

T.C.
AKSARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE FİNANSİ ANABİLİM DALI

BORCUN KAYNAĞI OLAN HAKSIZ FİİLİN İSLAM BORÇLAR HUKUKU
VE TÜRK BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN MUKAYESESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Cüneyt KARATAŞ

DANIŞMAN
DOÇ. DR. MEHTERHAN FURKANİ

AKSARAY 2023

T.C.
AKSARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE FİNANSİ ANABİLİM DALI

BORCUN KAYNAĞI OLAN HAKSIZ FİİLİN İSLAM BORÇLAR HUKUKU
VE TÜRK BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN MUKAYESESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Cüneyt KARATAŞ

DANIŞMAN
DOÇ. DR. MEHTERHAN FURKANİ

AKSARAY 2023

TELİF HAKKI VE TEZ FOTOKOPİ İZİN FORMU

Bu tezin tüm hakları saklıdır. Kaynak göstermek koşuluyla tezin teslim tarihinden itibaren biray sonra tezden fotokopi çekilebilir.

YAZARIN

Adı: Cüneyt

Soyadı: KARATAŞ

Bölümü: İslam İktisadı ve Finansı

İmza:

Teslim tarihi:

TEZİN

- Türkçe Adı: Borcun Kaynağı Olan Haksız Fiilin İslam Borçlar Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Bakımından Mukayesesi

- İngilizce Adı: Comparison of Tort Liability In Terms of Islamic Law And Turkish Law of Obligations

ETİK İLKELERE UYGUNLUK BEYANI

Tez yazma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyduğumu, yararlandığım tüm kaynakları kaynakgösterme ilkelerine uygun olarak kaynakçada belirttiğimi ve bu bölümler dışındaki tüm ifadelerin şahsıma ait olduğunu beyan ederim.

Yazar Adı Soyadı: Cüneyt KARATAŞ

İmza.....

T.C.
AKSARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
JÜRİ ONAY SAYFASI

Cüneyt KARATAŞ tarafından hazırlanan “Borcun Kaynağı Olan Haksız Fiilin İslam Borçlar Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Bakımından Mukayesesi” başlıklı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oy birliği ile Aksaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam İktisadı ve Finansı Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

İMZA

Danışman: Doç. Dr. Mehterhan FURKANİ

İslam İktisadı ve Finansı/Aksaray Üniversitesi.

.....

Üye: Doç. Dr. Mahmut SAMAR

Temel İslam Bilimleri/Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

.....

Üye: Mehmet Sami YILDIZ

Temel İslam Bilimleri/ Aksaray Üniversitesi.

.....

Tez Savunma Tarihi: 25 /09 / 2023

Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu’nun tarih ve.....
sayılı kararı ile onaylanmıştır.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü
Doç. Dr. Sevilay USLU DİVANOĞLU
İmza

TEŞEKKÜR

Yüksek lisans eğitimim boyunca her daim teşvik ve yardımlarıyla kararlılığımı artırarak başarıya ulaşmamda büyük pay sahibi olan danışmanım Doç. Dr. Mehterhan FURKANİ'ye, tezin olgunlaşmasında katkıları bulunan Doç. Dr. Mahmut Samar ve Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sami YILDIZ hocalarıma çok teşekkür ederim.

Hayatımın her anında yanımda olan, emekleriyle yolumu açan ve hayat tecrübeleriyle yolumu aydınlatan fedakâr babam ve anneme teşekkürlerimi sunarım.

Evliliğimizin ilk yılları olmasına rağmen yoğun iş temposunun yanında yüksek lisans eğitimimden dolayı kendisine yeteri kadar ilgi gösteremediğim, bana sabretmesinden ve yüksek lisans eğitimimi tamamlamada destek olmasından ötürü eşime, daha güzel ve verimli vakit geçiremeyerek hakkına girdiğim biricik evladım Kaan'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım...

CÜNEYT KARATAŞ

AKSARAY, 2023

AKSARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
BORCUN KAYNAĞI OLAN HAKSIZ FİİLİN İSLAM BORÇLAR
HUKUKU VE TÜRK BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN
MUKAYESESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Cüneyt KARATAŞ, Aksaray 2023

ÖZET

Toplumsal yapı içerisinde yaşayan ve var olan insan, yaşamını ve varlığını sürdürebilmek için diğer insanlarla ilişki kurmak zorundadır. Kurulan bu ilişkinin hukuk düzeni tarafından konulmuş olan kurallara uygun olması gerektiğinden ötürü insanlara birtakım hak ve yükümlülükler tanınmıştır. İnsanların bu hak ve yükümlülüklerle aykırı harekette bulunarak üçüncü kişilerin haklarını zarara uğratması durumunda hukuk düzenleri meydana getirilen bu eylemi haksız fiil şeklinde tanımlamış ve bunun neticesinde eylemde bulunan ile eyleme maruz kalan arasında borç ilişkisi kurulacağını kabul etmiştir. Bu bakımından çalışmamızın konusu olan hem Türk borçlar hukuku hem de İslam borçlar hukuku haksız fiili borcun kaynağı olarak kabul etmiştir. Türk borçlar hukuku haksız fiile dayalı borç ilişkisini; kusura dayalı haksız fiiller ve kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller şeklinde ikili tasnife tabi tutarak düzenlemiştir. Fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusur unsurlarının bir araya gelerek kusura dayalı haksız fiili oluşturacağını kabul etmiştir. Kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiilleri ise tehlike, hakkaniyet ve özen ilkesine dayalı olarak her birinin kendi başlığı altında spesifik konular üzerinden düzenlemiştir. İslam borçlar hukukunda haksız fiilin iktisadi değer taşıyan mala karşı işlenmesi ve haksız fiil işlendikten sonra ortaya çıkan zararın giderilmesinin iktisadi sonuçlarının olması sebebiyle İslam iktisadı, İslam borçlar hukukunun dayanağını oluşturmaktadır. İslam borçlar hukuku haksız fiile dayalı borç ilişkisini; gasp ve itlaf şeklinde ikili tasnife tabi tutarak düzenlemiştir. Özellikle borçlar hukuku çerçevesinde haksız fiilleri kapsamlı ve modern hukuka benzer şekilde itlaf bölümü içerisinde ele almıştır. İtlafı da kendi içerisinde mübaşeretle itlaf ve tesebbüben itlaf şeklinde ikili ayrıma tabi tutmuştur. Mübaşeretle itlaf, modern hukukta yer alan kusura

dayalı haksız fiile karşılık gelmekte olup fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusur unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşacağını kabul etmiştir.Tesebbüben itlaf ise modern hukukta yer alan kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiile karşılık gelmekte olup spesifik konuları ele almıştır.Biz bu çalışmamızda her iki sisteminde borcun kaynağı olarak kabul edilen haksız fiil kavramını,unsurlarını ve türlerini ele alarak iki hukuk sistemi bakımından benzerlikleri ve farklılıkları yönünden mukayesesini yaptık.

Bilim Kodu: 51801

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Türk Borçlar Hukuku, İslam Hukuku, Mukayese

Sayfa Adedi: 140

Danışman: Doç. Dr. Mehterhan FURKANİ



AKSARAY UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

**COMPARISON OF TORT LIABILITY IN TERMS OF ISLAMIC LAW
AND TURKISH LAW OF OBLIGATIONS**

M.A. Thesis

Cüneyt KARATAŞ, Aksaray 2023

ABSTRACT

A person who lives and exists within the social structure has to establish relationships with other people in order to maintain his life and existence. Since this relationship must comply with the rules set by the legal order, people are granted certain rights and obligations. If people act contrary to these rights and obligations and damage the rights of third parties, legal systems define this action as a tort and accept that as a result, a debt relationship will be established between the person who acts and the person who is exposed to the action. In this respect, both Turkish law of obligations and Islamic law of obligations, which are the subject of our study, accept torts as the source of debt. Turkish law of obligations; debt relationship based on tort; It has been regulated by two classifications: torts based on fault and torts that create debts without seeking fault. It has been accepted that the elements of act, illegality, damage, causality and fault come together to constitute a tort based on fault. Torts that create debts without any fault are regulated on specific topics, each under its own heading, based on the principles of danger, equity and care. In the Islamic law of obligations, Islamic economics forms the basis of the Islamic law of obligations, since the tort is committed against property that has economic value and the compensation for the damage that occurs after the tort is committed has economic consequences. Islamic law of obligations; debt relationship based on tort; It was organized by subjecting it to a double classification as usurpation and extermination. In particular, within the framework of the law of obligations, torts have been dealt with comprehensively and in the elimination section, similar to positive law. He also divided the culling into two groups: mutual culling and accidental culling. Slaughter by force corresponds to the tort based on fault in modern law, and it is accepted that the act will be formed by the combination of unlawfulness, damage, causal link and fault elements. Slaughter by force corresponds to the tort that creates debt without looking for fault in positive law and is specific. In this study, we discussed the

concept, elements and types of tort, which are accepted as the source of debt in both systems, and compared them in terms of similarities and differences in terms of the two legal systems.

Science Code : 51801

Keywords: Tort, Turkish Law of Obligations, Islamic Law, Comparison

Page Number: 140

Advisor: Assoc Prof. Dr. Mehterhan FURKANI



İÇİNDEKİLER

TELİF HAKKI VE TEZ FOTOKOPİ İZİN FORMU.....	I
ETİK İLKELERE UYGUNLUK BEYANI.....	II
JÜRİ ONAY SAYFASI.....	III
TEŞEKKÜR	IV
ÖZET.....	V
ABSTRACT.....	VII
İÇİNDEKİLER	IX
SİMGELER VE KISALTMALAR	XV
GİRİŞ.....	1
1. Araştırmanın Konusu ve Kapsamı.....	1
2. Araştırmanın Amacı ve Önemi	2
3. Araştırmada Takip Edilen Yöntem.....	4
4. Konu İle İlgili Çalışma.....	4
HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİ	7
1. 1. Haksız Fiilin Tanımı ve Türk Borçlar Hukuku ile İslam Borçlar Hukuku Bakımından Mukayesesi.....	7
1. 1. 1. Türk Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Yeri	7
1. 1. 2. İslam Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Yeri	8
1. 1. 3. Türk Borçlar Hukuku ile İslam Borçlar Hukuku Bakımından Haksız Fiilin Genel Anlamda Mukayesesi	12
1. 2. Haksız Fiilin Türleri	13
1. 2. 1. Türk Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Türleri	13
1. 2. 2. İslam Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Türleri	13

1. 2. 2. 1. Gasp.....	14
1. 2. 2. 1. 1. Menkul Mallarda Gasp.....	15
1. 2. 2. 1. 2. Gayri Menkul (Akar) Mallarda Gasp.....	17
1. 2. 2. 2. İtlaf.....	19
1. 2. 2. 2. 1. Mübaşereteden İtlaf.....	19
1. 2. 2. 2. 2. Tesebbüben İtlaf.....	20
1. 2. 3. Haksız Fiilin Türleri Bakımından Türk Borçlar Hukuku İle İslam Borçlar Hukukunun Mukayesesi.....	20
İKİNCİ BÖLÜM	23
KUSURA DAYALI HAKSIZ FİİLLER	23
2. 1. Haksız Fiilin Unsurları	24
2. 1. 1. Fiil.....	24
2. 1. 1. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Fiil.....	24
2. 1. 1. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Fiil.....	25
2. 1. 1. 3. Fiil Unsurunun Mukayesesi.....	27
2. 1. 2. Hukuka Aykırılık.....	28
2. 1. 2. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Hukuka Aykırılık.....	28
2. 1. 2. 1. 1. Türk Borçlar Hukuku'na Göre Hukuka Uygunluk Sebepleri	30
2. 1. 2. 1. 1. 1. İlgilinin Rızası.....	31
2. 1. 2. 1. 1. 2. Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması	32
2. 1. 2. 1. 1. 3. Meşru Müdafaa	32
2. 1. 2. 1. 1. 4. İztırar Hali.....	34
2. 1. 2. 1. 1. 5. Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması.....	35
2. 1. 2. 1. 1. 6. Üstün Nitelikte Kamusal veya Özel Yarar	37
2. 1. 2. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Hukuka Aykırılık.....	38
2. 1. 2. 2. 1. İslam Hukuku'na Göre Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller	40

2. 1. 2. 2. 1. 1. Mağdurun Rızası	40
2. 1. 2. 2. 1. 2. Yetkili Makamın İzni.....	42
2. 1. 2. 2. 1. 3. Zaruret Hali.....	42
2. 1. 2. 2. 1. 4. Meşrû Müdafaa	44
2. 1. 2. 2. 1. 5. Hakkın Kullanılması.....	48
2. 1. 2. 3. Hukuka Aykırılık Unsurunun Mukayesesi	49
2. 1. 3. Zarar.....	53
2. 1. 3. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Zarar.....	53
2. 1. 3. 1. 1. Maddi Zarar	54
2. 1. 3. 1. 1. 1. Maddi Zararın Çeşitleri.....	55
2. 1. 3. 1. 1. 1. 1. Fiili Zarar- Yoksun Kalınan Kâr.....	55
2. 1. 3. 1. 1. 1. 2. Kişiyeye Verilen Zarar- Eşyaya Verilen Zarar- Diğer Zarar	55
2. 1. 3. 1. 1. 1. 3. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar.....	56
2. 1. 3. 1. 1. 1. 4. Mevcut Zarar- Muhtemel Zarar- Müstakbel Zarar	57
2. 1. 3. 1. 2. Manevi Zarar	57
2. 1. 3. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Zarar.....	57
2. 1. 3. 2. 1. Maddi Zarar	59
2. 1. 3. 2. 1. 1. Maddi Zararın Çeşitleri.....	60
2. 1. 3. 2. 1. 1. 1. Kişiyeye Verilen Zarar.....	60
2. 1. 3. 2. 1. 1. 2. Taşınır - Taşınmaz Mallara Verilen Zarar.....	61
2. 1. 3. 2. 1. 1. 3. Menfaate Yönelik Zararlar	62
2. 1. 3. 2. 1. 1. 4. Yoksun Kalınan Kâr.....	63
2. 1. 3. 2. 1. 1. 5. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar.....	64
2. 1. 3. 2. 2. Manevi Zarar	64
2. 1. 3. 3. Zarar Unsurunun Mukayesesi	67
2. 1. 4. Uygun İlliyet Bağı	71

2. 1. 4. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Uygun İliyet Bağı	71
2. 1. 4. 1. 1. İliyet Bağını Kesen Haller.....	73
2. 1. 4. 1. 1. 1. Mücbir Sebep	74
2. 1. 4. 1. 1. 2. Zarar Görenin Ağır Kusuru.....	74
2. 1. 4. 1. 1. 3. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru	75
2. 1. 4. 2 İslam Borçlar Hukukuna Göre Uygun İliyet Bağı	75
2. 1. 4. 2. 1. Sebeplerin Çokluğu.....	76
2. 1. 4. 2. 2. İliyet Bağını Kesen Haller.....	77
2. 1. 4. 2. 2. 1. Mücbir sebep.....	78
2. 1. 4. 2. 2. 2. Zarar Görenin Kusuru.....	78
2. 1. 4. 2. 2. 3. Üçüncü Kişinin Kusuru	79
2. 1. 4. 3. İliyet Bağı Unsurunun Mukayesesi.....	79
2. 1. 5. Kusur.....	81
2. 1. 5. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Kusur.....	81
2. 1. 5. 1. Kusurun Çeşitleri	83
2. 1. 5. 1. 1. Kast	83
2. 1. 5. 1. 2. İhmal	83
2. 1. 5. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Kusur.....	85
2. 1. 5. 2. 1. Kusurun Çeşitleri.....	86
2. 1. 5. 2. 1. 1. Kast (Team мүd).....	86
2. 1. 5. 2. 1. 2. İhmal (Taksir).....	87
2. 1. 5. 3. Kusur Unsurunun Mukayesesi.....	88
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	90
KUSUR ARANMAKSIZIN BORÇ DOĞURAN HAKSIZ FİİLLER.....	90
3. 1. Türk Borçlar Hukukunda Kusur Aranmaksızın Borç Doğuran Haksız Fiiller	90

3. 2. İslam Borçlar Hukukunda Kusur Aranmaksızın Borç Doğuran Haksız Fiiller	91
3. 3. Her İki Hukuk Sisteminde Yer Alan Ortak Düzenlemeler	92
3. 3. 1. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu.....	92
3. 3. 1. 1. Türk Borçlar Hukukunda Adam Çalıştıranın Sorumluluğu	92
3. 3. 1. 2. İslam Borçlar Hukukunda Adam Çalıştıranın Sorumluluğu	94
3. 3. 1. 3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Mukayesesi	95
3. 3. 2. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu.....	96
3. 3. 2. 1. Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu.....	96
3. 3. 2. 2. İslam Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu.....	98
3. 3. 2. 3. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Mukayesesi	100
3. 3. 3. Aile Reisinin Sorumluluğu	101
3. 3. 3. 1. Türk Borçlar Hukukunda Aile Reisinin Sorumluluğu	101
3. 3. 3. 1. İslam Borçlar Hukukunda Aile Reisinin Sorumluluğu	103
3. 3. 3. 3. Aile Reisinin Sorumluluğunun Mukayesesi	104
3. 3. 4. Binadan Kaynaklanan Sorumluluk.....	105
3. 3. 4. 1. Türk Borçlar Hukukunda Binadan Kaynaklanan Sorumluluk.....	105
3. 3. 4. 1. 1. Yapı Malikinin Sorumluluğu.....	105
3. 3. 4. 1. 2. Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu	106
3. 3. 4. 2. İslam Borçlar Hukukunda Binadan Kaynaklanan Sorumluluk	107
3. 3. 4. 2. 1. Bina ve Diğer İnşa Eserinin Malikinin Sorumluluğu	107
3. 3. 4. 2. 2. Bina ve Diğer İnşa Eserinden Düşen Taşınır Eşyadan Doğan Sorumluluk	109
3. 3. 4. 3. Binadan Kaynaklanan Sorumluluğun Mukayesesi	109
3. 4. Her İki Hukuk Sisteminde Birbirinden Farklı Yapılan Düzenlemeler.....	111
3. 4. 1. Türk Borçlar Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler	111
3. 4. 1. 1. Tehlike İlkesine Dayalı Borç İlişkisi.....	111

3. 4. 1. 1. 1. Motorlu Araç İşletenin Kusursuz Sorumluluğu	113
3. 4. 1. 1. 2. Çevreyi Kirletenin Kusursuz Sorumluluğu	117
3. 4. 1. 1. 3. Türk Sivil Havacılık Kanununa Göre İşletenin Kusursuz Sorumluluğu	117
3. 4. 1. 2. Hakkaniyet İlkesine Dayalı Borç İlişkisi.....	119
3. 4. 2. İslam Borçlar Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler	119
3. 4. 2. 1. Sanayi Mamulleri ve Atık Maddelerden Doğan Sorumluluk	120
SONUÇ	123
KAYNAKÇA.....	127
TEZ DEĞERLENDİRME FORMU.....	139

SİMGELER VE KISALTMALAR

b.	: bin/ibn
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
çev.	: Çeviren
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
DP	: Dergi Park
h.	: Hicrî
Hz.	: Hazreti
İFAV	: İlahiyat Fakültesi Vakfı
m.	: Miladi
md.	: Madde
No	: Numara
Nşr.	: Neşreden
OSAV	: Osmanlı Araştırmaları Vakfı
s.	: Sayfa
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
ty.	: Basım tarihi yok
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğeri
yy.	: Yayın yeri yok

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu ve Kapsamı

“Borcun Kaynağı Olan Haksız Fiilin Türk Borçlar Hukuku ve İslam Borçlar Hukuku Bakımından Mukayesesi” isimli bu çalışmada; her toplumun kendi inanışları, örf ve adetleri, içerisinde bulunduğu siyasal ortam ve küresel ilişkileri koyacağı emir ve yasakları etkilediği, bu bakımdan İslam ve Türk toplumuna hâkim olan hukuk rejimlerinin kendi değerler silsileleri içerisinde kurallarının bulunduğu, toplumsal bir varlık olan bireyin yaşamını devam ettirirken içerisinde bulunduğu toplumdaki kural koyucunun hükmettiği emir ve yasaklar doğrultusunda toplumdaki diğer bireylerin temel hak ve özgürlüklerine saygı göstererek ilişki kurup hayatını devam ettirmek zorunda oldukları, kişilerin kanun koyucunun koymuş olduğu sınırları aşarak hukuka aykırı meydana getirmiş oldukları eylemlerle başkalarının zarar görmeleri halinde bu eylemlerinin haksız fiil sayılacağı ve bu eylemlerden ötürü mağdur olanların zararlarını tazminle mükellef oldukları gibi konular ele alınmıştır.

“Borcun Kaynağı Olan Haksız Fiilin Türk Borçlar Hukuku ve İslam Borçlar Hukuku Bakımından Mukayesesi” isimli bu çalışmanın kapsamı ise; haksız eylemler, esas olarak bireyin mal varlığına, yaşamına, vücut dokunulmazlığına ve manevî değerlerine yönelik gerçekleştirilebilecek olmasından ötürü hem ceza hukuku hem de özel hukukunun ilgi alanına girmektedir. Biz, bu çalışmamızda kişilerin mal varlıklarına yönelik gerçekleştirilen haksız fiilleri esas alan özel hukuk hükümlerini ele aldık. Bu bakımdan haksız eylemlerin ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin yanında borçlar hukukunda yer alan sözleşmeden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerini de çalışma alanımızın dışında tutarak konumuzun kapsamını belirledik. Çalışmamız ana hatlarını gerek Türk borçlar hukuku gerekse İslam borçlar hukuku bakımından, kusura dayalı haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkileri oluşturmakla beraber kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiillere de temas ettik. İslam borçlar hukuku bakımından haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisi içerisinde gasp ve itlaf şeklinde ikili bir tasnif yaparak incelemede bulunduk. İslam borçlar hukuku, cansız eşya ve hayvanın vermiş olduğu zararları itlaf konusu içerisinde ele aldık.

2. Araştırmanın Amacı ve Önemi

Toplum halinde yaşayan insanlar arasında düzen ve adaletin tesisini sağlamak amacıyla hukuk kuralları konulmuştur. Konulan hukuk kuralları, kişilere bazı hak ve yükümlülükler yüklemiştir. Kişiler kendilerine tanınan haklara toplumdaki diğer fertlerin saygı göstermesini beklediği gibi kendi haklarını kullanırken de başkalarının haklarını çiğnememe yükümlülüğüne azami ölçüde dikkat göstermesi gerekmektedir. Hukuk rejimleri, saygı ve özen yükümlülüğü ihlal edilmesi sebebiyle hakları tecavüze uğrayarak zarar görenlerin zararlarının karşılanması, zarar verenlerin ise belirli müeyyidelerle cezalandırılarak hem sorumlu kılınması hem de başkalarına örnek teşkil ederek haksız eylemde bulunmalarını engellemeyi sağlamak eğilimi göstererek toplumsal adalet ve düzeni sağlama yoluna gitmiştir.

İslam hukuku, İslam dininin külli kaideleri nazarında oluşmuş, kişilerin hak ve sorumluluklarını dengeleyici, bireysel ve toplumsal ilişkileri dünya ve ahiret hayatı perspektifinde düzenleyen kurallar bütünüdür. İslam hukukunda ayet, hadis ve icma ekseninde dini, ahlaki, dünyevi ve uhrevi konuları kapsayan hukuk kuralları, düzenli ve istikrarlı bir toplum dizayn etmek amacıyla fertlerin can ve mal güvenliklerini koruma altına almıştır. Bu bakımdan toplumda yaşayan bireylerin mallarına yönelik gerek kıskançlık, öç alma, haset veya başka bir duyguyla bilerek ve isteyerek gerekse yapmış olduğu işe, yanında çalıştırmış olduğu adama, aynı evde yaşamış olduğu ev sakinlerine, üzerinde mülkiyet hakkı bulunan taşınmazlara dair gerekli dikkat ve özen yükümlülüklerini yerine getirmeksizin hareket edip hukuka aykırı bir biçimde başkalarına maddi ve manevi zarar verilmesi halinde toplumsal adaletin tesisi ve hukuk devletinin gereği olarak zarar verenin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği Kur'an'ı Kerim'de ve Peygamber'in (sav) hadislerinde yer almıştır. Böylece yüzyıllardır süre gelen temel insan ilişkilerine dayalı ihtiyaçları karşılayan İslam hukuku, geline çağda ortaya çıkan değişimleri ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz ilkesi doğrultusunda kendi orijinalitesi ile çözüme kavuşturmuştur.

Türk hukuk sistemi, bireysel ve toplumsal ilişkilerde toplumsal düzenin sağlanması, gelişen sanayi ve ekonomi üretimi neticesinde iş ve çalışma hayatında kullanılan yöntemlerin ve davranışların değişmesinden kaynaklanabilecek zararlardan ötürü toplumun ve bireylerin korunması amacıyla temel hak ve menfaatleri koruma altına almıştır. Bu temel hak ve menfaatler, ister bilinerek ve arzu edilerek isterse de üzerine düşen dikkat ve özen

yükümlülüğe aykırı davranılarak ihlal edilmesi durumunda meydana gelecek olan zararın, giderilip giderilemeyeceği, giderilmesi gerektiği durumlarda tazmin sorumluluğunun doğumu için hangi şartların aranacağını ve kim tarafından, hangi şekilde ve ölçüde karşılanacağına dair İsviçre medeni hukuk kurallarından iktibas edilen borçlar kanununda düzenlenmiştir. Türk borçlar hukukunun çerçeve norm olması hasebiyle korunan menfaatlerin hukuka aykırı eylemler neticesinde ihlal edilmesi genel olarak kusura dayalı haksız fiiller kapsamında ele alınmışsa da gelişen teknoloji ve sanayinin gelişmesinden ötürü çevrenin kirletilmesi, iş kollarının artması ve çeşitlilik göstermesi sebebiyle istihdam edilen kişilerin üçüncü kişilere zarar vermesi, ulaşım imkânlarının artması nedeniyle hava taşıma araçlarından kaynaklanan zararların ortaya çıkması, yapı sahiplerinin taşınmazlar üzerinde sahip olmuş oldukları haklardan ötürü üçüncü kişilere zarar vermesi halleri de göz önünde bulundurularak kusur aranmayan haksız fiillerde özel hükümlerle düzenlenmiştir. Bu bakımdan her iki hukuk sisteminin de kişilerin mülkiyet hakkını koruması, bu hakka yönelik gerçekleştirilen eylemlerin hangi şartlar altında haksız eylem sayılacağı, meydana getirilen haksız eylem neticesinde fiili işleyenlerin ne tür sorumluluklarla karşı karşıya kalacağı önem arz ettiğinden bu konuda çalışma yapma gerektiği değerlendirilmiştir.

Türk toplumunun tamamına yakınında dini inanış olarak İslam'ın benimsenmiş olması sebebiyle bireyler arasındaki ilişkiler, birey ile toplum arasındaki ilişkiler ve kişisel tutum ve davranış kalıplarına dini kabuller yansımaktadır. Buna mukabil Türk hukuk sisteminde ortaya çıkan uyuşmazlıklara Türk toplumunun bağrından çıkmayan, gelenek görenek, dini inanışlarını yansıtmayan Kara Avrupa hukuk sistemine ait kanunların uygulanması toplum nezdinde paradokslara neden olabilmekte, toplum tarafından kabullenilememekte ve eleştirilmektedir. Bu bakımdan medeniyet içi farklılıkların giderilmesi yahut pratik ticari, sanayi ve iktisadi ihtiyaçların giderilmesi için cüzî hadiselerde Kara Avrupası hukuk sistemi dışında yer alan hukuki kabullerin yok sayılması sömürgeleşmeyi, çatışmaları ve sorunları doğuracaktır. Bu sebeple cüzi bir mesele olan borcun kaynağı olan haksız fiil hukukunu hem Türk borçlar hukuku hem de İslam borçlar hukuku bakımından teferruatıyla ele alarak her iki hukuk sistemi arasında ne gibi benzerliklerin ve farklılıkların olduğunu mukayese ederek her iki hukuk sistemine ait genel hukuk kaidelerini oluşturmak, hukuk sistemlerinin bilgisinin ilerlemesi ve gelişmesini sağlamak, ulusal hukuk sisteminin revize edilebilirliği ve yenilenebilirliğine ilişkin kaynak oluşturmak, borcun kaynağı olan haksız fiil kavramına ilişkin uyuşmazlıkları tespit etmek gibi var olan bu uyuşmazlıklara dair İslâm hukuku, Kara

Avrupalı hukuk sistemine alternatif olabilir mi? Türk toplum ve hukuk düzenine İslâm borçlar hukuku uygulanabilir mi? Türk toplum, hukuk, sanayi ve iktisadi hayatındaki sorunlara İslâm borçlar hukuku çözebilir mi? sorularının sorulmasına yol açmak, Türk hukuk sisteminde geçerli olan hukuk sistemi ile toplumun dinamiklerine uygun olan İslam hukuk sisteminin birbirine yaklaştırarak uyumlu hale getirilmesine yardımcı olmak ve tarafların karşılaştıkları sorunları toplumsal kabuller ile modern çağın getirdiği hukuk normlarının sentezi doğrultusunda alternatif çözüm yolları sunmak için çalışma gayretine girilmesini sağlamak bu çalışma ile amaçlanmaktadır.

3. Araştırmada Takip Edilen Yöntem

Borçlar hukukunda, borç doğuran işlemler içerisinde sözleşme, sebepsiz zenginleşme ile birlikte haksız fiil yer almaktadır. Bu bakımdan haksız fiile dayalı borç ilişkisi konu itibariyle arz ettiği önem nedeniyle hem İslam hukukunda hem de Türk hukukunda önemli bir yer edinmiştir. Türk borçlar hukukunda haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisi Türk Borçlar Kanunu'nda birinci bölüm, birinci kısım, ikinci ayırım başlığı altında ve çeşitli özel kanunlar ile doktrinde kavramsal ve teorik olarak detaylı bir şekilde ele alınarak mevcudiyetini oluşturmuştur. İslam borçlar hukukunda ise haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisi ayrı bir başlık altında sistematik olarak düzenlenmeyip, dağınık ve kazuistik olarak çeşitli başlıklar altında ele alınmıştır. Bununla birlikte çağdaş İslam hukukçuları haksız fiil olarak sayılan eylemleri pozitif hukuka benzer bir stilde ele almıştır. Biz de bu çalışmamızda haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisini çağdaş İslam hukukunda ve modern hukukta paralel olarak düzenlenen sistematik başlıklar altında hem İslam borçlar hukuku temelinde hem de Türk borçlar hukuku temelinde ele alarak her iki hukuk sisteminin benzerliklerini ve farklılıklarına dair karşılaştırma yapmaya çalıştık.

4. Konu İle İlgili Çalışma

Çalışmamızın konusu ile ilgili çalışmalara baktığımızda, genel olarak Türkiye'de borcun kaynağı olan haksız fiilin gerek İslam hukuku gerekse Türk hukuku bakımından genel olarak ele alındığı gördük ancak bizim ele aldığımız şekilde mukayeseye dayalı bir çalışmaya rastlayamadık. Mesela 2019 yılında Mustafa Ünal tarafından Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu

adıyla yüksek lisans tezi hazırlanmıştır. Bu tezde haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisine genel olarak İslam hukuku çerçevesinde yer verilmiştir. Yer yerde konunun tasnifi ve daha iyi anlaşılması için Türk borçlar hukukuna değinilmiştir ancak söz konusu hukuk sistemleri arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ayrı bir başlık altında tek tek karşılaştırılarak yapılmamıştır.

Aynı şekilde Ercan Eser tarafından 2007 yılında Ankara Üniversite Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk adıyla doktora tezi hazırlanmıştır. Bu tezde sorumluluk kavramı hem İslam hukuku hem de Türk borçlar hukuku bakımından ele alınmıştır. Sorumluluğun kaynağı olan haksız fiil kavramı bakımından her iki hukuk sistemi tarafından ele alınışına değinilmiş ancak haksız fiilin unsurları her iki hukuk sistemi bakımından ayrı başlıklar açılarak ele alınmamış ve mukayyesine dair bir bütün olarak ayrı ayrı değinilmemiştir. Biz bu çalışmamızda söz konusu çalışmadan farklı olarak haksız fiilin unsurlarını da ayrı bölümlerde Türk hukuku ve İslam hukuk bakımından ayrı ayrı olarak ele alıp kıyaslamasında bulunduk.

Yaser Rezazad tarafından Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Türk Hukukunda Sorumluluk Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Halleri adıyla yüksek lisans tezi hazırlanmıştır. Bu tezde Türk borçlar hukukunda yer alan borcun kaynaklarına ve kusur aranmaksızın borç doğuran hallere değinilmiştir. Borcun kaynağı olan kusura dayalı haksız fiile ilişkin sadece Türk borçlar hukuku bakımından değinilmiştir. Kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller bakımından İran hukukunda ve Türk hukukunda yer alan kanuni düzenlemelere değinilmiştir ancak kusura dayalı haksız fiiller bakımından İslam hukukunda yer alan düzenlemelere değinilmemiş ve yine diğer mezheplerin barındırdığı görüşlere yer verilmemiştir.

Aylin Toker tarafından Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminat Unsurları adıyla yüksek lisans tezi hazırlanmıştır. Bu tezde Türk borçlar hukukunda yer alan borcun kaynağı olan haksız fiile, haksız fiilin unsurlarına ve borcun nasıl ve hangi kriterler ölçüsünde ne türde ve hangi miktarda tazmin edileceğine değinilmiştir. Borcun kaynağı olan kusura dayalı haksız fiile ilişkin sadece Türk borçlar hukuku bakımından değinilmiştir. Kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiillere değinilmemiştir. Biz bu çalışmamızda yapılan çalışmadan farklı olarak Türk borçlar hukuku bakımından kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiillere ve İslam hukuk literatüründe

yer alan haksız fiil kavramına değinerek her iki hukuk sistemi bakımından haksız fiilin karşılaştırmasını yaptık.

Mehmet Salih Karabayır tarafından İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi Zararın Tazmini adıyla yüksek lisans tezi hazırlanmıştır. Bu tezde Türk borçlar hukukunda yer alan borcun kaynağı olan haksız fiile, haksız fiilin unsurlarına ve borcun nasıl ve hangi kriterler ölçüsünde ne türde ve hangi miktarda tazmin edileceğine değinilmiştir. Borcun kaynağı olan kusura dayalı haksız fiile ilişkin sadece Türk borçlar hukuku bakımından değinilmiştir. Kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiillere değinilmemiştir. Biz bu çalışmamızda yapılan çalışmadan farklı olarak Türk borçlar hukuku bakımından kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiillere ve İslam hukuk literatüründe yer alan haksız fiil kavramına değinerek her iki hukuk sistemi bakımından haksız fiilin karşılaştırmasını yaptık.

Mahmut Dindar tarafından Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Haksız Fiilden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk adıyla yüksek lisans tezi hazırlanmıştır. Bu tezde Türk borçlar hukukunda yer alan borcun kaynağı olan haksız fiile, haksız fiilin türleri olan kusura dayalı borç doğuran haksız fiiller ve kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller ile haksız fiilin unsurları sadece Türk borçlar hukuku bakımından ele alınmıştır. İslam borçlar hukuku bakımından haksız fiile, türlerine ve unsurlarına değinilmemiştir. Biz bu çalışmamızda yapılan çalışmadan haksız fiil, haksız fiilin türleri ve unsurlarını İslam borçlar hukuku bakımından da ele alarak her iki hukuk sistemi nazarında mukayesesini yaptık.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİ

1. 1. Haksız Fiilin Tanımı ve Türk Borçlar Hukuku ile İslam Borçlar Hukuku Bakımından Mukayesesi

1. 1. 1. Türk Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Yeri

Haksız fiil hukuku; bir kişinin bir başkasının zarara uğramasına neden olması hâlinde; bu zararın, giderilip giderilemeyeceği ve giderilecekse, tazmin sorumluluğunun doğumu için hangi koşulların aranacağını, tazminatın, kim tarafından, hangi şekilde ve ölçüde gerçekleştirileceğini düzenleyen kaidelerin tamamıdır.¹ Hukuk sistemleri, haksız fiil hukukunu mücerret ve kazuistik olarak ele almış olup üç gayeye hizmet ettiğini ifade etmiştir. Bunlar, "zararın giderilmesi", "ihlal edilen hakkın temdit ettirilmesi" ve "zararın önlenmesidir". Buna göre zararın giderilmesinde; zarar veren, zarar gören kişinin zararını giderir. İhlal edilen hakkın temdit edilmesinde; tecavüz edilen hakkın yerine, zarara uğrayanın zarar verene karşı sahip olduğu tazminat talebinin ikame etmesidir. Zararı önleme de ise; ayrıca olası başkalarının haklarını ihlal edecek sorumluları daha ihtiyatlı davranmaya yönlendirmek suretiyle vuku bulması muhtemel zararları engellemedir.²

Türk borçlar hukuku zararı önlemeyi de aynı zamanda yerine getiren zararın tazmini görüşünü kabul ederek haksız fiil kavramını mücerret metoda göre ele alıp bir bütün olarak değerlendirerek ortak düzenlemeler yapılmıştır. Kara Avrupa hukuk sistemini benimseyen

¹ Günhan Koşar, "Haksız Fiilin Hukuki Amacı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2020), 1.

² Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2019), 2/ 47; Yıldız Abik, "Normun Koruma Amacı Teorisi" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59 (2010), 3.

Türk borçlar hukuku, Türk medeni hukuku ve çeşitli özel kanunlar haksız fiil kavramını mücerret metoda göre çerçeve norm şeklinde düzenleyerek kaynak oluşturmuştur. Türk hukuk sistematigi haksız fiilleri ikili tasnife tabi tutarak kusura dayanan haksız fiiller ve kusur aranmayan haksız fiiller olarak ele almıştır. Türk Borçlar Kanunu’nda genel olarak haksız fiil kavramı kusura dayanan sorumluluk kabul edilerek düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde; “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme kusura dayalı meydana getirilen haksız fiil kavramını ortaya koymuştur. Kusura dayalı haksız fiillerden söz edebilmesi için hukuka veya ahlaka aykırı bir fiilden, zarardan, kusurdan ve zarar ile kusur arasında nedensellik bağından bahsetmemiz gerekir. Bununla birlikte gerek borçlar kanununda gerekse bazı özel kanunlarda kusur aranmaksızın meydana getirilen hukuka aykırılıklar, haksız fiil kavramı içerisinde düzenlenmiştir. Kusur aranmayan haksız fiillerde ise kişinin tehlike oluşturan eylemi veya umulmayan bir halin doğurmuş olduğu neticesi sebebiyle meydana gelen zarardan failin sorumlu tutulmasıdır. Kusursuz haksız fiiller önemli olan zarar ile sorumluluğu doğuran olay arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Kusur aranmayan haksız fiiller her bir sorumluluk türü bakımından ayrı ayrı olarak kanunlarda ele alınmış olup o konudaki şartları belirleyen yasal düzenlemenin koruma amacı ile sınırlıdır.³ Burada sorumluluk kusur yerine kanunun öngördüğü belirli olguya tabi kılınmıştır.⁴ Kusur aranmayan haksız fiiller neticesinde meydana gelen maddi ve manevi zarar bakımından fail tazmin ile mükelleftir. Türk borçlar hukukunda kusur aranmayan haksız fiiller tehlike, hakkaniyet ve özen ilkesine dayalı olarak spesifik düzenlenen olaylar üzerinden yer almıştır.

1. 1. 2. İslam Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Yeri

İslam hukuku, meseleci (kazüistik) yöntemle oluşup geliştiğinden ötürü borç türlerini içine alan umumi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle borcun tarifi, unsurları, kaynakları, türleri, neticeleri ve sona ermesi hakkında klasik fıkıh kitaplarında bağımsız bir bölüm ve

³ Kemal Oğuzman – Turgut Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 136.

⁴ Fikret Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018), 515.

toplu bir bilgi bulmak mümkün değildir.⁵ İslam hukukunda borcun tarifini yapan genel bir tanım olmamasına binaen iltizam, daman, hukuk, ayn, deyn, zimmet kavramları borç kavramıyla paralel olarak kullanılmıştır.⁶ İltizam; hukuki işlemde doğan borç ilişkisi anlamında kullanılmaktadır. Hukuki işlem haricinde ortaya çıkan borç ilişkilerini karşılamamaktadır. Damam; kefalet manasına kullanılmakta olup haksız fiilden kaynaklanan borçlar ile kusursuz imkânsızlık vaziyetlerindeki hasar kavramını belirtmektedir.⁷ Hukuk kelimesi; İslam hukukçuları tarafından sözleşmenin ikincil olarak teşekkül ettirdiği sorumluluklar için kullanılmaktadır. Ayn; kıyemî mallar ile belirlenmiş (tayin edilmiş) misli mallar üzerinde kurulan borç ilişkisini belirtmektedir. Günümüz hukukunda parça borcu olarak adlandırılan belirli bir eşya üzerinde ihdas edilen borç ilişkisini ifade etmektedir. Deyn; nitelikleri belirtilmiş varlık üzerinde ihdas edilen borç ilişkisidir. Bunlar genelde cins, para ve yapma borçlarıdır.⁸ Son olarak zimmet kavramı ise; insanın ödevlerinin kendisine ve tahmil ettikleri külfete tahammül edebilme gücü anlamına gelmektedir.⁹ Bu bakımdan zimmet bireyin haklara ve borçlara sahip olma ehliyetidir.¹⁰

İslam hukukunda yukarıda izah olunduğu üzere borca ilişkin genel bir düzenleme olmasa da; yapılan kazüistik düzenlemelerden ve borç yerine kullanılan kavramlardan İslam hukukçuları borcun kaynağının sözlü ve fiili tasarruflar neticesinde ortaya çıkan tek taraflı irade, akit, haksız fiil ve haksız mal iktisap olduğu görüşüne varmışlardır.

Haksız fiil kavramına İslam hukukunda Kuran ‘da “Aranızda birbirilerinizin mallarını haksız sebeplerle yemeyiniz.”,¹¹ “Bir kötülüğün cezası, ona denk bir kötülüktür.”,¹² “O halde, size tecavüz edene, size tecavüz ettikleri gibi tecavüz edin”,¹³ “Eğer ceza vermek isterseniz size

⁵ Mehmet Akif Aydın, “Borç”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1992), 6/285-291

⁶ Mehmet Birsin, *İslam Eşya ve Borçlar Hukuku* (İstanbul: Çıra Akademi, 2019), 104.

⁷ Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası* (İstanbul: İFAV Yayınları, 1998), 22.

⁸ Birsin, *İslam Eşya ve Borçlar Hukuku*, 104.

⁹ Sava Paşa *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt* çev. Baha Arıkan (Ankara: DİB Yayınları, 2016), 2/498.

¹⁰ Eyüp Said Kaya-Hasan Kacak, “Zimmet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 2013), 44/425.

¹¹ Kur’ân-ı Kerîm Meâli, çev. Halil Altuntaş-Muzaffer Şahin (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2009), el-Bakara, 2/188.

¹² Şûrâ, 42/40.

¹³ el-Bakara, 2/194.

yapılanın aynıyla mukabele edin.”¹⁴ mealindeki ayetler, Peygamber’in (sav) “Bu beldeniz, bu şehriniz bu gününüz haram olduğu gibi kanlarınız ve mallarınız da birbirinize haram kılınmıştır”,¹⁵ “Zarar vermek ve zarara zarar ile mukabelede bulunmak yoktur.”,¹⁶ “Kim haksız surette bir karış yer gasp ederse kıyamet günü Allah yedi kat yeri o kişinin boynuna dolar”,¹⁷ hadisleri ile “Zarar izâle olunur”,¹⁸ “Cevaz-ı şer’î zamâna münafidir”,¹⁹ “Mütesebbip müteammid olmadıkça zâmin olmaz.”,²⁰ “Hayvanatın kendiliğinden olarak mazarratı hederdir”,²¹ “Bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz”,²² “Meşrû bir sebep bulunmadıkça kişinin başkasının malını alması (ahz eylemesi) caiz olmaz”²³ şeklindeki genel fıkıh kaideleri kaynaklık etmektedir. Bu kaynaklar dikkate alındığında İslam Hukukunda haksız fiil kavramı “gayri meşrû fiiller” yahut “gayri kanunî fiiller” olarak da isimlendirilmiş olup; şahısların canlarına veyahut mallarına yönelik hukuka aykırı olarak kasıt ya da ihmal neticesinde gerçekleştirilmesi sonucu mağduru zarara uğratan eylemler olarak tanımlanmıştır. İslam hukuku haksız fiili, konusuna göre ikili tasnife tabi tutmuştur. Bu bakımdan haksız fiiller İslam hukukunda kişinin canına yönelik gerçekleştirilenler ukubat, malına yönelik gerçekleştirilenler ise muamelat olarak ikiye ayrılmaktadır. Konu gereği muamelat kapsamında yer alan haksız fiiller ele alınacağında ukubat kapsamında kalan haksız fiillere değinilmeyecektir. Bu bakımdan haksız fiil muamelat bakımından inceleyecek olursak İslam borçlar hukuku genel olarak hukuki muamelelere dayanmaktadır. İslam borçlar hukukunu iyi kavrayabilmek için sübjektif haklar

¹⁴ en-Nahl, 16/126.

¹⁵ Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Buhârî, *el-Câmi’u’s-sahîh*, nşr. Muhammed Züheyr b. Nasr (b.y.: Dârü Tavki’n-Necât, 1422/2001), “İlim”, 38; “Hacc”, 138; Ebû’l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc Müslim, *el-Câmi’u’s-sahîh*, nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî (Kahire: y.y., 1374-75/1955-56), “Hacc”, 147, “Kasâme”, 29; Ebû İsa Muhammed bîn İsa bîn Sevre et Tirmizî, *el-Câmi’u’s-sahîh*, nşr. Ahmed M. Şâkir (Kahire: y.y. 1356/1937), “Fiten”, 6; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî, nşr. nşr. Ali Rızâ Abdullah – Ahmed Bezre (Dimaşk: Dârü’l-Kalem, 1406/1986), “Menâsik”, 76.

¹⁶ Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel, *el-Müsned*, nşr. Ebû Hâcir Muhammed Saîd Besyûnî (Beyrut: y.y., 1405/1985.), 1/313.

¹⁷ Buhârî, “Bedu’l-Halk”, 2; Tirmizî, “Diyât”, 21 ; Müslim, “Musâkât”, 137-139.

¹⁸ İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir* (Suriye: Dârü’l-Fikr, Suriye, 1983), 94 ; Süyûtî, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir* (Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1993), 84; *Mecelle*, Md.20.

¹⁹ *Mecelle*, Md.91; 814; 824, 826

²⁰ *Mecelle*, Md. 93.

²¹ İbn Nuceym, *el-Bahru’r-Râik Şerhu Kenz’d-Dakâik* (Beyrut: Dâr’l-Ma’rife,1993), 8/ 311; *Mecelle*, md. 94.

