükmün rüzgârlı olmayan günlerde geçerli olduğunu; rüzgârlı günde yakılan ateşin başkasının mülküne geçeceği biliniyorsa, bu kişinin *istihsânen* sorumlu olacağını söylemektedirler. Örneğin Hanefî fakihlerinden Burhânüşşerîa el-Buhârî, ekmek pişirmek için kendi mülkünde ateş yakan kişinin rüzgârlı bir günde meydana gelen zararlardan sorumlu olacağını söylemektedir.<sup>61</sup> Serahsî’nin ifadesine göre *istihsan* yoluyla ulaşılan bu hüküm, altında başkasına ait bir eşya olduğunu bildiği halde kendi mülkündeki oluğa su dökerek söz konusu eşyanın zarar görmesi olayına kıyas edilmiştir. İlgili örnekte, kendi mülkünde tasarrufta bulunmasına rağmen sıvıyı oluktan akıtan kişinin oluşan zararı tazmin etmesi gerektiği

<sup>58</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 23.

<sup>59</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXIII, s. 188.

<sup>60</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. III, s. 249.

<sup>61</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi’l-muâmelât*, vr. 373<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu’l-ihkâm*, vr. 350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, C. II, s. 124; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>a</sup>.

söylenir.<sup>62</sup> Yani burada suyu döken kişi, nasıl zararı tazminle sorumlu ise, rüzgârlı günde ateşi yakan kişi de aynı şekilde sorumlu tutulmaktadır. Osmanlı Hanefî fakihlerinden Molla Hüsrev, anlatılan bu görüşü tercih etmekle birlikte meseleyi “*mübâşeret*” ve “*tesebbüb*” kavramlarıyla irtibatlandırarak konuyu farklı bir şekilde ele almıştır. Ona göre, havanın sakin olduğu bir günde yakılan ateşin yol açtığı zararlar, dolaylı itlaf (*tesebbüben*); rüzgârlı günde yakılan ateşin yol açtığı zararlar da, doğrudan itlaf (*mübâşeret*) kapsamında değerlendirilir. Havanın sakin olduğu günde kişi eylemi kendi mülkünde yaptığı için burada müteaddî sayılmamış, bu yüzden de sorumlu tutulmamıştır. Çünkü daha önce ifade edildiği üzere dolaylı itlaf hallerinde sorumluluğun doğması, ancak kişinin teaddî unsurunu taşıyan fiiline bağlıdır. Buna karşın rüzgârlı günde yakılan ateşin başka yere geçeceği bilindiği için yakan kişi burada mübâşir olarak sorumlu tutulmuştur.<sup>63</sup>

Müteahhir Hanefî fakihlerinden İmâm Hâherzâde (ö. 483/1090) de, İmâm Muhammed’in *el-Asl*’ındaki yukarıdaki ifadeleri farklı şekilde yorumlayanlardan biridir. Çelebi’nin *ed-Damânât*’ında belirtildiği üzere Hâherzâde, *Kitâbü’l-Asl*’daki bu ifadelerin yakılan ateşin normal ölçülerde (mutat) olması durumuna tevîl edileceğini, zira ateşin normalden fazla olması halinde bu kişinin tazminle sorumlu olacağını ifade etmektedir.<sup>64</sup> Zahîruddîn el-Mergînânî (ö. 619/1222) de aynı şekilde düşünmektedir. Nitekim ona göre, kişinin kendi fırın veya tandırına haddinden fazla odun atarak yaktığı ateşin başkasına zarar vermesi durumunda, yakan kişi zararı tazminle sorumlu olur.<sup>65</sup> Dolayısıyla yakılan ateş sebebiyle meydana gelen zararların tazmine konu olmaması için bunun normal ölçülerde ve yakılan yerin kaldırabileceği düzeyde olması gerekir. Aksi haldeki eylemler teaddî olarak kabul edilir ve bunlar zarara yol açarsa, sorumluluk doğurur.

---

<sup>62</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXIII, s. 188; C. XXVII, s. 23; Üsrüşenî, *el-Fusûl fi’l-muâmelât*, vr. 373<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu’l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>-351<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, C. II, s. 123-124; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 88<sup>b</sup>-89<sup>a</sup>.

<sup>63</sup> Molla Hüsrev, *Dürerü’l-hükkâm*, C. II, s. 240.

<sup>64</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 88<sup>b</sup>.

<sup>65</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi’l-muâmelât*, vr. 373<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu’l-ihkâm*, vr. 350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, C. II, s. 124; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 90<sup>a</sup>.

Yukarıda görüldüğü üzere Burhânüşşerîa el-Buhârî ve Hâherzâde ile Zahîruddîn el-Mergînânî, İmâm Muhammed'in ifadelerini tevil ederek bir taraftan mezhepteki *zâhirü'r-rivâye* olan görüşe muhalefet etmemeye, diğer taraftan da ileri sürdükleri görüşleri mezhebin kurallarıyla uyumlu hale getirmeye çalışmaktadırlar. Ancak gerek İmâm Muhammed'in ilgili yerdeki verdiği diğer örnekler gerekse Serahsî'nin yukarıdaki ifadeleri ile birlikte Hanefi mezhebinin erken döneminde telif edilen fürû-1 fıkıh metinlerindeki açıklamalar, kişinin kendi mülkünde mutlak olarak tasarruf edebileceğini ve bu tasarrufun yol açtığı zararların tazmin edilmeyeceğini bariz bir şekilde göstermektedir. Nitekim Üsrüşenî ile birlikte İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Fudayl Çelebi, Nesefî'nin *el-Fetâvâ* adlı eserinden aktardıkları nakilde mezkûr durumu belirterek meşâyihin bu konudaki cevabının mutlak olduğunu söylemişler.<sup>66</sup>

Müteahhirîn döneminde daha farklı ve objektif kriterler de ortaya konulmuştur. Yakılan ateşin başkalarına zarar vermesinde, “ateşin yakınlığı” da önemli bir kriter olarak değerlendirilmektedir. Yakılan ateş, âdeten insanların kendisinden emin olduğu ve yanan nesneye ulaşamayacak bir mesafedeyse, yakan kişinin herhangi bir şeyden sorumlu olmadığı söylenir. Çünkü bu durumda zararın, ateşin fiiliyle meydana geldiği varsayılır. Bu olayda ateşin sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira ateşin ve cansız varlıkların fiilleri, heder olarak kabul edilir. Ancak ateş araziye yakın ve oraya ulaşabilecek bir yakınlıkta ise, bu durumda sorumluluğun ateşi yakan kimseye nispet edildiği görülür.<sup>67</sup> Şeyh Bedreddin, bu durumu Nâtîfî'nin *el-Vâkıât* adlı eserinden iktibasla şöyle anlatır:

Bir kimse kendi arazisinde diken veya saman yakmış, sonrasında rüzgâr, ateşin kıvılcımlarını komşusunun arazisine götürüp ekinlerini yakmış. Şayet ateş, komşunun arazisinden âdeten kıvılcımlarının ulaşamayacağı bir uzaklıkta ise yakan kişi sorumlu değildir. Çünkü meydana gelen zarar, ateşin fiiliyle meydana gelmiştir. Ateşin fiili de hederdir. Ancak komşunun arazisi, ateşin kıvılcımlarının çoğunlukla ulaşabileceği bir yakınlıkta ise, bu durumda yakan kişi sorumlu olur.

<sup>66</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 373<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 124; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>a</sup>.

<sup>67</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 12; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>b</sup>.

Çünkü bir kimsenin kendi mülkünde ateş yakması başkasına zarar vermemek şartıyla hakkıdır.<sup>68</sup>

Nâtîfî'nin *el-Vâkıât* adlı eserinden iktibas edilen yukarıdaki pasajın sonunda yer alan ifade, Hanefî mezhebindeki değişim ve dönüşümü göstermesi açısından son derece önemlidir. Çünkü daha önce ifade edildiği üzere, Serahsî insanın kendi mülkünde mutlak olarak ateş yakma hakkına sahip olduğunu ve kendi mülkündeki bu tasarruf yetkisinin de “*zarar vermeme/selâmet*” şartıyla kayıtlı olmadığını söylemekteydi.<sup>69</sup>

Görüldüğü üzere erken dönem Hanefîleri, kişinin kendi mülkünde mutlak olarak tasarruf edebileceğini ve zarara yol açan tasarrufunun sorumluluk doğurmayacağını düşünürken; müteahhir Hanefî âlimlerine göre, insanlar kendi mülklerinde mutlak bir tasarruf hakkına sahip değildir, onların mülklerinde dilediği gibi tasarruf edebilmesi, başkalarına zarar vermeme şartı ile kayıtlıdır. Müttekaddim ve müteahhir Hanefî âlimleri arasındaki bu görüş farklılığı fetvâlara da yansımıştır. Nitekim konuyla ilgili serdedilen fetvâların bir kısmında, kişinin kendi mülkünde yaktığı ateşin yol açtığı zararları tazminle sorumlu olmayacağı; bir kısmında ise aynı durumdaki kişinin sorumlu olacağı görülmektedir. İlk bakışta birbiriyle çelişir gibi görünen fetvâların nakledildiği izlenimi hâsıl olsa da, fetvâlardaki çelişki gibi görünen bu farklılık, müttekaddim ve müteahhir Hanefî âlimlerinin meseleye bakışıyla izah edilmektedir.

Başkasının mülkünde yakılan ateşin yol açtığı zararlara gelince; sahibinin izin ve onayı yoksa bu durumda kişinin sadece yakmış olduğu mekândaki zararlardan sorumlu olacağı, yakılan ateşin başka bir yere sirâyet etmesi halinde ise diğer yerlerdeki zararlardan sorumlu olmayacağı görüşü benimsenir. İlgili fetvâlarda bu durum, kişinin kendi mülkünde yaktığı ateşin başkasının mülküne geçmesi durumunda olduğu gibi kabul edilmektedir. Yani kişinin kendi mülkünde yaktığı ateş, başkasının mülküne sirâyet ettiğinde nasıl tazmin sorumluluğunu doğurmuyorsa, başkasının mülkünde izinsiz yakılan ateşin başka bir yere geçmesi durumunda da aynı durumun geçerli olacağı ifade edilmektedir. Buna karşın, ateşten farklı olarak

<sup>68</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 124. Şeyh Bedreddin'in Nâtîfî'nin *el-Vâkıât*'ından aktardığı bu ifadelerin benzeri Çelebi de mevcuttur. Bkz. Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>b</sup>.

<sup>69</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXIII, s. 188.

insanların kendi mülküne akıttığı suyun başka bir yere geçmesi durumunda, sorumluluğun olacağı söylenmektedir. Söz konusu fetvâlarda, suyun akışkan olması hasebiyle onu bir yere akıtan kişinin meydana gelen zararları tazminle sorumlu olduğu, yaktığı ateşin başka yerlere zarar vermesi durumunda da sorumluluğun olmadığı belirtilir.<sup>70</sup> Bunun sebebi, Hanefî âlimlerin su ve ateş hakkındaki yaklaşımlarıdır. Onlar su ile ateşi incelemiş ve bunların farklı özelliklere sahip olduklarını belirtmişlerdir. Bu durum Çelebi'nin *ed-Damânât*'ında Nesefî'nin *el-Fetâvâ* adlı eserinden iktibasla şöyle izah edilmektedir:

Bir kimse başkasının mülkünde sahibinin izni olmadan ateş yakarsa, yakmış olduğu yerde meydana gelen zararları tazminle sorumlu olur. Ancak bu ateş başka bir yere geçerse, yakan kişi oradaki zararları tazminle sorumlu değildir. Sanki o, bu ateşi kendi mülkünde yakmış ve oradan başka bir yere sirâyet etmiş gibidir. [Buna karşın] bir kimse suyu kendi mülküne akıtır ve su oradan başka bir yere geçerse, [telef olması halinde] akıtan kişi meydana gelen zararları tazminle sorumlu olur. Aradaki fark şöyledir: Ateşin tabiatı bulunduğu yerde kıpırdamamak/hareketsiz olmaktır. Genellikle de başka bir yere geçmez. Bulduğu yerden başka bir yere geçmesi de, ancak rüzgâr ve benzeri bir şeyin fiiliyle/etkisiyle olur. Bu yüzden söz konusu itlaf eylemi, ateşi yakan kişiye izâfe edilmez. Su ise, tabiatı itibariyle akışkan bir özelliğe sahiptir. Böylece kişi fazla suyu akıtmakla müteaddî olur. Bu yüzden de itlaf eylemi, suyu akıtan kişiye nispet edilir.<sup>71</sup>

Yukarıda görüldüğü üzere su ile ateşin yol açtığı zararların tazminine farklı şekillerde yaklaşmıştır. Ancak Hanefilerden Ebû'l-Kasım suyun akıtılması ile ateşin yakılması arasında herhangi bir farkın olmadığını, bunların aynı şeyler olduğunu ve arazinin kaldırabileceği miktarda olması durumunda ateşi yakan ve suyu akıtan kişinin sorumlu olmayacağını, aksi takdirde sorumlu olacağını belirtmektedir.<sup>72</sup> Ateşin başka yerlere geçmesi durumunda kişinin sorumlu olmaması, zararın rüzgâr gibi harici bir sebebe dayanmasıyla açıklanabilir. Başka bir ifadeyle bu tip örneklerde rüzgâr, zarar ile fiili arasındaki illiyet bağımlı kesen mücbir sebep olarak değerlendirilmiş ve bu sebeple sorumluluğa hükmedilmemiştir. Ancak söz konusu ateşten başkalarının zarar görmemesi için ateşi yakan kişinin gereken bütün tedbirleri alması gerekmektedir.

<sup>70</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 373<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>-350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 123-124; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 88<sup>b</sup>.

<sup>71</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>a</sup>. Benzer bir durum için bkz. Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 373<sup>a</sup>-<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>-350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 123-124.

<sup>72</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>a</sup>.



Çünkü rüzgârlı bir günde yakılan ateşin başka taraflara sirâyet etmesi kaçınılmazdır. Bu yüzden ateşi yakmak suretiyle başkalarının zararına sebep olan kişi ortada dururken, zararlı eylemi rüzgâra nispet ederek mağdurları zararlarıyla baş başa bırakmak doğru değildir.

#### **b. Ateşin Taşınması Esnasında Meydana Gelen Zararlarda Sorumluluk**

Ateşle ilgili ele alınan diğer bir konu da bir yerden başka bir yere transferi esnasında meydana gelen zararlardır. Yakılan ateş bir yerden başka bir yere götürülürken yere düşer ve başkalarının mallarına zarar verirse, Hanefi fakihlerinden Muhammed b. el-Fazl taşıyan kişinin zararı tazmin edeceğini söyler. Çünkü ona göre, kişinin taşınmasıyla düşme olayı arasına herhangi bir vasıta girmediği için zarar doğrudan onu taşıyan kişiye izâfe edilir. Yani bu durum, kişinin mübâşeret halinde işlediği zararlı bir fiil gibi değerlendirilir. Ancak rüzgâr kıvılcımı alıp başka bir yere götürür ve orada bir zarara sebep olursa, taşıyan kişinin sorumlu olmayacağı ifade edilir. Zira böyle bir durumda zararın onu taşıyan kişiye izâfe edilemeyeceği ifade edilir. *Nevâdir*'de belirtildiğine göre Ebû Yûsuf'tan bu şekilde rivâyet edilmiştir. Diğer bir görüşe göre de, buradaki sorumluluk, kişinin geçme hakkının olup olmaması açısından değerlendirilir. Kişi, geçme hakkının olduğu bir yerden ateşi götürürken kıvılcımın kendiliğinden düşmesi veya rüzgârın onu düşürmesi sonucunda meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Ancak adamın oradan geçme hakkı yoksa ve ateş kendiliğinden düştüyse, taşıyan sorumlu olur; ancak rüzgâr esip onu düşürdüyse sorumlu olmaz.<sup>73</sup> Çelebi'nin ifadesine göre bu görüş Hanefilerden ez-Zendevistî diye bir âlime [muhtemelen bu kişi *Ravzatü'l-ulemâ* adlı eserin müellifi Ali b. Yahya e1-Buharî olmalı] nispet edilmektedir. Çelebi'nin *ed-Damânât*'ında bulunmasa da, söz konusu meselenin *Câmiu'l-fusûleyn*'deki versiyonunda fetvânın bu şekilde olduğu ve bunun en kuvvetli görüş olduğu ifade edilir.<sup>74</sup> Buradaki örnekte, kor parçası bir yerden başka bir yere taşınırken kıvılcımın düşerek yangına sebep olması olayında zarar ile fiil arasına giren rüzgâr gibi bir vasıta ile taşıyan kişinin sorumlu olmadığı görülüyor. Daha öncede ifade edildiği üzere rüzgârın esmesi, bir anlamda mücbir sebep olarak

<sup>73</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 373<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>-350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 124; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 90<sup>a</sup>.

<sup>74</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 124.

kabul edilmiş ve kişinin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağına keserek sorumluluğun faile izâfesine engel olmuştur. Ancak ateşi yakan ya da taşıyan kişinin, başkalarına zarar vermemesi için gereken bütün tedbirleri alması gerekirken, zararın meydana gelişinde en ufak aykırı bir davranışı bulunmayan kişiyi zararıyla baş başa bırakmak uygun değildir. Bu sebeple söz konusu kişilerin gereken tedbirleri almaması durumunda sorumlu tutulması hukuka ve hakkaniyete daha uygundur.

### c. Kamusal Alana Bırakılan Korun veya Yakılan Ateşin Sorumluluğu

İnsanların gelip geçtiği yola bırakılan korun yol açtığı zararlarda tazmin sorumluluğunun nasıl olacağı meselesine öncelikle Mergînânî'nin *el-Hidâye*'sinde temas edilmiş, daha sonra burada anlatılanlar Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eserinde detaylı bir şekilde sunulmuştur.

Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde belirtildiğine göre, insanların gelip geçtiği yola bırakılan kor sonrasında başka bir şeyi yakarsa, bu kişi meydana gelen zararları tazminle sorumlu olur. Çünkü koru oraya bırakan kişi, teaddî unsurunu taşıyan bir iş yapmıştır. Şayet rüzgâr koru hareket ettirerek başka bir yere götürür ve orada başka bir şeyi yakarsa, rüzgâr bu kişinin fiilini ortadan kaldırdığı (nesh) için bırakan kişinin sorumlu olmayacağı ifade edilir.<sup>75</sup> Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde anlatılan bu şekilde olmakla birlikte Çelebi'nin *Fetâvây-ı Hâniye*'den aktardığı rivâyette bu kişinin müteaddî olduğu gerekçelendirilirken “insanların gelip geçtiği yola bir şey koymanın başkalarına zarar vermeme şartıyla kayıtlı olduğu” gibi çok önemli bir ifade yer almaktadır. Ayrıca bırakılan korun rüzgâr vasıtasıyla yer değiştirmesi durumunda, kişinin yaptığı fiilin hükmünün ortadan kalkacağı ve bu hükmün rüzgârın olmadığı günlerde geçerli olduğu ifade edilir. Ancak kişi, rüzgârlı bir günde koru bıraktıysa, bu durumda korun başka yerdeki yaktığı şeyleri tazmin eder. Çünkü kişi, böyle bir havada rüzgârın onu başka yere taşıyacağını bilir ve bu durumda sanki koru oraya kendisi bırakmış (*mübâşir*) gibi kabul edilir. Bu yüzden kişinin yaptığı fiilin hükmü kalkmaz ve meydana gelen zararlar kendisine izâfe edilir. Burhânüşşerîa'nın belirttiğine göre bu görüş, Serahsî'ye aittir. Halvânî herhangi bir tafsilata girmeksizin bu durumda kişinin tazminle sorumlu olmayacağını benimserken; Hanefilerden bazıları rüzgâr

<sup>75</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 474.

korun kendisini (*ayn*) götürmüşse sorumluluğun olmayacağını; ancak onun kıvılcımını götürerek bir şeyleri yaktığında sorumluluğun olacağını söylemektedirler.<sup>76</sup>

Kamusal alanda yakılan ateşin rüzgâr vasıtasıyla başkasına zarar vermesi durumunda, yakan kişinin meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağı söylenir. Örneğin bir kimse herkesin gelip geçtiği yolda bir ateş yakar ve sonrasında rüzgâr bu ateşi komşusunun evine götürüp orayı yakarsa, bu kişi zararı tazminle sorumlu olmaz. Gerekçe olarak bu kişinin hukuka aykırı eyleminin (*cinâyet*) rüzgâr ile zâil olduğu ifade edilmektedir.<sup>77</sup> Yukarıda olduğu gibi burada da rüzgâr, zarar ile fiili arasındaki illiyet bağını kesen bir sebep olarak değerlendirilmiş ve bu yüzden sorumluluğa hükmedilmemiştir. Ancak söz konusu zararın ortaya çıkışındaki asıl sebebin kamusal alanda izinsiz yakılan ateş olduğu aşikârdır. Kişinin teaddî unsurunu taşıyan bu eylemi dururken, rüzgârın bunu ortadan kaldırdığını söyleyerek mağduru zararıyla baş başa bırakmanın hakkaniyet açısından doğru olmadığını söyleyebiliriz.

Görüldüğü üzere Hanefilerden bazıları kamusal alanda yakılan ateşin başka yere sirâyet etmesi durumunda yakan kişinin mutlak olarak sorumlu olmadığını söylerken; bazıları da yakan kişinin rüzgârlı günde sorumlu olduğunu, rüzgârsız günde ise sorumlu olmadığını belirtmektedirler.

## **2. Kuyu Kazma Sebebiyle Oluşan Zararlarda Tazmin Sorumluluğu**

### **a. Özel Mülkiyette Kazılan Kuyunun Sorumluluğu**

Ateş sebebiyle meydana gelen zararlarda olduğu gibi insanların kendi mülkünde kazdığı kuyunun yol açtığı zararların tazmine konu edilmesi hususunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Bu meselede farklı görüşlerin bulunması, kişinin kendi mülkündeki tasarruf yetkisinin sınırlı olup olmadığıyla yakından alakalıdır. Erken dönem Hanefi âlimleri (mütেকaddimîn), kişinin kendi mülkünde mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğunu düşündükleri için onlara göre insanların kendi mülkünde kazdığı kuyu sebebiyle meydana gelen zararlar hukukî açıdan tazmin sorumluluğunu doğurmaz. İmâm Muhammed'in *Kitâbü'l-Asl*'indeki *zâhirü'r-rivâye* görüşüne dayanan

<sup>76</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 88<sup>b</sup>.

<sup>77</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 89<sup>a</sup>.

ve mezhepteki hukukî doktrini temsil eden bu görüşü, Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile Serahsî'nin *el-Mebsût*'u ve Mergînânî'nin *el-Hidâye*'si gibi eserlerde görmek mümkündür.<sup>78</sup> Serahsî mezhepteki yerleşik olan bu görüşü benimsemekle birlikte konuyu diyânî ve kazâî hüküm açısından farklı değerlendirmektedir. O, kişinin kendi mülkünde kazdığı kuyunun yol açtığı zararlardan hukuken sorumlu olmayacağını; fakat insanın diyâneten komşusuna zarar veren şeylerden sakınması gerektiğini şu sözleriyle izah eder:

Aynı şekilde kişi kendi bahçesinde kanal açar veya kuyu kazar ve sonrasında buradan sızan su komşusunun arazisine geçerse, bunun sebep olduğu hiçbir şeyden sorumlu olmaz. Kuyunun veya kanalın yerinin değiştirilmesi de istenmez. Çünkü kişi bu eylemleri kendi mülkünde yapmıştır. Ancak şu kadar var ki, kişinin komşusuna zarar veren şeylerden sakınması, kendisi ile Allah arasında kalan bir husustur. Fakat kendisi istemediği sürece, hukukî (hüküm) açıdan bu kişiye kuyuyu veya nehri başka bir tarafa çevirmesi emredilemez.<sup>79</sup>

Erken dönem Hanefî âlimlerinin benimsediği bu görüşle ilgili fetvâlar, çalışmanın ana kaynakları olan vâkıat türündeki eserlerde de aynen tekrar etmiştir. Örneğin kişinin kendi mülkünde kazdığı kuyuya bir insan ya da hayvan düşüp ölse veya yaralansa yahut kazdığı kuyu veya foseptik çukuru komşusunun duvarının yıkılmasına yol açarsa, mülk sahibinin meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacağı ifade edilir. Aynı şekilde mahalle halkından biri kendilerine ait olan mescitte kuyu kazar, içerisine kandil asar, hasır döşer ve yaptıkları bu eylemler sonucunda birisi zarar görürse, yine bu kişinin sorumlu olmayacağı söylenir.<sup>80</sup> Çünkü hukuk düzeni, insanlara kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf etme yetkisini verdiği için, yapılan eylemler hukuka uygun kabul edilmektedir. Bir eylemin hukuka uygunluğu da tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Mecelle'nin "*Cevâz-ı şer'î damâna münâfi olur.*" şeklindeki 91. maddesi de öz olarak bunu ifade etmektedir.<sup>81</sup> Ancak kişi, bu eylemleri başkasının mülkünde yaparsa, meydana gelen zararları tazmin eder. Çünkü başkasının mülkünde izinsiz yapılan kazı eylemleri,

<sup>78</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, C. VII, s. 40-41; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 189; Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 23; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 474.

<sup>79</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 23.

<sup>80</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83<sup>b</sup>-84<sup>a</sup>.

<sup>81</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. I, s. 193.

hukuka aykırı kabul edilir ve bunların yol açtığı zararlar tazmin sorumluluğu doğurur.

Konuyla ilgili Çelebi'nin *el-Muhîtu'l-Burhânî* adlı eserinden yaptığı şu alıntı önemlidir:

Bir kimse evinin avlusunda kuyu kazarsa, avlu kendisinin mülkü veya eskiden beri orada kazma hakkının olduğu bir yer ise, kazan kişi oraya düşen şeyi tazminle sorumlu değildir. Çünkü söz konusu kişinin hukuka aykırı bir davranışı (teaddî) yoktur. Tesebbüben meydana gelen zararlarda ise, tazmin sorumluluğu ancak teaddî ile olur. Avlu, umuma veya çıkmaz sokakta belirli bir topluluğa ait olan bir yere ve burası kişinin kendisinin mülkü olmayan ya da eskiden beri kazma hakkının olmadığı bir mekânsa, [kazma eyleminde bulunan kişi] telef ettiği şeyi tazmin eder.<sup>82</sup>

Yukarıda görüldüğü üzere mütekaddim Hanefî âlimlerine göre tazmin sorumluluğunu belirleyen şey, kişinin söz konusu yerde kazma hakkının olup olmadığıdır. Onlar, kişinin kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf edebileceğini ve bu tasarrufun yol açtığı zararlardan da sorumlu olmayacağı görüşünü benimserler. Ancak müteahhir Hanefî âlimlerinin çoğu, kişinin mülkündeki tasarruf hakkını “*başkasına zarar vermeme*” şartıyla sınırlandırarak öncekilerden farklı bir tutum sergilemişlerdir. Örneğin Zahîruddîn el-Mergînânî yukarıdaki foseptik çukuru örneğinde, mütekaddim Hanefî âlimlerin aksine mülk sahibinin bu tasarrufundan men edileceğine dair fetvâ vermektedir.<sup>83</sup> Yani ona göre, kişinin mülkünde yapacağı işlemler başkasının zararına yol açıyorsa, mülk sahibi bu gibi tasarruflarda bulunamaz, yaptıysa da buna engel olunur. Zahîruddîn'in bu görüşü daha tercihe şayandır. Çünkü insanların kendi mülklerinde dilediği gibi tasarruf edebilmesi, başkalarına zarar vermeme şartı ile kayıtlıdır. Aksi takdirde zarara yola açacağı bilinirken mülk sahibinin böyle bir tasarruf sebebiyle sorumlu tutulmaması, mağduru uğradığı zararla baş başa bırakmakla eş değerdir ki, bu durum hakkaniyet ve adalet fikriyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıdaki bazı örneklerde de görüldüğü üzere, bu çalışmanın ana kaynakları olan eserlerde konuyla ilgili birbiriyle çelişir gibi görünen fetvâların nakledildiği görülmektedir.<sup>84</sup> Bu fetvâların bir kısmında, kendi mülkünde kazı yapan kişinin sorumlu olmayacağı; bir kısmında da aynı durumlardaki kişinin sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Söz konusu fetvâlarda çelişki gibi görünen bu durum, tazmin

<sup>82</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83<sup>b</sup>.

<sup>83</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 84<sup>a</sup>.

<sup>84</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 84<sup>a</sup>, 88<sup>b</sup>, 92<sup>a-b</sup>, 94<sup>a</sup>.

sorumluluğunun olmadığını ifade eden fetvâların Hanefî mezhebindeki ilk döneme (mütekaddimîn); tazminin gerekli olduğunu ifade eden fetvâların ise, sonraki döneme (müteahhirîn) ait olmasıyla açıklanabilir.

### **b. Kamusal Alanda Kazılan Kuyunun Sorumluluğu**

Yukarıda ifade edildiği üzere insanların özel mülkünde izinsiz yapılan zararlı eylemler, tazmine konu olmaktadır. Söz konusu eylemde bulunan kişi, -imkânı varsa- zarar gören şeyi tamir ettirme veya bu zararı ortadan kaldırma seçeneklerine başvurabileceği gibi meydana gelen eksikliği/noksanlığı ödeyerek de sorumluluktan kurtulabilir. Ancak mescit gibi toplumun ortak kullanımını ilgilendiren kamusal alanlarda izinsiz yapılan tasarrufların yol açtığı zararlarda, eksikliğin (noksanlık) tazmini yerine özellikle mevcut yapıların eski haline getirilmesine hükmedilmiştir.<sup>85</sup> Bu durum, Çelebi'nin *el-Hâniye* adlı eserden aldığı fetvâ örneğinde şöyle izah edilmektedir:

Bir kimse mescidin avlusunda kuyu kazar veya oranın duvarını yıkar, orayı düzeltmekle emrolunur, meydana gelen noksanlığın tazminine hükmedilmez. Aynı şekilde bir kimse bir kavmin ortak kullanımını olan avlusunda bir kuyu kazdığı da orasını düzeltmekle emrolunur. Şayet bir adamın duvarını yıktığı veya mülkünde kuyu kazdığı durumda ise, mala verdiği noksanı tazmin eder.<sup>86</sup>

Kamusal alanda izinsiz yapılan tasarrufların yol açtığı hasarların düzeltilmesi veya tamiri mümkünse yapılır, aksi takdirde zararın tazmini cihetine gidilir. Buna göre, kamusal alanda izinsiz yapılan bir kazı zarara yola açıyorsa, bu eylemi yapan kişi meydana gelen zararı gidermekle sorumlu olur. Çünkü insanların ortak kullanım alanlarını hiç kimsenin bu şekilde meşgul etme hakkı yoktur. Zira bu ve benzeri davranışlar, tazmini gerektiren hukuka aykırı davranışlar olarak kabul edilir. Örneğin bir kimse yolun ortasında kuyu kazarsa, orada meydana gelen zararları tazmin eder; ancak birisi başkasını o kuyuya atarsa bu durumda -kazan değil- atan kişi sorumlu olur. Çünkü bu olayda kazan mütesebbib, atan ise mübâşirdir. Bir işi doğrudan yapan (*mübâşir*) ile bu işe sebep olan (*mütesebbib*) bir arada bulunduğu da, meydana

<sup>85</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 380<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 136; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83<sup>a-b</sup>, 88<sup>b</sup>.

<sup>86</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 380<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 136.

gelen zararın sorumlusu mübâşirdir. Zira burada meydana gelen zararın illeti mübâşirdir (*sâhibü'l-ille*). Bu sebeple söz konusu zarar müsebbibe izâfe edilmez.<sup>87</sup> Buna karşın özel mülkiyette veya kamusal alanda yapılan fiili tasarruflar, mülk sahibinin veya yetkili otoritenin izin ve onayıyla yapılırsa, söz konusu tasarrufların yol açtığı zararlar tazmin sorumluluğu doğurmamaktadır. Örneğin bir kimse kuyu kazma eylemini kendi mülkünde veya insanların gelip geçtiği yolda (*tarik-i âmm*) yetkili makamın izin ve onayına dayanarak yaparsa, bundan doğacak olan zararlardan sorumlu tutulmaz.<sup>88</sup> Çünkü kişinin burada teaddî unsurunu taşıyan bir davranışı yoktur. Zira kişinin kendi mülkündeki tasarrufu hukuka uygun olmakla birlikte, kamusal alandaki tasarrufu da yetkili otoritenin izniyle yapmıştır. Ancak kamusal alanda yapılan izinsiz tasarruflar insanlara fayda sağlıyorsa, bu durumun delâleten izin anlamına geleceği ve kişinin bu fiilinden sorumlu olmayacağı şu şekilde ifade edilmektedir:

*Câmiu's-Sağîr*'de ifade edildiğine göre, bir kimse insanların gelip geçtiği yol üzerinde pis su giderini tamir eder [ve buna bağlı olarak bir zarar olmuşsa], kişi bu eylemi devlet başkanının izniyle yaptıysa meydana gelen zararı tazminle sorumlu olmaz. Ancak bunu devlet başkanının izni olmadan yaptıysa sorumlu olur. *el-Muhîtu'l-Burhânî*'de belirtildiğine göre, zahirü'r-rivâye olan görüş budur. Ebû Yûsuf'tan gelen görüşe göre, kişi insanların maslahatı için bunu yapmışsa, tazminle sorumlu olmaz ve delâleten kendisine izin verilmiş sayılır.<sup>89</sup>

Görüldüğü üzere kamusal alanda yetkili otoritenin izni olmadan yapılan tasarrufların yol açtığı zararların tazmin edilmesi, *zahirü'r-rivâye* olan bir görüştür. Ancak insanların maslahatı söz konusu olduğunda, izinsiz yapılan tasarrufların yol açtığı zararların tazmin edilmeyeceği ifade edilerek bu meseledeki ilgili doktrin daraltılmaya çalışılmıştır.

Yukarıda anlatılanlar, tek kişinin hukuka aykırı eylemiyle oluşan zararlardaki tazmin kuralları için geçerlidir. Ancak birden fazla kişinin hukuka aykırı fiiliyle meydana gelen zararlarda sorumluluğun kime yükleneceği meselesi tartışmalıdır. Örneğin, bir kimse kamusal alanda izinsiz kuyu kazdıktan sonra başkası kuyuyu

---

<sup>87</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83<sup>b</sup>.

<sup>88</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 84<sup>b</sup>.

<sup>89</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 86<sup>b</sup>.

derinleştirir ve akabinde kuyuya bir şey düşüp telef olursa; *kıyasa* (genel kural) göre kazan kişinin sorumlu olduğu söylenir. Çünkü bu görüşü savunanlara göre, kazma eylemini yapan kişi, sanki düşeni oraya atmış gibidir. İmâm Muhammed *Kitâbü'l-Asl*'ında kendisinin kıyas ile amel ettiğini açıkça belirtmektedir.<sup>90</sup> Ancak Çelebi, *Fetâvây-ı Hânîye* adlı eserden hareketle, istihsâna göre (ki bu Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'un görüşü) her ikisinin de meydana gelen zararı yarı yarıya tazmin edeceğini belirtir. Çünkü yapmış oldukları eylemlerle bu kişilerin her ikisi de teaddî unsurunu taşıyan bir davranış sergilemiştir. Çelebi'nin bu rivâyetten sonra Burhânüşşerîa'nın *el-Muhîtu'l-Burhânî* adlı eserindeki rivâyete yer vermesi, onun da bu konuda kıyası tercih ettiğini göstermektedir. Zira söz konusu yerde, kuvvetli olması hasebiyle meşâyihin bu konuda kıyas ile amel ettiği, Burhânüşşerîa'nın da bu görüşü tercih ettiği ifade edilmektedir.<sup>91</sup> Ancak Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'un kabul ettiği ikinci görüşün daha tercihe şayan olduğunu ifade edebiliriz. Bu olayda tarafların arasında herhangi bir ortaklığın olup olmadığını ya da ilk etapta kazılan kuyunun tek başına zararlı sonucu doğurmaya yetecek düzeyde olup olmadığını bilemiyoruz. Fakat meydana gelen zarar ile fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisini, başka bir ifadeyle illiyet bağımlı dikkate aldığımızda buradaki zararı doğuran illetin söz konusu eylemlerde bulunan kişilerin fiilleri olduğu aşikârdır.

Kamusal alanda izinsiz kazılan kuyunun yanına başkasının koyduğu taş ve benzeri bir cisme takılarak kuyuya düşen insan ya da hayvanın zarar gördüğü olaylarda da, kazan kişinin sorumlu olmadığı söylenir. Bu olayda kuyunun yakınına taş ve benzeri şeyi bırakan kişinin, kuyuyu kazan kişiye nispetle onu kuyuya atan kişi gibi olduğu ve bir bakıma o kişiyi eliyle tutup kuyuya atmış gibi kabul edildiği söylenir.<sup>92</sup> Burada meydana gelen zarar ile kazma eylemi arasına giren üçüncü şahsın fiili ile sorumluluğun kazan kişiden taşı koyan kişiye aktarıldığı görülmektedir. Ancak orada kuyu olmasaydı, bu kişi sadece ayağı tökezleyerek yere düşecek ve belki de hiç zarar görmeyecekti. Hal böyle iken, bu olayda sadece taşı koyan kişinin sorumlu olmadığını,

---

<sup>90</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, C. VII, s. 40-41; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 189; Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 23; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 474.

<sup>91</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 85<sup>a</sup>

<sup>92</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 85<sup>b</sup>.



yapmış oldukları fiillerle hukuka aykırı bir davranış sergilediklerini ve meydana gelen zararı tazmin etmede her ikisinin de sorumlu olmasının daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

### c. Mubah Alanlarda Kazılan Kuyunun Sorumluluğu

Hiç kimsenin mülkünde olmayan mubah alanlara gelince, bu tür yerlerin üzerinde henüz mülkiyet kurulmadığı için insanlar buralarda eşit haklara sahiptir. İnsanlar bu gibi yerlerde dilediği gibi tasarruf edebilir. Bu sebeple buralarda kazılan kuyunun yol açtığı zararların tazmine konu olmayacağı söylenir. Örneğin bir kimsenin ıssız ve çorak bir sahrâda kazdığı kuyu birinin zarar görmesine sebep olursa, bu eylem tazmin sorumluluğu doğurmaz. Gerekçe olarak bu gibi yerlerin hiç kimsenin mülkünde olmayan mubah alanlar olduğu, bu yüzden de kişinin kazma eyleminin teaddî unsurunu taşıyan bir davranış sayılmayacağı ifade edilir.<sup>93</sup>

### 3. Sulama Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu

Ateş ve kuyu kazma meselelerinde olduğu gibi, sulama sebebiyle meydana gelen zararların tazmin edilmesi hususunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Mezhebin kurucu imamlarından Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, kişinin kendi özel mülkünde yaptığı sulama işleminin yol açtığı zararların (komşusunun evinin ya da arazinin telef olması gibi) kıyasa göre tazmine konu olmayacağını; ancak böyle bir işlemin çirkin olduğunu söyler.<sup>94</sup> Serahsî de kıyasa göre kişinin tazminle sorumlu olmayacağını, fakat bu meselede kıyas ile amel edilmesinin uygun olmadığını şu şekilde ifade eder:

Şayet kişi suyu kendi mülküne döker ve bu su başkasının mülküne geçerek oraya zarar verirse, kıyasa göre bu ve önceki mesele (kuyu kazma ve kanal açma) hüküm açısından aynıdır. [Yani diğer meselelerde nasıl tazminle sorumlu olmuyorsa, burada da sorumlu değildir.] Kişinin suyu mülküne dökmesi, mutlak olarak kendisine mubahtır. Ancak şu kadar var ki, burada kıyas ile amel etmek çirkindir. Çünkü su tabiatı itibarıyla akışkandır. Kişi suyu döktüğü zaman komşusunun mülküne geçeceğini biliyorsa, onun zarar verdiği şeyleri istihânen tazminle sorumlu olur. Görmez misin, bir kimse kendisine ait olan bir oluğa suyu döker ve bu su oluğun altında bulunan bir eşyaya zarar verdiğinde, döken kişi tazminle sorumlu olur. Ve kişi bu zararlı eylemiyle (*cinâyet*) sanki eşyayı kendi eliyle doğrudan (*mübâşeret*) itlaf etmiş gibi sayılır.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Celebi, *ed-Damânât*, vr. 86<sup>b</sup>.

<sup>94</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, C. VII, s. 41-42.

<sup>95</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 23.

Yukarıda görüldüğü üzere, kendi mülkünde sulama yaparak başkasının zararına yol açan kişi, mezhepteki yerleşik kurala (*kıyas*) göre sorumlu değildir. Çünkü kişi kendi mülkünde tasarrufta bulunduğu için onun bu eyleminin mutlak olarak mubah olduğu ifade edilir. Kişinin kendi mülkünde ateş yakması ve kuyu kazması meslelerinde olduğu gibi burada da insanların kendi mülklerinde mutlak olarak tasarruf etme hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Yani insanlar kendi mülklerinde mutlak tasarruf etme yetkisine sahip olduğu için burada yapılan işlemler hukuka aykırı (teaddî) kabul edilmez ve bunların yol açtığı zararlar da tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Ancak gerek İmâm Muhammed'in gerekse Serahsî'nin, sulama meselesini ateşin yol açtığı zararlardan farklı düşündüğü anlaşılmaktadır. Çünkü onlar, ateş sebebiyle meydana gelen zararlarda, kişinin mutlak olarak ateş yakma hakkına sahip olduğunu ve bu tasarrufunun yol açtığı zararlardan sorumlu olmayacağını söylerken; suyun karşı tarafa geçerek zarar vereceği biliniyorsa, bu durumda akıtan kişinin istihânen sorumlu olacağını söylemektedirler.

