



T.C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI  
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA YAPI MÂLİKLERİNİN  
KUSURSUZ SORUMLULUĞU

(DOKTORA TEZİ)

Mehmet ERGÜN

BURSA-2018



T.C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**  
**İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI**

**İSLÂM HUKUKUNDA YAPI MÂLİKLERİNİN**  
**KUSURSUZ SORUMLULUĞU**

**(DOKTORA TEZİ)**

**Mehmet ERGÜN**

**Danışman:**  
**Prof. Dr. Ali KAYA**

**BURSA-2018**

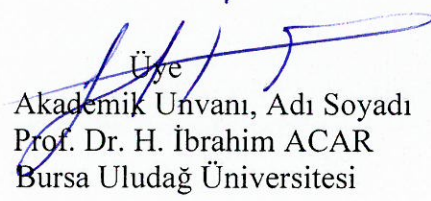
**TEZ ONAY SAYFASI**  
**T. C.**  
**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, İslâm Hukuku Bilim Dalı'nda 711423006 numaralı Mehmet ERGÜN'ün hazırladığı "İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu" konulu Doktora Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 14 /12 /2018 günü .14.00 - .15.00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **başarılı** olduğuna (oybirliği/oy çokluğu) ile karar verilmiştir.



Üye

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)  
Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Prof. Dr. Ali KAYA  
Bursa Uludağ Üniversitesi



Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Prof. Dr. H. İbrahim ACAR  
Bursa Uludağ Üniversitesi



Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Prof. Dr. Muhammet TARAKÇI  
Bursa Uludağ Üniversitesi



Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Prof. Dr. Şâmil DAĞCI  
Ankara Üniversitesi



Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı  
Doç. Dr. Mehmet ÖZKAN  
Balıkesir Üniversitesi

14/12/2018





T.C.  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
**DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU**  
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih:26/11 /2018

Tez Başlığı/Konusu: “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu”

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam xviii+232 sayfalık kısmına ilişkin, 26/11/2018 tarihinde şahsım tarafından *Turnitin* adlı intihal tespit programından (*Turnitin*) aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 11'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dâhil
- 3- Beş kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukukî sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim. Tarih ve İmza

26/11 /2018

Adı Soyadı : Mehmet ERGÜN  
Öğrenci No : 711423006  
Anabilim Dalı: Temel İslâm Bilimleri  
Programı : İslâm Hukuku  
Statüsü : Doktora

Danışman  
Prof. Dr. Ali KAYA

## YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza

26/11/2018

Adı Soyadı : Mehmet ERGÜN

Öğrenci No : 711423006

Anabilim Dalı : Temel İslâm Bilimleri

Programı : İslâm Hukuku

Statüsü :  Y. Lisans  Doktora



## ÖZET

**Yazar** : Mehmet ERGÜN  
**Üniversite** : Bursa Uludağ Üniversitesi  
**Anabilim Dalı** : Temel İslâm Bilimleri  
**Bilim Dalı** : İslâm Hukuku  
**Tezin Niteliği** : Doktora Tezi  
**Sayfa Sayısı** : xviii+232  
**Mezuniyet Tarihi** : / /2018  
**Danışmanı** : Prof. Dr. Ali KAYA

### “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu”

Bu çalışmada İslâm hukukunda yapı mâliklerinin kusursuz sorumluluğunu inceledik. Tez konusu önemlidir. Çünkü insanlar ilk çağlardan itibaren barınma ihtiyaçlarını gidermek için basit dahi olsa, bina ve yapılar edinmeye başlamışlardır. Zamanla yaşam alanlarını daha uygar ve bayındır kılmak için de modern ve ileri teknoloji standartlarında bina ve yapılar inşa etmişlerdir. Çok tabiidir ki, bu değişim ve gelişmeler “sorumluluk hukuku” alanında önemli bazı hukukî neticeleri de beraberinde getirmiştir.

Bilindiği üzere, Roma hukukundan başlayarak sorumluluk için “kusur ilkesi” aranmıştır. Kusur ilkesine göre, şahsın kusuru yoksa sorumluluğu da olmayacaktır. Ancak bu ilke, ilerleyen zaman içinde yetersiz kalmış, hakkaniyeti tesis etmemeye başlamıştır. Batı ancak 19’uncu asırda bu hakkaniyetsizliğin farkına vararak “sebebiyet ilkesi” ni benimsemeye başlamıştır. Oysa İslâm hukuku “kusursuz sorumluluk” diye de adlandırılan “sebebiyet ilkesi” ni işin başından beri benimsemiştir. Bu da İslâm hukukunun hukuk düşüncesine sağladığı önemli katkılardan biridir.

Sebebiyet ilkesi ve diğer bazı hususlarla birlikte düşünüldüğünde, İslâm hukukunun özgün ve müstakil bir hukuk olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Çünkü kusursuz sorumluluğa göre, bir şeyden yararlanan kişi onun mukadder zararlarını da tazminden sorumlu ve yükümlü tutulmaktadır. İşte bu prensibe göre, yapı mâlikleri kusurlu fiilleri yanında bir de sebep oldukları zararları tazminle yükümlüdürler. Çünkü bu işten çıkar ve menfaati olan bizzat kendileridir. Öyleyse olası zararlarını da ödemek zorundadırlar.

### Anahtar Kelimeler

İslâm Hukuku, Yapı Mâlikleri, Sorumluluk Hukuku, Kusursuz Sorumluluk, Zarar, Tazmin.

## ABSTRACT

**Author** : Mehmet ERGÜN  
**University** : Bursa Uludag University  
**Main Dicine** : Basic Islamic Sciences  
**Dicine** : Islamic Law  
**Characteristic Of Thesis** : Doctoral Degree Thesis PhD  
**Page Numbers** : xviii+232  
**Graduation Date** : / /2018  
**Consultant** : Prof. Dr. Ali KAYA

### “Absolute Liability of Building Owners in Islamic Law”

In this study, we examined the absolute liability of building owners in Islamic law. The subject of the thesis is important. Because people have begun to acquire buildings and structures from the early ages, even if it is simple to get rid of their needs for housing. In time, they built buildings and structures with modern and high technology standards to make their living spaces more civilized and flourishing. Of course, these changes and developments have brought some important legal consequences in the field of “liability law”.

As it is known, starting from Roman law, “defect principle” was sought for responsibility. According to the imperfection principle, there will be no responsibility if the person has no fault. However, this principle has become insufficient over time, and has begun not to establish equity. In the 19th century, however, the West came to recognize this inequity and began adopting the principle of “cause-and-effect”. However, Islamic law has adopted the principle of cause called “absolute liability” since the beginning of the work. This is one of the important contributions of Islamic law to the thinking of law.

We can easily say that Islamic law is an original and independent law when we think together with the cause-and-effect principle and some others. Because, according to absolute liability, the beneficiary of something is also responsible and liable for his or her damages. According to this principle, building owners are obliged to compensate for their damages as well as their faulty acts. Because it is themselves who are in and out of this business. Then they have to pay for their possible damage.

### Keywords

Islamic Law, Building Owners, Liability Law, Absolute Liability, Damage, Compensate.



## ÖNSÖZ

“Sorumluluk=el-mes’ûliyye(tü)=responsibility” hukukun önemli alanlarından biridir. Tez konumuz olan “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” da güncel hayatta çok önemli olmasına rağmen şimdiye kadar İlahiyat Fakültelerimizde üzerinde çalışılmamıştır.

Tezin konusu hem önemli hem de günceldir. Çünkü ilk çağlardan itibaren yaşamlarını sürdürebilmek için *-mağara, çadır dahi olsa-* insanların mesken ihtiyaçları ve arayışları başlamıştır (bkz. Şu‘arâ, 26/149; Nahl, 16/80). O zamandan günümüze değin insanlar arasında binalardaki “yapım hatası” ve “bakım eksikliğinden” kaynaklanan pek çok hukukî olay/hukukî hâdise cereyan etmiştir. Bu hal insanlar var oldukça sürüp gidecektir. Doğal olarak bu süreçte fena yapım ve bakım eksikliğinden kaynaklanan zararların tazmini konusunda medeniyetlerin ve hukuk sistemlerinin farklı çözümleri olmuştur. Hukuk nizamı vardır; damdan düşüp zarara sebebiyet veren *kiremiti yargılamıştır*. Kırılıp toz haline getirilmek suretiyle cezalandırmıştır. Hukuk nizamı vardır; gerektiğinde eşyasından dolayı *sahibini tazminle* sorumlu kılar. Ne de olsa psiko-sosyal açıdan medeniyetlerin insanlara verdikleri bazı mesajları vardır.

İlk devir İslâm hukukçuları “*herkes kazandığına karşılık bir rehindir*” (Müddessir, 74/38). “*Zarar vermek ve zarara zararlarla karşılık vermek yoktur*” (İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; *Mecelle*, md. 19). “*Zarar izâle olunur*” (*Mecelle*, md. 20) ve benzer ilkeler etrafında yapı mâliklerinin yapım ve bakım sorumluluklarına ilişkin meseleleri fıkıh sistematiği içinde dağınık bir şekilde (kazuistik=meseleci yöntem=farazî hukuk=case law) ele almışlardır. Konuya ilişkin bu bilgiler usûl ve kavâ'id eserlerinin yanında; icâre, gasp, itlâf, mübâşeretle itlâf, tessebbüben itlâf, cinâyât, cinâye ‘ale’l-cemâdât, cinâyet-i hâit gibi başlıklar altında yer almaktadır.

Yapı ve mâliklerine ilişkin tespit edebildiğimiz ilk müstakil eser, es-Sakafî’nin (ö. 478/1085) Kitâbu’l-Hitân (Ahkâmu’t-Turuk ve’s-Sutûh ve’l-Ebvâb ve Mesîlü’l-Miyâh ve’l-Hitân fi’l-Fıkhî’l-İslâmî) adlı eseridir. Son zamanlarda ise “el-



mes'ûliyye...”, “el-müessesetü'l-mes'ûliyye fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye” nevinden pek çok araştırmalar yapılmıştır.

“İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu”, akit dışı bir sorumluluktur. Akit dışı sorumluluk ise, ya *kusur ilkesine* (mübâşeret) veya *sebeplike* (tesebbüb) dayalıdır.

*Giriş, üç bölüm, sonuç ve kaynaklar* kısımlarından oluşan tezimizde Borçlar hukuku kavram ve sistematüğinden yararlanarak bazı mukayese ve karşılaştırmalar (*el-fikhu'l-mukâren=comparative law=karşılaştırmalı hukuk*) yaptık. Çalışmamızın “kusursuz sorumluluk=sebeplike sorumluluğu=objektif sorumluluk” alanında öncülük edeceğini umuyoruz.

*Giriş bölümünde* konunun önemi, sınırları, kaynakları, sunumu, çalışma metodu ve terminoloji sorunu hakkında bilgiler verdik.

*Birinci bölümde*, sorumluluk kavramının tanımı, konusu, kaynakları, dayanakları, İslâm hukuk kaynaklarında sorumluluk anlamını karşılayan bazı terimler, sorumluluk fikrinin tarihî gelişimi, sorumluluk hukukunun gayesi, kusura dayanan sorumluluğun zararlı fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur, illiyet bağı unsurları ile kusursuz sorumluluğun gelişim sebeplerini inceledik. Kusurlu sorumluluğun yanında bir de “kusursuz sorumluluk teorisi” geliştirmeye çalıştık. Bu bölümde klâsik fıkıh kaynaklarından özellikle yapı mâliklerine ilişkin olan örnekleri seçtik.

*İkinci bölümde*, yapı (bina), yapı mâlikleri, yapı mâliklerinin özen ve kusursuz sorumluluğu, sorumluluk şartları, yapı mâliklerinin sorumluluğu kapsamı bağlamında taşkın, teferruat, emniyet tedbirlerini tedarik etme, enkaz ve üst hakkı sorumluluğu meselelerini ele aldık.

*Üçüncü bölümde*, yapı mâliklerinin hukukî sorumluluğunun hüküm ve neticeleri bağlamında tazminat kavramı, tazminat davası ile tarafları, yapı mâliklerinin zararı izâle sorumluluğu, zararın kapsamı, tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak bazı esaslar, tazminat biçimi, yapı mâliklerinin sorumlu tutulamayacağı haller ve mâlikin rücû' hakkını inceledik.

Tezimizde Borçlar hukuku kavram, kuram ve sistematüğinden büyük oranda istifade etmeye çalıştık. Diğer yandan mezhepler arasındaki fark ve benzerlikleri tespit ederek bazı mukayeseler yaptık. Tezimizde ulaştığımız önemli hususları “sonuç” başlığı altında topladık. “Kaynaklar” kısmında müracaat ettiğimiz eserlerin yazarları,

yazarların ölüm tarihleri, varsa baskı sayıları, yayınevi, baskı yerleri, baskı tarihleri ile ilgili bilgiler, yazarlarının soyadları veya meşhur oldukları isimleri dikkate alarak alfabetik sıraya göre dizinledik.

Tezimi ben hazırladım. *Ancak beni de hocalarım hazırladı.* Bu süreçte hocalarımın bana çok önemli katkıları oldu. Öncelikle katkılarından dolayı danışman hocam Prof. Dr. Ali KAYA Beye en içten saygı ve şükranlarımı sunarım. Tez izleme komitesi üyesi olarak rehberlik ve tez takibi konusundaki katkılarından dolayı hocalarım Prof. Dr. H. İbrahim ACAR ve Prof. Dr. Muhammet TARAKÇI Beylere de çok minnettarım. Ayrıca kendilerine her müracaat ettiğimde yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. Recep CİCİ Beye de şükranlarımı sunarım. Dahası mevzû‘ (pozitif/müşpet) hukuka ilişkin materyal hususunda sağladıkları zengin katkıları için İstanbul, İzmir ve Zonguldak Baroları üyesi/müntesibi avukat dostlarıma da teşekkür etmeyi ifası mühim bir borç olarak bilirim.

Bu arada enstitü ile ilgili işlemlerimde bana yardımcı olan UÜSBE personeli ile *yapı mühendisliği ve mimarlık bilimi* alanında önemli katkılarını gördüğüm KTÜ İnşaat Mühendisliği Yapı Malzemesi Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Şakir ERDOĞDU Beye, arkadaşım Mimar Mustafa KUMAŞ Beye, ayrıca sabır ve desteklerinden dolayı değerli *eşime* teşekkür ederim.

Çalışmamızı yararlı kılmasını insana bilmediğini öğreten Hz. Cenâb-ı Allah’tan ısrarla niyaz ediyorum. İlâveten gençlik yıllarımdan itibaren içimde *ülküleşen* sonrasında da *ukdeleşen* doktora yapmayı bana nasip eden Rabbime çokça hamd ü senâlar ediyorum. Zira ilerleyen yaşımda; *“benim başarım sadece Allah’ın yardımı iledir; Ona dayandım, Ona yöneliyorum”* (Hûd, 11/88). *“O ne güzel Mevlâ ve ne güzel yardımcıdır!”* (Enfâl, 8/40).

**Mehmet ERGÜN**  
**Bursa- 26/11/2018**

# İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	i
DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU.....	ii
YEMİN METNİ .....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT .....	v
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER .....	ix
KISALTMALAR .....	xvi
GİRİŞ .....	1
I. KONUNUN ÖNEMİ .....	1
II. KONUNUN SINIRLARI .....	6
III. KONUNUN KAYNAKLARI .....	10
IV. KONUNUN SUNUMU .....	12
V. ÇALIŞMA METODU .....	13
VI. TERMİNOLOJİ SORUNU .....	14

## BİRİNCİ BÖLÜM

### SORUMLULUK KAVRAMI

I. SORUMLULUĞUN TANIMI, KONUSU VE KAYNAKLARI .....	18
A) SORUMLULUĞUN TANIMI.....	18
1) Sözlük Anlamı .....	18
2) Terim Anlamı.....	19
B) SORUMLULUĞUN KONUSU.....	21
1) Kişi ile Sorumluluk.....	21
2) Mal Varlığı ile Sorumluluk.....	22
C) SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI.....	23

1) Akdî Sorumluluk .....	24
2) Akit Dışı Sorumluluk.....	26
II. İSLÂM HUKUKUNDA SORUMLULUK .....	28
A) İSLÂM HUKUKUNDA SORUMLULUĞUN HUKUKÎ DAYANAKLARI ..	29
1) Kitâp .....	29
2) Sünnet .....	30
B) İSLÂM HUKUKU KAYNAKLARINDA SORUMLULUK ANLAMINI KARŞILAYAN BAZI TERİMLER.....	31
1) Zimmet.....	31
2) Damân.....	31
3) ‘Uhde.....	32
4) Garâmet.....	33
5) Cebr.....	33
6) İltizâm .....	34
7) Mesuliyet .....	34
8) Teklîf.....	34
9) Vazîfe.....	35
10) Emânet .....	35
11) Mûceb .....	36
12) Taahhüt .....	36
13) Vâcip veya Vecîbe .....	36
14) Deyn.....	37
C) SORUMLULUK FİKRİNİN TARİHÎ GELİŞİMİ .....	37
1) İslâm Öncesi Arap Toplumunda Sorumluluk Fikri .....	37
2) İslâmiyet Sonrası Dönemde Sorumluluk Fikri .....	40
D) SORUMLULUK HUKUKUNUN GAYESİ .....	44
III. SORUMLULUK ÇEŞİTLERİ .....	44
A) KUSURA DAYANAN SORUMLULUK .....	45
1) Kusura Dayanan Sorumluluğun Tanımı.....	45
2) Kusura Dayanan Sorumluluğun Unsurları.....	47
a) Zararlı Fiil .....	47
b) Hukuka Aykırılık .....	51

(1) Hukuka aykırılık kavramı.....	51
(2) Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller.....	54
aa) Hakkın kullanılması .....	54
bb) Yetkili makamın izni .....	56
cc) Görevin ifası.....	58
dd) Meşru müdafaa .....	60
ee) Zaruret .....	62
ff) Zarar görenin rızası .....	64
gg) İhkâk-ı hak.....	65
hh) Üstün nitelikte kamu yararı veya üstün nitelikte özel yarar bulunması .....	67
ıı) Bilimsel eleştiriler .....	68
c) Zarar .....	69
d) Kusur.....	73
(1) Kusur kavramı .....	73
(2) Kusur çeşitleri.....	76
aa) Kasıt .....	76
bb) İhmal .....	77
(3) Kusur ehliyeti .....	79
(4) Kusuru veya kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler .....	81
aa) İkrâh .....	81
bb) Müterafik kusur.....	83
e) İliyet Bağı .....	84
(1) İliyet bağı kavramı .....	85
(2) Uygun illiyet teorisi.....	86
(3) Mübâşeret ve tesebbüp hallerinde illiyet bağı .....	86
aa) Mübâşeret halinde illiyet bağı .....	87
bb) Tesebbüp halinde illiyet bağı.....	88
(4) Birden çok sebep veya fâilin bulunması halinde illiyet bağı.....	90
aa) Doğrudan zarar verenin veya mübâşirin sorumluluğu .....	90
bb) Dolaylı zarar verenin veya mütesebbibin sorumluluğu .....	91
cc) Mübâşir ile mütesebbibin müşterek sorumluluğu .....	92



(5) İlliyet bağıını kaldıran veya kesen sebepler .....	93
aa) Üçüncü şahsın fiili.....	93
bb) Mağdurun kendi fiili .....	94
cc) Mücbir sebep .....	95
B) KUSURSUZ SORUMLULUK.....	96
1) Kusursuz Sorumluluğun Tanımı .....	97
2) Kusursuz Sorumluluğun Unsurları .....	98
3) Kusursuz Sorumluluk Düşüncesinin Gelişim Sebepleri.....	98
a) Sanayi Devrimi ve Teknik Gelişmeler.....	99
b) Kusuru İspatlamamanın Zorluğu .....	99
c) Kusur İlkesinin Yetersizliği .....	100
d) Tazminat Hukukunda Sosyal Düşüncenin Hâkim Konuma Gelmesi.....	100
4) Kusursuz Sorumluluk Düşüncesinin Dayanakları .....	101
a) Menfaat ve Mazarrat Dengesi Prensibi.....	101
b) Objektif İhtimam Vazifesi = Genel Özen - Dikkat Gösterme Fikri .....	102
c) Egemenlik= Hâkimiyet - Hukukî Alan Fikri.....	103
d) Tehlike Fikri = Tehlike Esası - Risk Sorumluluğu Fikri .....	103
e) Fedakârlığın Denkleştirilmesi Fikri .....	104
f) Hakkaniyet Fikri.....	105
g) Hukuka Aykırılık Fikri .....	105
h) Anormallik Fikri .....	106

## İKİNCİ BÖLÜM

### İSLÂM HUKUKUNDA YAPI MÂLİKLERİNİN SORUMLULUĞU

I. YAPI KAVRAMININ TANIMI VE KAPSAMI.....	108
A) YAPI KAVRAMININ TANIMI.....	108
B) YAPI KAVRAMININ KAPSAMI .....	112
1) Sabitlik ve Toprağa Bağlılık Esası.....	109
2) İnsan Emeğinin Sonucu (Sun‘i) Olma Esası .....	110
II. YAPI MÂLİKLERİ KAVRAMI.....	112
A) YAPI MÂLİKLERİ KAVRAMININ TANIMI VE KAPSAMI.....	112
B) YAPI MÂLİKLERİNİN ÖZEN VE KUSURSUZ SORUMLULUĞU.....	115

C) YAPI MÂLİKLERİNİN SORUMLULUK ŞARTLARI .....	120
1) Bina veya Diğer Bir Yapı Eserinin Mevcûdiyeti.....	120
2) Bina veya Diğer Bir Yapı Eseri Mâlikinin Mevcûdiyeti .....	120
3) Bina veya Diğer Bir Yapı Eserinden Fena Yapım (Yapım Bozukluğu) Sebebi ile Bir Zararın Vuku Bulması.....	121
4) Bina veya Diğer Bir Yapı Eserinden Bakım Eksikliği (Muhafazadaki Kusur) Sebebi ile Bir Zararın Vuku Bulması.....	126
a) Yapı Mâlikinin Sorumlu Olmaması.....	126
b) Yapı Mâlikinin Olması .....	127
(1) Bina mâlikinin ikaz edilmiş olması halinde sorumlu tutulması.....	127
aa) İkazda bulunan kişi ikaz ve uyarıda bulunma hakkına sahip olmalıdır.....	127
bb) İkazda bulunan kişi âkıl ve mümeyyiz olmalıdır.....	128
cc) Kendisine ikaz yapılacak olan kişi yetkili bir kişi olmalıdır.....	128
dd) Yetki zararın vukuu anına kadar devam etmiş olmalıdır.....	129
ee) İkazdan sonra mâlike binayı yıkmaya veya onarmaya yetecek kadar, uygun bir süre tanınmalıdır.....	129
ff) İkaz, ortaklardan her birine yapılmış olmalıdır.....	130
gg) Yıkılmaya yüz tutmuş olan yapı icâreteynli bir vakfa ait ise, ikaz, vakfın mütevellisine yapılmalıdır .....	131
hh) İkazın şahitleri bulunmalıdır .....	131
(2) Bina mâliki ikaz edilmediğinde sorumlu tutulmaması.....	133
5) Zararın Vuku Bulması .....	133
6) İliyet Bağının Bulunması.....	135
7) Bina Mâlikinin Kurtuluş Beyyinesi İleri Sürememesi .....	136
a) Binanın Başlangıçta Sağlam Bir Şekilde İnşa Edilmemiş Olması.....	137
b) Binanın Başlangıçta Sağlam Bir Şekilde İnşa Edilmiş Olması .....	138
(1) Yapı Mâlikinin Sorumlu Olmaması.....	138
(2) Yapı Mâlikinin Sorumlu Olması.....	138
aa) Bina mâliki ikaz edilmiş ise .....	138
bb) Bina mâliki ikaz edilmemiş ise.....	139
(3) Yapı tehlike arz ediyor ise.....	140

(4) Yapı yüksek tehlike arz ediyor ise.....	140
III. YAPI MÂLİKLERİNİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI.....	141
A) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN KOMŞU ARAZİYE TAŞMASI .....	141
B) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN MÜTEMMİM CÜZ YA DA EKLENTİLERİ (MULHÂKÂT) .....	144
1) Mâlikîlerin Görüşü.....	146
2) Cumhûr'un (Hanefî, Şâfî ve Hanbelîlerin) Görüşü .....	147
C) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN EMNİYET TEDBİRLERİNİ TEDARİK ETME SORUMLULUĞU .....	149
D) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN ENKAZ VE HAFRİYAT SORUMLULUĞU .....	153
E) YAPI MÂLİKLERİNİN ÜST HAKKI SORUMLULUĞU (HAKKU'T- TE'ÂLLÎ=SUPERFİCİES) .....	159
1) Yapı İçin Kesinlikle Zararlı Olan Tasarruflar (ed-Darâru'l-Beyyinu) .....	162
2) Yapı İçin Kesinlikle Zararsız Olan Tasarruflar .....	163
3) Yapı İçin Zararlı Olup Olmadığı Bilinmeyen Şüpheli Tasarruflar.....	163

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE NETİCELERİ

I. BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN VERDİĞİ ZARAR NEDENİYLE SORUMLULUK.....	166
II. BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN VERDİĞİ ZARAR NEDENİYLE TAZMİNAT DAVASI.....	167
A) TAZMİNAT KAVRAMI VE TANIMI.....	167
B) TAZMİNAT DAVASI VE TARAFLARI .....	168
1) Davacı.....	169
2) Davalı.....	169
a) Müstakil Mülkiyette Davalı .....	169
b) Müşterek Mülkiyette Davalı .....	170

c) Kat Mülkiyetinde Davalı.....	172
d) Kamu Tüzel Kişiliğinde Davalı .....	174
<b>III. BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN TAZMİNLE</b>	
<b>SORUMLU OLDUĞU ZARAR VE KAPSAMI .....</b>	<b>174</b>
<b>A) ZARARIN KAPSAMI.....</b>	<b>175</b>
1) Maddî Zarar .....	177
a) Mala Verilen Zararlar.....	179
b) Menfaatlere Verilen Zararlar .....	180
c) Cana ve Vücut Bütünlüğüne Verilen Zararlar .....	181
2) Manevî Zarar .....	187
<b>B) İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....</b>	<b>188</b>
<b>C) TAZMİNATIN HESAPLANMASI VE RÜCÛ‘ HAKKI.....</b>	<b>188</b>
1) Tazminatın Biçimi .....	192
2) Yapı Mâliklerinin Sorumlu Tutulamayacağı Haller .....	193
a) Yapı Mâliki Usta Arayışında İken .....	194
b) Yapı Mâliki Tamir veya Yıkım İşlemine Başladıktan Sonra .....	195
c) Mağdurun Tecil ve İbrâsı.....	195
d) Zamanaşımı.....	195
3) Bina veya Diğer Bir Yapı Eseri Mâlikinin Rücû‘ Hakkı.....	197
a) Yükleniciye (Usta, Mimar, Mühendis ve Müteahhide) Rücû‘ Hakkı.....	198
b) Eski Mâlike Rücû‘ Hakkı .....	199
4) Yüklenici Firmanın (Usta, Mimar, Mühendis ve Müteahhit) Sorumluluğu .	201
5) Yapı Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu.....	203
6) Terekeye Taalluk Eden Bir Borç Olması Hâli.....	205
<b>SONUÇ.....</b>	<b>207</b>
<b>KAYNAKLAR .....</b>	<b>213</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>231</b>

## KISALTMALAR

- AB** : Avrupa Birliği  
**ABD** : Ankara Barosu Dergisi  
**AD** : Adalet Dergisi  
**a.g.e.** : Adı geçen eser  
**a.g.m.** : Adı geçen makale  
**a.g.s.** : Adı geçen sözlük  
**a.g.tz.** : Adı geçen tez  
**AMK** : Alman Medeni Kanunu  
**(a.s)** : ‘Aleyhi’s-selâm  
**AİTİA** : Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi  
**AÜEHFD** : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi  
**AÜHF** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
**AÜHFD** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
**AÜİF** : Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi  
**B.** : Baskı  
**b.** : İbn, Bin  
**BK** : 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı (yeni) Borçlar Kanunu  
**Bkz.** : Bakınız  
**bsy.** : Baskı sayısı yok  
**by.** : Baskı yeri yok  
**c.** : Cilt  
**DEÜ** : Dokuz Eylül Üniversitesi  
**DEÜHFD** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
**DEÜSBE** : Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**DİA** : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi  
**DİB** : Diyanet İşleri Başkanlığı  
**E.** : Esas  
**eBK** : 01.07.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılan 818 sayılı (eski)  
Borçlar Kanunu



- EKEV** : Erzincan Kùltür ve Eğitimi Vakfı Akademi Dergisi  
**eMK** : 01.01.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılan 743 sayılı (eski) TMK  
**EÜİTBF** : Ege Üniversitesi İktisadî ve Ticarî Bilimler Fakùltesi  
**EÜİFD** : Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakùltesi Dergisi  
**FMK** : Federal Mahkeme Kararları  
**h.** : Hicrî  
**HD.** : (Danıştay veya Yargıtay) Hukuk Dairesi  
**HHY.** : Hasta Hakları Yönetmenliği  
**HMK.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu  
**HUMK.** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu  
**H.z.** : Hazreti  
**İBK** : İsviçre Borçlar Kanunu  
**İÜHF** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakùltesi  
**K.** : Karar  
**Karş.** : Karşılaştırınız  
**K.d.z.** : Karadeniz  
**KMK** : 23.06.1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu  
**KTÜ** : Karadeniz Teknik Üniversitesi  
**MÜHFD** : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Dergisi  
**MÜİFV** : Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakùltesi Vakfı  
**m.** : Milâdî  
**md.** : Madde  
**MK** : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu  
**nşr.** : Neşreden  
**ö.** : Ölüm tarihi  
**(r.a)** : Radıyellâhu ‘anh  
**s.** : Sayfa  
**sa.** : Sayı  
**(s.a.v)** : Sallellâhu ‘aleyhi vesellem  
**ss.** : Sayfadan sayfaya  
**ŞİA** : Şâmil İslâm Ansiklopedisi  
**t.** : Tarih, tarihli

<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>T.C.</b>	: Türkiye Cumhuriyeti
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TDK</b>	: Türk Dil Kurumu
<b>TDV</b>	: Türkiye Diyanet Vakfı
<b>thk.</b>	: Tahkik eden
<b>TMK</b>	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>ts.</b>	: Tarihsiz
<b>TBBĐ</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>UÜ</b>	: Uludağ Üniversitesi
<b>UÜİFD</b>	: Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
<b>UÜSBE</b>	: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
<b>vb.</b>	: Ve benzeri
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>‘v.d’.</b>	: Ve diğerleri
<b>vs.</b>	: Vesaire
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>YD</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>YDHK</b>	: 13. 07. 2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi (Yıl/Sayı, sayfa)
<b>YÜHFD</b>	: Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>yy.</b>	: Yayın yeri yok

# GİRİŞ

## I. KONUNUN ÖNEMİ

“İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” konulu; giriş, üç bölüm, sonuç ve kaynaklardan oluşan tezimizin omurga kavramlarından biri “sorumluluk=mesuliyet”<sup>1</sup> terimidir. Diğerleri ise sırasıyla “yapı=bina”<sup>2</sup>, “mâlik”<sup>3</sup> ve “kusur”<sup>4</sup> kavramlarıdır. Bu kavramlardan her biri hukukî açıdan önemli olup araştırmamızda her bir kavramı ilgili bölümde etraflıca ele alacağız.

Tezin konusu yeryüzünün imar ve ıslahını emreden Kanun Koyucu’nun (Şârî‘) irâdesi açısından önemlidir. Çünkü O, evrenin ifsadını yasaklamakta<sup>5</sup>, imar ve ıslahını emretmektedir.<sup>6</sup> Dahası azgınlıklarına rağmen sağlam, estetik, plânlı<sup>7</sup>, ustaca şehirler ve yapılar inşa eden kavimleri<sup>8</sup> dikkatlere sunmakta, yaşanılır ortamlar ve mekânlar bina

<sup>1</sup> **Sorumluluk=mesuliyet**, haksız fiilden veya kanundan yahut akitten doğan ve tazminatı gerektiren bir müeyyide ya da hukuka aykırı bir fiilin verdiği zararı giderim yükümlülüğü demektir. Bkz. Selâhattin Bağdatlı, *Hukuk Sözlüğü (AB Hukuku Terimleri İlâveli)*, 3. B., İstanbul, Derin Yayınları, 2012, s. 600; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 4. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013, s. 368; Selâhattin Sulhi Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 6. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s. 22-29.

<sup>2</sup> **Yapı=bina**, ev, apartman, ahır, ağıl gibi insan emeği ile meydana getirilen ve toprağa bağlı olan şey demektir. Bkz. Ahmet Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I-II, 2. B., İstanbul, Arkadaş Matbaası, 1943, I, 612, 613; Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 9. B., İstanbul, Seyran Basımevi, 1984, s. 89; Henri Deschenaux, Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çeviren: Salim Özdemir, bsy., Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983, s. 95, 96.

<sup>3</sup> **Mâlik**, herhangi bir mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip kişi demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 435.

<sup>4</sup> **Kusur**, kasıt, ihmal ya da tedbirsizlik nedeniyle meydana gelen hukuk kurallarına aykırı hâl demektir. Hukukî mesuliyetin belirlenmesinde kusurun fonksiyonu önemli bir etken olup kural olarak kusurlu fiil ceza ya da tazminatla giderilir. Karş. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 411; Turgut Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler - Özel Borç Münasebetleri)*, 3. B., Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 63, 64; Kemal Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku (Akit Dışı Sorumluluk)*, 2. B., İstanbul, Seçil Ofset Matbaacılık, 2013, s. 144-146.

<sup>5</sup> Bkz. Bakara, 2/205; A‘râf, 7/56.

<sup>6</sup> Bkz. Tevbe, 9/18, 19; Hûd, 11/61.

<sup>7</sup> Bkz. A‘râf, 7/74; Hicr, 15/82; Şu‘arâ, 26/149; Rûm, 30/9; Sebe‘, 34/15, 16; Fecr, 89/6-14.

<sup>8</sup> “Dağlardan ustaca evler oyup yapıyorsunuz” (Şu‘arâ, 26/149) âyetindeki “fârihîn” kelimesinden Semûd kavminin özenle ve ustaca (*hâzikîn*) yapılar inşa ettiğini öğreniyoruz. Bkz. Celâleddîn Mahallî, Celâleddîn Süyûtî, *Tefsîrül-Celâleyn*, I-II, bsy., İstanbul, Salâh Bilici Kitabevi Yayınları, ts., II, 80.

edilmesini işaret ve emir buyurmaktadır.<sup>9</sup> Kezâ, helâk edilen bazı kavimlerin bakımsız, metruk, harabeye dönmüş ibretâmiz ev/hâne ve yurtlarını nazarlara sunmaktadır.<sup>10</sup>

“*İslah edilmesinden sonra yeryüzünde bozgunculuk yapmayın*”<sup>11</sup> âyetinin tefsirinde Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır (ö. 1942) şunları söyler: “*Allah Teâlâ arzı yaratıp nizamına koymuş, menâfi‘ ve mesâlihinize sâlih bir surette ifrağ eylemiş ve bir vakte kadar onu size karargâh ve maişet ve intifanız için bir mekân yapmış, mazarrat ve menfaatinizi onun fesâd<sup>12</sup>, ıslâh ve salâhında<sup>13</sup> raptetmiş ve sonra sizi bunun ıslâh ve fesâdından mesul tutmuş (...). Arzın ıslâhından sonra üzerinde te'addî ve fesâd çıkarmayınız (...). Hedefiniz tahrip değil; imar<sup>14</sup>, bozmak değil; yapmak, fesâd değil; salâh olsun. İnsan daha iyisini yapamayacağı hiç bir şeyi bozmamalı ve her ne de tasarruf ederse bir fikr-i salâh ile tasarruf etmeli, fâidesiz yere bir habbenin bile ifsâd ve itlâfından sakınmalıdır...*”<sup>15</sup>

Bilindiği gibi, fesat; ıslah ve imarın zıddı olup, bir şeyin az ya da çok itidalden çıkması demektir. Dolayısıyla *dine, akla, mala, namusa ya da nefse* saldıran her şey fesattır, bozgunculuktur. Gazzâlî'ye (ö. 505/1111) göre, beş temel esasın muhafazasını sağlayan her şey maslahattır. Yine beş temel esası ortadan kaldıran her şey mefsedettir. Mefsedetin giderilmesi ise bir maslahattır.<sup>16</sup> Binaenaleyh *yapı mâliklerinin sorumluluğu* konusu nerede ise beş temel esasın beşini<sup>17</sup> de kapsamaktadır.

<sup>9</sup> Bkz. Rûm, 30/ 41; Sebe', 34/15-19; Fecr, 89/6-14.

<sup>10</sup> Bkz. A'râf, 7/92; Hûd, 11/94, 95; Neml, 27/52.

<sup>11</sup> A'râf, 7/56.

<sup>12</sup> Salâh-fesâd ilişkisi için bkz. Ömer Dumlu, *Kur'ân-ı Kerîm'de Salâh Meselesi*, 2. B., Ankara, DİB Yayınları, 1997, s. 10-13.

<sup>13</sup> **İslâh=salâh**, iyi duruma getirme, bozuk ve eskimiş taraflarını düzeltme, iyileştirme, eksikliklerini giderme, mükemmelleştirme anlamlarına gelir. Bkz. D. Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, 11. B., by., İz Yayıncılık, 1996, s. 511, 948.

<sup>14</sup> **İmar**, mamûr, bayındır hâle getirme, şenlendirme, şehirleri belli bir plân dâhilinde düzenleyip geliştirmek demektir. Bkz. Doğan (D. Mehmet), *a.g.e.*, s. 539; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 324.

<sup>15</sup> Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dîni Kur'ân Dili Türkçe Tefsir*, I-X, bsy., İstanbul, Eser Neşriyat, 1982, III, 2195, 2196.

<sup>16</sup> Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî, *el-Müstasfâ min 'İlmi'l-Usûl*, I-II, bsy., Beyrût, Dâru'l-Erkâm, ts., I, 287; Ayrıca İslâm hukukunun genel gayesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Muhammed Tâhir b. Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi Gaye Problemi (Mekâsıdu's-Serî'ati'l-İslâmiyye)* Notlar Ekleyerek Çevirenler: Vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan, 2. B., İstanbul, İz Yayıncılık, 1996, s. 119-150.

<sup>17</sup> **Ed-darûrâtü'l-hamse=el-usûl el-hamse**, Şâri'in korunmasını emrettiği beş zorunlu ilke demektir. Bunlar da din, hayat, akıl, nesil ve maldır. Bkz. 'Abbâs Şoman, *'İsmetü't-Dem ve'l-Mâl fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 1. B., Kahire, ed-Dâru's-Sekâfiyyetü li'n-Neşr, 1419/1999, s.19; Zekiyüddîn Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, Notlar Ekleyerek Tercüme Eden: İbrahim Kâfi Dönmez, 19. B., Ankara, TDV Yayınları, 2014, s. 414; Süleyman Uludağ, *İslâm'da Emir ve Yasakların Hikmeti*, 7. B., Ankara, TDV Yayınları, 2003, s. 5, 6.

Bu konu “*ismet-i emvâl*”<sup>18</sup> ve “*ismet-i mukavvime*”<sup>19</sup> “*tazminat=giderim*” yani zararın izâlesi kısmında etraflıca ele alınacaktır.

Hızır (a.s) ile birlikte yolculuklarında<sup>20</sup> kendilerini misafir etmekten kaçınan faziletsiz bir şehir halkının yıkılmaya yüz tutmuş duvarını ücret almadan derhal tamir edip doğrultuvermesi<sup>21</sup>; insana bayındırlık özeni ve onun yeryüzünün halifesi<sup>22</sup> olduğunun sorumluluğunu ikaz ediyor.

Şârî‘ Teâlâ’nın huzur ve sükûn kaynağı olarak tanımladığı evler<sup>23</sup> ve yapılar *fena yapım* veya *bakım eksikliği* sebepleri ile can, mal kayıplarına (itlâf), yaralanmalara ve üzüntülere sebep olabilmektedir. Bu ve benzeri sebeplerle ki, esenlikle tamamlanan bir yapı için veya bir ev satın alınıp taşınıldığında ikram edilen sevinç yemeği *vekîre*<sup>24</sup>; âdeta ev ve hânelerin selâmeti için fiili niyaz makamında bir âdettir. Zira fena yapım<sup>25</sup> ve bakım eksikliği<sup>26</sup> sebebi ile bu yapılar âdeta amansız tuzaklara, hatta şiddetli depremlerde kitle imha silâhlarına dönüşebilmektedir. Ve her ne kadar yıkıntı altında

<sup>18</sup> **İsmet-i emvâl=ismet-i mülk**, malların dokunulmazlığı ilkesi demektir. Bu nedenle kasıtsız bile olsa itlâf edilen mal tazmin edilir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 213; Recep Şentürk, “*İsmet*”, *DİA*, c. XXIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 137-138.

<sup>19</sup> **İsmet-i mukavvime**, canın dokunulmazlığı, şahsî dokunulmazlık ilkesi demek olup, tecavüzü halinde kısas veya mali tazminat gerekir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 213, 214. Genel anlamda “*ismet*” ilkesinin Kur’ân’dan dayanağı, “Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı, bâtil ile aranızda yemeyiniz. Ve kendinizi öldürmeyin” Nisâ, 4/29 âyetidir. Bkz. Mevsîlî, ‘Abdullâh b. Muhammed b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li Ta’lîl-i-Muhtâr*, I-V, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1991, III, 59; Şoman, *‘İsmetü’t-Dem ve’l-Mâl fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*, s. 5, 8. *Sünnet’ten dayanağı ise*, “İnsanlar! Bu günleriniz nasıl mukaddes bir gün ise, bu aylarınız nasıl mukaddes ay ise, bu şehriniz (Mekke) nasıl bir mübarek şehir ise, canlarınız, mallarınız, namuslarınız da öyle mukaddestir, her türlü tecavüzden korunmuştur” hadisidir. Bkz. Buhârî, Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. İsmâ’îl, *Sahîhu’l-Buhârî*, I-VIII, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, “Nikâh”, 80, “Edeb”, 31, 85, “Rikâk”, 23; Müslim, Ebu’l-Hüseyin Müslim b. Haccâc, *el-Câmi’u’s-Sahîh*, I-III, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, “İmân”, 74, 75, 77.

<sup>20</sup> Kehf, 18/77.

<sup>21</sup> Yazır, *Hak Dîni Kur’ân Dili Türkçe Tefsir*, V, 3267, 3268.

<sup>22</sup> Bakara, 2/30.

<sup>23</sup> Nahl, 16/80.

<sup>24</sup> **Vekîre**, bir yapı veya inşaatın bitiminde yahut yeni bir eve taşınması halinde verilen yemek/ziyafet demektir. Bkz. Karahisârî, Muslihuddîn Mustafâ b. Şemseddîn, *Ahterî-i Kebîr*, I-II, Matba‘a-i Âmire, İstanbul, 1310/1892, II, 439; Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 6. B., Ankara, Aydın Kitabevi, 1984, s. 1376; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 602.

<sup>25</sup> [http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/\(01.03.2017\)](http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/(01.03.2017)); [http://www.sabah.com.tr/yasam/2017/02/16/yolda-yururken-kafasina-pencere-dustu/\(19.05.2017\)](http://www.sabah.com.tr/yasam/2017/02/16/yolda-yururken-kafasina-pencere-dustu/(19.05.2017)).

<sup>26</sup> [http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/\(01.03.2017\)](http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/(01.03.2017)); [http://www.sabah.com.tr/yasam/2017/02/16/yolda-yururken-kafasina-pencere-dustu/\(19.05.2017\)](http://www.sabah.com.tr/yasam/2017/02/16/yolda-yururken-kafasina-pencere-dustu/(19.05.2017)). Ayrıca kimliği belirsiz olan bazı şahısların bazen girip çıktıkları metruk bir yapıda çıkan yangının zararından bina mâlikleri sorumludur. Bu konuda Yarg. 4, HD, 31. 01. 2008, E. 2007/13963, K. 2008/956 (YKD 2009/2, 241). Bkz. Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 13. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 146. Yargıtay emsal kararı için bkz. Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 25. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 191, 192.



kalarak ölenler şehit kabul edilse de<sup>27</sup>, özensiz/fena inşa edilen, bakımsız bırakılan yapılar el-Hâkim'in<sup>28</sup> yasakladığı<sup>29</sup>, Sünnet'in tasvip etmediği<sup>30</sup> ve "ihsan"<sup>31</sup> anlayışına aykırı olan bir fiildir.

Hz. Peygamber'in (s.a.v) bi'setten önce m. 605 tarihinde Kâbe'nin tamirinde bizzat etkin görev alması, Haceru'l-Esved'in yerinin tayin ve tespiti konusunda hakemlik yapması<sup>32</sup>, aile reisi olarak evinin eksikliğini gediğini takip edip gidermesi<sup>33</sup>, *özen ödevi* ve *sorumluluk hukuku* açısından çok önemli fikhî açılımlara imkân sağlayacağı kanaatindeyiz. Çünkü ayakkabısını tamir eden bir elçi, evleviyetle bu fiili ile bir "sorumluluk hukuku dersi/bilinci" vermektedir.

Sebepsiz zenginleşme gibi<sup>34</sup>, yapı mâliklerinin hukukî sorumluluğu konusu da klâsik fıkıh sistematiği içinde serpiştirilmiş birçok mesele ile (kazuistik=meseleci yöntem=farazî hukuk=case law)<sup>35</sup> ilk devir hukukçuları tarafından ele alınmıştır. Bu

<sup>27</sup> Bkz. Buhârî, "Cihâd", 30; Müslim, "İmâre", 164.

<sup>28</sup> **El-Hâkim**, bütün İslâm bilginleri birinci anlamda el-Hâkim'in Allah Teâlâ olduğu hususunda fikir birliği içindedirler. Bkz. Şa'bân, *a.g.e.*, s. 273; Vehbe Zuhaylî, *Fıkıh Usûlü*, Çeviren: Ahmet Efe, 3. B., İstanbul, Risale Yayınları, 2014, s. 155.

<sup>29</sup> Bkz. Bakara, 2/195.

<sup>30</sup> Bkz. Hâşimî, es-Seyyid Ahmed el-Hâşimî, *Muhtâru'l-Ehâdis'in-Nebeviyye*, Tercüme: A. Aydın, A. Fikri Yavuz, 5. B., İstanbul, 1981, Hadis No:1383.

<sup>31</sup> **İhsân**, "...her ne kadar sen Onu görmüyorsan da, O seni muhakkak görmektedir." Buhârî, "İmân", 1; Müslim, "İmân", 1. Ayrıca İslâm-ihsân ilişkisi için bkz. İsmail Lütfi Çakan, "*İslâm Standardı ya da İhsan Kalitesi*", *Altınoluk Dergisi*, sa. 34, 1988, ss. 9, s. 9.

<sup>32</sup> Kâbe'nin tamiri konusu *Fıkhu's-Sîre* açısından pek çok fikhî çıkarımlara kapı açabilecek nitelikte bir olaydır. Bkz. Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I-II, Çeviren: Salih Tuğ, 4. B., İstanbul, İrfan Yayınevi, 1980, I, 74-76; Ali Himmet Berki, Osman Keskiöğlü, *Hâtemü'l-Enbiyâ Hz. Muhammed ve Hayatı*, 21. B., Ankara, DİB Yayınları, 2001, s. 52-54; Muhammed Gazalî, *Fıkhu's-Sîre (Resûlüllah'ın Hayatı)*, Çeviri: Resul Tosun, bsy., İstanbul, Risale Yayınları, 2005, s. 82-85.

<sup>33</sup> Hz. Âişe'nin (r.a) anlatımıyla Hz. Peygamber (s.a.v), "*Ev halkına işlerinde yardım ederdi. Elbisesinin söküğünü diker veya yamar, ayakkabısını tamir ederdi. Ezanı duyunca da namaza giderdi.*" Buhârî, "Nafakât", 8. Bu konuda geniş malumat için bkz. Nedvî, Ebu'l-Hasen en-Nedvî, *Rahmet Peygamberi*, Çeviren: Abdülkerim Özeydin, bsy., İstanbul, İz Yayıncılık, 1992, s. 411-414; İbrahim Sarıçam, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, 4. B., Ankara, DİB Yayınları, 2005, s. 284-293.

<sup>34</sup> Bkz. Ali Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, bsy., İstanbul, Bayrak Matbaası, 2005, s. 27.

<sup>35</sup> **Case law= kazuistik=meseleci yöntem=farazî hukuk**, İngiliz hukuk sisteminde Fetâvâ ve Nevâzil kitaplarına benzer olaylar ve örnekler içeren bir hukuk şeklidir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 67. Bu konuda teferruatlı bilgi için bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, 7. B., Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 80; Osman Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, bsy., Ankara, DİB Yayınları, Ayyıldız Matbaası, 1984, s. 19, 65, 120; Abdulvahhâp Hallâf, *İslâm Hukuku Felsefesi (İlmu Usûlü'l-Fikh)*, Giriş ve Notlar Ekleyerek Çeviren: Hüseyin Atay, 2. B., Ankara, AÜİF Yayınları, 1985, s. 77 vd.; Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çeviren: Abdülkadir Şener-Mehmet Dağ, 2. B., Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1986, s. 208 vd.; Abdülkadir Şener, *İslâm Hukuku Dersleri I*, 2. B., İzmir, DEÜ Yayınları, DEÜ Matbaası, 1992, s. 45; Yunus Vehbi Yavuz, *Çağdaş Fıkıh Problemleri*, bsy., Bursa, Feyiz Yayınları, 2008, s. 40, 41, 46; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, 9. B., İstanbul, İz Yayıncılık, 2012, s. 41; Saffet Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 3. B., İstanbul, Hikmet Yayınları, 2013, s. 37, 65, 163, 177; Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 11. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 72, 157, 377.

hukukî malzemeye usûl ve kavâ'id eserlerinin yanında; furû' kaynaklarının icâre, gasp, itlâf, mübâşeretle itlâf, tessebbüben itlâf, cinâyât ve cinâyât-i hâit gibi başlıklar altında rastlamak mümkündür.

Konu ile ilgili tespit edebildiğimiz ilk müstakil eser ise, eş-Şeyh el-Mürçî es-Sakafî el-Hanefî'nin (ö. 478/1085) "*Kitâbu'l-Hîtân*" (*Ahkâmu't-Turuk ve's-Sutûh ve'l-Ebvâb ve Mesîlü'l-Miyâh ve'l-Hitân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*) adlı eseridir.<sup>36</sup>

Ülkemizde İslâm hukukunda "*sorumluluk=mesuliyet*" konusunu -özellikle objektif özen sorumluluğunu- ilk kez 1989 yılında yayınladığı bir makale ile Ali Bardakoğlu dikkatlere arzetmişti.<sup>37</sup>

Bunun yanında Hayreddin Karaman'ın "*mesuliyet*" konusunun dibâcesi diyebileceğimiz öncü çalışmaları çok önemlidir.<sup>38</sup>

Türkiye'de *İslâm Sorumluluk Hukuku* alanında ilk doktora çalışması İbrahim Kâfi Dönmez'in danışmanlığı altında 1996 yılında Kemal Yıldız tarafından tamamlanmıştır.<sup>39</sup>

Arap âleminde konu ile ilgili yapılan araştırmalardan bazıları şunlardır:

1988 yılında Ümmü'l-Kurâ Üniversitesi'nde 'Abdullâh b. Hamed b. Nâsır el-Ğutaymil tarafından yapılan "*Ahkâmu Telefi'l-Emvâli fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*"<sup>40</sup> isimli doktora tezi bunlardan biridir.

Ayrıca "*El-mes'ûliyye...*"<sup>41</sup> konusunu müstakillen ele alıp inceleyen *monografik* araştırmaların dışında, konuyu eser içinde bir bölüm olarak ele alıp inceleyen araştırmalar da mevcuttur.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Sakafî, eş-Şeyh el-Mürçî es-Sakafî el-Hanefî, *Kitâbu'l-Hîtân (Ahkâmu't-Turuk ve's-Sutûh ve'l-Ebvâb ve Mesîlü'l-Miyâh ve'l-Hîtân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî)*, (thk. Muhammed Hayr Ramazân Yûsuf), 1. B., Beyrût-Lübânân, Dâru'l-Fikri'l-Mu'âsır, 1414/1994, s. 1-208.

<sup>37</sup> Ali Bardakoğlu, "*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu*", *EÜİFD*, sa. 6, Kayseri, 1989, ss. 43-60.

<sup>38</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, bsy., İstanbul, Nesil Yayınları, 1991, II, 482-527.

<sup>39</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 1-224.

<sup>40</sup> 'Ğutaymil, Abdullâh b. Hamed b. Nâsır el-Ğutaymil, *Ahkâmu Telefi'l-Emvâli fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Mekke Ümmü'l-Kurâ Üniversitesi, (Doktora Tezi), 1408/1988, s. 1-826.

<sup>41</sup> Ahmet Fethî Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye fi'l-fıkhî'l-İslâmî*, 4.B., Beyrût, Dâru's-Şurûk, 1409/1988, s. 58-61; Seyyid Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye 'an fi'li'l-gayr-fi'l-fıkhî'l-İslâmî el-Mukâren*, by., ts., 1-313; 'Abdüsselâm Altuncî, *Müessesetü'l-Mes'ûliyye fi's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye*, 1. B., Trablus-Libyâ, Cem'iyetü Da'veti'l-İslâmiyye el-Âlemiyye, 1423/1994, s. 1-302.

Söz konusu araştırmaların bu alanda önemli katkılar sağladığı muhakkaktır. Ancak konu üzerinde yeni çalışmaların yapılmasının halen bir ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Çünkü hukuk; değişen zaman, gelişen modern icatlar, bilimsel ve teknolojik gelişmeler karşısında dinamik olmalıdır.<sup>43</sup> “*Sorumluluk hukuku*”, özellikle “*sebepl sorumluluğu*” da evleviyetle böyledir. Değişen hayat ve gelişen olaylar karşısında hukuk statik olamaz. İhtiyaç halinde bir takım yeni sebepl sorumlulukları oluşturulmalı<sup>44</sup>, değişen zaman ve gelişen şartlar karşısında hukuk kendini güncellemelidir.<sup>45</sup>

Çağdaş Türk hukukunda da modern ve teknik gelişmelere paralel olarak “*kusursuz sorumluluk=objektif sorumluluk=sebepl sorumluluğu*” konusu her geçen gün önem kazanmaktadır.<sup>46</sup>

## II. KONUNUN SINIRLARI

Tam bir tarifin (hadd-i tām)<sup>47</sup> efrâdını câmi‘, ağyârını mâni‘ olması gerektiği gibi<sup>48</sup>, bilimsel bir araştırmanın da sınırları iyi tayin ve tespit edilmelidir. “*Şu sağ*

<sup>42</sup> Bkz. Bağdâdi, Ebû Muhammed b. Ğânim b. Muhammed, *Mecme‘u‘d-Damânât fi Mezhebi‘l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu‘mân*, bsy., by., Dâru‘l-Kitâbi‘l-İslâmî, ts., s. 165-185; Vehbe Zuhaylî, *Nazariyyetü‘d-Damân ve Ahkâmü‘l-Mes‘ûliyyeti‘l-Medeniyye ve‘l-Cinâiyye fi‘l-Fıkhi‘l-İslâmî Dirâsetün Mukârene*, bsy., Dimeşk, Dâru‘l-Fikr, 1982; Senhûrî, ‘Abdurrezâk Ahmed, *Mesâdiru‘l-Hakk*, I-VI, bsy., Beyrût, Dâr-u İhyâi‘t-Türâsi‘l-‘Arabî, ts; Mahmesânî, Subhî b. Muhammed, *en-Nazariyyetü‘l-‘Ämme li‘l-Mücebât ve‘l-‘Ukûd fi‘ş-Şer‘ati‘l-İslâmiyye*, 3.B., Beyrût, 1403/1983; Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhu‘l-İslâmî ve Edilletühü*, I-X, 4. B., Dimeşk, Dâru‘l-Fikri‘l-Mu‘âsır, 1425/2004, VII, 5790-5795.

<sup>43</sup> Karş. Hayreddin Karaman, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, 5. B., İstanbul, İz Yayıncılık, 2004, s. 119-121; Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 6. B., İstanbul, İFAV, 2009, s. 153-231; Yunus Vehbi Yavuz (Editör), *İslâm Fıkhnın Dinamizmi* [Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri], Bursa, Kurav Yayınları, 2006, s. 1-97; Yûsuf Karadâvi, *Günümüzde Fetvanın Değişebilirliği*, Çeviri: Mithat Acat - M. Mihdi Acat, 1. B., İstanbul, Nida Yayıncılık, 2012, s. 43-104; Abdülkerim Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, Tercüme: Ali Şafak, 11. B., İstanbul, Kayıhan Yayınları, 2015, s. 275-278.

<sup>44</sup> Kemal Yıldız, “*Sorumluluk*”, *DİA*, c. XXXVII, İstanbul, TDV Yayınları, 2009, ss. 380-382, s. 382.

<sup>45</sup> “Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.” Bkz. Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, 3. B., İstanbul, Hikmet Yayınları, 1981, md. 39; Ahmet Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle (Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi)*, 3. B., İstanbul, Sebil Yayınevi, 1993, s. 135. Hukuk düzenleri birer amaç değil, birer araçtır. Teknolojik yeniliklerden yararlanarak insanın çağdaş problemlerine çözümler üretir ve üretmelidir. Ayrıca “doğal hukuk içeriğinin toplumla kaynaştırılması” için bkz. Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi*, bsy., İstanbul, Der Yayınları, 1983, s. 79, 81 vd.; “Yargıcın hukuk yaratması ve hukuk yaratma yetkisi tanımaya zorlayan hukukî nedenler” için bkz. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 3. B., Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1987, s. 112 vd.

<sup>46</sup> Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, bsy., Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 297 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179 vd.

<sup>47</sup> **Hadd**, bir şeyi mahiyeti ile tarif etmektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 166.

elindeki nedir, ey Mûsâ? O, benim asamdır, dedi, ona dayanırım, onunla davarlarım yaprak silkelerim; benim ona başkaca ihtiyaçlarım da vardır”<sup>49</sup> âyetleri fehvasınca (gereğince) araştırma konusu eBK. nun 58, 59’uncu (BK. 69, 70) maddeleri kapsamında sınırlandırılmıştır.<sup>50</sup>

eBK. nun 58’inci (BK. 69) maddesi hükmünce; “bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin mâliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan, bakımsızlığından dolayı mesul olur.” Yani yapı mâliki yapılış hatasından veya muhafazadaki kusur/bakım eksikliğinden ileri gelen zararlardan sorumlu olur.<sup>51</sup>

BK. nun bu maddesi dört önemli unsuru içermektedir: Bina (yapı), imal olunan şey, fena yapım, muhafazadaki kusur veya bakım eksikliği. Sırasıyla bu kavramları izah edelim:

1) Bina (Yapı): İsviçreli hukuk bilimci Karl Oftinger’in (ö. 1977) tanımlamasıyla “insan emeği ile yaratılan -bize göre yapılan- ve toprağa bağlı olan her şey yapıdır.”<sup>52</sup> Oftinger’in bu tanımı iki mühim esası kapsamaktadır:

a) Sabitlik ve toprağa bağlılık esası: Bir şeyin “yapı” sayılabilmesi için onun esaslı bir şekilde toprağa bağlı olması lâzımdır. Bu esasa göre iş makinesi, araba, silâh, mobilya gibi sabit olmayan, hareketli olan eşyalar yapı kapsamında değildir.<sup>53</sup> Somut bir örnekle ifade edecek olursak; emzik veya biberonun yapım hatasından zarar gören bebek hâdiseleri konumuz dışındadır. *Fakat balkon korkuluk demirlerinin standartların altında yapılmasından dolayı zarar gören bebek hâdiseleri*<sup>54</sup> *veya başına cam-pencere düşen insan haberleri*<sup>55</sup> *ya da metruk bina olayları*<sup>56</sup> *ise, konumuz dâhilindedir.*

48 Bkz. İbrahim Emiroğlu, *Klâsik Mantiğa Giriş*, 8. B., Ankara, Elis Yayınları, 2011, s. 87, 88; Ömer Türker, “*Tarif*”, *DİA*, c. XL, İstanbul, TDV Yayınları, 2011, ss. 28, s. 28.

49 Tâ-Hâ, 20/17, 18.

50 Bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92, 93; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145, 146; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 190, 191.

51 Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92, 93; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145, 146; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 190, 191.

52 Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 95.

53 Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 95, 96; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 310.

54 [http://www.ensonhaber.com/kocaelide-kafasi-balkona-sikisan-bebegi-itfaiye-kurtardi-2017-02-18.html/\(01.03.2017\);](http://www.ensonhaber.com/kocaelide-kafasi-balkona-sikisan-bebegi-itfaiye-kurtardi-2017-02-18.html/(01.03.2017);) [http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/\(01.03.2017\).](http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/(01.03.2017).)

55 [http://www.haberturk.com/gundem/haber/1394136-eskisehirde-basina-pencere-dusen-gamze-kara-agir-yaralandi/\(01.03.2017\).](http://www.haberturk.com/gundem/haber/1394136-eskisehirde-basina-pencere-dusen-gamze-kara-agir-yaralandi/(01.03.2017).)

56 [http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/\(01.03.2017\);](http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/(01.03.2017);) [http://www.ntv.com.tr/turkiye/metruk-binanin-duvari-park-halindeki-araclarin-uzerine-yikildi,ScRQW3e5U-mRnpJR3DSog/\(01.03.2017\).](http://www.ntv.com.tr/turkiye/metruk-binanin-duvari-park-halindeki-araclarin-uzerine-yikildi,ScRQW3e5U-mRnpJR3DSog/(01.03.2017).)

b) İnsan emeğinin sonucu (sun‘i) olma esası: Bir şeyin yapı sayılabilmesi için, onun insan emeğiyle yapılmış, değiştirilmiş, hazırlanmış veya düzenlenmiş olması gerekir. Bu esasa göre sun‘i olmayan, mağaralar, kayalar, ağaçlar, nehirler, koylar gibi doğal şeyler yapı sayılmazlar.<sup>57</sup> Eğer bunlar insan emeğinin sonucu meydana gelmişlerse -sun‘i iseler- yapı sayılırlar. Meselâ, barajlar, kanallar, çukurlar, yüzme havuzları ile kayak pistleri gibi insan emeği sonucu meydana gelen şeyler yapı kapsamındadırlar.<sup>58</sup>

2) “İmal olunan şey=ouvrage” tabiri ile de gerek ihdas ettiği tehlikeler açısından ve gerekse arz ettiği özellikler bakımından uzaktan dahi olsa binaya benzeyen veya ona kıyas edilebilen şeyler kastedilmektedir. Bu anlamda binaya en çok benzeyen şeylerden bazıları şunlardır:

a) Yere sağlam bir şekilde monte edilen köprüler, kanallar, suyolları, meydanlar, telefon direkleri, elektrik direkleri, sabit bayrak direkleri,<sup>59</sup> telgraf direkleri, vinç, teleferik, jimnastik salonu, su ve gaz kanalizasyonu, banyo işletmesi içinde yayalar için inşa olunan köprüler, yollar ve yol öğeleri, şofben, mal antrepoları (ardiye, depo), ahşap dağ evleri, vs.<sup>60</sup>

b) Esaslı bir şekilde yere monte edilmemekle beraber; bir yere sabitlenmiş iskele ve barakalar da birer yapıdırlar. Ancak otomobil gibi hareket edebilen şeyler ise bina kavramına dâhil değildir.<sup>61</sup>

c) Binalar: Canlı veya cansız şeyleri barındırmak için insan eliyle yapılan bütün inşaatlar bina hükmündedir. Binaların mütemmim cüzleri olan bodrum, banyo, balkon, çatı, merdiven, merdiven korkulukları, asansör de yapı sayılır.<sup>62</sup>

Türk hukuk bilimci Aydın Aybay’a (ö. 2013) göre, “*imal olunan şeyden maksat, toprağın altında veya üstünde vücuda getirilen, yol, köprü, tünel, iskele, direk gibi sabit tesislerdir. Bunlar da eBK. nun 58’inci (BK. 69’daki sorumluluk esası*

<sup>57</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 311.

<sup>58</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96.

<sup>59</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 612, 613.

<sup>60</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 97.

<sup>61</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 612, 613; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96, 97.

<sup>62</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96, 97.



yönünden bina hükmüne tâbi olurlar. Kısaca 'bina' denince, ev, apartman, ahır, ağıl, v.b. her çeşit sabit yapı ve inşaat anlaşılır."<sup>63</sup>

3) Fena yapım: Bina mâlikinin kendisine ait olmayan bir hava boşluğuna veya umuma ait olan bir yola (tarîk-i 'âmm) izinsiz hatıl kirişi<sup>64</sup> çıkarıp uzatması bir *fena yapım* örneğidir. Bu durumda mâlik fena yapımdan kaynaklanan zararı tazminle sorumludur. Çünkü o hukuka aykırı bir fiil ile zarara sebebiyet vermiştir.<sup>65</sup> Ayrıca, toksik madde bulunan bir telgraf direğini yalayan sürü hayvanlarının ölmesi de bir fena yapım örneğidir.<sup>66</sup>

4) Muhafazadaki kusur veya bakım eksikliği: Yıkılmaya yüz tutmuş olan bir duvarı onarmamak, tehlikeli hâlini bertaraf etmemek bir *bakım eksikliği*<sup>67</sup> örneğidir. Kezâ, çatıda biriken karların sebep olduğu zarardan dolayı da bina mâliki muhafazadaki kusur sebebi ile yükümlü tutulur.<sup>68</sup>

eBK. nun 59'uncu (BK. 70) maddesi hükmü gereğince başkasına ait olan bir bina veya diğer bir yapı eserinden zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kişi (veya kişiler), bu tehlikenin giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını mâlikten isteyebilir.<sup>69</sup> İslâm hukukunda da benzer hükümler geçerlidir.<sup>70</sup>

<sup>63</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 89.

<sup>64</sup> **Hatıl kirişi**, duvarları sağlam tutmak, yukarıdan gelecek ağırlığı her tarafa bölmek için ara ara konulan kereste veya beton tabakasına denir. Bkz. Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, s. 470. Günümüz inşaat sektöründe konsol kirişine tekabül eden kiriş demektir. [http://mimarisozluk.com/index.php?L=K/\(22.05.2017\)](http://mimarisozluk.com/index.php?L=K/(22.05.2017)).

<sup>65</sup> Bkz. İbn Hazm, Ebû Muhammed 'Alî b. Ahmed b. Sa'îd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, I-XII, bsy., Beyrût, Dâru'l-Fikr, ts., XI, 191; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 46; Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmûz, *Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, I-II, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1970, II, 111; İbn 'Âbidîn, Muhammed Emîn b. 'Ömer, *Reddî'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, bsy., İstanbul, Kahraman Yayınları, 1984, VI, 594.

<sup>66</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 93.

<sup>67</sup> Bkz. Serahsî, Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, I-XXX, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1982, XXVII, 8, 9; Kâsânî, 'Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Kitâbu Bedâ'ü's-Sanâi' fî Tertibi's-Şerâi'*, I-VII, 2. B., Beyrût, Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 1394/1974, VII, 283; İbn Kudâme, Muvaffukuddîn Ebû Muhammed b. Ahmed b. 'Abdillâh, *el-Muğni*, I-X, bsy., Kâhire, Mektebetü'l-Kâhire, 1388/1968, VIII, 427, 428; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî*, VII, 5792, 5793.

<sup>68</sup> eBK. md. 58 (TBK. md. 69); Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 194.

<sup>69</sup> Bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku*, s. 88, 89; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 309 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 190, 191; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 147, 148.

<sup>70</sup> Bkz. Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed, *el-Muhtasar*, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1977, s. 151; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427, 428; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182.

Roma hukukunda da “*actio de effusis vel deiectis - actio de positis et suspensis*”<sup>71</sup> ile “*noxal sorumluluk*”<sup>72</sup> esastır. Yani başkasının hâkimiyetine tabi olan şeylerin verdikleri zararlar tazmin sorumluluğu gerektirir. Roma hukukunun bu uygulaması ile İslâm hukukundaki “*tâbi olanın filinden metbû'nun sorumlu olması*” nazariyesi<sup>73</sup> hukukî benzeyiş arz etmektedir.

### III. KONUNUN KAYNAKLARI

“Kusursuz Sorumluluk” kurumu, dolayısıyla “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” isimli tez konumuz, klâsik fıkıh kaynaklarında bir kitâb –*kefâlet, gasb-* ya da bir fasıl –*faslun fî zevâidi'l- gasb-* halinde müstakil bir başlık altında sistematik olarak işlenmiş bir konu değildir. Aksine malzemesi ve hükümleri oldukça dağınık, kazuistik yöntemle işlenmiş olan hukukî bir konudur.

Tez konumuzun kaynakları çoğunlukla klâsik fıkıh eserleridir. İlk dönem İslâm fukahâsının konuya bakış açısını ortaya koyabilmek için ilk dönem kaynaklardan ziyade istifade etmeye çalıştık. Ayrıca muasır ve mukâren (mukayeseli=karşılaştırmalı =comparative) hukuk çalışmalardan da yararlandık. Bunlardan bazıları yukarıda isimlerini verdiğimiz bir kısım monografiler, diğer bir kısmı ise İslâm hukukunun

<sup>71</sup> **Actio de effusis vel deiectis- actio de positis et suspensis**, bir binadan düşen veya kopan ya da melhûz bir tehlike için açılacak dava ile tazminat miktarı meseleleri için bkz. Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, bsy., İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 148.

<sup>72</sup> **Noxal sorumluluk**, başkasının hâkimiyetine tabi olanların (köle, hayvan, bina gibi) verdikleri zararlardan sahiplerinin sorumluluğu demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 515. Bu konuda geniş malumat için bkz. Paul Koschaker, *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Çeviren: Kudret Ayiter, bsy., İstanbul, Yeni Matbaa, 1961, s. 232-235; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*, 4. B., İstanbul, İÜHF Yayınları, Doğan Kardeş Matbaacılık, 1964, s.168-172; Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri (Tarihî Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku)*, 10. B., İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 144; Özdemir Türkoğlu, “*Roma Hukukunda Actio De Peculio*”, [http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-2/PDF/ozdemir4.pdf/ss.103-136/\(03.03.2017\)](http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-2/PDF/ozdemir4.pdf/ss.103-136/(03.03.2017)).

<sup>73</sup> İslâm hukukunda kusur sorumluluğu yanında bir de metbûnun sorumluluğu var ki, bu esasa göre tâbi durumunda olan hanımların, çocukların, kölelerin, hayvanların ve şahsa ait olan mal ve eşyaların sebep olduğu zarar ve ziyanlardan öncelikle metbû durumundaki şahıs sorumludur. Son birkaç asırdır Batı hukukunda gelişmeye başlayan objektif özen sorumluluğu (tesebbüb=sebebe sorumluluğu) ilk dönem İslâm fukahâsı arasında tartışma konusu olmaya başlamış ve neticesinde “*tâbi olanın filinden metbûnun sorumlu olması*” ortaya çıkmıştır. Bu da İslâm hukukunun hukuk düşüncesine önemli katkılarında biridir. Çünkü İslâm hukukçuları şahsın sahibi olduğu hayvan, cemâd (cansız eşya) gibi şeylerin ika ettikleri zararları ilk devirlerden itibaren tartışmaya açmışlardır. Detaylı bilgi için bkz. Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43 vd.; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 514 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 141 vd.; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 217 vd., 250 vd.; Köse, *a.g.e.*, s. 262-265. Ayrıca İslâm hukukunun hukuk düşüncesine katkıları için bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 257-268.

muhtelif konularını kapsayan çağdaş fıkıh araştırmalarıdır. Vehbe Zuhaylî'nin *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühû*, 'Abdüsselâm Altuncî'nin *Müessesetü'l-Mes'ûliyye fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, Ahmet Fethî Behnesî'nin *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Seyyid Emîn'in *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye an Fi'li'l-gayr-fi'l-Fıkhi'l-İslâmî el-Mukâren*, 'Abdullâh b. Hamed b. Nâsır el- 'Çutaymil'in *Ahkâmu Telefi'l-Emvâli fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 'Abbâs Şoman'ın *'İsmetü't-Dem ve'l-Mâl fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*'si ile Kemal Yıldız'ın *İslâm Sorumluluk Hukuku* isimli eserleri bunlardan bazısıdır.

Konunun plân ve genel çerçevesini oluşturabilmek, kullanılacak hukukî terimleri belirlemek, gerektiğinde de mukayese (*el-fıkhu'l-mukâren= comparative law=karşılaştırmalı hukuk*) yapabilmek için azımsanmayacak kadar mevzû' hukuk=pozitif hukuk=müspet hukuk<sup>74</sup> eserini bibliyografyamıza dâhil ettik. Aydın Aybay'ın *Borçlar Hukuku Dersleri*, Turgut Akıntürk'ün *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, Ekrem Edgü'nün *Borçlar Hukuku (Umumî Hükümler)*, Kemal Fikret Arık'ın *Borçlar Hukuku I (Umumî Hükümler)*, Esat Arsebük'ün *Borçlar Hukuku*, Deschenaux-Tercier'in *Sorumluluk Hukuku*, Ali Naim İnan'ın *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz'ün *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğerlerin *Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Halûk N. Nomer'in *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* ile Safa Reisoğlu'nun *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* adlı eserleri sıklıkla başvurduğumuz temel kaynaklardan sadece bazılarıdır. Ayrıca Ekrem Kurt'un "*Yapı Mâlikinin Sorumluluğu*" başlıklı makalesi<sup>75</sup> ile Tuğba AYTEKİN NAIMİ'nin eBK. nun 58'inci (BK. 69'uncu) maddesiyle sınırlandırılmış olan "Bina ve Yapı Eseri Mâlikinin Sorumluluğu" isimli yüksek lisans tezlerinden<sup>76</sup> yararlandık.

Ayrıca gerekli gördüğümüz yerlerde de tefsir kaynakları ile hadis kitapları ve şerhlerine müracaat ettik.

<sup>74</sup> Mevzû' hukuk=pozitif hukuk=müspet hukuk kavramları için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 459; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 374.

<sup>75</sup> Ekrem Kurt, *Yapı Mâlikinin Sorumluluğu*, [http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001558/5000000494/ss.171-192/\(07.03.2017\)](http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001558/5000000494/ss.171-192/(07.03.2017)).

<sup>76</sup> Tuğba AYTEKİN NAIMİ, *Bina ve Yapı Eseri Mâlikinin Sorumluluğu (BK. m. 58)*, (Doğu Akdeniz Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi), 2011, [http://i-rep.emu.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11129/1461/1/Naimi.pdf/\(07.03.2017\)](http://i-rep.emu.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11129/1461/1/Naimi.pdf/(07.03.2017)).

Bunlara ilâveten yapı ve inşaat literatürü konusunda yararlandığımız web siteleri ve kuruluşlarından bazıları da şunlardır: Çevre Şehircilik Bakanlığı Web Sitesi<sup>77</sup>, İnşaat Forum Sitesi<sup>78</sup>, İnşaat Mühendisleri Odası Web Sitesi<sup>79</sup>, Mimari Terimler Sözlüğü<sup>80</sup>, Mimarlar Odası Web Sitesi<sup>81</sup>, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi<sup>82</sup>, Yapı Denetim Kanunu<sup>83</sup>, Kat Mülkiyeti Kanunu<sup>84</sup>, Yapı Denetim Kuruluşları<sup>85</sup> ile Kdz. Ereğli Belediyesi Web Siteleri'dir.<sup>86</sup>

#### IV. KONUNUN SUNUMU

“İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” konulu tezimiz; *giriş* dışında *üç bölüm* ile *sonuç ve kaynaklardan* oluşmaktadır.

Tezin *giriş bölümünde* konunun önemi, sınırları, kaynakları, sunumu, çalışma metodu ile ıstılâhât (terminoloji) sorunu gibi tanıtıcı genel bilgiler verdik.

*Birinci bölümde*, sorumluluk kavramının tanımı, konusu, kaynakları, sorumluluk fikri ve dayanakları, İslâm hukuk kaynaklarında sorumluluk anlamını karşılayan bazı terimler, sorumluluk fikrinin tarihî gelişimi, sorumluluk hukukunun gayesi, kusura dayanan sorumluluğun zararlı fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur, illiyet bağı unsurları ile kusursuz sorumluluğun gelişim sebeplerini inceledik. Kusurlu sorumluluğun yanında bir de “*kusursuz sorumluluk teorisi*” geliştirmeye çalıştık. Bu bölümde özellikle klâsik fıkıh kaynaklarından bizatihi yapı mâliklerine ilişkin örnekleri seçtik.

*İkinci bölümde*, yapı, yapı mâlikleri, yapı mâliklerinin özen ve kusursuz sorumluluğu, sorumluluk şartları, yapı mâliklerinin sorumluluğu kapsamı bağlamında

<sup>77</sup> [http://www.csb.gov.tr/turkce/index.php/\(27.02.2017\)](http://www.csb.gov.tr/turkce/index.php/(27.02.2017)).

<sup>78</sup> [http://forum.yapisal.net/\(27.02.2017\)](http://forum.yapisal.net/(27.02.2017)).

<sup>79</sup> [http://www.imo.org.tr/\(27.02.2017\)](http://www.imo.org.tr/(27.02.2017)).

<sup>80</sup> [http://mimarisozluk.com/\(27.02.2017\); http://www.yapirehberi.net/Sozlukterimler.htm/\(27.02.2017\)](http://mimarisozluk.com/(27.02.2017); http://www.yapirehberi.net/Sozlukterimler.htm/(27.02.2017)).

<sup>81</sup> [http://www.mimarlarodasi.org.tr/\(27.02.2017\)](http://www.mimarlarodasi.org.tr/(27.02.2017)).

<sup>82</sup> [http://www.talid.org/dergiler.aspx?SAYI=13/\(27.02.2017\)](http://www.talid.org/dergiler.aspx?SAYI=13/(27.02.2017)).

<sup>83</sup> [http://www.jeofizik.org.tr/resimler/ekler/4bfa6bb14875e45\\_ek.pdf/\(27.02.2017\)](http://www.jeofizik.org.tr/resimler/ekler/4bfa6bb14875e45_ek.pdf/(27.02.2017)).

<sup>84</sup> Kat Mülkiyeti Kanunu, 5. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2016; Kat Mülkiyeti Kanunu, [http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.634.pdf/\(27.02.2017\)](http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.634.pdf/(27.02.2017)).

<sup>85</sup> [http://uyds.yds.gov.tr/yds/rol/ziyaretci/RD\\_F\\_Z\\_L.jsf/\(27.02.2017\)](http://uyds.yds.gov.tr/yds/rol/ziyaretci/RD_F_Z_L.jsf/(27.02.2017)).

<sup>86</sup> [http://www.kdzeregli.bel.tr/\(27.02.2017\)](http://www.kdzeregli.bel.tr/(27.02.2017)).

taşkın, teferruat, emniyet tedbirlerini tedarik etme, enkaz ve üst hakkı sorumluluğu meselelerini ele aldık.

*Üçüncü bölümde*, yapı mâliklerinin hukukî sorumluluğunun hüküm ve neticeleri bağlamında tazminat kavramı, tazminat davası ile tarafları, yapı mâliklerinin zararı izâle sorumluluğu, zararın kapsamı, tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak bazı esaslar, tazminat biçimi, yapı mâliklerinin sorumlu tutulamayacağı haller ve mâlikin rücu' hakkını inceledik.

Tezimizde Borçlar hukuku kavram, kuram ve sistematüğinden büyük oranda istifade etmeye çalıştık. Diğer yandan mezhepler arasındaki fark ve benzerlikleri tespit ederek bazı mukayeseler yaptık. Neticede tezimizde ulaştığımız önemli hususları “sonuç” başlığı altında topladık. “Kaynaklar” kısmında müracaat ettiğimiz eserlerin yazarları, yazarların ölüm tarihleri, varsa baskı sayıları, yayınevi, baskı yerleri, baskı tarihleri ile ilgili bilgiler, yazarlarının soyadları veya meşhur oldukları isimleri dikkate alarak alfabetik sıraya göre dizinledik.

## V. ÇALIŞMA METODU

Henüz doktora ders aşamasında iken, “Kusursuz Sorumluluk Bağlamında Hayvan Zararlarının Tazmini” konusu ilgimizi çekmişti. Konu ile ilgili birçok ön okumalar yaptıktan sonra konunun yüksek lisans düzeyinde çalışılmaya başlandığını öğrendik.<sup>87</sup> Neticede danışman hocamla “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” konusunda karar kıldık. Her iki konunun da hukukî alanları aynı olduğundan birçok bilgi edinimimiz bu konu için de geçerli oldu. Literatür açısından da herhangi bir zorluk yaşamadık.

Ön okumalarımız esnasında “risk/tehlike/hasar teorisi” nin en detaylı biçimde Hanefilerce ele alındığını<sup>88</sup> tespit ettikten sonra, öncelikle Hanefî mezhebinin önde gelen eserlerini inceledik. Bu arada konuyu pozitif hukukun bilim dili ile anlayıp aktarabilmek için de konuya ilişkin makale, tez ve özellikle Borçlar Hukuku (Genel

<sup>87</sup> “İslâm Hukukunda Hayvanların Verdiği Zararın Hukuki Mesuliyeti ve Tazmini” konusu Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı’nda Doç. Dr. Mehmet Ali Yargı danışmanlığında Ramazan Davşan tarafından araştırılıyor. Bkz. [http://ktp.isam.org.tr/?url=tezilh/findrecords.php/\(25.05.2017\)](http://ktp.isam.org.tr/?url=tezilh/findrecords.php/(25.05.2017)).

<sup>88</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 264, 265; “Nazariyyetü tehammuli’t-tebi’a” (Théorie des risque) için bkz. Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 217 vd., s. 250 vd.

Hükümler) ve Roma Hukuku alanında okumalarımızı sürdürdük. Akabinde mezhepler arasında mukayeseler yapabilmek için de sair mezheplerden numune eserler tespit edip mezheplerin konuya bakış zaviyelerini görmeye çalıştık. Özellikle çağdaş İslâm hukukçularının konuyu işleyişlerinden çıkarımlarda bulunduk. Mezhepler arasındaki ittifak ve ihtilâfları tespit ederek İslâm hukuku ile pozitif hukuk arasında önyargıdan uzak, ilmî mukayeseler yapmaya çalıştık.

## VI. TERMİNOLOJİ SORUNU

Her ne kadar tezimizin özgün adı “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” ise de, araştırmamızın ilerleyen safhalarında doktrinde “kusursuz sorumluluk” kurumunun isimlendirmesinde bir kavram veya bir deyim birliği olmadığını gördük. Bunun da konunun çok işlevliliğinin<sup>89</sup> bir neticesi olduğunu fark ettik.

Pozitif hukuk öğretisinde “kusursuz sorumluluk” kurumunu karşılayabilen tespit ettiğimiz bazı adlandırmalar şunlardır: Kusur nazara alınmaksızın illete istinat eden mesuliyet<sup>90</sup>, illiyet ve hasar (risques) teorisi<sup>91</sup>, kusursuz sorumluluk<sup>92</sup>, kusursuz

<sup>89</sup> Araştırmalarımız esnasında âdeta etrafımızın kusursuz sorumluluk halleri ile çevrili olduğunu gördük. Bunlardan bazıları şunlardır: *Yalın Kusursuz Sorumluluk Halleri: İstihdam Edenlerin Sorumluluğu, Aile Başkanının Sorumluluğu, Temyiz Kudreti Bulunmayanların Sorumluluğu, Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu, Yapı Mâlikinin Sorumluluğu, İztırar Halinde Verilen Zarardan Sorumluluk, Taşınmaz Mâlikinin Sorumluluğu, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zarardan Devletin Sorumluluğu*. Bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 16, 17, 66-156; Kemal Fikret Arık, *Borçlar Hukuku I (Umumî Hükümler)*, bsy., Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1964, s. 111-127; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 298-317; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 670-732; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179-209; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84-89. *Ağırlaştırılmış Kusursuz Sorumluluk Halleri: Motorlu Taşıt İşleticisinin/Sahiplerinin Sorumluluğu, Demiryolu İşletmelerinin Sorumluluğu, Tehlike ve Diğer Sorumluluk Durumları (Elektrik İşletmelerinin Sorumluluğu, Hava Ulaşım İşletmelerinin Sorumluluğu, Atom Santralleri İşletenlerin Sorumluluğu, Boru Nakil Hatları İşletenlerin Sorumluluğu, Suların Kirletilmesinden Dolayı Sorumluluk, Avcılık Nedeniyle Sorumluluk)*. Bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 16, 17, 66-156; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, bsy., İstanbul, Filiz Kitabevi, Fakülteler Matbaası, 1995, s. 563-638; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 133-159. Ayrıca idare hukukunda kusursuz davranıştan doğan tazmin yükümlülüğü için bkz. Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, AÜHF Yayınları, bsy., Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 309-333. Bütün bu sorumluluk hallerinden başka ihtiyaç halinde yeni sebep sorumlulukları oluşturulabilir. Bkz. Yıldız, “*Sorumluluk*”, *DİA*, c. XXXVII, s. 382; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100.

<sup>90</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 611.

<sup>91</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 512.

<sup>92</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128; Bülent Tahiroğlu, “*Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi*”, *MÜHFD*, c. XIV, sa. 4, İstanbul, 2008, ss. 157-170; Cevdet Yavuz, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri*”, *MÜHFD*, c. XIV, sa. 4, İstanbul, 2008, ss. 29-61.

mesuliyet<sup>93</sup>, ihdas edilen tehlike mesuliyeti<sup>94</sup>, hasar nazariyesi, risk (risques) teorisi<sup>95</sup>, kusura dayanmayan sorumluluk<sup>96</sup>, objektif sorumluluk<sup>97</sup>, dolaylı sorumluluk=dolaylı mesuliyet=vasıtalı mesuliyet<sup>98</sup>, sebep sorumluluğu<sup>99</sup>, hakkaniyet sorumluluğu<sup>100</sup>, tehlike sorumluluğu<sup>101</sup>, sebebiyet prensibi (veranlassungsprinzip)<sup>102</sup>, netice mesuliyeti<sup>103</sup> ve Alman prensibi.<sup>104</sup>

<sup>93</sup> Ekrem Edgü, *Borçlar Hukuku (Umumî Hükümler)*, bsy., Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s. 122; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109.

<sup>94</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 612; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109.

<sup>95</sup> Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Köse, *a.g.e.*, s. 262.

<sup>96</sup> Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, bsy., Ankara, Turhan Kitabevi, 1981; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 27, 148, 149.

<sup>97</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s.84; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 6; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 27; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179.

<sup>98</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 483, 511, 514; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 24.

<sup>99</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 27, 142, 148; Süleyman Yılmaz, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler*”, *AÜHFD*, c. LIX, sa.3, 2010, ss. 551-578.

<sup>100</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179.

<sup>101</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109; Mehmet Şirin Erdoğan, Ezgi Atalay, “*Tehlike Sorumluluğu*”, *ABD*, sa.3, Ankara, 2004, ss. 27-54; Halûk Tandoğan, “*Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu*”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 2. Sempozyumu*, İstanbul, 1981, ss. 7-52; Mustafa Tiftik, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu*, 2. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 1-134; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 322, 323; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148; Köse, *a.g.e.*, s. 262.

<sup>102</sup> Turhan Esener, “*Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti*”, [ankara.edu.tr/dergiler/38/318/3122.pdf/ss.166-197/s.174,175/\(07.03.2017\)](http://ankara.edu.tr/dergiler/38/318/3122.pdf/ss.166-197/s.174,175/(07.03.2017)).

<sup>103</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148; Naimi, *a.g.tz.*, s. 15.

<sup>104</sup> Bazıları kusursuz sorumluluğu “*Alman prensibi*” olarak isimlendirse de, doğrusu bunun bir İslâm hukuku prensibi olduğudur. Dahası bir Hanefî prensibidir. Bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 264, 265. Araştırmalarımız esnasında tez konumuza meseleci (kazuist=case law) yöntemle en çok temas eden, en çok örneklendiren eserlerin Hanefî mezhebinin eserleri olduğunu tespit ettik. Bu da Hanefî mezhebinin Şâfiî mezhebi gibi *münakkah* (ayıklanmış, seçilmiş) olmadığından yani kavillerinin çokluğundan kaynaklanmaktadır. Bkz. Muhammed Ebû Zehrâ, *İmam Şâfiî*, Tercüme: Osman Keskiöglü, bsy., Ankara, DİB Yayınları, Emel Matbaacılık, 1987, s. 4; Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s.120; Muhammed Ebû Zehrâ, *Ebû Hanîfe*, Tercüme: Osman Keskiöglü, 5. B., İstanbul, Üçdal Neşriyat, Tan Matbaası, ts., s. 665 vd.

1868’de İngiltere’de Ryland V. Fletcher Davası olarak şöhretleşerek tarihe geçen davanın hukuk ilmi verilerine uymadığını söylemek zorundayız. Haksız bir şöhretle evrenselleşen söz konusu dava şudur: Arazisinde havuz inşa ettiren bir mâlik, suyun yer altındaki bir kanaldan sızarak yandaki maden ocağına dolması sebebiyle vuku bulan zarardan sorumlu tutulmasıydı. Bundan sonra Ryland V. Fletcher kâidesi tehlike sorumluluğunun esas ve fikri nüvesi olarak görülmeye başlanmıştır. Bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 262-265. Oysa Ryland V. Fletcher kaidesinden asırlar önce Hz. Peygamber’in (s.a.v) “el-harâcu bi’d-damân” prensibi mevcuttur. (Bkz. Ebû Dâvûd, *es-Sicistânî Süleymân b. Eş’as, es-Sünen*, I-II, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, “Büyü” , 71; Nesâî, Ebû ‘Abdirrahmân Ahmed b. Şu’ayb b. ‘Ali el-Horasânî, *es-Sünen*, I-VIII, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, “Büyü” , 15). Bu hadisin açık anlamı şudur: “Menfaat sorumluluk karşılığındadır. Bir başka deyişle “bir şeyin menfaatine sahip olan kişi ondan doğacak olan risk ve tehlile katlanır.” Bu hadisten İslâm hukukçuları “bir şeyin nef’i zamânı mukabelesindedir” (*Mecelle*, md. 85), “mazarrat menfaat mukabelesindedir” (*Mecelle*, md. 87), “kûlfet nimete ve nimet kûlfete göredir” (*Mecelle*, md. 88) kâidelerini istihraç etmişlerdir.