²² *Mecelle*, md. 89.

²³ *Mecelle*, md.17.

kavramını bilmek gereklidir. Sübjektif haklar, şahsa ve mala bağlı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şahsa bağlı haklar genel olarak başkasının üstüne geçirilemeyen, iktisat dışında kalan haklardır. Mala bağlı haklar ise genel olarak başkasının üstüne geçirilebilen, para ile ölçülebilen haklardır. Başka bir ifade ile mala bağlı haklara, iktisadî kıymeti haiz olan haklar denilebilir. Zira mala bağlı haklar iktisadî faaliyetlerin neticelerinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum Mecelle’de, nev’in muhafazası şahısların muhafazası ile mümkün olduğu, yaradılışı itibariyle zayıf olan insanın yaşayabilmek için sanayi vasıtası ile yiyeceğini, giyeceğini, meskenini tedarik etmeye mecbur kaldığı, bu halin üstesinden gelebilmek için insanların bir araya gelmelerinin ve birbirine yardım etmelerinin gerektiği belirtilmiştir. İnsanların bir araya gelmeleri ve ilişki kurmaları esnasında hukuki muameleler tahsis edilecektir. Tahsis edilen bu hukuki muameleler ve eylemler sebebiyle üçüncü kişilerin haklarının tecavüz edilmesi sonucunda ihlal edilen hakkın iadesi veya tazmini iktisadi sonuçlar doğuracaktır. Bundan dolayı İslam iktisadı, mala bağlı haklar yönünden İslam borçlar hukukunun dayanağını oluşturmaktadır. Bu bakımdan insanların bir arada yaşaması sonucu kurmuş oldukları eylemler sebebiyle üçüncü kişilerin haklarını tecavüz ederek iktisadi sonuçlar doğuran haksız fiiller İslam borçlar hukukunda borcun kaynağı oluşturmaktadır. Muamelat başlığı altında ele alınan haksız fiiller de kendi içerisinde gasp ve itlaf olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²⁴ Muasır İslam hukuku kitaplarında haksız fiil kavramı dar anlamda kusur sorumluluğuyla eş tutularak modern hukukta benimsenen çizgi benimsenmiş ve haksız fiilin varlığından bahsedilebilmesi için hukuka aykırı fiilin, zararın, illiyet bağının ve kusurun bulunması gerektiği belirtilmiştir.²⁵ Bununla birlikte İslam hukukunda da Türk borçlar hukukunda olduğu gibi kusurun aranmadığı bazı haksız eylemlerde spesifik düzenlenerek borcun kaynağı olarak belirtilmiştir. Örneğin velinin yanında bulunan kişiden mesuliyeti, hayvan bulundurmadan kaynaklanan sorumluluk, eşyadan kaynaklanan sorumluluk bu kapsamda değerlendirilmektedir.

²⁴ Ali Haydar Efendi. *Düreru’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 2/1568.

²⁵ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 2/451.

1. 1. 3. Türk Borçlar Hukuku ile İslam Borçlar Hukuku Bakımından Haksız Fiilin Genel Anlamda Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi haksız fiil kavramı üzerinden genel olarak mukayese edilecek olursa; Türk borçlar hukukunda borcun kaynağı olarak sözleşme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kabul edilmiştir. Bu bakımdan haksız fiil, borcu doğuran temel sebeplerden biridir. Haksız fiil hukuku, bir kişinin meydana getirmiş olduğu hukuka aykırı eylem neticesinde başka bir kişiyi zarara uğratması halinde; meydana gelen bu zararın hangi şartlar altında ve ne suretle giderilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Haksız fiil hukuku bu bakımdan hem zararın giderilmesi hem de uygulanacak yaptırımlarla başkalarının hukuka aykırı eylemlerde bulunmasını engelleme amacı güderek Kara Avrupa hukuk sisteminden iktibas edilen ve birey iradesine dayanan Türk Borçlar Kanunu'nun birinci bölüm, birinci kısım, ikinci ayrımında mücerret metoda göre çerçeve norm şeklinde ele alınmıştır. İslam hukukunda ise borçlar hukuku meselecî metoda göre Kur'an, hadis ve genel fıkıh kaideleri ekseninde oluşup geliştiği için borç türlerine ilişkin genel ve doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle borcun tanımına, unsurlarına, kaynaklarına ilişkin bağımsız bir bölüm ve toplu bir malumat yer almamaktadır. Borç kavramı yerine eş değer olarak kullanılan iltizam, daman, ayn, deyn ve zimmet gibi kavramlardan borca ilişkin tanımlar, borcun kaynakları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan bu kavramların kullanılma şekillerine, fiili ve sözlü tasarruflara göre borç genel olarak akide bağlı borçlar ve akit haricinde kaynaklanan borçlar olmak üzere ele alınmış olup akit dışında kaynaklanan borçların ise haksız fiiller ve haksız mal iktisaplarının olduğu kanaatine varılmıştır. İslam hukukunda haksız fiil kavramı, gayri meşru fiiller veya gayri kanuni fiiller isimleriyle de nitelendirilmiş olup; bireylerin canlarına veya mallarına yönelik hukuka aykırı olarak kasıt ya da ihmal ile gerçekleştirilmesi neticesinde üçüncü kişileri zarara uğratan fiiller olarak tanımlanmıştır.

Türk borçlar hukuku ve İslam borçlar hukuku yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere haksız fiilin tanımı noktasında benzerlik göstererek, haksız fiili; kişilerin mallarına yönelik hukuka aykırı olarak kasten ya da ihmalen gerçekleştirilen eylem neticesinde zararın ortaya çıkarılması şeklinde tanımlamışlardır. Her iki hukuk sistemi de bu tanımdan da anlaşılacağı üzere haksız fiilin unsurlarını hukuka aykırılık, fiil, zarar, illiyet bağı ve kusur olarak belirlemişlerdir.

1. 2. Haksız Fiilin Türleri

1. 2. 1. Türk Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Türleri

Türk borçlar hukuku, Türk medeni hukuku ve çeşitli özel kanunlar haksız fiil kavramını mücerret metoda göre çerçeve norm şeklinde düzenleyerek kaynak oluşturmuştur. Türk hukuk sistematigi haksız fiilleri ikili tasnife tabi tutarak kusura dayanan haksız fiiller ve kusur aranmayan haksız fiiller olarak ele almıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda genel olarak haksız fiil kavramı kusura dayanan sorumluluk kabul edilerek düzenlenmiştir. Bununla birlikte gerek borçlar kanununda gerekse bazı özel kanunlarda kusur aranmaksızın meydana getirilen hukuka aykırılıklar, haksız fiil kavramı içerisinde düzenlenmiştir. Kusur aranmayan haksız fiillerde ise kişinin tehlike oluşturan eylemi veya umulmayan bir halin doğurmuş olduğu netice sebebiyle meydana gelen zarardan failin sorumlu tutulmasıdır. Kusur aranmayan haksız fiiller her bir sorumluluk türü bakımından ayrı ayrı olarak kanunlarda ele alınmış olup o konudaki şartları belirleyen yasal düzenlemenin koruma amacı ile sınırlıdır.²⁶ Burada sorumluluk kusur yerine kanunun öngördüğü belirli olguya tabi kılınmıştır.²⁷ Kusur aranmayan haksız fiiller neticesinde meydana gelen maddi ve manevi zarar bakımından fail tazmin ile mükelleftir. Türk borçlar hukukunda kusur aranmayan haksız fiiller tehlike, hakkaniyet ve özen ilkesine dayalı olarak spesifik düzenlenen adam çalıştırının sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu, taşınmaz malikinin sorumluluğu, motorlu araç işletenin sorumluluğu, çevreyi kirletenin sorumluluğu ve sivil hava aracı işletenin sorumluluğu üzerinden ele alınmıştır.

1. 2. 2. İslam Borçlar Hukukunda Haksız Fiilin Türleri

İslam hukukunda, akit haricinde bireyin kasıt, ihmal ve tedbirsizlik gibi kusurlu ve hukuka aykırı fiili sebebiyle başkasına verdiği zarardan ötürü ortaya çıkan mali külfeti gidermesi için borç ilişkisi kurulmaktadır. Kurulan bu borç ilişkisi haksız fiil olarak nitelendirilmektedir. Muâmelât bölümünde yer alan haksız fiiller gasp ve itlaf olmak üzere

²⁶ Kemal Oğuzman – Turgut Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 136.

²⁷ Fikret Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018), 515.

ikili bir tasnife tabi tutulmuştur.²⁸ Gasp kendi içerisinde üzerinde gerçekleştiği nesne bakımından menkul mallarda gasp ve taşınmaz mallarda gasp olarak ikiye ayrılırken; itlafta kendi içerisinde mübaşeret (doğrudan) itlaf ve tesebbüben (dolaylı) itlaf olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.

1. 2. 2. 1. Gasp

Gasp kelime anlamı olarak; bir kişiye üstün gelmek, başkasına ait bir şeyi cebren almaktır.²⁹ Hukuki olarak ise gaspın tanımı mezheplere göre farklılıklar göstermektedir. Hanefi mezhebine göre gasp; başkasına ait mütekaavim, muhterem ve menkul malı mal sahibinin muvafakati olmadan cebren alarak zilyetliğine son vermesi ve malın zilyetliğini kendisine geçirmesi olarak tanımlanmıştır.³⁰ Hanefi mezhebinde İmam Ebu Yusuf ve İmam Hanife'nin başını çektiği genel kabule göre gasptan söz edilebilmesi için; mal sahibinin ruhsatı olmadan zilyetliğinin sona erdirilerek gasp eden kişinin mal üzerinde zilyetlik kurması, malın taşınabilir ve ayrıca İslam hukuku bakımından geçerli, kullanılması helal ve alım satımı yapılabilen(yani mütekaavim mal) ile bu malında başkaları tarafından dokunulmaz yani saygı duyulan muhterem mal olması gerekmektedir.³¹ Hanefi mezhebinde İmam Muhammed'in başını çektiği azınlık bir görüşe göre ise; taşınır mallarla birlikte taşınmaz mallarında gaspa konu olabileceği ve malın zilyedinin gasp edene geçmesinin gerekmediği belirtilmiştir.³²

Şafii mezhebine göre ise; başkasına ait hakkın hukuka aykırı yolla zulmen alınması şeklinde tanımlanmaktadır.³³

²⁸ Kamil Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefi Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019), 42.

²⁹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiye Kamusu* (İstanbul: Ravza Yayınevi, 2018), 7/327.

³⁰ Molla Hüsrev, , *Gurer ve Dürer Tercümesi*, çev.Arif Erkan. (İstanbul: Eser Neşriyat, 1979), 4/277; Serahsi *el-Mebsût* (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife,1993), 11/49; Merğînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 4/296; Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefi Sorumluluk Hukuku*, 127.

³¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi*, (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye,1974), 7/43; İbn Âbidin, *Reddû'l-muhtâr alâ'd-dürri'l-Muhtâr Şerhi Tenvâri'l-Ebsâr* (İstanbul: Karaman Yayınları, 1984), 6/208; el Meydani, *Muhtasar-ı Kuduri Şerhi Lübab Tercümesi*, çev. Hüsamettin Vanlıoğlu (İstanbul: Muallim Neşriyat, 2007), 7/346; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/446; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 250.

³² İbrahim Halebi, *Mültekal Ebhur* (İstanbul: Sağlam Kitabevi, 1980), 2/278.

³³ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 220; Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer*, 4/4.

Maliki mezhebine göre gasp; mal sahibi ile gasp edenin kuvvetleri çarpışmadan gasp edenin uygulayacağı cebirle malın kendisinin veya menfaatinin alınması ya da mala zarar verilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan hırsızlık ve yol kesip karşılıklı çarpışma şeklinde alınan mallar gasp hükmünden çıkarılmıştır.³⁴

Hanbeli mezhebine göre; gayri müslim ülkenin vatandaşı olmayan birinin bir başkasının malını zorla haksız biçimde alması şeklinde tanımlanmıştır.³⁵

Gasbın ister bilerek isterse bilmeyerek hukuka aykırı biçimde meydana getirilmesi sonucu ortaya çıkacak zarar, kimseye zarar vermeme ilkesi kapsamında tazmin ettirilecektir.³⁶

1. 2. 2. 1. 1. Menkul Mallarda Gasp

Tüm mezheplerde taşınır(menkul) mallarda gasbın gerçekleşmesi konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Başkasına ait taşınır mal gasp edilmesi halinde ortaya çıkacak zararın tazmin edilmesi zaruridir. Gasp durumunda taşınır malın sahibine iadesi asıl olandır.³⁷ Mal mevcut ise akıl sahibi ve malını koruyabilmeye ehil olan sahibine aynı yerde veyahut mal sahibinin kontrolü altında bulunan bir yerde teslim edilmesi halinde gasp edenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır, aksi takdirde ayırt etme kudretine sahip olmayan veya malını koruma yeteneği bulunmayan ya da farklı bir yere malın bırakılarak kişiye teslim edilmesinden ötürü gasp edenin sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.³⁸ Malda önemli derecede azalma veya tahrif yoksa mal sahibi artık malın değerinin kendisine ödenmesini isteyemez. Zira malın iadesi asıl, bedelin ödenmesi ise aslın halefidir.³⁹ Malın iadesi yapılmasına rağmen mal sahibi iadeyi kabul etmeyip malın ziyana uğraması halinde ise artık gasp edenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.⁴⁰ Bu durum Mecelle'nin 892. maddesinde

³⁴ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 250; Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, (İstanbul: Risale Yayınevi, 1994), 7/194.

³⁵ Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiye Kamusu*, 7/327.

³⁶ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 131.

³⁷ Kuduri, *el-Muhtasar* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997), 129; Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/297.

³⁸ Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, 2/799; Üsrüşenî, *el-Fusûl fi'l-Muâmelât*, 373.

³⁹ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 135.

⁴⁰ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 135.

“gâsıbın, mekân-ı gasbda ayn-ı mağsûbu sahibine red ve teslim ettiğinde damândan berî olur” şeklinde yer alan hükümle de sabitlenmiştir.

Gasp edilen mal iade edilirken malın değerinde ve fiziksel varlıklarında bir artış meydana gelmişse bunlarda mal ile birlikte sahibine teslim olunur. Bu artışlar gasp eden tarafından yok edilir veya başkasına satılırsa bu değerler gasp eden tarafından tazmin edilmek zorundadır. Ayrıca gasp edilen malın değerinde ve fiziksel mevcudiyetinde meydana gelen azalmalarda gasp eden tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Malın özünde bir değişiklik olmamasına rağmen piyasa değerinin düşmesi halinde gasp eden bu zararı gidermekle yükümlü değildir.⁴¹ Gasp eden niteliğini ve özünü kaybedecek şekilde mal üzerinde değişikliklerde bulunmuşsa malın mülkiyeti mal sahibinin üzerinden çıkarak gasp edene geçer ve gasp eden artık malın bedelini ödemek mecburiyetinde kalır. Bu durum Mecelle’nin 899. Maddesinde yer alan “ Gâsıp, eğer mâl-i mağsûbu ismi değişecek sûrette tağyîr ederse dâmin olur ve ol mal kendüye kalır.” hükmüyle de sabitlenmiştir. Ancak değişim malın özünü ve sağladığı menfaatleri etkilemiyorsa mal sahibinin mülkiyet hakkı sona ermez. Bu durumda mal sahibi dilerse malı alır dilerse malın değerini isteyebilir. Mal sahibinin malı istemesi durumunda, gasp edenin mal üzerinde yapmış olduğu değişikliklere ilişkin bedeli ödemesi gerekmektedir.⁴² Gasp edilen malın, gasp edenin elinden başkası tarafından gasp edilerek çıkması halinde malı ikinci kez gasp eden mal duruyorsa iade etmesi mal yoksa bedelini ödemesi gerekmektedir. Malı ilk gasp eden bedeli ödemişse ödediği bedeli malı kendinden gasp eden kişiye rücu edebilir. Malı, gasıbın elinden gasp eden kişi eğer malın bedelini ödemişse bu durumda ilk gaspta bulunana bedeli kendine ödemesi için rücu etme talebinde bulunmaz. Malı gasp eden gasıplardan herhangi birinin malı asıl sahibine iade etmesi veya bedelini ödemesi durumunda borç ilişkisi sona ermektedir.⁴³ Malın gasp eden tarafından kira, vedia, ariyet gibi hukuki ilişki neticesinde elden çıkarılması halinde ise malın sahibi yapılan hukuki işlemlere icazet vererek sözleşmesinin tarafı haline gelebilir ve sözleşmeden kaynaklanan bedeli isteyebilir. Eğer sözleşmeye icazet vermeyip taraf olmak istemezse de malın iadesini isteyebilir.⁴⁴

⁴¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm*, 2/876.

⁴² Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 150.

⁴³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm*, 2/825.

⁴⁴ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 156.

Gasp edilen malın sahibine iadesinin asıl olduğu yukarıda belirtilmişti ancak bazı durumlarda artık malın iadesi yerine değeri ödenmek durumundadır. Bu haller; gasp edilen malın iadesinin olanaksız olması veya asıl malda bedelin ödenmesini gerektirecek nitelikte bir değişikliğin ortaya çıkarak mülkiyetinin gasp edene geçmesi ya da fâhiş derecede bir azalma görülüp mal sahibinin bedeli seçmesidir. Bu durumlarda artık misli olan mal misliyle tazmin edilir. Malın misli bulunmazsa şayet o halde mal kıyemi hale gelerek piyasada geçerli olan değeri üzerinden bedeli tazmin edilecektir.⁴⁵

1. 2. 2. 1. 2. Gayri Menkul (Akar) Mallarda Gasp

Hanefî mezhebinde kabul edilen genel görüşe göre; gasbın söz konusu olması için malın zilyetliğinin mal sahibinin elinden çıkması zorunlu olduğundan genel olarak taşınmaz mallarda gasp söz konusu olmayacaktır. Ancak bu genel kabulün istisnaları vardır. Bunlar; gasp edenin gayri menkulü bir başkasına satıp teslim etmesi, kendisine emanet olarak teslim edilen malın (vedia) sahibi tarafından istendiği zaman muda(teslim edilen) tarafından teslim olgusunun inkar edilmesi, gayri menkul mal sahibinin aleyhine yapılan şahitliğe dayanarak hâkim tarafından verilen karar neticesinde gayri menkul mal sahibinin elinden çıkar daha sonra şahitlik yapanlar beyanlarından rücu etmesi ve vakfa veya yetime ait gayri menkulün gasp edilerek menfaat temin edilmesi halleridir. Bu hallerde gayrimenkul mallarda gasp söz konusu olup borç ilişkisi doğacaktır.⁴⁶ Diğer üç mezhepte kabul edilen görüşe göre ise gayrimenkul malların gasp edilmesi mümkün olduğundan borç ilişkisinin doğmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Gasp eden tarafından gayrimenkulün işlenmesi, gayrimenkule eklerin yapılması veya gayrimenkulün değerinin azalması durumları söz konusu olabilir. Bu durumda İslam hukukçuları çeşitli varyantasyonlu yorumlar yaparak bu durumları ele almışlardır. Bu durumlardan ilki gayrimenkul mala gasp eden tarafından ağaç veya bina dikilmesi durumudur. Bu ihtimalde; ağaç veya bina değerinin arsanın değerinden fazla olması halinde gasp eden arsanın bedelini ödeyerek cebren gayrimenkulün sahibi olur. Arsanın değerinin, bina veya ağacın değerinden fazla olması halinde ise arsa sahibi bina veya ağacın değerini

⁴⁵ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 143.

⁴⁶ Bağdadi, *Mecmaud'd-Damanât fî Mezhebi'l-İmam Ebî Hanîfe en-Numan* (Kahire: Dârü's-Selam, 1999), 126; Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 161; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 221.

ödeyerek bunların maliki konumuna gelir.⁴⁷ Gayrimenkul üzerinde zirai faaliyette bulunulması halinde gasp eden ekinleri sökerek araziyi mülk sahibine teslim etmesi gerekir, aksi halde mülk sahibi bunu yapabilir. Gayrimenkul sahibinin belli olmaması halinde ekinler gasp edenin olur.⁴⁸ Bu durum Mecelle'nin 907. Maddesinde yer alan “ Bir kimse, âharın arsasını gasb ve zirâat eylese, sahibi, arsasını istirdad ettikde, ol kimsenin zirâatıyla terettüb eden noksan-ı arzı dahi tazmin ettirir.” hükmüyle de belirtilmiştir. İkinci ihtimal ise gasp eden tarafından gayrimenkule yapılan ilavelerdir. Bu halde; gasp eden tarafından akara yapılan ilaveler ayrılabilirse mülk sahibi tarafından yapılan şeyin gasp edene iade edilmesi veya değerinin ödenmesi gerekir. Aksi halde gayrimenkul sahibi haksız kazanç elde etmiş olacaktır. Eğer gayrimenkule ilave edilen şey gayrimenkulden ayrılmıyorsa bu durumda ya gayrimenkul sahibi ilavenin değerini ödeyerek onun sahibi olacak ya da gayrimenkulün değerinin kendisine ödenmesini isteyerek gayrimenkulü gasp edene bırakacaktır.⁴⁹ Üçüncü ihtimal ise gasp edilen malda meydana gelen artışlardır. Gasp edilen gayrimenkul malda(örneğin arazi üzerinde bulunan ağacın meyve vermesi, ekin yetişmesi) sonradan meydana gelen fazlalıklar borç ilişkisine konu olmaz. Söz konusu bu artışlar gasp edenin elinde emaneten bulunur. Mal sahibi malın iadesini istediğinde gasp eden artışları mal ile birlikte aynen vermek zorundadır. Şayet artışlar mücbir sebepten ötürü veya üçüncü kişinin kusurundan ötürü telef olmuşsa söz konusu artışlar gasp edende emaneten durduğundan ötürü tazmini zorunluluk gerektirmez ancak gasp edenin kusurundan ötürü telef olması halinde ise tazmini zorunluluk gerektirir.⁵⁰ Şafii ve Hanbeli mezhebine göre ise; gasp edilen malda meydana gelen zevaidler her ne şekilde olursa olsun telef olması halinde gasp edenin malı elinde haksız olarak bulundurmasından ötürü bu zararı gidermesi gerektiği kabul edilmiştir.⁵¹ Malikiler mezhebindeki fakihler ise gasp edilen maldan meydana gelen artış mala bitişik ise gasp edenin sorumluluğunun olmadığını, ayrık ise gasp edenin sorumlu olduğunu ve artışın mal ile bitlikte sahibine verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.⁵²

⁴⁷ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, 6/192.

⁴⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, 4/297.

⁴⁹ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 171.

⁵⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 7/145; Bağdadi, *Mecmaud'd-Damanât*, 129; Mergînânî, *el-Hidâye*, 4/303; el Mavsilî, *Metni el- Muhtar li'- Fetva*, çev. Celal Yeniçeri (İstanbul: Şamil Yayınevi, 2016), 337.

⁵¹ Serahsi, *el Mebsut*, 11/55; Zuhayli, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, 7/388; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 222.

⁵² Zuhayli, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, 7/199; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 223.

Gasp eden gasp ettiği gayrimenkul malı sahibine iade eder veya malın kullanılmasını sahibinin istifadesine sunarsa ya da gasp edilen gasp edenle malın kullanımına ilişkin sözleşme yaparsa veyahut mal sahibi malın yönetimi konusunda gasp edene talimat verir ve gasp edende bu emri yerine getirirse ya da mal sahibinin sonradan vermiş olduğu rızayla gasp edenin malı kullanmasına izin verirse veya gasp edenin ibrasına karar verirse gasp edenin sorumluluğu ortadan kalkar.⁵³

1. 2. 2. 2. İtlaf

İtlaf kelime anlamı olarak; bir şeyi yok etmek, zarar vermek, tahrip etmek ve bitirmek manalarına gelmektedir.⁵⁴ Hukuk literatüründe ise; başkasına ait olan malı, tamamen veya kısmen yok edilmesi veya âdeten kendisinden umulan menfaatin azalması ya da kaybolmasına neden olan gasp ve hırsızlık dışındaki her türlü haksız fiil anlamında kullanılmaktadır.⁵⁵ Mala yönelik gerçekleşen itlaf nedeniyle meydana gelen zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğabilmesi için; malın mülkiyette bulunması, mülkiyette bulunan malın mütekavvim olması ve eylemde bulunanın tazmine ehil olması gerekmektedir. İtlaf, mübaşeret ve tessebbüb olmak üzere iki türden oluşmaktadır.

1. 2. 2. 2. 1. Mübaşeret İtlaf

Mübaşeret kelimesi sözlük anlamı olarak; bir şeyin arada araç olmaksızın direkt yapılması manasına gelmektedir.⁵⁶ İslam hukukunda ise mübaşeret; kişinin icra ettiği fiil ile zuhur eden netice arasına başka bir fiil girmeden zararın ortaya çıkmasıdır. Kısaca zarara yol açan eylemin doğrudan işlenmesidir. Söz konusu eylemi işleyen kişiye ise mübaşir denilmektedir.⁵⁷ Örnek olarak; komşusunun evinin kapısını tekme atarak kıran kişinin

⁵³ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 182.

⁵⁴ Serdar Mutçalı, *Arapça Türkçe Sözlük*, (İstanbul: Dağarcık Yayınevi, 1995), 90; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 227.

⁵⁵ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 184.

⁵⁶ Mehmet Akif Aydın, “İtlaf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/466.

⁵⁷ Serahsi, *el Mebsut*, 11/54.

eylemi örnek olarak verilebilir. Mübaşeretle itlaf halinde teaddi aranmaksızın eylemi icra eden kişi ile zarara uğrayan arasında borç ilişkisi kurulur.

İslam hukukunda itlaf kavramı, modern hukuktaki haksız fiil kavramına en benzer içeriğe sahiptir. Bu bakımdan yukarıda İslam hukukunda haksız fiile ve mübaşeretle itlafa dair açıklamalar yapıldığından tekrardan söz konusu açıklamalara değinilmeyecektir.

1. 2. 2. 2. Tesebbüben İtlaf

Tesebbüb kelimesi sözlükte, bir fiilin dolaylı olarak işlenmesi veya bir olaya neden olma anlamlarında kullanılmaktadır.⁵⁸ İslam fıkında ise; kişinin icra ettiği fiil ile zuhur eden netice arasına başka bir fiilin girmesi sonucu zararın ortaya çıkması manasına gelmektedir.⁵⁹ Başka bir ifadeyle zarara neden olan fiilin dolaylı olarak işlenmesidir. Bir şeyi dolaylı olarak itlaf eden kişiye de mütesebbib denilmektedir. Tesebbüb hallerinde borç ilişkisinin doğması için teaddi(hukuka aykırılığın) bulunması zorunludur. Bazı İslam hukukçuları tesebbüb halinden doğan borç ilişkisinin kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.⁶⁰ İslam borçlar hukukunda tesebbüben itlaf içerisinde istihdam ilişkisinden doğan sorumluluk, aile reisinin sorumluluğu, hayvanın verdiği zararlardan sorumluluk, bina ve diğer inşa eserinin malikinin sorumluluğu, bina ve diğer inşa eserinden düşen taşınır eşyadan sorumluluk ve sanayi mamulleri ile atık maddelerden doğan sorumluluk yer almaktadır.

1. 2. 3. Haksız Fiilin Türleri Bakımından Türk Borçlar Hukuku İle İslam Borçlar Hukukunun Mukayesesi

Türk borçlar hukukunda haksız fiile ilişkin yapılan ayırmda kusur esas alınırken; İslam borçlar hukukunda yapılan ayırmda failin eylemi, eylemin üzerinde meydana geldiği nesne ve failin kusuru esas alınmaktadır. Türk borçlar hukukunda haksız fiile dayalı borç ilişkisinden genel olarak kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kusura dayalı haksız fiil anlaşılmaktadır ancak bununla birlikte gerek Türk Borçlar Kanunu'nun bazı özel

⁵⁸ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 199.

⁵⁹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/165.

⁶⁰ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 231.

maddelerinde gerekse bazı özel kanunlarda hakkaniyet, tehlike ve özen ilkesine dayalı kusur aranmaksızın meydana gelen haksız fiillerden ötürü de borç ilişkisinin doğacağı kabul edilerek haksız fiil sorumluluğunun kusura dayalı ve kusur aranmaksızın meydana geldiğine dair ikili bir tasnifte bulunulmuştur. İslam hukukunda ise haksız fiilin üzerinde gerçekleştirildiği konu bakımından bedene ve mala yönelik olarak ikili tasnife tabi tutulmuş olup bedene yönelik gerçekleştirilen haksız fiiller ukubat (ceza hukuku) bölümünde, mala yönelik gerçekleştirilen haksız fiiller ise muamelat bölümünde ele alınmıştır. Muamelat (özel hukuk) bölümünden ele alınan ve borcun kaynağını oluşturan haksız fiillerde; eylemin türü esas alınarak kendi içerisinde gasp ve itlaf olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutularak ele alınmıştır. Söz konusu tasnifte kendi içerisinde alt başlıklara ayrılmıştır. Gaspta eylemin üzerinde meydana geldiği nesne yönünden menkul mallarda gasp ve gayrimenkul mallarda gasp olarak ikiye ayrılmıştır. İtlaf ise Türk borçlar hukukuna benzer olarak kusur ekseninde hareket edilerek mübaşeret (doğrudan) itlaf ve tesebbüben (dolaylı) itlaf olarak ikiye ayrılmıştır. Mübaşeret itlaf, Türk borçlar hukukunda yer alan kusura dayalı borç doğuran haksız fiiller kavramına denk gelirken; tesebbüben itlaf ise Türk borçlar hukukunda yer alan kusursuz sorumluluk türlerine benzer şekilde ele alınmıştır.

İslam borçlar hukukunda, Türk borçlar hukukundan farklı olarak gasp veya itlaf neticesinde zarara uğratılan malın tazmin edilmesi malın veya eşyanın vasfı dikkate alınarak kendine münhasır bir biçimde gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan Türk borçlar hukukunda zarara uğratılan malın türüne bakılmaksızın zararın tazmin edilmesi kabul edilmişken; İslam hukukunda geçerliliği bulunmayan malın gasp veya itlafa uğraması halinde tazmini gerekmemektedir. İslam borçlar hukukunda geçerli olan malın, gasba veya itlafa uğraması halinde malın aynen iade edilmesi en uygun zararın giderilmesi şekli olarak kabul edilmektedir. Malın tamamen yok edilmesi durumunda ise; zararın, malın rayiç bedeli üzerinden tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Gasp edilen gayr-i mislî kıymet malların tazmininde ise, malın kıymet bedeli esas alınmaktadır. Haksız eylem neticesinde meydana gelen artışların tazmini konusunda malın taşınır veya taşınmaz oluşuna göre mezheplere göre çeşitli görüş ve kanaatte bulunulmuştur.

Yapılan bu açıklamalar doğrultusunda gerek Türk borçlar hukuku gerekse çağdaş İslam hukukçuları günümüz hukuk sistemine yakın bir perspektifte haksız fiile dayalı borç ilişkisini tür bakımından tasnif ederken kusur unsurunu ortak nokta kabul etmelerinden

dolayı biz de bu çalışmamızı kusura dayalı ve kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller şeklinde ikili bir tasnife tabi tutarak ortaya koymaya çalıştık.



İKİNCİ BÖLÜM

KUSURA DAYALI HAKSIZ FİİLLER

Türk Borçlar Kanunu’nun birinci kısmında borç ilişkisinin kaynakları gösterilmiştir. Borcun; akitten, haksız muameleden ve sebepsiz zenginleşmeden doğduğu belirtilmiştir. Bu üç borç kaynağından biride haksız fiildir. Haksız fiil; herkesin uymakla mükellef olduğu hukuki bir vazifenin çiğnenmesinden dolayı zararın zuhur etmesidir.⁶¹ Türk borçlar kanunun düzenleniş sistematığıne göre haksız fiil denilince akla kusura dayalı haksız fiil gelmektedir.⁶² Zira Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde; “kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme kusura dayalı meydana getirilen haksız fiil kavramını ortaya koymuştur. Kusura dayalı haksız fiillerden söz edebilmesi için hukuka veya ahlaka aykırı bir fiilden, zarardan, kusurdan ve zarar ile kusur arasında nedensellik bağından bahsetmemiz gerekir.

İslam borçlar hukukunda ise; haksız fiil kavramı dar anlamıyla kullanıldığında kusura dayalı borç ilişkisiyle eş tutulmaktadır. Kusura dayalı borç ilişkisi doğuran haksız fiil kavramı; failin, aralarında hukuki bir bağ bulunmayan zarar göreni hukuka aykırı olarak gerçekleştirmiş olduğu doğrudan (mübaşeret) veya dolaylı (tesebbüb) eylemleri neticesinde zarara uğratması olarak ifade edilmektedir. Bu bakımından bir eylemin haksız fiil sayılabilmesi için; eylemin hukuka aykırı olması, eylemi gerçekleştiren kişinin kusurlu olması, eylem sonucu bir zararın meydana gelmesi ve eylem ile netice arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Böyle bir eylemi meydana getiren fail ile eylem neticesinde zarara uğrayan arasında borç ilişkisi doğar.⁶³

⁶¹ Sefa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 141.

⁶² DP, Dergi Park, *Haksız Fiilde Kusur Sorumluluğu*, Erişim 02 Ocak 2023.

⁶³ Nuri Kahveci, *İslam Hukuku* (İstanbul: Hikmetevi Yayıncılık, 2021), 117.

2. 1. Haksız Fiilin Unsurları

Hem İslam hukuku hem de Türk borçlar hukuku haksız fiili beş temel unsur üzerinden ele almıştır. Bu unsurlar fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusurdur. Bu unsurları sırasıyla her iki hukuk sistemi çerçevesinde ele alacağız.

2. 1. 1. Fiil

2. 1. 1. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Fiil

Türk borçlar hukukuna göre; kusura dayalı haksız fiil sebebiyle borç ilişkisinin doğması için ilk olarak fiilin bulunması gerekmektedir. Fiil, sözlük anlamıyla müspet bir davranışı yapmayı ifade eder. Ancak fiil kelimesi hukukta daha geniş bir şekilde yorumlanmakta olup bir şeyin yapılmamasını da kapsamaktadır. Bu bakımdan hukuki olarak fiilin tanımını; bir bireyin hukuk düzeninin veya toplumsal davranış kaidelerinin yasakladığı konuda yapma veya yapmama tarzında iradi bir davranış sergileyerek zararın ortaya çıkmasına sebebiyet veren eylemdir. Bu bakımdan fiil; doğrudan doğruya eylem üzerinde tasarrufta bulunup mağdurun mutlak bir hakkını ihlal ederek zararın meydana getirilmesi şeklinde zuhur edebileceği gibi kişinin zarar görene yönelik, kanunun mükellef kıldığı yükümlülüğünü yerine getirmeyerek neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesi şeklinde de olabilir.

Yapma şeklinde meydana gelecek fiil hareketle veya sözle yapılmış olabilir. İnsan hareketi düşünce merhalesinde kaldığı sürece fiilden bahsedilmez. Kişinin söz konusu hareketi bizzat kendisi yapmayıp hayvan veya makineden faydalanabilir.⁶⁴ Fiil, düşüncenin dışı vurmuş insan iradesi olduğuna göre; kişinin fiili icra ederken sezgin olup eyleminin ve neticenin bilincinde olması gerekir.⁶⁵

Kişinin yapmama şeklinde gerçekleştireceği fiilden sorumlu tutulabilmesi içinse; mutlaka yasanın kişiye mükellefiyet yüklemesi gerekir. Kişi yapması gereken şeyi yapamamış olmalıdır. Her iki halde de fail meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Yapmamam

⁶⁴ Ertan Demirkapı - Fatih Bilgili, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Bursa: Dora Yayınevi, 2021), 96.

⁶⁵ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2009), 258.

fiiline örnek olarak 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 4. maddesine göre özel cari ve katılım hesapları yoluyla fon toplamak ya da kredi kullanırmak amacıyla kurulan katılım bankalarının veya yurt dışında bu amaçla kurulmuş olup Türkiye'de şubesi olan kuruluşlarının aynı kanunun 68. , 69. ve 70. maddesine göre katılım bankalarının düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı tedbirler almak zorunda oldukları, katılım bankalarının üzerilerine düşen bu düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almaması durumunda meydana gelecek zarar verilebilir.

2. 1. 1. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Fiil

İslam borçlar hukukuna göre fiil; kusura dayalı haksız fiil sebebiyle borç ilişkisinin doğması için ilk olarak fiilin bulunması gerekmektedir. Hz. Peygamber “Gerçekten Allah, ümmetimin söylemediği ya da yapmadığı fakat kalbinden geçirdiği şeyleri bağışlamıştır”⁶⁶ buyurmuştur. Bu hadisi şeriften de anlaşılacağı üzere bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için dış dünyaya yansıyan bir eylemde bulunması gerekmektedir. İslam hukuku bakımından fiil, bir bireyin hukuk düzeninin veya toplumsal davranış kaidelerinin yasakladığı konuda şuurlu bir şekilde yapma veya yapmama tarzında iradi bir davranış sergileyerek zararın ortaya çıkmasına sebebiyet vermesidir. Bu bakımdan fiil; doğrudan doğruya eylem üzerinde tasarrufta bulunup mağdurun mutlak bir hakkını ihlal ederek zararın meydana getirilmesi şeklinde zuhur edebileceği gibi kişinin zarar görene yönelik, kanunun mükellef kıldığı yükümlülüğünü yerine getirmeyerek neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesi şeklinde de olabilir.⁶⁷ İslam hukukunda fiillerin işlenmesi bakımından ikili ayrıma giderek doğrudan (mübaşeret) ve dolaylı (tesebbüb) fiiller olarak tasnife tabi tutulmuştur.

Mübaşeret kelime anlamı olarak; bir işi üstlenip bizzat yapmak; bir şeyi diğerine bitiştirmek, iki insan teni birbirine temas etmek anlamlarına gelmektedir. Kur'an'ı Kerim'de

mübaşeret kelimesi cimâ haricindeki cinsel amaçlı öpme ve sarılma gibi eylemler ile tam ehliyetli olmayan kişinin kanunî temsilcisinin rızasına gerek olmaksızın bazı hukukî

⁶⁶ Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî, *Sünen*, nşr Kemâl Yûsuf el-Hût. (Beyrût: Müessesetü'l-Kütübi's-Sekafiyye, 1409/1988.); Buhari, “Talâk”,10; Müslim, “İman”, 201-202.

⁶⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/451.

işlemleri kendi başına yapabilmesini anlamlarında da kullanılmaktadır.⁶⁸ Mübâşeret kavramı borç ilişkisi bakımından ise; haksız fiilin herhangi bir vasıtaya ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya zararı meydana getirmesine denilmektedir. Zararlı neticeyi meydana getiren kişiye ise mübaşir denilmektedir.⁶⁹ Mecelle'nin 887. maddesinde “mübâşereten itlaf, bir şeyi bizzat telef etmektir ki eden kimseye fail-i mübaşir denir” şeklinde hüküm konularak mübaşeret ve mübaşirin tarifi yapılmıştır. Mübaşeret halinde eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağı başka bir unsura ihtiyaç duyulmadan ispat edilmekte olup zarar veren ile zarar gören arasında doğrudan borç ilişkisinin kurulduğu belirtilmiştir. Örnek olarak bir kişinin ateş ederek başkasının malına zarar vermesi gösterilebilir. Mübaşeret halinde borcun doğması için kusur şartı aranmamaktadır. Mecelle'nin 92. maddesinde; “Mübaşir müteammid olmasa da zaim olur.” şeklinde yer alan hükümde bir işi doğrudan icra eden kişinin kastı olmasa bile meydana gelen zararlı neticeden ötürü zarar gören ile arasında borç ilişkisi kurulacağını belirtmiştir.⁷⁰ Örnek olarak alışveriş için bakkal dükkânına giren kişinin ayağı kayması sonucu bal fıçısına çarparak devirip balı zayi etmesi verilebilir.⁷¹

Dolaylı olarak işlenen fiiller ise İslam hukukunda tesebbüb denilmektedir. Tesebbüb, zararın meydana gelmesine sebep teşkil eden eylemde bulunma; mütesebbib ise söz konusu eylemi meydana getiren kişi olarak tanımlanmaktadır.⁷² Mecelle'nin 93. maddesinde “Mütesebbib müteammid olmadıkça damin olmaz.” şeklindeki hüküm ile tesebbüb halinden bahsedilerek failin kasten işlediği hukuka aykırı eylem neticesinde zararın doğrudan ortaya çıkmayarak eylemin tesir ettiği etkiler neticesinde zararın dolaylı bir şekilde vuku bulacağı belirtilmiştir. Zararlı neticeyi meydana getiren eylem kasten hukuka aykırı olarak işlenmediği sürece oluşacak zarardan dolayı borç ilişkisi doğmayacaktır.⁷³ Örnek olarak yalan yere şahitlik

⁶⁸ el-Bakara, 2/187; Kemal Yıldız, “Mübâşeret”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020), 31/428.

⁶⁹ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul, Ensar Yayınları, 2016), 407; Yıldız, *Mübâşeret*, 31/428.

⁷⁰ Mustafa Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 98.

⁷¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/195.

⁷² Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiye Kamusu*, 7/329; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 571; Ünal Yerlikaya, “Hanefi Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddi-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, *Diyanet İlmi Dergi*, 53/3, (Temmuz- Ağustos-Eylül 2017), 29.

⁷³ Ahmed b. Muhammed ez-Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye* (Dimaşk: Dârü'l-Kalem, 1989), 455.

yapılması sonucu ortaya çıkacak zarardan yalan şahitlerin sorumlu tutulması gösterilebilir. Bununla birlikte Klasik Hanefi literatüründe tesebbüb bağlamında dolaylı olarak zararın ortaya çıkmasına neden olan hukuka aykırı eylemin kasıtlı olarak yapılmış olma halinin yanında hakkın, hukukun öngördüğü sınırlar içinde gerekli dikkat ve özenin kullanılmamasından kaynaklanan zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğacağını kabul etmişlerdir.⁷⁴ Örnek olarak şahsın bahçesine kuyu kazması sonucu birinin düşerek ölmesi verilebilir.

2. 1. 1. 3. Fiil Unsurunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemini fiil unsuru bakımından karşılaştıracak olursak; her iki hukuk sistemi haksız fiile dayalı borç ilişkisinin doğması için ilk unsur olarak fail tarafından gerçekleştirilmiş bir eylemin bulunmasını zaruri kılmıştır.

Her iki hukuk sistemi de fiili birbirine yakın olacak şekilde; kişinin hukuk düzeninin veya toplumsal davranış normunun yasakladığı konuda şuurlu bir şekilde tasarrufta bulunarak mağdurun hakkına tecavüzde bulunma veya normların mükellef kıldığı sorumlulukları ifa etmeyerek zararın zuhur etmesine sebebiyet verme olarak tanımlamışlardır.

Her iki hukuk sistemi de fiilin; kişinin iradesi neticesinde dışarıya yansıyan söz veya hareket olduğu kabul edilmiştir. Bu bakımdan fiilin iradi insan davranışı olması ve mutlaka iradenin de dışı yansıması gerektiği kabul edilmiştir. Düşünce aşamasında olan hareketi her iki hukuk sistemi fiil olarak kabul etmemiştir.

İslam borçlar hukukunda, Türk borçlar hukukundan farklı olarak fiilin işlenmesi mübaşeret ve tesebbüb olmak üzere ikili tasnife tabi tutulmuştur. Mübaşeret, haksız fiilin herhangi bir vasıtaya gerek kalmaksızın doğrudan doğruya zararı meydana getirmesidir. Mübaşeret halinde zarar ile netice arasında illiyet bağı başka bir unsura ihtiyaç duyulmadan kurulmaktadır ve kusur şartı aranmamaktadır. Tesebbüb ise; failin işlemiş olduğu hukuka aykırı eylemin tesir etmiş olduğu etkiler neticesinde zarar ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle zarar dolaylı olarak zuhur etmektedir ve failin kusurlu olması zorunludur. Türk

⁷⁴ Semerkandi, *Tuhtefü'l-fukaha* (Beyrut: Dârü'l- Kütübi'l- İlmiyye, 1984), 3/123; Merğînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 10/353; Yerlikaya, “*Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddi-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme*”, 37.

borçlar hukuku ise sadece fiili, kişinin yapma veya yapmama şeklinde iradi bir davranış sergileyerek zararı meydana getirme şeklinde ele almıştır.

2. 1. 2. Hukuka Aykırılık

2. 1. 2. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Hukuka Aykırılık

Kusura dayalı haksız fiil sebebiyle borç ilişkisinin doğması için ikinci olarak hukuka aykırılığın bulunması gerekmektedir. Hukuka aykırılık hukuk sisteminde subjektif ve objektif olmak üzere iki teori üzerinden açıklanmaktadır. Subjektif teoriye göre; hukuka aykırılık, zarar verenin bu zarar verici fiili bulunmaya yetkili ve izinli olmaması şeklinde ifade edilmektedir. Bu itibarla meşru bir hak ve yetki olmaksızın icra edilen bir davranış sonucu verilen her zarar hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir. Kendisine verilen yetki sınırları içinde meydana getirmiş olduğu fiiller neticesinde zarar ortaya çıkarsa kişinin eylemi hukuka aykırı sayılmaz. Günümüzde kabul gören objektif teoriye göre ise; hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı eylemde bulunmaktır. Bu bakımdan eylemin kendisini veya vasfı değil, meydana gelen zararın hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde meydana gelip gelmediği önem arz etmektedir. Yani fiilinin, başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan hukuk kaidelerinin hilafına işlenmesi sonucu zararın peydah olması gerekmektedir.⁷⁵

Bu çerçevede hukuka aykırılığın tanımı dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanabilir. Dar anlamda hukuka aykırılık; hukuk düzeni tarafından konulan yazılı veya sözlü emir ve yasaklara aykırı hareket ederek bireylerin malvarlığı ya da şahıs haklarını hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın ihlal etme anlamına gelir.⁷⁶ Hukuka aykırılık, muayyen hak ve hukuki menfaatleri zarar verici müdahalelerden himaye etmeyi hedefleyen hukuk kurallarının ihlaliyle sınırlıdır. Burada önemli olan zararın meydana gelmiş olmasıdır. Zarar doğurmayan eylemler sorumluluk hukuku bakımından hukuka aykırı olarak vasıflandırılmamaktadır. Geniş anlamda hukuka aykırılık ise; belirli şekilde tutumda

⁷⁵ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 609.