Mergînânî'nin *el-Hidâye*'sinde mezhepteki yerleşik kuralın tercih edildiği görülmektedir. Nitekim Mergînânî burada sulayan kişinin tazminle sorumlu olmayacağını, gerekçe olarak da bu kişinin müteaddî olmadığını söylemektedir.<sup>96</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî de, *Fetâvây-ı Ehli Semerkand* adlı esere referansla aynı görüşü aktararak İmâm Muhammed'in *Kitâbü'l-Asl*'indeki cevabın bu şekilde olduğunu belirtmiş; ancak daha sonra bazı Hanefî meşâyihinin ateş ile suyu farklı olarak değerlendirdiğini, onlara göre ateş sebebiyle meydana gelen zararların yakan kişiye izâfe edilmeyeceği, suyun sebep olduğu zararların ise akıtan kişiye nispet edileceğini zikretmiştir.<sup>97</sup>

Mergînânî ile Burhânüşşerîa'nın konuyla ilgili ifade ettikleri yukarıda anlatıldığı şekilde olmakla birlikte müteahhir Hanefî fakihleri, istihsan yoluyla ulaşılan hükümle amel ederek ilgili meseledeki görüşleri aktarmışlardır. Dahası bu metinlerde İmâm Muhammed'in *Kitâbü'l-Asl*'i ile Serahsî'nin *el-Mebsût*'unda ifade edilen genel kural (*kıyas*) devre dışı bırakılarak sanki bu konuda farklı bir görüş yokmuş gibi bir sunum

<sup>96</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 392.

<sup>97</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. V, s. 511.

yapılmıştır. Söz konusu durumu Üsrûşenî ile birlikte İmâdüddîn el-Mergînânî, Şeyh Bedreddin ve Fudayl Çelebi'nin eserlerinde görmek mümkündür. Zikredilen bu eserlerdeki fetvâ örneklerinde tazmin sorumluluğunun doğması sulama işinin nasıl yapıldığına bağlıdır. Eğer kişi araziyi normal şekilde (mutat), yani arazinin kaldırabileceği miktarda suyu akıtarak sulamışsa, zararı tazminle sorumlu olmaz; ancak sulamada aşırıya giderek arazinin taşımayacağı miktarda suyu salarak komşusunun zararına sebep olduysa, bu durumda müteaddî olarak sorumlu olur. Çünkü meydana gelen zarar, dolaylı bir yol (*tesebbüb*) ile meydana gelmiştir. Tazmin sorumluluğunun doğması da teaddînin olmasına bağlıdır.<sup>98</sup> Bu durum, Çelebi'nin *ed-Damânât*'ında şöyle anlatılmaktadır:

...Fakih Ebû Cafer dedi ki, kişi komşusunun arazisine geçecek miktarda suyu kendi arazisine akıtırsa, bu durumda sanki kendi arazisi yüksekte, komşusunun arazisi de alçakta olmuş gibi olur. Böyle bir durumda kişi akıtılan suyun oraya geçeceğini bildiği için ikinci kişi (alttaki) bunu tazmin ettirir ve meydana gelen teaddîyi ortadan kaldırmak için yüksekte olan arazi sahibine bir su bendi koyması emredilir. Su bendi koymadan önce de sulamadan men edilir. Ancak su önce arazide durup sonrasında komşunun arazisine geçer ve kişinin sulaması da normal ölçülerde ise, bu durum yıkılmaya yüz tutmuş duvar örneğine benzer. Eğer komşu, set veya su bendi yapması konusunda önceden uyarılmış (*tekaddüm*) olmasına rağmen arazi sahibi bunları yapmamışsa istihşânen zararı tazminle sorumlu olur. Ancak komşu önceden uyarılmadıysa sorumlu olmaz.<sup>99</sup>

Hâniye'de zikredildiğine göre, bir kimsenin kendi mülküne akıttığı su komşusunun mülküne geçerek eşyalarına zarar verirse, kıyasa göre bu kişi tazminle sorumlu olmaz. Çünkü kişi kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktadır. Ve kişinin kendi mülkünde bu şekilde tasarrufta bulunması mutlak olarak mubahtır. Meşâyihten bazıları, suyun oraya geçeceğini biliyorsa, kişinin bu durumda tazminle sorumlu olacağını söylemektedir. Çünkü su, tabiatı itibarıyla akışkandır. Böyle bir miktardaki suyun oraya ulaşacağını bildiğinde de tazmin gerekli olur.<sup>100</sup>

Yukarıda görüldüğü üzere, araziyi sulayacak kişilerin, sulama işini başkalarına zarar vermeyecek şekilde yapması ve bunun için gereken tedbir ve önlemleri de alması gerekir. Aksi takdirde hukukun aykırı (*teaddî*) olarak kabul ettiği her türlü sulama işleminin yol açtığı zararlar, sulayan kişi (*fail*) aleyhine tazmin sorumluluğu

<sup>98</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 374<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 125; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 91<sup>b-94</sup><sup>a</sup>.

<sup>99</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 91<sup>b</sup>. Benzer durum için bkz. Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 374<sup>a</sup>. İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 125.

<sup>100</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 92<sup>a</sup>.

doğurmaktadır. Bununla birlikte, kişi kendisine ait olmayan bir su ile arazisini sular, hakkı olmadığı halde bir nehrin yatağını değiştirir, suyu haddinden fazla kullanır veya suyun önünü kapatmasıyla yükselen suyun başkalarına zarar vermesi durumlarında da meydana gelen zararları tazmin eder.<sup>101</sup> Dikkat edileceği üzere dolaylı yoldan meydana gelen bu tür itlaf hadiselerinde sorumluluğun doğmasını belirleyen şey, bu eylemlerde kişinin kusurunun, başka bir ifadeyle teaddîsinin olup olmadığıdır. Yukarıda zikredilen bu hallerin tamamı teaddî olarak değerlendirildiği için olayın faili tazminle sorumlu tutulmuştur. Aynı şekilde arazisinde gizli bir delik bulunan kişi, bunu bilmesine rağmen kapatmaz ve buradan sızan su başkasına zarar verir ya da muhtemel su taşkınlarını önlemek için kendi arazisine gelen suyun geçtiği kısımlara tahkimat veya su bendi yapmamak suretiyle ihmalkâr davranırsa, bu kişi yine zararları tazmin eder.<sup>102</sup>

Özetlemek gerekirse, Hanefî mezhebinde ateşin yol açtığı zararların tazminiyle ilgili yaşanan süreç, suyun sebep olduğu zararların tazmininde yaşanmamıştır. Çünkü İmâm Muhammed'in *Kitâbü'l-Asl*'ı ile Serahsî'nin *el-Mebsût*'u gibi mezhep doktrinini anlatan erken dönem eserlerde, kendi özel mülkünde sulama yapan kişinin kıyasa göre sorumlu olmayacağı, ancak suyun başkasına ait bir mülke geçerek zarar vereceği biliniyorsa, bu durumda suyu akıtan kişinin sorumlu olacağı en başından itibaren ifade edilmiştir.

#### **4. Bir Yere Koyulan Şeyin Sebep Olduğu Zararlarda Tazmin Sorumluluğu**

Menkul bir malın kamusal alana ya da başkasına ait bir yere bırakılması sebebiyle oluşan zararların tazmin edileceği ve failin müteaddî olarak sorumlu olması, Hanefî mezhebinde bilinen bir husustur.<sup>103</sup> Hanefî mezhebinin hukukî doktrinini sistematik bir biçimde özetleyen Mergînânî, *el-Hidâye*'sinde bu durumu şöyle anlatır:

Bir kimse müslümanların yolunda kuyu kazar veya buraya taş koyar ve bunun yüzünden bir insan telef olursa, bunun diyetini kuyuyu kazan ya da taşı koyan kişinin âkilesi öder. Şayet burada bir hayvan telef olursa, söz konusu kişinin

<sup>101</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 374<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 125; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 94<sup>a-b</sup>.

<sup>102</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 374<sup>a-b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 125; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 91<sup>b</sup>-93<sup>b</sup>.

<sup>103</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, C. VII, s. 25-26; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 189; Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 6-7; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 474-475.

malından tazmin edilir. Çünkü kişi burada hukuka aykırı davrandığı (mütaddî) için eylemlerinden doğan zararları tazminle sorumludur. Ancak, âkile burada mala gelen zararları değil, cana gelen zararları yüklenir. Bu yüzden hayvanın tazmini kişinin malından yapılır. Yola toprak atmak ve orada çamur yapmak da, -zikrettiğimiz üzere- oraya taş ve odun atmak gibidir. Şu mesele bunun aksinedir: Bir kimse yolu süpürür ve orada bir insan ölürse, sorumlu olmaz. Çünkü süpüren kişi yolda yeni bir şey yapmamıştır, aksine sadece yoldaki eziyet veren şeyleri kaldırmak istemiştir. Ancak yoldaki çöplükleri bir araya getirir ve sonrasında bir insan takılıp düşerse, bu kişi sorumlu olur. Çünkü bu şekilde yolu işgal etmekle hukuka aykırı (teaddî) davranmıştır.<sup>104</sup>

Yukarıdaki pasajda verilen örneklerde sorumluluğu belirleyen şeyin teaddî olduğu rahatlıkla görülmektedir. Şayet kişinin kamusal alana bir şey bırakmasında *teaddî* unsuru mevcutsa sorumluluk doğar ve olayın faili meydana gelen zararların müsebbibi olarak sorumlu olur. Ancak kişinin fiili, *teaddî* unsurunu taşıyorsa sorumluluk doğmaz. Zikredilen bu öğreti, vâkıât eserlerinde tekrarlanmakla birlikte söz konusu eserlerde Zahîruddîn el-Mergînânî'nin *el-Fetâvâ* adlı eserine referansla genel bir ilkeden söz edilir.<sup>105</sup> Buradaki temel ilke şu şekildedir: Kişi, koyma hakkına sahip olduğu hiçbir yerde, koyduğu şey sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Çünkü zarara sebep olan kişi (*mütesebbib*), ancak *teaddî* unsurunu taşıyan bir fiil ile sorumlu olur. Hâlbuki böyle bir durumda nesneyi oraya bırakan kişi, hukukun kendisine izin verdiği ve hakkı olan bir şeyi yaptığı için haksız bir eylemde bulunmamaktadır. Zira Mecelle'nin 91. maddesinde (*cevâzi şerî damâna münâfîdir*) de belirtildiği üzere dinin ve hukukun izin verdiği hususlarda hukuka aykırılık bulunmadığı için meydana gelen zararlar tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırır.

Kişinin hergangi bir şey koyma ya da bırakma hakkının olmadığı yerlere gelince, burada meydana gelen zararlarda tazmin sorumluluğu, konulan nesnenin orada durup durmamasına bağlıdır. Konulan şey bulunduğu yerden hareket etmediği ve orada durduğu sürece koyan kişinin sorumlu olacağı ifade edilir. Çünkü kişinin eşyasını böyle bir yere bırakması, *teaddî* unsurunu taşıyan bir davranıştır. Zira hukukun izin vermediği bir eylemde bulunan kişi, eyleminin yol açtığı zararların sorumlusu olur.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 474-475.

<sup>105</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 374<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 348<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 72<sup>a</sup>

<sup>106</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 374<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 348<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 72<sup>a</sup>-75<sup>a</sup>.

Örneğin kişi, umuma ait olan bir yola taş koyar ve sonrasında konulan taş başka bir yere hareket etmeksizin bulunduğu yerde başka bir şeyi telef ederse, koyan kişi meydana gelen zararlardan sorumlu olur.<sup>107</sup>

Ancak konulan şey, bulunduğu yerden başka bir yere kendiliğinden sürüklenir ya da hareket ederse, bu durumda kişinin zararlardan sorumlu olmayacağı ifade edilir.<sup>108</sup> Çünkü nesnenin bulunduğu yerden hareket etmesiyle kişinin fiilinin geçersiz hale geldiği kabul edilir. Bu sebeple meydana gelen zararın sorumluluğu, onu hareket ettiren (izâle eden) şeye ya da kişiye yüklenmektedir. Eğer koyulan nesneyi hareket ettiren şey, su veya rüzgâr gibi fiilleri muteber olmayan bir nesneyse, bu durumda zarar heder olarak kabul edilir. Bu ve benzeri örneklerde su veya rüzgâr gibi fiilleri muteber olmayan şeyler, zarar ile fiil arasındaki illiyet bağına kesen bir sebep olarak değerlendirilmiş ve sorumluluğa hükmedilmemiştir. Çünkü bu gibi itlaf hadiselerinde su veya rüzgâr gibi şeylerin mübâşir, bırakan kişinin müsebbib olarak değerlendirilmesiyle sorumluluk mübâşir konumunda olan şeylere izâfe edilmiştir. Ancak bunlar sorumluluğun yüklenebileceği bir mahal olmadığı için zararın kendiliğinden meydana geldiği ve tazmin sorumluluğunun olmadığı ifade edilmiştir. Pek çok fetvâ örneğinde karşılaşılan bu durum, Hanefilerin “*mübâşir ile mütesebbib bir arada bulunduğu hüküm mübâşire izâfe edilir*” şeklindeki genel kuralı sıkı sıkıya işlettiklerini ve bundan taviz vermek istemediklerini göstermektedir. Çünkü bu görüşü savunanlara göre, mübâşeret yoluyla meydana gelen zararlar, hükmün müsebbibe yüklenmesini engellemektedir. Zira tesebbüben işlenen bir fiil karşısında mübâşeret, hükmün müsebbibe izâfesini kesmektedir.<sup>109</sup> Dolayısıyla mübâşirin fiili, mütesebbibin hukuka aykırı fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun bir ilişkinin (illiyet bağı) kurulmasına mani olmaktadır. Bu yüzden de, mübâşirin fiilinin yanında mütesebbibin müteaddî olması önemini yitirmektedir. Buna karşın konulan şeyi

<sup>107</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 374<sup>b</sup>-375<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 348<sup>b</sup>-349<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 122; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 72<sup>b</sup>

<sup>108</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 348<sup>b</sup>-349<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 122; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 73<sup>a-b</sup>

<sup>109</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 74<sup>a</sup>

hareket ettiren, insan gibi filleri hukuken muteber olan biriye, fiil bu kişiye nispet edilerek tazmin sorumluluğu kendisine yüklenir.

İnsanların gelip geçtiği yola bir şey koymak, ilgili fetvâlarda görüldüğü üzere başkalarına zarar vermeme şartıyla kayıtlıdır.<sup>110</sup> Konulan ya da atılan şeyler, ancak başkasının zararına sebep olursa sorumluluk doğurur. Çünkü kamusal alanlar, toplumun ortak kullanımını ilgilendiren alanlar olduğu için bu gibi yerlerde izinsiz ve geliş güzel hareket edilemez. Yetkili merciin izin ve onayı alınmadan yapılan bir davranış, zarara sebep olduğunda da sorumluluk doğar. Çelebi'nin, Rüstüfî'nin den yaptığı şu nakil anlatılan bu durumu güzelce izah eder:

Bir kimse insanların gelip geçtiği yola karpuz kabuğu gibi bir şeyi atar ve sonrasında hayvan kayar[ak zarar görürse], atan kişi hayvanın kıymetini tazmin eder. Çünkü karpuz kabuğunu atma konusunda kendisine izin verilmemiştir. Bir kimse kendisine izin verilmeyen konuda bir eylemde bulunursa, ondan doğan zararları tazmin eder.<sup>111</sup>

## 5. Yapım ve Yıkım Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Tazmin Sorumluluğu

Kişinin özel mülkünde gerçekleştirdiği yapım ve yıkım faaliyetlerinin yol açtığı zararların tazmine konu olması, hukukun bu eylemleri teaddî olarak görmesiyle alakalı bir husustur. Eğer mezhep doktrini bu eylemleri teaddî olarak görüyorsa, sorumluluk doğar; aksi takdirde meydana gelen zararlar tazmine konu edilmemektedir. Hanefî fakihlerinin benimsediği bu öğretiyi mezhebin ilk metinlerinde görmek mümkündür. Bu durum Serahsî'nin *el-Mebsût*'undaki şu ifadelerde rahatlıkla görülür:

Bir kimse insanların gelip geçtiği yola taş koyar, bina yapar, yola doğru duvarından bir kiriş çıkarır veya yola sarkan bir taş koyar ya da bir saçak yapar veyahut havuz ya da oluk yapar veyahut da yola bir ağaç kütüğü koyarsa, bunlardan doğacak olan zararları tazmin eder. Çünkü söz konusu kişi yaptığı bu eylemlerle telef olan kişinin ölümüne sebep olmuştur. Ve tessebbüben zarara yol açan bu eylemlerde kişi mütaddîdir. Çünkü söz konusu kişi, yoldan geçenlere zarar veren veya yürüme hakkına sahip olan kişilerin yoldan yürümelerine mani olan bir iş yapmıştır. Tazmini gerekliliği (vücûbiyeti) ise, telef olan kişinin kanını heder olmaktan korumak içindir. Her ne kadar bu kişi gerçekte katil olmasa da,

<sup>110</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 375<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 349<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 122; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 73<sup>a</sup>, 74<sup>a-b</sup>, 75<sup>a</sup>, 88<sup>b</sup>.

<sup>111</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 75<sup>a</sup>.

tesebbüben zarara yol açan bu eylemlerde kişi mütaddî olduğu için biz müsebbibin tazminle sorumlu olacağını gerekli görürüz.<sup>112</sup>

Serahsî'nin zikrettiği bu örnekte, kişinin duvarından yola doğru çıkardığı bir giriş ya da kendi mülkünde yaptığı saçaktan doğacak zararlardan sorumlu olduğu görülmektedir. Söz konusu eylemler aslında kişinin kendi mülkünde yaptığı eylemlerdir; ancak dolaylı yoldan (tesebbüben) zarara yol açan bu eylemlerde kişi mütaddî olarak değerlendirilmiş, bu yüzden de sorumluluğuna hükmedilmiştir. Çünkü kişinin yaptığı bu faaliyetler mülkünün sınırlarını aştığı için kendisi hukuka aykırı davranmıştır.

Yukarıdaki meselede sorumluluğun doğması, kişinin kendi mülkünde yaptığı yapıların mülk sınırının dışına çıkmasından kaynaklanmıştır. Ancak zikredilen eylemler kişinin mülkünün sınırları içerisinde gerçekleşseydi, erken dönem Hanefi âlimleri müteaddî olmadığı gerekçesiyle bu kişinin sorumlu olmayacağını söyleyecekti. Çünkü daha önce ifade edildiği üzere, onlar kişinin özel mülkünde yaptığı fiillerden doğan zararların tazmin edilmeyeceği görüşünü benimsemektedir. Örneğin Çelebi'nin *el-Muhît* adlı eserden aktardığı bir fetvâda, kişi kendi evini yıkar ve sonrasında buna bağlı olarak komşusunun evi yıkılırsa, bu kişinin meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağı ifade edilir.<sup>113</sup> Çünkü buradaki örnekte evini yıkan kişi, eylemini kendi mülkünde yapması sebebiyle hukuka aykırı davranan birisi (müteaddî) olarak değerlendirilmemiştir. Her ne kadar bu fetvâda kişinin mutlak olarak sorumlu olmayacağı ifade edilse de, fiillerinin kusurlu olması durumunda sorumlu olacağını gösteren fetvâlara da yer verilmektedir. Semerkandî'nin *en-Nevâzil*'inden iktibas edilen bir fetvâda bu durum açıkça görülmektedir. Bu fetvâ örneğinde, bir kimse evini yıkıp kendisi ile komşusu arasında bulunan duvarın üzerine çokça toprak koyar, sonrasında da onun üzerine bolca tuğla koymak suretiyle duvarın yıkılmasına sebep olur. Bu olayda mülk sahibinin oluşan zarardan sorumlu olacağı ifade edilmektedir.<sup>114</sup> Burada sorumluluğu belirleyen şeyin failin kusuru olduğu açıkça görülmektedir.

<sup>112</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 6.

<sup>113</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 65<sup>a</sup>.

<sup>114</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 380<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 126; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 65<sup>a</sup>.



Çünkü ilgili fetvâda, tuğlaların duvarı zayıflatacak şekilde adamın fiiliyle duvara bitişik ve ona dayandırılmış olması halinde, bu kişinin zararı tazmin edeceği ifade edilmektedir. Bu olayda zarara sebep olan kişi, duvarın yıkılmasına sebep olacak şekilde haddinden fazla toprak atmak ve tuğla koymak suretiyle kusurlu davranmış, bu yüzden de meydana gelen zararın tazminiyle sorumlu tutulmuştur.

Başkasının mülkünde gerçekleştirilen yıkım olaylarına gelince, bu eylemlerin yol açtığı zararlar, olayın faili tarafından tazmin edilmektedir. Örneğin başkasının evini yıkan kişinin yapılmış haliyle bunun değerini tazmin edeceği, ancak arsanın değerini tazmin etmeyeceği söylenir.<sup>115</sup> Bu olayda mal sahibi, sadece meydana gelen eksikliği tazmin ettirebileceği gibi, enkazı yıkan kişiye bırakarak tamamını da ödettirebilir.<sup>116</sup> Arsanın tazmine konu olmaması, gasp eyleminin gayrimenkullerde geçerli olmamasıyla ilişkilendirilmiştir. Ancak buradaki eylem, daha ziyade bir itlaf hadisesidir. Gayrimenkuller ise, itlaf sorumluluğu çerçevesinde tazmine konu olurlar. Yani kişinin yaptığı bu yıkım faaliyeti arsaya zarar vermiş olsaydı, pekâlâ tazmine konu olurdu.

Başkasının mülkünde izinsiz yapılan yıkım faaliyetlerinin yol açtığı zararlara gelince, bunlar da tazmine konu olur. Ancak yapımda kullanılan toprağın tazmine konu olması, onun değerinin olup olmamasını bağılıdır. Örneğin bir kimse başkasının üzüm bağında sahibinden izinsiz topraktan bir duvar yapar ve bu toprağın herhangi bir kıymeti yoksa, yapılan duvar bağ sahibine ait olur. Böyle bir durumda kişinin toprağı gasbetmiş sayılmayacağı, bu yüzden de sorumlu olmayacağı söylenir. Ancak toprağın değerli olması halinde, duvar yapanın olur ve bu durumda kendisi toprağı gasbetmiş sayılacağından duvarı yıkarak toprağın kıymetini tazmin etmesi gerekir.<sup>117</sup>

Toplumun ortak kullanım mekânlarına izinsiz yapılan köprü, ev, kuyu, mescit vb. yapıların yol açtığı zararlar da tazmin sorumluluğunu doğurur. Örneğin kamuya ait bir yol üzerinde devlet başkanının izni olmadan yapılan ev ile dükkân ya da bir nehir

---

<sup>115</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 351<sup>a</sup>- 352<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 128; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 65<sup>a</sup>.

<sup>116</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 67<sup>a</sup>.

<sup>117</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 351<sup>a</sup>- 352<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 134; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 67<sup>b</sup>;

üzerine inşâ edilen köprünün yol açtığı zararlar, yapan kişi için tazmin sorumluluğu doğurur. Çünkü kişi, kamu otoritesinin onayını almadan yaptığı işlemler neticesinde zarara sebebiyet verdiği için hukuka aykırı davranmıştır. Ancak bu işlemler, izinli olarak yapılır veya bunlar kişilerin kendi özel mülklerinde inşa edilirse, sorumluluk doğurmaz. Çünkü birinde kamu otoritesinin izni, diğerinde de kişinin bunları özel mülkünde yapmış olması, söz konusu eylemlerdeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Örneğin bir kişi, devlet başkanı ya da ilgili otoritenin iznini almadan kamuya (umûm) ait nehir üzerinde asma bir köprü yapar, sonrasında bir hayvan ya da kişi ayağı takılarak düşüp ölürse, yapan kişinin bunu tazmin etmesi gerekir.<sup>118</sup>

## 6. Hayvanların Verdiği Zararlar

Hayvanın bakımını veya yönetimini üzerine alan kişinin haksız fiili veya kusuru olmadığı sürece hayvanların fiilleriyle oluşan zararların tazmine konu olmaması genel kuraldır. İnsanların sevk ve idaresi olmadan hayvanların kendiliğinden yaptığı fiillerin yol açtığı zararlar heder olarak kabul edilmektedir. Örneğin bir hayvan kendiliğinden başkasının arazisine girip ekinlerine zarar verirse, hayvanın sahibi sorumlu olmaz.<sup>119</sup> Çünkü burada hayvanın fiillerinin sahibine izâfe edilmesini gerektiren bir durum yoktur. Başka bir ifadeyle belirtecek olursak, bu örnekte meydana gelen zarar ile hayvanın sahibi arasında kurulabilecek uygun bir ilişki (illiyet bağı/rabita) olmadığı için sahibi hayvanın verdiği bu zarardan sorumlu değildir. Hanefî mezhebindeki bu genel kural, Hz. Peygamber'in (s.a.v) "*Hayvanların kendiliğinden verdiği zararlar hederdir*" şeklindeki hadisine dayanmaktadır.<sup>120</sup>

Ancak hayvanlar insanların sevk ve idaresi altında iken zarara sebep olduysa, bu durumda meydana gelen zararlar tazmin edilir. Söz konusu durumdaki tazmin durumları, hayvana binerek giden kişi (râkib) ile onu yularından tutarak çeken (kâid) ve arkadan süren (sâik) kişi üzerinden anlatılmaya çalışılır. Hanefî mezhebinin temel metinlerinde görüldüğü üzere, hayvanın üzerine binen kişi, söz konusu hayvanın

<sup>118</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 351<sup>b</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 68<sup>a</sup>-69<sup>b</sup>

<sup>119</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 375<sup>b</sup>-376<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 346<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 118; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 336<sup>b</sup>. Bu durum Mecelle'nin 94. ve 929. maddesinde aynen ifade edilmiştir.

<sup>120</sup> Buhârî, *Sahih*, "Zekât", 65

ısırarak veya ayaklarıyla basarak zarar verdiği şeylerden sorumlu iken, ayaklarının çifte atması ile kuyruğunun vurarak zarar verdiği şeylerden sorumlu değildir. Hayvanı önden çekerek götüren kişiye gelince, onun sadece ön ayaklarından doğan zararlarından sorumlu olacağı, arkadan sevk eden kişinin ise ön ve arka ayakların her ikisinden kaynaklanan zararları tazmin edeceği ifade edilir. Söz konusu mesele daha ziyade kaçınılması mümkün olan ve olmayan şeyler bağlamında ele alınmıştır. Nitekim kaçınılması mümkün olarak görülen şeyler sorumluluk doğururken, kaçınılması mümkün olmayan şeylerin tazmine konu olmayacağı ifade edilmiştir.<sup>121</sup>

Hayvanların verdiği zararların tazminiyle ilgili genel kurallar yukarıda ifade edildiği şekilde olmakla birlikte, kişinin kendi mülkünde hayvanın üzerinde iken oluşan zararlar ile hayvanı önden çekerek veya arkadan sürerken meydana gelen zararların tazmini farklı değerlendirilmektedir. Normalde kişinin kendi mülkünde hayvanın üzerinde iken meydana gelen zararların tazmine konu olmayacağı ifade edilmekle birlikte, doktrinde hayvanın çiğnemek suretiyle verdiği zararlar bu kuraldan istisna edilmiştir. Söz konusu olay mübâşeret halleri kapsamında değerlendirilmiş, bu durumda teaddî şartı aranmadığı için de binen kişinin sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Kişinin kendi mülkünde hayvanı önden çekerken veya arkadan sürerken oluşan zararlara gelince, bunlar tessebbüb halleri kapsamında değerlendirilmiş, burada teaddî şartı arandığı için de mezkûr kişinin bu eylemlerde teaddîsi olmadığı için sorumlu olmadığı söylenmiştir.<sup>122</sup> Anlatılan bu durum, Serahsî'nin *el-Mebsût* adlı eserinde şöyle anlatılır:

Bir kimse kendi mülkünde hayvanı üzerinde giderken, bu hayvan ön ve arka ayağıyla birini ezerek öldürse, binen kişiye hem diyet hem de kefarete gerekir. Çünkü hayvanın üzerine binen kişi (râkib) onun çiğnediği şeyi mübâşeretten öldürmüştür. Ok atmada olduğu gibi, tazminin gerekliliği hususunda mübâşeretten gerçekleştirilen şeyin kişinin kendi mülkünde veya başkasının mülkünde olması arasında herhangi bir fark yoktur. Nitekim kendi mülkünde ok atarak birisini öldüren kişi, ölen kişinin diyetini tazmin etmesi gerekir. Şayet kişi hayvanı önden çeken veya arkadan süren biriye, bu durumda söz konusu hayvanın kendi mülkünde verdiği zarardan sorumlu değildir. Çünkü o kişi, söz konusu hayvanı cinâyet mahalline yaklaştırmak suretiyle sadece ölümüne sebep

<sup>121</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 189; Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVI, s. 188-189; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 479-480.

<sup>122</sup> Zeylâî, *Tebyñül-hakâik*, C. VI, s.149-150; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 111.

olmuştur. Mütesebbib ise, ancak müteaddî olduğunda tazminle sorumlu olur. Kendi mülkünde hayvanını süren veya çeken kişi ise, müteaddî olmaz.<sup>123</sup>

Yukarıda genel hatlarıyla görüldüğü üzere bir hayvan, sahibinin ya da onu elinde bulunduran kişinin haksız fiili veya kusuru (kasıtlı fiili veya ihmalkâr davranışı) ya da kendilerine isnadı mümkün bir fiille başkalarına zarar verirse, söz konusu kişiler meydana gelen zararlardan sorumlu olur. İlgili fetvâ örneklerinde hayvanların bu şekilde verdiği zararlar, dolaylı (tesebbüben) itlaf olarak değerlendirilmiş ve hükümler ona göre düzenlenmiştir.<sup>124</sup> Örneğin, bir kimse insanların bulunduğu yere herhangi bir hayvanı salarak birilerinin zarar görmesine yol açarsa, prensip olarak zarara sebep olan kişi tazminle sorumlu olur. Bu olayda hayvan mübâşir, onu bırakan ise mütesebbibtir. Doğrudan zarara yol açan (mübâşir) hayvanın sorumlu tutulması mümkün olmadığı için dolaylı yoldan etkisi bulunan mütesebbib sorumlu tutulmaktadır.<sup>125</sup> Çünkü kişi, zarara sebep olan hayvanı kamusal alana bırakarak teaddî unsurunu taşıyan bir eylemde bulunmuştur. Tesebbüben meydana gelen zararlı fiillerde de, kişinin teaddîsi varsa meydana gelen zararlardan sorumlu olur.

Bu çalışmanın ana kaynakları olan vâkıât/fetâvâ türündeki eserlerde yer alan fetvâlarda ele alınan konulardan biri, hayvanın bulunduğu yerden hareket etmesi ve zarar ile fiil arasına bir sürenin girmesi durumunda sorumluluğun doğup doğmayacağı hususudur. Bazı fetvâ örneklerinde zarar ile fiil arasına bir sürenin (fasıla) girdiği ya da hayvanın bulunduğu yerden hareket ettiği durumlarda, kişinin hukuka aykırı eyleminin ortadan kalkarak sorumluluğunun olmayacağı ileri sürülmektedir. Örneğin insanların gelip geçtiği yola bırakılan yılanın konulduğu yerden başka bir yere hareket etmesinden sonra verdiği zararlarda, onu koyan kişinin sorumlu olmayacağı ifade

---

<sup>123</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXVII, s. 5. Bu pasajı Hanefî mezhebinin diğer metinlerinde görmek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeylât, **Tebyînül-hakâik**, C.VI, s.149-150; Molla Hüsrev, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 111.

<sup>124</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 375<sup>b</sup>-376<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 346<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 118; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 336<sup>a-b</sup>.

<sup>125</sup> Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 375<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 346<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 118. Mecelle'nin 934. maddesindeki "*Bir kimse, hayvanını başıboş tarik-i âmma salıverse, ol hayvanın ettiği zararı dâmin olur.*" kuralı da bunu göstermektedir. Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 935-936.

edilmektedir.<sup>126</sup> Bu görüş, muhtemelen bırakılan hayvanın yer değiştirmesiyle illiyet bağının kesilmiş olduğu kabulünden kaynaklanıyor. Ancak söz konusu hayvan, konulduğu yerden çok fazla uzaklaşmamışsa, bu durumda illiyet bağının devam ettiğini ve kişinin sorumlu olduğunu söylemek daha doğrudur. Çünkü zarar ile fiil arasına hayvanın hareketi girse de, bu zararın ortaya çıkışına sebep olan, hayvanı oraya bırakan kişidir. Hayvanın hareketi, kişinin teaddîsini ortadan kaldırmayacağı için zararın müteebbibi olarak onu bırakan kişinin sorumlu tutulması gerekir.

Ele alınan konulardan bir diğeri, başkasının tahrik ve yönlendirmesiyle veya durması yasak olan yerde bulunurken meydana gelen zararların tazminidir. Bir hayvan başkasının tahrik ve yönlendirmesiyle birinin arazisine girip mahsullerini telef eder ya da örfen bulunmaması gereken yerde izinsiz bulunurken başkasının hayvanına zarar verirse, sahibi ya da elinde bulunduran kişi oluşan zararları tazminle sorumlu olur.<sup>127</sup> Çünkü zarar, olaylardan birinde kişinin hayvanı tahrik ve yönlendirmesi şeklindeki kasıtlı fiiliyle, diğesinde de izni olmayan bir yere bırakmasıyla gerçekleşmiştir. Olayın mübâşiri hayvandır, ancak hayvanın sorumlu tutulması mümkün olmadığı için zarar, buna neden olan kişiye, yani müsebbibe izâfe edilmiştir.

Ele alınan diğer bir önemli konu da, kişinin sahip olduğu tehlikeli bir hayvanın kendiliğinden başkalarına verdikleri zararlarıdır. Bu konu, Kudûrî'nin *Muhtasar*'ı ile Mergînânî'nin *Hidâye*'si gibi mezhebin hukuk doktrinini ele alan erken dönem eserlerde ele alınmamıştır. Burhânüşşerîa'nın *el-Muhîtu'l-Burhânî* adlı eserinde bulunmasına rağmen çağdaşı olan Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde bu konuya temas edilmemesi, bunun henüz doktrinin bir parçası haline gelmediğini göstermektedir.<sup>128</sup> Böyle olmakla birlikte, bu konu başlangıçta vâkıât/fetâvâ türündeki kitaplarda tartışılmıştır. Vâkıât türündeki kitaplarda yer alan ilgili fetvâ örneklerinde Hanefîlerin normal hayvanlar ile tehlikeli hayvanları birbirinden farklı değerlendirdiği ve zamanla bu konuda bir değişimin olduğu görülmektedir. Şöyle ki, normal hayvanların

---

<sup>126</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 375<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 346<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 118; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 336<sup>a-b</sup>.

<sup>127</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 375<sup>b</sup>-376<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 346<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 118; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 336<sup>a</sup>-337<sup>a</sup>.

<sup>128</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. V, s. 381.

kendiliğinden yaptığı fiillerden doğan zararların tazmin edilmemesi genel kural iken; tehlikeli hayvanların kendiliğinden yaptığı zararlı fiiller bu kuraldan istisna edilerek söz konusu hayvanların verdiği zararların tazmine konu olacağı fikri benimsenmiştir. Ancak onlara göre tehlikeli hayvanları elinde bulunduran kişilerin tazminle sorumlu olması için önceden ikaz edilmeleri şarttır. Çünkü burada kişinin kusurlu olduğunu gösteren şey, önceden ikaz edilmesine rağmen gereken önlem ve tedbirleri almamasıdır. Buna göre, tehlikeli hayvanları elinde bulunduran kişiler, önceden ikaz edilmelerine rağmen gereken tedbirleri almaz ve bunun neticesinde söz konusu hayvanlar bir zarara yol açarsa, sahibi sorumlu tutulmaktadır. Çünkü kendisi ihmalkâr davranması sebebiyle kusurlu sayılmıştır.<sup>129</sup> Üsrüşenî'nin *et-Tecnîs* adlı eserden aktardığı şu fetvâ, Hanefî fıkıh doktrininin bu konudaki değişimini göstermesi bakımından önemlidir:

Bir adamın yanından geçen herkesi ısırın azgın bir köpeği var. Bu köpek şayet bir insanı ısırırsa sahibi sorumlu olur mu? Şayet insanlar, köpeğin ısırmasından önce bunu sahibine ikaz etmişlerse köpeğin sahibi sorumlu olur; aksi takdirde sorumlu olmaz. Bu olay, yıkılmaya yüz tutmuş duvar meselesinde olduğu gibidir. Kâdihân *Fetâvâ*'sının yapılması yasak olan şeyler bölümünde (*Kitâbü'l-hazr*) şöyle dedi: Sahibi tarafından köpeği yönlendirme ile ilgili herhangi bir davranış bulunmadığı zaman bu kişinin sorumlu olmaması gerekir.<sup>130</sup>

Üsrüşenî'nin aktardığı bu fetvâ, İmâdüddîn el-Mergînânî ile Şeyh Bedreddin'in tazmin bölümünde aynen tekrar etmiş<sup>131</sup>; ancak Çelebi'nin de aynı şekilde aktardığı bu fetvânın sonuna "*hayvanın fiili, ancak tessebbüb halinde sahibine izâfe edilir*" kaydı eklenerek buradaki zararda sahibinin herhangi bir fiili olmadığı için sorumlu olmadığı ifade edilmeye çalışılmıştır.<sup>132</sup> Yukarıdaki pasajda görüldüğü üzere, Kâdihân'a göre bu kişinin tazminle sorumlu olmaması gerekir. Çünkü sahibinin

<sup>129</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 375<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 346<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 118; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 336<sup>a</sup>. Bu durum Mecelle'nin 929. maddesinde de şöyle düzenlenmiştir: "*Bir hayvanın, kendiliğinden olarak ettiği zararı, sahibi dâmin olmaz. Fakat bir hayvan, bir kimsenin malını istihlâk ederken, ol hayvanın sahibi görüp de men' etmez ise, dâmin olur. Ve bir de sevr-i natûh, yani süskün öküz ve kelb-i akûr, yani dalayıcı kelb gibi zararı müteayyin bir hayvan olup da, sahibine mahallesî ya karyesi ahalisinden biri, "hayvanını zapt et" diye takaddüm (ikaz) etmişken, sahibi salverip de, bir kimsenin hayvanını ya diğer malını telef etse, sahibi dâmin olur.*" Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 926-930.

<sup>130</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 375<sup>a</sup>.

<sup>131</sup> İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 346<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 118.

<sup>132</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 336<sup>a</sup>.

meydana gelen zararda herhangi bir fiili ya da yönlendirmesi yoktur. Onun burada ifade ettiği görüş, mezhepte temel kuraldır. Ancak daha sonraki Hanefî fakihleri bu meseleyi yıkılmaya yüz tutan duvar (*el-hâitu 'l-mâil*) meselesine kıyas ederek bu tür hayvanları elinde bulunduran kişilerin önceden ikaz edilmeleri şartıyla sorumlu olacağı görüşünü tercih etmişlerdir. Ancak buradaki hükmün insanlara ve mallara yönelik zararların her ikisini mi, yoksa sadece insanlara yönelik zararları mı karşıladığı hususu tartışmalıdır. Bazıları sadece mala yönelik zararları kapsadığını düşünürken, bazıları bu ayrımı kabul etmeyerek malların da tazmin edileceğini söylerler. Örneğin Hanefî fakihlerinden Zeylâî, her hangi bir ayırım yapmadan bu tür hayvanların verdiği zararların tazmin edileceğini söylerken, Molla Hüsrev bunun sadece insana yönelik zararlar için geçerli olduğunu düşünmektedir.<sup>133</sup>

Başlangıçta vâkîât/fetâvâ türündeki kitaplarda tartışılan bu konu daha sonra pek çok eserde tekrarlanmış ve nihayetinde Hanefî meşâyihin kabulüne mazhar olan bu görüş mezhebin fûrû-ı fıkıh metinleri ile bu metinlere yazılan şerh çalışmalarında yerini alarak doktrinin bir parçası olmayı başarmıştır. Bunun için Zeylâî'nin *Tebyînül-hakâik*, Aynî'nin *el-Binâye*, İbn Nüceym'in *Bahrü'r-râik* ve İbn Âbidîn'in *Reddü'l-Muhtâr* adlı eserlerine bakılabilir.<sup>134</sup> Zikredilen eserlerde de görüleceği üzere, sonradan ortaya çıkan bu meselenin başka bir fer'î meseleye kıyas edilerek çözülmesi, doktrindeki değişim ve dönüşümü göstermesi açısından oldukça önemlidir.

## 7. Tehlikeli Yapıların Yol Açtığı Zararlı Fiillerde Sorumluluk

Dolaylı itlaf hadiselerinden bir diğeri de, yıkılmaya yüz tutan duvarların (*el-hâitu 'l-mâil*) çökmesiyle oluşan zararlardır. İmâm Muhammed'in *Kitâbü'l-Asl*'inde ayrıntılı olarak işlenen bu konuya Kudûrî'nin *Muhtasar*'ında çok kısa bir şekilde temas edilmiş, Mergînânî'nin *Hidâye*'sinde de bunun kısa bir özeti sunulmuştur.<sup>135</sup> Bu çalışmanın ana kaynakları olan vâkîât türündeki eserlerden Üsrüşenî, İmâdüddîn el-

<sup>133</sup> Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.VI, s. 153; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 113.

<sup>134</sup> Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.VI, s. 153; Aynî, *el-Binâye*, C. XIII, s. 268; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 413; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 560

<sup>135</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, C. VII, s. 27-35; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 191; Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXVII, s. 23; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 477-479.

Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in tazminat bölümünde bu konuya değinilmemiştir;<sup>136</sup> ancak Çelebi onlardan farklı olarak damânâtü'l-cinâyât üst başlığında bu konuyu müstakil olarak ele almıştır. Bu yüzden burada ele alınanlar, Çelebi'nin anlatımına göredir.<sup>137</sup> Gerek klasik furû-ı fıkıh kitaplarında gerekse Çelebi'nin eserinde sadece yıkılmaya yüz tutan duvarların durumu mevzubahis edilse de, burada zikredilen hükümler yıkılma tehlikesi olan tüm yapılar hakkında geçerlidir. Bu şekildeki tehlikeli yapıların yol açtığı itlaf durumlarında sorumluluğun nasıl ve ne şekilde olacağı aşağıda anlatıldığı şekildedir.

Öncelikle, zarara yol açan duvardaki meylin/eğimin sonradan oluşup oluşmaması verilecek hüküm açısından önem arz etmektedir. Yapılışı itibariyle meyilli olarak yapılan duvarların yola açtığı zararlardan sahibinin sorumlu olacağı hususunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Çünkü hiç kimsenin başkasına veya kamusal alana ait bir boşluğu kullanma ve kendi duvarı ile burasını tehlikeye atma hakkı yoktur. Mülk sahibi yapmış olduğu bu hatalı yapıyı onarmadığı veya yıkmadığı süreç kusurludur. Bu sebeple, duvar sahibine konuyla ilgili önceden bir uyarı ve ikaz yapılmasa da, sahibi meydana gelen zararları tazmin etmekle mükelleftir.<sup>138</sup> Çelebi'nin *el-Müntekâ* adlı eserden aktardığı rivâyette başlangıçta meyilli olarak yapılan bir duvarın yol açtığı zararlardaki tazmin durumu anlatılırken, buradaki meylin azlığına ve çokluğuna göre farklı hükümlerin verildiği görülmektedir. Başlangıçta bu şekilde hatalı ve kusurlu olarak yapılan duvarın meyli az (*yesîr*) ise, mülk sahibinin önceden uyarılması (*tekaddüm*<sup>139</sup>) ve bu uyarıya tanık gösterilmesi durumunda sorumluluk doğmaktadır. Buna göre şayet duvar, kaldırılmasına yönelik bir ikaz yapılmadan ve bu

---

<sup>136</sup> Her ne kadar adı geçen fakihler, yıkılmaya yüz tutan duvar meselesini ele almasalar da, iki farklı olaydaki tazmin hükmünü açıklarken ilgili konuyu buna kıyas etmek suretiyle ismen buna değinmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 374<sup>a</sup>, 375<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 346<sup>a</sup>, 350<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 118, 125.

<sup>137</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 343<sup>a</sup>-346<sup>b</sup>.

<sup>138</sup> Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, C. III, s. 127-128; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 478; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. V, s. 47; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.VI, s. 148; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 404; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C. VI, s. 601. Ayrıca bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 525.

<sup>139</sup> İslam hukuk terminolojisinde önceden ikaz etme ve uyarma anlamına gelen tekaddüm kavramı, Mecelle'nin 889. maddesinde "*Tekaddüm, mazarrat-ı melhûzanın [beklenen bir zararın] def' ve izalesi için evvelce tenbih ve tavsiye etmektir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 769.



ikazın yapıldığına dair tanık gösterilmeden önce yıkılarak birilerin zararına yol açarsa, sahibi sorumlu olmaz. Ancak kişi ikaz ettiği ve buna şahit tuttuğu halde, sahibi yıkmaya imkânı olacak bir süre geçmesine rağmen duvarı yıkmaz, sonrasında da duvar kendiliğinden yıkılarak birisinin canına veya malına zarar verirse, duvar sahibi istihsâna göre sorumlu olur. Buna karşın, başlangıçta kusurlu olarak yapılan duvarın meyli çoksa (*fâhiş*), kaldırılmasına yönelik bir ikaz yapılsa da yapılmasa da, sahibi bu şekildeki bir duvarın yol açtığı zararları her hâlükârda tazmin eder.<sup>140</sup> Çünkü mülk sahibi, bu şekildeki bir yapıyı ortadan kaldırmadığı veya gereken onarımı yapmadığı için hukukun teaddî olarak kabul ettiği bir davranış sergilemiştir.

Ancak duvar başlangıçta sağlam ve düzgün bir şekilde yapıldıktan sonra zamanla kendisinde oluşan eğim/meyil veya gevşeme sonucu yıkılarak birinin zararına yol açarsa, Hanefilere göre böyle bir duvarın yol açtığı zararların tazmine konu olması, sahibinin daha önceden ikaz edilmesine bağlıdır. Sahibi, önceden ikaz edilmediyse, meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Buna karşın, yıkılma tehlikesi olan duvarın sahibi önceden ikaz edilmiş, sonrasında imkânı olduğu halde gerekeni yapmamışsa, bu durumda oluşan zararlardan sorumludur.<sup>141</sup> Çünkü duvar sahibi gerekenleri yapmamak suretiyle hukuka aykırı bir eylemde bulunmuştur. Örneğin bir kimse “*duvarın eğrilmiş onu yık veya tamir et*” şeklinde bir uyarı ile sahibini ikaz eder, sonrasında bu kişi gerekeni yapmamak suretiyle ihmalkâr davranır ve nihayetinde

<sup>140</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 343<sup>a-b</sup>

<sup>141</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 343<sup>a-b</sup>, 346<sup>a</sup>. Hanefilerin ve fukahânın çoğunluğunun benimsediği bu görüş, Ali b. Ebî Talib, Kâdı Şureyh, Nehaî, Şa'bî ve diğer tâbiîn âlimlerinden rivâyet edilmiştir. İmâm-ı Mâlik ve Ahmed b. Hanbel'in ashabından çoğu da bu görüşle amel etmiştir. Ancak Hanefiler, bu görüşü kıyasa aykırı olarak istihsan yoluyla almışlar. Zira sahibine haber verilse de, kıyasa göre, bu kişinin tazminle sorumlu olmayacağı ifade edilir. [Bkz. Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âmme**, C. I, s. 249-250.] Ancak bu konu mezhepler arasında tartışmalıdır. Şâfilere göre, başlangıçta sağlam ve düzgün bir şekilde yapıldıktan sonra yıkılan duvarın yol açtığı zararlardan sahibi sorumlu değildir. Çünkü kendiliğinden yıkıldığı için duvarın yıkılmasında sahibinin herhangi bir kusurunun (teaddî) olmadığı kabul edilir. İbn Ebî Leyla (ö. 148/765), Ebû Sevr (ö. 240/854), İshak b. Râhûye (ö. 238/853) ve bazı Hanbelî fakihlerine göre ise, önceden ikaz edilse de edilmese de, sahibi bu şekildeki yapıların yol açtığı zararları her durumda tazmin etmekle yükümlüdür. Çünkü bu görüşe göre, sahibi yıkılmaya yüz tutan duvarla ilgili gereken tedbir ve önlemleri almayarak birilerinin zararına yol açması sebebiyle kusurlu davranmış, bu sebeple de sorumlu tutulmuştur. Mahmesânî, Şâfilerinin görüşünün kamu menfaatine zarar verdiğini, bir nebze daha iyi olsa da Hanefilerin görüşünün de kamu menfaati açısından uygun olmadığını belirterek Hanbelîlerin görüşünün kamu menfaati açısından daha uygun olduğunu ve bu görüşün adalet ve hakkaniyet açısından daha makul olduğunu ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şîrâzî, **el-Mühezzeb**, C. III, s. 207; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C. XII, s. 94-95; Mahmesânî, **en-Nazariyyetü'l-âmme**, C. I, s. 249-250; Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C. II, s. 526-527.

duvar bir insanın veya birinin malının üzerine yıkılarak telef olmasına sebep olursa, böyle bir durumda duvar sahibi sorumlu olur. Cana gelen zararlarda, duvar sahibine kefaret gerekmez; ölen kişinin diyetini de âkilesi öder. Mala gelen zararlara gelince, bunlar mislî ise misliyle; kıyemî ise kıymetiyle tazmin edilir.<sup>142</sup> Görüldüğü üzere buradaki zarar, tesebbüben (dolaylı itlaf) meydana gelmektedir. Tesbebüben meydana gelen zararlarda da, mütesebbibin tazminle sorumlu olması, ancak kendisinin teaddî unsurunu taşıyan bir eylemiyle mümkündür. Bu olayda mütesebbib olan duvar sahibi, ihmalkâr ve tedbirsiz davranarak hukukun teaddî olarak kabul ettiği bir davranış sergilediği için tazminle sorumlu tutulmaktadır.

Yukarıda görüldüğü üzere Hanefîler, bu türdeki yapıların yol açtığı zararların tazmin edilebilmesi için bu konuda sahiplerini önceden uymayı ve onlardan bunun düzeltilmesini talep etmeyi şart koşmaktadırlar. Önceden uyarı yapan kişinin ayrıca bu olaya şahit tutması gerektiği de ifade edilmektedir.<sup>143</sup> Yapılan ikaz ve uyarıya şahit tutulursa, duvar sahibinin tazminle sorumlu olacağı; aksi takdirde ona herhangi bir şeyin gerekmediği söylenir.<sup>144</sup> Bu olayda şahit tutulması, inkâr edilmesi halinde kişinin bu konudaki ikaz ve talebini mahkemede ispat edebilmesi içindir. Dolayısıyla şahit tutulması, bir şart olarak değil, ihtiyat içindir.<sup>145</sup>

Duvarın özel mülkiyete meyletmesi ile kamusal alana meyletmesi arasında şöyle bir fark gözetilmektedir. Özel mülkiyete doğru meyleden duvarla ilgili sadece duvarın üzerine meylettiği mülkün sahibi veya onun vekili uyarma hakkına sahip iken, kamusal alana doğru meyleden duvarla ilgili herkesin ikaz ve uyarıda bulunma hakkı vardır. Ve bu konuda dini mensubiyetin herhangi bir etkisi yoktur. Çünkü insanların tamamı kamusal alanların kullanımında ortak oldukları için herkesin bu konuda ikaz etme ve bunun düzeltilmesini ya da yıkılmasını talep etme hakkı vardır.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 343<sup>a-b</sup>, 346<sup>a</sup>.

<sup>143</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 346<sup>a</sup>.

<sup>144</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 344<sup>b</sup>.

<sup>145</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 346<sup>a</sup>.

<sup>146</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 346<sup>a</sup>. Hanefî mezhebinde tercih edilen bu görüş daha sonra Mecelle'nin 928. maddesinde şu şekilde tanzim edilmiştir: “*Birinin duvarı yıkılıp da diğere bir zarar iras etse damân lazım gelmez. Fakat evvelce ol duvar mâil-i inhidam olup da âna diğere bir kimse “duvarını hedm et” diye tekaddüm ve tenbih edip de duvarı hedm edecek kadar vakit geçmiş ise ol halde damân lazım gelir. Şu kadar ki, ol kimse hakk-ı tekaddüm ve tenbih ashabından olmak şarttır. Şöyle ki ol duvar eğer*

Bu ikaz ve talep ancak meyleden duvarın sahibine veya onu yıkmaya, onarmaya ve kaldırmaya yetkisi olan kişilere yapılır, aksi takdirde bunlara yetkisi olmayan kişilere yapılan talebin hukukî açıdan herhangi bir geçerliliği yoktur.<sup>147</sup> Bu sebeple müstecir ve müsteîr gibi evde îcar veya iâre ile oturan ya da mürtehin ve mûda‘ gibi evi elinde rehin ya da emânet yoluyla bulunduran kişilere yapılan ikaz ve talebe itibar edilmez. Çünkü söz konusu kişiler, bu duvarı yıkmaya veya onarmaya yetkili değildirler. Bu yüzden adı geçen kişilerden birisine duvarın yıkılması talebi iletildikten ve buna şahit tutulduktan sonra duvar yıkılarak birilerinin canına ya da malına zarar verirse, gerek bu kişilerin gerekse duvar sahibinin sorumlu olmayacağı ifade edilir.<sup>148</sup>

Yıkılmak üzere olan duvar bir çocuğa aitse, bunula ilgili ikaz ve talep çocuğun babasına ya da vasîsine yapılır. Şayet onlar bu konuda gerekeni yapmazsa, yıkılması halinde meydana gelecek olan zararı tazmin etmek çocuğa aittir. Çünkü baba ve vasî burada çocuğun yerini tutmaktadırlar. Yapılan ikaz hukukî açıdan geçerli olarak kabul edildiği için verilen haber de muteberdir. Ancak burada baba ve vasînin çocuğun malını koruyup kollamak için böyle bir şey yaptıkları, bu sebeple tazminin -onlara değil- çocuğa ait olduğu belirtilmiştir.<sup>149</sup>

Mirasçılar arasında ortak olan ve yıkılma tehlikesi bulunan yapılara gelince, bu konuda mirasçılardan birisine yapılan ikazın kıyâsa göre geçerli olmaması sebebiyle kendisine haber verilen mirasçının sorumlu olmayacağı; istihsâna göre de bu kişinin kendi payı oranınca sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>150</sup> Çünkü bu kişi kendisine yapılan uyarıyı diğer ortaklara söyleyerek zararı önleyebilir. Bunu yapmadığı için istihsânen kendi payı oranında sorumluluğuna hükmedilmiştir. İstihsânen verilen bu hüküm daha tercihe şayândır. Zira verilen bu haberi geçerli saymayarak sorumluğa hükmetmemek, karşı tarafa zarar vermek olur. Müşterek

---

*komşunun hânesi üzerine yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol hânenin sükkânından olmalıdır. Hariçten birinin tekaddüm ve tenbihi müfîd olmaz. Ve eğer tarik-ı hass üzre yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol tarikde hakk-ı mürûru olan kesândan olmak lâzımdır. Ve eğer tarik-ı âmm üzerine yıkılmış ise her kim olursa olsun tekaddüm hakkı vardır.”* Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. II, s. 917-926.

<sup>147</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 344<sup>b</sup>, 346<sup>a</sup>.

<sup>148</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 343<sup>b</sup>, 346<sup>a</sup>.

<sup>149</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 344<sup>a</sup>.

<sup>150</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 344<sup>a</sup>.

mülkiyete konu olan tehlikeli yapıların durumu da, mirasçılar arasındaki durum gibidir.<sup>151</sup>

Bir kimse yıkılmaya yüz tutmuş duvarının üzerine bir şey koyar ve sonrasında bu şey düşerek birisinin canına ya da malına zarar verirse, sahibinin sorumlu olmayacağı söylenir. Çünkü duvar sahibi, koyma fiilini kendi mülkünde yaptığı için haksız bir eylemde bulunmuş sayılmamaktadır. Başka bir ifadeyle, bu örnekte kişi her ne kadar bir şeyin telefine sebep olsa da, kendisi tessebbüben meydana gelen bu zararda müteaddî olarak görülmemektedir. Bu konuda duvarın eğik veya düz olması arasında da herhangi bir farkın olmadığı söylenir. Çünkü sahibinin, her iki durumda da duvarı üzerine bir şey koyması yasak değildir. Zira mülk sahibi, kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir.<sup>152</sup>

### **C. Mübâşir İle Mütesebbibin Bir Arada Bulunması Durumunda Sorumluluk ve Bunun İstisnaları**

İnsanların doğrudan (mübâşeretin) sebep olduğu zararları tazmin etmesi genel bir kuraldır. Ancak bir itlaf hadisesinde zarara yola açan fiili doğrudan yapan (*mübâşir*) ile buna sebep olan (*mütesebbib*) bir arada bulunduğunda, hüküm *mübâşire* izâfe edilir. Yani, zararı tazminle sorumlu olan mübâşirdir. Örneğin, bir kimse başkasına ait bir duvarı delip kaçıktan sonra başkası o delikten girip bir şey çalarsa, duvarı delen kişi çalınan şeyden sorumlu tutulmaz. Çünkü meydana gelen hırsızlık olayında duvarı delen müsebbib, çalan ise mübâşirdir.<sup>153</sup> Aynı şekilde birisi başkasına ait bir hayvanın ipini çözer veya kafesin kapısını açar, sonrasında başkası gelip hayvanı veya kuşu alırsa, ipi çözen ya da kafesin kapısını açan kişi kurala uygun olarak sorumlu olmaz. Söz konusu fetvâ örneklerinde belirtildiğine göre, sahih olan görüş budur ve fetvâ bununla verilmektedir.<sup>154</sup> Çünkü bu olayda söz konusu eylemleri yapan müsebbib, alıp götürülen ise mübâşirdir. Zikredilen bu örneklerde, üçüncü şahsın fiilinin meydana gelen zarar ile ilk sebep arasındaki ilişkiyi (illiyet bağı) ortadan kaldırarak

<sup>151</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 344<sup>a</sup>.

<sup>152</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 344<sup>a</sup>.

<sup>153</sup> Çalınan şey için bu durum geçerli olmakla birlikte duvardaki zararın sorumlusu doğrudan zararın faili olması hasebiyle delen kişidir.

<sup>154</sup> Üsrûşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 345<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 116; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 43<sup>b</sup>-44<sup>a</sup>;

sorumluluğun üçüncü şahsa yüklendiği görülmektedir. Bununla birlikte *Fetevâ-i Ehl-i Semerkand* adlı eserde belirtildiğine göre, Ebû Nasr ed-Debûsî kafesin kapısını açarak kuşun uçmasına sebep olan kişide olduğu gibi, duvarı delen kişinin de sorumlu olacağını ifade etmektedir. Ebû Nasr ed-Debûsî burada İmâm Muhammed'in görüşünü benimsemiş olsa da, fetvâ delmede tazmin sorumluluğunun olmamasına yöneliktir.<sup>155</sup> Çelebi'nin bu konuyla ilgili naklettiği şu fetvâ örnekleri, Hanefî fukahasının bu konudaki tavrını ortaya koyması bakımından önemlidir:

Bir kimse yolun ortasına kuyu kazarsa, orada meydana gelen zararları tazminle sorumlu olur. Ancak başkası birini o kuyuya iter veya atarsa, bu durumda iten veya atan kişi sorumlu olurken, kazan kişi sorumlu olmaz. Çünkü bu olayda iten ve atan kişilerden her biri mübâşir, kazan da mütesebbibdir. Bir işi doğrudan yapan (mübâşir) ile bu işe sebep olan (mütesebbib) bir arada bulunduğu da, mübâşir tercih edilir. Zira mübâşir, meydana gelen zararın illetinin sahibidir (*sâhibü'l-ille*).<sup>156</sup>

...bir kimse insanların gelip geçtiği yolda kuyu kazar, daha sonra bir insan kendini bu kuyuya atarsa da böyledir [yani kazan kişi sorumlu olmaz]. Çünkü bu durumda mübâşeret, tesebbüben gerçekleştirilen bir fiilin üzerine gelmiş olur. Mütesebbibin teaddî unsurunu taşıyan bir fiili olsa da, mübâşeretin olduğu yerde tesebbübe itibar edilmez.<sup>157</sup>

Bir kimse umûma ait yola bir kapı koyar, sonra bir başkası kapının üzerinde yürümeye kast eder ve yürümesi sonucunda kapı kırılıp ayağı zedelenirse, yürüyen kişi telef ettiği için kapının kıymetini tazmin eder. Ancak kapıyı koyan kişi, adamın ayağına gelen zararın erş olarak tazminatını ödemez, hatta bu kişi ölse kanı da hederdir. Her ne kadar kapıyı yola koyan kişi, [söz konusu davranışıyla] mütesebbib ve müteaddî olsa da, [bu olayda] müteammid yürüme eylemiyle birlikte mübâşirdir. [Haksız fiillerde] mübâşeretin tesebbüb üzerine gelmesi de, hükmün müsebbibe yüklenmesini engellemektedir. Çünkü mübâşeret, tesebbüben işlenen bir fiil karşısında, hükmün müsebbibe izâfesini kesmektedir.<sup>158</sup>

Örneklere de görüldüğü üzere, zararın meydana gelmesinde mübâşir ile mütesebbib bir arada bulunduğu sorumluluk mübâşire yüklenmektedir.<sup>159</sup> Doğrudan itlaf hallerinde sorumluluğun mübâşire yüklenmesi genel kural olsa da,

<sup>155</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 378<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 345<sup>a</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 44<sup>a</sup>.

<sup>156</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83<sup>b</sup>.

<sup>157</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 94<sup>b</sup>.

<sup>158</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 74<sup>a</sup>.

<sup>159</sup> Mecelle'nin kabul ettiği görüş de bu yöndedir. Nitekim 925. maddede “*Biri, bir şeyin telefine sebep olan bir iş işlemiş olduğu halde, araya [yani ilk sebep ile zarar arasında] bir fiil-i ihtiyarî haylûlet eylese, yani başka bir kimse ol şeyi mübâşeretten itlaf etse, ol fiil-i ihtiyarî sahibi olan fâil-i mübâşir, dâmin olur [yoksa mütesebbib bulunan kimse dâmin olmaz]*” ifadesi yer almaktadır. Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. II, s. 905.

Hanefî mezhebinde bu kuralın işletilemediği bazı durumlar söz konusudur. Zalim sultan, idareci veya benzeri konumdaki kişilere haksız şikâyette (siâye/jurnal) bulunarak birinin malının zarar görmesine sebep olma ile başkasının emriyle birine yapılan haksız fiillerde emreden kişinin (âmir) sorumlu tutulması bunun en tipik örneklerindedir. Şimdi bu iki meseleyi detaylarıyla ele alalım.

### 1. Şikâyette Bulunarak Birinin Zarar Görmesine Sebep Olma

Şikâyetler, tazmin sorumluluğunu doğurup doğurmaması açısından (siâye/jurnal) ikiye ayrılır. Eğer kişinin şikâyeti haklı bir gerekçeye dayanıyorsa, bunun yol açtığı zararlar tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Örneğin kişi kendisine yapılan bir eziyetten ancak şikâyetle kurtulabiliyor veya emr-i bi'l-maruf ile fâsık olan kişinin kötülüklerine son veremiyorsa, yaptığı şikâyetin yol açtığı zararları tazminle sorumlu tutulmaz.<sup>160</sup> Ancak kişinin yaptığı şikâyet haklı bir gerekçeye dayanmıyorsa veya kişinin malının alınmasına sebep olan muhbirin söz konusu şikâyeti/ihbarı doğru değilse ya da doğru olduğu halde maksadı Allah rızasını taşımıyorsa, bu durumda şikâyet eden kişinin sorumlu olup olmayacağı Hanefî mezhebinde tartışmalıdır. Dolayısıyla burada bizi ilgilendiren ve tazmine konu olan şikâyet, haksız olarak yapılanlardır. Bu olayda bir kimse, insanların malına el koyan zalim sultan veya benzeri konumdaki kişilere başkasını ihbar eder, sonrasında bu şikâyet üzerine o kişinin malına el konularak haksız bir fiil gerçekleşir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla siâye meselesini ilk olarak Burhânüşşerîa'nın *el-Muhîtu'l-Burhânî* adlı eserinde görüyoruz. Burada haksız yere şikâyet eden kişinin Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşüne göre sorumlu olmayacağı, İmâm Muhammed'e göre sorumlu olacağı ve kendi zamanında şikâyetlerin çok olması sebebiyle Sadrüşşehîd'in İmâm Muhammed'in görüşüyle amel ettiği bilgisi yer almaktadır. Bununla birlikte Nesefî'nin *Fetâvâ*'sına referansla bu kişinin sorumlu olacağına dair İmâm-ı Züfer'den bir görüşün rivâyet edildiği ve Hanefî meşâyihinin çoğunun bu görüşle amel ettiği de zikredilmektedir.<sup>161</sup> Her ne kadar Burhânüşşerîa'nın eserinde bu

<sup>160</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C. V, s. 490; Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 369<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 341<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 110; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 23<sup>b</sup>.

<sup>161</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C. V, s. 490.

şekilde ifade edilse de, tazmine konu olan siâye meselesi, Hanefî mezhebinin kurucu imamlarının doğrudan ele alıp tartıştığı bir konu değildir. Çünkü görebildiğimiz kadarıyla mezhep doktrinini ele alan erken dönem eserlerde böyle bir konu bulunmamaktadır. Burhânüşşerîa'nın aktardığı şu ifadeler bunu açıkça ortaya koymaktadır:

Siâyenin üçüncü şekli, onun haksız yere yapılmasıdır. İmâm Muhammed'in hilafına Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un kavline göre bu durumda şikâyet eden kişi (sâ'î) tazminle sorumlu değildir. Bu konu, kafesin kapısını açma meselesinin bir fer'i (benzeri) kılınmıştır. [Sadrüşşehîd] bu konuda şöyle dedi: Zamanımızda şikâyetlerin çok olması sebebiyle muhbirleri caydırmak ve insanların mallarını korumak için fetvâ İmâm Muhammed'in kavline göredir.<sup>162</sup>

Burhânüşşerîa'nın aktardığı bu ifadelerden açıkça anlaşıldığı üzere, zikredilen görüşler onların “kafes kapısını açma” meselesindeki kanaatlerine dayanmaktadır. Hatırlanacak olursa, Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf bu meselede kafesi açan kişinin sorumlu olmayacağı, İmâm Muhammed ise sorumlu olacağı görüşünü benimsemekteydi. Dolayısıyla siâye meselesi, sonraki Hanefî fakihlerin bu meseleyi başka bir fer'î meseleye kıyas ederek hükmünü açıklamaya çalıştığı bir konudur.<sup>163</sup>

Burhânüşşerîa'nın aktardığı yukarıdaki bilgi, Üsrüşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in eserlerinde mevcuttur; ancak bu üç eserde yer alan rivâyetin sunumunda bazı değişikliklerin olduğu görülmektedir. Şöyle ki, bu eserlerde Nesefî'nin *Uddetü'l-fetâva ve'l-müftîn* adlı kitabından aktarılan rivâyette, siâye konusundaki görüşler doğrudan kurucu imamlara nispet edilerek sunulmakta ve bu meselenin kafes meselesine kıyas edildiği bilgisi yer almamaktadır.<sup>164</sup> Hâlbuki yukarıda belirtildiği üzere, bu mesele Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'in

<sup>162</sup> Burhânüşşerîa el-Buhârî, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C. V, s. 490.

<sup>163</sup> Aynı doğrultudaki tespit için bkz. Ergin, **17. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Tesebbüb Halinde Damân**, s. 58-62.

<sup>164</sup> Bu rivâyetin her üç eserdeki versiyonu şöyledir: “Bir kimse ihbarda bulunarak “*şu adam gömü buldu*” veya “*sahipsiz bir mal buldu*” diyor. Şayet ihbarda bulunan kişinin yalan söylediği açığa çıkarsa, sorumlu olur. Ancak sultan bu tür ihbarlardan dolayı ceza vermeyen adil bir kimseye veya kişinin şikâyetiyle bazen cezalandıran bazen de cezalandırmayan biriye bu durumda sorumlu olmaz. Bir kimsenin kalbine, hanımının veya cariyesinin yanına başka bir kişinin geldiği şeklinde bir şüphe gelerek sultana şikâyette bulunur, sonrasında sultan bu kişiyi cezalandırdıktan sonra bunların yalan olduğu açığa çıkarsa; şikâyette bulunan kişi Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf'a göre sorumlu olmaz. İmâm Muhammed'e göre ise sorumlu olur. Zamanımızda şikâyetler çok olduğu için bu görüşle fetvâ verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 369<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 341<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C. II, s. 109-110.

doğrudan ele alıp tartıştığı bir konu değildir. Ancak Çelebi, onlardan farklı olarak aynı rivâyetin *ed-Damânât*'daki versiyonunda siâye meselesinin kafes meselesinin bir benzeri olduğu ve Sadrüşşehîd'in bu konuda tazmin edileceğine dair fetvâ verdiği bilgisini aktarmaktadır.<sup>165</sup>

Çelebi'nin *en-Nevâzil*'den aktardığı rivâyette ise, haksız yere şikâyet eden kişinin diyânî açıdan günahkâr olduğu ve bunun uhrevî durumunu en iyi Allah'ın bildiği ifade edilmekle birlikte dünyevî hüküm (kazâî) açısından bu kişinin sorumlu olmadığı ve bu görüşün *zâhirü'r-rivâyeye* kıyasla verildiği söylenir. Bu olayda haksız yere şikâyet eden kişinin kıyasa göre sorumlu olmaması gerektiği doğrudur. Ancak bu görüş, Hanefî mezhebi içerisinde kabul görmemiştir. Zira Hanefî meşâyihinin çoğu, siâye meselesinde insanların malını korumak ve haksız yere yapılan şikâyetleri engellemek için bu kişilerin sorumlu olacağı görüşüyle amel etmiştir. Fudayl Çelebi'nin *el-Hâfiziyye* adlı eserden aktardığı bilgiler, Hanefî meşâyihinin niçin bu konuda kıyasa aykırı olarak fetvâ verdiğini ve bunun hangi şartlarda ortaya çıktığını ortaya koymasından oldukça önemlidir. Burada ifade edildiğine göre, Hârizm askerleri Semerkand'ı istilâ ettiklerinde, Semerkand Hanefî âlimleri, şikâyet ederek insanların mallarının alınmasına sebep olan kişilerin sorumlu olacağına dair fetvâ vermişlerdir.<sup>166</sup>

Yapılan haksız şikâyet (jurnal) sebebiyle meydana gelen zararlarda, âlimlerin bir kısmı jurnalcinin (sâî'/muhbir) mutlak olarak tazminle sorumlu olduğunu ifade ederken, bazıları da sultanının zalim olup olmamasına göre farklı görüşler ileri sürmüştürler. Şöyle ki, sultan kendisine ihbar edilen kişileri cezalandırmak ve mallarına el koymakla maruf olan biriye muhbir sorumlu olur, aksi takdirde sorumlu olmaz. Fudayl Çelebi söz konusu durumu *ez-Zehîra* adlı eserden nakille şöyle ifade eder:

Nesefî'den rivâyet edildiğine göre, bir kimse hiçbir günahı olmayan kişiyi ihbar ederse, meydana gelen zararları tazminle sorumlu olur. Züfer'den de aynı şekilde rivâyet edilmiştir. es-Suğdî ve Hâkim Abdurrahman gibi Müteahhirûn âlimleri bu görüşü tercih etmiş ve bunu yanına vedî'a bırakılan ve hırsıza vedî'anın yerini

<sup>165</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 23<sup>b</sup>.

<sup>166</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 24<sup>a</sup>.



gösteren müde'in durumu gibi görmüşürler. Ebu'l-Yüsr el-Pezdevî usûlünde şöyle dedi: Âlimlerimizin bazıları mutlak olarak muhbirin sorumlu olduğuna dair fetvâ vermiştir. Bazıları da, sultan kendisine ihbarda bulunulan kişileri cezalandırmakla tanınan bir sultan ise, ihbar eden kişilerin sorumlu olacağını, aksi takdirde sorumlu olmayacaklarını ifade etmişürler. Biz [sultanlarla ilgili yapılan] bu ayırım/fark ile fetvâ vermeyeceğiz. Şüphesiz bu, bizim mezhep âlimlerimizin kabul etmiş oldukları temel ilkelerin (usulün) hilâfıdır. Çünkü ihbarda bulunmak malı ziyan etmenin başlı başına sebebidir. Zira sultan onu kendi tercihiyle cezalandırmaktadır, tabii olarak değil. Fakat bu içtihadî bir konu olduğu için biz burada görüşü hâkime bırakırız. Şayet kadı, tazminle sorumlu olmasına dair kanaat getirirse, buna hakkı vardır. Çünkü muhbirler ancak bu şekilde jurnalden uzak dururlar.<sup>167</sup>

Çelebi'nin *ez-Zehîra*'dan aktardığı bu pasajda görüldüğü üzere, her ne kadar bazı Hanefî âlimleri tazmin konusunda sultanların zalim olup olmamasına göre farklı görüşler ileri sürseler de, bu görüşe çok itibar edilmemiştir. Nitekim yukarıda görüldüğü üzere Ebu'l-Yüsr el-Pezdevî mezhebin temel ilke ve kurallarına aykırı olduğu için bu görüşü eleştirerek kendilerinin bu şekilde fetvâ vermeyeceklerini ifade etmiştir. Aynı şekilde Hayreddin er-Remlî, *en-Nevâzil*'de Ebu'l-Kâsım es-Saffar'dan bu kişinin dünyada sorumlu olmayacağına dair bir görüşün zikredildiğini; ancak kendisi içinde bulunduğu zamanda “eğer sultan zulmüyle bilinen biri değilse, muhbir sorumlu olmaz” gibi bir kayda ihtiyaç olmadığını ve fetvânın şikâyet eden kişinin mutlak olarak sorumlu olması gerektiğinden yana olduğunu söylemektedir.<sup>168</sup>

Görüldüğü üzere, aslında bu olayda muhbirin tazminle sorumlu olmaması genel kuraldır (kıyas), ancak Müteahhir Hanefî fakihleri, siâye yoluyla haksızlıkların artması sebebiyle, ihbarın çok olduğu dönemlerde insanların zararını karşılamak için bu meseleyi başka bir fer'î meseleye kıyas ederek şikâyet eden (sâî'/muhbir/ jurnalci) kişinin sorumlu olacağına dair fetvâ vermişürler. Aslında olay gayet basittir, burada mala el koyan kişi zararlı fiilin mübâşiri, şikâyet eden de müsebbibidir. Genel kurala göre, zarar veren mübâşir ortada dururken, sorumluluk müsebbibe izâfe edilmez. Ancak bu meselede sorumluluk kıyasa aykırı olarak müsebbibe yüklenmiştir. Çünkü fetvâlara konu olan dönemde –muhtemelen– zalim sultan veya benzeri konumdaki

<sup>167</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 23<sup>b</sup>. Bu rivâyetin benzerleri için bkz. Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 369<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 341<sup>a-b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 110;

<sup>168</sup> Remlî, Hayreddin, *el-Le'âli'd-Dürriyye fi'l-fevâidi'l-Hayriyye* (Câmiu'l-fusûleyn'in kenarında), C. II, s. 108-109.

insanlara güç yetirilemeyeceği düşüncesinden hareketle bu kişiler sorumluluğun yükletilemeyeceği kişiler olarak kabul edilmiş ve muhbirler de mütesebbib olarak sorumlu tutulmuşlardır.<sup>169</sup> Dolayısıyla bu hükmün dayanağı istihсандır.

## 2. Başkasının Emriyle Birine Yapılan Haksız Fiillerde Emreden Kişinin (*âmir*) Sorumluluğu

Emre muhatap olan kişinin, doğrudan (mübâşeret) gerçekleştirdiği bir fiil ile başkasına verdiği zararlardan sorumlu olması genel bir kuraldır. Nitekim kaynaklarda doğrudan bir işi yapan (*mübâşir*) ile bu işe sebep olan (*mütesebbib*) bir arada bulunduğu, meydana gelen zararın sorumlusunun mübâşir (*aslî fâil*) olduğu ifade edilir.<sup>170</sup> Söz konusu durum Mecelle'nin 90. maddesinde “*mübâşir, yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi oldukda hüküm ol fâile muzâf kılınır.*” şeklinde maddeleştirilmiştir.<sup>171</sup>

Genel kural bu şekilde olsa da, başkasının emriyle birine yapılan haksız fiillerde sorumluluğun kime ait olacağı meselesi, Hanefî mezhebindeki vâkıât türü eserlerde detaylı ve sistematik bir şekilde tartışılmıştır. Öyle ki, bu çalışmanın ana kaynaklarını oluşturan eserlerden Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in kitaplarının damân bölümleri ile Fudayl Çelebi'nin *ed-Damânât* adlı eseri tazminat konularına bu mesele ile başlamaktadır.

Zararın meydana gelişi açısından emri veren (*âmir*) mütesebbib; emri gerçekleştiren (memur) de mübâşir konumundadır. Çünkü meydana gelen zarar ile fail

<sup>169</sup> Yıldız, *Câmi'ü'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 115.

<sup>170</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXIII, s. 202; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 475; Zeylâi, *Tebyînül-hakâik*, C. IV, s. 252; İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, C. VIII, s. 399, 412; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 135; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 74<sup>a</sup>, 83<sup>b</sup>, 94<sup>b</sup>; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, C. I, s. 405, 453; Hamevî, *Gamzü uyûni'l-besâir*, C. I, s. 466. Ayrıca bkz. Karâfî, *el-Furûk*, C. II, s. 206; Tûfî, Ebû'r-Rebî' Necmeddin Süleyman b. Abdülkavî, *Şerhu Muhtasari'r-ravda*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1987, C. I, s. 427; Merdâvî, Ebû'l-Hasan Alâeddîn Ali b. Süleyman, *et-Tahbîr şerhu't-Tahrîr*, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 2000, C. III, s. 1063; İbnu'n-Neccâr, Ebû Bekr Takıyyüddîn Muhammed b. Ahmed b. Abdilazîz el-Fütûhî, *Muhtasaru't-Tahrîr şerhu'l-Kevbebi'l-Münîr*, thk. Muhammed ez-Zuhaylî ve Nezh Hammad, Mektebetu'l-Abiykan, Riyad, 1997, C. I, s. 448; Abdülkadir Bedrân, *el-Medhâl ilâ mezhebi'l-Ahmed b. Hanbel*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1401, s. 161.

<sup>171</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. I, s. 190.

arasındaki sebep-sonuç ilişkisi dikkate alındığında âmirin dolaylı yoldan, emredilen kişinin ise doğrudan bir etkisi vardır. Başkasına emretmek suretiyle zararın meydana gelmesine sebep olan âmirdir; ancak zararlı fiili doğrudan gerçekleştiren asıl fâil, emri verendir. Zararın meydana gelmesinde mübâşir ile mütesebbib bir arada bulunduğu sorumluluğun mübâşire yüklenmesi genel bir kural olmakla birlikte, emrin geçerli olduğu yerlerde bu kural işletilmemektedir. Şöyle ki, verilen emir hukukî açıdan geçerli ise, zararın meydana gelmesine sebep olan âmir, yani mütesebbib sorumlu tutulur. Bu yüzden emir sebebiyle meydana gelen zararlarda, sorumluluğun kime yükleneceğini tespit için öncelikle verilen emrin geçerli olup olmadığına bakılması gerekir.

#### **a. Emrin Geçerli Olduğu Yerlerde Sorumluluk**

İnsanın kendi yetki alanına giren hususlarla ilgili verdiği emirler, hukuken geçerlidir ve buradaki sorumlu kişinin bizatihi kendisidir. Bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Örneğin, bir kimse kendi elbisesini yakması veya onu suya atması için birisine emreder ve emredilen kişi de bunu yaparsa, âmir meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Çünkü emredilen kişi bunu âmirin emriyle yapmıştır, kişinin kendi malıyla ilgili verdiği emirler geçerli olduğu için de söz konusu fiil tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Her ne kadar bu durum tazmin sorumluluğunu doğurmasa da, Çelebi'nin *ed-Damânât*'ında faydasız bir eylemde bulunarak malı telef ettiği için memurun günahkâr olacağını ve gerekli görülürse hâkim tarafından bu kişiye tazir cezasının verilebileceği aktarılmaktadır.<sup>172</sup> Buna karşılık, kişilerin kendi yetki alanına girmeyen hususlarda başkalarına verdikleri emirlerin herhangi bir geçerliliği yoktur. Bu yüzden emrin geçerli olmadığı yerlerde, âmirin emrine uyararak birinin malına zarar verilirse, emri gerçekleştiren kişinin zararlı fiili tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü üzere verilen bir emrin geçerli olabilmesi için âmirin emir verme yetkisine sahip olması gerekir. Mecelle'de de ifade edildiği üzere, bir kimsenin emri, ancak kendi mülkünde, yani kendi yetki alanında geçerli olmaktadır.<sup>173</sup>

<sup>172</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 20<sup>a</sup>.