Batı hukukunda “*hasar veya objektif mesuliyet nazariyesi*” adıyla birkaç asır önce ortaya çıkan ve gittikçe önemi artmaya başlayan, Roma hukukunun kusur nazariyesinden çok daha isabetli ve çok daha âdil olduğu düşünölmeye başlanan bu teori, İslâm hukukunun asırlarca evvel ortaya koyduğu “*ismet-i emvâl*” nazariyesinin aynısıdır. Çünkü bu nazariyeye göre hasar (zarar) menfaati olan kişiye yüklenmektedir.<sup>105</sup>

Muasır İslâm hukuku çalışmalarında “*nazariyyetü tehammuli't-tebi'a*” (*théorie des risque*)<sup>106</sup> kavramı ile de sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) kastedilmektedir.

Terminoloji sorunu bağlamında bir değerlendirme ve bir kavram tercihinde bulunacak olursak; “kusursuz sorumluluk” kavramının bilim dalı dışındaki akademik çevrelerde dâhil ilk plânda pek anlaşılmadığını, ayrıca mâşer-î vicdanda (vicdân-ı ‘âmm= mâ‘şerî şuur)<sup>107</sup> da garipsendiğini gördük. “Hem İslâm hukuku hem de kusursuz sorumluluk; bu nasıl hukuk? Kusur olmadan sorumluluk yüklemekte...” benzeri soru ve itirazlara muhatap olduğumuzu söylemekte yarar mülâhaza etmekteyiz. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk kurumunu karşılayabilen tespit ettiğimiz birçok

---

Ayrıca “el-harâcu bi'd-damân” hadisinden teferru eden meseleler için bkz. İbn Nüceym, Zeynül‘âbidîn b. İbrâhîm el-Mısrî el-Hanefî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, bsy., İstanbul, Dersa‘âdet Kitabevi, 1298/1880, s. 77.

Ryland V. Fletcher kâidesinden çok daha önce klâsik fıkıh eserlerinde yerini almış olan bazı örnekler: *Çukur örneği*: Bir kişi komşusunun duvarının bitişiğinde çöp çukuru kazsa ve bu sebeple duvar gevşese durum değerlendirmesine gidilir: Eğer çimento gibi şeylerle çukurun sağlamlaştırılması ve zararın giderilmesi mümkünse, bu şekilde zararın önüne geçilmesi istenir. Fakat bu şekilde zararın giderimi mümkün değilse veya çukuru açan kişi vaki olan bu zararı gidermeye yaklaşmazsa aşmış olduğu çukuru kapatması emredilir. Bkz. Yazır, *Alfabetik İslâm Hukuku*, II, 174. *Komşu evin dibindeki bahçenin sulanması örneği*: Birisi komşusunun ev duvarının hemen bitişiğindeki bahçesini sulasa, sular da komşusunun duvarına zarar verse bahçesini sulamaktan men edilir. Suyun vardığı yerin komşusunun evinin duvarına zarar vermeyecek kadar uzak olması gerekir. Bunun için de belirlenmiş bir mesafe yoktur. Bu mesafe arazinin eğimi, toprağın yapısı gibi hal ve şartlara göre tespit edilir. Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 174. *Toprak veya tuğla yığılma örneği*: Komşusunun duvarına bitişik olan arsasına toprak veya tuğla yığıp duvarın rutubetten gevşeyip yıkılmasına sebebiyet veren kişi duvarın kıymetini tazminden sorumludur. Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 175. *Su kuyusu yakınında helâ çukuru açmak*: Birisi başkasına ait olan bir su kuyusunun yakınında lâğım çukuru açsa ve kuyunun suyunu ifsat etse, çimento ve kireç gibi malzemelerle çukurun sağlamlaştırılması için icbar edilir. Alınan bütün tedbir ve önlemlere rağmen kuyunun suyu yine bozuk çıkarsa, lâğım sahibi çukuru kapatması için cebredilir. Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 181.

<sup>105</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 264; *Mecelle*, md. 85, 87, 88.

<sup>106</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 262-265; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 217 vd., s. 250 vd.

<sup>107</sup> **Mâ‘şer-î vicdân= vicdân-ı ‘âmm= mâ‘şer-î şuur= sosyal şuur** için bkz. Cemalettin Şen, *Bilinç ve Etkisi (İslâm Hukukunda Bilincin Hak ve Sorumluluklara Etkisi)*, bsy., Emin Yayınları, Bursa, 2010, s. 62.

adlandırmadan bize göre de en uygun olanı “*sebepe sorumluluğu*”<sup>108</sup> (*tesebbüb*) kavramıdır.



---

<sup>108</sup> Sorumluluk hukuku alanında araştırmaları olan Kemal Yıldız'ın tercihi de “sebepe sorumluluğu” kavramıdır. Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148, 149.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## SORUMLULUK KAVRAMI

### I. SORUMLULUĞUN TANIMI, KONUSU VE KAYNAKLARI

Bilimin bilâistisna bütün dallarında herhangi bir konu izah edilirken öncelikle ilgili konunun tanım ve kavramlarından yola çıkılır. Özellikle hukuk biliminde de tanım ve kavramların -lâfız da diyebiliriz- manaları çok daha fazla önem arzeder. Bu bağlamda öncelikle “*sorumluluk*” kavramının tanımını, bilâhare ise, konu ve kaynaklarını ele alacağız.

#### A) SORUMLULUĞUN TANIMI

Dinin esasını oluşturan sorumluluğun<sup>1</sup> sözlük ve terim anlamından önce, Arapça “*mes’ûliyet*” kelimesi ile eş anlamlı bir sözcük olduğunu ifade etmek gerekir. Türk pozitif hukukunda yükümlülüğü ifade etmek için önceleri mesuliyet kelimesi kullanılmakta iken<sup>2</sup>, günümüz hukuk doktrininde “*sorumluluk*” kavramının çok daha yaygın bir kullanımı vardır.<sup>3</sup> Ancak her iki kavramın da hâlen hukuk literatürümüzde kullanılmakta olduğunu ifade etmeliyiz.<sup>4</sup>

#### 1) Sözlük Anlamı

Türk dilinde sorumluluk kelimesi, “*yüklendiği işten ötürü gerektiğinde hesaba çekilme durumu, mesuliyet*”<sup>5</sup>, “*sorumlu olma hâli, yerine getirmekle ve yapmakla sorumlu sayılmak*”<sup>6</sup> gibi anlamlara gelir.

<sup>1</sup> **Teklîf**, bkz. İsmail Hakkı İzmirli, *Yeni İlm-i Kelâm*, Hazırlayan: Sabri Hizmetli, bsy., Ankara, Umran Yayınları, 1981, s. 72; Nûreddin es-Sâbûnî, *Mâturîdiyye Akaidi*, Tercüme: Bekir Topaloğlu, 3. B., Ankara, DİB Yayınları, 1982, s. 145-147; Bekir Topaloğlu, *Kelâm İlmi (Giriş)*, 4. B., İstanbul, Damla Yayınevi, 1991, s. 65-69; Ali Haydar Efendi (Büyük), *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, Nâşiri: M. Çevik - K. Kemal, 2. B., İstanbul, Üçdal Neşriyat, Fatih Matbaası, 1966, s. 104 vd.; Sinanoğlu, “*Teklîf*”, *DİA*, c. XL, ss. 385-387; Çağrı, “*Vazife*”, *DİA*, c. XLII, ss. 581-582.

<sup>2</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 611; Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, bsy., İstanbul, 1949; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 259 vd.

<sup>3</sup> Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 22 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179 vd.

<sup>4</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 456, 600.

<sup>5</sup> Doğan (D. Mehmet), *Büyük Türkçe Sözlük*, s. 995.

<sup>6</sup> Ahmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, 2. B., Ankara, Akçağ Yayınları, 2013, s. 1001.

## 2) Terim Anlamı

Türk pozitif hukukunda sorumluluk, “*hukuka aykırı bir fiilin sebep olduğu zararları giderme yükümlülüğü, giderim borcuyla yükümlü olma hâli, işlenen bir suçun karşılığı olarak bir yaptırımla karşılaşma durumu anlamlarına gelir. Hukuksal sorumluluk, ceza sorumluluğu ve siyasal sorumluluk*”<sup>7</sup> gibi terkiplerle sıkça kullanılır. Ancak, “*sorumluluk kavramından en geniş anlamıyla, bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim (izâle) yükümlülüğü anlaşılır. Bir kişi herhangi bir zarara uğrayabilir. Örneğin, bir bisikletli, yolda kazılan bir çukura düşer ve yaralanır. Hukuk, zarara katkısı bulunanı o zararı gidermekle yükümlü tutar. Verilen örnekte Devlet, yolun sahibi olarak, bisikletliye tazminat ödemekle yükümlü tutulabilir. Şu halde, meydana gelen zararı gidermek durumunda olan kişi, bir sorumluluk üstlenmiş kişidir.*”<sup>8</sup>

Kur’ân-ı Kerîm’de ve sahih hadislerde bizzat “*mes’ûliyyet*” kavramı bulunmamaktadır.<sup>9</sup> Ancak aynı kökten gelen sorguya çekilme (suâl), sorumlu tutulma (mes’ûl) anlamına gelen fiiller âyet<sup>10</sup> ve hadislerde<sup>11</sup> sıkça geçmektedir. Tabiidir ki ehliyet şartlarını taşıyan<sup>12</sup> insanın fiil ve vazifelerinden dolayı sorumlu tutulmaması halinde kanunlar, kurallar, emir ve yasaklar bütünüyle gücünü ve önemini yitirir. Dahası insanın yaratılış sebebi; teklif, vazife ve mesuliyettir.<sup>13</sup> Onun vicdanî, ahlâkî, içtimâî, dinî sorumluluğunun temelinde akıl ve irâde sahibi olması vardır. Bu da insana özgü bir durumdur.<sup>14</sup>

Fransızcada “*responsabilité*”, İngilizcede “*liability* veya *responsibility*”, Almancada “*haftung, haftpflicht, haftbarkeit* veya *verantwortlichkeit*”, İtalyancada

<sup>7</sup> Bağdathî, *a.g.s.*, s. 600.

<sup>8</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 1.

<sup>9</sup> Şen, *a.g.e.*, s. 199, 200. Kitap’ta sorumluluk manasına gelen veya anlamca yakın olan fiiller için bkz. Şen, *a.g.e.*, s. 199, 200.

<sup>10</sup> Muhammed Fuâd ‘Abdülbâkî, *el-Mu‘cemü’l-Müfehres li-Elfâzi’l-Kur’âni’l-Kerîm*, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1404/1984, s. 336-338.

<sup>11</sup> A. J. Wensinck, *el-Mu‘cemü’l-Müfehres li-Elfâzi’l-Hadîs en-Nebevî* (Concordance et Indices de la Tradition Musulmane), I-VIII, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1986, II, 377-385.

<sup>12</sup> Bkz. Halil İbrahim Acar, “*Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler I - Hata*”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sa. 14, Erzurum, 1999, ss. 79-109, Halil İbrahim Acar, “*Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II - İkrâh*”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sa. 18, Erzurum, 2002, ss. 19-38; Fahreddin Atar, *Fıkıh Usûlü*, 7. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2008, s. 141-157.

<sup>13</sup> Mü‘minûn, 23/115; Zâriyât, 51/56; Mülk, 67/2; Mustafa Sinanoğlu, “*Teklif*”, *DİA*, c. XL, İstanbul, TDV Yayınları, 2011, ss. 385-387; Mustafa Çağrıncı, “*Vazife*”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2012, ss. 581-582.

<sup>14</sup> Ahzâb, 33/72.

“responsabilita” kelimeleriyle ifade edilen<sup>15</sup> ve klâsik fıkıh literatüründe kullanılmayan bu kavram<sup>16</sup> ancak 19’uncu yüzyılın ortalarından itibaren Batı hukukunun etkisi neticesinde<sup>17</sup> modern hukuk ve muasır İslâm hukuku eserlerinde bir terim olarak yer almaya başlamıştır.<sup>18</sup>

Bu bağlamda fıkıh, İslâm hukuku ve ahlâk alanında kabul edilebilecek olan genel bir tarife göre sorumluluk, “*kişinin kendisinin veya başkalarının davranışları için bir kişiye veya bir kuruma hesap vermesi ve bu davranışların doğuracağı sonuçlara katlanmayı kabul etmesi*”<sup>19</sup> demektir.

“Sorumluluk” kavramının anlamını ifade ettikten sonra Türk pozitif hukukunda sorumluluğun “...ile sorumluluk” ve “...den sorumluluk” şeklinde iki ayrı anlamda kullanılmakta olduğunu ifade etmeliyiz.

Birinci anlamda “...ile sorumluluk”, alacaklı olan bir şahsın borçlunun malvarlığının tamamından veya bir kısmı üzerinden hakkını zorla (cebri icra yolu ile) tahsil edebileceği anlamına gelir. Yani bir anlamda “...ile sorumluluk” borcun teminatını ve müeyyidesini ifade eder.<sup>20</sup>

İkinci anlamda “...den sorumluluk” ise, bir vakıadan (hukukî hâdiseden, hukukî olaydan)<sup>21</sup> meselâ, mâliki olduğu binasının verdiği zararı tazmin mükellefiyetini ifade eder. Meselâ, “*bir bina veya imal olunan şeyin sahibi şeyin fena imalinden ve muhafazasındaki kusurundan dolayı mesuldür.*”<sup>22</sup> Bu örnekte görüldüğü gibi, bir kimse başkasının zarar görmesini doğuran bir şeyden dolayı sorumlu olmaktadır.

<sup>15</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 29; Yıldız, “Sorumluluk”, *DİA*, XXXVII, 380; Şen, *a.g.e.*, s. 201.

<sup>16</sup> Fıkıh eserlerinde “damân” terimi tercih edilmiştir. Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 56, 57, 59; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 50, 77; Bağdâdî, *Mecme’u’d-Damânât*, s. 183; Kırkağâcî, Muhammed b. Süleymân, *Şerhu Hâtîme-i Kavâ’idi’l-Usûl ve’l-Furû’*, bsy., İstanbul, Hacı Muharrem Efendi el-Bosnevî Matbaası, 1299/1881, s. 35, 40; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 29.

<sup>17</sup> Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 29; Şen, *a.g.e.*, s. 201.

<sup>18</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 29. Mesuliyet kavramının muasır İslâm hukuk kaynaklarında yaygın kullanımı hususu için bkz. Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 1-298; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’l-Taksiriyye*, 1-313; Altuncî, *Müessesetü’l-Mes’ûliyye*, s. 1-302.

<sup>19</sup> Şen, *a.g.e.*, s. 202.

<sup>20</sup> Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, (İki Cilt Birarada), bsy., Sevinç Matbaası, Ankara, 1981, s. 56; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 56; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 26, 27; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 13; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 24, 41.

<sup>21</sup> **Hukukî hâdis**=**hukukî olay**, hukukî bir netice doğuran ve insan eliyle işlenmemiş olay demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 202; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 287; Heyet, *İslâm Hukuku El Kitabı*, Editör: Talip Türcan, 2. B., Ankara, Grafiker Yayınları, 2013, s. 437. Hukukî fiil ise, hukukî bir netice doğuran ve insan tarafından işlenmiş olan fiil ve hareket demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 202; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 286; Heyet, *İslâm Hukuku El Kitabı*, s. 437.

<sup>22</sup> Bkz. eBK. 58, 59; BK. 69, 70.

Kısacası “...den sorumluluk”; mâlik olunan bir şeyin zararından dolayı bir tazminatla mükellef olmayı ifade eder.<sup>23</sup>

## B) SORUMLULUĞUN KONUSU

Sorumluluk, alacaklıya (dâin) hakkını geri alabilmek (istirdât) için yetkili mercilere müracaat edebilme ve borçluya (medyûn) ait olan mallara el koyabilme gibi bazı müeyyide imkânlarını sağlar.<sup>24</sup> Konusu bakımından sorumluluk; “kişi ile sorumluluk” ve “mal varlığı ile sorumluluk” olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>25</sup>

### 1) Kişi ile Sorumluluk

Kişi ile sorumluluk<sup>26</sup>, kişinin kendi şahsı ile sorumlu olması demektir. Bilindiği gibi, ilk çağlarda alacaklı olan kişi, borçlusunun şahsına el koyabilir, onu köle edinebilir, hatta öldürme hak ve yetkisine dahi sahipti.<sup>27</sup> İslâm öncesi Arabistan’da da hukukî durum pek insanî değildi.<sup>28</sup>

İslâm hukukuna gelince, borcunu ödeme imkânı olmayana mühlet verilmesi bir ilkedir.<sup>29</sup> Ancak, ödeme imkânı olup da borcunu ödemeyene yönelik bazı müeyyideler

<sup>23</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 54, 55; Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 26, 27; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 14.

<sup>24</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 56, 57; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 24. Ayrıca İslâm hukukunda borçlunun edimini yerine getirmesi için uygulanabilir müeyyidelerden; tazminat, hacr, fesih, hapis, borçlunun seyahatten men edilmesi ve iptal davası için bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 532-537; Bilâl Aybakan, *İslâm Hukukunda Borçların İfasi*, bsy., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 1998, s. 54, 58, 89, 90, 103, 120, 122, 162, 177, 179, 183, 184, 202, 208; Fahreddin Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*, 4. B., Ankara, DİB Yayınları, 1999, s. 219-221.

<sup>25</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 24.

<sup>26</sup> Kişi ile sorumluluk örnekleri: Bir dönem Roma hukukunda borçlusu üzerine el koyan alacaklı, onu altmış gün zincire vurup hapsettikten sonra, borçlu yine borcunu ödemezse, onu öldürebilir, gerekirse Roma dışında köle olarak satabilirdi. Hatta alacaklıların birden çok olması halinde, borçlunun vücudunu alacakları nispetinde aralarında taksim etmelerine dahi müsaade edilmişti. Bkz. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 18; Tahiroğlu-Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 230, 235, 262, 273, 274. Ayrıca 12 Levha Kanunu’na göre, borcunu ödemeyen mahkemeye celp olunur. Hastalığından veya ihtiyarlığından dolayı mahkemeye gelemeyene bir beygir gönderilirdi. Fakat sedye gönderilmezdi. İcabında borçluya 30 gün mühlet verilir yine ödemezse alacaklı tarafından borçlu, kayışlarla veya 15 okka ağırlığında demirlerle bağlanır ve 60 gün sonra da satılırdı. Şayet birkaç alacaklı varsa borçluyu parçalara ayırabilirler ve bu bir cürüm sayılmazdı. Bkz. Ahmet Gürkan, *İslâm Kültürünün Garbî Medenileştirmesi*, 2. B., Ankara, Gaye Matbaası, ts., s. 44.

<sup>27</sup> Bkz. Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, bsy., İzmir, EÜİTBF Yayınları, İstiklâl Matbaası, 1973, s. 60 vd.; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 57; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 534; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 24, 41; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 13.

<sup>28</sup> İslâm hukuku öncesi Arabistan ve çevresinde (Roma, İran, İsrail) hukukî durum için bkz. Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 26-51; Şener, *İslâm Hukuku Dersleri I*, s. 7-21.

<sup>29</sup> Bakara, 2/280. Ayrıca imhâlû’l-mu’sır için bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 249.

uygulansa da<sup>30</sup> bunlar ilk çağlarda olduğu gibi katı, sert ve gayri insanî değildir. Sözgelimi alacaklıları borçlunun bedenini alacakları nispetinde aralarında taksim edemezler.<sup>31</sup> Mala yönelik verdiği zararlar söz konusu olunca da mislî olan malları misliyle, kıyemî olanları ise kıymetiyle tazmin eder.<sup>32</sup> Pozitif hukukta da artık kişinin sorumluluğu sadece mal varlığı ile sınırlıdır.<sup>33</sup>

Ancak, insan vücut bütünlüğüne yönelik olan zararlar kasıtlı verilmişse, mağdur da hayatta ise bizzat kendisinin, değilse velilerinin af ve bağışlaması olmadığı takdirde bunun cezası kısastır. Yani İslâm hukukunda da kasıt halinde öldürme ve yaralamalarda bir nevi fâil bedeni ile sorumlu (kişi ile sorumluluk) olabilmektedir. Fakat insan vücut bütünlüğüne yönelik verilen zararlar kasıt olmaksızın meydana gelmişse, bu durumda diyet<sup>34</sup>, erş<sup>35</sup>, hükûmetü'l-'adl<sup>36</sup>, hükûmet-i elem<sup>37</sup> gibi isimler altında tazmin edilir.<sup>38</sup>

## 2) Mal Varlığı ile Sorumluluk

Mal varlığı (mamelek) ile sorumluluk ise, borçlunun sorumluluğunun sırf malvarlığı ile sınırlı olması demektir. Kural olarak, borçlu borcundan dolayı bütün malvarlığıyla mesuldür. Alacaklı olan kişi alacağını karşılayacak miktar kadar borçlusunun malvarlığına cebri icra yoluyla el koyabilir ki, buna *sınırsız sorumluluk* denir. Borçlunun malvarlığının tamamıyla sorumlu olması yasa hükmü veya özel bir sözleşme ile sınırlandırılabilir. Buna da doktrinde *sınırlı sorumluluk* denir.<sup>39</sup>

<sup>30</sup> Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 532-537; Aybakan, *a.g.e.*, s. 54, 58, 89, 90, 103, 120, 122, 162, 177, 179, 183, 184, 202, 208; Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 219-221.

<sup>31</sup> Bkz. Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 18; Tahiroğlu-Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 230, 235, 262, 273, 274.

<sup>32</sup> Bkz. *Mecelle*, md. 416; Hasan Hacak, “*Mislî*”, *DİA*, c. XXX, İstanbul, TDV Yayınları, 2005, ss. 187–188; Beşir Gözübenli, “*Kıyemî*”, *DİA*, c. XXV, İstanbul, TDV Yayınları, 2002, ss. 540-541.

<sup>33</sup> Bkz. Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 312-405; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 24, 25.

<sup>34</sup> **Diyet**, kan bedeli, öldürme veya yaralama gibi işlenen bir cinayet sebebiyle mağdura ya da vârislerine ödenen mal, tazminat demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 107; Ali Bardakoğlu, “*Diyet*”, *DİA*, c. IX, İstanbul, TDV Yayınları, 1994, ss. 473-479.

<sup>35</sup> **Erş**, organ bedeli, yaralanan ve kesilen organından dolayı zarar gören kişiye verilmesi gereken diyet demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 125; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 196; Ali Şafak, “*Erş*”, *DİA*, c. XI, İstanbul, TDV Yayınları, 1995, ss. 307-308.

<sup>36</sup> **Hükûmetü'l-'adl**, miktarı şer'an belirlenmemiş, bilirkişilerce belli esaslara göre tayin ve takdir edilecek olan diyet, tazminat demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 207, 208; Ali Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2007, s. 239-250; Şâmil Dağcı, “*Hükûmet-i Adl*”, *DİA*, c. XVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1998, ss. 463-464.

<sup>37</sup> **Hükûmet-i elem=erş-i elem**, bilirkişiler tarafından takdir ve tayin edilen acı bedeli demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 208; Kaya, *a.g.e.*, s. 250, 251.

<sup>38</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 83, 171, 231, 239; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 41.

<sup>39</sup> Bkz. Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 57; Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 26, 27; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s.13; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 24, 25, 41; Yıldız, “*Sorumluluk*”, *DİA*, c. XXXVII, s. 381.

İslâm hukukunda da mala verilen zararların tazmininde mal varlığı ile sorumluluk genel bir kuraldır.<sup>40</sup> Kişi, borcundan veya malî bir mükellefiyetinden dolayı şahsı ile değil; zimmeti ve mal varlığı ile sorumlu olup<sup>41</sup> ayrıca ona müsamahalı davranılması da tavsiye edilmiştir.<sup>42</sup> İslâm hukukunda hüsnüniyet kaidesi<sup>43</sup> esas olmakla birlikte, edimini ifâ imkânı olmasına rağmen ödemeyenin bu fiili (*matl*) zulüm olarak değerlendirilmiş<sup>44</sup>, haksız fiiline bir karşılık olarak da bazı hakları helâl kılınmıştır.<sup>45</sup> Edimini (borcunu) muhikk (haklı) bir sebep olmaksızın uzatıp (*matl*) geciktirene hapis, tazyik, tazminat, hacr, fesih, seyahatten men, iptal davası gibi bazı ihtiyati tedbir ve müeyyideler öngörülmüştür.<sup>46</sup>

### C) SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI

Şârî'in halifesi olarak yeryüzüne gönderilen insanın<sup>47</sup> başıboş yaratılmadığı kesindir.<sup>48</sup> Bu bağlamda ona dinî sorumluluk (religious responsibility or liability)<sup>49</sup>, ahlâkî sorumluluk (moral responsibility)<sup>50</sup>, toplumsal sorumluluk (social responsibility)<sup>51</sup> siyasî sorumluluk (political responsibility), hukukî=medenî sorumluluk

<sup>40</sup> Şeybânî, Ebû 'Abdillâh Muhammed b. Hasan, *Kitâbü'l-Asl (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afğânî)*, I-V, bsy., Karaçi-Pakistân, İdâretü'l-Kur'ân ve'l-'Ulûmî'l-İslâmiyye, ts., IV, 567, 568; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 167, 168; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 59; V, 46, 47; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 185.

<sup>41</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 185; Halebî, İbrâhîm b. Muhammed, *Mültekâ'l-Ebhûr*, bsy., Dersa'âdet, İstanbul, Şirket-i Sahâfiye-i Osmâniyye Matbaası, 1316/1898, s. 475.

<sup>42</sup> Bkz. Bakara, 2/280; Müslim, "Müsâkât", 32; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I-VI, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1982, II, 23.

<sup>43</sup> **Hüsnüniyet kaidesi**, iyiniyet kuralı demektir. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 293; Ayrıca Türk Medeni Hukuku'nda hüsnüniyet ilkesi için bkz. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 3.B., Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1987, s. 261 vd.

<sup>44</sup> Bkz. Buhârî, "Havâlat", 1, 2; Müslim, "Müsâkât", 33; Tirmizî, Ebû 'İsâ Muhammed b. 'İsâ b. Serve b. Mûsâ ed-Dahhâk es-Sülemî, *el-Câmi'u's-Sahîh (Sünenü't-Tirmizî)*, I-V, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, "Büyü", 68; Mâlik b. Enes, *el-Muvattâ'*, I-II, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, "Büyü", 84; Dârimî, 'Abdullâh b. 'Abdurrahmân, *es-Sünen*, I-II, Mısır, ts., "Büyü", 48.

<sup>45</sup> Bkz. Ebû Dâvûd, es-Sicistânî Süleymân b. Eş'as, *es-Sünen*, I-II, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, "Akziyye", 29; Nesâî, Ebû 'Abdirrahmân Ahmed b. Şu'ayb b. 'Ali el-Horasânî, *es-Sünen*, I-VIII, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, "Büyü", 100; İbn Mâce, Ebû 'Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, *es-Sünen*, I-II, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981, "Sadâkât", 18.

<sup>46</sup> Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 20, 21; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 41-43; Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 219-221; Fahreddin Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, 1. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2013, s. 151, 242, 243.

<sup>47</sup> Bkz. Bakara, 2/30.

<sup>48</sup> Bkz. Mü'minûn, 23/115; 'Ankebût, 29/2; Kıyâme, 75/36.

<sup>49</sup> Şen, *a.g.e.*, s. 217.

<sup>50</sup> Şen, *a.g.e.*, s. 218.

<sup>51</sup> Şen, *a.g.e.*, s. 217, 218.



(legal=civil responsibility) ve cezaî sorumluluk<sup>52</sup> (criminal responsibility)<sup>53</sup> gibi bazı sorumluluklar yüklenmiştir.<sup>54</sup>

“İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” konulu tezimiz; bir “akit dışı” sorumluluk araştırmasıdır. Hukukî sorumluluk da kişinin kendi fiili<sup>55</sup>, sorumlu olduğu kişi<sup>56</sup> ya da mâliki olduğu eşya ve varlıkların<sup>57</sup> verdikleri zararlardan veya borcunu îfâ etmemesinden ya da geç yahut kötü îfâ etmesinden dolayı tazminatla yükümlü olması demektir.<sup>58</sup> Sorumluluk, “akdî sorumluluk” ve “akit dışı sorumluluk”<sup>59</sup> olmak üzere iki kısma ayrılır:

### 1) Akdî Sorumluluk

“Akdî sorumluluk”, hukukî muameleler/işlemler ve akitlerden<sup>60</sup> doğan bir borcun ya hiç îfâ edilmemesi veya lâyıkıyla yerine getirilmemiş olması halinde oluşan zararlardan sorumlu olmayı ifade eden bir kavramdır.<sup>61</sup>

Akitlerin gereğini yerine getirmek Kitap ve Sünnet ile sabittir. Bu delillerden bazısı şunlardır: “Ey iman edenler! Akitleri(n gereğini) yerine getiriniz.”<sup>62</sup> “Ahitleştiğiniz zaman, Allah’ın ahdini yerine getirin.”<sup>63</sup> “Verdiğiniz sözü de yerine getiren. Çünkü verilen söz, sorumluluğu gerektirir.”<sup>64</sup> “Onlar emanetlerini

<sup>52</sup> **Cezaî=cürmî sorumluluk**, insanın kendi irâde ve ihtiyârıyla anlam ve akıbetini idrak ederek işlediği, hukuk nizamınca suç sayılan fiilin ceza niteliğindeki müeyyidelerine katlanmasını ifade eder. Bkz . Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler) I*, 10. B., Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 542, 543; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 74; ŞİA, “Mesuliyet”, İstanbul, 2000, c. V, ss. 214-215, s. 214; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 483; Yıldız, “Sorumluluk”, *DİA*, c. XXXVII, s. 381.

<sup>53</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 600; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 25, 26; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 483; Şen, *a.g.e.*, s. 227-236.

<sup>54</sup> Ahzâb, 33/72.

<sup>55</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 75; Mehmet Âkif Aydın, “Haksız Fiil”, *DİA*, c. XV, İstanbul, TDV Yayınları, 1997, ss. 210-211, s. 210.

<sup>56</sup> İstihdam edenlerin (adam çalıştıranların) sorumluluğunda olduğu gibi, bkz. eBK. 55 (BK. 66).

<sup>57</sup> Yapı mâlikinin sorumluluğunda olduğu gibi, bkz. eBK. 58, 59 (BK. 69, 70).

<sup>58</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 25, 26; Yıldız, “Sorumluluk”, *DİA*, c. XXXVII, s. 381; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 75; ŞİA, “Mesuliyet”, c. V, s. 214.

<sup>59</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 59; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 26; Şen, *a.g.e.*, s. 228, 229; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 260, 261.

<sup>60</sup> **Akit**, bağit, sözleşme, mukavele demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 29, 75, 475, 603, 604; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 19, 21, 202, 384, 397.

<sup>61</sup> Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 61, 62; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s.75; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 25, 26; ŞİA, “Mesuliyet”, c. V, s. 214; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 14, 337 vd. , 636, 817; Şen, *a.g.e.*, s. 228, 229.

<sup>62</sup> Mâide, 5/1.

<sup>63</sup> Nahl, 16/91.

<sup>64</sup> İsrâ, 17/34.

ve ahitlerini korurlar.”<sup>65</sup> “Haramı helâl, helâli haram kılan şartlar hariç Müslümanlar şartlarının yanındadır.”<sup>66</sup> “Hakk’a (Şeri‘at’a) uyduğu nispette/sürece Müslümanlar şartlarının yanındadır.”<sup>67</sup>

Bu ve benzeri naslar sebebi ile ilk devir İslâm hukukçuları akit konusunu ele almışlar<sup>68</sup>, akitlerden ve akit dışı ilişkilerden kaynaklanan sorumluluklar için “damânü’l-‘akd”, “damânü’l-yed” ve “damânü’l-itlâf” gibi bazı ıstılâhlar geliştirmişlerdir.<sup>69</sup> Geliştirilen kavramlardan biri “damânü’l-‘akd”<sup>70</sup> kavramıdır. Ancak Türk pozitif hukukundaki “akdî sorumluluk”<sup>71</sup> kavramı ile İslâm hukuku eserlerindeki “damânü’l-‘akd” fikhî terkibi birbirinden oldukça farklıdır. Zira “Türk pozitif hukukundaki akdî sorumluluk, hukukî muameleler (işlemler)”<sup>72</sup> ve özellikle akitlerden doğan borç ilişkilerinin yüklediği davranışa aykırılık, yani borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması durumunda, borçlunun verdiği zarardan sorumlu

<sup>65</sup> Mü’minûn, 23/8.

<sup>66</sup> Buhârî, “Büyü”, 73; Tirmizî, “Büyü”, 18; Dârekutnî, ‘Ali İbn-u ‘Ömer, *es-Sünen (Ta’lik: Ebû Tayyib Muhammed Âbâdî)*, I-IV, 4. B., Beyrût, ‘Âlemü’l-Kütüb, 1406/1986, III, 27, Hadis No: 98.

<sup>67</sup> Dârekutnî, *Sünen*, III, 27, 28, Hadis No: 99, 100.

<sup>68</sup> Bkz. Mustafa Kelebek, *İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikleri*, 1. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2014, s. 58 vd.; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 46-199.

<sup>69</sup> **Damânü’l-yed** (yed, egemenlik, hâkimiyet veya hukukî alan fikri), kişinin hukukî alanı bir başka ifade ile egemenliği altında bulunan şeylerin meselâ, mâliki olduğu hayvanının ya da binasının verdiği zarardan dolayı sorumluluğunu ifade eder. Bu bir nevi riks teorisi. Yani bir şeyin menfaati kime ait ise, riski de ona ait olmalıdır veya bir şeyin riski kime ait ise menfaati de ona ait olmalıdır. Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 43-51. “Bir şeyin nef’î damânı mukabelesindedir” (bkz. *Mecelle*, md. 85) şeklinde tercüme edilen “el-harâcu bi’d- damân” (Ebû Dâvûd, “Büyü”, 71; Nesâî, “Büyü”, 15) hadisi yed, egemenlik, hâkimiyet veya hukukî alan fikrinin esasını oluşturur. Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 47, 51. Ayrıca yed, egemenlik, hâkimiyet veya hukukî alan fikri için bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 610, 611; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 576-579; Tekinay, ‘v.d.’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 629, 694, 695; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 306-313; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 49, 182, 185, 186, 192, 193, 195, 196; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 96, 97. Damânü’l-itlâf, kişinin eli altında bulunsun veya bulunmasın bir mala vermiş olduğu zarardan sorumluluğunu ifade eden fikhî bir terimdir. Bunun tazmin şekline gelince eğer mal mislî ise mislî ile mislî değil de kıyemî ise kıymeti ile tazmin edilir. Karş. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 49; Hamza Aktan, “*Damân*”, *DİA*, c. VIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1993, ss. 450-453, s. 452; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, bsy., İstanbul, Erkam Yayınları, 1431/2010, s. 43; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 93. Türk pozitif hukukundaki benzer hüküm için bkz. Sadık Tüzel, *Temel Hukuk*, bsy., Bornova-İzmir, Ege Üniversitesi Matbaası, 1973, s. 116.

<sup>70</sup> **Damânü’l-‘akd (madmûn bi gayrihî)**, akit konusu edilen mala verilen zararı ifade eden fikhî bir terimdir. Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 44, 45. Şöyle ki, müşteriye teslim edilmeden önce satıcının elinde telef olan malın gerçek kıymeti ile değil de akit anında biçilen kıymet ve değeri ile alıcıya ödenip tazmin edilmesi demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 332. Detaylı bilgi için bkz. Yazır, *a.g.e.*, V, 437-444.

<sup>71</sup> Bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 75; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 260; Tekinay, ‘v.d.’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 1312 vd.

<sup>72</sup> **Hukukî muamele=hukukî işlem**, bir veya birden çok kişinin hukukî bir sonuç doğuracak biçimde irâde açıklamalarına denir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 202, 384; Emine Gümüş Böke, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, 1. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013, s. 13, 14, 45, 77, 102.

olmayı”<sup>73</sup> ifade eder. İslâm hukuku eserlerinde geçen “damânü’l-‘akd” kavramı ise, sadece akit konusu olan mala verilen zarardan sorumluluğu ifade eder.<sup>74</sup> Meseleyi hukukî bir hâdise (hukukî olay) ile şöylece örneklendirebiliriz: Müşteri A, mağazadan 2000 TL. değerindeki bir no frost buzdolabını iyi bir pazarlık neticesinde 1900 TL. karşılığında satın alıyor. Ancak mal müşteriye teslim edilmeden önce bir şekilde telef oluyor. Bu hâdisede müşteri A, mağazadan ancak akit anında biçilmiş olan yani ödediği 1900 TL.’yi isteyebilir.<sup>75</sup>

## 2) Akit Dışı Sorumluluk

Arada herhangi bir akit ilişkisi olmaksızın veya var olan akit ilişkisi ihlâl edilmeden bir kişinin başkasına zarar vermesi durumunda oluşan tazmin sorumluluğuna “akit dışı sorumluluk” yahut “haksız fiil sorumluluğu” denir.<sup>76</sup> Akit dışı sorumluluk (kanunî sorumluluk) da “kusura dayanan sorumluluk” ve “kusursuz sorumluluk” olmak üzere iki kısma ayrılır.<sup>77</sup>

Türk pozitif hukuk doktrinde “kusur sorumluluğu” veya “subjektif sorumluluk” kavramları ile de ifade edilebilen *kusura dayanan sorumluluk*, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiili sebebiyle başkasına zarar veren şahsın bu fiilinin neticelerinden kânûnen sorumlu olması demektir. Kusura dayanan sorumlulukta zarar verenin kurtuluş beyyinesi getirmesi, yani kusurlu olmadığını ispat etmesi; sorumluluktan kurtulma sebebidir.<sup>78</sup>

Bilindiği gibi, dolaylı (tesebbüben) itlâf durumunda, hukukî sorumluluk için fâilin kusuru şarttır. Çünkü kâideye göre, “*mütesebbib*<sup>79</sup> *müte‘ammid olmadıkça zâmin*

<sup>73</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 45.

<sup>74</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 44, 45; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 412, 413; Böke, *a.g.e.*, s. 103-107; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 332.

<sup>75</sup> Karş. **Damânü’l-‘akd (madmûn bi-gayrihî)**, akit konusu edilen mala verilen zararı ifade eden fikhî bir terimdir. Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 44, 45. Şöyle ki, müşteriye teslim edilmeden önce satıcının elinde telef olan malın gerçek kıymeti ile değil de akit anında biçilen kıymet ve değeri ile alıcıya ödenip tazmin edilmesi demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 332; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 48. Detaylı bilgi için bkz. Yazır, *a.g.e.*, V, 437-444.

<sup>76</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 75; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 26; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 61, 62; Şen, *a.g.e.*, s. 229.

<sup>77</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 72-74; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 75; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 27; Şen, *a.g.e.*, s. 229, 230.

<sup>78</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 76; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 171; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100, 101; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 663.

<sup>79</sup> **Mütesebbib**, fiili ile zarar arasına başka ihtiyârî bir fiil veya zararın ortaya çıkmasında müessir bir hâdise giren kimsedir. Bkz. Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, bsy., Ankara,

olmaz.”<sup>80</sup> Meselâ, A'nın hayvanı B'den ürküp kaçarak kayıp olsa, B tazmin sorumlusu tutulamaz; fakat B, A'nın hayvanını kasten ürkütmüş olsaydı A'nın zararından sorumlu tutulacaktı.<sup>81</sup>

Tez konumuzla birebir örtüşen bir örnekle meseleyi daha da açıklayabiliriz: A, bahçesinde bir kuyu açıyor. B de hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde (izinsiz) girmiş olduğu bahçede kuyuya düşüp zarar görüyor. Hâdisede A'nın hukukî bir sorumluluğu yoktur. Çünkü A, olayda mütesebbiptir, mübâşir veya müte'ammid değildir; fakat A, başkasının arazisinde kuyu açmış olsaydı, B'de kuyuya düşüp zarar görseydi; A, B'nin zararının izâlesinden/giderimden sorumlu tutulacaktı.<sup>82</sup>

“Netice mesuliyeti”<sup>83</sup>, “objektif sorumluluk”<sup>84</sup>, “sebepl sorumluluğu” veya “kusura dayanmayan sorumluluk”<sup>85</sup> diye de adlandırılabilen *kusursuz sorumluluk* ise, bir şahsın kusurlu olmamasına rağmen kendi fiilinden veya egemenliği altında olan şeylerden (hayvan, bina gibi) dolayı başkasına verdiği zararı tazminle yükümlü tutulması hâlidir.<sup>86</sup> Çünkü genel kâideye göre, “mübâşir<sup>87</sup> müte'ammid olmasa da zâmin olur.”<sup>88</sup> Yani, doğrudan (mübâşeret) itlâf hallerinde fâilin kusurlu olması şartı aranmaz. Meselâ, hukuka aykırı bir şekilde yol üzerinde kuyu açan kişi, açmış olduğu

---

Örnek Matbaası, 1955, s. 94. Karşıt anlamlısı “mübâşir”dir. Bir şahsın içine düşüp telef olduğu hâdisede kuyuyu açan şahıs mütesebbiptir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 439, 440.

<sup>80</sup> *Mecelle*, md. 93.

<sup>81</sup> Ömer Nasühî Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, I-VIII, 1. B., İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985, I, 287.

<sup>82</sup> Sahnûn, ‘Abdüsselâm b. Sa’id et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, I-IV, 1. B., by., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994; IV, 665; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 14,15; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 165; Derdir, Ebu'l-Berekât Seyidî Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebîr 'alâ'l-Muhtasar*, I-IV, bsy., by., Dâru'l-Fikr, ts., IV, 244; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79.

<sup>83</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148; Naimi, *a.g.tz.*, s. 15.

<sup>84</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 6; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 562; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 27; Bardakoğlu, *a.g.m.*, s. 43.

<sup>85</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 27, 142, 148; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 551-578.

<sup>86</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84, 85; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 27; Arık, *Borçlar Hukuku I (Umumî Hükümler)*, s. 109, 110; Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 670; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128.

<sup>87</sup> **Mübâşir**, fiili ile zarar arasına başka ihtiyârî bir fiil veya zararın ortaya çıkmasında müessir bir hâdis girmeyen kimsedir. Meselâ, A (mübâşir), mağazada gezinirken, hiçbir kasdı olmaksızın dikkatsizlik ve tedbirsizlikle düşürüp kırdığı vazodan sorumludur. Bkz. Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, bsy., Ankara, Örnek Matbaası, 1955, s. 94. Daha açık bir ifade ile mübâşir, bir fiili doğrudan, bizzat işleyen kişi demektir. Mukabili ise, “mütesebbib” dir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 408.

<sup>88</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157, 161; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79; *Mecelle*, md. 92; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 376.

kuyuya, farkına varmaksızın düşen şahsın zararını tazminle sorumludur.<sup>89</sup> Kuyunun varlığından haberi olan birisi geçerken kuyuya düşüp zarar görseydi, kuyu kazan kişi sorumlu tutulamayacaktı. Fakat kuyuya düşen görme özürlü ise, ya da hâdisce geceleyin cereyan etmiş ise, kuyuyu açan kişi sorumlu tutulur.<sup>90</sup> Çünkü “*bu olayda zararın illeti düşme fiili ve bu fiilin fâili de düşen olduğu halde düşmeye sebep olan kazı işini yapan kimse sorumlu tutulmaktadır. Her ne kadar kuyuya düşen kişi, sorumlu tutulabilecek özelliklere sahip ise de kuyunun varlığından haberdar olmadığı için kuyuyu kazanın âleti hükmünde olmaktadır. Bundan dolayı zarar gören kimsenin, sorumlu tutulmasına hükmedilemediği için uygun illiyet bağının kurulabildiği kazı işini gerçekleştiren kimse sorumlu olmaktadır.*”<sup>91</sup>

Akit dışı sorumluluğun “*kusura dayanan sorumluluk*” ile “*kusursuz sorumluluk*” neyelerini “sorumluluk çeşitleri” başlığı altında unsurları ile birlikte etraflıca izah edilecektir.

## II. İSLÂM HUKUKUNDA SORUMLULUK

Taraflar arasında önceden bir borç ilişkisi olmadığı halde, taraflardan biri zarara uğramışsa ve bu zarar diğerinin bir fiilinden kaynaklanmış ise, hukuk düzeni bu olay karşısında ya zarara uğrayanın bu zarara katlanmasını, sükût edip sineye çekmesini hükmedecek ya da zarara sebebiyet veren fiilin fâilinden zararlı fiilin sonuçlarını ortadan kaldırmasını, verdiği zararın izâlesini isteyecektir.<sup>92</sup> İşte bu ikinci durum Şârî ‘in bir iltizamı (kanunî sorumluluk) olup sorumlu olmayı gerektirir.<sup>93</sup> Dolayısıyla verilen zarar, mislî ise mislî ile mislî değil de kıyemî ise kıymeti ile tazmin ve giderim yoluna gidilir.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 576, 577; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 14,15; İbn Rüşd (el-Hafid), Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtûbî, *Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-IV, bsy., Kâhire, Dâru'l-Hadîs, 1425/2004, IV, 200; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 239; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 244.

<sup>90</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46.

<sup>91</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 74.

<sup>92</sup> Karş. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 74, 75; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 491-503; Özcan Karadeniz, Çelebican, *Roma Hukuku*, AÜHF Yayınları, 3. B., Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1986, s. 280-282.

<sup>93</sup> Şârî ‘in iltizamı ve iltizâm bi'l-'akd için bkz. Kelebek, *a.g.e.*, s. 171, 179; Altuncî, *Müessesetü'l-Mes'ûliyye*, s. 27. Ayrıca “akdî sorumluluk” ve “kanunî sorumluluk” kavramları için bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 75; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 260 vd.

<sup>94</sup> Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 111; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 213.

## A) İSLÂM HUKUKUNDA SORUMLULUĞUN HUKUKÎ DAYANAKLARI

İslâm hukukunun amaç ve gayesi bireylerin haklarını (*zarûrât-ı dîniyye, zarûriyyât-ı hamse*) yani dinin vazgeçilmez temel değerlerini muhafaza altına almaktır.<sup>95</sup> Bu esasların himayesi için de din bazı hukukî müeyyideler vazetmiştir.<sup>96</sup>

### 1) Kitâp

Genel anlamda Kitâp'ta insanın yaratılışında yüksek gaye ve hikmetlerin olduğu, fiil ve davranışlarından sorumlu olup hesaba çekileceği, bu bağlamda da ölçülü ve ilkeli yaşaması gerektiğine ilişkin hayli âyetler bulunmaktadır.<sup>97</sup>

İslâm hukukunda *türü ne olursa olsun*<sup>98</sup> ika olunan zararların tazmin/giderim sorumluluğuna delâlet eden âyetlerden bazıları şunlardır.<sup>99</sup>

*“Dâvûd ve Süleymân'ı da (an). Bir zaman, bir ekin konusunda hüküm veriyorlardı: Bir gurup insanın koyun sürüsü, geceleyin başıboş bir vaziyette bu ekinin içine dağılıp ziyan vermişti. Biz onların hükmünü görüp bilmekte idik. Böylece bunu (dava konusunu ve fetvâsını) Süleymân'ın daha iyi anlamasının sağlamıştık. Biz onların her birine hüküm (hükümdarlık, peygamberlik) ve ilim verdik.”*<sup>100</sup>

*“Eğer ceza verecekseniz, size verilen cezanın misliyle ceza (karşılık) verin. Ama eğer sabrederseniz, andolsun bu, sabredenler için daha hayırlıdır.”*<sup>101</sup>

*“Size tecavüz edene, onun misli ile tecavüz edin.”*<sup>102</sup>

*“Bir kötülüğün cezası, ona denk bir kötülüktür. Kim bağışlar ve barışı sağlarsa, onun mükâfatı Allah'a aittir. Doğrusu O, zalimleri sevmez.”*<sup>103</sup>

<sup>95</sup> **Mekâsıdu's-şerî'ati'l-İslâmiyye** (dinî hükümlerin gayeleri), din, can, nesil, akıl ve mal emniyeti için bkz. İbn Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi Gaye Problemi*, s. 1-310; Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 42-45; Şoman, *'İsmetü't-Dem ve'l-Mâl fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, s. 1-496; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 1, 2.

<sup>96</sup> Bkz. Abdülkerim Zeydân, *Fıkıh Usûlü*, Çeviri: Ruhi Özcan, bsy., İstanbul, MÜFV Yayınları, 1993, s. 353- 359; Şa'bân, *a.g.e.*, s. 413, 414; Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 258-270.

<sup>97</sup> Bkz. Bakara, 2/229; Mâide, 5/87; Nahl, 16/97; Mü'minûn, 23/115; Yâsîn, 36/65; Saffât, 37/24; Zâriyât, 51/56; Rahmân, 55/8; Teğâbün, 64/7; Müddessir, 74/38; Zilzâl, 99/7, 8.

<sup>98</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 31.

<sup>99</sup> Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 50; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 143; Mevsîfî, *el-İhtiyâr*, III, 59; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 262; Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, I-III, bsy., Mısır, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî-Dâru'l-Hadîs, ts., III, 238, 239; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 109, 231, 654; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 4.

<sup>100</sup> Enbiyâ, 21/78,79.

<sup>101</sup> Nahl, 16/126.

<sup>102</sup> Bakara, 2/194.

## 2) Sünnet

İka olunan zararın tazmin ve giderim sorumluluğuna ilişkin pek çok hadis-i şerif mevcuttur. Bunlardan en meşhur olanı bizzat Hz. Peygamber'in (s.a.v) evinde cereyan edenidir. Bu hukukî olayda/hâdisede Hz. Peygamber, eşi Hz. Âişe'ye Hz. Safiyye'ye ait kırdığı çanağı ve döktüğü yemeği “*kabın yerine mislî olan bir kap, yemeğin yerine de mislî olan bir yemek*”<sup>104</sup> hadisi ile ödetmişti. Mezkûr olayda kırık çanak ise Hz. Âişe'de kalmıştır.<sup>105</sup>

“*Hepiniz çobansınız (...) ve elinin altındakilerden sorumludur*”<sup>106</sup> hadis-i şerifi bağlamında, “*gündüz bahçe sahipleri bahçelerini korur; gece ise hayvan sahipleri hayvanlarının verdikleri zararları tazmin eder.*”<sup>107</sup>

“*Zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur.*”<sup>108</sup>

“*Menfaat, sorumluluk karşılığındadır.*”<sup>109</sup>

“*Bir şeyi alan el onu hak sahibine vermediği müddetçe tazminle mükelleftir.*”<sup>110</sup>

“*İnsanlar! Bu günleriniz nasıl mukaddes bir gün ise, bu aylarınız nasıl mukaddes ay ise, bu şehriniz (Mekke) nasıl bir mübarek şehir ise, canlarınız, mallarınız, namuslarınızda öyle mukaddestir, her türlü tecavülden korunmuştur.*”<sup>111</sup>

“*Her müslümanın diğer müslümana kanı, ırzı (namusu) ve malı haramdır.*”<sup>112</sup>

“*Bu (Zilhicce) ayınızda, bu (Mekke) şehrinizde, bu (arefe) gününüz nasıl mukaddes ise, kanlarınız, mallarınız ve ırzlarınız (şeref ve namusunuz) da aynı şekilde*

<sup>103</sup> Şûrâ, 42/40.

<sup>104</sup> Bkz. Buhârî, “Mezâlim”, 34; Nesâî, “Nisâ”, 4.

<sup>105</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 31.

<sup>106</sup> Buhârî, “Cum‘a”, 11; Tirmizî, “Cihâd”, 27.

<sup>107</sup> Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 295; Ebû Dâvûd, “Büyü”, 95; İbn Mâce, “Ahkâm”, 13; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akdiyye”, 36; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 46; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 524.

<sup>108</sup> İbn Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akdiyye”, 31; *Mecelle*, md. 19; Emîn, *el-Mes‘ûliyyetü’l-Taksiriyye*, s. 4; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 117, 502, 696.

<sup>109</sup> “**El-harâcu bi’d-damân**” için bkz. Ebû Dâvûd, “Büyü”, 89; Nesâî, “Büyü”, 15; İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, s. 77; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 311, 370.

<sup>110</sup> Ebû Dâvûd, “Büyü”, 90; Tirmizî, “Büyü”, 39. Ayrıca bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 59; Ali Kaya, Halit Çalış, “*Haksız İktisap*”, *DİA*, c. XV, İstanbul, TDV Yayınları, 1997, ss. 211-216, s. 212.

<sup>111</sup> Buhârî, “Nikâh”, 80, “Edeb”, 31, 85, Müslim, “İmân”, 74, 75, 77; Sâbık, *Fıkhu’s-Sünne*, III, 238; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 94, 502.

<sup>112</sup> Müslim, “Birr”, 32; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 197; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 59.

*mukaddestir (dokunulmazdır). Bilin ki! Her suçlu cezasını kendisi çekecektir*<sup>113</sup>  
hadislerinin salt anlamları da sorumluluk bilincinin inşasıdır.<sup>114</sup>

## B) İSLÂM HUKUKU KAYNAKLARINDA SORUMLULUK ANLAMINI KARŞILAYAN BAZI TERİMLER

Fıkıh ve İslâm hukuku eserlerinde genelde sorumluluk ve özelde tazmin sorumluluğu anlamına gelebilecek kavramlardan bazıları şunlardır:

### 1) Zimmet

Zimmet, sözlükte “*ahd, eman, hak, borç ve kefâlet*”<sup>115</sup> gibi anlamlara gelir.

Usûlde ise, Kanun Koyucu’nun (Şârî’) şahısta takdir ettiği ve bu sebeple onu, ilzâm ve iltizâma yani borçlanma ve borçlandırmaya elverişli, uygun ve ehil kıldığı bir vasıftır.<sup>116</sup> Doğumundan itibaren her insanda bulunan ve ondan ayrılmayan, lehinde ve aleyhinde sorumluluk altına girmesini sağlayan bu vasıf<sup>117</sup> bizatihi sorumluluğun aslıdır.<sup>118</sup> Türk pozitif hukuk doktrininde buna “hukukî kişilik”<sup>119</sup>, “şahsiyet”<sup>120</sup> veya “kişi”<sup>121</sup> de denir.

### 2) Damân

Damân, sözlükte “*başkasının üzerindeki vacip bir hakkı üstlenmek, bir şeyin misliyyâtan ise mislini, kıyemiyâtan ise kıymetini vermek, risk üstlenme, taahhüt ve garanti etme, malî sorumluluk, zarar ve ziyana karşı kefâlet*”<sup>122</sup> gibi anlamlara gelir.

<sup>113</sup> Tirmizî, “Tefsîru’l-Kur’ân”, 9.

<sup>114</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 34.

<sup>115</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 621.

<sup>116</sup> Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, s. 472, 473; Hayreddin Karaman, *Fıkıh Usûlü (İslâm Hukûkunun Kaynakları, Metot ve Felsefesi)*, 11. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013, s. 269; Hallâf, *a.g.e.*, s. 320; Şen, *a.g.e.*, s. 152, 153.

<sup>117</sup> Bkz. Serahsî, Şemsü’l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *Usûlü’s-Serahsî*, I-II, bsy., İstanbul, Kahraman Yayınları, 1984, II, 333, 334; Muhammed Ebû Zehrâ, *İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*, Çeviren: Abdülkadir Şener, 3. B., Ankara, Fon Matbaası, 1981, s. 283; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 36, 37.

<sup>118</sup> Bkz. Eyyüp Said Kaya, Hasan Hacak, “Zimmet”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 424-428; Böke, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, s. 70; Şen, *a.g.e.*, s. 152, 153; Yusuf Şen, “İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, *EKEV Akademi Dergisi*, sa. 68, 2016, ss. 383-414, s. 410.

<sup>119</sup> Ali Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA*, c. X, İstanbul, TDV Yayınları, 1994, ss. 533-539, s. 534.

<sup>120</sup> **Şahsiyet (kişilik)**, hukuk öznesi, hak sahibi olabilme yetenek ve ehliyetini ifade eder. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 395. Detaylı bilgi için bkz. Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 124 vd.; Sadık Tüzel, *Hukuk Başlangıcı*, 3. B., İzmir, Ege Üniversitesi Matbaası, 1967, s. 112, 113; Tüzel, *Temel Hukuk*, s. 213, 214; Bilge Umar, *Temel Hukuk Bilgisi*, 3. B., İzmir, İstiklâl Matbaası, 1979, s. 68.

<sup>121</sup> Tüzel, *Temel Hukuk*, s. 213; Tüzel, *Hukuk Başlangıcı*, s. 112, 113; Umar, *Temel Hukuk Bilgisi*, s. 68.

<sup>122</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 89.



İslâm hukuku kaynaklarında damân, kefâlet anlamı dışında<sup>123</sup> bir de haksız bir fiille meydana gelen zararın maddeden telâfisi ve tazmin edilmesi, eşyanın verebileceği zarara katlanma, risk üstlenme anlamlarında kullanılmıştır.<sup>124</sup>

Mecelle'ye göre ise, “*damân, bir şeyin misliyyâtta ise mislini ve kıyemiyâtta ise kıymetini vermektir.*”<sup>125</sup>

Vehbe Zuhaylî'ye (ö. 2015) göre ise, “*damân, bir malın kendisinin veya menfaatinin itlâfi yahut bir insanın bütün olarak veya kısmen itlâfi halinde ortaya çıkan zararların bedelini borçlanmaktır.*”<sup>126</sup>

Hâsılı, damân, helâk olan bir şeyin tazmini ve hukukî sorumluluğu<sup>127</sup> demektir. Damânü'l-itlâf<sup>128</sup> terkihi de mahzâ sorumluluk ifade eden fikhî bir kavramdır.

### 3) 'Uhde

'Uhde, sözlükte “*sorumluluk, yed-i emîne bırakılan mal, teminat*”<sup>129</sup> gibi anlamlara gelir.

<sup>123</sup> Bkz. Cezîrî, ‘Abdurrahmân b. Muhammed ‘Ivaz, *Kitâbu'l-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erbe'a*, I-V, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1984, III, 221-247; ‘Gamrâvî, Muhammed ez-Zührî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc Şerhü'n 'alâ Metni'l-Minhâc*, bsy., İstanbul, Eser Neşriyat, ts., s. 240.

<sup>124</sup> Bkz. Müzenî, Ebû İbrâhîm İsmâ'îl b. Yahyâ, *Muhtasarü'l-Müzenî fî Fıkhî Mezhebi'l-İmâmî's-Şâfi'î (thk. Şeyh 'Ali Muhammed Mu'avviz-Şeyh 'Âdil Ahmed 'Abdü'l-Mevcüd)*, I-XIX, bsy., Beyrût, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1419/1999, XII, 375; Semerkandî, 'Alâuddîn , *Tuhfetü'l-Fukahâ*, I-III, 1. B., Beyrût, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1405/1984, III, 127, 128; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 96, 151; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 192; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 100; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 59, 62; V, 45, 46; Zeylâ'î, Fahrüddîn 'Osmân b. 'Ali, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik (Şelebi'nin Hâşiyesi İle Birlikte)*, I-VI, 1. B., Bulak-Kâhire, el-Matba'atü'l-Kübrâ el-Emiriyye, 1313/1895, VI, 142, 143; Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmûz, *Mir'âtü'l-Usûl fî Şerhi Mirkâti'l-Vusûl*, bsy., İstanbul, Salâh Bilici Kitabevi, 1966, s. 48; Hicâvî, Ebu'n-Necâ Şerafüddîn Mûsâ el-Makdisî el-Hicâvî , *el-İknâ' fî Fıkhî'l-İmâm Ahmed b. Hanbel (thk. 'Abdullâtîf Muhammed Mûsâ es-Sübki)*, I-IV, bsy., Beyrût, Dâru'l-Ma'rife, ts., II, 357; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 180. Damân/tazminat kavramı için bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 19-61.

<sup>125</sup> *Mecelle*, md. 416.

<sup>126</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 21.

<sup>127</sup> Bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, s. 77; Hamevî, Ebu'l-'Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed el-Mekkî el-Hüseynî, *Gamzu 'Uyûni'l-Besâir Şerhu'l-Eşbâh ve'n-Nezâir*, I-IV, 1. B., Beyrût, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1985, III, 154, 157, 158, 160; Aktan, “*Damân*”, *DİA*, c. VIII, s. 452; Şen, *a.g.m.*, s. 410.

<sup>128</sup> **Damânü'l-itlâf**, kişinin eli altında bulunsun veya bulunmasın bir mala vermiş olduğu zarardan sorumluluğunu ifade eden fikhî bir terimdir. Bunun tazmin şekline gelince eğer mal misli ise misli ile misli değil de kıyemî ise kıymeti ile tazmin edilir. Karş. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 49; Aktan, “*Damân*”, *DİA*, c. VIII, s. 452; Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 43; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 93. Türk pozitif hukukundaki benzer hüküm için bkz. Tüzel, *Temel Hukuk*, s. 116.

<sup>129</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 585; Ebû Zehrâ, *Fıkh Usûlü*, s. 283.

Istılahta ise, “*mebî’in istihkâkı veya onda ayıp tespiti halinde mebî’in bedelini müşteriye tazmin etmek*”<sup>130</sup> demektir. Bu anlamıyla ‘uhde de bizzat sorumluluk anlamını içeren hukukî bir kavramdır.<sup>131</sup>

#### 4) Garâmet

Garâmet, sözlükte “*tazminat, garame, borç, diyet gibi edası lâzım olan şey (deyn) ve böyle bir şeyi eda etmek*”<sup>132</sup> anlamlarına gelir.

Sözlük anlamlarında görüldüğü gibi; borç yükümlülüğü, borç altına girme<sup>133</sup>, tazminat, diyet ve deyn sorumluluğu anlamlarıyla garâmet de sorumluluk manasına gelmektedir.<sup>134</sup>

#### 5) Cebr

Cebr, sözlükte “*bir şeyi bir nevi kahr tarzıyla ıslâh*<sup>135</sup>, *ıslâh, telâfi, ikmâl*<sup>136</sup>, *kırılanı sarıp düzeltmek*<sup>137</sup>, *ihtiyacı olanın ihtiyacını gidermek, fakir olanı zenginleştirmekle fakirlikten kurtarmak, izâle edileni yerine getirmek*”<sup>138</sup> anlamlarına gelir.

İslâm hukuku kaynaklarında cebr, mal sahibinin elinden bir şekilde çıkartılan hak ve malını cebretmek yani ödetmek ve telâfi ettirmek için ilgili şahsa icbarda bulunmak anlamlarına gelir.<sup>139</sup> Bu durumda mal misli ise misliyle, kıyemî bir şey ise kıyemetiyle cebr (telâfi) edilir.<sup>140</sup> Yani cebrde zarar görme ihtimali olanın<sup>141</sup> ve zarar

<sup>130</sup> Yazır, *a.g.e.*, V, 391, 438; Kelebek, *a.g.e.*, s. 173; Şen, *a.g.e.*, s. 200; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 37.

<sup>131</sup> Bilâl Aybakan, “*Uhde*”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2012, ss. 53-54, s. 53.

<sup>132</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 154; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 227.

<sup>133</sup> Bkz. Tevbe, 9/60; Vâkı‘a, 56/66; *Mecelle*, md. 85, 87, 88.

<sup>134</sup> Şâfi‘î, Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. İdrîs, *er-Risâle (thk. Ahmed Muhammed Şâkir)*, bsy., Beyrût, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, ts., XI, 192; Hamevî, *Gamz*, III, 321; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 59; Bilmen, *a.g.e.*, I, 285; Ali Bardakoğlu, “*Garâmet*”, *DİA*, c. XIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1996, ss. 359-361, s. 359; Kazâmil, Seyf Recep, *el-‘Âkile fi’l-Fıkhî’l-İslâmî (Dirâsetü’n-Mukârene)*, bsy., by., 1999, s. 202; Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, s. 329; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 38, Aybakan, *a.g.e.*, s. 30; Böke, *a.g.e.*, s. 255; Şen, *a.g.m.*, s. 410.

<sup>135</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 218.

<sup>136</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 67.

<sup>137</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 25; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 40.

<sup>138</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 40.

<sup>139</sup> Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 50; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 98; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 64; Hamevî, *Gamz*, III, 208.

<sup>140</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 111; Kâsânî, *el-Bedâi’*, VII, 168; *Mecelle*, md. 416; Fahri Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*, 1. B., Ankara, Emek Matbaacılık, 1981, s. 37; Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 43; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 63; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 49.

görenin zararını sarıp sarmalamak, haksız fiilin sonuçlarını izâle ve giderim sorumluluğu vardır. Böylelikle zarar gören şahıs hiç zarar görmemiş konumuna getirilir. Çünkü “zarar izâle edilir”<sup>142</sup> kâidesi, İslâm hukukunun genel prensiplerinden biridir.<sup>143</sup>

## 6) İltizâm

İltizâm, sözlükte “bir şeye ondan ayrılmamacasına sarılma, bir şeyi kendi üzerine lâzım kılma, yükümlülük altına girme”<sup>144</sup> anlamlarına gelir. İltizâmî mu‘âmele (işlem) deyince de borçlandırıcı ve bağlayıcı işlem anlaşılır.<sup>145</sup>

İslâm hukuku kaynaklarında kullanıldığı haliyle iltizâmda da bir borçlandırma ve sorumluluk niteliği mevcuttur.<sup>146</sup>

## 7) Mesuliyet

Mesuliyet, sözlükte “sorumluluk, bir şahsın mükellef olduğu veya kendi iltizâmı ile ifâ ettiği şeylerden dolayı suale maruz kalması ve icabına göre mükâfat veya ceza görmesi, bir borç ve vecibe veya töhmet altında kalmayı icap ettiren hal ve hareketlerin hesabını verme halinde bulunması, bir edimi yerine getirme, tazminatla yükümlü olma”<sup>147</sup> gibi anlamlara gelir.

Muasır İslâm hukuku kaynaklarında sorumluluk anlamında kullanılan en yaygın kavram, şüphesiz “mesuliyet” kavramıdır. Bu kavramın benimsenmesiyle “el-mes’ûliyye...”<sup>148</sup> tamlamasıyla yapılan pek çok araştırma mevcuttur.

## 8) Teklîf

<sup>141</sup> Ölen annenin karnındaki bebeği kurtarmak imkân ve ihtimali varsa karnının yarılması hâdisesi için bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 51.

<sup>142</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>143</sup> Ali Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2013, s. 173, 174.

<sup>144</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 247, 248; Yazır, *a.g.e.*, II, 504; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 324; Böke, *a.g.e.*, s. 57, 69.

<sup>145</sup> Aybakan, *a.g.e.*, s. 56; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 248; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 324.

<sup>146</sup> Bkz. Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 97; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 192; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 429; Hamevî, *Gamz*, III, 16, 215; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 51, 61; ‘Gamrâvî, *es-Sirâcü’l-Vehhâc*, s. 240; Altuncî, *Müessesetü’l-Mes’ûliyye*, s. 13; Kazâmil, *el-‘Âkile*, s. 202; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 285; Mehmet Âkif Aydın, “Borç”, *DİA*, c. VI, İstanbul, TDV Yayınları, 1992, ss. 285-291, s. 285; Aybakan, *a.g.e.*, s. 22; Kelebek, *a.g.e.*, s. 157, 171; Karaman, *Fıkh Usûlü*, s. 235; Köse, *a.g.e.*, s. 99; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 30.

<sup>147</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 368.

<sup>148</sup> Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 1-298; Emîn, *Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, 1-313; Altuncî, *Müessesetü’l-Mes’ûliyye*, s. 1-302; Zuhaylî, *Nazariyyetü’d-Damân ve Ahkâmü’l-Mes’ûliyyeti’l-Medeniyye ve’l-Cinâiyye fi’l-Fıkhî’l-İslâmî Dirâsetün Mukârene* gibi.

Teklif, sözlükte birisine zahmet, sıkıntı ve zorluk verecek bir şeyi emretmek anlamlarına gelir. İstilahta ise, İslâm dininin ehliyet sahibi olan kişilere/mükelleflere bir kısım şeyleri yapmalarını emretmesi, diğer bazı şeyleri de terk etmelerini emretmesi demektir. Bir başka deyişle teklif, her hangi bir emrin ve nehyin/külfetin muhataba yöneltilmesi demektir.<sup>149</sup>

İslâm inanç esaslarını konu edinen Kelâm-‘Akâid<sup>150</sup> ve İslâm hukuku kaynaklarında çokça bahse konu olan teklif kavramında da bir sorumluluk anlamı vardır.<sup>151</sup>

### 9) Vazife

“Mükellefiyet, asgarî şart, sorumluluk anlamlarına gelen vazife, bir fıkıh terimi olarak da müslümanın, üzerindeki Allah ve kul hakları gereğince yerine getirmekle yükümlü tutulduğu dinî mükellefiyet ve vecibeleri” de ifade eder.<sup>152</sup>

Ayrıca İslâm borçlar hukukunda<sup>153</sup> bir akdin taraflara yüklediği sorumluluklar “vazife” kavramı ile de ifade edilebilir.<sup>154</sup>

### 10) Emânet

Bir hukuk terimi olarak *vedî‘a (emânet)*<sup>155</sup>, koruma sorumluluğu ile birisinin yanında bulunan başkasına ait bir malın hukukî konumu demektir.<sup>156</sup> “*Emânet, mazmûn değildir.*”<sup>157</sup> Yani emâneti elinde bulunduran şahıs, kusuru olmaksızın telef olması halinde emânetin tazmininden sorumlu değildir<sup>158</sup>, hükmünün hukukî salt değeri; müslüman zaten sorumluluğunun bilincindedir, demektir.

<sup>149</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 561; Yazır, *a.g.e.*, V, 299. Ayrıca *k-l-f* fiili için bkz. Bakara, 2/233, 286; En‘âm, 6/152; A‘râf, 7/42; Mü‘minûn, 23/62; Talâk, 65/7.

<sup>150</sup> Bkz. Gümüşhânevî, Ahmed Ziyâüddîn, *Ehl-i Sünnet İ’tikadi*, 4. B., İstanbul, Bedir Yayınevi, 1986, s. 43; İzmirli, *Yeni İlm-i Kelâm*, s. 72; Bekir Topaloğlu, *Kelâm İlmi (Giriş)*, 4. B., İstanbul, Damla Yayınevi, 1991, s. 65-69.

<sup>151</sup> Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, s. 465; Mustafa Sinanoğlu, “*Teklif*”, *DİA*, c. XL, İstanbul, TDV Yayınları, 2011, ss. 385-387; Aydın, “*Borç*”, *DİA*, c. VI, s. 285; Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 207, 209, 293; Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 141; Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 233, Hallâf, *a.g.e.*, s. 319.

<sup>152</sup> Tuncay Başoğlu, “*Vazife*”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2002, ss. 579-581, s. 591.

<sup>153</sup> Bkz. *Mecelle*, md. 582-595.

<sup>154</sup> Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 106-109; Başoğlu, *a.g.m.*, s. 591.

<sup>155</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 119, 600; *Mecelle*, md. 762-803.

<sup>156</sup> Hamza Aktan, “*Emânet*”, *DİA*, c. XI, İstanbul, TDV Yayınları, 1995, ss. 83-84; Mustafa Yıldırım, “*Vedî‘a*”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2012, ss. 596-598; Yazır, *a.g.e.*, I, 402, 403; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 119, 600.

<sup>157</sup> *Mecelle*, md. 768.

<sup>158</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 25; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 119; Emânete ilişkin kâideler için bkz. Bkz. *Mecelle*, md. 762-803.

“Biz emaneti göklere, yere ve dağlara teklif ettik de onlar bunu yüklenmekten çekindiler, sorumluluğundan korktular; nihayet onu insan yükledi”<sup>159</sup> âyetinde geçen “emânet” kavramı da hem Allah’a hem de kullarına ait olan haklarda mesuliyet, teklîf, ferâiz sorumluluğu bilinci ile davranmayı ifade eder.<sup>160</sup>

### 11) Mûceb

İslâm hukukçuları borç ve borcun gereğini yerine getirme sorumluluğunu ifade etmek için mûceb kavramını da kullanmışlardır.<sup>161</sup>

Mûceb-i akit, mûceb-i cinâyet<sup>162</sup>, mûcebu’l-emr<sup>163</sup> ile mûcebu’n-neyh<sup>164</sup> kavramlarıyla emir ve nehyin gerektirdiği hüküm ve gerekli kıldığı sonuç ve sorumluluklar anlaşılır.

### 12) Taahhüt

Taahhüt, sözlükte iltizâm, borçlanmak, bir şeyi (edimi=borcu) yüklenmek/üstlenmek gibi anlamlara gelir.<sup>165</sup>

Hukukta yaygın olarak kullanılan taahhüt/tekeffül terimi de bir nevi sorumluluk anlamını ifade eder.<sup>166</sup>

### 13) Vâcip veya Vecîbe

Vâcip kelimesinde de bir sorumluluk anlamı mündemiç olup, İslâm hukukunda sıkça kullanılan bir terimdir.<sup>167</sup> “Vecîbe=borç=obligation”<sup>168</sup>, “vâcibu’l-îfâ” yani

<sup>159</sup> Ahzâb, 33/72.

<sup>160</sup> Bkz. Mahallî, Süyûtî, *Tefsîrül-Celâleyn*, II, 113; Yazır, *Hak Dîni Kur’ân Dili Türkçe Tefsir*, VI, 3934. Detaylı bilgi için bkz. Ali Toksarı, “Emânet”, *DİA*, c. XI, İstanbul, TDV Yayınları, 1995, ss. 81-83.

<sup>161</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 144, 145; Aydın, “Borç”, *DİA*, c. VI, s. 285; Aybakan, *a.g.e.*, s. 20; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 30.

<sup>162</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 386; Yazır, *Alfabetik İslâm Hukuku*, III, 425, 426; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 470; Devellioğlu, *a.g.e.*, s. 789.

<sup>163</sup> Serahsî, *Usûl*, I, 11, 14, 26, 282; Molla Hüsrev, *Mir’ât*, s. 48; Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 167; Ali İhsan Pala, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 1. B., Ankara, Fecr Yayınları, 2009, s. 82, 83; Şa’bân, *a.g.e.*, s. 330; Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 179; Zeydân, *Fıkıh Usûlü*, s. 271.

<sup>164</sup> Serahsî, *Usûl*, I, 87; Molla Hüsrev, *Mir’ât*, s. 137, 138; Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 171; Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 183; Zeydân, *Fıkıh Usûlü*, s. 281.

<sup>165</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 531, 561; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 625; Devellioğlu, *a.g.e.*, s. 1205, 1278.

<sup>166</sup> Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 774, 776; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 625, Erdoğan, *a.g.s.*, s. 531, 561; Aydın, “Borç”, *DİA*, c. VI, s. 28; Aybakan, *a.g.e.*, s. 20; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 30; Naimi, *a.g.tz.*, s. 75, 78; eBK. 321, BK. 396-400.

<sup>167</sup> Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 245-250; Aydın, “Borç”, *DİA*, c. VI, s. 285; Aybakan, *a.g.e.*, s. 23, 24.

<sup>168</sup> Bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 16-38; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 3; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 30.

uyulması, yerine getirilmesi zorunlu olan şey, ödev, vazife, borç<sup>169</sup>, tazmin, giderim ve sorumluluk demektir.<sup>170</sup>

#### 14) Deyn

Zimmette sabit bir borç olması açısından “deyn” kelimesinde de bir sorumluluk anlamı mevcut olup<sup>171</sup> klâsik ve muasır İslâm hukuku kaynaklarında yaygın bir kullanımı vardır.<sup>172</sup>

Hz. Peygamber’in (s.a.v) “*karada şehit olanın kul hakkı ve emanet haricindeki günahları affolunur. Denizde şehit olanların ise kul hakkı ve emanetleri de dâhil bütün günahları affedilir*”<sup>173</sup> hadisinde; iki şehit arasındaki sorumluluk farkının edimin imkânsızlığından kaynaklanmaktadır. Nitekim borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir “îfâ imkânsızlığı” durumunda borç sukût eder.<sup>174</sup> Hem mezkûr hadiste hem de “*borçlu kişi, kabrinde mahpustur*”<sup>175</sup> hadisinde sorumluluk anlamını içeren “*medyûn*” kelimesi kullanılmıştır.

Roma hukuku<sup>176</sup> ve Türk pozitif hukukunda da kusursuz imkânsızlık halinde aynı hüküm geçerlidir, yani borç sukût eder.<sup>177</sup>

### C) SORUMLULUK FİKRİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

İslâm hukukunda sorumluluk fikrinin tarihî gelişiminden önce İslâm öncesi Arap toplumunun sorumluluk anlayışına değinmek konunun vuzuha kavuşması açısından önemlidir.

#### 1) İslâm Öncesi Arap Toplumunda Sorumluluk Fikri

<sup>169</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 593.

<sup>170</sup> Meselâ, biri diğerini ses ile ürkütüp ölümüne sebep olsa bu bir diyet sorumluluğunu gerektirir (tecibu ed-diyete). Bkz. Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 166. Veya “tecibu el-keffâretü” yani (o şey her ne ise) kefareti (yani sorumluluğunu) gerektirir. Bkz. Ahmet Fethî Behnesî, *ed-Diyetü fi‘ş-Şerî‘ati‘l-İslâmiyye*, 3. B., Beyrût, Dâru‘ş-Şurûk, 1409/1988, s. 54.

<sup>171</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 101; Yazır, *a.g.e.*, I, 346; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 165.

<sup>172</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 126; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 129, 196; Hamevî, *Gamz*, III, 14, 18, 60; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 18, 25; ‘Ġamrâvî, *es-Sirâcü‘l-Vehhâc*, s. 242; Aydın, “*Borç*”, *DİA*, c. VI, s. 285; Aybakan, *a.g.e.*, s. 24; Böke, *a.g.e.*, s. 96, 239, 255; Kelebek, *a.g.e.*, s. 251.

<sup>173</sup> İbn Mâce, “*Cihâd*”, 10; Muhammed Es‘ad Erbilî, *Kenzü‘l-‘İrfân fi Ehâdis-i Nebiyyi‘r-Rahmân*, bsy., İstanbul, Dersa‘âdet, 1317/1899, Hadis No: 297, s. 57.

<sup>174</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 559, 560; Aybakan, *a.g.e.*, s. 54, 66, 67.

<sup>175</sup> Erbilî, *Kenzü‘l-‘İrfân*, Hadis No: 705, s. 123.

<sup>176</sup> Bkz. Tahiroğlu-Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 102, 103; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 183; Erdoğmuş, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 159, 160.

<sup>177</sup> Bkz. Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 214; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 149; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 80; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 516-519; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 420; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 410, 411; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 265-270.

İslâm öncesi Arap toplumunda hak sahibinin hakkını alabilmesi tamamıyla onun güçlü ve kuvvetli olmasına bağlıydı. Zira câhiliye Araplarında asabiyet/ırkçılık inancı çok güçlü olup bedevîler her halükârda yakınlarının yanında yer alırlardı. Din, hak ve hukuk anlayışları oldukça zayıf olan bedevîler hâdiselere tamamıyla asabiyet düşüncesi ile yaklaşırlardı.<sup>178</sup>

İslâm öncesi Arap toplumunda her kabilenin kendine has ve bütün bedevîlerce bilinen bir damgası vardı. Bu damga ile bedevîler develerini ve kendilerine ait olan toprakları belirtmek için boya kullanarak işaretlerdi. Kabile üyeleri oldukça birbirine bağlı idi. Her kabile kendi üyesine her halükârda yardıma koşardı. İçlerinden birisi bir cinayet işlemiş ise, bütün kabile üyeleri üyelerinin savunmasını üstlenirdi. Bunun karşılığında da kabile üyesinin elde ettiği ganimet kabilesine ait olurdu. Eğer kabile bir ferdi himaye etmek istemez ise, o kişi başka bir kabileye sığınır. Böylece o fert sığınmış olduğu kabilenin bir ferdi sayılırdı. Bedevîlerde kendisine veya çadırına sığınan bir kişiyi koruyup kollamak, komşuluk haklarına hürmet göstermek, sahavet, şecaat, şeref ve haysiyet en yüksek ahlâkî meziyetlerdi.<sup>179</sup>

Görüldüğü gibi, “İslâm öncesi Arap toplumunda kural olarak şahsın sorumluluğu kabul edilmekle beraber yakın akrabadan başlayıp uzak akrabalara kadar uzanan bir sorumluluk anlayışı vardı. Kısas yoluyla öldürülme imkânı olmayan katilin yakın akrabalarından biri öldürülebiliyordu. Ayrıca bir borç veya bir tazminat asıl borçludan tahsil edilemediği durumlarda yakın akrabadan tahsil edilirdi. Ebeveynin sorumluluğu ile kabilenin sorumluluğu, asabiyet bağı düşmediği sürece devam ederdi; bu sorumluluk, asabiyet bağının bizzat o şahıs tarafından koparıldığının, toplumun çoğunluğu tarafından bilinebilecek bir şekilde ilân edilmesi ile sona ermiş olurdu.”<sup>180</sup>

Ayrıca borcunu ödemeyip iflâs eden kişi alacaklıları tarafından satılabilir<sup>181</sup>, “köle edinilebilirdi. Bu da câhiliye devrinde kişi ile sorumluluk fikrinin mevcut olduğunu göstermektedir.”<sup>182</sup>

<sup>178</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 50.

<sup>179</sup> Şener, *İslâm Hukuku Dersleri I*, s. 15.

<sup>180</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 51.

<sup>181</sup> Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 47; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 534; Şener, *İslâm Hukuku Dersleri I*, s. 21.

<sup>182</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 50.

İslâm öncesi Arap toplumunda “kusurlu sorumluluk anlayışının yanında kusursuz yani kusura dayalı olmayan bir sorumluluk fikri de vardı. Tâbi’ durumunda olan hanımların, kölelerin, hayvanların<sup>183</sup>, çocukların ve şahsa ait olan eşya ve malların sorumluluğu metbû’ durumundaki şahsa aitti. Veli, velâyeti altında bulunan kimselerin vermiş oldukları zararlardan sorumlu olmakla birlikte, onların hayatlarının da içine alabilecek şekilde çok geniş tasarruf yetkisine sahip bulunmaktaydı.”<sup>184</sup>

Ferdin kabileye sorup danışmadan yaptığı şahsî sözleşmeleri kabile olduğu gibi benimser ve kendi ferdinin şerefini korumak için savaşı dahi göze alırdı.<sup>185</sup>

Fâili bilinmeyen cinayetlerde katili tespit etmek için de “kasâme”<sup>186</sup> usûlüne başvurulurdu. Buna göre, bir kabilenin toprağında bilinmeyen bir şahıs tarafından öldürülmüş bir kimse bulunursa o kabile fertlerine yemin ettirilirdi. Yemin etmekten kaçınan şahıs o suçu yüklenmiş sayılırdı.<sup>187</sup> Arapların geleneklerinden kaynaklanan bu gibi bazı uygulamalar karşısında İslâm dini ilgâ<sup>188</sup>, ibkâ<sup>189</sup> veya tashîh<sup>190</sup> tutumlarını takınmıştır.<sup>191</sup>

<sup>183</sup> Tâbi durumunda olan hayvanın verdiği zarardan metbû durumunda olan sahibinin sorumluluğu için bkz. Bardakoğlu, “Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...”, s. 44, 45.

<sup>184</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 51.

<sup>185</sup> Hallâf, *a.g.e.*, s. 42.

<sup>186</sup> **Kasâme**, İslâm hukukunda, katili belli olmayan fakat üzerinde katl eseri bulunan bir cesedin bulunduğu yer halkından seçilen elli kişinin hâkim önünde onu öldürmediklerine, öldüreni de bilmediklerine ilişkin yemin etmesini ifade eden fikhî bir kavramdır. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 293; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 377; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 48.

<sup>187</sup> Keskioglu, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 269; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 48; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 68; Schacht, *a.g.e.*, s. 189; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk)*, 4. B., İstanbul, Arı Sanat Yayınları, 2016, s. 363, 364.

<sup>188</sup> **İlgâ**, (İslâm öncesi dinlere ait) bir hükmün yeni bir (İslâmî) hüküm ile yürürlükten kaldırılması demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 245; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 322.

<sup>189</sup> **İbkâ**, Allah ve Rasûlü tarafından neshedilmeyen ve Kitap ve Sünnet’te anlatılan geçmiş şeriatlere ait hükümlerin İslâm dininde de geçerli olduğunu ifade eden bir terimdir. Bu durum fıkıh usûlünde şöyle ifade edilir: “Şerâi’u men kablênâ şerî’atün lenâ izâ kassehâ Allahu ve Resûlühu”, “şerî’atü men kablênâ şerî’atün lenâ mâ lem tünseh” bkz. Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 97.

<sup>190</sup> **Tashîh**, İslâm öncesi şeriatlarca benimsenmiş olan bir hükmün İslâm dinince düzeltilerek yürürlükte bırakılması demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 548.

<sup>191</sup> Karş. Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, bsy., İzmir, Öğrenci Basımevi, 1987, s. 89-93; Ali Osman Ateş, *İslâm’a Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitab Örf ve Âdetleri*, bsy., İstanbul, Beyan Yayınları, 1996, s. 499-501; Hakan Uğur, *Tevrat’ın Kur’ân’a Arzı (Kur’ân’ın Tevrat’ta Tasdik Ettiği Konular)*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2011, s. 131-380; Zeydân, *Fıkıh Usûlü*, s. 247-250; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 51, 52; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 43; Hallâf, *a.g.e.*, s. 279, 280; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 51, 52.



Câhiliye devrinde kısas<sup>192</sup> ve diyetle ilgili uygulamaların yanında<sup>193</sup> ‘âkilenin de<sup>194</sup> bir sorumluluğu vardı.<sup>195</sup>

## 2) İslâmiyet Sonrası Dönemde Sorumluluk Fikri

Yukarıda ifade edildiği gibi, İslâm hukuku bedevî bir toplumun hukuk anlayışının hâkim olduğu bir ortamda doğup gelişmiştir.<sup>196</sup> İslâm, Arapların mevcut anlayışlarından kendi ölçülerine uygun olanlarını ibkâ’, eksik olanlarını ıslâh (tashîh) ve ölçülerine uymayanları da reddetmiştir (ilgâ’).<sup>197</sup>

İslâm’ın gelişinden sonraki dönemde sorumluluk fikrinden önce Batı hukuku ve Türk pozitif hukukunda akit dışı sorumluluğun dayandığı “kusur ilkesi” ve “sebebiyet ilkesi” kısaca şöyledir:

*“Kusur ilkesine göre, manevî bakımdan tasvip edilmeyen bir irâde ile yani kasıtlı veya ihmâl ile bir kimseye zarar veren şahıs sorumlu tutulmalıdır.”*<sup>198</sup> Kusur ilkesinin temeli işte budur. *“Batı’da “sübjektif nazariye” olarak bilinen “kusur prensibi”, ancak 19’uncu yüzyılın yarısından sonra kanun haline gelebilmiştir.”*<sup>199</sup>

Sebebiyet ilkesi (objektif nazariye) ise, bir kimse kusurlu olmasa bile kendi fiilinden veya ilgili olduğu bazı olaylar yüzünden (mâlîki olduğu hayvan veya bina gibi)<sup>200</sup>, zarar gören kimselere karşı sorumlu olması demektir.<sup>201</sup> *“Türk Mesuliyet*

<sup>192</sup> **Kısâs**, aynı biçimde cezalandırma. Öldürdüğü kişiye karşılık olmak üzere katili öldürme veya yaralanmış ve koparılmış bir organ karşılığında benzer biçimde yaralama ve kesmeyi ifade eden fikhî bir terim. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 390; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 307.

Câhiliye Arapları *“ölümü en iyi ölüm yok eder”* sözü ile kısası kastederlerdi. Bkz. Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 47; Muhsin Demirci, *Kur’an’da Toplumsal Düzen*, 2. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2013, s. 180, 181.

<sup>193</sup> Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 48; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 67, 68; Ateş, *a.g.e.*, s. 453-456.

<sup>194</sup> ‘**Âkile**, kasıtsız olarak işlenen cinayet diyetini veya “gurre” denilen malî tazminatı, yüklenip ödeyen asabe, aşiret, divan üyeleri, meslek kuruluşları demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 20.

<sup>195</sup> Âkilenin sorumluluğu tazminatla ilgili olup cezaî bir nitelik taşımadığını özellikle belirtmeliyiz. Bkz. Hamza Aktan, *“Âkile”*, *DİA*, c. II, İstanbul, TDV Yayınları, 1989, ss. 248-249, s. 248; Ateş, *a.g.e.*, s. 455, 456; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 173; Ekinci, *a.g.e.*, s. 362, 363.

<sup>196</sup> Bkz. Hallâf, *a.g.e.*, s. 42; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 43; Şener, *İslâm Hukuku Dersleri I*, s. 15-21; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 51, 52; Köse, *a.g.e.*, s. 76, 77.

<sup>197</sup> Bkz. Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 143-145; Ateş, *a.g.e.*, s. 499-501; Şa’bân, *a.g.e.*, s. 208-212; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 51, 52; Köse, *a.g.e.*, s. 77.

<sup>198</sup> Arik, *Borçlar Hukuku*, s. 100; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 119-122; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 76, 77; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 262, 263; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 462; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52, 141-147, 158, 199.

<sup>199</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52; Köse, *a.g.e.*, s. 263, 265.

<sup>200</sup> Nazariyyetü tehammuli’t-tebi’a için bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 262-265.

<sup>201</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 611; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84 vd.

*Hukuku aslında kusura dayanan mesuliyet esasını kabul etmiştir.<sup>202</sup> Fakat bunun yanında kusursuz sorumluluk veya sebebiyet mesuliyeti denilen haller bir hayli çok olup<sup>203</sup>, ihtiyaç halinde de yeni bir takım sebep sorumlulukları oluşturulabilmektedir.<sup>204</sup> Sebep sorumluluğu veya kusura dayanmayan sorumluluk fikri, Batı'da ancak 20'inci yüzyılın başlarında kabul edilmeye başlanmıştır.<sup>205</sup>*

Batı'da ve Türk pozitif hukukunda sebebiyet ilkesi (objektif nazariye=kusura dayanmayan sorumluluk) fikriyatının tarihî seyri bu meyanda iken, İslâm hukukunda ise bu gelişim Kitap<sup>206</sup> ve Sünnet esasları çerçevesinde asırlarca öncesine dayanır.<sup>207</sup> İslâm hukukunun hukuk düşüncesine katkılarından biri olan sebebiyet ilkesi<sup>208</sup> ile ilgili olarak Zahit İmre'nin (ö. 1989) tespiti çok önemlidir: “*Malum olduğu üzere, Roma hukukunun en küçük bir tesirine dahi maruz kalmadan, sırf kendi hayatıyla inkişâf eden iki büyük hukuk sistemi vardır. Bunlardan biri İngiliz hukukudur. Diğeri İslâm ve eski Türk (Osmanlı) hukukudur ki, bu mevzuda sebebiyet prensibini kabul etmiş olup*”<sup>209</sup> işte bu nazariye İslâm hukukunun istiklâl ve özgünlüğünün delillerinden biridir.<sup>210</sup>

<sup>202</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100.

<sup>203</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 76, 77; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 262, 263; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 462; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52, 148-157.

<sup>204</sup> Yıldız, “*Sorumluluk*”, *DİA*, c. XXXVII, s. 382.