⁷⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 610.

bulunmayı mecbur kılan bir hukuk normunun ihlalini ifade eder. Başka bir anlatımla insan davranışının, hukuk düzeninin koymuş olduğu yasak ve buyrukları ihlal etmesidir. Burada fiilin, yasanın koruduğu menfaati çiğneyip çiğnemediği, ziyanın gerçekleşip gerçekleşmediği önem arz etmemektedir.⁷⁷

Yapılan tariflerde dikkate alındığında; hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz olmak üzere iki ögesi bulunmaktadır. Müspet unsur; zarar vermeyi meneden veya zararın meydana gelmesini önlemek gayesiyle muayyen bir davranışı buyruk eden bir hukuk kaidesine aykırı davranışın olması gerekmektedir. Söz konusu bu koruma normları; hukuk düzeninin bütününe oluşturan yazılı veya yazılı olmayan emredici kamu veya özel hukuk kurallarıdır. Menfi unsur ise; mevcut hadisede hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması gerekmektedir. Eğer hukuka uygunluk nedenlerinden biri mevcut olayda bulunursa zarar verici eylem hukuka aykırı sayılmaz.⁷⁸

Türk hukuk sistemi de Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan “kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür” ve Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan “hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse hâkimden saldıranlara karşı korunma isteyebilir” şeklindeki düzenlemeleriyle objektif hukuka aykırılık teorisini esas almıştır. Türk hukuk sisteminde hukuka aykırılık oluşturan haller, salt hakları koruyan kuralların ihlali ile kişilerin öteki menfaatlerini koruyan kuralların ihlalidir.⁷⁹ Başka bir anlatımla; bireylerin menfaatlerini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak koruma gayesi güden davranış kurallarını çiğneyen fiiller hukuka aykırıdır. Hukuk kurallarının koruma maksadı güttüğü haklar; herkesin uymak zorunda olduğu ve herkese karşı serdettiği mutlak, fikri ve ayni haklar olabileceği gibi mutlak haklar dışında özel hukuk kuralları ile korunan ticari ve mameleki çıkarlar ile toplumda öteden beri uygulana gelen ve toplumsal vicdanı tatmin etmek maksadıyla oluşturulmuş yazılı olmayan ahlaki değerlerde olabilir. Söz konusu bu hakları hukuka uygunluk sebebi olmadan çiğneyerek zarar meydana getiren her davranış hukuka aykırı sayılacaktır. Örneğin 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 4. Maddesine göre

⁷⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 612.

⁷⁸ Şaban Kayıhan-Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 292.

⁷⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 616.

özel cari ve katılım hesapları yoluyla fon toplamak ya da kredi kullandırmak amacıyla kurulan katılım bankalarının veya yurt dışında bu amaçla kurulmuş olup Türkiye’de şubesi olan kuruluşlarının faaliyetleri esnasında öğrendikleri müşterilerine ait sırlarını başkasına açıklaması veya kendilerinin ya da başka kişilerinin menfaatine kullanılması halinde söz konusu eylem hukuka aykırı sayılacaktır.

2. 1. 2. 1. 1. Türk Borçlar Hukuku’na Göre Hukuka Uygunluk Sebepleri

Meydana getirilen eyleme hukuk düzeni tarafından izin verilerek caiz görülmesi durumunda fiil hukuka aykırılı sayılmaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu hallerde fiil en başından beri hukuka aykırı sayılmaz.⁸⁰ Hukuka uygunluk nedenleri, zarar veren ile zarar görenin çatışan korunan hukuki menfaatlerinden kanun koyucu tarafından zarar verenin hukuki menfaatinin üstün tutulmasıdır.⁸¹ Bu durum Türk Borçlar Kanunu’nun 63. Maddesinde yer alan;

“Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

ve Türk Medeni Kanunu’nun 24/2 maddesinde yer alan; “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” şeklindeki düzenlemelerle tahdidi olarak belirtmiştir. Bu bakımdan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin, zarar görenin rızası, hukuka dayanan yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, ıztırar hali, hakkın kendi gücüyle korunması ve üstün kamusal veya özel yarardan ibaret olduğu belirtilmiştir. Sayılan bu hukuka uygunluk nedenleri dışında hiçbir hal, eylemin haksızlığını ortadan kaldırmaz.

⁸⁰ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/22.

⁸¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 626.

2. 1. 2. 1. 1. 1. İlginin Rızası

Rıza tabiri, kelime manası olarak razı olma, onama, kabul etme, isteme, istek anlamlarına gelmektedir.⁸² Hukuk sisteminin üzerinde tasarruf yetkisi tanımış olduğu hak üzerinde kişinin, hukuken geçerli bir irade beyanı ile tanınan bu hakkı kullanmaktan kendisinin bizzat vazgeçmesi rıza gösterme olarak tanımlanmaktadır.⁸³

Kişinin hukuk sisteminin tanımış olduğu bu hakkı, failin davranışından önce zımnen veya açık bir şekilde eyleme ya da olaya dair hukuken geçerli rıza göstererek kullanmaktan vazgeçmesi eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırarak eyleme maruz kalan kişiyi kanuni korumadan mahrum bırakır.⁸⁴ Eylemden sonra gösterilecek rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Rıza, fiil işleneceği ana kadar geri alınabilir.

Rıza gösterme, tek taraflı bir hukuki işlem olmakla birlikte muteberlik şartlarına haiz olması gerekmektedir. Rızanın muteberlik şartları içerisinde; rıza gösterenin fiil ehliyetine sahip olması, açıklanan iradenin sakat olmaması ve hakkın kullanımdan vazgeçmenin hukuka ve ahlaka aykırı bulunmaması gerekir.⁸⁵ Bu şartlar olmadan verilen rıza hukuken geçerli sayılmayacağından ötürü eylem hukuka uygun hale gelmez.

Genel mahiyette rıza gösterilmesi söz konusu olamaz. Rıza, kişinin üzerinde özgürce tasarruf yetkisine sahip olduğu, kişilik haklarını ihlal etmeyen ve üzerinde rıza gösterileceği konuların kendisine fiil işlenmeden önce açıkça anlatıldığı konularda verilebilir.⁸⁶ Örneğin kişinin düelloya, ötenaziye rıza vermesi yaşam hakkına müdahale olacağından dolayı eylemi hukuka uygun hale getirmez. Yine kişinin en temel haklarına ihlal edilmesine rıza göstermesi eylemi hukuka uygun hale getirmez. Örneğin; hiçbir davada taraf olamayacağına dair rıza hukuka uygun değildir. Ancak kişinin hayat veya vücut bütünlüğüne doğrudan tesir edecek olan tıbbi müdahalelere yönelik, müdahalenin olası riskleri bakımından eksiksiz

⁸² Sunay Akyıldız, *Tıp Hukuku Atölyesi I* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 11; Ayça Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 62.

⁸³ Alper Polat, *Sorumluluk Hukukunda Rıza* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 7.

⁸⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 628.

⁸⁵ Sermet Akman vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993), 490; Mustafa Tiftik, Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanun'la Değişik M.24 Fıkra II Hükmü Karşısında Haksız Fiilden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/ 1993, 387.

⁸⁶ Mahmut Dindar, *Haksız Fiilden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, (Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 14.

bilgilendirilmesi ve tıbbi müdahalenin tıp kaidelerine ve bilimsel metotlara uygun olması halinde kişinin göstereceği rıza hukuka uygundur. Eğer; kişi irade açıklamasında bulunamayacak durumdaysa ve tıbbi müdahalede bulunmakta kaçınılmaz çare ise tıbbi müdahalede bulunmak hukuka uygun sayılacaktır.⁸⁷

2. 1. 2. 1. 1. 2. Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması

Fail eylemini meydana getirirken kamu veya özel hukuk tarafından kendisine verilen bir yetkiye dayanıyorsa, meydana getirmiş olduğu fiil hukuka aykırı sayılmaz. Ancak söz konusu yetki kullanılırken yetkinin icazet verdiği sınırlarda kalınması, sınırın aşılması ve kanunun yetki verdiği kişi tarafından eylemin meydana getirilmesi gerekmektedir aksi halde eylem hukuka aykırılık teşkil eder. Kanunun verdiği bu hakkın kötüye kullanılması durumunda da söz konusu eylem hukuka aykırılık teşkil edecektir.⁸⁸ Örneğin haciz kararını uygulayan memurun veya kanuna uygun yaptığı bina ile arkadaki parselin manzarasını kapatan malikin eylemleri hukuka uygundur.

2. 1. 2. 1. 1. 3. Meşru Müdafaa

Fiili hukuka uygun hale getiren bir diğer durum meşru müdafaa'dır. Türk Borçlar Kanunu'nun 64. maddesinin 1. fıkrasında; "Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz" şeklinde düzenleme yapılarak bu durum hüküm altına alınmıştır. Kanunda her ne kadar haklı savunmanın hukuka uygun sayılacağı belirtilmişse de; açık bir tanım yapılmamıştır. Doktrinde; bir kimsenin, kendisinin veya başkasının malvarlığına yahut kişilik haklarına yönelik gerçekleşen ya da gerçekleşmesi muhtemel olan haksız saldırıyı defetmek için saldırıyı gerçekleştirene karşı meydana getirmiş olduğu eylemlere haklı savunma denir.⁸⁹

Yukarıda izah edilen tanımda dikkate alınarak haklı savunmanın meydana gelebilmesi için ilk olarak; kişinin kendisine veya üçüncü bir kişinin malvarlığına ya da şahıs varlığına

⁸⁷ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1991), 12.

⁸⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 628.

⁸⁹ Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2010), 33; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 631.

yönelik saldırının olması gerekmektedir. Kişiyeye yönelik saldırılar; yaşam, vücut dokunulmazlığı, ırz, namus, şeref gibi haklara yönelik olabilir. Malvarlığına yönelik saldırı ise; malvarlığının yok edilmesi, hırsızlanması veya tahrip edilmesine dönük olabilir.⁹⁰ Saldırıya karşı savunmada bulunan kişi, saldırıya maruz kalan kişi olabileceği gibi aralarında herhangi bir bağ bulunmayan üçüncü kişi de olabilir. Üçüncü kişinin saldırıya uğrayan kişinin yakını olması koşul değildir.

Haklı savunmanın meydana gelebilmesi için ikinci olarak; saldırının gerçekleşiyor veya gerçekleşmesinin kesin olması gerekmektedir. Gerçekte olmayan ancak mevcut olduğu sanılan ya da saldırı gerçekleşip netice meydana geldikten sonra meşru müdafaada bulunulamaz.⁹¹ Biten saldırıya yönelik verilecek karşılık artık haklı savunma olmaktan çıkıp intikam alma olarak nitelendirilecektir.

Haklı savunmanın meydana gelebilmesi için üçüncü olarak; saldırının hukuka aykırı olarak insan tarafından meydana getirilmiş olması gerekmektedir. Hukuka uygun olan ve kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan fiillere yönelik müdafaada bulunmak haklı sayılmaz.⁹² İnsan dışında saldırı gerçekleştiren varlıklara yönelik müdafaada bulunmak haklı savunma olmayıp zaruret hali olarak değerlendirilmektedir.

Haklı savunmanın meydana gelebilmesi için dördüncü olarak; haklı savunmanın, saldırıyı gerçekleştirene yönelik yapılmış olması gerekmektedir. Saldıran haricindeki kişilere yönelik saldırıdan kurtulmak amacıyla gerçekleştirilecek fiiller hukuka uygun sayılmayıp zaruret hali içerisinde değerlendirilecektir.⁹³

Haklı savunmanın meydana gelebilmesi için son olarak; savunmanın saldırıyı defedecek ölçüde uygulanmış olması gerekmektedir. Saldırıyı engelleme maksat ve hududunu aşan savunma eylemleri hukuka aykırılık teşkil edecektir. Kişiyeye verilen savunma hakkının kötüye kullanılarak aşılması kanun koyucu tarafından caiz görülmemiştir.⁹⁴ Örneğin kendisine yumruk atarak saldırıya yönelik tabanca ile müdafaada bulunma durumunda saldırı ile savunma arasında orantılılık bulunmaktadır. Savunmada bulunan kişi, saldırıyı

⁹⁰ Kayıhan- Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 233.

⁹¹ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/29.

⁹² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 220.

⁹³ Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1998), 39.

⁹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 633.

defetmek için elinde bulunan olanaklardan saldırıda bulunana en az zarar verecek olanı seçmek zorundadır. Başka bir ifade ile tecavüze uğrayan ve hukuk sisteminde korunan hak ile saldırıyı engellemek için ihlal edilebilecek korunan menfaat arasında bir muvazene bulunması gerekmektedir.⁹⁵

Bu şartların gerçekleşmesi durumunda eylem hukuka aykırı sayılmaz. Müdafaada bulunan kişi saldırıda bulunan kişinin malına ve şahsına yönelik vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulmaz.

2. 1. 2. 1. 1. 4. İztırar Hali

Fiili hukuka uygun hale getiren bir diğer durum ise ıztırar halidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 64. maddesinin 2. fıkrasında; "Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler" şeklinde yapılan düzenlemeyle ıztırar hali hüküm altına alınmıştır. Söz konusu bu düzenlemeye göre; ıztırar hali (zaruret hali), olay ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan üçüncü kişilerin mallarına zarar vererek kendisine veya başkasına yönelik açık ya da yakın bir zararı defetme vaziyetine denilmektedir.⁹⁶

Bu bakımdan ıztırar halinden kişinin yararlanabilmesi için ilk olarak; kişinin kendisine veya başka birinin yaşam, vücut bütünlüğü, şahsiyet ya da malına yönelik insan eliyle yahut tabi olaylardan kaynaklanmış zarar verici bir durumun yahut hemen vuku bulacak bir tehlikenin ortada olması gerekir.⁹⁷ Örnek olarak; kendisine saldırmak maksadıyla kovalayan ayıdan kurtulmak için başkasına ait dağ evinin kapısını kırıp içeriye girmesi verilebilir.

İztırar halinden kişinin yararlanabilmesi için ikinci olarak; eylem, zararı veya tehlikeyi engellemek hususunda kaçınılmaz ve elverişli olmalıdır. Yani zararı meydana getirecek eylem dışında, kişinin zarardan kurtulmak için alternatif olarak uygulayacağı bir yöntemin bulunmaması gerekmektedir.⁹⁸

⁹⁵ Kayıhan – Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 235.

⁹⁶ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 37.

⁹⁷ Oğuzman-Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/31.

⁹⁸ Aylin Toker, *Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları* (Ankara, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017), 23.

Iztırar halinden kişinin yararlanabilmesi için üçüncü olarak; zarar tehdidi, malına zarar verilen şahıstan kaynaklanmamalıdır. Bu bakımdan zarar, olay ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin mallarına verilmiş olması lazımdır. Eğer risk zarar verenden kaynaklanıyorsa bu durumda meşru müdafaa hükümleri gündeme gelecektir.⁹⁹

Iztırar halinden kişinin yararlanabilmesi için son olarak; engellenmek istenen zarar riski ile kişinin malına verilecek zayıat arasında orantılılık bulunması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 753. maddesinde; “Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.” şeklinde yapılan düzenlemeyle bu durum açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan saldırı tehlikesini bertaraf etmek için verilecek zararın kaçınılmaz olması ve verilen zarara göre korumuş olduğu hak bakımından daha ali olması gerekmektedir. Bu şartlar altında işlenen fiiller hukuka aykırı değildir ancak zarara uğrayan ve olayla ilgisi olmayan üçüncü kişi ıztırar halinden dolayı göstermiş olduğu fedakârlık, tehlikenin engellenmesindeki kusur ve korunan çıkarın büyüklüğünü nazara alarak hakkaniyete uygun biçimde eylemi meydana getiren tarafından denkleştirilerek zarar giderilmektedir.¹⁰⁰

2. 1. 2. 1. 1. 5. Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması

Fiili hukuka uygun hale getiren bir diğer durum ise kişinin hakkını kendi gücüyle koruması halidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 64. maddesinin 3. fıkrasında; “Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.” şeklinde yapılan düzenlemeyle kişinin kendi hakkını korumak maksadıyla kuvvet kullanması durumunda fiili hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Örnek olarak otelden para vermeden kaçacak olan müşterinin polis ekipleri gelinceye kadar şahsı oyalaması için

⁹⁹ Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 222.

¹⁰⁰ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 636.

aracının lastiklerini kesmesi verilebilir.¹⁰¹ Kanun koyucu fiilin hukuka uygun olması için istisnai şartlar kabul etmiştir.

Bu bakımdan kuvvet kullanmanın hukuka uygun olması için ilk olarak; bir hakkın korunması söz konusu olmalıdır. Hak; hukuk sistemiğinin, kişilerin iradesine tanımış olduğı yetkidir.¹⁰² Bu yetki sadece kişiye ait olduğundan ötürü; meşru müdafaa ve ıztırrar halinin aksine başkasının hakkını korumak maksadıyla kuvvet uygulanması bu kapsamda değeriendirilmeyecektir.¹⁰³

Kuvvet kullanmanın hukuka uygun olması için ikinci olarak; yetkili erkin zamanında müdahalesinin kabil olmaması gerekmektedir. Temel kural; hakların aranması ve edinmesinde yetkili kamu makamlarına başvurulmasıdır. Ancak kamu gücünü kullanmakta salahiyet sahibi olan asker, polis, adli makamlar gibi kamu makamlarının hakkın elde edilmesi veya korunması esnasında mevcut olmaması halinde kanun koyucu kişiye hakkını koruması veya elde etmesi için müdahalede bulunma imkânı getirmiştir. Bu imkân, kamu gücüne sahip makamların müdahale bulunma veya hak tanıma imkanının doğduğı anda sonra erecektir.¹⁰⁴

Kuvvet kullanmanın hukuka uygun olması için üçüncü olarak; hakkın korunması için kuvvet kullanma olanağından başka herhangi bir seçeneğinin mevcut olmaması gerekmektedir. Şayet güç kullanmaya başvurulmadığı takdirde, hak kaybolacaksa veya kullanımı önemi derecede zorlaşacaksa bu durumda güç kullanma son çare olarak kabul edilecektir. Aksi halde uygulanacak kuvvet hukuka aykırılık teşkil edecektir.¹⁰⁵

Kuvvet kullanmanın hukuka uygun olması için son olarak; uygulanacak kuvvet neticesinde verilecek zarar ile kuvvet kullanmanın koruduğı menfaat arasında ölçölülüğün bulunması gerekmektedir.¹⁰⁶ Hakkını korumak isteyen kişi uygulayacağı kuvvetle, hakkını koruma gayesinin dışına çıkar veyahut da dengeyi aşarsa bu durumda meydana getirmiş olduğı fiil hukuka aykırı olacaktır. Bu şartların varlığı halinde kişinin kendi hakkını korumak

¹⁰¹ Oğuzman - Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/32.

¹⁰² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 628.

¹⁰³ Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2019), 5.

¹⁰⁴ Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 224.

¹⁰⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 636.

¹⁰⁶ Bilgili-Demirkapı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 100.

maksadıyla kuvvet kullanması durumunda meydana getireceği zarardan dolayı sorumlu olmayacaktır.

2. 1. 2. 1. 1. 6. Üstün Nitelikte Kamusal veya Özel Yarar

Fiili hukuka uygun hale getiren bir diğer durum ise üstün kamusal veya özel yarardır. Türk Medeni Kanunu’nun 24/2 maddesinde; “ Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” ve Türk Borçlar Kanunu’nun 63/2 maddesinde; “Daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar hâlinde fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” şeklinde yapılan düzenlemelerle üstün özel veya kamusal yararın fiili hukuka uygun hale getireceği belirtilmiş olmasına rağmen üstün kamusal veya özel yararın ne anlama geldiği belirtilmemiştir.

Doktrinde yer alan mevcut görüşlere üstün nitelikte özel yararda; zarara uğrayan şahsın faydası ile tecavüzde bulunan şahsın menfaati çatıştığı zaman saldırıda bulunanın korunmaya değer daha nitelikli bir özel menfaati söz konusu ise bu durumda saldırıda bulunan eyleminin hukuka aykırı sayılmayacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Örnek olarak hak arama özgürlüğü kapsamında başkasına iftira niteliğine varacak şekilde kamu kurumlarına ihbarda bulunan kişi başkasının lekelenmeme hakkını ihlal ettiğinden dolayı artık hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanamayacaktır.¹⁰⁸ Yine bilinci kapalı şekilde hayati tehlike geçiren kişinin muvaffakiyeti alınmadan ameliyat yapılmasında üstün özel yararı olduğu için doktorların eylemi hukuka uygun sayılacaktır.

Üstün nitelikte kamusal yarar ele alınırken ilk önce kamu yararı tanımının yapılması gerekmektedir. Kamu yararı; kişinin ve kamunun huzur ve refahını tesis etme gayesi gütmektir.¹⁰⁹ Yine kamu yararı; şahsın değil, toplumun varlığını sürdürmesine yönelik çıkar olarak tanımlanabilir.¹¹⁰ Doktrindeki başka bir tanıma göre ise; kamu yararı, bireysel ve

¹⁰⁷ Altan Fahri Gülerci, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018), 276.

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 228.

¹⁰⁹ Seda Kara Kılıçarslan, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 25.

¹¹⁰ Dindar, *Haksız Fiilden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, 16.

toplumsal faydaların çekişmesinde tercih edilen üst menfaat şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹¹ Bu bakımdan kamusal düzenin sürdürülebilirliğini sağlamak maksadıyla kişilerin haklarını doğrudan veya dolaylı biçimde sınırlandırmak için kamu gücü ve intizamlarına başvurulabilmektedir. Bu kısıtlamalar toplumsal çıkarların artırılması ve sosyal düzenin devam ettirilmesini hedeflediğinden dolayı hukuka uygun hale gelmektedir. Kanunun vermiş olduğu yetkiye doğrudan doğruya dayanmak üstün kamu yararı sayılır. Örnek olarak bir kişiye ilişkin gerçek ve güncel olarak kamuyu aydınlatmak maksadıyla yapılan haber kişilik haklarına aykırı sayılmaması verilebilir.

Nitelikli kamusal yarar konusunda en önemli mesele basın özgürlüğüdür. Ammenin faydasına yönelik yapılan basın açıklamasında kişilik hakkına tecavüz olması durumunda, kişilik hakkı ile anayasal hak olan basın özgürlüğü çatışır.¹¹² Bu durumda eğer yapılan basın açıklaması kamuyu aydınlatmaya yönelik gerçeklikleri açıklayıp, ammenin menfaatlerini gözeten güncel konularda ise hukuka uygun sayılacaktır. Aksi halde şahsi menfaatler doğrultusunda yahut kişiyi karalama ve kötüleme amacıyla yapılan sansasyonel ilgi çekici açıklamalar hukuka uygun sayılmayacaktır.¹¹³

2. 1. 2. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Hukuka Aykırılık

İslam hukukunda kusura dayalı borç ilişkisini kuran diğer bir şart hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık fıkıhta teaddi kelimesiyle ifade edilmektedir. Kur'an'ı Kerim'de teaddi kelimesi "Ama biri zorda kalırsa, haksızlığa sapmadıkça, sınırı aşmadıkça kendisine günah yoktur..."¹¹⁴ "...Bundan sonra kim haddi aşarsa ona elem verici bir azap vardır..."¹¹⁵ "Size karşı savaşanlarla siz de Allah yolunda savaşın, fakat aşırılığa sapmayın; Allah aşırılığa sapanları sevmez."¹¹⁶ "Bunlar Allah'ın koyduğu kurallardır, öyleyse onları çiğnemeyin. Her kim Allah'ın koyduğu kuralları çiğnerse işte onlar zalimlerin ta kendileridir."¹¹⁷ "Ey iman

¹¹¹ İbrahim Gül, "Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2/2014, 537.

¹¹² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 228.

¹¹³ Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 142.

¹¹⁴ el-Bakara, 2/173.

¹¹⁵ el-Bakara, 2/178.

¹¹⁶ el-Bakara, 2/190.

¹¹⁷ el-Bakara, 2/227.

edenler! Allah'ın size helâl kıldığı iyi ve güzel şeyleri haram saymayın, sınırı da aşmayın. Allah sınırı aşanları sevmez.”¹¹⁸ “...Kim Allah'ın koyduğu sınırları aşarsa kendisine yazık etmiş olur...”¹¹⁹ ayetlerinde haddi aşmak, aşırı gitmek, zulmetmek ve hakkı çiğnemek manalarına gelecek şekilde kullanılmıştır.

Hukuki olarak kullanılan teaddi ise; helâl sınırını geçmek, ileri gitmek, haddi çiğnemek, yetki sınırını aşarak haksız davranışta bulunmak, örfün, âdetin ve yasaların zıttına hareket etmek bunun neticesinde de başkasına zarar verme anlamlarında kullanılmaktadır.¹²⁰ Bazı İslam hukukçuları teaddiyi suç ve cinayet anlamında, bazıları ise malın sağlamış olduğu menfaatin tecavüze uğraması anlamında kullanmıştır.¹²¹ İslam hukukuna göre hukuka aykırılık; dinin yasakladığı bir eylemle nasların koruduğu haklara zarar verme anlamına gelmektedir.¹²² Kuran'ı Kerim'de “Allah'ın haram kıldığı cana haksız yere kıymayın”¹²³ ayeti ve “Kanlarınız, mallarınız, canlarınız ve ırzlarınız size haram kılınmıştır.”¹²⁴ gibi hadisler himaye altına alınan hukuki değerlere örnek verilebilir.¹²⁵

Yukarıda yapılan izahlardan da anlaşılacağı üzere hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz iki unsuru bulunmaktadır. Olumlu unsuru; zarar vermeyi ya da zarara sebep olacak olan eylemi yasaklayan veyahut zararlı neticenin ortaya çıkmaması için belirli bir eylemi yapmayı emreden nassa aykırı olan fiildir. Hukuka aykırılığın olumlu unsuru için yasaklayıcı veya önleyici kaidelerin tecavüzü de denilebilir.¹²⁶ Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise; mevcut hadisede hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri aşağıda izah olunacaktır.

¹¹⁸ el-Maide, 5/87.

¹¹⁹ el-Talak, 65/1.

¹²⁰ Mehmet Ergün, “İslam Hukukunda Hukuka Aykırılık”, *Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5/2, (Aralık 2018), 274.

¹²¹ Kahveci, *İslam Hukuku*, 1/119.

¹²² Ali Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar ve Tazmini* (Bursa: Emin Yayınları, Bursa, 2007), 105.

¹²³ el-İsra 17/33

¹²⁴ Ahmet bin Hanbel, *Müsned*, 230.

¹²⁵ Kahveci, *İslam Hukuku*, 1/119.

¹²⁶ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 178.

2. 1. 2. 2. 1. İslam Hukuku'na Göre Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller

Naslar tarafından yapılmaması emredilmiş olan bir fiilin başka bir nass veya ahval nedeniyle yapılması ya da naslar tarafından yapılması emredilen bir fiilin gerekli şartların sağlanmasına rağmen yapılmaması halinde meydana getirilen eylem hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bu şekilde yasak fiili mubah hale getiren nass veya duruma İslam hukukunda ruhsat, şer-î cevaz denilmektedir.¹²⁷ Mecellenin 91. maddesinde “Cevaz-ı şer’î damâna münâfidir.” yer alan külli kaide ile hukuka uygunluk nedenleri hüküm altına alınmıştır. Bu kaideye göre; kişi hukukun işlenmesini mubah gördüğü bir fiili icra etmesi veya bir hakkını kullanması halinde ortaya çıkan zararı tazmin ile sorumlu tutulmayacağı belirtilmiştir.¹²⁸ Bu bakımdan bir eylemin hukuka aykırı kabul edilmesi için işlenmesine veyahut işlenmemesine cevaz veren bir hükmün bulunmaması gerekir. Fiili yasak kapsamından çıkararak mubah hale getiren şer-î cevazın mevcudiyeti, çağdaş İslam borçlar hukuku literatüründe müstakil bir başlık olarak ele alınmayıp mubahlık sebepleri (esbâbu’l-ibâha), hukuka uygunluk sebepleri veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar başlığı altında incelenmektedir.¹²⁹ İslam hukukunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller rıza, yetkili makamın izni, ıztırrar hali, meşru müdafaa ve bir hakkın kullanılması şeklinde tahdidi olarak belirlenmiştir.¹³⁰

2. 1. 2. 2. 1. 1. Mağdurun Rızası

Kur’an’ı Kerim’de “*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin; ancak karşılıklı rızânıza dayanan ticaret böyle değildir ve kendinizi öldürmeyin...*”¹³¹ ayeti ve Mecelle’de “Bir kimsenin mülkünde anın izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir”¹³² hükmü zarar görenin göstereceği rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığını belirtmiştir. Zarar görenin, açık veya örtülü bir şekilde malvarlığına yönelik

¹²⁷ Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1996), 21.

¹²⁸ Subhî Mahmasânî, *en-Nazariyyetü l-Âmme li l-Mucebâtı ve l-Ukûd fi ş Şer’iati l-İslâmiyye* (Beyrut: Dârü’l-İlmi’l-Melâyîn, 1983), 174.

¹²⁹ Ercan Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007), 91.

¹³⁰ Mecelle, Md. 21, 33, 919, 924.

¹³¹ en-Nisa, 4/29.

¹³² Mecelle, md. 96.

zarar veren fiilin işlenmesine izin vermesi halinde eylem hukuka uygun hale gelecektir.¹³³ Açık rıza ile örtülü rızanın çatışması durumunda ise açık rıza esas alınır. Eylemin rıza gösterilen kişi tarafından ve verilen rıza sınırları içerisinde işlenmiş olması gerekir. Mala yönelik gerçekleştirilen eylemlerde geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için hukuken mülk edinilebilen, üzerinde tasarruf yapılabilen bir mütekavvim malın ve bu malın da zarara uğrayanın mülkiyetinde olması gerekir. Başkasının mülkiyetinde bulunan mal için verilecek izin hukuken geçerli değildir.¹³⁴ Yine hukuken İslam hukuku bakımından mal kabul edilmeyen haram eşyalar üzerinde izin verilmesi söz konusu olmayacaktır. Örnek olarak şarap, domuz İslam hukukuna göre mal sayılmadığından bunlar üzerinde verilecek rızanın geçerli olmaması verilebilir. Ancak zarar verilen haram mal gayrimüslime ait olması halinde borç ilişkisi doğacaktır. İznin, fiilin işlenmesinden önce verilmesi konusunda tüm mezhepler ortak kanaattedir. Fiilin işlenmesinden sonra verilecek izin konusunda Hanefi mezhebinde, Eş Şeyybani haricinde, yaygın görüşe göre itlaf fiilinin mevkuf akit olmamasından ötürü, zarardan sonra verilen rıza fiili hukuka uygun hale getirmez. Maliki, Hanbeli mezhepleri ile Şeyybani'nin sahip olduğu görüşe göre ise; fiil işlendikten sonra verilen iznin de hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı savunulmuştur.¹³⁵ Mecelle'nin 1453. maddesinde “İcazet-i lahika vekalet-i sabıka hükmündedir.” şeklinde düzenleme yaparak eylemden sonra verilecek rızanın fiili hukuka uygun hale getireceğini belirtmiştir.

İslam hukukunda kural olarak hiç kimsenin kendi can ve organlarına zarar verici kasıtlı eylemlerde bulunmasına veyahut başkasının zarar veren fiillerde bulunmasına rıza göstermesine izin vermez.¹³⁶ Bu sebeple can ve vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiillere gösterilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. İstisnai olarak tıbbi müdahale gerektiren hallerde vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiillere gösterilen rıza fiilin hukuka aykırı olmasını ortadan kaldırır.

¹³³ Ahmet Ekşi, “İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 17 (2011), 352.

¹³⁴ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 95.

¹³⁵ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 184; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 94; Mahmasâni, *en-Nazariyyetü 'l-Âmme*, 177.

¹³⁶ Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, 1/97; Kemal Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: İFAV Yayınları, 2013), 111; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 187.

2. 1. 2. 2. 1. 2. Yetkili Makamın İzni

Kamunun hak ve menfaatlerini korumakla görevli olan yetkili makamların vermiş olduğu ruhsata dayalı olarak meydana getirilen fiiller hukuka aykırılık teşkil etmez.¹³⁷ Mecelle'nin 91. maddesine “Cevaz-ı şer'î zamana münafî olur” şeklinde konulan hüküm yetkili makamın izniyle işlenen fiillerin hukuka uygun olacağına dayanak oluşturur. Yetkili makamların iznine dayanarak işlenen fiilin hukuka uygun hale geleceğine polis memurlarının suçluyu yakalayarak özgürlüğünü kısıtlaması örnek olarak verilebilir.

Yetkili makam tarafından verilen izin kamu hukukuna dayanmalı ve kullanılacak yetkinin sınırları çizilmelidir. Eğer verilen iznin sınırları aşılarak eylem meydana getirilmişse yahut yetki verilen kişi dışında fiil işlenmişse ya da yetkili olmayan kişi tarafından eylemin meydana getirilmesi için izin verilmişse meydana gelen eylem hukuka uygun sayılmaz¹³⁸ ancak meydana getirilen eylem ammenin menfaatlerine aykırı ise yetkili makamın vereceği ruhsat eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir.¹³⁹

Mecelle'nin 1453 maddesinde yer alan “İcazet-i lâhika, vekâlet-i sâbika hükmündedir.” hükmü gereğince kamuya ait yerlerde salahiyet makamdan izin alınmadan yapılan işlemler daha sonra salahiyet makamı tarafından uygun görülmesi halinde de eylem hukuka uygun kabul edilecektir.¹⁴⁰

2. 1. 2. 2. 1. 3. Zaruret Hali

Zarûret kelimesi köken olarak, muhtaç ve mecbur etmek manasındaki ızdırar mastarından türetilen kavramdır.¹⁴¹ Fıkıh terimi olarak ise zaruret kelimesi; şahsı dini nasların yasak ettiği bir şeyi yapmaya veya yemeye zorlayan hal¹⁴² ; dinen nehy edilen bir fiilin yapılmadığı takdirde, insanın hayatını kaybetmesine veya bir uzvunun yok olmasından kaygılanıldığı

¹³⁷Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/455.

¹³⁸ Ahmed Süleyman Muhammed, *Damânü'l-Mutlefat fi'l-Fıkhü'l-İslâmî* (Kahire: Matbaatu's-Saade,1985), 240.

¹³⁹ Muhammed Fevzî Feyzullah, *Nazariyyatü'd-Dimân fi'l-Fıkhü'l-İslâmî'l-Âmmi* (Kuveyt: Mektebetü Dâri't-Türâs,1983), 201; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 97.

¹⁴⁰ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*,587; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 97.

¹⁴¹ İbn Manzur, *Lisânu'l-Arâb* (Beyrut: Dârü Sadr,1975), 4/483.

¹⁴² Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, 1/38.

zorda kalma hal¹⁴³ ve dinin yasaklarından olan bir şeyin işlenmesini mubah hale getirecek ölçüde büyük tehlike ve zarardan kaynaklanan özür hal¹⁴⁴ anlamlarına gelmektedir.

Kur'an'ı Kerim'de "Ama biri zorda kalırsa, haksızlığa sapmadıkça, sınırı aşmadıkça kendisine günah yoktur.",¹⁴⁵ ve "...Oysa Allah, çaresiz yemek zorunda kalmanız dışında, haram kıldığı şeyleri size açıklamıştır..."¹⁴⁶ ayetlerinde ıztırar halinde Allah'ın koymuş olduğu yasaklara aykırı eylemlerde bulunmanın günah olmayacağının bildirilmesi dayanak alınarak İslam hukukçuları fıkha ilişkin eserlerde zaruret halinin hukuka uygunluk sebebi olduğunu belirtmişlerdir. Bu bakımdan Mecelle'de "Meşakkat teysîri celbeder.",¹⁴⁷ "Zaruretler memnû' olan şeyleri mubah kılar."¹⁴⁸, "Bir özür için caiz olan şey ol özrün zevali ile bâtil olur.",¹⁴⁹ "Zararı ammı def için zararı has ihtiyar olunur."¹⁵⁰ ve "İzdırar (zaruret hali) gayrın hakkını iptâl etmez."¹⁵¹ şeklindeki maddelerde zaruret haline ilişkin birçok dayanak teşkil eden düzenleme yapılmıştır. Böylece kişinin şahıs veya malvarlığına yönelik açık ve yakın bir tehlikenin olması durumunda zaruret miktarı aşılmadan başkasının malvarlığını oluşturan maddi değerlere izinsiz tasarrufta bulunarak değerinin azalmasına sebebiyet veren fiiller hukuka aykırı sayılmayacaktır. Açık ve yakın zarar tehlikesinin kişinin kendisine veya üçüncü kişiye yönelik olması gerekmektedir. Tehlike şeref, yaşam ve vücut gibi kişilik haklarına yönelik olabileceği gibi mülkiyet hakkına yönelik de olabilir. Önemli olan zarar riskinin malına zarar verilecek kişi dışında üçüncü bir kişiden veya şeyden kaynaklanmamasıdır.¹⁵² Zaruret halinde meydana gelecek zarar risk ile verilecek zarar arasında ölçülülük bulunmalı ve zarar riskinden kurtulmak için üçüncü kişinin malına zarar

¹⁴³ Zuhaylî Vehbe, *Nazariyyatu'd-Darûreti's-Şerîyye* (Beyrut: Müessesetu'r-Risâle, 1986), 67; Mustafa Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali* (Kayseri: Kimlik Yayınları, 2022), 15; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 98.

¹⁴⁴ Halit Çalış, "Zaruret", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/141.

¹⁴⁵ el-Bakara, 2/173.

¹⁴⁶ el-En'am, 6/119.

¹⁴⁷ Mecelle, md.17.

¹⁴⁸ Mecelle, md.21.

¹⁴⁹ Mecelle, md.23.

¹⁵⁰ Mecelle, md.16.

¹⁵¹ Mecelle, md.33.

¹⁵² Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 194.

vermekten başkaca bir yol bulunmamalıdır.¹⁵³ Bu şartları taşımadan meydana getirilecek eylem hukuka uygun sayılmayacaktır.

İslam hukukçuları, tam ikrâh durumunda öldürme ve zina haricindeki suçların işlenerek başkasının malını itlaf etmenin cevaz hale geleceğini ifade etmişlerdir. Ancak “ Müslümanın canı, malı ve namusu Müslümana haram kılınmıştır.”¹⁵⁴ hadisi şerifi ve “Şer’i özürler kul haklarını mubah kılmaz.”¹⁵⁵ ilkesi gereği ikrah sonucu da olsa başkasının malına verilen zararın tazmin edilmesi ilke olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁶ Bu bakımdan zaruret halinde failin eylemi her ne kadar hukuka uygun kabul edilse de eylem neticesinde üçüncü kişinin malına verilen zarar sebebiyle ortaya çıkan değer kaybı “İztırar gayrin hakkını iptâl etmez.”¹⁵⁷ ve “Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur.”¹⁵⁸ hükümleri gereğince genel görüşe göre malın kıyemi veya misli olmasına göre eylemi gerçekleştiren kişi tarafından tazmin edilecektir.¹⁵⁹ Bununla birlikte başka bir görüşe göre ise; Müslümanların sıkıntılı durumlarda darda kalan Müslümanlara mallarını ücretsiz vermesi gerektiğinden zaruret halinde meydana getirilen eylemden doğan zararın tazmin edilmemesi gerekmektedir.¹⁶⁰ Örneğin hayvan saldırısından kurtulmak için onu öldürerek kurtulan kişi Hanefi fakihlerine göre hayvanın bedelini tazmin etmesi gerekirken; Şafî, Maliki, Hanbeli ve zahiri fakihlere göre eylem meşru müdafaa hükümleri kapsamında kalacağından zararın tazmin edilmesi gerekmeyeceği belirtilmiştir.

2. 1. 2. 2. 1. 4. Meşrû Müdafaa

İslam hukukunun temel gayesi insanın can ve mal güvenliğini, namus ve şerefini, akıl ve neslini korumaktır. Bazı İslam hukukçuları “Size karşı kim haddi aşarsa ona misliyle karşılık

¹⁵³ Yıldız, İslam Sorumluluk Hukuku, 122; Ali Haydar Efendi. *Dürerü’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm*, 81.

¹⁵⁴ Müslim, “Birr”, 32.

¹⁵⁵ Mecelle, md. 33.

¹⁵⁶ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 100.

¹⁵⁷ Mecelle, md. 33

¹⁵⁸ Mecelle, md. 22

¹⁵⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/278; Taftazânî, *Şerhu’t-Telvîh alâ’t-Tavzîh*, (Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, ty.) 2/211; Mollâ Husrev, *Gurer ve Dürer Tercümesi*, 2/271; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 97.

¹⁶⁰ İbn Kayyım, *İ’lamü’l Muvakkı’in*, (İstanbul: Pınar Yayınları, 2017), 1/82.

verin”¹⁶¹ mealindeki ayeti ile Peygamber’in (sav) “Malı uğruna ve namusunu savunurken öldürülenler şehittir” hadisini meşru müdafaa müessesine dayanak göstererek kişinin can, mal ve namus hakkına yönelik gerçekleşen bir tehlikenin bertaraf edilmesi için kendisini savunarak yasak olan fiili icra etmesinin hukuka aykırı olmayacağını belirtmiştir. Bu itibarla meşru müdafaa; bir insanın kendisinin veya diğer bir şahsın yaşamına, namusuna, malına ya da kanunen güvence altına alınan herhangi bir şeyine karşı yapılan haksız bir tecavüzü engel olmak ve defetmek için hukukun öngördüğü hadleri aşmamak kaydıyla yeterli olduğu kadarıyla güç kullanarak müdafaada bulunma şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁶² İslam dininde zina ve fuhşun haram kabul edilmesinden ötürü şeref ve haysiyet, namus ve ırz dokunulmazlığına karşı hassasiyet duyulmuştur. Bu sebeptendir ki İslam hukukunda namusa yönelik haksız fiillerde meşrû müdafaa kapsamında yer almıştır.

Meşrû müdafaadan söz edilebilmesi için; kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına yahut şahıs varlığına yönelik gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi muhakkak olan haksız bir saldırının olması, saldırıya uğrayanın başka kurtuluş yolunun bulunmaması, müdafaanın saldırı anında yapılması, müdafaa ile saldırı arasında ölçülülük bulunarak sınırın aşılmaması gerekmektedir.

Meşru müdafaadan söz edebilmek için; kişinin yaşam veya vücut dokunulmazlığına, namus ve şeref hakkına veyahut malvarlığına yönelik saldırının söz konusu olması gerekmektedir.¹⁶³ Kişinin yaşam ve vücut dokunulmazlığına yönelik gerek hayvan gerekse insan tarafından gerçekleştirilen tehlikeli eylemin söz konusu olması durumunda, söz konusu bu tehlikenin başka bir yoldan ortadan kaldırma olanağının bulunmaması ve bu tehlikeden kurtulmanın ise sadece bu tehlikeyi ortadan kaldırılmakla mümkün olduğu hallerde kişinin haksız tecavüzü engellemek için yeterli ölçüde güç kullanmasının hukuka uygun olacağı kabul edilmiştir.¹⁶⁴ Kullanılan bu güç neticesinde saldırıda bulunan insan veya hayvanın ölmesi halinde Hanefi fakihlerine göre ise; Peygamberimizin (s.a.v) “Hayvanlara zarar veren kişi, zararı tazmin eder.”¹⁶⁵ hadisine dayanarak saldırıda bulunan hayvanın veya fiil ehliyeti

¹⁶¹ el-Bakara, 2/194.

¹⁶² Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 102; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979), 270.

¹⁶³ Ayhan Hıra, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve İslam Hukuku Mukayesesi Bakımından Meşru Müdafaanın Uygulama Alanı ve Ölçütleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.17 (2011), 310.

¹⁶⁴ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 103.

¹⁶⁵ Buhârî, “Diyât”, 28-29; Ebû Dâvud, “Diyât,” 37; Tirmizî, “Zekât”, 16.

bulunmayan akıl hastaları veya çocukların öldürülmesi halinde hayvan bedelinin veya kişilerin diyetlerinin tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmişlerdir.¹⁶⁶ Şafi, Hanbeli, Maliki, ve zahiri fakihlerine göre eylem meşru müdafaa hükümleri kapsamında kalacağından diyet ve tazmin sorumluluğu doğmayacağı kabul edilmiştir.¹⁶⁷

Kişinin namus ve şeref hakkına yönelik gerçekleştirilen haksız saldırı durumunda, kişinin kendisini savunmak amacıyla meydana getirdiği fiiller hukuka uygun sayılacaktır. İslam dininde fuhuş ve zinanın haram kabul edilerek, şeref ve namus dokunulmazlığına gösterilen dini hassasiyetten ötürü bu haklara yönelik saldırılar yönünden gösterilecek müdafaa haklı kabul edilmiştir. Zira Peygamberimizin (s.a.v), “İrz ve namusunu savunurken öldürülen kişi şehittir.”¹⁶⁸ hadisine dayanan İslam hukukçuları namusa yönelik haksız tecavüzlere engel olmanın meşrû müdâfaa içinde değerlendirilmesi ve bu hak kullanılırken sebep olunacak zararlardan ötürü tazmin borcunun doğmaması gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁶⁹ Örneğin; zorla kendisine tecavüz etmek üzere saldırıda bulunan kişiyi, başka türlü engellemesi mümkün olmadığı halde kadının veya dini ve ahlaki yükümlülüğü bulunan üçüncü bir kişinin öldürmesinde eylem hukuka uygun kabul edilecektir.¹⁷⁰ Kadının rızasıyla eşini aldatarak zina yaptığı durumda kocanın zina yapılan adamı öldürmesi durumunda ise; iki farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre; zina suçunun 4 kişiyle ispat edilmesi gerektiği, kaçanın usule uymadan şahsı öldürmesinin hukuka aykırı olacağı kabul edilmiştir.¹⁷¹ İkinci görüşe göre ise; eşinin kendisini aldattığını 4 kişiyle ispat eden kişi, eşinin zina ettiği şahsı öldürmesi halinde sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir.¹⁷² Bunun dışında başkasının evini gözetleyerek mahremiyetini ihlal eden kişiler bakımından ise Peygamberimiz (s.a.v)’in “İzinsiz olarak başkasının mahrem olan durumuna müttali olmak isteyen kişiye taş atılarak gözünün yok edilmesi durumunda failin tazmin ile sorumlu tutulmayacağı”¹⁷³ hadisine dayanarak İslam hukukçuları iki farklı görüş ortaya atmışlardır. Hanefi ve Maliki fakihlerine

¹⁶⁶ Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, 1/92; Bağdadi, *Mecmaud'd-Damanât* , 66.

¹⁶⁷ Eş Şafii, *el-Ümm*, nşr. Rif'at Fevzî Abdülmuttalib, (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1993), 6/191.

¹⁶⁸ Tirmizî, “Diyât”, 21; Ebû Dâvud, “Sünnet”, 29.

¹⁶⁹ İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî, fî Şerh-i Sahîhi'l-Buhârî* (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1996), 5/418.

¹⁷⁰ Zuhaylî, *Nazariyyatu'd-Darûreti's-Şeriyye*, 147.

¹⁷¹ Bedreddin el-Aynî, *'Umdetul-Karî* (İstanbul: Karınca Polen Yayınları, 2019), 22; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 106.

¹⁷² Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 184.