<sup>173</sup> Bu durum Mecelle'nin 1510. Maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Bir kimsenin emri, ancak kendi mülkü hakkında cârî olur. Meselâ, bir kimse "şu malı denize at" deyip de, memûr dahî ânı

Emrin hukuken geçerli olduğu kanaatini uyandıran fiili durumlara veya sözlü ifadelere dayanılarak yapılan tasarruflar bir zarara yol açarsa, böyle bir durumda tazmin sorumluluğu yine memura ait olur; ancak zararlı fiilin mübâşiri olan memurun âmire rücû etme hakkı doğar. Söz konusu durum peş peşe gelen şu iki fetvâda açıkça anlatılmaktadır:

*Fevâidü sadri'l-İslâm*'da zikredildiğine göre, bir kimse komşusuna ait olduğu halde başkasının koyununu kendisi için kesmesini emreder ve [emre muhatap olan kişi de bu hayvanı keserse] kesen kişi tazminle sorumlu olur. Sonra [bakılır]; memur, hayvanın başkasına ait olduğunu biliyorsa bu konuda onun âmire rücû etme hakkı yoktur. [Ancak] memur, hayvanın başkasına ait olduğunu bilmiyor [ve buna bağlı olarak] emrin geçerli olduğunu zannediyorsa, bu konuda onun âmire rücû etme hakkı vardır. *El-Münteka* adlı eserin gasp bölümünde zikredildiğine göre de, bir kimse başkasına ait olduğu halde diğerine “*bu duvarı oyarak bana bir kapı aç*” der ve o da bunu yaparsa, kapıyı oyarak açan kişi meydana gelen zararı tazmin eder ve sonra da âmire rücû eder. Eğer âmir “*bu duvarı oyarak bir kapı aç*” der, ama “*bana*” ifadesini söylemez ise âmire rücû edemez. Âmir duvarın çevrili olduğu evde oturuyor veya duvarı oyan kimseyi ücretle tutmuşsa oyan kimse tazmin hususunda âmire rücû eder.<sup>174</sup>

Her iki fetvâda da, emre muhatap olan kimse (memur), sahibi olduğunu zannederek âmirin emriyle başkasına yönelik haksız bir fiilde bulunduğu için, meydana gelen zararı tazmin edip sonrasında âmire rücû etmektedir. Çünkü memur, âmirin yetki alanına girdiğini zannettiği için bu tür eylemlere yönelmiştir. Zira yukarıdaki örnekte âmirin fiilî durumu ile kullanılan ifadeler, emrin hukuken geçerli olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Böyle bir durumda memurun oluşan zararı tazmin edeceği; ancak emreden kişiye rücû ederek ödediği miktarı geri alabileceği ifade edilmektedir. Tazmin sorumluluğunun önce memura izâfe edilip sonra âmire rücû edilmesinin “*mübâşir ile müteebbib müctemi oldukda hüküm ol fâile muzâf kılınır*” şeklindeki genel kural ile ilişkili olduğunu düşünüyoruz. Bu olayda başkasına emretmek suretiyle zararın meydana gelmesine sebep olan âmirdir, ancak söz konusu

---

başkasının malı olduğunu bilerek atsa, sahibi ol malı atana tazmin ettirir. Mücbir olmadıkça, âmire bir şey lâzım gelmez.” Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, C. III, s. 947

<sup>174</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 108. Benzer durumlar için bkz. Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 19<sup>b</sup>. Çelebi'nin zikrettiği fetvâda, sahibinden başkasının emriyle birisinin koyununu kesen kişinin sorumlu olmakla birlikte bu konuda âmire rücû edemeyeceği, çünkü onun emrinin geçerli olmadığı; ancak emreden kişiyi hayvanın sahibi zannettiği için bu fiili yapmışsa, bu durumda emir geçerli olduğunu ve bir aldatma olduğu için de memurun âmire rücû edebileceği ifade edilir. Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 19<sup>b</sup>.

emri yerine getirerek zararlı fiili doğrudan gerçekleştiren asıl fâil memurdur. Bir işi doğrudan yapan (mübâşir) ile bu işe sebep olan (mütesebbib) bir arada bulunduğu, sorumlunun mübâşir olduğu kuralından hareketle, sorumluluk öncelikle memura yüklenmiş, daha sonra da bu konuda kendisine rücû hakkı tanınmıştır. Tabi, burada kişinin rücû edebilmesi için âmirin ikrar etmesi ya da hukukî açıdan bunu ispat eden bir delilin bulunması gerekir.

Ancak Üsrûşenî, İmâdüddîn el-Mergînânî ve Şeyh Bedreddin'in eserlerinin tazminat bölümü ile Fudayl Çelebi'nin, *ed-Damânât*'ında, verilen emir sebebiyle zararı gerçekleştiren asıl fail dururken dolaylı yoldan etkisi bulunan âmirin sorumlu tutulduğu iki zümreden bahsedilmektedir. Zikredilen yerlerde efendinin (mevlâ) kölesine veya sultanın başkalarına verdiği emirlerin geçerli olduğu ve başkalarına verilen emir sebebiyle sorumlu olabilecek kişilerin ancak bunlar olduğu söylenir. Emrin geçerli kabul edildiği bu yerlerde köle veya sultanın emrine muhatap olan kişi, mübâşir olduğu halde, mütesebbib olan efendi ya da sultan sorumlu tutulmaktadır. Çünkü zikredilen bu iki durum, emrin hukuken geçerli olup sorumluluğun âmire yüklenebileceği yerler olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden sultanın veya efendisinin emrine uyarak başkalarına zarar veren kişilerin sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Bu durum, Neseî'nin *Uddetü'l-fetâva ve'l-müftîn* adlı eserinden nakledilen bir fetvâda şu şekilde anlatılır:

Emri sebebiyle sorumlu olabilecek kişi, ancak sultan veya kölesine emrettiği takdirde efendisidir. Bir kimse diğerine başkasının elbisesini yırtmasını emreder ve memur da bunu yaparsa, emreden (âmir) değil, yırtan kişi sorumlu olur. Çünkü kendi mülkünde olmayan şeylerle ilgili âmirin mücerret emri, geçersizdir. Bu yüzden söz konusu fiilin sorumluluğu sadece faile yüklenilir ve âmir [meydana gelen zarar ile fiil arasında] vasıta olmaktan çıkar. Çünkü onun durumu, meşverettir, yani o ancak istişare makamındadır. Faydasız bir şekilde bir malı telef ettiği için de günahkâr olur. Ben derim ki, hâkim gerekli görürse siyâseten onu cezalandırabilir. Şayet bunu sultan emrederse, sorumluluk sultana ait olur. Çünkü sultanın mücerret emri, ikrahtır.<sup>175</sup>

Yukarıdaki fetvâda kişinin kendi mülkünde olmayan şeylerle ilgili verdiği mücerret emirlerin geçersiz olup sorumluluğun faile (yani memur) yükleneceği, âmirin

<sup>175</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 17<sup>b</sup>, 19<sup>a</sup>. Ayrıca bkz. Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>a</sup>-368<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 108.

burada sorumluluğunun olmayacağı ifade edilmektedir. Meydana gelen zarar ile fiil arasında âmirin doğrudan bir ilişkisi olmasa da, Çelebi hâkim tarafından bu kişiye tazir cezası verilebileceğini söylemektedir.<sup>176</sup> Görüldüğü üzere “*kişinin kendi yetki alanına girmeyen hususlarda başkalarına verdikleri emirlerin geçersiz olması*” temel bir kural olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, emreden kişi sultan (devlet başkanı) veya kölenin efendisi olursa, böyle bir durumda emrin geçerli olarak âmirin sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Verilen emirler sebebiyle efendinin sorumlu olması, kölenin onun mülkiyetinde olmasıyla; sultanın sorumlu olması da, onun emrinin ikrah<sup>177</sup> (tehdit ve korkutma) olarak kabul edilmesiyle izah edilmektedir.

İkrah kişinin sözlü ve fiilî tasarruflarına tesir etmekle birlikte sorumluluğun yönünü değiştiren bir özelliğe sahiptir. Hanefilere göre ikrah, zorlanan kişinin (mükreh) tasarruflarını hukuken yok hükmünde kılmaz. Tasarrufun sonucunun (*eser*) zorlayan kişiye (mükrih) sevk edilmesi mümkünse, tazmin sorumluluğu mükrihe yüklenir; mümkün değilse de söz konusu tasarruf ile bunun sorumluluğu faile, yani mükrehe nisbet edilir. İşte bu yüzden emre muhatap olan kişinin ikrah altında gerçekleştirdiği zararlı fiillerde sorumluluk, fail olan memurdan âmir olan mükrihe intikal eder ve kendisi aleyhine herhangi bir sorumluluk doğmaz. Ancak sorumluluğun başkasına sevk edilebilmesi için zorlamanın ikrâh-ı mülcî türünde olması gerekir; aksi takdirde sorumluluk âmire intikal etmez.<sup>178</sup> Çünkü kişinin başkasına ait olan bir şeye

<sup>176</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 17<sup>b</sup>, 20<sup>a</sup>.

<sup>177</sup> Çelebi'nin Serahsî'den yaptığı alıntıya göre, ikrah, bir başkası sebebiyle kişinin rızâsını ortadan kaldıran, seçme özgürlüğünü (ihtiyarı) bozan; fakat ehliyetini ortadan kaldırmayan fiilin adıdır. Hanefiler, ikrahı kuvvet/ağırlık ve tasarruflara etki derecesine göre ayrıma tabi tutarlar. Çelebi'nin kendisinin de ifade ettiği üzere ikrah, Hanefilere göre ikrâh-ı kâmil (mülcî) ve ikrah-ı kâsır (gayri mülcî) diye ikiye ayrılır. Rızâyı ortadan kaldırıp ihtiyarı bozan **ikrah-ı mülcî**, öldürme ya da bir uzvu telef etme gibi ağır bir zararı içeren cebir ve tehditle gerçekleşir. Rızâyı ortadan kaldırıp ihtiyarı bozmayan **ikrah-ı kâsır** ise, zincire vurmak veya hapsedmek gibi ikinci derece ağırlıkta bir zararı içeren cebir ve tehditle vuku bulur. İkrâh-ı mülcî, sözlü ve fiili tasarrufların her ikisinde etkili iken; ikrâh-ı gayri mülcî sadece sözlü tasarruflarda etkilidir. [Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXIV, s. 38-40; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 1<sup>b</sup>-2<sup>a</sup>.] Bu durum, Mecelle'nin 1007. maddesinde şu şekilde kanunlaştırılmıştır: “*İkrâh-ı mülcî, berveçh-i bâlâ tasarruf-ı kavliyyede muteber olduğu gibi, tasarrufât-ı fiiliyyede dahi muteber olur. Amma, ikrâh-ı gayri-i mülcî, yalnız tasarrufât-ı kavliyyede muteber olup, tasarrufât-ı fiiliyyede muteber olmaz. Binaenaleyh bir kimse, diğere “falanın malını itlâf et, yoksa seni katl ederim” yahut bir “uzvunu keserim” deyip de, mükreh dahi itlâf etse, ikrâh muteber olup damân ancak mücbire lâzım gelir. Amma, “falanın malını itlâf et yoksa seni darb ya habs ederim” deyip de, o dahi itlâf etse, ikrâh muteber olmayıp, damân ancak mütlife lâzım gelir.*” Bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. III, s. 122.

<sup>178</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 15<sup>b</sup>, 17<sup>a</sup>.

zarar vermesi, ancak kendi canı veya vücut bütünlüğüne karşı gelebilecek bir zarar korkusuyla caizdir.<sup>179</sup> Nitekim Çelebi'nin *el-Attâbiye* adlı eserden aktardığına göre, tazmin sorumluluğunun bir başkasına nakledilmesi ve haram olan bir şeyin mubah olması hususunda geçerli olan mülcî ikrahtır.<sup>180</sup> Çünkü ikrâh-ı mülcî, sözlü ve fiili tasarrufların her ikisinde etkili olduğu için emredilen kişi böyle bir durumda meydana gelen zararın tazmininden sorumlu olmaz. Zira, böyle bir durumda mükreh kendisini bu eyleme sevk eden kişinin (mükrih/hamil/âmir) elinde alet hükmünde olduğu için sorumlu tutulmaz; onun yerine ikrahta bulunan mükrih sorumlu olur. Bu durumda zararlı fiil, mükrihe nispet edilir ve sanki bunu kendisi yapmış gibi kabul edilir.<sup>181</sup> İkrâh-ı gayri mülcî ise, sadece sözlü tasarruflarda etkili olup itlaf gibi fiilî tasarruflarda etkili olmadığı için bu tür zorlamalara dayalı olarak gerçekleştirilen haksız fiillerde sorumluluk zararlı eylemi gerçekleştiren faile, yani mükreh olan memura nispet edilir.<sup>182</sup>

Kişinin doğrudan kendisine yönelik bir tehdit söz konusu olduğunda ikrah altındaki bu durum sorumluluğun kendisine yüklenilmesine manidir. Ancak tehdit kişinin kendisine değil de başkalarına yönelikse, bu durum onun için ikrah sayılmamaktadır. Örneğin bir kimse oğlu, babası veya akrabalarından birinin

<sup>179</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 15<sup>b</sup>-17<sup>b</sup>.

<sup>180</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 2<sup>a</sup>. Hanefî âlimlerin bir kısmı, fiillerde ikrah-ı mülcînin eylemler açısından sonucunun (*eser*) zorlanandan (*mükreh*) zorlayana (*mükrih*) yani onu bu eyleme sevk eden kişiye (hamil) geçtiğini iddia etse de, Serahsî bunun doğru olmadığını ifade etmektedir. Çünkü ona göre var olan bir eylemin bir kişiden diğerine nakledilmesi düşünülemez. Nitekim onun ifadesine göre fûru meseleleri bu iddianın aksini ortaya koymaktadır. Örneğin baliğ olan kimse, bir çocuğu öldürmeye zorlasa, bu durumda kısas mükrihe gerekmektedir. Hâlbuki söz konusu iddiaya göre, ikrah altında vuku bulan eylemin sonucunun mükrehten mükrihe geçtiği kabulünden hareketle, mükrihe de kısasın gerekmemesi icap ederdi. Çünkü failin çocuk olması hasebiyle, söz konusu eylem kısası gerektirmeyen bir mahalde gerçekleşmiştir. Fakat burada doğru olan, mükrehin kendisini bu eyleme zorlayan kişinin (mükrih) aleti gibi olması ve fiilin sonucunun bu yolla mükrihe nisbet edilmesidir. Mükrehin zorlayanın elinde bir alet gibi kabul edilmesi, ikrah sebebiyle mükrehin seçme özgürlüğünün (*ihitiyar*) tamamen ortadan kalkması nedeniyle değildir. Burada aşırı bir baskı sebebiyle mükrehin seçme özgürlüğü bozulmaktadır. Şu bir gerçek ki, insan hayatta kalmayı isteyecek şekilde yaratılmıştır. İşte bu sebeple ikrah, kişiyi zorlandığı şeyi yapmaya mecbur bırakarak seçme özgürlüğünü bozar. Bu sebeple fiil, sahih bir seçme özgürlüğüne sahip olduğu için mükrihe nisbet edilir. Mükreh ise, sağlam bir seçme özgürlüğünün karşısında, böyle bir şeye sahip olmadığı için hükmen mükrihin elinde alet gibi olur. Bu durum, sadece mükrehin zorlayanın elinde alet olmaya elverişli olduğu yerlere hasredilmiştir. Yoksa sözlü tasarruflar gibi zorlayanın elinde alet olmaya elverişli olmayan yerlerde, ikrah sonuç doğurmaz. Çünkü bir kimsenin başkasının diliyle konuşması düşünülemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXIV, s. 39; Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 4<sup>a</sup>.

<sup>181</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 1<sup>b</sup>-2<sup>a</sup>, 4<sup>a-b</sup>. Ayrıca bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C. XXIV, s. 39.

<sup>182</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 1<sup>b</sup>-2<sup>a</sup>, 17<sup>a</sup>; Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. III, s. 122.

öldürülmesi tehdidiyle başkasının malına zarar vermeye zorlanır ve kişi de bunu yaparsa, zararı kendisi tazmin eder ve kendisini bu eyleme sevk eden âmire de rücû edemez. Çünkü böyle bir durumda kendisi mükreh olarak kabul edilmemektedir. Zira mükrehin, kişinin kendisi veya organlarının telef edilmesi hususunda korkan kişi olduğu ifade edilir. Kişinin doğrudan kendisine yönelik bir tehdit söz konusu olmadığı için de bu kişi mükreh olarak değerlendirilmemektedir. Ancak başkasının malına zarar verdiği için bu kişinin günahkâr olmayacağı söylenir. Çünkü o, kendisine ait olmayan bu mala zarar vererek başkasını korumuştur.<sup>183</sup>

Görüldüğü üzere emir sebebiyle meydana gelen haksız fiillerde sorumluluğun âmire intikal etmesi için bunun ikrah altında gerçekleşmesi ve bu zorlamanın da mülcî olması gerekir. Genel kural bu şekilde olmakla birlikte ikrah olmadığı halde sultanın tebaasına ve efendinin kölesine yönelik emirleri, mülcî ikrah gibi kabul edilmiş ve sorumluluk âmir olan bu kişilere intikal ettirilmiştir. Çünkü sultan ile tebaası veya köle ile efendisi arasındaki ilişki ve emre muhatap olan bu kişilerin söz konusu kişilerin karşısındaki acizliği bir bakıma sorumsuzluk sebebi olarak görülmüş ve meydana gelen zararların sorumluluğu emreden kişilere yüklenmiştir.

Sultanın verdiği emir sebebiyle gerçekleştirilen haksız fiillerde onun emrinin ikrah olarak kabul edilip edilmediği ve buna bağlı olarak sorumluluğun kime ait olacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur. **Birinci görüşe** göre, sorumluluğun mutlak olarak sultâna ait olacağı söylenir. Çünkü sultanın emrine muhatap olan kişi, istenileni yapmadığı takdirde sultan tarafından cezalandırılacağını bilir. Bu yüzden sorumluluk -mübâşir konumunda olan memura değil de- mütesebbib konumundaki sultana yüklenir.<sup>184</sup> Şeyh Bedreddin, *ez-Zehîra* adlı eserden iktibasla sultanın emrinin ikrah olarak kabul edileceğini şöyle anlatır:

Âmir, sultan ise sorumlu olur, sultandan başkası sorumlu olmaz. Çünkü sultanın emri, bir [tür] zorlamadır. Zira emre muhatap olan kişi (memur), istenileni yapmadığında sultan tarafından cezalandırılacağını âdeten bilir. Sultanın dışındakiler, bunun aksinedir. O halde sultanın emrettiği kişi değil, sultan

<sup>183</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 15<sup>b</sup>.

<sup>184</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 107.



sorumlu olur. Bu yüzden davanın başkasına değil de, sorumlu olan kimseye açılması doğrudur/geçerlidir.<sup>185</sup>

Bu pasajda görüldüğü üzere, devlet başkanının verdiği mücerret emirler, ikrah kapsamında değerlendirilmektedir. Çünkü sultan, haksız bir fiilin yapılması hususunda tehditle birine emir verdiğinde, emredilen kişi istenileni yapmadığı takdirde sultan tarafından cezalandırılacağını bilir. Bu yüzden sultan, başkasının malını alması veya telef etmesi konusunda birisini tehdit eder ve emredilen kişi de istenileni yaparsa, böyle bir durumda sultanın kendisi sorumlu olur. Tehdit etmemesi durumunda da sorumluluğun sultana yükleneceği ifade edilir. Söz konusu hallerde meydana gelen zararın sorumlusu sultan olduğu için de, tazminat davasının sultâna açılması gerektiği söylenir. Bu anlatılanlar, âmirin sultan olması durumunda geçerlidir. Sultanın dışındaki kişilerin verdiği emirlere gelince, bunlar ikrah olarak değerlendirilmez. Çünkü sultanın dışındaki kişilerin yapılmasını istedikleri şeyler mücerret bir emirdir, bunların ise hukukî açıdan hiçbir geçerliliği yoktur.<sup>186</sup>

Diğer görüşe göre de, sultanın mücerret emri ikrah sayılmadığı için kendisinin sorumlu olmayacağı ifade edilir. Örneğin İmâm Muhammed'in *es-Siyeru'l-Kebîr* adlı eserinden iktibas edilen bir fetvâda, şayet emredilen kişi sultanın emrini yerine getirmediği takdirde onun zulmünden endişe etmiyor ve kendisinde bir korku hâsıl olmuyorsa, bu durumda -sultan değil- emre muhatap olan kişinin sorumlu olacağı söylenir. Çünkü burada belirtildiğine göre, böyle bir durumda sultanın mücerret emri ikrah olarak değerlendirilmez.<sup>187</sup> Böyle olmakla birlikte, aynı esere referansla -emredilen kişinin korkmadığı durumlarda bile- sultanın mücerret emrinin ikrah olarak değerlendirileceğini söyleyen bir görüş daha zikredilir.<sup>188</sup>

<sup>185</sup> Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 107. Ayrıca bkz. Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>a-b</sup>.

<sup>186</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>b</sup>; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 17<sup>b</sup>, 19<sup>a</sup>.

<sup>187</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 107. “أن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه لو كان المأمور لا يخاف منه إذا لم يأت به”: Devlet başkanının emrine muhatap olan kişi, emri yerine getirmediği takdirde ondan korkmuyorsa sultanın tek başına (mücerret) emri, ikrah sayılmaz.

<sup>188</sup> Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.II, s. 108. “إن مجرد أمر السلطان إكراه وإن كان المأمور لا يخاف منه متى لم يفعل”.

Yukarıda kural olarak sultanın dışındaki kişilerin verdiği emirlerin ikrah olarak değerlendirilmeyeceği, bu yüzden verdiği emir sebebiyle meydana gelen zararlarda söz konusu kişilerin tazminle sorumlu olmayacağı söylene de, bu durum Hanefî mezhebinin kurucu imamı arasında tartışmalıdır.

Ebû Hanîfe, sultanın dışındaki kimselerin tehditlerinin ikrah olarak kabul edilmesi hususunda, şehir ile köy ve kırları birbirinden ayırmaktadır. Ona göre, gündüz şehirlerde sultanın dışındaki kimselerden gelen tehdit ve zorlamalar ikrah olarak değerlendirilmez; ancak söz konusu tehdit geceleyin gerçekleşirse ikrah olarak değerlendirilir. Buna karşılık Ebû Hanîfe, köy ve kırlarda sultanın dışındaki kişilerden gelen tehditlerin ikrah olarak değerlendirilmesini mutlak olarak belirterek gece gündüz ayrımı yapmaz. Fudayl Çelebi, Ebû Hanîfe'nin burada köy ve kırları ayrıca belirtmesinin, söz konusu olayların bu gibi yerlerde daha fazla cereyân etmesi sebebiyle olduğunu ifade eder.<sup>189</sup>

İmâm Muhammed ve Ebû Yûsuf ise, tehdit ettiği şeyi gerçekleştirebilme gücüne sahip olan her kişiden sadır olan tehdidin ikrah olarak değerlendirileceği görüşünü benimser.<sup>190</sup> Kudûri'nin *Şerh-ü Muhtasari'l-Kerhî'de* tercih ettiği görüş bu şekilde olmakla birlikte fetvâ da buna göredir. Sultan tarafından gelen tehdidin ikrah olarak kabul edilmesi, onun saltanatından değil, insanların bu konudaki acizliklerinden ve onlardan gelen tehdidin giderilememesinden kaynaklanmaktadır.<sup>191</sup> Her ne kadar bazıları bu konudaki ihtilafın delil ve hüccetten kaynaklandığını söylese de, söz konusu hükümdeki farklılık, zamanın değişmesiyle açıklanmaktadır.<sup>192</sup> Ebû Hanîfe'nin bu konudaki yaklaşımı, güç ve kuvvetin yalnız sultana ait olduğu vâkıasına dayandığı için onun görüşü kendi zamanının şartlarına uygundur. O, kendi döneminde sultandan başka ikrahi gerçekleştirecek bir güç ve kuvvet olmadığı için bunun ancak

---

: Devlet başkanının emrine muhatap olan kişi, emri yerine getirmede ondan korkmuyorsa bile sultanın tek başına (mücerret) emri ikrah sayılır.

<sup>189</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 2<sup>a</sup>-2<sup>b</sup>.

<sup>190</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 2<sup>a</sup>-2<sup>b</sup>. Çelebi'nin ifade ettiğine göre, fetvâ da bununladır. Hülâsa adlı eserde (*hülâsatü'l-müfî fi'l-fürû* olabilir) de fetvâ böyle olup, Sadruşşehid bunu zikretmiştir. *el-Fetâvâ'z-Zahiriyye'de* desteklenen görüşte budur. Halvânî *el-Mebsût* adlı eserinde, kendisine emredilen kişi (mükreh) yardım isteyemiyorsa, bu durumda sultandan başkasının yaptığı ikrahın icmâen tehdit edilen kimse hakkında geçerli olacağını söyler. Bkz. Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 2<sup>b</sup>.

<sup>191</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 2<sup>b</sup>.

<sup>192</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 2<sup>b</sup>.

sultan tarafından sâdır olacağını söylemiştir. Görüldüğü üzere Ebû Hanîfe, söz konusu problemi kendi zamanında gördüğü şeyler üzerine bina ederek bu konuyu çözüme kavuşturmuştur. Fakat daha sonra fesadın ortaya çıkmasıyla birlikte, her zalim yaptığı tehdidi gerçekleştirebilecek duruma gelmiş, bu yüzden İmâmeyn de tehdit ettiği şeyi gerçekleştirebilme gücüne sahip olan herkes tarafından ikrahın gerçekleşebileceğine dair hüküm vermiştir.<sup>193</sup>

### b. Emrin Geçerli Olmadığı Yerlerde Sorumluluk

Emrin geçerli olmadığı yerlerin tamamında, emreden kişi (âmir) sorumlu değildir. Çünkü kişinin kendi yetki alanına girmeyen hususlarla ilgili verdiği emirlerin hukukî açıdan herhangi bir geçerliliği olmadığı için âmir sorumlu tutulmaz. Söz konusu emir geçerli olmamasına rağmen, emredilen kişi (memur) emre uyarak haksız bir fiilde bulunursa, meydana gelen zararlardan kendisi sorumlu olur. Bu durum, Şeyh Bedreddin'in *Câmiu'l-fusûleyn* adlı eserinde şu şekilde anlatılır:

*el-Fetâva's-Suğrâ* adlı eserde zikredildiğine göre, bir kimse başkasının malını almasını birisine emrettiğinde, alan kişi sorumludur. Çünkü verilen emir geçerli/sahih değildir. Emrin geçerli olmadığı yerlerin tamamında da, âmir tazminle sorumlu değildir. *Uddetü'l-fetâvâ*'da ise şu şekilde anlatılmıştır: Bir kimse, başkasının emriyle birisinin elbisesini yakarsa, emreden (âmir) değil, yakan kişi sorumlu olur. Çünkü emri sebebiyle sorumlu olabilecek kişi, ancak sultan veya kölesine emrettiği takdirde efendisidir.<sup>194</sup>

Yukarıdaki fetvâda izah edildiği üzere, bir kimse başkasının malını almasını emreder ve bu esnada mala bir zarar gelirse, alan kişi sorumludur. Çünkü emri veren kişinin söz konusu mal üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı için, verilen emrin hukukî açıdan herhangi bir geçerliliği yoktur. Dikkat edilecek olursa bu fetvâda “*emrin geçerli olmadığı hiçbir yerde âmirin tazminle sorumlu olmayacağı*” şeklinde soyut ve genel

<sup>193</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 2<sup>b</sup> Burada, İmâmeyn'in yaşadığı dönemde bulunsaydı, Ebu Hanife'nin de mutlaka onların görüşüyle fetva vereceği ifade edilir. Bu meselede olduğu gibi fakihler, mezhep imamı kendi dönemlerinde yaşamış olsaydı mezhebin genel kaidelerinden hareketle, onların da aynı şeyi söyleyeceklerini düşündükleri için hükümleri kendi dönemlerinde mevcut olan örf üzerine bina ederek birçok konuda mezhepteki müçtehitlerden farklı hükümler vermiştir. Bunun birçok örneği verilebilir.

<sup>194</sup> Bu durum *Câmiu'l-fusûleyn*'de “*وفي كل موضع لم يصح الأمر لم يضمن الأمر*” şeklinde, Üsrüşenî ile İmâdî'de “*وفي كل موضع لم يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر*” biçiminde ifade edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üsrüşenî, **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, vr. 368<sup>a</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, **Fusûlu'l-ihkâm**, vr. 340<sup>a</sup>; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.II, s. 108.

bir ilkeden bahsedilmiştir. Başka bir ifadeyle belirtecek olursak, burada sorumluluğun yönünü belirleyen şey, emrin geçerli olup olmamasıdır. Eğer emir geçerliyse, âmir sorumlu; emir geçerli değilse de emredilen kişi sorumludur. Fetvâdaki örneğe tekrar dönecek olursak, verilen emir geçerli olmadığı için tazminat davası emredilen kişiye açılır. Nitekim Üsrûşenî ile İmâdüddîn el-Mergînânî emreden (âmir) sultan olmaması durumunda davanın emredilen kişiye açılmasının doğru (*sahih*) olacağını ifade ederler.<sup>195</sup> Fudayl Çelebi'nin *el-Muhît* adlı eserden aktardığına göre buradaki kural (asıl) şöyledir: Emredilen kişi, mücerret emir sebebiyle çaresiz bir duruma (*melce-i muzdar*) düşmüş olmayacağı için yaptığı fiil âmire intikal etmez ve zararın sorumlusu da bizatihi kendisi olur. Buna karşın emredilen kişi, söz konusu eylemi ikrah altında gerçekleştirirse, bu durum kendisini çaresiz bir duruma sokacağı için yaptığı fiil âmire intikal eder ve böylece memurun aleyhine bir sorumluluk doğmaz.<sup>196</sup>

#### IV. DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere meydana gelen zararlı fiillerin tazmin sorumluluğunu doğurması genel bir kural olmakla birlikte, doğrudan itlaf hallerinde (mübâşeret) failin sorumlu olması için teaddî şartı aranmazken, dolaylı itlaf (tesebbüb) hallerinde bu şartın mevcut olması gerekmektedir. Ancak pek çok itlaf örneğinde de müşahade edildiği üzere, mal sahibinin izni, devlet başkanı (*veliyü'l-emr*) ya da yetkili kamu otoritesinin onayı ve meşru bir hakkın kullanımını sırasında meydana gelen zararlar, tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Çünkü zikredilen durumlarda gerçekleştirilen eylemler, teaddî unsurunu taşıyan bir davranış olarak kabul edilmediği için failleri aleyhine sorumluluğa hükmedilmemektedir.

Her ne kadar meşru bir hakkın kullanımını esnasında meydana gelen zararların tazmin sorumluluğunu doğurmayacağı ifade edilse de, ateş yakma, kuyu kazma, sulama, bina yapımı ve yıkımı gibi özel mülkiyette gerçekleştirilen eylemlerin yol açtığı dolaylı itlaf hallerinde görüldüğü üzere, bu durum Hanefî mezhebinde tartışmalıdır. Nitekim konuyla ilgili zikredilen görüşlerin bazısında, özel mülkiyette gerçekleştirilen zararlı eylemlerin tazmin edilmeyeceği; bir kısmında da bunların

<sup>195</sup> Üsrûşenî, *el-Fusûl fi'l-muâmelât*, vr. 368<sup>b</sup>; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 340<sup>a</sup>.

<sup>196</sup> Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 17<sup>a</sup>-17<sup>b</sup>.

tazmin edileceği ifade edilmektedir. Söz konusu fetvâlarda çelişki gibi duran bu durum, ancak Hanefî mezhebindeki tartışmayla açıklığa kavuşmaktadır.

İnsanlar kendi mülklerinde dilediği gibi tasarruf edebilir, ancak mütekaddim ve müteahhir Hanefî âlimleri bunun sınırsız/mutlak bir tasarruf hakkı anlamına gelip gelmeyeceği ve buna bağlı olarak meydana gelen zararın tazmin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı hususunda farklı düşünmektedirler. Erken dönem Hanefî âlimlerine göre (*mütekaddimûn*), kişinin kendi mülkündeki tasarrufu başkasına zarar veriyor olsa bile, hiç kimsenin onu bu tasarrufundan men etme yetkisi yoktur. Çünkü onlara göre, kişinin mülkünde mutlak olarak tasarruf edebileceği ve bu tasarrufun “başkasına zarar vermeme” (*selamet*) şartıyla kayıtlı olmadığı açıkça ifade edilmektedir.<sup>197</sup> Söz konusu edilen bu görüş, Ebû Hanîfe'nin kuralına (asıl) göredir. Hanefîlerden Kâsânî, mütekaddim Hanefî âlimlerinin görüşünü şu şekilde açıklamaktadır:

Mülkiyetin hukukî sonucu (*hüküm*), kişinin mülkiyetindeki mal üzerinde kendi tercihiyle (*ihtiyâr*) tasarruf etme yetkisidir. Herhangi bir zaruret olmadan, hiç kimsenin onun üzerinde zorlama yetkisi (*velâyetü'l-cebr*) yoktur. Söz konusu tasarruf başkasına zarar veriyor olsa bile, hiç kimsenin onu bu tasarrufundan men etme yetkisi (*velâyetü'l-men'*) yoktur. Ancak bu tasarrufa başkasının hakkı taalluk eder ve hak sahibi buna razı değilse, kişi bu tasarrufundan men edilir. Sahibinin izin ve rızası olmadan başkasının mülkü üzerinde malikten başkasının tasarruf etme hakkı yoktur, ancak bir zaruret olursa müstesna. Bir mahalde sabit olan hakkın hukukî sonucu da böyledir. Bu durum bilindiğinde biz şöyle deriz: Malikin mülkünde dilediği gibi tasarruf etme yetkisi vardır. Söz konusu tasarrufun zararı, ister başkasına geçsin, isterse geçmesin. Kişinin kendi mülkünde tuvalet, banyo, el değirmeni veya fırın yapma hakkı olduğu gibi binasında demirci veya çamaşırcıyı da oturtma hakkına sahiptir. Mülkünde kuyu, fosseptik çukuru veya mahzen de kazabilir. Bu tasarruflar binayı zayıflatıyor ve komşusu bundan zarar görüyor olsa bile. Komşusunun bu tasarrufları men etme hakkı yoktur. Hatta komşusu bunların değiştirilmesini istese de, mülk sahibi bu konuda zorlanamaz. Çünkü aslında mülkiyet, tasarruf açısından mutlak; tasarruftan men etme ise, başkasının hakkının taalluk etmesinden ibaret olan arızî bir durumdan dolayıdır. Burada böyle bir şey söz konusu olmadığı için de, kişi men edilmez. Ancak bir kimseyi komşusuna eziyet veren şeyden men etmek, Hz. Peygamber'in “*Müimin, komşusunun zararından emin olan kişidir*” şeklindeki hadis sebebiyle diyâneten vaciptir. Şayet kişi kendi mülkünde komşusuna zarar verecek bir eylemde bulunsa, hatta binanın yapısı zayıflar ve komşunun duvarı

<sup>197</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXIII, s. 188.

çökerse, kişi bunu tazminle sorumlu olmaz. Çünkü başkasının mülkünde meydana gelen bu zararda mal sahibinin herhangi bir etkisi (sun'u) yoktur.<sup>198</sup>

Kâsânî'nin yukarıdaki bu ifadeleri, mütekaddim Hanefî âlimlerin görüşünü çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Onlara göre kişinin mülkündeki tasarruf hakkı, başkasına zarar verme ile değil, kendi mülkünde başkasına ait bir takım hakların taalluk etmesiyle kayıtlıdır. Yani bu görüşe göre, bir başkasının hakkı taalluk etmediği sürece kişi mülkünde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir. Kişinin tasarrufu başkasına zarar verirse, diyâneten bu haram olsa da kazâen bu tasarrufundan men edilmez.<sup>199</sup> Bu sebeple mütekaddim Hanefî âlimleri, insanların kendi mülklerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğini ve bu tasarrufları sebebiyle meydana gelen zararlardan da sorumlu olmayacaklarını ifade ederler. Çünkü onlara göre insanlar, kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf etme yetkisine sahip olduğu için, yapılan eylemler hukuka aykırı kabul edilmez ve bunların yol açtığı zararlar da tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Ancak kişinin mülkündeki tasarrufu, başkasının mülkündeki haklarını etkilerse, böyle bir tasarrufta bulunmasının caiz olmayacağı ifade edilir. Altı üstlü oturan kat maliklerinin tasarrufları buna örnek olarak verilmektedir. Bu şekildeki bir binada, alt katın sahibi kendi evini yıkmak istese bunu yapamaz. Çünkü üst kata sahip olan kimsenin binası, alt kattaki binanın üzerinde durduğu için onun alt katta da hakkı vardır.<sup>200</sup> Bu durumda, kişinin kendi mülkündeki tasarrufuna başkasının hakkı taalluk etmektedir. Bu yüzden, alttaki kişinin, kendi mülkünden başkasının hakkını kaldırmaya hakkı yoktur. Kişinin kendi mülkünde dalları başkasının mülküne sarkan ağaç dikmesinin veya ekin ekmesinin caiz olmaması da bundandır. Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere mütekaddim Hanefî âlimlerine göre kişinin kendi mülkündeki tasarruf hakkı, başkasına ait bir takım hakların taalluk etmesiyle kayıtlıdır.

Ancak Hanefilerden Ebû Yûsuf, Ebû Hanife'nin kuralına aykırı olarak özel mülkiyette zarara yol açan tasarrufların bazı durumlarda tazmin edileceği görüşünü benimsemiştir. Müteahhir Hanefî âlimlerinin çoğu Ebû Yûsuf'un görüşünü tercih

<sup>198</sup> Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VI, s. 264.

<sup>199</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 88<sup>b</sup>, 92<sup>a-b</sup>.

<sup>200</sup> Serahsî, **el-Mebsût**, C. XVII, s. 91; Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi'**, C. VI, s. 264.

ederek kişinin mülkündeki tasarruf hakkını “başkasına zarar vermeme” şartıyla sınırlandırmış ve bu konuda öncekilerden farklı bir tutum sergilemişler. Onlara göre, kişinin mülkünde yapacağı işlemler başkasının zararına yol açıyorsa, mülk sahibi bu gibi tasarruflarda bulunamaz, yaptıysa da buna engel olunur, aksi takdirde meydana gelen zararlardan sorumlu olur.<sup>201</sup> Hanefî bir fakih olan Hamevî (ö. 1098/1687), mütekaddimîn ve müteahhirîn arasındaki bu görüş farklılığını şu şekilde izah eder:

Sen bil ki, bu tür meselelerde ihtilaf vardır. Bunun neticesi şöyledir: Ebû Hanîfe'nin kuralına (asıl) göre, kişi böyle bir tasarruftan men edilmez. Bu kural ise, başkası zarar görse bile, sırf (halis) kendi mülkünde tasarruf eden hiçbir kimsenin hüküm açısından bu tasarrufundan men edilmemesidir. Bir grup Ebû Hanîfe'nin bu görüşüyle fetvâ verdi. Fakat müteahhirîn âlimlerinin çoğu, kişinin tasarrufunun başkasına açık bir şekilde zarar olarak geçtiği durumlarda bu görüşü terk ettiler. Ve böyle bir durumda kişinin tasarruftan men edilebileceğini söylediler. Pek çok yerde ifade edildiği üzere de, fetvâ bununladır.<sup>202</sup>

Hamevî'nin bu ifadelerinden anlaşıldığı üzere Mütekaddim Hanefî âlimlerin görüşü, mezhepteki yerleşik kurala (kıyâs/asıl); Müteahhir Hanefî âlimlerin görüşü de, istihsâna dayanır. Aslında kıyâsa göre, kişi kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf edebilme yetkisine sahiptir, başkasına zarar veriyor olsa bile hiç kimse onu bu tasarrufundan men edemez. Ancak sonraki Hanefî fukahâsı, mezhepteki bu yerleşik kuralı terk ederek kişinin mülkündeki tasarruf yetkisini başkasına zarar vermeme şartıyla sınırlandırmıştır. Mecelle'de de fetvâyaya esas olan bu ikinci görüş tercih edilmiştir.<sup>203</sup>

Son olarak, meydana gelen bir itlaf hadisesinde zararı doğrudan gerçekleştiren asıl fail (*mübâşir*) ile buna sebep olan (*mütesebbib*) bir arada bulunduğu hükümün *mübâşire* izâfe edilmesi, Hanefî mezhebinde genel kuraldır; ancak çeşitli gerekçelere dayanarak bazı durumlarda bu kuralın terk edildiği veya işletilemediği olmuştur. Sultan veya benzeri konumdaki kişilere şikâyette (siâye/jurnal) bulunarak birinin malının zarar görmesine sebep olma durumunda asıl fail olan sultan yerine buna sebep

<sup>201</sup> Çelebi, **ed-Damânât**, vr. 84<sup>a</sup>.

<sup>202</sup> Hamevî, **Gamzû uyûni'l-besâir**, C. I, s. 282.

<sup>203</sup> Bunun için Mecelle'nin 1197 ile 1203 arasındaki maddelere bakılabilir. Buradaki maddelerde de görüldüğü üzere, kişinin kendi mülkündeki tasarrufu başkasının zararına yol açacak şekilde sonuçlanıyorsa, bu durumda söz konusu kişinin tasarrufundan men edileceği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. III, s. 464-476.

olan muhbirin sorumlu tutulması ile emrin geçerli kabul edildiği durumlarda başkasının emriyle birine yapılan haksız fiillerde asıl fail dururken emretmek suretiyle buna sebep olan âmirin sorumlu tutulması bunun en tipik örneklerindedir.



# BEŞİNCİ BÖLÜM

## OSMANLI UYGULAMASINDA

### GASP VE İTLAFTAN DOĞAN MALİ SORUMLULUK

Önceki bölümlerde, gasp ve itlaf bağlamında mala yönelik olan haksız fiillerin yol açtığı zararlardaki tazmin durumlarını ele alıp incelemiştik. Ancak buraya kadar ele aldığımız meseleler, konunun daha ziyade teorik boyutunu yansıttığı için önceki bölümlerde verilen bu nazari bilginin pratikte nasıl uygulandığının ortaya konulması gerekmektedir. Çünkü hukukun pratik uygulamasını dikkate almadan yapılacak bir çalışma, her yönüyle eksik kalacaktır. Bu sebeple “*Osmanlı Uygulamasında Gasp ve İtlaftan Doğan Mali Sorumluluk*” ismini taşıyan bu bölümde, gasp ve itlaftan doğan sorumlulukların Osmanlı’daki muteber fetvâ mecmuâlarına nasıl yansıdığı ve kadı sicillerinden hareketle bunların pratikte nasıl uygulandığı gösterilmeye çalışılacaktır.