<sup>205</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52.

<sup>206</sup> Enbiyâ 21/78, 79.

<sup>207</sup> “Menfaat, sorumluluk karşılığındadır.” Ebû Dâvûd “Büyü”, 89; Nesâî, “Büyü”, 15; *Mecelle*, md. 85, 87, 88. “Gündüz bahçe sahipleri bahçelerini korur; gece ise hayvan sahipleri hayvanlarının verdikleri zararları tazmin eder.” Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 295; Ebû Dâvûd, “Büyü”, 95; İbn Mâce, “Ahkâm”, 13; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akdiyye”, 36.

<sup>208</sup> İslâm hukukunun modern hukuk düşüncesine katkıları bağlamında Abdurrezzak es-Senhûri (ö.1971) şu hükümleri zikreder: 1- “Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi” (Nazariyyetü't-Te'assüf fi İsti'mâli'l-Hak), 2- “Risk/Tehlike Sorumluluğu/Hasar Teorisi/İsmet-i Emvâl Nazariyesi (Nazariyyetü Tehammuli't-Tebi'a), 3- “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli (Havâletü'l-Hak ve Havâletü'd-Deyn), 4- “Beklenmeyen/Umulmayan Hal Nazariyesi (Nazariyyetü'z-Zurûfi't-Târie), 4- “Temyiz Gücü Olmayan Sorumluluğu (Mes'ûliyyetü 'Adimi't-Temyiz veya Hakkaniyet İlkesi), 6- “Muhâyee”, 7- “Uluslar Arası Hukuk (el-'Alâkâtü'd-Devliyye) için bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 257-268.

<sup>209</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 263; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52.

<sup>210</sup> İslâm hukukunun istiklâli için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, I, 323-326; Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, s. 110; Köse, *a.g.e.*, s. 257-268. Ayrıca İslâm hukukunun istiklâl ve özgünlüğüne ilişkin bazı oryantalist (şarkiyatçı) ve Müslüman bilginlerin orijinal tespitleri için bkz. ‘Afif Abdülfettâh Tabbara, *İlmin Işığında İslâmiyet*, Çeviren: Mustafa Öz, Kalem 2. B., İstanbul, Yayıncılık, Yelken Matbaası, 1981, s. 331, 332; Abdülkâdir ‘Üdeh, *İslâm Şeriati*, Tercüme: Akif Nuri Karcıoğlu, 7. B., Ankara, Nur Yayınları, Gaye Matbaası, ts., s.88; Gürkan, *İslâm Kültürünün Garbî Medenileştirmesi*, s. 92-97, 316, 325, 344; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 107-128; Karaman, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, s. 117-126; Halil Cin, Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. B., İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011, s. 122-125.

Roma hukukunda kusursuz mesuliyet hallerine nadiren rastlansa da “kusursuz tazminat olmaz”<sup>211</sup> kuralı devamlı baskın olmuştur. Roma hukukunun bu tesiri Avrupa hukukları üzerinde 19’uncu asrın ikinci yarısına kadar sürmüştü; ancak 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannâmesi ile sanayileşme, bazı modern ve teknik gelişmelerle ferdiyetçi anlayıştan sosyal hukuk anlayışına doğru bir eğilim başlamıştır.<sup>212</sup> Bu konuda Josserand şöyle demektedir: “Değişmiş olan toplum için gençleşmiş sosyal bir kâide lâzımdır. Kıymetini kaybetmiş olan kusur düşüncesi yerini tamamıyla daha geniş bir mefhum olan hasar (risques) telâkkisine bırakmalıdır.”<sup>213</sup>

İşte bu tartışmalardan sonra 19’uncu asrın son yıllarından itibaren tehlike sorumluluğu (sebebiyet ilkesi=kusursuz sorumluluk) Batı hukuk düzeninde yerini almıştır.<sup>214</sup>

Oysa öteden beri İslâm hukuku bu konuda önemli prensipler vazetmiş ve bu esaslar çerçevesinde geniş bir ictihâdî zenginlik ortaya çıkmıştır.<sup>215</sup> İslâm hukukuna göre, “*el-harâcu bi’d-damân*”<sup>216</sup> yani bir şeyin menfaati kime aitse riski/tehlikesi de ona aittir. Hâsılı, hasardan hasara sebebiyet veren kişi sorumludur.<sup>217</sup>

Muhammed Zeki ‘Abdülberr, “*nazariyyetu tehammuli’t-tebi‘a*” ile ilgili bir araştırmasında özetle şu bilgileri verir: “*Bu teori ile ilgili olarak Hanefî mezhebinin*

<sup>211</sup> Erdoğmuş, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 28-33.

<sup>212</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 262-265; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın ...*”, s. 43, 44.

<sup>213</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 263.

<sup>214</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 262, 263; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 262.

<sup>215</sup> Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 174, 175, 181.

<sup>216</sup> Ebû Dâvûd, “Büyü”, 71; Nesâî, “Büyü”, 15; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 40. Hukukun üstün nitelikli kurallarından biri olan “*el-harâcu bi’d-damân*” hadisini Mecelle; “bir şeyin nef’i zamânı mukabelesindedir”, “mazarrat menfaat mukabelesindedir”, “kulfet nimete ve nimet kulfete göredir” özgün ifadeleri ile kanunlaştırmıştır. Bkz. *Mecelle*, md. 85, 87, 88; Ali Haydar Efendi (Küçük), *Dürrerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I-IV, 3. B, İstanbul, Matba‘a-i Ebu’z-Ziyâ’, 1330/1911, I, 185, 189; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 111; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 311, 370. İslâm hukukçularının “*el-gunmü bi’l-gurmî*” (bkz. Bilmen, *a.g.e.*, I, 285) şeklinde formüle ettikleri kaidede yer alan “gunm” ve hadisteki “harâc” bir şeyden elde edilen yararı, karşıt anlamlısı olan “gurm” de üstlenilen maddî kulfeti, harcamayı, tazmini ve zarara katlanma sorumluluğunu ifade eder. Hak ile sorumluluk, nimet ile kulfet arasında makul bir dengenin bulunması, İslâm hukukunun her alanında (ceza, borçlar, miras) benimsediği temel ilkelerden biridir. Bu sebeple de bir menfaate, bir malın yararına sahip olan kimseye denk bir kulfetin yüklenmesine özen gösterilmiştir. Bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 264; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 147; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 160. Türk pozitif hukukunda da tehlike sorumluluğu gereği olarak her nimetin bir kulfeti vardır. Bu düşüncenin esası şudur: Bir şeyden veya faaliyetten elde edilen menfaat, onun kulfetine veya riskine de katlanmayı emreder. Eğer bu şeyden veya faaliyetten başkası için bir zarar doğarsa, artık kusura bakılmadan sorumluluğun kabulü gerekebilir. Bkz. Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 672; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110.

<sup>217</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 263, 264.

hükmü, İslâm hukukunun orijinalliğinin ve büyüklüğünün göstergelerindedir. İslâm hukuku, Roma ve bugünkü Fransız hukukunun ulaşamadığı çok önemli bir konuda isabetli hükmü oldukça erken bir zamanda vazetti. Bu konuda Alman hukuku İslâm hukukuna 1900 yılının Ocak ayı başından itibaren ulaşabilmiştir... Bazıları bunu ‘Alman prensibi’ olarak isimlendirse de doğrusu bunun bir İslâm hukuku prensibi olduğudur.”<sup>218</sup> Nitekim “ismet-i emvâl”<sup>219</sup>, “hak”<sup>220</sup> ve “hakkın himayesi”<sup>221</sup> teorilerinin bir gereği olarak İslâm hukukunda hukuka aykırı bir davranıştan dolayı zararın ortaya çıkması, fiil ile netice arasında uygun bir illiyet bağının bulunması halinde zararın giderilmesi esas alınmıştır. Bir kimsenin tehlikeli ve zor bir durumda kalması sebebiyle ıztırâr halinde bulunması ve ancak başkasının haklarını ihlâl etmek suretiyle kendisini koruyabilmiş olması sorumluluğunu etkilemez.<sup>222</sup> Çünkü “ıztırâr gayrın hakkını iptal etmez.”<sup>223</sup> Zararın mübâşeret (doğrudan) ya da tesebbüben (dolaylı olarak) ortaya çıkması da tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira “mübâşir müte‘ammid olmasa da dâmin olur”<sup>224</sup> prensibi İslâm hukukunun üstün nitelikli kurallarından biridir.<sup>225</sup>

Objektif mesuliyetle ilgili olarak İslâm hukukçusu Saffet Köse konuyu özetler mahiyette şöyle der: “Batı hukukunda hasar veya objektif mesuliyet nazariyesi adıyla son zamanlarda ortaya çıkan ve tatbik sahası günden güne genişleyen ve Roma hukukunun kusur nazariyesinden daha isabetli ve âdilâne telâkki edilmeye başlanan teori, İslâm hukukunun asırlarca evvel ortaya koyduğu ve hukukî sorumluluğa uyguladığı “ismet-i emvâl” nazariyesinin aynısıdır. Çünkü bu nazariyede hasar, zararı doğuran fiilin menfaatini ilgilendiren müteşebbise yüklenmiştir. Çünkü bu nazariyede hasar, zararı doğuran fiilin menfaatini ilgilendiren müteşebbise yüklemektedir.”<sup>226</sup>

<sup>218</sup> Köse, a.g.e., s. 265; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52.

<sup>219</sup> **İsmet-i emvâl=ismet-i mülk**, malların dokunulmazlığı ilkesi demektir. Bu nedenle kasıtsız bile olsa itlâf edilen mal tazmin edilir. Bkz. Erdoğan, a.g.s., s. 213; Şentürk, “İsmet”, *DİA*, c. XXIII, s. 137.

<sup>220</sup> Bkz. Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, c. XV, İstanbul, TDV Yayınları, 1997, ss.139-151; Kaya, *Güncel Fıkhi Konular*, s. 129; Demirci, *Kur’an’da Toplumsal Düzen*, s. 171, 172.

<sup>221</sup> “Hak muhterem ve himayesi vaciptir.” Bkz. Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 117, 118.

<sup>222</sup> Köse, a.g.e., s. 264; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 84, 85; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394-397; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265.

<sup>223</sup> *Mecelle*, md. 33.

<sup>224</sup> *Mecelle*, md. 92.

<sup>225</sup> Bkz. Aydın, “Haksız Fiil”, *DİA*, c. XV, s. 211.

<sup>226</sup> Köse, a.g.e., s. 264.

## D) SORUMLULUK HUKUKUNUN GAYESİ

Sorumluluk hukukunun gayesi, gerçekleşen zararı karşılatıp tazmin ettirmektir.<sup>227</sup> Bunu kısaca *oluşan zararı izâle/giderim* olarak da ifade edebiliriz. Kavâ'id kitaplarından Mecelle'ye kadar gelen umumî bir kâideye göre “*zarar izâle olunur.*”<sup>228</sup> Bu prensibe göre, hiçbir kimse diğere haksız bir fiille zarar veremez; verdiği takdirde de zarara uğrayan taraf kaderine boyun eğip zarara katlanmaz; oluşan zararı sineye çekmez. Bilâkis o kişiden zararının izâle edilmesini talep edebilir. Ancak zarar izâle edilirken “*zarar ve mukabele-bizzarar yoktur*”<sup>229</sup>, “*zarar kendi misliyle izâle olunamaz*”<sup>230</sup> prensipleri gereğince; zarara misli ile veya başka şekilde zarar vererek mukabele etmek, intikam almak, bir manada ilgili şahsa verdiği zarara karşılık maddî bir zarar vererek âdeta “maddî kısas” yoluna gitmek câiz değildir. Bu durumda yapılması gereken şey, zarara uğrayan şahsın hukuka başvurarak tazminat talep etmesi, yani zararının giderilmesini istemesidir.<sup>231</sup>

Türk pozitif hukukunda da bir kimse, işlediği haksız fiil sonucunda ne gibi zararlara sebebiyet verdi ise, hepsini gidermeli, haksız fiilden önceki fiili durumu yeniden sağlamalıdır. Böylece zarara uğrayan şahıs, sanki hiçbir zarara uğramamış bir duruma kavuşturulmalıdır. Dahası, ilgili şahsın hakkaniyet gereğince “tam bir tazminat” ile sorumlu tutulabilmesi için de hâkime çok geniş takdir yetkisi tanınmıştır.<sup>232</sup> Görüldüğü gibi, sorumluluk hukukunun gayesi her iki hukukta da mağdurun zararını gidermektir, tazminattır.<sup>233</sup>

## III. SORUMLULUK ÇEŞİTLERİ

<sup>227</sup> Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 166; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 128; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 1-3; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 23-25; Naimi, *a.g.tz.*, s. iii.

<sup>228</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20. Ayrıca “zararın izâlesi prensibi” için bkz. Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, s. 173.

<sup>229</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akziyye”, 31; Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 43; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50, *Mecelle*, md. 19.

<sup>230</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 43; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 51; *Mecelle*, md. 25.

<sup>231</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 509; Aydın, “Haksız Fiil”, *DİA*, c. XV, s. 210, 211.

<sup>232</sup> Karş. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90, 91; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65, 66; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 132 vd.; Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 187 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 214 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s.159 vd.

<sup>233</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 220; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177, 183; *Mecelle*, md. 20; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65.

İslâm hukukunda *kusurlu sorumluluk (mübâşeret)*<sup>234</sup> ile *kusursuz sorumluluk (tesebbüb)*<sup>235</sup> konularını Türk pozitif hukuku sistematiğine göre, aynı bölümde, kısmen birbirinden bağımsız olarak inceleyeceğiz. Kısmen diyoruz; çünkü genel anlamda haksız fiilin unsurları olan “fiil”, “hukuka aykırılık (te‘addî)”, “zarar”, “fâilin kusuru” ve “fiil ile zarar arasında illiyet bağı”<sup>236</sup> öğeleri bütünüyle kusurlu sorumluluk başlığı altında izah edilecektir. Haksız fiilin bu unsurları kusursuz sorumluluk bölümünde ayrıca izah edilmeyecektir.

## A) KUSURA DAYANAN SORUMLULUK

Kusur esasına göre sorumluluk<sup>237</sup>; pratik hayatta kusursuz sorumluluktan çok daha yaygın olan bir sorumluluk hâlidir. Ancak doktrinde kusursuz sorumluluk halleri de az değildir. Ayrıca ilmî ve teknik gelişmelere paralel olarak; bu haller her geçen gün daha da çoğalmakta, ihtiyaçlar karşısında yeni birtakım kusursuz sorumluluk alanları da ortaya çıkmaktadır.<sup>238</sup>

Türk pozitif hukuku sistematiğinden yararlanarak, önce kusurlu sorumluluğun tanımı ve unsurlarını daha sonra da kusursuz sorumluluğun tanımı ve unsurlarını olabildiğince *yapı mâliklerine ilişkin örneklerle* izah edeceğiz.

### 1) Kusura Dayanan Sorumluluğun Tanımı

Kusur (culpa)<sup>239</sup>, Arapça bir kelime olmakla birlikte İslâm hukuku kaynaklarında, Türk pozitif hukukunda kullanıldığı anlamda<sup>240</sup> kullanılmamıştır. Ancak

<sup>234</sup> **Kusurlu (mübâşereten=doğrudan=sübjektif) sorumluluk** için bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 482-511; Heyet, *İslâm Hukuku El Kitabı*, s. 437-439; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100-109; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 286, 287.

<sup>235</sup> **Kusursuz (tesebbüben=dolaylı=objektif) sorumluluk** için bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84, 94; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511-527; Heyet, *İslâm Hukuku El Kitabı*, s. 437-439; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109-148; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 286, 287.

<sup>236</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100, 101; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 469-560; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 114; Aydın, “*Haksız Fiil*”, *DİA*, c. XV, 210, 211; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 101-136; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 63-138; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 271-291.

<sup>237</sup> **Kusurlu sorumluluk** (sübjektif nazariye=sübjektif sorumluluk teorisi= kusur prensibi) için bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52, 142, 146; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 482-511; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 77-84; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 111-128.

<sup>238</sup> Bkz. Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 76, 77; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 262, 263; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 462; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511-527; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52, 148-157.

<sup>239</sup> **Culpa**, Roma hukukunda kusur demektir. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 287.

<sup>240</sup> **Kusur**, bir kimsenin kasıt, ihmal veya tedbirsizliği sebebiyle vuku bulan, hukuka aykırı bir durum demektir. Hukukî sorumluluğun tayin ve belirlenmesinde kusurun rolü önemlidir. Kural olarak

kusurun çeşitlerinden olan kasıt<sup>241</sup> yerine, “amd” ve “te‘ammüd” kelimelerinin kullanıldığını görmekteyiz.<sup>242</sup>

Te‘ammüd ise, “amd” kökünden türemiş olup<sup>243</sup>, “kasıt=dolus” yani *bir işi bilerek, isteyerek, iç irâde ile tasarlayarak ve kasten yapmak* demektir.<sup>244</sup> Kavram hem *cezaî* hem de *hukukî* sorumluluğu karşılar niteliktedir. Mahmesânî (ö. 1986) ve Karaman’a göre te‘ammüd, kasıttan başka bir de taksîr<sup>245</sup>, ihmâl<sup>246</sup> ve tedbirsizliği de kapsar niteliktedir.<sup>247</sup>

Kusur kavramının tanımından sonra, “*kusurlu sorumluluğu*” şu şekilde tanımlayabiliriz: “*Manevî bakımdan tasvip edilmeyen bir irâde ile yani kasıtle veya ihmâl ile bir kimseye zarar veren şahsın sorumlu tutulmasını öngören sorumluluk hâli demektir.*”<sup>248</sup> Veya “*hukuk nizamının muahezeye lâayık addettiği, zararın sebebi olan hareket tarzı*”<sup>249</sup> olup unsurlarının mevcûdiyeti halinde sahibinin mesuliyetini öngören sorumluluk demektir.

Roma hukukunda kusursuz mesuliyet halleri sınırlı olup daha yaygın olanı kusurlu mesuliyettir.<sup>250</sup> “*Türk Mesuliyet Hukuku da aslında kusura dayanan mesuliyet*

---

kusurlu bir davranış ceza veya tazminatla karşlanır. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 411; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 319; Selçuk Sarıyar, *Kusurun Tanımı ve Öznelliği (Özel Hukukta Kusurun ve Ağırlığının Belirlenmesi)*, bsy., İstanbul, 2008, ss. 1-15, s. 3; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 77, 80, 81; eBK. nun 41’inci (BK. 49) maddeleri.

<sup>241</sup> **Kasıt=dolus**, hukuka aykırı fiilin hukukî sonuçlarının bile bile işlenmesi hâlidir. Detaylı bilgi için bkz. Ali Şafak, “*Kasıt*”, *DİA*, c. XXIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 559-561; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 145. Romalılar kasıt kavramını “*dolus*” kelimesi ile ifade ederlerdi. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 288; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 25, 26.

<sup>242</sup> Merğînânî, Şeyhülislâm Burhânüddîn ‘Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî*, I-IV, 1. B., Beyrût, Dâru’l-Kütübî’l-‘İlmiyye, 1410/1990, IV, 538; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46.

<sup>243</sup> Râzî, Muhammed b. Ebî Bekr b. ‘Abdilkâdir, *Muhtârü’s-Sihâh*, bsy., Lübnân, Mektebet-ü Lübnân, 1989, s. 399.

<sup>244</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 531; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 174, 625; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80.

<sup>245</sup> **Taksîr**, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, kurallara aykırı davranmaktan doğan bir kusurluluk hâli demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 633; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 541.

<sup>246</sup> **İhmâl=culpa**, bir işe kâfi derecede özen göstermemek, kısaca dikkatsizlikten kaynaklanan kusur demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 235; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 314; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80, 81; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 145. İhmâl, gerek Roma hukukunda ve gerekse Türk pozitif hukukunda ağır ihmâl (culpa lata) ve hafif ihmâl (culpa levis) diye iki kısma ayrılır: Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 287-289; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 26, 27; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80, 81.

<sup>247</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 56, 57; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 499, 500.

<sup>248</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 76, 77; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 262, 263; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 462; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 141-147.

<sup>249</sup> Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 144.

<sup>250</sup> Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 29-31.

*esasını kabul etmiş, fakat bunun yanında kusursuz sorumluluk veya sebebiyet mesuliyeti denilen haller bir hayli çok olup<sup>251</sup>, ihtiyaç halinde de yeni bir takım sebep sorumlulukları oluşturulabilmektedir.*<sup>252</sup>

Kusursuz sorumluluğun (tesebbüb) İslâm hukukunun hukuk düşüncesine önemli katkılarından biri olduğunu<sup>253</sup> yeri gelmişken ifade etmeliyiz.

## **2) Kusura Dayanan Sorumluluğun Unsurları**

İslâm hukukunda kusurlu sorumluluğun teşekkülü için *fiil, zarar ve illiyet rabitası* unsurları aranır.<sup>254</sup> Bu durum hukukçuların ittifakla kabul ettikleri genel bir kuraldır.<sup>255</sup>

Kusursuz sorumluluk kurumunda ise, *zararlı fiil, zarar ve illiyet rabitası* unsurları yanında bir de *te'addî* yani *hukuka aykırılık* unsuru aranır.<sup>256</sup> Hukuka aykırılıktan başka ayrıca bir de *kusur* şartı aranmaz.<sup>257</sup>

### **a) Zararlı Fiil**

(İnsanın) her fiilin(in) haksız olarak nitelendirilemeyeceğini, zarar meydana getirmiş olsa dahi tazminat borcu doğurmayabileceğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla haksız bir fiilin tazmin yükümlülüğü doğurabilmesi için “*zararlı fiil*”, “*hukuka aykırılık*”, “*zarar*”, “*kusur*” ve “*illiyet bağı*” unsurları bulunmalıdır.<sup>258</sup> Özellikle ifade etmek gerekir ki, haksız fiil unsurlarından “fiil” unsurunun “zararlı” kaydı ile takyit<sup>259</sup> edilmesi isabetli olur. Türk pozitif hukukçularından Edgü<sup>260</sup>, Reisoğlu<sup>261</sup> fiil unsurunu

<sup>251</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 76, 77; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 262, 263; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 462; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52, 148-157.

<sup>252</sup> Yıldız, “*Sorumluluk*”, *DİA*, c. XXXVII, s. 382.

<sup>253</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 257-268.

<sup>254</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 55.

<sup>255</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 191, 192.

<sup>256</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 55, 191, 192.

<sup>257</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 201; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394-396.

<sup>258</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 90, 91; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 101; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 540, 544, 561, 594, 608.

<sup>259</sup> “Mutlak” ve “mukayyed” kavramları için bkz. Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, s. 140-150; Şa'bân, *a.g.e.*, s. 316-326; Zeydân, *Fıkıh Usûlü*, s. 265-270.

<sup>260</sup> Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 117.

<sup>261</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 164, 165.



“haksız, hukuka aykırı” kaydı takyit etmişken, Arık<sup>262</sup> ve Nomer<sup>263</sup> ise böyle bir takyitte bulunmamışlardır.

Haksız fiilin, *dar anlamda kusurlu sorumluluğun birinci unsuru olan zararı meydana getiren fiil*<sup>264</sup> şöylece tarif edilebilir: Dış dünyada veya ferdin hukukî alanında birtakım değişiklikleri meydana getiren ve bir insanın şuurlu irâdesi ile yaptığı müspet veya menfî bir hareket tarzı demektir.<sup>265</sup>

Fiilin tanımından anlaşıldığı gibi, fiillerde bir “müspet fiil” ve “menfî fiil” ayırımı söz konusudur. İslâm hukuku kaynaklarında sorumluluk doğuran müspet fiiller olduğu gibi, menfî fiil örnekleri de mevcuttur.<sup>266</sup> Meselâ, yıkılmaya yüz tutmuş bir duvarı ikaz (mutâlebe) edilmesine rağmen yıkmayan ya da tamir etmeyen mâlik duvarın yıkılmasından mütevellit oluşan zararı tazminden sorumludur.<sup>267</sup>

“*el-Mahkûmü fih*”<sup>268</sup> (fiil), ister bir işin yapılması (*müspet fiil*), ister bir işin yapılmaması (*menfî fiil*) şeklinde olsun “fiil” olarak isimlendirilir.<sup>269</sup> Farklı bir ifade ile zararlı bir fiilin maddî unsuru bir hareket yapma şeklinde olabileceği gibi, yapmama (*selbî-negatif*) şeklinde de olabilir.<sup>270</sup> Meselâ, duvar yapma<sup>271</sup>, çukur kazma<sup>272</sup>, kuyu

<sup>262</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 117.

<sup>263</sup> Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 114.

<sup>264</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 569-662; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 117; Naimi, *a.g.tz.* s. 6, 7; Aydın, “Haksız Fiil”, *DİA*, c. XV, s. 210, 211; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395.

<sup>265</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 146; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 217; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265, 266; Naimi, *a.g.tz.*, s. 6, 7.

<sup>266</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395; Mehmet Âkif Aydın, “İtlâf”, *DİA*, c. XXIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 466-469, s. 466.

<sup>267</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Kâsânî, *el-Bedâi’*, VII, 283; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 429; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 182; Meydânî, ‘Abdulğani el-‘Güneymî , *el-Lübâb fî Şerhi‘l-Kitâb (Cevheretü‘n-Neyyire Kenarında)*, I-II, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1978, II, 180; Desûkî, Şemsüddîn Muhammed ‘Arafe, *Hâşiyetü‘d-Desûkî ‘ale‘ş-Şerhi‘l-Kebîr*, I-IV, bsy. , Dâru‘l-Fikr, by., ts. , IV, 243; Zuhaylî, *el-Fıkhu‘l-İslâmî*, VII, 5790, 5791; Aydın, “İtlâf”, *DİA*, c. XXIII, s. 466.

<sup>268</sup> **El-mahkûmü fih**, İslâm hukukunda mükellefin fiillerine “el-mahkûmü fih” veya “el-mahkûmü bih” de denir ki, bu da mükellefin şer‘an müspet veya menfî fiilleri demektir. Meselâ, bir müslüman, namaz kılmak ve oruç tutmakla mükelleftir. Yine bir müslüman, yalan söylememek ve hırsızlık yapmamakla da mükelleftir. İşte hırsızlık yapmamak ve yalan söylememek de birer el-mahkûmü bihtir. Bkz. Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 159; Ebû Zehrâ, *Fıkıh Usûlü*, s. 270, 271; Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 279 vd.

<sup>269</sup> Karş. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 64; Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 279; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 117, 118; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 165; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 114; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 541, 542.

<sup>270</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 467; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 103; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 117, 118; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 297-303; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 541, 542.

<sup>271</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Zuhaylî, *el-Fıkhu‘l-İslâmî*, VII, 5791.

<sup>272</sup> Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Sâbık, *Fıkhu‘s-Sünne*, II, 492.

açma<sup>273</sup>, gölgelik, balkon, çıkma, sundurma, cumba, oluk<sup>274</sup>, baca<sup>275</sup> ve bina inşa etme<sup>276</sup> hepsi birer müspet fiildir. Haksız fiillerin pek çoğu bu gibi yapmaya yönelik olan (*icraî=müspet=olumlu*) davranışlardır.<sup>277</sup>

Fiil bazen bir zararın meydana gelmesine sebep olan bir *içtinaptan* (*menfî=olumsuz*)<sup>278</sup> yani yapmayıştan ve eylemsizlikten de cereyan edebilir. Doğrusu bir fiili yapmak ödevi varken bunu yapmamak suretiyle zarar vermek de şüphesiz bir haksız fiildir.<sup>279</sup> Meselâ, yıkılmaya yüz tutmuş olan bir duvarı uyarıldığı halde yıkmayan veya tamir etmeyen mâlik; duvarın yıkılıp bir zarara sebebiyet vermesi durumunda bazı şartlar dairesinde meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür.<sup>280</sup> Çünkü bu hâdisede mâlik, yapmakla mükellef olduğu bir fiili yerine getirmemekle, hareketsiz kalmakla menfî bir fiilde bulunmuştur. Dolayısıyla meydana gelen zararı tazmin etmekle sorumlu tutulmuştur. Hukukun gerektirdiği bir fiili işlemekten kaçınmak, yapmamak, hukuka aykırı bir fiil olduğundan duvar sahibi, duvarın yıkılıp başkalarına zarar vermesi halinde oluşacak olan zararı gidermekle sorumlu olur.<sup>281</sup> Aksi halde *özen ve tehlike sorumluluğunun* ihmali hukuk benimsemiş olurdu ki, bu da hukuka<sup>282</sup>, adalet ve hakkaniyet ülküsüne<sup>283</sup> aykırıdır. Zira adalet, kendine yapılmasını istemediğin bir şeyi başkasını yapmaman demektir.<sup>284</sup> Nitekim nassta “*sizden biriniz*

<sup>273</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; Mâverdî, Ebu'l-Hasan 'Ali b. Muhammed b. Habîb, *el-Hâvi'l-Kebîr Şerhu Muhtasari'l-Müzenî fî Fıkhi Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfi'î* (thk. Şeyh Ali Muhammed Mu'avviz – Şeyh 'Âdil Ahmed 'Abdü'l-Mevcûd), I-XIX, bsy., Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1419/1999, XII, 373-375; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 423; Hicâvî, *el-İknâ'*, II, 357.

<sup>274</sup> Karş. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 570, 571, 612, 613; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 537; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 46; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143.

<sup>275</sup> Köse, *a.g.e.*, s. 258.

<sup>276</sup> Şirbînî Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî eş-Şâfi'î, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc* (thk. 'Ali Muhammed Mu'avvad - 'Âdil Ahmed 'Abdul-Mevcûd), I-V, 1. B., Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994, V, 343, 344; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 386.

<sup>277</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 101.

<sup>278</sup> Üst dairede oturanın bozuk olan musluğunu/su tesisatını tamir ettirmemesi sebebi ile alt daireyi su basıp zarara yol açması bir içtinap (kaçınmak=yapmamak=eylemsizlik) örneğidir. Bkz. Naimi, *a.g.tz.* s. 7. Ayrıca içtinap hakkında geniş bilgi için bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 12, 13; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395.

<sup>279</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 467, 468; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 101; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265, 266; Naimi, *a.g.tz.*, s. 7.

<sup>280</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427, 428; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182.

<sup>281</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 66, 67; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395; Aydın, “*İtlâf*”, *DİA*, c. XXIII, s. 466.

<sup>282</sup> Karş. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 47; *Mecelle*, md. 85, 87, 88; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92.

<sup>283</sup> **Adalet ve hakkaniyet ülküsü** için bkz. Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 59.

<sup>284</sup> Tüzel, *Hukuk Başlangıcı*, s. 7.

kendisi için istediğini başkaları için de istemedikçe gerçek manada iman etmiş olamaz”<sup>285</sup> buyrulmaktadır. Bu ve benzeri sebeplerle ki, İslâm hukukunun bir kâidesi de “her işte nesâfet (insaf, adalet, hakkaniyet) şarttır”<sup>286</sup> prensibidir. Bu ilke geniş anlamı ile şu anlama gelir: Maddî ve ruhî huzur ve emniyet için her işte adalet şart olup<sup>287</sup>, hayatın her alanında adalet ve hakkaniyet ölçüleri ile muameleden sorumluyuz.<sup>288</sup>

Hâsılı, hukukta sadece yapma şeklinde değil, yapılması gerekeni yapmama şeklinde de haksız fiil işlenebilir. Nitekim kişinin yapması gerekeni yapmaması da bir fiil olup sorumluluğu gerektirir. Meselâ, üst katta oturan bir kişinin bozuk olan su tesisatını tamir ettirmemesi nedeniyle, alt kattaki komşusunun evini su basması sonucu zarara yol açılmasında, *içtinap yani kaçınma ve yapmama* şeklinde bir haksız fiil söz konusudur. Bu *özensizliğin* de bazı hukukî neticelerinin olacağı aşikârdır.<sup>289</sup>

İslâm hukuk kaynaklarında içtinap şeklinde vuku bulan birçok zarar örneği mevcuttur. Meselâ, umum yola döktüğü veya serptiği su ya da abdest aldığı su, bir insanın veya bir hayvanın itlâfına yol açarsa sorumluluk yapı mâlikinindir. Çünkü mâlik, yoldan işleyen kişileri rahatsız etmekle haksız fiil işlemiştir.<sup>290</sup>

Aşağıdaki fetvâ örneği zararlı fiili özetler mahiyettedir: “Nişastacı olan Zeyd, nâfiz (işlek) olan tarîk-i ‘âmm üzerine nişasta suyu dökmekle ol tarîkten mürûr iden ‘Amr’ın ayağı nişasta suyu üzerinden kayıp düşmekle ol ayağı kırılıp andan nâşî bilkülliyeye ‘amel-mânde (işlevsiz) olsa ‘Amr ayağının diyetini Zeyd’den almağa kâdir olur mu? El-cevâb: Olur.”<sup>291</sup>

Bu örneklerden şu hukukî çıkarımı yapabiliriz: Bina veya diğer bir yapı eseri mâliki; mâliki olduğu yapının çatı sularını umuma ait olan bir yola salsa/akıtsa -ki bu bir zararlı fiil örneğidir- bu sebeple oluşan zararı tazminle yükümlü tutulur.

<sup>285</sup> Bkz. Buhârî, “İmân”, 7; Müslim, “İmân”, 71, 72; Tirmizî, “Kıyâme”, 59; Nesâî, “İmân”, 19, 33.

<sup>286</sup> Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 141.

<sup>287</sup> Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 141.

<sup>288</sup> Bkz. Nisâ, 4/135; Mâide, 5/8; Nahl, 16/90.

<sup>289</sup> Karş. Naimi, *a.g.tz.*, s. 7. Ayrıca TBK. da yapmama şeklindeki fiiller tazmin sebebi olarak kabul edilmiş ve meydana gelen zararlardan dolayı tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Geniş bilgi için bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 12, 13.

<sup>290</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye (el-Fetâvâ el-‘Âlemgiriyye)*, I-VI, 3. B., Diyarbakır, 1973, VI, 41, 42.

<sup>291</sup> Yenişehirli, Şeyhü'l-İslâm Abdullah Efendi, *Behçetü'l-Fetâvâ Ma'an-Nukûl*, bsy., İstanbul, 1266/1850, s. 594.

Bir içtinap örneği de caddede (tarîk-i ‘âmm) çukur açan bir kişinin mezkûr tehlikeyi ikaz eden güvenlik bariyeri, trapez sacı, ikaz levhası, gece ise aydınlatma ve gerekli olan bütün tedbirleri almamasıdır. Çünkü olayda ammenin selâmeti aleyhinde bir cürüm söz konusudur.<sup>292</sup> Yol güvenliği ihlâl edilemez.<sup>293</sup> Ancak başkasına zarar vermemek kaydı ile yoldan istifade edilebilir.<sup>294</sup> Dikkat edilecek olursa, yol güvenliğini ihlâl etme hâdisesinde sorumlu tutulan kişi, *yapmakla mükellef olduğu bir fiili yerine getirmemekle, hareketsiz kalmakla, yola ikaz ve işaret koymamak gibi lüzumlu olan tedbirleri almamakla menfi bir fiilde bulunmuş ve meydana gelen zararı tazminle sorumlu tutulmuştur.*<sup>295</sup>

Türk pozitif hukukunda da inşaat yapan kimse, belediye kurallarının öngördüğü veya inşaatın niteliğinin gerektirdiği koruyucu tedbirleri almaktan kaçınırsa, bu kaçınma bir haksız fiildir; doğacak zarardan sorumludur.<sup>296</sup>

## **b) Hukuka Aykırılık**

### **(1) Hukuka aykırılık kavramı**

Haksız fiilin; dar anlamda kusurlu sorumluluğun bir diğer unsuru da hukuka aykırılık şartıdır (te‘addî=iniuria).<sup>297</sup> Zarar veren bir fiilin haksız olabilmesi için, fiilin hukuka aykırı olması gerekir.<sup>298</sup> Kanunların çizdiği sınırlar içinde kalan bir fiil haksız

<sup>292</sup> Karş. Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 101, 115, 116; Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 227; Faruk Erem, Nevzat Toros, *Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler)*, bsy., Ankara, 1975, s. 305 vd.; Haddâdî, Ebûbekr b. ‘Ali b. Muhammed el-Haddâd el-‘Abbâdî, *el-Cevheretü’n-Neyyire ‘alâ Muhtasari’l-Kudürî*, I-II, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1978, II, 179; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 169-171.

<sup>293</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 46; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 59-61.

<sup>294</sup> Hanefî ve Mâlikîlere göre, binanın konumlandığı yolun işlek olup olmamasına göre hüküm verdiler: İşlek olmayan yola oluk, pencere kanadı, kemer, çatı penceresi yapılabileceğini kabul ederken, işlek olan yol söz konusu ise kamuya zarar vermemek şartı ile sınırlandırmalara gitmişlerdir. Hanbelîler ise, kamuya zarar vermese dahi işlek olan yola pencere kanadı gibi şeylerle çıkma/taşma yapılması câiz değildir. Bu hüküm onların ekollerinin asıl görüşüdür. Bkz. ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s.181.

Mecelle’ye göre ise, “herkesin tarîk-i ‘âmmda hakk-ı mürûru vardır. Fakat bi- şartı’s-selâmedir.” Bkz. *Mecelle*, md. 926. Yoldan işlemek mübâh bir fiildir. Bu konuda da kâideler bellidir: “*El-ef’âlu’l-mubâhetü innemâ tecüzü bi-şartı ‘ademi îzâi ehadin.*” Yani mübâh fiiller ancak bir başkasına eza vermemek şartı ile câizdir. Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 20; “*el-vâcibu lâ yutekayyedü bi-vasfi’s-selâmeti ve’l-mubâhu yütekayyedü bihi.*” Yani mübâh fiil selâmet kaydı ile sınırlandırılır. Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 87, 88; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 503; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 376, 386; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 107, 110.

<sup>295</sup> Karş. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 66; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395.

<sup>296</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 165; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 117, 118.

<sup>297</sup> **İniuria**, Roma hukukunda hukuka aykırılığı karşılayan bir kavramdır. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 280; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 157, 158.

<sup>298</sup> “*Cevâzü’ş-şer‘i yünâfi’d-damân.*” Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 35, 36; “*Cevâz-ı şer‘î zamâna münâfi‘ olur.*” *Mecelle*, md. 91. Meselâ, bir adamın kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya birinin hayvanı

fiil olarak nitelendirilemez.<sup>299</sup> Meselâ, hukûken kınanmayacak bir şekilde evinin bahçesinde su kuyusu açan kişi, oluşan zararın tazmininden sorumlu tutulamaz.<sup>300</sup>

Bu izahattan sonra *hukuka aykırılık* demek, hukukî bir işlem veya eylemin hukuk kurallarına aykırı olmasıdır.<sup>301</sup> Hukukî muamele veya fiilin hukuk kurallarına uygun olmasına da hukuka uygunluk denir.<sup>302</sup>

İslâm hukuku kaynaklarında hukuka aykırılık durumu genellikle “*te‘addî*”<sup>303</sup> kavramı ile ifade edilir. Bununla kastedilen anlam; haksız olan fiil (*bi gayr-i hak*)<sup>304</sup>, düşmanca davranış (*‘udvân*)<sup>305</sup>, hakkını aşmak, başkasının hakkına tecavüz etmek ve zulümdür.<sup>306</sup> Bir başka ifade ile *te‘addî*; nassların<sup>307</sup> veya hak sahibinin izin vermediği fiil demektir.<sup>308</sup> Aksi halde haksız fiil fâili oluşan zararı gidermekle yükümlüdür.<sup>309</sup>

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, hukuka aykırılık; dinin yasakladığı bir fiil ile nassların<sup>310</sup> himaye ettiği şeylere zarar verilmesi demektir.<sup>311</sup> *Mevzû‘* hukukun ifadesi ile kişinin emredici nitelikli genel davranış kurallarına uygun olmayan davranışı hukuka aykırılığı oluşturur.<sup>312</sup>

---

düşüp telef olsa zamân lâzım gelmez. Bkz. Merğînâni, *el-Hidâye*, IV, 539; Bağdâdi, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 178.

<sup>299</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 104; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 485, 486.

<sup>300</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 100; Derdîr, *eş-Şerhu‘l-Kebîr*, IV, 244.

<sup>301</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 285; Yazır, *a.g.e.*, V, 270; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 201; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 62, 63; Naimi, *a.g.tz.* s. 12, 13; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 608 vd.

<sup>302</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 94, 95; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 286; Naimi, *a.g.tz.*, s. 12, 13; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 608 vd.

<sup>303</sup> Kudûri, *el-Muhtasar*, s. 98, 99; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 14,15; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV,100; İbn Cüzey, Ebu‘l-Kâsım Muhammed b. Ahmed, *el-Kavâninü‘l-Fıkhiyye*, bsy., by., Dâru‘l-‘Arabiyye-li‘l-Kitâb, 1988, s. 331, 336, 337; Bağdâdi, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 178.

<sup>304</sup> Karş. Gâfir, 40/75; Fussilet, 41/15; Şeybânî, *Kitâbü‘l-Asl*, IV, 567, 568; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 127; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 161, Remlî, Şemseddîn Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî, *Nihâyetü‘l-Muhtâc ilâ Şerhi‘l-Minhâc*, I-VIII, bsy., by., Mustafâ el-Bâbâ el-Halebî Matbaası, 1967, VII, 353; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 486.

<sup>305</sup> Nisâ, 4/30; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 585.

<sup>306</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 104.

<sup>307</sup> Bkz. Bakara, 2/190; Mâide, 5/87; Buhârî, “İlim”, 37; Müslim, “Hacc”, 147; Tirmizî, “Fiten”, 6; İbn-i Mâce, “Menâsik”, 76.

<sup>308</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 105; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 77, 78; Naimi, *a.g.tz.*, s. 12, 13.

<sup>309</sup> Şeybânî, *Kitâbü‘l-Asl*, IV, 567, 568; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9, 12; Kudûri, *el-Muhtasar*, s. 151; Mevkûfâtî, Mehmet Efendi, *Şerhu‘l-Mevkûfâtî*, I-II, bsy., Dersa‘âdet, İstanbul, Şirket-i Sahâfiye-i Osmâniyye Matbaası, 1318/1900, II, 258.

<sup>310</sup> Bkz. Nisâ, 4/29; İsrâ, 17/33; Buhârî, “Nikâh”, 80, “Edeb”, 31, 85, “Rikâk”, 23; Müslim, “İmân”, 74, 75, 77.

<sup>311</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 105.

<sup>312</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 12.

İslâm hukuk doktrininde bina ve bina mâliklerinin hukuka uygunluk ile hukuka aykırılığına ilişkin birçok mesele mevcuttur. Meselâ, yetkili makamın izni olmadan başkasının mülküne veya kamu yoluna (tarîk-i ‘âmm) bırakılan taş, enkaz veya açılan kuyu gibi zararlı şeyler; bir nefsin ya da malın telefine sebep olsa nefsin diyeti, malın ise kıymetinin tazminini gerektirir. Çünkü ortada hukuka aykırı olan bir durum bulunmaktadır.<sup>313</sup> Ayrıca fukahâ, hafriyat ve çukur hususunda müte‘addî ve müferridin (yeterince tedbir almayan kişinin) tessebbüben itlâftan dolayı oluşan zararı tazminle yükümlü olduklarına ilişkin müttefikler.<sup>314</sup>

Fakat bir kimsenin kendi mülkünde kazdığı kuyuya insan veya bir hayvan düşse yahut mülkü olan duvarı üzerine hukukî sınırlar kapsamında koyduğu ağaç (kiriş, hatıl kirişi)<sup>315</sup> yahut başka bir şey düşerek birisine zarar verse, tazmin sorumlusu olmaz. Çünkü mâlikin fiili; *hukuka uygun* olup hâdisede *hukuka aykırılık* yoktur. Olayda sadece mâlikin mülkünde tasarrufu söz konusudur.<sup>316</sup> Sorumluluk ancak “*mülkiyet sınırlarını aşma hallerinde*”<sup>317</sup> söz konusu olur. Böyle durumlarda da hukuk sistemlerinde mülkiyetin takyidi (sınırlandırılması)<sup>318</sup> ve icbar devreye girer.<sup>319</sup>

<sup>313</sup> Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 109, 110; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 7; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Sâbık, *Fıkhu’s-Sünne*, II, 492; ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 167-171.

<sup>314</sup> Bkz. ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 170.

<sup>315</sup> **Hatıl kirişi**, duvarları sağlam tutmak, yukarıdan gelecek ağırlığı her tarafa bölmek için ara ara konulan kereste veya beton tabakası. Bkz. Doğan (D. Mehmet), *Büyük Türkçe Sözlük*, s. 470. Günümüz mimarisinde *konsol kiriş*. Bkz. [http://mimarisozluk.com/\(27.02.2017\)](http://mimarisozluk.com/(27.02.2017)).

<sup>316</sup> Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427; Hicâvî, *el-İknâ‘*, IV, 200; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 176, 177; Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebîr*, IV, 244; Huraşî, Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. ‘Abdillâh b. ‘Ali, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl-li’l-Huraşî*, I-VIII, bsy., Beyrût, Dâru’l-Fikrîli’Tiba‘a, ts., VI, 132; VIII, 8; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 384.

<sup>317</sup> “Mülkiyet sınırlarını aşma halinde” diyoruz; çünkü oluğun duvar üstündeki kısmı düşer de birini öldürürse tazminat gerekmez. Çünkü yapı mâliki olayda mütecâviz değildir. Zira oluğun dâhildeki kısmı kendi mülküne konulmuştur. Fakat oluğun yola uzanan tarafı düşer de birine veya bir mala zarar verirse zararın tazmini gerekir. Çünkü yapı mâliki haksız bir fiil ile mütecâviz olmuştur. Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, VI, 594.

<sup>318</sup> Karş. Kişi tasarruflarında hür ise de bazı hallerde icbar sözkonusu olur. Meselâ, başkasına ait olan veya müşterek bir alanın hava boşluğundan intifâ‘ kimsenin hakkı değildir. Bkz. Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 127, 128; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, VII, 5791; Emîn, *el-Mes‘ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 222; ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 172 vd.; Halit Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, 1. B., Konya, Yediveren Kitap, 2004, s. 1-479; Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 3.B., İstanbul, Der Yayınları, 2001, s. 1-235. Ayrıca “Taşınmaz Mülkiyetinin Daraltımları” için bkz. Yusuf Ziya Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, 4.B., Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1977, s. 231-241.

<sup>319</sup> İslâm hukukunda herkes mülkünü dilediği gibi kullanır. Ancak mülkiyet hakkı kullanılırken kimse komşusuna fâhiş bir zarar veremez. Zarar-ı fâhiş de mülkü kullanmaya mani olan şeyler demektir. Meselâ, binanın zayıflayıp mukavemetini kaybetmesi veya yıkılmasına sebep olan zararlar fâhiş zararlardır. Demirci dükkânının veya değirmenin bitişikteki binayı sarsması, fırının dumanı, yağhânenin pis kokusu, harman tozunun bitişikteki eve oturulamayacak kadar zarar veriyorsa,

## (2) *Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller*

Bir fiil aslen hukuka aykırı olmasına rağmen, bazı hallerde bu aykırılık ortadan kalkar. Aslında hukuka aykırı olan fiil hukuka uygun hâle gelerek haram fiil mübâha dönüşür.<sup>320</sup> Doktrinde hukuka aykırılığını kaldıran sebeplere hukuka uygunluk nedenleri de denir.<sup>321</sup>

TBK<sup>322</sup> da aslında hukuka aykırı sayılabilecek bazı fiilleri, muayyen durumlarda hukuka uygun fiiller olarak kabul eder. Ve böylesi hallerde haksız fiil sorumluluğunun diğer bütün unsurları gerçekleşse bile, fâilin sorumlu tutulamayacağını veya en azından sorumluluğunun azalacağını söylemektedir.<sup>323</sup> Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller şunlardır:

### *aa) Hakkın kullanılması*

Bir başkasına zarar veren fiil, esasen hukuka aykırı sayılır. Fakat hukuka aykırı olan fiil eğer bir hakkın kullanılması amacına yönelik ise, hukuka aykırı sayılmaz. Daha sarîh bir ifade ile hak kötüye kullanılmadığı sürece<sup>324</sup> ve sınırlarını aşmadıkça *hakkın kullanılması*<sup>325</sup> hukuka aykırı sayılmaz. Buna göre, hukuk düzeninin tanıdığı ölçüler

---

değirmenin ya da bostanın su arkı evin temel veya duvarlarını gevşetiyorsa, ihdas edilen çöplük bitişik evin duvarını çürütüyorsa, harmanyerine bitişik olarak inşa edilen yüksek bina harmanın rüzgârını kesiyorsa, inşa edilen duvar bir evin ışığını tamamen kesiyorsa, manifaturacı dükkânının yanındaki lokantanın koku ve dumanı kumaşlara zarar veriyorsa, lâğım ve kanalizasyon sızıntısından komşunun duvarı zarar görüyorsa sonra yapılanlar zarar-ı fâhiş olup, men edilirler. Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 167-182; Ekinci, *a.g.e.*, s. 482, 483.

<sup>320</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 108.

<sup>321</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 486-490; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 626-638.

<sup>322</sup> Bkz. eBK. 52 (BK. 63).

<sup>323</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 268 vd., Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 165; Naimi, *a.g.tz.* s. 12, 13.

<sup>324</sup> **Hakkın kötüye kullanılması teorisi/nazariyyetü't-te'assüf fi isti'mâli'l-hak**, bu teori İslâm hukukunun hukuk düşüncesine mühim katkılarından biridir. Detaylı bilgi için bkz. Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 258, 259; Demir, *a.g.e.*, s. 239-259.

<sup>325</sup> **Hakkın kullanılması**, İslâm hukukuna göre, ihtiyaç halinde kişi çatısına baca inşa edebilir. Bu onun mülkiyetten doğan bir hakkıdır. Ancak bu bacayı komşusunun deniz manzarasını kapatmak amacıyla inşa ediyorsa burada mülkiyet hakkı kötüye kullanılıyor demektir. Bu teori Roma hukukunda yoktu. Çünkü Roma hukuka göre, hakkını kullanan başkasına zarar vermiş olmazdı. Ayrıca teori Cermen, Kanonik (Kilise) hukukunda da bulunmamaktadır. İslâm hukuku ondört asırdan beri hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler içermektedir. Fransa'da 1855 yılında komşunun deniz manzarasını kesmek için inşa edilen görkemli bacayı yıkma kararından on iki asır önce İslâm hukuku bu meselede de birçok insanî esaslar vazetmiştir. Bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 258, 259. Romalılar "kendi hakkını kullanan başkasına zarar vermiş sayılmaz" kuralı ile âdeta hakkın kötüye kullanılmasına kapı aralıyorlardı. Karş. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 280; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 1-235. Hakkın kullanılması ile hakkın kötüye kullanılması hakkında farklı bazı örnekler için bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 174-181; Demir, *a.g.e.*, s. 239-259; Halil İbrahim Acar, *Ana Hatlarıyla İslâm Aile Hukuku*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2014, s. 371-373; Ahmet Yaman,

çerçevesinde kullanılan hak, herhangi bir zarara sebep olsa bile tazmin sorumluluğu oluşturmaz. Örneğin, bir kişi evinin avlusunda kuyu kazsa, bu onun mülkiyetinde tasarruf hakkı olup zarar vukuunda tazmin sorumlusu olmaz. Ya da yapı mâlikinin önlemini almış olduğu inşaat alanına giren kişi bir şekilde zarar görse, mâlik aleyhine diyet, erş gibi herhangi bir tazmin sorumluluğu doğmaz.<sup>326</sup> Çünkü şahsın kendi mülkiyetinde tasarrufta bulunma hakkı vardır. Eyleminde herhangi bir te'addîsi de yoktur.<sup>327</sup> Ancak hırsızın yakalamak veya husumet beslediği kişiye zarar vermek amacıyla kendi bahçesinde dahi olsa, tuzak kastıyla kuyu açan kişi oluşan zararı tazminle sorumludur. Kuyuya düşen ister bizzat hırsızın kendisi olsun, isterse husumet beslediği kişi olsun veyahut bir başkası olsun, hüküm aynıdır.<sup>328</sup> Çünkü mâlik, *hukûken kınanabilecek bir iç irâdeyle* (el-irâdetü'l-bâtine veya kasıt) haksız bir fiil işlemiştir.<sup>329</sup>

Hâsılı, İslâm hukukuna göre, ihtilâflı olmakla beraber hakların kullanılması hukuka uygun fiiller arasında yer alır. Hukuka uygun olan bir fiilden doğacak olan zararlar, fiilin hukuka aykırı olmaması sebebiyle tazmini gerektirmez. Meselâ, kamuya ait yolları kullanmak herkesin hakkıdır. Gerekli itinayı gösteren bir kimse, aynı yolu kullanan bir başkasının zarar göreceği bir şeyden dolayı tazmin sorumlusu olmaz. Bu görüş, Ebû Yûsuf'a (ö. 182/789) ve İmam Muhammed'e (ö. 189/804) aittir. İmâm Şâfiî de (ö. 204/819) aynı görüştedir. Fakat Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) göre ise, tazmin sorumlusu olur.<sup>330</sup> Çünkü Ebû Hanîfe, *mübâh sayılan fiillerin, sonunun selâmet*

---

*İslâm Aile Hukuku*, 9. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2012, s. 82, 83, 113; Ali Bakkal, "Maraz-ı Mevt", *DİA*, c. XXVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2003, ss. 39-41; Köse, *a.g.e.*, s. 258; Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, bsy., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 19-21; Tekinay, 'v.d'.*, Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 590, 591; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 102; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 477.

<sup>326</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 106, 107.

<sup>327</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 576, 577; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 539; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 100; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 178; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 161; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Yazır, *a.g.e.*, II, 169-179; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 180.

<sup>328</sup> Hukûken kınanabilecek iç irâde için bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 146, 158, 199; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 77, 78.

<sup>329</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 672; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 100; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VI, 132; VIII, 8.

<sup>330</sup> Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 279, 280; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 59-61; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 107.



olmasını şart koşar. Bu tür fiiller ancak başkasına zarar vermediği sürece mübâhtır. Diğer hukukçular mübâh fiiller için böyle bir şartın varlığını lüzumlu görmezler.<sup>331</sup>

Borçlar hukukunda *hakkın kullanılması* hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, bir başka ifade ile hukuka uygunluk nedenlerinden biridir.<sup>332</sup> Bu da çoğunlukta olan İslâm hukukçularının görüşleriyle paralellik arz etmektedir.<sup>333</sup>

Romalılar da bu durumu, “*kendi hakkını kullanan başkasına zarar vermiş sayılmaz*” kuralı ile açıklıyorlardı.<sup>334</sup>

### **bb) Yetkili makamın izni**

Yetkili makamın izni hukuka aykırılığı giderdiği gibi, fâilden tazmin sorumluluğunu da kaldırır. Salâhiyetli makamın izni varsa oluşan zarardan fâil artık sorumlu tutulamaz. Bu hüküm hem İslâm hukuku<sup>335</sup> hem de pozitif hukuka göredir.<sup>336</sup>

Mecelle dâhil<sup>337</sup>, İslâm hukukunda salâhiyetli makamın izninin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığına ilişkin oldukça zengin, kazuist bir doktrin mevcuttur.<sup>338</sup> Meselâ, yangının yayılmasını önlemek için bir şahsa ait olan ev ancak sahibinin veya yetkili

<sup>331</sup> Yoldan işlemek mübâh bir fiildir. Bu konuda da kâide bellidir: “*El-vâcibu lâ yutekayyedü bi-vasfi’s selâmeti ve’l-mubâhu yütekayyedü bihi.*” Yani mübâh bir fiil selâmet kaydı ile sınırlandırılırken vacip olan fiil ise selâmet kaydı ile sınırlandırılmaz. Bkz. Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 87, 88.

<sup>332</sup> Bkz. eBK. 52 (BK. 63); Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 186, 187; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 63; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 269; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 116; Naimi, *a.g.tz.*; s. 12, 13; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 662, 663; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 121, 122; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 627.

<sup>333</sup> Hakkın kullanılması şeklindeki fiillerin hukuka uygun sayılmasının kıstasları konusunda İslâm hukukunda mezhepler arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Velinin, aile reisinin, usta ile öğretmenin bazı müeyyide ve tedip haklarını kullanma hakları konusundaki mezheplerin görüşleri için bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 108, 109. Konu ile ilgili Danıştay 2. HD. nin 27. 12. 1978 t. ve E. 1977/2727, K. 1978/26669 sayılı kararından bir bölüm: “Sanığın sınıf disiplinine uymayan öğrencisini üç ya da dört kez tokat atarak dövdüğü, sanığın ifadeleri ile tanık ifadelerinde belirtilmiş ise de, bu olayın öğrencinin sağlığının tehlikeye girmesine neden olmadığı anlaşılacakla, sanığın eyleminin sınıfta disiplini sağlama amacına yönelik, terbiyevî nitelikte olduğu kanısına vardığından... yargılanmasına gerek olmadığına...” Bkz. Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 663.

<sup>334</sup> Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 280.

<sup>335</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 15, 25; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157.

<sup>336</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 63; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 662, 663; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 165, 166; Naimi, *a.g.tz.*, s. 12, 13.

<sup>337</sup> “Bir mahallede harîk vukû’ bulmakla bir kimse bir hâneyi sahibinin izni olmaksızın yıkıp da orada harîk munkatî’ oldukda eğer emr-i veliyyü’l-emr ile yıkmış ise zamân lâzım gelmez. Ve eğer hod behod (kendiliğinden) yıkmış ise zâmin olur.” Bkz. *Mecelle*, md. 919. Çünkü “Şârî’in izni mâlikin izni gibidir.” Bkz. Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 108, 109.

<sup>338</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 15; Şîrâzî, Ebû İshâk İbrâhîm b. ‘Ali b. Yûsuf el-Firuzâbâdî, *el-Mühezzeb*, I-III, bsy., by., Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, ts., III, 206, 207; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 424; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Şîrbînî, *Muğnî’l-Muhtâc*, V, 339, 340; Remlî, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, VII, 352, 353; ‘Gamrâvî, *es-Sirâcü’l-Vehhâc*, s. 504; Mevkûfâtî, *Şerhu’l-Mevkûfâtî*, II, 258.

makamın izniyle yıkılabilir. Hod behod yani kendiliğinden ve yetki olmadan yıkılması halinde tazmin sorumluluğu doğar. Fakat evin sahibi izin vermediği takdirde yetkili makamın izni, evi yıkan kimselerin bu fiillerinden hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.<sup>339</sup> Çünkü *umumî zararı def için az bir zarar tercih edilir.*<sup>340</sup> Dahası böylesi bir tercih aynı zamanda hukukun idarî makama yüklediği bir sorumluluktur.<sup>341</sup>

Yetkili makamın izni olmadan umum yola balkon, çıkma, cumba, sundurma yapmak, üzerinden kapsül ya da asma köprü geçirmek, taş ve kereste gibi şeyler koymak, çukur açmak, kuyu kazmak da yasaktır.<sup>342</sup> Çünkü umum yolda kamunun güven ve selâmetle işlemesi esaslı bir haktır.<sup>343</sup> Dolayısıyla yol güvenliği ihlâl edilemez.<sup>344</sup> Meselâ, karpuz kabuğu, mıcır, enkaz gibi yolun emniyet ve güvenliğini ihlâl eden, gelip geçenlerin bütünüyle yoldan yararlanmalarını engelleyen şeyler hukuka aykırıdır. Abdest suyu dâhil, kaygan ve tehlike arzeden şeyler zarar vukuu halinde tazmini gerektirir.<sup>345</sup> Zira umumî yolu maksada uygun bir şekilde kullanmak herkesin

<sup>339</sup> *Mecelle*, md. 919; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 380, 381; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 489; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s.120; 121; Bkz. Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, s. 226; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 179; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78.

<sup>340</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 43, 44; *Mecelle*, md. 26, 27, 28, 29; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 12.

<sup>341</sup> Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 895; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 121.

<sup>342</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 612, 613; Mâverîdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 382, 383; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177; Halebî, *Mültekâ*, s. 473.

<sup>343</sup> “Herkesin tarik-i ‘âmmda hakk-ı mürûru vardır. Fakat bi-şarti’s-selâmedir.” *Mecelle*, md. 926. Yoldan işlemek mübâh bir fiildir. Bu konuda da kâideler bellidir: “*El-ef’âlu'l-mubâhetü innemâ tecüzü bi-şartı ‘ademi izâi ehadin.*” Yani mübâh fiiller ancak bir başkasına eza vermemek şartı ile câizdir. Bkz. Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 20; “*el-vâcibu lâ yutekayyedü bi-vasfi’s-selâmeti ve’l-mubâhu yutekayyedü bihi.*” Yani mübâh fiil selâmet kaydı ile sınırlandırılır. Bkz. Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 87, 88.

<sup>344</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190,191; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 59-61; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 222, 223; *Mecelle*, md. 924, 926, 927; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 181,182. Yol güvenliği konusunda Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîler işlek olmayan yola oluk, pencere kanadı, kemer, çatı penceresi yapılabileceğini kabul ederken, işlek olan yol söz konusu ise kamuya zarar vermemek şartı ile sınırlandırmalara gitmişlerdir. Hanbelîler ise kamuya zarar vermese dahi işlek olan yola pencere kanadı, çıkma ve taşma gibi şeylerin yapılması câiz değildir. Bu hüküm onların ekollerinin asıl görüşüdür. Bkz. ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 181; Hicâvî, *el-İknâ’*, IV, 206; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 59 vd. Yol güvenliğinin ihlâli ve izn-i sultân-i ile ilgili bazı fetvâlar: Nişastacı olan Zeyd, nâfiz (işlek) olan tarik-i ‘âmm üzerine nişasta suyu dökmekle ol tarikten mürûr iden Amr’ın ayağı nişasta suyu üzerinden kayıp düşmekle ol ayağı kırılıp andan nâşi bilküllüye amel-mânde (işlevsiz) olsa Amr ayağının diyetini Zeyd’den almağa kâdir olur mu? El-cevâb: Olur. Bkz. Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, s. 594. Zeyd tarik-i ‘âmmın üzerine izn-i sultân-i yok iken kuyu hafr ve ihdâs ittik de Amr’ın katırı kimesnenin şevkinsiz (kimsenin kıskırtması olmadan) ol kuyuya düşüp helâk olsa Amr ol katırı Zeyd’e tazmine kâdir olur mu? El-cevâb: Olur. Bkz. Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, s. 594, 595.

<sup>345</sup> Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, V, 344, 345; ‘Gamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 505.

hakkıdır.<sup>346</sup> Ancak buzlanma sebebi ile yolun kayganlığını gidermek için yola mıcır serilebilir.<sup>347</sup>

Hatta bir haneden umum yola doğru izin olmaksızın çıkarılan taşkın/çıkma, cumba, balkon (şahniş) veya umum yol üzerine konulan şeyler, o hane başkasına satıldıktan sonra dahi bir zarara sebebiyet verse, oluşan zararın sorumlusu hanenin ilk sahibidir. Yani mâlik yapıyı satmakla cinâyetten<sup>348</sup>, hukuka aykırı olan haksız fiilinden kurtulamaz.<sup>349</sup>

Yolcuların geliş-gidişini engellemeyecek tasarruflara izin vermek kamu adına idareyi yürüten makama hukukun tanıdığı bir yetki zaten vardır.<sup>350</sup> Bir de bu gibi uygulamalar bir maslahatın icabı ise, bu evleviyetle câizdir. Zira otoritenin tebe‘a üzerine tasarrufu maslahata menuttur.<sup>351</sup>

### cc) Görevin ifası

İslâm hukukuna göre, *görevin ifası* veya *kanunî bir görevin yapılması* hukuka aykırı olan fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır.<sup>352</sup> Meselâ, borçlunun mallarını haczedene icra memurunun fiili hukuka aykırı olmadığı gibi<sup>353</sup>, kısas ve had cezalarını infaz eden memur da infazdan kaynaklanan zarardan dolayı sorumlu değildir. Zira mezkûr kişilerin fiilleri hukuka uygun ve bir maslahatın gereğidir.<sup>354</sup>

<sup>346</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 612, 613; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 372; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 25; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537, 538; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 46; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 142,143; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 176, 177; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 41, 42; *Mecelle*, md. 924, 926, 927; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 115.

<sup>347</sup> Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 181.

<sup>348</sup> **Cinâyet**, esasında ağaçtan meyve toplamak demektir. Sonraları kötülük yapmak, yapılan kötülük ve haramı işlemek anlamlarında kullanılmaya başlanmıştır. Din dilinde ise, mala veya kişiye yönelik olan haram fiil demektir. Hâsılı, mala ve insanın can ve uzuvlarına yönelik yapılan tecavüz ve haram fiilleri ifade eder. Ceza hukukunda ise cezayı gerektiren cürüm, kısas veya diyeti gerektiren insanın bedeninde vuku bulan tecavüz ve te‘addî demektir. Bkz. Yazır, *a.g.e.*, I, 260, 261; Ekinci, *a.g.e.*, s. 355–357; Schacht, *a.g.e.*, s. 186–192.

<sup>349</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 575, 576; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 183.

<sup>350</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 181.

<sup>351</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 62, 63; *Mecelle*, md. 58.

<sup>352</sup> Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 178, 181.

<sup>353</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 323–333; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s.120; *Mecelle*, md. 957–965; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 103; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 63.

<sup>354</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 110, 111.

Ancak bir görevin ifası şeklindeki bir fiilin hukuka uygun olabilmesi için, görevin *kanunî olması ve hukukun tanıdığı sınırlar* içerisinde ifâ edilmesi gerekir.<sup>355</sup> Bu nedenle suçlu olmayan bir kişiyi cezalandıran yetkili makam hukûken sorumlu olur.<sup>356</sup>

Görüldüğü gibi, hem İslâm hukuku<sup>357</sup> hem de pozitif hukukta *görevin ifası*, hukuka aykırı olan fiilin hukuka aykırılık niteliğini giderir.<sup>358</sup> Bunun içindir ki, idam cezasını infaz eden cellâdın fiili<sup>359</sup> ile borçlunun mallarını haczederek cebren muhafaza altına alan icra memurunun fiilleri hukuka aykırı değildir.<sup>360</sup> Ancak üstlendiği görevin hukuka uygun olmadığını bile bile ifâ eden bir memur sorumsuzluk iddiası (def) ileri süremez. Maddî bir zorlama olmadan emri yerine getirmiş ise, vazifeyi ifâ etmiş olması fiilindeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.<sup>361</sup> Zira “Allah’a isyan olan emre uymak yoktur.”<sup>362</sup> “Hoşuna gitsin veya gitmesin, Allah’a isyan etmesi istenmediği sürece müslümanın, verilen emre uyması gerekir. Ancak Allah’a isyan etmesi emredilmişse, uyması gerekmez.”<sup>363</sup> “Yaratana isyan olan konuda kula itaat edilmez”<sup>364</sup> hükümleri vardır. Bu hadislerden anlaşılacağı üzere, nasların hükümlerine aykırı olan bir görevi bile bile yerine getiren memur hukûken sorumlu olur. Ancak memurun bilemeyecek

<sup>355</sup> **Kanunîlik**, kanuna uygun olma, yasallık hâli demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 371. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” deyimini için bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 162 vd. Ayrıca kanunların mülkîliği, şahsîliği ve genelliği için bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 162-180; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 289; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 371.

<sup>356</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 110, 111. Ayrıca “*hatau’l-kâdî fi beyti’l-mâl.*” Yani hâkimin hükmündeki hatasından kaynaklanan tazminat beytü’l-mâl’den ödenir. Bkz. Bilmen, *a.g.e.*, I, 298. Ayrıca HMK. ile HUMK.’unda da yargıçların yargılama faaliyetinden meydana gelen zararlardan dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Davalı, Adalet Bakanlığı değil, devlettir; hazinedir, maliye hazinesidir. Bkz. İlker Hasan Duman, “*Hukuk Muhakemeleri Yasası’nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1147/ss.403-412>, s. 404/(21. 04. 2017).

<sup>357</sup> “Şârî’in izni mâlikin izni gibidir.” Yani mâlikin izni ile tazmin sâkit olduğu gibi, Şârî’in izniyle de sâkit olur. Bkz. Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 108, 109.

<sup>358</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 103; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 166; Naimi, *a.g.tz.*, s. 12, 13.

<sup>359</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 489; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 74, 75; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78.

<sup>360</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 120.

<sup>361</sup> Kavâ’id ve Eşbâh kaynaklarında bu husus şu prensiplerle ifade edilir: “*Lâ tâ’ate li’s-sultâni fi’l-ma’siyeti. Ve innemâ et’tâ’atü fi’l-ma’rûfi.*” Yani Allah’a isyan olan yerde sultana itaat yoktur. İtaat ancak meşru olanda gerekir. “*Emru’l-imâmi innemâ yunfezu izâ vâfeka eş-şer’a.*” Yani devlet başkanının emri ancak şeriata uygun olunca yerine getirilir. Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 63; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 74, 75.

<sup>362</sup> Müslim, “İmâre”, 39-40; Ebû Dâvûd, “Cihâd”, 87; Nesâî, “Bey’at”, 34; İbn Mâce, “Cihâd”, 40; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 94, 400, IV, 426, 427, 432, 436; V, 66, 67, 70, 325, 329.

<sup>363</sup> Müslim, “İmâre”, 39; Ebû Dâvûd, “Cihâd”, 87; Nesâî, “Bey’at”, 34; İbn Mâce, “Cihâd”, 40.

<sup>364</sup> Müslim, “İmâre” 39-40; Ebû Dâvûd, “Cihâd”, 87; Nesâî, “Bey’at”, 34; İbn Mâce, “Cihâd”, 40; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 94, 400, IV, 426, 427, 432, 436; V, 66, 67, 70, 325, 329.

durumda olması bu hükmün dışındadır. Kısaca, hem İslâm hukukunda<sup>365</sup> hem de pozitif hukukta bir vazifenin ifası fiildeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.<sup>366</sup>

#### **dd) Meşru müdafaa**

İslâm hukukuna göre, meşru savunma hudutları çerçevesinde işlenmiş olan bir fiil hukuka uygun sayılır. Kişi şahsına veya ailesine yönelik bir saldırı karşısında kanunî sınırları aşmadan saldırıdan korunma hakkına sahiptir. Zira “size saldırana, size saldırdıkları gibi saldırın.”<sup>367</sup> “Malını müdafaa ederken öldürülen şehittir, ırz ve nâmusunu müdafaa ederken öldürülen şehittir, nefsini müdafaa ederken öldürülen şehittir”<sup>368</sup> vb. nasslar<sup>369</sup> tecavüze uğrayan kişiye mislî ile mukabelede bulunma hakkını tanımıştır.<sup>370</sup>

Ancak, kişinin şahsına, malına veya namusuna yönelmiş olan bir saldırıyı bertaraf etmek için (def-i sâil) işlenecek olan bir fiilin; hukuka uygun olabilmesi için saldırının haksız olması, başka türlü bir kurtuluş çaresinin bulunmaması, müdafaanın saldırı devam ediyorken yapılmış olması, ayrıca savunma ve saldırının sınırlarını aşmaması gerekir. Bu ölçüler içerisinde kalmak şartı ile haklı savuma yaparken meydana gelen zararlar tazmine konu olmaz.<sup>371</sup> Zira “zaruretler mahzurlu şeyleri mübâh kılar”<sup>372</sup> genel kâidesi bunu gerektirir. Nitekim Sünnet’te kavga esnasında eli ısırılan şahsın can havli ile elini çekmesinden dolayı dişleri dökülen saldırgan lehine herhangi bir tazminat öngörülmemiştir.<sup>373</sup> Saldırganın itirazı üzerine, “(zavallı) elini

<sup>365</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 110 vd; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 489.

<sup>366</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 121; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 103; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 166; Naimi, *a.g.tz.*, s. 12, 13.

<sup>367</sup> Bakara, 2/194.

<sup>368</sup> Buhârî, “Mezâlim”, 33; Müslim, “İmân”, 226; Tirmizî, “Diyât”, 21; Ebû Dâvûd, “Sünnet”, 29; Nesâî, “Tahrîm”, 22, 24; İbn Mâce, “Hudûd”, 21.

<sup>369</sup> Bkz. Cessâs, Ahmed b. ‘Ali, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, I-V, 2. B., Kâhire, Dâru’l-Mushaf, ts., I, 170; Sâbûnî, Şeyh Muhammed ‘Ali es-Sâbûnî, *Ravâi’u’l-Beyân fî Tefsîr-i Âyâtî’l-Ahkâm*, I-II, bsy., İstanbul, Dersa’âdet Kitabevi, 1984, I, 227; Zebîdî, Zeynüddîn Ahmed b. Ahmed, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercümesi* (Çeviren ve Şerheden: Ahmed Naim-Kâmil Miras), I-XII, 7. B., Ankara, DİB Yayınları, Başkanlık Basımevi, 1981, VII, 414, Hadis No: 1101.

<sup>370</sup> Bilmen, *a.g.e.*, III, 124-126; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 124, 125.

<sup>371</sup> Def-i sâil, bir insanın üzerine saldıran herhangi bir şeyi bil-mukabele defetmesi demek olup sınırlarını aşmamak kaydı ile meşrudur. Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50, 51; ‘Ġamrâvî, *es-Sirâcü’l-Vehhâc*, s. 536, 537; Yazır, *a.g.e.*, I, 339; Bilmen, *a.g.e.*, III, 124-126; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 489; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 111, 112; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 123-125.

<sup>372</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 43, 44; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50, 51; *Mecelle*, md. 21.

<sup>373</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 112.

*ağzında bıraksaydı da hayvanın ısırması gibi ısırsaydın öyle mi?*<sup>374</sup> uyarısı, savunma sınırlarını aşmayan meşru bir müdafaa'nın hem mübâh hem de tazminatı gerektirmeyeceğini ifade eder.<sup>375</sup>

Bu bağlamda, bir hayvanın hücumuna uğrayan, hayvanı öldürmekten başka bir çare bulamadığı için, bu fiili işlerse Hanefilere ve Sevrî'ye (ö. 161/778) göre, kendini kurtarmak maksadıyla başkasının malını itlâf ettiği için, hayvanın kıymetini tazmin eder. Diğer imamlara göre ise, böyle bir durumda tazminat mükellefiyeti yoktur; çünkü kendini korumak için zarureten vurup öldürmüştür. Aynı sebeple insanı bile öldürmek *cezasız ve tazminatsız câiz* olduğuna göre hayvanın öldürülmesinin cevâzı evleviyetle olmalıdır.<sup>376</sup>

Ayrıca 818 sayılı eBK. 57/III'de saldırgan hayvan hakkında da açıkça "öldürülebilir" ibaresi yer almışken, Meclis Adalet Komisyonu'nda ve Tasarı'da "öldürülebilir" ifadesi bilâhare hayvan haklarına hassasiyet nedeniyle "diğer yollarla etkisiz hale getirilebilir" şeklinde değiştirilmiştir.<sup>377</sup>

Borçlar hukukunda da meşru savunma için işlenen fiil hukuka aykırı değildir. Meselâ, ölümlü tehdit edilen bir şahsın, tehdit edenin elindeki silâhı almak için kolunu kırması hukûken meşru savunma hali sayılır. eBK. 52/I (BK. 64/I)'de "*meşru müdafaa halinde mütecâvizin şahsına veya mallarına verilen zarardan dolayı tazminat lâzım gelmez*" denmektedir. Ayrıca, bir fiilin haklı savunma sayılabilmesi için, haksız bir tecavüzün olması ve bu tecavüzün üçüncü şahıs dâhil şahsa veya mallara karşı yapılmış olması gerekir. Dahası savunma teşkil eden fiilin tecavüzün def'i için yapılması ve tehlikenin giderilmesi için gerekli olan sınırlar içinde kalması gerekir.<sup>378</sup>

İslâm hukukunda da üçüncü bir şahsın canına, vücut bütünlüğüne, namusuna ve malına yönelik girişilen ağır bir tehlikeye karşı ona yardımcı olmak ve bu saldırıyı defetmek gerekir.<sup>379</sup> Çünkü "*zalim olsun, mazlum olsun kardeşine yardım et.*" Bir

<sup>374</sup> Buhârî, "Diyât", 24; Müslim, "Kasâme", 23.

<sup>375</sup> 'Ġamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 536, 537; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 112.

<sup>376</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 489. Detaylı bilgi için bkz. Şevkânî, Ebû 'Abdillâh Muhammed, *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr Min Ehâdis-i Seyyidi'l-Ahyâr*, I-IX, Beyrût-Lübân, Dâru'l-Cil, 1973, VI, 74-79.

<sup>377</sup> Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 143; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 190, eBK. 57/III; BK. 68/II.

<sup>378</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 126-129; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 102, 103; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 270; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78, 79; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 483, 484; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 166, 167.

<sup>379</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 127.

adam sordu: “Ey Allah’ın Resûlü! Mazluma yardım ederim, fakat zalime nasıl yardım ederim?” Bunun üzerine buyurdular ki: “Zalimi zulmünden alıkoymakla ona yardım edersin, onun zulmünü engellemen ona yardım sayılır”<sup>380</sup> nassı bunu gerektirir.

Hâsılı, İslâm hukukunda olduğu gibi<sup>381</sup>, Türk pozitif hukukunda da bir kimsenin kendisinin veya üçüncü bir şahsın mallarına veya şahsına yapılmış ve devam etmekte olan haksız bir saldırıyı defetmek için yaptığı haklı savunma hukuka aykırı değildir.<sup>382</sup>

### **ee) Zaruret**

“Zorunluluk hâli”<sup>383</sup> olarak da tabir olunan ıztırâr, ıztırâr hâli, zorda kalmak, zor durum veya zaruret<sup>384</sup>; sözlükte “ihtiyaç, sıkıntı, çaresizlik”<sup>385</sup>, darda kalmak, başka çare bulamamak, şiddetle ihtiyaç duymak”<sup>386</sup> anlamlarına gelir.

Istılahta zaruret, insanın hukûken yasaklanmış olan bir şeyi işlemediğinde hayatî bir tehlike veya hayatî tehlikeye yakın bir hâl ile karşılaşması demektir. Veya hukukun yasakladığı bir şeyin işlenmesini câiz kılan şer‘î bir mazeret demektir. Veyahut şahsın canına, malına, aklına, namusuna, vücut bütünlüğüne zarar getirecek tehlikeyle veya şiddetli bir zorlukla karşılaşması demektir.<sup>387</sup>

Demek oluyor ki, teysîri<sup>388</sup> mucip kılan zaruret, bazı fiil ve tasarrufları câiz kılan, yasakları kaldıran, dinî ve teysîrî bir prensiptir.<sup>389</sup>

<sup>380</sup> Buhârî, “Mezâlim”, 4; Müslim, “Birr”, 62.

<sup>381</sup> Bilmen, *a.g.e.*, III, 124-126; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 124-27.

<sup>382</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 166, 167.

<sup>383</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 79; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 168; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 121; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 11. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 266-269.

<sup>384</sup> Bkz. Halit Çalış, “Zaruret”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 141-144. İslâm’da zaruret hali ve bunun getirdiği çeşitli ruhsatlar ve kolaylıklar için bkz. Hayreddin Karaman, *İslâm’ın Işığında Günün Meseleleri*, I-III, bsy., İstanbul, Nesil Yayınları, 1988-1996, I, 217-276; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 489.

<sup>385</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 617; Devellioğlu, *a.g.e.*, s. 1406; Doğan (D. Mehmet), *Büyük Türkçe Sözlük*, s. 1161; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 272, 273.

<sup>386</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 488.

<sup>387</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s.122.

<sup>388</sup> **Teysîr**, yani zaruret halinde zorluğun kaldırılması hakkında kaide ve teferruatlı bilgi için bkz. *Mecelle*, md. 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 33; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 488, 489; Keskiöğlu, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 39-42; Köse, *a.g.e.*, s. 148-151. Ayrıca Nübüvvet döneminde fıkıhın beş temel özelliği vardır. Bunlar da 1- Fikhî hükümlerin yaşanan gerçek olaylar üzerinden oluşması, 2- İhtilâfin bulunmaması, 3- Tedric yani hükümlerin zamana yayılması, 4- Zaruret halinde kolaylık ve zorluğun kaldırılması ile kabul edenlere göre 5- Nesih ve hükümlerin tek kaynağının vahiy oluşudur. Bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 141-151.

<sup>389</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 488. İslâm hukukunun beş temel prensibi vardır: 1-Te’min-i maslahat, 2- Tevzi-i adâlet, 3- Adem-i harac, 4- Az teklif, 5- Tedrice riayet esasları için bkz. Keskiöğlu, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 39-42.

Bazı hukuk sistemlerinde “zaruret” yasak olan bazı fiillerin mübâh sayılmasını sağlayan sebeplerden sayılıp müeyyideleri ıskat edeceği kabul edilmişken<sup>390</sup>, İslâm hukukunda ise, “zaruretler memnû‘ (mahzurlu) olan şeyleri mübâh kılar”<sup>391</sup> kâidesi esas olarak benimsenmiş olmasına rağmen zaruret; tazmin sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak kabul edilmemiştir.<sup>392</sup> Bu nedenle zorda kalıp başkasına zarar veren şahıs zararı gidermekle sorumludur.<sup>393</sup> Cumhûr bu görüşte olmakla beraber Mâlik b. Enes (ö. 179/795) ve Ahmed b. Hanbel (ö. 248/854), açlık yüzünden başkasının yiyeceğini yiyen kimse yediği şeyin kıymetini tazmin etmez. Çünkü böyle bir durumda, imkânı olan elindeki ile başkasının hayatını kurtarmak zorundadır. Birinde fazlalık varken<sup>394</sup>, diğeri bu fazlalığa şiddetle ihtiyaç duymaktadır<sup>395</sup> görüşünü ileri sürmüşlerdir. Hâsılı, “ıztırâr gayrın hakkını iptal etmez”<sup>396</sup> kâidesi; “zaruretler memnû‘ olan şeyleri mübâh kılar”<sup>397</sup> prensibinin Cumhûr’a göre bir istisnasıdır.<sup>398</sup>

Aslında, izin alınmadan bir başkasının mülküne girmek câiz değildir. Ancak savaş zarureti, kanun kaçağını yakalamak, bitişik evi tamir etmek gibi bazı zarurî sebeplerle girilebilir. Bütün bu örnekler, *izin yahut zaruret* gibi sebeplerle fiilin haksızlığı ortadan kalkınca tazminatın da kalktığını, tazmin mükellefiyetinde te‘addînin şart olduğunu ispat ve ifade etmektedir.<sup>399</sup>

Borçlar hukukunda da ıztırâr hâli, başkasının malvarlığına zarar veren fiiller için hukuka uygunluk nedeni sayılır. Fakat kişi varlığına zarar veren fiiller için hukuka

<sup>390</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 113.

<sup>391</sup> Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50, 51; *Mecelle*, md. 21.

<sup>392</sup> ıztırâr ister semâvî olsun ister gayr-i semâvî olsun gayrın hakkını iptal etmez. Bkz. Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 101; Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 154, 155; Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 302-306; Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 284-286; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 123. Roma hukukunda da metus (ikrah) bir haksız fiil sebebi olup hukukî neticeleri için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 458; Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 146, 147.

<sup>393</sup> Aç kalıp da başkasının ekmeğini yiyen kimse sonra bunun kıymetini öder, bu hakkaniyetin bir gereğidir. Bkz. Bilmen, *a.g.e.*, I, 265, 266; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, md. 33, s. 22; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 113; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 122, 123.

<sup>394</sup> Bakara, 2/219.

<sup>395</sup> Karâfi, Ebu’l-‘Abbâs Şihâbuddîn Ahmed b. İdrîs b. ‘Abdirrahmân es-Sanhacî, *el-Fürûk*, I-IV, bsy., Mısır, 1311/1893, IV, 39; İbnü’l-Kayyim el-Cevziyye, Muhammed b. Ebî Bekr Şemsüddîn Ebü Muhammed, *İ‘lâmu’l-Muvakkî‘in ‘an Rabbi’l- ‘Âlemîn*, I-IV, bsy., Mısır, 1955, III, 8.

<sup>396</sup> *Mecelle*, md. 33.

<sup>397</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 43; Hamevî, *Gamz*, I, 274, 275; *Mecelle*, md. 21.

<sup>398</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 113.

<sup>399</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 489. İslâm’da zaruret hali ve bunun getirdiği çeşitli ruhsatlar ve kolaylıklar için bkz. Karaman, *İslâm’ın Işığında Günün Meseleleri*, I, 217-276; Çalış, “Zaruret”, *DİA*, c. XLIV, ss. 141-144.



uygunluk nedeni olarak kabul edilmez.<sup>400</sup> Meselâ, bir kimse ölmek üzere olan bir yaralıyı kurtarmak için, başka bir taşıt yoksa başkasına ait olan bir aracın kapısını kırıp yaralıyı hastaneye götürebilir. Veya kişi saldırgan bir köpeğin saldırısını bertaraf etmek için bir çocuğun elindeki bisikleti ilgili hayvanın üzerine fırlatıp atabilir. Yahut bir şahıs kudurmuş bir köpektan kaçarken bir evin camını kırıp, içeri girmek suretiyle kendini kurtarsa hukuka aykırılık ortadan kalkar. Fakat meydana gelen zararı tazmin sorumluluğu bakidir. Ancak bu haldeki tazminatın hesaplanmasında *hakkaniyet* esasları göz önünde tutulur eBK. 52/II (BK. 64).<sup>401</sup> Ama ne var ki, korunmak amacıyla dahi olsa köpeğin üzerine bir çocuk fırlatılıp atılamaz.<sup>402</sup>

İslâm hukukunda da “*bir zarar kendi misliyle (zararla) izâle olunamaz*”<sup>403</sup> prensibi geçerlidir. Bu esasa göre bir kimse zorda kaldığı için cismanî bir zararın müsebbibi olsa, ilgili zararı tazminle yükümlü tutulur.

Görüldüğü gibi, zaruret her iki hukuk sisteminde de kişiye zarar veren fiillerde hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmazken, mala zarar veren fiillerde ise, hukuka uygun sayılmaktadır.<sup>404</sup>

#### **ff) Zarar görenin rızası**

Zarar görenin zarara rıza göstermesi veya mağdurun muvafakati yahut hak sahibinin izni bazı fiillerdeki hukuka aykırılığı giderir.<sup>405</sup> Bütün İslâm hukukçularına göre *ayn'a yani eşyaya yönelik zararlarda, hak sahibinin izin ve muvafakati fiildeki haksızlığı giderir*. Bu sebeptendir ki, malının itlâf edilmesine izin veren mâlikin tazminat isteme hakkı düşer.<sup>406</sup> Meselâ, arazi sahibinin izni ile arazide çukur açan yahut kuyu kazan kişinin bu fiilinden dolayı tazmin sorumluluğu olmaz.<sup>407</sup>

<sup>400</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 130-132; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 79; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 103; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 121, 122; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 634.

<sup>401</sup> Bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 79; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 484-486; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 168, 169.

<sup>402</sup> Bkz. Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 657 vd.

<sup>403</sup> Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 43; *Mecelle*, md. 25.

<sup>404</sup> Karş. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 114; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 123, 124, 130-132; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 168, 169.

<sup>405</sup> “Mâlikin izni zamânı ıskât eder.” Bkz. Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 109; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 217.

<sup>406</sup> Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 135; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 109, 110; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 7, 22.

<sup>407</sup> Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 177, 178; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79.

İslâm hukukuna göre, mağdurun muvafakati hem malın itlâfında hem de bedene zarar veren fiillerde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Buna göre, mağdurun rızası insana yönelik fiillerden ancak organlara ve bedene zarar veren fiillerdeki hukuka aykırılığı kaldırır. Çünkü organların dokunulmazlığı ammeyi değil, sadece bunların sahibini ilgilendiren bir haktır. Hak sahibinin rızası da bu dokunulmazlığı ortadan kaldırır. Bu nedenle birisi, diğerine malını itlâf etmesini yahut bir organını kesmesini emretse, o da bu emri yerine getirirse, zarar gören kişi tazminat talebinde bulunamaz. Ancak mağdurun muvafakati ölüme sebebiyet veren fiillerde geçerli değildir. Çünkü İslâm hukukuna göre, hiçbir kişi kendisini öldürtme hak ve selâhiyetine (*euthanasia right to die*) sahip değildir.<sup>408</sup> Böyle bir izin hukûken geçerli olmadığı gibi<sup>409</sup>, bir de böyle bir izne istinaden birini öldüren; öldürdüğü kişinin diyetini tazminle yükümlüdür.<sup>410</sup>

Borçlar hukukunda da zarara uğrayanın zararın ikâından önce zarara rıza göstermesi, rızanın hukuka, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olmaması şartıyla hukuka uygunluk nedeni sayılır. Bu sebeple fiili işleyen zarardan sorumlu olmaz. Buna göre, kişinin yaşamına son vermeye veya hamile kadının çocuğunun düşürülmesine dair rızası geçerli değildir. Görüldüğü gibi her iki hukukta da aynı hüküm benimsenmiştir.<sup>411</sup>

### **gg) İhkâk-ı hak**

İslâm hukukuna göre, gasp edilmek istenen bir şahsın hakkını korumak ve geri almak için zora başvurma hakkı yoktur. Saldırıya uğrayan hakların korunması, geri

<sup>408</sup> Ötenazinin haramlığı için bkz. Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, s. 313-333; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 114, 115; Ahmet Ekşi, *İslâm Tıp Hukuku (Çağdaş Tıp Problemlerine İslâm'ın Getirdiği Hukuki Çözümler)*, 1. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2011, s. 118-124; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 487; Heyet, *İslâm Hukuku El Kitabı*, s. 788-791.

<sup>409</sup> Emrin geçerliliğinin şer'â muvafık olmasına bağlı olduğu ilkesi için bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 63; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 74. Bu esasa göre ayağı kangren olmuş bir hasta ayağının kesilmesine izin verebilir. Bu izne dayanarak hastanın ayağını kesen doktor sorumlu değildir. Fakat bitkisel hayata girmiş olan bir hastanın yakınları, artık hastalarının acı ve ıstırap duymaması için öldürülmesine izin verme yetkisine sahip değildir. Böyle bir izne istinaden hastayı öldüren doktor hukûken sorumludur. Bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 114, 115. Kavâ'id ve Eşbâh kaynaklarında bu husus şu prensiplerle ifade edilir: "*Lâ tâ'ate li's-sultâni fi'l-ma'siyeti. Ve innemâ et'tâ'atü fi'l-ma'rûfi.*" Yani Allah'a isyan olan yerde sultana itaat yoktur. İtaat ancak meşru olanda gerekir. "*Emru'l-imâmi innemâ yunfezu izâ vâfeka eş-şer'a.*" Yani sultanın emri ancak şeriate uygun olunca yerine getirilir. Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 63; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 74, 75.

<sup>410</sup> Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 168, 236; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VIII, 5.