¹⁷³ Buhari, “Diyat”, 15.

göre; ev sahibinin evini gözetleyerek mahremiyetini ihlal eden kişiye yönelik öldürücü olmayan metotlarla mani olma olanağı mevcut iken öldürücü materyaller kullanarak kişiyi öldürmesi halinde Peygamberimizin (s.a.v) “Bir gözün yok edilmesi durumunda yarım diyet gerekir.” sorumlu olacağını kabul etmişlerdir.¹⁷⁴ Diğer görüşe göre ise; başkasının evini gözetmenin haram olmasına rağmen; gözetleyene müdahalede bulunarak gözünün görme işlevini yitirmesine sebep olmanın meşru müdafaa sınırları içerisinde yer almayacağını savunulmuştur.¹⁷⁵

Kişinin malvarlığına yönelik gerçekleştirilen haksız saldırı durumunda ise; İslam hukukçuları Peygamberimizin (s.a.v) “Malını korurken öldürülen kişi şehittir.”¹⁷⁶ hadisi kutsisine dayanarak görüşlerini bildirmişlerdir. Hanefi fakihleri, miktarının az veya çok olduğuna bakılmaksızın mülkiyeti başkasına ait olan bir malı hukuka aykırı biçimde almaya çalışan kişinin öldürülebileceğini savunurken Mâlikî fakihleri ise, bu hadisin mutlak anlam ifade etmediğini, malın miktarının azlığına ve çokluğuna bakılması gerektiğini, az miktardaki bir maldan dolayı tecavüzde bulunanı öldürmenin, meşrû müdafaa kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmişlerdir.¹⁷⁷ Mecelle’de yer alan “Zarûretler kendi miktarlarınca takdir olunurlar.”¹⁷⁸ ilkesi bu nazarda düzenlenerek haksız saldırıya uğrayan kişinin saldırıya mani olma veya onu daha hafif zararlarla savma imkanı varken daha ağır zararlara yol açabilecek eylemlerde bulunmaması gerektiği, bu kapsamda meydana getirilecek eylemlerin meşru müdafaa kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir.¹⁷⁹

Meşru müdafaa hali hukuka uygunluk nedeni kabul edildiğinden ötürü savunmada bulunan kişinin, saldırıda bulunan kişinin malına veya şahsına vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu söz konusu olmaz. Yaşam hakkına yönelik gerçekleştirilen saldırılarda kişinin meşru müdafaada bulunması Hanefi, Maliki ve bir takım Şafi görüşlerine göre aynı zamanda

¹⁷⁴ San’anî, *Sübülü’s-Selâm Şerhu Bulûğî’l-Merâm min Cemi’ Edilleti’l-Ahkâm* (Beyrut: Dârü İhyâi’t-Türâsi’l-Arabiyye, 1960), 3/ 244; Ebû Şeybe, *Kitabu’l-Musannef fi’l-Ehâdisi ve’l-Âsâr* (Beyrut: Kütübi’l-İlmiyye, 1995), 5/356.

¹⁷⁵ Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d Dakâik* (Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2000), 6/235; İbn Kudâme, *el Muğni*, (Beyrut: Dârü’l- Kütübi’l-İlmiyye, 2009), 10/353; İbn Dakîk, *İhkâmü’l-Ahkâm Şerhu Umdeti’l-Ahkâm* (Beyrut: Müessesetü’r-Risale Naşirun, 2014), 4/122.

¹⁷⁶ Buhârî, “Mezâlim” 33; Müslim, “İmân,” 226; Ebû Davûd, “Sünnet”, 39; Tirmizî, “Diyât”, 21.

¹⁷⁷ Zuhaylî, *Nazariyyatu’d-Darûreti’ş-Şerîyye*, 152; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 108.

¹⁷⁸ Mecelle, md.22.

¹⁷⁹ İbn Kudâme, *el Muğni*, 10/352. ; İbn Hazm, *el-Muhallâ* (Beyrut: Dârü’l Kütübi’l-İlmiyye, ty.), 11/211.

vaciptir. Hanbelilere göre ise fitne ortamı söz konusu ise vacip, fitne ortamı söz konusu değilse vacip olmadığı kabul edilmektedir. Şafî mezhebindeki diğer görüşe göre ise; haksız saldırıya uğrayan Müslüman, saldırıda bulunan gayrimüslim ise meşru müdafaada bulunmak vacip olduğu kabul edilmiştir. Mala yönelik haksız saldırı olması halinde ise; malın tasarruf yetkisinin kısıtlıda bulunması, kişinin manevi haklarının kaybına neden olması halinde meşru müdafaanın vacip olduğu kabul edilmiştir.¹⁸⁰

2. 1. 2. 2. 1. 5. Hakkın Kullanılması

Hak, hukuk düzeninin güvence altına aldığı yetki ve menfaatlerdir. İslam dininde mutlak hak ve güç sahibi Allah'tır. İslam hukuku kaynağını İlahi iradedden almasından ötürü insanların hak ve yetkilerinden söz edebilmek için dinen tanınmış olması gerekmektedir. İmam Hanife, İmam Şafii ve İmam Ahmed bin Hanbel'in de içerisinde yer aldığı bazı İslam müçtehitleri kendisine tanınan hakkın kullanılmasının başkalarına zarar vermesi halinde dahi engellenemeyeceğini savunmuştur. Örnek olarak komşu iki arsa sahibinden birinin kendi arsasına kazdığı kuyunun, diğerine zarar vermesi halinde Ebû Hanîfe, kişinin bu eyleminin engellenemeyeceğini belirterek, zarar gören arsa sahibinin de komşusunun kazdığı kuyuya yakın bir yerde kuyu kazmasını önermesi verilebilir.¹⁸¹ Bunun dışında genel kabul gören görüşe göre ise; İslam fakihleri, İslam hukukunda hakkın amaç olmayıp hedeflenen amacın gerçekleşmesinde bir araç olduğunu, mutlak güç ve hak sahibi Allah olduğunu, bireylere İlahi güç tarafından hakkın tanındığını, tanınan bu hakkın sınırlı ve nispi olduğunu, nispi ve sınırlı olan bu hal ve yetkilerin ise kullanılırken Allah'ın iradesine uygun, başkalarının haklarını ve toplumsal menfaatleri ihlal etmeksizin kullanması gerektiğini kabul etmişlerdir. Aksi halde tanınan hakkın kötüye kullanılacağı belirtilmiştir.¹⁸² Hakkın kötüye kullanılması, Hz. Peygamberin, "Komşunun, kendi komşusunun binasından daha yüksek bina yaparak onun havalandırılmasına engel olmasını yasaklamıştır."¹⁸³ hadisi şerifi dayanak alınarak klasik İslam fakihleri ve çağdaş İslam hukukçuları tarafından ele alınmıştır. Klasik fıkıh

¹⁸⁰ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 206.

¹⁸¹ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 7/33; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, 5/123; Serahsî, *el-Mebsût*, 15/21; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 7/28.

¹⁸² Fethi Dureynî, *Nazariyyatu't-Ta'ssüf fî İsti'mâli'l-Hakk fî'l-Fıkh'l-İslâmî* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1988), 130; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 112-113.

¹⁸³ Buhârî, "Mezâlim", 20; Müslim, "Müsakât", 136.

kitaplarında hakkın kötüye kullanılması “taannüt”¹⁸⁴ ve “el-isti’ mâlû’ l-mezmûm”¹⁸⁵ kavramları kullanılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Taannüt kavramı ise; zulüm, sıkıntı, eziyet ve başkasına zarar verme anlamlarında kullanılmıştır. Çağdaş İslam hukukçuları ise; hakkın kötüye kullanılması için “et-ta’assûf fî isti’ mâlî’ l-hak” kavramını yasal bir hakkı başkasına zarar vermek veya hukukun uygun olmayan amacı gerçekleştirmek kullanmak manasında kullanmışlardır.¹⁸⁶ Bir hakkın kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için; meşru menfaat bulunmaksızın başkasına zarar vermek kastıyla hareket ederek üçüncü kişilerin aleyhine fahiş zararın ortaya çıkartılmış olması gerekmektedir.

Bu bakımdan İslam hukukunda şahsi hak ve menfaatlerin müdafaası ve kullanılmasında bir taraftan olabildiğince şahsi menfaatlerin zarara uğratılmamasına, öte yandan da bu hakkı kullanmanın kamusal bir zarara neden olmamasına özen gösterilmektedir. Böylece İslam hukukunda kişiye hukukten tanınan haklarını yine hukukun öngördüğü sınırlamalara uyulacak şekilde kullanılması zorunludur aksi halde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacağı ve bu durumunda hukuka uygun olmayacağı kabul edilmektedir.¹⁸⁷

2. 1. 2. 3. Hukuka Aykırılık Unsurunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi haksız fiile dayalı borç ilişkisinin doğması için; ikinci unsur olarak hukuka aykırılığın bulunması gerektiğini kabul etmiştir. Türk borçlar hukukunun içerisinde yer aldığı modern hukuk sistemi hukuka aykırılığı sübjektif ve objektif hukuka aykırılık teorileri üzerinden açıklamıştır. Türk borçlar hukuku bu teorilerden objektif hukuka aykırılık teorisini kabul ederek; hukuka aykırılığı, hukuk düzeninin yasakladığı eylemlerde bulunarak hukuk düzeninin doğrudan doğruya ve dolaylı olarak koruma ereği duyduğu menfaatleri ihlal etme olarak tanımlayarak hukuka aykırılığın müspet ve menfî unsuru olduğunu kabul etmiştir. Hukuka aykırılığın müspet unsurunu; hak ve menfaatleri korumayı emreden hukuk kuralına aykırı bir fiilin olması oluştururken menfî unsurunu ise; var olan vakıada hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması oluşturmaktadır. Buna karşın İslam borçlar hukukunda ise

¹⁸⁴ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi*, 6/264.

¹⁸⁵ Şâtîbî, *el-Muvâfakât fî Usûli’s-Şerîa*, (Beyrut: Müessesetü’r-Risale Naşirun, 2013), 3/218.

¹⁸⁶ Dureynî, *Nazariyyatu’t-Ta’assuf*, 87.

¹⁸⁷ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 117.

hukuka aykırılık Kur'an Kerim'de çeşitli ayetlerde geçen teaddi¹⁸⁸ kavramı ile haddi aşmak, aşırıya gitmek, zulmetmek, hakkı çiğnemek anlamlarında kullanılmıştır. Hukuki olarak ise Türk borçlar hukukuna yakın bir tanımla; helal sınırını geçerek dini naslar ile örf ve adetin koyduğu kuralları çiğneyerek başkasına zarar verme şeklinde tanımlanarak hukuka aykırılığın müspet ve menfi unsuru olduğunu kabul etmiştir. Hukuka aykırılığın müspet unsurunu; hak ve menfaatleri korumayı emreden hukuk kuralına aykırı bir fiilin olması oluştururken menfi unsurunu ise; var olan vakıada hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması oluşturmaktadır.¹⁸⁹

Hukuka aykırılığın menfi unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal, Türk borçlar hukukunda zarar veren ile zarar görenin çatışan hukuki menfaatleri arasında zarar verenin fiilinin yasa koyucu tarafından üstün tutulması şeklinde tanımlanarak Türk Borçlar Kanunu'nun 63.maddesinde ve Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde söz konusu üstün tutulma halleri; ilgilinin rızası, hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, zaruret hali, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve üstün nitelikte kamusal veya özel yarar olarak belirtilmiştir. Buna karşılık İslam borçlar hukukunda ise hukuka uygunluk nedenleri, şer-i cevaz ve esbabul ibaha isimleriyle kullanılmış olup; işlenmesine veya işlenmemesine salahiyet veren bir nassın bulunması şeklinde tanımlanarak mağdurun rızası, yetkili makamın izni, zaruret hali, meşru müdafaa ve hakkın kullanılmasını hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul etmiştir. Her iki hukuk düzeninde sayılan bu hallerin bulunması durumunda meydana getirilen eylem hukuka aykırı sayılmaz. Ancak söz konusu bu hallerin düzenlenmesinde her iki hukuk düzeni tarafından bazı farklılıklar bulunmaktadır.

İlgilinin rızası her iki hukuk sisteminde de hukuka uygunluk nedeni sayılmakla birlikte; Türk borçlar hukukunda rıza, hukuk düzeninin tanıdığı hakkı hukuken geçerli irade beyanı ile kullanmaktan vazgeçme olarak tanımlanmıştır. Türk borçlar hukukuna göre rızadan bahsedilebilmesi için; fiil ehliyetine sahip kişi tarafından tek taraflı olarak, fiilin işlenmesinden önce açık veya zimmi olarak üzerinde özgürce tasarruf yetkisine haiz olduğu kişilik haklarını ihlal etmeyen konularda iradenin sakata uğratılmadan verilmesi gerekmektedir. Gösterilen bu rıza eylem neticelendirilene kadar geri alınabilir. Eylemden sonra verilecek olan rıza Türk borçlar hukukuna göre eylemi hukuka uygun hale

¹⁸⁸ el-Bakara, 2/17; el-Maide, 5/87; el-Talak, 65/1.

¹⁸⁹ Kaya, *İslam Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar ve Tazmini*, 105. ; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 178.

getirmemektedir. Buna mukabil İslam borçlar hukukunda rıza ise; kişinin malvarlığına yönelik gerçekleştirilen saldırılara izin vermesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan İslam hukukunda rızanın kural olarak mal varlığına yönelik saldırılara karşı verilebileceği, can ve vücut sağlığına zarar verici eylemlere yönelik rıza gösterilemeyeceği kabul edilmiştir. Mala yönelik gerçekleştirilen eylemlerde verilecek rızasının ise açık veya örtülü olması, rıza gösterilecek mal üzerinde tasarruf etme hakkına haiz olunması ve malın mütekavvim olması gerekmektedir. İslam borçlar hukukunu, Türk borçlar hukukundan ayıran en önemli nokta haram kabul edilen mallar üzerinde rıza gösterilmesi söz konusu değildir. Her iki hukuk sisteminde rızanın eylemden önce verilmesi gerektiğinde benzerlik bulunsa da; İslam borçlar hukuku bakımından rızayı Türk borçlar hukukundaki rızadan ayıran temel nokta, İslam borçlar hukukunda Maliki, Hanbeli, Şafi mezheplerine ve Hanefi fakih Eş Şeyybanî'ye göre eylemden sonra gösterilecek olan rızanın da eylemi hukuka uygun hale getirecek olmasıdır. Bununla birlikte diğer Hanefi fakihler de Türk borçlar hukukundaki kabul olan görüşe eylemden sonra verilecek olan rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını kabul etmişlerdir.

Her iki hukuk sisteminde yetkili makamın kamu gücüne dayalı olarak vermiş olduğu yetkinin sınırları içerisinde yetki verilen kişi tarafından kullanılması halinde meydana getirilecek olan eylemin hukuka uygun sayılacağı kabul edilmiştir.

Her iki hukuk sisteminde meşru müdafaa hali hukuka uygunluk nedeni sayılmıştır. Türk borçlar hukukunda kişinin kendisinin veya başkasının malvarlığına ya da kişilik haklarına yönelik gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel olan hukuka aykırı saldırıyı savuşturmak için saldırıyı yapana karşı meydana getirmiş olduğu eylemler meşru müdafaa ismiyle tanımlanarak hukuka uygun kabul edilmiştir. Bu bakımdan kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına ya da şahıs varlığına yönelik saldırının olması, saldırının gerçekleşmiş veya gerçekleşmesinin kesin olması, hukuka aykırı bir biçimde insan tarafından yapılması, karşı koymanın saldırıya yönelik olması ve savunmanın saldırıyı def edecek ölçüde olması gerekmektedir. Buna karşılık İslam hukukuna göre meşru müdafaa ise; kişinin kendisinin veya başkasının can, mal ve namus haklarına yönelik yapılan saldırıyı def etmek hukukun ön gördüğü sınırlar içerisinde ölçüyü aşmadan yasaklanmış olan eylemi meydana getirmesi şeklinde tanımlanmıştır. İslam hukuku ve Türk borçlar hukuku meşru müdafaayı kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına ya da şahıs varlığına yönelik saldırının olması, saldırının gerçekleşmiş veya gerçekleşmesinin kesin olması, karşı

koymanın saldırana yönelik olması ve savunmanın saldırıyı def edecek ölçüde olması şartları yönünden benzer olarak ele almışlardır. Ancak İslam hukukunda, Türk borçlar hukukundan farklı olarak saldırının insan dışında hayvan tarafından da meydana getirilmesi halinde meşru müdafaa hükümlerinin gündeme geleceğini belirtmişlerdir. Hanefi mezhebine göre hayvanın veya fiil ehliyeti bulunmayan akıl hastaları veya çocukların öldürülmesi halinde hayvan bedelinin veya kişilerin diyetlerinin ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Şafi, Hanbeli, Maliki ve zahiri İslam fakihlerine göre ise hayvan veya insan tarafından yapılan saldırılara karşı konulurken saldıran kişi veya hayvanın ölmesi halinde diyet ve tazmin sorumluluğunun doğmayacağını kabul etmiştir. Yine İslam borçlar hukukunda, Türk borçlar hukukundan farklı olarak zina ve fuhuş yasak kabul edilerek bu haklara yönelik gerçekleştirilecek saldırılara karşı koyma meşru müdafaa kapsamında değerlendirilecektir.

Her iki hukuk sisteminde ıztırar halini hukuka uygunluk nedeni saymıştır. Türk borçlar hukukuna göre ıztırar hali, kendisine veya başkasına yönelik açık ya da yakın bir zarar tehlikesini def etmek için üçüncü bir kişinin mal varlığına zarar verilmesidir. ıztırar halinde bahsedebilmek için; kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına ya da şahıs varlığına yönelik tehlikenin olması, saldırının gerçekleşmiş veya gerçekleşmesinin kesin olması, zarar tehdidinin malına zarar verilenden kaynaklanmaması ve engellenen zarar riski ile kişinin malına verilen zarar arasında ölçülülüğünün olması gerekmektedir. Buna mukabil İslam hukukuna göre ıztırar hali ise; kişinin kendisinin veya başkasının kişilik veya mal varlığı haklarına yönelik gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi kesin olan tehlikeyi ölçülü olacak şekilde başkasının malına tecavüz ederek def etmedir. Yapılan saldırıyı def etmek hukukun ön gördüğü sınırlar içerisinde ölçüyü aşmadan yasaklanmış olan eylemi meydana getirmesi şeklinde tanımlanmıştır. İslam hukuku ve Türk borçlar hukuku ıztırar halini; kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına ya da şahıs varlığına yönelik saldırının olması, saldırının gerçekleşmiş veya gerçekleşmesinin kesin olması, karşı koymanın başkasının malvarlığında zarar doğurması ve karşı koymanın zaruret halini aşmayacak ölçüde olması şartları yönünden benzer olarak ele almışlardır. Türk borçlar hukukuna göre; doğacak zararın, zarar veren tarafından tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Buna mukabil İslam borçlar hukukunda bir görüşe göre; tam ikrah halinde öldürme ve zina haricindeki suçların işlenmesinde durumunda üçüncü kişilerin mallarına verilen zararların tazmin edilmesi gerektiğini kabul edilmişse de diğer bir görüşe göre ise; darda kalan Müslümanların sıkıntılarının diğer Müslümanlar tarafından giderilmesi gerektiği, bu

sebepten ötürü zaruret halinde meydana getirilecek zararlardan ötürü tazmin sorumluluğu doğmayacağı kabul edilmiştir.

Her iki hukuk sisteminde hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni sayılarak kişilerin iradesine tanınmış olan yetki ve menfaatlerin kullanılması ile bu yetki ve menfaatlere yönelik saldırı olması durumunda bu yetki ve menfaatlerin korunması için güç kullanılması hukuka uygun kabul edilmiştir. Türk borçlar hukukunda hak, bireyler tarafından oluşturulan kanunlardan geçerliliğini almakta olup; tanınan bu hakkın kamu idaresine başvurma imkânı olmadan korunması gerektiği hallerde ölçülülük ilkesi nazarında kuvvet kullanılması hukuka uygun sayılmıştır. Buna karşılık İslam borçlar hukukunda ise mutlak güç ve hak sahibinin Allah olduğu kabul edilmiş ve kişilere Allah tarafından sınırlı ve nispi olarak kullanılması için yetki ve menfaatlerin verildiği verildiği kabul edilmiştir. İmam Hanife, İmam Şafii ve İmam Ahmed bin Hanbel'in de içinde yer aldığı İslam müçtehitlerine göre bu hakkın dinen tanınmış olması sebebiyle kullanılması esnasında başkalarına zarar vermesi halinde bile hukuka uygun olacağı kabul edilse de; genel kabul olan görüşe göre, dinen tanınan bu yetkinin Allah'ın emir ve yasaklarına uygun, başkalarının haklarına saygılı şekilde kullanılması gerektiği aksi halde hakkın kötüye kullanılacağı kabul edilmiştir. Bu bakımdan her iki hukuk sistemi kişilere verilen bu hakların başkalarına zarar verecek şekilde veyahut sınırlarının aşarak kullanılması halinde hakkın kötüye kullanılacağını belirterek hukuka aykırılık oluşturacağını kabul etmiştir.

2. 1. 3. Zarar

2. 1. 3. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Zarar

Kusura dayalı borç ilişkisinin doğması için gereken üçüncü koşul; Türk Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesinde hukuka ve ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür şeklinde belirtilen zarar kavramıdır. Zararın olmadığı durumlarda hukuki borç ilişkisi doğmayacaktır. Zarar kararı her ne kadar kanunda lafzı olarak geçmiş olsa da mana bakımından bir tanım yapılmamıştır. Zarar kavramının tanımı doktrinde ve mahkeme kararlarında yapılmıştır.

Zarar kelimesi sözlük anlamı itibariyle, Arapça kökenli bir kelime olup bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz kötü sonuç anlamına gelmektedir.¹⁹⁰ Zarar kavramı, hukuk terminolojisinde ise; dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır. Dar manada zarar; teorik anlamdaki malvarlığındaki maddi zarardır.¹⁹¹ Geniş anlamda zarar ise; hukuken korunan maddi ve manevi varlıklara karşı yapılan hukuka aykırı tecavüzün meydana gelmesinden önceki hal ile sonraki hal arasındaki objektif fark şeklinde tanımlanabilir.¹⁹² Bu tanıma göre zarar maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹⁹³

2. 1. 3. 1. 1. Maddi Zarar

Maddi Zarar; kişinin rızasına hilaf malvarlığında meydana gelen azalmadır. Maddi zararın ortaya çıkabilmesi için; malvarlığı, malvarlığında eksilme ve bu eksilmenin kişinin rızasına hilaf olması gerekmektedir.¹⁹⁴ Malvarlığı; ekonomik kıymeti olan, para ile ölçülebilen hukuki varlıkların oluşturduğu bütündür.¹⁹⁵ Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, izafi nitelik taşıyan alacak hakları, fikri ve sınai haklar, çalışma neticesinde ileride elde edilecek kazanç ve gelir olasılığı ile şahıs (vücut bütünlüğü) değerleri malvarlığı içerisinde yer almaktadır.¹⁹⁶

Malvarlığının azalması ise; malvarlığını oluşturan aktif değerlerin azalması ya da borç ve yükümlülüklerden oluşan pasif değerlerin çoğalması şeklinde olmaktadır.¹⁹⁷ Malvarlığında meydana gelen azalma bir bakıma; zarar verici eylemden sonra malvarlığının gösterdiği hal ile eylem meydana gelmeseydi var olacağı hal arasındaki farktan ibarettir.¹⁹⁸

¹⁹⁰ Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

¹⁹¹ Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010), 20.

¹⁹² Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 63.

¹⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 544.

¹⁹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 545.

¹⁹⁵ Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, 24.

¹⁹⁶ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 56.

¹⁹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 546.

¹⁹⁸ Haluk Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1996), 6.

Malvarlığında meydana gelen eksilmenin, zarar görenin rızasına hilaf gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Kişinin iradesi sonucu meydana gelecek olan eksilme zarar olarak nitelendirilmemektedir.¹⁹⁹

2. 1. 3. 1. 1. 1. Maddi Zararın Çeşitleri

2. 1. 3. 1. 1. 1. 1. Fiili Zarar- Yoksun Kalman Kâr

Fiili zarar; malvarlığının aktifinde zarar görenin rızası dışında meydana gelen azalma veya pasifinde artma sonucu ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak şahsın evinin yakılması, kişinin dövülmesi durumunda hastanede tedavi olması verilebilir. Burada malvarlığının net miktarı ve değeri azalmaktadır.²⁰⁰

Mahrum kalınan kâr; haksız eylemin meydana gelmesi sebebiyle hayatın olağan akışına göre kesin veya büyük olasılıkla elde edilecek olan kazançların elde edilemeyip var olan durumun korunması olarak tanımlanmaktadır.²⁰¹ Örnek olarak; taksi şoförlüğü yapan kişinin aracının yakılması sonucu aracın tamirhanede kaldığı süre zarfında işletilmemesinden dolayı belirli kazançtan mahrum kalması verilebilir.

2. 1. 3. 1. 1. 1. 2. Kişiyeye Verilen Zarar- Eşyaya Verilen Zarar- Diğer Zarar

Kişiyeye verilen zarar; bireyin yaşam hakkına, vücut ve ruh bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen haksız eylemler neticesinde meydana gelen zararlardır.²⁰²

Eşyaya verilen zarar; maddi malvarlıklarına yönelik gerçekleştirilen eylemler neticesinde verilen zarardır. Eşyanın yok edilmesi, tahrip edilmesi veya hasara uğratılması sonucu değerinde gelen eksilmedir.²⁰³ Örnek olarak; camın kırılması verilebilir.

¹⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 549.

²⁰⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 550.

²⁰¹ Kayıhan – Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 248.

²⁰² Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/106.

²⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 552.

Diğer zararlar ise; kişiye veya eşyaya yönelik verilen zararlar dışında kalan kişilik haklarına yönelik verilen zararlar bu kapsama girmektedir. Örnek olarak kişinin itibarını zedeleyecek ihlaller verilebilir.²⁰⁴

2. 1. 3. 1. 1. 3. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar

Doğrudan zarar; kişinin hukuka aykırı fiil yüzünden uğramış olduğu zarardır. Araya başka bir sebep girmeden zarar verici eylemin uygun neticesi olan her zarar doğrudan zarardır. Örnek olarak evinin kapısı kırılan kişinin uğradığı zarar verilebilir.²⁰⁵

Dolaylı zarar; hukuka aykırı eylemin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak eklenen bir nedenle mağdurun uğradığı zarardır. Örneğin, A şahsının almış olduğu ihale sonucunda demiryolunda kazı yaparken kabloları koparması doğrudan zarar, kabloların kopması sonucu tren seferlerinin aksaması ise dolaylı zarardır.

Yansıma zarar, hukuka aykırı eyleme uğrayan kişiden başka bir kişinin de etkilenecek zarar görmesidir.²⁰⁶ Yansıma zararlarında, zarar görenin doğrudan hakkı ihlal edilmemektedir. Bu sebepten ötürü haksız eylemden yansıma yoluyla zarar görenlerin kural olarak zararı giderme talebinde bulunma hakları yoktur ancak kanun koyucu tarafından istisnai bir düzenleme yapılmış olması halinde zarar görenle hukuka aykırı eylemde bulunan arasında borç ilişkisi doğacaktır. Örnek olarak; ses sanatçısının haksız bir biçimde öldürülmesi halinde işletme sahibinin uğradığı zarar verilebilir. Bu borç ilişkisinin doğabilmesi için de eylem ile yansıma zarar arasında hem nedensellik bağının bulunduğu hem de eylemin hukuka aykırı olduğunun ispatlanmış olması gerekmektedir.²⁰⁷ Türk Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinde meydana gelen ölüm nedeniyle kalanların ölenin yardımından mahrum kalmasına dair zararlarını ve 47. maddesinde meydana gelen ölüm nedeniyle ölenin ailesinin manevi zararlarının karşılanmasını bu kapsamda düzenlemiştir. Örnek olarak; öldürülen ses sanatçısının ailesinin yoksun kaldığı ekonomik destek ile uğramış oldukları manevi zarar verilebilir.

²⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 552.

²⁰⁵ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/43.

²⁰⁶ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/43.

²⁰⁷ Mehmet Salih Karabayır, *Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi Zararın Tazmini* (İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 39.

2. 1. 3. 1. 1. 4. Mevcut Zarar- Muhtemel Zarar- Müstakbel Zarar

Mevcut zarar; zararın hesap edildiği tarihe kadar vuku bulmuş zarardır. Müstakbel zarar ise; hukuka aykırı fiilin işlenmesi sırasında var olmayan ancak başkaca unsurların eklenmesine de gerek kalmaksızın ileride doğması kesin olan zarardır. Örnek olarak, ölen kişinin desteğinden mahrum kalacak kişilerin uğradığı zarar verilebilir.

Muhtemel zarar; henüz vuku bulmayan, tehlikenin zuhur etmesinden sonra ortaya çıkacak olan zarardır. Örnek olarak; ağır yaralanan kişinin ameliyat esnasında ölmesi verilebilir.²⁰⁸

2. 1. 3. 1. 2. Manevi Zarar

Bir şahsın, şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin tecavüze uğraması sonucu uğradığı objektif azalma veya kayıplara manevi zarar denilmektedir.²⁰⁹ Şahıs değerlerini; yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, şeref, haysiyet, ticari nam, özgürlük gibi haklar oluşturmaktadır. Bu değerlerin saldırıya uğrayarak kişinin rızası hilafına azalmış olması halinde manevi zarar ortaya çıkacaktır. Bunun dışında bu değerlerin saldırıya uğraması sonucu kişinin duyacağı acı, keder ve ıstırap neticesinde ruhsal bütünlüğünde bozulmaya veya yaşama sevincindeki azalmada manevi zararı oluşturmaktadır.²¹⁰

2. 1. 3. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Zarar

Haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisinin doğması için gereken diğer bir unsur ise zarardır. Arapça'da zarar (darar), darr biçimindeki mastar yapısı ve durr biçimindeki isim yapısında iki kökle ilişkilendirilir. Mastar biçimindeki haline mana vermek yerine fayda anlamındaki nef ile karşıt manada kullanılmıştır.²¹¹ Durr kelimesi mâruz kalınan zararın mahiyetini ve türünü gösterecek şekilde belâ, hastalık, fakirlik, darlık, tehlike gibi insanı

²⁰⁸ Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/44.

²⁰⁹ Rona Serozan, *Manevi Tazminat İstemine İlişkin Değişik Bir Yaklaşım*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan (Ankara: Ayı Bası, 1990), 83.

²¹⁰ Ayşe Dilşad Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Zarar* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016), 67.

²¹¹ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 107.

derinden etkileyen sıkıntılı durumları, kişinin bütün benliğini saran ve onun varlığını tehdit eden mücbir sebebe maruz kalma halini ifade eder.²¹² Bu ifadeler Kuran'ı Kerim'de “ Onlar size eziyetten başka zarar veremezler. Sizinle savaşılırsa geri dönüp kaçarlar. Sonra onlara yardım da edilmez.”²¹³ ve “(O tür) gizli konuşmalar ancak şeytandandır. Bu müminleri üzme içindir. Oysa o, Allah'ın izni olmadıkça onlara hiçbir zarar veremez. Müminler ancak ve ancak Allah'a güvenip dayansınlar”²¹⁴ ayetlerinde ve Peygamber'in “Zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur”²¹⁵ hadisinde yer almaktadır. Ayet ve hadislerde yer alan zarar kelimesi bilerek ve isteyerek meydana getirilen kötü hal olarak belirtilmiştir. Kötü halden kasıt ise; kişinin ilim, namus ve erdem gibi faziletlerden ötürü nefsinden ya da uzuvlarında ötürü bedeninden ya da malından ötürü harici bir kaynaktan meydana gelen noksanlık olarak belirtilebilir.²¹⁶ Bununla birlikte İslam hukukçuları zarar kavramı yerine itlaf, bir malın tamamen yok edilmesi durumuna istihlak ve malın kısmen yok veya tahrip edilerek kullanılamaz hale getirilmesi için ise ifsat kavramlarını kullanmışlardır.²¹⁷ Zarar kavramı bu anlamlarının yanında bazı İslam hukukçuları tarafından modern hukuktaki zarar kavramına benzer olacak şekilde hukuken korunan maddi değerlere yönelik hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilen eylemler neticesinde malın değerinin önceki ve sonraki hali arasındaki fark,²¹⁸ şahsın mal varlığında meydana gelen eksilme ve malın bazı vasıflarını kaybederek değerindeki noksanma anlamlarında kullanılmıştır.²¹⁹ Zarar kavramına çeşitli anlamlar ithaf edilmiş olsa da İslam hukuku bakımından hukuka aykırı bir fiil nedeniyle kişinin sorumlu tutulabilmesi için yapılan davranış neticesinde bir zararın ortaya çıkmış olması gerektiği kanaatine varılarak haksız fiile dayalı borç ilişkisinin doğması için zaruri bir unsur olarak kabul edilmiştir.

²¹² Bilal Aybakan, “Zarar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/130-134.

²¹³ el İmran, 3/111

²¹⁴ Mücadele, 58/10

²¹⁵ Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî İmam Mâlik, *el-Muvatta*, nşr. Abdüvehhâb Abdüllatif. (Kahire: Vizâretü'l-Evkâf, 1414/1994); İbn Mace, “Ahkam”, 17.

²¹⁶ İsfahani, *Müfredat* (İstanbul: Çıra Yayınları, 2017), 582; Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Tarih ve Hukuk Istılahları Kamusu* (İstanbul: OSAV Yayınları, 2018), 1357.

²¹⁷ Recep Çiğdem, *Mukayeseli Hukuku, İslam- Türk Borçlar Hukuku* (Şanlıurfa: Şanlıurfa İlahiyat Vakfı Yayınları, 2020), 130.

²¹⁸ Ali el Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümler* (Ankara: TDV Yayınları, 2018), 38.

²¹⁹ Zuhayli Vehbe, *Nazariyatü'd-Daman* (Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1998), 24,96.

Yukarıda yapılan izahatlarda genel olarak maddi değerlere yönelik meydana getirilen eylemler sonucunda uğratılan maddi kayıplardan bahsedilse de İslam hukuku temel maslahat olarak gördüğü akıl, nesep, din ve cana ilişkin gerçekleştirilecek haksız fiillerden dolayı ortaya çıkacak manevî zararları da koruma altına almıştır.²²⁰ Haksız fiile dayalı borç ilişkisinin doğması için kişinin maddi veya cismani bir zarara uğraması veya uğrama riskinin bulunması gerekir. Bu bakımdan İslam hukuku da modern hukukta olduğu zararı maddî ve manevî olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutmuştur.

2. 1. 3. 2. 1. Maddi Zarar

Maddi Zarar; kişinin rızasına hilaf malvarlığında meydana gelen azalmadır. Maddi zararın ortaya çıkabilmesi için; malvarlığı, malvarlığında eksilme ve bu eksilmenin kişinin rızasına hilaf olması gerekmektedir.²²¹ Malvarlığı kelimesi Arapça'da; malik olunan her şey anlamında kullanılmaktadır.²²² Hukuki olarak ise malvarlığı; aynı haklara ve hukuki muamelelere konu olan eşya anlamında kullanılmaktadır.²²³ Ekonomik kıymeti olan, para ile ölçülebilen hukuki varlıkların oluşturduğu bütündür.²²⁴ Mecelle'nin 126. Maddesinde; "Tab'ı insani olup da vakti hacet için iddihar olunan şeydir." şeklinde düzenleme yapılarak malın; insan doğasının meylettiği ekonomik değeri bulunan fiziki varlıkların mal olduğu belirtilmiştir.²²⁵ Çoğu İslam hukukçusuna göre mal; kazanılabilen ve kendisinden yararlanılabilen şeydir.²²⁶ Hanefi mezhebindeki fakihler malın mütekavvim olması (kullanılması helal ve alım-satımlarda bedel bir karşılığının bulunması)²²⁷ yanında saklanabilir niteliğe de haiz olması gerektiğini savunduklarından ötürü hak ve menfaatleri mal kapsamına almayıp mülk niteliğinde kabul etmektedir.²²⁸ Diğer üç mezhepteki fakihlere

²²⁰ Sırâc, *Damânu 'l-udvân fi'l-fıkhi 'l-İslâmî* (Beyrut: el-Müessesetü'l-Câmiyye li'd-Dirasâti ve'n-neşri ve't-tevzi', 1993), 118.

²²¹ Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 1995), 170.

²²² Ali el Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümler*, 59.

²²³ Hasan Hacak, "Mal", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/461.

²²⁴ Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, 24.

²²⁵ Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Betan Yayınları, 2018), 331.

²²⁶ Abdulkerim Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş* (İstanbul: Kayihan Yayınları, 2018), 296.

²²⁷ el-Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, 5/141.

²²⁸ Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku* (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2016), 438; Serahsî, *el-Mebsût*, 5/71.

göre maldan, sağlanan menfaat kastedilmektedir. Bu nedenle maldan elde edilen faydalanmanın devre dışı bırakılması söz konusu olamayacağından menfaatin de mal sayılması gerektiğini kabul etmişlerdir.²²⁹

Maddi zarardan bahsedebilmek için gereken diğer bir unsur ise malvarlığında eksilmenin meydana gelmesidir. Malvarlığında meydana gelen eksilme; ya malın aktifinde meydana gelen azalma ya da malın pasifinde gelen artmadır.²³⁰ Başka bir tanım yapılacak olursa da malvarlığındaki azalma; malın, zarar veren eylemden sonraki hali ile zarar veren eylem tezahür etmeseydi bulunacağı hal arasındaki farka denilmektedir.²³¹

Son olarak maddi zarardan bahsedebilmek için meydana gelen zararın mal sahibinin rızasının hilafına gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Meydana gelen malvarlığının aktifindeki azalmaya veya pasifindeki artma mal sahibinin rızası doğrultusunda gerçekleşmiş olması halinde ise zarardan bahsedilemez.

2. 1. 3. 2. 1. 1. Maddi Zararın Çeşitleri

2. 1. 3. 2. 1. 1. 1. Kişiyeye Verilen Zarar

Haksız fiil neticesinde şahsın yaşamının son bulması veya fiziki ya da psikolojik zarara uğramasıdır.²³² Bu cins zararlara bireyin ölmesi, organlarından birinin yaralanması veya işlevini kaybetmesi, ruhsan buhrana girilmesi veya gebe kadının çocuğunu düşürmesi örnek verilebilir. Hayat ve vücut bütünlüğünü tecavüz eden haksız fiiller ekonomik ve manevî zararlara sebebiyet verebilir. Hayat ve vücut bütünlüğünü ihlal eden haksız fiil neticesinde zarar ortaya çıkmamışsa borç ilişkisi kurulmayacaktır.²³³

²²⁹ Faruk Beşer, *Sosyal Riskler Sigorta ve İslam* (İstanbul: Nun Yayıncılık, 2016), 170.

²³⁰ Erden Büyüksağış, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 49.

²³¹ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 11.

²³² Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 131.

²³³ Fehim Üçışık, *Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996), 91.

2. 1. 3. 2. 1. 1. 2. Taşınır - Taşınmaz Mallara Verilen Zarar

Mecelle'nin 387. maddesinde taşınır mal; “Menkul, bir mahalde mahal-i ahara nakli mümkün olan şeydir ki nükud ve hayvanat ve mekulat ve mevzuatına şamil olsun” şeklinde tanımlanmıştır. İslam hukukçuları genel olarak bir yerden başka bir yere taşınabilen örneğin hayvan, ölçülebilen ve tartılabilen eşyaları taşınır mal olarak kabul etmişlerdir.²³⁴ Ancak hangi malların taşınabilir vasfına haiz oldukları konusunda görüş birlikteliğine varamamışlardır. Hanefi fakihler, üzerinde bulundukları taşınmaz mal (arsa, tarla vb.) ile birlikte ayrılmaz bir parça oluyorsa bu eşyaların taşınmaz mal kabul edilmesi gerektiğini, şayet üzerinde bulunduğu taşınmazdan müstakil ve ayrılabiliriyorsa taşınır mal olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.²³⁵ Şafii fakihler ise, taşınmaz üzerinde ona bağlı olarak bulunan eşyaları taşınmaz mal, bağlı olmayanları ise taşınır mal olarak kabul etmişlerdir.²³⁶ İslam fakihleri zararın niteliği ve şeklinin nasıl olduğu konusunda ayırım yapmaksızın hukuken taşınır mal olarak kabul edilen eşyalara verilen zarardan ötürü borç ilişkisinin doğacağını kabul etmişlerdir. Maliki fakihler, taşınmaz mal (tarla, arsa vb.) üzerinde bulunan eşyaların (ağaç, bina vb. gibi) taşınmaza zarar vermeksizin sökülüp başka yere nakli mümkün olması halinde taşınır mal, mümkün olmaması halinde ise taşınmaz olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.²³⁷ Hanbeli fakihler, üzerinde bulunduğu taşınmazdan ayrı satılabilen eşyaları taşınır, satılamayan eşyaları ise taşınmaz olarak kabul etmişlerdir.²³⁸ Hukuken mal kabul edilmeyen (leş hayvan cesedi, domuz, kan, içki gibi) eşyalar ile dinen yararlanması haram olan mallara zarar verilmesi durumunda borç ilişkisinin doğmayacağını belirtmişlerdir.²³⁹ Bununla birlikte yine mülkiyeti kamuya ait olan, özel kişiler tarafından mülk edinilemeyen, herkesin ortak kullanımında bulunan ot, yer altı su kaynağı, dere gibi sahihsiz mallar üzerinde yapılan tasarruflardan ötürü de borç ilişkisi doğmayacaktır.²⁴⁰

²³⁴ Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, 133

²³⁵ Ali Haydar Efendi. *Dürru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, 1/213.

²³⁶ Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku*, 133.

²³⁷ Ali el Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümler*, 67.

²³⁸ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 124.

²³⁹ el-Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 5/141.

²⁴⁰ Ahmet Yaman-Halit Çalış, *İslam Hukukuna Giriş* (İstanbul: İFAV Yayınları, 2015), 298; Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiye Kamusu*, 7/186; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 125.

Mecelle'nin 129. maddesinde taşınmaz mal; “Gayrı menkul, akar denilen ve arazi misillü mahal-i ahara nakli mümkün olmayan şeydir” şeklinde tanımlanmıştır. Yani mahiyetine zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere nakli yapılamayan mallara taşınmaz mal denilmektedir. İslam hukukçuları taşınmaz mallara verilen zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğacağı konusunda fikir birlikteliği yapmışlardır. Taşınmaz mallara ya malın tamamen veya kısmen yok edilerek itlaf şeklinde ya da başkasına ait gayrimenkule el koyarak gasp şeklinde zarar verilmektedir.²⁴¹ İtlaf, gasp haricindeki tüm zarar vermeleri kapsamaktadır. Kişinin doğrudan ve dolaylı eylemleri neticesinde başkasının malını kısmen veya tamamen yok etmesi, tahrip etmesi veya bozması halinde borç ilişkisi doğacağı konusunda İslam fakihleri arasında ihtilaf yoktur. Ancak gasp konusunda İslam fakihleri fikir ayrılığına düşmüşlerdir. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un etrafında şekillenen Hanefi mezhebindeki görüşe göre; gasp eyleminin tamamlanması için zilyetliğin haksız eylemde bulunana geçmesi ve malikin zilyetliğinin giderilmesi gerektiğini savunduklarından ötürü gayrimenkul mallarda ortaya çıkacak olan fazlalıklar ve menfaatler gaspın içerisinde yer almayacağını bu nedenle malda meydana gelen artışlar veya menfaatlerden ötürü borç ilişkisinin kurulmayacağını belirtmişlerdir.²⁴² Hanefi fakih Muhammet Şeybani, Şafî, İmam Malik ve Ahmet bin Hanbel ise; gasp eylemi mala el koymayla tamamlanacağı, haksız fiilde bulunanın mâlikîn zilyetliğini mal üzerinde kaldırılmasını zaruri olmadığını savunarak gayrimenkul maldaki zevaid ve menfaatlerin gasp dâhilinde yer alacağını bu nedenle malda meydana gelen artışlar veya menfaatlerden ötürü borç ilişkisinin kurulamayacağını belirtmişlerdir.²⁴³

2. 1. 3. 2. 1. 1. 3. Menfaate Yönelik Zararlar

Menfaat; maddi veya manevi olarak kendisinden yararlanılan şey, fayda, çıkar, kâr anlamlarında kullanılmaktadır.²⁴⁴ Başka bir tanım yapılacak olursa da menfaat, bir malın

²⁴¹ Mehmet Akif Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları* (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 238.

²⁴² Colin İmber, *Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslam Hukuku* (İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, 2014), 226; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri* (Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2018), 554; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/ 448.

²⁴³ İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenz'd-Dakâik* (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1993), 8/126; Bağdadi, *Mecmaud'd-Damanât*, 126; Serahsî, *el-Mebsût*, 26/180.

²⁴⁴ Hasan Hacak, “Menfaat”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 29/131.

kullanılması ve semerelerinden yararlanılmasıdır.²⁴⁵ Hanefi fakihler, bir şeyin mal olarak nitelendirilmesi için edinme ve saklanma mahiyetinde olması gerektiğini belirterek menfaatlerin tabiatları gereği devamlı yenilenen, kalıcı olmayan ve saklanamayan vasıflarından ötürü mal olarak kabul etmemektedirler. Bu nedenle menfaatlere yönelik zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğamayacağını kabul etmişlerdir.²⁴⁶ Ancak ileri ki devirde İbn Abidin'in öncülüğünü ettiği Hanefi fakihler, yetim veya küçük çocuğa ait malın ya da iskân ve gelir amacıyla vakfedilmiş veya gelirinin vakfa özgülenmiş olan malın gasp edilmesi durumunda haksız fiilde bulunan kişinin malın getireceği menfaatlerde ötürü de sorumlu olacağını belirtmişlerdir.²⁴⁷

Hanbeli ve Şafii mezhebine tabi fakihler göre menfaatin dinen helal ve mütekavvim olması ise halinde mal sayılacağı ve bunlara yönelik gerçekleştirilecek haksız fiillerden ötürü borç ilişkisinin doğacağını, aksi halde menfaatin dinen kabul edilmeyen veya mütekavvim olmayan maldan doğması halinde ise menfaatin mal olarak kabul edilmeyeceğini ve bunlara yönelik gerçekleştirilen haksız eylemlerden ötürü borç ilişkisinin doğmayacağını kabul etmişlerdir.²⁴⁸

Maliki fakihleri menfaati, dinen kullanılması ve semerelerinden faydalanması gereken mallardan sayarak bunlara yönelik gerçekleştirilecek haksız eylemlerden ötürü zarar verilmesi halinde borç ilişkisinin doğacağını kabul etmişlerdir.²⁴⁹

2. 1. 3. 2. 1. 1. 4. Yoksun Kalınan Kâr

Mahrum kalınan kâr; haksız eylemin meydana gelmesi sebebiyle hayatın olağan akışına göre kesin veya büyük olasılıkla elde edilecek olan kazançların tamamen veya kısmen elde edilememesidir.²⁵⁰ Mahrum kalınan kâr farazidir ve atıye yönelik zarardır. Zarara uğrayan tarafından ispatlanması gerekmektedir. Örnek olarak; taksi şoförlüğü yapan kişinin aracının

²⁴⁵ Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Girişi*, 360.