Asıl konuya geçmeden önce kısaca fetvâ ile kazâ kavramlarına ve bunlar arasındaki ilişkiye değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Malum olduğu üzere fetvâ ile kazâ (yargı) arasında yakın bir ilişki bulunsa da bunların işleyiş tarzları, fonksiyonları ve hareket noktaları birbirinden farklıdır. İnsanlar gündelik olaylarda dine göre nasıl amel etmesi gerektiğini ya da karşılaştığı bir meselenin dinî hükmünü öğrenmek için fetvâ makamında bulunan kimselere başvurur, bu makamda bulunan müftü de kişinin sorusuna dinî açıdan bir cevap verir. İşte fetvâ ile açıklanan bu hüküm, diyânî hükümdür. Diyânî hüküm, şer’î-amelî bir meselenin hükmünü açıklamaktan ibaret olup hukukî açıdan (kazâen) bağlayıcı değildir.<sup>1</sup> Fetvâların kazâî açıdan bağlayıcı olmadığı teorik olarak doğru olmakla birlikte, Osmanlı pratiğinde

<sup>1</sup> Tehânevî, Muhammed b. Ali b. Ali b. Muhammed, **Keşşâfu istilâhâtî'l-funûn**, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1998, C. I, s. 141; Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şihabüddin Ahmed b. İdris b. Abdurrahim, **el-İhkâm fi temyîzi'l-fetâvây-ı ani'l-Ahkâm ve tasarrufâtî'l-kâdi ve'l-imâm**, thk. Abdülfettah Ebu Gudde, 2. bs., Mektebetü'l-Matbûâtî'l-İslâmiyye, Beyrut, 1995, s. 109; Serûcî, Ebu'l-Abbâs Şemsüddin Ahmed b. İbrahim Abdulganî b. Ebu İshak, **Edebu'l-kadâ**, thk. Sıddîkî b. Muhammed Yâsîn, Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut, 1997, s. 127, 541; İbnü's-Salâh, Ebu Amr Takiyyüddin Osman b. Abdurrahman b. Osman b. Musa eş-Şehrezûrî, **Edebü'l-fetvâ**, thk. Rifat Fevzî Abdulmuttalib, Mektebetü'l-Hancî, Kahire, 1992, s. 58; İbn Kayyim, Ebu Abdullah Muhammed b. Ebu Bekr, **İlâmu'l-Muvakkûn an Rabbi'l-Âlemîn**, thk. Taha Abdurrauf Sa'd, Dârü'l-cîl, Beyrut, t.y., C. IV, s. 264; Atar, Fahrettin, “Fetvâ”, **DİA**, C. XII, s. 488; Atar, “Kazâ”, **DİA**, C. XXV, s. 115; Demiray Mustafa, **Eksik Borç Kavramının İslam Hukuku Açısından İncelenmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 179; Yaylalı, Davut, “İslam Hukukunda Kazâ-Diyânî Hüküm Ayırımı”, **Dini Araştırmalar**, Ocak-Nisan, 2003, C. V, s. 15, s. 29-36.

fetvâların bazı durumlarda bağlayıcı olduğu ifade edilir.<sup>2</sup> Osmanlı'da şeyhülislâm veya devletin resmi müftüsü tarafından verilen fetvâlar bağlayıcıdır, ancak bunlar sıradan âlimlerin veya müderrislerin verdiği fetvâlardan farklı olarak değerlendirilmelidir. Çünkü söz konusu durum, fetvâ makamında bulunan kişilerin buldukları konuyla alakalıdır. Yani, Osmanlı uygulamasında da genel olarak fetvâlar bağlayıcı değildir, ancak fetvâlar şeyhülislam veya resmi müftü tarafından verildiyse bağlayıcı kabul edilir.

Taraflar arasındaki anlaşmazlığı gidermek üzere mahkemede kadı (hâkim) tarafından verilen ve insanlar açısından bağlayıcı olan hüküm ise, kazâî hükümdür. İslam hukukunda meselenin dinî hükmünün açıklanması bakımından kazâ ile fetvâ arasında herhangi bir ayırım bulunmamaktadır. Ancak müftü, sadece sorulan soruyla ilgili hükmü açıklamakla yetinirken; kadı, taraflar arasında bağlayıcı bir hüküm inşa edeceği için delillere bakarak karar verir.<sup>3</sup> Görüldüğü üzere müftünün fetvâsı bir meselenin dinî yönünü (vicdanî), kadının hükmü ise kazâî yönünü ilgilendirmektedir.<sup>4</sup>

Fürû-ı fıkıh kitapları ile fetvâ mecmuâlarında ilgili meselenin teorik çerçevesi, yani dinî hükmü sunulduğu için bunların yargıda nasıl uygulandığının ortaya konulması gerekmektedir. Bilindiği üzere uygulamada Hanefî mezhebinin icrâ edildiği Osmanlı hukukunda gasp ve itlafla ilgili tazmin sorumluluklarına ilişkin kuralların nasıl tatbik edildiğini tespit etmek için öncelikle başvurulacak yer kadı sicilleridir. Çünkü Osmanlı mahkemelerinde verilen yargı kararları, kadı sicilleri diye bilinen vesikalarda kayıt altına alınmaktadır. Hukukun pratik uygulaması, müftünün verdiği hükmün yargı önünde nasıl bir fonksiyona sahip olduğu, başka bir ifadeyle fetvâ-kaza arasındaki ilişki ancak bu vesikalar yoluyla izlenebilir.

---

<sup>2</sup> Kaya, Süleyman, "Osmanlı Fetvası Üzerine", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, 2013, C. XI, sy. 22, s. 83.

<sup>3</sup> İbn Mâze, es-Sadru's-şehîd Hüsamuddin Ömer b. Abdülaziz, **Şerhu Edebi'l-Kâdî**, Vizâretü'l-Evkâf, Bağdat 1977-1978, C. I, s. 125; İbn Kayyim, **İlâmu'l-Muvakkûn**, C. IV, s. 173; Tehânevî, **Keşşâfu Istılâhâti'l-Funûn**, C. III, s. 582; İzmirli, İsmail Hakkı, **İftâ ve Kazâ**, İlm-i Hilâf içinde, Hukuk Matbaası, İstanbul 1330, s. 6; Aslan, Nasi, "Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ Münasebeti", **Dini Araştırmalar Dergisi**, Ankara, 1999, C. 2, Sayı: 4, s. 85-56.

<sup>4</sup> Atar, Fahrettin, "Fetvâ", **DİA**, C. XII, s. 488.

İşte zikredilen bu gerekçeler sebebiyle, önceki bölümlerde ele aldığımız gâsp ve itlaf konularından bazılarını seçerek pratikte bunun nasıl uygulandığını, sunulan teorik bilgiler ile fetvâların mahkeme kararlarına nasıl yansıdığını ve ilgili meselede herhangi bir değişimin olup olmadığını bazı somut örnekler üzerinden ortaya koyacağız.

## I. OSMANLI UYGULAMASINDA GASP SORUMLULUĞU

### A. Gasbedilen Malların Sahibine İâdesi ve Tazmini

Gâsıbın hukukî olarak sorumluluktan kurtulabilmesi için aldığı malı duruyorsa aynen sahibine iâde (*redd*) etmesi, zâyi olmuş veya bir eksilme meydana gelmişse de tazmin etmesi gerektiğini daha önce belirtmiştik. Şimdi de gasbedilen malın tazmin ve iâdesiyle ilgili geride anlattığımız kuralların Osmanlı fetvâ mecmuâlarına nasıl yansıdığını ve bu konunun hukuk pratiğinde nasıl uygulandığını görmek için bununla ilgili fetvâ ve sicil örneklerine bakabiliriz.

#### 1. Fetvâ Örnekleri

##### a) Gasbedilen malın iâdesi

Gasbedilerek tüketilen bir mal, mislî mallardan ise, misliyle iâde edilir. Mislin iâdesi mümkün olduğu durumlarda kıymetin ödenmesi cihetine gidilemeyeceği gibi mal sahibinin mislin iâdesi yerine kıymeti isteme hakkı da yoktur. Muteber fetvâ kitaplarından biri olarak kabul edilen ve Osmanlı Şeyhülislamlarından Feyzullah Efendi'nin (ö. 1115/1703) fetvâlarının bir araya getirildiği *Fetâvâ-yı Feyziyye*'deki şu örnek fetvâ, anlatılan bu durumu desteklemektedir:

Bir belde ahâlisinden Zeyd, Amr'ın şu kadar keyl buğday ve arpasını ol beldede gasben ahz ve istihlâk ettikten sonra Zeyd ol buğday ve arpanın mislini yine ol beldede Amr'a verdikde Amr almayıp “*Buğday ve arpa mukabelesinde şu kadar akçe alırım*” demeğe kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>5</sup>

##### b) Gasbedilen malın iâde yeri

Gasbedilen bir malın iâdesi kural olarak, gasbedilen yerde yapılır, mal sahibi gâsıp ile farklı bir şehirde karşılaştığında malını almayarak bunun gasbedilen yerde iâdesini isteme hakkı vardır. Osmanlı Şeyhülislamlarından Çatalcalı Ali Efendi'nin (v.

<sup>5</sup> Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal, nr. 347, s. 477.

1103/1692) fetvâlarının bir araya getirildiği *Fetâvây-ı Ali Efendi* adlı eserdeki şu fetvâ bunu açıkça göstermektedir:

Zeyd, Amr'ın şu kadar eşyasını bir belde gasben ahz edip Amr'ın izinsiz, belde-i uhrâya götürse, Amr Zeyd'e: “*Eşyâ-i mezbûreyi mekân-ı gasbda bana teslim eyle!*” dedikde Zeyd: “*Belde-i uhrâda teslim ederim*” deyip mekân-ı gasbda teslimden imtinâa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>6</sup>

### c) Gâsıbın yanında iken meydana gelen ziyâdeler

Gasbedildikten sonra gâsıbın yanında iken meydana gelen ziyâdelerin tüketilmesi durumunda, bu malların gâsıp tarafından tazmin edilmesi gerekir. Osmanlı Şeyhülislamlarından Yeni Şehirli Abdullah Efendi'nin (v.1156/1743) fetvâlarının derlendiği *Behcetü'l-Fetâvâ* adlı eserdeki şu fetvâ, tam olarak da bu durumu anlatmaktadır:

Zeyd Amr'ın şu kadar re's keçilerini tegallüben ahzedip ol keçilerin bir müddet sütlerini ekl ve yedinde olan keçilerden furu' hâsıla olduktan sonra Amr keçilerini aldıkda furûlarını dahi Zeyd'den alıp eklolunan sütlerini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>7</sup>

### d) Gasbedilen bir malın tekrar gasba uğraması

Gasbedilen bir mal, başkası tarafından ikinci kez gasp edilirse, sahibi bu malı gâsıplardan dilediğine tazmin ettirebilir. İkinci gâsıp malı iâde eder veya bunu tazmin ederse birincinin sorumluluğu sona erer, ancak birincisi tazmin ederse bunun için ikinci gâsıba müracaat edebilir. *Fetâvây-ı Ali Efendi*'deki ilgili fetvâ şöyledir:

Zeyd, Amr'ın atını gasben ahz edip ba'dehu Bekir dahi ol atı Zeyd'den gasben ahz-ü istihlâk eylese, Amr atı Zeyd ve Bekir'den kangisinden dilerse tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>8</sup>

### e) Mal sahibi ile gâsıbın farklı bir şehirde karşılaşmaları

Mülk sahibinin gâsıp ile farklı bir şehirde karşılaşmaları durumunda gasbedilen malı orada alabileceği gibi söz konusu malın gasp yerinde iâdesini talep edebileceğini yukarıda ifade etmiştik. Ancak mal gâsıp tarafından tüketilmişse bu durumdaki tazmin

<sup>6</sup> Çatalcalı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 592.

<sup>7</sup> Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal, nr. 327, s. 513. Ayrıca bkz. Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal, nr. 347, s. 474, 479.

<sup>8</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal nr. 345, C. II, s. 594.

kuralları malın gasbedilen yer ile davanın görüldüğü yerdeki değerine göre belirlenmektedir.

Gasbedilerek telef edilen mislî malın gasbedildiği günkü değeri ile davânın görüldüğü günkü değerinin eşit olması durumunda malın misli iâde edilir. *Behcetü'l-Fetâvâ*'daki ilgili fetvâda, gasbedilerek tüketilen mislî malın Tekfurdağı'nda gasbedildiği günkü değeri ile davânın İstanbul'da görüldüğü günkü değeri eşit olduğu için malın mislinin verileceği ve bu sebeple Amr'ın misli almak yerine kıymeti talep edemeyeceği şu şekilde ifade edilmiştir:

Zeyd Amr'ın şu kadar keyl buğdayını Tekfurdağı'nda bi-gayr-i hak ahz ve istihlâk ettikten sonra Amr Zeyd'e İstanbul'da mülâki olup ol buğdayı Zeyd'den dava ettikde buğdayın yevm-i husumette olan kıymeti Tekfurdağı'nda yevm-i gasbda olan kıymetine müsâvi olmakla Zeyd buğdayın mislini Amr'a verirken Amr almayıp “*Kıymetini ver*” demeğe kâdir olur mu? el-Cevab: Olmaz.<sup>9</sup>

Malın değeri davanın görüldüğü yerde daha fazla ise, gâsıp malın gasbedildiği yerdeki kıymetini veya bu malın mislini gasbettiği yerde verme seçeneklerine sahiptir. Nitekim *Fetâvâ-yı Feyziyye*'deki bir fetvâda Amr'ın demirini gasp ve istihlak eden Zeyd, İstanbul'da rastladığı Amr tarafından dava edildiğinde demirin Samako'daki (gasp yeri) kıymetini vermeyi ya da bunun mislini Samako'da vermeye hazır olduğunu ifade etmiştir. Ancak davacı olan Amr, bunu kabul etmeyerek davanın görüldüğü yerde malın mislinin verilmesini isteyince, kendisinin böyle bir talepte bulunmayacağı belirtilmiştir. Çünkü davacının bu talebi, hakkın suiistimal edilmesidir. Bu örnekte gâsıp, ancak malın gasbedildiği yerdeki kıymetini veya bunun mislini aldığı yerde vermek suretiyle tazmin sorumluluğundan kurtulur. Bahsedilen fetvâ şu şekildedir:

Zeyd Amr'ın şu kadar kantar demirini Samako'da Amr'ın izninsiz mahzenden ahz ve İstanbul'a götürüp istihlâk ettikten sonra Amr Zeyd'e İstanbul'da mülâki olup ol demiri Zeyd'den dava eylese demirin İstanbul'da kıymeti Samako'da olan kıymetinden ekser olmakla Zeyd Amr'a “*Ol demirin Samako'da olan kıymetini sana burda vereyim yahut razı olursan mislini sana Samako'da vereyim*” derken Amr razı olmayıp “*Ol demirlerin mislini bana burda ver*” deyu Zeyd'e cebre kâdir olur mu? el-Cevab: Olmaz.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 517.

<sup>10</sup> Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, s. 477. Ayrıca bkz. Çatalcalı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 593-594.

Malın değeri davanın görüldüğü yerde daha az ise, bu durumda mal sahibinin üç tercih hakkı vardır. Mal sahibi buradaki fiyata razı olur veya dava gününde gasbın gerçekleştiği beldenin kıymeti ne ise onu alır ya da gâsıbın eylemi gerçekleştirdiği mekâna dönmesini bekler. *Behcetü'l-Fetâvâ*'daki şu fetvâda bu 3 seçenekten ikincisiyle amel edildiği görülmektedir:

Zeyd Amr'ın şu kadar keyl arpasını Mihaliç'de gasben ahz ve istihlâk ettikten sonra Amr Zeyd'e İstanbul'da mülâkî olup ol arpayı Zeyd'den dava eylese arpanın Mihaliç'de olan kıymeti beher keyli onikişer paraya olup İstanbul'da olan kıymeti onar paraya olunca Amr ol arpanın Mihaliç'de olan kıymetini Zeyd'den almağa kâdir olur mu? el-Cevab: Olur.<sup>11</sup>

Yukarıdaki bu fetvâda, Mihaliç'de Amr'ın arpasını gasp ve istihlâk eden Zeyd İstanbul'da karşılaştığı Amr tarafından dava edilince, malın İstanbul'daki kıymeti daha az olduğu için mal sahibinin Mihaliç'deki kıymetini alabileceği ifade edilmiştir.

## 2. Sicil Örnekleri

Gasbedilen malların sahibine iâdesi ve tazminiyle ilgili temel kurallar ve bunların fetvâlara yansımaları yukarıda görüldüğü şekilde olmakla birlikte, olay yargıya (*kazâ*) intikal ettiğinde bunların tazmin edilebilmesi veya kesin bir sonuca varılabilmesi için mülk sahibinin (*mâğsûbun minh*) davasını kanıtlaması gerekir. Şimdi konuyla ilgili tespit edebildiğimiz bazı mahkeme kayıtlarından hareketle meselenin pratikte nasıl uygulandığını göstereceğiz.

### a) Gâsıbın iddiasını ispatlaması için kendisine süre verilmesi

*Rumeli Mahkemesi 21 Numaralı* Sicil kaydında anlatıldığına göre, Müderris Abdürrahim b. Pîrî İstanbul'dan memleketine giderken Sapanca'da hastalanması sebebiyle yanındaki eşyaların (para, kitap, elbise ve çeşitli erzaklar gibi) tamamını bir sepet ile çuvala koyarak Tosya'da el-Hâc Fazlullah adlı kişiye verilmek üzere nakliyecisi (*mükârî*) Kara Mehmet ile yol arkadaşı Mevlânâ İbrahim Efendi adlı kadıya teslim etmiş, sonrasında da Kalender Çavuş b. Hasan adlı kişi Gerede yakınlarında bütün bunları mezkûr şahıslardan gasp etmiştir. Abdürrahim Efendi mahkemeye başvurarak davanın görülmesini ve mallarının kendisine iâde edilmesini talep

<sup>11</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 517.

etmektedir. Ancak Kalender Çavuş, bu eşyaları gasp etmediğini, Abdürrahim Efendi'nin bu malları kendisine emânet yoluyla verdiğini ve kendisinin daha sonra bunları teslim ederek yanında ona ait herhangi bir şey kalmadığını ifade etmiştir. Kalender Çavuş, Abdürrahim Efendi'nin söylediklerini inkâr edince, mahkeme onun söz konusu eşyaları teslim ettiğine ve söylediklerinin doğruluğuna dair iddiasını ispat için kendisinden delil istemiş, ancak yanında bunu ispatlar nitelikte bir delil (*beyyine*) olmadığı için kendisine süre verilmiştir.<sup>12</sup>

#### **b) Mal sahibinin davasını şahitlerle ispat etmesi**

Yukarıdaki dava örneğinde, ifadelerinin doğruluğunu kanıtlayan delil sunabilmesi için gâsıba süre verilmiştir. Burada davanın tazminle sonuçlanması veya gâsıbın sorumluluktan kurtulması, delile bağlıdır. Şayet gâsıp olduğu iddia edilen kişi (davalı) mahkemeye ifadelerinin doğruluğunu kanıtlayan bir delil sunabilirse tazmin sorumluluğundan kurtulur. Davacı iddiasını kanıtlarsa da, bu durumda gâsıp mevcutsa malı iâde, telef olmuşsa da malın mislini veya kıymetini tazmin etmekle sorumlu olur. Üsküdar Kadı Sicillerinde yer alan bir sicil kaydını, bu duruma örnek olarak verebiliriz. Burada yer alan kayda göre, Medâin şehrinden Mehmet Ağa b. Hasan, Üsküdar'da misafir iken at ve beygirini gasp ettiği iddiasıyla hancı Mardiros v. Agob'a davacı olmuştur. Mehmet Ağa iddiasını şahitlerle ispat edince, mahkeme bu hayvanların kendisine verilmesine hükmetmiştir.<sup>13</sup>

#### **c) Şahitlerle ispat edilemeyen gasp davasında gâsıba yemin teklifi**

Mahkemede şahitlerle ispat edilen gasp davasının durumu, yukarıda görüldüğü şekildedir. Ancak gasp iddiası mahkemede delil ile kanıtlanamaz ise, bu durumda yargılamada bir ispat vasıtası olarak kullanılan yemine başvurulur. Örneğin *Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil* kaydında görüldüğü üzere, İstanbul'da Tahtaminâre mahallesi sâkinlerinden Mustafa Çavuş b. Abdullah adlı kişi damâdı Ahmet b. Mehmet'i eşyalarını gasp ettiği için dava etmiş ve alınan bu eşyaların kendisine iâde edilmesini talep etmiştir. Damâdı Ahmet Çelebi, bu eşyaları aldığını ve ellerinde

---

<sup>12</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 21 Numaralı Sicil, haz. Rasim Erol-Hüseyin Kılıç, İsam Yayınları, İstanbul 2011, C. XII, s. 84.

<sup>13</sup> Üsküdar Şerhiyye Sicilleri, no.403 vr.13<sup>a</sup>.

bulunduğunu, ancak zorla alındığı iddia edilen söz konusu malları kayınpederi Mustafa Çavuş'un hibe ve teslim etmesiyle kabz ettiğini ifade edince kayınpederi bunu inkâr etmiştir. Davacı olan kayınpederin inkârı sebebiyle davalı olan Ahmet Çelebi'den davasına uygun delil talep edilmiş, ancak kendisi bir delil sunamadığı için Mustafa Çavuş'a yemin teklif edilmiştir. Mustafa Çavuş da, söz konusu malları hibe ve teslim etmediğine dair yemin edince, gasbedilen mallarından kıyemî olanların mevcutsa aynısının; mevcut değilse kıyemî olanların kıymetinin, misli olanlarında da mislinin kendisine iâde edilmesine hükmedilmiştir.<sup>14</sup>

**d) Gasbedilen malın ikinci kez gasba uğraması ve mal sahibinin şahitlerle davasını kanıtlaması**

Gasbedilen malın ikinci kez gasbedilerek el değiştirmesi durumunda ise, mal sahibi mahkemede bunu kanıtlayabilirse, malının kendisine iâdesini veya tazminini sağlayabilir. Nitekim *Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil* kaydında anlatıldığına göre, Midilli Adası sakinlerinden kaptan Manol v. Apostol adlı zimmî, İzmir iskelesinde gemisine 10.000 adet kösele ve 21.000 adet tabaklanmış deri yükleyerek ticaret için Avrupa'ya doğru giderken Trablus yakınlarında Memi kapudan adlı kişi tarafından gemisi gasp edilmiş, sonrasında da Trablus-ı Mağrib iskelesine getirilen bu gemideki malları Mağrip paşası Süleyman Paşa gasp ederek almıştır. Manol adlı zimmî mahkemede bunları anlatarak durumun Süleyman Paşa'ya sorulmasını ve aldığı malların mevcut ise aynısını, helâk olduysa da kıymetlerini talep etmektedir. Süleyman Paşa kendisine isnat edilen bu haksız fiili inkâr edince, davacı Manol'dan söylediklerinin doğruluğuna dair davasını ispat eden bir delil istenmiş; buna karşılık Manol da, Hızır Bey b. Murat ile Hızır b. Abdullah adlı kişilerin tanıklığı ile davasını ispat etmiştir. Bunun üzerine mahkeme gereğiyle amel edilmesine dair hüküm vererek ilgili davayı karara bağlamıştır.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> *İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, haz. Rifat Günalan, İsam Yayınları, İstanbul 2011 C. XVII, s. 730.

<sup>15</sup> *İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil*, haz. Fuat Recep-Sabri Atay, İsam Yayınları, İstanbul 2011, C. XIV, s. 220.



**e) Gasbedilen malın ölen gâsıbın terekesinden alınması**

Gâsıbın ölmesi durumunda, alınan malların onun terekesinden alınacağını gösteren bir sicil kaydı da şöyledir. *Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil* kaydında anlatıldığına göre, Şam beylerbeyliğinden Yusuf Paşa, Hisar Ağası Ömer Ağa b. Haydar'ın bir takım mallarını gasp etmiş, sonrasında Yusuf Paşa öldürülünce varisi olmadığı için geride bıraktığı mallar (*muhallefât*) da beytülmale intikal etmiştir. Ancak Ömer Ağa'nın zevcesi Fâtıma bt. Ali Ağa, Yusuf Paşa'nın hayatta iken kocasının 2000 adet esed-î kuruşunu gasp ettiğini ve çiftliğini basarak çeşitli mallarını (100.000 akçe değerinde buğday, hayvan ve elbiseler) zorla aldığını ifade ederek kocasından alınan bu malların kendisine iâde edilmesini talep etmektedir. Yusuf Paşa'nın geride bıraktığı mallarının davasına vekil olan şikk-ı sâni defterdârı Maksut Bey, söz konusu iddiayı inkâr edince, davacıdan davasına uygun bir delil talep edilmiştir. Bunun üzerine Ömer Ağa'nın zevcesi ve vekili olan davacı Fâtıma Hanım, Mehmet b. Nurullah ve Mehmet Beşe b. Ahmet adlı kişilerin şahitliği ile bu iddiasını ispat etmiş ve sonunda mahkeme gereğiyle amel edilmesine ve malların kendisine verilmesine hüküm vermiştir.<sup>16</sup>

**f) Gâsıp ile mal sahibinin muayyen bir bedel karşılığında sulh olmaları**

Son olarak gasp ilgili taraflar arasındaki sulh sebebiyle mal sahibinin davasından vazgeçtiğini gösteren sicil örneğini ele alalım. *İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil* kaydında ifade edildiğine göre, Hasan Ağa b. Abdullah, Hemmad bt. Agop adlı Ermeni vatandaşın evini basarak bazı eşyalarını gasp etmiştir. Mal sahibi, mevcut ise bunların aynısını, tüketildiyse gasp edildiği günkü değerini talep etmesine rağmen Hasan Ağa bir önceki mahkemede söz konusu iddiayı inkâr etmiş, bunun üzerine de taraflar arasında ciddi bir anlaşmazlık ve münazaa vukû bulmuştur. Sonrasında Hemmad bt. Agop ile Hasan Ağa, arabuluculuk yapan kişilerin (*vesâtat-ı muslihîn*) vasıtasıyla 1200 akçe üzerine sulh etmişler. Hemmad, sulh bedelinin tamamını alınca, bundan sonra Hasan Ağa'nın zimmetini ibrâ ve iskat eylediğini ifade ederek davasından

---

<sup>16</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, C. XIV, s. 67.

vazgeçmiştir.<sup>17</sup> Meydana gelen bu haksız fiilde davacı Hemmad, iddiasını ispatta aciz kaldığı için davalı olan Hasan Ağa ile anlaşma yolunu tercih etmiştir.

## B. Gasbedilen Malın Menfaati

Daha öncede ifade edildiği üzere, Hanefiler menfaatleri mal olarak kabul etmedikleri için gasbedilen menkul ve gayrimenkul malların kullanma bedellerinin tazmine konu edilmemesi, mezhepte yerleşik bir kuraldır. Ancak müteahhir Hanefî âlimleri mezhepteki bu yerleşik kurala zamanla bazı istisnalar getirerek vakıf malı, yetim malı ve kiraya verilmek üzere hazırlanmış (*mu'addin li'l-istiğlal*) malların menfaatlerinin (kullanım bedelleri) tazmin edileceği görüşünü benimsemişlerdir.<sup>18</sup>

Osmanlı hukukunda da müteahhir Hanefî âlimlerinin bu görüşü tercih edilmiş ve uygulanmıştır. Nitekim *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, *Behcetü'l-fetâvâ* ve *Netîcetü'l-fetâvâ* gibi Osmanlı'da muteber kabul edilen fetvâ mecmuâlarında menfaatlerin tazminiyle ilgili yer alan fetvâlar açıkça bunu ortaya koymaktadır.<sup>19</sup> Şimdi istisna edilen bu üç alanla ilgili söz konusu fetvâ mecmuâlarında yer alan fetvâ örneklerinden hareketle hukuktaki sürekliliği göstermeye çalışalım.

### 1. Vakıf malıyla ilgili olan fetvâlar

a. Zeyd bir vakıf arsayı, bir müddet tegallüben zabt ve zîraat eylese, mütevellî arsanın müddet-i mezbûrede ecr-i misliyle noksân-ı arzdan ezyedini Zeyd'den almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>20</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

b. Zeyd bir vakıf menzili tegallüben zabt ve dâini Amr'a deyni mukabelesinde rehin ve teslim edip Amr dahi bir müddet sâkin olsa, mütevellisi menzili vakıf için zabtettikde

<sup>17</sup> İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, haz. Rasim Erol vd., İsam Yayınları, İstanbul 2011, C. XVI, s. 116.

<sup>18</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâdîhân, *Fetâvâ Kâdîhân*, C. II, s. 296, 208; C. III, s. 221; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâî*, C. VII, s. 145; Mergînânî, *el-Hidâye*, C. IV, s. 304-305; Burhânüşşerîa el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C. VII, s. 435; Aynî, *el-Binâye*, C. XI, s. 251; İmâdüddîn el-Mergînânî, *Fusûlu'l-ihkâm*, vr. 352<sup>b</sup>; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C. II, s. 128; Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 78<sup>b</sup>; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, C.V, s. 234; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 243; Damâd, *Mecmaü'l-enhur*, C.IV, s. 94. Bu konuyla ilgili yapılan şu doktora tezine de ayrıca bkz. Araz, Yunus, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2016.

<sup>19</sup> Çatalcalı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 569-575; Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, s. 461-464; Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 472-475; Dürrîzâde Mehmed Ârif Efendi, *Netîcetü'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal nr. 354, s. 468, 471, 475, 488.

<sup>20</sup> Çatalcalı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 572-573.

müddet-i mezbûrede süknâsı için menzilin ecr-i mislini Amr'dan almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>21</sup> (*Fetâvâ-yı Feyziyye*)

c. Tevliyet ve süknâsı vâkıfın evladına meşrûta vakıf menzili vâkıfın anası Hind tegallüben zabt ve Zeyd'e bey' ve teslim eylese hâlen evladdan Amr; menzil-i mezbûru Zeyd'den alıp şart-ı vâkıf üzere süknâyâ kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur. Bu surette menzil-i mezbûrda birkaç sene sâkin olmuş olsa, Amr menzili aldıkda ol senelerde süknâsı için Amr'dan ecr-i misil almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>22</sup> (*Behcetü'l-fetâvâ*)

d. Zeyd bir vakıf menzilde bir müddet tegallüben sâkin olsa müteveli menzili aldıkda müddet-i mezbûrede süknâsı için Zeyd'den menzilin ecr-i mislini almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>23</sup> (*Netîcetü'l-fetâvâ*)

## 2. Yetim mahıyla ilgili olan fetvâlar

a. Zeyd, Amr ve Bekir-i sağîrlerin bir çift öküzlerini gasben ahz ve bir müddet istî'mal eylese, sağîrlerin vâsileri Beşir öküzlerin müddet-i mezbûrede ecr-i misillerini Zeyd'den almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>24</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

b. Hind Zeyd-i sağîrin mülk menziline bir müddet tegallüben sâkine olsa, sağîrin vasîsi Amr menzili Hind'den aldıkda müddet-i mezbûrede süknâsı için Hind'den ecr-i misil almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>25</sup> (*Fetâvâ-yı Feyziyye*)

c. Hind, zevci Zeyd-i müteveffadan olup beş altı yaşında olan sagîre Zeyneb'i bi-hakkıl-hidâne imsâk üzere iken nefsinin Amr'a tevzic ettikde Amr'a "*Beni âhar menzile nakleyle*" der iken Amr Hind'i âhar yere nakletmeyip Zeyneb'in menziline bir müddet ücret kavlınsız Zeyneb ve Hind ile sâkin olsa vasîsi menzil-i merkûmun müddet-i mezbûrede ecr-i mislini Amr'dan talep ettikde Amr mücerred "*Sagîre ile mean sâkin oldum*" deyu vermemeğe kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>26</sup> (*Behcetü'l-fetâvâ*)

d. Zeyd Amr-ı sağîri bir müddet velisi izninsiz istihdam eylese, Amr bâliğ oldukda siğârında hizmetinin ecr-i mislini Zeyd'den almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>27</sup> (*Netîcetü'l-fetâvâ*)

## 3. Mu'addün li'l-istiğlâl ile ilgili olan fetvâlar

a. Zeyd, Amr'ın mu'addün li'l-istiğlâl olan mülk menziline tegallüben zabt ve beş sene içinde sâkin olsa, Amr menzili aldıkda sinîn-i mezbûrede süknâsı için Zeyd'den ecr-i misil almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>28</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

<sup>21</sup> Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, s. 461.

<sup>22</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 474.

<sup>23</sup> Dürrîzâde, *Netîcetü'l-fetâvâ*, s. 488.

<sup>24</sup> Çatalcalı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 573.

<sup>25</sup> Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, s. 463.

<sup>26</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 474.

<sup>27</sup> Dürrîzâde, *Netîcetü'l-fetâvâ*, s. 475.

<sup>28</sup> Çatalcalı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 572.

b. Zeyd Amr'ın mu'addün li'l-istiğlal olan mülk menziline ücret kavlınsız bir müddet sâkin olduktan sonra Zeyd fevt olsa Amr menzilin müddet-i mezbûrede ecr-i mislini Zeyd'in veresinden talep ettikde verese mücerred “*Ücret kavlolunmadı*” deyu vermemeğe kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmazlar.<sup>29</sup> (*Fetâvâ-yı Feyziyye*)

c. Zeyd Hind'in mu'addün li'l-istiğlal olmayan menziline bir müddet Hind'in izinsiz sakin olsa, Hind Zeyd'den “menzil ücreti” nâmına nesne almağa kâdire olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>30</sup> (*Behcetü'l-fetâvâ*)

d. Zeyd mu'addün li'l-istiğlal olmayan mülk menziline Amr'a üç sene tamamına dek şu kadar akçeye icâr ve teslim edip üç sene tamamında ecr-i müsemâyı alıp tecdîd-i akd-i icâre olmadan Amr birkaç sene dahi menzilde sâkin olsa Zeyd tecdîd-i akd-i icâre olunmayan seneler için Amr'dan ücret namına nesne almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>31</sup> (*Netîcetü'l-fetâvâ*)

Yukarıdaki fetvâlarda açıkça görüldüğü üzere, Osmanlı hukukçuları menfaatlerin tazminiyle ilgili müteahhir Hanefî âlimlerinin görüşünü benimsemiş ve bu konudaki tavır aynen fetvâlara yansımıştır. Her ne kadar mezhepteki yerleşik bu kural, 20. yüzyılın başlarına kadar devam etse de, bazı Hanefî fakihleri buna muhalefet etmiştir. Örneğin 15. yüzyıl Hanefî fakihlerinden Kemâlüddîn İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457), gasbın yaygın olduğu yer ve zamanlarda menfaatlerin tazmin edilmesinin sadece bu üç alana mahsus olmamasını ve gasbedilen bir malın menfaatinin mutlak olarak tazmin edileceğine dair fetvâ vermenin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Aynı şekilde öğrencisi İbn-i Emîru Hâc (ö. 879/1474) da, -insanları gasptan alıkoymak ve zayıf insanların malını korumak için- “*menfaatlerin mutlak olarak tazmin edilmesi gerektiği*” şeklinde fetvâ vermenin herhangi bir sakıncası olmadığını belirtmektedir.<sup>32</sup> Buradan hareketle İbnü'l-Hümâm ve öğrencisinin bu konuda Şafîiler gibi düşündüğünü söylemek mümkündür.

Görüldüğü üzere her ne kadar Hanefîlerden İbnü'l-Hümâm ve öğrencisi İbn-i Emîru Hâc gasbedilen bütün malların menfaatlerinin mutlak olarak tazmin edilmesi

<sup>29</sup> Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, s. 462.

<sup>30</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 473.

<sup>31</sup> Dürrizâde, *Netîcetü'l-fetâvâ*, s. 468.

<sup>32</sup> İbn Emîru Hâc, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed, *et-Takrîr ve't-tahbîr alâ Tahrîr-i İbni'l-Hümâm*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1403/1983, C. II, s. 130; C. III, s. 204. Ayrıca bkz. Kahraman, Abdullah-Nizamettin, Karataş, “İbn Hümam'ın Mezhebine Muhalif Bir Görüşü: Menfaatlerin Tazmini Meselesi”, *Kocaeli İlahiyat Dergisi*, C. 1, sy. 2, s. 43-70.

gerektiğini ifade etseler de, Osmanlı devletinde müteahhir Hanefî âlimlerinin görüşü hâkim olmuş ve uygulanmıştır. Zikredilen bu üç yerin dışındaki malların menfaatlerinin tazminiyle ilgili bir dava örneğine rastlanılmaması da, mezhep içindeki hâkim olan görüşün esas alındığını teyit etmektedir. Asırlar boyu devam ettirilen bu anlayış, daha sonra Mecelle'nin 596. maddesinde şu şekilde kanunlaştırılmıştır:

Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimal etmiş olsa gasp kabilinden olarak menafiiini ödemek lâzım gelmez. Fakat mâl-ı vakıf ya mâl-ı sağır ise, her halde ve muaddün-lil-istiğlâl ise te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde damân-ı menfaat yani ecr-i misil lâzım olur. Meselâ, bir kimse âharın hanesinde akd-i icâre etmeksizin hodbehod bir müddet sakin olsa, ücret vermesi lâzım gelmez. Fakat ol hâne vakfın ya bir sağırın malı ise, gerek te'vil-i mülk ve akd bulunsun ve gerek bulunmasın her halde sâkin olduğu müddetin ecr-i mislini vermesi lâzım gelir. Kezâlik kirâ hâne olup da te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde yine ecr-i misil lâzım olur. Ve kezâ bir kimse sahibinin izni olmaksızın bir kirâ beygirini alıp da bir müddet kullansa ecr-i mislini vermesi lâzım gelir.<sup>33</sup>

Ali Haydar Efendi bu maddenin şerhinde; menfaatlerin tazmin edilmemesi gerektiği hususunda Hanefî imamların ittifak halinde olduklarını, fakat İmâm-ı Şafî'ye göre gasp edilerek kullanılan -vakıf malı, yetim malı veya kiraya verilmek üzere hazırlanmış bir mal olsun veya olmasın- bütün malların menfaatlerinin (*menâfi-i mâğsûb*) de gasbedilen bir mal (*a'yân-ı mâğsûb*) gibi tazmin edileceğini ifade ederek mezhepteki yerleşik görüşü ortaya koymaktadır.<sup>34</sup> Ancak Ali Haydar Efendi açıklamalarının ilerleyen bölümlerinde; aslında yetim malı ile vakıf malının menfaatlerinin de tazmin edilmeyeceğini, ancak müteahhir Hanefî âlimlerin istihsânen buna cevaz verdiğini, içinde bulunduğu zamanda menfaatlerin artık büyük değerlerinin olduğunu ve Şafî mezhebinin görüşüyle amel edilmesi hususunda asrın fukâhasının istişare ederek bu konuda bir karar almaları gerektiğini şu sözleriyle açıklamaktadır:

Şu delillere nazaran mâl-i vakıf ve mâl-i yetîmde dahî damân-ı menfaat lâzım gelmemek icap ederse de, müteahhirîn-i fukahâ nâsın emvâl-i evkâf ve eytâma olan tama'larını müşâhade etmeleriyle bunlarda menâfiin tazminini istihsânen

<sup>33</sup> Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, C. I, s. 949-955.

<sup>34</sup> İfadelerin orijinal hali şöyledir: "...Bunda, yani damân-ı menfaatin adem-i lüzumunda eimme-i Hanefiyye müttetikirler. Lâkin İmâm-ı Şafi'î rahimehullâhu teâlâya göre menâfi-i mâğsûb dahî a'yân-ı mâğsûbe gibi mazmûn olur. (Reddü'l-Muhtar fi'l-gasp) Yani, istimal olunan mal, gerek mu'addün li'l-istiğlâl, ya mâl-i vakıf, ya mâl-i yetîm olsun, gerek olmasın inde's-Şafîî menâfi-i mâğsûbun damânı lazım gelir." Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, C. I, s. 949.

tecviz etmişlerdir. 36. maddeye metnen ve şerhen bak. Müteahhirîn-i fukahâ, bunda müctehidînden eimme-i selâsemizin içtihatlarıyla amel etmeyip mezheb-i Şafi'yi kabul ettikleri anlaşılıyor. Bu zamanda menâfiin büyük değeri vardır. Mesalâ bir kimse, kendi nefsi için inşâ ettirmiş olduğu sayfiyyenin ecri misli senevîsi yetmiş altın bulunduğu halde, ol kimsenin gaybûbetinden bi'l-istifâde diğer kimesne oraya girip üç sene gasben sakın olsa, eimme-i Hanefiyye'ye göre ücret lâzım gelmez iken, inde's-Şafî lâzım gelir. Müteahhirîn-i fukahâ-i Hanefiyye, mâl-i vakıf ve mâl-i yetîm gibi bazı emvâlde damân-ı menfaate kâil olduklarına göre, bu zamanda bi'l-cümle emvâlin menâfiinde mezhebi Şafi'yi kabul edilmek ve ol vechile amel olunmak üzere irâde-i seniyye istihsâl kılınmak münâsip olup olmayacağı[nı] asrımızının fukahâsı müşâvere ederek bir karar ittihâz etmelidirler.<sup>35</sup>

Yukarıdaki pasajın son tarafında görüldüğü üzere, Ali Haydar Efendi, menfaatlerin tazmin edilmesi hususunda asrın fukahâsını istişâreye ve bu konuda bir karar almaya yönelik çağrıda bulunmaktadır. Ancak onun burada yumuşak bir tonda söylediği ifadelerin, 1801. madde şerhinde daha bir kesinlik kazandığı görülmektedir. Nitekim o, burada haksızlık ve teaddînin giderek arttığı bu zamanda menfaatlerin mutlak olarak tazmin edilmesi gerektiğini ve bu konuda Şafî mezhebinin görüşüyle amel edilmesi gerektiğinin âşikâr olduğunu ifade etmektedir.<sup>36</sup> Ali Haydar Efendi'nin bu konudaki çağrı ve temennisi kendi hayatında iken gerçekleşmiştir. Çünkü Mecelle komisyonu tarafından yapılan ilk tâdilde bu konu müzakereye alınarak menfaatlerin de tıpkı â'yân gibi mütekavvim bir mal gibi tazmin edileceği görüşü benimsenmiştir. Bu durum Ali Haydar Efendi'nin, Mecelle'ye ek olarak hazırladığı "*el-Mecmûa 'tü'l-Cedîde fi'l-Kütubi'l-Erba'a*" adlı eserinde şöyle ifade edilmiştir:

Menâfiû, a'yân gibi mütekavimdir. Binâen aleyh bir kimesne diğerin akar ya menkul malını istîmal ya ta'til etse, ücretini vermesi iktizâ eder. Kezâ bir kimesne bir tarîk ya ribât ve mescit gibi bir şeyin menfaatini tefvît, yani meselâ tariki işgâl

<sup>35</sup> Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, C. I, s. 950.