<sup>411</sup> Karş. Naimi, *a.g.tz.*, s. 65; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 78, 92; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 102; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 628; Erdener Yurtcan, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması (Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları)*, 1. B., İstanbul, Beta Yayınları, 1985, s. 73-86; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 166, 217; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 116, 117; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 259, 260; eBK. 44, BK. 52.

alınması, gerektiğinde de zor kullanma hak ve yetkisi bütünüyle devlete aittir. Zira şahsın bizzat hakkını elde etmek için kuvvete başvurusu hukuk nizamını bozacağı için hukuka aykırıdır. Ancak fiil *ihkâk-ı hak*<sup>412</sup> niteliğini taşıyorsa belli şartlar dâhilinde istisnâ olarak hukuka uygun sayılabilmektedir. Örneğin bazı durumlarda gasp edilen veya tecavüze uğrayan bir hak için salâhiyetli mercilere başvurma gecikmelere veya hakkın elde edilmesi bütünüyle imkânsız hale gelecekse ya da bu yüzden büyük zararlar meydana gelecekse, *ihkâk-ı hak câizdir*. Kaynaklarda bunun için *z-f-r*<sup>413</sup> kelimesinden türeyen “*zufr*” veya “*ez-zufrü bi'l-hak*” kavramları da kullanılmaktadır.<sup>414</sup>

İslâm hukukunda kural olarak şahsın başkasında bulunan hakkını hukukî yollara başvurmadan, bizzat kuvvet kullanarak alması hukuka uygun değildir. Ancak bazı hal ve şartlarda mala ilişkin hakların *ihkâk-ı hak* yoluyla alınması câizdir. Bu şartlardan biri hak elde edilirken girilen eylemin haksız bir fiile dönüşmemesidir. Meselâ, çalınan veya gasp edilen bir malın sahibi malını hırsızın veya gasıbın elinde aynen görse, devlet güçlerine başvurmaksızın bizzat kendisi alabilir. Ancak çalınan veya gasp edilen malı telef olmuşsa onun yerine hırsızın veya gasıbın başka bir malını alması câiz değildir. Çünkü böyle bir fiil çoğu zaman haksızlığa sebebiyet verebilir. Bu sebeptendir ki, hak sahibi itlâf olan malını ancak mahkemeye başvurmak suretiyle alabilir.<sup>415</sup>

Özetle İslâm hukukunda *ihkâk-ı hak* cana ve bedene yönelik bir fiil ise, onu hukuka uygun hâle getirmez. Ancak mala yönelik ise, çok istisnâ hallerde fiildeki haksızlığı giderir.<sup>416</sup>

Borçlar hukukunda da<sup>417</sup> bazı şartlar dâhilinde *ihkâk-ı hak*, fiilin haksız sayılmasını önleyen bir sebep olarak kabul edilmektedir.<sup>418</sup> Meselâ, yediği yemeğin

<sup>412</sup> **İhkâk-ı hak=hakkı bizzat koruma=kuvvete başvurma**, kendi hakkını cebren vikâye etmek veya bir hakkı zorla almaya kalkışmak demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 235; Yazır, *a.g.e.*, II, 451; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 313; Ekinci, *a.g.e.*, s. 204, 327, 332, 366, 383, 391, 514; Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 136, 244. Detaylı bilgi için bkz. Ali Kaya, “*İslâm Hukukuna Göre İhkâk-ı Hak*”, *UÜİFD*, c. VI, sa. VI, 1994, ss. 117-132.

<sup>413</sup> **Zafer**, düşman üzerine galebe çalmak, bir şeye pençe atmak, tırnak takmak, fevz ve necat, maksada ulaşmak –*âdeta hakkını tırnaklarıyla söküüp geri almak*- anlamlarına gelir. Bkz. Bilmen, *a.g.e.*, III, 353. Ayrıca gasp edilen veya tecavüze uğrayan haklar için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, VII, 330-375.

<sup>414</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 115, 116.

<sup>415</sup> Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 409, 410; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar ve Tazmini*, s. 115, 116; Köse, *a.g.e.*, s. 229, 275, 276; Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 136, 244.

<sup>416</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50, 51.

<sup>417</sup> eBK. 52/II (BK. 64)'e göre, “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.” Ayrıca *ihkâk-ı hak* için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 313; Reisoğlu,

ücretini ödememek için lokantadan kaçmak isteyen hak bilmez müşterisinin ceketini alıkoymak amacıyla vuku bulan boğuşmada lokantacı çeketin yırtılmasından dolayı sorumlu değildir.<sup>419</sup>

### **hh) Üstün nitelikte kamu yararı veya üstün nitelikte özel yarar bulunması**

İslâm hukukunda üstün nitelikte kamu yararının bulunması hallerinde hukuka aykırılık ortadan kalkar. Meselâ, bir kimse amme menfaati/maslahatı olmaksızın umum yolda ya da başkasının arazisinde sahibinin müsaadesi olmadan kuyu kazsa veya yola taş, demir yahut karpuz kabuğu bıraksa ya da su dökse, bunları yapan, bu haksız fiili sebebiyet vermesi ile telef olan insanın diyetini veya telef olan malın kıymetini tazminden sorumludur. Fakat gelip geçen insan ve hayvanların su ihtiyaçları veya daha genel bir ifade ile *amme menfaati/maslahatı* için yağmur sularını depolamak amacı ile kuyu kazan kişinin bu fiili, zarar vukuu halinde iyiniyet ve üstün nitelikte kamu yararının bulunması (müreccah hak)<sup>420</sup> sebebi ile tazmine konu olmaz.<sup>421</sup> Kezâ, sokağı temizlemek amacı ile<sup>422</sup> evinin önünü yıkayıp temizleyen kişi/bina mâliki, oradan geçen birisinin düşüp zarar görmesi halinde de tazminle yükümlü tutulamaz.<sup>423</sup> Çünkü böylesi bir fiilde üstün nitelikte kamu yararı/maslahatı vardır.

Üstün nitelikte kamu yararının bulunması<sup>424</sup> sebebi ile mescide serilen hasır, asılan kandil ya da konulan raf da tazmine konu olmaz. Çünkü bütün bunlar birer

---

*Türk Borçlar Hukuku*, s. 169; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 659; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 631 vd.

<sup>418</sup> Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s.132-134; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 275, 276; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 79; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 103; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 486.

<sup>419</sup> Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 660.

<sup>420</sup> **Müreccah hak**, hukûken üstün tutulan hak demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 424.

<sup>421</sup> Bir kimse amme menfaati için umuma ait olan bir yolu ıslatsa, oradan geçerken bir insan veya hayvan kayıp zarar görse yolu ıslatan kişi mesul değildir. Fakat abdest veya serinlemek gibi kendi menfaati için ıslatırsa vaki zarardan sorumlu olur. Bkz. Mâlik, *el-Muvattâ’*, “‘Ukûl’”, 18 (II, 869, 870); Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 372, 375; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 61; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; *Mecelle*, md. 85, 87, 88.

<sup>422</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423, 424; Hicâvî, *el-İknâ’*, II, 357, IV, 199, 200; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285.

<sup>423</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 129.

<sup>424</sup> **Üstün nitelikteki yarar kurallarından bazıları**: “Zarar-ı ‘âmmı def’ için zarar-ı hâss ihtiyâr olur.” *Mecelle*, md. 26; “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur.” *Mecelle*, md. 27; “İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a’zâminin çaresine bakılır.” *Mecelle*, md. 28; “Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur.” *Mecelle*, md. 29; “Def’i mefâsid celb-i menâfi’den evlâdır.” *Mecelle*, md. 30; “Raiyye/tebe’a üzerine tasarruf maslahata menuttur.” *Mecelle*, md. 58.

maslahat ve ihtiyaçtır. Yetkililerden izin almanın şart koşulması zorluğa sebep olacağı<sup>425</sup> gibi, hayır işlerinin de azalmasına sebebiyet verir.<sup>426</sup>

Türk pozitif hukukunda da üstün nitelikte kamu yararı veya üstün nitelikte özel yarar bulunması hallerinde hukuka aykırılık ortadan kalkar.<sup>427</sup> Meselâ, “*bireyin menfaati ile kamunun menfaati çatıştığında karşılıklı menfaatler tartılır. Üstün kamu yararının varlığı halinde, kişilik hakkının ihlâli hukuka aykırı sayılmaz. Ayrıca rıza beyanında bulunamayacak durumdaki bir kimseye yapılacak tıbbî müdahale, o kişinin üstün özel yararı dolayısıyla hukuka uygundur. Hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayatî organlarından birisi tehdit altına girecekse (HHY 24/II), izin şartı aranmaz. Hiç kimse, üstün nitelikteki özel yarar gerekçesiyle, rızası hilâfına veya verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbî ameliyeye tabî tutulamaz (HHY 22/I). Hasta, tedaviyi reddetme ve durdurma hakkına sahiptir (pasif ötenazi) (HHY 25). Sadece müdahale başladıktan sonra rızanın geri alınması, tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır (HHY 24/VI).*”<sup>428</sup>

#### **ü) Bilimsel eleştiriler**

Nasslarda bilenlerin üstünlüğü<sup>429</sup>, bilenlere sorup danışmanın gerekliliği<sup>430</sup>, bilimsel araştırmaların güç, yetki ve yetkinlik (*sultân*) sebebi olduğu<sup>431</sup>, burhan ve delillerin getirilmesinin lüzumu<sup>432</sup>, bilgisiz toplumların kötü akıbetleri<sup>433</sup>, hikmetin evrenselliği<sup>434</sup> bağlamında bilim, bilimsel araştırma ve eleştiriler özendirilmiştir.<sup>435</sup>

<sup>425</sup> “Bir iş zîk oldukça müttesi’ olur.” *Mecelle*, md. 18.

<sup>426</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423, 424; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 59-61.

<sup>427</sup> Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, 9. B., Konya, Sayram Yayınları, 2016, s. 151.

<sup>428</sup> Nomer, *Borçlar Hukuku*, s.117-119; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 487-491.

<sup>429</sup> Zümer, 39/9.

<sup>430</sup> Nahl, 16/43; Enbiyâ, 21/7.

<sup>431</sup> Rahmân, 55/33.

<sup>432</sup> Bakara, 2/111; Enfâl, 8/42; Enbiyâ, 21/24; Neml, 27/64, Kasas, 28/75.

<sup>433</sup> Yûnus, 10/100; Zâriyât, 51/10.

<sup>434</sup> İbn-i Mâce, “Zühd”, 15.

<sup>435</sup> Bkz. Muhammed, 47/19; ‘Alak, 96/1-5. Kur’ân-ı Kerîm’de 750 âyet ilme ve fenne taalluk eder. Bkz. İsmail Cerrahoğlu, “*Asrımızdaki Tefsir Hareketlerine Umûmî Bir Bakış*”, *DİB Dergisi*, 1969 (Kasım-Aralık), c. 8, sa. 90-91, ss. 327-334, s. 330. Ayrıca “Din ve Bilim” ile “İslâm ve Bilim” için bkz. Mehmet Aydın, *Din Felsefesi*, 1. B., İzmir, DEÜ Yayınları, Karınca Matbaacılık, 1987, s. 210-229; Mehmet Aydın, “*İslâm’a Göre İlim*”, *DEÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sa. 3, DEÜ Yayınları, İzmir, 1986, ss. 1-18.

Bu nedenledir ki, İslâm hukukunda “yapı ve bina işlerinden bizzat anlayan şehrin bilirkişilerinden istifade edilir”<sup>436</sup> görüşü benimsenmiştir. Kanaatimize göre, bu görüş, yapı ve inşaat sektöründe karot<sup>437</sup> araştırmaları ve karot numunelerinin alınmasının gerekliliğinin bir delili olabilir niteliktedir. Ayrıca genel anlamda İslâm hukukunda ehl-i vukûf, ehl-i hibre (bilirkişi ve bilirkişi raporu) kurumu<sup>438</sup> ve zararın izâlesi prensibi<sup>439</sup> gereğince bilimsel eleştiriler hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

Pozitif hukukta da bir eserin veya sanat olayının bilimsel açıdan öğretim ve aydınlatma amacıyla eleştirilmesi<sup>440</sup> hukuka aykırı olmadığı gibi, tazminatı da gerektirmez.<sup>441</sup> Kezâ, bina güçlendirme araştırmalarında karot çalışmaları ve ölçümü<sup>442</sup> de hukuka aykırı değildir.<sup>443</sup>

### c) Zarar

Zarar (*damnum*)<sup>444</sup> sözlükte; kötü hal, fukaralık, şiddet, darlık, kıtlık, fayda ve menfaatin zıddı, kişinin herhangi bir hak veya malının eksiltilmesi<sup>445</sup> anlamlarına gelir.

Pozitif hukukta ise, zarar; ziyan, kötü bir hâle maruz kalma, cana, mala, şerefe ârız olan noksan<sup>446</sup> veya birinin mamelekinde yahut manevî değerlerinde rızası dışında oluşan azalma demektir.<sup>447</sup>

<sup>436</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 381.

<sup>437</sup> **Karot**, dayanıklılık tespiti için zemin, beton ve asfalt gibi şeylerden, özel bir âlet (karotiye) ile alınan silindirik örnek. Bkz. [http://www.yapirehberi.net/Sozlukterimler.htm/\(27.02.2017\)](http://www.yapirehberi.net/Sozlukterimler.htm/(27.02.2017)).

<sup>438</sup> Karş. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 115, 117, 207, 208; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 97; Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 268; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 391; İbnü'l-Münzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhîm, *Kitâbu'l-İcmâ'*, Tercüme ve Giriş: Abdulkadir Şener, bsy., Ankara, Gaye Matbaası, 1983, s. 83.

<sup>439</sup> Zararın izâlesi prensibi için bkz. Kaya, *Güncel Fikhî Konular*, s. 173, 174; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42, 43; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 50, 51.

<sup>440</sup> Binanın deprem güvenliğinin belirlenmesi, uygulanması ve bu konuda görüş bildirmek deprem mühendisliği ve inşaat mühendisliğinin uygulama ve bilgi alanlarına girer. Mevcut binada beton kalitesinin belirlenmesi zarureti olabilir. Bu işlem de tahribatsız yöntemlerle binadan numune alınarak uygulanması gerekir. Bkz. Akın Önalp, Yusuf Hatay Önen, “*Kentsel Dönüşüm ve Bina Güvenliğinin Belirlenmesinde Yöntemler*”, [http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16365\\_55\\_43.pdf/ss.39-43/\(04.05.2017\)](http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16365_55_43.pdf/ss.39-43/(04.05.2017)).

<sup>441</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 166; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 487-491; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 117-119; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 150, 151.

<sup>442</sup> Bkz. Önalp-Önen, *a.g.m.*, s. 39-43.

<sup>443</sup> <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=68809/11.10.1018>.

<sup>444</sup> **Damnum**, Roma Borçlar hukukunda zarar anlamına gelir. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 280-282; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 155-159; Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 139, 142, 143, 144.

<sup>445</sup> Râzî, *Muhtârü's-Sihâh*, s. 333; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 616; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 722, 723; Devellioğlu, *a.g.e.*, s. 1405.

<sup>446</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 722, 723.

<sup>447</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 81, 82; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 104; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 170, 171; eBK. 41 (BK. 49).

Bilindiği gibi, “zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek (zırâr ya da dırâr)<sup>448</sup> yoktur”<sup>449</sup> hadisi; bir *cevâmi’u’l-keîm*<sup>450</sup> olup İslâm hukukunun önemli, küllî prensiplerinden biridir.<sup>451</sup>

Beşeri hukuk doktrinlerinde olduğu gibi, İslâm hukukunda da “zarar”<sup>452</sup> kavramı önemlidir. Çünkü fiilin haksız sayılabilmesi ve tazmin sorumluluğu doğurabilmesi için zararın vuku bulması şarttır. Fiil zararlı ve hukuka aykırı olduğu halde birinin malvarlığı veya manevî varlığında herhangi bir eksilme meydana getirmemiş ise tazminden bahsedilemez. Yani tazmin için, fiilin zararlı ve hukuka aykırı olması yanında, fiilin zarar vermiş olma şartı da vardır.<sup>453</sup>

Hukukun yasakladığı zarar<sup>454</sup> “maddî zarar” ve “manevî zarar”<sup>455</sup> olmak üzere iki kısma ayrılır. Maddî zarar, birinin mamelekinde rızası dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder.<sup>456</sup> Manevî zarar ise, kişinin malvarlığında değil, kişisel

<sup>448</sup> **Zırâr ya da dırâr**, verilen bir zarara, yine zararlar karşılık vermek demektir. Bkz. Ali Haydar, *Dürerü’l- Hükkâm*, I, 73, 74. “Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur” *Mecelle*, md. 19; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 21.

<sup>449</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akdıyye”, 31.

<sup>450</sup> **Cevâmi’ul-keîm**, lâfzı az, anlam kapsamı çok olan kısa söz demektir. Çoğu defa cevâmi’ul-keîmin tercümesi de mümkün değildir. Cevâmi’ul-keîm özelliği Resûlüllah’a münhasır bir durumdur. “*Bana cevâmi’ul-keîm bahşedildi.*” “*Ben cevâmi’ul-keîm ile gönderildim.*” Bkz. Buhârî, “Cihâd”, 122, “Ta’bîr”, 22; Müslim, “Mesâcid”, 6. Bu sebepledir ki usûl-i fıkhîta cevâmi’ul-keîmin manasıyla nakli câiz görülmez. Cevâmi’ul-keîm niteliği taşıyan bazı ahkâm hadisleri şunlardır: “Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.” İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akdıyye”, 31. “İspat yükü davacıya, savunma hakkı da davalıya aittir” *Mecelle*, md. 76. *Mecelle*’nin bu ilkesi de Hz. Peygamber’in “ispat edici delil (beyyine) getirmek davacıya, yemin ise iddiayı reddedene düşer” anlamındaki hadisinden alınmıştır. Bkz. Buhârî, “Rehn”, 6; Tirmizî, “Ahkâm”, 12. Mezkûr hadislerden başka cevâmi’ul-keîm niteliğinde olan başka hadisler de vardır. Kur’ân’ın tamamı ise cevâmi’ul-keîmdir. Detaylı bilgi için bkz. Yazır, *a.g.e.*, I, 235, 236.

<sup>451</sup> Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42, 43; Hamevî, *Gamz*, I, 274-294; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 19; Bilmen, *a.g.e.*, I, 261.

<sup>452</sup> Zarar kavramı için bkz. Ahmed Muvâfi, *ez-Zararu fi’l-fikhi’l-İslâmî (Ta’rîfuhû, Envâ’uhû, Alâkâtuhû, Zavâbituhû, Cezâuhû)*, I. B., Suudi Arabistan, Dâr-u ‘Osmân li’n-Neşri ve’t-Tevzî’, 1418/1997, s. 1-1131; Bilâl Aybakan, “Zarar”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 130-134.

<sup>453</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 117; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 128, 129; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 81, 82.

<sup>454</sup> Bkz. Nisâ, 4/29; Buhârî, “Ahkâm”, 9; Tirmizî, “Birr”, 27.

<sup>455</sup> Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 129, 137, 138; Muvâfi, *ez-Zararu fi’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 1008-1028; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 81, 82; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 286; Ahmet M. Kılıçoğlu, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, ABD, sa. 1, 1984, ss.15-21; Naimi, *a.g.tz.*, s. iii; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 276-281. Maddî ve manevî zarar örnekleri için bkz. *Mecelle*, md. 1192, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203, 1206, 1207, 1208, 1209, 1210, 1211, 1212, 1213, 1214, 1231, 1233.

<sup>456</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 130.

değerlerinde maddiyat ile ölçülemeyen eksilmeleri ifade eder. Üzüntü, acı, elem<sup>457</sup>, makarr-ı nisvân<sup>458</sup> gibi şeref ve namusa âriz olan zararlar birer *manevî zarar* örneğidir. Birinin hayatı, sağlığı, namusu, şöhreti, kariyeri vb. manevî değerlerinin tecavüze uğramasından dolayı elem ve üzüntülere maruz kalması İmam Muhammed'e göre tazmini gerektirir.<sup>459</sup>

Maddî zarar ve manevî zararı tez konumuz ile şöylece örneklendirebiliriz. İkaz edilmesine rağmen A, yıkılmak üzere olan duvarı için gerekli tedbirleri almadığından dolayı -tehlike sorumluluğu, özen sorumluluğu- duvar yıkılıyor ve B'nin aracına zarar veriyor. B de hukukî olayda hasar gören aracının tamiri ile ilgilenirken önemli olan bazı fırsat ya da müracaatları kaçırmaktan mütevellit üzüntüye gark olması da *manevî zarar* örneğidir.

Bu arada bir eylemin haksız sayılıp tazmin sorumluluğu doğurabilmesi için zararın İslâm hukuk düzeninin koruyup himaye ettiği (mütekavvim) bir şey üzerinde vuku bulması gerektiğini<sup>460</sup> ifade etmeliyiz.

Ayrıca *mal*<sup>461</sup> kavramının neyi kapsayıp neyi kapsamadığını, menfaatlerin mal olup olmadıklarına ilişkin doktriner tartışmalara derinlemesine girmeden,

<sup>457</sup> **Hükûmet-i elem**, acı bedeli veya yarası iyileşip herhangi bir eseri kalmamış olan birinin çekmiş olduğu acıya karşılık bilirkişilerce takdir olunan tazminat demektir. Buna “erş” veya “erş-i elem” de denir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 208; Ekinci, *a.g.e.*, s. 361; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 250, 251; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 130, 137, 138.

<sup>458</sup> **Makarr-ı nisvân**, evin avlusu gibi bayanların sürekli eğleşip çıktıkları ve çıkmak ihtiyacını hissettikleri mahrem yerler ve mekânlar demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 338. Bu nevi manevî zarar (makarr-ı nisvân/harim/havâle) örnekleri ve izâlesinin gerekliliğine ilişkin hükümler için bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42, 43; Yazır, *a.g.e.*, II, 167- 181.

<sup>459</sup> Karş. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 117, 118, 250, 251; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 130, 137, 138. Pozitif hukukta konuya ilişkin bilgi için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 722, 723; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 81, 82; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 104; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s.170, 171; eBK. 41 (BK. 49).

<sup>460</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 129; Aydın, “*İtlâf*”, *DİA*, c. XXIII, s. 466.

<sup>461</sup> **Mal**, Muhtârü's-Sihâh kelimenin sözlük anlamını açıklamayı gerek görmeksizin “ma'rûftur” demekle yetinmiştir. Bkz. Râzî, *Muhtârü's-Sihâh*, s. 562. İbn Manzûr'a (ö.711/1311) göre ise mal, “bir kişinin sahip olduğu şeydir.” İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-'Arab*, I-XV, Beyrût, 1956, XI, 635. Fakat hukukî anlamda kişinin nelere sahip olabileceği ve sahip olduğu şeylerin hangilerinin hukûken mal olarak değerlendirilebileceği fukaha arasında tartışılmıştır. Hanefî hukukçuları ve dolayısıyla Mecelle'ye göre mal; “tab'-ı insanî mâil olup da vakt-i hâcet için iddihâr olunabilen şeydir ki menkûle ve gayr-i menkûle şâmil olur.” *Mecelle*, md. 126. Mal kavramından başka menfaatler, hak-hukûk, malın kısımları, 'akâr, menkûl, mislî ve kıyemî mal tabirleri için bkz. 'Ali Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, bsy., Kâhire, Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2008, s. 28-41; Hasan Hacak, “*Mal*”, *DİA*, c. XXVII, İstanbul, TDV Yayınları, 2003, ss. 461-465; Demir, *a.g.e.*, s. 13-95; Bardakoğlu, “*Hak*”, *DİA*, c. XV, s. 139-151; Hacak, “*Mislî*”, *DİA*, c. XXX, ss. 187-188; Gözübenli, “*Kiyemî*”, *DİA*, c. XXV, ss. 540-541; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 12-25; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 335-340; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 340. Bu tarife göre Hanefiler bir piriç



araştırmamızda zararın tayini ve tespitinde Hanefilerin dışında kalan çoğunluğun görüşünden hareketle hukukî neticeler çıkarmaya çalışacağız.

Bilindiği üzere Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçuları *menfaatleri de mütekavvim mal* kapsamında değerlendirmişler.<sup>462</sup> Hafif (ö. 1978)<sup>463</sup>, Karaman<sup>464</sup>, Demir<sup>465</sup>, Aydın<sup>466</sup> ve Kaya<sup>467</sup> gibi muasır İslâm hukukçularına göre, tercihe şayan olan görüş; menfaatleri de mal kapsamında değerlendiren hukukçuların görüşüdür. Bize göre de İslâm fıkhnın dinamizmi<sup>468</sup>, evrensellik ve sürekliliği<sup>469</sup>, günümüzde fetvânın değişebilirliği<sup>470</sup>, ahkâmın değişmesi<sup>471</sup>, yeni gelişmeler karşısında İslâm hukuku<sup>472</sup> ve mahlûkâtın maslahatı<sup>473</sup> sebepleri ile tercihe şayan olan görüş; ikinci görüştür. Çünkü zaman değiştikçe ihtiyaçlar, çözüm yolları, dolayısıyla hükümler ve fetvâlar da değişecektir.<sup>474</sup>

Sonuç olarak menkûl, gayrimenkûl<sup>475</sup>, mal, can, vücut bütünlüğü<sup>476</sup> ve menfaatlere<sup>477</sup> yönelik verilen zararları da maddî zararlar kapsamında *tazminat bölümünde* değerlendireceğiz.<sup>478</sup>

---

tanisi gibi kendisine tamah edilmeyen basit şeyler ile domuz eti ve şarap gibi dinen yasaklanan şeyleri de mal kapsamı dışında bırakmıştır. Ayrıca malın, ihtiyaç zamanı için ihrâz edilebilir olma şartı Hanefilere göre menfaatleri mal kavramının dışında bırakmıştır. Çünkü menfaatler, biriktirilerek muhafaza altına alınamazlar. Fakat mülkiyet konusu olabilirler. Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 130-132, 135, 136, 202; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 295-304.

Serahsî'ye (ö. 483/1090) göre mal; "ihrâza ve mal edinmeye konu olabilme özelliğine sahip ve ihtiyaç ve menfaatlerimizi temin için yaratılmış olan her şeydir." Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 79.

Molla Hüsrev'e (ö. 885/1480) göre mal; "bezl ve men'e konu olabilen şeydir." Bkz. Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 168. İbn Nüceym'e (ö. 970/1563) göre ise mal; "nev-i beşer dışında kalan ve onun menfaati için yaratılan, ihrâz ve tasarrufa elverişli olabilen her şeydir." Bkz. İbn Nüceym, Zeynül'âbidîn b. İbrâhîm el-Mısri el-Hanefî, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VIII, 2. B., Dâru'l-Ma'rife, Beyrût, ts., V, 277.

<sup>462</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, s. 30.

<sup>463</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, s. 30.

<sup>464</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 12-25.

<sup>465</sup> Demir, *a.g.e.*, s. 16, 17.

<sup>466</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 335-340.

<sup>467</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 82; Kaya, *Güncel Fikhî Konular*, s. 92, 93, 218, 219.

<sup>468</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, s. 30; Yavuz, *İslâm Fıkhnın Dinamizmi*, s. 1-97; Kaya, *Güncel Fikhî Konular*, s. 92, 93.

<sup>469</sup> Karadâvî, *İslâm Hukuku (Evrensellik-Süreklilik)*, Tercüme: Yusuf Işıcık - Ahmet Yaman, 2. B., İstanbul, Nida Yayıncılık, 2014, s. 1-207.

<sup>470</sup> Karadâvî, *Günümüzde Fetvânın Değişebilirliği*, s. 1-104.

<sup>471</sup> Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 1-263.

<sup>472</sup> Karaman, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, s. 1-160.

<sup>473</sup> 'İzz b. 'Abdisselâm, *İslâmî Hükümlerin Esas ve Hikmetleri (Kavâ'idü'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm)*, Türkçesi: Süleyman Kaya- Soner Duman, bsy., İstanbul, İz Yayıncılık, 2006, s. 1-712.

<sup>474</sup> "Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz." *Mecelle*, md. 39.

<sup>475</sup> Hukuka uygunca ikaz yapılmasına rağmen hukuka aykırı olarak bırakılan enkazın yahut tehlike arz eden duvarın ya da metruk binanın can veya vücut bütünlüğüne yahut mala (binaya ya da park

#### d) Kusur

Zararlı fiilin sonuçlarından yükümlü tutulabilmesi için fâilin kusurlu olması esastır. Bu sebeptendir ki, haksız fiilin -dar anlamda kusurlu sorumluluğun- bir diğer unsuru da *kusurdur*.<sup>479</sup>

#### (1) Kusur kavramı

Kusur (*culpa*)<sup>480</sup>, sözlükte “*eksiklik, özür, sakatlık, kabahat, ihmal, haksızlık*” gibi anlamlara gelir.<sup>481</sup> Hukuk dilinde ise, bir kimsenin kasıt (*dolus*)<sup>482</sup>, ihmal<sup>483</sup> veya tedbirsizliği<sup>484</sup> sebebi ile oluşan hukuka aykırı durum demektir. Hukukî sorumluluğun tayin ve tespitinde kusur unsurunun rolü büyüktür. Kural olarak kusurlu bir davranış ceza veya tazminatla karşılanır.<sup>485</sup>

---

halindeki bir araca) zarar vermesi gibi. Bkz. Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; İbn Kudâme, *el- Muğnî*, VIII, 427-429; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 182; Behnesî, *el-Mes‘ûliyyetü‘l-Cinâiyye*, s. 60, 61; Şoman, *‘İsmetü‘t-Dem ve‘l-Mâl fi‘l-Fıkhî‘l-İslâmî*, s. 10; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 161, 162.

<sup>476</sup> Seybânî, *Kitâbü‘l-Asl*, IV, 567, 568, 573, 574; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9, 12; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 99, 100, Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 46; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 184; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 15, 16; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 63-86.

<sup>477</sup> Ekonomik değer ifade eden fikri haklar, fırsat ve avantajlar da zenginleşmenin birer konusudurlar. Bu nedenle yola dökülen inşaat enkazı sebebi ile önemli bir ihale fırsatının ya da imtihanın kaçırılması birer menfaat olup kaçırılmaları da birer zarar örneğidir. Karş. Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 82; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 485; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 286-290.

<sup>478</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 132.

<sup>479</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 128; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 396; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 485, 486; Sarıyar, *Kusurun Tanımı ve Özneliği*, s. 3.

<sup>480</sup> **Culpa**, Roma hukukunda kusur, kasıt ve ihmali karşılayan bir kavramdır. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 287-289; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, bsy., İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 49, 52, 56-58, 64, 291.

<sup>481</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 319.

<sup>482</sup> **Kasıt=dolus**, hukuka aykırı fiilin hukukî sonuçlarının bile bile işlenmesi hâlidir. Detaylı bilgi için bkz. Şafak, “*Kasıt*”, *DİA*, c. XXIV, 559; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80; Sarıyar, *Kusurun Tanımı ve Özneliği*, s. 5, 6; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 145. Romalılar kasıt kavramını “*dolus*” kelimesi ile ifade ederlerdi. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 288; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 25, 26.

<sup>483</sup> **İhmal=culpa**, bir işe kâfi derecede özen göstermemek, kısaca dikkatsizlikten kaynaklanan kusur demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 235; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 314; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80, 81; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 145. Ayrıca ihmal, gerek Roma hukukunda ve gerekse Türk pozitif hukukunda ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) diye iki kısma ayrılır. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 287-289; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 26, 27; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80, 81.

<sup>484</sup> **Tedbirsizlik**, muhtemel kötü bir sonucun arzulanmamasına rağmen vuku bulmaması için kâfi derecede önlemlerin alınmaması hâli demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 647; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 64; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 81.

<sup>485</sup> Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 411; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 319; Sarıyar, *Kusurun Tanımı ve Özneliği*, s. 6, 7; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 77, 80, 81; eBK. nun 41’inci (BK. 49) maddeleri; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 48 vd.

Kusur, Arapça bir kelime olmakla birlikte İslâm hukuku kaynaklarında, Türk pozitif hukukunda kullanıldığı anlamda kullanılmamıştır.<sup>486</sup> Ancak kusurun çeşitlerinden olan kasıt yerine, “*amd*” ve “*te‘ammüd*” kelimelerinin kullanıldığını görmekteyiz.<sup>487</sup>

Te‘ammüd ise, “*a-m-d*” kökünden türemiş olup<sup>488</sup>, “kasıt” yani *bir işi bilerek, isteyerek, iç irâde ile tasarlayarak ve kasten yapmak* demektir.<sup>489</sup> Kavram bu anlamıyla hem *cezaî* hem de *hukukî* sorumluluğu karşılar niteliktedir. Mahmesânî, Karaman ve M. Âkif Aydın gibi muasır İslâm hukukçularına göre, te‘ammüd kasıttan başka bir de taksîr<sup>490</sup>, ihmal ve tedbirsizliği de kapsar niteliktedir.<sup>491</sup>

Bilindiği üzere İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre<sup>492</sup>, mübâşeret (doğrudan zarar verme) hallerinde fâilin yükümlülüğü için kusurlu olması şart değildir.<sup>493</sup> Meselâ, umum yol (tarîk-i ‘âmm) üzerinde izinsiz herhangi bir şey (kuyu, sundurma, çıkma, balkon, oluk, şahniş vs.) ihdas eden kişi zarar vukuu halinde kastının olup olmadığına bakılmaksızın tazminle sorumlu tutulur. Çünkü o, hâdisenin vuku bulmasında kusuru ile -bina inşa edilmeyecek yerde bina inşa etmekle- mübâşir konumundadır.<sup>494</sup> Konu hakkında fetvâ kitaplarında geçen bir örnek de şöyledir: Zeyd, tarîk-i ‘âmm’in üzerine izn-i sultân-i yok iken kuyu hafır ve ihdas ittik de ‘Amr’ın katırı kimesnenin şevkinsiz (kimsenin kışkırtması olmadan) ol kuyuya düşüp helâk olsa ‘Amr ol katırı Zeyd’e tazmine kâdir olur mu? El-cevâb: Olur.<sup>495</sup>

<sup>486</sup> Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 411; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 319; Şafak, “*Kasıt*”, *DİA*, c. XXIV, s. 559; Sarıyar, *Kusurun Tanımı ve Öznelliği*, s. 77, 80, 81; eBK. nun 41’inci (BK. 49) maddeleri.

<sup>487</sup> Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 56-59; Şafak, “*Kasıt*”, *DİA*, c. XXIV, ss. 559-561; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 499.

<sup>488</sup> Râzî, *Muhtârü’s-Sihâh*, s. 399.

<sup>489</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 531; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 174, 625; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80; Şafak, “*Kasıt*”, *DİA*, c. XXIV, 559, 560.

<sup>490</sup> **Taksîr**, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, kurallara aykırı davranmaktan doğan bir kusurluluk hâli demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 633; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 541.

<sup>491</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 56, 57; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 499, 500.

<sup>492</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 129, 130.

<sup>493</sup> “Mübâşir müte‘ammid olmasa da zâmin olur.” *Mecelle*, md. 92. Kavaid eserlerinde ise bu durum “el-mübâşiru dâminun ve in lem yete‘ammed” kâidesi ile ifade edilir. Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79.

<sup>494</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 570, 571, 612, 613; Sakafî, *Kitâbu’l-Hitân*, s. 173; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 46; Zeylâ’î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme‘u’d- Damânât*, s. 176, 177; Halebî, *Mültekâ*, s. 473, 474; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 40. Ayrıca tarikler (yollar ve hükümleri) hakkında bkz. *Mecelle*, md. 1213–1223.

<sup>495</sup> Yenişehirli, *Behçetü’l-Fetâvâ*, s. 594, 595.

Ancak İslâm hukukunun bir başka yerleşik kuralına göre ise, tessebbüp (dolaylı zarar verme) hallerinde kusur şartının aranmasıdır.<sup>496</sup> Bu durum Mecelle’de “mütesebbib müte‘ammid olmadıkça zâmin olmaz”<sup>497</sup> kâidesi ile kanunlaştırılmıştır. Meselâ, bir kimse sokak temiz olsun diye –bir nevi kamu yararı- evinin önünü yıkasa ve bu sebeple bir insan veya hayvan düşüp zarar görse, tazmin sorumlusu olmaz. Çünkü fiili hukuka aykırı gibi görülse de kusurlu değildir.<sup>498</sup> Fakat -abdest dâhil- kendi menfaati için sokağı ıslatmış olsaydı zarar vukuu halinde giderimden mesul olacaktı.<sup>499</sup> Çünkü yerleşik kurala göre, “el-harâcu bi’-d- damân”<sup>500</sup> yani “bir şeyin nef’î damânı mukabelesindedir.”<sup>501</sup> Bir başka deyişle, hukukta da safa cefa karşılığındadır.

Ayrıca evinin bahçesinde hukûken kınanmayacak bir şekilde açtığı su kuyusuna birisi düşüp ölse, mâlik tazmin sorumlusu olmaz.<sup>502</sup> Kezâ, kusuru olmadığı için insanların uğrak yeri olmayan, تنها bir yerde kuyu açan kişi zarar vukuu halinde tazmin sorumlusu olmaz. Çünkü hâdisede dolaylı şekilde zarar verenin kastı ve te ‘addîsi bulunmamaktadır.<sup>503</sup> Ancak bir kişi kendi mülkünde kasıtlı bir kuyu açsa ve bu durumu bilmeyen bir hasmını tuzak-desise amacıyla mülküne davet etse, o kişi de kuyuya düşüp ölse, mâlik şibh-i ‘amd<sup>504</sup> diyeti ödemekle yükümlüdür. Fakat mülk sahibinin izni yokken arsasına giren kişi kuyuya düşüp ölse veya yaralansa, arsa mâlikinin tazmin sorumluluğu olmaz. Çünkü mezkûr olayda mülk sahibinin te ‘addîsi ve kastı bulunmamaktadır.<sup>505</sup>

<sup>496</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 129, 130.

<sup>497</sup> *Mecelle*, md. 93. Kavâ’id eserlerinde ise bu durum “el-mütesebbibu lâ yadmenu illâ bi’t-te‘ammüd” kâidesi ile ifade edilir. Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79.

<sup>498</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 129, 130.

<sup>499</sup> Mâverdî, *el-Hâvi’l-Kebîr*, XII, 372; Mevslî, *el-İhtiyâr*, V, 46; *Mecelle*, md. 85, 87, 88; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 61.

<sup>500</sup> Ebû Dâvûd, “Büyü” , 71; Nesâî, “Büyü” , 15; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77.

<sup>501</sup> *Mecelle*, md. 85; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm*, I, 185, 189. Bu kâidenin benzerleri olan “mazarrat menfaat mukabelesindedir” *Mecelle*, md. 87; “külfet nimete ve nimet külfete göredir” *Mecelle*, md. 88 prensipleri için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 111. Bu prensip kavaid eserlerinde “el-ğurmu bi’l-ğunmi” külli kâidesi ile ifade edilir. Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 59.

<sup>502</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebîr*, IV, 244.

<sup>503</sup> Mâverdî, *el-Hâvi’l-Kebîr*, XII, 373-375; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 161; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79.

<sup>504</sup> **Şibh-i ‘amd**, katli meşru olmayan birini kesici olmayan odun, taş gibi bir nesne ile kasten öldürmek demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 621; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 527. Ayrıca ateşe atmak, boğazına kızgın demir, zincir geçirmek de şibh-i ‘amd kabilindedir. İmâmeyn’e göre, hapsetmek suretiyle açlık ve susuzluktan dolayı birinin ölümüne sebep olmak da bu nevi bir katil olup diyeti muciptir. Makul olan da bu görüştür. Bkz. Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 266, 267.

<sup>505</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; Şîrâzî, *el-Mühhezzeb*, III, 206, 207; Şîrbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, V, 339, 340; Remlî, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, VII, 352, 353; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VI, 132, VIII, 8; ‘Gamrâvî, *es-Sirâcü’l-Vehhâc*, s. 504.

Hâsılı, İslâm hukukunda doğrudan zarar veren fiillerde fâilde kusur şartı aranmazken, dolaylı zarar veren fiiller söz konusu olunca fâilin tazmin yükümlülüğü için kusurlu olması aranır.<sup>506</sup>

## (2) Kusur çeşitleri

Fâilin hukukî sorumluluğunun tayin ve tespitinde kusurun ve kusurun derecelerinin önemli rolü vardır. Bu bağlamda kusurun “kasıt” ve “ihmal” olmak üzere iki çeşiti vardır.<sup>507</sup>

### aa) Kasıt

Kusurun ağır çeşidi olan kast veya *kasıt (dolus)*<sup>508</sup>, hukuka aykırı -bir başka deyişle hukuka uygun olmayan- bir fiilin sonuçları ile birlikte bilerek ve istenerek işlenmesi hâli demektir.<sup>509</sup> İslâm hukuku kaynaklarında bu durum kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizliği de kapsayan “te ‘ammüd” kavramı ile ifade edilir.<sup>510</sup> Meselâ, kasten yani neticelerini bilip idrak ederek komşunun duvarına olabildiğince yakın bir mesafede açtığı kuyu veya çukur sebebi ile meydana gelecek olan zararı fâil gidermekle yükümlüdür. Çünkü fâilin fiilinde te ‘ammüd yani kasıt bulunmaktadır.<sup>511</sup> Esasen mâlik kendi mülkünde hukûken kınanmayacak bir şekilde açtığı bir kuyunun sebep olduğu zarardan yükümlü tutulamaz. Ancak mâlik kendi arsasında olsa dahi kasıtle bir kuyu açıp durumdan habersiz olan bir hasmını tuzak ve desise gayesi ile oraya davet etse, o kişi de kuyuya düşüp ölse, *şibh-i ‘amd* diyeti ödemekle yükümlü olur. Fakat arsa sahibinin izni ve haberi yokken arsasına giren birisinin kuyuya düşüp ölmesinden dolayı mâlik sorumlu tutulamaz. Çünkü olayda mâlikin kasıt, kusur, te ‘ammüd veya hukuka

<sup>506</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 130; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 497.

<sup>507</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80, 81; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 411; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 130.

<sup>508</sup> **Dolus=kasıt**, hukuka aykırı fiilin hukukî sonuçlarının bile işlenmesi hâlidir. Detaylı bilgi için bkz. Şafak, “Kasıt”, *DİA*, c. XXIV, 559; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80; Sarıyar, *Kusurun Tanımı ve Özneliği*, s. 5, 6; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 145. Romalılar kasıt kavramını “dolus” kelimesi ile ifade ederlerdi. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 288; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 25, 26.

<sup>509</sup> Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 120, 121; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 1; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 172; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 124, 125; Şen, *a.g.e.*, s. 105; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 272.

<sup>510</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 499; Şafak, “Kasıt”, *DİA*, c. XXIV, s. 559.

<sup>511</sup> Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 353.

aykırı olan bir fiili bulunmamaktadır.<sup>512</sup> Kezâ, bir kimsenin duvarı üzerine koyduğu ağaç, kereste veya başka bir şey düşerek birisine zarar verse, durum değerlendirmesine gidilir: Şayet o eşyayı duvar üzerine koymaya hakkı var idiyse fâil tazmin yükümlüsü olmaz. Ancak fâilin mezkûr fiili hukuka aykırı ise, oluşan zararı gidermekle sorumlu tutulur. Çünkü fâil, haksız fiiliyle müte‘addî, bir başka deyişle müte‘ammid yani kusurludur.<sup>513</sup> Ayrıca umum yola hiçbir kamu maslahatı yokken mıcır, taş, demir, su ve karpuz kabuğu gibi zararlı şeyleri atan kişi zarar oluşması halinde zararı izâleden sorumlu tutulur.<sup>514</sup> Ancak kış mevsiminde yol emniyetini sağlamak, muhtemel buzlanmayı önlemek, gerekli hallerde buzlanmayı çözmek amacı ile gerekli ikaz, işaret ve emniyet tedbirleri alındıktan sonra yola tuz, mıcır, çakıl vb. maddelerin dökülmesi hukuka uygun olup, zarar vukuu halinde tazmin sebebi olmaz.<sup>515</sup> Çünkü hâdisede fâilin kastı ve kötü bir amacı olmadığı gibi, o *muhsinun bi fi‘lih*’dir. Yani eyleminde hüsnüniyet sahibi olup kamu yararına yönelik bir fiil işlemiştir.<sup>516</sup> Nitekim *üstün kamu yararı* hukuka aykırılığı kaldıran etkenlerden biridir.<sup>517</sup>

### **bb) İhmal**

Kusurun (culpa) hafif çeşiti olan ihmal (culpa)<sup>518</sup> ise, hukuka uygun olmayan/hukuka aykırı olan neticeyi istememekle birlikte, böyle menfi bir neticenin vuku bulmaması için lüzumlu olan dikkat ve ihtimamı göstermemek hâli demektir.<sup>519</sup>

<sup>512</sup> Mâverdî, *el-Hâvi‘l-Kebîr*, XII, 373-375; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Şîrbînî, *Muğni‘l-Muhtâc*, V, 339, 340; Remlî, *Nihâyetü‘l-Muhtâc*, VII, 352, 353; ‘Ġamrâvî, *es-Sirâcü‘l-Vehhâc*, s. 504.

<sup>513</sup> Serahî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 384; ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 180.

<sup>514</sup> Mâverdî, *el-Hâvi‘l-Kebîr*, XII, 372; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 423; Hıcvî, *el-İknâ*, IV, 199, 200; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VI, 132, VIII, 8; Derdîr, *eş-Şerhu‘l-Kebîr*, IV, 243.

<sup>515</sup> Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 181. Pozitif hukukta benzer hükümler için bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 100.

<sup>516</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 423-425.

<sup>517</sup> Bir kimse amme menfaati için umuma ait olan bir yolu ıslatsa, oradan geçerken bir insan veya hayvan kayıp zarar görse yolu ıslatan kişi mesul değildir. Fakat abdest veya serinlemek gibi kendi menfaati için ıslatırsa vaki zarardan sorumlu olur. Bkz. Mâverdî, *el-Hâvi‘l-Kebîr*, XII, 372, 375; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Merġînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Behnesî, *el-Mes‘ûliyyetü‘l-Cinâiyye*, s. 61; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; *Mecelle*, md. 85, 87, 88.

<sup>518</sup> **Culpa=ihmal**, gerek Roma hukukunda ve gerekse Türk pozitif hukukunda ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis) diye iki kısma ayrılır. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 287-289; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 26, 27; Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 185; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 121; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80, 81.

<sup>519</sup> Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 64; Oġuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 505, 506; Reisoġlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 172; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 273; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 131.

Bu konuda muasır İslâm hukukçusu Ali Kaya'nın şu tespiti önemlidir: “İhmalin İslâm hukuku literatüründeki karşılığı, “hata”<sup>520</sup>, “hata yerine sayılan ihmal”<sup>521</sup> ve “tesebbüp” kavramları olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü mezkûr üç halde de fâil hukuka uygun olmayan neticeyi istememekle beraber zararlı sonucun vuku bulmaması için gerekli dikkati ve özeni göstermediği için kusur işlemiştir.”<sup>522</sup>

İslâm tazminat hukukunda<sup>523</sup> malî zararların gideriminde kasıt ile hata (ihmal) arasında herhangi bir fark yoktur.<sup>524</sup> Çünkü hata ve nisyan kul haklarında özür değilken, Allah haklarında bir mazerettir.<sup>525</sup> Bu şu demektir: Unutarak orucunu açanın orucu bozulmazken, başkasına ait olan bir malı itlâf eden kişi telef ettiği malı tazminle yükümlüdür. Çünkü ortada bir kul hakkı ihlâlî söz konusudur.<sup>526</sup> Bu konuda doktrinde birçok örnek bulunmaktadır. Meselâ, *kasten değil, ihmal ve tedbirsizlik* sonucu tarlasını sularken –uyku, unutma, bayılma vb. sebeplerle normalinden fazla su verdiği için komşusunun tarlasını adetâ sele veren kişi tedbirsiz davranışının sebep olduğu zararı tazminle mükelleftir.<sup>527</sup> Yine bir duvar kamu yoluna doğru yıkılmaya yüz tutsa, mâlikinden de duvarını yıkması veya tamir etmesi işhâd yollu talep edilse, -talep eden ister müslüman olsun ister zimmî olsun- mâlik tehlikeyi giderebilecek kadar bir süre geçtiği halde duvarını yıkıp onarmadığı için herhangi bir zarar vuku bulsa, zararı gidermekle sorumludur. Eğer telef olan şey nefis (insan) ise, diyeti duvar mâlikinin âkilesi tarafından tazmin edilir. Ancak bu teleften dolayı mâlike *keffâret-i katl*<sup>528</sup>

<sup>520</sup> **Hata**, kasdî olmayan yanlışlık anlamına gelen bir ehliyet engeli. Bkz. Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 175, 177, 267; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 184, 458; Bilmen, *a.g.e.*, I, 231, 237; Şâmil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiil*, 2. B., Ankara, DİB Yayınları, 1999, s. 76, 78, 98.

<sup>521</sup> **Hata yerine sayılan ihmal**, hata mecrasına cârî katl yani ihtiyârı yokken (meselâ uyurken) yüksek bir yerden birinin üzerine düşerek öldürmek bu nevi bir hata olup, ölüme sebebiyet verenin âkilesi tarafından maktulün yakınlarına diyet ödenmesi gerekir. Bkz. Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 267; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 97, 132, 133; Şâmil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiil*, s. 64, 65.

<sup>522</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 131.

<sup>523</sup> Bkz. Hamdi Döndüren, “Tazminat”, *ŞİA*, c. VII, İstanbul, 2000, ss. 405-408.

<sup>524</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 131.

<sup>525</sup> Karş. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 131; Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 273, 274; Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 155, 156; Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 175, 177; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 184, 458; Bilmen, *a.g.e.*, I, 231, 237.

<sup>526</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 231, 237; Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 175.

<sup>527</sup> Ahmet Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle Ta’dilleri ve Gereğçeleriyle Birlikte)*, 1. B., İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013, s. 227; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 383; Yazır, *a.g.e.*, V, 442; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 181; Aydın, “İtlâf”, *DİA*, c. XXIII, s. 468.

<sup>528</sup> **Keffâret-i katl**, bir müslümanı veya zimmîyi kasıtlı değil, hata ile öldüren müslümanın diyet dışında ödemesi gereken keffâret demektir. Bu da ilgili şahsın âyetin gereği olarak bir mümin köleyi azad etmesi, buna kudreti yoksa iki ay ardı ardına oruç tutmasıdır (bkz. Nisâ, 4/92). Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s.

gerekmediği gibi, mirastan da mahrum olmaz. Çünkü hâdisse mübâşeretden değil, tessebbüben vuku bulmuştur.<sup>529</sup> Yok, eğer zarar ölüm değil de *erş*<sup>530</sup> (mâ dûne'n-nefs=yaralama=müessir fiil) ise, erşin bedeli erkekte diyetin yirmide birine, kadın da ise onda biri kadarsa bu miktar âkile tarafından ödenir. Zarar bu miktarın altında ise müsebbibin bizzat kendi malından giderilir. Ancak itlâf olan şey hayvan ya da '*urûz*<sup>531</sup> nevinden bir mal ise, kezâ zarar müsebbibin kendi malından giderilir.<sup>532</sup>

### (3) *Kusur ehliyeti*

Kusur, zararlı fiil fâilinin ihtiyârını (irâde) olası olumsuz bir sonuçtan içtinap için kâfi düzeyde kullanmadığını veya eksik kullandığından dolayı hukûken kınanabileceğini ifade eden bir terimdir. "Kınanabileceğini" söyledik; çünkü "*herkesin hukuksal hayatı etkileyecek bütün fiilleri kendi bilinçli irâdesinin denetimi altında bulunur ve bulunmalıdır.*" Bu bağlamda eğer bir fiil hukuka aykırı ise, bu durum fâilin irâdesi ile yakından alakalıdır. Yani fâil kusurlu fiili ya bilerek ve isteyerek işlemiştir. Veya muhtemel menfî neticenin vuku bulmaması için yeterli irâdeyi göstermemiştir.<sup>533</sup>

Kusur ehliyeti kavramı ise, kişinin lehine ve aleyhine olan hakları yüklenebilme yeteneğini ifade eder.<sup>534</sup> Doktrinde *haksız fiil ehliyeti*<sup>535</sup>; "*kusur isnadına ehil olma*"<sup>536</sup>, "*kusur ehliyeti*"<sup>537</sup>, "*isnat ehliyeti*"<sup>538</sup>, "*isnat yeteneği*"<sup>539</sup>, "*isnat kabiliyeti*"<sup>540</sup> ve "*isnat edilebilme*"<sup>541</sup> gibi farklı kavramlarla ifade edilmiştir.

302. Ayrıca "İslâm'da Keffaretler" için bkz. Hasan Güleç, "*İslâm'da Keffaretler*", DEÜİFD, sa. 6, İzmir, 1989, ss. 449-473.

<sup>529</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8-10; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119.

<sup>530</sup> *Erş*, organ bedeli, yaralanan ve kesilen organından dolayı zarar gören kişiye verilmesi gereken diyet. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 125; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 196.

<sup>531</sup> '*Urûz*', "...nukûd ve hayvanattan ve mekilât ve mevzûnattan başka olan metâ ve kumaş gibi şeyler demektir." *Mecelle*, md. 131. Bir başka ifade ile hayvan ve akar dışında kalan ticaret malları demektir. *Mecelle*, md. 165; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 588.

<sup>532</sup> Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180.

<sup>533</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 80; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 132.

<sup>534</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 133; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 289.

<sup>535</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 283; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 173; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 289.

<sup>536</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 132.

<sup>537</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 173; Naimi, *a.g.tz.*, s.14; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 396; Aydın, "*İtlâf*", *DİA*, c. XXIII, s. 468.

<sup>538</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 105; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 132.

<sup>539</sup> Şen, *a.g.e.*, s. 193, 262.

<sup>540</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 339.

<sup>541</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 259.



İslâm hukukunda kusurlu fiil fâilinin ika ettiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, temyiz kudretine sahip olması şart olmayıp tam *vücûb ehliyetinin*<sup>542</sup> -kusur ehliyetinin- bulunması yeterlidir. Yani küçükler ile akıl hastaları sebep oldukları malî ve cismanî zararları gidermekle yükümlüdürler.<sup>543</sup> Mecelle bu durumu “*bir sabi diğerinin malını itlâf etse kendi malından zamân lâzım gelir; malı yoksa hâl-i yüsriine intizar olunur; velisine tazmin ettirilmez*”<sup>544</sup> cümlesi ile kanunlaştırmıştır. Bunun da açık anlamı şudur: Mübâşeret (doğrudan) itlâf hallerinde fâilin fiil (*edâ*) ehliyetine<sup>545</sup> sahip olması şart değildir. Ancak kusurun şart olduğu dolaylı itlâf hallerinde ise, fâilin tam edâ ehliyetine sahip olması şart değilse de en azından eylemlerinin mana ve sonuçlarını kavrayabilecek kadar bir temyiz kudretine sahip olması hakkaniyete ve hukuk mantığına daha uygundur. “*Ancak bu konuda İslâm hukukunda tam bir açıklığın bulunduğu söylemek zordur.*”<sup>546</sup>

Unutma (nisyân), bayılma (iğmâ), uyku (nevm), ihtiyârî sarhoşluk (sekr veya sükr) ve bilmemezlilik hâli (cehl)<sup>547</sup> gibi ehliyet arızaları<sup>548</sup> diyet, erş ve tazminatı –kul hakları- gerektiren itlâf sorumluluklarını kaldırmaz.<sup>549</sup>

Roma Hukuku’nda olduğu gibi<sup>550</sup>, Türk Borçlar Hukuku’nda da haksız fiil fâilinin kusurlu addedilebilmesi ve oluşan zarardan yükümlü tutulabilmesi için fâilin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Temyiz gücünden mahrum olanlar kusurlu sayılamazlar. Fakat hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim meselâ, çocuğun sebep olduğu

<sup>542</sup> **Tam vücûb ehliyeti**, ehliyet, kişilik, kanuni kişilik, şahsiyet, haklara sahip olabilmek, borç altına girebilme ehliyeti demektir. Temel şartı ise hayatta olmaktır. Bu vasıf hayatının başlangıcından sonuna kadar (nefes alıp veren) her insanda bulunur. Bkz. Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 296. Ayrıca pozitif hukukta şahıslar ve kişilik kavramı için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 184, 395, 616; Tüzel, *Hukuk Başlangıcı*, s. 112-123; Tüzel, *Temel Hukuk*, s. 102-112; Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, s. 31-33, 82, 83; Kemal Tahir Gürsoy, *Bankacılar İçin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi*, bsy., Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1959, s. 18-23.

<sup>543</sup> Karş. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 133; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 94, 95; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 59-61.

<sup>544</sup> *Mecelle*, md. 916.

<sup>545</sup> **Edâ ehliyeti**, şahsın hukûken geçerli sayılacak tarzda fiiller ortaya koyabilmesi demektir. Ancak bu nevi ehliyet hayatta olma (nefes alıp veren) özelliği değil, temyiz kudretinin bulunması şarttır. Bu yaş da yedi yaşıdır. Bkz. Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 296.

<sup>546</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 396; Aydın, “*İtlâf*”, *DİA*, c. XXIII, s. 468.

<sup>547</sup> Molla Hüsrev, *Mir’ât*, s. 607-609, 632-640; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 166-171; Bilmen, *a.g.e.*, I, 230-235; Karaman, *Fıkah Usûlü*, s. 272-286.

<sup>548</sup> **El-mahkûm ‘aleyh**, yani mükellef, ehliyet ve ehliyet arızaları için bkz. Buhârî, ‘Alâeddîn ‘Abdülazîz b. Ahmed, *Keşfü’l-Esrâr Şerhu Usûli’l-Pezdevî (Metin İle Birlikte)*, I-IV, 2. B., Beyrût, Dâru’l-Kitâbi’l-‘Arabî, 1994, IV, 393, 411, 435, 436; Molla Hüsrev, *Mir’ât*, s. 600-670; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 166-173; Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 293-306.

<sup>549</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 132, 133.

<sup>550</sup> Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 289-291.

zararların tazminine karar verebilir.<sup>551</sup> *Temyiz kudretini geçici olarak kaybetmesinde ise, fâilin kusuru yoksa (meselâ, ağır hastalık, uyurgezerlik, rızası dışında sarhoş olma) sorumluluğu da yoktur. Fakat bu halde de zararı hakkaniyet kuralına göre ödemeğe mecbur edilebilir.*<sup>552</sup>

Kezâ, sarhoş olan kişi, bu hâlinin rızası dışında cereyan ettiğini –sarhoş oluşunda kusursuz olduğunu- ispat etmedikçe verdiği zararlardan sorumludur. Ancak temyiz gücünü kaybetmesinde kusursuz olduğunu ispat ederse, meselâ, bu durumun aldığı bir ilâcın yan etkisinden kaynaklandığını ispat ederse, giderimden kurtulur.<sup>553</sup>

Türk pozitif hukukunda *hakkaniyet ilkesi* bağlamında verilen en yaygın örnek; zengin bir delinin fakir bir çiftçinin harmanını veya evini ateşe vermesi örneğidir.<sup>554</sup> Zarar veren zengin bir akıl hastası, zarar gören de fakir bir kimse ise, ekonomik durumu iyi olan akıl hastasının zararı tazmin etmesine hükmetmek hakka<sup>555</sup>, hukuk mantığına ve hakkaniyete daha uygundur.<sup>556</sup> Bu da İslâm hukukundaki kıyâsın katılığını gideren *istihsân prensibini* akla getirmektedir. Nitekim istihsân, bazen kıyâsın vermiş olduğu katı sonuçları yumuşatmak ve hukuka akıcılık kazandırıp icâb-ı hâle göre hukukçuya istidlâl imkânı sağlar.<sup>557</sup>

#### **(4) Kusuru veya kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler**

Kusur ehliyetine sahip olmasına rağmen zararlı fiil fâilinin bazı hallerde mesuliyeti daralır ya da bütünüyle ortadan kalkar. İnsanın ihtiyâr ve irâdesini etkileyen sebepler *ikrâh* (tehdit=korkutma=metus) ve *müterafik kusur* olmak üzere iki kısma ayrılır.<sup>558</sup>

#### **aa) İkrâh**

<sup>551</sup> Karş. Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 173, 174; MK. md. 13, 16; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85, 86; Naimi, *a.g.tz.*, s. 66; eBK. 54, BK. 65.

<sup>552</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 86; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 597 vd.

<sup>553</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 174 vd.; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 86.

<sup>554</sup> Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 127; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 673-678.

<sup>555</sup> Bkz. Bardakoğlu, “*Hak*”, *DİA*, c. XV, ss. 139-151.

<sup>556</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179- 181; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85, 86; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 56, 198.

<sup>557</sup> Bkz. Şener, *İslâm Hukuku Dersleri I*, s. 87, 88.

<sup>558</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 134. Ayrıca irâdeyi daraltan ve sakatlayan sebepler için bkz. Acar, “*Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler I*”, ss. 79-109; Acar, “*Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II*”, ss. 19-38.

Ehliyet arızalarından biri olan ikrâh<sup>559</sup> ya da Roma hukukundaki karşılığı ile *metus*<sup>560</sup>, rızâsının aksine olarak birisini hoşuna gitmeyen bir fiili yapmaya zorlamak<sup>561</sup> veya birini korkutarak hukukî bir işlem yapmaya cebretmek<sup>562</sup> yahut insanı tabiatıyla ve dinî gerekçeler ile hoşlanmadığı bir şeyi yapmaya icbar etmek ya da birini tehdit ederek hukûken yapmakla yükümlü olmadığı bir işi yapmaya zorlamak anlamlarına gelir.<sup>563</sup>

Tehdit ve korkutmanın derecesine göre ikrâh, “*ikrâh-ı mülci*” (*tam ikrâh*) ile “*ikrâh-ı gayr-i mülci*” (*eksik ikrâh*) şeklinde iki kısma ayrılır. Bir kimseyi öldürmek veya organını kesmek, uzun süreli hapisle tehdit etmek gibi insanın tahammülünü aşan ikrâhlar *tam ikrâh olup, Hanefî usûlüne göre, mükrehin rızâsını izâle (i ‘dâm=yok etme), ihtiyârını ise ifsat eder. Öldürme veya organ kesme tehdidi şeklinde değil de dövme, sövme, kısa süreli hapis gibi ölüm ve yaralamadan daha hafif olan bir şeyle birini korkutarak onu irâdesi dışında bir iş ya da bir tasarrufta bulunmaya icbar etmek de ikrâh-ı gayr-i mülcidir. Eksik ikrâh insan tahammülünü aşmayan bir ikrâh olup, Hanefî usûlüne göre, insanın rızâsını yok eder ancak ihtiyârına tesir etmez.*<sup>564</sup> Çünkü Hanefî usûlcüleri ihtiyâr ile rızâyı birbirinden ayırırlar. Bu konuda muasır İslâm hukukçusu Abdülkadir Şener şöyle der: “*Hanefîlere göre ihtiyâr, bir kaç şey arasında muhayyer olmaktır. Mükreh; kaçınmak, eziyete katlanmak veya eziyetten kurtulmak için yapılan teklifi yerine getirmek arasında muhayyerdır; neticesine râzı değilse de, bunlardan birisini seçme hakkına sahiptir. Rızâ ise, neticeleri kabul etmek demektir. Bu da mükrehde asla bulunmaz... Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî (Cumhûr) hukukçulara göre ise, rızâ ile ihtiyâr birbirine bağlıdır; rızâsız ihtiyâr, ihtiyârsız rızâ olmaz.*”<sup>565</sup>

Borçlar hukukunda da ikrâh, belli şartlar dâhilinde kusuru veya kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler biridir. Doktrinde başkasının korkutması ile zarar veren şahsın

<sup>559</sup> Molla Hüsrev, *Mir'ât*, s. 660; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 167.

<sup>560</sup> **Metus=ikrah** için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 458; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 160, 161; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 328, 329.

<sup>561</sup> Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 154.

<sup>562</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 319.

<sup>563</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 241, 242.

<sup>564</sup> Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, s. 508, 510; Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 284; Ebû Zehrâ, *Fıkıh Usûlü* s. 304; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 134. Türk Borçlar hukukunda benzer bilgiler için bkz. Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 127 vd.; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 64, 65.

<sup>565</sup> Ebû Zehrâ, *Fıkıh Usûlü* s. 306.

sorumlu tutulamayacağı esası kabul edilmiştir.<sup>566</sup> Ancak yasal bir hak ve yetkinin kullanılacağı tehdidi, kâideden bir irâde bozukluğu oluşturmaz. Meselâ, icra takibine geçen bir alacaklı, borçlusuna, iki aya kadar edimini ödeyeceğine ilişkin taahhütte bulunmazsa, icra memuru ile kapıya dayanacağını, mallarını haczedeceğini söylemesi tehdit olmadığı gibi, irâdeyi de sakatlayıp çürütmez.<sup>567</sup>

### **bb) Müterafik kusur**

Doktrinde *ortak kusur*<sup>568</sup>, *birlikte sebep olma*<sup>569</sup> veya *ek kusur*<sup>570</sup> şeklinde de isimlendirilen *müterafik kusur*<sup>571</sup>, zarar gören kişinin kendi kusuru zararın artmasına veya bizatihi vuku bulmasına sebep olmasını ifade eden bir kavramdır.<sup>572</sup> Müterafik kusur, kusuru veya kusurluluğu bir başka deyişle sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerden biridir.<sup>573</sup>

Borçlar hukukunda da zarara uğrayan şahsın, zararın doğmasında veya artmasında katkısı varsa, yargıç/hâkim hâle göre, tazminatın miktarını indirebileceği gibi, tazminatı tamamen de kaldırabilir.<sup>574</sup>

İlk devir kaynaklardan muasır İslâm hukuku araştırmalarına kadar doktrinde *müterafik kusura* ilişkin pek çok örnek mevcuttur. Meselâ, yapı mâliki A, kamuya ait olan bir yolu bütünüyle ıslatsa, B de bu haksız fiilden kayarak zarar görse, mâlik oluşan zararı gidermekle yükümlüdür. Yok, eğer yolu bütünüyle ıslatmayıp kısmen ıslatmış ise, B'nin yolun kuru kalan kısmından geçme imkânı olduğu halde, bile bile tehlikeli -ıslak-yerden geçerek zararın oluşumunda katkı sağladığı bir gerçektir. Böyle bir durumda da mâlikin *def'i hakkı*<sup>575</sup> söz konusu olur. Meselâ, *yolun kuru kalan kısmından geçseydi*, gibi. Umum yola bırakılan enkaz, moloz, ağaç ve kereste vs. hâdiselerinde de hüküm böyledir. Yani, yapı mâlikinin zarara sebep olan şeyle yolun tamamını kaplayıp

<sup>566</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 64, 65; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 127; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 72, 73; TBK. 37/1 (eBK. 29/1), TBK. 38 (eBK. 30).

<sup>567</sup> Karş. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 64.

<sup>568</sup> Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 133.

<sup>569</sup> Tekinay, 'v.d'.., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 870, 871.

<sup>570</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 152, 153.

<sup>571</sup> **Ortak kusur=birlikte sebep olma**, bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 144-151; Arık, *Borçlar Hukuku* I, s. 140; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 91, 92; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 88, 356, 480, 553, 574; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 547.

<sup>572</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 497; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 91.

<sup>573</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 135; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 91.

<sup>574</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 92.

<sup>575</sup> **Def'i hakkı**, edimi yerine getirmemek için davalı tarafından davacıya karşı ileri sürülen sebep ve itiraz hakkı demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 151; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 95.

kaplamadığına, bir başka deyişle yolu bütünüyle riske edip etmediğine bakılır.<sup>576</sup> Çünkü İslâm hukukunun yerleşik kâidesine göre, “*izn-i veliyyü’l-emr olmadıkça tarîk-i ‘âmma bey’ü şirâ için oturamaz. Ve bilâ-izin bir şey vaz’ ve ihdâs edemez. Ve ederse ondan tevellüt eden zarar ve ziyânı zâmin olur.*”<sup>577</sup> Bu sebeptendir ki “*bir kimse tarîk-i ‘âmm üzere kereste yahut taş yığıp da üzerine diğerin hayvanı basıp sürçerek telef olsa ol kimse zâmin olur. Kezâlik bir kimse tarîk-i ‘âmma yağ gibi bir kaygan nesne döküp de diğerin hayvanı kayıp telef olsa ol kimse zâmin olur.*”<sup>578</sup>

Kendi mülkünde inşa ettiği köprü ya da açtığı nehir sebebi ile bir kişi ya da bir şey telef olsa mâlik tazmin yükümlüsü olmaz. Çünkü mâlik fiilinde müte ‘addî değildir. O, sadece kendi mülkiyetinde bir tasarrufta bulunmuştur.<sup>579</sup> Kezâ, yetkili makamlardan izin alarak umum yol üzerinde kuyu açan veya köprü inşa eden kişi de orada kuyu ya da köprü olduğunu bile bile geçmeye çalışırken kuyuya düşüp ölenin yahut köprüden geçerken düşüp boğulanın diyetini tazminle de yükümlü tutulamaz. Çünkü zarara uğrayanın *müterafik kusuru* tazmin yükümlülüğünü ıskât eder. Sanki zarar gören şahıs bu fiili ile intihar etmiş gibi düşünülür ve kanı heder olur.<sup>580</sup>

#### e) İlliyyet Bağı

Bir şahsın hukuka aykırı işlediği bir fiil nedeni ile sorumlu tutulabilmesi için, işlediği *fiil ile oluşan zarar arasında illî yani nedensel bir ilişki (causa)*<sup>581</sup> bir başka deyişle rabitanın bulunması zorunludur. Daha açık bir ifade ile bir şahsı zararın izâlesinden/gideriminden mesul tutabilmek için, oluşan zararın/eksilmenin ilgili şahsın fiilinin bir neticesi olduğunu *zorlanmadan* söyleyebilmek gerekir.<sup>582</sup>

<sup>576</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 12, 13; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 144, 145; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 178; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 41, 42; Behnesî, *el-Mes‘ûliyyetü‘l-Cinâiyye*, s. 61.

<sup>577</sup> *Mecelle*, md. 927.

<sup>578</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VII, 386; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 182; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 486; Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 228.

<sup>579</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 22, 23.

<sup>580</sup> Şeybânî, *Kitâbü‘l-Asl*, IV, 588; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 22, 23; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 540; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 178, 179; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 44, 45; Halebî, *Mültekâ*, s. 475.

<sup>581</sup> **Cause**, Roma hukukunda fiil ile zarar arasında bir nedensellik bağının mevcûdiyetini ifade eden hukukî bir kavram. Bkz. Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 141, 142.

<sup>582</sup> Karş. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 175; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 124; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9-12; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 490 vd.; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 118, 119.

Roma hukukunda da *causa* yani fiil ile zarar arasında bir nedensellik bağının mevcûdiyetinin gerekliliği bilinmektedir.<sup>583</sup>

### (1) İlliyet bağı kavramı

*İlliyet rabitası* veya *nedensellik bağı* olarak da ifade edilebilen bu kavram, haksız fiilin bir unsuru olarak zarara sebebiyet veren fiil demektir.<sup>584</sup> Türk pozitif hukukunda olduğu gibi<sup>585</sup>, İslâm hukukunda da haksız fiilin verdiği zararın giderim sorumluluğu için, fiil ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması icap eder. Yani bir şahsı fiilinden dolayı yükümlü tutabilmek için, fiil ile netice arasında bir rabitanın kurulabilmesi şarttır.<sup>586</sup> Daha açık ifade ile bir şahsı bir zarardan sorumlu tutabilmek için, zararın ilgili şahsın eyleminin bir sonucu olduğunu, o fiilden vuku bulduğunu söyleyebilmek gerekir.<sup>587</sup> *Fiil olmasaydı, o sonuç/zarar da olmayacaktı diyebiliyorsak, ikisi arasında illî bir ilişki kurmuş oluruz.*<sup>588</sup>

Meselâ, bir kimse *kendi mülkünde* bir kuyu açsa, bu onun maslahatının gereği olup, eyleminde herhangi bir te'addî/hukuka aykırılık da yoktur. Ancak yetkili makamlardan *izin almadan umum yolda kuyu açan* veya taş ya da inşaat enkazı bırakan kişi bu fiili sebebi ile oluşacak olan zararın sorumlusu olur. Helâk olan şey mal ise, kıymetinden; mal değil de can ise diyetinden mesul olur.<sup>589</sup> Bu örnekte görüldüğü gibi, bir şahıs hukuka aykırı olarak bir kuyu açıyor. Mezkûr şahsın hukuka aykırı fiili sebebi ile vaki zarardan sorumlu tutulmaması hakkaniyete aykırıdır. Üstelik kuyunun menfaati de kendisine aittir. Şimdi hukuka aykırı olan fiili (kuyu açma) olmasaydı zarar (A'nın ölümü veya yaralanması yahut B'nin katırının/aracının itlâfi) vuku bulmayacaktı. Bu

<sup>583</sup> Bkz. Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 141, 142.

<sup>584</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 108, 109; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 496-503; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 175-179; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 124-126; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 396.

<sup>585</sup> Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 188, 189; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 124-126; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 290-297; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82, 83; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9-12, 51, 52.

<sup>586</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 119; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 69; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 631; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 490 vd.

<sup>587</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9, 51, 52; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 119; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 69.

<sup>588</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65.

<sup>589</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 576, 577; Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 373-375; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 12-15; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538, 539; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 423; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 144, 145; Hicâvî, *el-İknâ'*, IV, 199, 200; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 178; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 244; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VI, 132, VIII, 8.

hukukî hâdiselerde fiil ile netice arasında *illî bir bağ* kurulabildiği için tazmin sorumluluğu hâsıl olmaktadır.

### **(2) Uygun illiyet teorisi**

Hukuka aykırı fiil ile sonuç (zarar) arasında *zorlanmadan* zihnî bir bağlantı kurulabiliyor ise, ortada bir uygun illiyet vardır demektir. Bu da basit mantıkî bir işlemle şöylece tespit edilebilir. Eğer zararlı sonucu ortaya çıkaran fiil olmasaydı, zorlanmaksızın zarar da olmayacaktı diyebiliyorsak işte bu uygun bir illiyettir. Meselâ, A, hukuka aykırı olan çukuru açmasaydı, B'nin aracı ilgili çukura düşüp zarar görmeyecekti. Anlaşılacağı gibi olay (fiil) yani çukur açma eylemi sonucun (zararın) yani aracın çukura düşmesinin mantıkî bir şartı olup onun illetidir. Uygun illiyet teorisinde fiil ile aşırı derecede uzak olan sonucu arasında bir illiyet bağı kurulamaz.<sup>590</sup> Yani “*bir zarar, belli bir fiilin uygun ve normal bir sonucu gibi karşılanabiliyorsa, bu ikisi arasında hukukî bir illiyet gerçekleşmiş olur.*”<sup>591</sup>

Yukarıdaki örnekte görüldüğü gibi, A'nın fiili ile B'ye ârız olan zarar arasında bir uygun illiyet bağı mevcuttur. Aynı hukukî olayda B, bir müddet sonra kendisine konulan kanser teşhisini mezkûr olaya (üzüntü, travma) *zorlanmadan* bağlayamaz. Fakat B, olay anında araçta bulunan hamile eşinin bir müddet sonra düşük yapmasını mezkûr hâdise ile ilişkilendirebilir. Aklın buna pek itirazı olmaz. Çünkü aracın çukura düşmesinden mütevellit hamile olan eşinin, dolayısı ile ceninin zarar görme ihtimali akla muğayir ve uzak değildir (*mantıksal illiyet=tam illiyet=uygun illiyet bağı*).

### **(3) Mübâşeret ve tesebbüp hallerinde illiyet bağı**

*Sebeb ile sonuç* veya *fiil ile zarar* arasında mevcut olan illiyet rabitasının tespiti ameliyesinde fiilin işleniş şekli önemlidir. Bilhassa zarar doğrudan doğruya fiilin bir sonucu olmadığı hallerde sebep-sonuç ilişkisini tesis etmek daha da zordur. Ancak fiilin işleniş şekli nedensellik bağının tespitindeki zorluğun giderilmesinde katkısı olabilir. Bu sebeplerdir ki, fukahâ sebep-sonuç veya fiil-zarar arasında nedensellik bağının tesisinde tazminat sebebi olan zararın fiilin doğrudan (mübâşereten=kusurlu=dolaysız=direkt)

<sup>590</sup> Karş. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 31, 32; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82, 83; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 124, 125; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 176, 177; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 69, 70; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9-12.

<sup>591</sup> Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 771, 772.

veya dolaylı (tesebbüben=kusursuz=dolaylı=indirekt) neticesi olmasını önemsemişlerdir.<sup>592</sup>

### **aa) Mübâşeret halinde illiyet bağı**

Araya başka (üçüncü) bir şahsın fiili girmeden<sup>593</sup>, bir fiilin doğrudan doğruya zarar ika etmesine mübâşeret denir. Bu kavram ile fiilin zarar gören varlık -insan, hayvan veya eşya- her ne ise bizzat o varlığa isabet ederek zarar vermesi kastedilir.<sup>594</sup> Bu şekilde oluşan zararlara *mübâşereten (doğrudan) zarar*, zararlı fiilin fâiline de *mübâşir* denir. Meselâ, tabancayı çekip birini öldürmek mübâşereten bir fiildir. Zira araya başka bir fiil veya sebep girmeksizin (haylûlet) zarar (katl) vuku bulmaktadır. Mezkûr hâdisede tabancayı çeken mübâşir iken, eylemin sonucunda oluşan katl hâdisesi de *mübâşereten katl'dir*.<sup>595</sup> Görüldüğü gibi, bu hukukî olayda fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı gayet açıktır.

İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre de, “*mübâşir müte‘ammid olmasa da zâmin olur*.”<sup>596</sup> Yani haksız bir fiilin fâili, daha açık bir ifade ile haksız fiili doğrudan doğruya işleyen kimse, kastı olmasa da zararı tazminle mükelleftir. Meselâ, başkasının malını telef eden kimse, bu işte kasıtlı olup olmadığına bakılmaksızın o malı ödemekle sorumludur. Ancak haksız fiilde *kastı (iç irâde)* olmadığı için eskatolojik<sup>597</sup> yani uhrevî

<sup>592</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 120; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394; Aydın, “*Haksız Fiil*”, *DİA*, c. XV, s. 210, 211.

<sup>593</sup> Araya başka bir şahsın fiilinin girmesine haylûlet (illiyet bağının kesilmesi) denir. Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 578, 579; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 387; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5792; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 165. Bu husus Mecelle’de şu şekilde kurallaştırılmıştır: “Bir şeyin telefine sebep olan bir iş işlemiş olduğu halde araya bir fiil-i ihtiyârî haylûlet eylese (girerse) yani başka bir kimse ol şeyi mübâşereten itlâf etse ol fiil-i ihtiyârî sâhibi olan fâil-i mübâşir zâmin olur.” *Mecelle*, md. 925. Meselâ, A noktasına bırakılmış olan bir taşı oradan alıp B noktasına bırakan şahıs, o taş sebebi ile vuku bulan zarardan sorumludur. Çünkü taşı ilkin A noktasına bırakanın fiili, onu yerinden uzaklaştırıp B noktasına taşıyanın fiili ile bozulmuştur (haylûlet, illiyet bağının kesilmesi). Bu durumda ölenin diyetinden veya yaralama bedelinden taşı yerinden uzaklaştıran kişi sorumludur. Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 578, 579; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 360; Halebî, *Mültekâ*, s. 474; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 176; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 384; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5792.

<sup>594</sup> Bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 165; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394; *Mecelle*, md. 887.

<sup>595</sup> Karş. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Yazır, *a.g.e.*, III, 461; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 94, 95; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 120; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 631; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 73-74.

<sup>596</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 165; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79; *Mecelle*, md. 92; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5781.

<sup>597</sup> Eskatolojik mesuliyet için bkz. Bedia Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, 9. B., İstanbul, İnkılâp Yayınları, 1988, s. 72; Aydın, *Din Felsefesi*, s. 101, 102, 184-209.



sorumluluğu da olmaz.<sup>598</sup> Aynı şekilde mülkiyeti olmayan bir arazi de kuyu açan bir şahıs kastı olmasa da oluşan zarardan sorumlu olur. Çünkü doğrudan doğruya haksız fiil (te‘addî) işlemiştir, mübâşirdir.<sup>599</sup>

### **bb) Tesebbüp halinde illiyet bağı**

Bazı durumlarda haksız fiil doğrudan doğruya bir şeye isabet etmeden, dolaylı şekilde zarar verebilir. Bu nevi zarar verme hâdiselerine doktrinde “*tesebbüben zarar vermek*” (dolaylı=kusursuz=indirekt=vâsıtalı zarar) denir. Böyle bir fiilin fâiline de “*müsebbip*”<sup>600</sup> veya “*mütesebbip*”<sup>601</sup> denir. Meselâ, mülkiyeti olmayan bir arazide gerekli emniyet tedbirlerini almadan veya umum yolda yetkili makamlardan izin almadan kuyu açan kişinin ölüm, yaralanma ve mal itlâfı gibi durumlarda sorumlu tutulması *tesebbüben zarar vermek* sebebiyle oluşan bir sorumluluktur (sebeb sorumluluğu=tehlike sorumluluğu).<sup>602</sup>

Türk pozitif hukukunda olduğu gibi<sup>603</sup>, İslâm hukukunda da zarar, eğer zararlı fiilin ya da sebebin doğrudan doğruya etkisiyle oluşmuş ise, araya üçüncü bir şahsın yahut zarar görenin ihtiyârî bir fiili (haylûlet) veya mücbir bir sebep girmemiş ise, bu durum bir tazmin sebebidir. Bunun sebebi, oluşan zarar ile zararı meydana getiren fiil arasında mantıksal bir bağıın varlığına hükmedilmesidir. Ancak dolaylı şekilde (tesebbüben) oluşan zararlarda aslî sebep ile zarar arasına farklı sebeplerin girmesi durumunda, illiyet bağıının bulunup bulunmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.<sup>604</sup> Meselâ, bir şahsın hukuka aykırı şekilde açılan derin bir kuyuya düşüp öldüğünü farzedelim. Bu kişi düşmeden mütevellit aldığı darbeler (travma)

<sup>598</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 287; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 71, 72; Kemal Yıldız, “*Mübâşeret*”, *DİA*, c. XXXI, İstanbul, TDV Yayınları, 2006, ss. 429-430, s. 430.

<sup>599</sup> Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 12, 13; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 144, 145; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d- Damânât*, s. 165, 178; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79; Behnesî, *el-Mes‘ûliyyetü‘l-Cinâiyye*, s. 59-61; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 74; Yıldız, “*Mübâşeret*”, *DİA*, c. XXXI, ss. 429-430, s. 430.

<sup>600</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 120, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511, 512; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 74-77; *Mecelle*, md. 888.

<sup>601</sup> Bkz. *Mecelle*, md. 90, 93, 888; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 73, 76, 82, 193; Zuhaylî, *el-Fikhu‘l-İslâmî*, VII, 5781.

<sup>602</sup> Şeybânî, *Kitâbü‘l-Asl*, IV, 576, 577; Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11-15; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 539; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 144, 145; Hıcvî, *el-İknâ‘*, II, 357; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 178; Derdîr, *eş-Şerhu‘l-Kebîr*, IV, 244; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 78, 79.

<sup>603</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82-84; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 175 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 124, 125; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9-12, 52.

<sup>604</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 121.

sebebi ile ölmüş olabileceği gibi, bir müddet sonra açlık, susuzluk, havasızlık, üzüntü ve keder (*ğumm-ğummen*) gibi araya giren başka sebeplerle de ölmüş olabilir (haylûlet). Şayet ilmî veriler (otopsi, keşif vs.) şahsın ölüm sebebinin mücerret düşme hâdisesinden kaynaklanmadığını, meselâ açlık veya susuzluktan kaynaklandığını ispat ederse, düşme ile ölüm arasında bir nedensellik bağı kurulamayacağı için Ebû Hanîfe'ye göre, bu durum kuyuyu kazan şahsın tazmin sorumluluğunu kaldırır. Çünkü mahzâ *kuyu kazma fiili ile ölüm arasında mantıksal bir illiyet yoktur*. Yani ölüme sebebiyet veren şey, kuyuya düşmek değildir. Bilâkis açlık, susuzluk gibi araya giren bazı başka etkenlerdir.

Ebû Yûsuf'a göre ise, ölüm sebebinin korku olduğu tespit edilirse kuyuyu açan kişi ölenin diyetini tazminden sorumludur. Çünkü kuyuya düşen kişinin yaşadığı korku, üzüntü (hâlet-i rûhiye=psikolojik hâl) ile ölümü arasında bir bağ tesis edilebilir. Ancak ölüm sebebinin açlık olduğu tespit edilir ise, kuyuyu kazanın tazmin sorumluluğu olmaz. Çünkü açlık ile ölüm arasında doğrudan doğruya bir bağ tesis edilemez.

İmam Muhammed'e göre ise, her iki halde de kuyuyu kazan kişi, ölenin diyetini tazminden sorumludur. Çünkü o, ilgili kuyuyu açmasaydı kuyuya düşme olayı da gerçekleşmeyecekti. Ardından kuyuda vuku bulan açlık, susuzluk, havasızlık, üzüntü, korku gibi sebeplerden dolayı ölüm olayı da gerçekleşmeyecekti. Bütün bu olumsuzluklar açılan kuyu sebebi ile vuku bulmuştur. Dolayısı ile zararlı fiilin müsebbibi (kuyuyu açan şahıs) oluşan zararı giderimle sorumludur.<sup>605</sup> Zira İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, "*zarar izâle olunur.*"<sup>606</sup>

Hukukî olayda Ebû Hanîfe'nin görüşü ile pozitif hukuktaki *şart nazariyesi* arasında benzerlik bulunmaktadır. Ayrıca İmam Muhammed'in görüşü de pozitif hukuktaki *illiyet nazariyesini* hatırlatmaktadır.<sup>607</sup>

Doğrusu bu meselede biz de Ali Kaya gibi, İmam Muhammed'in görüşünün daha isabetli olduğunun kanısındayız.<sup>608</sup> Çünkü böyle durumlarda fiil (sebebi) ile sonuç

<sup>605</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 15; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 539; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 258; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 179, 180; 'Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 169, 170; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 77, 78.

<sup>606</sup> *Mecelle*, md. 20.

<sup>607</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 121-123. Mantıksal illiyet teorisi veya şart teorisi için bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82, 83.

<sup>608</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 122, 123.

(zarar) arasındaki mevcut illiyet bağının yeterli görülmemesi adalet ve hakkaniyet esaslarını zedeleyip hukuku işlevsiz bırakacağı için yerinde bir çözüm değildir.<sup>609</sup>

#### **(4) Birden çok sebep veya fâilin bulunması halinde illiyet bağı**

Zarar bazen hayatın olağan seyri içinde birden çok sebep veya fâil tarafından işlenmiş olabilir. İşte bu gibi hallerde kimin sorumlu tutulacağı hukuk sistemlerinde önem arzeder.<sup>610</sup> Eğer zararın vukuunda müşterek fâillerden her birisinin dahli aynı ise, meselâ, her biri mübâşir ya da mütesebbip ise, bu durumda zarar her birinin fiilinin ayrı ayrı neticesi olarak işlem görür ve fâillerin tamamı müştereken mesul olurlar. Ancak zararın vukuunda biri mübâşir iken, diğeri de mütesebbip konumunda olduğunda zarar onlardan sadece birisinin fiilinin sonucu kabul edilir ve zarardan sadece o kişi mesul olur. Bazı hallerde de, zarar her birinin fiilinin ortak sonucu olarak görülüp fâillerden her birisi müştereken zararın gideriminden sorumlu olur.<sup>611</sup> Mübâşir, mütesebbip ile mübâşir ve mütesebbibin içtimaı (müterafik illiyet=ortak illiyet) durumlarında sorumluluk şekillerine gelince:

#### **aa) Doğrudan zarar verenin veya mübâşirin sorumluluğu**

Zarar eğer birden çok fâilin/sebebin fiili sonucu oluşmuş ise ve de fâillerden biri mübâşir diğeri de mütesebbip konumunda ise, İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, zarar mütesebbibe değil, bizzat mübâşire izafe edilir. Çünkü zararın oluşmasında doğrudan sebebiyet, dolaylı sebebiyet vermekten çok daha müessirdir.<sup>612</sup> Mecelle'de bu durum, “mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi’ oldukça hüküm ol fâile muzâf kalınır”<sup>613</sup> kuralı ile kanunlaştırılmıştır.

Meselâ, A, umum yolda (tarîk-ı ‘âmm) bir kuyu açıyor. B de C’nin hayvanını mezkûr kuyuya atarak itlâf ediyor. Olayda tazmin sorumlusu kuyuyu açan A değil, bilâkis bizzat hayvanı kuyuya atan B dir. Çünkü zararın vukuunda mübâşir makamında

<sup>609</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 122, 123; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82, 83.

<sup>610</sup> Bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 619; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114, 128; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 92, 93; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 493, 494, 526.

<sup>611</sup> Karş. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 123; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 78, 79, 88, 89; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 92, 93.

<sup>612</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 123.

<sup>613</sup> *Mecelle*, md. 90. Ayrıca bu kâideden teferru eden bazı meseleler için bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 81, 82; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 6.

olan B'nin rolü (mübâşir), kuyuyu açan A'dan (mütesebbip) çok daha etkin olmuştur.<sup>614</sup> Doğrusu mübâşeretin daha etkin olduğu bir durumda zararlı fiilin neticesinin sorumlusu zararı doğrudan doğruya ika eden mübâşir olmalıdır.<sup>615</sup>

### **bb) Dolaylı zarar verenin veya mütesebbibin sorumluluğu**

Zarar bazen hayatın olağan seyri içinde mütesebbibin fiilinin bir neticesi olarak görülür ve tazminden mesul tutulur (dolaylı sorumluluk). Dolaylı zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için *evvelen* fiilinde müte'ammid (kasıtlı, haksız) olması gerekir. Mütesebbip *hukuka uygun, hukuka aykırı* olmayan bir fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.<sup>616</sup> Meselâ, A, mülkiyeti olan tarlasında bir kuyu açsa, B'nin de kuzusu kuyuya düşerek telef olsa, A, hukuka aykırı bir fiil işlemediği için zarardan sorumlu değildir. Çünkü o, mülkiyetinde kuyu açmakla tasarruf hakkını kullanmıştır, *fiili hukuka uygundur*. Ancak A, mülkiyeti olmayan bir arazide ya da kamuya ait olan yolda yetkili mercilerden izin almadan bir kuyu açmış olsaydı ve B'nin de kuzusu/aracı mezkûr kuyuya düşüp telef olmuş olsaydı, A, zararın tazmininden sorumlu olacaktı. Çünkü mülkiyeti olmayan bir yerde veya 'âmmeye ait olan yolda izinsiz kuyu açması *hukuka aykırı bir fiildir*. Dolayısıyla tessebbüben meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür. Çünkü A, tasarruf hakkı olmayan bir yerde kuyu açmıştır. İlgili kuyuyu açmamış olsaydı, B'nin kuzusu/aracı kuyuya düşüp telef olmayacaktı. Hal böyle olunca zararın müsebbibi konumunda olduğundan hukûken kuzunun/aracın itlâfindan sorumludur.<sup>617</sup>

Dolaylı şekilde zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için *sâniyen* zararın ortaya çıkmasında mütesebbibin zarara sebebiyet veren fiilinin daha müessir olması gerekir. Ayrıca zarar görene kusur isnadının da mümkün olmaması gerekir.<sup>618</sup> Meselâ, yetkili makamlardan izin almadan bir köprü inşa eden, orada köprü olduğunu bilerek geçerken (te'ammüden) düşüp telef olanın diyetinden sorumlu değildir. Çünkü köprüyü inşa eden mütesebbib, köprüden düşen ise mübâşir konumundadır. Bu durumda fiil mübâşeretin

<sup>614</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 371; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 423; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 81, 157; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 178; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VI, 132; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 6; Bilmen, *a.g.e.*, I, 286, VII, 384; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, 18, 19.