²⁴⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 11/9.

²⁴⁷ el-Buhûtî, *Şerhu Muntehâ'l-İrâdât* (Beyrut: Darü'r-Risaletü'l-Alemiyye, 2005), 3/111; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, 6/206; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 131.

²⁴⁸ Zencânî, *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl* (Beyrut: Müessesetü'r Risâle, 1982), 225.

²⁴⁹ el-Adevî, *Hâşiyetu'l-Adevî alâ Şerhi'l-Hırşî alâ'l-Muhtasar* (Amman: Dârü'n-Nurü'l-Mübin, 2016), 241.

²⁵⁰ Kayıhan – Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 248.

yakılması sonucu aracın tamirhanede kaldığı süre zarfında işletilmemesinden dolayı belirli kazançtan mahrum kalması verilebilir.

Hanefî mezhebinde kabul olan genel görüşe göre; gaspa uğrayan mallar zarara uğrayanın zilletinde bulunmadığından ötürü bu mallarda ortaya çıkan artışların tazmin edilmemesi gerektiğini kabul etmişlerdir. Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhebindeki fakihler ise; genel olarak gasp edilen malın gasp edenin zilyedindeyken artması halinde artan kısmında tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmişlerdir.²⁵¹

2. 1. 3. 2. 1. 1. 5. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar

Doğrudan zarar; kişinin uğramış olduğu hukuka aykırı fiil yüzünden meydana gelen zarardır. Araya başka bir sebep girmeden zarar verici eylemin uygun neticesi olan her zarar doğrudan zarardır. İslam hukukunda mübaşeret yoluyla tezahür eden zarar doğrudan zarardır. Örnek olarak evinin kapısı kırılan kişinin uğradığı zarar verilebilir.²⁵²

Dolaylı zarar; hukuka aykırı eylemin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak eklenen bir nedenle mağdurun uğradığı zarardır. İslam hukukunda tesebbüb yoluyla tezahür eden zarar dolaylı zarardır. Örneğin, A şahsının almış olduğu ihale sonucunda demir yolunda kazı yaparken kabloları koparması doğrudan zarar, kabloların kopması sonucu tren seferlerinin aksaması ise dolaylı zarardır.

2. 1. 3. 2. 2. Manevi Zarar

Bireyin insan olmasından ötürü sahip olduğu haklara şahsiyet hakları denilmektedir. Şahsiyet hakkını, kişinin yaşam, vücut dokunulmazlığı gibi maddi varlıkları ile hürriyet, şeref ve haysiyet gibi manevi varlıkları oluşturmaktadır.²⁵³ Kur'an Kerim'de insanın, yaratılanların en şerefli ve güzeli olduğu belirtilmiştir.²⁵⁴ İslam hukuku da buna paralel olarak insanların namus(ırz), yaşam, vücut dokunulmazlığı, itibar, onur, ticari nam ve iktisadi değerlere sahip olma ve şahsiyet haklarından faydalanma hususlarını hukuken

²⁵¹ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 120.

²⁵² Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/43.

²⁵³ Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 1990), 111.

²⁵⁴ El-Bakara, 2/30; el Tin, 95/4.

güvence altına almıştır. Hukuken güvence altına alınmış bu haklara yönelik gerçekleştirilecek saldırılar sebebiyle kişinin duyacağı acı, keder ve ıstırap neticesinde ruhsal bütünlüğünde bozulmaya veya yaşama sevincindeki azalma manevi zararı oluşturmaktadır.²⁵⁵

Namus kavramı İslam hukuku açısından manevi değeri oluşturan en önemli unsurlardan biridir. Kur'an'ı Kerim'de "İffetlerini korurlar, Sadece eşleriyle veya ellerinin altında olanlarla (câriyelerle) yetinirler, bundan dolayı da kınanacak değillerdir.",²⁵⁶ "Zinaya yaklaşmayın! Çünkü o hayâsızlıktır, çok kötü bir yoldur."²⁵⁷ ve "Onlar zina etmezler. Zira (bilirler ki) bunları işleyen kimse cezasını bulacak."²⁵⁸ ayetlerinde ve Peygamber'in (s.a.v) "Ey İnsanlar, kanlarınız, mallarınız ve ırzlarınız Rabbinize kavuşuncaya kadar birbirilerinize haram kılınmıştır."²⁵⁹ ve "Namusunu koruma uğruna öldürülen kimse şehittir."²⁶⁰ hadislerinde zina ve fuhşun yasak olduğunu ve inananların ırzlarını koruması gerektiğini emretmesinden ötürü namus kavramı manevi değerler içerisinde önemli bir unsur olarak teşekkül etmekte olup bu değere yönelik gerçekleştirilen tecavüzler manevi zarar olarak değerlendirilmiştir.

İslam hukuku açısından manevi değeri oluşturan önemli unsurlardan biri de şeref ve haysiyettir. Allah bütün insanları eşit, şerefli ve onurlu halketmiştir. Bu nedenle şahsın itibar ve onurunu zedeleyen eylemler hem dinen haram olarak görülmüş hem de hukuken cezayı gerektiren birer cürüm sayılmıştır.²⁶¹ Kur'an'ı Kerim'de "İffetli ve (haklarında uydurulan kötülüklerden) habersiz mümin kadınlara zina isnad edenler, gerçekten dünya ve ahirette lanetlenmiştir. İşlemiş oldukları günahattan dolayı dillerinin, ellerinin ve ayaklarının kendi aleyhlerine şahitlik edecekleri günde onlara çok büyük bir azap vardır",²⁶² "Ey iman edenler! Bir topluluk diğer bir toplulukla alay etmesin; zira onlar kendilerinden daha iyi olabilirler. Kadınlar da başka kadınlarla alay etmesinler; çünkü alay edilenler edenlerden daha iyi

²⁵⁵ Ayşe Dilşad Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Zarar* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016), 67.

²⁵⁶ el-Mü'minun, 23/5-6.

²⁵⁷ el-İsra, 17/32.

²⁵⁸ el-Furkan, 25/68.

²⁵⁹ Buhârî, "İlim", 37; Müslim, "Hac", 147; İbn Mâce, "Menasik", 76.

²⁶⁰ Tirmizî, "Diyât", 21; Ebû Dâvud, "Sünnet", 29; Buhârî, "Mezâlim", 33; Müslim, "İmân", 226.

²⁶¹ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 135.

²⁶² en-Nur, 23/4.

olabilirler. Biriniz diğersini aşığılamayın, birbirinize kötü ad takmayın”²⁶³ ayetlerinde ve Peygamber’in (s.a.v) “Büyük günahların en büyüğü kişinin haksız yere bir Müslümanın şerefine el uzatmasıdır. Bir sövmeye karşı iki defa sövmekte büyük günahlardandır.”²⁶⁴ “Helak edici olan;namuslu kendi halinde mümin kadınlara zina iftirası atmaktan kaçının.”²⁶⁵ hadislerinde kişi hakkında asılsız dedikodular yapmak ve yaymak, zina iftirası atmak, hakaret etmek, ticari prestijini zedeleyen tahriri ve şifahi beyanlarda bulunmak, lakap takmak, el, göz işaretleriyle dalga geçmek vb. gibi davranışlar şahsın toplum nezdinde saygınlığını ve statüsünü örseleyen davranışlar olduğunu belirterek bu davranışların yapılmasının şahsiyet haklarını ihlal ederek manevi zarar yol açacağı belirtilmiştir.

İslam hukuku açısından manevi değeri oluşturan diğers önemli bir unsurda özel hayatın gizliliğidir. Kişinin konut dokunulmazlığı ile kendisine ait bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi özel hayatın gizliliğini oluşturmaktadır. Konut, kişinin ailesiyle birlikte güven içerisinde daimi olacak şekilde yaşamış olduğu yerdir.²⁶⁶ Söz konusu bu ikametgâhlar kişinin özel hayatını sürdürdüğü yerler olduğu için ikametgâh sahibinin rızası olmadan buralara girilmesi hukuka aykırı sayılacaktır. Bu durum Kur’an’ı Kerim’de

“Ey iman edenler! Kendinizi tanıtıp izin almadan ve içinde oturanlara selâm vermeden kendi evlerinizden başka evlere girmeyin. Sizin için daha iyi olanı budur; umulur ki düşünüp anlarsınız. Eğer o evlerde bir kimse bulamazsanız - size izin verilmedikçe- oralara girmeyin. Size “(Kabul edemiyoruz,) dönün” denirse hemen dönün; bu sizin için daha nezih bir davranıştır. Allah bütün yaptıklarınızı bilmektedir. İçinde kimsenin oturmadığı ve kendinize ait eşya bulunan evlere girmenizde sizin için bir sakınca yoktur. Allah açıkladığınızı da bilir, gizlediğinizi de!”²⁶⁷

emredilen ayette ve Peygamber’in;

“Sehl bin Sa’d -radiyallâhu anh-‘den rivâyet edildiğine göre bir adam, Resûlullah’ın kapısındaki bir delikten evin içine bakmıştı.O esnâda Resûlullah’ın elinde bir tarak

²⁶³ el-Hucurat, 49/11.

²⁶⁴ Ebû Dâvûd, “Edep”, 35.

²⁶⁵ Müslim, “İmân”, 145; Buhârî, “Vesâya” 23.

²⁶⁶ Hamdi Döndüren, “Mesken “ *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 29/316.

²⁶⁷ en-Nur, 24/27,28,29.

vardı. Adamın bu davranışını farkedenden Efendimiz şöyle buyurdu: "Senin beni gözetlediğini bilmiş olsaydım, bununla gözünü oyardım. İzin istemek, evin içerisi görülmesin diye emredilmiştir."²⁶⁸

hadisi şerifinden de kişinin konutuna izinsiz girilemeyeceği ve gözetlenemeyeceği, ikametgâhlara girişin belirli bir adap üzerine olması gerektiğini belirtmiştir. Buna uygun olmayacak tutum ve davranışların dinen yasak olduğu ve kişinin özel hayatını tecavüz ederek hukuka aykırılık teşkil edeceği kabul edilmiştir.

Kur'an'ı Kerim'de yer alan "Ey iman edenler! Zannın çoğundan sakının; çünkü bazı zanlar günahtır. Gizlilikleri araştırmayın, birbirinizin gıybetini yapmayın; herhangi biriniz, ölmüş kardeşinin etini yemekten hoşlanır mı? Tabii ki bundan tiksindir! Allah'a itaatsizlikten de sakının. Allah tövbeleri çokça kabul etmektedir, rahmeti sonsuzdur"²⁶⁹ ayetinde ve Peygamber Efendimiz'in "Sizleri zandan sakındırırım. Çünkü zann, sözlerin en yalanıdır, birbirinizin eksikliğini görmeye ve duymaya çalışmayınız, birbirilerinizin kişisel ve mahrem hayatını araştırmayınız, birbirilerinize karşılıklı kin beslemeyiniz, birbirinize arka döndürüp yüz çevirmeyiniz. Ey Allah'ın kulları birbirilerinize kardeş olunuz."²⁷⁰ hadisinde şahısların, başkalarının bilmesini istemediği şahsi ve ailevi olaylar, görüşmeler ve belgeler özel hayatın gizliliği kapsamında kalacağı, bu nedenle kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin araştırılarak ayıbının ortaya çıkarılmasının ve elde edilen bilgilerin başkalarına aktarılmasının dinen haram olduğu, bunun neticesinde kişilerin haklarına tecavüz edileceği ve bundan doğacak zararlardan ötürü söz konusu tecavüzlerde bulunan kişinin sorumluluğunun meydana geleceği belirtilmiştir.²⁷¹

2. 1. 3. 3. Zarar Unsurunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi haksız fiile dayalı borç ilişkisinin doğması için üçüncü unsur olarak zararın bulunmasını gerektiği, zararın olmaması halinde borç ilişkisinin kurulamayacağı kabul edilmiştir. Türk borçlar hukukunda zarar dar ve geniş anlamda yorumlanmıştır. Dar

²⁶⁸ Müslim, "Adâb", 41,42,43.

²⁶⁹ el-Hucurât, 49/12.

²⁷⁰ Buhari, "Edep", 58; Tirmizi, "Birr", 56; İbn Mace, "Hudud", 5.

²⁷¹ Haydar Hatipoğlu, *Süneni İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi*, (İstanbul: Kahraman Yayınları, 1983), 7/ 141-142; Sabri Erturhan, "Kişisel Boyutlu Suçların Gizlenmesinin İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2(2001), 259-291.

anlamda zarar, kişinin malvarlığındaki maddi değer kaybı olarak tanımlanırken, geniş anlamda zarar ise; maddi ve manevi varlıklara yapılan saldırıdan önceki hal ile saldırıdan sonraki hal arasındaki fark olarak belirtilmiştir. Geniş anlamda zararın içerisine manevi zararda eklenmiştir. Buna mukabil İslam borçlar hukukunda zarar, darr ve durr kelimelerinin kökünden türemiş olup darr kökünde, faydanın karşıt anlamı şeklinde kullanılmış; durr kökünde ise insanı derinden etkileyen darlık, bela, tehlike gibi durumlar için kullanılmıştır. Ayet ve hadislerde ise zarar, bilerek ve isteyerek kötü halin meydana getirilmesi olarak belirtilmiştir. Bazı İslam hukukçuları ise zararın yerine itlaf kavramını kullanmışlardır. Bazı İslam hukukçuları da modern hukuktaki zarar kavramına benzer olacak şekilde haksız fiil neticesinde malın önceki ve sonraki hali arasındaki fark ile kişilik haklarına yapılacak saldırı neticesinde ortaya çıkacak hak kayıplarını zarar kavramı içerisinde ele almışlardır.

Her iki hukuk sistemi de zararı maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayırmıştır. Türk borçlar hukukunda maddi zarar; taşınır ve taşınmaz mallar, fikri ve sınai haklar, ileride elde edilmesi muhtemel kazançlar veya şahıs değerleri gibi her türlü malvarlığı üzerinde sahibinin rızası olmadan meydana gelen eksilmedir. İslam borçlar hukukunda ise maddi zarar; ayni haklara ve hukuki muamelelere konu olabilen, para ile ölçülebilen ve ekonomik değeri olan eşya üzerinde sahibinin rızasının hilafına meydana gelen azalmadır. Bu bakımdan her iki hukuk sistemi de malvarlığının bulunması, malvarlığında azalması ve bu azalmanın mal sahibinin rızasının hilafına olması şeklinde maddi zarara ilişkin ortak kabulde bulunmuşlardır. Bununla birlikte İslam borçlar hukukunda Türk borçlar hukukundan farklı olarak hukuken mal varlığı kabul edilmeyen eşyalar üzerinde (örneğin şarap, domuz gibi) meydana gelecek olan zarar maddi zarar olarak kabul edilmemektedir.

Türk borçlar hukukunda maddi zararda kendi içerisinde fiili zarar, yoksun kalınan kar, doğrudan zarar, dolaylı zarar, yansıma zarar, kişiye verilen zarar, mevcut zarar, muhtemel zarar ve müstakbel zarar olarak tasnif edilirken; İslam borçlar hukukunda ise maddi zarar kişiye verilen zarar, taşınır ve taşınmaz mallara verilen zarar, menfaate yönelik zarar, yoksun kalınan zarar ile doğrudan, dolaylı ve zarar şeklinde tasnife tabi tutulmuştur. Türk borçlar hukukunda fiili zarar, zarar görenin rızası dışında malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde çoğalma; mahrum kalınan kâr, haksız fiil nedeniyle hayatın olağan seyrine göre kesin ve büyük ihtimalle elde edilecek olan kazancın tamamen veya kısmen elde edilememesi; doğrudan zarar, hukuka aykırı fiil neticesinde uğranılan zarar; dolaylı zarar, hukuka aykırı eylem neticesinde ortaya çıkan doğrudan zarara bağlı olarak eklenen başka bir

sebepten ötürü ortaya çıkan zarar; yansıma zarar, hukuka aykırı eyleme maruz kalan mağdurdan etkilenerak üçüncü bir kişinin de zarar görmesi; kişiye verilen zarar, bireyin yaşam, vücut ve ruh bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen zarar; eşyaya verilen zarar maddi varlıklara yönelik gerçekleştirilen zarar; diğer zarar, eşya ve kişi dışında kalan varlıklara yönelik gerçekleştirilen zarar; mevcut zarar, zararın hesaplandığı tarihe kadar zuhur eden zarar; müstakbel zarar, hukuka aykırı eylemin işlendiği esnada olmayan ancak ileride meydana gelmesi kesin olan zarar; muhtemel zarar, henüz tezahür etmeyen tehlikenin ortaya çıkmasından sonra meydana gelecek olan zarar şeklinde tanımlanmıştır. Buna istinaden İslam borçlar hukukunda kişiye verilen zarar, bireyin yaşam, vücut ve ruh bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen zarar; doğrudan zarar, hukuka aykırı fiil neticesinde uğranılan zarar; dolaylı zarar, hukuka aykırı eylem neticesinde ortaya çıkan doğrudan zarara bağlı olarak eklenen başka bir sebepten ötürü ortaya çıkan zarar; menfaatlere yönelik zarar, maddi veya manevi olarak semerelerinden faydalanılacak şeylere verilen zarar; ; taşınır mallara verilen zarar, mezheplere göre taşınır malın tanımında farklılıklar olsa da genel olarak bir yerden başka bir yere aktarılabilen mallar taşınır mal olarak kabul edilip bu mallara yönelik gerçekleştirilen hukuka aykırı eylem neticesinde değer kaybetmesi ile ortaya çıkan zarar; taşınmaz mallara verilen zarar, mahiyetine zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere aktarılamayan mallara taşınmaz mal denilmekte olup bu malların kısmen veya tamamen yok edilerek itlaf edilmesi veya gasp edilmesi şeklinde ortaya çıkan zarar; mahrum kalınan kâr, haksız fiil nedeniyle hayatın olağan seyrine göre kesin ve büyük ihtimalle elde edilecek olan kazancın tamamen veya kısmen elde edilememesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere her iki hukuk sisteminde de genel olarak doğrudan zarar, dolaylı zarar, yoksun kalınan kar ve kişiye verilen zarar maddi zarar içerisinde benzer şekilde tanımlanmıştır. Belirtilen maddi zarar türleri dışındaki maddi zarar çeşitleri bakımından da ise gerek Türk borçlar hukuku gerekse İslam borçlar hukuku farklı düzenlemeler içermiştir. Bu itibarla Türk borçlar hukukunda yukarıda belirtilen maddi zarar türlerinin her birinin ortaya çıkması halinde borç ilişkisinin doğacağı kabul edilmişken; İslam borçlar hukuku açısından mezheplere göre bazı maddi zarar türleri yönünden borç ilişkisinin doğup doğmayacağı konusunda Türk borçlar hukukundan farklı kanaatlere haiz olunmuştur. Bu bakımdan menfaate yönelik zararlar nazarında Hanefi fakihler, menfaatin edinme ve saklanma kabiliyetine haiz olmamasından ötürü mal vafında sayılmayacağını ve menfaate yönelik zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğmayacağını belirtmişler de diğer mezhep fakihleri mütekavvim olan mallardan sakıt olacak menfaatlere yönelik

gerçekleştirilecek zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğacağını kabul etmişlerdir. Türk borçlar hukukundan mal üzerinde ortaya çıkan maddi zararın mahiyeti malın taşınır ve taşınmaz olmasına göre farklılık göstermezken İslam borçlar hukukunda malın taşınır veya taşınmaz olmasına göre ortaya çıkacak zarardan dolayı borç ilişkisinin doğup doğmayacağı konusunda görüş çeşitliliği vardır. Türk borçlar hukukunda mal ister taşınır olsun ister taşınmaz türü fark etmeksizin herhangi bir hukuka aykırı eylem neticesinde zarara uğraması halinde tazmini gerekmektedir. Taşınmaz mallara yönelik gerçekleştirilen zararlar yönünden ise İslam fakihleri taşınmazın itlaf edilmesi halinde meydana gelecek olan zarardan ötürü borç ilişkisinin doğacağı yönünde Türk borçlar hukukuna benzer şekilde fikir birlikteliğine mevcut iken; taşınmazın gasp edilmesi halinde Hanefi fakihlere göre, taşınmaz mallarda meydana gelecek olan artışlar ve menfaatlerin ziyana uğramasının halinde borç ilişkisinin doğmayacağını kabul etmişlerdir. Diğer mezhep fakihlerine göre ise taşınmazın gasp edilmesi halinde de malda meydana gelecek artışların zarara uğraması halinde borç ilişkisinin doğacağı kabul edilmiştir. Yoksun kalınan kâr bakımından da Hanefi fakihler tarafından mahrum kalınan kârlar bakımından da borç ilişkisinin doğmayacağı kabul edilmişken diğer mezhep fakihleri yoksun kalınan kâr bakımından Türk borçlar hukukunda olduğu gibi borç ilişkisinin doğması gerektiğini kabul etmişlerdir.

Her iki hukuk sisteminde zararın diğer bir türünün ise manevi zarar olduğunu kabul etmişlerdir. Türk borçlar hukukunda manevi zarar; şahıs varlığını oluşturan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, onur ve haysiyet, ticari itibar gibi değerlerin saldırıya uğraması neticesinde uğranılan nesnel azalma veya kayıp olarak tanımlanmaktadır. İslam borçlar hukukunda ise manevi zarar; kişinin yaşam, namus, itibar, ticari nam ve iktisadi değerlere sahip olma, vücut dokunulmazlığı gibi hukuken güvence altına alınmış şahsiyet haklarına yönelik gerçekleştirilen tecavüz neticesinde duyulan acı ve keder sebebiyle ruhsal bütünlükteki bozulma veya yaşama sevincindeki azalmadır. İslam dininde namus (ırz) ve şahsiyet kavramı önem atfettiği için zina, fuhuş, gıybet, dedikodu, dalga geçme yasaklanmıştır. Bundan ötürü Türk borçlar hukukundan farklı olarak İslam borçlar hukukunda zina, fuhuş, gıybet, dedikodu, dalga geçme yapılması nedeniyle namus kavramına halel getirilmesi manevi zarar içerisinde yer edinmiştir.

2. 1. 4. Uygun İlliyet Bağı

2. 1. 4. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Uygun İlliyet Bağı

Kusura dayalı borç ilişkisinin doğması için gereken dördüncü koşul; uygun illiyet bağının mevcut olmasıdır. İlliyet bağı, hem kusura dayana hem de kusur olmaksızın meydana getirilen haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisinin temel ilkesidir. İlliyet bağı (nedensellik bağı), neticeyi meydana getiren fiil ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir.²⁷² Bu bakımdan illiyet bağı, zararın hukuka aykırı fiil sonucunda zuhur edip etmeyeceğinin sorgulamaktadır.²⁷³ Nedensellik bağı mücerret bir kavram olması hasebiyle fiil ile zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisi sorgulanırken zararın sebebi için türlü ihtimaller sıralanabilecektir. İşbu ihtimaller hukuk düzenince kâfi ve zaruri olan nedensellik derecesine indirildiğinde birden fazla nedensellik bağı teorisi ortaya çıkacaktır.²⁷⁴ Hukuk literatürü bakımdan kabul gören ana teoriler; mantıki nedensellik bağı, şart teorisi, uygun nedensellik bağı ve birden çok nedensellik bağı teorisidir.²⁷⁵

Mantıki nedensellik bağına göre; hukuka aykırı bir fiil işleyen kişinin ancak bu fiilin sebep olduğu zararlardan sorumlu olmasıdır. Kişinin işlemediği eylemlerden sorumlu olması mümkün değildir. Eylem sebebiyle meydana gelen tüm zararlardan fiili işleyen sorumlu olur.²⁷⁶

Şart teorisine göre; bir hadisenin varlığı, mecburi bir şekilde bu hadiseyi ortaya çıkaran her şartın varlığına bağlıdır. Bu şartlardan birinin mevcut olmaması halinde hadise meydana olmayacaksa nedensellik bağı var demektir. Bu sebepten ötürü şartlardan her biri, diğer şartı nedensel kılar. Neticeyi meydana getiren şartlardan herhangi birini yerine getiren kişi, yalnızca bu şartı gerçekleştirmiş olması nedeniyle neticeden sorumlu olacaktır. Diğer şartları yerine getirmiş olması gerekmez. Şartların her biri birbirine eşittir. Bu teori sorumluluğun sınırsız bir şekilde genişlemesine sebebiyet vereceğinden ötürü eleştirilip kabul

²⁷² Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2022), 246.

²⁷³ Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (Bursa: Ekin Yayınları, 2018), 129.

²⁷⁴ Rüken Aksakallı Temel, *Haksız Fiillerde Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 35.

²⁷⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 562.

²⁷⁶ Oğuzman - Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/44.

edilmemektedir.²⁷⁷ Örnek olarak adres soran kişiye yanlış tarifte bulunarak başka yöne gitmesine sebebiyet veren kişi, yanlış adreste şahsa aracın çarpmasından sorumlu olacaktır.

Türk hukuk sisteminin de kabul ettiği uygun illiyet bağı teorisi ise; Olayların normal seyrine ve yaşam tecrübelerine göre somut olayda meydana gelen neticeyi niteliği ve ana eğilimi itibariyle gerçekleştirmeye genel olarak makul olan veya neticeyi meydana getirme olasılığı nesnel olarak artmış bulunan mecburi şart ile netice arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilmektedir. Böylece neticenin gerçekleşmesi söz konusu sebeple kolaylaştırılmış olup; bu sebebe uygun sebep, neticeye uygun netice, sebep ile sonuç arasındaki bağa da uygun illiyet bağı denilmektedir.²⁷⁸ Ortaya çıkan zarar ile söz konusu fiil arasında uygun illiyet bağının kurulamaması durumunda zararın giderilmesinden fiili işleyen kişinin sorumlu tutulamayacağından bu bakımdan; uygun illiyet bağı hem kurucu hem de sorumluluğu sınırlayıcı özelliğe haizdir. Netice ile sebep arasında illiyet bağı kurulurken yaşam tecrübelerinden, olayların olağan seyrinden, hakkaniyet duygusundan, pratik ihtiyaçlardan ve sağduyudan yararlanılır.

Birden çok sebebin varlığı halinde nedensellik bağı; birden fazla sebebin birleşerek zararlı neticeyi meydana getirmiş olması ya da her sebebin tek başına zararlı neticeyi meydana getirmeye haiz olmasına sebeplerin çokluğu denilmektedir.²⁷⁹ Hiçbirinin zararlı neticeyi meydana getirmeye tek başına muktedir olmadığı ancak diğer sebeplerle bir araya gelmeleri suretiyle zararlı neticeyi meydana getirmeye muktedir olduğu sebepler topluluğuna ortak illiyet denilmektedir.²⁸⁰ Ortak illiyette zararlı neticeyi meydana getiren her bir sebebe ortak sebep denilmektedir. Bu sebepler anlaşma iradesi olmadan birbirleriyle habersizce birleşmektedir.²⁸¹ Sebeplerden birinin eksik olması zararlı neticenin meydana gelmesine engel olmaktadır. Örnek olarak değişik fabrikalardan çıkan atık suların birleşerek içme suyunu kirletmesi verilebilir.

Her sebebin tek başına zararlı neticeyi meydana getirmeye haiz olduğu sebeplerin çokluğu durumunda yarışan illiyet, seçimlik illiyet ve farazi (öne geçen) illiyet söz konusu

²⁷⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 564.

²⁷⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 564.

²⁷⁹ Kayıhan – Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 256.

²⁸⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 571.

²⁸¹ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/52.

olabilmektedir. Yarışan illiyet; birden çok sebepten her birinin birbirinden bağımsız ve ayrı olarak tek başına zararlı neticeyi meydana getirmeye haiz olmasına yarışan (birlikte) illiyet denilmektedir. Örneğin; ortak hasma sahip iki kişinin hasımlarının evine birbirlerinden habersiz aynı niteliğe haiz bombayı koymaları ve bu bombaların aynı anda patlaması sonucu hasımların ölmesi halinde her iki kişi için ortak illiyet söz konusu olacaktır.²⁸² Seçimlik illiyet; birden çok sebepten sadece birinin zararlı neticeyi meydana getirmiş olmasına rağmen hangi sebebin zararlı neticeyi meydana getirdiğinin bilinmemesine seçimlik illiyet denilmektedir. Örnek olarak; 2 avcının aynı anda yaban hayvanı sanarak çalılıkların arkasında bulunan başka bir avcıya ateş ederek yaralaması durumunda yaralamanın hangi avcının ateş etmesi sonucunda gerçekleştiği tespit edilememesi verilebilir.²⁸³ Farazi(öne geçen) illiyet ise; zararlı neticeyi meydana getirmeye elverişli birden fazla sebep olmasına rağmen sebeplerden biri diğer sebeplerden önce etkisini göstererek zararlı neticeyi meydana getirmiştir. Örnek olarak; düşmanı tarafından silahla vurulan kişinin hastaneye götürülürken ambulansın kamyonu çarpması sonucu hayatını kaybetmesinde, ambulans şoförünün sorumlu tutulması örnek verilebilir. Zararın meydana gelmesinde birden fazla sebep varsa objektif kriterlere göre zararı ortaya çıkarmaya en uygun olanı tespit edilmelidir.

2. 1. 4. 1. 1. İlliyet Bağını Kesen Haller

Hukuka aykırı eylemin zararlı neticeyi meydana getirmesinden evvel araya başka bir fiilin girerek sonucu meydana getirirse illiyet bağı kesilir.²⁸⁴ Bu durumda ilk eylemi gerçekleştiren kişinin meydana gelecek neticeden ötürü sorumluluğu ortadan kalkacaktır. İlliyet bağı kesen haller; Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olup 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 86 maddesinde mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusuru olarak belirtilmiştir. Örneğin; eşini öldürmek için zehir içirmiş olmasına rağmen, zehrin etkisini göstermeden düşmanları tarafından vurularak öldürülen kişinin eşi bakımından illiyet bağı kesilmiş sayılır.

²⁸² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 240.

²⁸³ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/53.

²⁸⁴ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 157.

2. 1. 4. 1. 1. 1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep; eylemden sorumlu olan kişinin faaliyet veya işletmesi dışında tezahür eden, kesin ve kaçınılmaz bir şekilde genel bir davranış kuralının ihlaline sebebiyet veren, tahmin edilemeyen ve karşı konulamayan olağanüstü bir olaydır.²⁸⁵ Mücbir sebep borçlu tarafından ispatlandığı takdirde illiyet bağıını kesen, borçluyu hukuki sorumluluktan kurtaran bir nedendir. Mücbir sebep; tabii, hukuki, sosyal veya beşerî bir nedenlerden kaynaklanan zorlayıcı olaydır. Örnek olarak; deprem, çığ, sınırların kapatılması, düşman mallarına el konulması, savaş, darbe örnek olarak verilebilir. Mücbir sebep kavramı mutlak olmayıp nispi niteliktedir. Belirli niteliklere haiz olaylar önceden mücbir sebep olarak kabul edilmez. Olayın mahiyetine, hukuki ilişkiye, fiil veya işletmenin çeşidine göre mücbir sebep kavramı değerlendirilmelidir. Örnek olarak araca düşen yıldırım mücbir sebepken, elektrik şebekesine düşen yıldırım mücbir sayılmamaktadır.²⁸⁶

Mücbir sebebi meydana getiren olayın, kişinin fiili veya işletmesi haricinde ortaya çıkararak bir hakkı veya borcu ihlal etmesi gerekmektedir. Borcun veya hakkın ihlalinin nedeni; her türlü tedbire, sahip olunan her türlü olanak ve araca rağmen karşı konulamaz ve sonucu öngörülemez mücbir sebep olmalıdır. Bu bakımdan kaçınılmazlık, objektif ve mutlak bir vasıf taşımaktadır.²⁸⁷

2. 1. 4. 1. 1. 2. Zarar Görenin Ağır Kusuru

İlliyet bağıını kesen diğer bir halde zarar görenin kusurudur. Zarar görenin kusurlu eylemi, ağırlığı bakımından zararlı neticenin meydana gelmesinin sebebi olmuş ve failin eylemini etkisiz kılmışsa illiyet bağı kesilir. Fail sorumlu olmaktan kurtulur ancak zarar görenin kusuru illiyet bağıını kesmemiş yalnızca zararlı neticenin ortaya çıkmasına failin eylemi ile birlikte katkıda bulunmuşsa müşterek illiyet söz konusu olur ve bu durumda failin tamamen kurtulmayıp zararı, zarar görenle kusuru derecesinde paylaşır. Kusur ve zararın tazmini, objektif kriterler göz önünde bulundurularak dürüstlük ve ahlak kurallarına göre; kanun uygulayıcısı tarafından toplumsal adalet duygusunun tecelli etmesi ve zarar gören ile zarar

²⁸⁵ Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 39.

²⁸⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 583.

²⁸⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 586.

veren arasında çıkar dengesinin sağlanması amacına uygun olarak belirlenecektir.²⁸⁸ Örnek olarak; iş kazasında yaralanan işçinin intihar etmesi verilebilir.

2. 1. 4. 1. 1. 3. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

İllyet bağıny kesen son hal ise üçüncü kişinin ağır kusurudur. Failin eylemini etkisiz kılacak derece ağır olan üçüncü kişinin kusurlu eylemi, zararlı neticenin meydana gelmesine sebep olmuşsa illiyet bağı kesilir ve fail sorumluluktan kurtulur.²⁸⁹ Örnek olarak silahla bacağından yaralanan kişinin ameliyat esnasında toplardamarının kesilmesi sonucu ölmesi halinde ölümden ilk eylemi gerçekleştiren kişi sorumlu olmaması verilebilir. Üçüncü kişinin kusuru illiyet bağıny kesmemiş yalnızca zararlı neticenin ortaya çıkmasına failin eylemi ile birlikte katkıda bulunmuşsa müşterek illiyet söz konusu olur ve bu durumda fail sorumluluktan tamamen kurtulmayıp üçüncü kişi ile kusurları derecesinde zararı paylaşır.

2. 1. 4. 2 İslam Borçlar Hukukuna Göre Uygun İllyet Bağı

İslam hukukunda haksız fiilden söz edebilmek için illiyet bağıny bulunması zorunludur. İllyet bağıny bulunmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğundan bahsedilmez. İllyet bağı ise; failin eylemi ile meydana gelen zarar arasında neden sonuç ilişkisinin bulunmasıdır.²⁹⁰ İslam hukukçuları, zarara neden olan fiili tespit ederken zararın ortaya çıkmasında rolü bulunan koşulların tümünü neden olarak varsayan determinizm anlayışı yerine, hadiselerin doğal sürecine ve yaşam tecrübelerine göre nedenler arasında tercih yapıp neticeyi doğurmaya genelde uygun ve yeterli olan nedeni neticenin gerçek illeti kabul ederek illiyet ilişkisini nesnel bir temele oturttarak borç ilişkisini sınırlandırmaktadırlar. Bu bakımdan İslam hukukçuları, neticeyi ortaya çıkaran koşullar arasında ayırım yaparak zararın meydana gelmesine en elverişli olan eylemi sebep kabul ettiklerinden ötürü uygun illiyet teorisine benzer kabulde bulunmuşlardır.²⁹¹

²⁸⁸Yeliz Karan, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru”, (Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 27.

²⁸⁹Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/306.

²⁹⁰ Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı* (Ankara: Yetkin yayınları, 1994), 53.

²⁹¹ Dağıcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 75.

2. 1. 4. 2. 1. Sebeplerin Çokluğu

Zararı meydana getiren sebeplerin veya fiillerin çok olması durumunda ise İslam hukukunda çeşitli görüşler hâkimdir. Bir zararın tek başına zararı meydana getirmeye kabil olmayıp, birden fazla sebebin bir araya gelmesi sonucunda zararın ortaya çıkmasına ortak illiyet denir. Örnek olarak tek başına öldürücü olmayan bıçak yaralamasının bir araya gelerek bir kişiyi öldürmesi verilebilir. Bu durumda eylemi gerçekleştiren herkes müteselsilen sorumlu olacaktır.²⁹² İslam hukukunda müterafik illiyete Hz. Ömer'in bir grubun suikast sonucu birini öldürmesi sonucu gruptaki herkesi öldürmesi sonucu eğer San'a halkı adam öldürmeye katılsaydı San'a halkının tamamını öldürürdüm hadisesi dayanak alınarak düzenlenmiştir.²⁹³

İslam hukukunda hukuka aykırı eylem neticesinde başka bir sebebe ihtiyaç duyulmaksızın meydana gelen doğrudan zararlarda "Râcih ile mercûh çatıştığında râcih öne alınır."²⁹⁴ ilkesi gereğince illiyet bağı doğrudan işlenen fiille kurulacağına dair İslam hukukçuları arasında genel görüş birlikteliği bulunmaktadır ancak bazen doğrudan hukuka aykırı eylemden doğmuş olmakla birlikte aralarında açık bir yakınlık ve bağlantı bulunan bir sebepten ötürü ortaya çıkan dolaylı zararlarda söz konusu olabilmektedir. Bu ihtimallerde ise; Mecelle' de yer alan "Sebeup ve mübâşeret birleştiğinde mübâşeret takdim olunur."²⁹⁵ ve "Mübâşir ve mütesebbib birleştiğinde hüküm mübâşire izâfe edilir."²⁹⁶ maddeleriyle de hüküm ve görüşe göre; bir zarara dolaylı olarak neden olan fail (mütesebbib) ile onu doğrudan işleyen (mübâşir) birleşirse zararın mütesebbibe değil mübâşire yükleneceği belirtilerek illiyet bağının nasıl kurulacağı açıklanmıştır.²⁹⁷ Örneğin; haksız olarak kuyu kazın kişi, kuyuya hayvanın düşmesi sonucu ortaya çıkacak zarardan sorumludur. Eğer kazılan bu kuyuya üçüncü bir kişi hayvanı atıp telef ederse o vakit hayvanı kuyuya atan kişi doğacak zarardan ötürü borç altına girecektir.²⁹⁸ Ancak, zararın vuku bulmasında, doğrudan işlenen eylemden ziyade adli araçların kullanılması veya failin ikrahi sonucunda dolaylı işlenen eylemin daha uygun ve elverişli bir neden olarak görülmesi halinde illiyet bağı dolaylı olarak işlenen

²⁹² İbn Rüşd, *Bidâyetül Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, (Mısır: Dârü's-Selâm,1995), 334.

²⁹³ Mâlik, "el-Muvatta", 871.

²⁹⁴ Karâfî, *el Furuk*, Âlemü'l-Kütüb (Mısır: Dârü's-Selâm, 2010), 2/208.

²⁹⁵ Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 362.

²⁹⁶ Mecelle, md.90.

²⁹⁷ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 135.

²⁹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 26/183; el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 7/239; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, 8/297.

eylemle kurulmaktadır.²⁹⁹ Örneğin; bir kişinin başka birine cebir veya tehdit uygulayarak üçünü bir kişiye zarar verdirmesi halinde cebir veya tehditte bulunan kişi meydana gelecek olan zarardan sorumlu tutulacaktır.³⁰⁰ Eğer birbirinden bağımsız olarak işlenen doğrudan ve dolaylı eylem, neticeyi her biri tek başına ortaya çıkarma yeteneğine sahip olursa; bu durumda, illiyet bağı hem doğrudan hem de dolaylı eylem ile kurularak her iki eylemin faili ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır.³⁰¹ Örneğin; biri binici diğeri sürücü olan binek hayvanının bir kişiye çarparak zarar vermesi halinde her ikisi de meydana gelen zarardan ötürü borçlu olacaktır.

Eylemin birden fazla zarara neden olması halinde (tevâlu'du'l-ilel ve'l-müsebbebât), zararlar ile eylem arasında illiyet bağı bulunması halinde; eylemi meydana getiren kişi tüm zararlardan sorumlu tutulacaktır. Örneğin, sürmüş olduğu binek hayvanının kontrolünden çıkması üzerine sabit duran meyve dolu tezgâha çarpması, tezgâhında devrilerek yanında bulunan dükkânın camını kırması halinde atı süren kişi hem tezgâhın devrilmesinden hem de camın kırılmasından sorumlu olacaktır. İslam hukukçuları da genel olarak illiyet bağı kesilmediği sürece aynı eylemin doğrudan ve dolaylı ortaya çıkardığı zararları ilk eyleme isnat edilmesini; ancak illiyet bağı kesildikten sonra ortaya çıkacak sonraki zararların ilk eylemden ayrı ve müstakil olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmişlerdir.³⁰²

2. 1. 4. 2. 2. İlliyet Bağını Kesen Haller

Ortaya çıkan zarar ile icra edilen hukuka aykırı fiil arasına hayatın olağan akışına ve genel yaşam tecrübelerine göre araya başka sebep girerse veyahut icra edilen hukuka aykırı fiil zararlı neticeyi meydana getirmeye elverişli değilse fiil ile netice arasında uygun olmayan illiyet bağı vardır.³⁰³ Uygun olmayan illiyet bağı ya sebep ile zarar arasında uygun bir bağın olmaması ya da var olan uygun bağın kesilmesiyle söz konusu olur. İlliyet bağının

²⁹⁹ İbn Receb, *el-Kavâid fî'l-Fıkhî'l-İslâmî* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, ty.), 277; Zuhayli, *Nazariyatud Damân*, 42.

³⁰⁰ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 146.

³⁰¹ Heyet, *el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-Avkâf ve's-Şûunu'l-İslâmiye, 1993-1995), 28/278; Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, 191; Zeylâi, *Tebyînu'l-Hakâik*, 7/312; Zuhayli, *Nazariyatü'd-Damân*, 44.

³⁰² Ahmed Süleyman Muhammed, *Damânu'l-Mutlefât fî'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 397; Bağdadi, *Mecmaud'd-damanât*, 185.

³⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükiimler*, 555.

kesilmesinde; zararlı neticeyi meydana getirmeye uygun sebebin, ortaya çıkan başka bir sebepten ötürü kaybolmasıdır. İlliyet bağına kesen haller; mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin kendi kusurudur.

2. 1. 4. 2. 2. 1. Mücbir sebep

İslam hukukçuları, mücbir sebep kavramını daha genel ifadelerle tanımlamışlardır. Bu bakımdan yapılan en yaygın tanıma göre mücbir sebep; insanın müdahale etme alanının dışında kalan geçici her çeşit etkenin bulunduğu haldir.³⁰⁴ Söz konusu bu hal; insan elinden ya da doğal, sosyal veya hukuki bir hadiseden kaynaklanarak mutlak ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Örnek olarak çığ, ihtilal, yıldırım düşmesi ve grev verilebilir. Söz konusu bu olaylar haksız fiilde bulunan ve zarar görenin haricinde öngörülmez bir biçimde gerçekleşerek bir hakkı ihlal etmesi ya da borca aykırı olması gerekmektedir. Söz konusu bu durumda kural olarak eylem ile netice arasında illiyet bağı kesilecek olmasından ötürü borç ilişkisi doğmayacaktır.³⁰⁵ Örneğin; yük taşıyan aracın yolun çökmesi sonucu devrilmesi sebebiyle içindeki eşyaların kırılması halinde borç ilişkisi doğmayacaktır. İslam hukukunda, mücbir sebepten ötürü borç ilişkisinin doğmayacağı gemide bulunan eşyaların yakalanılan fırtınadan ötürü kırılması hali örnek verilerek açıklanmıştır.³⁰⁶

2. 1. 4. 2. 2. 2. Zarar Görenin Kusuru

İlliyet bağına kesen diğer bir halde zarar görenin kusurudur. Zarar görenin kusurlu eylemi, ağırlığı bakımından zararlı neticenin meydana gelmesinin sebebi olmuş ve failin eylemini etkisiz kılmışsa illiyet bağı kesilir. Fail sorumlu olmaktan kurtulur. Örnek olarak; bir kişinin kamuya ait yola açtığı kuyuya intihar etmek isteyen kişinin atlaması durumunda kuyuyu açan kişi sorumlu tutulmaması verilebilir.³⁰⁷ Bununla birlikte zarar verenin eylemi tessebbüb halinde, zarar görenin eylemi ise mübaşeret halinde olduğu halde kesilen illiyet bağına da zarar verenin sorumluluğu doğmaz. Örneğin; iki kişinin kavga etmesi sırasında birinin

³⁰⁴ Mahmasânî, *en-Nazariyyetu 'l-âmme*, 208.

³⁰⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 26/10.

³⁰⁶ İbn Kudâme, *el Muğni*, 9/578.

³⁰⁷ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 7/274.

cebinden değerli bir mal düştüğü, cebinden malı düşen kişinin bu malı imkânı varken almadığı, bunun neticesinde malın hasar aldığı durumda; malı düşen kişinin malı alma imkânı varken almamasından ötürü illiyet bağı menfi olarak kesildiğinden diğer şahsın sorumluluğu ortadan kalkacaktır.³⁰⁸ Zarar görenin eylemi, illiyet bağının kesilmesine neden olmayacak kadar yoğun değilse ortak illiyet söz konusu olacaktır ve durumda zarar verenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmayıp hafifleyecektir. Örneğin; kuyu kazan üç kişinin çalışmaları esnasında göçük oluşması sebebiyle bir kişinin toprak altında kalıp hayatını kaybetmesi halinde borç üçe bölünür zira vefat eden kişinin de kusuru bulunmasından ötürü sorumluluk paylaşılmıştır.³⁰⁹

2. 1. 4. 2. 3. Üçüncü Kişinin Kusuru

Hukuka aykırı fiili, zarar veren, zarar verenin istihdam ettiği kişi veya zarar görenin dışında kalan üçüncü kişiler tarafından kusurlu veya kusursuz olarak meydana getirmiş olmalarından ötürü illiyet bağı kesilmektedir. İlliyet bağının kesilmesinden ötürü sorumlulukta ortadan kalkmaktadır. Örnek olarak; kazmış olduğu kuyunun önüne ikaz işareti koymamayı fırsat bilen üçüncü kişinin hasmını bu kuyuya atarak yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde kuyu kazan kişinin sorumlu tutulmaması, hayvanı ürküterek başkasına zarar vermesi halinde hayvan sahibinin değil de ürkütenin sorumlu olması verilebilir.³¹⁰

2. 1. 4. 3. İlliyet Bağı Unsurunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi haksız fiile dayalı borç ilişkisinin doğması için dördüncü unsur olarak uygun illiyet bağının bulunmasını gerektiği, eylem ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının olmaması halinde borç ilişkisinin kurulamayacağı kabul etmiştir. Her iki hukuk sistemi de uygun illiyet teorisini kabul ederek; hadiselerin normal seyrine ve yaşam tecrübelerine göre somut olayda meydana gelen neticeyi niteliği ve ana eğilimi itibarıyla gerçekleştirmeye genel olarak en makul olan veya neticeyi ortaya çıkarma olasılığı nesnel olarak artmış bulunan mecburi koşul ile netice arasında nedensellik bağı kurmaktadır.