<sup>36</sup> Onun buradaki ifadelerinin aynen şöyledir: "*Kezâ müctehidün fi's-şer' İmam-ı Âzam ile müctehidün fi'l-mezheb bulunan İmam Ebû Yusuf ve Muhammed rahimehümlâhü tealâya göre menâfi'-i mağsûb asla mazmun olmadığı halde ehl-i tahrîc ve tercihten olan müteahhirîn-i fukahâ-i Hanefiyye, nâsın emvâl-i eytâm ve evkâfa olan teaddîlerini müşâhede eylediklerinden kat'an li'l-etmâ'i'l-faâside bunlarda lüzûm-ı damân ile iftâ eylemişlerdir. 39. ve 596. madde şerhlerine bakınız. Halbuki, bu iftâ ancak müctehidün fi's-şer' olan İmâm Şafî'î rahimehullâhü te'âlânın ictihâdı üzere olabilir. Vâkıa Mecelle'de kabûl olunan mezheb-i Hanefiyye'ye göre mu'addün-li'l-istiğlâl ve evkâf ve eytâm emvâlinin başkasında menâfi'i mazmûn değilse de bu zamanda haksızlık ve teaddî ziyâdeleşmiş olmakla karîben ale'l-ıtlâk menâfiin mazmûniyyeti hakkında mezheb-i Şafî'î ihtiyâr edileceği derkârdır*". Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, C. IV, s. 695-696.

eylese damân-ı menfaat lâzım gelir. Şerh: Bu madde mezheb-i Şafii üzere yazılmış ve kabul olunmuş idi.<sup>37</sup>

Görüldüğü üzere Hanefî mezhebinde menfaatlerin tazmin edilmeyeceği görüşü temel bir kural olmakla birlikte müteahhir Hanefî âlimleri genel kuraldan istisna ederek yukarıda zikredilen üç yerde menfaatlerin tazmin edileceği görüşünü benimsemiştir. Asırlar boyu Osmanlı hukukuna hâkim olan bu anlayış, Mecelle’de kural haline gelmiş; ancak daha sonra alınan bir kararla “*menfaatlerin de mal olarak kabul edilmesi ve bunların mutlak olarak tazmin edileceği*” görüşü tercih edilerek Hanefî fıkıh doktrininde -ilgili mevzuda- köklü bir değişim yaşanmıştır.

## II. OSMANLI UYGULAMASINDA İTLAF SORUMLULUĞU

### A. Doğrudan İtlaf

Doğrudan itlaf hallerinde failin tazminle sorumlu tutulması için *teaddî* şartının aranmadığını ve zarara yol açan fiilin sorumluluğu doğurmada tek başına yeterli olduğunu daha önce ifade etmiştik. Doğrudan itlaf halleriyle ilgili Osmanlı fetvâ mecmuâlarında yer alan aşağıdaki fetvâ örnekleri, mezhepteki teorinin buralara nasıl yansıdığını açıkça ortaya koymaktadır.

#### 1. Fetvâ Örnekleri

Osmanlı Şeyhülislamlarından Ebussuûd’un (ö. 982/1574) *Ma’rûzât*’ında yer alan bir fetvâda, fırtına çıktığı esnada yolcuların eşyasını denize atan kaptanın meydana gelen zarardan sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir. Ebussuûd’un padişaha sunarak kanunlaştırdığı bu fetvâ şöyledir:

Fırtına oldukda Reîs yolcunun metâ’nı deryâya bıraksa vakt-i ilkâda olan kıymeti dâmin lâzım olur.<sup>38</sup>

Yukardaki fetvâda kaptanın, bu eylemi fırtınanın çıkması sebebiyle yaptığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar durum böyle olsa da, söz konusu eylem kaptanın doğrudan gerçekleştirdiği bir itlaf hadisesi olduğu için burada onun herhangi bir kusurunun olup olmadığı gündeme getirilmemiştir. Çünkü doğrudan itlafta, sorumluluğu doğması için zarara yol açan fiilin varlığı yeterli görülmektedir.

<sup>37</sup> Ali Haydar, *el-Mecmûa’tü’l-cedîde fi’l-kütübi’l-erba’a*, Hukuk Matbaası, Dersaadet 1332, s. 138.

<sup>38</sup> Düzenli, Pehlül, *Ma’rûzât Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2013, s. 175.

Osmanlı Şeyhülislamlarından Çatalcalı Ali Efendi'nin fetvâlarının bir araya getirildiği *Fetâvâ-yı Ali Efendi*'de yer alan bir fetvâda ise, Zeyd vakfa ait bir korunun ağaçlarını dibinden kesip tüketmek suretiyle mala yönelik haksız bir fiil işlemiştir. Doğrudan itlafa örnek olan bu olayda, mütevellinin ağaçların kesilmeden önceki kıymetlerini Zeyd'e tazmin ettirebilecekleri ilgili fetvâda şöyle belirtilmiştir:

Zeyd, bir vakıf korunun eşcârını teğallüben diplerinden kat' ve istihlâk eylese mütevellî eşcâr-ı merkûmenin kâimen kıymetlerini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>39</sup>

Yukarıdaki fetvâda görüldüğü üzere meydana gelen bir itlaf hadisesinde oluşan zarar tazmin edilirken, söz konusu malın zarar görmeden önceki değeri neyse tazminat ona göre belirlenmektedir. *Fetâvâ-yı Ali Efendi*'de nakledilen başka bir fetvâda ise, Zeyd Amr'ın evini ve içindeki eşyalarını yakmıştır. Bu fetvâda Amr'ın binanın yanmadan önceki değeri ile yanan eşyalarını Zeyd'den tazmin edebileceği şu şekilde ifade edilmiştir:

Zeyd, Amr'ın mülk menziliyle menzil içinde eşyasını ihrak eylese, Amr binâ-i muhterikin mebnîyyen kıymeti ile eşyâ-i merkûmeyi Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>40</sup>

Daha önce ifade edildiği üzere, doğrudan (*mübâşeret*) meydana gelen bir itlaf hadisesinde önemli olan zararın kendisidir. Burada sorumluluğu doğması bakımından kişinin kusurlu olup olmadığının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin Yeni Şehirli Abdullah Efendi'nin fetvâlarının derlendiği *Behcetü'l-fetâvâ*'da yer alan bir örnekte, Zeyd bir bakkal dükkânında ayağı kayarak Amr'ın bal fıçısı üzerine düşmüş ve içindeki balı telef etmiştir. Bu olayda Zeyd'in herhangi bir kasıt ve kusuru olmasa da, oluşan zarar mübâşeretle meydana geldiği için onun bu zararı tazmin edeceği ilgili fetvâda şöyle ifade edilmiştir:

Zeyd Amr-ı bakkalın dükkânına vardıkda Zeyd'in ayağı kayıp Amr'ın bal fıçısı üzerine düşmekle fıçı devrilip içinde olan balı zâyî olsa Zeyd'e damân lazım olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 589.

<sup>40</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 602. Ayrıca bkz. Dürrîzâde, *Nefticetü'l-fetâvâ*, s. 511

<sup>41</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 515.



Son olarak, doğrudan itlafla ilgili *Neftcetü'l-fetâvâ*'da yer alan bir fetvâ örneğinde, Zeyd Amr'a ait olan bir hayvanın kuyruğunu dibinden kesmiştir. Zeyd burada başkasına ait bir hayvana zarar verdiği için Amr'ın meydana gelen bu değer kaybını Zeyd'den tazmin edeceği belirtilmiştir.<sup>42</sup>

Yukarıdaki fetvâ örneklerinin tümünde de görüldüğü üzere, doğrudan itlaf hallerinde meydana gelen zararlar, her hâlükârda tazmin sorumluluğunu doğurur. Bu tür hallerde meydana gelen zararların tazmin sorumluluğunu doğurması için failin kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Kişinin eylemi başkasına zarar veriyor ve araya başka bir fiil girmiyorsa, oluşan zararlar mutlaka tazmine konu olur.

## 2. Sicil Örnekleri

Meselenin fetvâlara yansıyan boyutu yukarıda görüldüğü şekildedir. Şimdi de doğrudan itlaf hallerinde meydana gelen zararlarla ilgili tespit edebildiğimiz bazı mahkeme kayıtlarından hareketle meselenin hukuk pratiğinde (*kazâ*) nasıl uygulandığına bakacağız.

### a) Çobanın başkasına ait bir tarlaya zarar vermesi

Doğrudan itlafla ilgili tespit edebildiğimiz ilk örnek olayda, bir çobanın başkasına ait bir bostana verdiği zarar konu edilmektedir. Sicil kaydında hayvanlardan bahsedilmediği için, bu olay çobanın doğrudan (*mübâşeret*) verdiği bir zarar olarak değerlendirilmiştir. *Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil* kaydında yer alan bu davada, Bulgurlu karyesinin sığır çobanı, Kadıköy sakinlerinden zimmî Azoniko adlı kişinin bostanına bir miktar zarar vermiştir. Sonrasında yargıya intikal eden bu davada bilirkişi (*ehl-i hibre*) olan Burhan ve Âşık adlı kişiler tarafından zararın tespiti elli akçe olarak belirlenmiş ve sığır çobanının bu miktarı tazmin etmesine hükmedilmiştir.<sup>43</sup> Bu dava örneğinde çobanın bostana verdiği zarar, kendisinin doğrudan gerçekleştirdiği fiilden kaynaklandığı için meydana gelen zararın tazmini için herhangi bir şart

<sup>42</sup> Fetvânın orijinali şöyledir: “Zeyd Amr'ın öküzünün kuyruğunu dibinden kat' eylese Amr ökü-zünün noksân-ı kıymetini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Dürrîzâde, *Neftcetü'l-fetâvâ*, s. 583-584. Ayrıca bkz. Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, s. 535; Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 513.

<sup>43</sup> *İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil*, haz. Kenan Yıldız, İsam Yayınları, İstanbul 2010, C. IV, s. 167.

aranmamıştır. Söz konusu durum mahkemede tescillenince, bilirkişilerin belirlediği bedeli çobanın tazmin etmesine yönelik karar verilmiştir.

### **b) Doğrudan itlafta faillerin ikrarı**

Daha önceki pek çok dava örneklerinde de görüldüğü üzere, davacının zararını tazmin edebilmesi için iddia ettiği şeyi mahkemede ispat etmesi ya da davalının bunu ikrar etmesi gerekmektedir. *Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil* kaydında doğrudan itlafla ilgili yer alan mahkeme örneği açıkça bunu göstermektedir. Bu dava örneğinde anlatıldığına göre, Ermenilerden Vartad ve Akbıyık adlı kişiler ile diğer taş işçileri, Mamûre mahallesinde kazı yaparak başkalarına ait tarlalara zarar vermişler. Başkasının mülkünde izinsiz yapılan eylemler hukuka aykırı olduğu için de onların oluşan bu zararı tazmin etmeleri gerekmektedir. Mahalle sakinleri zararı tazmin ettirmek için olayı mahkemeye taşıyarak kazı yapan kişilere dava açmışlar. Zararlı olayın failleri olan bu kişiler, mahkemede meydana gelen zararı tazmin edeceklerine dair ikrarda bulunmuş ve olay bu şekilde kayıtlara girmiştir.<sup>44</sup>

### **c) Zararını tazmin ettirmeyen kişinin olayı *divân-ı hümâyûna* arz etmesi**

*Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil* kaydında yer alan bir dava örneğinde Mevlânâ Şeyh Mehmet b. Şeyh İbrahim'in Üsküdar'a bağlı İstavros köyü yakınlarında bulunan bağ ve bahçesine verilen zarar konu edilmektedir. İlgili kayıttan anlaşıldığına göre, bu kişi daha önce zararını tazmin ettirmek için kadıya başvurarak olayı sicile kaydettirmiş, ancak Mevlânâ Şeyh Mehmet uğradığı zararı tazmin ettirme hususunda sonuç alamayınca durumu *divân-ı hümâyûna* arz etmiştir. Onun ifadesine göre, İstavros köyündeki bir grup zimmî vatandaş kendisine ait bir tarlanın pek çok yerinde kendisinin izin ve bilgisi olmadan çukur kazarak taş çıkarmış ve bu esnada tarlasındaki bazı kiraz fidanlarını çıkartmak suretiyle bağ ve bahçesinin tamamına zarar verip teaddî eylemişler. Mevlânâ Şeyh Mehmet, zararını tazmin için kadıya başvurunca, sonrasında *nâibü 'ş-şer'* tarafından keşif yapılmış ve söz konusu olay yukarıda anlatıldığı şekilde kaydedilmiştir. Mevlânâ Şeyh Mehmet padişaha sunduğu arzuhâlinde olayın bu şekilde gerçekleştiğini anlattıktan sonra elinde sicil kaydının olduğunu belirterek davanın şer'-i şerîfe göre icrâ edilmesini talep etmiştir. Bunun

<sup>44</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, C. IX, s. 106.

üzerine padişah söz konusu arzuhale cevap olarak, Üsküdar kadısına ferman yazdırmıştır. Bu fermanda padişah, karar daha önce kesinleşmemiş ve üzerinden on beş yıl geçmediyse olayın faillerinin bulunarak mahkemeye getirilmesini, olayın iç yüzünün araştırılmasını (*teftiş ve tefahhus*), kişinin elindeki sicile bakılmasını, davanın arz edilen sicil kaydına muvafık olduğu tespit edilince gereğiyle amel edilmesini ve Mevlânâ Şeyh Mehmet'in zararının tazmin edilerek hakkının kendisine verilmesini emretmiştir.<sup>45</sup> Görüldüğü üzere burada bir grup zimmî vatandaşın doğrudan (*mübâşeret*) verdiği zararın tazmini ele alınmaktadır. Mevlânâ Şeyh Mehmet, zararını tazmin etmek için öncelikle kadıya başvurmuş, ancak hakkını alamayınca divân-ı hümayûna başvurmuş ve uğradığı zararın tazminini bu yolla sağlamıştır.

#### **d) Vakıf arazisine verilen zararın tazmini**

Son olarak doğrudan itlafla ilgili vakıf arazisine verilen zararın tazminiyle ilgili bir sicil kaydını ele alalım. *Eyüb Mahkemesi 82 Numaralı Sicil* kaydında yer alan bu dava örneğinde, Terkos kasabasına bağlı Podime köyü halkının Fatih vakfı ormanlarına verdiği zararlar konu edilmektedir. Podime halkından bir grup insan, köyün zâbiti ve vakfın mütevellisi olan Eyüp Ağa'nın izin ve icâzeti olmadan vakfa ait ormanlardaki ağaçları kesip kömür yapmak suretiyle zarar vermişler, kendisi daha önce uyarmasına rağmen bu kişilere engel olamamıştır. Hal böyle olunca, Eyüp Ağa mütevellinin bu tip olayları engelleme yetkisinin olduğuna ve kesilen ağaçların kesilmeden önceki (*kâimen*) kıymetlerini tazmin edebileceğine dair de Şeyhülislâm'dan fetvâ almıştır. Köyün zâbiti ve vakfın mütevellisi olan Eyüp Ağa vakfın zararını tazmin ettirmek için kadıya başvurarak söz konusu kişileri daha önce uyardığını ve ancak onlara mani olamayınca bu hususla ilgili Şeyhülislâm'dan fetvâ aldığını beyan etmiştir. Daha sonra mahkeme olayı yerinde soruşturarak hükme bağlaması için Mevlânâ Mustafa Efendi b. İsmail'i Podime köyüne yollamıştır. Soruşturma esnasında olayın failleri ağaçları izinsiz bir şekilde kesip kömür yaptıklarını kendi istekleriyle ikrar ve itiraf edince, fetvâda belirtildiği üzere bu

---

<sup>45</sup> *İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil*, haz. Rifat Günalan, İsam Yayınları, İstanbul 2010, C. X, s. 519.

kişilerin ağaçları kesmemeleri hususunda uyarılmasına ve söz konusu zararı tazmin etmelerine karar verilmiştir.<sup>46</sup>

Bu örnekte vakıf mütevellisinin Şeyhülislâm'dan aldığı fetvânın yargı/mahkeme sürecinde dikkate alınması, söz konusu fetvâ ile meydana gelen olayın uygun olması sebebiyledir. Çünkü mahkemeye ibraz edilen fetvâ, ancak kişinin davasına, yani maddi gerçeğe uygun olduğu zaman destekleyici bir unsur olarak kullanılabilir.

## **B. Dolaylı İtlaf**

Bilindiği üzere doğrudan itlaf hallerinin aksine, dolaylı itlaf (tesebbüb) hallerinde zarara yol açan fiil, tazmin sorumluluğunu doğurmada tek başına yeterli değildir. Bu tür itlaf hallerinde, failin tazminle sorumlu olması için *teaddî* şartının arandığını daha önce ifade etmiştik. Bu hatırlatmadan sonra, şimdi dolaylı itlaf hallerinde meydana gelen zararlarla ilgili kuralların Osmanlı fetvâ mecmuâlarına nasıl yansıdığını ve tespit edebildiğimiz bazı dava örneklerinden hareketle meselenin pratikte nasıl uygulandığını ele alacağız.

### **1. Geminin Yol Açtığı Zararlarda Sorumluluk**

Gemi sebebiyle meydana gelen zararlar, dolaylı itlaf kapsamında değerlendirildiği için konuyla ilgili yer alan fetvâların özünü oluşturan şey, kaptanın (reis) meydana gelen zararlarda kasıtlı veya ihmalkâr (teaddî) bir davranışının olup olmadığıdır. Eğer kaptanın zararda teaddîsi varsa sorumluluk doğar, aksi takdirde sorumluluk olmaz. Ebussuûd'un kanunlaştırılması için padişaha sunduğu şu fetvâ açıkça bunu göstermektedir.

Tûlî yelken ile gemi önüne birden gelip gark olsa, reis sefinesini **reddin âciz olacak [olursa]** nesne lâzım olmaz.<sup>47</sup>

Ebussuûd'un *Ma'rûzât*'ında yer alan bu fetvâda kaptanın herhangi bir kusuru olmadığı için kendisinin sorumlu olmadığı görülmektedir. Çünkü kaptan, burada elinden geleni yapmasına rağmen gemiyi döndürmekten aciz kalmış ve neticesinde bir çarpışma sonucu diğer gemi batmıştır. Meydana gelen bu hadisede kaptanın kusuru

<sup>46</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi 82 Numaralı Sicil, haz. Talip Mert, İsam Yayınları, İstanbul 2011, C. XXIX, s. 105.

<sup>47</sup> Düzenli, *Ma'rûzât* s. 185. Köşeli parantez içindeki ifade anlamı kolaylaştırması için tarafımızdan konulmuştur.

olmadığı için de, kendisine bir şeyin gerekmediği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere dolaylı yoldan meydana gelen bu tür itlaf hallerinde sorumluluğu belirleyen şey, zarara yol açan kişinin teaddî unsurunu taşıyan bir fiilinin olup olmadığıdır. Çatalcalı Ali Efendi'nin fetvâlarının bir araya getirildiği *Fetâvây-ı Ali Efendi* ile Yeni Şehirli Abdullah Efendi'nin fetvâlarının derlendiği *Behcetü'l-Fetâvâ* adlı eserdeki şu iki fetvâ bu durumu çok net bir şekilde ortaya koymaktadır:

Zeyd-i reisin sefinesi yelken ile yürürken rüzgâr müştred olup Zeyd **sarfa kâdir olmamakla** sefine Zeyd'in sun'unsuz Amr'ın dalyanına dokunup dalyan kırılrsa Zeyd'e damân lâzım olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>48</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

Zeyd-i reisin sefinesi yelken ile deryada yürürken rüzgâr mutedil olup Zeyd **sarfa kâdir iken sarf etmeyip** Amr'ın sefinesi üzerine **kasden** uğrayıp dokundukda andan nâşi Amr'ın sefinesi gark ve helâk olsa Amr sefinesini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>49</sup> (*Behcetü'l-fetâvâ*)

Yukarıdaki fetvâların ilkinde Zeyd'in sorumlu olmadığı, ikincisinde de sorumlu olduğu görülmektedir. İlk fetvâda Zeyd'in sorumlu olmaması, kendisinin zararda herhangi bir kusuru olmamasına, ikinci fetvâda ise, sorumluluğun doğması onun kasıtlı fiiline dayanmaktadır. Zira buradaki ikinci fetvâ örneğinde kişi imkânı olduğu halde gemiyi döndürmemek suretiyle ihmalkâr davrandığı için sorumlu tutulmuştur.

Dolaylı itlaf hallerinde meydana gelen zarar ile buna yol açan fiil arasında geçen sürenin sorumluluk açısından oldukça önemli olduğunu daha önce ifade etmiştik. Hatırlanacak olursa, zarar ile fiil arasına herhangi bir sürenin (fasıla) girmediği olaylarda mütesebbib meydana gelen zararı tazminle sorumlu iken; araya bir sürenin girdiği durumlarda buna sebep olan kişinin hukuka aykırı eyleminin ortadan kalkarak sorumluluğun olamayacağı ileri sürülmekteydi. *Fetâvâ-yı Ali Efendi* ile *Fetâvâ-yı Feyziyye*'de yer alan şu iki fetvâ örneği Osmanlı'da bu görüşle amel edildiğini göstermektedir:

Zeyd-i reis şedid rüzgârlı günde deryâda karaya karib yerde lenger bırakıp sefinesiyle dururken Amr, Zeyd'in izinsiz sefinenin lengerini kat' ettikde sefine

<sup>48</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 601. Ayrıca bkz. Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 524.

<sup>49</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 524.

Amr'ın kat'ından nâşi asla meks etmeyip **fil hal** karaya urub paralansa Amr'a damân lâzım olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>50</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

Zeyd-i reis bir limanda lenger bırakıp sefinesiyle dururken Amr Zeyd'in izninsiz sefinenin lengerini kat' ettikde Zeyd sefinesini rabttemeyip bir gün sefine limanda durduktan sonra sefine karaya düşüp paralansa Amr'a damân lazım olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>51</sup> (*Fetâvâ-yı Feyziyye*)

*Fetâvâ-yı Ali Efendi*'de yer alan fetvâda, Amr Zeyd'in iznini almadan ve ona haber vermeden geminin çapasını (lenger) keser ve buna bağlı olarak bağlantısı kaybolan gemi şiddetle esen rüzgârın etkisiyle karaya savrulup parçalanır. Bu olayda Amr'ın teaddîsi olduğu için tazminle sorumlu tutulmuştur. Ancak *Fetâvâ-yı Feyziyye*'deki benzer olan diğer fetvâda geminin çapasını kesen Amr'ın meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Her iki fetvâyâ dikkatlice bakıldığında, hükümdeki bu farklılığının zarar ile meydana gelen olay arasındaki geçen süreden kaynaklandığı rahatlıkla görülecektir.<sup>52</sup> Çünkü ilk fetvâdaki olay derhal (**fil hal**) gerçekleştiği için kesme fiili ile çarpma hadisesi arasında herhangi bir süre geçmemiş, diğer fetvâdaki olay geminin o şekilde bir gün durmasından sonra olduğu için araya süre girmiştir. Zikredilen bu son iki fetvâdaki hüküm, Ebû Yûsuf'un görüşünün tercih edildiğini göstermektedir. Zîra Ebû Yûsuf, zararlı eylemin meydana gelmesinde fiil ile zarar arasında bir müddet bekleme olmuşsa, sorumluluğun olmayacağı; buna karşın bir bekleme olmadıysa sorumluluğun olacağı görüşünü benimsemektedir. Ancak İmâm Muhammed'e göre, bu eylemleri yapan kişi mutlak olarak zararı tazminle sorumludur. Kanaatimizce tercihe şâyan olân İmâm Muhammed'in görüşüdür. Çünkü söz konusu olaylarda mütesebbibin herhangi bir etkisinin olmadığını söylemek zordur. Zîra zararın meydana gelmesinde mütesebbibin doğrudan bir etkisi olmasa da, kendisinin yaptığı haksız fiil buna yol açmıştır.

Denizde meydana gelen zararların tazminiyle ilgili örnek fetvâları gördükten sonra şimdi meselenin hukuk pratiğinde nasıl icrâ edildiğiyle ilgili sicil örneklerine geçebiliriz.

<sup>50</sup> Çatalcalı Ali Efendi, **Fetâvâ-yı Ali Efendi**, C. II, s. 602.

<sup>51</sup> Fezullah Efendi, **Fetâvâ-yı Feyziyye**, s. 478.

<sup>52</sup> Burada yer alan rivâyete göre, bir kişi rüzgârlı bir günde bağlı bir geminin ipini çözer, sonrasında gemi bulunduğu yerde çok az bir müddet durduktan sonra sürüklenerek batar. Bu olayda ipi kesen kişi sorumlu olmaz. Bkz. Fezullah Efendi, **Fetâvâ-yı Feyziyye**, s. 478; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-Fusûleyn**, C.II, s. 116.

### a) Zarara sebep olan kişiye yemin teklifi ve tazminat davasının düşmesi

Meydana gelen bir itlafın tazmin edilebilmesi için öncelikle davacının bunu mahkemede ispat etmesi ya da davalının bunu ikrar etmesi gerekmektedir. Ancak davacı iddiasını mahkeme önünde ispat edemez ya da davalı söz konusu iddiayı kabul etmezse bu durumda davalıya yemin teklif edilir. Davalı kendisine yöneltilen yemini yapınca, böyle bir olayın mevcut olmadığı sabit olur. Şayet davalı yeminden kaçınırsa, davacıya yemin teklif edilir ve davacı yemin ederse bu durumda söz konusu hadisenin vukû bulduğu kabul edilir.<sup>53</sup> *Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil* kaydında yer alan bir dava örneği açıkça bunu göstermektedir. Burada anlatıldığına göre İstanbul Samatya sakinlerinden Mehmet Bey, 20.0000 akçe değerindeki kayığı ile Büyükçekmece yakınlarında Bababurnu diye bilinen yere gelirken gece yarısı Dimitri'nin kayığı kendisinin kayığına çarpmış, bunun sonucunda da Mehmet Bey'in kayığı batmıştır. Mehmet Bey, Dimitri'yi uyardığını, onun bunu engellemeye imkân olduğu halde kasten kayığını çığnetip batırdığını ifade ederek Dimitri'den kayığın bedeli olan 20.000 akçenin tazmin edilmesini talep etmektedir. Ancak Dimitri, denizde giderken gecenin karanlığı sebebiyle herhangi bir kasıt olmadan Mehmet Bey'in kayığına çarptığını ve kayığın yüklü olması sebebiyle de battığını ifade ederek Mehmet Bey'in "*kendi sun'ı ile kasden çatdığı*" şeklindeki ifadesini reddetmiştir. Davalı olan Dimitri'nin inkârı üzerine davacı olan (*müddeî*) Mehmet Bey'den davasına uygun delil (*beyyine*) talep edilmiş, ancak Mehmet Bey buna uygun bir delil getiremediği için Dimitri'ye Mehmet Bey'in kayığına kendi fiil ve sun'uyla kasten çarpmadığına dair yemin teklif edilmiş, o da zimmî olması hasebiyle Hz. İsa'ya (a.s) indirilen İncil üzerine yemin ederek bunu yapmadığını beyan etmiştir. Telef olan kayığın sahibi Mehmet Bey, mahkemeye iddiasını ispatlayan bir delil sunamadığı ve davalı olan kişi de bunu yapmadığına dair yemin ettiği için söz konusu tazminat davası düşmüştür.<sup>54</sup> Bu dava örneğinde meydana gelen zarar, dolaylı yoldan (*tesbebbüben*) kaynaklanmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, dolaylı itlaf hallerinde kişinin fiili ancak teaddî unsurunu taşıdığında tazmin sorumluluğunu doğurur. Eğer Dimitri, Mehmet Bey'in kayığına kasten

<sup>53</sup> Boynukalın, Ertuğrul, "Yemin", *DİA*, c. 43, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, s. 419.

<sup>54</sup> *İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil*, C. XIV, s. 184.

çarpsaydı veya Mehmet Bey mahkemeye onun kasten çarptığını kanıtlayan bir delil sunabilmiş olsaydı, bu durumda Dimitri'nin meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekirdi. Ancak söz konusu olayda Dimitri'nin teaddî unsurunu taşıyan bir fiili tespit edilemediği için kendisi aleyhine tazminle hükmedilmemiştir.

Aynı şekilde *Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil*'de bulunan başka bir dava örneğinde Süleyman Reis, gemisiyle İstanbul'a gelirken Ahırkapı denilen mevkide Balıkçı Mehmet'in balık tutmak için denize attığı 1500 akçe değerindeki ağının parçalanmasına sebep olmuştur. Balıkçı Mehmet Süleyman Reis'i uyardığı halde onun buna engel olmadığını, kasten gemisiyle üzerine gelerek ağın parçaladığını ve bunun kullanılamaz hale geldiğini ifade ederek Süleyman Reis'in teaddîsi sebebiyle telef olan ağın kıymetinin tazmin edilmesini talep etmektedir. Süleyman Reis, mahkemede kendisine yöneltilen bu iddiayı inkâr edince, davacı Balıkçı Mehmet'ten iddiasını ortaya koyan bir delil talep edilmiş; ancak bunu ortaya koyan delili getirmekten aciz olduğu için Süleyman Reis'e yemin teklif edilmiştir. Süleyman Reis de, o gece davacı olan Balıkçı Mehmet'in balık tutmak için denize attığı ağın üzerine gemisiyle kasten parçalamak için gelmediğine dair yemin etmiştir.<sup>55</sup> Bu dava örneğinde Balıkçı Mehmet'in ağı Süleyman Reis'in dolaylı fiiliyle telef olmuştur, ancak mahkemede onun teaddî unsurunu taşıyan bir fiilin tespit edilememesi ve bu eylemi kasten yapmadığına dair yemin etmesi sebebiyle açılan tazminat davası düşerek aleyhine hükmedilmemiştir.

#### **b) Fırtına sonucu meydana gelen zararlarda sorumluluk**

Daha önce ifade edildiği üzere, meydana gelen zarar ile buna yol açan fiil arasında uygun bir illiyet bağının (*sebe-sonuç ilişkisi*) kurulmasına mani olan bir sebep olmadığı sürece, tazmin sorumluluğu doğar ve bu hususta herhangi bir tartışma da yoktur. Ancak zarar, kaçınılması mümkün olmayan bir sebepten (yağmur, heyelan, deprem ve fırtına gibi) kaynaklanıyorsa, bu durumda fiil ile zarar arasında uygun bir sebep-sonuç ilişkisi kurulamadığı için tazmin sorumluluğu doğmamaktadır. Fırtına yüzünden batan geminin içindeki bazı malların telef olması sebebiyle kaptana açılan tazminat davasıyla ilgili mahkeme kaydı, bu bilgiyi teyit etmektedir. *Rumeli*

<sup>55</sup> *İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil*, haz. Fuat Recep-Salih Kahrıman, İsam Yayınları, İstanbul 2012, C. XL, s. 365



*Mahkemesi 21 Numaralı Sicil kaydında* yer alan bu dava örneğinde, Osmanlı Saray Mutfağına (*matbah-ı âmire*) Kefe'den yağ getirmekle görevli olan Derviş Çavuş b. Mehmet ve Hoca Ali adlı kişiler, mahkemede Mehmet Reis b. Bâli adlı kişi ile beraber Kefe'den 34 tulum yağı alıp saray mutfağına birlikte getirdiklerini, ancak yağın tamamının ulaşmadığını ifade ederek Mehmet Reis'den yağın geri kalanını talep etmektedirler. Mehmet Reis, 34 tulum yağı götürmek üzere bu kişilerden aldığını; ancak Sakarya yakınlarında çıkan fırtına sonucu gemisinin helâk olarak içindeki tulumların denize düştüğünü, düşen bu tulumlardan 30'unu çıkarıp yağları kabzetmekle memur olan Abdülkerim adlı kişiye teslim ettiğini, dördünün ise zayî olduğunu ifade etmiştir. Adı geçen Abdülkerim adlı kişi bunları Mehmet Reis'ten kabzettiğini ikrar edince, Derviş Çavuş ve Hoca Ali, Mehmet Reis'ten *teaddî* etmediğine dair yemin istemiş, bunun üzerine Mehmet Reis de *teaddî* etmediğine dair yemîn etmiştir.<sup>56</sup> Mahkeme huzurunda Mehmet Reis'in *teaddî* unsurunu taşıyan bir fiili tespit edilemediği için kendisi aleyhine tazminle hükmedilmemiştir. Çünkü meydana gelen zararın kaynağı dolaylı itlaftır. Dolaylı itlaf hallerindeki zararların tazmini ise, ancak kişinin *teaddî* unsurunu taşıyan fiili ile olur.

## **2. Ateş ve Suyun Sebep Olduğu Zararlarda Sorumluluk**

Daha önce de ifade edildiği üzere, kişinin kendi mülkünde gerçekleştirdiği eylemlerin yol açtığı zararların tazmini, Hanefî mezhebinde tartışmalıdır. Mütekaddim Hanefî âlimleri, insanların kendi mülklerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğini ve bu tasarrufları sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacaklarını düşünürken; müteahhir Hanefî âlimleri kişinin mülkünde başkasının zararına yol açan tasarruflarda bulunamayacağını, yaptıysa buna engel olunacağını ve ihmalkâr davranarak başkasının zararına yol açması durumunda sorumlu olacağı görüşünü benimsemektedirler. Uygulamada Hanefî mezhebinin *icrâ* edildiği Osmanlı hukukunda da müteahhir Hanefî âlimlerinin görüşü hâkim olmuştur. Nitekim Osmanlı Şeyhülislamlarından Ebüssuûd'un Kanûnî Sultan Süleyman'a arz ettiği fetvâları ihtiva eden *Ma'rûzât* adlı eseri ile Feyzullah Efendi'nin fetvâlarının bir araya getirildiği *Fetâvây-ı Feyziye* ve Yeni Şehirli Abdullah Efendi'nin fetvâlarının derlendiği

<sup>56</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 21 Numaralı Sicil, C. XII, s. 177, 179-180.

*Behcetü'l-Fetâvâ* adlı eserde yer alan şu fetvâlar, Osmanlı'da bu görüşün tercih edildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Onbeş yaşında Zeyd **rüzgârlı günde** Amr'ın menziline karîb ateş ile oynayıp rîh tahrikiyle ateş Amr'ın menziline düşüp muhrak olsa Zeyd dâmin olur.<sup>57</sup> (*Ma'rûzât*)

Zeyd **rüzgâr şedîd olup** ateş yaktığı takdirce civarında olan mahalle sirâyete âlim iken Amr'ın menzili kurbunda olan tarlasının otluğuna ateş urdukda Amr'ın menziline sirâyet edip Amr'ın menzili muhterik olsa Amr bina-i muhterikin mebniyyen kıymetini Zeyd e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>58</sup> (*Fetâvâ-yı Feyziyye*)

Zeyd **rüzgârlı günde** bir karye ahalisinden Amr ve Bekir'in menzilleri kurbunda bir hâlî yerde **fevka'l-mu'tâd** ateş yakıp şiddet-i rîhden ateş mezbûrların menzillerine sirâyet edip menzilleri ve çıkaramadıkları eşyaları yansa, mezbûrlar muhterik olan menzillerinin mebniyyen kıymetlerini ve eşya-i muhterikalarının kıymetlerini Zeyd'e tazmine kâdir olurlar mı? el-Cevâb: Olurlar.<sup>59</sup> (*Behcetü'l-fetâvâ*)

Yukarıdaki fetvâlarda görüldüğü üzere, ilk önce Ebussuûd Müteahhir Hanefî âlimlerine ait olan bu görüşü padişaha sunarak kanunlaştırmış, sonraki fetvâ mecmuâlarında da aynı görüş takip edilmiştir. Ateş sebebiyle meydana gelen zararların ele alındığı yukarıdaki fetvâların ilk ikisinde Zeyd'in ateşi rüzgârlı bir günde yakması, diğerinde de rüzgârlı bir günde olmasının yanı sıra yaktığı ateşin normalden fazla olması sebebiyle sorumlu olduğu görülmektedir. Bu örneklerde Zeyd, rüzgârlı bir günde ve normalin üzerinde bir ateş yakarak ihmalkâr davranmış, bu yüzden de sorumluluğuna hükmedilmiştir. Ancak buradaki fetvâlarda eylemin nerede gerçekleştirildiğinden çok bu eylemlerde kişinin kusur ya da ihmalinin biraz daha öne çıkarıldığı dikkatleri çekmektedir. Şöyle ki, daha önce bu mesele özel mülkiyette gerçekleştirilen meşru bir hakkın (ateş yakma, sulama vb.) kullanımını sırasında meydana gelen zararların tazmin edilip edilmeyeceğiyle ilişkili olarak tartışılırken; yukarıdaki fetvâlarda artık bunun nerede gerçekleştirildiğinin önemli olmadığı anlaşılmaktadır. Zira, bu fetvâlarda ateşin özel mülkiyette veya başka bir yerde yakıldığına dair herhangi ifade bulunmamaktadır. Fetvâlardaki bu durum, dolaylı itlaf

<sup>57</sup> Düzenli, *Ma'rûzât* s. 175.

<sup>58</sup> Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal, nr. 347, s.482.

<sup>59</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 528.

hallerinde önemli olan şeyin teaddî olduğunu ve tazmin sorumluluğunun altında yatan asıl sebebin bu olduğunu açıkça göstermektedir.

Ateşin yanı sıra, sulama sebebiyle meydana gelen zarlarla ilgili fetvâlarda da aynı durum söz konusudur. Nitekim Ebussuûd'un padişaha sunarak kanunlaştırdığı bir fetvâda, fazla miktarda suyu bahçeye salarak caddeye ait bir ekinin ifsadına yol açan kişinin sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Aynı şekilde *Behcetü'l-Fetâvâ*'daki bir fetvâ örneğinde de, bahçesini sularken suyu normalden fazla akıtan kişinin meydana gelen eksiklikleri tazmin edeceği söylenmiştir. Söz edilen bu iki fetvâ şöyledir:

Bostana suyu **miktarından ziyâde** salıp caddenin zer'ini ifsat eylese dâmin olur.<sup>60</sup> (*Ma'rûzât*)

Zeyd mülk bağına sakyeder oldukda suyun mecrasına **mu'taddan ziyade** su salıverip taşmakla alt yanında menzili olan Amr'ın menziline kerpiç duvarını delip menziline teaddî ve cereyân etmekle Amr'ın menzili içinde olan buğdayını islatıp kıymetine noksan terettüp eylese Amr ol buğdayın noksan-ı kıymetini tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>61</sup> (*Behcetü'l-fetâvâ*)

Görüldüğü üzere ateş ve suyla ilgili olan yukarıdaki fetvâların tamamında ilgili kişinin sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Çünkü bu örneklerin tamamında meydana gelen zararlar, Zeyd'in kusurlu ve ihmalkâr fiilinden kaynaklandığı için kendisi oluşan zararlardan sorumlu tutulmuştur. Zira, dolaylı itlaf hallerinde kişinin tazminle sorumlu olması, onun fiilinin teaddî unsurunu taşımasına bağlıdır. Bu örneklerdeki failin teaddîsi ise, onun ihmalkâr davranmasındandır.

Ancak kişinin söz konusu eylemlerinde teaddîsi yoksa veya teaddîsi olduğu halde mahkemede ispat edilemiyorsa, bu durumda tazmin sorumluluğu doğmamaktadır. *Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil* kaydında yer alan dava örneği açıkça bunu göstermektedir. Burada görüldüğü üzere, Yorgi b. Buryan adlı zimmî, Mustafa Yeniçeri b. Abdullah'ın yaktığı ateş sebebiyle meydana gelen zararı tazmin ettirmek için mahkemeye başvurmuş ve daha sonra Yorgi mahkemede Mustafa'nın yaktığı ateş sebebiyle kendisinin tarlasındaki bağının ve bazı meyve ağaçlarının zarar gördüğünü beyan etmiştir. Bunun üzerine Mustafa, mahkemede Yorgi'ye cevap olarak öncelikle bu eylemi kasten yapmadığını, kendi mülkündeki gevenleri gidermek

<sup>60</sup> Düzenli, *Ma'rûzât* s. 185.

<sup>61</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 529.

için ateş yaktığını, bu esnada aniden çıkan rüzgâr sebebiyle yanan otların söz konusu bağa sirâyet ederek zarara yol açtığını, bunu engellemek için gayret etmesine rağmen duruma mani olamadığını ve bu hususta kendisinin herhangi bir kusurunun (taksirat) olmadığını beyan etmiştir. Yorgi, mahkemeye davasını ispatlayan bir delil getiremediği için Mustafa'ya yemin teklif edilmiştir.<sup>62</sup> Davalı olan Mustafa, bunu kasten yapmadığına dair yemin edince de söz konusu tazminat davası düşmüştür. Bu dava örneğinde, Yorgi'nin tarlasındaki bağı ve bazı ağaçları Mehmet'in dolaylı fiiliyle zarar görmüştür; ancak mahkemede onun teaddî unsurunu taşıyan bir fiili tespit edilemediği için kendisi aleyhine tazminle hükmedilememiştir.