<sup>615</sup> Karâfî, *el-Fürûk*, IV, 27, 28.

<sup>616</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 124.

<sup>617</sup> Karş. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 570, 571, 584; Şâfi'î, *el-Ümm*, III, 255; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 539; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 100; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 109, 110; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 161; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 7, 157; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 384, 386; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 180.

<sup>618</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 125.

işlenmiştir. O, sanki intihar ederek kendini itlâf etmiş gibidir. Kezâ, yetkili makamlardan izin alarak köprü inşa eden şahıs, görme özürülü ya da geceleyin farkında olmadan düşüp ölenin diyetinden sorumlu değildir. Aynı şekilde izin alarak umum yolda kuyu açan kişi de *orada kuyu olduğunu bile bile geçmeye çalışırken*<sup>619</sup> kuyuya düşüp ölenin diyetinden mesul tutulamaz. Çünkü hâdiselerde mübâşir konumunda olan kişilerin fiilleri tesir bakımında mütesebbip konumunda olan kişilerin fiillerinden çok daha etkindir.<sup>620</sup>

Kezâ, bir şahıs kamuya ait olan yolu ıslatsa/yapı mâliki çatı sularını yola salsa veya yolda abdest alsın ve bu sebeple birinin ayağı kayarak zarar görse, fâil (yolu ıslatan, yolda abdest alan) oluşan zararı tazminden sorumludur. Hatta fâil yoldan geçen görme özürülü birinin ya da gecenin karanlığında yolun ıslak olduğunu göremediği için kayıp zarar görenin zararını da tazmin etmelidir. Fakat yolun ıslak olduğunu bile bile geçmeye uğraşırken düşüp zarar görse, fâil sorumlu tutulamaz. Çünkü ilgili şahıs yolun ıslak olduğunu bile bile oradan geçmeye yeltenmekle kendi canını tehlikeye atmış ve telefin ya da zararın doğrudan doğruya mesulü konumuna geçmiştir. Bu durumda yolu ıslatan kişinin tazmin sorumlusu olduğu söylenemez (*yarışan illiyet=müterafik illiyet=ek kusur*).<sup>621</sup>

### **cc) Mübâşir ile mütesebbibin müşterek sorumluluğu**

Mübâşeretten zarar veren ile tessebbüben zarar verenin fiilleri zararın oluşmasında tesir bakımından eşit ise, hem mübâşir hem de mütesebbip müştereken/birlikte sorumlu olurlar. Meselâ, A ve B'nin müştereken husumet besledikleri C'nin yol güzergâhındaki sokak aydınlatma lambasını sabote etmek için A, ilgili direğe çıkarken, B de birlikte temin ettikleri merdiveni tutarak etrafı kontrol ediyor. Bu kurgunun neticesinde C, plânlanan inşaatın temeline düşerek zarar görse, A ve B birlikte sorumlu olurlar. Çünkü zarar her ikisinin ortak fiilinden vuku bulmuştur.

Veya bina mâliki A'ya mâliki olduğu yapının tehlike arzettiği ikaz edilmiş iken, B de C'nin bebeğini eğlendirmek amacı ile mezkûr binanın balkon korkuluklarından

<sup>619</sup> **Yarışan illiyet=müterafik illiyet=ek kusur**, bir şahsın zararın doğmasına, ziyadeleşmesine kendi fiili ile katkı sağlaması hâli demektir. Örnek hukukî olaylar için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 497; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 140; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 293; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 91, 92; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 507; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 152, 153.

<sup>620</sup> Karş. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 540; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; *Mecelle*, md. 90.

<sup>621</sup> Karş. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46.

yararlanarak kurduğu salıncakta avuturken balkondan kopan enkaz parçaları bebeğe zarar verse, hem A hem de B birlikte sorumlu olurlar. Zira hâdisede A, mâliki olduğu yapısını özen sorumluluğu çerçevesinde ihmal ettiği için mütesebbiptir. Bebeğin zarar gördüğü hâdisede B, doğrudan doğruya mübâşir konumundadır. Dolayısıyla A ve B birlikte sorumlu olurlar. Çünkü zarar her ikisinin ortak fiilinden vuku bulmuştur.<sup>622</sup>

##### **(5) İlliyet bağıını kaldıran veya kesen sebepler**

Bir fiilin/olayın zararlı bir sonucu ika etmesi beklenirken bir başka fiilin araya girerek birinci fiil ile sonucu arasındaki nedensellik bağıını kesip aynı zararlı sonucun ortaya çıkması hâdisesine *illiyet bağıının kesilmesi (haylûlet)* denir.<sup>623</sup>

Bu durum Mecelle’de “*bir şeyin telefine sebep olan bir iş işlemiş olduğu halde araya bir fiil-i ihtiyârî haylûlet eylese (girse) yani başka bir kimse ol şeyi mübâşereten itlâf etse ol fiil-i ihtiyârî sahibi olan fâil-i mübâşir zâmin olur.*”<sup>624</sup>

İlliyet bağıını kesen/kaldıran sebepler; üçüncü şahsın fiili, mağdurun kendi fiili ve mücbir sebep olmak üzere üçe ayrılır.<sup>625</sup>

##### **aa) Üçüncü şahsın fiili**

*Sebepler-sonuç* bir başka ifade ile *fiil-zarar* arasındaki illiyet bağıını kaldıran nedenlerden birisi üçüncü şahsın fiilidir. Böylesi durumlarda sorumlu tutulacak olan kişi ilk sebep değil, bilâkis üçüncü şahıstır.<sup>626</sup> Zira İslâm hukukunun yerleşik kâidesine göre, *arada bir vasıta olmadığı sürece fiil, mütesebbibe nispet olunur.*<sup>627</sup> Meselâ, A (bina mâliki de diyebiliriz), kamuya ait olan yolda bir çukur açıyor. Üçüncü şahıs C de B’yi itip mezkûr çukura düşürüyor ve zarar görmesine sebep oluyor. Hâdisede sorumlu tutulacak olan kişi A değil, bilâkis C’dir. Çünkü C’nin fiili (itip çukura düşürme),

<sup>622</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 125, 126; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 495, 496; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 80.

<sup>623</sup> Karş. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 83, 84, Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 593; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 34-37; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9- 12; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 492, 506; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 126.

<sup>624</sup> *Mecelle*, md. 925. Bu esastan teferru eden bazı hukukî olaylar için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, VII, 383, 384.

<sup>625</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 108, 109; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 125; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 126-128; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 85-90.

<sup>626</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 115; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 35; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 87; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 593; Naimi, *a.g.tz.*, s. 11; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 87-89, 193, 194; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 126, 127; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 507, 509.

<sup>627</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5792.

A'nın fiili (yolda çukur açma) ile zarar arasındaki illiyet bağına kesmiştir.<sup>628</sup> Tez konumuzla birebir örtüşen bir örnekle meseleyi şöylece ifade edebiliriz: A, hukuka aykırı bir inşaat temeli açıyor. Bunu fırsat bilen B, husumet duyduğu C'yi mezkûr temele itip düşürerek ölümüne sebebiyet veriyor. Hâdisede sorumlu tutulacak olan kişi, B dir. Çünkü B'nin fiili (itip temele düşürmek), A'nın fiili (hukuka aykırı temel açma) ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesmiştir.

### **bb) Mağdurun kendi fiili**

Sebeup ile sonuç arasındaki nedensellik bağına kaldırılan etkenlerden bir diğeri de mağdurun/zarar gören kişinin kendi fiilidir. Buna göre, ilk sebeup ile zarar arasında zarar görenin fiili girdiğinde illiyet bağı kesileceğı için ilk sebeup sorumlu tutulamaz.<sup>629</sup> Meselâ, umum yolu ıslatan kişi (bina mâliki de diyebiliriz) insan veya hayvanın düşerek itlâfına sebeup olsa zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak yolun ıslak olduğunu bildiğı halde geçmeye çalışırken düşüp zarar gören kişinin bu fiili yolu ıslatanın (bina mâliki de diyebiliriz) tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırır.<sup>630</sup> Kezâ, hukuka aykırı bir fiil olmasına rağmen kamuya ait yol üzerine bırakılan taş, tahta, moloz, inşaat enkazı gibi şeyleri görerek, bilerek oradan geçerken düşüp zarar görenin zararından mezkûr enkazı yola atan kişi (bina mâliki de diyebiliriz) sorumlu tutulamaz. Çünkü zarar görenin bile bile (i irâde, kast, te'ammüd) oradan geçme fiili sebeup ile zarar arasındaki illiyet bağına kestiğı için ilk sebeup (umuma ait olan yola enkaz bırakan kişi/bina mâliki) sorumlu tutulamaz.<sup>631</sup> Ancak gece karanlığında veya görme özürülü olan biri yoldaki ıslaklığı ve enkazı göremeyeceğı için umum yolu ıslatan veya enkaz bırakan kişi oluşan zararın sorumlusu olur.<sup>632</sup> İlâveten yetkili makamlardan izinsiz köprü inşa eden kişi, orada köprü olduğunu bile bile geçerken düşüp zarar görenin zararını tazminden sorumlu tutulamaz. Çünkü köprüyü inşa eden usta mütesebbib, köprüden düşen kişi ise mübâşirdir. Bu durumda fiil mübâşeretle işlenmiş olup, bile bile köprüden geçerken itlâf olan şahıs intihar etmiş gibidir. Ayrıca yetkili makamlardan izin alarak köprü inşa

<sup>628</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 578, 579; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 371; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 46; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 539; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423; Molla Hüseyin, *Dürrer*, II, 110; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176; Halebî, *Mültekâ*, s. 474.

<sup>629</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 127, 164, 165; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 88; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 125; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 176, 177.

<sup>630</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyeye*, VI, 41, 42; Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, s. 594.

<sup>631</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 588; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 178, 179.

<sup>632</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyeye*, s. 61.

eden bir kişi, gecenin karanlığında düşüp ölen görme özürünün diyetinden sorumlu tutulamaz. Aynı şekilde yetkili makamlardan izin alarak umum yolda kuyu açan, orada kuyu olduğunu bilerek geçmeye çalışırken kuyuya düşüp ölenin diyetinden de sorumlu tutulamaz.<sup>633</sup> Çünkü ilk sebep ile zarar arasına zarar görenin/mağdurun kendi fiili girdiğinde illiyet bağı kesileceği için artık ilk sebep sorumlu tutulamaz.<sup>634</sup>

### cc) Mücbir sebep

Tabîî âfet ve hâdiseler gibi<sup>635</sup>, önceden bilinip önlem alınamayan ve dış etkenlerden doğan zorlayıcı/mücbir sebepler<sup>636</sup> hem İslâm hukuku<sup>637</sup> hem de pozitif hukuka göre, zarar ile sebep arasındaki illiyet bağını keser.<sup>638</sup>

Şiddetli rüzgâr<sup>639</sup>, zelzele<sup>640</sup> gibi bazı mücbir sebepler, zarar ile sebep arasındaki illiyet bağını keserek tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırır.<sup>641</sup> Meselâ, bir şahsın evinin damına, bahçe duvarının üzerine kusur (te'addî) nispet edilemeyecek bir şekilde koyduğu küp, taş veya balkonundaki saksı -ki böylesi tasarruflar mülkiyetten doğan birer tasarruf hakkı olup hukuka uygundur<sup>642</sup>- şiddetli rüzgâr sebebi ile uçup birisinin canına veya malına zarar verse, bina mâliki tazmin sorumlusu tutulamaz. Çünkü mücbir sebep olan rüzgâr fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesmiştir.<sup>643</sup>

<sup>633</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 588; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 22, 23; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 540; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 178, 179; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 44, 45.

<sup>634</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 127.

<sup>635</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 409.

<sup>636</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 480.

<sup>637</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 509, 527; Aybakan, *a.g.e.*, s. 70; Ekinci, *a.g.e.*, s. 513. Ayrıca mücbir sebebin (beklenmeyen=umulmayan hal nazariyesi) İslâm hukukunun hukuk düşüncesine önemli katkılarından biri olduğuna ilişkin etraflı bilgi için bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 257-268.

<sup>638</sup> eBK. 117, 293, 478, 481; (BK. 136, 373, 576, 579); Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 93.

<sup>639</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 588, 589; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537, 538; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430, 431; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142-144; Hicâvî, *el-İknâ'*, IV, 206; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 359; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 158, 159, 180; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 231, 232; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 127, 166.

<sup>640</sup> Aydın, "İtlâf", *DİA*, c. XXIII, s. 468; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 593.

<sup>641</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 127; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 93; Aydın, "İtlâf", *DİA*, c. XXIII, s. 468.

<sup>642</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 149; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 179, 180.

<sup>643</sup> Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 383; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 7, 11; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430, 431; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Hicâvî, *el-İknâ'*, IV, 206; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 231, 232; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 180.



Beklenmeyen (nâgehânî hâdis)e<sup>644</sup> ve sakınılması imkânsız olan hal ve durumlarda giderim/tazmin söz konusu olamaz. Çünkü şer'an/hukûken sorumluluk için güç ve takate itibar edilir. Ancak sakınılması, ihtiyat ve tedbir alınması mümkün olan şeylerde tazmin borcu doğar.<sup>645</sup> Bu sebeptendir ki, İslâm hukukçuları fırtına, yangın, sel gibi mücbir sebeplerin bir zararın doğmasını kolaylaştırdığı veya gerçekleştirdiği durumlarda o haksız fiilin fâilini bundan sorumlu tutmazlar.<sup>646</sup>

İslâm hukuku<sup>647</sup> ve Türk pozitif hukukunda olduğu gibi<sup>648</sup>, insan gücü ile önüne geçilemeyen, dahası borçlunun hiçbir dahli olmayan “*deprem, sel baskını, bir binanın çökmesi, düşman işgali, isyan, iç savaş, yıldırım düşmesi, kasırga, geminin batması, soygun, korsanlık, hastalık, hayvanların doğal sebeple veya kaza sonucu ölmesi, büyük yangınlar*” Roma hukukunda da birer mücbir sebep (vis maior=en büyük kuvvet) olarak değerlendirilmiş olup, bu gibi durumlarda oluşan zararlardan borçlu sorumlu tutulamazdı.<sup>649</sup>

## B) KUSURSUZ SORUMLULUK

*Sebeup ilkesi (tesebbüp)* esasına dayanan *kusursuz sorumluluk*<sup>650</sup>, pratikte kusurlu sorumluluk kadar yaygın olmayan bir sorumluluk hâlidir. Ancak doktrinde kusursuz sorumluluk halleri de az değildir. Ayrıca ilmî ve teknik gelişmelere paralel olarak bu haller her geçen gün daha da çoğalmakta, ihtiyaçlar karşısında birtakım yeni kusursuz sorumluluk alanları da ortaya çıkmaktadır.<sup>651</sup>

Türk pozitif hukuku sistematüğinden de istifade ederek kusursuz sorumluluğun tanımı ve unsurlarını -kusurlu sorumlulukta olduğu gibi- olabildiğince *yapı mâliklerine ilişkin örneklerle* izah edeceğiz.

<sup>644</sup> **Nâgehânî hâdis**e, beklenmeyen olay demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 501. Kazâ-yi nâ-gehânî, ansızın, birden bire gelen ve gelişen kaza, olay demektir. Devellioğlu, *a.g.e.*, s. 953.

<sup>645</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5781.

<sup>646</sup> Aydın, “*İtilâf*”, *DİA*, c. XXIII, s. 468; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 87, 124.

<sup>647</sup> Aydın, “*İtilâf*”, *DİA*, c. XXIII, s. 468.

<sup>648</sup> Bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 616; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 34, 35; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 340, 341, 345, 371, 500, 593, 609, 613, 627; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114, 115; Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 725, 726, 1342 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 350, 359, 360, 366, 374, 411; Naimi, *a.g.tz.*, s. 52, 53.

<sup>649</sup> Karş. Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 68- 70, 103, 213; Koschaker, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, s. 178, 221, 222, 242; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 698.

<sup>650</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148 vd.

<sup>651</sup> Bkz. Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 76, 77; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 262, 263; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 462; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511-527; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 52, 148-157.

## 1) Kusursuz Sorumluluğun Tanımı

İslâm hukukuna göre, aslolan şahsî/ferdî mesuliyettir. *Kişi ancak kendi günah, suç ve haksız fiilinden yükümlü tutulabilir.*<sup>652</sup> Ancak içtimâî, ekonomik, ilmî ve teknik bazı gelişmeler yükümlülüğün sınırlarında bazı genişlemeler ve genel prensiplerden birtakım istisnaların ortaya çıkmasını zarurî kılmıştır. Meselâ, ortada vuku bulan bir zarar varsa, “zarar izâle edilir”<sup>653</sup> prensibine göre, bu zarar mutlaka izâle edilmelidir. Sözelimi, şahsın mâliki olduğu eşya, hayvan, işçi, hizmetçi veya binasının verdiği zararı “bu benim suçum ya da kusurum değil, hayvanımın yahut duvarımın ika ettiği zarardan benim ne mesuliyetim olabilir ki?” itirazı ile def’ edemez, yükümlülüğünden kurtulamaz. Çünkü mezkûr şeylerin menfaatlerinden bizatihi kendisi yararlanmaktadır.<sup>654</sup> Bu sebeple ilgili eşyaların mefrûz ya da mukadder/olası zararlarından mâliklerinin mesul tutulması hakkaniyet ve hukukun genel esaslarına göre en uygun olanıdır.<sup>655</sup>

TBK. da esasen *kusur prensibini* benimsemiştir.<sup>656</sup> Bunun anlamı şudur: Eğer zararı ortaya çıkaran fiilde fâilin herhangi bir kusuru yok ise, kâideden de sorumluluğu yoktur. Zaten doğrusu önceden öngörülebilir ve önlenilebilir bir zararın önüne geçmeyerek zarara sebep olmak, sorumluluğu gerektirmelidir. Ancak menfî bir sonucun oluşmasında hiçbir dahli olmayan, istenmeyen zararlı neticenin oluşmaması için belki de elinden gelen *özen* ve gayreti sarf eden bir şahsî kusuru yok iken sorumlu tutmak da ahlâkî ve vicdanî bir karar değildir.<sup>657</sup>

Fakat geçen zaman ve gelişen sanayileşme sürecinde iş hayatına yeni birtakım tehlikeli unsurların girmesi ile bunların mukadder zararlarından sorumlu tutulması gereken şahsın bunlardan menfaat temin eden tarafın olması gerekir. *Bu nevi bir zarar zaten mağdur olan, bu işten hiçbir kârı ve menfaati olmayan şahsa yükletilmemeli, esasına dayanan sorumluluğa “kusursuz sorumluluk” ya da “sebeplilkesi”<sup>658</sup> de denir.*

<sup>652</sup> Bkz. Fâtır, 35/18; Necm, 53/38.

<sup>653</sup> *Mecelle*, md. 20.

<sup>654</sup> *Mecelle*, md. 85, 87, 88.

<sup>655</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511-514.

<sup>656</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Naimi, *a.g.tz.*, s.15.

<sup>657</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100, 109, 110; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84, 85; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128.

<sup>658</sup> Karş. Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297, 298; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148 vd.; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43, 44.

19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren beşerî hukukun benimsemiş olduğu kusur sorumluluğunun yetersiz kalması sonucunda<sup>659</sup> -İslâm hukukunda başından beri zaten var olan<sup>660</sup>- *sebeplî sorumluluğunun* bir başka ifade ile *kusursuz sorumluluk* kurumunun ihdasını zarurî kılmıştır.<sup>661</sup>

## 2) Kusursuz Sorumluluğun Unsurları

Kusurlu sorumluluk çeşidinde ifade edildiği gibi, İslâm hukukunda kusurlu sorumluluğun teşekkülü için *fiil, zarar ve illiyet rabitası* unsurlarının şart oluşu<sup>662</sup> İslâm hukukçularının ittifakla kabul ettikleri genel bir kuraldır.<sup>663</sup>

Kusursuz sorumluluk çeşidinde/kurumunda ise, *fiil, zarar ve illiyet rabitası* unsurları yanında bir de *te'addî (hukuka aykırılık)* unsuru aranır.<sup>664</sup> Hukuka aykırılıktan başka ayrıca bir de *kusur şartı* aranmaz.<sup>665</sup>

Türk pozitif hukukunda ise, kusurlu sorumlulukta *fiil, hukuka aykırılık, zarar, fâilin kusuru ve fiil ile zarar arasında illiyet bağı* unsurları aranırken<sup>666</sup>, *kusursuz sorumluluk*<sup>667</sup> kurumunda ise, bu unsurlardan sadece *fiil ile zarar arasında uygun (tam) illiyet (sebebiyet) bağı* şartları aranır.<sup>668</sup>

## 3) Kusursuz Sorumluluk Düşüncesinin Gelişim Sebepleri

<sup>659</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511.

<sup>660</sup> “**El-harâcu bi'd-damân**” bkz. Ebû Dâvûd, “Büyü” 71; Nesâî, “Büyü” , 15; “bir şeyin nef'î damânı mukabelesindedir” *Mecelle*, md. 85; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77. Ayrıca İslâm hukukunun hukuk düşüncesine katkıları için bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 257-268.

<sup>661</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148 vd.; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 514; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297, 298; Naimi, *a.g.tz.*, s.15.

<sup>662</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 55.

<sup>663</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 191, 192.

<sup>664</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 55, 191, 192.

<sup>665</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 201; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394-396.

<sup>666</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100, 101; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 117; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 77-84; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 114; Naimi, *a.g.tz.*, s. 6-14; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 63-138; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 483 vd.

<sup>667</sup> **Kusursuz (tesebbüben=dolaylı=objektif) sorumluluk** için bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84, 94; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 394, 395; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511-527; Heyet, *İslâm Hukuku El Kitabı*, s. 437-439; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 109-148; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 286, 287.

<sup>668</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 151-153; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 510, 511, 514.

İslâm hukukunun başlangıcından itibaren *kusurlu sorumluluk (mübâşeret)*<sup>669</sup> yanında *kusursuz sorumluluk (tesebbüb)*<sup>670</sup> esasına dayanan mesuliyeti de benimsediği hukuk tarihi açısından müsellemdir. Hatta bu durum İslâm hukukunun *hukuk tarihine sağladığı önemli katkılardan biri* olarak kabul edilir.<sup>671</sup>

Batı kaynaklı hukuklarda<sup>672</sup> dolayısıyla Türk Mesuliyet Hukuku'nda ise, esas olan *kusurlu/kusura dayanan sorumluluktur*.<sup>673</sup> Bu tür sorumlulukta *kusur yoksa sorumluluk da yoktur*, ilkesi esastır. Ancak bu durum gelişen toplum, ilerleyen teknik vb. etkenlerine karşı 19'uncu yüzyıla kadar zor direnebilmiştir. Bu ve benzeri etkenler sebebi ile Batı hukukunda da kusurlu sorumluluktan başka bir de *kusursuz sorumluluk kurumu* doğup gelişmeye başlamış olup<sup>674</sup>, fâilin kusurundan ziyade mağdurun uğradığı zararı telâfiye yönelik objektif bir sorumluluk türü olarak her geçen gün hukukta yükselen bir kurum olmaya devam etmektedir.<sup>675</sup> Kusursuz sorumluluk düşüncesinin gelişim sebeplerinden bazıları şunlardır:

#### **a) Sanayi Devrimi ve Teknik Gelişmeler**

Kusursuz sorumluluk çeşiti, sanayi ve endüstri devrimi ile gerçekleşen teknik icatlar, fennî buluşlar, ilmî keşifler, devasa makineleşme çabaları, bilimum uygarlık fikrinin sebep olduğu karmaşık hukukî olay ve hâdiselerin neticeleri sonucunda ortaya çıkmıştır. Kusursuz sorumluluk temelde zararın izâlesini gaye edinen, sorumluluğu mağdurun sırtına değil de ilgili şey/eşya ya da işten *kâr ve menfaati olan kişilere yükleyen*, dahası her geçen gün önem kazanan ve alanı genişleyen bir kurumdur.<sup>676</sup>

#### **b) Kusuru İspatlamamanın Zorluğu**

<sup>669</sup> Mecelle, md. 912-921.

<sup>670</sup> Mecelle, md. 922-940.

<sup>671</sup> Karş. Köse, *a.g.e.*, s. 257-268; Mecelle, md. 85, 87, 88.

<sup>672</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 149.

<sup>673</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100.

<sup>674</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 91, 92; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84, 85; Naimi, *a.g.tz.*, s. 17; Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve...", s. 31; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 149-153.

<sup>675</sup> Bardakoğlu, "Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...", s. 43.

<sup>676</sup> Yavuz, *a.g.m.*, s. 36, 43-47; Naimi, *a.g.tz.*, s. 83; Bardakoğlu, "Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...", s. 43; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511, 512; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110, 111; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 116, 117; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 150.

Kusurlu sorumlulukta ilke olarak zarara uğrayan kişi/mağdur, fâilin kusurlu olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Bu da çoğu zaman zaten mağdur olmuş, zarara uğramış kişi açısından nerede ise imkânsızdır. Uğramış olduğu zarar yanında bir de mağduru mezkûr zararı ispatlama ödevi (*ispat külfeti, ispat yükü*) ile mükellef kılmak ayrı bir hukuksuzluktur. Dahası karmaşık endüstri ve sanayi gelişmeleri, sosyal ve hukukî hâdise ve olaylar çoğu zaman kimin kusurlu olduğunun tespitini de imkânsız kılmaktadır. Bu sebeptendir ki, kusurun ispatını mağdur olan kişiye yüklemeyen kusursuz sorumluluk kurumu gelişmeye başlamıştır.<sup>677</sup>

### **c) Kusur İlkesinin Yetersizliği**

İleri teknik keşifler, ilmî buluşlar, ulaşılan üretim ve hizmet araçlarının baş döndürücü hızları karşısında kusurun rolü ya çok azalmış veya hiç kalmamıştır. Çok basit kusurların sebep olduğu bazı devasa/büyük zararların vuku bulması, gerekli bütün emniyet tedbirlerinin alınmasına karşın yine de vuku bulan bir takım kazalar, kusur ilkesinin yetersizliğinin bir delili olup, *kusursuz sorumluluk (sebebiyet=tesebbüb)* kurumunun ihdasını zarurî kılmıştır.<sup>678</sup>

### **d) Tazminat Hukukunda Sosyal Düşüncenin Hâkim Konuma Gelmesi**

Klasik teori<sup>679</sup>, bir başka deyişle *kusur prensibine göre*<sup>680</sup>, dolayısıyla Türk Mesuliyet Hukuku'nda hâkim olan “*kusur yoksa sorumluluk da yoktur*” ferdiyetçi anlayışı gelişen ve ilerleyen modern dünyada mağdur aleyhine çokça hak kayıplarına sebep olmaya başlayınca, *maşeri vicdanda* yeni bir hak anlayışı –arayışı da diyebiliriz– ve kavrayışı (*sebep ilkesi=tesebbüb*) hâkim olmaya başlar.<sup>681</sup> Bu da öteden beri İslâm hukukunun benimsemiş olduğu *nimet-külfet dengesi*nin dikkate alınmasının

<sup>677</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 93; Yavuz, *a.g.m.*, s. 37; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 150; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 146; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511, 512.

<sup>678</sup> Yavuz, *a.g.m.*, s. 36; Yılmaz, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin...*”, s. 553, 554; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 150; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511, 512.

<sup>679</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 150, 151.

<sup>680</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 142-147; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 469.

<sup>681</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 148-151; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100.

lüzumluluğu kâidesidir.<sup>682</sup> Kusursuz sorumluluk kurumunda kusurlu sorumlulukta olduğu gibi, öyle her karşılaşılan zarar kaderci bir anlayışla ekonomik açıdan zaten zayıf olan mağdurun sırtına yükletilmeyip, yükümlülük ve tazminat ödevinin mezkûr şeyde kâr ve menfaati olan kuvvetliye doğru çevrilmesi geç de olsa hakkaniyete uygun olmuştur.<sup>683</sup> Zira kusursuz sorumlulukta aranan *zarar* ve *uygun illiyet bağı*<sup>684</sup> unsurları kusurlu sorumlulukta aranan *fiil*, *hukuka aykırılık*, *zarar*, *kusur*, *illiyet rabitası* unsurlarına göre, çok daha yalınç ve hakların himayesine çok daha uygundur.<sup>685</sup>

#### 4) Kusursuz Sorumluluk Düşüncesinin Dayanakları

Her geçen gün gelişen ve ilerleyen modern dünyanın çağdaş hukuk sistemlerinde kusur prensibinin kifâyetsizliği neticesinde umum değil, oluşan münferit bazı hukukî olay ve durumlarda söz konusu olabilen kusursuz sorumluluk kurumunun hukukî dayanakları şunlardır:<sup>686</sup>

##### a) Menfaat ve Mazarrat Dengesi Prensibi

“*El-harâcu bi'd- damân*”<sup>687</sup>, “*el-ğurmu bi'l-ğunmi*”<sup>688</sup>, “*bir şeyin nef'î damânı mukabelesindedir*”<sup>689</sup>, “*mazarrat menfaat mukabelesindedir*”<sup>690</sup> ve “*külfet nimete ve nimet külfete göredir*”<sup>691</sup> emsali prensipler ile ifade edilebilen menfaat ve mazarrat denge prensibi bir başka deyişle “*yarar ile zarar arasında bağıllık fikri*”<sup>692</sup> kusursuz sorumluluğun dayanaklarından en önemlisidir. Çünkü bazı durumlarda oluşan zararın

<sup>682</sup> “**El-harâcu bi'd-damân**” bkz. Ebû Dâvûd, “Büyü”, 71; Nesâî, “Büyü”, 15; “bir şeyin nef'î damânı mukabelesindedir” *Mecelle*, md. 85; “mazarrat menfaat mukabelesindedir” *Mecelle*, md. 87; “külfet nimete ve nimet külfete göredir” *Mecelle*, md. 88; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77. Ayrıca İslâm hukukunun hukuk düşüncesine katkıları için bkz. Köse, *a.g.e.*, s. 257-268.

<sup>683</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 95, 96; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85; Yılmaz, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin...*”, s. 553, 554; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43, 44; Yavuz, *a.g.m.*, s. 37.

<sup>684</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 151 vd.

<sup>685</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 101; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 114.

<sup>686</sup> Halûk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 93 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154-157, 194-198; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84, 85; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179, 180; Erdoğan-Atalay, “*Tehlike Sorumluluğu*”, s. 27, 28.

<sup>687</sup> Ebû Dâvûd, “Büyü”, 71; Nesâî, “Büyü”, 15; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77.

<sup>688</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285.

<sup>689</sup> *Mecelle*, md. 85.

<sup>690</sup> *Mecelle*, md. 87.

<sup>691</sup> *Mecelle*, md. 88; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285.

<sup>692</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 93; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 194, 195; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 512.

zaten zayıf ve mağdur olan kişinin sırtına bırakılmayıp, zarara sebep olan eşyadan (bina, hayvan, motorlu araç vb.) yararlanan kişinin kusurlu olmasa dahi mezkûr eşyanın mukadder külfetlerine (risklerine) de katlanması hakkaniyetin bir gereğidir.<sup>693</sup>

### **b) Objektif İhtimam Vazifesi = Genel Özen - Dikkat Gösterme Fikri**

“Hepiniz çobansınız ve her biriniz idaresi altındakilerden sorumludur. (...) (Hâsılı) her biriniz birer çobandır ve elinin altındakilerden mesuldür”<sup>694</sup> nassı, objektif ihtimam, bir başka deyişle genel özen gösterme fikrinin Sünnet’ten sadece bir delilidir.<sup>695</sup>

Meselâ, fabrika, tesis ya da mâliki olunan bir evin *fena yapım* ya da *fena bakım* sebebiyle etrafa zarar verme ihtimalleri her zaman mevcuttur. Bunların mâlikleri - sahipleri de diyebiliriz- başkalarına zarar vermemek için olabildiğince tedbirli ve özenli olmakla yükümlüdürler. Çünkü mezkûr şeylerden istifade ettikleri gibi, aynı zamanda varlıklı kişiler olduğu da aşikârdır. Dolayısıyla kusurlu olmasalar dahi sırf mâlik olmaları ve mezkûr şeylerden kâr ve menfaat temin ettikleri için *zarar ve uygun illiyet* unsurlarının mevcûdiyeti durumunda kusursuz sorumluluk kurumuna göre, oluşan zararı gidermeğe yükümlüdürler. Çünkü eşya mâliklerinin tedbirli, özenli ve ihtimamlı olmaları adaletin bir gereğidir.<sup>696</sup>

Kezâ, pozitif hukukta da yapı mâliklerinin sorumluluğu “*objektif=kusursuz sorumluluk*” kurumu esaslarına göre işleyen bir mesuliyet şeklidir.<sup>697</sup> Yani bina mâliki zararın oluşmaması için gereken bütün dikkat, ihtimam ve özeni göstermiş olduğuna ilişkin *kurtuluş kanıtı* getirirse dahi, başka bir deyişle zararın vuku bulmasında kusursuz

<sup>693</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154, 194, 195; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 463, 467, 563, 587; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Yavuz, *a.g.m.*, s. 37; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 554, 555; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43, 44.

<sup>694</sup> Buhârî, “Cum‘a”, 11; Tirmizî, “Cihâd”, 27.

<sup>695</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154, 195, 196.

<sup>696</sup> Tandoğan, *Türk Mes‘uliyet Hukuku*, s. 94; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 498, 499, 512-527; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Sami Narter, *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 94, 538.

<sup>697</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 84-89; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297, 298, 309; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179, 180, 190; Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 671, 672; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Naimi, *a.g.tz.*, s. 17, 84; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 555, 556.

olduğunu *ispat etse* bile sorumluluktan kurtulamaz.<sup>698</sup> Meselâ, bir mühendise proje çizdirip bütünüyle plâna uygun bir bina yaptıran kişi, mühendisin hesap hatasından dolayı bina çöküyor ve zarara sebebiyet veriyor. Bu hâdisede “*kötü yapım*” bakımından hiçbir kusuru olmamasına rağmen e.BK. 58; BK. 69’a göre bina mâliki oluşan zarardan sorumlu tutulur.<sup>699</sup>

### **c) Egemenlik= Hâkimiyet - Hukukî Alan Fikri**

Kusursuz sorumluluk düşüncesinin bir dayanağı da *egemenlik veya hâkimiyet yahut hukukî alan fikridir*. Bunun açık anlamı şudur: Eğer herhangi bir şey bir şahsın egemenliği altında ise, o şahıs mezkûr eşyanın sebep olacağı zararların tazmininden mesul tutulur. Meselâ, bina mâlikinin de hâkimiyet ve hukukî alanı içinde olan binanın mukadder zararlarından sorumlu tutulması; *kusura dayanmayan (sebepl) sorumluluğunun* fikrî dayanaklarından biridir.<sup>700</sup> Kezâ, durumdan habersiz olan bir şahsa zarar vermek –tuzak- kastıyla şahsına ait olan bahçesine bir kuyu açıp mezkûr şahsı davet etse, bahçe mâliki oluşan zarardan sorumlu tutulur.<sup>701</sup> Çünkü hukukî alan fikri, mâlikin lüzumlu olan bütün emniyet tedbirlerini almasını gerektirir.<sup>702</sup>

### **d) Tehlike Fikri = Tehlike Esası - Risk Sorumluluğu Fikri**

Mâliki olunan mal, eşya veya yapılan işler nedeniyle çeşitli riskler, tehlikeler ve zararlar vuku bulabilir. İka olunan bu zararların da giderilmesi hukukun ve hakkaniyetin bir gereğidir. Hukukta buna *tehlike fikri veya tehlike esası yahut risk sorumluluğu* denir.<sup>703</sup> Tehlike esası ya da risk sorumluluğu fikrine göre, ika olunan bu zararın

<sup>698</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 192; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 88, 89; Naimi, *a.g.tz.*, s. 17; eBK. 58; BK. 69.

<sup>699</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 88, 89; eBK. 58; BK. 69; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 20. B., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2016, s. 372, 373.

<sup>700</sup> Karş. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 598-619; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 156, 157, 196; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 463, 467, 563, 587; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297, 298; Narter, *a.g.e.*, s. 96, 540; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 44; Yavuz, *a.g.m.*, s. 38; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 555, 556.

<sup>701</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VI, 132; VIII, 8; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 244.

<sup>702</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 94; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 115, 116; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526.

<sup>703</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154, 155, 196; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85, 88; Naimi, *a.g.tz.*, s. 18; Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 672, 673; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 576; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297, 309; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179, 180; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 128; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 30; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 322; Yavuz, *a.g.m.*, s. 38; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 555.



sorumlusu mezkûr eşyadan veya işten bir menfaat temin eden kişi olmalıdır.<sup>704</sup> Çünkü “*yarar ile zarar arasında bağıllık fikri*”<sup>705</sup> esasını gerektirir.

### **e) Fedakârlığın Denkleştirilmesi Fikri**

Kusursuz sorumluluk kurumunun dayanaklarından bir diğeri de fedakârlığın denkleştirilmesi fikridir.<sup>706</sup> Bazı hallerde üstün bir çıkar sebebiyle bir şeyin feda edilmesi gerekebilir. Ancak bu fedakârlık fedakârlığın denkleştirilmesi fikrine göre, uygun bir tazminatla telâfi edilmelidir. Çünkü “*hukûken korunan bir varlığa yine hukûken korunan üstün bir çıkar sahibi tarafından yapılan hukuka uygun müdahale dolayısıyla, zarar görenin hukuk düzeninin sağladığı koruma yetkilerinden yararlanmayarak katlandığı fedakârlığın, üstün çıkar sahibi tarafından bir tazminat ödenerek giderilmesi, denkleştirilmesi*”<sup>707</sup> hakkaniyetin bir gereğidir.

Meselâ, pahalı bir inciye yutan bir tavuk –pahalı malı kurtarmak için pahasızını feda etmek- kesilerek feda edilir. Ancak bu hukukî hâdisede –hukukî olay da diyebiliriz- üstün çıkarı olan inci sahibi, kestiği tavuğun bedelini sahibine tazmin etmelidir.<sup>708</sup> Zira İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, ister semâvî olsun ister gayr-i semâvî olsun<sup>709</sup> “*ızturâr gayrın hakkını iptâl etmez.*”<sup>710</sup> Bu gibi durumlarda daha kıymetli olan malın sahibi karşı tarafın zararını tazminden sorumludur.<sup>711</sup>

Kezâ, “*bir mahallede harîk (yangın) vukû‘ bulmakla bir kimse bir hâneyi sahibinin izni olmaksızın yıkıp da orada harîk munkatı‘ oldukda eğer emr-i veliyyü’l-emr (yetki sahibinin emri) ile yıkmış ise zamân lâzım gelmez. Ve eğer hod behod (kendiliğinden) yıkmış ise zâmin olur*”<sup>712</sup> kâidesi de fedakârlığın denkleştirilmesi fikrinin bir neticesidir.

<sup>704</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 333 vd.; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154, 155, 196; Narter, *a.g.e.*, s. 95, 539; Bardakoğlu, “*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın...*”, s. 43-45.

<sup>705</sup> Karş. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 194, 195; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 512; *Mecelle*, md. 85, 87, 88.

<sup>706</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 155, 156, 197; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 389, 390, 426, 464, 468, 485, 564, 603, 624, 637, 638, 747; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 311 vd.; Yavuz, *a.g.m.*, s. 32-35; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 554, 555.

<sup>707</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 155, 156, 197.

<sup>708</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 44; Yazır, *a.g.e.*, II, 56.

<sup>709</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 265, 266; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 101.

<sup>710</sup> Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 16, 17; *Mecelle*, md. 33.

<sup>711</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 44; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 197.

<sup>712</sup> *Mecelle*, md. 919. Detaylı bilgi için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, VII, 380, 381; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 179; Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 226.

Ayrıca, “başkasının arsası üzerinde veya başkasının arsasına tecavüz eden inşaatta inşaat sahibinin arsa mülkiyetinin muhakk (uygun, haklı, doğru) bir tazminat karşılığında kendisine devrini isteyebilmesi” de fedakârlığın denkleştirilmesine ilişkin bir diğer örnektir.<sup>713</sup>

### **f) Hakkaniyet Fikri**

Kişi bazı hal ve durumlarda herhangi bir kusuru olmadan da zarara sebebiyet verebilir. Böylesi durumlarda “kusuru yok ki tazmin sorumluluğu olsun” hükmü, âdil bir çözüm şekli olamaz. Öyleyse bazı hallerde kişi kusuru olmasa bile giderimle yükümlü tutulmalıdır. Zira hakkaniyetli olan çözüm bu çözümdür ki, kusursuz sorumluluk kurumunun önemli dayanaklarından hakkaniyet fikrinin esası da bu düşüncedir.<sup>714</sup> İslâm sorumluluk hukukunda *kusurlu sorumluluktan*<sup>715</sup> başka bir de *kusursuz sorumluluk yani sebep ilkesinin* benimsenmiş olması bu fikrî esasa müstenittir.<sup>716</sup>

### **g) Hukuka Aykırılık Fikri**

Hukuka aykırılık fikri de kusursuz sorumluluk kurumunun önemli dayanaklarından bir diğeridir.<sup>717</sup> İslâm hukukunda tesebbüp yoluyla verilen zararlarda mütesebbibin fiilinin hukuka aykırı olması şarttır. Şayet mütesebbibin fiili hukuka aykırı değilse tazminden sorumlu tutulamaz.<sup>718</sup> Çünkü İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, “*mütesebbib müte‘ammid olmadıkça zâmin olmaz.*”<sup>719</sup> Meselâ, yetkili makamın izni olmadan başkasının mülküne veya hususî bir yol (tarîk-i hâss) üzerine bırakılan taş, enkaz veya açılan kuyu gibi şeyler, bir insan ya da hayvanın

<sup>713</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 155. Taşkın inşaat için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, 5. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s. 435 vd.; Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 133-137; Yusuf Ziya Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, 4.B., Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1977, s. 224- 226; TMK. 725.

<sup>714</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 94; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85, 86; Naimi, *a.g.tz.*, s. 17; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 122; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 671, 673 vd., 1189; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 345, 463, 468, 563, 598, 619, 620; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179, 180; Narter, *a.g.e.*, s. 95, 539; Yavuz, *a.g.m.*, s. 38; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 554.

<sup>715</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 482-511; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 158-167.

<sup>716</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 511-527; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 63-138, 167-198.

<sup>717</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 94; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 157, 198; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 671; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 561, 568, 627, 686; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110.

<sup>718</sup> Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 85, 86, 157, 198.

<sup>719</sup> *Mecelle*, md. 93.

telefîne sebep olsa nefsin diyeti, hayvanın ise kıymetinin tazmini gerekir. Çünkü ortada hukuka aykırı olan bir durum mevcuttur.<sup>720</sup> Ayrıca fukahâ hafriyat ve çukur hususunda müte‘addî ve müferridin yani yeterince tedbir almayan tessebbüben itlâftan mesul olup tazminle mükellef olduklarına ilişkin müttefiktirler.<sup>721</sup>

Fakat bir kimsenin kendi mülkünde kazdığı kuyuya insan veya bir hayvan düşse yahut mülkü olan duvarı üzerine hukukî sınırlar kapsamında koyduğu ağaç yahut başka bir şey düşerek birisine zarar verse tazmin sorumlusu olmaz. Çünkü mâlikin fiili; *hukuka uygun* olup hâdisede *hukuka aykırılık (te‘addî) yoktur*. Olayda sadece mâlikin mülkünde tasarrufu söz konusudur.<sup>722</sup> Sorumluluk ancak “mülkiyet sınırlarını aşma hallerinde”<sup>723</sup> sözkonusu olur. Böyle durumlarda da hukuk sistemlerinde mülkiyetin takyidi (sınırlandırılması)<sup>724</sup> ve icbar devreye girer.<sup>725</sup>

#### **h) Anormallik Fikri**

Anormal durumlarda sorumlu olması gereken şahıs böyle hâllerin vuku bulmasına sebep olan kişi olmalıdır. Bu kişi bir hayvan tutucusu –bulunduran da diyebiliriz- olabileceği gibi, bir bina mâliki de olabilir. Çünkü normal olanın dışına

<sup>720</sup> Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 109, 110; İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, s. 157; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 7; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Sâbık, *Fıkhü’s-Sünne*, II, 492; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 167-171.

<sup>721</sup> Bkz. ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 170.

<sup>722</sup> Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427; Hıcvî, *el-İknâ’*, IV, 200; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 176, 177; Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebîr*, IV, 244; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VI, 132; VIII, 8; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 384.

<sup>723</sup> “Mülkiyet sınırlarını aşma halinde” diyoruz; çünkü oluğun duvar üstündeki kısmı düşer de birini öldürürse tazminat gerekmez. Çünkü yapı mâliki olayda mütecâviz değildir. Zira oluğun dâhildeki kısmı kendi mülküne konulmuştur. Fakat oluğun yola uzanan tarafı düşer de birine veya bir mala zarar verirse zararın tazmini gerekir. Çünkü yapı mâliki haksız bir fiil ile mütecâviz olmuştur. Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; İbn ‘Abidîn, *Reddû’l-Muhtâr*, VI, 594.

<sup>724</sup> Karş. Kişi tasarruflarında hür ise de bazı hallerde icbar sözkonusu olur. Meselâ, başkasına ait olan veya müşterek bir alanın hava boşluğundan intifâ‘ (yararlanmak) kimsenin hakkı değildir. Bkz. Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 127, 128; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, VII, 5791; Emîn, *el-Mes‘ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 222; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172 vd.; Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, s. 1-479; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 1-235.

<sup>725</sup> İslâm hukukunda herkes mülkünü dilediği gibi kullanır. Ancak mülkiyet hakkı kullanılırken kimse komşusuna fâhiş bir zarar veremez. Zarar-ı fâhiş de mülkü kullanmaya mani olan şeyler demektir. Meselâ, binanın zayıflayıp mukavemetini kaybetmesi veya yıkılmasına sebep olan zararlar fâhiş zararlardır. Demirci dükkânının veya değirmenin bitişikteki binayı sarsması, fırının dumanı, yağhânenin pis kokusu, harman tozunun bitişikteki eve oturulamayacak kadar zarar veriyorsa, değirmenin ya da bostanın su arki evin temel veya duvarlarını gevşetiyorsa, ihdas edilen çöplük bitişik evin duvarını çürütüyorsa, harmanyerine bitişik olarak inşa edilen yüksek bina harmanın rüzgârını kesiyorsa, inşa edilen duvar bir evin ışığını tamamen kesiyorsa, manifaturacı dükkânının yanındaki lokantanın koku ve dumanı kumaşlara zarar veriyorsa, lâğım ve kanalizasyon sızıntısından komşunun duvarı zarar görüyorsa sonra yapılanlar zarar-ı fâhiş olup, men edilirler. Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 167-182; Ekinci, *a.g.e.*, s. 482, 483.

çıkılmasında onun bir etkisi olduğu gibi, zarara sebebiyet veren şeyde menfaati olduğu ise kesindir.<sup>726</sup> Çünkü hukukta normal olan durum şahsın *mâliki olduğu eşyaya* sahip çıkması, fena yapımdan kaçınması, bakım ve onarımı ile ilgilenmesi ve olası zararlarının önüne geçme özenini göstermesidir.<sup>727</sup> İşte bu sebeptir ki, özen vazifesinin ihmali *anormallik fikrinin* esasını oluşturur.<sup>728</sup>



---

<sup>726</sup> Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 157; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 586-618.

<sup>727</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 179, 180; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 126, 128.

<sup>728</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 94.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İSLÂM HUKUKUNDA YAPI MÂLİKLERİNİN SORUMLULUĞU

#### I. YAPI KAVRAMININ TANIMI VE KAPSAMI

Tam bir tarifin (hadd-i tâmm)<sup>1</sup> efrâdını câmi‘, ağıyarını mâni‘ olması gerektiği gibi<sup>2</sup>, bilimsel bir araştırmanın da sınırları iyi tayin ve tespit edilmelidir. Dolayısı ile “yapı/bina” kavramı ve şümulü/kapsamı öncelikle etraflı bir şekilde vuzuha kavuşturulmalıdır.

#### A) YAPI KAVRAMININ TANIMI

eBK. nun 58’inci (BK. 69) maddesine göre, “*bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin mâliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan, bakımsızlığından dolayı mesul olur.*” Yani yapı mâliki “yapılış hatasından” veya “muhafazadaki kusur veya bakım eksikliğinden” ileri gelen zararlardan sorumlu tutulur.<sup>3</sup> Görüldüğü gibi, BK. nun bu maddesinin içerdiği dört önemli unsurdan biri “bina (yapı)” kavramıdır. Bu durumda hukuk literatüründe mezkûr kavramın tanımı, şümulü/kapsamı nedir?

Türk hukuk bilimci Kemal Fikret Arık’ın da (ö. 1965) benimsediği bir tarife göre bina, “*herhangi bir ihtiyaç için çevrilmiş, üstü az veya çok örtülü, toprağa bağlı bir mekân parçası demektir. Ev, apartman, samanlık, ambar, silo... gibi şeyler bina kapsamına girer. Ayrıca balkonlar, kalorifer boruları ve kazanları mütemmim cüzler*

<sup>1</sup> **Hadd**, bir şeyi mahiyeti ile tarif etmektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 166.

<sup>2</sup> Bkz. Emiroğlu, *Klâsik Mantığa Giriş*, s. 87, 88; Türker, “*Tarif*”, *DİA*, c. XL, s. 28.

<sup>3</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92, 93; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145, 146; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 190, 191; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 365-367.

(teferruât=eklentiler)<sup>4</sup> de bina kapsamındadır. Ancak, otelin mobilyası gibi teferruât bina kapsamına girmez.”<sup>5</sup>

İsviçreli hukuk bilimci Karl Oftinger’in tanımlamasına göre ise, “insan emeği ile yaratılan -bize göre yapılan- ve toprağa bağlı olan her şey yapıdır.”<sup>6</sup> Oftinger’in bu tanımı iki mühim esası kapsamaktadır:

## B) YAPI KAVRAMININ KAPSAMI

İsviçreli hukuk bilimci Karl Oftinger’in tanımlamasına göre ise, “insan emeği ile yaratılan -bize göre yapılan- ve toprağa bağlı olan her şey yapıdır.”<sup>7</sup> Oftinger’in bu tanımı iki mühim esası kapsamaktadır:

### 1) Sabitlik ve Toprağa Bağlılık Esası

Bir şeyin “yapı” sayılabilmesi için onun esaslı bir şekilde toprağa bağlı olması lâzımdır. Bu esasa göre iş makinesi, araba, silâh, mobilya gibi sabit olmayan, hareketli olan eşyalar yapı kapsamında değildir.<sup>8</sup>

Türk hukuk bilimci Halûk Tandoğan’a (ö. 1988) göre, “arza bağlılık doğrudan doğruya (bir köprü, telefon, elektrik direkleri, havagazı borusu, tramvay ve demiryolu rayları gibi) yahut dolayısıyla (bir bina içindeki buhar kazanı gibi) olabilir. Nisbî bir sabitlik kâfidir; ezcümle sonradan kaldırılmak üzere kurulan bir inşaat iskelesi, inşaat barakası, icabında kaldırılabilen bir su borusu, sabit harman makinesi, teleferik, bayram için kurulan tribünler, bir malzeme yığını, taşınabilir bir vinç inşaa eseri sayılır. ...Ayrıca asansörün müteharrik olması onun inşaa eseri olmasına mani değildir.”<sup>9</sup>

<sup>4</sup> **Mütemmim cüz=teferruât=ekleniti**, sözlükte bütünleyici, tamamlayıcı parça demek olup, mahallî örfе göre bir şeyin esaslı unsurunu oluşturan ve o şey itlâf veya tağyîr olmadıkça ondan ayrılması imkânsız olan cüzler demektir (gözlüğün camı, evin merdiveni gibi) (TMK. 619/684). Mecelle md. 232’de mütemmim cüz yerine “tevâbi-i muttasıla-i müstakirre” ifadesi kullanılmıştır. Karş. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 439, 557. Kavram için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 185, 496, 647, 648; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 112; Tüzel, *Hukuk Başlangıcı*, s. 129; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 527. Ayrıca İslâm hukukunda balkon, pencere kanadı, pencere kafesi, sundurma, gölgelik, klima, çanak antenler, oluk, çatılarda yapılan küçük pencereler, cumba, süs ve dekor amaçlı eklentiler vb. şeyler için bkz. ‘Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 179 vd. İlâveten bina eklentilerinin (mulhakât) sorumluluğu için bkz. Emîn, *el-Mes’uliyetü’t-Taksiriyye*, s. 221 vd.

<sup>5</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 112.

<sup>6</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 95.

<sup>7</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 95.

<sup>8</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 95, 96; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 310; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 367, 368; Kurt, *a.g.m.*, s. 174, 175.

<sup>9</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 187.

Hâsılı, somut bir örnekle ifade edecek olursak emzik veya biberonun yapım hatasından zarar gören bebek hâdiseleri tezimizin kapsamı dışındadır. Fakat balkon korkuluk demirlerinin standartların altında yapılmasından dolayı zarar gören bebek hadisesleri<sup>10</sup> veya başına cam-pencere düşen insan haberleri<sup>11</sup> ya da metruk bina olayları<sup>12</sup> ise konumuz dâhilindedirler.

## 2) İnsan Emeğinin Sonucu (Sun 'i) Olma Esası

Bir şeyin “yapı” sayılabilmesi için, onun insan emeğiyle yapılmış, değiştirilmiş, hazırlanmış veya düzenlenmiş olması gerekir. Bu esasa göre sun 'i olmayan, mağaralar, kayalar, ağaçlar, nehirler, koylar gibi doğal şeyler yapı sayılmazlar.<sup>13</sup> Ancak, eğer bunlar insan emeğinin sonucu meydana gelmişlerse -sun 'i iseler- yapı sayılırlar. Meselâ, barajlar, kanallar, çukurlar, yüzme havuzları ile kayak pistleri gibi insan emeği sonucu meydana gelen şeyler yapı kapsamındadırlar.<sup>14</sup>

eBK. nun 58'inci (BK. 69) maddesinde geçen “imal olunan şey” (ouvrage) tabir ile de gerek ihdas ettiği tehlikeler açısından ve gerekse arz ettiği özellikler bakımından uzaktan dahi olsa binaya benzeyen veya ona kıyas edilebilen şeyler kastedilmektedir. Bu anlamda binaya en çok benzeyen şeylerden bazıları şunlardır:

a) Yere sağlam bir şekilde monte edilen köprüler, kanallar, suyolları, yollar, meydanlar, telefon direkleri, elektrik direkleri ve sabit bayrak direkleri<sup>15</sup>, reklâm kulübeleri, malzeme yığınları, duvara gömülü borular, yapay çukurlar, cumba, trafiğe engel olacak şekilde dikilen ağaç ve çit<sup>16</sup> gibi şeyler de bina kapsamındadırlar.

<sup>10</sup>[http://www.ensonhaber.com/kocaelide-kafasi-balkona-sikisan-bebegi-itfaiye-kurtardi-2017-02-18.html/\(01.03.2017\);](http://www.ensonhaber.com/kocaelide-kafasi-balkona-sikisan-bebegi-itfaiye-kurtardi-2017-02-18.html/(01.03.2017);) [http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/\(01.03.2017\).](http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/(01.03.2017).)

<sup>11</sup> [http://www.haberturk.com/gundem/haber/1394136-eskisehirde-basina-pencere-dusen-gamze-kara-agir-yaralandi/\(01.03.2017\).](http://www.haberturk.com/gundem/haber/1394136-eskisehirde-basina-pencere-dusen-gamze-kara-agir-yaralandi/(01.03.2017).)

<sup>12</sup>[http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/\(01.03.2017\);](http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/(01.03.2017);) [http://www.ntv.com.tr/turkiye/metruk-binanin-duvari-park-halindeki-araclarin-uzerine-yikildi,ScRQW3e5U-mRnpJR3DSog/\(01.03.2017\).](http://www.ntv.com.tr/turkiye/metruk-binanin-duvari-park-halindeki-araclarin-uzerine-yikildi,ScRQW3e5U-mRnpJR3DSog/(01.03.2017).)

<sup>13</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 189; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 311; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 112, 113.

<sup>14</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 189; Kurt, *a.g.m.*, s. 174.

<sup>15</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 612, 613; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 186, 187. Toksik/zehirli madde bulunan bir telgraf direğini yalayan sürü hayvanlarının ölmesi sebebiyle imalatçının “imal olunan şey” (ouvrage) bağlamında sorumlu tutulacağına ilişkin bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 93. Kezâ, bir at zehirli boya ile boyanmış olan demir parmaklıkları yalıyarak ölse, bina mâliki sorumlu olur. Bkz Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 191.

<sup>16</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 189, 190.

b) Esaslı bir şekilde yere monte edilmemekle beraber; bir yere sabitlenmiş inşaat iskeleleri ve barakalar da birer yapıdır. Ancak otomobil gibi hareket edebilen şeyler ise hareket *halinde iken* bina kapsamında sayılmazlarken<sup>17</sup>; Oftinger, Eren, Feyzioğlu, Erten, Saymen, Elbir, Tunçomağ gibi hukukçulara göre ise, hareket etmedikleri zamanlarda nisbî bir sabitlikleri sözkonusu olup birer yapı eseri sayılabileceklerini savunurlar. Yine de bu husus doktrinde çokça tartışılmaya devam etmektedir.<sup>18</sup>

c) Binalar: Canlı veya cansız şeyleri barındırmak için insan eliyle yapılan bütün inşaatlar bina hükmündedir. Binaların mütemmim cüzleri (teferruât=eklenti) olan bodrum, banyo, balkon, çatı, merdiven, asansör de yapı sayılırlar.<sup>19</sup>

d) Yargıtay'ın içtihadına göre, açılmış kuyular, çukurlar, maden ocakları, insan eli ile dikilmiş olan ağaçlar, yapılmış kanallar, plâjlar, tüneller de imal ve inşa olunan şey kapsamındadırlar. Ancak doğal olarak var olan ağaçlar, çukurlar, kayalar, akarsular, dereler ve şelâleler “imal olunan şey” kapsamı dışındadırlar.<sup>20</sup>

Hâsılı, Türk hukuk bilimci Aydın Aybay'a göre ise, “*imal olunan şeyden maksat, toprağın altında veya üstünde vücuda getirilen, yol, köprü, tünel, iskele, direk gibi sabit tesislerdir. Bunlar da eBK. nun 58'inci (BK. 69'daki sorumluluk esası yönünden bina hükmüne tâbi olurlar. Kısaca “bina” denince, ev, apartman, ahır, ağıl, v.b. her çeşit sabit yapı ve inşaat anlaşılır.*”<sup>21</sup>

Türk Borçlar Hukuku'nda bahis konusu olan bina, yapı ve imal olunan şey kavramı hakkında yaptığımız etraflı araştırma neticesinde her iki hukuk sistemi arasında benzerliklerin var olduğunu gördük. Nitekim İslâm hukukunda da duvar (hâit)<sup>22</sup>, kuyu, çukur (hufr, hâfire)<sup>23</sup>, duvara yerleştirilen basamak, oturak veya mola taşı (salâye)<sup>24</sup>, gölgelik, pencere, pencere kafesi, pencere kanatları, balkon, cumba, sundurma, şahniş,

<sup>17</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 612, 613; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96.

<sup>18</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 29, 30.

<sup>19</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 96.

<sup>20</sup> Bkz. Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 113; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 189.

<sup>21</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 89.

<sup>22</sup> Sakafî, *Kitâbu'l-Hitân*, s. 1-208; Kudûri, *el-Muhtasar*, s. 151; Haddâdî, *Cevhere*, II, 179, 180; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119; Muvâfi, *ez-Zararu fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 355 vd.

<sup>23</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 100; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 161; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 244; Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 492; Behnesî, *el-Mes'uliyetü'l-Cinâiyye*, s. 58- 61.

<sup>24</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190.



çıkma, oluk, hatıl kirişi<sup>25</sup>, köprü<sup>26</sup>, yapay nehir<sup>27</sup>, dikilen ağacın dal ve köklerinden oluşacak olan zarar örnekleri (komşu bahçeye sarkma, gölgeleme veya değirmen oluşunu tıkama) ve bu zararların giderimi<sup>28</sup> bina, yapı ve imal olunan şey (ouvrage) konusunda mevcut benzerliklerden sadece bazılarıdır.

## II. YAPI MÂLİKLERİ KAVRAMI

Sorumluluk hukuku bağlamında ortaya çıkan zararın gideriminden kimin veya kimlerin mesul tutulacağı meselesi açısından “yapı mâlikleri” kavramı ve kapsamı öncelikle vuzuha kavuşturulmalıdır.

### A) YAPI MÂLİKLERİ KAVRAMININ TANIMI VE KAPSAMI

Sorumluluk hukuku açısından yapı veya imal olunan şeyin bir mâlîkinin olması şarttır. Yani yapı veya imal olunan şey üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişi ya da kişiler bulunmalıdır (müstakil mülkiyet, müşterek=paylı mülkiyet). İslâm hukukunda “kendisine ikaz ve uyarı (tekaddüm) yapılacak olan kişinin yıkılmaya yüz tutmuş olan (mâil-i inhidâm) duvarı veya yapıyı kânûnen yıkmaya izinli ve yetkili olmalıdır” kaziyyesinin açık anlamı da zaten budur. Binaenaleyh bir bina veya yapının kiracısına, ödünç alıcısına, emanetçisine ve rehin alıcısına yapılacak olan herhangi bir tekaddüm hukûken geçerli değildir. Çünkü mezkûr kişiler yıkılmaya yüz tutmuş olan duvarı yıkmaya tasarruf ve yetkisine mâlîk olmadıkları için yapı mâlîki kapsamında sayılmazlar.<sup>29</sup> Çünkü İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, “lâ yecûzu li ehadin en yetesarrafe fi

<sup>25</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 570, 571, 588, 612, 613; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 6-14; 14-22; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177; Halebî, *Mültekâ*, s. 474; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 184, 185; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 60, 61; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 227, 232, 233.

<sup>26</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 22, 23; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 540; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 178, 179; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 44, 45.

<sup>27</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219.

<sup>28</sup> Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 168-181.

<sup>29</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128,129; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 47; Haddâdî, *Cevhere*, II, 179; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 475, 476; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 599, 600; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 180; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5794, 5795; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 227; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 175.

*milki'l-gayri illâ bi-iznihi.*”<sup>30</sup> Yani hiçbir kimsenin başkasının malında sahibinin izni olmadan tasarrufta bulunması câiz değildir.

Yapı mâlikleri kavramı ve kapsamı konusunda İslâm hukukunun bu hükmü ile eBK. 58’inci maddesi arasında bir benzerlik mevcut iken<sup>31</sup>, yeni BK. 69’uncu maddesi<sup>32</sup> ile bu durum “*intifâ‘ ve oturma (süknâ) hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden, doğan zararlardan, mâlikleri ile birlikte müteselsilen sorumludurlar*” hükmü ile değişmiş oldu.<sup>33</sup>

Ayrıca hem İslâm hukuku<sup>34</sup> hem de Borçlar hukukuna göre, birden çok kimse müşterek mâlik konumunda olabilir.<sup>35</sup> Böylesi bir durumda Borçlar hukukuna göre, müşterek mâliklerin oluşan zarardan sorumlulukları binadaki hisseleri nispetinde olur.<sup>36</sup> İslâm hukukuna göre ise, müşterek (paylı) mülkiyette mâliklerin sorumluluk oranları konusunda fakihlerin farklı görüşleri vardır.<sup>37</sup> Bu durumu “tazminat” kısmında etraflıca ele alacağız.

Yapı mâlikleri kavramı ve kapsamı hususunda bir diğer önemli husus ise, *hükmi şahısların*<sup>38</sup> yapı mâliki ve dolayısı ile tazmin sorumlusu olup olamayacakları

<sup>30</sup> Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 73.

<sup>31</sup> eBK. 58’e göre, irtifak hakkı sahibi olan kişi binanın zilyedi olmasına rağmen sorumlu değildir. Kiracı da mesul tutulamaz. Bkz. Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 185; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 113, 114; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 147.

<sup>32</sup> BK. nun 69’uncu maddesi: “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin mâliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifâ‘ ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, mâlikle birlikte müteselsilen sorumludurlar. Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu‘ hakkı saklıdır.” Detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 191.

<sup>33</sup> 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı (yeni) Borçlar Kanunu’nun 69’uncu maddesine göre, bir binanın veya diğer bir yapı eserinin hem mâliki hem de intifâ‘ ya da oturma (süknâ) hakkı sahibi olan kişileri, binanın veya diğer bir yapı eserinin yapımındaki bozukluklardan veya bakımlarındaki eksikliklerden doğan zararları gidermekle yükümlüdürler. Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 368 vd.; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 161, 162.

<sup>34</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423, 425, 426; Mevslî, *el-İhtiyâr*, V, 45; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 184; Yenişehirli, *Behçetü‘l-Fetâvâ*, s. 595; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 51.

<sup>35</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 619-624; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114, 128, Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 92, 93; Naimi, *a.g.tz.*, s. 56-60.

<sup>36</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 92, 93; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 692; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 594; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 192.

<sup>37</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543, 544; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 425, 426; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405, 406; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 181, 185; İbn ‘Âbidîn, *Reddû‘l-Muhtâr*, VI, 601.

<sup>38</sup> **Hükmi şahıs=tüzel kişi=kamu tüzel kişi**, karşıtı gerçek kişi demek olup, dernek, şirket gibi bağımsız bir hukukî varlığı olan insan veya mal topluluğunu ifade eder. Tüzel kişiler gerçek kişilerin sahip oldukları bütün hak ve yetkilere sahip olup borç altına girebilirler. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 291, 366, 367, 670; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 207, 584; Naimi, *a.g.tz.*, s. 41-43, 60-62.

meselesidir. Bu durum Türk Borçlar Hukuku'nda ele alındığı gibi<sup>39</sup>, İslâm hukuku külliyatında da kazuistik bir metotla etraflı bir şekilde ele alınıp incelenmiştir.<sup>40</sup> Meselâ, mescide asılan kandilin, serilen hasır ve çakılın sebep olduğu zararın tazmini konusu İslâm hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Ebû Hanîfe'ye göre, muayyen bir kabileye ait olan bir mescide aynı kabile fertlerinden birisi kandil asar veya hasır serer ya da çakıl serer ve bunlar birinin ölümüne sebep olursa, mezkûr kişi tazmin sorumlusu olmaz. Fakat ilgili kişi aynı kabileden değilse, oluşan zararı tazminle yükümlü tutulur. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre, böylesi bir durumda ölüme sebebiyet veren kişi ister aynı kabileden olsun ister olmasın tazmin sorumlusu olmaz. Çünkü bu tür işler hayır, hasenât ve sadaka kabili işlerden olup, herkes tarafından özgürce yapılabilir. Dolayısı ile zarar vermemek şartı ile kayıtlandırılmaz. Ebû Hanîfe her iki durumun farkını şöylece izah eder: İmam tayini, müteveli seçimi, mescidi açıp kapatma, hatta daha önce başkaları cemaatle namaz kılmışlarsa tekrar cemaatle namaz kılmak gibi, mâ'bete ilişkin işleri yürütmek bu kabileye aittir. Böylece kendi yaptıkları işler, mutlak olarak mübâh ve başkasına zarar vermemekle kayıtlı değilken, başkalarının bu mescitteki tasarrufları, ya suç ya da başkasına zarar vermemekle yani *selâmet şartıyla kayıtlanmış* birer mübâh eylemlerdir. Kaldı ki adab ve kuralına uyulmaması halinde hayır, hasenât ve sadaka teşebbüsü şer'î cezaya mani değildir. Doğrusu hayır, hasenât ve sadaka işlerine ya da kamu yararına (maslahât) yönelik teşebbüsün adab ve kuralı, ilgili kabile ya da topluluktan müsaade almaktır.<sup>41</sup>

Şâfî mezhebine göre de eğer bir kişi işlek bir yolda bir mescit inşa etse bakılır: Eğer yolun darlığından veya mescidin büyükçe inşa edilmesinden dolayı gelip geçenler zarar görüyorsa bânî telef olan şeyleri tazminle yükümlüdür. Eğer yetkili makamın izni ile inşa etmiş ise, oluşan zararı tazminle sorumlu tutulamaz. Fakat yetkili makamın izni ve müsaadesi yoksa tazminat hususunda iki durum söz konusu olur: Evvelâ mescit inşası umum maslahattan ve kamu yararına olan bir fiildir. Eğer mescide astığı kandil

<sup>39</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114; Naimi, *a.g.tz.*, s. 41-43, 60, 61; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145, 146.

<sup>40</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 589, 590; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 375; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 23-26; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 540, 541; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 423, 424; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 44, 45; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 355; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 59-61.

<sup>41</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 589, 590; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 23-26; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 540, 541; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 423, 424; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 355; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 181, 182; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 44, 45; Behnesî, *Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 59-61.

bir insanın üzerine düşer de ölümüne sebep olursa ya da mescide serdiği halı birinin ölümüne sebep olursa bu durumda da yetkili makamın izni varsa tazmin sorumluluğu yoktur. Yok, eğer yetkili makamın izni ve müsaadesi yoksa hukuka aykırı olan bu fiili ile tazmin sorumlusu olur. Bazı Şâfiî uleması bu konuda tek hüküm vererek şöyle demişlerdir: Böylesi durumlar çok yaygın olduğu için yetkili makamın izni ister olsun ister olmasın tazmin sorumluluğu doğurmaz.<sup>42</sup>

Türk pozitif hukukunda da *hükmi şahıslar* yani *kamu tüzel kişiler* (belediye, il özel idaresi, köy, dernek, vakıf, sendika, şirket vs.) de yapı mülki konumunda olabilirler. Ve mülki oldukları binaların yapım bozukluğu ve bakım noksanından kaynaklanan zararların tazmininden sorumlu olurlar.<sup>43</sup> Meselâ, doğu bölgesinde vakti ile bölgenin coğrafik şartları iyice araştırılmadan inşa edilen bir sınır karakoluna çıkış düşmesi hâdisesinde şehit olan bir asker hususunda idare, yapı mülklerinin kusursuz sorumluluğu kapsamında suçlu bulunmuş ve idarenin tazminat sorumluluğuna hükmedilmiştir.<sup>44</sup>

## B) YAPI MÜLKLERİNİN ÖZEN VE KUSURSUZ SORUMLULUĞU

Şâri‘ Teâlâ (Kanun Koyucu) genel anlamda mükelleflerden her türlü işlerinde dürüst olmalarını ve işlerini en güzel bir şekilde yapmalarını ister.<sup>45</sup> Böylesi kullarını da ziyade sevdiğini<sup>46</sup>, onlarla beraber olacağını, onları yalnız bırakmayacağını<sup>47</sup>, onların hiçbir güzel fiillerini karşılıksız bırakmayacağını<sup>48</sup> ve de ziyadesiyle mükâfatlandıracağını<sup>49</sup> buyurmaktadır. Bunun da terâhîsiz, fevren (hemen=derhal) olmasını işaret buyurur. Nitekim Hz. Mûsâ ile Hz. Hızır’ın (a.s) bir yolculuklarında yıkılmaya yüz tutmuş olan bir duvarı kendilerini misafir etmeyecek kadar kaba ve

<sup>42</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 375.

<sup>43</sup> Karş. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 615; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 198-202; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114. Doktrinde fena yapım ve bakım noksanı dolayısı ile kamu tüzel kişilerinin eBK. md. 58 (BK. 69) kapsamında mesul olup olamayacağı konusunda aksi görüş için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 41-43; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145, 146. Ayrıca kamu malı (devlet malı, hazine malı, idare malı, amme malı) addedilen camilerin yıkılmasından dolayı vuku bulacak olan zararların tazmini ise, TBK. 69 (eBK. md. 58) hükmünün uygulama alanına girmez. Aksine bu nevi uyumsuzluklar idare mahkemesinin görev alanına girer. Bkz. Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 146; Naimi, *a.g.tz.*, s. 42, 60, 61.

<sup>44</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 61.

<sup>45</sup> Bkz. Bakara, 2/195.

<sup>46</sup> Bkz. Âl-i ‘İmrân, 3/134, 148; Mâide, 5/13, 93.

<sup>47</sup> Bkz. ‘Ankebût, 29/69.

<sup>48</sup> Bkz. Tevbe, 9/120; Hûd, 11/115.

<sup>49</sup> Bkz. Mâide, 5/85; En‘âm, 6/84.

hürmetsiz olan bir köy ahalisi için bilge kul Hızır'ın hiçbir ücret almadan derhal tamir edip doğrultuvermesi dikkatlere sunulmaktadır.<sup>50</sup>

Bunlara ek olarak iman ve ahlâk konularında kınanan Hz. Hûd'un - 'Âd- kavmi<sup>51</sup> ile Hz. Sâlih'in -Semûd- kavimlerinin<sup>52</sup> “*temelli kalacağınızı umarak sağlam yapılar mı ediniyorsunuz?*”<sup>53</sup> âyeti ile “*dağlardan ustaca evler yontup yapıyorsunuz*”<sup>54</sup> âyetinde geçen “fârihîn” (=hâzikîn) kelimesi onların ustaca binalar inşa ettiklerinden sitem ve sitayiş ile bahsedilmesi özen sorumluluğu açısından son derece düşündürücüdür.<sup>55</sup>

Hz. Peygamber (s.a.v) de kişilerin ifa ettikleri işlerinde özene riayet etmelerini buyurmaktadır: “*Allah, sizden birinizin yaptığı işi, ameli ve görevi sağlam ve iyi yapmasından hoşnut olur.*”<sup>56</sup> “*İşini güzel yapan işçiyi Cenâb-ı Allah sever.*”<sup>57</sup> “*Müslüman, insanların elinden ve dilinden emin olduğu kimsedir.*”<sup>58</sup> “*...İhsân da, Allah'ı görüyormuş gibi ibadet etmendir. Her ne kadar sen O'nu görmüyorsan da şüphesiz O seni görmektedir.*”<sup>59</sup>

Mezkûr naslardan ve “*şüphesiz Allah yaptıklarınızı görendir*<sup>60</sup>, *işitendir*<sup>61</sup>, *bilendir*”<sup>62</sup> ikazının Kitap'ta sıklıkla tekrarlanmasından da anlaşılacağı üzere, İslâm her bir ferdin vicdanında “*manevî yapı denetim görevlilerini*”<sup>63</sup> hazır tutmaktadır.

<sup>50</sup> Bkz. Kehf, 18/77. Bu tarihî hâdise için bkz. Ömer Ziyâüddin Dâğıstânî, *Kitâb-u Zübdetü'l-Buhârî, Dâru'l-Kütübi'l-'Arabiyye el-Kübrâ*, Mısır, 1330/1917, Hadis No: 78, s. 15-17. Ayrıca ıslâh, salâh, fesâd, muslih, muslihîn, bağı, muhsin ve muhsinîn, gibi bazı kavramları içeren âyetlerden ahkâmı telefîl-emvâl ve özen sorumluluğu konusunda yapılan bazı çıkarımlar için bkz. 'Gütaymil, a.g.tz., s. 3, 49, 88, 324, 468, 481, 698, 714; Dumlu, a.g.e., s. 1-154.

<sup>51</sup> Bkz. Şu'arâ, 26/123-140.

<sup>52</sup> Bkz. Şu'arâ, 26/141-159.

<sup>53</sup> Bkz. Şu'arâ, 26/129.

<sup>54</sup> Bkz. Şu'arâ, 26/149.

<sup>55</sup> Bkz. Celâleddin Mahallî, Celâleddin Süyûtî, *Tefsîrü'l-Celâleyn*, II, 80; Heyet, *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Açıklamalı Meâli*, Heyet, Medine, 1412/1992, s. 372.

<sup>56</sup> Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed, *el-Mu'cemü'l-Evsat*, I-IX, (thk. Tarik b. 'Abdillâh b. Muhammed, 'Abdü'l-Muhsin b. İbrâhîm el-Hüseynî), Kâhire, Dâru'l-Harameyn, 1415/1994, I, 275; Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin b. 'Ali, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, (thk. Muhammed 'Abdülkadir 'Atâ), I- XI, Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1414/1994, IV, 334.

<sup>57</sup> Hâşimî, *Muhtârü'l-Ehâdis*, Hadis No:1383.

<sup>58</sup> Tirmizî, “İmân”, 12; Nesâî, “İmân”, 8.

<sup>59</sup> Buhârî, “İmân”, 37; Müslim, “İmân”, 1.

<sup>60</sup> Hucurât, 49/18.

<sup>61</sup> Lokmân, 31/28.

<sup>62</sup> 'Ankebût, 29/45.

<sup>63</sup> İnfîtâr, 82/10-12.

Bina mâliklerinin özen sorumluluğuna gelince, onların da ıslâhı, ihsânı özendirip fesâttan sakındıran mezkûr nassların ihtiva ettiği hükümlerin gereğinden (mûceb=muktezâ=medlûl) muaf tutulamayacağı gayet açıktır. Nitekim Cibrîl hadisinde iman ve İslâm esasları yanında, *ihsan denetimine*<sup>64</sup> de işaret buyurulmaktadır.

Özellikle İslâm tarihinde geçen şu hâdise de özen sorumluluğuna işaret eder. Mezkûr tarihî olay şöyle gerçekleşmişti: Benû Şeybe kabilesi Kâbe'nin işlerini tedbirle görevliyken Hz. Peygamber (s.a.v), Mekke'nin fethi günü (20 Ramazan 8 h. /11 Ocak 630 m.) Beytullah'ın anahtarlarını onlardan geri alınca, “*Allah, size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emrediyor...*”<sup>65</sup> âyeti iniverdi. Bu âyet, Kâbe'nin anahtarlarının Benû Şeybe kabilesine iadesini emrediyordu. Bu da herhalde onların özen sorumluluklarının yüksek oluşundandı.<sup>66</sup>

Ayrıca Hz. Peygamber küçük yaşta ölen biricik evlâdı İbrahim'in defni esnasında kabrinde fark ettikleri bir gediği düzeltirecek kadar tertibe, estetiğe, düzene ve özene önem verirlerdi. Nitekim o üzgün hallerinde dahi, “*sizden biriniz bir iş yaptığı zaman onu içine sinecek biçimde yapsın ...*”<sup>67</sup> tembihi ile özen sorumluluğuna işaret buyurdular.

İslâm hukukçularına göre, giyinmekte olduğu paltoyu birisinin üzerine düşürerek ölümüne sebebiyet veren kişi mağdurun diyetini tazmin etmezken, yüklenmekte olduğu veya daha bir hukukî deyişle *egemenlik ve hâkimiyetinde olan paltosunu birisinin üzerine düşürerek ölümüne sebebiyet veren kişi, ölenin (mağdurun=zarar görenin) diyetini tazmin eder*. Çünkü bir şeyi yüklenen onu muhafaza edip özenle korumayı kast eder. Fakat bir şeyi giyen kişi ise, böyle değildir.<sup>68</sup> Bu bağlamda birisi bir duvarı yaptırırken sağlam yaptırmayıp, inhidâma mâil yapsa, yaptırsa veya mimarî projeye aykırı olarak yaptırsa, duvarın yıkılmasından mütevellit oluşacak olan zararı ikaz edilip edilmediğine bakılmaksızın zararı gidermekle sorumlu tutulur. Ancak başlangıçta

<sup>64</sup> Bkz. Buhârî, “İmân”, 37; Müslim, “İmân”, 1. İslâm-ihsân ilişkisi için bkz. Çakan, *a.g.m.*, s. 9.

<sup>65</sup> Nisâ, 4/58.

<sup>66</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 24, 25; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 146.

<sup>67</sup> Bkz. İbn Sa'd, Ebû 'Abdillâh Muhammed, *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, I-VIII, Beyrût, 1985, I, 131-144. Ayrıca “Dini Hayatın Estetik Boyutu” için bkz. Aydın, *Din Felsefesi*, s. 230-257.

<sup>68</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 540; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 146; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Halebî, *Mültekâ*, s. 474.

sağlam bir şekilde, *yapım hatasız* inşa edilen bir binanın bilâhare yıkılmasından mütevellit vuku bulacak olan zararlardan mâlikinin herhangi bir sorumluluğu yoktur.<sup>69</sup>

Özen sorumluluğu bağlamında icâb-ı hâle göre, mâlik veya binayı yapmakta olan usta ve işçiler de sorumlu tutulabilir. Meselâ, hukuka uygun bir şekilde inşa edilirken vuku bulacak olan zararlardan sorumlu tutulacak olan kişi bizzat işverendir, yani bina mâlikidir. Ancak hukuka aykırı bir şekilde<sup>70</sup> yapım aşamasında olan bir binada oluşacak olan malî, cismanî zararlardan ve *keffâret-i katl*'den<sup>71</sup> sorumlu tutulacak olan kişi veya kişiler; iş tamamlanıp teslim edilinceye kadar işi üstlenen ve mevcut hukuka aykırılığı bilen işçilerdir; yani yüklenici firmadır. Ancak iş (bina) tamamlanıp mâlikine teslim edildikten sonra ustaların *yapım hatasından* vuku bulacak olan zararlardan ise, bizzat yapının mâliki sorumlu olur. Meselâ, bir işveren bazı işçileri kiralasa, onlar da arsanın işverene ait olmadığını ya da inşaatın hukuka aykırı olduğunu bile bile sipariş edilen kuyuyu açsalar ya da çıkmayı veya gölgeliği yapsalar vuku bulacak olan zarar tazminden bizzat sorumludurlar. Ancak arsa yapıyı sipariş edene ait ise yahut işçiler arsanın mal sahibine ait olduğunu zannediyorlarsa, zarar vukuu durumunda sorumlu tutulacak olan kişi işverendir; yani bina mâlikidir.<sup>72</sup>

Türk Borçlar Hukuku'nda da bina mâliklerinin yerine getirmek zorunda oldukları *özen ödevi*, onların kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın, objektif ölçülere göre değerlendirilir ki buna doktrinde kusursuz sorumluluk denir. Yani uygun illiyet rabitasının kesildiği haller dışında, eBK. nun 58'inci (BK. 69) maddesine göre; hata, üçüncü şahsın kusuru veya beklenmedik olaydan ileri gelmiş olsa dahi, mâlik mesuliyetten kurtulamaz. Yapı mâlikinin özen ödevini yerine getirip getirmediği hususu yapının tahsis amacı ile alınabilecek olan bütün tedbirler ve şartlar dikkate alınarak

<sup>69</sup> Kâsânî, *el-Bedâi*, VII, 283; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 541, 542; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, VI, 36; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182,183; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 402, 403; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, V, 343, 344; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 258; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119, VII, 388; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5791; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 172 vd.

<sup>70</sup> “Bir fiilin hükmü müzaf kılınır ve mücbir sebep olmadıkça âmirine müzaf kılınmaz.” *Mecelle*, md. 89; Bilmen, *a.g.e.*, I, 286. Bu yerleşik kaide “el- âmiru lâ yadmenu bi'l-emr” ile de ifade edilir. Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 7.

<sup>71</sup> **Keffâret-i katl**, bir müslüman veya zimmiyi kasıtlı değil, hata ile öldüren müslümanın diyet dışında ödemesi gereken keffâret. Bu da ilgili şahsın bir mümin köleyi azad etmesi, buna kudreti yoksa iki ay ardı ardına oruç tutmasıdır (bkz. Nisâ, 4/92) Erdoğan, *a.g.s.*, s. 302. Ayrıca keffâretler için bkz. Güleç, “*İslâm'da Keffâretler*”, ss. 449-473.

<sup>72</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 576; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 15; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538-540; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 426; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 177, 178.

müşahhas bir şekilde hesaba katılarak belirlenir. Henüz tamamlanmamış ve yapım aşamasındaki yapılarda mâlikin sorumluluğu yoktur. Hatanın, tamamlanmış ve amacına uygun olarak kullanılmış olan bir yapı ile ilgili olması şarttır. Bu sebeptendir ki yapı mâliklerinin yapım ve onarım aşamasındaki yapılarda özen gösterme ödevini yerine getirmeleri söz konusu değildir.<sup>73</sup> Federal Mahkeme mâlikin sorumluluğu “*binanın bitmesine ve amacına uygun bir şekilde kullanılmasına bağlıdır*” kararını benimserken; Feyzioğlu, Tandoğan ve Reisoğlu gibi Türk hukukçular ise, “*bina tamamlanmamış olsa dahi, şartları varsa, TBK. md. 69 (eBK. md. 58) uygulanabilir*”<sup>74</sup> görüşünü benimsemişlerdir.

Kanaatimize göre, hakkaniyet ve hukuk mantığına uygun olan görüş, mezkûr Türk hukuk bilimcilerinin görüşüdür. Çünkü çoğu zararlar, binaların henüz yapım aşamasında iken vuku bulmaktadır.

Hâsılı, İslâm hukukunda yapı mâlikleri özen sorumluluğu ile mükelleftirler. Hukuka aykırı olarak yaptıkları işlerden oluşan zararlardan satış işlemi ile hukukî sorumluluktan kurtulamazlar. Çünkü zarara sebebiyet veren haksız fiilin fâili ve müsebbibidirler. Dolayısıyla *fena yapım ve bakım eksikliği* sebepleri ile itlâf olan şey her ne ise onu tazminle, giderimle sorumludurlar.<sup>75</sup> Ancak yapı mâliki binanın tehlike arzettiğini *işhâd* (şahitler huzurunda ilân) ettikten sonra binayı satsa, alıcı şahıs binayı ister teslim almış olsun ister teslim almamış olsun; satıcısı oluşan zarardan sorumlu tutulamaz. Bir başka görüşe göre ise, mâlikin mesuliyeti ancak sattığı binayı alıcısına teslim etmesi ile sona erer. Çünkü mâlike isnat edilebilecek olan suç veya kusur; binanın yıkılması melhûz/olası iken tehlikeyi gidermemesidir.<sup>76</sup>

Binanın yeni mâlikine teslim edilmesinden sonra eski mâlikinin sorumlu tutulamamasının sebebi; artık satmış olduğu binayı yıkmaya veya onarmaya yetkisinin kalmamasındandır. Yeni sahibine de tazmin sorumluluğu terettüp etmez. Çünkü kendisine henüz herhangi bir ikaz yapılmamıştır. Ayrıca tekaddümden sonra bina

<sup>73</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 98.

<sup>74</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 194.

<sup>75</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 129; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 183; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 602; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5795; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 184.

<sup>76</sup> Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 602; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5795.



mâlikinin cünûn-i mutbık<sup>77</sup> ile ehliyeti arızalandıktan sonra binanın yıkılması halinde de hüküm böyledir. Çünkü mecnunun tasarruf hakkı ve binayı yıkmaya iktidarı kalmamıştır.<sup>78</sup>

### C) YAPI MÂLİKLERİNİN SORUMLULUK ŞARTLARI

Yapı mâliklerinin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle bazı şartların mevcûdiyeti gerekir. Bu şartlar yapı mâliklerinin sorumluluğunun esasını oluşturur. Türk pozitif hukuk sistematiginden yararlanarak İslâm hukukunda *yapı mâliklerinin sorumluluk şartlarını* şöylece sıralayabiliriz:

#### 1) Bina veya Diğer Bir Yapı Eserinin Mevcûdiyeti

Yapı (bina) kavramının tanım ve kapsamını daha önce etraflıca işlemiştik. Pek tabiidir ki, ortada bir bina veya diğer bir yapı eseri yoksa sorumluluktan da söz edilemez. İlk dönem fıkıh eserlerinden muasır İslâm hukuku kaynaklarına kadar; duvar, kuyu, çukur, tuvalet, dükkân, köprü, nehir, baca, oluk, sundurma, balkon, çıkma, cumba, şahniş, pencere, pencere kanatları, saçak, hatıl kirişi, basamak, dinlenme taşı, yol gibi insan eliyle ihdas edilen pek çok şey, hattı zatında birer bina veya diğer bir yapı eseri örnekleridirler.<sup>79</sup>

eBK. 58 (BK. 69) hükmünce de mâlikin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle bina veya diğer bir yapı eserinin mevcûdiyeti gerekir.<sup>80</sup>

#### 2) Bina veya Diğer Bir Yapı Eseri Mâlikinin Mevcûdiyeti

<sup>77</sup> **Cünûn-i mutbık**, bir sene ve daha fazla süren akıl hastalığı demektir. Bu kavram bir ay veya bir günden daha uzun süren akıl hastalığı için de kullanılmıştır. Daha az sürelişine ise cünûn-i gayr-i mutbık denir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 80, 81.

<sup>78</sup> Karş. İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, VI, 599, 600; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 388; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, VII, 5795. Ayrıca İslâm hukukunda irâdeyi sakatlayan sebepler için bkz. Acar, “*Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler I - Hata*”, s. 79-109; Acar, “*Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II - İkrâh*”, s. 19-38.

<sup>79</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 612, 613; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 335-348; Zeylâ’î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme’u’d- Damânât*, s. 165-185; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindîyye*, VI, 36-49; İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, VI, 598-602; Yenişehirli, *Behçetü’l-Fetâvâ*, s. 594, 595; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121-124, VII, 376-389; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, VII, 5790-5795; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 58-61; Altuncî, *Müessesetü’l-Mes’ûliyye*, s. 1-302; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksîriyye*, s. 221-238; ‘Gütaymil, *a.g.tz.*, s. 167-187; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 482-527.

<sup>80</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 186; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 112, 113; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 590; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 191; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145, Naimi, *a.g.tz.*, s. iii, 21 vd., 83; Kurt, *a.g.m.*, s. 173-175.