³⁰⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 27/16; Bağdadi, *Mecmaud'd-damanât*, 180.

³⁰⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 27/6; Bağdadi, *Mecmaud'd-damanât*, 180.

³¹⁰ Mergînânî, *el-Hidâye*, 4/326.

Her iki hukuk sisteminde de neticeyi birden fazla zararın birleşerek meydana getirdiği hale sebeplerin çokluğu denilmektedir. Türk borçlar hukukunda sebeplerin çokluğu hali; kendi içerisinde birden çok sebepten her birinin birbirinden bağımsız bir ve ayrı olarak zararlı neticeyi meydana getirmesine yarışan illiyet, birden çok sebepten sadece birinin zararlı neticeyi meydana getirmiş olmasına rağmen hangi sebebin zararlı neticeyi meydana getirdiğinin bilinmemesine seçimlik illiyet ve zararlı neticeyi meydana getirmeye elverişli birden fazla sebep olmasına rağmen sebeplerden birinin öteki sebebin önüne geçerek zararlı sonucu ortaya çıkarmasına farazi illiyet şeklinde tanımlanarak kendi içerisinde üçlü bir tasnife tabi tutulmuştur. Söz konusu bu tasnifler neticesinde yarışan ve seçimlik illiyetin olması durumunda her bir eylemi meydana getiren ile zarar arasında nedensellik bağı kurulacak olup tüm failler sorumlu olacaktır. Farazi illiyet halinde ise; gerçek eylem sahibi kendi eylemi olmasaydı, farazi neden aynı zararı meydana getirecekti şeklinde savunmada bulunarak sorumluluktan kurtulamayacak olup eylem ile zarar arasında ilişki kurulacaktır. Buna mukabil İslam borçlar hukukunda ise; sebeplerin çokluğu içerisinde Türk borçlar hukukundaki gibi bir ayırım söz konusu olmayıp eylemin mübaşeret (doğrudan) veya tesebbüb (dolaylı) olup olmamasına göre illiyet bağı kurulmaktadır. Bu bakımdan hukuka aykırı fiil neticesinde başka bir nedene gerek duyulmaksızın tezahür eden doğrudan zararlar illiyet bağı doğrudan işlenen fiille illiyet bağı kurulmaktadır. Ancak zararın ortaya çıkmasına dolaylı işlenen fiilin sebep olması daha uygun ve elverişli görüldüğü durumlarda ise illiyet bağı dolaylı eylemle kurulmaktadır. Bazı durumlarda ise zarar dolaylı eylem ile doğrudan eylemin birleşmesi neticesinde zuhur etmektedir. Bu halde Mecelle'nin "Mübaşir ile mütesebbib birleştiğinde hüküm mübaşire izafe edilir" hükmü gereğince illiyet bağı doğrudan işlenen fiille kurulur. Şayet doğrudan ve dolaylı eylemlerinin her biri tek başlarına zararı ortaya çıkarma vasfına haizse bu durumda hem doğrudan hem de dolaylı eylemle illiyet bağı kurularak mübaşir ve mütesebbib sorumlu olacaktır ve son olarak eylemin birden fazla zarara sebebiyet vermesi durumunda ise ortaya çıkan tüm zararlar eylem arasında nedensellik bağı kurulacak ve fail tüm zararlarından sorumlu olacaktır.

Her iki hukuk sisteminde de illiyet bağı kurucu olma unsuru olduğu kadar sınırlayıcı olma unsurunu da içerisinde barındırmaktadır. Yani kişinin hukuka aykırı hareketini sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için illiyet bağı kesen bir durumun söz konusu olmaması gerekmektedir. İlliyet bağı kesen bir halin mevcut olması halinde borç ilişkisinin doğmayacağını kabul etmişlerdir. Her iki hukuk sistemi de illiyet bağı kesen halleri;

mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru olarak belirtmiştir. Her iki hukuk sistemi de mücbir sebebi benzer şekilde; tabii, hukuki, sosyal veya beşerî bir nedenden ötürü kişinin faaliyeti dışında tezahür eden kesin ve kaçınılmaz bir biçimde genel bir davranış kuralını ihlal eden öngörülemeyen ve karşı konulamaz olağanüstü olay olarak tanımlamıştır. Yine her iki hukuk sistemi birbirine eş olacak şekilde zarar görenin kendi kusurunun failin eyleminin önüne geçerek zararı ortaya çıkarması durumunda fail ile zarar gören arasında borç ilişkisinin doğmayacağını kabul etmiştir. Son olarak da üçüncü bir kişinin kusurunun araya girerek zararı ortaya çıkarması halinde hukuka aykırı eylemde bulunan kişi ile zarar gören arasında borç ilişkisinin kurulmayacağını her iki hukuk sistemi de birbirine benzer kabul etmiştir. Hem İslam hukukuna hem de Türk borçlar hukukuna göre şayet üçüncü kişinin veya mağdurun kusurunun zararı failin eylemi ile birleşerek ortaya çıkarması durumunda sorumluluğun fail ve mağdur arasında kusurları ölçüsünde paylaşılması gerektiğini kabul etmişlerdir.

2. 1. 5. Kusur

2. 1. 5. 1. Türk Borçlar Hukukuna Göre Kusur

Haksız fiil kavramının diğer bir şartı da; zararlı neticeyi meydana getiren hukuka aykırı eylemin işlendiği sırada zarar verenin kusurlu olmasıdır. Kusur borç ilişkisinin doğmasında temel şartlardan biridir. Kusur, zararın, zarar gören dışında başka bir kişiye yükletilmesine olanak veren haklı sebebi teşkil etmektedir. Ayrıca kusura dayalı borç ilişkisinde kusur, sorumluluğun miktarını belirlemede sınırlayıcı bir fonksiyona sahiptir.³¹¹ Kusur, hukuk sistematğinde sübjektif kusur teorisi ve objektif kusur teorisi olmak üzere iki temel teori üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır.

Sübjektif kusur teorisine göre kusur; failin içinde bulunduğu psikolojik ve fikri koşulu, şahsi meziyeti, eğitim ve öğretim durumu, fiziki gücüne göre mümkün olan itinaı gösterip somut hadisede davranışının zararlı neticelerini öngörüp bundan kaçınabileceken bunu yapmayıp iradesindeki zayıflığa yenik düşerek hukuka aykırı zarar verici fiili icra etmesi olarak belirtilmektedir. Sübjektif kusur teorisi hem keyfi değerlendirmeye sebebiyet vererek hukuk

³¹¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükiimler*, 596.

emniyetini ve eşitlik ilkesini tahrip etme riski barındırmasından hem de tabiatı gereği zarar veren ile zarar görenin menfaatleri arasında dengeyi sağlamaya elverişsiz olmasından ötürü teorisinin kabul edilmesi mümkün değildir.³¹²

Objektif (Objektifleştirilmiş) kusur teorisi ise; failin kişisel yetenekleri, bireysel durumu, mesleki yeterliliği gibi hususlar dikkate alınmadan üyesi olduğu toplumda aynı koşullar altında yaşayan orta zekâlı, dürüst ve makul bir kişinin göstermesi gereken örnek davranıştan sapması hukuki açıdan kusur olarak değerlendirilmektedir.³¹³ Burada kusur değerlendirilmesine temel teşkil eden; toplumdaki makul, dürüst ve orta zekâlı bireylerin ortalama soyut davranış tipidir.³¹⁴ Zarar veren elinden geleni yapmış olsa, ahlaki yönden ayıplanmasa ve iradesinde bir noksanlık bulunmasa dahi eylemi toplumdaki ortalama örnek davranıştan daha alt seviyede kalarak ondan sapması halinde hukuki açıdan kusurlu sayılacaktır. Bu teoriye göre kusur ancak yönlendirilebilir yani özgür iradenin varlığı halinde söz konusu olur. Ayırt etme gücünden yoksun olanların kusur ehliyeti yoktur.

Türk borçlar hukuku da objektifleştirilmiş kusur teorisini esas almıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde; "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür" şeklinde yapılan düzenlemeyle kusurun haksız fiilin unsuru olduğu belirtilmiş olmasına rağmen kusura ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Kusurun tanımı, doktrin ve yargı kararları doğrultusunda yapılmıştır.³¹⁵ Doktrin ve yargı içtihatlarında baskın görüşe göre kusur; hukuk rejiminin hoş görmediği, kınadığı davranış şekline denilmektedir.³¹⁶ Başka bir tanıma göre kusur; aynı hal ve koşul altında bulunan kişilerden umulan ortalama davranış şekline riayet etmeyen, ondan ayrılan davranış şeklinin vasfı kusur olarak adlandırılmaktadır.³¹⁷ Yine başka bir tanıma göre kusur; hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek meydana getirmek veya hukuka aykırı neticeyi istememekle beraber

³¹² Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, 68.

³¹³ Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949), 24.

³¹⁴ Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 59.

³¹⁵ Günhan Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019), 85.

³¹⁶ Selim Kaneti, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu* (Ankara:1980), 40.

³¹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 595.

kanunun üzerine vazife kıldığı hukuka aykırı davranıştan kaçınmayarak neticeyi meydana getirmek şeklinde tanımlanmıştır.³¹⁸

2. 1. 5. 1. Kusurun Çeşitleri

Yukarıda yapılan izahlardan da anlaşılacağı üzere kusurun kast ve ihmâl olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Zarara neden olan kusurlu eylemin kast ya da ihmâl şeklinde olup olmadığına bakılmaksızın zarar veren, zararı gidermekle yükümlü olacaktır.

2. 1. 5. 1. 1. Kast

Türk Borçlar Kanunu'nda kastın tarifi yapılmamıştır. Doktrin ve yargı içtihatları doğrultusunda kastın tanımı yapılmıştır. Kasıt; kusurun en ağır derecesi olup kendi içerisinde ikiye ayrılır. Failin, eylemin neticesini bilerek ve isteyerek hukuka aykırı fiili işlemesine doğrudan kast denir. Failin hasmını yaralamak maksadıyla ateş etmesi buna örnek olarak verilebilir. Failin sonucu doğrudan doğruya istememesine rağmen öngörüp hukuka aykırı eylemlerine devam ederek neticeyi meydana getirmesine ise dolaylı kast denir. Örneğin, failin yolda arkadaşıyla beraber yürüyen hasmını görüp hasmını yaralamak için ateş etmek istemesi halinde yanında bulunan arkadaşının da yaralanabileceğini öngörmesi hayatın olağan akışına uygundur. Failin bu öngörüsüne rağmen sırf hasmını yaralamak maksadıyla yanındaki arkadaşının da “yaralanacaksa yaralansın” mantalitesiyle hareket edip ateş ederek yaralaması hali örnek verilebilir.

Bu cihetle kastın tasarlama ve isteme olarak iki ögesi bulunmaktadır. Tasarlama; failinin zarara neden olan haksız eyleminin neticesini bilmesi ya da öngörmesidir. İsteme ise; zararlı neticenin fail tarafından arzu edilmesi, kabul edilmesidir.

2. 1. 5. 1. 2. İhmâl

İhmâl; failin hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ve sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri

³¹⁸ Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974), 439; Oğuzman - Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/53.

kadar kullanmamasıdır.³¹⁹ Zarar veren burada zararlı neticeyi istememekle birlikte öngörebilmektir. Zarar veren öngördüğü bu neticeyi özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek gerçekleştirmektedir. Sorumluluk bakımından ihmal objektif ölçülere göre belirlenmektedir. Orta zekâlı, dürüst ve makul kişinin somut hadisede halin nitelik ve gereklerine göre alması gerekli tedbirlere, göstereceği itinaya ve harcayacağı emeğe göre ihmal belirlenir. Zarar verenin kişisel niteliği ve durumu göz önünde tutulmaz.³²⁰

İhmal de kendi içerisinde ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal; failin şartlarına sahip orta zekâlı, dürüst ve makul herkesin göstereceği dikkat ve özeni, failin göstermeyerek hukuka aykırı neticeyi meydana getirmesidir.³²¹ Örnek olarak cankurtaranın boğulmakta olan birine yardım etmemesi verilebilir. Hafif ihmal ise; failin, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle zararlı neticenin ortaya çıkmasına sebebiyet vermesidir.³²² Örnek olarak evinin camından aşağıya bakmadan attığı çöpün yoldan geçen birisine isabet etmesi verilebilir.

Kusurun kast ve ağır ihmal olması haline ağır kusur, hafif ihmale ise hafif kusur denilmektedir. Kusurun hafif ve ağır olması sorumluluğun doğmasına etki etmeyip illiyet bağının kesilmesi, sorumluluğun kapsamının tayini ve sorumsuzluk anlaşmaları bakımından önem taşımaktadır. Zararlı neticenin meydana gelmesine üçüncü kişinin veya zarar görenin kusuru neden olmuşsa fail sorumluluktan kurtulacaktı. Ancak failin eylemi ile üçüncü kişi veya zarar görenin kusuru ile bir araya gelip zararlı neticeyi meydana getirmesi halinde müterafik kusur gündeme gelecek olup bu halde herkesi kusurunun derecesine göre sorumluluğa katlanacaktır. Sorumluluğun kapsamını kanun uygulayıcısı kusurun derecesine göre tayin edecektir ve son olarak hafif kusurun olduğu durumlarda yapılan sorumsuzluk anlaşmaları geçerli olacaktır.³²³

³¹⁹ Oğuzman-Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/58.

³²⁰ Sami Narter, *Kusursuz Sorumluluk ve Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi Ankara, 2016) , 428; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 602.

³²¹ Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 53.

³²² Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 255.

³²³ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 244.

2. 1. 5. 2. İslam Borçlar Hukukuna Göre Kusur

İslam hukukunda kusura dayalı borç ilişkisinin kurulması için gerekli olan diğer bir kurucu unsur kusurdur. İslam hukukunda kusura ilişkin açık ve teferruatlı bir tanım yapılmamıştır. Genel bir tanım yapılacak olursa İslam hukukunda kusur; toplumda makbul olan genel davranış normlarından sapmadır.³²⁴ Kusur kavramı, taammüd (kasıt) ve hata kavramına karşılık olarak kullanılmıştır.³²⁵ Taammüd kelimesi, Kur'an'ı Kerim'de "Kim de bir mümini kasten öldürürse cezası, içinde devamlı kalmak üzere cehennemdir..."³²⁶ "...Yanıldığınız hususta size günah yoktur, fakat bilinçli ve kasıtlı olarak yaptıklarınızdan sorumlusunuz..."³²⁷ ayetlerinde "amd" kelimesinden türetilerek bir şeyi istemek ve dayanmak anlamlarında kullanılmıştır.³²⁸ İslam hukukçuları hatayı ise; kişinin bir fiili kasıt olmaksızın üzerine düşen gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek işlemesi şeklinde tanımlamışlardır.³²⁹ Söz konusu bu tanım modern hukukta taksire karşılık gelmektedir.³³⁰

İslam borçlar hukukunda borç ilişkisinin kurulması için zararın ortaya çıkması yeterli görülmüş olup ne suretle ortaya çıktığı nazara alınmamıştır. Meydana gelen bu zarar, Hz. Peygamber'in "İspatın (delilin) davacıya, yeminin ise davalıya ait olduğu"³³¹ hadisi ve Mecelle'nin 8. maddesinde yer alan "Beraati zimmet asıldır"³³² ve 4. Maddesinde yer alan "Şek ile yakın zail olmaz" hükümleri doğrultusunda zarar gören tarafından ispat edilmesi halinde zarar verini ıslah etmek ve zararın telafisini sağlamak amacıyla tazmin ettirilmektedir. İslam hukukçuları zararın tazmini noktasında çocuk, akıl hastası, akıl zayıfı, bunak, müsrif ve sarhoş gibi kusur ehliyeti bulunmayan kişilere yönelik ayrıcalık tanımamış olup haksız fiilin bu kişiler tarafından doğrudan işlenmesi halinde kendi mallarından, dolaylı

³²⁴ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 73.

³²⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/456.

³²⁶ el Nisa, 4/93.

³²⁷ el Ahzap, 33/5.

³²⁸ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 158.

³²⁹ Taftâzânî, *Şerhu't-Telvîh*, 2/195.

³³⁰ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 73.

³³¹ Tirmizi, "Ahkam", 13.

³³² Mecelle, md.4

olarak işlemeleri halinde ise kanuni temsilcileri tarafından karşılanması gerektiğini belirtmişlerdir.³³³

2. 1. 5. 2. 1. Kusurun Çeşitleri

Kusura dayalı borç ilişkisinin doğmasında kusur, kast(teammüd) veya ihmal (taksir) olmak üzere iki türlü ortaya çıkmaktadır.

2. 1. 5. 2. 1. 1. Kast (Teammüd)

Yukarıda da belirtildiği üzere teammüd kelimesi, Kur'an'ı Kerim'de “Kim de bir mümini kasten öldürürse cezası, içinde devamlı kalmak üzere cehennemdir...”³³⁴ “...Yanıldığınız hususta size günah yoktur, fakat bilinçli ve kasıtlı olarak yaptıklarınızdan sorumlusunuz...”³³⁵ ayetlerinde “amd” kelimesinden türetilerek bir şeyi istemek ve dayanmak anlamlarında kullanılmıştır. Bu bakımdan kast, hukuka aykırı olduğu bilinen neticenin zarar verenin isteme iradesi sonucu gerçekleştirilmesidir.³³⁶ Bu bakımdan zarar veren hukuka aykırı sonucu hem bilip öngörmekte hem de istemektedir.

İslam hukukunda, hükümler sebeplere bağlıdır genel kaidesi geçerlidir.³³⁷ Bu ilke gereğince mübaşereten (doğrudan) zarar doğuran eylemlerde haksız fiile dayalı borç ilişkisinin kurulmasında İslam hukukçuları zarar ile fiil arasında illiyet bağının kurulmasını yeterli görerek zarar verenin kasıtlı veya kusurlu olmasını aramamışlardır.³³⁸ Zira bu durum Mecelle'nin 92. maddesinde “ Mübaşir, müteammid olma da zamin olur” ve 912. maddesinde “ Bir kimse diğerinin, gerek kendisinde ve gerek emini yedinde olan malını, gerek kasten gerek min gayri kasten itlaf etse zamin olur” yer alan hükümlerle de ortaya

³³³ Zuhayli, *Nazariyyatu'd-damân*, 265; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/274.

³³⁴ el-Nisa,4/93.

³³⁵ el-Ahzab, 33/5.

³³⁶ Nuri Kahveci, “İslam Ceza Hukuku Açısından Suçun Manevi Unsurlarından Kast”, *Hikmet Yurdu Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 9(2012), 15.

³³⁷ Gazâlî, *el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl* (Beyrut: Mektebetü'l-Asriyye 2009), 1/84

³³⁸ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi* (İstanbul: Hikmet Yayınevi, 2020), 148; Birsin, *İslam Eşya ve Borçlar Hukuku*, 122; Oğuzhan Orhan –Veysel Bilgiç, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Külli Kâideleri Bağlamında İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 2/1 (2022), 282.

konularak mübaşirin eylemi ile meydana gelen zarardan ötürü borç ilişkisinin doğmasında kastın varlığı veya yokluğunun önemli olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte İslam hukukçuları, teessüben (dolaylı) zarar doğuran eylemlerde ise borç ilişkisinin doğması için zararın başlı başına bulunmasını yeterli görmemiş, Mecelle'nin 93. maddesinde “Mütesebbib, müteammid olmadıkça zamin olmaz” ve 923. maddesinde “Birinin hayvanı bir kimseden ürküp de firar ile zayi olsa zaman lazım gelmez. Amma ol kimse hayvanı kasten ürkütmüş ise zamin olur” yer alan ilkeleri hüküm altına alarak zarar verenin zarar verici eylemi bilerek ve isteyerek işleyerek hukuk düzeninin tanımış olduğu yetki sınırını aşması gerektiğini kabul etmişlerdir.³³⁹

2. 1. 5. 2. 1. 2. İhmal (Taksir)

İhmal kelimesi terminolojik olarak; kasıtlı ve unutarak bir şeyi terk etmek, özensizlik, ihmalkârlık, göz ardı etmek ve hesaba katmamak anlamına gelmektedir.³⁴⁰ Hukuki anlamda kullanılan ihmal ise; hukuka aykırı sonucun istememesine rağmen zarar verenin üzerine düşen dikkat ve itina yükümlülüğüne aykırı hareket ederek veya üzerine düşün yükümlülüğü yerine getirmeyerek zararlı neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesidir.³⁴¹ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ihmal iki suretle ortaya çıkar.

Birincisi; zarar verenin üzerine düşen dikkat ve itina yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sonucu meydana gelir. Örnek olarak; kişinin evinde emanet olarak bulunan eşyanın kapısını kilitlememesi sonucu çalınması³⁴², küçük çocuğu evde yalnız bırakması neticesinde çocuğun tandıra düşüp ölmesi halinde annenin sorumlu tutulması,³⁴³ rüzgârlı günde tarlasında yaktığı anızın yan tarlaya sıçrayarak mahsulü yakması halinde ateşi yakanın meydana gelecek olan zarardan ötürü sorumlu olması³⁴⁴ dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etme neticesinde meydana gelen ihmalden doğan borç ilişkilerine örnek verilebilir.

³³⁹ Mahmasânî, *en-Nazarîyyetu'l-âmmeh*, 197; Birsin, *İslam Eşya ve Borçlar Hukuku*, 123; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/468.

³⁴⁰ Serdar Mutçalı, *Arapça-Türkçe Sözlük* (İstanbul: Dağarcık Yayınları, 1995), 949.

³⁴¹ Hüseyin Hatemi-Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 147; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/468.

³⁴² Bağdadi, *Mecmaud'd-damanat*, 75.

³⁴³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/469.

³⁴⁴ Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, 1/184; Serahsî, *el-Mebsût*, 27/26.

İkincisi ise; zarar verenin, hukuk düzeninin şeri ve örfî kaidelere göre belirlemiş olduğu emri terk etmeleri veya yerine getirmemeleri ihmali davranışı ortaya çıkarmaktadır.³⁴⁵ Örnek olarak; fazla yiyeceği olan birisinin açlıktan ölmek üzere olan kişiye yiyeceklerinden vermemesi neticesinde ölmesine sebebiyet vermesi,³⁴⁶ vahşi hayvan saldırısına uğrayan kişiyi kurtarma imkânı varken kurtarmayan kişinin sorumlu olması verilebilir. Burada kişinin gerek icrai bir hareketiyle gerekse yerine getirmesi gereken davranışı terk veya ihmal etmesi suretiyle meydana getirdiği zararlardan ötürü sorumluluğu doğmaktadır.

Sonuç itibariyle İslam hukukçuları,haksız fiilden bahsedilmesi için zararın ortaya çıkmasını yeterli görmüşlerdir. Bu nedenle; zarar ister kasıt isterse ihmal sonucunda meydana gelsin her halükarda eylemin meydana gelmesine sebebiyet veren kişi kusurlu sayılarak borçlu kılınmıştır.

2. 1. 5. 3. Kusur Unsurunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi haksız fiile dayalı borç ilişkisinin doğması için son olarak failin kusurlu olması gerektiğini kabul etmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda kusura ilişkin genel bir tanım yapılmamış olup doktrin ve yargı kararları doğrultusunda kusura ilişkin tanım yapılmıştır. Türk Borçlar Hukuku’nda objektif kusur teorisi kabul edilerek; toplumda aynı koşullar altında yaşayan orta zekâlı, güvenilir ve makul bir bireyin göstermesi gereken örnek davranıştan sapma şeklinde kusur tanımlanmıştır. İslam Borçlar Hukuku bakımından ise kusur kavramı; toplumda makbul olan genel davranış normlarından sapma olarak tanımlanarak teammüd ve hata kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Teaamüd kelimesi ise Kur’an’ı Kerim’de “amd” kelimesinden türetilerek bir şeyi istemek ve dayanmak anlamlarında kullanılmıştır. Hata kelimesi ise kişinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi şeklinde tanımlanmıştır.

Her iki hukuk sisteminde de kast ve ihmal kusurun çeşidi olarak tasnif edilmiştir. Türk borçlar hukukunda kast ikiye ayrılmaktadır. Hukuka aykırı fiilin bilerek ve istenerek işlenmesi halinde doğrudan kast, hukuka aykırı durumun öngörülmesine rağmen fiilin işlenmesine devam edilerek istenmeyen neticenin ortaya çıkarılması haline ise dolaylı kast

³⁴⁵ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 79.

³⁴⁶ İbnu’l- Kayyim, *Turuku’l-Hukmiye* (Beyrut: Dârü’l-İhyâi’l-Ulûm, ty.), 145.

denilmektedir. İhmal ise; eylemde bulunanın hukuka aykırı neticeyi talep etmemesine rağmen üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek neticenin zuhur etmemesi için iradesini yeteri kadar kullanmamasıdır. İhmalde kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Zarar verenin toplumda aynı şartlara sahip orta zekalı, güvenilir ve makul bir kişinin göstereceği dikkat ve itinaı göstermemesi haline ağır ihmal, zarar verenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesine ise hafif ihmal denilmektedir. Buna mukabil İslam borçlar hukukunda ise kast teammüd kavramı ile açıklanmıştır. Teammüd kavramı Türk borçlar hukukuna benzer anlamda kullanılarak hukuka aykırı neticeyi bilerek ve isteyerek meydana getirmek anlamında kullanılmıştır. İslam borçlar hukukunda ihmal ise; hukuka aykırı neticenin istenmemesine rağmen failin üzerine düşen dikkat ve özen sorumluluğuna aykırı hareket ederek veyahut üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmeyerek neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan İslam borçlar hukukunu, Türk borçlar hukukundan doğrudan ve dolaylı kast ile ağır ihmal ve hafif ihmal ayrımı yapılmamış olup doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı yapılması ayırmıştır.

Türk borçlar hukuku ve İslam borçlar hukuku bakımından borç ilişkisinin doğması için kusurun türü önem arz etmemektedir. Ancak İslam borçlar hukuku bakımından doğrudan zarar (mübaşeret) ve dolaylı zarar (tesebbüb) ayrımında borcun doğması için kast önem arz etmektedir. Bu itibarla mübaşeret sorumluluğun doğmasında failin kusurlu veya kasıtlı olması aranmazken; tesebbüb sorumluluğun doğması için failin kasıtlı hareket etmiş olması zorunludur.

Türk borçlar hukukunda meydana gelen zarardan ötürü borç ilişkisinin doğması için kusur ehliyeti aranmışken İslam borçlar hukukunda kusur ehliyeti aranmaksızın çocuk, akıl hastası, akıl zayıfı, bunak, müsrif ve sarhoş gibi kusur ehliyeti olmayan kişilerinde eylemlerinden ötürü borç ilişkisinin tarafı olacağını kabul etmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSUR ARANMAKSIZIN BORÇ DOĞURAN HAKSIZ FİİLLER

3. 1. Türk Borçlar Hukukunda Kusur Aranmaksızın Borç Doğuran Haksız Fiiller

Türk borçlar hukukunda; kara, hava ve deniz ulaşımın araçlarının, sınai tesislerin her geçen gün sayıca önemli ölçüde artması,³⁴⁷ teknolojinin bilimsel ve teknik anlamda hızla değişerek mekanik aletlerin kullanımının yaygınlaşması, toplumsal ilişkilerin çeşitliliğinin ve niteliğinin gelişerek terakki etmesi meydana gelecek hukuki ilişkiler bakımından sorumlulukta sadece kusura dayalı borcun ilişkisinin yetersiz kalacağı kabul edilerek hukuk sistemlerinde kusur unsuru aranmaksızın borç ilişkisinin zuhur edeceği telakkisi kabul edilmiştir. Bu bakımdan, kişinin tehlike oluşturan eylemi veya umulmayan bir halin doğurmuş olduğu netice yahut kişinin üzerine düşen dikkat ve özene aykırı hareket etmesi sebebiyle meydana getirmiş olduğu zarardan dolayı failin kusuru aranmaksızın sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle borcun doğması için; hukuka aykırı fiil, zarar ve hukuka aykırı ile meydana gelen netice arasında uygun nedensellik bağının bulunması kâfidir. Kusur, borcun doğması için aranan unsurlardan biri olmaktan çıkarılmış bundan ötürü bu borç ilişkisine “sebeplilik” veya “objektif sorumluluk” denilmektedir.³⁴⁸ Türk borçlar hukuku da kusur aranmaksızın meydana gelen borç ilişkisinden doğan sorumluluğu; TBK’nın 65-71 maddeleri arasında kişinin yaptıhlike, hakkaniyet ve özen ilkesine dayalı olarak spesifik ve kazüisitik bir biçimde her bir olgu üzerinden ayrı ayrı ele alarak şartlarını ve kapsamını belirleyen yasal düzenlemeler ile koruma altına almıştır.³⁴⁹ Türk borçlar hukuku ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin eylemlerinden kaynaklanacak olan zararlardan ötürü hakkaniyet ilkesi gereği zararı meydana getirecek kişinin sorumlu olacağını; yanında

³⁴⁷ Kayıhan-Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 192.

³⁴⁸ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 204-205.

³⁴⁹ Yaser Rezazad, *Türk Hukukunda Sorumluluk Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Halleri* (Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2016), 38.

adam çalıştırmanın çalışanın eylemlerinden, hayvan bulunduranın hayvanın eylemlerinden, ev reisinin evde ikamet edenlerin eylemlerinden ve yapı maliki ile taşınmaz sahibinin sahip oldukları taşınmazdan ötürü üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından dolayı kaynaklanacak olan zararlardan özen ilkesi gereği sorumlu olacağını; son olarak da motorlu araç ve sivil hava aracı işleten kişilerin söz konusu araçlardan kaynaklanacak olan zararlardan ve çevreyi kirletenlerin kirletme eylemlerinden ötürü tehlike ilkesi gereğince kusursuz sorumlu olacaklarını kanunda belirtilen sınırlı hallerle kabul etmiştir.

3. 2. İslam Borçlar Hukukunda Kusur Aranmaksızın Borç Doğuran Haksız Fiiller

İslam borçlar hukukunda ise; kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller müstakil bir başlık altında ele alınmamıştır. İtلاف bölümünde tessebbübün itlaf kavramı ile açıklanmıştır. Tesebbüb kelimesi sözlükte, bir fiilin dolaylı olarak işlenmesi veya bir olaya neden olma anlamlarında kullanılmaktadır.³⁵⁰ İslam fıkında ise; kişinin icra ettiği fiil ile zuhur eden netice arasına başka bir fiilin girmesi sonucu zararın ortaya çıkması manasına gelmektedir.³⁵¹ Başka bir ifadeyle zarara neden olan fiilin dolaylı olarak işlenmesidir. Bir şeyi dolaylı olarak itlaf eden kişiye de mütesebbib denilmektedir. Mecelle'nin 93. maddesinde "Mütesebbib müteammid olmadıkça damin olmaz" şeklindeki hüküm ile tessebbüb halinden bahsedilerek failin kasten işlediği hukuka aykırı eylem neticesinde zararın doğrudan ortaya çıkmayarak eylemin tesir ettiği etkiler neticesinde zararın dolaylı bir şekilde vuku bulacağı belirtilmiştir. Zararlı neticeyi meydana getiren eylem kasten hukuka aykırı olarak işlenmediği sürece oluşacak zarardan dolayı borç ilişkisi doğmayacaktır.³⁵² Bu bakımdan tessebbüb hallerinde borç ilişkisinin doğması için teaddi(hukuka aykırılığın) bulunması zorunludur Örnek olarak yalan yere şahitlik yapılması sonucu ortaya çıkacak zarardan yalan şahitlerin sorumlu tutulması örnek verilebilir. Bununla birlikte Klasik Hanefî literatüründe tessebbüb bağlamında dolaylı olarak zararın ortaya çıkmasına neden olan hukuka aykırı eylemin kasıtlı olarak yapılmış olma halinin yanında hakkın, hukukun öngördüğü sınırlar içinde gerekli dikkat ve özenin kullanılmamasından kaynaklanan

³⁵⁰ Yelek, *Gasp ve İtلاف Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 199.

³⁵¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi* , 7/165.

³⁵² Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, 455.

zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğacağını kabul etmişlerdir.³⁵³ Bazı İslam hukukçuları tessebbüb halinden doğan borç ilişkisinin kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirileceğini belirtmiş olup adam çalıştırmanın çalışanın vermiş olduğu zararlardan, aile reisinin evde yaşayan kişilerin vermiş olduğu zararlardan, hayvan sahiplerinin hayvanın vermiş olduğu zararlardan, yapı malikinin bina ve diğer inşa eserlerinden doğacak zararlardan ve sanayi mamulleri ve atık maddelerden dolayı meydana gelecek olan zararlardan ötürü maddeyi atanların kusursuz sorumlu olması gerektiğini kabul etmişlerdir.³⁵⁴ Bu bakımdan biz kısımda Türk borçlar hukuku ve İslam borçlar hukukunda yer alan ortak kusursuz sorumluluk halleri ile farklılık gösteren kusursuz sorumluluk hallerini aynı başlık altında aşağıda ele alacağız.

3. 3. Her İki Hukuk Sisteminde Yer Alan Ortak Düzenlemeler

Her iki hukuk sistemi adam çalıştırmanın, hayvan bulunduranın, aile reisinin ve bina sahibinin meydana gelecek olan zararlardan kusurları olmaksızın sorumlu olacaklarını kabul etmiştir.

3. 3. 1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

3. 3. 1. 1. Türk Borçlar Hukukunda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

Adam çalıştırıcı; hacmi, cinsi, niceliği, mekanik ve teknik bilgi ile ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak işin icrası esnasında bağımlılık esasına dayalı olarak başka bir kişiden yardım alan ve işin yürütülmesi esnasında işi yürüten üzerinde denetim ve gözetimde bulunan kişidir.³⁵⁵ Yürütülecek iş; geçici, sürekli, ivazlı, ivazsız, yazılı veya sözlü sözleşmeye dayalı olabilir. Adam çalıştırıcı, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Kamu tüzel kişilerinin adam çalıştırıcı sıfatına haiz olabilmeleri için ise aralarında özel hukuk kurallarına tabi bir ilişkinin kurulması gerekmektedir. Adam çalıştırıcı ile çalışan arasında tabiiyete dayalı hukuki ilişki

³⁵³ Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha* (Beyrut: Dârül-Kütübi'l-İlmiyye, 1984), 3/123; Merğînânî, *el-Hidâye*, 10/353; Yerlikaya, “*Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddi-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme*”, 37.

³⁵⁴ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 231.

³⁵⁵ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 647.

cereyan etmektedir.³⁵⁶ Söz konusu bu tabiiyete dayalı hukuki ilişkiden kaynaklanın işin ifası sırasında zararın meydana gelmesi durumunda adamı çalıştıran kişi bu zarardan sorumlu tutulabilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 66/1. maddesinde “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeyle adam çalıştırana genel mahiyette objektif bir özen yükümlülüğü yüklenerek çalışanlar üzerinde her türlü dikkat ve özen ile denetim ve gözetim ödevini yerine getirerek çalıştırdığı adamların başkalarına zarar vermesini önlemeye çaba sarf etmelidir. Bu bakımdan kanunda başka bir sınırlandırıcı hüküm bulunmadıkça yanında çalıştırdığı kişinin işin icrası sırasında iş ile arasında illiyet bağı bulunan hukuka aykırı tüm eylemlerinden dolayı doğacak zararlardan adam çalıştıran sorumludur.³⁵⁷ Adam çalıştıranın sorumluluğun doğması için; çalışan ile çalıştıran arasında istihdam ilişkisinin bulunması, çalışanın hukuka aykırı eyleminden dolayı 3. Kişinin zarara uğraması, zarar ile iş arasında illiyet bağının bulunması ve adam istihdam edenin kurtuluş kanıtı getirememiş bulunması gerekir.³⁵⁸

Bağımlılık ilişkisi; çalışanın, hiyerarşik nizam içerisinde çalıştıranın denetim ve gözetimi altında kendisine verilen genel veya özel direktiflere uygun olarak kendisine verilen teknik ekipmanla işi icra etme, faaliyetin ifası esnasında kontrol ve denetime tabi tutulma ile işin bitiminde hesap verme şeklinde kullanılır. Çalıştıranın emretme ve denetleme yetkisi yoksa adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedilemez.³⁵⁹ Görülen iş ile ortaya çıkan zarar arasında fonksiyonel bağ mevcutsa; çalışanın kendisine verilen talimatların dışına çıkması veya farklı anlamlandırması ya da inisiyatif alarak işi icra etmesi hallerinde adam çalıştıranın mesuliyeti ortadan kalkmaz.

Adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için gereken diğer bir şart ise; çalışanın işi yürütürken meydana getirmiş olduğu eylem ile üçüncü bir kişiyi maddi veya manevi zarara uğratması gerekmektedir.

Adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için gereken diğer üçüncü şart ise; zararın işin görülmesi esnasında hizmetle ilgili olarak çalışanın menfi veya müspet mahiyetteki hukuka

³⁵⁶ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 643.

³⁵⁷ Bilgili - Demirkapı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 186.

³⁵⁸ Kayıhan - Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 292.

³⁵⁹ Mehmet Remzi-Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: İkinci Sayfa Yayınları, 2015), 414.

kurallarının koruduğu genel veya özel normlara aykırı hareketi sonucunda meydana gelmiş olması gerekmektedir.³⁶⁰ Eğer eylem hukuka uygun olarak meydana getirilmişse; bu durumda eylem neticesinde meydana gelen zarardan dolayı adam çalıştıran ile zarara uğrayan arasında borç ilişkisi doğmayacaktır.

Adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için gereken son şart ise; adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirmemiş olması gerekir.³⁶¹ Adam çalıştıranın yerine getirmekle mesul olduğu objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı karine olarak kabul edilir.³⁶² Söz konusu bu özen karinesi aksi ispat edilebilir adi karine mahiyetindedir. Bu nedenle adam çalıştıran, çalışanı seçerken çalışanın bilgi, yetenek, fiziki ve ahlaki niteliklerini göz önünde bulundurduğunu, işin yapımı sırasında talimat verirken ve denetlerken hal ve maslahatın icap ettiği ölçüde gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlarsa çalışanın işin sırasında meydana getirmiş olduğu zarardan dolayı sorumlu olmayacaktır. Bununla birlikte adam çalıştıran, zararın meydana gelmesinde olağanüstü halin, mücbir sebebin veyahut zarar gören ya da üçüncü bir kişinin ağır kusurunun bulunduğunu ispatlarsa yine sorumlu tutulmaktan kurtulacaktır.³⁶³

3. 3. 1. 2. İslam Borçlar Hukukunda Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

İslam hukukunda işçi işveren ilişkisi emir veren ve emri yerine getiren esasına dayalı olarak kurulmuştur. Klasik İslam hukukunda “Âmirin emir vermekle tazmin sorumluluğu yoktur” ilkesi yer almaktadır.³⁶⁴ Bu genel kaideye göre; emir verene rücu etme şartı olmadığı sürece zararlı neticeyi meydana getiren fiilden emri yerine getiren sorumludur.³⁶⁵ İşçi işveren ilişkisinde de buna benzer yaklaşım bulunmaktadır. İşverenin yanında tam zamanlı olarak iş ilişkisine dayalı olarak çalışan işçiye yerine getirmesi için bir işi devretmesi neticesinde işçinin, işi icra ederken kasıtlı, örfe aykırı hareketle ya da kendisine verilen talimata aykırı davranması sonucu bir malı kısmen veya tamamen itlaf etmesi halinde işveren sorumlu

³⁶⁰ Kayhan- Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 292.

³⁶¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 258.

³⁶² Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 1981), 65.

³⁶³ Akman vd. , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 508

³⁶⁴ İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve 'n-Nezâir*, 333-334.

³⁶⁵ Hamevî, *Gamzu 'l-Uyûni 'l-Basâir* (Beyrut: Dârü'l Kütübi'l-İlmiyye, h.1290), 210.

olacaktır. Bu bakımından işverenin tessebbüben sorumlu olması için; işverenin ifa borcu altına girmiş olması, işverenin bu ifa borcunu işçiye devretmesi, işçi ile işveren arasında sürekli bir iş akdinin bulunması, zararlı neticeyi meydana getiren fiilin işverenin bizzat sorumlu tutulacağı türden (yani işverenin kusurlu) olması gerekmektedir.³⁶⁶ Burada işveren tarafından doğrudan herhangi bir eylemde bulunmamasına rağmen sorumluluğu doğmaktadır ancak işveren işçinin teaddisi veya kusuru bulunması neticesinde itlaf etmiş olduğu mal nedeniyle girmiş olduğu borç ilişkisindeki tazmin etmiş olduğu zararı işçiye rücu edebilir. İşçinin kusuru veya teaddisi bulunmaksızın malın itlaf olması halinde ise sorumluluk doğmayacaktır.³⁶⁷ İşveren tarafından verilen yetki sınırları içinde işçi tarafından icra edilen fiiller neticesinde meydana zarar çıkarsa bu zarardan işveren sorumludur.³⁶⁸ Ancak işçi kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşarak zarar doğuran eylemi icra etmişse artık işverenin burada sorumluluğu doğmayacak olup işçi sorumlu olacaktır.³⁶⁹ İşçi ile işveren arasında yer alan iş sözleşmesi kapsamında olmayan bir konuda veya yasak olan (haram olan) bir işi yapması için işverenin işçiye talimat vermesi ve işçinin de bu talimatı yerine getirerek zararlı neticeyi meydana getirmesi halinde, meydana gelen bu zarardan ötürü işçi sorumlu olacaktır. Zira istenilen iş sözleşme kapsamında değildir ve başkasına zarar vereceği aşikârdır. Bu durum Mecelle'nin 89 maddesinde de yer alan “Bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça amirine muzaf kılınmaz.” hükmüyle de sabitlenmiştir.³⁷⁰ Eğer işveren, sözleşmede yer almayan veya haram olan emrini yerine getirmesi için işçiye zorlar veya kandırırsa o zaman işçinin meydana getirmiş olduğu zarardan işveren sorumlu olacaktır.³⁷¹

3. 3. 1. 3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi de hiyerarşik nizam içerisinde çalışan işçinin, iş ilişkisinden kaynaklanan işin görülmesi esnasında meydana getirdiği eylemlerinden ve doğacak zararlardan ötürü istihdam edenin sorumlu olacağını genel olarak benzer şekilde kabul

³⁶⁶ Birsin, *İslam Eşya ve Borçlar Hukuku*, 127-128.

³⁶⁷ Zerka, *el-Medhal İla Nazariyyetil-İltizami'l-Amme fi Fikhi'l – İslami* (Dimeşk: Dâr'ül Kalem, 2013), 2/1044.

³⁶⁸ Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, 5/141.

³⁶⁹ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 37.

³⁷⁰ Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri* (İzmir: Tibyan Yayıncılık, 2015), 185.

³⁷¹ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 232.

etmiştir. Türk borçlar hukukunda, niteliği ve teknik durumu göz önüne alınarak bir işin icrası esnasında bağımlılık ve hiyerarşik nizam prensibine dayalı olarak yanında adam çalıştıran kişi, işçinin işin görülmesi sırasında hizmetle ilişkili olarak yapmış olduğu eylemlerden ötürü başkalarına maddi veya manevi zarar vermesi halinde meydana gelen bu zararları kusursuz olarak üstlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Denetleme ve emretme yetkisinin bulunmadığı, eylemin iş ile ilgili olmayan nedenlerden ötürü meydana getirilmesi veya adam çalıştıranın işin yapılması sırasında üzerine düşen denetleme ve gözetleme yükümlülüğüne riayet ederek üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmediğine dair kurtuluş kanıtı getirmesi halinde borç ilişkisi doğmayacaktır. Buna karşılık İslam borçlar hukukundan ise; adam çalıştıranın, iş ilişkisine dayalı olarak çalışana devretmiş olduğu işin ifa edilmesi esnasında meydana getireceği zararlardan istihdam edenin sorumlu olacağını kabul etmiştir. Adam çalıştıranın sorumlu olması için gerek İslam borçlar hukukunda gerekse Türk borçlar hukukunda; işverenin yapma yükümlülüğü altına girmiş olması, bu yapma edimini işçiye devretmesi, işçi ile işveren arasında istihdam ilişkisinin olması ve eylemin işverenin sorumlu tutulacağı türden (iş ile zarar arasında illiyet bağının) olması gerekmektedir. Yine her iki hukuk sisteminde işçinin işin mahiyetinde olmayan eylemlerde bulunarak üçüncü kişiye zarar vermesi halinde işverenin sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte Türk borçlar hukukunda, İslam borçlar hukukundan farklı olarak işverenin kurtuluş kanıtı getirerek (üzerinde düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiği) sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmiştir.

3. 3. 2. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

3. 3. 2. 1. Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Akıl melekesi bulunmayıp içgüdüleri ile hareket eden hayvanlar üzerinde hukuki ya da fiili hâkimiyet sağlayarak maddi veya manevi menfaat temin eden kişilerin, hayvanların başkalarının mal ve can varlığına zarar verme olasılığını göz önünde bulunduran kanun koyucu, hayvanların eylemleri sonucu meydana gelebilecek muhtemel zararlardan hayvanın idaresi ve gözetimi üzerinde bulunan kişiyi sorumlu tutabilmek için Türk Borçlar Kanunu'nun 67'de maddesinde düzenleme yapmıştır. Zikredilen düzenlemede; “Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği

zararı gidermekle yükümlüdür. Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.” Şeklinde amir hüküm koyarak hayvanın bakımını ve yönetimi üstlenen kişiye üzerine düşen objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin hayvanın eylemi sonucu ortaya çıkacak olan zarardan dolayı kusursuz sorumlu olacağını ve zarar görenle arasında borç ilişkisinin doğacağını belirtmiştir. Hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilebilmesi için; geçici veya sürekli olarak bakım ve idaresi bir kişide bulunan hayvanın hukuka aykırı eylemi sonucu meydana maddi veya manevi zararın gelmesi ve hayvan bulunduranın söz konusu olaya ilişkin kurtuluş kanıtı getirmemesi gerekmektedir.

Borç ilişkisinin doğması için ilk olarak eylemin hayvan tarafından meydana getirilmiş olması gerekir. Buradaki hayvan kavramı tüm zoolojik varlıkları kapsamamaktadır. İnsan tarafından zilyetliği üzerinde bulunan, idare edilen, kontrol edilebilen ve üzerinde egemenlik kurulabilen varlıkları kapsamaktadır.³⁷² Hayvan evcil olabileceği gibi yabani veya ehlileştirilmiş hayvanda olabilir. Hayvan hareketini içgüdüsel, ani ve bağımsız olarak meydana getirebilir. Hayvanın meydana getirmiş olduğu bu spontane ve içgüdüsel hareket neticesinde zararın meydana gelmesi gereklidir. Hayvanın hareketi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunmaması halinde hayvanı bulunduran kişinin sorumluluğuna gidilmeyecektir.