Gerek fetvâ örneklerinde gerekse bunun pratik uygulamasını gösteren yukarıdaki dava örneğinde görüldüğü üzere, Osmanlı hukukunda -kişinin kendi mülkünde gerçekleştirdiği eylemlerin yol açtığı zararların tazminiyle ilgili- müteahhir Hanefî âlimlerinin görüşü hâkim olmuş ve uygulanmıştır. Hanefî mezhebinin esas alınarak hazırlandığı Mecelle'de de, fetvâya esas olan bu ikinci görüş tercih edilmiştir.<sup>63</sup> Ali Haydar Efendi Mecelle'nin 1197. maddesinin şerhinde bu konudaki görüşleri şu şekilde ifade etmektedir:

Mecelle'nin "*meğerki zarar-ı fahiş ola... ilâ âhirihi*" fıkrasının izâhına ber-vech-i âti mübâderet olunur. Şöyle ki bir kimsenin kendi mülkünde, tasarrufunda iki hüküm vardır. **Birincisi:** Hüküm-i kıyasîdir ki, kıyasa göre hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz. Âhara gerek zarar-ı fâhişi olsun ve gerek zarar-ı gayr-i fâhişi olsun, gerek asla zararı olmasın. Zîra ol kimse kendi halis mülkünde mutasarrıftır. Rivâyet-i zâhire dahi ber-vech-i mezkûr olup Zahiruddîn, İbni Şihne ve İbni Hümam gibi bazı ulemâ bunu tercih eylemişlerdir ki, bu kavle göre 1200. maddedeki zarar-ı fâhişten dolayı mülk sâhibi mülkünde tasarruftan men olunamaz. **İkincisi:** Hüküm-i istihsânîdir ki, istihsâna göre bir kimsenin mülkünde tasarruftan âhara zarar-ı fâhişi olur ise men' olunup, amma zarar-ı fâhişi olmaz ise men' olunmaz. Gerek asla zararı olmasın ve gerek zarar-ı gayr-i fâhişi olsun. Bu kavil İmam Ebû Yûsuf'un kavlidir ki, Meşâyih-i Belh dahî bunu ihtiyâr eylemişlerdir. Şeyhülislâm Ebüssuûdü'l-İmâdî zamanından bu ana kadar Devlet-

<sup>62</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, haz. Rıfat Günalan vd., İsam Yayınları, İstanbul 2010, C. II, s. 171.

<sup>63</sup> Bunun için Mecelle'nin 1197 ile 1203 arasındaki maddelere bakılabilir. Buradaki maddelerde de görüldüğü üzere, kişinin kendi mülkündeki tasarrufu başkasının zararına yol açacak şekilde sonuçlanıyorsa, bu durumda söz konusu kişinin tasarrufundan men edileceği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürerü'l-hükkâm**, C. III, s. 464-476.

i Âliyye’de gelen meşâyih-i İslâmiyye İmam Ebû Yûsuf’un sâlifü’l-beyân mezhebi üzere iftâ ettikleri cihetle Mecelle’de dahî bu kavil ihtiyâr olunmuştur.<sup>64</sup>

Ali Haydar Efendi’nin bu ifadelerinde görüldüğü üzere, kişinin mülkündeki tasarrufuyla ilgili başlangıçta mutlak bir özgürlük anlayışı hâkim iken, daha sonra gelen Hanefî âlimleri istihsâna dayanarak bu yetkiyi başkasına zarar vermeme şartıyla sınırlandırmıştır. Ebû Yûsuf’a nispet edilen ve Belh meşâyihinin de tercih ettiği bu görüş zaman içerisinde ağır basmıştır. Osmanlı fakihlerinin de benimseyerek uyguladığı bu görüş, Mecelle’ye aynen yansımış ve böylece hukuktaki süreklilik devam etmiştir.

### 3. Hayvanların Verdiği Zararlarda Sorumluluk

Hayvanların yol açtığı zararlar, dolaylı itlaf kapsamında değerlendirildiği için meydana gelen zararların tazmin edilmesi, hayvan sahibinin teaddî (kasıt veya ihmâl) unsurunu taşıyan bir davranışına bağlıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere hayvan sahibinin zararda teaddîsi varsa sorumluluk doğar, aksi takdirde sorumluluk doğmaz.

Normal şartlarda hayvanların kendiliğinden yaptığı fiillerin yol açtığı zararlar tazmine konu edilmez ve bunlar heder olarak kabul edilir. Ancak meydana gelen zarar, hayvan sahibinin ya da onu elinde bulunduran kişinin haksız veya kusurlu fiiliyle gerçekleşirse, bu durumda oluşan zararlar tazmin sorumluluğunu doğurur. Aslında zararlı olayın asıl faili hayvandır, ancak hukuken sorumlu tutulmaları mümkün olmadığı için onların verdikleri zararlar, dolaylı (*tesebbüben*) itlaf olarak değerlendirilmiş ve hükümler ona göre düzenlenmiştir. Bu sebeple, zarara dolaylı yoldan etkisi bulunan hayvan sahiplerinin haksız ve kusurlu bir fiili olması durumunda kendileri mütesebbib olarak sorumlu tutulmuşlardır. Konuyla ilgili Osmanlı’daki muteber fetvâ mecmuâlarından *Fetâvâ-yı Ali Efendi*’de yer alan bazı fetvâ örnekleri şöyledir:

---

<sup>64</sup> Ali Haydar, **Dürerü’l-hükkâm**, C. III, s. 464. Buradan anlaşılacağı üzere kişiyi tasarrufundan men eden zararın fahiş derecede olması gerekmektedir. Aksi takdirde kişinin, mülkündeki tasarrufundan men edilmesi mümkün değildir. Çünkü fahiş derecede olmayan zararları gözeterek bu hükmün genişletilmesi insanın kendi mülkündeki faydalanma hakkına sıkıntıya sokar. Bu sebeple, bir kimsenin kendi mülkünde yaptığı bir binaya, komşusunun “*görüntümü engelliyor veya evime güneş ya da havanın girmesine mani oluyor*” şeklindeki gerekçeleriyle engel olunmaz. Zira aslî ihtiyaçtan olmayan bu gibi menfaatlere mâni olmak fahiş zarar olarak sayılmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, **Dürerü’l-hükkâm**, C. III, s. 464-465.

Zeyd ve Amr'ın **hayvanâtı**, mezbûrların **sun'larısız** Bekir'in tarlasına girip ekinini istihlâk eyleseler, Bekir: "*Mücerred hayvanlarınız istihlâk eyledi*" diye ekinini Zeyd ve Amr'a tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmaz.<sup>65</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

Zeyd, **hayvanlarını** sevk ve Amr'ın tarlasına **idhâl edip** ekinini yedirse, Amr ol ekini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>66</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

Yukarıda görüldüğü üzere bu meselede tazmin sorumluluğunu belirleyen şey, hayvan sahibinin teaddî unsurunu taşıyan bir fiilin olup olmadığıdır. Fetvâların ilkinde olduğu gibi, sahibinin kontrol ve gözetiminden çıkmış bir hayvanın kendiliğinden verdiği zararlar tazmine konu edilmemektedir.<sup>67</sup> Çünkü sahibinin burada kasıtlı ve ihmalkâr bir davranışı söz konusu değildir. Diğer fetvâda ise, kişi hayvanlarını kasıtlı olarak başkasının tarlasına sokarak zarara sebebiyet verdiği için sorumlu tutulmuştur.

Hayvanların verdiği zararlarla ilgili Osmanlı fetvâ mecmuâlarında ele alınan diğer önemli bir husus da, tehlikeli hayvanların yol açtığı zararların tazminidir. Hatırlanacak olursa, müteahhir Hanefî fakihleri bu meseleyi yıkılmaya yüz tutan duvar meselesine kıyas ederek tehlikeli ve saldırgan hayvanları elinde bulunduran kişilerin önceden ikaz edilmeleri şartıyla sorumlu olacağı görüşünü tercih etmişlerdir. Müteahhir Hanefî fakihlerinin benimsediği bu görüş, Osmanlı döneminde de aynen benimsenmiştir. Nitekim Ebussuûd Efendi, bununla ilgili verdiği bir fetvâsını padişaha sunarak kanunlaştırmıştır. Onun *Ma'rûzat*'ında yer alan bu fetvâ şu şekildedir:

Kelbi akûri mâlikine "*Zabt eyle*" deyüb ba'de't-tenbîh mâliki mütenebbih olmayub adama yapışub helâk etse diyet lâzımdır.<sup>68</sup>

Osmanlı Şeyhülislamlarından Çatalcalı Ali Efendi'nin fetvâlarının bir araya getirildiği *Fetâvây-ı Ali Efendi* ile Yeni Şehirli Abdullah Efendi'nin fetvâlarının

<sup>65</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 596.

<sup>66</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 596.

<sup>67</sup> İslam hukukunda hayvanların verdiği zararlar da "*kusur sorumluluğu*" anlayışı hâkim olduğu için onların kendiliğinden verdiği zararlar tazmin edilmez. Ancak Türk Borçlar Kânunu bu konuda kusursuz sorumluluk anlayışını benimsemiştir. Nitekim 67. maddesinde ifade edildiği üzere, bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Hayvan sâhibi, ancak bu zararın doğmasına engel olmak için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 631

<sup>68</sup> Düzenli, *Ma'rûzât* s. 185.

derlendiği *Behcetü'l-Fetâvâ* adlı eserdeki şu iki fetvâ da, Osmanlı'da bu görüşün tercih edildiğini ve bununla amel edildiğini açıkça göstermektedir:

Bir karye ahâlisinden Zeyd'in öküzü natûh olub zararı müteayyin oldukda ahâli Zeyd'e “*öküzünü zabt eyle*” diye **tenbih ve tekaddüm** ettiklerinden sonra Zeyd isgâ etmeyip salıvermekle öküz Amr'ın dâbbesini süsüb ihlâk eylese Amr, dâbbesini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>69</sup> (*Fetâvâ-yı Ali Efendi*)

Zeyd'in kelb-i akûru olup Zeyd'e “*Kelbini zabteyle*” deyu **tenbih ve takdim** olunmadan Zeyd'in sun'unsuz Amr'ı ısırp ihlâk eylese verese Amr'ın diyeti namına Zeyd'den nesne almağa kâdir olurlar mı? el-Cevâb: Olmazlar.<sup>70</sup> (*Behcetü'l-fetâvâ*)

Bu bu son iki fetvâda görüldüğü üzere, tehlikeli hayvanların yol açtığı zararların tazmine konu edilmesi sahibinin önceden ikaz (*tekaddüm*) edilmesine bağlıdır. Sahibi önceden ikaz edilmediyse, meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz, aksi takdirde ihmalkâr davranmış olacağı için sorumluluk doğar.

Hayvanların verdiği zararla ilgili tazmin kurallarından ve bunların fetvâ boyutunu ele alan yukarıdaki örneklerden sonra şimdi de meselenin yargıda nasıl uygulandığını gösteren bazı sicil kayıtlarını ele alalım.

#### a) Kişinin kusurlu fiiliyle hayvanın hayvana verdiği zarar

Örneğin *Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil* kaydında yer alan davada görüldüğü üzere, İskender isimli çingene mahkemede Ahmet adlı kişinin öküzünün kendi atını yaraladığını söyleyerek Ahmet aleyhine tazminat talebinde bulunmuştur. Meydana gelen bu zarar, dolaylı bir itlaf olduğu için, failinin teaddî unsurunu taşıyan bir fiilin olması gerekmektedir. Mahkemede Veli b. İsmail ve Kasım b. Abdi adlı kişilerin şهادetiyle Ahmet'in teaddî ve taksir unsurunu taşıyan fiili kanıtlanınca, hayvan sahibi olan Ahmet Bey tazminle sorumlu tutulmuştur.<sup>71</sup>

#### b) Hayvanların başkasına ait tarlalara verdiği zararlar

*Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil* kaydında yer alan diğer bir dava örneğinde de, hayvanlar Cafer b. Abdullah'ın tarlasına girerek zarar vermişler, sonrasında da tarla

<sup>69</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, C. II, s. 677. Ayrıca bkz. Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 594.

<sup>70</sup> Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, s. 599.

<sup>71</sup> *İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, C. I, s. 112.

sahibi bu zararını tazmin etmek için sığırların çobanı olan Ahmet b. Abdullah'tan davacı olmuştur. Tarafların her ikisinin de hazır olarak bulunduğu mahkemede, sığır çobanı olan Ahmet, daha önce Nerdübanlı isimli köyün sığırlarını güderken Cafer'in bostanını hayvanlara yedirdiğini itiraf etmiş ve söz konusu zararın karşılığı olan iki yüz akçeyi Cafer'e vermeyi kabul etmiştir.<sup>72</sup> Sığır çobanı, dolaylı yoldan meydana gelen bu itlaf hadisesinde zarar veren davranışı kasten yaptığını ve bunu karşılayacağını mahkemede beyan edince, tarla sahibi olan Cafer'in iddiası kanıtlanmıştır.

#### 4. Jurnal (Siâyet) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlarda Sorumluluk

Dolaylı itlaf kapsamında değerlendirilen olaylardan bir diğeri de, haksız yere şikâyet ve ihbarda (siâyet/jurnal) bulunarak birinin malına el konulmasına sebep olmaktır. Daha önce de görüldüğü üzere bu konu tartışmalıdır. Mütekaddim Hanefî âlimlerine göre şikâyette bulunan kimse sorumlu olmaz. Çünkü bu olayda mala el koyan kişi, zararlı fiilin asıl faili (*mübâşir*); şikâyet eden de dolaylı failidir (*mütesebbib*). Mezhepteki yerleşik kurala göre de, meydana gelen bir zararda asıl fail ortada dururken, sorumluluk sebep olan kişiye izâfe edilmez. Ancak Müteahhir Hanefî fakihleri, siâye yoluyla haksızlıkların artması sebebiyle, ihbarın çok olduğu dönemlerde şikâyet etmek suretiyle başkalarının mallarının yağmalanmasına sebep olan kişilerin istihânen sorumlu olacağına dair fetvâ vermişlerdir. Çünkü meydana gelen zararın bu kişilerden tazmin edilmesine güç yetirilememesi sebebiyle muhbirlerin sorumlu tutularak zararın tazmini cihetine gidilmiştir. Osmanlı hukukunda da müteahhir Hanefî âlimlerinin bu görüşü tercih edilmiş ve uygulanmıştır. Nitekim Osmanlı fetvâ mecmuâlarında yer alan fetvâ örnekleri, mezhepteki bu görüşün benimsendiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Siâye konusu, daha ziyade Osmanlı'da *ehl-i örf* denilen ve çoğunluğu asker kökenli kişilere yapılan haksız şikâyetlerin yol açtığı zararlarda, sorumluluğun kime yükleneceği bağlamında gündeme getirilmiştir. Osmanlı fetvâ mecmuâlarında bu konunun hem cezâî hem de hukukî sorumluluk açısından ele alındığı dikkatleri

<sup>72</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil, C. IV, s. 292



çekmektedir. Öncelikle ilgili fetvâlarda haksız yere ihbarda bulunarak başkalarının mallarının yağmalanarak zarar görmesine sebep olan kişinin şiddetli bir şekilde ta'zir cezasına çarptırılacağı ifade edilir. Bu durum, Osmanlı Hanefî hukukunun böyle bir durumu suç olarak gördüğünün açıkça göstergesidir. Osmanlı Şeyhülislamlarından Minkârîzâde Yahyâ Efendi'nin (ö. 1088/1678) konuyla ilgili şu fetvâsı bu durumu ortaya koymaktadır:

Zeyd gammâz olup dâimen ehl-i örf yanına varup ehl-i karyesini, ehl-i örfte gamz ve ta'zir ettirmek âdeti olsa, Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevap: Ta'zir-i şedîd ile zecr ve men' olunur.<sup>73</sup>

Haksız yere yapılan şikâyetlerin yol açtığı zararların hukukî sorumluluğuna gelince, ilgili fetvâlarda ihbarda bulunarak başkalarının zararına yol açan kişinin sorumlu olacağı ifade edilir. Hatta Ebussuûd, zarara sebep olan bu kişilerin sorumlu olacağı hususundaki görüşünü padişaha sunarak kanunlaştırmış ve onun bu konudaki fetvâlarının üçü Ma'ruzât'ında yerini almıştır.<sup>74</sup> Ancak Ebussuûd'a nispet edilen başka bir fetvâda, muhbirlerin sorumlu olmayacağı, zarara uğrayan kişilerin bunları ehl-i örf denilen kişilerden tazmin edeceği belirtilmektedir.<sup>75</sup> Burada zikredilen görüş ile Ebussuûd'un Ma'ruzât'ında yer alan görüşler birbiriyle çelişiyor gibi görünse de, bu durum zararın asıl faillerden tazmin edilip edilememesiyle alakalıdır. Muhbirlerin sorumlu olduğuna dair Ebussuûd'un Ma'ruzât'ında yer alan fetvâlar, zararın ehl-i örften tazmin edilememesi durumuyla alakalı iken; muhbirlerin sorumlu olmadığını ifade eden diğer görüş ise, zararın ehl-i örften tazmin edilebildiği durumlar için geçerlidir. Yani, eğer kişinin oluşan zararı ehl-i örften almaya imkânı varsa, bu durumda asıl fail olan ehl-i örf sorumludur. Çünkü meydana gelen bir zararda sorumluluğun asıl faile (*mübâşir*) yüklenmesi mümkünse, dolaylı yoldan buna sebep

<sup>73</sup> Minkârîzâde Yahyâ Efendi, **Fetâvâ-yı Minkârîzâde**, Süleymaniye Ktp., Fatih Koleksiyonu, nr. 2386 vr. 48<sup>b</sup>.

<sup>74</sup> Ebussuûd'un Ma'ruzât'ında yer alan bu fetvâlar şöyledir:

- Zeyd-i esîrin malı çoktur ve yarar akçası vardır' diye, Amr kefereye haber verip Amr'ın haber gönderdiği şer'an sabit olacak keferenin mektubu ile ziyade bahâ takdir edip Zeyd'den alsalar hâlen Zeyd Amr'dan ol ziyade takdir olunan bahâyı almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: İmâm Muhammed kavli üzere Amr'dan alınmak meşrû ve makûldür.
- Ehl-i örfün önüne düşüp Zeyd'in evine götürüp bastırıp emvâlini ğâret ettiren dâmin olur.
- Zeyd'in kulunu "Amr malıma sirkat eyledi" diye ahz ve ehl-i örfte teslim edip kul ibâk eylese Amr dâmin olur. Ayrıntılı bilgi için bz. Düzenli, **Ma'ruzât**, s. 173-175.

<sup>75</sup> İskilibî, Veli b. Yusuf, **Mecmau'l-fetâvâ**, Süleymaniye Ktp., İsmihan Sultan, nr. 223, vr. 238<sup>a</sup>.

olan kişi (*mütesebbib*) sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla asıl fail olan ehl-i örf ortada dururken buna sebep olan muhbirlerin sorumlu tutulması, meydana gelen zararın ehl-i örfden tazmin edilememesi sebebiyledir. Nitekim Osmanlı Şeyhülislamlarından Feyzullah Efendi'nin *Fetâvâ-yı Feyziyye*'deki şu fetvâsı, bu durumu teyit eder niteliktedir:

Her gamz ile tağrîm adet-i müstemirresi olan ehl-i örf Zeyd Amr'ı bi-gayr-i hak gamzedip zulmen şu kadar akçesini aldırmağa sebep olsa Amr meblağ-i mezbûru alandan alamayınca Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.<sup>76</sup>

*Fetâvâ-yı Feyziyye*'de yer alan bu fetvâda, mala zarar veren kişilerin (*ehli örf*) haksız fiilleri sebebiyle meydana gelen zararlardan muhbirlerin sorumlu tutulduğu görölmektedir. Söz konusu fetvâda açıkça göröldüğu üzere, ehl-i örf yerine muhbirlerin sorumlu tutulmasının sebebi, olayın asıl faillerinden bunun tazmin edilememesidir. Mağdur olan kişiler alacaklarını bu kişilerden alamayınca da, buna sebep olan kişilerin söz konusu zararı tazmin edebilecekleri ifade edilmiştir. Çünkü meydana gelen zararın asıl failden tazmin edilemediği durumlarda buna sebep olan muhbirlerin de sorumlu olmadığını söylemek insanları mağdur eder. İşte bu yüzden jurnal sebebiyle meydana gelen zararlarda sorumluluğun asıl faile yüklenememesi durumunda jurnalleyen kimsenin sorumlu tutulması, kötölüğe götüren kapıların kapatılmasına yönelik bir tedbir olarak kabul edilebilir.

Bu fetvâ örneklerinden sonra, şimdi de meselenin yargıda nasıl uygulandığını gösteren bazı sicil kayıtlarını ele alalım. Osmanlı devletinde *ehl-i örf* denilen ve çoğunluğu asker kökenli kişilerin zaman zaman haksız bir şekilde insanların evlerine girip zorla mallarına el koydukları ve bunları yağmaladıkları bilinen bir gerçektir. Ehl-i örf tarafından halka karşı yapılan bu haksız fiillerin altında çoğunlukla jurnallemelerin olduğu ve söz konusu davaların ehl-i örfde değil de jurnalcilik yapan kişilere açıldığı müşahede edilmektedir. Örneğin *Kayseri şer'iyye Sicilleri 81 Numaralı Defter*'de yer alan sicil kaydında Mustafa Çelebi, Kayseri'nin Çokviran Köyü'nden Seyyid Ahmed Çelebi'yi mutasarrıfa jurnalleyerek onun 15 kuruş ile devesinin alınmasına sebep olmuştur. Olayın mağduru Ahmet Çelebi, parasının ve

<sup>76</sup> Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, s. 481-482.

devesinin elinden alınmasına sebep olduğu gerekçesiyle jurnalleyen kişiye davâ açmış ve müftüden aldığı fetvâyı da davâsını desteklemek için kadıya sunmuştur. Kadı, Ahmet Çelebi'in mahkemeye sunduğu “*Bi-gayr-ı hak Zeyd her gamz ile tağrîm itmek âdet-i müstemirresi olup ehl-i örfe gamz idüp ahz itdürdüb zulmen Amr'ın şu kadar akçesini aldırsa merkûm Zeyd sebep olacak Amr akçesini Zeyd'den talep itme ve tazmine kadir olur mu? el-Cevâb: Olur.*” şeklindeki bu fetvâyı esas alarak mağdurun zararını jurnalci Mustafa Çelebi'nin tazmin etmesine hükmetmiştir.<sup>77</sup> Bu olayda zararın asıl faili mutasarrıf olduğu halde, jurnalci Mustafa Çelebi mütesebbib olarak sorumlu tutulmuştur.

Yukarıdaki dava örneğinde kişinin mahkemeye ibraz ettiği fetvâ, davasına yani maddi gerçeğe uygun olduğu için destekleyici bir unsur olarak kullanılmıştır. Yani, bu kişi iddiasını mahkemede kanıtlayamaz olsaydı bu durumda fetvâsının herhangi bir belirleyiciliği olmazdı. Çünkü fetvâlar ilgili meselenin sadece dini hükmünü ortaya koyduğu için bunların, yani fetvâ ile davaya konu olan olayın ne derece örtüştüğünün, araştırılması ve ispat edilmesi gerekir. *Kayseri Şer'iyye Sicilleri 84 Numaralı Defter*'de yer alan şu dava örneği bu dediğimizi teyit etmektedir. Bu sicil kaydında, Erzurum'dan Kayseri'ye misafir olarak gelen Mehmet Beşe'nin jurnal sonucu mallarına el konulması yer almaktadır. Sözü edilen belgede anlatıldığına göre, Kara Hüseyin adlı kişi, Mehmet Beşe'yi Kayseri mütesellimi<sup>78</sup> Siyavuş Ağa'ya haksız yere jurnallemiş ve bunun sonucunda onun birçok kıymetli eşyasıyla paraları alınmıştır. Mehmet Beşe uğradığı bu zararı tazmin ettirmek için kendisini gammazlayan Kara Hüseyin'e dava açmıştır. Mehmet Beşe, söz konusu olayı mahkemede kanıtlamak için şahitlerini dinlettikten sonra müftüden aldığı “*Her gamz ile tağrîm âdet-i müstemirresi olan ehl-i örfe Zeyd Amr'ı gamz-ı hilâf-ı vâki' inhâ itmekle ehl-i örfün Amr'dan şu miktar gurusunu aldıkta Amr ehl-i örfden almağa kâdir olmayacak bâdir-i bâis olan yedinden almağa kâdir olur*” şeklindeki fetvâyı da ayrıca kadıya sunmuştur. Daha

<sup>77</sup> Kayseri Şer'iyye Sicilleri, 81 Numaralı Defter, s. 10 blg. 20'den naklen Aslan, “Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ s. 96.

<sup>78</sup> Osmanlı devletinde herhangi bir beylerbeyi ve sancakbeyinin görevi nedeniyle eyalet veya sancağında bulunmadığı sırada kendisine vekâlet etmek üzere yerine bıraktığı ya da gönderdiği kişilere denilmekte olup bunlara voyvoda da denilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaya, Yücel, “Mütesellim”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006, C. XXXII, s. 203-204

sonra kadı, mağdurun zararını jurnalci Kara Hüseyin'nin tazmin etmesine hükmetmiştir.<sup>79</sup> Bir önceki dava örneğinde olduğu gibi kişinin elindeki fetvâ, davasına uygun olduğu için dikkate alınmıştır.

### III. GENEL DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere, fetvâ ile kazâ (yargı) arasında yakın bir ilişki bulunsa da bunların işleyiş tarzları birbirinden farklıdır. Fetvâ, sadece bir meselenin şer'î hükmünü açıklamaktan ibaret olup bunun kazâî açıdan herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Fetvâların kazâî açıdan bağlayıcı olmadığı teorik olarak doğru olmakla birlikte, Osmanlı pratiğinde şeyhülislâm veya devletin resmi müftüsü tarafından verilen fetvâların bağlayıcı olduğu kabul edilir. Ancak söz konusu durum, fetvâ makamında bulunan kişilerin buldukları konumla alakalı olduğu için bu fetvâlar sıradan âlimlerin veya müderrislerin verdiği fetvâlardan ve “*fetvâların bağlayıcı olmaması*” şeklindeki genel kuraldan ayrı tutulmalıdır.

Kazâda da meselenin hükmü açıklanır, ancak kadı (hâkim) taraflar arasında bağlayıcı bir hüküm tesis eder. Dolayısıyla kazâ, fetvâdan farklı olarak bağlayıcı bir niteliğe sahiptir. Bu sebeple hiçbir hâkim, kararını salt fetvâ üzerine binâ edemez. Davaya konu olan mesele ile mahkemeye sunulan fetvânın ne derecede örtüştüğünün kadı huzurunda yemin, ikrar ve tanık gösterme (şahitlik) gibi bir takım ispat yollarıyla kanıtlanması gerekir. Daha önce verilen pek çok örnekte müşahede edildiği üzere, fetvâlar sadece haksız fiil sonucu meydana gelen zararlarda failin sorumlu olacağını söylerken; yargı (*kazâ*) taraflar arasında bağlayıcı bir hüküm inşa edeceği için söz konusu haksız fiilin delillerle (*beyyine*) ispatlanmasını talep eder. Davalı (*müddeâ aleyh*), şayet kendisine yöneltilen bu iddiayı inkâr ederse, kadı davacıdan (*müddeî*) iddiasını mahkeme önünde kanıtlayacak bir delil ister. Eğer davacı iki şahidin tanıklığıyla iddiasını ispatlayabilirse, hâkim davalının tazmin etmesine yönelik karar verir. Buna karşın davacı uygun delil getiremez ve hâkimin huzurunda bunu ispatlayamaz ise bu durumda davalıya yemin teklif edilir. Davalı böyle bir eylemde bulunmadığına dair yemin ederse, davacı mahkemeye iddiasını ispatlayan bir delil

---

<sup>79</sup> Kayseri Şer'iyye Sicilleri, 84 Numaralı Defter, s. 130, blg. 286'dan naklen Aslan, “Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ s. 97.

sunamadığı için söz konusu tazminat davası düşer. Özetle ifade edecek olursak, fetvâda bu kişinin sorumlu olacağı ifade edilirken; konu mahkemeye intikal ettiğinde sorumluluğa ilişkin hüküm/karar verilebilmesi için bunun ispatlanması gerekmektedir. Çünkü bir hadisenin tazmin edilmesi gerektiğini ifade eden fetvâdaki olay, yargı önünde kanıtlanamaz ise açılan tazminat davası düşer ve mağdur olan zararını tazmin ettiremez. Dolayısıyla fetvâ ile açıklanan hüküm ile yargı hükmü aynı olmayabilir.

Teorik olarak fetvâların bağlayıcı olmadığı doğru olmakla birlikte bunlar yargı sürecinde dikkate alınması gereken bir kaynaktır. Kişinin davasını kanıtlamada bir ispat vasıtası olarak mahkemeye ibraz ettiği fetvâlar, ancak davasına yani maddî gerçeğe uygun olması halinde destekleyici bir unsur olarak kullanılır. Bu durumda fetvâ ile kadının verdiği hüküm aynı olur. Buradan anlaşılacağı üzere yargı sürecinde fetvâların dikkate alınması, davaların muhtevasının fetvâların içeriğine uygun olması sebebiyledir. Yoksa kadı, sırf fetvâ getirdi diye, bunu getiren kişinin lehine karar vermek zorunda değildir. Sunulan fetvâ, meselenin sadece teorik çerçevesini ortaya koyduğu için bunun araştırılmaya ve ispata ihtiyacı vardır. Tabii burada kararı verecek olan yine kadıdır, yani fetvâda anlatılan durumun baktığı davaya uygun olup olmadığına ya da gerçeği yansıtmadığına kendisi karar verir. Yapısı gereği fetvâlar hukuken bağlayıcı olmasa da, bu onların gelişi güzel ve sebepsiz yere reddedilebileceği anlamına gelmez. Kadının fetvâyâ aykırı bir hüküm vermesi ya da onu reddetmesi için elinde kuvvetli delillerin ve hukukî gerekçelerin bulunması gerekir. Çünkü aksi durumlarda davacı bir üst mercî niteliğinde olan *divân-ı hümayûna* başvurduğunda kadı zor durumda kalabilir. Padişahın Üsküdar kadısına yazdığı fermanla ilgili ele aldığımız kayıttan bunu anlamak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, fetvâların kadıları hukuka uygun hareket etmeye zorladığını söylemek mümkündür. Bütün bunlardan sonra fetvâların, yargı (kazâ) sürecinde verilen bir hükmün hukuka uygunluk denetimini yaptığını, başka bir ifadeyle yargı kararlarını denetleme gibi çok önemli bir fonksiyonu olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Aynı doğrultudaki görüşler için bkz. Aslan, “Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ s. 99; Gedikli, Fethi, “Osmanlı Mahkemesinde Fetvâ Kullanımı ve Fetvâ-Kazâ İlişkisi”, **Osmanlı Hukukunda Fetvâ**, ed. Süleyman Kaya, Yunus Uğur, Mustafa Demiray, Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, s. 204-205, 209-210.

## SONUÇ

Gasp ve itlaf bağlamında Hanefi sorumluluk hukuku üzerine bir incelemenin yapıldığı bu çalışmada ulaştığımız kanaatleri maddeler halinde sunmak istiyoruz.

1- Öncelikle klasik fıkıh terminolojisindeki “*damânü’l-itlaf*” teriminin, Borçlar Hukukundaki akit dışı sorumluluğa değil, onun türlerinden biri olan haksız fiil sorumluluğuna tekabül ettiğini söylememiz gerekir. Çünkü haksız fiillerin yanı sıra sebepsiz zenginleşme de akit dışı meydana gelen bir sorumluluk türüdür.

2- Akit dışı sorumluluğun türlerinden biri olan haksız fiil sorumluluğunun (*damânü’l-itlaf*) oluşması için bulunması gereken unsurlar *fiil*, *zarar*, *illiyet bağı*, *hukuka aykırılık* ve *kusurdur*. Doğrudan itlaf hallerinde kusur şartı aranmaz iken dolaylı itlaf hallerinde bunlara ilâveten kusur unsurunun da bulunması şart koşulmaktadır.

3- Türkçe yazılan İslam hukuku çalışmalarında haksız fiil sorumluluğunun şartları, yukarıda belirtildiği şekilde olmakla birlikte bunların kullanımlarında bazı karışıklıkların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Bu çalışmaların bazılarında teaddî kelimesinin Türkçe’ye “*hukuka aykırılık*” olarak aktarıldığı ve buna tekabül edecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Ancak klasik fıkıh literatüründeki teaddî kavramının hukuk aykırılık kavramıyla aynı anlamda kullanılması problemlidir. Çünkü teaddî kavramı, kanaatimizce Borçlar hukukundaki hukuka aykırılığın yanı sıra kusur şartının iki çeşidi olan kasıt (*taammüd*) ve ihmali (*taksir*), başka bir ifadeyle Borçlar hukukundaki *hukuka aykırılık* ve *kusur* unsurlarının her ikisini de kapsamaktadır. Her ne kadar teaddî kavramı, klasik kaynaklardaki örneklerde taammüd ve taksir kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılsa da, bu onun her zaman aynı anda ikisini karşıladığı anlamına gelmemektedir. Çünkü dolaylı yoldan meydana gelen bir itlafteki teaddî, bazen kişinin taammüdünden bazen de ihmaliinden kaynaklanabilir. Bununla birlikte, doğrudan itlaf hallerinde kişinin taammüd ve ihmali bulunmayabilir de. Dolayısıyla teaddî kavramı, bazen *hukuka aykırılık* ve *kusur* anlamlarından her ikisini, bazen de sadece *hukuka aykırılığı* kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu durumda, klasik kaynaklarda taammüd ve taksir kavramlarının her ikisini de kapsayacak şekilde kullanılan teaddî kavramı, Türk Borçlar

Hukukundaki *hukuka aykırılık* ve *kusur* unsurunun her ikisini de içine alabilecek üst bir kavramdır. İşte bu sebeple, Türk Borçlar Hukukunda *fiil*, *zarar*, *illiyet bağı*, *hukuka aykırılık* ve *kusurdan* oluşan beşli taksimdeki son iki unsurun, İslam hukuku çalışmalarında teaddî başlığı içerisinde işlenerek ilgili şartların dört madde halinde ele alınması daha uygundur.

4- Hanefî mezhebinde mala yönelik haksız fiiller temelde iki çeşit olup bunlardan biri *gasp*, diğeri de *itlaftır*. Mezhebin kurucu imamlarının -başka bir ifadeyle Ebû Hanîfe ve ashabının- görüşleri etrafında şekillenen ve Hanefî hukukunun ilk dönemlerine ait olan metinlerde klasik formunu kazanan *gasp* konusu, vâkıât türü eserlerde meşâyihin fetvâ ve yorumlarıyla genişletilmiştir. Gaspla ilgili daha önce ele alınmayan ve cevabı bilinmeyen yeni konular, nevâzil/vâkıât türü olan bu eserlerde ilk defa gündeme getirilerek ortaya çıkan sorunlara cevaplar aranmış, fıkıh doktrininin erken dönemlerindeki mevcut konu başlıklarına yenileri ilâve edilmiş, önceden ele alınan bir meseleye doktrinin öngörmediği boyutlar eklenerek eksiklikler giderilmeye çalışılmış ve uygulamadan doğan bazı sorunlar çözüme kavuşturulmuştur. Bu eserlerde ele alınan yeni konular ile daha önce ele alınan bir konuyla ilgili mevcut olan fetvâlar, söz konusu eserlerde tekrar edilmek suretiyle belirli bir otorite elde etmiş ve nihayetinde bu görüşler mezhebin fûrû-ı fıkıh metinleri ile bu metinlere yazılan şerh ve hâşiye çalışmalarında yerini almıştır. Gasbedilen gayrimenkul mallara ait menfaatlerin tazmine konu olup olmaması bunun en bariz örneklerindedir.

5- Erken dönem Hanefî âlimleri, gasbedilen gayrimenkul malların menfaatlerinin tazmin edilmeyeceğini söylese de, müteahir Hanefî âlimleri vâkıât türü eserlerde bu konuyu gündeme getirerek mezhepteki yerleşik kurala bazı istisnalar getirmişlerdir. Vakıf malı, yetim malı ve kiraya verilmek üzere hazırlanmış (*mu'addün li'l-istiğlal*) mallar, bu kuralın istisnalarıdır. Gasbedilen gayrimenkullere ait menfaatlerin ancak bu üç yerde tazmin edileceğine ilişkin fetvâlar, başlangıçta vâkıât/fetâvâ türündeki kitaplarda gündeme getirilmiş, sonrasında vâkıât/fetâvâ türündeki pek çok eserde tekrarlanarak belirli bir otorite elde etmiş ve nihayetinde Hanefî meşâyihinin kabulüne mazhar olan bu görüş doktrini tamamlayan bir çerçevede metinlerde ve şerhlerde yerini almayı başarmıştır. Başka bir ifadeyle belirtmek

gerekirse, Hanefî mezhebinde “*gasbedilen gayrimenkullerin menfaati tazmin edilmez*” şeklindeki zâhirü’r-rivâye kural, meşâyihin fetvâ ve yorumuyla “*gasbedilen gayrimenkullerin menfaati tazmin edilmez; ancak gayrimenkul, bir vakfa veya yetime aitse ya da kiraya verilmek üzere hazırlanmış bir malsa, bu durumda onların menfaati tazmin edilir*” biçimine dönüşmüş ve ilgili kural esnetilerek doktrinin bir parçası haline gelmiştir.

6- İtlaf, zarara yol açan fiilin meydana gelişine göre ikiye ayrılmaktadır. Zarar, insanın doğrudan fiiliyle meydana geliyorsa *mübâşeret* (doğrudan itlaf); dolaylı etkisiyle meydana geliyorsa *tesebbüb* (dolaylı itlaf) halleri söz konusu olur. Doğrudan itlaf hallerinde failin sorumlu olması için teaddî şartı aranmazken, dolaylı itlaf hallerinde bu şartın mevcut olması gerekmektedir. Ancak pek çok itlaf örneğinde müşahede edildiği üzere; mal sahibinin izni, devlet başkanı (veliyü’l-emr) ya da yetkili kamu otoritesinin onayı ile meydana gelen zararlar tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Çünkü bu durumlarda gerçekleştirilen eylemler, teaddî unsurunu taşıyan bir davranış olarak kabul edilmediği için failleri aleyhine sorumluluğa hükmedilmemektedir.

7- Gasp konularında olduğu gibi, itlafla ilgili meseleler de Hanefî mezhebinin vâkiât/nevâzil türündeki eserlerinde meşâyihin fetvâ ve yorumlarıyla genişletilmiş ve uygulamadan doğan bazı sorunlar çözüme kavuşturulmuştur. Kişinin özel mülkünde gerçekleştirdiği bir fiilin yol açtığı zararlar ile tehlikeli hayvanların sebep olduğu dolaylı itlaf halleri, bunun öne çıkan en somut örneklerini teşkil etmektedir. Söz konusu örnekler Hanefî mezhebindeki değişim ve dönüşümü göstermesi açısından önemlidir.

8- Kişinin özel mülkünde gerçekleştirdiği bir fiilin yol açtığı zararlarla ilgili zikredilen fetvâların bazısında telef olan şeylerin tazmin edileceği; bazısında da ise bunların tazmin edilmeyeceği ifade edilmektedir. Fetvâlarda çelişki gibi duran bu durum, mütekaddimîn ve müteahhirîn Hanefî âlimleri arasındaki görüş farklılığına dayanmaktadır. Erken dönem Hanefî âlimleri, insanların kendi mülklerinde mutlak olarak tasarruf edebileceğini, hiçbir kimsenin kişiyi bundan men etme yetkisine sahip



olmadığını ve bu tasarrufun yol açtığı zararların tazmine konu olmayacağı görüşünü benimsemektedir. Yani, kişinin kendi mülkünde gerçekleştirdiği bir eylem (ateş yakma, kuyu kazma, sulama, bina yapımı ve yıkımı gibi) başkasına zarar verirse, diyâneten bu haram olsa da, kazâen kişi bu tasarrufundan men edilmez ve oluşan bu zarar da tazmin sorumluluğunu doğurmaz. Görüldüğü üzere, erken dönem Hanefîleri kişinin mülkündeki tasarruf yetkisinin “başkasına zarar vermeme” şartıyla kayıtlı olmadığını ve bunun mutlak olduğunu düşünmektedir. Onların benimsediği ve mezhepteki zâhirü’r-rivâye kuralı temsil eden bu görüş, Ebû Hanîfe’nin kuralına (asıl) dayanmaktadır. Ancak Hanefîlerden Ebû Yûsuf, Ebû Hanîfe’nin bu kuralına aykırı olarak özel mülkiyette zarara yol açan tasarrufların bazı durumlarda tazmin edileceği görüşünü benimsemiştir. Müteahhir Hanefî âlimlerin çoğu, Ebû Yûsuf’un bu görüşünü tercih ederek kişinin mülkündeki tasarruf hakkını “başkasına zarar vermeme” şartıyla sınırlandırmış ve bu konuda öncekilerden farklı bir tutum sergilemiştir. Onlar, kişinin kendi mülkünde yaptığı kusurlu ve ihmalkâr davranışların yol açtığı zararların tazmine konu olacağı görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla, müteahhirîn Hanefî âlimlerine göre insanlar kendi mülklerinde mutlak bir tasarruf hakkına sahip değildir, onların mülklerinde dilediği gibi tasarruf edebilmesi, başkalarına zarar vermeme şartı ile kayıtlıdır. Müttekaddimîn ve müteahhirîn arasındaki bu görüş farklılığı, vâkıât eserlerindeki fetvâlara da yansımıştır.