Yapı mâlikleri kavram ve kapsamını daha önce etraflıca ele almıştık. Özetle söyleyecek olursak, mesuliyet için mâlik ögesinin bulunması şarttır. Bina veya diğer bir yapı eseri(nin) mâliki yoksa kezâ sorumluluktan da söz edilemez. Binaenaleyh *bina üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisine sahip olmayan binanın kiracısı, ödünç alıcısı, emanetçisi ve rehin alıcısı yapı mâliki kapsamında sayılmazlar*.<sup>81</sup>

Yapı mâliklerinin kapsamı konusunda İslâm hukukunun bu hükmü ile eBK. 58'inci maddesi arasında bir paralellik mevcut iken<sup>82</sup>, yeni BK. 69'uncu maddesi<sup>83</sup> ile bu durum “*intifâ' ve oturma (süknâ) hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden, doğan zararlardan, mâlikleri ile birlikte müteselsilen sorumludurlar*” hükmü ile değişmiş oldu.<sup>84</sup>

### 3) Bina veya Diğer Bir Yapı Eserinden Fena Yapım (Yapım Bozukluğu) Sebabi ile Bir Zararın Vuku Bulması

İslâm hukukçularının ittifakına göre, fena yapımdan kaynaklanan zararlar uyarı (tekaddüm<sup>85</sup>=mutâlebe)<sup>86</sup> olup olmadığına bakılmaksızın mâlik tarafından tazmin

<sup>81</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128,129; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 47; Haddâdî, *Cevhere*, II, 179; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 475, 476; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 599, 600; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 180; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5794, 5795; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 227; 'Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 175.

<sup>82</sup> eBK. 58'e göre, irtifak hakkı sahibi olan kişi binanın ziyedi olmasına rağmen sorumlu değildir. Kiracı da mesul tutulamaz. Bkz. Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 185; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 113, 114; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 147; Naimi, *a.g.tz.*, s. 82.

<sup>83</sup> BK. nun 69'uncu maddesi: “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin mâliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifâ' ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, mâlikle birlikte müteselsilen sorumludurlar. Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücû' hakkı saklıdır.”

<sup>84</sup> 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı (yeni) Borçlar Kanunu'nun 69'uncu maddesine göre, bir binanın veya diğer bir yapı eserinin hem mâliki hem de intifâ' ya da oturma (süknâ) hakkı sahibi olan kişileri, binanın veya diğer bir yapı eserinin yapımındaki bozukluklardan veya bakımlarındaki eksikliklerden doğan zararları gidermekle yükümlüdürler. Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, s. 368 vd.; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 161, 162. Detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 184; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 113, 114; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 191; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 146; Naimi, *a.g.tz.*, s. iii, 30 vd.

<sup>85</sup> **Tekaddüm**, melhûz (olası) bir zararın önlenmesi amacıyla ilgili kişi veya kişileri önceden ikaz edip uyararak, lüzumlu tedbirleri anlamalarını tavsiye etmek demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 560; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 649. Mecelle'ye göre ise, “tekaddüm, mazarrât-ı melhûzenin def' ve izâlesi için evvelce tembih ve tavsiye etmektir.” *Mecelle*, md. 889.

<sup>86</sup> **Mutâlebe**, talepte bulunmak, istemek, istekte bulunmak demektir. Meselâ, yıkılmaya yüz tutmuş bir duvarın sahibinden tedbir almasını istemek gibi. Karş. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 404; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 477, 649; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; İbn Kudâme, *el-Muġnî*, VIII, 427, 428; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 224; Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 174.

edilerek giderilir. Yani bina veya diğeri bir yapı eseri başlangıçta hatalı yapılmış, plân ve projeye uygun bir şekilde yapılmamış ise, bilâhare oluşan zararlar mâlikinin ikaz edilip edilmediğine bakılmaksızın giderilir. Çünkü mâlik başlangıçta binasını özenle inşa etmediği için hukuka aykırı bir fiil işlemiştir, müte 'addîdir. Oluşan zararı tazminden sorumlu tutulacak olan kişi(ler) ise, binanın mâliki veya yüklenici firmadır.<sup>87</sup>

İslâm hukukçuları yapısal hata bir başka deyişle yapısal bozuklukları önemseyip üzerinde durmuşlar, farazî fıkıh (mücerred hukuk=case law) yöntemi ile muhtemel meseleler için hukukî çözümler geliştirmişlerdir. Meselâ, kamuya ait olan bir yola (tarîk-i 'âmm) yahut başkasının mülküne doğru meyilli (eğimli) olarak inşa edilen duvarın çökmesi sebebi ile oluşan zararın duvar sahibi tarafından tazmin edilmesi gerektiği hususunda fakihler arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Çünkü duvar sahibi duvarını eğimli yapmakla haksız bir fiil işlemiştir. Zira -duvar sahibi dâhil- hiçbir kişinin bir başkasının mülküne ait olan hava boşluğunda yahut ortak olan hava boşluğunda yaptığı -*taşkın=taşkın yapı*-<sup>88</sup> bir binadan intifâ ' hakkı<sup>89</sup> yoktur. Ayrıca bu şekilde kusurlu inşa edilen bir bina, başkasının mülkünde başkasının üzerine yıkılıp zarar vermeye âdeta hazır beklemektedir. Haksız fiilin fâili olan duvar sahibinin bu hâli sanki avlanmak için tuzak kuran kişinin durumuna benzemektedir.<sup>90</sup> Nitekim Şârî ' Teâlâ "sakın aşırı gitmeyin, çünkü Allah aşırı gidenleri sevmez."<sup>91</sup> Hz. Peygamber de

<sup>87</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 377, 378; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 283; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 827, 828; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, V, 47; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 402, 403; Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, V, 343, 344; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 359; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 179-181; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 258; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 183; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 388; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5790, 5791.

<sup>88</sup> **Taşkın=taşkın yapı=tecavüz eden inşaat**, bir başkasının arsasına taşan yapı veya başkasının arsasına tecavüz eden inşaat veya bina demektir. (TMK. 725). Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 642; Naimî, *a.g.tz.*, s. 35-38; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 155, 156. Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, s. 435 vd.; Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 133-137; Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 224- 226; Aytekin Ataay, *Haksız İnşaat*, İstanbul, 1959; Galip Sermet Akman, *Taşkın İnşaat*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1982.

<sup>89</sup> **İntifâ ' hakkı**, mülkiyeti başkasına ait olan bir mal yahut hak üzerinde belirli kişi veya kişilere tanınan yararlanma hakkı demektir. İntifâ ' hakkı, aynı-şahsî bir irtifâk hakkı olup hak sahibinin ölümüyle son bulur, mirasçılara intikal etmez (MK. 717/794). Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 334; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 253.

<sup>90</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 377, 378; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 283; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 283, 827; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 402, 403; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, V, 343, 344; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 359; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5791.

<sup>91</sup> Bakara, 2/190; Mâide, 5/87.

“haksız bir ekici veya dikicinin toprakta hakkı yoktur.”<sup>92</sup> “Her kim hakkı olmadığı halde bir karış yeri alırsa, o yer kıyamet gününde yedi kat olarak boynuna geçirilir”<sup>93</sup> tembihleri ile arazi gaspları ve bina taşkınlıklarını yasaklamaktadırlar. Bu sebeptir ki, başkasının mülkünü gasp ve işgal eden kişinin bu zulmü bertaraf edilerek hak sahibine iade edilir.<sup>94</sup>

İfade edildiği gibi, eğer duvar sahibi başlangıçta mâliki olduğu duvarı meyilli yaptı ise veya duvardan yola doğru ağaç, kereste veya kirişler çıkarıp (hatıl kirişi, konsol da diyebiliriz) üzerine çıkmalı, uzatmalı bina (şahniş, cumba, balkon, çıkma) veya tuvalet inşa ettiyse, bu sebeple oluşan zararı tazmin edip gidermekle sorumludur. Çünkü duvar mâliki haksız fiilin fâilidir, fena yapım sebebi ile müte‘addidir. Dolayısıyla oluşan zararı gidermekle sorumludur.<sup>95</sup> Zira İslâm hukukunun yerleşik kurallarına göre, “*tasarrufu’l-insâni fi hâlisi hakkıhi innemâ yesihhu izâ lem yetezarrar el-câru ve gayruhu.*”<sup>96</sup> Yani kişinin kendi mülkünde –dahi olsa- tasarruf hakkı ve yetkisi ancak komşusuna ve bir başkasına zarar vermemek şartı ile mümkündür. Bir başkasına ait olan yer ve hava boşluğunun işgal edilmesi bu esasa göre hukuka aykırıdır.<sup>97</sup> Bu aynı zamanda şu anlama gelir: Yola açılan irtifaklar akıbetin zararsız olması şartına bağlıdır. Dolayısıyla bu gibi irtifaklar<sup>98</sup> sebebi ile oluşan her bir zarar tazmin edilir.<sup>99</sup> Mecelle bu durumu “*herkesin tarîk-i ‘âmmda hakk-ı mürûru vardır.*

<sup>92</sup> Buhârî, “Hars”, 15; Ebû Dâvûd, “İmâret”, 37; Tirmizî, “Ahkâm”, 38; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akziyye”, 26; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, V, 327.

<sup>93</sup> Müslim, “Müsâkât”, 140.

<sup>94</sup> Bkz. Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 255; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 106; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 63, V, 47; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 44; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VIII, 136; Haddâdî, *Cevhere*, I, 442; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 53. Ayrıca bkz. *Mecelle*, md. 881, 882, 883, 884, 885, 886.

<sup>95</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 612, 613; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 192; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 176, 177; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Emîn, *el-Mes‘ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 222, 223.

<sup>96</sup> Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 30, 31.

<sup>97</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 429; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 174. Ayrıca Roma hukukunda benzeri durumlar için bkz. Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 1-235.

<sup>98</sup> **İrtifâk= irtifâk hakkı**, bir eşya (ayn) üzerinde muayyen bir şekilde yararlanma imkânı sağlayan aynı haklar demek olup, eşya üzerinde mülkiyet hakkı olan şahsın yetkilerini sınırlandırır. Yani mülkiyet hakkı sahibi, irtifâk hakkı sahibinin kullanma yetkilerine katlanıp dayanmak zorundadır. Bu bir nevi gayrimenkülün getirmiş olduğu bazı mükellefiyetler, sorumluluklar demektir. Su alma hakkı, geçit hakkı, üst hakkı, mecrâ hakkı, giriş koyma hakkı, kar atma hakkı gibi. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 337; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 257; Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 163-165. Veya bir yapının çatısında biriken karları başkasının arazisine kürüyerek atma yetkisi veren irtifâk hakkı gibi. Böylece yapı sahibi, biriken karların muhtemel zararlarından korunmuş olur. Bkz. Heyet, *İslâm Hukuku El Kitabı*, s. 417-419.

<sup>99</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, VII, 5791.

*Fakat bi-şarti's-selâmedir*"<sup>100</sup> şeklinde ifade etmiştir. Yani zarar vukuu hallerinde zararın izâlesi gerekir.<sup>101</sup> Kezâ, "*tarik-i 'âmm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişinler (pencere çıkması, balkon) gibi mârreye (gelip geçenlere) zarar-ı fâhişi olan şeyler kadîm olsa bile ref' ettirilir.*"<sup>102</sup>

Hâsılı, bina mâlikleri hukuka aykırı olarak yapmış oldukları oluk, pencere, pencere kanadı, sundurma, cumba, şahniş gibi binaların mütemmim cüzlerinin (teferruât=eklentisi) yapım hatasından kaynaklanan zararları gidermekle sorumludurlar.<sup>103</sup> Mâlikin sorumlu tutulmasının sebebi, fena yapımından kaynaklanan bir zararın vuku bulmasıdır. İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre de, "*zarar giderilir.*"<sup>104</sup> Bu sebeptendir ki, müte'addî olan mâlik haksız fiilin tazmin sorumlusu olur.<sup>105</sup> Mecelle'de geçen *fena yapım* örneği özgün ifadesi ile şöyledir: "*Kimesne hânesinde ihdâs eylediği odasının saçağını komşusunun hânesi üzerine uzatamaz. Uzatırsa ol hâne üzerine gelen mikdârı kat' olunur.*"<sup>106</sup> Çünkü bina mâliki bu tasarrufu ile başkasına zarar vermektedir. Adalet ve hakkaniyet ülküsünün gereği olarak hukuk da bu nevi haksız ve zararlı fiillere cevâz vermez; bazı daraltımlara (takyid, sınırlandırma) gider.<sup>107</sup>

<sup>100</sup> Mecelle, md. 926.

<sup>101</sup> Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 277; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110.

<sup>102</sup> Mecelle, md. 1214. Benzeri hükümler için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, VII, 386.

<sup>103</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 570, 571; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177.

<sup>104</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Mecelle, md. 20.

<sup>105</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 378; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 127; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46, 47; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 180.

<sup>106</sup> Mecelle, md. 1195. Detaylı bilgi için bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 171.

<sup>107</sup> "Herkes mülkünde keyfe mâ-yeşâ' tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse mâliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan men edilir." Mecelle, md. 1192. "Kimesne hânesinde ihdâs eylediği odasının saçağını komşusunun hânesi üzerine uzatamaz. Uzatırsa ol hâne üzerine gelen mikdârı kat' olunur." Mecelle, md. 1195. "Bir kimsenin bahçesindeki ağacın dalları komşusunun hânesi yahut bahçesi üzerine uzamış olsa ol dalları bağlayıp da geri çektirmek yahut kesdirmek ile kendi havasını tefriğ ettirmeğe komşusunun selâhiyeti vardır." Mecelle, md. 1196. "Hiç kimse mülkünde tasarruftan men' olunamaz. Meğerki âhara zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men' olunabilir." Mecelle, md. 1197. "Herkes kendi mülkü olan hâit üzerine dilediği kadar çıkar ve istediği şeyi yapar. Zarar-ı fâhişi olmadıkça komşusu mâni' olamaz." Mecelle, md. 1198. "Binaya zarar veren yani binaya vehn getiren ve inhidâmına sebep olan havâic-i asliyyeyi yani sükânâ gibi binâdan maksud olan menfa'at-ı asliyyeyi men' eden şeyler zarar-ı fâhiştir." Mecelle, md. 1199. "Zarar-ı fâhiş bi-eyyi veçhin kâne def' ettirilir." Mecelle, md. 1200. "Bir hânenin havasını yahut nezâretini kesmek veyahut güneşin duhûlünü menetmek gibi havâic-i asliyyeden olmayan menâfi'a mâni' olmak zarar-ı fâhiş değildir. Fakat ziyâyı bilkülliye seddetmek zarar-ı fâhiştir." Mecelle, md. 1201. "Matbah ve kuyu başı ve hânenin avlusu gibi makarr-ı nisvân olan mahallin görünmesi zarar-ı fâhiş addolunur. Binâenaleyh bir kimsenin hânesinde ihdâs eylediği penceresinden yahut müceddeden inşa eylediği binanın penceresinden câr-i mülâsıkının yahut sokak aşırı hânesi olan bir kimsenin makarr-ı nisvân

eBK. 58 (BK. 69)'a göre de mâlikin sorumlu tutulabilmesi için bina veya diğer bir yapı eserinden fena yapım (yapım bozukluğu) sebebi ile bir zararın vuku bulması gerekir.<sup>108</sup> Nitekim toksik madde bulunan bir telgraf direğini yalayan sürü hayvanlarının ölmesi bir *fena yapım* örneği olup tazmin sebebidir.<sup>109</sup> Kezâ bir at zehirli

---

olan mahalli görünür olsa bu zararın ref'i ile emrolunur. Ol kimesne dahi nisvân görünmeyecek surette duvar yahut tahta perde yapıp ol zararı def' etmeğe mecbur olur. Ammâ beherhal penceresini seddetmek üzere cebrolunamaz. Nitekim çitten ma'mûl bir hâitin aralığından komşusunun makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa ol aralıkları seddetmek üzere hâitin sahibine emrolunur. Ammâ yıkıp da duvar yapmak üzere cebrolunamaz." *Mecelle*, md. 1202. "Birinin insan boyundan yüksek yerde penceresi olup da ihtimâl ki nerdüban vaz'ı ile komşusunun makarr-ı nisvân olan mahalline nazar eyler deyu komşusu ol pencereyi seddettiremez." *Mecelle*, md. 1203. "İki kişi beyinlerinde müşterek olan konağı taksim ettiklerinde birinin hissesine isabet eden mahalden diğerinin makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa müştereken beyinlerinde bir sütre ittihaz etmeleri için emrolunur." *Mecelle*, md. 1206. "Bir kimse meşrû' olarak mülkünde tasarruf etmekte iken başkası anın yanında bina ihdâsı ile kendisi mutazzarrır olsa zararını ancak kendi def' etmek lâzım gelir." *Mecelle*, md. 1207. "Bir menzilin kadîmî yani atik pencerelerinden komşusunun arsa-i hâliyesi görünürken menzil muhterik oldukda evvelâ komşusu ol arsada hâne ihdâs ettikten sonra ol menzili dahi sahibi vaz-ı kadîmî üzere bina ederek açtığı pencerelerden ol muhdes hânenin makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa bu mazarratı hâne sahibi kendi def' etmek lâzım gelir. Sahib-i menzile nezâretini kes diye cebr edemez." *Mecelle*, md. 1208. "Bir kimsenin hânesinde ihdâs eylediği pencerelerle komşusunun makarr-ı nisvân olan mevâzı beyninde komşusunun bir yüksek odası olmakla makarr-ı nisvân olan mahalli ol pencerelerden görünmezken komşusu ol odayı hedmetmekle ol pencerelerden komşusunun makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa komşusu mücerred pencereler muhdes idi; anın için nezâretini kes yahut pencereleri seddet diyemeyip mazarratını kendi def' etmek lâzım gelir." *Mecelle*, md. 1209. "Hâit-i müştereki sahiplerinden biri diğerinin izni olmadıkça terfi' edemez ve üzerine köşk vesâire yapamaz. Gerek âhara muzır olsun ve gerek olmasın. Fakat birisi arsa üzerine oda bina etmek üzere giriş vazedecek yani girişlerin uçlarını ol hâit üzerine bindirecek olsa müşâriki ona mâni' olamaz. Lâkin ol kadar giriş vaz' edecekse müşârikin dahi ol kadar giriş vaz'ına hakkı olacağından hâit ne kadar giriş vaz'ına mütehammil ise ancak nısfı kadar giriş vazedilip ziyadeye tecavüz edemez. Ve eğer ol hâit üzerinde fi'l-asl ikisinin dahi müsâvât üzere girişleri olduğu halde biri kendi girişlerini tezyîd edecek olsa âharı men' edebilir." *Mecelle*, md. 1210. "Hâit-i müşterek sahiplerinden biri ol hâit üzerindeki girişlerin mahallerini sağa sola ve aşağıdan yukarıya değiştiremez. Ammâ girişlerin uçları yüksekte iken indirip de hâitin daha aşağısına vaz' edebilir." *Mecelle*, md. 1211. "Bir kimsenin su kuyusu kurbunda komşusu bir kenef ya kâriz yapıp da ol kuyunun suyunu ifsâd eylese zararı def' ettirilir. Ve bir veçhile def-i zarar kâbil olmazsa o kenef ya kâriz kapatırılır. Kezâlik suyolunun yanında birinin yaptığı kârizin çirkâbı suya vâsıl olarak zarar-ı fâhişi olup da kapatmaktan gayri sûrette def-i zararı kâbil olmazsa ol kâriz kapatırılır." *Mecelle*, md. 1212. "Bir tarîkin iki tarafında hânesi olan kimse birinden diğerine köprü inşa edecek olsa men' olunur. Ammâ inşa ettikten sonra mârreye zararı yoksa hedm olunmaz. Fakat böyle tarîk-i 'âmm üzere yapılmış olan köprülerde ve şehnişinlerde hakk-ı karâr olmaz. Binâenalâzâlik berveç-i bâlâ tarîk-i 'âmm üzere inşa olunun köprü münhedim olduktan sonra sahibi bina edecek olsa yine men' olunabilir." *Mecelle*, md. 1213. "Tarîk-i 'âmm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişinler gibi mârreye zarar-ı fâhişi olan şeyler kadîm olsa bile ref' ettirilir." *Mecelle*, md. 1214. "Bir kimesne muhdes odasının damlasını âharın hânesine akıtamaz." *Mecelle*, md. 1231. "Bir hânedede bi-hakkın câri olan kâriz dolup yahut yarılp da hâne sahibine zarar-ı fâhişi olsa kârizin sahibi bu zararı def'e mecburdur." *Mecelle*, md. 1233. Mülkiyetin takyidi için bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5791; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 103, 104; Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 231-241; Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, s. 449 vd.; Ekinci, *a.g.e.*, s. 481 vd.

<sup>108</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 191; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 113, 114; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 591-593; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 194; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 146; Naimi, *a.g.tz.*, s. iii, 43-48, 83; Kurt, *a.g.m.*, s. 175.

<sup>109</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 93.

boya ile boyanmış olan demir parmaklıkları yalıtılarak ölse, bina mâliki *fena yapım* sebebi ile sorumlu olur.<sup>110</sup>

#### **4) Bina veya Diğer Bir Yapı Eserinden Bakım Eksikliği (Muhafazadaki Kusur) Sebebi ile Bir Zararın Vuku Bulması**

Bir kişi mâliki olduğu binayı yahut duvarı başlangıçta sağlam bir şekilde inşa ettikten sonra mezkûr duvar umum yola veya bir başkasının evine doğru yıkılarak bir şeyi itlâf etse, itlâf olan şeyin tazmini hususunda fakihlerin iki görüşü vardır:

##### **a) Yapı Mâlikinin Sorumlu Olmaması**

Şâfiî ve Hanbelî hukukçularının tercih edilen görüşüne göre, böyle bir durumda yapı mâlikinin giderim sorumluluğu yoktur. Mâlikin tasarrufunda olan binayı yıkması, tamir etmesi mümkün olsun olmasın, binanın tehlike arzettiğine ilişkin ister ikaz edilmiş olsun ister olmasın fark etmez, hukukî netice değişmez. Çünkü yapı mâliki başlangıçta kendi mülkünde, özen sorumluluğuna riayet ederek, hukuka uygun, haklı bir tasarrufta bulunmuştur. Bilâhare binanın meyledip yıkılması mâlikinin fiili ile meydana gelmemiştir. Bina sanki bir tehlike arz etmeden yıkılmış gibi değerlendirilir. Dolayısıyla yapı mâliki tazmin sorumlusu tutulamaz.<sup>111</sup> Yetkili makam tarafından kendisine işhatta bulunulsa dahi bu hüküm değişmez. Çünkü o, başlangıçta hukuka uygun davranmıştır. Duvarın meyledip yıkılması hâdis (ârizî=sonradan oluşan) bir şeydir. Bu hukukî olayda mâlikin herhangi bir dahli ve ihmali yoktur. Ancak mâlik tasarrufunda olan duvarı böyle riskli bir halde bıraktığından dolayı isâette bulunmuş ve günah işlemiştir.<sup>112</sup>

##### **b) Yapı Mâlikinin Sorumlu Olması**

Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî hukukçularının oluşturduğu Cumhûr hukukçular tarafından kabul edilen görüşe göre, bu durumda yapı maliki sorumludur ve bunun gereği olarak sebep olduğu zararı tazminle yükümlüdür. Yalnız bunun için aşağıda belirtilecek şartların gerçekleşmesi gerekir ki, onlar şu şekilde ifade edilebilir.

<sup>110</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 191.

<sup>111</sup> Müzenî, *Muhtasarü'l-Müzenî*, s. 328; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, V, 542 vd.; 'Ġamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 505; Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 491, 492; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5792; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; 'Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 172 vd.

<sup>112</sup> Müzenî, *Muhtasarü'l-Müzenî*, s. 328.

### **(1) Bina mâlikinin ikaz edilmiş olması halinde sorumlu tutulması**

İslâm hukukunda kamunun umum yoldan güven ve esenlikle geçiş hakları olup, bu hak engellenemez (müreccah hak).<sup>113</sup> Şayet yapı mâlikinden tehlike arzeden binasını yıkması istenmiş, o da yapıyı yıkılması mümkün olabilen bir süre içerisinde yıkmadı ise, bu sebeple telef olan can veya malı tazminle yükümlüdür. Çünkü bertaraf etmekle yükümlü olduğu olası bir tehlikeyi önlemekten içtinaptan dolayı hukuka aykırı davranmıştır. Tıpkı rüzgârın uçurtup birisinin eline tutuşturduğu bir elbiseyi teslim etmesi istendiği halde onu teslim etmeyip mezkûr elbisenin itlâf olması örneğinde olduğu gibi tazmin yükümlüsü olur.<sup>114</sup>

Bina mâlikine yapılacak olan her ikaz hukûken geçerli değildir. Bu bağlamda bir *tekaddüm*<sup>115</sup> veya *mutâlebenin*<sup>116</sup> geçerliliği için bazı şartlar vardır. Bu şartlar da şunlardır:

#### **aa) İkazda bulunan kişi ikaz ve uyarıda bulunma hakkına sahip olmalıdır**

Meselâ, hemen bitişiğindeki eve doğru yıkılmaya yüz tutmuş olan bir bina varsayalım, uyarı -risk altında olan- o evde oturanlardan biri tarafından yapılmalıdır. Bir başkasının ikazı ise geçerli değildir. Kezâ, hususî bir yola (tarîk-i hâss) doğru yıkılmaya yüz tutmuş bir duvar için de, ikaz ancak o yoldan geçiş hakkı olan kişilerce yapılabilir. Ancak bina umuma ait olan bir yola (tarîk-i ‘âmm) doğru yıkılmaya yüz tutmuş ise, uyarı herkes tarafından yapılabilir. Çünkü umuma ait olan bir yoldan herkesin geçiş hakkı vardır. Dolayısı ile herkes olası tehlike hakkında ikazda bulunabilir.<sup>117</sup> Ayrıca, kamuya ait olan bir yola doğru meyleden duvar hakkında

<sup>113</sup> **Müreccah hak**, hukûken üstün tutulan hak demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 424. Ayrıca tarîk-i ‘âmm ve tarîk-i hâss (tarîkler) için bkz. *Mecelle*, md. 926, 927, 928, 932, 933, 934, 935, 1213–1223.

<sup>114</sup> Serahsî, *Mebûsât*, XXVII, 8, 9; Kâsânî, *el-Bedâi’*, VII, 283; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5792, 5793.

<sup>115</sup> **Tekaddüm**, melhûz/olası bir zararın önlenmesi amacıyla ilgili kişi veya kişileri önceden ikaz edip uyarmak, lüzumlu tedbirleri anlamalarını tavsiye etmek demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 560; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 649. *Mecelle*'ye göre ise, “tekaddüm, mazarrât-ı melhûzenin def’ ve izâlesi için evvelce tembih ve tavsiye etmektir.” *Mecelle*, md. 889.

<sup>116</sup> **Mutâlebe**, istemek, istekte bulunmak demektir. Meselâ, yıkılmaya yüz tutmuş bir duvarın sahibinden tedbir almasını istemek gibi. Karş. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 404; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 477, 649; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427, 428; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 224; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 174.

<sup>117</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 542, 543; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427, 428; Bâbertî, *el-‘Înâye*, IX, 253, 254; Molla Hüsrev, *Dürrer*, II, 111; İbn Nuceym, *el-Bahr*, *a.g.e.*, VIII, 405; Bağdâdî, *Mecme‘u'd-Damânât*, s. 182,183; İbn ‘Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601; Bilmen, *a.g.e.*, III, 120, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5794, 5795.



kâdînin (hâkim) ve ikaz yetkisi olanların *tecili* ve *ibrâsı* da sahih değildir. Çünkü umum yolu kullanmak, herkesin hakkıdır. Kezâ, kâdî ve yıkım talebinde bulunmuş olan kişinin (tâlîp) kamu hakkını iptal etmeleri de câiz olmaz.<sup>118</sup>

**bb) İkazda bulunan kişi âkıl ve mümeyyiz olmalıdır**

Temyiz kudretine sahip olmayan (gayr-ı mümeyyiz), deli (mecnûn) ve bunağın (ma'tûh) ikazları hukûken muteber değildir. Ancak mümeyyiz çocuğa velisi, köleye de mevlâsı dava açmaya ve aleyhinde açılan davalarda taraf olabilmek (*husûmet ehliyeti*)<sup>119</sup> yetkisi vermiş ise, ayrıca bizzat tekaddüm için de izin vermiş olmalıdır. Zimmîlerin ikazları ise hukûken geçerlidir.<sup>120</sup>

**cc) Kendisine ikaz yapılacak olan kişi yetkili bir kişi olmalıdır**

Kendisine ikaz yapılacak olan kişinin yıkılmaya yüz tutmuş (mâil-i inhidâm) olan yapıyı yıkmaya (hedm, nakz) kânûnen izinli ve yetkili olmalıdır. Bu sebeplerdir ki, yıkılmaya yüz tutmuş olan bir yapıyı yıkma-yapma velâyet ve yetkisine sahip olmadıkları için binanın kiracısına, ödünç alıcısına, emanet alıcısına ve rehin alıcısına yapılacak olan bir ikaz, hukûken muteber değildir.<sup>121</sup>

Bu konudaki şu fetvâ zikredilmeye değerdir: “*Zeyd’in icâre-i muaccele ile mutasarrıf olduğu vakıf menzilin duvarı ‘Amr’in menziline mâil-i inhidâma müteveccih olmakla ‘Amr, Zeyd’e duvarı nakz eyle deyü tekaddüm ve işhâd eylese olur mu? El-cevâb: Olmaz. Mürtehine, müstecire, müveddiye işhad yapmak câiz değildir. Çünkü nakza (yıkmaya) muktedir değiller.*”<sup>122</sup>

Ayrıca tehlike arz eden yapı velâyet altındaki çocuğa veya deliye ait ise, ikaz onların veli yahut vasîlerine yapılır. Hukuka uygun olarak yapılan ikaza rağmen vuku

<sup>118</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s.151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 542, 543; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5794, 5795.

<sup>119</sup> **Husûmet ehliyeti**, dava açmak ve aleyhine açılmış olan davalarda taraf olabilmek hak ve yetkisini ifade eden hukukî bir kavramdır. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 205. Bir başka deyişle davacı ya da davalı olabilmek ehliyeti demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 289.

<sup>120</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 542; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182,183; Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 253, 254; Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindiyeye*, VI, 36, 37; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, VI, 599; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 180; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5794.

<sup>121</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128, 129; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 47; Hıcvî, *el-İknâ*, II, 359; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, VI, 600; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5795.

<sup>122</sup> Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, s. 595.

bulan zararın giderim sorumluluğu onların veli ya da vasîlerine değil, bizzat çocuğa veya deliye aittir. Zira veli ve vasîleri onlar adına işlem görmektedirler.<sup>123</sup>

Türk Medeni Kanunu'nda “fiil ehliyetsizliği” başlığı altında “*kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt gücü bulunmayan kimsenin filleri hukukî sonuç doğurmaz*”<sup>124</sup> hükmü düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun bu hükmüne göre, tazminata hükmedilebilmesi için fâilin temyiz kudretine sahip olması yeterli görülmüştür.<sup>125</sup>

***dd) Yetki zararın vukuu anına kadar devam etmiş olmalıdır***

Bu esastan hareketle kendisine ikaz yapılmış olan kişi, henüz bina yıkılmadan mâliki olduğu binayı bir şekilde; satış, hibe vb. yollarla mülkiyetinden çıkarma, delirme, kendisine önceden verilmiş olan yetkinin geri alınması (azl) veya ölüm gibi nedenlerle sahip olduğu yetkiden yoksun kalsa, artık vaktiyle yapılmış olan ikazın hükmü ve hukukî bir değeri kalmamış olur. Tekrar, yeniden bir ikaz şartı aranır.<sup>126</sup>

***ee) İkazdan sonra mâlike binayı yıkmaya veya onarmaya yetecek kadar, uygun bir süre tanınmalıdır***

Bina mâlikine tehlike arzeden binası hakkında yapılan ikazdan sonra duruma göre yıkmaya veya onarmaya (hedm, nakz, ıslâh) müsait olacak kadar uygun bir zaman geçmelidir. Sözelimi, ikaz ve işhâttan hemen sonra henüz yıkmaya veya onarmaya yetecek kadar bir süre geçmeden bina yıkılsa ve zarara sebebiyet verse, bina mâliki tazminatla yükümlü tutulamaz.<sup>127</sup> Kezâ, bina mâliki usta arayışında iken ya da tamir aşamasında olan bir bina yıkılarak zarar verse, mâlik giderim sorumlusu olmaz.<sup>128</sup>

Ayrıca mâlik tehlike arzeden binasını onarmak için kiraladığı işçiler henüz tamir ya da yapım aşamasında iken, bina işçilerin fiilinden –kusurundan da diyebiliriz-

<sup>123</sup> İbn ‘Âbidîn, *Reddî'l-Muhtâr*, VI, 599; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121, 122.

<sup>124</sup> TMK. md. 14.

<sup>125</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 14. Türk Medeni Kanunu'na göre, “Fiil Ehliyetsizliği” için bkz. TMK. md. 14, 15, 16.

<sup>126</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Hicâvî, *el-İknâ*, II, 359; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182, 183; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 388, 389; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5794; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 177.

<sup>127</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 541; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Haddâdî, *Cevhere*, II, 179; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182, 183; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 388, 389; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5794; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172.

<sup>128</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13, 14; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 47; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5793; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121, VII, 388, 389.

onlardan veya yoldan geçen birisini itlâf etse, tazmin ve keffâret borcu işçilere düşer. Çünkü onlar bu hukukî olayda bizzat mübâşir konumundadırlar.<sup>129</sup> Zira yerleşik hukuk kaidesine göre, mübâşir ve mütesebbib bir arada olursa, hüküm mübâşire izafe edilir.<sup>130</sup> İki de (mâlik ve işçiler) ayrı ayrı müte‘addî iseler bu durumda hem mütesebbib hem de mübâşir birlikte (müştereken) tazmin sorumlusu olurlar.<sup>131</sup>

Türk pozitif hukukunda da yapı mâlikinin özen ödevini yerine getirip getirmediği hususu yapının tahsis amacı ile alınabilecek olan bütün tedbirler ve şartlar dikkate alınarak müşahhas bir şekilde hesaba katılarak belirlenir. *Henüz tamamlanmamış ve yapım aşamasındaki yapılarda mâlikin sorumluluğu yoktur.* Hatanın, tamamlanmış ve amacına uygun olarak kullanılmış olan bir yapı ile ilgili olması şarttır. Bu sebeptir ki, yapı mâliklerinin yapım ve onarım aşamasındaki yapılarda özen gösterme ödevini yerine getirmeleri söz konusu değildir.<sup>132</sup> Federal Mahkeme mâlikin sorumluluğu “*binanın bitmesine ve amacına uygun bir şekilde kullanılmasına bağlıdır*” kararını benimserken; Feyzioğlu, Tandoğan ve Reisoğlu gibi Türk hukukçular ise, “*bina tamamlanmamış olsa dahi, şartları varsa, TBK. md. 69 (eBK. md. 58) uygulanabilir*”<sup>133</sup> görüşünü benimsemişlerdir.

Kanaatimize göre, hakkaniyet esası ve hukuk mantığına uygun olan görüş; mezkûr Türk hukuk bilimcilerinin görüşüdür. Çünkü çoğu zararlar; binaların henüz yapım aşamasında iken vuku bulmaktadır.

#### ***ff) İkaz, ortaklardan her birine yapılmış olmalıdır***

Bazen müşterek (ortak paylı) binanın ortaklarından her birini ikaz mümkün olmayabilir. Bu bağlamda yapı müşterek ise, ikaz, ortaklardan her birine yapılmış olmalıdır ki, itlâf veya zarar vukuunda zarar müşterek mâliklerden bütünüyle tahsil edilebilsin. Bir başka deyişle tam tazmin söz konusu olabilsin. Aksi takdirde zarar; ikaz edilen ortaktan ancak hissesi oranında alınabilecektir. Yani ortaklardan herhangi

<sup>129</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5781.

<sup>130</sup> “Mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi‘ oldukça hüküm ol fâile muzaf kılınır.” *Mecelle*, md. 90.

<sup>131</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13, 14; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5781.

<sup>132</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 98.

<sup>133</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 194.

birine yapılmayan ikaz kendi hissesi nispetinde geçersizliği<sup>134</sup> nedeniyle zarara sebep olur ki, bu da “zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur”<sup>135</sup>, “zarar izâle olunur”<sup>136</sup> gibi kâidelere aykırıdır.

**gg) Yapı icâreteynli bir vakfa<sup>137</sup> ait ise, ikaz, vakfın mütevellisine yapılmalıdır**

Böylesi bir durumda ikazdan sonra oluşan zarar, vâkıfın şahsî malından tazmin edilir. Telef olan insanın diyeti de vâkıfın âkilesi tarafından ödenir. Mütevellinin veya vakfın malından ödenmez. Çünkü müteveli, vakfın nâibidir. Vakfın ise herhangi bir zimmeti yoktur.<sup>138</sup> Yapıları mülk, arsası ise mukâta‘alı vakıf<sup>139</sup> söz konusu olunca, ikaz binaların mâliklerine yapılmalıdır.<sup>140</sup>

**hh) İkazın şahitleri bulunmalıdır**

Bu konuda İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Mâlikîlere göre, işhâd şahitler huzurunda olmalıdır. Mâlikî hukukçuları, tehlike arzeden yapının mâlikine tehlikenin giderilmesine yönelik ikaz ve talebin yapılmış olduğuna şahitlik edecek şahitler bulunmalıdır ki, mâlik inkâra kalkışmasın. Zira ikaz için önemli bir husus işhâd<sup>141</sup> meselesidir. Tehlike arz eden yapının yıkılmasını (nakz) -veya onarımını- müslüman, zimmî, kadın, erkek, hür, köle herkes isteyebilir.<sup>142</sup> Çünkü herkesin umum

<sup>134</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 277, 278; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 184; Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, s. 595; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 229.

<sup>135</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ'*, “Akdıyye”, 31; *Mecelle*, md. 19.

<sup>136</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; *Mecelle*, md. 20.

<sup>137</sup> **İcâreteynli evkâf (vakıflar)**, İslâm hukukunda, mu'accel ve müeccel bir kira bedeli ile kiralanan vakıflar demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 223; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 302. Yangın, deprem vb. nedenlerle harabeye dönüşen Bilâd-ı Selâse (Eyüp, Galata ve Üsküdar yöresi) vakıflarını kurtarma adına câiz olmamasına rağmen, ihdas edilen bir mu'âmele (özel bir işlem) ile vakıf malının nerede ise değerine yakın bir bedel kiracısından peşin alınarak harabe binalar hemen onarılıp yenilenir. İlâveten her sene sonunda da sembolik bir kira da alınır. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 223. İcâreteynli vakıflar için bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 258-260.

<sup>138</sup> İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 599; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121, 122; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 176, 177.

<sup>139</sup> **Mukâta‘alı vakıflar**, arsa veya arazinin mülkiyeti vakfa, üzerine inşa edilen yapı veya dikilen ağaçların mülkiyeti ise mukâta‘alı vakfın mutasarrıfına (kullanana) ait olan vakıflar demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 397; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 475. İcâreteynli vakıflar gibi, mukâta‘alı vakıflar da yangın, zelzele gibi sebeplerle harap olan vakıfları yeniden ihya ederek mahlûkatın hizmetine arzını gaye edinmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 260, 261.

<sup>140</sup> İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 599; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121, 122.

<sup>141</sup> **İshâd=istishâd**, bir konuda bir şahsı şahit tutmak, bir hadiseyi ona tanıklık edecek kişiye gösterip anlatmak demektir. Buna istishâd da denir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 272. Yahut tanık göstermek, şahitliğine başvurmak, belge ve kanıt göstermek anlamlarına gelir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 344.

<sup>142</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Haddâdî, *Cevhere*, II, 179; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 179; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 222, 223; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 174; Şoman, *'Ismetü't-Dem ve'l-Mâl fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, s. 10; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 60, 61.

yoldan geçit(ş) hakkı (hakk-ı mürûr)<sup>143</sup> vardır. Tekaddüm için “ben N’ye tehlike arzeden duvarını yıkması için gittim” demek, yeterlidir. Mâlikîler dışında<sup>144</sup> tekaddümde şahit göstermek şart değildir. Çünkü işhâd sadece –olası- inkârı def‘ içindir.<sup>145</sup> Nitekim yerleşik bir hukuk kuralına göre, “ed-def‘u envenu mine’r-ref“ yani melhûz/olası bir zararı meydana gelmeden önce gerekli tedbirleri alarak önlemek, ortaya çıktıktan sonra izâle edip gidermekten daha ehvendir (uygun ve az zararlı).<sup>146</sup> Pozitif hukukta da tehlikenin melhûz/muhtemel olması yeterli olup, zararın meydana gelmesini beklemek gerekli değildir.<sup>147</sup>

Hanefîlerin de dâhil olduğu Cumhûr ulemânın dediği gibi, işhâd sadece tazminatı ispat için zorunludur. Şayet yapı mâliki kendisinden zarara sebebiyet veren duvarının zararın vukuundan önce yıkımının istenmiş olduğunu itiraf edecek olursa, vaktiyle işhâd yapmamış olsa bile tazmin sorumlusu olur.<sup>148</sup>

İshâd “şahit olun ki, ben A’ya tehlike arzeden şu duvarını yıkması için talepte bulundum” şeklinde de olabilir. İşhâtta iki erkeğin yahut bir erkek ile iki kadının tekaddümleri muteberdir.<sup>149</sup> Çünkü tazminat hukuku davalarına şahitlik, ceza hukuku (cinayet) davalarına şahitlik gibi sert ve ağır değildir.<sup>150</sup>

Daha etraflı bir işhâd ise, şu şekilde yapılabilir: “Şahit olun, ben B’ye bu veya şu duvarının tehlikeli olduğuna ilişkin tekaddümde bulunuyorum. Duvarın mal ya da

<sup>143</sup> **Hakk-ı mürûr**, geçit(ş) hakkı demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 425; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 256.

<sup>144</sup> Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VIII, 111; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 175. Ancak İmam Mâlik’in (ö. 179/795) talebesi Eşheb’den (ö. 204/819) rivayet edilen bir görüşüne göre de eğer duvar iyice yıkılmaya yüz tutmuş ve yıkıldığında da kesinlikle itlâfa sebebiyet verecek kadar kötü bir hâl almışsa, ikaz ve işhâd şartı aranmaksızın oluşan zarar mâlikinden tazmin edilir. Bkz. Sâbık, *Fıkhu’s-Sünne*, II, 492; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 221-223.

<sup>145</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 567, 568; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9; Bâbertî Ekmeluddîn Muhammed b. Mahmûd, *Şerhu’l-Înâye ‘ale’l-Hidâye (Şerhu Fethi’l-Kadîr Tekmilesi İle Birlikte)*, I-X, 2. B., Beyrût, Dâru’l-Fikr, ts., IX, 253, 255; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 180; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, VII, 5793.

<sup>146</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 95.

<sup>147</sup> Karahasanoğlu, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 659.

<sup>148</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, VII, 5793.

<sup>149</sup> Kâsânî, *el-Bedâi’*, VII, 284; İbnü’l-Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. ‘Abdolvâhid b. Mes‘ûd es-Sivâsî, *Şerhu Fethi’l-Kadîr (Netâicu’l-Efkâr fî Keşfi’r-Rümûzi ve’l-Esrâr Tekmilesi İle Birlikte)*, I-X, 2. B., Beyrût, Dâru’l-Fikr, ts., X, 321, 322, Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, VII, 5793.

<sup>150</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 542; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180. Ayrıca konularına göre şahitlik nisapları için bkz. H. Yunus Apaydın, “Şahit”, *DİA*, c. XXXVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2010, ss. 278–283, s. 279, 280.

can itlâfına sebebiyet vermeden önce onun halçaresine bak. Onu zarar vermeden yıkıver veya tamir et.”<sup>151</sup>

Ayrıca işhâdın *resmi bir makam yanında yapılması* da şart değildir. Ancak, davalının ileride bu durumu inkâr edememesi için ikazın şahitlendirilmesi ihtiyâten gereklidir. Hâsılı, mâlikin tekaddümü inkâr etmesi halinde ikaz ve uyarının vaktiyle yapılmış olduğu iki erkeğin veya bir erkek ile iki kadının şahitliği ile sabit olur.<sup>152</sup>

## (2) Bina mâliki ikaz edilmediğinde sorumlu tutulmaması

Eğer yapı mâlikinden tehlike arzeden yapıyı yıkması istenmemiş ve sonunda can veya mal itlâfına yol açmış ise, mâlikin tazmin yükümlülüğü yoktur. Çünkü yapı sahibi başlangıçta yapıyı kendi mülkünde özenle, hukuka uygun bir şekilde bina etmiştir. Bilâhare duvarın yıkılmasında onun bir dahli, kusuru ve te'addîsi yoktur. Bu durumda bina veya diğer bir yapı eseri sanki hiç tehlike arz etmeden yıkılmış gibi değerlendirilir. Tıpkı rüzgârın birisinin ellerine -nereden kopup geldiği bilinmeyen- bir elbiseyi tutuşturduktan sonra bilâhare düşürüp kaybettiği elbise meselesine benzemekte olup hukukî bir sorumluluk doğurmaz.<sup>153</sup>

eBK. 58 (BK. 69)'a göre de, mâlikin sorumlu tutulabilmesi için bina veya diğer bir yapı eserinden bakım eksikliği/muhafazadaki kusur sebebi ile bir zararın oluşması gerekir.<sup>154</sup>

## 5) Zararın Vuku Bulması

Bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin mesuliyeti için maddî veya manevî bir zararın vuku bulması gerekir. Bina sebebi ile mala veya cana yönelik oluşan her türlü zarar tazmin sebebidir. Sorumluluk için zararın vukuu şart ise de, olası yani henüz gerçekleşmeyen ama vukuu muhtemel olan zararların vukuundan önce bertaraf edilmesi mâlikten istenebilir. Nitekim “şahit olun, ben A'ya bu veya şu duvarının tehlikeli

<sup>151</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 542; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180.

<sup>152</sup> Seybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9, 10; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128, 129; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 226; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 243; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 243; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119.

<sup>153</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 283; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 541, 542; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 491, 492; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5792, 5793; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 174.

<sup>154</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 191; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 113, 114; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 591-593; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 194; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 146; Naimi, *a.g.tz.*, s. iii, 48-50.

olduğuna ilişkin tekaddümde bulunuyorum. Duvarın mal ya da can itlâfına sebebiyet vermeden önce onun halçaresine bak. Onu zarar vermeden yıkıver veya tamir et”<sup>155</sup> ikazı, mâlikten sahibi olduğu binanın olası zararının önünü almak için her türlü emniyet tedbirlerini almasını şahitler huzurunda istenebileceğinin ifadesidir.

Borçlar hukukunda da İslâm hukukuna benzer hükümler geçerli olup, BK. 70’e göre, “bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.” Ayrıca eBK. 59’a göre de “bir binadan yahut diğer bir şahsın imal ettiği şeylerden dolayı zuhura gelecek bir zarara maruz olan kimsenin, tehlikeyi bertaraf etmek için, lâzımgelen tedbirlere tevessül etmesini mâlikten talep etmeğe hakkı vardır. Şahısların ve malların vikayesine dair olan zabıta nizamları bakidir.”<sup>156</sup> Meselâ, ileri derecede çatlaklar bulunan bir yapının zarar vukuundan önce tamir edilmesi, olası tehlikenin önüne geçilmesi istenebileceği gibi, sokakta uluorta açılan bir çukurun kapatılmadığı durumlarda belediyeden lüzumlu tedbirleri alması istenebilir.<sup>157</sup> Literatürde mâlikten tehlike arzeden binasına ilişkin gerekli bütün tedbirleri almasını istenebilmesine “tehlikenin izâlesi davası” denir.<sup>158</sup> Veya yapılacak olan masraflar bina mâlikine ait olma şartı ile talep eden kişi de (mutâlip=davacı) vukuu muhtemel olan bu zararı önleme yoluna gidebilir.<sup>159</sup>

Gerek İslâm hukukunda ve gerekse pozitif hukukta giderilmesi istenilen zarar, maddî bir zarar olabileceği gibi, manevî bir zarar da olabilir. Bir başka deyişle izâlesi istenilen zarar, mala veya kişiye yönelik bir zarar da olabilir.<sup>160</sup> Meselâ, zarar binanın fena yapım veya bakım eksikliği sebebi ile oluşan bir zarar olabileceği gibi, makarr-ı nisvân, lokanta-çöp-ahır-lâğım-tabaklama ve mezbaha kokuları, duman, rutubet, ses, gürültü, güneş-manzara-rüzgâr-hava-ışık hakkı, ağaç dalları, ağaç kökleri, disko, akıl hastanesi, demirci dükkânı, değirmen gibi şeyler de olabilir.<sup>161</sup>

<sup>155</sup> Merđinânî, *el-Hidâye*, IV, 542; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180.

<sup>156</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 50, 51.

<sup>157</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 51.

<sup>158</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 196, Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 127, 131; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 325, 326; Naimi, *a.g.tz.*, s. 51.

<sup>159</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 51; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 131.

<sup>160</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 51, 62-64, 83.

<sup>161</sup> Bkz. Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 408, 459, 460; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 51, 52; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42, 43; Bağdâdî, *Mecme’u’d-Damânât*, s. 166; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 243; Yazır, *a.g.e.*, II, 167-182; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 382; Arsebük, *Borçlar Hukuku I*, 616, 617; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 104, 131; Turhan Esener, *Eşya*

## 6) İlliyet Bağının Bulunması

Hem Türk pozitif hukukunda<sup>162</sup> hem de İslâm hukukunda haksız fiilin verdiği zararın izâle sorumluluğu için, fiil ile zarar arasında uygun bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Bir şahsı bir zarardan mesul tutabilmek için, mezkûr zararın ilgili şahsın fiilinin bir neticesi olması gerekir.<sup>163</sup> Yani *o şahsın o fiili olmasaydı o zararlı sonuç da olmayacaktı*, diyebiliyorsak fiil ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı vardır demektir.<sup>164</sup>

Meselâ, bir kimse kendi mülkünde bir kuyu açsa, bu onun maslahatının bir gereği olup fiilinde hukuka aykırılık da yoktur. Ancak yetkili makamlardan izin almadan umum yolda kuyu açan veya taş ya da inşaat enkazı bırakan kişi hukuka aykırı olan bu fiillerinin sebep olacağı zararın sorumlusu olur. Haksız fiilinden dolayı helâk olan şey mal ise, kıymetinden; mal değil de nefis/can ise, diyetinden mesul olur.<sup>165</sup>

eBK. 58 (BK. 69)'a göre de mâlikin sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen zarara bina veya diğer bir yapı eserinin yapım veya bakım noksanlığının sebebiyet vermesi yanında bir de mâlikin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağının kesilmemiş olması gerekir.<sup>166</sup> Meselâ, bir kiracı kaçak elektrik kullanırken ceryana kapılıp ölse, olayda uygun illiyet bağı olmadığı için bina mâliki sorumlu tutulamaz. Çünkü araya mağdurun kendi fiili girmiş olur ki<sup>167</sup>, İslâm hukukunda bu duruma *haylûlet*<sup>168</sup> denir.

---

*Hukuku (Temel Kavramlar)*, bsy., Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 142 vd.; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 287; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 578; Tekinay, 'v.d.', *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 693; Naimi, *a.g.tz.*, s. 51, 62-64, 83.

<sup>162</sup> Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 188, 189; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 124-126; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 290-297; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82, 83; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9-12, 51, 52.

<sup>163</sup> Karş. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65; Tekinay, 'v.d.', *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 700; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9, 51, 52; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 631; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 490 vd.; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 119; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 69.

<sup>164</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 82; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65.

<sup>165</sup> Karş. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 576, 577; Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 373-375; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 12-15; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538, 539; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 144, 145; Hicâvî, *el-İknâ'*, IV, 199, 200; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 178; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 244; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VI, 132, VIII, 8.

<sup>166</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 193, 194; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114, 115; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 195; Naimi, *a.g.tz.*, s. 51, 52, 83.

<sup>167</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 52. Nedensellik bağının kesilmesine ilişkin diğer bazı örnekler için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 53; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 616; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 34, 35; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 340, 341, 345, 371, 500, 593, 609, 613, 627; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114, 115; Tekinay, 'v.d.', *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 725, 726, 1342 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 350, 359, 360, 366, 374, 411.



Meselâ, A'nın yola bıraktığı inşaat enkazını B oradan alıp bir başka yere nakletse ve bu sebeple bir kişi veya bir araç mezkûr enkaza çarparak zarar görse, olayın tazmin sorumlusu sadece B olur. Çünkü B, enkazı bir başka yere nakletmekle A'nın fiilinin eserini yok edip illiyet bağına kesmiştir.<sup>169</sup>

Mecelle bu hususu şöylece kanunlaştırmıştır: “*Bir şeyin telefine sebep olan bir iş işlemiş olduğu halde araya bir fiil-i ihtiyârî haylûlet eylese (girse) yani başka bir kimse ol şeyi mübâşeretden itlâf etse ol fiil-i ihtiyârî sâhibi olan fâil-i mübâşir zâmin olur.*”<sup>170</sup>

### 7) Bina Mâlikinin Kurtuluş Beyyinesi İleri Sürememesi

Yapı mâlikinin oluşan zarardan sorumlu tutulabilmesi için, lüzumlu olan şartlardan bir diğeri de mâlikin *kurtuluş beyyinesi*<sup>171</sup> getirip getiremeyeceği meselesi veya onun sorumluluk karinesini çürütüp çürütemeyeceği meselesidir.<sup>172</sup>

İslâm hukukçularının ileri sürdükleri görüşlere değinmeden önce, meselenin vuzûhiyeti açısından öncelikle Türk pozitif hukukunda bina mâliklerine kurtuluş kanıtı getirme hakkı ve imkânı tanınmadığını öncelikle söylememiz gerekir. *Bir başka ifade ile bina mâliki, istihdam eden ve hayvan idare eden gibi sorumluluk karinesini*

<sup>168</sup> **Haylûlet**, bir fiilin (olayın) zararlı bir sonucu ika etmesi beklenirken bir başka fiilin araya girip birinci fiil ile sonucu arasındaki nedensellik bağına keserek aynı zararlı sonucun ortaya çıkması hâdisesine illiyet bağına kesilmesine denir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 188; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 83, 84; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 593; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 34-37; Naimi, *a.g.tz.*, s. 9-12, 52; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 492, 506; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 126.

<sup>169</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 578, 579; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 371; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 539; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 46; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176; Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, V, 346, 347; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 360; Ğamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 505.

<sup>170</sup> *Mecelle*, md. 925.

<sup>171</sup> **Kurtuluş beyyinesi**, borçlunun borcunu ifâ etmemesinde herhangi bir kasdı ve ihmalinin bulunmadığını veya borçlunun edimini ifâ edememesinin olağanüstü bazı hallerden ve mücbir sebeplerden kaynaklandığını ileri sürebilme (def'i) hakkı ve imkânı demektir. Veya mesuliyetten kurtulabilmek için borçluya kurtuluş kanıtı getirebilme hakkını ve imkânını ifade eden hukukî bir terimdir. Türk pozitif hukukunda illiyet bağına kesen haller dışında bina mâlikine kurtuluş beyyinesi getirme hakkı ve imkânı tanınmamıştır. Çünkü bina mâlikinin sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk hâlidir. Detaylı bilgi için bkz. Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 89, 115, 120-130; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 187, 188; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 296, 297; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 581; Tekinay, 'v.d', *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 700; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 182-184; Naimi, *a.g.tz.*, s. 52, 53; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 373; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 160, 161.

<sup>172</sup> Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 587; Naimi, *a.g.tz.*, s. 52, 53.

*çürüterek mesuliyetten kurtulamaz.*<sup>173</sup> Ancak genel kurallardan, mücbir bir sebep, mağdurun kendi kusuru (müterafik kusur) veya üçüncü şahsın kusuru ile zararlar fena yapım yahut bakım noksanlığı (muhafazadaki kusur) arasında uygun illiyet bağının kesilmemiş olması şartları bundan istisna edilebilir. Meselâ, binanın sakat ve çürük olduğunu bildiği halde binadan yararlanmaya devam eden şahsın uğradığı zararda illiyet rabitası kesileceği için mâlik mesul tutulamaz.<sup>174</sup>

Araştırmamız esasında pozitif hukukta “*bina mâlikinin kurtuluş kanıtı getiremeyeceği*” fikrinin galip görüş olduğunu tespit ettik.<sup>175</sup> Meselâ, mâlik seyahatte olduğundan veya ağır bir beyin kanaması geçirdiğinden yahut temyiz kudretini kaybettiğinden olsa bile yapıdaki bozukluğu giderememesi hallerinde kusursuz olmasına rağmen sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü kanun yapı mâlikini kusursuz sorumluluk çeşidi ile mesul tutmaktadır.<sup>176</sup> Nitekim İBK. nun 58. maddesinin (BK. 69) 1. fıkrasında, “*bir bina ya da öteki tüm yapıt sahipleri, o şeyin hatalı yapılmasından veya bakım eksikliğinden ileri gelen zarardan sorumludur*” hükmü yer almaktadır. “*Yasakoyucu bu hükümlerle, çoğunlukla bir özen eksikliğinden kaynaklanan bir sorumluluk esasını kabul etmiş olup, diğer sorumluluklardan farklı olarak bina mâlikine kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanımamıştır. Yani bina mâlikinin sorumluluğu sert ve katı bir mesuliyeti içerir. Çünkü mâlik şahsen hiçbir kusur işlememiş olsa dahi, hatta zarar sırf bir rastlantıdan veya üçüncü kişinin kusuru ile meydana gelmiş olsa bile, sorumlu olur.*”<sup>177</sup>

Bütün bu izahatlardan sonra şimdi de İslâm hukukunda bina mâlikinin kurtuluş beyyinesi getirip getiremeyeceği veya bina mâlikinin sorumluluk karinesini çürütüp çürütemeyeceğini maddeler halinde şu şekilde özetleyebiliriz:

#### ***a) Binanın Başlangıçta Sağlam Bir Şekilde İnşa Edilmemiş Olması***

Bütün İslâm hukukçularına göre, fena yapımdan kaynaklanan zararlar uyarı olup olmadığına bakılmaksızın mâlik tarafından tazmin edilir. Çünkü mâlik başlangıçta

<sup>173</sup> Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 587; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 191, 192.

<sup>174</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 312.

<sup>175</sup> Bkz. Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 93; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 191; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 161; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 312.

<sup>176</sup> Karş. Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 700; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 614-616; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 182-184; Naimi, *a.g.tz.*, s. 52, 53.

<sup>177</sup> Deschenaux, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 192.

binasını özenle inşa etmediği için, hukuka aykırı bir fiil işlemiştir, müte‘addîdir.<sup>178</sup> Dolayısıyla böylesi hallerde bina mâlikinin kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulma hakkı ve imkânı yoktur.

### **b) Binanın Başlangıçta Sağlam Bir Şekilde İnşa Edilmiş Olması**

Yapı mâliki binayı başlangıçta sağlam bir şekilde inşa ettikten sonra bina umum yola veya bir başkasının evine doğru yıkılarak bir şeyi itlâf etse, itlâf olan şeyin tazmini hususunda fakihlerin iki görüşü vardır:

#### **(1) Yapı mâlikinin sorumlu olmaması**

Şâfiilere ve Hanbelî hukukçularının tercih edilen bu görüşüne göre, mâlik, sağlam yapılmış bir yapının sebep olacağı zarardan sorumlu tutulmaz. Bir başka deyişle böyle bir durumda yapı mâlikinin giderim sorumluluğu yoktur. Çünkü yapı mâliki başlangıçta kendi mülkünde, özen sorumluluğuna riayet ederek, hukuka uygun ve haklı bir tasarrufta bulunmuştur. Bilâhare binanın meydana gelmesiyle mâlikinin fiili ile meydana gelmemiştir. Bina sanki tehlike arz etmeden yıkılmış gibi değerlendirilir.<sup>179</sup> Yetkili makam tarafından kendisine işhatta bulunulsa dahi bu hüküm değişmez. Çünkü o, başlangıçta hukuka uygun davranmıştır. Duvarın meydana gelmesiyle mâlikinin işhatta bulunulması hâdis (ârizî) bir şeydir. Bu hukukî olayda mâlikin herhangi bir ihmali ve kusuru yoktur. Ancak tasarrufunda olan duvarı riskli halde bıraktığından dolayı isâette bulunmuş ve günah işlemiştir.<sup>180</sup> Dolayısıyla bina başlangıçta sağlam bir şekilde inşa edilmiş ise, bilâhare yıkılıp zarara sebebiyet verse, mâlikin kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulma hakkı ve imkânı vardır.

#### **(2) Yapı mâlikinin sorumlu olması**

<sup>178</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 377, 378; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 283; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 827, 828; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, V, 47; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 402, 403; Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, V, 343, 344; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 359; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 179-181; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 258; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 183; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601; Bilmî, *a.g.e.*, VII, 388; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî*, VII, 5790, 5791.

<sup>179</sup> Müzenî, *Muhtasarü'l-Müzenî*, s. 328; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, V, 542 vd.; 'Gamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 505; Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 491, 492; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî*, VII, 5792; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172 vd.

<sup>180</sup> Müzenî, *Muhtasarü'l-Müzenî*, s. 328.

Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî hukukçularından oluşan Cumhûr fukahânın görüşüne göre ise, yapı sağlam bir şekilde inşa edilmiş olsa da binanın yıkılması ile meydana gelecek zarardan mâlik sorumlu olur. Ancak bunun için bina mâlikinin ikaz edilmiş olması gerekir.

İslâm hukukunda herkesin umum yoldan selâmetle geçiş hakkı olup, bu hak engellenemez. Şayet yapı mâlikinden tehlike arzeden binasını yıkması istenmiş, o da yapıyı yıkılması mümkün olabilen bir süre içerisinde yıkmadı ise, telef olan can veya malı tazminle yükümlüdür. Çünkü bertaraf etmekle yükümlü olduğu olası bir tehlikeyi önlemekten içtinaptan dolayı hukuka aykırı davranmıştır. Tıpkı rüzgârın uçurtup birisinin eline tutuşturduğu bir elbiseyi teslim etmesi istendiği halde onu teslim etmeyip mezkûr elbisenin itlâf olması örneğinde olduğu gibi tazmin yükümlüsü olur. Dolayısıyla böylesi durumlarda bina mâlikinin kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulma hakkı ve imkânı yoktur.<sup>181</sup> Ayrıca, Mâlikîler<sup>182</sup> dışında kalan hukukçulara göre, tekaddümde işhâd şart değildir. Çünkü işhâd sadece –melhûz, olası- inkârı def' içindir.<sup>183</sup> Mâlikî mezhebine göre ise işhâd şarttır; eğer tekaddüm şahitler huzurunda yapılmamış ise, mâlik kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulabilir.

Bir başka husus ise, işhâdın *resmi bir makamda yapılması* şart değil ise de davalının ileride bu durumu inkâr edememesi için ikazın şahitlendirilmesi ihtiyâten gereklidir. Dolayısı ile işhâdın resmi bir makamda yapılmamış olması da bir kurtuluş beyyinesi sebebi olarak değerlendirilebilir.<sup>184</sup>

Bu bilgilere göre eğer yapı mâlikinden tehlike arzeden yapıyı yıkması istenmemiş ise, yapının sebep olduğu can veya mal itlâfını, mâlikin tazmin yükümlülüğü yoktur. Çünkü yapı mâliki başlangıçta yapıyı kendi mülkünde özenle, hukuka uygun bir şekilde bina etmiştir. Bilâhare duvarın yıkılmasında mâlikin bir

<sup>181</sup> Karş. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190, 191; Serahsî, *Mebûsât*, XXVII, 8, 9; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 283; Hicâvî, *el-İknâ'*, IV, 206; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5792, 5793; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 87, 88; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 59-61. Ayrıca tarifler bahsi için bkz. *Mecelle*, md. 926, 927, 928, 932, 933, 934, 935, 1213-1223.

<sup>182</sup> Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VIII, 111; 'Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 175.

<sup>183</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebûsât*, XXVII, 9; Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 253, 255; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 180.

<sup>184</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567; Serahsî, *el-Mebûsât*, XXVII, 9, 10; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128, 129; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 182; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 243; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 243; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 226.

kusuru ve te'addîsi yoktur. Bu durumda bina sanki hiç tehlike arz etmeden yıkılmış gibi değerlendirilir. Tıpkı rüzgârın birisinin ellerine -nereden kopup geldiği bilinmeyen- bir elbiseyi tutuşturduktan sonra bilâhare düşürüp kaybettiği elbise meselesine benzemekte olup hukukî bir sorumluluk doğurmaz.<sup>185</sup> Dolayısıyla ikaz edilmemiş ise, bina mâliki bu durumu bir kurtuluş beyyinesi olarak ileri sürebilir.

### (3) *Yapı tehlike arz ediyor ise*

İbn-i Ebî Leylâ (ö. 148/765), Ebû Sevr (ö. 161/778), İshâk b. Râhûye (ö. 277/890) ve bazı Hanbelîlere göre, duvar (yapı) tehlike arzettikten sonra mâlik ister ikaz edilmiş olsun ister ikaz edilmemiş olsun oluşacak olan zararı gidermekle yükümlüdür. Çünkü mâlik, duvarını riskli ve tehlikeli bir halde bırakmakla haksız davranmış ve kusur işlemiştir. İşte bu kusuru ile mâlik yapıyı sanki başlangıçta eğimli yapmış gibi -fena yapım (yapım bozukluğu)- değerlendirilerek zarardan sorumlu tutulur.<sup>186</sup> Dolayısıyla böylesi bir durumda bina mâliki kurtuluş beyyinesi ileri süremez.

### (4) *Yapı yüksek tehlike arz ediyor ise*

İmam Mâlik'in talebesi Eşheb'den (ö. 204/819) rivayet edilen bir görüşüne göre de eğer duvar iyice yıkılmaya yüz tutmuş ve yıkıldığında da kesinlikle itlâfa sebebiyet verecek kadar kötü bir hâl almışsa, ikaz ve işhâd şartı aranmaksızın mâlikinden oluşan zarar tazmin edilir.<sup>187</sup> Böylesi bir durumda da bina mâliki kurtuluş beyyinesi ileri süremez.

Muasır İslâm hukukçusu Karaman'a göre, birinci görüş (1) yani Şâfiî ve Hanbelîlerin müreccah görüşü, *hakkaniyet ve adalet ülküsü*<sup>188</sup> ile kamu yararına aykırı olup zayıf bir görüştür.

İkinci görüş (2) yani Cumhûr'a (Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlerin bir diğer görüşü) göre, zarara sebebiyet veren yapı mâlikinin mesul tutulabilmesi için zararın vukuundan önce ikaz edilmiş olması şarttır. Bu görüş tehlike arzeden bina mâliklerinin lehinde ise de kamu yararına ve hukuk mantığına aykırıdır. Çünkü her şahıs kendi mülkü ile

<sup>185</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 283; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 541, 542; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 491, 492; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5792, 5793; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 174.

<sup>186</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221-223.

<sup>187</sup> Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 492; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221-223.

<sup>188</sup> **Hakkaniyet ve adalet ülküsü** için bkz. Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 59.

yakından ilgilenmeli, ortaya çıkan aksaklıklarını, olası tehlikelerini başkalarından önce görmeli, gereken tedbirleri almalı ve başkasının ikazına mahal bırakmamalıdır. Dolayısı ile bu görüş de tercihe şayan bir görüş değildir.

Üçüncü görüş (3) yani İbn-i Ebî Leylâ, Ebû Sevr, İshâk b. Râhûye ve bazı Hanbelîlerin görüşüdür ki, yapı tehlike arz ediyorsa ikaz edilmese dahi gerekli önlem ve emniyet tedbirlerini almadığından dolayı yapı mâlikini sorumlu kılan bu içtihat kamu yararına, *hakkaniyet ve adalet ülküsüne* en uygun olan görüştür.<sup>189</sup> Doğrusu biz de bu görüşün kamu yararı açısından daha üstün olduğuna kaniyiz.

### III. YAPI MÂLİKLERİNİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Yapı mâliklerinin sorumluluğunun kapsamı bağlamında bina veya diğer bir yapı eseri mâliklerinin taşkın, eklenti (teferruât=mulhakât=mütemmim cüz), emniyet tedbirlerini tedarik etme, enkaz, hafriyat ve üst hakkı sorumluluğu (hakku't-te 'âllî=superficies) gibi hususlar işlenecektir.

#### A) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN KOMŞU ARAZİYE TAŞMASI

*Taşkın yapı* kavramı, hurmeti<sup>190</sup> ve bazı hükümlerini daha önce ele almıştık. Konunun vuzûhiyeti açısından öncelikle Türk pozitif hukuku doktrinine göre taşkın hususuna değinmemiz gerekir: Bilindiği gibi, eBK. nun 58'inci (BK. 69) maddesi gereğince, ika olunan zarar sebebi ile mâlikin sorumlu tutulabilmesi hususu yapı mâlikinin kim olduğu, arsanın mülkiyetinin kime ait olduğunu tespit etmekle mümkün olur. Öğretideki bu husus pratikte her zaman doğru sonuçlara ulaştırmayabilir. Çünkü bazen inşa olunan bina ve yapıların *taşkın bina* niteliği arzettiği bilinen bir gerçektir. Tecavüz eden inşaat durumlarında sorumlu tutulacak olan şahıs kim olacaktır? Mâliki olduğu arsası kısmen olsa dahi gasbedilerek üzerine bina çıkılan mağdur şahıs mı, yoksa bu haksız eylemin fâili konumunda olan gasıp kişi mi?<sup>191</sup> TMK. 725'e göre<sup>192</sup>, bina

<sup>189</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 527.

<sup>190</sup> **Hurmet**, haramlılık ve hukuka aykırılık demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 205; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 288.

<sup>191</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 35-38. Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, s. 435 vd.; Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 133-137; Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 224- 226; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 155, 156.

veya diğ er bir yapı eserinin komş u araziye taşması halinde binanın bütününe bakılması gerekir ki, sorumluluk açısından varılan netice de ş udur: “*Taş an kısmın sorumluluğ u bina ve yapı eserinin ana kısmının mülkiyetine haiz (sahip) olan mâlike ait olur.*”<sup>193</sup>

Bina veya diğ er bir yapı eseri birden fazla taşınmaz üzerinde konumlandırılmış da olabilir. Bu da uygulamada mâliklerin belirlenmesinde bazı zorluk ve sıkıntılara sebep olmaktadır. Böylesi bir durumda “*bina veya diğ er bir yapı eserinin esas kısmının mâlikinin diğ er kısımlarına da mâlik olduğ u kabul edilerek eBK.58 (BK. 69) kapsamında sorumlu tutulmalıdır. Yani eserin bir bütün olarak değ erlendirilmesi gerekmektedir.*”<sup>194</sup>

İslâm hukukuna gelince, “*haksız bir ekici veya dikicinin toprakta hakkı yoktur.*”<sup>195</sup> “*Her kim hakkı olmadığı halde bir karış yeri alırsa, o yer kıyamet gününde yedi kat olarak boynuna geçirilir*”<sup>196</sup> vb. nasslar mücebince İslâm hukukçuları arsa ve arazi gasplarını etraflıca işleyip hukukî çıkarımlar yapmışlardır. Adalet ve hakkaniyet ülküsünün gereğ i olarak -ş er’an- başkasının mülkünü işgal edenin zulmünü bertaraf etmek, hakkı sahibine iade etmek için gasp ve işgal ettiğ i araziye tahliye etmesi emredilir.<sup>197</sup>

İslâm hukukçuları *taşkın* konusunu hem *yatay düzlemde taşkın* (bizzat yatay düzlemde başkasına ait olan bir araziye taşma veya taşkın yapma) hem de *düşey düzlemde taşkın*<sup>198</sup> (meyilli duvar-bina inşa etmek suretiyle başkasına ait olan hava

<sup>192</sup> “Bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan mâlik taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur. Böyle bir irtifak hakkı yoksa zarar gören mâlik taşmayı öğrendiğ i tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediğ i, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiğ i takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğ u arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir.” Bkz. *Taşkın yapılar*, TMK. 725.

<sup>193</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 35.

<sup>194</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 36-38. Detaylı bilgi için bkz. Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 221-226.

<sup>195</sup> Buhârî, “Hars”, 15; Ebû Dâvûd, “İmâret”, 37; Tirmizî, “Ahkâm”, 38; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akziyye”, 26; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, V, 327.

<sup>196</sup> Müslim, “Müsâkât”, 140.

<sup>197</sup> Bkz. Şâfi’î, *el-Ümm*, III, 255; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 106; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 63; İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, s. 44; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VIII, 136; Haddâdî, *Cevhere*, I, 442; ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 401, 500, 670, 692, 702.

<sup>198</sup> **Yatay düzlemde taşkın ve düşey/dikey düzlemde taşkın** kavramları için bkz.

[http://www.gislab.ktu.edu.tr/dosyalar/ecolak/Ek\\_OlcmeBilgisi.pdf/\(27.10.2017\)](http://www.gislab.ktu.edu.tr/dosyalar/ecolak/Ek_OlcmeBilgisi.pdf/(27.10.2017);); Topografya Ders Notları, akademi.itu.edu.tr/arslanab/DosyaGetir/.../TOPOGRAFYA\_DERS\_NOTLARI\_08.pdf/ (27.10.2017); Deniz Deniz, [http://www.csb.gov.tr/db/altyapi/editordosya/tasinmaz%20hukuku.pdf/\(27.10.2017\)](http://www.csb.gov.tr/db/altyapi/editordosya/tasinmaz%20hukuku.pdf/(27.10.2017)). *Yatay ve düşey* kavramlarını kullandık. Nitekim “arazi yatay ve düşey sınırları yeterli vasıtalarla belirlenmiş, yatay ve düşey sınırları bulunan zemin parçasıdır” şeklinde tanımlanmıştır.

boşluğunu işgal) olarak ele almışlardır.<sup>199</sup> Buna “üst toprağa tabidir kuralı denir” (*superficies solo cedit*).<sup>200</sup> Ve bütünüyle başkasına ait olan veya müşterek olan bir alandan ve bu alanın hava boşluğundan intifâ‘ hukuka aykırıdır.<sup>201</sup>

Hâsılı, bina mâlikleri yapım hatasından, dolayısı ile *taşkın inşaattan (tecavüz eden inşaat)* kaynaklanan zararları gidermekle sorumludurlar.<sup>202</sup> Mâlikin sorumlu tutulmasının sebebi, fena yapımından kaynaklanan bir zararın oluşmasıdır. İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre de “zarar giderilir.”<sup>203</sup> Bu sebeptendir ki, müte‘addî olan mâlik bir başka deyişle taşkın bina mâliki haksız fiilinin tazmin sorumlusu olur.<sup>204</sup>

Meselâ, bir şahıs başkasının arsasına bina inşa etse veya ağaç dikse, binayı yıkması, ağacı söküp gasp ettiği arsayı sahibine teslim etmesi emredilir. Yahut gâsıp taşkın yaptığı arazinin kıymetini ödeyerek ona mâlik olur.<sup>205</sup>

Eğer bu sökümlü işlemi arsaya zarar verecek ise, bina veya diğer bir yapı eseri yıkılmış, ağaçlar ise sökülmüş varsayılarak arsa sahibi kıymetlerini gâsıba öder (*maklû‘an kıymet*).<sup>206</sup> Meselâ, arsanın kıymeti ağaçsız-binasız (*çıplak değer, çıplak toprak, çıplak mülkiyet*)<sup>207</sup> yüz dirhem (100 TL.) olsa, ağaçı-binayı yıkmaya ücreti bir dirhem (1 TL.) olsa, ağaçlı-binalı haliyle kıymeti (*mebniyyen kıymet*)<sup>208</sup> yüz on dirhem

---

Bkz. [http://www.ertasinsaat.com/documents/TAPU\\_VE\\_KADASTRO\\_SOZLUGU.pdf](http://www.ertasinsaat.com/documents/TAPU_VE_KADASTRO_SOZLUGU.pdf)(31.10. 2017). Ayrıca gayrimenkûl mülkiyetinin yatay ve dikey kapsamı için bkz. Oğuzman- Seliçi, *Eşya Hukuku*, s. 400-407 vd.

<sup>199</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 612, 613; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 192; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 176, 177; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Emîn, *el-Mes‘ûliyyetü‘t-Taksiriyye*, s. 222, 223.

<sup>200</sup> Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 133; Koschaker, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, s. 156.

<sup>201</sup> Karş. Mâverdî, *el-Hâvi‘l-Kebîr*, XII, 377, 378; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8-13; Mevsilî, V, 45-47; Kâsânî, *el-Bedâi‘*, VII, 283; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 283, 827; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 402-404; Remlî, *Nihâyetü‘l-Muhtâc*, VII, 359; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 53; *Mecelle*, md. 881, 882, 883, 884, 885, 886; Zuhaylî, *el-Fıkhü‘l-İslâmî*, VII, 5791, 5792; Emîn, *el-Mes‘ûliyyetü‘t-Taksiriyye*, s. 222.

<sup>202</sup> Şeybânî, *Kitâbü‘l-Asl*, IV, 570, 571; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 176, 177.

<sup>203</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; *Mecelle*, md. 20.

<sup>204</sup> Şeybânî, *Kitâbü‘l-Asl*, IV, 567, 568; Mâverdî, *el-Hâvi‘l-Kebîr*, XII, 378; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 127; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46, 47; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 176, 177; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 180.

<sup>205</sup> İkinci, *a.g.e.*, s. 511.

<sup>206</sup> **Maklû‘an kıymet**, herhangi bir arazi üzerinde bulunan yapı ve ağaçlara, yıkılıp sökülmelerinden sonra biçilen değer demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 339; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 432, 433. *Mecelle*, md. 884’e göre, “maklû‘an kıymet, ba‘de‘l-kal‘ ebniye enkazının ve eşçarı maklû‘anın kıymetleridir.”

<sup>207</sup> **Çıplak mülkiyet** için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 139; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 84.

<sup>208</sup> **Mebniyyen kıymet ve kâimen kıymet**, bina veya ağaçların buldukları yerde durmak üzere kıymetleri demektir. Bunu tespit etmek için, bina ve ağaçların buldukları yer bir defa bina ve



(110 TL.) olsa, ağaçları sökme, binayı yıkma ücreti bir dirhem (1 TL.) olsa, arsa mâliki gâsıba dokuz dirhem (9 TL.) öder.<sup>209</sup>

İmam Muhammed'e göre, binanın kıymeti arsa ya da tarlanın kıymetinden daha fazla ise, gâsıp arsanın rayiç bedelini ödeyerek arsaya mâlik olur.<sup>210</sup>

Kezâ, zarar hesaplanırken bina mâliki taşkın(ı)/çıkma(sı) -kusuru- nispetinde sorumlu tutulur. Meselâ, yapı mâlikinin 5 birim uzunluğundaki kirişinden üç birimi taşma/taşkın (tecavüz eden yapı) ise, diyetin beşte üçünden mesul olur.<sup>211</sup>

## B) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN MÜTEMMİM CÜZ YA DA EKLENTİLERİ (MULHÂKÂT)

Mütemmim cüz, teferruât veya eklenti, sözlükte bütünleyici, tamamlayıcı parça demektir. Mahallî örfe göre ise, bir şeyin esaslı unsurunu oluşturan ve o şey itlâf, tahrip veya tağyir olmadıkça ondan ayrılması imkânsız olan cüz anlamına gelir. Gözlüğün camı, evin merdiveni, merdivenin korkuluğu (trabzan), çatının bacası, çatının oluğu, pencerenin kafesi gibi şeyler asıldan ayrılması kabil olmayan birer mütemmim cüzdür.<sup>212</sup> Mecelle'de mütemmim cüz yerine, “*tevâbi'i muttasıla-i müstakirre*”<sup>213</sup> deyimini kullanılmıştır.

---

ağaçları ile kıymet ettirilir. Bir defa da bunlar olmaksızın değer biçilir. Aradaki fark bina veya ağaçların “kâimen kıymeti” olur. Binaların bu haldeki değerlerine “mebniyyen kıymet”, ağaçların değerlerine ise, “nâbiten kıymet” de denir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 286, 348; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 390. *Mecelle*, md. 882'ye göre, “kâimen kıymet, ebniye ya eşcârın buldukları yerde durmak üzere kıymetleridir ki arz bir kere ebniye ya eşcâr ile beraber ve bir kere ebniye ya eşcârdan hâlî olarak takvim olunup iki kıymet beynindeki tefâzul ve tefâvüt ne ise ebniye ya eşcârın kâimen kıymeti demek olur.” *Mecelle*, md. 883'e göre, “mebniyyen kıymet, ebniyenin kâimen kıymeti demektir.”

<sup>209</sup> Şâfi'î, *el-Ümm*, III, 255; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 97; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 106.

Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 63; Haddâdî, *Cevhere*, I, 441, 442; Halebî, *Mültekâ*, s. 394, 395; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 175; Meydânî, *el-Lübâb*, I, 441, 442.

<sup>210</sup> Halebî, *Mültekâ*, s. 395; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VIII, 136.

<sup>211</sup> Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 382, 383; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221, 222, 227, 232, 233. Nitekim Türk pozitif hukuk sisteminde de, yargıca (hâkime) zararı meydana getiren fiilin fâilinin kusur derecesini göz önünde tutma yetkisi verilmiştir (Kusur Derecesine Göre Tazminat). Bkz. Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 315-318; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 91; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 527 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 217. Yargıcın takdir hakkı, takdir selahiyeti, takdir yetkisi için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 631; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 171, 540.

<sup>212</sup> TMK. 619/684; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 439, 557. Ayrıca mütemmim cüz, teferruât ve eklenti kavramları için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 185, 496, 647, 648; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 612; Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 154; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 112; Tüzel, *Hukuk Başlangıcı*, s. 129; Tüzel, *Temel Hukuk*, s. 117, 119 vd.; Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 97-104; Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 190-199; Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, s. 8, 9, 262, 263, 266, 431, 709, 756, 757, 823; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 190; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 589, 594, 737, 752; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 295; Karaman,

Mütemmim cüz ile teferruât arasında ifade edilmesi gereken önemli bir nokta; binanın mütemmim cüzleri binaya dâhilse de teferruâtın binadan sayılmadığı meselesidir.<sup>214</sup>

Meselâ, bir evin kapısı, penceresi, bacası, kiremitleri; evin birer mütemmim cüzleridir. Çünkü bunların sökülüp alınması evin harabiyetine sebep olacağı ve evi ev olmaktan çıkaracağı gayet bedihidir.<sup>215</sup> Bu bağlamda İslâm hukukunda balkon, çıkma, cumba, şahniş, sundurma, pencere, pencere kanadı, pencere kafesi, gölgelik, oluk, çatılarda yapılan küçük pencereler<sup>216</sup>, süs ve dekor amaçlı eklentiler, klima, çanak antenler<sup>217</sup>, merdiven, merdiven basamağı<sup>218</sup> vb. mulhakâtın sorumluluğu hakkında fukahâ etraflı bilgiler vermişlerdir.<sup>219</sup>

Bazen çöken bina ve mütemmim cüzleri başkasının cismanî bütünlüğüne, aracına, malına, hayvanına veya binasına zarar verebilir. Bütün bu ihtimaller fukahâ tarafından ele alınarak kazuistik yöntemle etraflı bir şekilde işlenmiştir. Meselâ, çöken bina bütünüyle mâlikin mülkü sınırları içinde çöktü ise, binanın yıkıntı ve enkazı başkasına ait olan bir alana taşmadı ise, bütün fakihlerin ittifakı ile bu husus tazmine konu olmaz. Bu hüküm başlangıçta hatalı inşa edilen binalar (*fena yapım*) için geçerli olduğu gibi, başlangıçta sağlam inşa edildikten sonra bilâhare yıkılmaya yüz tutmuş (*muhafazadaki kusur, bakım noksanı*) ve tekaddüm (*ikaz*) yapılan binalar için dahi geçerlidir. Çünkü bina mâliki şahsî mülkünde tasarrufta bulunmuştur. Bina mâlikinin bu tasarrufunda hukuka aykırılık yoktur. Zira kişi mülkünde dilediği gibi bina inşa edebilir. Tazmine konu olabilecek olan durum ancak te'addî halidir. Meselâ, binası umum yola veya başkasının mülkü üzerine yıkılan kişi, oluşan zarardan hukûken sorumludur. Çünkü mâlikin tasarrufu hukukî alanını taşmıştır. Oysa binanın yıkıntı ve enkazı kendi

---

*Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 527; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 162, 163; Naimi, *a.g.tz.*, s. 35, 36.

<sup>213</sup> *Mecelle*, md. 232.

<sup>214</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 612. Mütemmim cüz ile teferruât arasındaki farklar için bkz. Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 190-199.

<sup>215</sup> Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 190.

<sup>216</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 612, 613; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 381; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Serahsî, *el-Mebsût*, 6-14; 14-22; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Halebî, *Mültekâ*, s. 474; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 177; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 60, 61; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221-228, 232, 233; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 179-184, 185.

<sup>217</sup> 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 179-184.

<sup>218</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 190-192.

<sup>219</sup> Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221.

sınırları içinde kalarak bir zarara sebep olsa idi bina mâliki zararın giderim sorumlusu olmayacaktı.<sup>220</sup> Nitekim İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, “*tasarrufu’l-insâni fî hâlisi hakkıhi innemâ yesihhu izâ lem yetezarrar el-câru ve gayruhu.*”<sup>221</sup> Yani kişinin kendi mülkünde –dahi olsa- tasarruf hakkı ve yetkisi ancak komşusuna ve bir başkasına zarar vermemek şartı ile mukayyettir.

Balkon, cumba, pencere kanadı, pencere kafesi, sundurma, gölgelik, oluk, çatılarda yapılan küçük pencere, klima, çanak anten, saksı, süs ve dekor amaçlı vb. şeyler (eklentiler) düşerek mal veya can itlâfına sebebiyet verse, bina mâliki tazmin sorumlusu olur mu?

Bütün bu eklentiler sebebi ile meydana gelen zararlar eğer mâlikin mülkiyet sınırları içinde vuku buldu ise, mâlikin te’addî ve ihmali (*tefriti*) yok ise, bir de bina veya eklentiler yıkıldığında enkazı gayrın mülküne dağılıp sirayet etmedi ise, herhangi bir tazminin söz konusu olmayacağına ilişkin İslâm hukukçuları arasında görüş birliği bulunmaktadır. Çünkü mâlik kendi mülkiyetinde tasarruf yetkisini kullanmıştır. Her insan iyiniyet kuralları çerçevesinde mülkünde tasarruf hakkına sahiptir. Bunun sebepsiz/kanunsuz sınırlandırma (*takyit*) ciddi zorluklara (*harâç*) sebebiyet verir. Dinde de zorluklara yer yoktur.<sup>222</sup> Bu hüküm mülkiyet hakkının hakkaniyet ölçü ve hudutları içinde kullanılması halinde geçerlidir. Fakat mâlikin te’addî ve ihmali var ise, başkasının mülkiyet sınırlarına taşmış ise, örneğin oluğu, pencere kafes veya pencere korkuluğu gibi şeyleri kamuya ait olan yola taşırdı ise, eklentiler de düşerek birinin mal veya can itlâfına sebebiyet verdi ise, mâlikin tazmin sorumluluğu hakkında İslâm hukukçularının iki farklı görüşü söz konusudur:

### 1) Mâlikîlerin Görüşü

<sup>220</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151, Mâverdi, *el-Hâvi’l-Kebîr*, XII, 382, 383; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 42; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45-47; Halebî, *Mültekâ*, s. 475, 476; Mevkûfâtî, *Şerhu’l-Mevkûfâtî*, II, 260, 261; Hicâvî, *el-İknâ’*, II, 357; Bağdâdî, *Mecme’u’d-Damânât*, s. 176, 177; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 179-181; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, VII, 5790-5795; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172 vd., 180.

<sup>221</sup> Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 30, 31. Kezâ, “herkes mülkünde keyfe mâ-yeşâ’ tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse mâliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan menedilir.” *Mecelle*, md. 1192. “Hiç kimse mülkünde tasarruftan men’ olunamaz. Meğerki âhara zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men’ olunabilir.” *Mecelle*, md. 1197.

<sup>222</sup> “Dinde sizin için bir zorluk kılmadı.” Hacc, 22/78. “Bu din gerçekten kolaylıktır.” Buhârî, “İmân”, 29; “Meşakkat teysîri celb eder.” Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 37; *Mecelle*, md. 17; “Bir iş zîk oldukça müttesi’ olur.” İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; *Mecelle*, md. 18.

Mâlikîlerin mutemet olan görüşüne göre, yol işlek olsun olmasın binitli bir kişinin başı oluk, kemer ve benzeri eklentilere değmeden güvenli bir şekilde geçebiliyor ise, hukuk bu nevi pencere kafesi, pencere kanatı, oluk gibi yapıların ihdasına cevâz verir. Bu ölçüler doğrultusunda inşa edilen yağmur oluğu, gölgelik gibi eklentiler düşüp bir canı ya da malı itlâf etse, hâdiseler heder olup bina mâlikinin tazmin sorumluluğu olmaz. Çünkü fiil hukuka aykırı bir fiil değildir.

Mâlikî hukukçularından İbn-i Ferhûn'a (ö.183/799) göre, yağmur suları için çatıya yerleştirilen oluk bir müddet sonra düşüp bir şahsı ya da malı itlâf etse, bina mâlikinin tazmin sorumluluğu olmaz. Çünkü fiil hukuka aykırı bir fiil değildir.

Desûkî (ö. 1230/1815) gibi bazı Mâlikî hukukçularına göre ise, yapı mâlikinin tazmin sorumluluğunu bazı şartlarla sınırlandırmak gerekir: Meselâ, bina ya da duvar meydedip tehlike arzettiğinde mâlik şahitler huzurunda ikaz edilmeli, duruma göre tamir ve yıkım için yeterli süre tanınmalıdır. Bütün bu iyiniyetlere rağmen yapı mâlikisi tehlike arzeden binasının halçaresine bakmazsa, itlâf olan şeyin kıymetini ya da diyetini tazminle sorumlu olur.

Mâlikîlerin koştığı bu şartlar ışığında şunu söyleyebiliriz: Pencere kanadı veya kemer yolun güvenliliği ölçüsünce yüksek tutulmadığı sürece mâlik kusurludur, müte'addîdir. Çıkıntı ve eklenti sebebi ile itlâf olan malın kıymetini ve canın da diyetini tazminle yükümlüdür.<sup>223</sup>

## 2) Cumhûr'un (Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîlerin) Görüşü

Bunlardan Hanefî ve Şâfiî ekolü hukukçuları binanın konumlandığı yolun işlek olup olmamasına göre hüküm verdiler:

a) İşlek olmayan yola oluk, pencere kanadı, pencere kafesi, kemer, çatı penceresi yapılabileceğini kabul ederken, işlek olan bir yol söz konusu ise, kamuya zarar vermemek şartı ile sınırlandırmalara gitmişlerdir. Hanbelîler ise, kamuya zarar vermese dahi işlek olan bir yola pencere kanadı gibi şeylerle çıkma/taşma/eklenti yapılması câiz değildir. Bu hüküm Hanbelî ekolünün asıl görüşüdür.

<sup>223</sup> 'Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 181-184; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5790-5795.