Borç ilişkisinin doğması için ikinci olarak hayvanın bakım ve idaresinin geçici veya sürekli olarak bir kişi tarafından yüklenilmiş olması gerekmektedir. Hayvanı bulunduran kişi, hayvan üzerinde geçici veya sürekli hukuki veya fiili egemenlik kurarak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir. Hayvan üzerinde bakım ve idare etme yetkisi için mülkiyet hakkının bulunması şart olmayıp aynı bir hakka dayalı olarak da kurulabilir. Burada önemli hayvan üzerinde doğrudan doğruya zilyetlik sahibi olarak fiili hâkimiyette bulunmaktır.³⁷³

Borç ilişkisinin doğması için son olarak aranan şart ise; hayvan bulunduran kişinin kurtuluş beyyinesi getirmemiş olması gerekmektedir. Borçlar Kanunu, hayvan bulunduranı karine olarak üzerine düşen objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı zararın meydana geldiğini kabul eder. Söz konusu bu karine aksi ispat edilebilir adi

³⁷² Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 658.

³⁷³ Oğuzman-Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/164.

karine mahiyetindedir. Şayet hayvan bulunduran hayvanın cinsi, huyu, yaşı, kullanılma tarzı, tehlikeliliği, tepkisi gibi olayın hal ve maslahatına uygun olarak üzerine düşen objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederse veyahut böyle dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi söz konusu zararın meydana geleceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecektir.³⁷⁴

3. 3. 2. 2. İslam Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Hayvan barındıran; hayvan üzerinde mülkiyet veya zilyetlik veyahut intifa, kira, ariyet vb. gibi sınırlı ayni hak sebebiyle tasarruf ve faydalanma hakkı bulunan kişidir. Hayvan üzerinde tasarrufta bulunan ve yararlanan bu kişi, hayvanı gözetleme ve denetleme, sahip çıkma ve başkalarına zarar vermemesi için gerekli tedbirleri almakla mükelleftir. Hayvanı barındıran kişi şayet bu sorumluluklarını yerine getirmemesinden ötürü hayvanın bir başka kişiye zarar vermesi halinde; hayvanın vücut ehliyetinin bulunmamasından dolayı mülkiyetin konusu olarak kabul edilip eşya mahiyetinde değerlendirileceğinden ötürü meydana gelen zarardan hayvanı bulunduranın sorumlu olacağı Hz. Peygamber'in "gündüzün, hayvan sahiplerinin hayvanlarını; geceleyin de otlak sahiplerinin otlaklarını korumaları gerektiğini başkasına ait otlağa girerek zarar veren devesinden dolayı, hayvan sahibinin tazmin yükümlülüğü olduğunu",³⁷⁵ "Kişinin, kamu hizmetine açık olan yol veya çarşı ya da pazara bağladığı hayvanının, başkasına verdiği zararın hayvan sahibi tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir."³⁷⁶ ve "Evcil (ehli) normal hayvanların gündüzün; çiftlik hayvanlarının da geceleyin verdikleri zararlardan dolayı sahiplerinin sorumlu olduğunu"³⁷⁷ hadislerine dayanarak kabul edilmiştir.³⁷⁸ Hayvan bulunduran şahsın meydana gelen zarardan sorumlu tutulması için; üzerine düşen özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı hareket ederek gerekli tedbirleri almamış olması veya kastla hareket etmesi,³⁷⁹ hayvanın sahipsiz olmaması yani

³⁷⁴ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 660.

³⁷⁵ Ebû Dâvûd, "Büyu", 90; İbn Mâce, "Ahkâm", 13.

³⁷⁶ Şevkani, *Neylu'l-Evtâr Şerhu Munteka'l-Ahbar* (Kahire: Mektebetü ve Matbuatü Mustafa, 1983), 5/275.

³⁷⁷ Ebû Dâvûd, "Buyu", 90. ; İbn Mâce, "Ahkâm", 13.

³⁷⁸ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 44.

³⁷⁹ Buhâtî, *Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'* (Beyrut: Dârü'lKütübi'l-İlmiyye, ty.), 129.

bir kişinin mülkiyetinde ve yönetiminde bulunması³⁸⁰ ve hayvanın verdiği zararın hayvanı bulunduranın kusurundan meydana gelmiş olması gerekmektedir.³⁸¹ Bu bakımdan gözetlenmesi ve korunması zaruri olan hayvanın, bu sorumluluklar yerine getirilmeyip başıboş bırakılması halinde meydana getireceği zarardan bakım mükellefiyeti olan kişi sorumludur. Hayvanın zarar vermesine eğer bir kişi fiili ile neden olmuşsa bu durumda hayvanı zarar vermeye yönlendiren kişi meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Örneğin hayvanı korkutarak araziye kaçmasına sebebiyet veren kişi ekinde meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.³⁸² Hayvanların vermiş oldukları zarardan ötürü sahiplerinin sorumlulukları genel olarak tessebbüb sorumluluğu içerisinde yer alır. Ancak hayvanın doğrudan eşya olarak kabul edildiği durumlarda onu sevk ve idaresinde bulunduran kişi hayvanın eyleminden doğrudan sorumlu olacaktır.³⁸³ Örneğin Mecelle'nin 936. Maddesinde yer alan “Bir kimsenin rakib olduğu hayvan ön yahut arka ayağı ile kendi mülkünde ve gerek sair mahalde bir şeyin üzerine basıp da telef ederse rakib olan kimse ol şeyi mübaşeretle itlaf etmiş addolunarak herhalde zamin olur.” hükmüyle bu durum açıklanmıştır.

Bu bakımdan hayvanın eylemlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı sorumlu olmak için yukarıda belirtilen şartları taşımayan veya hayvanın kendiliğinden vermiş olduğu zararlar Hz. Peygamber'in (sav) “Hayvanların verdikleri zararlar heder hükmünde olup, tazmin edilmez”³⁸⁴ hadisi ve Mecelle'nin 94. Maddesinde yer alan “Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazaratı hederdir”³⁸⁵ hükmüyle de anlaşılacağı üzere sorumluluk doğurmaz.

Hayvanların ekili araziye vermiş oldukları zararlar bakımından ise yukarıda belirtilen “Gündüzün, hayvan sahiplerinin hayvanlarını; geceleyin de otlak sahiplerinin otlaklarını korumaları gerektiğini başkasına ait otlığa girerek zarar veren devesinden dolayı, hayvan sahibinin tazmin yükümlülüğü olduğu” hadisi şerifine istinaden mezhep fakihleri sorumluluğa ilişkin görüş deklare etmişlerdir. Hanefi mezhebinde yer alan genel kabule

³⁸⁰ Şirbînî, , *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc* (Mısır: Matbaatu Mustafa el-Bâbî, 1958), 4/204. ; İbn Nüceym, *el-Baḥru'r-Râik*, 8/554.

³⁸¹ Şeybânî, *Kitabu'l-Asl* (Beyrut: Dârü İbn Hazm,2012), 4/496-500.

³⁸² Zerka, *el-Medhal*, 2/1048.

³⁸³ Birsin, *İslam Eşya ve Borçlar Hukuku*, 129.

³⁸⁴ Buhârî, “Diyât”, 27,29; Ebû Dâvud, “Zekat”, 16; İbn Mâce, “Diyât”, 27.

³⁸⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/483; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 242.

göre; hayvanın ekili araziye doğrudan zarar vermesi halinde hayvan sahibinin sorumlu olacağını, hayvanın eylemlerinin araya girmesi halinde ise sahibinin sorumlu olmayacağını kabul etmişlerdir.³⁸⁶ Diğer mezhepler ise Hz. Peygamber'in hadisine binaen hayvan bulunduranın sorumluluğunu gece ve gündüz kriterlerine göre belirlemişlerdir. Gündüz hayvan sahibinin ister kusuru olsun ister olmasın meydana gelen zarardan ötürü sorumlu olacağını, gece ise arazi sahibinin arazisini korumakla mükellef olduğundan ötürü meydana gelen zarara katlanacağını kabul etmişlerdir. İstisnai olarak hayvan sahibinin gece kusuru neticesinde, örneğin hayvanı ahıra bağlamamışsa, hayvanın araziye zarar vermesi halinde de sorumlu olacağı kabul edilmiştir.³⁸⁷

3. 3. 2. 3. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi de hayvan bulunduranın, bakım ve gözetimi altında olan hayvanın barındırılması esnasında üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi neticesinde hayvan tarafından verilecek zararlardan ötürü sorumlu olacağını kabul etmiştir. Türk borçlar hukukunda; akıl melekesi olmayan ve içgüdüleri ile hareket eden hayvanlar üzerinde fiili hâkimiyet bulunduran ya da onlar üzerinden menfaat temin eden kişilerin, hayvanın bakımı ve yönetimi esnasında üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sebebiyle hayvanın üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda meydana gelen zarardan kusursuz sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Buna mukabil İslam borçlar hukukunda ise; hayvan üzerinde mülkiyet, zilyetlik veya başka bir ayni hak sebebiyle tasarrufta bulunma ve faydalanma hakkı bulunan kişilerin hayvanın gözetleme, denetleme, sahip çıkma ve başkalarına zarar vermemesi gerekli tedbirleri alma konusunda zafiyete düşmesi durumunda hayvanın vereceği zararlardan ötürü sorumlu olacağını kabul etmiştir. Bu bakımdan her iki hukuk sistemi de borç ilişkisinin doğması için hayvan üzerinde fiili hâkimiyetin bulunması gerektiğini, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesini gerektiğini kabul etmişlerdir. Bununla birlikte Türk borçlar hukukunda, İslam borçlar hukukundan farklı olarak hayvan bulunduranın kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmiştir. İslam borçlar hukukunda ise hayvan bulunduranın sorumluluğunun doğmaması

³⁸⁶ Zuhayli, *İslam Fıkı Ansiklopedisi*, 8/139.

³⁸⁷ Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiye Kamusu*, 7/390; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 243.

için mezheplere göre çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Genel olarak hayvanın kendiliğinden vermiş olduğu zararlardan ötürü borç ilişkisinin doğmayacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte Hanefi mezhebine göre, araya başka bir kişinin veya durumun girmesinden ötürü hayvanın zarar vermesi halinde sorumluluğun doğmayacağı kabul edilmiştir. Diğer mezheplere göre ise, gece ve gündüz kriterine göre ayırım yapılmış olup gündüz hayvanın her türlü hareketinden ötürü bulunduranın sorumlu olacağını, gece vaktinde ise bulunduranın üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmesine rağmen hayvanın eylemlerinden ötürü zararın ortaya çıkması halinde hayvan bulunduranın sorumluluğunun doğamayacağı kabul edilmiştir.

3. 3. 3. Aile Reisinin Sorumluluğu

3. 3. 3. 1. Türk Borçlar Hukukunda Aile Reisinin Sorumluluğu

Ev başkanı; küçük, akıl hastası, akıl zayıfı veya kısıtlı ile birlikte aynı ikamet içerisinde yaşayan ve bunlar üzerinde otoritesi bulunarak iradesine üstünlük tanınan kişilere denir.³⁸⁸ Kanun koyucu ev başkanının iradesi altında yaşayan küçük veya sezgi yetileri yeterince gelişmemiş kişilerin eylemler neticesinde üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimalini göz önünde bulundurarak Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme yapmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 369. Maddesinde; “Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.” Şeklinde düzenleme yaparak ev başkanın birlikte yaşadığı ve üzerinde gözetim yetkisi bulunduğu kişilere ilişkin objektif denetim ve idare yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde kusursuz sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Bu itibarla ev başkanın sorumluluğu özen ilkesine dayalı bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Söz konusu bu borcun doğabilmesi için; ev başkanı ile arasında ilişki bulunan küçük, kısıtlı, akıl hastası veya zayıflığı olan bir kişinin hukuka aykırı eylemi neticesinde maddi veya manevi bir zararın

³⁸⁸ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 664.

meydana gelmesi ve ev başkanının kurtuluş beyyinesi getirmemiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan;

Borç ilişkisinin doğması için ilk olarak küçük, kısıtlı, akıl hastası veya zayıflığı olan bir kişinin hukuka aykırı bir eylemde bulunarak zarar meydana getirmiş olması gerekir. Bu kişiler ev başkanıyla birlikte mütemadiyen bir arada yaşayıp başkanın denetim, gözetim, talimat ve emirlerine bağlı olmaları gerekmektedir.³⁸⁹ Zarar üçüncü kişilere verilmelidir. Bu üçüncü kişi evde yaşayan biri olabileceği gibi ev dışında yaşayan biri de olabilir.

Borç ilişkisinin doğması için ikinci olarak; yasaya, akde veya örf ya da âdete dayalı bir ev başkanlığı ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Ev başkanlığı ilişkisi ise; birden fazla kişinin aynı ev çatısı altında aile halinde birlikte yaşaması ve birlikte yaşayan kişilerin ev başkanının emir verme, yönlendirme, denetleme, gözetleme yetkilerini kabul etmiş olmaları gerekir. Birden fazla kişinin aile hali olmadan ve birbirleriyle eşit statüde aynı evde yaşaması durumunda ev başkanlığı söz konusu olmayacaktır. Ev başkanı gerçek kişi de özel hukuk tüzel kişisi de olabilir.³⁹⁰

Borç ilişkisinin doğması için son olarak; ev başkanının kurtuluş kanıtı getirmemiş olması gerekir. Medeni kanun, ev başkanını karine olarak üzerine düşen objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı zararın meydana geldiğini kabul eder. Söz konusu bu karine aksi ispat edilebilir adi karine mahiyetindedir. Şayet ev başkanı somut olayın maslahatı göz önünde bulundurularak üzerine düşen objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini veyahut dikkat ve özeni yerine göstermiş olsaydı dahi söz konusu zararın meydana geleceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. Burada önemli olan objektif dikkat ve özen yükümlülüğü belirlenirken küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya zayıflığı bulunan kişinin yaşı, cinsiyeti, fiziki ve ruhi hali, hastalık derecesi, karakteri, eğitimi, sosyal ortamı gibi durumları nazara alınarak ev başkanının bu kişilere verdiği emir ile yapmış olduğu denetim ve gözetimin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁹¹

³⁸⁹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 270.

³⁹⁰ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 666.

³⁹¹ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 668.

3. 3. 3. 1. İslam Borçlar Hukukunda Aile Reisinin Sorumluluğu

Tesebbüben sorumluluğun diğer bir türü de aile başkanının evde yaşayan diğer üzerinde denetim, gözetim ve yönetim hakkı bulunan kişilerin eylemlerinden dolayı sorumlu olacağı Kura'an'ı Kerim'de yer alan “ *Ey iman edenler! Kendinizi ve ailenizi yakıtı insanlar ve taşlar olan ateşten koruyun.*”³⁹² ayetinde ve Peygamber'in (sav) “Hepiniz çobansınız, hepiniz güttüğünüz sürüden sorumlusunuz. Amir memurlarının, Erkek, aile ve çocuklarının, Kadın da evinin ve çocuklarının çobanıdır. O halde hepiniz birer çobansınız ve hepiniz idareniz altında bulunanlardan sorumlusunuz.”³⁹³ Ve “Kişi babasının malını koruyup gözetlemekle yükümlüdür ve bunlardan sorumludur. Hepiniz yükümlülükleri olan birer çobansınız. Bakmakla yükümlü olduğunuz kişilerden ve işlerden sorumlusunuz.”³⁹⁴ hadislerine dayanarak kabul edilmiştir. Bu ayet ve hadislerde velayeti ve yönetimi altında bulunan kişilerin dinen helal sayılmayan ve hukuk düzeni tarafından haksız fiil olarak kabul edilen eylemlerinden ötürü aile reisinin hem bu dünyada hem de ahirette sorumluluk altında olduğu vurgulanmıştır. Aile reisinin sorumluluğuna gidilmesi için; eylemi icra eden kişi ile arasında velayet ilişkisinin bulunması, eylemin aile reisi tarafından hukuka uygun olarak verilen talimat doğrultusunda işlenmesi, verilen talimatın üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmemesi ve eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.³⁹⁵ Velinin emri olmadan eylemi yapabilecek düzeyde olan çocuğun kendi başına ve iradesiyle zararı meydana getirmesi halinde artık velinin sorumluluğu söz konusu olmayacak olup sorumluluk çocuğun üzerine kalacaktır.³⁹⁶ Mecelle'nin 916. Maddesinde “Bir sabi diğerin malını itlaf etse kendi malından zâman lazım gelir. Malı yoksa hal-i yüsrüne intizar olunur, velisine tazmin ettirilmez.” şeklinde yapılan düzenlemede çocuğun sorumlu olacağını göstermiştir.³⁹⁷

³⁹² et-Tahrim, 66/6.

³⁹³ Buhari, “Cuma”, 11.

³⁹⁴ Buhari, “İstikraz”, 20.

³⁹⁵ Heyet, *el-Mevsûatu'l-Fikhiyye*, 33/276; İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, 334; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 40.

³⁹⁶ Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Çocuk* (Konya: Tekin Kitapevi, 2015), 184; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 239.

³⁹⁷ Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle* (İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973), 274.

3. 3. 3. 3. Aile Reisinin Sorumluluğunun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi aynı evde birlikte yaşadığı ve üzerlerinde denetim ve idare hakkı bulunan kişilerin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı meydana gelecek zararlardan yasaya, örf ve akde göre aralarında ev başkanlığı ilişkisi bulunan aile reisinin sorumlu olduğu genel olarak benzer şekilde kabul edilmiştir. Türk borçlar hukukunda; küçük, akıl hastası, akıl zayıflı bulunan veya kısıtlı ile birlikte aynı ikamet içerisinde yaşayıp onlar üzerinde otoritesi bulunan ev başkanlarının, bu kişiler üzerinde objektif denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde bu kişilerin verecekleri zararlardan ötürü kusursuz sorumlu olacağını kabul etmiştir. Buna mukabil İslam borçlar hukukunda ise; velayeti altında bulunan çocuk ile aynı evde yaşayan aile reisinin üzerine düşen talim ve terbiye konusunda üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemesi halinde velayeti altındaki çocuğun meydana getireceği eylemlerden ötürü sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu bakımdan her iki hukuk sistemi borcun doğması için aile reisi ile aynı evde yaşayanlar arasında otorite ilişkisinin bulunmasını, eylem ile zarar arasında illiyet bağının olmasını ve eylemin hukuken veya örf ve adetle koruma altına alınan bir hakkın ihlal edilmesi gerektiğini aramıştır. Ancak İslam borçlar hukukunda, Türk borçlar hukukundan farklı olarak akıl zayıflığı, akıl hastalığı ve kısıtlılık durumunda aile reisinin sorumluluğu kabul edilmemiş olup velinin emri ile eylem yapabilecek düzeyde olan çocuklar kapsam içerisine alınmıştır. Ayrıca her iki hukuku sisteminde aile reisinin borçtan sorumlu olmaması hususu da farklı düzenlenmiştir. Türk borçlar hukukunda aile reisinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya getirse dahi zararın meydana gelmesinin kaçınılmaz olduğuna dair kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmişken İslam borçlar hukukunda çocuğun eylemi kendi başına yapabilecek düzeyde olması halinde aile reisinin talimatı olmadan kendi başına ve iradesi doğrultusunda meydana getirmiş olduğu eylemlerden ötürü ev başkanının sorumlu olmayacağını; bunun dışındaki hallerde ayet ve hadisler doğrultusunda ev başkanının hem bu dünyada hem de ahirette sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

3. 3. 4. Binadan Kaynaklanan Sorumluluk

3. 3. 4. 1. Türk Borçlar Hukukunda Binadan Kaynaklanan Sorumluluk

Türk borçlar hukukunda genel olarak taşınmaz ve yapı gibi cansız eşyadan kaynaklanan zararlardan ötürü kusursuz yapı sahibinin veya taşınmaz malikinin kusursuz sorumlu olacağı ikili bir tasnif yapılarak kabul edilmiştir. Sorumluluğun doğacağı bu durumlar aşağıda açıklanacaktır.

3. 3. 4. 1. 1. Yapı Malikinin Sorumluluğu

Dolaylı veya dolaysız bir şekilde toprağa bağlı, sabit, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına, eşya gibi cansız varlıkların saklanmasına ya da konulmasına ayrılmış, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan gücüyle suni olarak yapılmış veya düzenlenmiş şeylere yapı denmektedir.³⁹⁸ Yapılar başkalarının can ve mal varlıkları için tehlike oluşturabilirler. Bundan dolayı kanun koyucu yapı üzerinde mülkiyet hakkı bulunan kişiyi yapıdaki eksiklik veya bozukluktan dolayı meydana gelebilecek zararlardan sorumlu tutmak maksadıyla Borçlar Kanunu'nun 69/1 maddesinde "Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür." şeklinde düzenleme yapmıştır. Kanun koyucu yapı malikini binanın eksikliklerini ve bozukluklarını gidermesi için üzerine düşen objektif dikkat ve özeni göstermesini emretmiştir.³⁹⁹ Böylece yapının eksikliğinden veya bozukluğundan dolayı ortaya çıkacak zarardan etkilenen kişi ile yapı maliki arasında doğacak olan borç ilişkisini özen sorumluluğuna dayandırmıştır. Sorumluluğun doğması için yapı malikinin kusurlu olması zaruri değildir. Önemli olan yapıdan kaynaklanan eksiklik veya bozukluk neticesinde hukuka aykırı bir sebepten ötürü maddi veya manevi zararın ortaya çıkmış olmasıdır. Yapım bozukluğu, yapının başlangıcındaki noksanlığını, yapım eksikliği ise daha sonradan ortaya çıkan noksanlığını belirtir. Bu eksiklik gerek yapı malikinin gerekse yapı maliki dışındaki yapıyı kullanan üçüncü bir kişi, yapı veya olay nedeniyle ortaya çıkabilir. Bozukluk ve

³⁹⁸ Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 670.

³⁹⁹ Nevzat Koç, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990), 28.

eksikliğin kim tarafından veya nasıl ortaya çıktığı önem arz etmemektedir. Yapı maliki eksikliğin veya bozukluğun kendisi tarafından meydana gelmediğini veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın yine ortaya çıkacağını ispatlasa dahi sorumluluktan kurutulamaz. Kanun yapı malikinin kurtuluş beyyinesi getirmesini ortadan kaldırmıştır.

3. 3. 4. 1. 2. Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

Taşınmaz mal sahibinin mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkileri özel veya kamu hukukunun hudutlarını aşarak kullanmasından dolayı meydana zarar getirebileceğini öngören kanun koyucu Türk Medeni Kanunu'nun 730. Maddesinde “ Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir” şeklinde düzenleme yaparak taşınmaz malikinin özen ilkesi doğrultusunda kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu bakımdan kanun koyucu söz konusu borç ilişkisinin doğabilmesi için; taşınmaz üzerinde aynı hak sahip olmayı, aynı hakkın hukukun vermiş olduğu yetkinin hudutlarını aşarak kullanmayı, hukuka aykırı kullanım sonucu zararın meydana gelmesini, zarar ile kullanım arasında uygun illiyet bağının olmasını belirtmiştir.

Ayırt etme gücüne haiz olup olmadığı önem arz etmeyen mülkiyet sahibinin mülkiyete dayalı hakkını kullanırken hukuk düzeninin kendisine verdiği yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadır. Malikin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek gerek yapma şeklinde gerçekleşen müspet hareketlerinden gerekse yapmama şeklinde gerçekleşen menfi hareketlerinden dolayı ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun vereceği maddi veya manevi zararlardan dolayı sorumlu olur.⁴⁰⁰ Malik dışında taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hakka sahip kişilerinde taşınmazı gerek kamu gerekse özel hukukun kendisine verdiği yetkiyi aşarak hukuka aykırı taşkın şekilde kullanmalarından yararlanmalarından veya bulundurmalarından ya da üzerlerine düşen ödevleri yapmaktan kaçınmalarından dolayı komşu taşınmazlara zarar verme durumunda sorumlu olacaklardır.⁴⁰¹ Taşınmazın maliki gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Kamu tüzel kişileri de taşınmazdan kaynaklanan yetkileri hukuka aykırı kullanırsa sorumlu

⁴⁰⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 681.

⁴⁰¹ Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku* (İstanbul: Arıkan Yayınları, 2007), 966.

olacaktır. Taşınmaz malın kullanılması, yararlanılması veya bulundurulması ile meydana gelecek zarar arasında işlevsel bağ bulunmalıdır. Zarar insan davranışı sonucu ortaya çıkmalıdır. İnsan eli dışında ortaya çıkacak zararlar taşınmazın taşkın kullanılmasından kaynaklanmayacağından ötürü malikin sorumluluğuna gidilmeyecektir ancak taşınmaz sahibi öngörülebilir olaylar için önleyici tedbirleri almazsa yine sorumlu olacaktır. Bunun dışında taşınmaz malikin zararın doğmaması için hal ve şartların lüzum kıldığı her türlü itinaı gösterdiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur.⁴⁰²

3. 3. 4. 2. İslam Borçlar Hukukunda Binadan Kaynaklanan Sorumluluk

İslam borçlar hukukunda genel olarak bina ve aletler gibi cansız eşyadan kaynaklanan zararlardan ötürü sorumluluk kabul edilmemiştir ancak bazı koşullar gerçekleştiği takdirde istisnai olarak bina veya eşya sahibinin zarardan dolayı sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Sorumluluğun doğacağı bu durumlar aşağıda açıklanacaktır.

3. 3. 4. 2. 1. Bina ve Diğer İnşa Eserinin Malikinin Sorumluluğu

Bina ve inşa eseri maliki, binanın ve inşa eserinin yapımında bir eksiklikte bulunması, binanın ve inşa eserinin bakımı ya da tamirini geciktirmesi ya da hiç yapmaması veyahut da üzerine düşen gerekli dikkat ve özeni göstermemesi neticesinde bina veya inşa eserinden ötürü meydana gelecek olan zarardan nimet-külfet prensibi doğrultusunda hakkaniyetten sorumlu olacaktır. İslam hukukçuları bina ve inşa eserinden meydana gelecek zararları binanın yapılışı esnasında ortaya çıkanlar ve yapıldıktan sonra ortaya çıkanlar şeklinde ayrıma tabi tutarak sorumluluğu ne şekilde, nasıl ve kime doğacağını açıklamaya çalışmışlardır. Bu bakımdan binanın yapımı esnasında eksik malzeme kullanılması, yanlış proje çizilmesi, hatalı mimari tekniklerin kullanılması, başkasına ait mülke eğilimli bina yapılması, kamunun kullanımına ait yerlerde binanın yapılması gibi nedenlerden ötürü bina veya diğer inşa eserinin tahribata ve yıkıma uğramasından dolayı ortaya çıkacak zarardan tüm mezhep fakihleri bina ve diğer inşa eser malikin sorumlu olduğu kanaatine

⁴⁰² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükiimler*, 690.

varmışlardır.⁴⁰³ Bina ve diğer inşa eserinin sağlam yapıldıktan sonra zarara neden olması durumunda ise mezhepler arasında görüş farklılıkları mevcuttur. Şafi mezhebine göre; bina veya diğer inşa eseri ile bunların mütemmim cüzleri ile eklentileri yapılırken nizama uygun şekilde sağlam yapılmışsa daha sonradan bina veya diğer inşa eserinden ve bunların mütemmim cüzleri ile eklentilerinden kaynaklanacak olan zarardan ötürü malikin sorumluluğuna gidilmemesi gerektiği kabul edilmiştir.⁴⁰⁴ Hanbeli mezhebine göre; bina veya diğer inşa eseri ile bunların mütemmim cüzleri ile eklentileri nizama uygun şekilde sağlam yapıldıktan sonra meydana bir tehlike gelmişse ve bina veya diğer inşa eser maliki bu tehlikeyi bertaraf edecek önlem almamışsa meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.⁴⁰⁵ Hanefi mezhebi ve çoğu İslam müçtehidine göre ise; bina veya diğer inşa eseri ile bunların mütemmim cüzleri ile eklentileri nizama uygun şekilde sağlam yapıldıktan sonra meydana bir tehlike gelmişse, yapı malikinin sorumluluğuna gidilebilme için ahali tarafından yapıda tehlike arz eden kusurun giderilmesi için uyarılmış olunması gerekmektedir. Yapı maliki kendisinin uyarılmasına rağmen tehlikeyi bertaraf etmemişse bina ve diğer inşa eseri ile bunların mütemmim cüzleri ile eklentilerinden kaynaklanacak olan zarardan sorumlu olacaktır. Şayet herhangi bir kimse tarafından yapı maliki uyarılmamışsa bu durumda yapı malikinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁴⁰⁶ Mecelle'nin 928. maddesinde yer alan;

“Birinin duvarı yıkılıp da diğere bir zarar iras etse zâman lazım gelmez. Fakat evvelce ol duvar mâil-i inhidam olup da ada diğer bir kimse duvarını hedm et diye tekaddüm ve tenbih edip de duvarı hedm edecek kadar geçmiş ise ol halde zamân lazım gelir. Şu kadar ki, ol kimse hakkıtekaddüm ve tenbih eshabından olmak şarttır. Şöyle ki ol duvar eğer komşusunun hanesine yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol tarikda hakkı müruru olan kesândan olmak lazımdır. Ve eğer tarik-ı âmm üzerine yıkılmış ise her kim olursa olsun tekaddüme hakkı vardır.”

⁴⁰³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/490; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 249; Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 48.

⁴⁰⁴ Zuhayli, *İslam Fıkı Ansiklopedisi*, 8/149.

⁴⁰⁵ Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmm*, 349; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/491.

⁴⁰⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/318; Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer*, 4/121; Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 250.

hükümle bu durum açıkça ortaya konularak yapı malikinin binadan kaynaklanan aksaklık veya tehlikeden uyarılmış olmasını ve aradan belli bir süre geçmesine rağmen gerekli tedbirin alınmaması halinde yapı malikinin sorumlu olacağını belirtmiştir.⁴⁰⁷

3. 3. 4. 2. Bina ve Diğer İnşa Eserinden Düşen Taşınır Eşyadan Doğan Sorumluluk

İslam Borçlar hukukunda, bina ve diğer inşa eseri ile bunların mütemmim cüzleri ve eklentilerinden yapı malikinin veya yapıyı sınırlı aynı hak çerçevesinde kullanan intifa, sükna, rehin hakkı sahibinin ya da kiracının kusurundan ötürü düşen eşyalardan dolayı meydana gelecek olan zararlardan yapı maliki ve zilyetler sorumludur. Söz konusu bu sorumluluk kusursuz sorumluluk olmayıp kusura dayalı sorumluluk doğurur. Bu nedenle yapı maliki veya yapıyı kullanan zilyetler kusurlarının olmadıklarını, üzerlerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiklerini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirler.⁴⁰⁸ Bununla birlikte bina maliki umuma ait yollardan zarar vermemek koşuluyla yararlanabileceği, bu sebepten mütevellit yol üzerine gölgelik inşa eden, yağmur oluğu koyan veya yola ağaç diken yapı maliki bunlardan kaynaklanacak zararlarda da tessebbüben sorumlu olacaktır.⁴⁰⁹

3. 3. 4. 3. Binadan Kaynaklanan Sorumluluğun Mukayesesi

Her iki hukuk sistemi de kişinin sahip olduğu yapılarıdaki eksiklik veya bozukluktan dolayı meydana gelecek zararlardan yapı sahibinin sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Türk borçlar hukukunda toprağa bağlı olarak insan eliyle suni bir biçimde barınma veya bir şeyleri depolama amacıyla yapılan binalarda yapı sahibinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden ötürü ortaya çıkan bozukluk veya eksiklikten ötürü üçüncü kişilerin zarara uğraması halinde yapı sahibinin kusursuz sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Yine Türk borçlar hukukunda taşınmaz sahiplerinin veya taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olanların kanunun sınırlamalarına aykırı bir şekilde taşınmaz üzerindeki haklarını kullanmaları durumunda meydana gelecek olan zarardan kusursuz sorumlu olacaklarını

⁴⁰⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, 3/1715.

⁴⁰⁸ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 51.

⁴⁰⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/312; Serahsi, *el-Mebsut*, 27/5.

kabul edilmiştir. Buna istinaden İslam borçlar hukukunda ise bina sahibinin, binanın yapımı esnasında eksiklikte bulunması, binanın tamiri ve bakımında üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi neticesinde üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde nimet külfet prensibi doğrultusunda hakkaniyet gereği sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu bakımdan her iki hukuk sistemi de söz konusu borç ilişkisinin doğması için binadan kaynaklanan bir zararın ortaya çıkması, bina sahibinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi, binadan kaynaklanacak olan eksiklik veya bozukluğun yapım esnasında veya yapımdan sonra ortaya çıkması gerektiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte her iki hukuk sisteminde konunun ele alınmasında bazı farklılıklar da söz konusudur. Bu bakımdan Türk borçlar hukukunda, İslam borçlar hukukundan farklı olarak bina üzerinde mülkiyet hakkı olanların yanında ayni hakka sahip olanlar ve zilyetlerinde binadan kaynaklanan zararlardan ötürü sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Yine Türk borçlar hukukunda meydana gelen zarardan dolayı dikkat ve özen yükümlülüğü ilkesine aykırılıktan dolayı borç ilişkisi doğmaktayken; İslam borçlar hukukuna göre meydana gelen zarardan ötürü nimet külfet dengesi gözetilerek hakkaniyet ilkesi doğrultusunda borç ilişkisi doğmaktadır. Son olarak Türk borçlar hukukunda malik, zilyet veya ayni hak sahibinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olduğunu ispat etse dahi meydana gelecek olan zarardan dolayı sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmişken; İslam borçlar hukukunda ise binanın yapımı ve yapımından sonra meydana gelecek zarara göre mezhepler tarafından sorumluluktan kurtuluşa dair çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Tüm mezheplerin kabul ettiği ortak görüşe göre; binanın yapımı esnasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden dolayı bina ve diğer inşa eserinin zarara uğraması halinde yapı malikinin sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Binanın yapımından sonra meydana gelecek zararlardan ötürü Şafii mezhebine göre; yapı malikinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket ederek binayı sağlam yaptıktan sonra bina ve eklentilerinden kaynaklanacak zararlardan yapı malikinin sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. Hanbeli mezhebine göre; yapı malikinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket ederek binayı sağlam yaptıktan sonra bina ve eklentilerinden bir tehlike meydana gelmişse ve yapı maliki de bu tehlikeyi bertaraf edecek önlem almışsa artık meydana gelecek zararlardan yapı malikinin sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. Hanefi mezhebine göre ise yapı malikinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket ederek binayı sağlam yaptıktan sonra bina ve eklentilerinden bir tehlike meydana gelmiş olmasına rağmen ahali tarafından yapı malikine bu tehlikeyi bertaraf edecek önlemleri alması konusunda bir

uyarıda bulunulmamışsa artık meydana gelecek zararlardan yapı malikinin sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir.

3. 4. Her İki Hukuk Sisteminde Birbirinden Farklı Yapılan Düzenlemeler

Her iki hukuk sisteminde benzer şekilde kusur aranmaksızın borç ilişkilerinin düzenlendiği gibi birbirlerinden farklı, müstakil olarak düzenlemiş oldukları kusur aranmaksızın borç ilişkileri de mevcuttur. Bu bakımdan Türk borçlar hukukunda tehlike ilkesi ve hakkaniyet ilkesi başlığı altında İslam borçlar hukukundan farklı olarak kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller düzenlemiştir. İslam borçlar hukukunda ise; sanai mamulleri ve atıklardan kaynaklanan zararlardan ötürü kusur aranmaksızın borç ilişkisinin kurulacağı düzenlenmiştir.

3. 4. 1. Türk Borçlar Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

3. 4. 1. 1. Tehlike İlkesine Dayalı Borç İlişkisi

Tehlike kavramı terminolojik olarak, büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum, muhatara, gerçekleşme ihtimali bulunan fakat istenmeyen sakıncalı durum anlamlarına gelmektedir.⁴¹⁰ Türk Borçlar Kanunu ise tehlike kavramını işletmenin faaliyeti esnasında meydana gelen nitelik ve nicelik itibarıyla ağır olan zararı ifade etmektedir.⁴¹¹ Çağın teknolojik gelişmeler bakımından hızla ilerlemesi, ilerlemenin aynı şekilde devam edecek olması, işletmelerin teknoloji kullanımından vazgeçecek olmaması, bunun neticesinde işletmelerin tehlike içeren faaliyetlerinden ötürü önlenmesi imkân dâhilinde olmayan ve üçüncü kişilerin katlanmak zorunda kalacağı zararların ortaya çıkmasını doğurmuştur. Zuhur eden zararların telafisi bakımından tehlike sorumluluğu ortaya çıkmış ve önemli bir ölçüde uygulanabilir konuma gelmiştir.⁴¹² Bu bakımdan Türk hukuk sistemi de gerek borçlar kanununda gerekse özel kanunlarda yapmış olduğu düzenlemeler ile tehlike sorumluluğunu kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlemiştir.

⁴¹⁰ Türk Dil Kurumu Sözlüğü,

⁴¹¹ Nuri Erişgin, “Tehlike Sorumluluğunda Kıyas”, *BATİDER*, 20/3(2000) 95.

⁴¹² Sanem Saraç, *Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayınları,2013) , 8.

Türk Borçlar Kanunu’nun 71. Maddesinde;

“Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.”

şeklinde genel bir düzenleme yapılarak kişinin işletmiş olduğu işletmenin veya yapmış olduğu faaliyetin mahiyeti itibarıyla oluşturduğu tehlikeden dolayı üçüncü kişilerin zarar görmeleri halinde kusur aranmaksızın zarar gören ile işletme işleten veya faaliyette bulunan kişi arasında borç ilişkisi kurulacağı belirtilmiştir.⁴¹³ Bunun dışında önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin, yani vasfı veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar veyahut erkler nazara alındığında bu işlerde mütehassıs bir kişiden beklenen itinanın gösterilmesi halinde bile sıkça veya ağır zararlar meydana getirmeye müsait olan, doğurduğu zararlar hakkında özel kanunlarda bir hüküm bulunursa söz konusu yasa hükümleri uygulanacaktır aksi halde Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinde bulunan genel hükümler tatbik edilecektir. Motorlu araç işletenin sorumluluğu, çevreyi kirletenin sorumluluğu, sivil hava aracı işletenin sorumluluğu özel kanunlarda düzenlenmiş tehlike sorumluluklarıdır. Burada borç ilişkisini kuran olgu, zarar ortaya çıkaran işletme faaliyetinin belirli noktaya varmış soyut tehlikesinin bulunmasıdır. İşletme sahibinin kusurlu olup olmadığı, özen yükümlülüğünün ihlal edip etmediği, mecburi önlemleri alıp almadığı veyahut işletmedeki noksanlık veya bozukluğun olup olmadığı önem arz etmeyip; zarar ile tehlikeli işletme faaliyeti arasında illiyet bağının bulunması borcun doğması için kâfidir.⁴¹⁴

⁴¹³ Altan Fahri Gülerci, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayınları,2018), 306.

⁴¹⁴ Kayıhan-Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 306.

3. 4. 1. 1. 1. Motorlu Araç İşletenin Kusursuz Sorumluluğu

Motorlu araç kullanımı;19. yüzyılın sonlarından başlayıp sunmuş olduğu kolaylık ve faydadan ötürü günümüze kadar yaygınlaşarak gelmiş olup, toplumsal ve ticari hayatın artık vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Kıtalar arası nakliye, sağlık hizmetlerinin görülmesi, şehirlerarası seyahat, ticari faaliyetlerde kullanım gibi değişik kollarda giderek artan kullanımından dolayı motorlu araçların oluşturmuş olduğu trafik, çeşitli risklerin doğmasına zemin hazırlamıştır. Taşımış olduğu bu risklerden dolayı üçüncü kişilerin zarar görme ihtimalini göz önüne alan kanun koyucu 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde;

“Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.

Motorlu araç ölümüne veya yaralanmaya sebebiyet vermiş ise, kazaya karışan aracın başkalarına devir ve temlik veya üzerinde bir hak tesisini önlemek amacıyla olaya el koyan Cumhuriyet Savcılıklarınca, aracın tescilli olduğu tescil kuruluşuna trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi için talimat verilir. Kaza anı ile Cumhuriyet Savcılığınca trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi arasında geçen süreler içinde kötü niyetle yapılan araç tescilleri hükümsüz sayılır. Şerhin konulduğu tarihten itibaren bir ay içerisinde, şerhin kaldırıldığına veya devamına ilişkin mahkeme kararı ibraz edilmediği takdirde bu şerh hükümsüz sayılır.

İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir.

İşleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için kazadan kendisinin sorumlu

olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir.

İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.”

şeklinde düzenleme yaparak motorlu araçları işletilmesinden dolayı meydana gelecek olan zararlardan dolayı araç işleten ve teşebbüs sahibi olan kişilerin tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumluluğunu, işletilme halinde bulunmayan aracın sebep olduğu trafik kazasından ötürü meydana gelecek olan zarardan ötürü ise duruma göre sebep sorumluluğu ya da kusur sorumluluğunu kabul etmiştir.⁴¹⁵ Konumuz tehlike ilkesine dayalı sorumluluk olduğundan bu aşamada yalnızca işletilen motorlu araçların sebebiyet verdiği zararlardan doğan borç ilişkisi ele alınacaktır.

Karayolları Trafik Kanunu’nun 85/1 maddesine göre; sorumluluğun doğması için motorlu aracın işletilmesi gerekmektedir. Burada sorumluluğun esası, işletme tehlikesi; türü ise, tehlike esasına dayalı işletme sorumluluğudur.⁴¹⁶

Sorumluluğun doğması için ilk olarak kişiye veya eşyaya yönelik bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir. Kişiye yönelik gerçekleşecek olan bu zarar kişinin yaşam veya vücut dokunulmazlığını hedef alabilir. Eşyaya yönelik zarar ise; eşyanın yok olması, kırılma uğraması gibi değerinin azalması ya da değerinin yok olması gibi olabilir. Eşyaya veya kişiye ilişkin zararlar haricinde kalan diğer ekonomik zararlardan 2918 sayılı kanuna göre yükümlülük yoktur.⁴¹⁷

Sorumluluğun doğması için ikinci olarak zararın, trafik kazası neticesinde zuhur etmiş olması gerekmektedir. Kara yolları Trafik Kanunu’nun 3. Maddesinde trafik kazası; “Kara yolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve

⁴¹⁵ Bolat Bolatoğlu, *Karayolları Trafik Kanunu’na göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları,1988),1; Hamdi Yılmaz, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Zararın Paylaştırılması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995), 17; Ayşe Havutçu-Emre Gökyayla, *Uygulamada 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Seçkin Yayınevi,1999), 29; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 201; Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 49; Fikret Eren, “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 39/1-4(1982-1987), 159.

⁴¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 694.

⁴¹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 698.

zararla sonuçlanmış olan olaydır.” şeklinde tanımlanmıştır. Kaza geniş anlamıyla; zarara neden olan istenmeyen ve birden vuku bulan sebeplerin tümünü ifade eder. Bu manada kaza, kişinin yaşamının son bulmasına, vücut sağlığının bozulmasına yahut bir şeyin bozulmasına veya zarar görmesine neden olabilir. Dar anlamda kaza ise; hariçten aniden gelen ve insan vücuduna olumsuz tesirde bulunan zarar verici istenmeyen hadisedir. Dar anlamda kaza kavramı, sadece insan vücuduna verilen zararları ifade etmektedir.⁴¹⁸

Sorumluluğun doğması için üçüncü olarak trafik kazası neticesinde ortaya çıkan zarara motorlu bir aracın vesile olması gerekmektedir. Motorlu araç; makine gücü ile çalışıp öne veya arkaya doğru hareket ederek kara yolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçtır.

Sorumluluğun doğması için dördüncü olarak meydana gelen trafik kazası ile kazayı meydana getiren araç arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Sorumluluğun doğması için beşinci olarak motorlu aracın işletilmesi veya işletenin bağlı bulunduğu bir teşebbüs sahibinin bulunması gereklidir. Kara yolları Trafik Kanunu’nun 3. Maddesinde;

“İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır”

şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; araç sahibi işletendir. Araç sahibi ise Karayolları Trafik Kanunu’nun 3. maddesinde; “Araç sahibi: Araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya sahiplik veya satış belgesi düzenlenmiş kişidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Araç şayet mülkiyeti muhafaza kaydıyla tescil edilmişse, sicilde kayıtlı olan kişi işletendir. İşleten kabul edilen kişi haricinde aracı kendi hesabına ve tehlikesine araç üzerinde fiili hâkimiyette bulunarak işleten kişi de işleten sayılır. Aracı ödünç veya rehin alan ve kiralayan kişiler de bu kapsamdadır. Bu durumlarda araç sahibi sorumlu işleten sayılmaz.⁴¹⁹ Aracı çalan ve gasp ederek kullanan kişi işleten gibi sorumlu olur. Aracı işletenin sorumluluğu devam eder ancak aracı işleten kişi kendisinin veya fiilinden yükümlüğü tutulduğu kişinin aracın

⁴¹⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 700.

⁴¹⁹ Oğuzman-Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/210.

hırsızlanmasında veya yağmalanmasında kusurunun bulunmadığını ispat ederse 2918 sayılı kanunun 104 vd. maddesi gereğince sorumluluktan kurtulur.⁴²⁰ Motorlu araçları tadilat, tamirat, alım satım gibi amaçlarla mesleki faaliyette bulunan işletmelere bırakılması halinde, motorlu aracın kullanılmasından dolayı meydana gelecek olan zararlardan 2918 sayılı kanunun 104. maddesi gereğince mesleki faaliyette bulunan kişi sorumlu olacaktır.⁴²¹ Motorlu araçların katılmış oldukları yarışlarda ise meydana gelecek olan zarardan yarış düzenleyicileri, yarışa katılanlar veya onlara eşlik edenler 2918 sayılı Kanunun 105. maddesi gereğince araç işletenin sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere göre sorumlu olacaklardır.⁴²²

Sorumluluğun doğması için altıncı olarak trafik kazası sonucu meydana gelen zararın, aracın işletilmesinden veya işletilme halinde olmayan araçlarda işletenin ya da fiillerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurundan veyahut araçtaki bozukluktan ya da kazadan sonra yardım fiilinin vesile olması gerekir.⁴²³

Sorumluluğun doğması için son olarak motorlu aracı işletenin veya işletme sahibinin kurutuluş beyyinesi getirmemiş olması gerekir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 86. maddesinde;

“İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.”

şeklinde düzenlemede bulunarak araç işletenin veya işletme sahibinin meydana gelen trafik kazasına araçta herhangi bir bozukluğun, kendisinin veya fiillerinden sorumlu tutulduğu

⁴²⁰ Haluk Nomer, “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 66(1992), 15.

⁴²¹ Akman vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 512.