Tartışmalı olan bu konu başlangıçta vâkıât/fetâvâ türündeki kitaplarda gündeme getirilmiş, sonrasında müteahhir Hanefî âlimlerin benimsediği bu görüş söz konusu eserlerde tekrarlanarak belirli bir otorite elde etmiş ve nihayetinde onların benimsediği görüş, zâhirü’r-rivâye görüşle uzlaştırılarak mezhebin daha sonraki standart metinlerinde yerini almıştır. Böyle bir durumda, Hanefî mezhebinde “*insanlar kendi mülklerinde dilediği gibi tasarruf edebilir, bu tasarruflar başkasına zarar veriyor olsa da tazmin edilmez*” şeklinde ifade edebileceğimiz zâhirü’r-rivâye kural, meşâyih’in fetvâ ve yorumuyla “*insanlar, ancak başkasına zarar vermeme şartı ile kendi mülklerinde tasarruf edebilir; şayet kişinin mülkündeki tasarrufu başkasına zarar veriyorsa, oluşan zararlar tazmin edilir*” biçimine dönüşmüş ve bu meseledeki ilgili kural daraltılarak doktrinin bir parçası haline gelmiştir.

9- Dolaylı itlafla ilgili Hanefî mezhebinde değişimin yaşıandığı bir diğer önemli konu da, saldırgan ve tehlikeli hayvanların kendiliğinden yol açtığı zararlardan sahiplerinin sorumlu olup olmadığıdır. Hanefî mezhebinde hayvanların kendiliğinden yaptığı fiillerden doğan zararların tazmin edilmemesi genel kuraldır. Hayvan sahibinin ya da onun bakımını ve yönetimini üzerine alan kişinin kusurlu veya ihmalkâr bir fiili yoksa, bu durum tazmin sorumluluğu doğurmaz. Her ne kadar Hanefî mezhebinin erken dönem eserlerinde bu konuya temas edilmese de, vâkıât türündeki eserlerde yer alan ilgili fetvâ örneklerinde Hanefîlerin normal hayvanlar ile tehlikeli hayvanları birbirinden farklı değerlendirdiği ve zamanla bu konuda bir değişimin yaşıandığı görülmektedir. Müteahhir Hanefî âlimleri, bu meseleyi yıkılmaya yüz tutan duvar (*el-hâitu'l-mâil*) meselesine kıyas ederek tehlikeli hayvanları elinde bulunduran kişilerin önceden ikaz edilmeleri şartıyla sorumlu olacağı görüşünü tercih etmişler. Yani bu tür hayvanları elinde bulunduran kişiler, önceden ikaz edilmelerine rağmen gereken tedbirleri almaz ve bunun neticesinde bir zarar meydana gelirse, bu durumda sahibi sorumlu tutulmaktadır.

10- Meydana gelen bir itlaf hadisesinde zararı doğrudan gerçekleştiren asıl fail (*mübâşir*) ile buna sebep olan kişi (*mütesebbib*) bir arada bulunduğunda, sorumluluğun *mübâşire* yüklenmesi Hanefî mezhebinde genel kuraldır; ancak çeşitli gerekçelere dayanarak bazı durumlarda bu kuralın terk edildiği veya işletilemediği olmuştur. Siâye/jurnal yoluyla meydana gelen zararlar ile emir altında gerçekleştirilen bazı durumlarda asıl fail yerine buna sebep olan kişinin sorumlu tutulması, bunun en somut örnekleridir. Siâye meselesinde, devlet başkanı (sultan) veya benzeri konumdaki kişilere haksız yere şikâyette (siâye/jurnal) bulunarak birinin malının yağmalanmasına sebep olan muhbirin mezhepteki yerleşik kurala (*kıyas*) göre sorumlu tutulmaması gerekir. Çünkü meydana gelen bir olayda mübâşir ortada dururken, sorumluluk mütesebbibe izâfe edilmez. Ancak müteahhir Hanefî fakihleri, siâye yoluyla haksızlıkların artması sebebiyle, ihbarın çok olduğu dönemlerde insanların zararını karşılamak ve mallarını korumak için bu meseleyi başka bir fer'î meseleye kıyas ederek şikâyet eden kişinin sorumlu olacağına dair bir görüş geliştirmişlerdir. Bazı Hanefî âlimleri, tazmin konusunda sultanların zalim olup olmamasına göre farklı iki

görüş ileri sürse de, bu görüşe çok itibar edilmemiştir. Görüldüğü üzere, kıyasa aykırı olarak ulaşılan bu hükmün dayanağı istihsandır. Muhtemelen fetvâlara konu olan dönemde, zalim yönetici veya benzeri konumdaki kişilere güç yetirilemeyeceği düşüncesinden hareketle, suçun ve zararın oluşumunu engellemek için muhbirler mütesebbib olarak sorumlu tutulmuşlardır. Siâye meselesinde muhbirlerin sorumlu tutulmasının sebebi, zararın olayın asıl faillerinden tazmin edilememesidir. Meydana gelen zararın sorumluluğu, olayın asıl faillerine yüklenemeyince buna sebep olan kişilerin sorumlu olacağı fikri benimsenmiştir. Çünkü böyle bir durumda zarara sebep kişinin de sorumlu olmadığını söylemek, insanları mağdur eder. Dolayısıyla siâye/jurnal yoluyla meydana gelen zararlar da sorumluluğun asıl faile yüklenememesi durumunda şikâyet edeninin sorumlu tutulması, kötülüğe götüren kapıların kapatılmasına yönelik bir tedbir olarak kabul edilebilir.

Zararı doğrudan gerçekleştiren asıl fail yerine bu zarara sebep olan kişinin sorumlu tutulduğu diğer bir mesele de, emrin geçerli kabul edildiği durumlarda başkasının emriyle birine yapılan haksız fiillerdir. Bu meselede asıl fail olan memur dururken, emretmek suretiyle buna sebep olan âmir sorumlu tutulmaktadır. Burada sorumluluğun âmire, yani mütesebbibe intikal etmesi için bunun ikrah altında gerçekleşmesi ve bu zorlamanın türünün de ağır (*mülcî*) olması gerekir. Genel kural bu şekilde olmakla birlikte, ikrah olmadığı halde sultanın tebaasına ve efendinin kölesine yönelik emirleri, mülcî ikrah gibi kabul edilmiş ve söz konusu durumlarda sorumluluk âmir olan bu kişilere yüklenmiştir. Çünkü sultanın emrine muhatap olan kişiler ile efendisinin buyruğu karşısında kölenin durumu, bir bakıma sorumsuzluk sebebi olarak görülmüş ve meydana gelen zararların sorumluluğu emreden kişilere yüklenmiştir.

11- Uygulamada Hanefî mezhebinin icrâ edildiği Osmanlı hukukunda gasp ve itlaftan doğan sorumluluklara ilişkin kuralların ve bu konuyla ilgili hukuktaki süreklilik ya da değişimin görüleceği yerlerden biri de fetvâ mecmuâlarıdır. Bu eserlerde yer alan fetvâların içeriğinden hareketle, Osmanlı fakihlerinin ya da şeyhülislamlarının gasp ve itlaf konularında nasıl bir bakış açısına sahip olduğu,

mezhep içerisindeki hangi görüşün ön plana çıkarıldığı ve ilgili meselede bir değişimin olup olmadığı çok rahatlıkla müşahade edilmektedir.

Gasbedilen gayrimenkul mallara ait menfaatlerin tazmine konu olmayacağı hususuna muhalefet edilse de, Osmanlı hukukunda müteahhir Hanefî âlimlerin görüşü tercih edilmiş ve yukarıda zikredilen üç yerde menfaatlerin tazmin edileceğine ilişkin tavır aynen fetvâlara yansımıştır. Asırlar boyu Osmanlı hukukuna hâkim olan bu anlayış, Mecelle’de kural haline gelmiş; ancak daha sonra alınan bir kararla “*menfaatlerin de mal olarak kabul edilmesi ve bunların mutlak olarak tazmin edileceği*” görüşü tercih edilerek Hanefî fıkıh doktrininde -ilgili mevzuda- köklü bir değişim yaşanmıştır.

Meydana gelen zarar ile buna yol açan fiil arasında bir sürenin (fasıla) girdiği dolaylı itlaf hallerinde, sorumluluğun olmayacağı; buna karşın zararın hemen meydana geldiği durumlarda sorumluluğun olacağını söyleyen Ebû Yûsuf’un görüşü tercih edilmiştir. Osmanlı hukukunda kişinin kendi mülkünde gerçekleştirdiği eylemlerin yol açtığı dolaylı zararların tazminine gelince, bu konuda müteahhir Hanefî âlimlerin görüşünün tercih edildiği görülmektedir. Ebû Yûsuf’a nispet edilen, Belh meşâyihî tarafından tercih edilen ve Osmanlı hukukçularının da benimseyerek uyguladığı bu görüş, Mecelle’de aynen kabul edilmiştir.

Osmanlı hukukunda dolaylı itlaf halleri bağlamında ele alınan meselelerden tehlikeli hayvanların yol açtığı zararlar ile siâyeye meselesinde de müteahhir Hanefî âlimlerin görüşü tercih edilmiştir. Osmanlı fetvâ mecmuâlarında yer alan örnekler, tehlikeli ve saldırgan hayvanları elinde bulunduran kişilerin önceden ikaz edilmeleri şartıyla sorumlu olacağını açıkça göstermektedir. Siâyeye konusuna gelince, Osmanlı’da *ehl-i örf* denilen ve çoğunluğu asker kökenli kişilere yapılan haksız şikâyetlerin yol açtığı zararlarla ilişkili olan bu konunun hem cezâî hem de hukuki sorumluluk açısından ele alındığı dikkatleri çekmektedir. Öncelikle ilgili fetvâlarda haksız yere ihbarda bulunarak başkalarının mallarının zarar görmesine sebep olan kişinin şiddetli bir şekilde ta’zir cezasına çarptırılacağı ifade edilir. Bu meselenin hukukî sorumluluğuna gelince, oluşan zararın asıl failleri olan *ehl-i örf* tarafından tazmin

edilememesi durumunda şikâyet etmek suretiyle buna sebep olan kişilerin sorumlu olacağı fikri benimsenmiştir.

12- Gasp ve itlafla ilgili bir meselenin hukukî sonuçlarına dair pratik bilgiler sunan fetvâlar önemli bir fonksiyonu icra etmekle birlikte, olay yargıya intikal ettiğinde oluşan zararın tazmin edilebilmesi için bunun mahkemede ispatlanması gerekir. Çünkü böyle bir hadisenin tazmin edilmesi gerektiğini ifade eden fetvâdaki olay, yargı önünde ispatlanamazsa açılan tazminat davası düşer ve mağdur zararını tazmin ettiremez.

13- Kişinin davasını kanıtlamada bir ispat vasıtası olarak mahkemeye sunduğu fetvâlar, yargı sürecinde dikkate alınması gereken önemli bir kaynaktır. Teorik olarak bunların bağlayıcılığı olmadığı doğru olmakla birlikte, Osmanlı pratiğinde şeyhülislâm veya devletin resmi müftüsü tarafından verilen fetvâların bağlayıcı olduğu görülür. Bu yüzden kadılar mahkemeye sunulan fetvâları gelişi güzel ve sebepsiz yere reddedemez. Kadının fetvâya aykırı bir hüküm vermesi ya da onu reddetmesi için elinde kuvvetli delillerin ve hukukî gerekçelerin olması gerekir. Aksi takdirde, davacı bir üst mahkeme niteliğinde olan divân-ı hümayûna başvurduğunda kadı zor durumda kalabilir. Bu durum, fetvâların yargı sürecinde verilen bir hükmün hukuka uygunluk denetimini yaptığı, başka bir ifadeyle yargı kararlarını denetleme gibi önemli bir fonksiyonu icra ettiği şeklindeki iddiaları da teyit etmektedir.

## BİBLİYOGRAFYA

- Abdul Basir Bin Mohamad: “Strict Liability in the Islamic Law of Torts”, **Islamic Studies**, C. XXXIX, sy.3, 2000, s. 455-456.
- Abdülaziz el-Buhârî: **Keşfü’l-esrâr ‘an Usûli Fahrîslâm el-Pezdevî**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye Beyrut, 1418/1997.
- Ahmed, Süleyman Muhammed: **Damânü’l-mütlefât fi’l-fıkhi’l-İslâmî**, Matbaatü’s-Saade, ty., 1985.
- Akıncı, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Sayram Yayınları, Konya, 2003.
- Akman, Ahmet: **İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1992.
- Aktan, Hamza: “Damân”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989, C. VIII, s. 450-453.
- Aktan, Hamza: “Emanet”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1995, C. XI, s. 83-84.
- Ali el-Hafîf: **ed-Damân fi’l-fıkhi’l-İslâmî**, Darü’l-Fikri’l-Arabî, Kahire, 2000.
- Ali Haydar: **Dürerü’l-hükkâm şerhü mecelleti’l-ahkâm**, Matbaaa-i Tevsi-i Tıbaat, İstanbul, 1330.
- Ali Haydar: **el-Mecmûa’tü’l-Cedîde fi’l-Kütübi’l-Erba’a**, Hukuk Matbaası, Dersaadet, 1332.
- Ali Rıza Karabulut-Ahmed Turan Karabulut: **Mûcemü’l-mahtûtâti’l-mevcûde fi mektebâti İstanbul ve Anadolu**, Mektebe Yayınları, Kayseri, t.y.

- Altunkaya, Mehmet: **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Ansay, Sabri Şakir: **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Ansay, Tuğrul - Don Wallace Jr: **Introduction to Turkish Law**, Ankara, 1966.
- Apaydın, Hacı Yunus: “İbrâ”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2000, C. XXI, s. 263-266.
- Aral, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Araz, Yunus: **İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2016.
- Aslan, Nasi: “Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ Münasebeti”, **Dini Araştırmalar Dergisi**, Ankara, Ankara, 1999, C. 2, Sayı: 4, s. 85-56.
- Atâî, Nev‘îzâde: **Hadâiku’l-hakâik fî tekmileti’ş-Şakâik**, nşr. Abdülkadir Özcan, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1989.
- Atar, Fahrettin: “Fetvâ”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1995, C. XII, s. 486-496.
- Atar, Fahrettin: “Kazâ”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2002, C. XXV, s. 117-119;
- Atar, Fahrettin: **İslam İcra ve İflas Hukuku**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi. Yayınları, İstanbul, 1990.
- Atıf Bey, Kuyucaklızâde Mehmet: **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi ve Kavâid-i Külliyye-i Fıkhıyye’nin İzahı**, Evkâf-ı İslamiyye Matbaası, İstanbul, 1339.

- Aybakan, Bilal: “Zarar”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, C. XLIV, s. 130-134.
- Aydın, Aybay: **Borçlar Hukuku Dersleri**, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, İstanbul, 1981.
- Aydın, Mehmet Akif: “Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlâf”, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 81-141.
- Aydın, Mehmet Akif: “İslâm Hukukunda Gasp”, **İslâm Tetkikleri Dergisi**, İstanbul, 1995, C. IX, [Prof. Dr. Nihat M. Çetin Hatıra Sayısı], s. 163-217.
- Aydın, Mehmet Akif: “Gasp”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, C. XIII, s. 387-392.
- Aydın, Mehmet Akif: “Haksız Fiil”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997, C. XV, s. 210-211.
- Aydın, Mehmet Akif: “İtlâf”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, C. XXIII, s. 466-469.
- Aydın, Mehmet Akif: **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985.
- Aydın, Mehmet Akif: **Türk Hukuk Tarihi**, Beta Yayınları, 8. Basım, İstanbul, 2010.
- Ayhan Hıra: **Şeyh Bedreddin Bir Sufi Âlimin Fıkıhçi Olarak Portresi**, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Babanzâde Bağdatlı İsmail Paşa: **Hediyetü'l-ârifin esmâü'l-müellifîn ve âsârü'l-musannifîn**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, 1951.



- Bâbertî, Ekmelüddîn  
Muhammed b. Mahmud: **el-Înâye Şerhu'l-Hidâye**, Dâru'l-Fikir, yy., t.y.
- Bâğdâdî, Ebû Muhammed  
Gıyâsüddîn Gânim b.  
Muhammed: **Mecmau'd-damânât fi mezhebi'l-Îmâmi'l-Âzâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân** thk. Muhammed Ahmed Serac, Ali Cuma Muhammed, Dârü's-selâm, Kahire, 1999/1420.
- Bakıcı, Sedat: **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Bardakoğlu, Ali: "İkrah", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2000, C. XXII, s. 35-36.
- Bayoğlu, Selman: "Trafik Kazalarında Bilinçli Taksir", **Adalet Dergisi**, Sayı: 25, 2006, s. 198.
- Bedir, Mürteza: "Geleneğin Son Halkası: Hâdimî'nin Mecâmi'ü'l-Hakâ'ik Adlı Eseri ve Usul'de Güncel Bilgi Meselesi ya da Bugün Fıkıh Usulünü Hangi Eserlerden Okumalıyız?", **Sahn-ı Semân'dan Dârülfünûn'a Osmanlı'da İlim ve Fikir Dünyası:Âlimler, Müesseseler ve Fikrî Eserler XVIII. Yüzyıl**, ed. Ahmet Hamdi Furat vd., Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, İstanbul, 2018, C. I, s. 135-161.
- Bedir, Mürteza: "Kelamcı ve Fıkıhçı Usul Geleneklerine İlişkin Bazı Eleştirel Mülâhazalar", **İslam Araştırmaları Dergisi**, İSAM Yayınları, 29 (2013), s. 65-97.
- Bedir, Mürteza: "Selefliğin Modern Fıkıh Düşüncesi Üzerindeki Etkileri?", **Tarihte ve Günümüzde Seleflik**, ed. Ahmet Kavas, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2014, s. 269-270, 269-279.

- Bedir, Mürteza: “Üsrüşenî”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2012, C. XLII, s. 392-393.
- Bedir, Mürteza: **Buhara Hukuk Okulu**, İSAM Yayınları, İstanbul, 2014.
- Bedrân, Abdülkadir: **el-Medhâl ilâ mezhebi'l-Ahmed b. Hanbel**, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1401.
- Belgesay, Mustafa Reşit: **Kusur ve Hukukî Hata**, İstanbul, 1956.
- Benli, Abdullah: **İslam Hukukunda Manevî Tazminat** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1997.
- Beydâvî, Nâsiruddîn Ebû'l-Hayr Abdullah b. Ömer: **Envârü't-Tenzîl ve Esrârü't-Te'vîl**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, t.y.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali: **es-Sünenü'l-Kübrâ**, thk. Muhammed Abdulkadir Atfi, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- Boynukalın, Ertuğrul: “Yemin”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, C. XLIII, s. 417-420.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddî: **Keşşâfü'l-Kinâ' ani'l-İknâ'**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, t.y.
- Burhânüddîn (Burhânüşşerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî: **ez-Zehîratü'l-fetâvâ**, Süleymaniye Ktp., Yazma Bağışlar, nr.1043.
- Burhânüddîn (Burhânüşşerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî: **el-Muhîtu'l-Burhânî fi'l-fıkhın-Nu'mânî**, Beyrut, 1424/2004.

- Bursalı Mehmed Tahir: **Osmanlı Müellifleri**, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1333.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî Râzî: **Şerhu Muhtasari't-Tahâvî fi'l-fıkhi'l-Hanefî**, thk. İsmetullah İnayetullah Muhammed vd., Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrût, 2010.
- Cevherî, İsmail b. Hammad: **Tâcü'l-luga ve sıhâhu'l-Arabiyye**, thk. Ahmed Abdulgafur Atar, Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut, 1987.
- Cehata, Chafîk (Şahhâte, Şefîk): **en-Nazariyyetü'l-âimme li'l-İltizâmât fi's-şerîati'l-İslâmiyye**, Matbaatü'l-İtimât, Mısır, t.y.
- Çatalcalı Ali Efendi: **Fetâvâ-yı Ali Efendi**, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal, nr. 345.
- Dağcı, Şamil: **Fıkıh**, Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim Yayınları, Ankara, 2006.
- Damâd, Şeyhîzâde Abdurrahman b. Süleyman: **Mecmaü'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur**, thk. Halil İmran el-Mansur, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1998.
- Dârekutnî, Ali b. Ömer: **es-Sünen**, thk. Muhammed Âbâdî, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1993.
- Demiray, Mustafa: **Eksik Borç Kavramının İslam Hukuku Açısından İncelenmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Derdîr, Ebû'l-Berekat Seydî Ahmed b. Muhammed: **eş-Şerhu's-sağîr alâ akrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-İmam Mâlik**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, t.y.

- Dural, Mustafa: “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1973, C. VII, say. 1, s. 11-58.
- Dural, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, 1976.
- Dusûkî, Şemsuddîn Muhammed b. Ahmed b. Arefe: **Hâşiyetu’-d-Dusûkî alâ şerhi’l-kebîr**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiye, Beyrut, 1996.
- Düreynî, Fethî: **en-Nazariyyâtü’l-fıkhiyye**, Menşûrâtu Camiâti Dimeşk, Dimeşk, 1996.
- Dürrîzâde Mehmed Ârif Efendi: **Netîcetü’l-fetâvâ**, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal nr. 354.
- Düzenli, Pehlül: **Ma’rûzât Şeyhülislâm Ebûssuûd Efendi**, Klasik Yayınları, İstanbul, 2013.
- Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Kurtûbî: **el-Câmiu’ li Ahkâmi’l-Kurân**, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut, 2006.
- Ebû Câfer Muhammed b. Cerîr et-Taberî: **Câmi’ü’l-Beyân an Te’vili Ayi’l-Kurân**, Dâru’l-Hecr, Kahire, 2001.
- Ebû Muhammed (Ebü’s-Sena) Bedreddin Mahmud b. Ahmed b. Musa el-Aynî el-Hanefî: **el-Binâye fî şerhi’l-Hidâye**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1420.
- Ebû Şetîf, Haşmet Ahmet: **Nazariyatü İltizâm fi’l-Kânunî’l-Medenî’l-Cedîd**, 1954.
- Ebü’l-Hasen Ali b. Muhammed eş-Şerîf el-Cürcânî: **Kitabu’t-Ta’rîfât**, Darü’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1423.
- Ensârî, Zekeriyâ b. Muhammed b. Zekeriyâ: **Esnâ’l-Metâlib Şerhu Ravzi’t-tâlib**, Dâru’l-Kitâbu’l-İslâmiyye, yy., t.y.

- Erdoğmuş, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2005.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara, 2015.
- Ergin, Burak: **17. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Tesebbüb Halinde Damân**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 29 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Erol, Rasim vd. (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul, 2011.
- Erol, Rasim; Kılıç, Hüseyin (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 21 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul, 2011.
- er-Ressâ, Muhammed b.Kâsım el-Ensârî: **Şerhu Hudûdi İbn Urfe**, el-Mektebetu'l-İlmiyye, yy.,1350.
- Eser, Ercan: **İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- et-Tüncî, Abdüsselam: **Müessesetü'l-mes'uliyeye fi's-şeriatî'l-İslâmiyye**, Cem'iyetü'l-Da'veti'l-İslamiyye el-Alemiyye, Trablus, 1994/1423.
- Ferec, Tevfik Hasan: **en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-İltizâm fi masâdiri'l-İltizâm**, Beyrut, t.y.
- Feyrûzâbâdî, Mecdüddin Muhammed bin Yakub: **el-Kâmûsü'l-Muhît**, 8. Baskı, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 2005.
- Feyyumi, Ebü'l-Abbas Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Hamevî: **el-Misbâhü'l-münir fi Garibi's-Şerhi'l-Kebir**, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, t.y.

- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları İstanbul, 1976.
- Feyzullah Efendi: **Fetâvâ-yı Feyziyye**, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal, nr. 347.
- Fîrûzâbâdî, Mecduddîn Muhammed b. Yakub: **el-Kâmûsu'l-muhît**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, 1991.
- Fudayl Çelebi: **ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye**, Süleymaniye Ktp., Nuruosmaniye, nr. 1965.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed: **el-Vasît fi'l-mezheb**, Dâru's-Selâm, Kahire, 1417.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed: **el-Vecîz fî fikhı mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî**, Matbaatü'l-Ürdün, Kahire, 1317.
- Gedikli, Fethi: “Osmanlı Mahkemesinde Fetvâ Kullanımı ve Fetvâ-Kazâ İlişkisi”, **Osmanlı Hukukunda Fetvâ** (ed. Süleyman Kaya, Yunus Uğur, Mustafa Demiray ), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018.
- Gedikli, Fethi: “İbdâ’”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999, C. XIX, s. 262-263.
- Günelan, Rıfat (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul, 2011.
- Günelan, Rıfat (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul 2010.
- Günelan, Rıfat vd. (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul 2010.

- Gündel, Ahmet: **5237 Sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme Yaralama ve İşkence Suçları**, Ankara, 2009.
- Haddâdî, Ebû Bekr Ali b. Muhammed: **el-Cevheratü'n-Neyyira**, el-Matbaatü'l-Hayriyye, yy, 1322.
- Hâdimî, Ebû Saîd: **Mecâmiu'l-hakâik**, Matbaa-i Âmire, 1308/1890.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Hamevî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed: **Gamzü uyûni'l-besâir şerhü kitabî'l-eşbâh ve'n-nezâir**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1985.
- Haris el-İsâ ve Ahmet el-Hatîb: "Yedü'd-damân ve Yedü'l-emâne beyne'n-nazariyyeti ve'tatbîki fi'l-Fıkhî'l-İslâmî", **Mecelletü'l-Câmiati'l-İslamîyye** Medine, 2010, sy.2, C. XVIII, s.316-318.
- Hasirî, Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhîm b. Enûş: **el-Hâvî fi'l-fetâvâ**, Süleymaniye Ktp., Hekimoğlu Ali Paşa, nr.402.
- Haskefî, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdurrahman: **ed-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr ve câmi'i'l-bihâr**, thk. Abdülmun'im Halil İbrahim, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2002.
- Henri Deschenaux-Pierre Tercier: **Sorumluluk Hukuku**, trc. Salim Özdemir, Kadıoğlu Matbaası, Ankara, 1983.
- Heyet: **el-Mevsûatü'l-fıkhiyye**, Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûnu'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1993.
- Hüseynî, Abdullatîf: **el-Mesûliyyetü'l-Medeniyyetü ani'l-ahtâi'l-miheniyye**, eş-Şeriketü'l-Âlemiyye, Beyrut, 1987.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn: **Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr**, Dâru'l-Fikir, Beyrut, 1412.

- İbn Emîru Hâc, Ebû Abdillâh  
Şemsüddîn Muhammed b.  
Muhammed:  
**et-Takrîr ve't-tahbîr alâ Tahrîr-i İbni'l-Hümâm,**  
Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1403/1983.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî  
b. Ahmed b. Saîd:  
**el-Muhallâ bi'l-Âsâr,** Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y.
- İbn Kayyim, Ebû Abdullah  
Muhammed b. Ebû Bekr:  
**İlâmu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemîn,** thk. Taha  
Abdurrauf Sa'd, Dâru'l-cîl, Beyrut, t.y.
- İbn Kudâme, Ebü'l-Ferec  
Şemsüddîn Abdurrahmân b.  
Muhammed:  
**el-Muğnî fî fıkhi'l-İmam Ahmed b. Hanbel,** thk.  
Abdullah et-Türkî Abdülfettah el-Hulv, Dâru  
Âlemi'l-Kütüb, Riyad, 1417/1997.
- İbn Manzûr:  
**Lisânü'l-Arab,** Dâru Sâdır, Beyrut, 1414.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b.  
İbrahim:  
**Bahrü'r-râik şerhü Kenzi'd-Dekâik,** Dâru'l-  
Kitâbi'l-İslâmî, t.y.
- İbn Receb, Ebü'l-Ferec  
Zeynüddîn Abdurrahmân b.  
Ahmed:  
**el-Kavâid,** Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y., t.y.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd  
Muhammed b. Ahmed b.  
Ahmed:  
**Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid,**  
Dârü'l-Hadîs, Kahire, 2004.
- İbnü'l-Hümâm, Kemalüddîn es-  
Sivâsî:  
**Fethu'l-kadîr,** Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y.
- İbnü'n-Neccâr, Ebû Bekr  
Takıyyüddîn Muhammed b.  
Ahmed b. Abdilazîz el-Fütûhî:  
**Muhtasaru't-Tahrîr şerhu'l-Kevbebi'l-Münîr,**  
thk. Muhammed ez-Zuhaylî ve Nezih Hammad,  
Mektebetu'l-Abiykan, Riyad, 1997.
- İmâdüddîn el-Mergînânî:  
**Fusûlu'l-ihkâm,** Süleymaniye Ktp., Yazma  
Bağışlar, nr. 990.



- İmre, Zahit: **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, 1949.
- İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.
- İskilibî, Veli b. Yusuf: **Mecmau'l-fetâvâ**, Süleymaniye Ktp., İsmihan Sultan, nr. 223.
- İzmirî, Mevlânâ Mehmed: **İbrâzü'z-zamâ'ir ale'l-Eşbâh ve'n-nezâir**, Süleymaniye Ktp., Hasan Hüsnü Paşa, nr. 367.
- İzmirli, İsmail Hakkı: **İftâ ve Kazâ**, İlm-i Hilâf içinde, Hukuk Matbaası, İstanbul, 1330.
- İzzeddin b. Abdüsselâm: **Kavâidü'l-ahkâm**, Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriy Kahire, 1991.
- Kâdihân, Ebü'l-Mehasin  
Fahredden Hasan b. Mansur b.  
Mahmûd: **Fetâvâ Kâdihân**, nşr. Salim Mustafa el-Bedrî, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 2009.
- Kahraman, Abdullah-Nizamettin, “İbn Hümam’ın Mezhebine Muhalif Bir Görüşü: Menfaatlerin Tazmini Meselesi”, **Kocaeli İlahiyat Dergisi**, C. 1, sy. 2, 2019, s. 43-70.
- Kahveci, Nuri: **İslam Borçlar Hukukunda Tazminat** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1997.
- Karaaslan, Abdülmecit: **İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009.

- Karâfî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdris b. Abdurrahim: **el-İhkâm fi temyîzi'l-fetâva-yı ani'l-Ahkâm ve tasarrufâtî'l-kâdi ve'l-imâm**, thk. Abdülfettah Ebû Gudde, Mektebeti'l-Matbûâtî'l-İslâmiyye, Beyrut, 1995.
- Karâfî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn: **el-Furûk**, Âlemü'l-Kütüb, y.y., t.y.
- Karâfî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn: **Envârü'l-burûk fî envâi'l-furûk**, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, t.y.
- Karaman, Hayrettin: **Mukayeseli İslam Hukuku**, İz Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2003.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed: **Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, İkinci Basım, Beyrut, 1986.
- Kaya, Süleyman: "Osmanlı Fetvâsı Üzerine", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, 2013, C. XI, sy.22, s. 79-125.
- Kefevî, Ebû'l-Bekâ: **el-Külliyât Mu'cem fi'l-Mustalahât ve'l-Furûki'l-Lugaviyye**, thk Adnan Derviş-Muhammed Mısrî, Müessetür-Risâle, Beyrut, ty.
- Kılıçoğlu, Mustafa: **Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.
- Kırkağacı, Süleyman b. Abdullah: **Şerhu'l-Hâtime fî'l-Kavâ'idi'l-Fıkhiyye**, thk. Muhammed İmâd Nabulsî, Yasin Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Koca, Ferhat: "Fudayl Çelebi, Zenbillizâde", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, C. XIII, s. 207-208.
- Konevî, Kasım b. Abdullah b. Emir Ali: **Enîsü'l-fukahâ fî ta'rîfâtî'l-elfâzi'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ**, thk. Yahya Hasan Murad, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1424/2004.

- Köse, Saffet: “Lukata”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003. C. XXVII, s. 223-225.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn: **el-Muhtasar**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1418/1997.
- Küçükdağ, Yusuf: **II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni Devirlerinde Cemâlî Ailesi**, Aksarayî Vakfı Yayınları, İstanbul, 1995.
- Mahmasânî, Subhî: **en-Nazariyyetü'l-âmmе li'l- mücebât ve'l-ukûd fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye**, Dâru'l-İlmi li'l-melâyîn, Beyrut, 1972.
- Mehmed Mecdî: **Hadâiku'ş-şakâik**, nşr. Abdülkadir Özcan, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1989.
- Mehmed Süreyya: **Sicilli Osmânî**, nşr. Nuri Akbayan, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996.
- Merdâvî, Ebü'l-Hasan Alâeddîn Ali b. Süleyman: **et-Tahbîr şerhu't-Tahrîr**, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 2000.
- Mergînânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî: **el-Hidâye şerhu bidâyeti'l-Mübtedî**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, t.y.,
- Mert, Talip; Günalan, Rıfat (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi 82 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul, 2011.
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd: **el-İhtiyâr li-ta'îli'l-Muhtâr**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1937/1356.
- Meydânî, Abdulğani el-Ğanimî ed-Dimeşkî: **el-Lubâb fi şerhi'l-kitâb**, thk. Muhammed Muhyiddîn Abdülhamid, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, t.y.

- Minkârîzâde Yahyâ Efendi: **Fetâvâ-yı Minkârîzâde**, Süleymaniye Ktp., Fatih Koleksiyonu, nr. 2386.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz: **Dürerü'l-hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm**, Dârû İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, t.y.
- Muhammed Ahmed Sirâc: **Damânü'l-udvân fî'l-fıkhî'l-İslâmî**, İskenderiye 1414/1993.
- Muhammed Fevzi Feyzullah: **Nazariyyetü'd-damân fî'l-fıkhî'l-İslâmyi'l-a'mm**, Mektebetü't-Türâsi'l-İslâmî, Kuveyt, 1403/1983.
- Mustafa, Hamid: **el-İltizâmât ve'l-ûkûd fî's Şerîati'l-İslâmiyye**, Bağdad, 1943.
- Nâtîfî, Ebü'l-Abbâs: **el-Ecnâs**, Süleymaniye Ktp., Şehit Ali Paşa, nr. 683.
- Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref en-Nurî: **Ravzatu't-tâlibîn ve umdetü'l-müftîn**, el-Mektebetü'l-İslamiyye, Beyrut, 1405.
- Oğuz, Arzu: **Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1989.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Özkaya, Yücel: "Mütesellim", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006, C. XXXII, s. 203-204.
- Recep, Fuat; Atay, Sabri (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul, 2011.
- Recep, Fuat; Kahrıman, Salih (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul, 2012.

- Remlî, Hayreddin: **el-Le'âli'd-Dürriyye fi'l-fevâidi'l-Hayriyye** (Câmiu'l-fusûleyn'in kenarında), Mısır, 1300.
- Sabri Erturhan: **İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2000.
- Sadrü's-ş-şehîd, Hüsâmuddîn Ömer b. Abdülaziz: **Şerhu Edebi'l-Kâdî**, Vizâretü'l-Evkâf, Bağdat 1977-1978.
- Senhûrî, Abdurrezzak: **el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, t.y.
- Senhûrî, Abdurrezzâk: **Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî**, Kahire, 1954.
- Serahsî, Şemsü'l-eimme: **el-Mebcut**, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993.
- Serahsî, Şemsü'l-eimme: **Usûlü's-Serahsî**, Dâru'l-Mârife, Beyrut, 1372.
- Serûcî, Ebû'l-Abbas Şemsuddin Ahmed b. İbrahim Abdulganî b. Ebû İshak: **Edebû'l-kadâ**, thk. Sıddîkî b. Muhammed Yâsîn, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut, 1997.
- Somer, Pervin: **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar-Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı**, İstanbul, 2008.
- Söğütlü Erişgin, Özlem: **Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Suğdî, Ebû'l-Hasen Ali b. Hüseyin: **en-Nutef fi'l-fetâvâ**, thk. Selâhaddin en-Nâhî, Dâru'l-Furkân, Beyrut, 1404/1984.
- Sultan, Enver: **Ahkâmü'l-İltizâm el-Mûcez fi'n-Nazariyyeti'l-Âmme li'l-İltizâm**, Dâru'n-Nehzati'l-Arabiyye, Beyrut, 1974.
- Sultan, Enver: **en-Nazariyyetu'l-Âmme li'l-İltizâm**, Dâru'n-Nahdatu'l-Arabiyye, Beyrut, 1974.

- Süleyman Muhammed Ahmed: **Damânü'l-mütlefât fi'l-fıkhi'l-İslâmî**, Mektebetü'l-Mücelledi'l-Arabî, Kahire, 1985.
- Süyûtî, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed: **el-Eşbâh ve'n-nezâir**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1980.
- Şafak, Ali: "Kasıt", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, C. XIV, s. 559-561.
- Şâfiî, Muhammed b. İdrîs: **el-Ümm**, Dâru'l-Mârifetü'l-İlmiyye, Beyrut, 1990.
- Şâzelî, Hasan Ali: "Cinâyet", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993, C. VIII, s. 14-15.
- Şehrezûrî, İbnü's-Salâh: **Edebü'l-fetvâ**, thk. Rifat Fevzî Abdumuttalib, Mektebetü'l-Hancî, Kahire, 1992.
- Şen, Ersan: **Olası Kast ve Bilinçli Taksir**, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2258842-olasi-kast-ve-bilincli-taksir> Erişim tarihi:17.05.2018)
- Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed: **Neylü'l-evtâr**, thk. İsmâüddin es-Sabâbetî, Dâru'l-Hadîs, Mısır, 1993.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasen: **Kitâbü'l-Asl**, nşr. Mehmet Boynukalın, Dâru'l İbn Hazm, Beyrut, 2012.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasen: **el-Câmiü's-sağîr**, İdâretü'l-Kur'an ve'l-Ulûmi'l-İslamiyye, Pakistan, 1990.
- Şeyh Bedreddin, Mahmud b. İsrail: **Câmiu'l-Fusûleyn**, Mısır, 1300.
- Şirbînî, Muhammed b. Ahmed: **Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-Minhâc**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994.

- Tandoğan, Haluk: **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961.
- Tehânevî, Muhammed b. Ali b. Ali b. Muhammed: **Keşşâfu ıstılâhâti'l-funûn**, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1998.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Topal, Şevket: "Zilyedlik", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992. C. XLIV, s. 417-420.
- Tûfi, Ebü'r-Rebî' Necmeddin Süleyman b. Abdülkavî: **Şerhu Muhtasari'r-ravda**, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1987.
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- Türk Hukuk Kurumu: **Türk Hukuk Lügati**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1956.
- Üsrüşenî, Ebü'l-Feth Mecdüddîn Muhammed b. Mahmûd: **el-Fusûl fi'l-muâmelât**, Süleymaniye Ktp., Nuruosmaniye, nr. 1773.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Medeni Hukukun Umumî Esasları**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968.
- Velvâlicî, Ebü'l-Feth Abdürreşîd b. Ebû Hanîfe: **el-Fetâva'l-Velvâliciyye**, thk. Mikdâd b. Musa Feryûvî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003.
- Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukuku**, çev. Cevat, Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.
- Yaran, Rahmi: **İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi, Borçlunun Temerrüdü Alacaklının Temerrüdü**, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997.

- Yaylalı, Davut: “İslam Hukukunda Kazaî-Diyanî Hüküm Ayırımı”, **Dini Araştırmalar**, Ocak-Nisan, 2003, C. V, s. 15, s. 29-36.
- Yenişehirli Abdullah Efendi: **Behcetü’l-fetâvâ**, Süleymaniye Ktp., Pertevniyal, nr. 327.
- Yerlikaya, Ünal: “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, **Diyanet İlmî Dergi**, 2017, C. 53, sy. 3, s. 25-51.
- Yıldız, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.
- Yıldız, Kemal: “Sorumluluk”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2009, C. XXXVII, s. 380-382.
- Yıldız, Kemal: **Câmi’u’l-Fusûleyn’in Kaynakları ve Hanefî Mezhebi Uygulamasında Tazmînât**, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul, 2013.
- Yıldız, Kemal: **İslam Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, İfav Yayınları, İstanbul, 2013.
- Yıldız, Kenan (haz.): **İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil**, İsam Yayınları, İstanbul, 2010.
- Zebîdî, Murtezâ el-Hüseynî: **Tâcu’l-‘arûs min cevâhiri’l-Kâmûs**, thk. Abdüsettar Ahmed Ferâc, Matbaatu Hükümeti’l-Kuveyt, Kuveyt, 1971.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed: **el-Medhalü’l-fıkhiyyü’l-âm**, Dâru’l-Kalem, Dimeşk, 1998.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed: **el-Fi’lü’l-d-dâr ve’l-d-damân fih**, Dârü’l-Kalem, Dimeşk 1988.



- Zeylâî, Osman b. Ali: **Tebyînül-hakâik fi Şerhi Kenzi'd-dekâik**, el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emiriyye, Bulak, 1313.
- Zirikli, Hayreddin: **el-A'lâm Kâmûs-u terâcim li-eşheri'r-ricâl ve'n-nisâ**, Dâru'l-İlm li'l-Melâyin, Beyrut, 2002.
- Zühaylî, Vehbe: **Nazariyyetü'd-damân**, Dâru'l-Fikr, Dimeşk, 1998.

## ÖZGEÇMİŞ

1987 yılında İstanbul’da doğdu. 2001 yılında Fethiye İlköğretim Okulu’nu birincilikle bitirdi. 2001–2003 yılları arasında İstanbul İsmail Ağa Erkek Kuran Kurs’unda hafızlık yaptı. 2007 yılında Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi’ni kazandı, daha sonra ikinci sınıfın sonunda yatay geçişle İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi’ne geçti. 2011 yılında dönem ikincisi olarak fakülteyi bitirdi. 2014 yılı Haziran ayında İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bölümleri İslam Hukuku Anabilim dalında, Prof. Dr. Mürteza Bedir’in danışmanlığında “*İslam Hukuku’nda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları*” başlıklı tezini savunarak yüksek lisansını bitirdi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’ne sunduğu, “*Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*” isimli teziyle doktor unvanı aldı (Prof. Dr. Mürteza Bedir, 2019). Şu anda Kırklareli Üniversitesi Temel İslam Bilimleri İslam Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmakta olup, evli ve iki çocuk babasıdır.