Ancak Hanefî ve Şâfiîler her ne kadar işlek olan bir yola pencere kanadı gibi çıkma/taşma yapımına kamuya zarar vermemek şartı ile cevâz vermişlerse de, bunların düşmesi veya birine veya bir şeye değmesi sebebiyle herhangi bir zararın meydana gelmesi halinde çıkma/taşma bina mâlikinin itlâf olan şeyin kıymetini tazmin edeceği konusunda Hanbelîlerle müttefiktirler. Çünkü *mukayyeden tanınan cevâz-ı şer‘i tazmine mani‘ değildir.*

Şâfiîlere göre, çıkma yapımı konusunda yetkili makamın izin vermesi ile izni olmaksızın inşa edilmesi arasında bir fark yoktur. Çünkü kamu yolundan yararlanma selâmet ve güvenlik şartı ile sınırlandırılmıştır.

Hanefî ve Hanbelîlere göre ise, yetkili makamın kamu yoluna çıkma yapımı konusundaki izni tazmine münâfi yani aykırıdır. Çünkü yetkili makamın izni hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Nitekim devlet başkanın velâyet-i ‘âmme yetkisi vardır. Bu durumda çıkma/taşma yapan mâlik sanki kendi mülkünde çıkma yapmış gibi sayılır.

Ancak, Hanefî ve Hanbelîlere göre ise, yetkili makamın izni kamuya zarar vermemek şartı ile mukayyet olduğundan yapılan çıkma kamuya zarar vermemelidir. Çıkma kamuya zarar veriyorsa, bu câiz değildir. Nitekim “*raiyye üzerine tasarruf, maslahata menûttur.*”<sup>224</sup> Yani devlet başkanı bile halkın maslahat ve menfaatine olmayan bir şeyi yapamaz.

b) Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre, işlek olmayan çıkmaz sokakta pencere kanadı, pencere kafesi, kemer gibi şeyler ortakların izni olmadan inşa edilemez. Çünkü çıkmaz sokakta ortaklardan her birinin hissesi bulunmaktadır. Ve de müşterek mülkiyette ortaklardan her birinin izni aranır. Kamuya ait olan bir yoldan (*tarîk-i ‘âmm*) zarar vermemek şartı ile her bireyin intifâ‘ hakkı vardır. Böylesi bir halde ortakların ayrı ayrı rızasını almak zor olacağından dolayı diğerlerine zarar vermemek şartı ile her ortak âdetâ mâlik gibi düşünülür. Fakat işleksiz ve kamuya ait olmayan bir yol (*tarîk-i hâss*) söz konusu olunca hüküm böyle değildir. Çünkü ortaklar sınırlı sayıda kişiler oldukları için ortaklardan her birinin rızasına başvurmak mümkün olup rızaları şarttır.

Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre, işlek olmayan çıkmaz sokakta pencere kafesi, pencere kanadı, kemer gibi şeyler ortaklarının izni ile inşa edilmiş ise, bir şey düşüp

<sup>224</sup> Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 62; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 30; *Mecelle*, md. 58.

itlâfa sebebiyet verdiği çıkıntı yapan kişinin te'addîsi yani hukuka aykırı olan bir fiili olmadığı için tazmin sorumlusu olmaz. Nitekim kendisine izin verilmiş olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Fakat eğer ortaklarının izin ve müsaadeleri yoksa tazmin sorumlusu olur.

Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre, yetkili makamın iznini almadan umum yola doğru yaptığı çıkma/taşkın gibi *yapım hatası* olan yapısını sattıktan sonra bu *fena yapım* bir şeyin itlâfına sebep olan kişi zararın tazmininden sorumlu tutulur. Çünkü çıkmayı/taşkını yapan bizzat odur. Hukuka aykırı olan bu fiili satış işlemi ile sona ermez. Yapıyı satın alan müşteri (yeni mâlik) satıcının (eski mâlik) fena yapımından bir başka deyişle haksız fiilinden mesul tutulamaz.

Ancak, Hanbelîler çıkmalı bir ev yapıp sattıktan sonra bu durum bir zarara sebebiyet verse, satıcının mesul tutulabilmesi için hatalı olan yapısını satıştan önce yıkması hususunda ikaz edilmiş olması gerekir. Eğer satıştan önce ikaz edilmemiş ise, satıştan sonra itlâfa sebebiyet vermesi halinde sorumlu tutulamaz.<sup>225</sup>

Hanefî hukukçularından Zeylâ'î (ö.743/1342), umum yola yaptığı çıkma/taşkın ve benzeri yapım hatası olan binasını sattıktan sonra bu *fena yapımı* sebebi ile bir şeyin itlâfına sebep olan kişi, zararın tazmininden sorumlu tutulur. Çünkü *tecaviüz eden yapıyı* yapan bizzat odur. Hukuka aykırı olan bu haksız fiili satış işlemi ile sona ermez, hükümsüz kalmaz. Ve yapıyı satın alan müşteri oluşan zarardan mesul tutulamaz.<sup>226</sup> Zira hukukun yerleşik kuralına göre, hiç bir günahkâr/suçlu bir başka günahkârın günahını yüklenemediği gibi<sup>227</sup>, kişi kardeşinin ve babasının işlediği suçtan dolayı da sorumlu tutulamaz.<sup>228</sup>

### C) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN EMNİYET TEDBİRLERİNİ TEDARİK ETME SORUMLULUĞU

<sup>225</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423-431; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45-47; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Haddâdî, *Cevhere*, II, 179-181; Molla Hüsrev, *Dürrer*, II, 110, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Hicâvî, *el-İknâ*, IV, 199, 200; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 58-61; Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 491, 492; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 179-181; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5790-5795.

<sup>226</sup> Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 179-181; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5790-5795.

<sup>227</sup> Fâtır, 35/18; En'âm, 6/164; İsrâ, 17/15; Zümer, 39/7; Necm, 53/38.

<sup>228</sup> Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 14.

Adalet ve hakkaniyet ülküsü gereğince, hukuk günün maslahat ve gelişmelerine paralel olarak *usûl-i hamse*<sup>229</sup> bağlamında insanların emn-ü emânetini tedarik etmeye ilişkin müesseselerini harekete geçirebilen canlı, dinamik bir kurum olup<sup>230</sup>, tehlike fikri esas gereğince “*nâsı ızrâr*”<sup>231</sup> ile “*ammenin selâmeti aleyhinde (işlenen) cürümler*” karşısında sessiz ve hareketsiz kalmaz.<sup>232</sup> Din, tevekkül ve takdire rıza öğretisinden önce<sup>233</sup> emniyet tedbirlerini tedarik etmeyi emreder.<sup>234</sup> Aykırı hallerde hukukî, cezaî hatta eskatolojik/uhrevî müeyyideler söz konusu olur.

Nitekim kişinin umuma ait olan yola bıraktığı taş, enkaz ve hafriyatın<sup>235</sup> veya yolun güvenlik ve selâmetini zedeleyecek hukuka aykırı olan benzer haksız fiillerinin sebep olduğu zararları tazmin eder<sup>236</sup> hükmü, zararı def<sup>3</sup> ve emniyet tedbirlerini tedarik etmeye yönelik şeylerdir. Zira hukukun yerleşik kuralına göre, “*el-ef’âlu’l-mubâhetü innemâ tecüzü bi-şartı ‘ademi izâi ehadin.*”<sup>237</sup> Yani mübâh fiiller ancak bir başkasına eza vermemek şartı ile câizdir.

Borçlar hukukunda olduğu gibi<sup>238</sup>, şer‘î<sup>239</sup> hukuk nizamı da başkasına ait olan bina veya diğer bir yapı eserinin mâlikinden binanın arzettiği melhûz/olası tehlikelere

<sup>229</sup> *Usûl-i hamse*=beş esas, mekâsıdu’ş-şerî’ati’l-İslâmiyye yani dinî hükümlerin gayeleri demek olup, din, can, nesil, akıl ve mal emniyetini içerir. Bkz. İbn Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi Gaye Problemi*, s. 1-310; Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 42-45; Şoman, *‘İsmetü’t-Dem ve’l-Mâl fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*, s. 1-496; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 1, 2; Şa’bân, *a.g.e.*, s. 413-418.

<sup>230</sup> Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 227. Ayrıca “İslâm Fıkıhının Dinamizmi” hakkında etraflı bilgi için bkz. Yavuz, *İslâm Fıkıhının Dinamizmi*, s. 7-97.

<sup>231</sup> *Nâsı ızrâr*, başkasının malına zarar verme suçu demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 503. Etraflı bilgi için bkz. Hüseyin Turan, “*Nası İzzar Suçu*”, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/05.sayi/hturan.pdf/04.11.2017>).

<sup>232</sup> Bkz. Erem-Toros, *Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler)*, s. 305-307. Komşuya ve diğer insanlara zarar veren çukur, mezbelelik çukuru, ahır, yıkılmaya yüz tutmuş duvar, ağaç dalı, ağaç kök ve damarları, pis koku, duman, mutfak kokusu, lâğım, deri tabaklama, mezbahane, aşırı gürültü, demirci dükkânı, değirmen, harman tozu ve çitteki aralık örnekleri için bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 167-179; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 51; Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 142 vd.

<sup>233</sup> Bkz. Hâşimî, *Muhtârü’l-Ehâdis*, Hadis No:826.

<sup>234</sup> Bkz. Tirmizî, “*Kıyâme*”, 60.

<sup>235</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Behnesî, *el-Mes’ûliyyetü’l-Cinâiyye*, s. 59-61; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 222, 223; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172-181.

<sup>236</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Hicâvî, *el-İknâ’*, IV, 206; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 172-181.

<sup>237</sup> Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 20. “Herkesin tarîk-i ‘âmmda hakk-ı mürûru vardır. Fakat bi-şartı’s-selâmedir.” *Mecelle*, md. 926. Yoldan işlemek mübâh bir fiildir. Bu konuda da kâideler bellidir: “*El-ef’âlu’l-mubâhetü innemâ tecüzü bi-şartı ‘ademi izâi ehadin.*” Yani mübâh fiiller ancak bir başkasına eza vermemek şartı ile câizdir. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 20. Ancak “*el-vâcibu lâ yutekayyedü bi-vasfî’s-selâmeti ve’l-mubâhu yütekayyedü bihi.*” Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 87, 88.

<sup>238</sup> Tandoğan, *Türk Mes’ûliyet Hukuku*, s. 191, 192, 196; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 115, 116, 127; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 596, 597; Naimi, *a.g.tz.*, s. 79-81; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 196. Borçlar hukukunda “Yapı Mâliklerinin Zarar Tehlikesini Giderme Sorumluluğu” (eBK. 59 BK. 70) hakkında detaylı bilgi için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 79-81. Nitekim eBK. 59, BK. 70’e göre,

karşı emniyet tedbirlerini almasını mutâlebeyi tecviz eder.<sup>240</sup> İslâm hukuk dilinde de buna tekaddüm, mutâlebe (ikaz, uyarı) denir.<sup>241</sup>

İslâm hukukunda mâlikin tehlike arzeden binasını tamirden imtina ettiği durumlarda icbar söz konusu olur. Meselâ, “iki komşu arasındaki ortak olan bir duvar gevşeyip çökme belirtileri gösterdiğinde (vehn=fatigue, *fatigue of structures and materials*=yorgun, çürük/yorgun binalar ve yorgun bina malzemeleri)<sup>242</sup>, duvar yıktırılır. Duvarı yıkmaktan kaçınan taraf ortak duvarı bozup giderlerine katılmaya cebredilir. Kezâ, iki komşu arasında ortak ve ikisinin de üzerinde yükleri olan duvarın çökmesinden korkulduğunda, biri yüklerin kaldırılıp duvarın takviye edilmesini isterken diğeri kaçınsa; takviyesini, onarılmasını isteyen ortağın kendi ortağına hamûlelerini (yük, ağırlık) direklerin üzerinden al, duvarı falan zaman kaldıracam” demesi ve bu uyarısına şahit göstermesi yerinde olur. Ortağı hamûleleri kaldırırca mesele kalmaz, kaldırmaz da duvarın onarımı sırasında hamûleleri düşerse tazminat ödemez.”<sup>243</sup>

Şâfiî ve Hanbelî fukahâsına göre, inşaat ve hafriyat çalışmalarının etrafını *güvenlik bariyeri*, *trapez sacı* gibi engellerle olası tehlikeyi ikaz eden güvenlik levhaları ile çevrelemek gerekir. Hatta geniş yolda, *mevât*<sup>244</sup> bir arazide açtığı kuyuyu ikaz eden

---

“bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.”

<sup>239</sup> **Şer'**, şeriat, dinî hukuk demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 524; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 620.

<sup>240</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 542, 543; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5794, 5795.

<sup>241</sup> Bkz. Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; *Mecelle*, md. 889; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 224; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 174; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 404; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 477, 649.

<sup>242</sup> **Vehn**, sözlükte gevşek, gevşek olmak, çürük, çürük olmak, zayıf, zayıflık, güçsüz olmak, gevşeklik göstermek demektir. Bkz. Râzî, *Muhtâru's-Sihâh*, s. 651. Nitekim Hz. Zekeriya (a.s) o denli yaşlı halinde nasıl çocuk sahibi olacağına ilişkin hayret ve taaccübünü belirtmek için; “Ya Rabbi, iyice yaşlandım, kemiklerim zayıfladı, eridi (*vehene'l-'azmu minnî*)” ifadesini kullanmıştır. Bkz. Meryem, 19/4. Ayrıca “yorgun bina”, “yorgun bina sendromu” ve “çürük bina” kavramları için bkz. [http://www.yenisakarya.com/29127-yorgun-binalar-icin-cagri-yapti-ciktisi.html/\(05.11.2017\)](http://www.yenisakarya.com/29127-yorgun-binalar-icin-cagri-yapti-ciktisi.html/(05.11.2017)); [http://www.gazetemerhaba.com/buyuksehir-harekete-gecti-binalar-yorgun/\(05.11.2017\)](http://www.gazetemerhaba.com/buyuksehir-harekete-gecti-binalar-yorgun/(05.11.2017)); [http://www.fikirtepegundem.com/kentsel-donum/curuk-yapilar-bir-an-once-yenilenmeli-h3547.html/\(06.11.2017\)](http://www.fikirtepegundem.com/kentsel-donum/curuk-yapilar-bir-an-once-yenilenmeli-h3547.html/(06.11.2017)); Jaap Schijve, *Fatigue of Structures and Materials*, United States, 2001, ss. 1-536; *Fatigue of Structures and Materials*, [https://www.bookdepository.com/Fatigue-Structures-Materials-J-Schijve/9780792370147/\(08.11.2017\)](https://www.bookdepository.com/Fatigue-Structures-Materials-J-Schijve/9780792370147/(08.11.2017)). İlâveten bakımsızlık veya muhafaza noksanından dolayı eskiyen ve sağlamlığı giden (fatigue) bina, bina malzemeleri ve teferruatları için bkz. Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 192; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 103, 104.

<sup>243</sup> Yazır, *a.g.e.*, II, 169. Benzer icbar örnekleri için bkz. Yazır, *a.g.e.*, s. 167-179.

<sup>244</sup> **Mevât**, aksâ-yı 'umrândan uzakta olan arazi demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 371.



işaret, kapak ve etrafını çevirmek gibi emniyet tedbirlerini ihmal eden kişi oluşan zararı tazminden sorumlu tutulur.<sup>245</sup>

Fukahâ hafriyat ve çukur hususunda müte‘addî ve müferridin (yeterince tedbir almayan) tessebbüben itlâftan mesul olup, meydana gelen zararı tazminle mükellef olduklarına ilişkin müttefiktirler. Fukahânın bu genel kuralı her zaman ve her mekânda *inşaat, hafriyat, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve her çeşit altyapı çalışmalarında ölçü alınıp tatbik edilebilecek olan bir emniyet kuralıdır*. Ayrıca hafriyat ve inşaat çalışmalarında ihmal ve taksir sebebi ile vuku bulacak olan maddî ve manevî zararlar - aşırı gürültü ile insanların ruh sağlıklarının muhafazasının ihmali gibi şeyler- tazmin konusudur. Fakat yetkili makamın izni varsa ve gerekli emniyet tedbirleri alınmışsa ister kendi maslahatı için olsun ister kamu maslahatı için olsun *güvenlik bariyeri, trapez sacı, ikaz işaretleri ve aydınlatma tedbirleri* alınmış ise, alınan bütün bu koruyucu önlemlerden sonra denebilir ki, bu asırda insanlar bu ve benzeri tedbirlerden sonra tazmin sorumlusu olmazlar.<sup>246</sup>

Borçlar hukukunda da mâlikin tedbirleri almaktan imtina ettiği hallerde tehlikeye maruz kalan kiracı, komşu veya intifâ‘ hakkına sahip olan kişi(ler) lüzumlu olan tedbirleri mâlik hesabına alabilir(ler), aldırabilir(ler). Bilâhare de bina mâlikinden yapılan masrafları isteyebilir(ler).<sup>247</sup> Yani “*kanunkoyucu kimin bu tedbirleri alması için mâlike başvuracağını sınırlamamış. Dolayısıyla, zarara uğrama tehlikesi olan herkes bu zararın önlenmesini ilgili bina veya yapı eseri mâlikinden talep hakkına sahiptir.*”<sup>248</sup> Dahası eBK. 59 ile BK. 70’e göre, “*mâlikin sorumluluğu için bina veya yapı eserindeki yapım ve bakım eksikliği şartı aranmamaktadır. Sadece binanın tehlike tehdidi taşıması yeterli bir şarttır.*”<sup>249</sup> Hatta şahısların ve malların vikayesine ilişkin *zabıta nizamları* dahi mahfuz tutulmuş olup, bir risk ile karşı karşıya kalan kişi(ler) acil durumlarda mahkemeye gitmeksizin zabıtaya başvurmak sureti ile tehlikenin bertaraf edilmesini

<sup>245</sup> ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 169, 170. Borçlar hukukunda yapı mâlikinin tedarik etmekle yükümlü olduğu işaret, aydınlatma ve benzeri emniyet tedbirleri için bkz. Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 191, 192, 196; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 100. Ayrıca eBK. 59 BK. 70’e göre; “Yapı Mâliklerinin Zarar Tehlikesini Giderme Sorumluluğu” için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 79-81.

<sup>246</sup> ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 170, 171.

<sup>247</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 115; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 196-198; Naimi, *a.g.tz.*, s. 79-81.

<sup>248</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 79.

<sup>249</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 80.

isteyebilir(ler).<sup>250</sup> Hatta zarar tehdidi altında olan kişi(ler) ister(ler)se idari yola müracaat ederek hak arayabilir(ler). Meselâ, tehlike arzeden bir *çukuru* idari yola başvurmak suretiyle kapatılmasını isteyebilir(ler).<sup>251</sup> Mahkemeye başvurulması halinde, alınacak olan gerekli tedbirlerin neler olduğuna hâkim kanaat getirip karar verir. Ayrıca zarar tehdidi oluşturan bina mâlikinin bazı durumlarda *cezaî sorumluluğu* da söz konusu olabilmektedir. Sözelimi bir deprem sonrası çökme tehlikesi arzeden bir binanın mâliki tüm ikaz ve uyarılara rağmen lüzumlu olan tedbirleri almayıp bina birilerine zarar verdi ise, *mâlikin cezaî mesuliyeti* de bahis konusu olur.<sup>252</sup>

Hâsılı, İslâm hukukunda yapı mâliki binasının zarara sebebiyet vermemesi için gerekli olan her türlü önlem ve emniyet tedbirlerini almak ve azami özen sorumluluğunu göstermek mecburiyetindedir. Aksi hallerde zarar konusu olan edimi tazminden yükümlü tutulur.<sup>253</sup> Çünkü İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, “her işte nesâfet<sup>254</sup> şarttır.” Bu nedenledir ki, insanların maddî, manevî ve ruhî huzuru için her işte emn ü adâlet (emniyet ve adalet) şart olup, kişi(ler) bunları temin ve tedarik etmekle yükümlüdür.<sup>255</sup>

#### D) BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN ENKAZ VE HAFRİYAT SORUMLULUĞU

Yapı mâliklerinin özen göstermek zorunda oldukları bir diğer ödev; *enkaz*<sup>256</sup> ve *hafriyat*<sup>257</sup> sorumluluğu meselesidir. Bilinen yerleşik hukuk kuralına göre, bir hakkın

<sup>250</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 116; Naimi, *a.g.tz.*, s. 79-81. “Mâlikin Zarar Tehlikesini Giderme Yükümlülüğü” için bkz. eBK. 59 BK. 70.

<sup>251</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 80.

<sup>252</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 116; Naimi, *a.g.tz.*, s. 81.

<sup>253</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Hıcvî, *el-İknâ*, II, 357; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 259, 260; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 61.

<sup>254</sup> **Nesâfet=nasfet=nsfet**, insaf, adalet, hakkaniyet ve ideal hukuk kuralının gereği demektir. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 447, 455. İdeal hukuk, yani olması gereken hukuk için bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 230.

<sup>255</sup> Berkî, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 141. Bu kâidenin müstenit olduğu delillerden bazıları için bkz. Nahl, 16/90; Buhârî, “İmân”, 7, “Nikâh”, 80, “Edeb”, 31, 85, “Rikâk”, 23; Müslim, “İmân”, 71, 72, 74, 75, 77; Tirmizî, “Kıyâme”, 59; Nesâî, “İmân”, 19, 33.

<sup>256</sup> **Enkaz (wreck, construction wreck)**, bir şeyin veya inşaatın ya da yapının yıkılması neticesinde oluşan moloz, yıkıntı, kalıntı demektir. Doğan (D. Mehmet), *Büyük Türkçe Sözlük*, s. 341; Mirande Steel, *Oxford Wordpower Dictionary New Edition Dictionary For Learners Of English*, 1 st Edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, s. 751; *Collins Cobuild Learner's Dictionary (Helping Learners Real English)*, 1 st Edition, Britain, HarperCollins Publisher, 1996, s. 1278.

<sup>257</sup> Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 143.

kullanılması *başkasına zarar vermemek şartı ile mukayyet olduğu* prensibidir.<sup>258</sup> Bunun içindir ki, bütün fakihlerin ittifakına göre, kendi hukukî alanı içinde kalan enkazın sebep olduğu zarar tazmin sebebi doğurmazken, umum yola veya başkasının mülküne taşan enkaz ve yıkıntı tazmin yükümlülüğü doğurur.<sup>259</sup> Zira ortada hukuka aykırı olarak/te'addî ile oluşan bir zarar (enkazın hukukî alanını taşıp etrafa dağılması) söz konusudur. “*Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.*”<sup>260</sup> “*Kişinin kendi mülkünde –dahi olsa- tasarruf hakkı ve yetkisi ancak komşusuna ve bir başkasına zarar vermemek şartı ile mukayyettir.*”<sup>261</sup> “*Zarar izâle olunur.*”<sup>262</sup> “*Zararın izâlesi presibi*”<sup>263</sup> mezkûr zararın giderimini gerektirir.

Enkaz sebebi ile oluşan zararların tazmine konu olup olamayacağı hususu *İmâmeyn*<sup>264</sup> arasında tartışma konusudur.

İmam Muhammed'e göre, bina yıkıldıktan sonra mâlikten enkazı kaldırması istenmemiş olsa dahi enkazın sebep olduğu zararı mâlikin tazmin etmesi gerekir. Çünkü zarar, mâlike ait olan enkaz sebebi ile oluşmuştur. Dolayısı ile mâlikin yıkılan *binanın enkazı için ayrıca ikaz edilmesi şart değildir*. Mülkiyet hukukunun bir gereği olarak mâlikten yapısına ait olan enkazı ikaz şartı aranmaksızın kaldırması ve enkaz sebebi ile vuku bulabilecek olası tehlikelerin önüne geçmesi beklenir. Çünkü enkaz mâlike ait olan bir bina veya diğer bir yapı eserine aittir ve hükümde ona tâbidir. Ayrıca enkaz için özel bir mutâlebe şartı aranmaz. Nitekim hukukun yerleşik kuralı bunu âmirdir.<sup>265</sup>

<sup>258</sup> Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 20, 87, 88; Yazır, *a.g.e.*, II, 167-179; Ekinci, *a.g.e.*, s. 482, 483; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 161, 162. “Taşınmaz Mülkiyeti Hakkının Daraltımları” için bkz. Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 231- 241; Kezâ, “Mülkiyet Hakkı ve Sınırları” için bkz. Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, s. 1-479; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 1-235.

<sup>259</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151, Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 382, 383; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 42; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45-47; Halebî, *Mültekâ*, s. 475, 476; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 260, 261; Hicâvî, *el-İknâ*, II, 357; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176, 177; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 179-181; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5790-5795; Ğutaymil, *a.g.tz.*, s. 172, 180.

<sup>260</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ'*, “Akdiyye”, 31; *Mecelle*, md. 19; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 4.

<sup>261</sup> “Tasarrufu'l-insânî fi hâlisi hakkıhi innemâ yesihhu izâ lem yetezarrar el-câru ve gayruhu.” Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 30, 31.

<sup>262</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>263</sup> Bkz. Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, s. 173, 174.

<sup>264</sup> **İmâmeyn=sâhibân=sâhibeyn**, fıkıh literatüründe bu kavramlar ile İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed kastedilir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 248, 490; Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 171, 277.

<sup>265</sup> “Et-tâbi'u tâbi'un.” “Et-tâbi'u lâ yüfredu bi'l-hükm.” İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 60, 61; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 26; “Vücudda bir şeye tâbi' olan hükümde dahi ona tâbi olur.” *Mecelle*, md. 47; “Tâbi olan şeye ayrıca hüküm verilmez.” Bilmen, *a.g.e.*, I, 270, 271.

Ebû Yûsuf'a göre ise, enkazın sebep olduğu zararın tazmin yükümlülüğü ayrıca yapılacak olan –yeni- bir mutâlebe şartına bağlıdır. Yani vaktiyle yıkılmaya yüz tutmuş olan bir yapı eseri için yapılan ikaz, sadece yapının yıkılma anına kadar geçerli olup, enkaz için muteber ve kâfi değildir. Enkazın sebep olduğu zararın tazmin borcu doğurabilmesi için ayrı/yeni bir uyarı şartı aranır.<sup>266</sup>

Şâfîî ekolüne göre de başta sağlam bir şekilde inşa edilen yapının enkazı itlâfa sebep olsa, yapı mâliki oluşan zararı tazminden sorumlu olmaz. Çünkü mâlik vakti ile yapıyı kendi mülkünde sağlam bir şekilde inşa etmiştir. Bilâhare binanın yıkılmasında onun herhangi bir kusur ve te'addîsi olmadığı için giderimle yükümlü tutulamaz. Mezhebin bir diğer görüşüne göre ise, yapı mâliki imkânı olduğu halde enkazı kaldırmazsa, vaki zararı tazminden sorumludur. Meselâ, umum yola bırakılan moloz, yığıntı, mıcır, tazmin borcu doğurur. Çünkü ortada bir te'addî bulunmaktadır. Fakat zarar gören kişi (mağdur), bile bile enkaza takılıp düşmüş ise veya enkaz yolu bütünüyle kaplamıyorsa, bu durumda *-müterafik kusur-* yapı mâlikinin tazmin sorumluluğu olmaz. Zira böylesi bir durumda yapı mâlikinin “yol genişdi; enkazlı alandan geçmeseydi” gibi bir itiraz (*def'*)<sup>267</sup> ileri sürebilir.<sup>268</sup>

İslâm hukuk doktrininde yapı mâliklerinin enkaz ve hafriyat sorumluluğuna ilişkin kazuistik metotla sunulan pek çok hukukî hâdise örnekleri bulunmaktadır. Meselâ, bir kimse evinin damına dökmek için umuma ait olan yola toprak (*hafriyat*) yığsa ya da bina yapımında kullanmak amacıyla taş, kereste veya herhangi bir *inşaat malzemesi* koysa ve bu sebeple birinin ayağı kayıp zarara uğrasa, haksız fiil fâili olan yapı mâliki vaki zararı tazminle yükümlü tutulur. Çünkü umuma ait olan bir yoldan yararlanabilmek ancak *akıbetin esenlikli olması şartına* bağlıdır.<sup>269</sup> Yani yapı mâliki hafriyat ve yapı malzemeleri yığma hususunda yetkili makamın izni ile (*izn-i veliyyü'l-emr*) gelip geçenlerin emniyet ve güvenliğini riske etmeden umum yoldan

<sup>266</sup> Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 284; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 537, 543; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 47; Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 255, 256; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 185; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 594; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 230.

<sup>267</sup> **Def'=def'i=def'i hakkı=def'i dava**, oluşan zararı ya da edimi –muhikk, haklı bir sebeple- tediye etmemek için ileri sürülen itirazlar ve hukukî nedenler demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 151; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 95; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 253, 457.

<sup>268</sup> Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 372; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, V, 344; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 359; 'Gamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 505.

<sup>269</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 144, 145; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110, 111; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5791; *Mecelle*, md. 926.

yararlanabilir.<sup>270</sup> Mecelle<sup>271</sup> ve Yenişehirli Şeyhü'l-İslâm Abdullah Efendi'nin (ö. 1156/1743) bu konudaki fetvâsı meseleyi özetler mahiyettedir. “*Zeyd tarîk-i ‘âmmın üzerine izn-i sultân-i yok iken kuyu hafır ve ihdâs ittik de ‘Amr’ın katırı kimesnenin şevkinsiz (kimsenin kıskırtması olmadan) ol kuyuya düşüp helâk olsa, ‘Amr ol katırı Zeyd’e tazmine kâdir olur mu? El-cevâb: Olur.*”<sup>272</sup>

Kezâ, bir şahıs mâliki olduğu yapıyı yıkıp enkaz veya hafriyatını -kendi arsasında- komşusunun duvarının yanına/bitişğine yığsa, duvar da tazyik, rutubet gibi herhangi bir nedenle zarar görse, yapı mâliki oluşan zararı gidermekle yükümlü tutulur.<sup>273</sup>

*Hafriyat, kuyu ve çukur konusunda fukahânın görüşleri:* Kamuya ait yoldaki hafriyat, elektrik, su, altyapı, telefon gibi altyapı çalışmaları müslümanların umum maslahatları için olabileceği gibi, hususî bir şahıs için de olabilir. Kazılan çukura veya açılan bir kuyuya araç yahut hayvan düşse, oluşan zararın miktarına bakılmaksızın, yol kamuya yahut şahsa ait olsun fukahâ buna ilişkin bazı kurallar geliştirmiştir.

*Hanefî fukahâsına göre,* umum yolda hukuka aykırı bir şekilde çukur kazan kimse telef olan şeyi tazminle yükümlüdür. Çünkü umuma ait yolda yapılacak olan hafriyat çalışmaları *selâmet ve esenlik şartı ile mukayyettir*. Hukuka aykırılık demek, kamuya ait bir yolda yetkililerden izinsiz ve gerekli emniyet tedbirlerini almadan yapılacak olan kazı ve hafriyat çalışması demektir.<sup>274</sup>

*Mâlikî fukahâsına göre,* umum yolda mübâh bir surette kazılan çukur ve hafriyat kazısı sebebiyle meydana gelen zararlarda yetkili makamın izninin olup olmadığına bakılmaksızın –kayıtsız- tazmin sorumluluğu yoktur. Onlara göre, tazmin sorumluluğu için aranan ölçü; çukur kazmada fâilin (çukur kazan kişinin) herhangi bir kastının olup

<sup>270</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 25; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 424; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 181; *Mecelle*, md. 926, 927; 1215; VII, 386.

<sup>271</sup> “Bir tarîkin iki tarafında hânesi olan kimse birinden diğerine köprü inşa edecek olsa men‘ olunur. Ammâ inşa ettikten sonra mârreye zararı yoksa hedm olunmaz. Fakat böyle tarîk-i ‘âmm üzere yapılmış olan köprülerde ve şehnişinlerde hakk-ı karâr olmaz. Binâenalâzâlik berveç-i bâlâ tarîk-i ‘âmm üzere inşa olunun köprü münhedim olduktan sonra sahibi bina edecek olsa yine men‘ olunabilir.” *Mecelle*, md. 1213. “Tarîk-i ‘âmm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişinler gibi mârreye zarar-ı fâhişi olan şeyler kadîm olsa bile ref‘ ettirilir.” *Mecelle*, md. 1214. “Bir kimse hânesini tamir edecek oldukça mârreye zarar vermemek şartı ile tarîkin bir tarafında serî‘an çamur yapıp binasına sarf edebilir.” *Mecelle*, md. 1215.

<sup>272</sup> Yenişehirli, *Behçetü‘l-Fetâvâ*, s. 594, 595.

<sup>273</sup> Yazır, *a.g.e.*, V, 443.

<sup>274</sup> Karş. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 191; Hicâvî, *el-İknâ‘*, IV, 206; Halebî, *Mültekâ*, s. 473; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 167.

olmaması (*sâik*)<sup>275</sup> ile umum yolda böyle bir fiilin icrasının câiz olup olmamasıdır. Meselâ, gelip geçenlerin –hayvanlar dâhil- su ihtiyaçlarını temin için yağmur sularını bir yerde toplamak gayesi ile çukur açmak hukûken kınanır ve yadırganır bir şey değildir.<sup>276</sup>

Mâlikî âlimlerinden el-Muvattâ' şârihi Zürcânî (ö. 1122/1710), Mâlik b. Enes'in bu konudaki görüşünü izah babında şöyle der: Eğer kazı ve hafriyat çalışması yapılan umuma ait yol gelip geçenlerin işleyişlerine imkân vermeyecek kadar dar ve umum yolda yapılmasına müsaade edilmeyen bir şey ise, çukuru kazınan kişi oluşan zararı gidermekle yükümlüdür. Fakat umuma ait yol geniş ise, bir de yapılan şey yolda yapılması câiz olan bir şey ise, tazmin sorumluluğu doğurmaz.<sup>277</sup>

“*Kuyu kazmada meydana gelen cinayette diyet yoktur. Maden ocağında meydana gelen zararda diyet yoktur. Define mallarında beşte bir oranında vergi vardır.*”<sup>278</sup> “*Kuyuların sebep olduğu zararlar tazmin edilmez (cubârdır)*”<sup>279</sup> hadisleri mutlak hüküm ifade etmeyip, fiilin hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla kayıtlı olduğunu belirtmek gerekir.<sup>280</sup>

Şâfiî ve Hanbelî fukahâsına göre ise, eğer çukuru zaten dar olan bir yolda açmış ise, bu da zarara sebebiyet vermiş ise, yetkili makamın iznine, çukurun özel ya da genel maslahat ve menfaate yönelik olmasına bakılmaksızın haksız fiil fâili tazmin sorumlusu olur. Fakat yol geniş ise veya kazılan çukur yolun kenarında kaldığından dolayı

<sup>275</sup> **Sâik=bâis=motiv=sebeup**, hukukî bir işlemin yapılmasında güdülen amaç, âmil ya da fâili suç işlemeye sevkeden his demektir. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 77, 575; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 45, 492; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 31; Tekinay, ‘v.d.’, Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 76-86; Tekinay *Borçlar Hukuku*, s. 576 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 118-124; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 68 vd.

<sup>276</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 665; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 200; Gırnâtî, Ahmed b. Muhammed el-Kelbî el-Gırnâtî el-Mâlikî, *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, bsy., by. , ts., s. 218; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VI, 132, VIII, 8; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 243, 244; Desûkî, *Hâşiyeye*, IV, 243; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 170, 171.

<sup>277</sup> Bkz. Zürcânî, Muhammed b. ‘Abdülbâkî b. Yûsuf, *Şerhu'z-Zürcânî 'alâ-Muvattai'l-İmâm Mâlik*, I-IV, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrût, 1990, IV, 47, 48.

<sup>278</sup> Mâlik, *el-Muvattâ'*, “‘Ukûl”, 18 (II, 868, 869). Mezkûr hadis hakkında fâkih ve şârihlerin görüşlerine bkz. Zebîdî, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı*, V, 310-319, Hadis No: 746; VII, 216.

<sup>279</sup> Buhârî, “Diyât”, 28; Müslim, “Hudûd”, 45; Ebû Dâvûd, “Diyât”, 27; Tirmizî, “Ahkâm”, 37; Nesâî, “Zekât”, 28; İbn Mâce, “Diyât”, 27; Dârimî, “Diyât”, 19; Mâlik, *el-Muvattâ'*, “‘Ukûl”, 12; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, II, 228.

<sup>280</sup> Bkz. Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 375; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 424; Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleymân b. Halef b. Sa'd el-Endelüsî el-Mâlikî, *el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta'î'l-İmâm Mâlik*, I-VII, Mısır, Matba'a-i Sa'âdet, Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, ts., VII, 111; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 353; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 216; Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 492; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 170, 171; Zebîdî, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı*, V, 310-319, Hadis No: 746; VII, 216.

(münherif=sapa=kuytu) yoldan işleyenlere zarar vermiyorsa, bu durumda Şâfîîlerin benimsediği görüş şudur: Eğer hafriyat çalışması yetkili makamın izniyle yapılmış ve müslümanların umum menfaatine ise, ya da olayda fâilin (kuyu açan kişinin) te‘addîsi yoksa tazmin sorumluluğu gerektirmez.

Yetkili makamın izni alınmadan yapılan hafriyat çalışmasında sonradan verilecek olan izin *-lâhik icazet-* ile işin başında izin verilmiş gibi değerlendirilir.<sup>281</sup> Hafriyat çalışması müslümanların maslahatı için ise, tazmin sorumluluğu yoktur. Ancak şahsî maslahat için yapılmış ise, bu tazmin yükümlülüğü doğurur.

Kezâ, Şâfîî ve Hanbelî hukukçulara göre, inşaat ve hafriyat çalışmasının etrafını *güvenlik bariyeri*, *trapez sacı* gibi engellerle olası tehlikeyi ikaz eden levhalarla çevrelemek gerekir. Geniş yolda, mevât bir arazide açtığı kuyuyu ikaz eden işaret, kapak ve etrafını çevirmek gibi önlemleri ihmal eden haksız fiil fâili vaki zararı gidermekle yükümlüdür.

Fukahâ hafriyat ve çukur hususunda müte‘addî ve müferridin (yeterince tedbir almayan) tessebbüben itlâftan mesul olup, oluşan zararı tazminle mükellef olduklarına ilişkin müttefiklerdir. Fukahânın bu genel kuralı her zaman ve mekânda inşaat, hafriyat, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve her çeşit altyapı çalışmalarında ölçü alınıp tatbik edilebilecek olan bir emniyet kuralıdır.

Ayrıca hafriyat ve inşaat çalışmalarında ihmal ve taksir sebebi ile vuku bulacak olan maddî ve manevî zararlar -aşırı gürültü ile insanların ruh sağlıklarının muhafazasının ihmali gibi- tazmin konusudur.

Hâsılı, Şâfîî ve Hanbelî hukukçulara göre, yapı için yetkili makamın izni ile gerekli olan bütün emniyet tedbirleri (güvenlik bariyeri, trapez sacı, ikaz işaretleri, aydınlatma vb.) alınmış ise, bina ister kendi menfaati için olsun ister kamu maslahatı için olsun, oluşan zararın asrımızda tazmin sorumluluğu doğurmayacağı söylenebilir.<sup>282</sup>

<sup>281</sup> “İcazet-i lâhika vekâlet-i sâbika hükmündedir.” Bkz. *Mecelle*, md. 1453.

<sup>282</sup> Bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 424; Hıcvâvî, *el-İknâ*, IV, 199-201; Şîrbînî, *Muğnî’l-Muhtâc*, V, 339, 340; Remlî, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, VII, 352, 353; Behûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs, *Keşşâfu’l-Kınâ’ ‘an-Metni’l-İknâ’*, I-VI, Beyrût, Dâru’l-Fıkr, 1982, IV, 134, 135; ‘Ġamrâvî, *es-Sirâcü’l-Vehhâc*, s. 504 vd.; ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 170, 171. Enkaz ve hafriyata ilişkin mezheplerin görüşleri için bkz. ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 167-171.

eMK. göre de “bir mülk sahibi, hafriyat ve inşaatta bulunurken, komşusunun arsasına zarar vererek veya zarara maruz bırakarak veya üzerlerindeki mebâniyi tehlikeye koyarak, ızzar edemez.”<sup>283</sup>

## E) YAPI MÂLİKLERİNİN ÜST HAKKINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU (HAKKU’T- TE‘ÂLLÎ=SUPERFİCİES)

*Hakku’t-te‘âllî*<sup>284</sup>, *kat mülkiyeti*<sup>285</sup>, *kat mâlikliği*<sup>286</sup>, *kat irtifakı*<sup>287</sup>, *üst hakkı*<sup>288</sup>, Roma hukukundaki özgün ifadesi ile *superficiēs*<sup>289</sup> meselesi, yapı mâliklerinin hukukî sorumluluğu açısından önemli bir husustur. Bilindiği gibi, bina veya diğer bir yapı eseri çoğu zaman müstakil mülkiyet olmayabilir. İki veya ikiden çok şerîk (ortak=paydaş) aynı yapıda eşit hisselerle (pay) ortak olabilecekleri gibi, farklı farklı paylarla da ortak olabilirler.<sup>290</sup> Dahası müstakil mülkiyet olmayan binalar kat mülkiyetli ve *altlı-üstlü* (*fevkânî-tahtânî*)<sup>291</sup>, bir başka ifade ile *süfl-‘ulüvv* (*alt-üst*)<sup>292</sup> ilişkili olabilirler. Hukukun tesisi için hem müstakil mülkiyette hem de müşterek mülkiyette bazı takyitler (sınırlamalar=daraltımlar) söz konusu olabilir.<sup>293</sup>

<sup>283</sup> Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 143; eMK. 662. Mülkiyetin sınırlandırılması /Gayrimenkül takyit ve daraltımları için bkz. Ekinci, *a.g.e.*, s. 481 vd.; Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 231-241; Oğuzman- Seliçi, *Eşya Hukuku*, s. 449-496.

<sup>284</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 575, 576; Sakafî, *Kitâbü’l-Hitân*, s. 67; Hafif, *Ahkâmü’l-Mu‘âmelâti’ş-Şer‘iyye*, s. 75; Hasan Hacak, “İrtifak”, *DİA*, c. XXII, İstanbul, TDV Yayınları, 2000, ss. 460-464, s. 462; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 704-708.

<sup>285</sup> [http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1973\\_2/10.pdf/\(14.11.2017\);](http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1973_2/10.pdf/(14.11.2017);) *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 5. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2016; *Kat Mülkiyeti Kanunu*, [http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.634.pdf/\(27.02.2017\)](http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.634.pdf/(27.02.2017)).

<sup>286</sup> KMK. md. 15, 16, 17, 18, 19.

<sup>287</sup> Cin -Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 707, 708.

<sup>288</sup> Bkz. Osman Kaşıkçı, “Eski Hukukumuzda Üst Hakkı”, *AÜEHFD*, c. III, sa. 1, 1999, ss. 50-60; Cin -Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 704-708; Oğuzman- Seliçi, *Eşya Hukuku*, s. 427 vd.; Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 77, 141, 174; Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 226-228; TMK. md. 725.

<sup>289</sup> Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 611; Tahiroğlu-Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 132, 169; Umut, *Roma Hukuku, Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, s. 158; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 117; Koschaker, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, s. 95, 103, 155, 156.

<sup>290</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 568, 569; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543; Kâsânî, *el-Bedâi’*, VII, 284; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 427, 428; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 182, 183; İbn ‘Abidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, VI, 601; Naimi, *a.g.tz.*, s. 59, 60.

<sup>291</sup> **Fevkânî-tahtânî** kavramları için bkz. *Mecelle*, md. 1193; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 242.

<sup>292</sup> **Süfl x ‘ulüvv** kavramları için bkz. Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 185; Hacak, “İrtifak”, *DİA*, c. XXII, ss. 460-464, s. 462.

<sup>293</sup> “*Tasarrufu’l-insâni fi hâlisi hakkıhi innemâ yesihhu izâ lem yetezarrar el-câru ve gayruhu.*” Yani kişinin kendi mülkünde –dahi olsa- tasarruf hakkı ve yetkisi ancak komşusuna ve bir başkasına zarar vermemek şartı ile mukayyettir. Bkz. Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 30, 31. Kezâ, “herkes mülkünde keyfe mâ-yeşâ’ tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse mâliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan menedilir.” *Mecelle*, md. 1192. “Hiç kimse mülkünde tasarruftan men’ olunamaz. Meğerki âhara zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men’ olunabilir.” *Mecelle*, md. 1197. Detaylı bilgi için bkz. Sakafî,



Fevkânî-tahtânî yani alt kat-üst kat ilişkili katlı bina veya diğer bir yapı eserinde mâliklerin *bağımsız bölüm ve ortak alanlarda* tasarruf yetkileri müstakil mülkiyette olduğu gibi, istiklâl üzere olamayacağı aşikârdır.<sup>294</sup> Müstakil mülkiyette hukukun getirdiği bazı daraltımlar yanında, kat mülkiyeti yolu ile birden çok kişinin ortak olduğu yapılarda kat mâliklerinin sorumluluğu ayrı bir önem ve özen arzeder. Çünkü “*üst katın alt katın tavanı üzerinde oturma, kalma hakkı (hakk-ı karâr) mevcukken, alt katın da üst kat üzerinde çatı hakkı (hakku’s-sakf, hakk-u def’i’l-matar ve ’ş-şems) hakları vardır. Üst kat sahibi üst katı yıkıp, alt katı yağmur, güneş vb. den mutazarrır edemez. Katlar ikiden fazla olup her biri başka başka mâliklere ait olursa, her biri üzerindeki katlar arasında yukarıda zikredilen haklar bulunduğu gibi, bütün katlar arasında da karşılıklı haklar ve yükümlülükler vardır.*”<sup>295</sup>

Müşterek mülkiyetin gereği olarak kat mâliklerinden biri rızası bulunmadıkça diğerine zarar verecek tasarruflarda bulunamaz. Çünkü hukuk bu tür zarar iras edecek olan haksız fiillere cevâz vermediği gibi, gerektiğinde de oluşan zararın tazminine hükmeder.<sup>296</sup>

Üst hakkında (hakku’t-te’âllî=superficies) her bir mâlik *fena yapım ve bakım noksanlığı* sebebi ile şahsen mesul tutulur. Meselâ, her bir katı farklı kişilere ait olan iki katlı bir bina düşünelim. Olası tehlikeye karşı her iki katın mâliki de ikaz edilmiş olsun. Fakat bu katlardan sadece üst kat yıkılsa ve birinin ölümüne sebebiyet verse, zararın tazmininden sadece üst katın mâliki sorumlu tutulur.<sup>297</sup>

Doğal olarak hukuk, mâlike, mâliki olduğu binasında tasarruflarda bulunmasına cevâz verir. Fakat müstakil mülkiyette -bile- bazı durumlarda daraltımlara gidildiği gibi, katlı binalarda da üst katın alt kat üzerinde *hakk-ı karârı*, alt katında da üst kat üzerinde *hakk-ı sakf* irtifakı vardır. Bu nedenledir ki, mâliklerden her biri diğerinin izni olmadıkça ona zarar verebilecek olan fiillerde bulunamaz. Mâlik mülkiyet

---

*Kitâbu’l-Hitân*, s. 26-28, 177 vd.; Gırnâfî, *el-Kavânînu’l-Fıkhiyye*, s. 223, 224; Yazır, *a.g.e.*, II, 167 vd. Ayrıca “Taşınmaz Mülkiyetinin Daraltımları” için bkz. Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 231-241; Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, s. 1-445; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 1-235.

<sup>294</sup> *Mecelle*, md. 1192; *Mecelle*, md. 1197; Naimi, *a.g.tz.*, s. 59, 60.

<sup>295</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 134, 135. Detaylı bilgi için bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 170, 171; Hacak, “İrtifak”, *DİA*, c. XXII, ss. 460-464.

<sup>296</sup> Sakafî, *Kitâbu’l-Hitân*, s. 67, 68, 193, 194; Yazır, *a.g.e.*, II, 170.

<sup>297</sup> Bağdâdî, *Mecme’u’d-Damânât*, s. 185.

haklarını rastgele ve ızzar için kullanamaz.<sup>298</sup> Nitekim “*mâni‘ ve muktazi te‘âruz edince mâni‘ takdim olunur*”<sup>299</sup> yerleşik hukuk kuralına göre, üst katta oturan mâlik, alt katta oturan mâlike zarar vermeyecek şekilde bazı tasarruflarda bulunabilir. Zira üst kat ona aittir. Fakat üst kat mâlikinin alt katta oturan şahsa zarar vermeye hakkı yoktur. Çünkü alt katın üst kat üzerinde *hakk-ı sakfi*, alt katın da üst kat üzerinde *hakk-ı karâr* ödevi vardır. (Mâni‘-muktazî) te‘âruz prensibe göre, alt kat mâlikinin üst kat mâlikine zarar verebilecek olan tasarrufları hukukça engellenir. Meselâ, alt katta oturana herhangi bir şekilde üst katta oturana zarar vermesi olası ise mâliki olduğu alt katta cedit (sıfırdan=hiç yokken) kapı, pencere gibi şeyler -ihdas edip- açamaz.<sup>300</sup>

Kat mülkiyetinde üst kat mâliki, mâliki olduğu katı yıkararak alt katın yağmur, güneş gibi şeylerle zarar görmesine sebebiyet veremez. Eğer bina iki kattan yüksek ise ve her bir kat farklı mâliklere ait ise, bütün katlar arasında karşılıklı haklar ve sorumluluklar var demektir. Katlardan biri yıkılsa veya yansa alt kat ya da üst kat mâlikinin irtifak ve intifâ‘ hakkı sona ermez. Varsa bizzat kat mâliki, yoksa kat mâlikinin vârisleri mevcut irtifak hakkını kullanabilirler. Alt kat mâliki, sahibi olduğu katı kasten yıksa, kat çıkma hakkı olan kişi bu hakkını kullanabilmek için alt katın sahibini katını çıkması için zorlayabilir. Ancak, eğer alt kat, mâlikinin dahli ve kusuru olmaksızın hodbehot (kendiliğinden) yıkılsa, kat mâliki katını yeniden inşa hususunda icbar edilemez. Üst kat mâliki hem alt katı hem de üst katı inşa edebilmek için yargıya başvurabilir. Kezâ, üst kat mâliki mülkiyeti bir başkasına ait olan alt katın inşasına sarfettiği miktarı kat irtifakı sahibinden tahsil edebilmek için izni isteyebilir. Ancak, üst kat kendiliğinden veya sahibi tarafından yıkılmış ise, alt kat mâlikinin bir zararı olmayacağından üst katın yeniden inşasını talep edemez.<sup>301</sup>

Fukahâ kat mülkiyetinde yapı mâliklerinin yıkma veya yıkılma dışındaki tasarruflarını üç kısma ayırır.<sup>302</sup>

<sup>298</sup> *Mecelle*, md. 1192, 1197; Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 242. Ayrıca “Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi (Te‘assuf)” için bkz. Demir, *a.g.e.*, s. 239-259; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 99, 100, 166; Köse, *a.g.e.*, s. 258, 259.

<sup>299</sup> *Mecelle*, md. 46. Kâide için bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 59; Bilmen, *a.g.e.*, I, 270; Karaman, *Fıkıh Usûlü*, s. 210; Şa‘bân, *a.g.e.*, s. 268, 419-423; Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 271.

<sup>300</sup> Yazır, *a.g.e.*, II, 170; Hafif, *Ahkâmü’l-Mu‘âmelâti’s-Şer‘iyye*, s. 78.

<sup>301</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 134; Hafif, *Ahkâmü’l-Mu‘âmelâti’s-Şer‘iyye*, s. 78.

<sup>302</sup> Hafif, *Ahkâmü’l-Mu‘âmelâti’s-Şer‘iyye*, s. 77; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 134; Yazır, *a.g.e.*, II, 170.

## 1) Yapı İçin Kesinlikle Zararlı Olan Tasarruflar (ed-Darâru'l-Beyyinu)

Kat mâlikleri binayı zayıflatıcı tasarruflarda bulunamazlar, bundan men edilirler. Meselâ, alt katta oturan mâlik (*sâhibu's-süfl*) binaya büyük çivi çakmak, kapı ve pencere açmak gibi yapının statîğini kesinlikle zayıf düşürecek fiil ve fâhiş zararlardan men edilir. Üst katta oturan mâlik de (*sâhibu'l-'ulüvv*)<sup>303</sup> başkasına zarar vereceği kesin ise, kat çıkamaz, kirişler koyamaz, binaya aşırı yük yükleyemez, rutubet iras eden banyo, tuvalet inşa edemez. Kezâ, alt katta oturan kişi de üst katta oturan şahsa zarar verecekse, avlusunda kuyu ve mahzen gibi zarara sebebiyet verecek şeyler açamaz.<sup>304</sup> Kezâ, alt kat mâlikinin binanın direklerinden bazısını yıkması fâhiş zarar olup, bu nevi fâhiş zarar ve hukuka aykırı olan fiilleri sebebi ile vukua gelen zararın tazmininden sorumlu tutulur.<sup>305</sup> Üst kat mâliki de evinde beslediği hayvanın idrarı -*bakım noksanlığı* ve *muhafazadaki kusur*- vs. gibi sebeplerle alt kat mâlikine fâhiş zarar verse, mâlikten tedbir alması istenir. Duruma göre vaki zararı tazminle yükümlü tutulduğu gibi<sup>306</sup>, tuvalet, banyo (ıslak zemin) ve diğer alanlardan oluşan sızma ve damlamalardan mütevellit zararların gideriminden de mesul tutulur.<sup>307</sup>

Kat mâlikliğinde önemli olan bir diğer mesele de, *bitişik nizam daire* mâliklerinin aradaki duvara kapı, pencere ihdas edemeyecekleri hususudur. Bu hükme İmâm Mâlik'in komşuya, dolaylı olarak da binaya zarar vereceğinden ötürü mülk sahibinin bitişikteki komşuya geçmek için mülkü olan duvara kapı, pencere açamayacağı görüşünden vardık.<sup>308</sup>

<sup>303</sup> Gırnâfî, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 223; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 185; Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, s. 103, 104.

<sup>304</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 135; Yazır, *a.g.e.*, II, 170. Binaya zarar iras eden bazı fiiller ve genel kâideler: "Herkes mülkünde keyfe mâ- yeşâ tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse mâliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan men edilir." *Mecelle*, md. 1192. "Kimesne hânesinde ihdâs eylediği odasının saçağını komşusunun hânesi üzerine uzatamaz. Uzatırsa ol hâne üzerine gelen mikdârı kat olunur." *Mecelle*, md. 1195. "Hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz. Meğerki âhara zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men olunabilir." *Mecelle*, md. 1197. "Herkes kendi mülkü olan hâit (duvar, tahta perde, çit) üzerine dilediği kadar çıkar ve istediği şeyi yapar. Zarar-ı fâhişi olmadıkça komşusu mâni olamaz." *Mecelle*, md. 1198. "Binaya zarar veren yani binaya vehn (zayıflık=yorgunluk=fatigue) getiren ve inhidâmna sebep olan havâic-i asliyyeyi yani sükna gibi binâdan maksud olan menfa'ât-ı asliyyeyi men eden şeyler zarar-ı fâhiştir." *Mecelle*, md. 1199. "Zarar-ı fâhiş bi-eyyi veçhin kâne (ne suretle olursa olsun) def ettirilir (giderilir)." *Mecelle*, md. 1200.

<sup>305</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, s. 77; Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, s. 104 vd.

<sup>306</sup> Yazır, *a.g.e.*, II, 176.

<sup>307</sup> Yazır, *a.g.e.*, II, 177.

<sup>308</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 408.

## 2) Yapı İçin Kesinlikle Zararsız Olan Tasarruflar

Kat mâliki bina için zararsız olan tasarruflarında serbesttir. Meselâ, mâlik yapıya küçük veya orta boy çivi çakabilir. Mülkiyeti olan katına, ağırlığı ile zarar vermeyecek olan eşyayı koyabilir. Bu nevi tasarrufların zararlı olup olmadığı bina ve inşaatın anlayan iki uzman kişinin görüşüyle tespit edilir.<sup>309</sup> Nitekim hukukun başka alanlarında olduğu gibi<sup>310</sup>, bina ve yapı hususunda da şehrin bilirkişilerinden (*ehl-i hubre=ehl-i vukûf*)<sup>311</sup> istifade edilir.<sup>312</sup>

## 3) Yapı İçin Zararlı Olup Olmadığı Bilinmeyen Şüpheli Tasarruflar

Bu gibi tasarruflar Ebû Hanîfe'ye göre câiz değildir. İmâmeyn'e göre ise, câizdir. Fetvâda birinci görüş tercih edilmiştir. Meselâ, iki katlı bir binanın üst katının mâliki, alt kat mâlikinin izni ve rızası olmadıkça katını yıkamaz, alt kata zarar verecek değişiklikler yapamaz. Kezâ, alt kat mâliki de üst kat mâlikinin izin ve rızasını almadıkça ne evini yıkabilir ne de üst kata zarar verebilecek bir fiilde bulunabilir.<sup>313</sup>

23.06.1965 tarihli, 634 numaralı ve 12038 sayılı *Kat Mülkiyeti Kanunu* bir yapının üzerinde bağımsız kat mülkiyetini kabul etmiştir.<sup>314</sup> Buna göre, “*bir arza (yere) mâlik olmak onu kullanmakta faydalı olacak derecede altına ve üstüne mâlik olmayı gerektirir.*”<sup>315</sup>

<sup>309</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, s. 77; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 135, Yazır, *a.g.e.*, II, 170.

<sup>310</sup> Bkz. İbnü'l-Münzir, *Kitâbu'l-İcmâ'*, s. 83; Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 268; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 391; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 654.

<sup>311</sup> **Bilirkişi=ehl-i hubre=ehl-i vukûf** için bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 115, 117, 207, 208; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 97; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 442, 475; Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 10, 193, 194; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fîil*, s. 161, 171, 247.

<sup>312</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 381.

<sup>313</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, s. 78; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 135; Yazır, *a.g.e.*, II, 171. Üst hakkı (hakku't-te'âlli) için bkz. Kaşıkçı, “*Eski Hukukumuzda Üst Hakkı*”, *AÜEHFD*, c. III, ss. 50-60; Hacak, “*İrtifak*”, *DİA*, c. XXII, ss. 460-464, s. 462; Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, s. 75-78; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 707, 708; Ekinci, *a.g.e.*, s. 482-485.

<sup>314</sup> Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 227, 228; Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 77, 78; *Kat Mülkiyeti Kanunu*, s. 1.

<sup>315</sup> Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 226. İslâm hukukuna göre ise, bir yere mâlik olan kişi gökyüzüne kadar o yerin üstüne, alt tarafından da yeraltında varabildiği noktaya kadar o yere mâlik olur. Fakat mezkûr yerin üstü veya altı bir başkasının mülkü ise, genel kaidenin hükmü işletilemez. Bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 171. Bu husus Mecelle'de şöyle ifade edilir: “Kim ki bir yere mâlik olursa mâ-fevkine ve mâ-tahtına dahi mâlik olur.” *Mecelle*, md. 1194.

Meselâ, bir arazi mâliki ile bir akaryakıt istasyonu sahibi aralarında anlaşarak arsa sahibi arsasının altına akaryakıt depoları inşa edilmesine rıza gösterse ve depolar inşa edilse, arsa sahibi eskiden olduğu gibi arsanın tamamına mâliktir. Ancak, arsanın altındaki yapı eseri inşaat tapu siciline irtifak hakkı diye tescil edilmesi şartı ile benzin istasyonu sahibinin olur. Bu irtifak hakkı tapu siciline kayıt edilmedikçe hukûken bir geçerliliği olmaz.<sup>316</sup> Nitekim kanuna göre, “*kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler kat mülkiyeti kütüğüne kaydedilir (TMK. 998 I, b. 3; 1001). Ve özel kanun (634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu) hükümleri saklı kalmak üzere, kat mülkiyeti kütüğünde yapılacak işlemler hakkında tapu kütüğüne ilişkin hükümler uygulanır (TMK. 1001 II).*”<sup>317</sup>

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’na göre, “*tamamlanmış olan bir yapının kat, daire, büro, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde o gayrimenkûlün mâliki veya ortak mâlikleri tarafından, bu kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir. Aynı kanuna göre, ahşap yapılarda kat mülkiyeti kurulamaz. (KMK. md. 50/2). Bir bina tamamlanınca irtifak hakkı kat mülkiyetine dönüştürülür. Ayrıca bir yapıda kat mülkiyetinin kurulması ya resmi sözleşme ile veya mahkeme kararı ile olur.*”<sup>318</sup>

Her bir katı A, B ve C gibi farklı kişilere ait olan üç katlı, müşterek paylı, kat mülkiyetli bir bina düşünelim. Sorumluluğu gerektiren bir durumun vukuu halinde ortaklardan her birinin kendi hissesi oranında sorumlu tutulması hakkaniyetin bir gereğidir. Yargıtay eski kararında bu doğrultuda bir görüş birliğinde iken, bilâhare bu görüşünü bozarak arka arkaya verdiği yeni karara göre, her hissedarın oluşan zarardan *müteselsilen sorumlu*<sup>319</sup> olacağı fikri egemen olmaya başlamıştır.<sup>320</sup> Bilindiği gibi, müteselsil borç ilişkisinde her borçlunun borcun tamamından sorumlu olması yanında,

<sup>316</sup> Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 227. Tapu siciline yapılan işlemler (tescil) için bkz. Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 60-90.

<sup>317</sup> Halûk N., Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku, (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 1. B., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 90.

<sup>318</sup> Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, s. 228.

<sup>319</sup> **Müteselsil sorumluluk**, birden çok şahsın bir zararın tamamından ayrı ayrı mesul olmalarını ifade eden hukukî bir kavramdır. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 497; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 440; eBK. 50 (BK. 61, 62).

<sup>320</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 56, 57.

alacaklının dilediği borçluya müracaat edebilme hakkı ve alacaklının tatmini oranında diğer borçluların borçtan kurtulma imkânları olur.<sup>321</sup>

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre, “*kat mâlikleri, anagayrimenkûlün bakımına ve mimarî durumu ile ilgili güzelliğini ve sağlamliğını titizlikle korumaya mecburdurlar.*”<sup>322</sup> Karahasan ve Tandoğan'a göre, kat mâlikleri binanın bağımsız bölümlerinden kaynaklanan zararlardan şahsen sorumludurlar. Fakat ortak yerlerin bakım eksikliğinden veya fena yapımından kaynaklanan zararlardan ise, *müteselsilen* mesul olmaları gerekir.<sup>323</sup>

Kılıçoğlu'na göre ise, kat mülkiyetinde mâliklerin müşterek yerlerden *müteselsilen* sorumlu tutulmaları hakkaniyete uygun değildir.<sup>324</sup>

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre de “*kat mâlikleri anagayrimenkûlün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre mâlik olurlar. Kat mâlikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça, her kat mâlikine ait arsa payı ile oranlıdır.*”<sup>325</sup>

---

<sup>321</sup> Bkz. Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 95-100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 156-160; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 228 vd.

<sup>322</sup> KMK. md. 19.

<sup>323</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 59; eBK. md. 51 (61, 62), KMK. 16.

<sup>324</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 59.

<sup>325</sup> KMK. md. 16.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

# BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE NETİCELERİ

### I. BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN VERDİĞİ ZARAR NEDENİYLE SORUMLULUK

*Sorumluluk* kavramını, hukukî dayanaklarını, tarihî gelişimini, zararlı fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur, kusurun çeşitleri, uygun illiyet rabıtası, kusurlu sorumluluk, kusursuz (objektif) sorumluluk ve haksız fiil<sup>1</sup> konularını ilgili bölümde etraflıca ele almıştık. Burada ise, yapı mâliklerinin *hukukî sorumluluğunun* hüküm ve neticelerini ele alacağız. Yani yapı mâliklerinin mâlîki oldukları bina veya diğer bir yapı eserinin dolaylı olarak (tesebbüben) bir insanın yahut eşyanın itlâfına sebebiyet vermeleri hallerinde ne gibi hukukî müeyyideler ile mesul tutulacağını inceleyeceğiz.<sup>2</sup>

*Hukukî sorumluluk* mefhumuna gelince, *özel hukukun*<sup>3</sup> uygulama alanı en geniş sahasını oluşturur. Konusu ise, mesuliyet, mesuliyetin şartları, zarar, kusur, kusurun çeşitleri, nedensellik bağı, haksız fiil sorumluluğu, haksız fiilin sonuçları, objektif sorumluluk, zararın hesaplanması, tazminat, tazminatın belirlenmesi, maddî tazminat, manevî tazminat ve rücû‘ davası gibi hususlardır.<sup>4</sup> Anlaşılacağı gibi, “bina veya diğer bir yapı eseri mâlîklerinin sorumluluğu” meselesi de *özel hukuk* alanına girer.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 12-95; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 74-94; Oğuzman -Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 461 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 162 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 111 vd.

<sup>2</sup> Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 482-527.

<sup>3</sup> **Özel (hususî) hukuk**, eşit konumdaki toplum bireylerinin aralarındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalıdır. Medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku, devletler hususî hukuku, fikri hukuk özel hukukun dallarındandır. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 534; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 206, 464; Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, s. 112 vd.; Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, s. 22; Umar, *Temel Hukuk Bilgisi*, s. 47, 48; Abdullah Dinçkol, *Hukuka Giriş (Hukukun Temel Kavramları)*, 3. B., İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 155-157.

<sup>4</sup> Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. III; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 89-94; Narter, *a.g.e.*, s. 403-448, 905 vd., 1021 vd.

<sup>5</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 83.

## II. BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİNİN VERDİĞİ ZARAR NEDENİYLE TAZMİNAT DAVASI

### A) TAZMİNAT KAVRAMI VE TANIMI

Damân, sözlükte “başkasının üzerindeki vacip bir hakkı üstlenmek, bir şeyin misliyyâttan ise mislini, kıyemiyâttan ise kıymetini vermek, risk üstlenmek, taahhüt ve garanti etmek, malî sorumluluk, zarar ve ziyana karşı kefâlet”<sup>6</sup> gibi anlamlara gelir.

İslâm hukuku kaynaklarında *damân*, kefâlet anlamı dışında<sup>7</sup> bir de haksız bir fiil ile meydana gelen zararın maddeden tazmin ve telâfi edilmesi, eşyanın verebileceği zarara katlanma, risk üstlenmek gibi anlamlarda kullanılmıştır.<sup>8</sup>

Mecelle’ye göre ise, “*damân, bir şeyin misliyyâttan ise mislini ve kıyemiyâttan ise kıymetini vermektir.*”<sup>9</sup>

Vehbe Zuhaylî’ye göre ise, “*damân, bir malın kendisinin veya menfaatinin itlâfi yahut bir insanın bütün olarak veya kısmen itlâfi halinde ortaya çıkan zararların bedelini borçlanmaktır.*”<sup>10</sup>

Pozitif hukukta ise, tazminat; “*hukuka aykırı davranışın yol açtığı maddî veya manevî zarar ve ziyanı karşılamak üzere verilen bedel demektir.*”<sup>11</sup>

Hâsılı, *damân*; helâk olan bir şeyin tazmini ve hukukî sorumluluğu<sup>12</sup> anlamlarına gelen hukukî bir terimdir.

Tazminat kavramının tanımlarından anlaşılacağı gibi, hem İslâm hukukunda<sup>13</sup> hem de Türk pozitif hukukunda tazminatın amacı, haksız fiile uğrayan şahsın maddî,

<sup>6</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 89.

<sup>7</sup> Bkz. Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, III, 221-247; ‘Ġamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 240.

<sup>8</sup> Bkz. Müzenî, *Muhtasarü'l-Müzenî*, XII, 375; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 127, 128; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 96, 151; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 192; İbn Rüşd, *Bidâye*, IV, 100; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 430; Mevslî, *el-İhtiyâr*, III, 59, 62; V, 45, 46; Zeylâ’î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Molla Hüsrev, *Mir’ât*, s. 48; Hicâvî, *el-İknâ*, II, 357; Bağdâdî, *Mecme’u’d-Damânât*, s. 176, 177; ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 180.

<sup>9</sup> *Mecelle*, md. 416.

<sup>10</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 21.

<sup>11</sup> Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 644.

<sup>12</sup> Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77; Hamevî, *Gamz*, III, 154, 157, 158, 160; Aktan, “*Damân*”, *DİA*, c. VIII, s. 452; Şen, *a.g.m.*, s. 410.

<sup>13</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 19, 20.



manevî zararını telâfi etmek<sup>14</sup>, mağdurun yani zarara uğrayan şahsın haksız fiilin vukuundan önceki fiili durumunu ve dengeyi yeniden sağlamaktır. Bir başka ifade ile zarara uğrayan şahsı sanki hiç zarara uğramamış gibi bir konuma getirmektir.<sup>15</sup>

## B) TAZMİNAT DAVASI VE TARAFLARI

Bina veya diğer bir yapı eserinin tehlike arzettiğini şahitler huzurunda bina mâlikine yahut binayı yıkmaya ya da onarmaya selâhiyeti olan şahsa ikaz eden Müslüman, zimmî, herkes uygun süre içinde gerekli tedbirleri almayan yapı mâlikinden oluşan zararı tazmin etmesini dava edebilir.<sup>16</sup> Duruma göre mağdur -zarar gören kişi- ve yakınları diyet, erş, hükûmet-i ‘adl, hükûmet-i elem (erş-i elem) gibi can ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiillerin sebep olduğu zarar ve tazminatların alacaklısı olabilirler.<sup>17</sup>

Borçlar hukukunda da bina veya diğer bir yapı eserinden *fena yapım* veya *muhafazadaki kusur* sebebi ile zarar gören herkes, hatta bunların hukukî halefleri (vârisleri) eBK. nun 58’inci (BK. 69) maddesine göre<sup>18</sup>, bina mâliki aleyhine dava açabilir, tazminat talep etme hakkına sahip olur.<sup>19</sup> Şayet zarar gören şahıs (mağdur) küçük veya mahcûr (kısıtlı) ise davayı küçüğün veya mahcûrun kanunî temsilcisi de açabilir. Eğer mağdur olan kişi bir tüzelkişilik ise, dava yetkili organ veya onun tayin edeceği vekil tarafından da açılabilir. Bahse konu olan hukukî hâdisede şayet zarar gören kişi ölmüş ise, yardımdan yoksun kalan kişilerin de dava hakkı vardır (eBK. 45/II, BK. 53).<sup>20</sup> Fakat zarar gören kişi, bir başka nedenle ölecek olursa, dava hakkı mağdurun mirasçılara intikal eder. Zarar gören kişinin ölümü halinde eBK. 45/I hükmünce mezkûr zarar mağdurun vârislerine ödenir.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 252, 253, 330, 331; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 140; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 811 vd., 1141 vd.; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 89; Narter, *a.g.e.*, s. 815 vd., 844 vd.

<sup>15</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90, 91.

<sup>16</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 567, 568; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Halebî, *Mültekâ*, s. 475.

<sup>17</sup> Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9, 12; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 99 vd.; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110, 111; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 179, 180.

<sup>18</sup> “Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin mâliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan, bakımsızlığından dolayı mesul olur.”

<sup>19</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 130-132; Naimi, *a.g.tz.*, s. 54.

<sup>20</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 132; Naimi, *a.g.tz.*, s. 54 vd.

<sup>21</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 54 vd.

## 1) Davacı

Davacı (*müdde'î*), bir şeyi dava eden veya hâkim huzurunda bir hakkın kendisine ait olduğunu talep eden kişi demektir.<sup>22</sup> Bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin *fena yapım* veya *muhafazadaki kusur* sebebi ile oluşan zararda/hukukî olayda davacı olan taraf, bizzat zarar gören kişi veya onun vârisleridir.<sup>23</sup>

## 2) Davalı

Davalı (*müdde'â 'aleyh*), bizzat aleyhine dava açılan ve hâkim huzurunda kendisinden bir hak talep edilen kişi demektir.<sup>24</sup> Bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin *fena yapım* veya *muhafazadaki kusur* sebebi ile oluşan zararda/hukukî hâdisede davalı olan taraf ise, bizzat yapı mâlikidir.<sup>25</sup>

eBK. nun 58'inci (BK. 69) maddesi hükmüne göre de “*bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin mâliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan, bakımsızlığından dolayı mesul olur.*”<sup>26</sup>

### a) Müstakil Mülkiyette Davalı

Bazen davalı sıfatını taşıyan şahıs tek bir kişi olabilir. Eğer bina veya diğer bir yapı eserinin mülkiyetinden tek bir kişi müstakillen/bağımsız olarak istifade ediyorsa, zararlarından da davalı ve sorumlu tutulacak olan şahıs da sadece kendisi olacaktır.<sup>27</sup> Nitekim “*el-harâcu bi'd-damân*”<sup>28</sup>, “*el-ğurmu bi'l-ğunmi*”<sup>29</sup>, “*bir şeyin nef'î damânı mukabelesindedir*”<sup>30</sup>, “*mazarrat menfaat mukabelesindedir*”<sup>31</sup> ve “*külfet nimete ve nimet külfete göredir*”<sup>32</sup> emsali prensipler ile ifade edilebilen menfaat ve mazarrat *denge prensibi* bir başka deyiş ile “*yarar ile zarar arasında bağlılık fikri*”<sup>33</sup> bunu

<sup>22</sup> Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 412; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 482; *Mecelle*, md. 1613, 1616.

<sup>23</sup> Karş. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219, 220; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Yazır, *a.g.e.*, II, 174; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 132; Naimi, *a.g.tz.*, s. 54 vd.

<sup>24</sup> Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 93, 412; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 482; *Mecelle*, md. 1616, 1617.

<sup>25</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku I*, 612; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 111 vd.; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 593; Naimi, *a.g.tz.*, s. 56.

<sup>26</sup> Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 145 vd.

<sup>27</sup> Karş. Yazır, *a.g.e.*, II, 167-173; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Naimi, *a.g.tz.*, s. 56.

<sup>28</sup> Ebû Dâvûd, “Büyü”, 71; Nesâî, “Büyü”, 15; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77.

<sup>29</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285.

<sup>30</sup> *Mecelle*, md. 85.

<sup>31</sup> *Mecelle*, md. 87.

<sup>32</sup> *Mecelle*, md. 88; Bilmen, *a.g.e.*, I, 285.

<sup>33</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 93; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 194, 195; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 512.

gerektirir. Dolayısı ile bina, hayvan, motorlu araç vb. eşyadan müstakilen yararlanan kişi mezkûr eşyanın mukadder *külfet*lerine (*risk*lerine) tek başına katlanması ve davalı konumda tutulması hakkaniyetin bir gereğidir.<sup>34</sup>

### **b) Müşterek Mülkiyette Davalı**

Davalının, dolayısı ile sorumluluğun tayin ve tespiti için eşya ile mâlik arasında bir *mülkiyet ilişkisinin* kurulabilmesi gerekir. Eşya ile mâlik arasında bir mülkiyet ilişkisi kurulamıyorsa, yani ortada bina mâliki veya mâlikleri yoksa zarar vukuu halinde sıradan, herhangi bir şahsa dava ve sorumluluk tevcih edilmez, edilemez.<sup>35</sup> Yalnız şu kadar var ki, davalı sıfatını taşıyan bina veya diğer bir yapı eseri mâliki birden fazla da olabilir. Böylesi durumlarda *müşterek mülkiyet*<sup>36</sup> söz konusu olur ki<sup>37</sup>, bu nevi – ortak=paylı- mülkiyette oluşan zarardan hangi ortağın ne oranda davalı ve mesul olacağı hususları önem arz eder.<sup>38</sup>

Ebû Hanîfe'ye göre, müşterek mülkiyette her bir ortak istihsânen oluşan zarardan kendi hissesi nispetinde sorumludur. Çünkü yargı yolu ile kendi hissesine düşen kısmı onarma yetkisi vardı(r). Bu ödevi yerine getirmeyerek hissesi oranında haksız fiil işlemiştir. Haksız fiili oranında da sorumlu tutulur. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise, müşterek mülkiyette ortağın mesuliyeti kendi hissesi oranında

<sup>34</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154, 194, 195; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 110; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 85; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 463, 467, 563, 587; Edgü, *Borçlar Hukuku (Umumî Hükümler)*, s. 122; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 297; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 92; Yavuz, *a.g.m.*, s. 37; Yılmaz, *a.g.m.*, s. 554, 555; Bardakoğlu, "*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdği Zararın...*", s. 43, 44.

<sup>35</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128,129; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 47; Haddâdî, *Cevhere*, II, 179; Molla Hüseyin, *Dürer*, II, 111; Halebî, *Mültekâ*, s. 475, 476; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 599, 600; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 180; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 526, 527; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5794, 5795; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 227; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 175; Naimi, *a.g.tz.*, s. 56, 57.

<sup>36</sup> **Müşterek mülkiyet**, kanun veya sözleşme ile birden çok kişinin bir eşyaya hisse oranları muayyen ama şâyi' (hisse-i şâyi'a) olarak ortak olmaları hali demektir. Bu nevi mülkiyette ortakların hisseleri fiilen bölünmediği için ortaklık malın her cüzünü ve her yanını kapsar. Nitekim bu durum Mecelle 139'da şu şekilde ifade edilir: "Hisse-i şâyi'a, mâl-ı müşterekin her cüz'üne şâyi' ve şâmil olan sehimidir." Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 435, 521; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 495, 618.

<sup>37</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 569; Sakafî, *Kitâbu'l-Hitân*, s. 26-28; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543, 544; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Gırnâtî, *el-Kavânînu'l-Fıkhîyye*, s. 223, 224; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405, 406; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 181, 184; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 493-495, 526, 527; Naimi, *a.g.tz.*, s. 56-58; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114, 128; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 92, 93.

<sup>38</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 427, 428; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 181, 182, 183; Bilmen, *a.g.e.*, III, 121; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 493-495, 526, 527; Naimi, *a.g.tz.*, s. 56, 57; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114.

olmayıp, oluşan zararın yarısı ile sınırlıdır. Meselâ, üç ortaklı bir evin avlusunda ortaklardan biri diğer iki ortağın rızası olmadan açtığı kuyu veya inşa ettiği duvar bir şahsın ölümüne sebebiyet verse, Ebû Hanîfe'ye göre, haksız fiil fâili -nin âkilesi-diyetin üçte ikisinden sorumlu olur. Çünkü o, bu haksız fiili ile ortaklığın üçte ikilik kısmında zarara sebebiyet vermiştir. İmâmeyn'e göre ise, diyetin yarısından sorumlu olur.<sup>39</sup>

Kezâ, iki kişi arasında müşterek olan bir mülkte veya alanda ortaklardan biri diğerinin izni olmaksızın bir kuyu açsa ve kuyu bir şeyin itlâfına sebebiyet verse, Şâfiî mezhebine göre kıyâsen, haksız fiil fâli zararın tamamını tazminle sorumlu tutulur. Ebû Hanîfe'ye göre, haksız fiili nispetinde -ortağının hissesi oranında- zarardan sorumlu olur. Çünkü ortağının payında müte'addî sayılır. İmâmeyn'e göre ise, oluşan zararın yarısından dava edilerek sorumlu tutulur.<sup>40</sup>

Borçlar hukukunda da paylı mülkiyette sorumluluğu gerektiren bir durumun vukuu halinde, ortaklardan her birinin kendi hissesi oranında sorumlu tutulması hakkaniyetin gereğidir. Yargıtay eski kararında bu doğrultuda bir görüş birliğinde iken, bu görüşünü bozarak arka arkaya verdiği yeni karara göre, her hissedarın oluşan zarardan *müteselsilen sorumlu*<sup>41</sup> olacağı fikri egemen olmaya başlamıştır.<sup>42</sup> Bilindiği gibi, müteselsil borç ilişkisinde her borçlunun borcun tamamından sorumlu olması yanında, alacaklının dilediği borçluya müracaat edebilme hakkı ve alacaklının tatmini oranında diğer borçluların borçtan kurtulma imkânları olur.<sup>43</sup>

Her iki hukuk sisteminde müşterek mülkiyette ortaklardan her birinin kendi hissesi oranında davalı sıfatını taşıması gerektiğini ve o nispette sorumlu tutulması

<sup>39</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 284; Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 425, 426; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405, 406; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 181, 184, 185; Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, s. 595; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221-223, 229.

<sup>40</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 425, 426.

<sup>41</sup> **Müteselsil sorumluluk**, birden çok şahsın bir zararın tamamından ayrı ayrı mesul olmalarını ifade eden hukukî bir kavramdır. Bkz. Bağdath, *a.g.s.*, s. 497; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 440; eBK. 50 (BK. 61, 62).

<sup>42</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 56, 57.

<sup>43</sup> Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 95-100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 156-160; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 228 vd.

gerektiğini öngören görüşün<sup>44</sup> adalet ve hakkaniyet ülküsüne daha uygun olduğunu söyleyebiliriz.

Bir de *iştirak (elbirliği) halinde mülkiyette* davalı olma durumu var ki, bu da bir eşyaya birden çok şahsın payları gayri muayyen bir şekilde sahip olmaları halini ifade eder. Bu nevi mülkiyette ortakların hisseleri muayyen olmadığı için mal üzerindeki mülkiyet hakları eşyanın bütününe şamil olup aralarında bir ittifak olmadan ortaklar kendi hisselerinde münferiden tasarruf edemezler. Ayrıca ortaklardan her biri diğerinin hissesinden sorumlu olur.<sup>45</sup> İştirak halinde mülkiyette davalı konumundaki ortak mâliklerden herbiri mağdurun zararının tamamını gidermekle yükümlüdür. Mağdur kişi oluşan zararı birden ziyade olan mâliklerden sadece tek birisinden dava edebilir. Zira mâliklerin *iç ilişki* ile birbirlerine rücû hakları olduğundan zararın tek bir mâlikten dava edilmesi hakkaniyete aykırı olmaz. Dolayısı ile mağdur kişi dilediği mâlike dava açabilir.<sup>46</sup>

### **c) Kat Mülkiyetinde Davalı**

Fevkânî-tahtânî (alt kat-üst kat) ilişkili katlı bir binada veya diğer bir yapı eserinde mâliklerin *bağımsız bölüm* ve *ortak alanlarda* tasarruf yetkileri ve davalılık durumları müstakil mülkiyette olduğu gibi ol(a)mayacağı aşîkârdır.<sup>47</sup>

Kat mülkiyetinde binanın bağımsız bölümlerinde her bir mâlik *fena yapım* ve *bakım noksanlığı* sebebi ile şahsen davalı ve sorumlu olur. Meselâ, her bir katı farklı mâliklere ait olan iki katlı bir bina düşünelim. Olası tehlikeye karşı her iki katın mâliki de ikaz edilmiş olsun. Fakat üst kat yıkılsa ve birinin ölümüne sebebiyet verse, zararın gideriminden sadece üst katın mâliki davalı ve sorumlu olur.<sup>48</sup> Kezâ, fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile ikinci katın banyo-tuvalet su tesisatı sızıntısından birinci katın zarar gördüğünü farzedelim. Oluşan zarar, olayla hiçbir ilişkisi kurulamayacak olan bir katın mâlikinden dava edilemez. Bu hukukî hâdisede dava edilecek olan kişi, doğrudan ikinci katın mâlikidir. Çünkü bozuk olan tesisatını tamir et(tir)meyerek,

<sup>44</sup> Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 284; Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 425, 426; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405, 406; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 181, 184, 185; Naimi, *a.g.tz.*, s. 56- 58.

<sup>45</sup> Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 273; Bağdathî, *a.g.s.*, s. 187, 347; Naimi, *a.g.tz.*, s. 58, 59.

<sup>46</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 58, 59.

<sup>47</sup> *Mecelle*, md. 1192; *Mecelle*, md. 1197; Naimi, *a.g.tz.*, s. 59, 60.

<sup>48</sup> Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 185.

*içtinap (kaçınma) yollu* bir haksız fiil ile birinci katın zarara uğramasına sebebiyet vermiştir.<sup>49</sup>

Ebû Hanîfe'ye göre, müşterek mülkiyette her bir ortak istihşânen oluşan zarardan kendi hissesi nispetinde sorumludur. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise, müşterek mülkiyette ortağın mesuliyeti kendi hissesi oranında olmayıp oluşan zararın yarısı ile sınırlıdır. Meselâ, üç ortaklı bir evin avlusunda ortaklardan biri diğer iki ortağın izni ve rızası olmadan açtığı kuyu veya inşa ettiği duvar bir şahsın ölümüne sebebiyet verse, Ebû Hanîfe'ye göre, haksız fiil fâili diyetin üçte ikisinden davalı ve sorumlu olur. Çünkü o, bu haksız fiili ile ortaklığın üçte ikilik kısmında zarara sebebiyet vermiştir. İmâmeyn'e göre ise, diyetin yarısından davalı ve sorumlu olur.<sup>50</sup>

Türk pozitif hukukuna göre, her bir katı A, B ve C gibi farklı kişilere ait olan üç katlı, kat mülkiyetli bir bina düşünelim. Sorumluluğu gerektiren bir durumun vukuu halinde ortaklardan her birinin kendi hissesi oranında davalı ve sorumlu tutulması hakkaniyetin gereğidir. Yargıtay eski kararında bu doğrultuda bir görüş birliğinde iken, bilâhare bu görüşünü bozarak arka arkaya verdiği yeni karara göre, her hissedarın oluşan zarardan *müteselsilen sorumlu*<sup>51</sup> olacağı fikri egemen olmaya başlamıştır.<sup>52</sup> Bilindiği gibi, müteselsil borç ilişkisinde her borçlunun borcun tamamından sorumlu olması yanında, alacaklının dilediği borçluya müracaat edebilme hakkı ve alacaklının tatmini oranında diğer borçluların borçtan kurtulma imkânları olur.<sup>53</sup>

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre, "*kat mâlikleri, anagayrimenkûlün bakımına ve mimari durumu ile ilgili güzelliğini ve sağlamlığını titizlikle korumaya mecburdurlar.*"<sup>54</sup> Karahasan, Tandoğan'a göre, kat mâlikleri binanın *bağımsız bölümlerinden* kaynaklanan zararlardan şahsen davalı ve sorumlu olurlar. Fakat *ortak*

<sup>49</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 7.

<sup>50</sup> Karş. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 543; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 284; Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 425, 426; Molla Hüsrev, *Dürrer*, II, 111; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405, 406; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 181, 184, 185; Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, s. 595; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 221-223, 229.

<sup>51</sup> **Müteselsil sorumluluk**, birden çok şahsın bir zararın tamamından ayrı ayrı mesul olmalarını ifade eden hukukî bir kavramdır. Bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 497; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 440; eBK. 50 (BK. 61, 62).

<sup>52</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 56, 57.

<sup>53</sup> Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 95-100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 156-160; Edgü, *Borçlar Hukuku*, s. 228 vd.

<sup>54</sup> KMK. md. 19.

yerlerin bakım eksikliğinden veya fena yapımından kaynaklanan zararlardan ise, *müteselsilen mesul* olmaları gerekir.<sup>55</sup>

Kılıçoğlu'na göre ise, kat mülkiyetinde mâliklerin müşterek yerlerden *müteselsilen* sorumlu tutulmaları hakkaniyete uygun değildir.<sup>56</sup>

Kat Mülkiyeti Kanunu 16'ya göre, "*kat mâlikleri anağayrimenkûlün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre mâlik olurlar. Kat mâlikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça, her kat mâlikine ait arsa payı ile oranlıdır.*"<sup>57</sup>

#### **d) Kamu Tüzel Kişiliğinde Davalı**

"Yapı Mâlikleri Kavramı ve Kapsamı" kısmında hükmî şahısların bina mâlikleri kapsamında olup olmadıklarını etraflı bir şekilde inceledik. Hâsılı, gerek İslâm hukukunda ve gerekse Türk pozitif hukukunda bina veya diğer bir yapı eseri mâliki gerçek kişi olabileceği gibi, hükmî bir kişilik (kamu tüzel kişi) de olabilir. Dolayısı ile her iki hukukta da kamu tüzel kişiler davalı sıfatında ve konumda olabilirler. Nitekim doğu bölgesinde vakti ile bölgenin coğrafik şartları iyice araştırılmadan inşa edilen bir sınır karakoluna çığ düşmesi hâdisesinde şehit olan bir asker hususunda idare, *yapı mâliklerinin kusursuz sorumluluğu kapsamında suçlu bulunmuş ve idarenin tazminat sorumluluğuna hükmedilmiştir.*<sup>58</sup>

### **III. BİNA VEYA DİĞER BİR YAPI ESERİ MÂLİKLERİNİN TAZMİNLE SORUMLU OLDUĞU ZARAR VE KAPSAMI**

Bütün kadim hukuklarda maddî ve manevî haklara yönelik bilumum haksız fiiller ve tecavüzler zarar kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>59</sup> Kezâ, İslâm hukuku ve Türk pozitif hukukunda da haksız fiil fâili –suçlu da diyebiliriz- ika ettiği her çeşit hak tecavüzü, zarar, tedavi gideri, acı, mahrumiyet ve mahcubiyet gibi bütün kayıpların

<sup>55</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 59; eBK. md. 51 (61, 62), KMK. 16.

<sup>56</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 59.

<sup>57</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 59, 60.

<sup>58</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 61. Ayrıca Türk pozitif hukukunda kamu tüzel kişilerin mâlik ve davalı olmaları meselesi için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 41-43, 60-62; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 114; Naimi, *a.g.tz.*, s. 41-43, 60, 61; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 145, 146.

<sup>59</sup> Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 41.

tazmin ve izâlesinden/gideriminden sorumludur.<sup>60</sup> Çünkü fena yapım veya muhafazadaki kusur sebebi ile taraflar arasında akit dışı -olsa bile- bir alacaklı ve borçlu ilişkisi doğmuştur. Burada alacaklı konumunda olan fena yapım veya muhafazadaki kusur sebebi ile zarara maruz kalan kişi iken, borçlu taraf da mâliki olduğu bina veya diğer bir yapı eserinin bir başkasının mal veya vücut bütünlüğüne kısmen ya da bütünüyle zarar ika eden yapı mâlikidir.<sup>61</sup>

eBK. nun 58'inci (BK. 69) maddesine göre, bina veya diğer bir yapı eseri mâliki de hukuka aykırı şekilde doğrudan ya da dolaylı olarak bir başkasının vücut bütünlüğüne, malına kısmen yahut bütünüyle zarar vermiş ise, hukukun yerleşik kuralına göre, bu zararı tazmin ve gidermekle yükümlüdür.<sup>62</sup> Nitekim “zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek (zirâr ya da dirâr)<sup>63</sup> yoktur”<sup>64</sup> hadisi ile “zarar izâle olunur”<sup>65</sup> prensibi İslâm hukukunun önemli, küllî kâidelerindedir.<sup>66</sup> Haksız fiilin unsurlarından zarar (damnum) unsurunu hem maddî zarar hem de manevî zarar kısımları ile yerinde etraflıca işlemiştik. Burada ise, zarar unsurunu tazminat hukuku yani hüküm ve neticeleri açısından ele alacağız.