⁴²² Oğuzman-Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/212.

⁴²³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 704.

kimsenin kusurunun neden olmadığı ile illiyet bağıni kesen nedenlerin-yani mücbir sebep, zarar gören veya üçüncü kişinin ağır kusurunun- kazaya sebebiyet verdiğini ispat etmesi halinde meydana gelen zarardan dolayı sorumlu olmayacaktır.⁴²⁴

3. 4. 1. 1. 2. Çevreyi Kirletenin Kusursuz Sorumluluğu

Bütün canlıların müşterek yaşam alanı olanı çevrenin korunması, ıslah edilmesi, kırsal ve kentsel bölgelerdeki arazinin ve tabii kaynakların en verimli biçimde kullanılması ile korunması; su, toprak ve hava kirliliğinin engellenmesi ve gelecek nesillere yaşanılabilir bir çevrenin bırakılması için kanun koyucu 2872 sayılı Kanunla çeşitli düzenlemelerde bulunarak çevrenin kirlenmesini engellemeye, varsa bir kirlenme kirlenmenin durdurulması ve gerekli tedbirlerin alınmasına dair düzenlemelerde bulunmuştur. 2872 sayılı Kanunu'nun 28. maddesinde; “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır.” şeklinde düzenleme yaparak çevreyi kirletenlerin kusursuz olarak sorumlu olacaklarını bildirmiştir.

Söz konusu bu sorumluluğun doğması için; kişinin çevreyi kirletmiş olması, söz konusu kirlenmenin hukuka aykırı olması, bu kirlenme neticesinde gerçek veya tüzel kişinin maddi ya da manevi zarara uğramış olması, kirlenme ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Kişi meydana gelen zararda kusursuz olduğunu veya nedensellik bağının kesilmiş olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur.⁴²⁵

3. 4. 1. 1. 3. Türk Sivil Havacılık Kanununa Göre İşletenin Kusursuz Sorumluluğu

Teknik ve ekonomik ihtiyaçların çeşitlilik arz ederek gelişmesi, risk teşkil eden hava taşımacılığının önemi ve kullanımı artırmış olup hava taşımacılığından dolayı üçüncü kişilerin zarar görme ihtimalini göz önüne alarak 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 134.maddesinde“ Sivil hava aracının üçüncü kişilere verdiği zarardan, sivil hava aracının işleteni sorumludur” şeklinde düzenleme yaparak gerçek ve özel hukuk tüzel

⁴²⁴ Kayıhan-Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 313.

⁴²⁵ Lale Sirmen, “Çevre Kanunu'na Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1(1990), 29.

kişilerinin havacılık faaliyetleri neticesinde üçüncü kişilere verecekleri zararlardan dolayı tehlike ilkesi doğrultusunda kusursuz sorumlu olacaklarını belirtmiştir.⁴²⁶

Sivil havacılık faaliyetleri neticesinde mağdur olan kişi ile sivil hava aracını işleten kişi arasında borç ilişkisinin doğması için ilk olarak; sivil hava aracının işletilmesinden dolayı kişiye veya eşyaya yönelik maddi ya da manevi zararın peydah olması gerekmektedir.

Borç ilişkisinin doğması için ikinci olarak; meydana gelen zarar ile işletilen sivil hava aracı arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁴²⁷

Borç ilişkisinin doğması için üçüncü olarak; kazaya neden olan hava aracının sivil hava aracı olması gerekmektedir. Sivil hava aracı 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 3. maddesinde; "Devlet Hava Aracı, devletin askerlik, güvenlik ve gümrük hizmetlerinde kullandığı araçları, Türk Sivil Hava Aracı, devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçları" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; devletin, belediyelerin ve diğer kamu kuruluşlarının askerlik, güvenlik ve gümrük hizmetlerinde kullanmış olduğu hava araçlarının meydana getirmiş olduğu zararlardan idare hukukuna göre tehlike esasına dayalı kusursuz sorumludur, ancak bu amaç dışında işletilen hava araçlarının peydah ettiği zararlardan 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre borç ilişkisi doğacaktır.⁴²⁸

Borç ilişkisinin doğması için dördüncü olarak; kazaya neden olan hava aracının sivil hava aracının işletilmesi gerekmektedir. Sivil hava aracının işletilmesi 2920 Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 133. maddesinde; "İşleten, sivil hava aracının kendi adına bizzat kullanan veya yardımcıları marifeti ile kullanılmasını sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir." şeklinde tanımlanmıştır. Hava aracının sahibi olarak tescil edilen gerçek veya tüzel kişi, aksini kanıtlayıncaya kadar işleten kabul edilecektir.⁴²⁹ Hava aracının işletilme yetkisinin devreden kişi, seferlerin hâkimiyetini bünyesinde bulunduruyorsa işleten sayılacaktır.⁴³⁰

Borç ilişkisinin doğması için son olarak; 2920 Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 137. Maddesinde; "İşleten, zararın doğmasına veya artmasına, zarara uğrayanın veya adamlarının

⁴²⁶ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 259.

⁴²⁷ Rezazad, *Türk Hukukunda Sorumluluk Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Halleri*, 74.

⁴²⁸ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/238.

⁴²⁹ Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 79.

⁴³⁰ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/238.

kusurlu davranışlarının yol açtığını ispat ettiği takdirde, tazminat borcundan tamamen veya kısmen kurtulur.” Şeklinde düzenleme yaparak sivil hava aracını işleten kişinin zararın vuku bulmasına ya da tezayüt etmesine zarar görenin veyahut adamlarının kusurlu tutumunun yol açtığını ispatlamamış olması gerekir.

3. 4. 1. 2. Hakkaniyet İlkesine Dayalı Borç İlişkisi

Hakkaniyet kelime anlamı olarak; hak ve adalete uygunluk, doğruluk, nasfet anlamlarına gelmektedir.⁴³¹ Kişinin meydana getirmiş olduğu zararda kusuru bulunmuyor olsa dahi hak ve adalete uygun olacak şekilde zarardan sorumlu olması hukuk terminolojisinde hakkaniyet ilkesi ile açıklanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 65. maddesinde düzenlenen “Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir” şeklindeki yasa metninde ayırt etme gücünü geçici veya sürekli kaybeden kişinin eylemlerinden doğan zarardan kaynaklanan borç ilişkisini hakkaniyet ilkesi doğrultusunda tazmin etmesini düzenlenmiştir. Söz konusu borç ilişkisinin doğması için kusur dışındaki genel şartlar olan hukuka aykırılık, maddi veya manevi zarar ile nedensellik bağının bulunması ile özel şart olan zarar verenin ayırt etme gücünden yoksun olması hakkaniyetin bulunması gerekmektedir. Bu şartlardan birinin bulunmaması halinde borç ilişkisi doğmayacaktır.⁴³² Zararı meydana getiren kişi ekonomik yönden güçlü, zarar görenin ise aciz olması durumunda hadisenin nitelikleri, halin gerekleri göz önüne alınarak hakkaniyetine uygun bir biçimde zarar veren zarara katlanmak zorunda kalacaktır.

3. 4. 2. İslam Borçlar Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

İslam borçlar hukukunda kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller müstakil bir başlık altında ele alınmamıştır. İtlaf bölümünde tessebbüben itlaf kavramı ile açıklanmıştır. Tesebbüb kelimesi sözlükte, bir fiilin dolaylı olarak işlenmesi veya bir olaya neden olma anlamlarında kullanılmaktadır.⁴³³ İslam fıkında ise; kişinin icra ettiği fiil ile zuhur eden

⁴³¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

⁴³² Oğuzman - Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/92.

⁴³³ Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 199.

netice arasına başka bir fiilin girmesi sonucu zararın ortaya çıkması manasına gelmektedir.⁴³⁴ Başka bir ifadeyle zarara neden olan fiilin dolaylı olarak işlenmesidir. Bir şeyi dolaylı olarak itlaf eden kişiye de mütesebbib denilmektedir. Tesebbüb hallerinde borç ilişkisinin doğması için teaddi(hukuka aykırılığın) bulunması zorunludur. Bazı İslam hukukçuları tesebbüb halinden doğan borç ilişkisinin kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.⁴³⁵

Yukarıda tesebbüb haline ilişkin detaylı açıklama yapıldığından burada sadece tesebbüb türlerine yer verilecektir.

3. 4. 2. 1. Sanayi Mamulleri ve Atık Maddelerden Doğan Sorumluluk

Sanayileşmenin doğuşu ve gelişimi yakın zaman diliminde vuku bulduğu, İslam hukukunun temelini oluşturan klasik dönemde sanayileşmenin getirdiği yeniliklerin mevcut olmadığı bu nedenle Klasik İslam fakihleri tarafından bu hususta bir görüş ve kabul ileri sürülememiştir. Çağdaş İslam hukukçuları bakımdan kabul edilen görüşe göre ise; sanayi faaliyetleri esnasında ortaya çıkan gerek iletişim, nakliye ve imalden gerekse üretim esnasında ortaya çıkan zararlı atıkların üçüncü kişilerin veya ammenin ortak kullanıma ait mallarına zarar vermesi halinde söz konusu eylemlerde bulunanların zarardan sorumlu olacağını kabul etmişlerdir.⁴³⁶

3. 4. 3. Kusur Aranmaksızın Borç Doğuran Haksız Fiillerin Mukayesesi

Türk borçlar hukukunda kusur dışında kusur aranmaksızın da hakkaniyet, tehlike ve özen ilkesine dayalı borç ilişkisinin doğabileceği kabul edilmiştir. Türk borçlar hukuku ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin eylemlerinden kaynaklanacak olan zararlardan ötürü hakkaniyet ilkesi gereği zararı meydana getirecek kişinin sorumlu olacağını; yanında adam çalıştırmanın çalışanın eylemlerinden, hayvan bulunduranın hayvanın eylemlerinden, ev reisinin evde ikamet edenlerin eylemlerinden ve yapı maliki ile taşınmaz sahibinin sahip oldukları

⁴³⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/165.

⁴³⁵ Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 231.

⁴³⁶ Eser, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, 51.

taşınmazdan kaynaklanacak olan zararlardan ötürü özen ilkesi gereği sorumlu olacağını; son olarak da motorlu araç ve sivil hava aracı işleten kişilerin söz konusu araçlardan kaynaklanacak olan zararlardan ve çevreyi kirletenlerin kirletme eylemlerinden ötürü tehlike ilkesi gereğince kusursuz sorumlu olacaklarını kanunda belirtilen sınırlı hallerle kabul etmiştir. Buna istinaden İslam borçlar hukukunda ise kusursuz sorumluluk başlığı altında doğrudan bir düzenleme yapılmamış olup itlaf içerisinde tessebbüben itlafın Türk borçlar hukukunda yer alan kusursuz sorumluluğa eş değer olduğu kabul edilmiştir. İslam borçlar hukuku, tessebbüben itlaf içerisinde işverenin çalışanın eyleminden kaynaklanan zararlardan, aile reisinin aile fertlerinin eylemlerinden kaynaklanan zararlardan, hayvan bulunduranın hayvanın vereceği zararlardan ve bina ile diğer inşa eserine sahip olanların bu yapılardan kaynaklanan zararlardan ötürü sorumlu olacağını kabul etmiştir.

Türk borçlar hukukunda ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin meydana getirmiş oldukları eylemlerden ötürü hakkaniyet ilkesi doğrultusunda kusursuz sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin sorumlu tutulabilmesi için; hukuka aykırılığın, zararın, nedensellik bağının ve en önemlisi de hak ve adalete uygunluğun bulunması şartları aranmıştır. Hakkaniyetin bulunmadığı hallerde borç ilişkisinin doğmayacağı belirtilmiştir. Buna karşın İslam borçlar hukukunda ayırt etme gücü bulunmayanların doğrudan işlemiş oldukları eylemlerden ötürü kusur şartı aranmaksızın kendi mallarından, dolaylı işlemeleri durumunda ise kanuni temsilcilerinin sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

Her iki hukuk sistemi de çevreyi kirleten kişilerin sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Türk borçlar hukuku konunun kapsamını daha geniş tutarak bütün canlıların ortak yaşam yeri olan çevrenin kirletilmesi halinde kirletenin kusursuz sorumlu olacağını kabul etmişken; İslam borçlar hukukunda ise konunun kapsamı daha spesifik olarak sanayi mamullerinin ve atıklarının salınmasında dolaylı zararın meydana gelmesinde bu atıkları salanların sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

Bunun dışında teknik, ekonomik, teknolojik ve sanayi alanlarında günümüzde meydana gelen gelişim ve değişimler sebebiyle kullanılan nakil ve ulaşım araçlarında çeşitlilikler ve farklılarda ortaya çıkarak hava yolu, deniz yolu ve kara yolu nakil ve ulaşım araçları gelişmiş ve çeşitlilik göstermiştir. Bu bakımdan Türk borçlar hukuku, İslam borçlar hukukundan farklı olarak kara yollarında motorlu araçların işletilmesinden ötürü meydana gelecek olan zararlardan dolaylı araç işleten ve teşebbüs sahibinin tehlike ilkesi gereği kusursuz sorumlu

olacağını yasal olarak düzenlemiştir. Yine Türk borçlar hukuku, İslam borçlar hukukundan farklı olarak sivil hava aracı işleten gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin işletmiş oldukları hava araçlarından dolayı üçüncü kişilere zarar vermeleri halinde tehlike ilkesi gereğince sorumlu olduğu yasal olarak düzenlemiştir.



SONUÇ

Sosyal bir olgu olan insan, yaşadığı toplum içerisinde gündelik yaşamını idare ettirirken çeşitli faaliyetlerde bulunmakta ve diğer bireyler ile ilişkiler kurmaktadır. Kurmuş olunan bu ilişkilerin ve yapılan davranışların, içerisinde yaşanılan toplumun sosyal yapısı, dini inanışları, yaşam anlayışı, örf ve âdeti çerçevesinde oluşturduğu yasak ve sınırları ihlal etmemesi gerekmektedir. Bireylerin, konulan bu yasak ve sınırları aşarak eylemde bulunmasını kamu otoritesi tasvip etmemiş ve meydana getirilen davranışı haksız eylem olarak tanımlayarak bazı yaptırımlar ve sorumluluklar öngörmüştür. Bunun neticesinde haksız eylemde bulunan kişilerin yaptırımlara tabi olması ve tazminin şeklinin belirlenmesi için insanlık tarihi kadar eski bir hukuk dalı olarak borçlar hukuku ortaya çıkmıştır. Bu hukuk dalı zarar önleme, denkleştirme ve tazmin etme gayesi güderek düzenlemelerde bulunmuştur. Başka bir deyişle borçlar hukuku, zararın doğmasını engellemek için çeşitli düzenlemelerde bulunmuştur ancak zararın doğmasına engel olamamışsa meydana gelen zararın giderilmesini ve tecavüz edilen hakların tazmin edilerek hakkın korunmasını amaçlamıştır. Bu bakımdan çalışmamızın konusu olan hem Türk borçlar hukuku hem de İslam borçlar hukuku bireylerin canlarına veyahut mallarına yönelik hukuka aykırı olarak kasıt ya da ihmal neticesinde gerçekleştirilen ve mağduru zarara uğratan haksız eylemleri borcun kaynağı olarak kabul etmiştir. Türk borçlar hukuku Kara Avrupası hukuk sistemini özümseyerek haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisini, mücerret metoda göre çerçeve norm biçiminde insan iradesinin ürünü olarak kusura dayalı ve kusur aranmaksızın olmak üzere ikili tasnife tabi tutarak düzenlemiştir. İslam borçlar hukuku ise; İslam dininin emir ve yasakları doğrultusunda çeşitli başlıklar altında yaptığı kazuistik düzenlemeler ile ayrıntılı bir biçimde haksız fiil kavramını ele alarak gasp ve itlaf şeklinde ikili tasnife tabi tutmuştur. İslam borçlar hukuku itlaf bölümü içerisinde haksız fiilleri kapsamlı ve modern hukuka benzer şekilde ele alarak kendi içerisinde mübaşeretle itlaf ve tesebbüben itlaf şeklinde ikili

ayrıma tabi tutmuştur. Mübaşeretle itlaf Türk borçlar hukukunda yer alan kusura dayalı haksız fiiller, tesebbüben itlaf ise kusur aranmaksızın borç doğuran haksız fiiller ile benzerlik göstermektedir.

Kusura dayalı haksız fiilden doğan borç ilişkisinde hem İslam hukuku hem de Türk borçlar hukuku, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin zararı gidermekle mükellef olduğunu kabul etmiştir. Borç ilişkisinin doğması için her iki hukuk sisteminde kabul gören; fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve zarar ile kusur arasında illiyet bağı şeklinde sıralanan beş unsurun bulunması gerekmektedir. Fiil, hukuk düzeninin veya toplumsal davranış kaidelerinin yasakladığı konuda yapma veya yapmama tarzında iradi bir davranış sergilenmesi sonucu zararın ortaya çıkaran eylemdir. Araya başka bir hal girmeden zararı çıkaran fiile doğrudan (mübaşeret) fiil, araya başka bir şeyin girmesi sonucu zararı çıkaran fiile ise dolaylı (tesebbüb) denilmektedir. Zararlı sonucu doğuran eylemin, hukuk düzeninin koymuş olduğu kuralları ihlal etmesine hukuka aykırılık denilmektedir. İslam borçlar hukukunda hukuka aykırılık teaddi kavramı ile açıklanmıştır. Hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için aynı zamanda eylemin hukuk düzeninin koymuş olduğu kuralları ihlal etmesini meşrulaştıracak bir halin bulunmaması gerekmektedir. Bu hallere her iki hukuk sistemi hukuka uygunluk nedenleri adını vermiştir. Hukuka uygunluk nedenleri Türk borçlar hukukunda ilgilinin rızası, hukuka dayanan yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, ıztırar hali, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve üstün nitelikte kamusal veya özel yarar şeklinde altı halden oluşurken; İslam borçlar hukukunda mağdurun rızası, yetkili makamın izni, meşru müdafaa, zaruret hâli ve hakkın kullanılması şeklinde beş halden oluşmaktadır. Hukuka aykırı eylem sebebiyle maddi ve manevi varlıklarda ortaya çıkan menfi farka zarar denilmektedir. Her iki hukuk sistemi zararı, maddi ve manevi olmak üzere ikili ayrıma tabi tutmuştur. Maddi zarar Türk borçlar hukukunda; fiili zarar, yoksun kalınan kâr, kişiye verilen zarar, eşyaya verilen zarar, doğrudan zarar, dolaylı zarar, mevcut zarar, muhtemel zarar ve müstakbel zarar şeklinde onlu bir ayrıma tabi tutulmuştur. İslam borçlar hukukunda ise maddi zarar; kişiye verilen zarar, taşınır mallara verilen zarar, taşınmaz mallara verilen zarar, menfaate yönelik zarar, doğrudan zarar, dolaylı zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde yedili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmıştır. Şahısların hukuka aykırı eylem neticesinde duymuş oldukları psikolojik acı, elem ve üzüntü her iki hukuk sisteminde manevi zarar olarak kabul edilmekle birlikte İslam borçlar hukukunda ayrıca ırza ve namusa yönelik gerçekleştirilen eylemlerde manevi zarar içerisinde kabul edilmiştir. Meydana gelen zarar

ile hukuka aykırı eylem arasında kurulan sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denilmektedir. Her iki hukuk sistemi de; olayların normal seyrine ve yaşam tecrübesine göre meydana gelen neticeyi, niteliği ve ana eğilimi itibarıyla gerçekleştirmeye genel olarak makul olan veya neticeyi meydana getirme olasılığı nesnel olarak artmış bulunan şart ile netice arasındaki illiyet bağını kurmaktadır. Kurulan bu bağ, her iki hukuk sisteminde mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru durumunda ortadan kalkmaktadır. Zararlı neticeyi ortaya çıkaran hukuka aykırı fiilin icra edildiği esnada; zarar verenin, toplumda aynı koşullar altında yaşayan orta zekâlı, dürüst ve makul bir kişinin göstermesi gereken örnek davranıştan sapmasına kusur denilmektedir. Her iki hukuk sistemi de kusuru kast ve taksir şeklinde ikili ayrıma tabi tutmuştur. Eylemin neticesini bilerek ve isteyerek hukuka aykırı fiili işlemeye kast (teammüd), failin hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri kadar kullanmamasına ise taksir (ihmal) denilmiştir.

Sanayi devrimi ile birlikte elektrik ve nükleer enerji gibi yeni kaynakların keşfedilmesi, teknolojinin bilimsel ve teknik anlamda hızla değişerek mekanik aletlerin kullanımının yaygınlaşması, sınai tesislerin her geçen gün sayıca önemli ölçüde artması, kara, hava ve deniz ulaşımın araçları türünün ve kullanımının gelişmesi, toplumsal ilişkilerin çeşitliliğinin ve niteliğinin gelişerek terakki etmesi meydana gelecek hukuki ilişkiler bakımından sorumlulukta sadece kusura dayalı borcun ilişkisinin yetersiz kaldığını ortaya çıkartarak hukuk sistemlerinde kusur unsuru aranmaksızın borç ilişkisinin de zuhur edeceğini kabul edilmesini sağlamıştır. Bu bakımdan hem İslam borçlar hukuku hem de Türk borçlar hukuku; fiil, zarar, hukuka aykırılık ve nedensellik bağının olduğu hallerde ortaya çıkan neticeden kusur aranmaksızın sorumlu olunacağını kabul etmiştir. İslam borçlar hukuku kusursuz sorumluluğu tessebbüben itlaf başlığı altında ele almıştır. Tesebbüben itlaf içerisinde; adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, aile reisinin sorumluluğu, bina ve diğer eser sahibinin sorumluluğu ve sanayi mamulleri ile atık maddelerden doğan sorumluluk şeklinde beş başlık altında kazuistik ve spesifik düzenlemelerde bulunmuştur. Türk borçlar hukukunda ise; kişinin tehlike oluşturan eylemi veya umulmayan bir halin doğurmuş olduğu netice yahut kişinin üzerine düşen dikkat ve özene aykırı hareket etmesi sebebiyle meydana getirmiş olduğu zarardan dolayı kusur aranmaksızın sorumlu olunacağı kabul edilmiştir. Türk borçlar hukukunda kusur aranmaksızın borç doğuran haller; hakkaniyet ilkesi, tehlike ilkesi ve özen ilkesi şeklinde üç

başlık altında sekiz ayrı konuda ele alınmıştır. Hakkaniyet ilkesi gereği doğan sorumluluk içerisinde, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin eylemlerinden sorumluluk yer almaktadır. Özen ilkesi gereği doğan sorumluluk içerisinde adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın, aile reisinin ve yapı maliki ile taşınmaz sahiplerinin sorumluluğu yer almaktadır. Tehlike ilkesi gereği doğan sorumluluk içerisinde; motorlu araç işletenin, sivil hava aracı işletenin ve çevreyi kirlütenin sorumluluğu yer almaktadır.

Her iki hukuk sisteminde haksız fiilin türleri, unsurlarının kapsamı, dayandığı kaynaklar, meydana gelen zararın tazmini hususlarında farklılık gösterse de esas itibariyle temel hakları hukuken koruma altına alarak hukuka aykırı eylem ile tecavüz edilmesini engellemeye çalışmıştır. Bu itibarla her iki hukuk sistemi birbirine benzer nitelikte düzenlemelerde bulunulmuştur ancak ne İslam borçlar hukukunun ne de Türk borçlar hukukunun birbirine tesir etmiştir. Bu itibara İslam borçlar hukukunun kaynağını; Kur'an, sünnet ve İslam hukukçularının İlahi emir ve yasaklar doğrultusunda ortaya koydukları içtihatlar oluşturmaktadır. Buna mukabil Türk borçlar hukuku ise pozitif hukuk çerçevesinde insan iradesine dayalı mücerret metoda ve laik sisteme göre oluşturulmuştur. Bu bakımdan iki hukuk sisteminin kabul ettiği temel yaklaşımların birbirinden farklı olması, gelişen teknolojinin bilimsel ve teknik anlamda hayata yeni mekanik aletler katması, iktisadi ilişkilerin hızlı bir şekilde gelişmesi ve küreselleşmesi, finans ve bankacılık sektörünün gelişmesi, haksız fiil karşılığında meydana gelen zararın tazmini konusunda hukuk sistemlerinin farklı anlayışlara sahip olması, İslam borçlar hukukunda tazminin kural olarak ayni veya misli mal ile telafi edilmesi, Türk borçlar hukukunda tespit edilen zararın bedeli üzerinden faiz istenilerek tazminde bulunulması hususları göz önüne alındığında insan iradesine dayalı oluşturulan, İlahi emir ve yasaklara uygun olup olmadığı tartışılmayan Türk borçlar hukukunun ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz ilkesi doğrultusunda zamana ve şartlara göre değişkenlik göstererek yenilebilir olmasına karşın Allah'ın kesin emir ve yasakların olduğu konularda mevrîd-i nâsta içtihadı mesağ yoktur prensibi doğrultusunda kesin ve değiştirilemez konularda hukuki yenilikler yapılamayan İslam hukukunun birbirlerine tesir etmeleri veya birbirlerini tamamlayarak entegre olmaları bu açıdan mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. “Normun Koruma Amacı Teorisi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59(2010), 3. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001604
- Adevî, Ali b. Ahmed. *Hâşiyetü'l-Adevî alâ Şerhi'l-Hırşî alâ'-Muhtasar*. Amman: Dârü'n-Nurü'l-Mübîn 2016.
- Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî. *el-Müsned*, nşr. Ebû Hâcir Muhammed Saîd Besyûnî. Beyrut: y.y., 1405/1985.
- Akgündüz, Ahmed. *Osmanlı Tarih ve Hukuk İstılahları Kamusu*. İstanbul: OSAV Yayınları, 2018.
- Akman, Sermet vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Cilt. İstanbul: Filiz Kitapevi, 7. Basım, 1993.
- Akyıldız, Sunay. *Tıp Hukuku Atölyesi I*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Ali Haydar Efendi. *Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. 4 Cilt. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Cilt. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2. Basım, 2019.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*. Konya: Atlas Akademi Yayınları, 7. Baskı, 2018.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Konya: Mimoza Yayınları, 10. Baskı, 2015.
- Ayan, Mehmet. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Yayınevi, 1991.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1998.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi* İstanbul: Betan Yayınları, 15. Baskı, 2018.
- Aydın, Mehmet Akif. *İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Aydın, Mehmet Akif. “İtla’f”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 23/466-469. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.

- Bağdadi, Ebu Muhammed Giyaseddin Ganim b. Muhammed Ganim. *Mecmaud'd-Damanât fi Mezhebi'l İmam Ebi Hanife en-Numan*. (Kahire: Dârü's-Selam, 1999.
- Baktır, Mustafa. *İslam Hukukunda Zaruret Hali*. Kayseri: Kimlik Yayınları, 2022.
- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bedreddin, Ahmed Aynî. *Umdetu'l-Kari*. 10 Cilt. İstanbul: Karınca Polen Yayınları, 2019.
- Beşer, Faruk. *Sosyal Riskler Sigorta ve İslam*. İstanbul: Nun Yayıncılık, 3. Baskı, 2016.
- Bilmen, Ömer Nasuhi Bilmen. *Hukuk-i İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiye Kamusu*. 8 Cilt. İstanbul: Ravza Yayınevi, son baskı, 2018.
- Birsin, Mehmet. *İslam Eşya ve Borçlar Hukuku*. İstanbul: Çıra Akademi, 2019.
- Bolatoğlu, Bolat. *Karayolları Trafik Kanunu'na göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1988.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail. *el-Câmi 'u's-Sahîh*. nşr. Muhammed Zühayr b. Nasr. 8 Cilt. b.y.: Dârü Tavki'n-Necât, 2. Basım, 1422/2001.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn. *Şerhu Muntehâ'l-İrâdât*. Beyrut: Dârü'r-Risaletü'l-Âlemiyye, 2005.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn. *Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'*. Beyrut: Dârü'l Kütübi'l-İlmiyye, 2009.
- Büyüksağış, Erden. *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Çakal, Ayça. *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Çalış, Halit. "Zaruret" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 44/141-144. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Çocuk*. Konya: Tekin Kitapevi, 2015.
- Çiğdem, Recep. *Mukayeseli Hukuku, İslam- Türk Borçlar Hukuku*. Şanlıurfa: Şanlıurfa İlahiyat Vakfı Yayınları, 2020.
- Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1996.

- Demirkapı, Ertan - Bilgili, Fatih. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Bursa: Dora Yayınevi, 16. Basım, 2021.
- Dindar, Mahmut. *Haksız Fiilden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*. Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Döndüren, Hamdi. “Mesken” *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 29/ 316-317. Ankara: TDV Yayınları, 2004.
- DP, Dergi Park, *Haksız Fiilde Kusur Sorumluluğu*, Erişim 02 Ocak 2023. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26614/280260>
- Dureynî, Muahmmmed Fethi. *Nazariyyatü't-Ta'ssüf fî İsti'mâli'l-Hakk fî'l-Fıkhî'l-İslâmî*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1988.
- Ebû Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed b. Ebî Şeybe İbrâhîm el-Absî el-Kûfî. *Kitabü'l-Musannef fî'l-Ehâdisi ve'l-Âsâr*. 15 Cilt. Beyrut: Kütübî'l-İlmiyye, 1995.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslam Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2. Baskı, 2016.
- Ekşi, Ahmet. “İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 17 (2011), 352. http://isamveri.org/pdfdrg/D02533/2011_17/2011_17_EKSIA.pdf
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 6. Baskı, 2016.
- Eren, Fikret. “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 39/1-4(1982-1987), 159. https://doi.org/10.1501/Hukfak_00000000794
- Eren, Fikret. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 23. Basım, 2018.
- Ergün, Mehmet. “İslam Hukukunda Hukuka Aykırılık”, *Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5/2, (Aralık 2018), 274. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/beuifd/issue/41452/477051>
- Erişgin, Nuri. “Tehlike Sorumluluğunda Kıyas”, *BATİDER*, 20/3(2000), 95. <https://www.jurix.com.tr/article/6033>

- Erturhan, Sabri. “Kişisel Boyutlu Suçların Gizlenmesinin İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2(2001), 259-291. <https://avesis.cumhuriyet.edu.tr/yayin/9684cfe8-378b-44e1-9c43-3c63ed47304b/>
- Eser, Ercan. *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007.
- Feyzullah, Muhammed Fevzî. *Nazariyyatü’l-Dimân fî’l-Fıkhı’l-İslâmi’l-Âmmi*. Kuveyt: Mektebetü Dâri’t-Türâs, 1983.
- Gazalî, *el-Mustasfâ min İlmi’l-Usûl*. 2. Cilt. Beyrut: Mektebetü'l-Asriyye, 2009.
- Gökcan, Hasan Tahsin Gökcan. *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2016.
- Gül, İbrahim. “Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2(2014), 537. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33817/374491>
- Gülerci, Altan Fahri. *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, 2018.
- Gülerci, Altan Fahri. *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Basım, 2018.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.
- Hacak, Hasan. “Mal”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 46/461-465. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Hacak, Hasan. Menfaat. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 24/131-134. Ankara: TDV Yayınları, 2004.
- Hafif, Ali. *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümler*. Ankara: TDV Yayınları, 2018), 59.
- Halebi, İbrahim b. Muhammed. *Mültekal Ebhur*. 4 Cilt. İstanbul: Sağlam Kitabevi, 1980), 2/278.
- Hamevî, Yakut. *Gamzu’l-Uyûni’l-Basâir*. Beyrut: Dârü’l Kütübi’l-İlmiyye, h.1290.
- Hatemi, Hüseyin - Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, 2015.

- Hatipoğlu, Haydar. *Süneni İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi*. 10 Cilt. İstnabul: Kahraman Yayınları, 1983.
- Havutçu, Ayşe - Gökyayla, Emre. *Uygulamada 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.
- Heyet, *el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye*. Kuveyt: Vizâretu'l-Avkâf ve's-Şûunu'l-İslâmiye, 1993-1995.
- Hıra, Ayhan. “Yeni Türk Ceza Kanunu ve İslam Hukuku Mukayesesi Bakımından Meşru Müdafanın Uygulama Alanı ve Ölçütleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.17(2011), 310. http://isamveri.org/pdfdrgr/D02533/2011_17/2011_17_HIRAA.pdf
- İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l Muhtâr Şerhî Tenvâri'l-Ebsâr*. 18 Cilt. İstanbul: Karaman Yayınları, 1984.
- İbn Dakîk, Ebû'l-Feth Takıyyüddîn Muhammed b. Alî b. Vehb el-Kuşeyrî el-Kûsî. *İhkâmü'l-Ahkâm Şerhu Umdeti'l-Ahkâm*. 6. Cilt. Beyrut: Müessesetü'r-Risale Naşirun, 2014.
- İbn Hacer, Ebû'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed el-Askalânî. *Fethu'l-Bârî, fî Şerh-i Sahîhi'l-Buhârî*. 15 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1996.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî. *el-Muhallâ* 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l Kütübî'l-İlmiyye, ty.
- İbn Kayyım, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Züraî ed-Dımaşkî el-Hanbelî. *İ'lamü'l Muvakkî'in*. 4 Cilt. İstanbul: Pınar Yayınları, 2017.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn. *el Muğni*, 15 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2009.
- İbn Mace, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî. *es-Sünen*. nşr. Ali Rızâ Abdullah – Ahmed Bezre. Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 1406/1986.
- İbn Manzur, Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî . *Lisânu'l-Arâb*. Beyrut: Dârü Sadr, 1975.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*. Suriye: Dârü'l-Fikr,1983.
- İbn Receb, Ahmed b. Abdirrahmân. *el-Kavâid fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Beyrut: Dârü'l Kütübî'l-İlmiyye, ty.

- İbn Rüşd, Muhammed el-Kurtubî. *Bidâyetül Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*. Mısır: Dârü's-Selâm, 1995.
- İbnu'l- Kayyim el-Cevziyye. *Turuku'l-Hukmiye*. Beyrut: Müessesetü'r-Risale Naşirun, 2014.
- İmam Mâlik, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî. *el-Muvatta*. nşr. Abdüvehhâb Abdüllatîf. Kahire: Vizâretü'l-Evkâf, 1414/1994.
- İmber, Colin. *Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslam Hukuku*, İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, 2014.
- İmre, Zahit. *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- İnan, Ali Naim. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- İsfahani, Ragıb. *Müfredat* (İstanbul: Çıra Yayınları, 7. Baskı, 2017.
- Kahveci, Nuri. *İslam Hukuku*. 2 Cilt. İstanbul: Hikmetevi Yayıncılık, 2. Baskı, 2021.
- Kahveci, Nuri. “İslam Ceza Hukuku Açısından Suçun Manevi Unsurlarından Kast”, *Hikmet Yurdu Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 9(2012), 15. http://isamveri.org/pdfdrg/D03434/2012_9/2012_9
- Kaneti, Selim. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*. Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu (Ankara:1980), 40.
- Karabayır, Mehmet Salih. *Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi Zararın Tazmini*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Karâfi, Şehabeddin. *el-Furuk*, Âlemü'l-Kütüb. 4 Cilt. Mısır: Dârü's-Selâm, 2010.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk Hukuku*. 2 Cilt. İstanbul: Beta Yayınları, 1995.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*. 2. Cilt. İstanbul: Arıkan Yayınları, 2007.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 9. Baskı, 2014.

- Karan, Yeliz. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi'sh-Şerâi*. 7 Cilt. Beyrut: Dârü'l Kütübi'l-İlmiyye, 1974.
- Kaya, Ali. *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar ve Tazmini*. Bursa: Emin Yayınları, Bursa, 2007.
- Kaya, Eyüp Said – Kacak, Hasan. “Zimmet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 44/ 424-428. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Kayıhan, Şaban - Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 6. Basım, 2018.
- Keskin, Ayşe Dilşad. *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Zarar*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.
- Kılıçarslan, Kara, Seda. *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitapevi, 12. Basım, 2009.
- Koç, Nevzat. *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990.
- Koşar, Günhan. “Haksız Fiilin Hukuki Amacı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2020), 1. <https://doi.org/10.33629/auhfd.848993>
- Koşar, Günhan. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Kuduri, Muhammed b. Ahmed. *el-Muhtasar*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- Kur'ân-ı Kerîm Meâli, çev. Halil Altuntaş - Muzaffer Şahin. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 3. Basım, 2009.
- Kuyucaklızâde, Mehmet Atıf. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Küllî Kâideler Şerhi*. İstanbul: Hikmet Yayınevi, 2020.

- Mahmasânî, Subhî b. Muhammed Receb. *en-Nazariyyetu 'l-Âmme li'l-Mucebâtı ve'l-Ukûd fi'ş Şeriatı'l-İslâmiyye*. Beyrut: Dârü'l-İlmi'l-Melâyîn, 1983.
- Mavsîlî, Abdullahb Mahmud. *Metni el- Muhtar li'i- Fetva*, çev. Celal Yeniçeri. İstanbul: Şamil Yayınevi, 2016.
- Mergînânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî. *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî*. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003.
- Meydani, Abdülganî b. Tâlib. *Muhtasar-ı Kuduri Şerhi Lübab Tercümesi*, çev. Hüsamettin Vanlıoğlu. 2 Cilt. İstanbul: Muallim Neşriyat, 2007.
- Mollâ Husrev. *Dureru'l-Hukkâm Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*. çev. Arif Erkan. 2. Cilt. İstanbul: Fazilet Yayınları, 1970.
- Molla Hüsrev. *Gurer ve Dürer Tercümesi*. çev. Arif Erkan. 4 Cilt. İstanbul: Eser Neşriyat, 1980.
- Mustafa, Tiftik. *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.
- Mutçalı, Serdar. *Arapça-Türkçe Sözlük*. İstanbul: Dağarcık Yayınları, 1995.
- Müslim, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc. *el-Câmi'u's-Sahîh*. nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî. Kahire: y.y., 1374- 75/1955-56.
- Narter, Sami. *Kusursuz Sorumluluk ve Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi Ankara, 2. Baskı, 2016.
- Nomer, Haluk. “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 66(1992), 36-89.
- Nomer, Haluk. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1996.
- Nomer, Haluk. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 12. Baskı, 2012.
- Oğuzman, Kemal – Öz, Turgut. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2.Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 10. Basım, 2012.
- Orhan, Oğuzhan – Bilgiç, Veysel. “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Külli Kâideleri Bağlamında İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 2/1 (2022), 282. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2404217>

- Özta, Bilge. *Şahsın Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 10. Baskı, 1990.
- Öztürk, Osman. *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*. İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973.
- Paşa, Sava. *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*. çev. Baha Arıkan. 2. Cilt. Ankara: DİB Yayınları, 2016.
- Polat, Alper. *Sorumluluk Hukukunda Rıza*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Basım, 2019.
- Reisoğlu, Sefa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Cilt. İstanbul: Beta Yayınevi, 25. Basım, 2014.
- Remzi, Mehmet - Aydın, Sezer. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: İkinci Sayfa Yayınları, 8. Baskı, 2015.
- Rezazad, Yaseer. *Türk Hukukunda Sorumluluk Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Halleri*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- San'anî, Emir. *Sübülû's-Selâm Şerhu Bulûğî'l-Merâm min Cemi' Edilleti'l-Ahkâm*. 4 Cilt. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabiyye, 1960.
- Saraç, Sanem. *Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- Semerkandi, Ebü'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm. *Tuhfetü'l Fukaha*. 4 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1984.
- Serahsî, Şemsüleimme. *el-Mebsût*. 31 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1993.
- Serozan, Rona. Manevi Tazminat İstemine İlişkin Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990.
- Sırâc, Muhammed Ahmed. *Damânu'l-Udvân fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Beyrut: el-Müessesetü'l Câmiyye Li'd-Dirasâti ve'n-Neşri ve't-Tevzî, 1993.
- Sirmen, Lale. "Çevre Kanunu'na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk", *Ankara Barosu Dergisi*, 1990.22-30.
- Süyûtî, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1993.

- Süleyman Muhammed, Ahmed. *Damânu 'l-Mutlefât fî 'l-Fıkhı 'l-İslâmî*. Kahire: Matbaatu's-Saade, 1985.
- Şafîî, *el-Ümm*. nşr. Rif'at Fevzî Abdülmuttalib. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1993.
- Şâtıbî, İbrâhîm b. Mûsâ. *el-Muvâfakât fî Usûli 'ş-Şerîa*. 4 Cilt. Beyrut: Müessesetü'r-Risale Naşirun, 2013.
- Şenyüz, Doğan. *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*. Bursa: Ekin Yayınları, 9. Baskı, 2018.
- Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed. *Neylû 'l-Evtâr Şerhu Munteka 'l-Ahbar*. 8 Cilt. Kahire: Mektebetü ve Matbuatü Mustafa, 1983.
- Şeybânî, Muahmmmed b. Hasan. *Kitabü 'l-Asl*. 13 Cilt. Beyrut: Darü İbn Hazm, 2012.
- Şirbînî, Hatib. *Muğni 'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi 'l-Minhâc*. 8 Cilt. Mısır: Matbaatu Mustafa el-Bâbî, 1958.
- Taftazânî, Sa'düddîn Mes'ûd b. Fahriddîn Ömer b. Burhâniddîn Abdillâh el-Herevî el-Horâsânî. *Şerhu 't-Telvîh alâ 't-Tavzîh*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, ty.
- Tandoğan, Haluk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 1981.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. İstanbul: Adalet Yayınevi, 2010.
- TDK, Türk Dil Kurumu Sözlüğü. "Zarar". 23 Mayıs 2023. <http://sozluk.gov.tr/zarar>
- Temel, Aksakallı, Rüken. *Haksız Fiillerde Maddi Tazminatın Belirlenmesi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Tiftik, Mustafa. "Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanun'la Değişik M.24 Fıkra II Hükmü Karşısında Haksız Fiilden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 / 6, 1993.
- Tirmizi, Ebû İsa Muhammed bîn İsa bîn Sevre et Tirmizî. *el-Câmi 'u's-sahîh*. nşr. Ahmed M. Şâkir. Kahire: y.y. 1356/1937.
- Toker, Aylin. *Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları*. Ankara: Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017.

- Topuz, Murat. *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010.
- Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974.
- Aybakan, Bilal. “Zarar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 44/130-134. İstanbul: TDV yayınları. 2013.
- Aydın, Mehmet Akif. “Borç”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/285-291. İstanbul: 1992.
- Üçışık, Fehim. *Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996.
- Ünal, Mustafa. *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Vehbe, Zuhaylî. *Nazariyyatu'd-Darûreti's-Şeriyye*. Beyrut: Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1986.
- Vehbe, Zuhaylî. *Nazariyyatu'd-Damân. Dimaşk: Dârül-Fikr*, 1998.
- Vehbe, Zuhaylî. *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*. 10 Cilt. İstanbul: Risale yayınları, 2015.
- Yaman, Ahmet - Çalış, Halit. *İslam Hukukuna Giriş*. İstanbul: İFAV Yayınları, 3. Baskı, 2015.
- Yelek, Kamil, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Yerlikaya, Ünal. “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddi-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, *Diyanet İlmi Dergi*, 53/3, (Temmuz- Ağustos- Eylül 2017), 29. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/did/issue/35511/393588>
- Yıldırım, Mustafa. *Mecelle'nin Külli Kaideleri*. İzmir: Tibyan Yayıncılık, 2015.
- Yıldız, Kemal “Mübaşeret”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 31/428-429. Ankara: TDV Yayınları, 2020.

Yılmaz, Hamdi. *Karayolları Trafik Kanununa Göre Zararın Paylaştırılması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.

Zencânî, İzzeddin. *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl*. Beyrut: Müessesetü'r Risâle, 1982.

Zerka, Ahmed b. Muhammed. *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*. Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1989.

El Medhal İla Nazariyyetil-İltizami'l-Amme Fi Fikhi'l – İslami. 2 Cilt. Dımeşk: Dar'ul Kalem, 2013.

Zeydan, Abdulkerim. *İslam Hukukuna Giriş*. İstanbul: Kayıhan Yayınları, 2018.

Zeylaî, Abdullah b. Yusuf. *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd Dakâik*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.



TEZ DEĞERLENDİRME FORMU

Aksaray Üniversitesi Tez Değerlendirme Formu		
Öğrencinin Adı Soyadı:		EVET
Kapak		
1	Tez Başlığı tutanaktaki başlıkla aynı mı?	
2	Kapaktaki ay ve yıl savunmaya girilen tarihle tutarlı mı?	
3	Kapak format kılavuzdaki kapak formatına uygun mu?	
4	Kapakta yazılan tüm yazılar doğru olarak verilmiş mi?	
İçindekiler		
5	Sayfa numaraları tam verilmiş mi?	
6	Şekil, Çizelge vb. listeleri verilmiş mi? Sıralaması doğru mu?	
7	Özet, Abstract, Giriş, Sonuçlar vb. bölümler var mı?	
8	Yazım hataları kontrolü yapıldı mı?	
Giriş		
9	Hazırlanan tezin önemini anlatıyor mu?	
10	İkinci ve Üçüncü dereceden başlık içermemeli kuralına uyuldu mu?	
Özet/Abstract		
11	Kılavuza uygun mu?	
12	Ay ve yıl savunmaya girilen tarihle tutarlı mı?	
13	Özet; tek sayfa, tek aralık, tek paragraf kuralına uygun olarak yazıldı mı?	
14	Bilim kodu, sayfa adedi, anahtar kelimeler ve tez danışmanı yazıldı mı?	
Kaynakça		
15	Kaynakların tamamına metin içinde atıf yapıldı mı?	
16	Kaynak formatı Kılavuzdaki kaynak formatına uygun olarak hazırlanmış mı?	
17	Atıf formatı kılavuzdaki atıf formatına uygun mu?	
Atıf Yöntemi APA 6 ☐ CMS ☐ İSNAD ☐		
Genel Değerlendirme		
18	Etik Beyan açıklaması okundu, uyuldu ve imzalandı mı?	
19	Kabul/Onay sayfası kılavuzdaki formata uygun olarak düzenlenmiş mi?	
20	Kabul /Onay sayfasında belirtilen oy birliği/oy çokluğu seçeneklerinden uygun olanı savunmayla tutarlı olacak şekilde belirlenmiş mi?	
21	Sayfa kenar boşluklar ve sayfa numaraları kılavuzdaki formatına uygun mu?	
22	Paragraf boşlukları ve metin satır aralığı kılavuza uygun olacak şekilde düzenlenmiş mi?	
23	Başlık yazımları kılavuzdaki başlık formatlarına uygun mu?	
24	Yazı tipi ve boyutu kılavuzdaki yazı tipi ve boyutu formatına uygun mu?	
25	Şekil, Çizelge vb. açıklama ve numaralandırmaları kılavuzdaki formata uygun olarak yazılmış mı?	

Bu tezin tarafımdan “Tez yazım kuralları” okunarak dikkatlice hazırlanmış olduğunu ve doğabilecek her türlü olumsuzluktan sorumlu olacağımı kabul ederim.

Öğrencinin imzası