#### A) ZARARIN KAPSAMI

“Birbirinizin mallarını aranızda bâtil yollarla yemeyiniz.”<sup>67</sup> “Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.”<sup>68</sup> “Müslüman, diğer Müslümanların, elinden ve dilinden zarar görmediği (emin oldukları) kimsedir.”<sup>69</sup> “İnsanlar! Bu günleriniz

<sup>60</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 482-527; Naimi, *a.g.tz.*, s. 1-83; Kurt, *a.g.m.*, s. 171-192; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 181-202; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 586-597.

<sup>61</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 181-202; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 112-116; Deschenaux-Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 91-100; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 89; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 159-165; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 26, 27; Naimi, *a.g.tz.*, s. 54 vd.

<sup>62</sup> Aydın, “İtlâf”, *DİA*, c. XXIII, s. 468, 469. “Zararın İzalesi Prensibi” için bkz. Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, s. 173, 174.

<sup>63</sup> **Zirâr ya da dirâr**, verilen bir zarara, yine zararlar karşılık vermek demektir. Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 73, 74.

<sup>64</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ'*, “Akdiyye”, 31. Mecelle'de ise bu prensip şöyle ifade edilir: “Zarar ve mukabele bi'z- zarar yoktur” *Mecelle*, md. 19.

<sup>65</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>66</sup> Bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42, 43; Hamevî, *Gamz*, I, 274-294; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 19; Bilmen, *a.g.e.*, I, 261.

<sup>67</sup> Bakara, 2/188. Âyette geçen “bi'l-bâtil” lâfzı bilumum haksız fiil ve haram yollara şamildir. Bkz. Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, s. 173.

<sup>68</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ'*, “Akdiyye”, 31. Mecelle'de ise bu prensip şöyle ifade edilir: “Zarar ve mukabele bi'z- zarar yoktur” *Mecelle*, md. 19.

<sup>69</sup> Tirmizî, “İmân”, 12.



nasıl mukaddes bir gün ise, bu aylarınız nasıl mukaddes ay ise, bu şehriniz (Mekke) nasıl bir mübarek şehir ise, canlarınız, mallarınız, namuslarınızda öyle mukaddestir, her türlü tecavülden korunmuştur.”<sup>70</sup> “Her müslümanın diğer müslümana kanı, ırzı (namusu) ve malı haramdır.”<sup>71</sup> “Bu (Zilhicce) ayınızda, bu (Mekke) şehrinizde, bu (arefe) gününüz nasıl mukaddes ise, kanlarınız, mallarınız ve ırzlarınız (şeref ve namusunuz) da aynı şekilde mukaddestir (dokunulmazdır). Bilin ki! Her suçlu cezasını kendisi çekecektir.”<sup>72</sup> “Zarar izâle olunur”<sup>73</sup> emsali nass ve prensiplerin salt anlamı, sorumluluk bilincinin inşası yanında, zarar ikânı yasaklamak, zararın kapsamı, tayini ve tespiti hususunda genel ilkeler geliştirmek, oluşan maddî ve manevî bilumum zararları imkânlar nispetinde giderip<sup>74</sup> mağduru zarardan önceki konumuna yükseltmektir.<sup>75</sup>

Bina veya diğer bir yapı eseri mâliki de, *fena yapım* veya *bakım noksanlığı/muhafazadaki kusuru* sebebi ile hukuka aykırı şekilde doğrudan ya da dolaylı olarak bir başkasının canına ve vücut bütünlüğüne ya da malına kısmen yahut bütünüyle zarara sebebiyet vermiş ise, bu zararı gidermekle yükümlüdür.<sup>76</sup>

Tazminatın sebebi, diyet, erş, hükümet-i ‘adl olabileceği gibi<sup>77</sup>, kısmen itlâf (*ifsât*)<sup>78</sup> veya tamamıyla itlâf (*istihlâk*)<sup>79</sup> olan bir eşya da olabilir.<sup>80</sup> Zarara konu olan şey, *misli mal*<sup>81</sup> ise, zarar misli ile tazmin edilir. Zararın misli ile tazmini mümkün olmuyorsa, yani itlâf olan şey *kıyemî mal*<sup>82</sup> ise, telef olan malın kıymeti ödenerek zarar

<sup>70</sup> Buhârî, “Nikâh”, 80, “Edeb”, 31, 85, Müslim, “İmân”, 74, 75, 77; Sâbık, *Fıkhu’s-Sünne*, III, 238; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 94, 502.

<sup>71</sup> Müslim, “Bir”, 32; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 197; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 59.

<sup>72</sup> Tirmizî, “Tefsîru’l-Kur’ân”, 9.

<sup>73</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>74</sup> “Zarar bi-kaderi’l-imbân def’ olunur.” *Mecelle*, md. 31.

<sup>75</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90, 91.

<sup>76</sup> Mâlik, *el-Muvattâ’*, “‘Ukûl”, 18 (II, 869, 870); Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 567, 568; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Molla Hüsrev, *Dürrer*, II, 110, 111; Bağdâdî, *Mecme’u’d-Damânât*, s. 183, 185; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 225; Naimi, *a.g.tz.*, s. 62, 66, 67.

<sup>77</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219, 220; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 99 vd.; Zeylâ’î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Molla Hüsrev, *Dürrer*, II, 110, 111; Aydın, “İtlâf”, *DİA*, c. XXIII, ss. 466-469.

<sup>78</sup> Yazır, *a.g.e.*, II, 442; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485.

<sup>79</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VII, 378; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485.

<sup>80</sup> Aydın, “İtlâf”, *DİA*, c. XXIII, ss. 466-469.

<sup>81</sup> **Misli mal**, çarşı ve pazarda aynı fiyatla emsali bulunabilen standart mal demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 381; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 465; Aybakan, *a.g.e.*, s. 26, 50; Hafif, *Ahkâmü’l-Mu’âmelâti’s-Şer’iyye*, s. 34, 41. *Mecelle* 145’e göre misli mal, “çarşı ve pazarda mu’teddün bih, yani bahânın ihtilâfını mücib bir tefâvüsüz misli bulunan şeydir.”

<sup>82</sup> **Kıyemî mal**, çarşı ve pazarda dengi bulunmayan veya bulunsa bile fiyatça farklı olan standart olmayan mal demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 310, 311; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 392; Döndüren, *Delilleriyle Ticaret*

giderilir.<sup>83</sup> Zarar giderilirken mağduru olabildiğince zarar görmezden önceki konumuna yükseltmek gerektiği için<sup>84</sup> mağdurun maddî ve manevî haklarına yönelik bilumum haksız fiiller ve tecavüzler zarar kapsamında değerlendirilir.<sup>85</sup> Bu bağlamda her iki hukuk sisteminde haksız fiil fâilinin ika ettiği her çeşit hak tecavüzü, zarar, tedavi gideri, acı, mahrumiyet ve mahcubiyet gibi kayıpların tamamı zarar kapsamında değerlendirilir.<sup>86</sup>

Haksız fiilin veya kusura dayanan sorumluluğun unsurlarından “zarar” bahsinde<sup>87</sup> ifade ettiğimiz gibi, hukukun yasakladığı zarar<sup>88</sup> “maddî zarar” ve “manevî zarar”<sup>89</sup> olmak üzere iki kısma ayrılır.

### 1) Maddî Zarar

Tezimizde maddî zarar kavramı ile eşyaya (mala) veya menfaatlere yahut cana ve vücut bütünlüğüne verilen zararları<sup>90</sup> kastetmekteyiz.

Maddî zarar veya *itlâf*<sup>91</sup>, eşyayı bütünüyle yararlanılabilir olmaktan çıkaran boyutta ise, buna doktrinde *istihlâk* denir. İka olunan zarar malı bütünüyle yararlanılabilir olmaktan çıkarmadı ise, buna da *ifsât* denir.<sup>92</sup> Meselâ, yıkılan bina enkazı altında kalan bir otomobil tamamen pert/itlâf olmuş ise, bu bir istihlâktir. Fakat fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile bir binadan düşen kiremit, sıva parçaları, pimaş boru, çanak anten, panjur, Fransız balkon vs. bir eşyada kısmî bir zarara

---

ve *İktisat İlmihali*, s. 43; Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyeye*, s. 34, 41. Mecelle 146'ya göre kıyemî mal, “çarşı ve pazarda misli bulunmayan yahut bulunursa da fiyatca mütefâvit olan şeydir.”

<sup>83</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 111; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 59; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 262.

<sup>84</sup> Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90.

<sup>85</sup> Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 41.

<sup>86</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485; Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 48-61; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s.130-138; Naimi, *a.g.tz.*, s. 62-64; Kurt, *a.g.m.*, s. 171-192; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 181-202; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 586-597; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s.130-148; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 214 vd.; 228 vd.

<sup>87</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 100, 101.

<sup>88</sup> Nisâ, 4/29; Buhârî, “Ahkâm”, 9; Tirmizî, “Birr”, 27.

<sup>89</sup> Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 129, 137, 138; Muvâfi, *ez-Zararu fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 1008-1028; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 81, 82; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 286; Kılıçoğlu, “*Manevî Tazminatın Hukuksal Niteliği*”, ss.15-21; Naimi, *a.g.tz.*, s. iii; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 276-281. Maddî ve manevî bazı zarar örnekleri için bkz. *Mecelle*, md. 1192, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203, 1206, 1207, 1208, 1209, 1210, 1211, 1212, 1213, 1214, 1231, 1233.

<sup>90</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s.130-137.

<sup>91</sup> **İtlâf**, herhangi bir eşyanın insan fiili ile tamamen veya kısmen kullanılamaz duruma gelmesi demektir. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 275.

<sup>92</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485.

sebebiyet vermiş ise, bu da bir *ifsât* örneğidir. Ancak zarara konu olan eşyanın veya malın İslâm hukukuna göre mal (*mâl-i mütekavvim*)<sup>93</sup> kapsamında olması, maddî bir değerinin olması ile dokunulmazlık vasfı ve değerini taşıyor olması gerekir.<sup>94</sup>

Ancak bizler tezimizde *menfaatleri* de mal kapsamında değerlendiren Hanefîlerin dışında kalan çoğunluğun görüşünden hareketle hukukî neticeler çıkarmaya çalışacağız. Bilindiği üzere Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçuları *menfaatleri de mütekavvim mal* kapsamında değerlendirmişler.<sup>95</sup> Hafif<sup>96</sup>, Karaman<sup>97</sup>, Demir<sup>98</sup>, Aydın<sup>99</sup> ve Kaya<sup>100</sup> gibi muasır İslâm hukukçularına göre, tercihe şayan olan görüş; menfaatleri de mal kapsamında değerlendiren hukukçuların görüşüdür.

Bazı gerekçelerle bize göre de, tercihe şayan olan görüş; menfaatleri de mal kapsamında değerlendiren “cumhûrî'l-fukahâ” yani fakihlerin çoğunluğunun benimsediği görüştür. Farazî hukuk (case law) yöntemi gereğince şöyle farzedelim: Yapılan bütün ikazlara rağmen tehlike arzeden binası için zamanında gerekli tedbirleri almayan bir bina mâlikinin ihmali sebebi ile önemli iş görüşmesine, ihaleye veya imtihana yetişemeyen şahsın uğradığı zarar, menfaat, fırsat ve avantaj kayıplarını “Hanefîlere göre, zaten menfaatler mal kapsamında değerlendirilmiyor”, gerekçesiyle<sup>101</sup> hesaba katmamak, mağdurun uğradığı zararı sineye çekmesini beklemek adalet ve hakkaniyet ülküsüne uygun düşmez.

Borçlar hukukunda da yapı mâlikinin fena yapım ve muhafazadaki kusuru sebebi ile ortaya çıkan maddî zararları tazmin etmesi gerekir. Meselâ, balkon korkulukları olmayan bir binanın mâliki bunun farkına varmayan veya var olduğunu

<sup>93</sup> **Mâl-i mütekavvim**, dinen bir kıymet ve değer ifade eden, kullanılmasında da mahzûr olmayan mübâh mal demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 342; Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti'sh-Şer'iyye*, s. 34. Mecelle 127'ye göre ise, mâl-i mütekavvim, iki manâya istimal olunur. Biri intifâi mübâh olan şeydir. Diğeri mâl-ı mührez demektir. Meselâ, denizde iken balık gayr-ı mütekavvim olup istiyâd ile ihrâz olundukda mâl-ı mütekavvim olur.

<sup>94</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti'sh-Şer'iyye*, s. 41.

<sup>95</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti'sh-Şer'iyye*, s. 30; Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 82; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 132; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 297 vd.

<sup>96</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti'sh-Şer'iyye*, s. 30.

<sup>97</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 12-25.

<sup>98</sup> Demir, *a.g.e.*, s. 16, 17.

<sup>99</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 335-340.

<sup>100</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 82; Kaya, *Güncel Fikhî Konular*, s. 92, 93, 218, 219.

<sup>101</sup> Demir, *a.g.e.*, s. 16.

zannederek düşüp zarar gören temizlik işçisinin uğrayacağı maddî zararları gidermekle yükümlüdür.<sup>102</sup>

#### a) Mala Verilen Zararlar

Mâlîki olduğu duvar veya binanın tehlike arzettiği şahitler huzurunda kendisine ikaz edilen mâlik, uygun süre zarfında gerekli emniyet tedbirlerini almayıp bir malın (eşyanın) itlâfına sebep olsa, oluşan zararı bizzat kendi malından tazmin etmekle yükümlüdür.<sup>103</sup> Nitekim yapı mâlikî *borcun kaynaklarından biri olan itlâf*<sup>104</sup> sebebi ile başkasının mamelekinde rızası dışında oluşan bir eksilmenin müsebbibi konumundadır.

Doktrinde yapı mâliklerinin yapım hatasından veya muhafazadaki kusur sebebi ile mala verdikleri zararlardan *şahsî mamelekleri ile sorumlu* olacaklarına ilişkin çok sayıda örnekler görmekteyiz.<sup>105</sup> Meselâ, bir kimsenin tarîk-i ‘âmmda ya da başkasının mülkünde yetkili makamlardan izin almadan, hukuka aykırı olarak açtığı kuyuya birinin hayvanı düşse, mütesebbip -yapı mâlikî de diyebiliriz- zararın boyut ve miktarına göre, zarardan sorumlu tutulur. Bu hukukî hadisede eğer hayvan bütünüyle itlâf olmuş ise, haksız fiil fâilinin hayvanın tamam kıymetini ödemesi gerekir. Eğer hayvanda kısmî bir zarar/itlâf söz konusu ise, hayvanın eksilen kıymetini tazminle sorumlu tutulur. Çünkü o, haksız fiil ile başkasının –bu olayda hayvan sahibinin- zararına sebebiyet vermiştir.<sup>106</sup>

Bu ve benzeri olaylarda oluşan zararın miktarı tespit ve tayin edilirken *noksân-ı kıymet veya noksân-ı semen*<sup>107</sup> kuralı esas alınır. Yani bir kişi diğerin malına bir şekilde kıymetçe bir değer eksilmesi (noksân) iras etse, haksız fiil fâili tarafsız bir bilirkişinin tayin edeceği eksilen değerini, giderimle sorumludur.”<sup>108</sup> Kezâ, bir kişi

<sup>102</sup> Karş. Naimi, *a.g.tz.*, s. 62, 63; eBK. 58, BK. 69.

<sup>103</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 375, 376; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 352, 353; Mevkûfâtî, *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, II, 258; ‘Çamrâvî, *es-Sirâcü'l-Vehhâc*, s. 504.

<sup>104</sup> Böke, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, s.100-102.

<sup>105</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 570, 571; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537; Zeylâ‘î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 176, 177.

<sup>106</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 423; Hicâvî, *el-İknâ‘*, IV, 199, 200; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, VIII, 8; Yazır, *a.g.e.*, V, 441, 442; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 382; ‘Çutaymil, *a.g.tz.*, s. 18, 19.

<sup>107</sup> **Noksân-ı kıymet=noksân-ı semen**, tarafsız ve önyargısız (bî-garaz) olan bilirkişiler tarafından belirleyecek olan eşyanın eksilen değer ve kıymetini ifade eder. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 458; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 514; *Mecelle*, md. 346.

<sup>108</sup> “Bir kimse diğerin malına kıymetçe bir günâ noksân getirirse noksân-ı kıymetini zâmin olur.” *Mecelle*, md. 917.

dolaylı olarak bir diğèrinin malını tamamıyla itlâf yahut kıymetini tenkîs etse, haksız fiil fâili oluşan zararın tazmin sorumlusu olur.<sup>109</sup>

Meselâ, bir bina mâliki hukuka aykırı olarak, emniyet tedbirlerini almadan başlattığı inşaat temeline bir başkasının 5.000 TL. kıymetindeki hayvanı düşüp zarar görse, olay mahalline çağrılan bilirkişinin tespitine göre de, bu düşme hâdisesinden dolayı (*sebeb-i müfzî*)<sup>110</sup> hayvanın değerinde 1000 TL. lik bir eksilmenin (*noksân-ı kıymet veya noksân-ı semen*) oluştuğunu söylese, haksız fiil fâili konumundaki yapı mâliki, hayvan sahibine tespit edilen *eksilen değeri* tazminle sorumlu tutulur.<sup>111</sup> Nitekim yerleşik hukuk kuralına göre, “*noksân-ı semen bî-garaz ehl-i vukûfun ihbârıyla mâlum olur.*”<sup>112</sup>

### **b) Menfaatlere Verilen Zararlar**

Zarara konu olan eşyanın veya malın İslâm hukukuna göre, mal (*mâl-i mütekavvim*)<sup>113</sup> kapsamında olması, maddî bir değerinin olması ile dokunulmazlık vasfı ve değerini taşıyor olması gerektiğini<sup>114</sup> daha önce belirtmiştik.

Ancak bizler tezimizde *menfaatleri* de mal kapsamında değerlendiren Hanefîlerin dışında kalan çoğunluğun “cumhûrî’l-fukahâ”nın (Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçularının) görüşünden<sup>115</sup> hareketle hukukî neticeler çıkarmaya çalışacağız. Yani bina mâlikinin fena yapım ve muhafazadaki kusuru sebebi ile ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerektiğinin daha makul ve âdil olduğunun kanısındaız. Çünkü geçen zarar sürecinde vakti ile mal kapsamında değerlendirilmeyen nice şeye günümüzde paha biçilemektedir. Meselâ, fırsat ve avantajlar<sup>116</sup>, yoksun

<sup>109</sup> “Bir kimse tessebbüben birinin malını itlâf yahut kıymetini tenkîs etse yani kendisinin fiili bir malın telefine yahut noksân-ı kıymetine sebeb-i müfzî olsa zâmin olur.” *Mecelle*, md. 922.

<sup>110</sup> **Sebeb-i müfzî** için bkz. *Mecelle*, md. 922; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 382.

<sup>111</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 268. Damânü’n-nuksân yani değeri eksiltelen şeylerin tazmin sorumluluğu örnekleri için bkz. Kâsânî, *el-Bedâi’*, VII, 154 vd.; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 376-389.

<sup>112</sup> *Mecelle*, md. 346.

<sup>113</sup> **Mâl-i mütekavvim**, dinen bir kıymet ve değer ifade eden, kullanılmasında da mahzûr (sakınca) olmayan mübâh mal demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 342; Hafif, *Ahkâmü’l-Mu’âmelâti’ş-Şer’iyye*, s. 34. *Mecelle* 127’ye göre ise, mâl-i mütekavvim, iki manâya istimal olunur. Biri intifâ’ı mübâh olan şeydir. Diğeri mâl-ı mührez demektir. Meselâ, denizde iken balık gayr-ı mütekavvim olup istiyâd ile ihrâz olundukda mâl-ı mütekavvim olur.

<sup>114</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 485; Demir, *a.g.e.*, s. 25 vd.; Hafif, *Ahkâmü’l-Mu’âmelâti’ş-Şer’iyye*, s. 41.

<sup>115</sup> Hafif, *Ahkâmü’l-Mu’âmelâti’ş-Şer’iyye*, s. 30.

<sup>116</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 82; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 92.

kalınan kârlar<sup>117</sup>, menfaatler<sup>118</sup>, doğalgaz, güneş enerjisi vs. bunlardan sadece bazılarıdır.

### **c) Cana ve Vücut Bütünlüğüne Verilen Zararlar**

Bilindiği gibi, “ed-darûrâtü’l-hamse=el-usûl el-hamse”, yani Şârî‘ Teâlâ’nın korunmasını emrettiği beş zorunlu ilkedен biri de, hayatın korunmasıdır. Bu esasa yönelik ika olunan zararlar kısas veya tazmin sebebidir. Bu bağlamda hayli nass bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şunlardır: *“Yanlışlıkla olması dışında bir müminin bir mümini öldürmeye hakkı olamaz. Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir. Meğerki ölünün ailesi o diyeti bağışlamış ola. (Bu takdirde diyet vermez). Eğer öldürülen mümin olduğu halde, size düşman olan bir toplumdан ise mümin bir köle azat etmek lâzımdır. Eğer kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir toplumdан ise ailesine teslim edilecek bir diyet ve bir mümin köleyi azat etmek gerekir. Bunları bulamayan kimsenin, Allah tarafından tevbesinin kabulü için iki ay peşpeşe oruç tutması lâzımdır. Allah her şeyi bilendir, hikmet sahibidir.”*<sup>119</sup> *“Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın (öldürülür). Ancak her kimin cezası, kardeşi (öldürülenin velisi) tarafından bir miktar bağışlanırsa artık ( taraflar) hakkaniyete uymalı ve (öldüren) ona (gerekен diyeti) güzellikle ödemelidir. Bu söylenenler, Rabbinizden bir hafifletme ve rahmettir. Her kim bundan sonra haddi aşarsa muhakkak onun için elem verici bir azap vardır.”*<sup>120</sup>

*“Bir mümini haksız olarak kasten öldüren kimse kısas edilir. Ancak ölenin yakınları başka bir şeye razı olarak kâtili affetmeleri halinde, canın (nefs) bedeli olarak yüz deve diyet ödenir.”*<sup>121</sup> *“Kıyamet günü insanlar arasında ilk hesap konusu edilecek olan şey, kan meseleleridir.”*<sup>122</sup> *“Yarım söz sebebi ile dahi olsa bir müslümanın ölümüne sebep olan kişi alınının şakında (ortasında) ‘Allah’ın rahmetinden mahrumdur (yoksundur)’ yazılı bir ibare ile haşredilecektir.”*<sup>123</sup> *“Zarar vermek ve*

<sup>117</sup> Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 321, 323, 326 vd., 369, 493; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 752 vd.; 1142, 1143.

<sup>118</sup> Demir, *a.g.e.*, s. 16; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 130-137; Ekinici, *a.g.e.*, s. 512.

<sup>119</sup> Nisâ, 4/92.

<sup>120</sup> Bakara, 2/178.

<sup>121</sup> Nesâî, “Kasâme”, 46; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “‘Ukûl”, 1.

<sup>122</sup> Buhârî, “Rikâk”, 48; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VIII, 2.

<sup>123</sup> Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, VIII, 2.

zarara zararlarla karşılık vermek yoktur.”<sup>124</sup> “Zarar izâle olunur”<sup>125</sup> vb. nass ve prensipler, cana ve vücut bütünlüğüne verilen zararların tazmin edilmesini gösteren delillerden sadece bazılarıdır.<sup>126</sup>

Bu nasslar bağlamında mâliki olduğu duvarın veya binanın tehlike arzettiği şahitler huzurunda kendisine ikaz edilen mâlik, uygun süre zarfında gerekli emniyet tedbirlerini almayıp bir canın tamamen ya da kısmen itlâfına sebep olsa, diyet, erş, hükûmet-i ‘adl ve hükûmet-i elem gibi tazminatlar yapı mâlikinin âkilesi<sup>127</sup> tarafından tazmin edilir.<sup>128</sup> Zira yapı mâliki borcun kaynaklarından biri olan itlâf<sup>129</sup> sebebi ile başkasının canına veya vücut bütünlüğüne (*cismanî tamâmiyet*)<sup>130</sup> zarara sebebiyet vermiştir (*tesebbüben katl/tesebbüben müessir fiil*).<sup>131</sup> Doktrinde buna *cinâyet-i hâit* denir.<sup>132</sup> Cinâyet de, ceza hukuku istilâhatında “*mücâzât-ı terhibiyyeyi müstelzim olan cürüm demek olup, kısas veya diyeti (damân) gerektirecek şekilde insanın nefsi veya bedeni hakkında vaki olan tecavüz ve te‘addî*” anlamlarına gelir.<sup>133</sup>

<sup>124</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ’*, “Akdiyye”, 31. Mecelle’de ise bu prensip şöyle ifade edilir: “Zarar ve mukabele bi’z- zarar yoktur” *Mecelle*, md. 19.

<sup>125</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>126</sup> Cana ve vücut bütünlüğüne verilen zararların tazmini ve miktarları için bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 171-262; Dağcı, *a.g.e.*, s. 190-248.

<sup>127</sup> ‘Âkile, kasıtsız olarak işlenen cinayet diyetini veya “gurre” denilen malî tazminatı, yüklenip ödeyen asabe (baba tarafından âkıl ve yetişkin erkekler), aşiret, divan üyeleri, meslek kuruluşları demektir. Âkileye kadınlar, çocuklar ve deliler dâhil değildir. Kâtil de diyeti ödemede âkileye dâhildir. Müslüman ile gayrimüslim birbirine âkile olmaz (bkz Nisâ, 4/141). Diyet üç yıla yayılarak -taksim-tahsil edilir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 20, 32; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 12; Kazâmil, *el-‘Âkile*, s. 9 vd.; 202; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 61; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 172 vd.; Ekinci, *a.g.e.*, s. 362, 363. Âkilenin sorumluluğu tazminatla ilgili olup cezaî bir nitelik taşımadığını özellikle belirtmeliyiz. Bkz. Abdülkâdir ‘Üdeh, *İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, I-IV, Tercüme: Akif Nuri, bsy., İstanbul, İhya Yayınları, 1976-1979, III, 14-27; Aktan, “Âkile”, *DİA*, s. 248; Süleyman Akdemir, *Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması*, İzmir, 1988, s. 56, 66-68.

<sup>128</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Mâverdî, *el-Hâvi’l-Kebîr*, XII, 375, 376; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 206, 207; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Remlî, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, VII, 352, 353; Mevkûfâtî, *Şerhu’l-Mevkûfâtî*, II, 258; ‘Gamrâvî, *es-Sirâcü’l-Vehhâc*, s. 504.

<sup>129</sup> Böke, *a.g.e.*, s. 100-102.

<sup>130</sup> *Cismanî tamâmiyet* için bkz. Dağcı, *a. g. e.*, s. 253, 258.

<sup>131</sup> *Tesebbüben katl/tesebbüben müessir fiil*, yetkili makamlardan izinsiz, gerekli emniyet tedbirlerini almadan ve hukuka aykırı olarak açılan bir çukurun veya mâil-i inhidâm bir duvarın sebep olduğu zarar/katl, bir tesebbüben katl/tesebbüben müessir fiil örneğidir. Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 46; Bağdâdî, *Mecme‘u’d-Damânât*, s. 179; Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebîr*, IV, 243; Desûkî, *Hâşiyeye*, IV, 243; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 382; ‘Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 18, 19; Dağcı, *a.g. e.*, s. 77; Ekinci, *a.g.e.*, s. 357, 360.

<sup>132</sup> Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110; Mevkûfâtî, *Şerhu’l-Mevkûfâtî*, II, 260; Yazır, *a.g.e.*, I, 261; Bilmen, *a.g.e.*, III, 11; Ekinci, *a.g.e.*, s. 360.

<sup>133</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 260.

Haksız yere vuku bulan öldürme, insan hayatını bütünüyle sona erdirdi ise, buna *cinâyet fi'n-nefs*<sup>134</sup>, cana değil de vücut bütünlüğüne yönelik olan haksız fiile *cinâyet fi'l-etrâf* (cinâyet mâ dâne'n-nefs =müessir fiil=cerh=kat'-ı uzv)<sup>135</sup>, müşterek fâillerin ika ettiği cinayete *cinâyet-i müstereke*<sup>136</sup>, bir şahsın tek bir fiil ile yapmış olduğu toplu kıyım ve katl-i 'âmm'a da *cinâyet-i müctemi'a*<sup>137</sup> denir.

Hukuka aykırı olarak açılan çukur ve ikaz edilen mâil-i inhidâm bir duvarın yıkılmasından dolayı ödenmesi gereken diyeti, bizzat mâlik ile mâlikin mevcut *âkilesi*, mevcut değilse tamam diyeti mâlik şahsî mamelekenden tazmin eder. Fakat bu itlâfa sebebiyetinden dolayı bina mâlikine kısas ve *keffâret-i katl*<sup>138</sup> cezası gerekmez. Çünkü bu durum, *hataen katl* değil; tessebbüben oluşan bir itlâftır. Bilindiği üzere, kasten mûrisini öldüren kişi mûrisinin mirasından mahrum bırakılır.<sup>139</sup> Mübâşeretin öldürmenin hilâfına tessebbüben katl hallerinde, katle sebep olan vâris mûrisinin mirasından mahrum bırakılmaz. Dolayısı ile fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile vârisinin ölümüne yol açan yapı mâliki kısasen katledilmez ve ölenin mirasından da yoksun bırakılmaz.<sup>140</sup>

İbn-i Hazm'a (ö. 456/1063) göre ise, katl/öldürme kastı olmadıkça 'âmmen menfaati için olsun veya olmasın, fiilin kötü âkıbetini öngöremeden bir nehir açıp birilerinin ölümüne sebep olan kişinin bu fiili *hataen katl* kapsamında olup, hâdisede ölen her bir kişi için fâile/müsebbibe bir *keffâret-i katl* gerekir.<sup>141</sup>

Âkile, duvarın/yapının akrabalarının malı olmadığını veya binanın tehlike arzettiğini bilmediklerini yahut başkasına ait olduğunu iddia ederse, aleyhlerine delil

<sup>134</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 261; Bilmen, *a.g.e.*, III, 10; Ekinci, *a.g.e.*, s. 355, 357.

<sup>135</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 261; Bilmen, *a.g.e.*, III, 11; Ekinci, *a.g.e.*, s. 357.

<sup>136</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 261; Bilmen, *a.g.e.*, III, 11.

<sup>137</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 261; Bilmen, *a.g.e.*, III, 11.

<sup>138</sup> **Keffâret-i katl**, bir müslümanı veya zimmîyi kasıtlı değil, hata ile öldüren müslümanın diyet dışında ödemesi gereken keffâret demektir. Bu da ilgili şahsın âyetin gereği olarak bir mümin köleyi azad etmesi, buna kudreti yoksa iki ay ardı ardına oruç tutmasıdır (bkz. Nisâ, 4/92). Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 302. Ayrıca "İslâm'da Keffâretler" için bkz. Güleç, *a.g.m.*, ss. 449-473; 'Üdeh, *İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, II, 703 vd.; Akdemir, *a.g.e.*, s. 63-65, 69,70.

<sup>139</sup> "Kâtile miras yoktur." Bkz. İbn-i Mâce, "Ferâiz", 8.

<sup>140</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9, 10, 15; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 52-54. Tessebbüben katl yani sebebiyet yolu ile öldürme dışında katlin bütün çeşitleri miras ve intikale manidir. Detaylı bilgi için bkz. Ali Himmet Berki, İrfan Yücel, *İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal*, 3. B., Ankara, DİB Yayınları, 1986, s. 171, 172.

<sup>141</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219, 220.



getirilmedikçe oluşan zararın tazmininden sorumlu tutulamaz.<sup>142</sup> Çünkü müdde'înin iddiasını ispatlamakla mükellef olduğu meselesi hukukun genel ilkelerinden biridir.<sup>143</sup> Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v), “iddiayı delil ile ispat etmek davacıya, yemin ise davalıya düşer”<sup>144</sup> buyurdular.

Ebû Hanîfe'ye göre, eğer verilen zarar ölüm değil de erş'i mûcip bir zarar ise, (mâ düne'n-nefs=yaralama=müessir fiil) ise, erşin bedeli erkekte *diyēt-i kâmilin*<sup>145</sup> yirmide biri, kadın da ise diyetin onda biri kadar ise, bu miktar âkile tarafından tazmin edilir. Fakat oluşan zarar bu miktarın altında ise, müsebbibin kendi mamelekinden giderilir. Ayrıca itlâf olan şey hayvan ya da 'urûz<sup>146</sup> nevinden bir mal ise, yine müsebbibin kendi malından ödenir.<sup>147</sup>

İmam Mâlik'e göre ise, erş bedeli, tam diyetin üçte birinden az ise, müsebbip yaralama bedelini kendi mamelekinden tazmin eder. Fakat erşin miktarı, tam diyetin üçte biri kadar veya daha fazla ise, erş müsebbibin âkilesi yani baba tarafından erkek akrabaları tarafından tazmin edilir.<sup>148</sup>

Âkilesi olmayanın<sup>149</sup>, buluntu çocuğun (lakîl)<sup>150</sup>, yeni müslüman olmuş şahsın yıkıntı sebebi ile oluşan diyēt borcu akrabaları bilinemeyeceğinden veya müslüman olamayabilecekleri için beytûlmâlden tazmin edilir. Bunun karşılığında ise, mirası

<sup>142</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 569, 570; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 11; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 183.

<sup>143</sup> “Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir.” “Beyyine hilâf-ı zâhiri ispat için ve yemin aslı ibkâ içindir.” Bkz. *Mecelle*, md. 76, 77; Bilmen, *a.g.e.*, I, 280. Ayrıca Türk pozitif hukukunda beyyine külfeti/ispat külfeti/ispat yükü/tanıt yükü için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 339; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 394; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 195; TMK. 6; eBK. 42, BK. 50.

<sup>144</sup> Buhârî, “Rehin”, 6; Müslim, “Akdiyye”, 1.

<sup>145</sup> **Diyēt-i kâmile**, öldürülen kişinin canına karşılık kâtilden veya kâtil ile beraber âkilesinden alınan tam diyēt demektir. Tazminatın miktarı öldürülen kişiye göre değişir. Hür kişinin diyeti kâmilisi yüz deve veya iki yüz sığır ya da iki bin koyun yahut dengi para (bin dinar, on bin dirhem-i şer'î gümüş). Hür kadının diyeti ise, bu miktarların yarısı kadardır. Kölenin (memlûk) diyeti de, şahsî kıymetidir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 107; Dağcı, *a.g.e.*, s. 175 vd.; Akdemir, *a.g.e.*, s. 56, 69.

<sup>146</sup> **Urûz**, “...nukûd ve hayvanattan ve meklât ve mevzûnattan başka olan metâ ve kumaş gibi şeyler demektir.” *Mecelle*, md. 131. Bir başka ifade ile hayvan ve akar dışında kalan ticaret malları demektir. *Mecelle*, md. 165; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 588.

<sup>147</sup> Mâlik, *el-Muvattâ'*, “‘Ukûl”, 16 (II, 865, 866); Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9, 10; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 107 vd.; Kazâmil, *el-Âkile*, s. 49-54.

<sup>148</sup> Mâlik, *el-Muvattâ'*, “‘Ukûl”, 18 (II, 869, 870); Gırnâtî, *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, s. 219; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 107 vd.; Kazâmil, *el-Âkile*, s. 49-54.

<sup>149</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 295, 296.

<sup>150</sup> Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 184; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 15, 16; Kazâmil, *el-Âkile*, s. 198.

devlet hazinesine kalır.<sup>151</sup> Zira “ben, vârisi olmayanın varisiyim. Onun diyetini öder ona da vâris olurum”<sup>152</sup> nassı ile “el-harâcu bi’-d-damân”<sup>153</sup>, “el-ğurmu bi’-l-ğunmi”<sup>154</sup>, “bir şeyin nefî damânı mukabelesindedir”<sup>155</sup>, “mazarrat menfaat mukabelesindedir”<sup>156</sup>, “külfet nimete ve nimet külfete göredir”<sup>157</sup> emsali prensipler ile ifade edilebilen menfaat ve mazarrat denge prensibi, yani “yarar ile zarar arasında bağıllık fikri”<sup>158</sup> bunu âmirdir.

Kezâ, diyet<sup>159</sup>, erş/erş-i mukadder<sup>160</sup> kapsamı dışında kalan insan bedenine yönelik ika olunan bazı zararların tazmini söz konusudur ki, bunlar da hükümet<sup>161</sup>, erş-i gayri mukadder<sup>162</sup>, içtihat<sup>163</sup>, hükümetü’l-‘adl<sup>164</sup> terimleri ile ifade edilir. Literatürde bu kavramlarla diyet ve erşe konu olmayan zararlı fiillerin giderim sorumluluğu ifade edilir. Eğer insan bedenine yönelik olan müessir bir fiil kısası gerektirmiyorsa ve tazminat miktarı nass ile belirlenmemiş ise, bu bir hükümetü’l-‘adl olup miktarı hâkim ve bilirkişi tarafından takdir ve tayin edilir. Hükümetü’l-‘adl nevinden ödenen zararlar ise, bazı hafif yaralar<sup>165</sup>, sakat ve fazla olan organlara verilen zararlar<sup>166</sup>, kemiklerin kırılması<sup>167</sup>, estetik zararlar<sup>168</sup>, organların hafif ve kısmen duyu ve fonksiyon kaybına uğratılması<sup>169</sup>, çürük ve bereler<sup>170</sup>, bütünün parçası konumunda olan bağımsız organlara verilen zararlar<sup>171</sup> ve diğer bazı zararlar bu çeşit tazminatlardandır.<sup>172</sup>

<sup>151</sup> Şeybânî, *Kitâbü’l-Asl*, IV, 573, 574; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 12; Bağdâdî, *Mecme’u’-d-Damânât*, s. 184; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 15, 16, 67; Kazâmil, *el-‘Âkile*, s. 198.

<sup>152</sup> Ebû Dâvûd, “Ferâiz”, 8; İbn Mâce, “Diyât”, 7; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 131.

<sup>153</sup> Ebû Dâvûd, “Büyû”, 71; Nesâî, “Büyû”, 15; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77.

<sup>154</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285; Kazâmil, *el-‘Âkile*, s. 202.

<sup>155</sup> *Mecelle*, md. 85; Kazâmil, *el-‘Âkile*, s. 202.

<sup>156</sup> *Mecelle*, md. 87.

<sup>157</sup> *Mecelle*, md. 88; Bilmen, *a.g.e.*, I, 284, 285.

<sup>158</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 93; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 194, 195; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 512.

<sup>159</sup> Bardakoğlu, “Diyet”, *DİA*, c. IX, ss. 473-479; Kelebek, *a.g.e.*, s. 193, 194.

<sup>160</sup> Şafak, “Erş”, *DİA*, c. XI, ss. 307-308.

<sup>161</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 240.

<sup>162</sup> **Erş-i gayr-i mukadder**, erş-i mukadderin hilâfına, miktarı şer’an tayin edilmemiş ve bilirkişilerin takdir ve tayinine bırakılan organlara yönelik müessir fiillerin tazmin bedeli demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 125; Altuncî, *Müessesetü’l-Mes’uliyeye*, s. 32, 33; Behnesî, *ed-Diyetü*, s. 115-140; Dağcı, *a.g.e.*, s. 170, 171; Kaya, *a.g.e.*, s. 231, 232, 240; Kelebek, *a.g.e.*, s. 194, 195.

<sup>163</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 240.

<sup>164</sup> **Hükümetü’l-‘adl**, müessir fiil sebebi ile mağdur olan/zarara uğrayan kişiye ödenen ve miktarı hâkim tarafından belirlenen tazminat demektir. Bkz. Şâmil Dağcı, “Hükümet-i Adl”, *DİA*, c. XVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1998, ss. 463-464, s. 463.

<sup>165</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 241.

<sup>166</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 241-243.

<sup>167</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 241-244.

<sup>168</sup> Bağdâdî, *Mecme’u’-d-Damânât*, s. 166; Kaya, *a.g.e.*, s. 244.

<sup>169</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 245.

Doktrinde bazı İslâm hukukçularına göre, hükûmetü'l-'adl dışında bir de *hükûmet-i elem*<sup>173</sup> kavramı ile ifade edilen bir tazminat türü daha mevcuttur. Cumhûr'un hükûmetü'l-'adl kavramının tedavi masraflarını, çekilen acı ve ıstırapların tazminatlarını da kapsadığını ileri süren görüşünün aksine, Ebû Yûsuf bütünüyle iyileşip izi ve eseri kalmayan bir yaradan dolayı çekilen acıların, İmam Muhammed'e göre ise, ilâç parası ile doktor ücreti giderlerinin istihânen tazmin edilmesi gerekir.<sup>174</sup> Konu hakkında yaptığı ileri düzeydeki (doktora) araştırmasında<sup>175</sup> bazı tahlillerden sonra Ali Kaya, İmâmeyn'in görüşünün “*zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur*”<sup>176</sup>, “*zarar izâle olunur*”<sup>177</sup> ve “*zararın izâlesi prensibi*”<sup>178</sup> hükûmet-i elemin başlıbaşına zararların tazminine dâhil olabileceği görüşüne varmıştır.<sup>179</sup>

Bize göre de bu konuda tercihe şayan olan üstün –*müreccah*- görüş, bu görüştür. Çünkü yaşanan bazı his (korku, endişe, kaygı, heyecan...), duygu ve çekilen acıların insanın hayatında derin etkiler bırakacağı âşikâr iken, bunlara yönelik ika olunan haksız fiillerde olması gereken tazminatı yok saymak, hak ve adalet ülküsüne aykırı düşer. Meselâ, yapılan bütün ikazlara rağmen tehlike arzeden binası için gerekli emniyet tedbirlerini almayan bir bina mâlikinin “zaten kimsenin burnu bile kanamadı” diye, sorumlu tutulmaması hakkaniyet ve nasafet olamaz. Zira gecenin bir yarısında veya umulmadık bir anda büyük bir gürültü ile yıkılan bina sebebi ile etrafta etkilenebilecek, korku ve endişeye<sup>180</sup> kapılabilecek pek çok insan ve bebeğin varlığını görmemezlikten gelen bir hukuk öğretisi, hukuk olamaz. Nitekim yüksek sesle bağırmanın (sayhâ) ölüme sebebiyet vermesi halinde diyetin gerektireceği<sup>181</sup>, kasıtlı ürkütülen herhangi bir

<sup>170</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 245, 246.

<sup>171</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 246.

<sup>172</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 246, 247.

<sup>173</sup> **Hükûmet-i elem**, acı bedeli veya yarası iyileşip herhangi bir eseri kalmamış olan birinin çekmiş olduğu acıya karşılık bilirkişilerce takdir olunan tazminat demektir. Buna “erş” veya “erş-i elem” de denir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 208; Ekinci, *a.g.e.*, s. 361; Kaya, *a.g.e.*, s. 250, 251; Dağcı, *a.g.e.*, s. 141, 200; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 130, 137, 138.

<sup>174</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 251.

<sup>175</sup> Bkz. Ali Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar ve Tazmini*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2007, 1-352.

<sup>176</sup> İbn-i Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ'*, “Akdiyye”, 31. Mecelle'de ise bu prensip şöyle ifade edilir: “Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur” *Mecelle*, md. 19.

<sup>177</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâci, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>178</sup> Zararın izâlesi prensibi için bkz. Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, s. 173, 174.

<sup>179</sup> Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar ve Tazmini*, s. 250, 251.

<sup>180</sup> “Müslüman'ı korkutmayınız. Zira Müslüman'ı korkutmak büyük bir zulümdür. Bkz. Hâşimî, *Muhtârü'l-Ehâdis*, Hadis No: 1356.

<sup>181</sup> Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 166.

hayvanın telef olması halinde fâilin oluşan zararı tazmin edeceği<sup>182</sup> ile hoş görülebilecek rahatsızlık hududunu aşan ses<sup>183</sup> ve inşaat gürültüsü<sup>184</sup> gibi manevî zararların tazmine dâhil olacağı görüş ve içtihatları<sup>185</sup> kanaatimizi destekler mahiyettedir.

Borçlar hukukunda da fena yapım veya muhafazadaki kusur sebebi ile oluşan ölüm hallerinde bina mâliki defin harcamaları, ölüm gerçekleşene kadar yapılan tedavi giderleri, çalışmaya muktedir olamamaktan kaynaklanan zarar ve kayıplar, ölen şahsın desteğinden mahrum kalınması sonucu uğranılan bütün zarar ve ziyanlar maddî tazminat kapsamında mâlikten talep edilebilir. Ayrıca mâlikin bu kusurundan dolayı zarar gören kişi çalışma yetisini kaybettiği durumlar (sakatlık halleri) için ileride mahrum kalacağı kârlar da maddî tazminat kapsamında talep edilebilir.<sup>186</sup>

## 2) Manevî Zarar

Manevî zarar ise, kişinin malvarlığında değil, kişisel değerlerinde maddiyatla ölçülemeyen eksilmeleri ifade eder. Üzüntü, acı, elem<sup>187</sup>, makarr-ı nisvân<sup>188</sup> gibi şeref ve namusa âriz olan zararlar birer *manevî zarar* örneğidir. Birinin hayatı, sağlığı, namusu, şöhreti, kariyeri vb. manevî değerlerinin tecavüze uğramasından dolayı acı, elem ve üzüntülere maruz kalması bazı İslâm hukukçularına göre tazmini gerektirir.<sup>189</sup>

<sup>182</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VII, 382; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 287.

<sup>183</sup> Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 616, 617.

<sup>184</sup> Tedavi görmekte olan bir hastanın yakınındaki bir inşaatın aylarca süren tadilat çalışmaları hastanın sınırlarını bozduğu ve iyileşme sürecini yavaşlattığı durumlarda konunun manevî tazminat sebebi olacağına ilişkin görüş için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 63, 64.

<sup>185</sup> Beden ve ruh tamlığının ihlâlinden doğan zararların giderimi ve bazı mahkeme içtihatları için bkz. Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 839-858.

<sup>186</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 136-139, Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 1021 vd.; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 328- 347; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 639-650; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 220-227; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s.172 vd.; Naimi, *a.g.tz.*, s. 62, 63; eBK. 45, 46, BK. 53, 75.

<sup>187</sup> **Hükûmet-i elem** için bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s. 250, 251.

<sup>188</sup> **Makarr-ı nisvân**, evin avlusu gibi bayanların sürekli eğleşip çıktıkları ve çıkmak ihtiyacını hissettikleri mahrem yerler ve mekânlar demektir. Bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 338. Bu nevi manevî zarar (makarr-ı nisvân/harim/havâle) örnekleri ve izâlesinin gerekliliğine ilişkin hükümler için bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42, 43; Yazır, *a.g.e.*, II, 167-181.

<sup>189</sup> Karş. Kaya, *a.g.e.*, s. 117, 118, 250, 251; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 130, 137, 138. Pozitif hukukta konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 722, 723; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 81, 82; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 104; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 170, 171; eBK. 41 (BK. 49).

Borçlar hukukunda da tedavi görmekte olan bir hastanın yakınındaki bir inşaatın aylarca süren tadilât çalışmaları hastanın sınırlarını bozduğu ve iyileşme sürecini yavaşlattığı durumlarda konunun manevî tazminat sebebi olabileceği ifade edilir.<sup>190</sup>

## B) İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile yapı mâlikinin giderimle yükümlü olduğu tazminat hesaplanırken, öncelikle ika olunduğu iddia edilen zararın varlığı – *ispat külfeti*-<sup>191</sup> ve miktarı tespit edilmelidir.<sup>192</sup> Çünkü bazı durumlar tazminatın miktarını değiştirebileceği gibi, bütünüyle de ortadan kaldırabilir.<sup>193</sup>

Her iki hukuk sistemine göre de ika olunduğu iddia edilen zararın varlığı ve miktarının ispatı davacıya düşer. Çünkü müddeînin iddiasını ispatlamakla mükellef olduğu meselesi hukukun genel ilkelerinden biridir.<sup>194</sup> Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v), “*iddiayı delil ile ispat etmek davacıya, yemin ise davalıya düşer*”<sup>195</sup> buyurdular.

Ayrıca mevzû‘ hukuka göre, “*mağdur uğradığı zararın miktarını ispatlamıyorsa, kanun hükmü hem zararın varlığını hem de zararın miktarını belirleme yetkisini hâkime bırakmıştır.*”<sup>196</sup>

## C) TAZMİNATIN HESAPLANMASI VE RÜCÛ‘ HAKKI

“*Zarar izâle edilir*”<sup>197</sup> prensibinin muktezası yerine getirilirken, zararın miktarı kadar kim tarafından hesaplanacağı da önem arzeder. Hâkim ika olunan zararı

<sup>190</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 63, 64. Manevî tazminat ve bazı içtihatlar için bkz. Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 1041 vd.; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 482, 492, 563, 608, 634, 639 vd.; Tekinay, ‘v.d’., *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 876 vd.

<sup>191</sup> “Beyyine müdde‘î için ve yemin münkir üzerinedir.” “Beyyine hilâf-ı zâhiri ispat için ve yemin aslı ibkâ içindir.” Bkz. *Mecelle*, md. 76, 77; Bilmen, *a.g.e.*, I, 280. Ayrıca Türk pozitif hukukunda beyyine külfeti/ispat külfeti/ispat yükü/tanıt yükü için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 339; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 394; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 195; TMK. 6; eBK. 42, BK. 50.

<sup>192</sup> Karş. Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; İbn Kudâme, *el- Muğni*, VIII, 427, 428; Halebî, *Mültekâ*, s. 475, 476; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 182; Behnesî, *el-Mes‘ûliyyetü‘l-Cinâiyye*, s. 60, 61; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 140 vd.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 195; Naimi, *a.g.tz.*, s. 64, 67, 68.

<sup>193</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 64, 67, 68; Nuri Kahveci, “*Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukukî Sonuçları*”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi II*, sa. 3, 2002, ss. 131-142.

<sup>194</sup> Bkz. *Mecelle*, md. 76, 77; Bilmen, *a.g.e.*, I, 280. Ayrıca Türk pozitif hukukunda ispat külfeti için bkz. Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 339; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 394; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 195; Naimi, *a.g.tz.*, s. 64, 67, 68; TMK. 6; eBK. 42, BK. 50.

<sup>195</sup> Buhârî, “Rehin”, 6; Müslim, “Akdiyye”, 1.

<sup>196</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 64.

hesaplarken<sup>198</sup> bilirkişilerden istifade eder.<sup>199</sup> Mâlikin fena yapım ve muhafazadaki kusuru nedeni ile ortaya çıkan zararın tayin ve tespit işlemlerinde hâkim/kâdî uzmanlık gerektiren yapı statîği ve malzeme bilimi vb. konularda bilirkişilerden istifade eder. Çünkü “eğer bilmiyorsanız bilenlerden sorunuz.”<sup>200</sup> “Her bilenin üstünde bir bilen vardır.”<sup>201</sup> “Dünya işlerini siz daha iyi bilirsiniz”<sup>202</sup> nasları bunu iktiza eder. Bu sebeptendir ki, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi<sup>203</sup>, zararı tespit eyleminde hâkim, bina ve yapı işlerinden anlayan şehrin bilirkişilerinden istifade eder<sup>204</sup> hükmü benimsenmiştir.

Zarar hesaplanırken “zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim takdir eder”<sup>205</sup> hükmü ile “zarûretler kendi mikdarlarınca takdir olunur”<sup>206</sup>, “zarar bi-kaderi’l-îmkân def’ olunur”<sup>207</sup> prensipleri arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Meselâ, makarr-ı nisvâna ilişkin bir zarar telâfi edilirken, bu zarar bir çit ile giderilebilecek iken, mâlikten duvar inşa etmesi istenemez.<sup>208</sup> Görüldüğü gibi, hem İslâm hukuku<sup>209</sup> hem de mevzû’ hukuka göre, “mâlikten binanın arzettiği tehlike ile mütenasip olmayan aşırı masraflar yapması beklenemez.”<sup>210</sup>

Kezâ, zarar hesaplanırken beldenin örf ve âdetlerinden de istifade edilir.<sup>211</sup> Nitekim “sizler yeryüzünde Allah’ın şahitlerisiniz.”<sup>212</sup> “Âdet muhakkemdir”<sup>213</sup> vb.

<sup>197</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>198</sup> Bkz. Enbiyâ, 21/78, 89; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 507-509; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65, 66; Naimî, *a.g.tz.*, s. 64.

<sup>199</sup> Bkz. Enbiyâ, 21/78, 79.

<sup>200</sup> Enbiyâ, 21/7.

<sup>201</sup> Yûsuf, 12/76.

<sup>202</sup> Müslim, “Fedâil”, 38.

<sup>203</sup> İbnü’l-Münzir, *Kitâbu’l-İcmâ’*, s. 83.

<sup>204</sup> Mâverdi, *el-Hâvi’l-Kebîr*, XII, 381.

<sup>205</sup> Karş. Naimî, *a.g.tz.*, s. 64; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90; TMK. 6; eBK. 42, BK. 50; Yazır, *a.g.e.*, II, 167, 175, 179.

<sup>206</sup> *Mecelle*, md. 22.

<sup>207</sup> *Mecelle*, md. 31.

<sup>208</sup> Yazır, *a.g.e.*, II, 175, 179.

<sup>209</sup> Bkz. *Mecelle*, md. 22, 31, 74; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, VII, 5793; Yazır, *a.g.e.*, II, 167, 175, 177, 179, 180.

<sup>210</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 193.

<sup>211</sup> Mâverdi, *el-Hâvi’l-Kebîr*, XII, 381.

<sup>212</sup> Buhârî, “Cenâiz”, 86, Müslim, “Cenâiz”, 60.

<sup>213</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 46; *Mecelle*, md. 36.

nass ve prensiplere göre, İslâm hukukunda nassın bulunmadığı cüzi olay ve hâdiselerde beldenin örf ve âdetleri hüküm kaynağı olur.<sup>214</sup>

“Herkes için yaptıklarına göre dereceler vardır.”<sup>215</sup> “Kim de zerre kadar kötülük yapmışsa, onun karşılığını görecektir.”<sup>216</sup> “Herkesin kazandığı (hayır) kendine, yapacağı (şer) de kendinedir”<sup>217</sup> nasslarından hareketle mâlikin kusurunun derecesi onun sorumluluğunun şumulüne tesir edeceğini söyleyebiliriz. Meselâ, bina mâliki taşkını/çıkması nispetinde sorumlu olur. Ne kadar taşkın yaptıysa o kadar diyet öder. Meselâ, 5 birim uzuluğundaki bir kirişin üç birimi taşkın ise, haksız fiili fâili olan bina mâliki, diyetin sadece beşte üçünden sorumlu olur.<sup>218</sup>

Borçlar hukukuna göre de hâkim tazminatın miktarını hesaplarken kusurun ağırlık derecesini de hesaba katar.<sup>219</sup> Ancak, eBK. 58 BK. 69’da konu edilen yapı mâliklerinin sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk niteliğinde olduğu için “kusurun hafif olması durumunda hâkim –illâki- tazminattan indirim yapmak zorunda değildir. Fakat hâkim takdir yetkisini kullanarak hakkaniyet açısından indirim yapabilmektedir...”<sup>220</sup>

Kezâ, zaten hasta veya sakat olan bir uzvun ya da fazla olan bir organın zarara uğraması (bir eldeki altıncı parmak gibi) tazminat miktarının tenzilâtına sebeptir.<sup>221</sup> Meselâ, yaraya şeker veya tütün basmak gibi, mağdurun bir hareketi zararın çoğalmasına sebep olmuş ise, ya da zaten mağdurda var olan bir hastalık zararın çoğalmasına sebep olmuş ise, bunlar da bilirkişilerin görüşleri doğrultusunda tazminatın miktarında tenzilâtı gerektirebilir.<sup>222</sup>

<sup>214</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 266, 267. Örf’ün hukukî kaynaklık ve değeri için bkz. Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 1-180; Ateş, *a.g.e.*, s. 1-544.

<sup>215</sup> Ahkâf, 46/19.

<sup>216</sup> Zilzâl, 99/8.

<sup>217</sup> Bakara, 2/286.

<sup>218</sup> Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 382, 383; Bağdâdî, *Mecme’u’d-Damânât*, s. 176, 177; Emîn, *el-Mes’ûliyyetü’t-Taksiriyye*, s. 221, 222, 227, 232, 233. Detaylı bilgi için bkz. Kahveci, *a.g.m.*, ss. 131-142.

<sup>219</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 140 vd.; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 65, 66; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 217; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 507-509; Naimi, *a.g.tz.*, s. 64, 65; eBK. 43, BK. 51.

<sup>220</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 65.

<sup>221</sup> Kaya, *a.g.e.*, s. 243; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 219.

<sup>222</sup> Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 141, 142; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 219. Detaylı bilgi için bkz. Kahveci, *a.g.m.*, ss. 131-142.

Zarar hesaplanırken dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus ise, ika olunan zararda *zarar görenin/mağdurun rızasının olup olmadığı* hususudur. Çünkü gerek İslâm hukukunda ve gerekse mevzû hukukta bazı durumlarda mağdurun muvafakati hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığından borcun varlığından, dolayısıyla miktarından da bahsedilemez.

Kezâ, zarar görenin/mağdurun zararlı neticenin meydana gelmesinde ya da zararın ziyadeleşmesine sebep olacak davranışlarda bulunması da her iki hukuk siteminde *-müterafik kusur-* tazminatı bütünüyle düşürebileceği gibi, miktarını da düşürebilir.<sup>223</sup>

Kezâ, tazminat hesaplanırken sebep ile zarar arasında *uygun illiyet bağının* bulunması gerekir. Her iki hukuk sistemine göre de, eğer mağdurun fiili illiyet rabitasını kesiyorsa, yapı mâliki tazmin sorumluluğundan kurtulur.<sup>224</sup> Meselâ, yetkili makamlardan izin alarak umum yolda kuyu açan kişi *orada kuyu olduğunu bile bile geçmeye çalışırken* kuyuya düşüp ölenin diyetinden mesul tutulamaz. Çünkü hâdisede mübâşir konumunda olan kişinin fiili tesir bakımında müteebbip konumunda olan kişinin fiilinden çok daha etkindir.<sup>225</sup> Mevzû hukuktan benzer bir örnek de şöyledir: Ancak yarısına kadar dolu olan yüzme havuzuna orada çalışan bir işçinin balıklama/bodoslama/pervasızca atlayarak kafasını zemine çarpıp ölmesi veya yaralanması tazminat indirimine sebeptir. Çünkü hâdisede mağdur/zarar gören konumunda olan işçinin mezkûr fiili de zararlı neticenin vukuuna katkı sağlamıştır.<sup>226</sup>

Tazminat hesaplanırken bir diğer önemli husus, Hanefiler hakkın kullanılması nedeni ile oluşan zararlarda az zararı tazmine konu etmezken, *haksız fiil/itlâf neticesinde oluşan zararın az veya çokluğuna bakılmaksızın tazmine konu edilmesidir.*<sup>227</sup> Buna göre, ikaz edilmesine rağmen uygun süre zarfında tehlike arzeden binası için gerekli emniyet tedbirlerini almayan yapı mâliki az bir şeyin itlâfindan bile sorumludur.

<sup>223</sup> Karş. Naimi, *a.g.tz.*, s. 65; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 91, 92; eBK. 44, BK. 52; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 506-508.

<sup>224</sup> Karş. Naimi, *a.g.tz.*, s. 65.

<sup>225</sup> Karş. Merginâni, *el-Hidâye*, IV, 540; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; *Mecelle*, md. 90.

<sup>226</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 65.

<sup>227</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485; Aydın, *“İtlâf”*, *DİA*, c. XXIII, s. 467. Az zarar/fâhiş zarar örnekleri için bkz. *Mecelle*, md. 1192-1211; Yazır, *a.g.e.*, II, 167-182; Ekinci, *a.g.e.*, s. 482, 483. Mevzû hukukta bazı zarar örnekleri için bkz. Esener, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, s. 142 vd.



## 1) Tazminatın Biçimi

Bina veya diğer bir yapı eseri mâliki, *fena yapım veya bakım noksanlığı* sebebi ile hukuka aykırı bir şekilde başkasının canına veya vücut bütünlüğüne ya da malına kısmen yahut bütünüyle zarara sebebiyet vermiş ise, bu zararı gidermekle yükümlüdür.<sup>228</sup> “*Zarar izâle edilir*”<sup>229</sup> prensibi gereğince zarar gören kişi sanki bu zarara maruz kalmamış gibi bir konuma yükseltilmelidir. Ödenecek tazminat ve tazminatın biçimi ile vaktiyle mağdur aleyhine bozulan malî dengenin yeniden kurulmasına gayret sarf edilir.<sup>230</sup>

Bu malî denge de şu şekilde tesis edilmeye çalışılır: Fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile mağdurun zarara uğratılan hakkına/kaybına bakılır. Eğer bu hak, *cana ve vücut bütünlüğüne yönelik* bir hak ihlâli ise, İslâm hukukunda bedene ilişkin zararların tazmini esasları çerçevesinde mağdurun zararı giderilir.<sup>231</sup>

Zarar *ayn (eşya) yönelik* olduğu durumlarda da mağdurun zarara uğratılan hakkı mislî bir mal ise, zararı misli ile tazmin edilir. Kıyemî bir mal ise, mağdura telef olan malının kıymeti ödenerek zararı giderilir. Meselâ, yapı mâliki A, ikaz ve işhade rağmen tehlike arzeden yapısı ile ilgili gerekli emniyet tedbirlerini almadığı için mâliki olduğu binası yıkılıyor. Bu hukukî hâdisede neticesinde de B'nin bitişikteki kalerisinde bulunan 0 km. bir aracı ile ikinci el bir diğer aracı pert oluyor. Bu durumda yapı mâliki, sıfır aracın mislî kıymetini yani standart piyasa değerini (meselâ, 150.000 TL.) ödemekle sorumlu tutulur. Pert olan ikinci el aracın ise, eder fiyatını (meselâ, 37.000 TL.) tazminle yükümlü tutulur.<sup>232</sup>

Mezkûr hâdisede araçların bütünüyle itlâf (*istihlâk*)<sup>233</sup> olmayıp kısmen zarar (*ifsât*)<sup>234</sup> gördüğünü farz edelim: Bu durumda zararın miktarı tespit edilirken *noksân-ı*

<sup>228</sup> Karş. Mâlik, *el-Muvattâ'*, “‘Ukûl”, 18 (II, 869, 870); Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110, 111; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 183, 185; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Bilmen, *a.g.e.*, III, 119; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 225; Naimi, *a.g.tz.*, s. 62, 66, 67.

<sup>229</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 42; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 50; *Mecelle*, md. 20.

<sup>230</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 66, 67; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90, 91.

<sup>231</sup> Bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar*, s.1-352; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiil*, s. 1-292; Bardakoğlu, “*Diyyet*”, *DİA*, c. IX, ss. 473-479; Şafak, “*Erş*”, *DİA*, c. XI, ss. 307-308; Dağcı, “*Hükûmet-i Adl*”, *DİA*, c. XVIII, ss. 463-464; Aktan, “*Âkile*”, *DİA*, c. II, ss. 248-249.

<sup>232</sup> Karş. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 111; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 59; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 262.

<sup>233</sup> **İstihlâk** kavramı için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, VII, 378; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485.

<sup>234</sup> **İfsât** kavramı için bkz. Yazır, *a.g.e.*, II, 442; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 484, 485.

*kıymet veya noksân-ı semen*<sup>235</sup> kuralı esas alınır. Yani haksız fiil fâili (bu olayda yapı mâliki) araçların tarafsız bilirkişinin tayin edeceği eksilen değerlerini giderimle sorumlu tutulur.”<sup>236</sup>

Bir başka örnekle konuyu şöylece izah edebiliriz: Bir bina mâliki hukuka aykırı olarak, emniyet tedbirlerini almadan başlattığı inşaat temeline bir başkasının 50.000 TL. kıymetindeki aracı düşüp zarar görse, bilirkişi de bu düşme hâdisesinden dolayı (*sebeb-i müfzî*)<sup>237</sup> aracın değerinde 10.000 TL. lik bir eksilmenin (*noksân-ı kıymet veya noksân-ı semen*) oluştuğunu söylese, haksız fiil fâili konumundaki yapı mâliki, araç sahibine bilirkişi tarafından tespit edilen *eksilen değeri* tazminle sorumlu tutulur.<sup>238</sup> Nitekim yerleşik hukuk kuralına göre, “*noksân-ı semen bî-garaz ehl-i vukûfun ihbârıyla mâlum olur.*”<sup>239</sup>

Borçlar hukukunda da tazminata hükmedilmesinin gayesi, zarara uğrayan mağdurun mamelekinde oluşan eksilmeyi telâfi etmek, onu eski konumuna yükseltmektir. Bu da *aynen tazmin* veya *nakden tazmin* şeklinde olur. Aynen tazmin zarara uğrayan kişinin ihlâl edilen hakkını eski haline getirmek suretiyle olur. Meselâ, yapı mâliki A, mâliki olduğu apartman çatısını onarıırken, bitişikteki B'nin kiremitlerine zarar vermesi halinde kırılan kiremitleri yerine koyması (eski haline iade) bir aynen tazmindir. Nakden tazmin ise, zarara uğratılan hakkın veya malın para ödemek suretiyle telâfi edilmesi demektir. Meselâ, yapı mâliki C'nin fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile yıkılan bacasının ika ettiği zararın para cinsi ile tazmin edilmesi bir nakden tazmin örneğidir. Uygulamada daha kolay ve çok pratik olduğu için mahkemeler çoğunlukla zararın giderilmesine nakden tazminle karar verirler.<sup>240</sup>

## 2) Yapı Mâliklerinin Sorumlu Tutulamayacağı Haller

<sup>235</sup> **Noksân-ı kıymet=noksân-ı semen**, tarafsız ve önyargısız (bî-garaz) olan bilirkişiler tarafından belirleyecek olan eşyanın eksilen değer ve kıymetini ifade eder. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 458; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 514; *Mecelle*, md. 346.

<sup>236</sup> “Bir kimse diğerin malına kıymetçe bir günâ noksân getirirse noksân-ı kıymetini zâmin olur.” *Mecelle*, md. 917. “Bir kimse teebbüben birinin malını itlâf yahut kıymetini tenkîs etse yani kendisinin fiili bir malın telefine yahut noksân-ı kıymetine *sebeb-i müfzî* olsa zâmin olur.” *Mecelle*, md. 922.

<sup>237</sup> **Sebeb-i müfzî** için bkz. *Mecelle*, md. 922; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 382.

<sup>238</sup> Yazır, *a.g.e.*, I, 268. Damânü'n-nuksân yani değeri eksiltülen şeylerin tazmin sorumluluğu örnekleri için bkz. Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 154 vd.; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 376-389.

<sup>239</sup> *Mecelle*, md. 346.

<sup>240</sup> Karş. Naimi, *a.g.tz.*, s. 66, 67; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 90, 91; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 131; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 549, 550 vd.; Tekinay, ‘v.d.’, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 782 vd.; eBK 43, BK. 51; Aydın, “*Haksız Fiil*”, *DİA*, c. XV, s. 211.

Yapı mâlikleri hâkimiyet ve egemenlikleri altında bulunan bina veya diğer bir yapı eserinden bizzat yararlanan kişiler oldukları için, icâb-ı hâle göre oluşan zararı giderimle sorumlu tutulmaları gerekir.<sup>241</sup> Hakkaniyet, menfaat ve mazarrat (nimet-külfet) denge prensibi gibi esaslar yapı mâliklerine bu sorumluluğu yüklemektedir. Çünkü hâkimiyet, nezaret ve egemenliği altındaki bir şeyin melhûz (olası) zararlarına karşı ilgisiz kalmak sosyal hayatta bazı olumsuzluklara sebebiyet verebilir.<sup>242</sup> “*Hepiniz çobansınız ve her biriniz idaresi altındakilerden sorumludur*”<sup>243</sup> nassı; en geniş anlamıyla ihtimam ve özen sorumluluğunu da ifade eder.

Ancak İslâm hukukunda sakınılması imkânsız olan durum ve şeylerde mesuliyet ve tazminat yoktur. Fakat sakınılması, ihtiyat ve tedbir alınması mümkün olan haller ise, sorumluluğu gerektirir. Çünkü teklif ve mesuliyette kişinin güç ve takatine itibar edilir.<sup>244</sup> Bu sebeptir ki, İslâm hukukunda yapı mâliklerinin hukukî sorumluluğu Borçlar hukukunda olduğundan daha *insanî ve hakkaniyet* esaslarına uygundur. Nitekim mezkûr hukukta yapı mâlikleri hiçbir şekilde kurtuluş beyyinesi getirerek mesuliyetten kurtulamazlar.<sup>245</sup> Çünkü onların mesuliyeti bir *kusursuz mesuliyet* hâli olup, gerekli olan bütün özen ve ihtimamı gösterdiklerini ispat etseler dahi sorumluluktan kurtulmazlar.<sup>246</sup>

İslâm hukukunda ise, yapı mâliklerinin sorumluluğu bazı şartlarla sınırlandırılmıştır. Bu şartları ilgili kısımda etraflıca belirtmiştik. Yapı mâliklerinin sorumlu tutulamayacağı hallerden bazıları şunlardır:

#### **a) Yapı Mâliki Usta Arayışında İken**

Mâliki olduğu binanın tehlike arzettiği kendisine ikaz edilen mâlik, usta tedarik etmeye çalışırken bina yıkılarak cana veya mala yönelik bir zarara sebebiyet verse, oluşan zarardan sorumlu tutulamaz. Çünkü mâlikin usta aramaya başlaması kasıt ve te‘addîsinin olmadığı delilidir.<sup>247</sup>

<sup>241</sup> “**El-harâcu bi’-d-damân**” için bkz. Ebû Dâvûd, “Büyû’”, 71; Nesâî, “Büyû’”, 15; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 77; *Mecelle*, md. 85, 87, 88; ‘Ġutaymil, *a.g.tz.*, s. 311, 370.

<sup>242</sup> Bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, I, 599-624.

<sup>243</sup> Buhârî, “Cum‘a”, 11; Tirmizî, “Cihâd”, 27.

<sup>244</sup> Bkz. Bakara, 2/286; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, VII, 5781; Sâbûnî, *Mâturîdiyye Akaidi*, s. 145-147.

<sup>245</sup> eBK. 58, BK. 69.

<sup>246</sup> Tandoğan, *Türk Mes‘uliyet Hukuku*, s. 183, 184; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 88, 89.

<sup>247</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13, 14; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 47; Haddâdî, *Cevhere*, II, 180; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, VII, 5793.

### **b) Yapı Mâliki Tamir veya Yıkım İşlemine Başladıktan Sonra**

Yapı mâliki tehlike arzeden binasını yıkmaya (nakz) veya tamire başladıktan sonra, bina yıkılarak cana veya mala yönelik bir zarara sebebiyet verse, mâlik oluşan zararı tazminle sorumlu tutulamaz. Çünkü gerekli emniyet tedbirlerini almaya başladığından kusur ve te'addîsi olmayan yapı mâlikini elinde olmayan bir şeyden dolayı sorumlu tutmak hakkaniyete aykırıdır.<sup>248</sup> Zaten zarar imkân nispetinde giderilir.<sup>249</sup>

### **c) Mağdurun Tecil ve İbrâsı**

Fena yapım veya muhafazadaki kusur sebebi ile tehlikeye maruz kalan kişi, özel mülkiyetine doğru meyleden/eğilim gösteren binanın mâlikini ikaz edebileceği gibi, bu tekaddüm hakkını *tecil* de edebilir. Hatta zarara uğrayan mağdur, bina mâlikini cana ve vücut bütünlüğüne yönelik oluşan zarardan *ibrâ* ederek hukukî yükümlülükten tamamen kurtarabilir. Ancak kamuya ait olan bir yola (tarîk-i 'âmm) doğru baş gösteren tehlikeyi ikaz hakkı olan(lar) tâlip ile kâdî tecil ve ibrâ edemez. Çünkü bu bir amme (kamu) hakkı olup, mezkûr şahıslar tarafından iptal edilemez.<sup>250</sup>

### **d) Zamanaşımı**

Bilindiği gibi, “haklar kıyamet gününde sahiplerine iade edilecektir. Hatta boynuzlu koyundan boynuzsuz koyunun hakkı alınacaktır.”<sup>251</sup> “Bugünleriniz nasıl mukaddes bir gün ise, bu aylarınız nasıl mukaddes bir ay ise, bu şehriniz (Mekke) nasıl mübarek bir şehir ise, canlarınız, mallarınız, namuslarınız da öyle mukaddestir, her türlü tecavüzdten korunmuştur.”<sup>252</sup> “Her hak sahibine hakkını veriniz.”<sup>253</sup> “Hak muhteremdir himayesi vaciptir.”<sup>254</sup>

<sup>248</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13, 14.

<sup>249</sup> *Mecelle*, md. 31; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5793.

<sup>250</sup> Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 128, 129; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 542, 543; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VIII, 405; Halebî, *Mültekâ*, s. 476; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 389; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, 5794, 5795. Kıyas hakkından feragat, diyetin ibrâ ile sukutu için bkz. Bakara, 2/178; Mâide, 5/45; Şûrâ, 42/40; Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye*, s. 159. Ayrıca diyeti düşüren durumlar ve mağdurun affı hakkında bkz. Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiil*, s. 249-252.

<sup>251</sup> Müslim, “Birr”, 61; Tirmizî, “Kıyâme”, 2.

<sup>252</sup> Buhârî, “İlim”, 37; Müslim, “Hacc”, 147; Tirmizî, “Fiten”, 6; İbn-i Mâce, “Menâsik”, 76.

<sup>253</sup> Buhârî, “Savm”, 51-55; Müslim, “Sıyâm”, 182, 187;

<sup>254</sup> Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 117, 118.

Bu bağlamda istediği kadar eski olsun, hakkın bâtil olmayacağı ve hükümsüzleşmeyeceği bütün mezhep hukukçularınca benimsenmiş bir husustur.<sup>255</sup> Bu durum doktrinde “*tekâdüm-i zemân ile hak sâkıt olmaz*”<sup>256</sup> esası ile ifade edilir. Ancak Hanefî ve Mâlikîler haksız fiilden kaynaklanan zararların tazmini için muayyen bir müddetin geçmesi (*tekâdüm=tekâdüm-i zamân=tekâdüm-i ahd=mürûr’ur-zamân=zamanaşımı*)<sup>257</sup> sadece, alacak ve hak davasının kabulüne bir engel olarak görülmüştür. Davaların nevine göre de, 36, 33, 30, 20, 10, 6, 3, 2 yıl gibi farklı zamanaşımı süreleri ileri sürülmüştür. Ancak zamanaşımı müddeti Mecelle çalışmaları esnasında 15 yıl ile<sup>258</sup> kanunlaştırılmıştır.<sup>259</sup>

Doğrusu hakların dava edilebilirliğinin bir müddete bağlanması hukuk ve hukuk mantığı açısından yerinde bir uygulama olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü geçen uzun zaman süresinde mağdurun hakkını dava etmemesi alacağının veya hakkının yokluğuna delâlet edebileceği gibi<sup>260</sup>, hakkından feragat ettiğine de işaret olabilir. Dahası çok eski davalarla mahkemelerin meşgul edilmesi yeni davaların aksamasına, delillerin kaybolmasına ve hukukun istikrarsızlaşmasına da sebebiyet verebilir.<sup>261</sup>

Bu izahattan sonra yapı mâliklerinin fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile vukuuna sebebiyet verdikleri zararların tazminat davalarında zamanaşımı Hanefîlere göre 15 yıldır.<sup>262</sup>

Borçlar hukukunda da zarar gören kişi veya mağdur, kanun önünde hakkını arayabilmesi için dava açma süreleri tayin edilmiştir. eBK. 60, BK. 72’ye göre mağdur zararı ve zararı ikâ eden fâili öğrendiği tarihten itibaren *bir yıl* içerisinde tazminat davasını açması gerekir. Her halükârda mağdur, fiilin vukuundan itibaren *on yıl*lık süre içerisinde bu davayı açmak zorundadır. Bu süre zarfında dava açmayan mağdur, kânûnen korunan hakkı zamanaşımına uğradığı için hukuk nezdinde dava açma hakkını

<sup>255</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 563.

<sup>256</sup> *Mecelle*, md. 1674.

<sup>257</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 560; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 649. Detaylı bilgi için bkz. Osman Kaşıkçı, “*Zaman Aşımı*”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 114-116.

<sup>258</sup> Bkz. *Mecelle*, md. 1660.

<sup>259</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 563, 564; Kaşıkçı, “*Zaman Aşımı*”, *DİA*, c. XLIV, s. 115; Kesioğlu, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 182.

<sup>260</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 564; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiil*, s. 252.

<sup>261</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 69. Ayrıca diyeti düşüren durumlar ve zamanaşımı için bkz. Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiil*, s. 249-252.

<sup>262</sup> *Mecelle*, md. 1660; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 565; Kaşıkçı, “*Zaman Aşımı*”, *DİA*, c. XLIV, s. 115.

yitirmiş olur.<sup>263</sup> Zamanaşımından sonra dava açan mağdura karşı yapı mâliki *def'i hakkını* ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir ve mağdurun davası reddedilir. Mâlikin o zamana kadar ödemediği borç, *eksik borca* dönüşür. Bu da şu anlama gelir: Mezkûr borç yapı mâlikinden zorla talep edilemez, ama mâlik kendi irâdesi ile onu ödeyebilir.<sup>264</sup>

### 3) Bina veya Diğer Bir Yapı Eseri Mâlikinin Rücû' Hakkı

Her şahıs, tekeffül/taahhüt ettiği işi kusursuz bir şekilde, özen sorumluluğuna riayet ederek îfâ etmekle sorumludur. Çünkü Şâri' Teâlâ, "*işlerinizi iyi yapın. Şüphesiz Allah iyi iş yapanları sever*"<sup>265</sup> buyururken, Hz. Peygamber (s.a.v) de "*işini güzel yapan işçiyi Cenâb-ı Allah sever*"<sup>266</sup> ikazı ile işçi, zanaatkâr ve her bireyin özen sorumluluğuna riayet etmesini, işine hile ve fesat karıştırmamasını işaret buyurmaktadırlar.<sup>267</sup> Bu bağlamda işini/edimini *özen sorumluluğu* doğrultusunda îfâ etmeyen veya eksik îfâ eden terzi, elbise boyacısı, dokumacı, fırıncı vb. şahıs ve meslek erbabı tazmin sorumlusu olur.<sup>268</sup>

Yapı mâlikinin kiraladığı işçiler, mâlikin bilgisi dışında işledikleri hukuka aykırı fiillerin tazmininden bizzat sorumludurlar. Kezâ, işçiler mâlikin emri ile hukuka aykırı olduğunu bilerek işledikleri haksız fiillerden de şahsen sorumludurlar. Çünkü mâlikin emri hukuka aykırı olup, hukûken geçersizdir.<sup>269</sup> Ancak iş akdi tamamlandıktan sonra işçilerin *fena yapımından* oluşacak olan zararın gideriminden sorumlu tutulacak olan kişi, bizzat yapı mâlikidir. Fakat yapı mâliki bilâhare ispat ile /bilirkişi/laboratuar testi vs.) yüklenici firma, usta veya işçilere nispet edilebilecek olan fena yapımından/*yapım hatasından* kaynaklanan zararın tazmini için ilgili kişilere rücû' edebilir.<sup>270</sup> Çünkü

<sup>263</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 68, 69, 76; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 146 vd.; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 94; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 355-357; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 267 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 194 vd.; eBK. 207/3, BK. 231.

<sup>264</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 356, 357; Naimi, *a.g.tz.*, s. 69.

<sup>265</sup> Bakara, 2/195.

<sup>266</sup> Hâşimî, *Muhtârü'l-Ehâdis*, Hadis No:1383.

<sup>267</sup> İslâm hukukunda işçinin işini güzel, sağlam ve özenle yapmasına ilişkin bazı naslar için bkz. Heyet, *İslâm'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri*, bsy., İstanbul, Ensar Neşriyat, 1986, s. 42, 43.

<sup>268</sup> Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 399-403.

<sup>269</sup> "El-âmiru lâ yadmenu bi'l-emri." Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 7; Bilmen, *a.g.e.*, I, 286. Bu kâide Mecelle, md. 89'da "bir fiilin hükmü fâiline muzâf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzâf kılınmaz" cümlesi ile kanunlaştırılmıştır.

<sup>270</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 177, 178.

“hiçbir günahkâr/suçlu, başkasının günah yükünü/suçunu yüklenmez. Ve bilsin ki insan için ancak çalıştığıın karşılığı vardır.”<sup>271</sup>

Borçlar hukukunda da bina mâlikinin *kusursuzluğunu ispatlayarak/kurtuluş beyyinesi* getirerek mesuliyetten kurtulma şansı yoktur. Çünkü bina mâlikinin sorumluluğu *kusursuz sorumluluk* hallerindedir. Fakat mâlik, zarara uğrayan kişinin zararını giderdikten sonra kusurlu olan şahıslara karşı rücû‘ hakkına sahiptir. Meselâ, eğer fena yapım *mimarın hatasından* veya *müteahhidin kötü/kalitesiz malzeme kullanmasından* ileri gelmiş ise, yapı mâliki, zarara uğrayan kişiye ödediği tazminat miktarı için ilgili kişilere (bu örnekte mimara ya da müteahhide) rücû‘ edebilir (eBK. 58/2, BK. 69/3).<sup>272</sup>

#### **a) Yükleniciye (Usta, Mimar, Mühendis ve Müteahhide) Rücû‘ Hakkı**

“Ey iman edenler! Akitlerinizi yerine getirin.”<sup>273</sup> “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar. Ama helâli haram kılan haramı helâl kılan şartlar geçersizdir.”<sup>274</sup> Bu ve benzeri nassların muktezasınca İslâm hukukuna göre, akitlere riayet etmek, akdin gereğini (*mûceb-i ‘akd*) olduğu gibi, eksiksiz îfâ etmek bir vecibedir. Zaten hukuk sistemlerinde akit (bağıt=mukavele=sözleşme) bizzat borcun kaynaklarından biridir.<sup>275</sup>

Bina veya diğer bir yapı eseri mâliki de satın aldığı veya sipariş verdiği yapının ayıp ve kusurlardan uzak olmasını ilgili kişiler tarafından tekeffül/taahhüt edilmesini isteme hakkına sahiptir. Aksi halde bunun bir hukukî yaptırımının olacağı muhakkaktır.

<sup>271</sup> Necm, 53/38, 39.

<sup>272</sup> Bkz. Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 195; Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 115; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 594, 595; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 89; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 196; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 148; Naimi, *a.g.tz.*, s. 74, 75. eBK. 58/2, BK. 69/3’e göre, yapı mâliki yapım ve bakım eksikliğinden sorumlu olan kişilere rücû‘ edebilir. Meselâ, binayı satan kişi, mebiin/sattığı malın ayıp ve kusurlardan salim olduğunu garanti eder (eBK. 215, BK. 244). Bina mâliki, müteahhite, mimara, mühendise de rücû‘ edebilir (eBK. 360-363, BK. 475-478). Yapı mâliki onarımdan sorumlu veya binadaki noksanı vaktinde kiralayan kişiye haber etmeyen kiracıya da rücû‘ edebilir (eBK. 256/3, 258/2, 273, BK. 316-318, 302, 303, 317, 317, 341, 361). Yapı mâliki, binanın bakım ve onarımını kendisine bıraktığı yardımcı kişilere de rücû‘ edebilir (eBK. 321, 390, BK. 396-400, 506). Kezâ, mâlik, haksız bir fiille eşyayı zarar iras edecek hale sokan üçüncü şahsa da rücû‘ edebilir (eBK. 41, BK. 49). Meselâ, pencere kafesini yerinden oynatan kişiye ya da işaret veya ikaz levhalarının yerlerini değiştiren şahıslara rücû‘ etmesi gibi. Ancak üçüncü şahsın kusuru illiyet rabtasını kesmiş (haylûlet) ise, bina mâliki vaki zarardan zaten sorumlu tutulamayacağı için rücû‘ hakkı da olmayacaktır. Karş. Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 195.

<sup>273</sup> Mâide, 5/1.

<sup>274</sup> İbn Mâce, “Ahkâm”, 23.

<sup>275</sup> Borcun kaynakları olan akit, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme için bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 31-33; Aybakan, *a.g.e.*, s. 31- 34; Böke, *a.g.e.*, s. 101, 102; Akıntürk, *a.g.e.*, s. 2, 3; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 55 vd.; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 33 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 42 vd.; Ayan, *a.g.e.*, s. 60.

Bu sebepledir ki, Mecelle’de “*istisna*”<sup>276</sup> mün’akid olduktan sonra tarafeyn pazarlıktan dönemez. *Fakat masnû*’ (sipariş üzere imal edilen şey/eser) eğer tarife muvafık (uygun) olmazsa müstasni’ (sipariş veren) muhayyerdir”<sup>277</sup> kuralı benimsenmiştir.

Hâsılı, İslâm hukukunda *özen sorumluluğu* borcunu/edimini ifâ etmeyen, eksik ifâ eden (ifânın ayıplı olması) meslek erbabının bir yaptırımla karşı karşıya kalacağı ve tazmin sorumlusu olacağı bir gerçektir.<sup>278</sup>

Borçlar hukukunda da *eser sözleşmesi=istisna’ akdi*<sup>279</sup> ile sipariş alınan iş, taahhüt edildiği şekilde ifâ edilmezse<sup>280</sup>, işi sipariş alan kişi (yüklenici firma, müteahhit, mimar vs.) işin sahibine/yapı mâlikine karşı mesul olur.<sup>281</sup> Söz konusu borcun kaynağı ise,<sup>282</sup> aradaki sözleşme veya ayıba karşı tekeffüldür. Pek tabiidir ki, mimar ve müteahhit de *iç ilişkiden* dolayı mâlike karşı mesul olurlar. Hukuka göre, müteahhidin kusura/ayıba karşı tekeffül borcu<sup>283</sup>, yapı eseri tamamen bitirilip mâlikine teslim edilmesi ile söz konusu olur.<sup>284</sup>

Yapı mâlikinin *fena yapım* sebebi ile neden olduğu zarardan mühendis, mimar ya da müteahhide karşı rücû’ edebilmesi için menkûl/taşınır eşyalarda teslim tarihinden başlayarak devam eden *bir sene* (eBK. 363/1, 207, BK. 478, 231), gayrimenkûl/taşınmaz eşyalarda ise, teslim tarihinden itibaren süren *beş yıllık* süredir (eBK. 363/2, BK. 478). Ancak bina veya diğer bir yapı eserindeki ayıp/kusur eseri yapan şahıs tarafından gizlenmiş ise, bu durumda zaman aşımı süresi eBK. 207/3, BK. 231’e göre *on yıldır*.<sup>285</sup>

### **b) Eski Mâlike Rücû’ Hakkı**

<sup>276</sup> *İstisnâ*’=sipariş akdi için bkz. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 261, 270; Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, s. 185; Hamza Aktan, “*İstisnâ*”, *DİA*, c. XXIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 393-396.

<sup>277</sup> *Mecelle*, md. 392.

<sup>278</sup> Bkz. Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 399-403.

<sup>279</sup> Eser sözleşmesi için bkz. eBK. 355-371, BK. 470-486; Akıntürk, *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, s. 213-215.

<sup>280</sup> Ifânın ayıplı olması/ifânın kötü ifâ edilmesi hususu için bkz. Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 399 vd.

<sup>281</sup> eBK.. 321’e göre, “işçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifâya mecburdur.” Detaylı bilgi için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 78.

<sup>282</sup> Borcun kaynakları olan akit, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme için bkz. Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s. 31-33; Aybakan, *a.g.e.*, s. 31- 34; Böke, *a.g.e.*, s. 101, 102; Akıntürk, *a.g.e.*, s. 2, 3; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 55 vd.; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 33 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 42 vd.; Ayan, *a.g.e.*, s. 60.

<sup>283</sup> Ayıba karşı tekeffül ve hükümleri için bkz. eBK. 356-363, BK. 471-478; Naimi, *a.g.tz.*, s. 75.

<sup>284</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 75.

<sup>285</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 76.



İslâm hukukunda bina veya diğer bir yapı eseri mâliki, hukuka aykırı ve *fena yapım*(ı) olarak inşa ettiği binasını satsa, bina satıldıktan sonra da yıkılıp bir şeyi kısmen yahut bütünüyle itlâf etse, oluşan zarardan sorumlu tutulacak olan kişi, binanın eski mâlikidir. Çünkü mevcut zarar eski mâlikin hukuka aykırı olan fiilinden kaynaklanmıştır. Bu sebeptendir ki, eski mâlik -taşkın dâhil- hukuka uygun olmayan fiilinin/fena yapım sorumluluğundan satış işlemi ile kurtulamaz. Eski mâlik haksız fiilinin iras ettiği zararın gideriminden yükümlü tutulur. Bir diğer görüşe göre ise, mâlikin mesuliyeti sattığı evi teslim etmesi ile sona erer. Çünkü yapı mâlikine isnat edilebilecek olan suç, yapının yıkılması olası iken tehlikeyi gidermemesidir. Yapının satışından sonra ise, mâlikin sorumluluğu söz konusu olamaz. Çünkü eski mâlikin bina veya diğer bir yapı eseri üzerinde artık herhangi bir hâkimiyeti ve egemenliği kalmamıştır.<sup>286</sup>

Borçlar hukukuna göre, eski mâlikin fena yapımından kaynaklanan zarardan esasen yeni mâlikin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Yeni mâlik binayı ayıpsız bir şekilde devraldıktan sonra, yapının mâliki olduğu dönem içinde bakım eksikliği sebebi ile meydana gelecek olan zararlardan yükümlüdür. Dolayısı ile yeni mâlik, eski mâlik döneminden kalma fena yapımdan kaynaklanan zararlar için eski mâlike rücû' hakkına sahiptir. Meselâ, fena yapılan, ruhsatsız ve kaçak bir ev satıldıktan sonra yeni mâlik döneminde yıkılıp komşu binaya zarar iras etse, yeni mâlikin eski mâlike rücû' hakkı vardır. Zira fena yapım/yapım bozukluğu sebebi ile oluşan zarar, eski mâlikin haksız fiilinden kaynaklanmıştır. Dolayısı ile zarardan sorumlu tutulacak olan kişi de ayıbı bilmesede dahi yapının eski mâliki (satıcı) olacaktır.<sup>287</sup>

Yeni mâlikin *fena yapım* sebebi ile eski mâlike karşı rücû' hakkı taşınır/menkûl eşyalarda teslim tarihinden başlayarak devam eden *bir sene* içinde (eBK. 363/1, BK. 207, BK. 478, 231), taşınmaz/gayrimenkûl eşyalarda ise, teslim tarihinden itibaren süren *beş yıllık* süredir (eBK. 363/2, BK. 478). Ancak bina veya diğer bir yapı

<sup>286</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 568, 575, 576; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 10; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 129; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 537; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 429; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 47; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 111; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 143, 144; Hıcvî, *el-İknâ*, II, 359; Halebî, *Mültekâ*, s. 474; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 183; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VI, 601, 602; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5795; 'Gutaymil, *a.g.tz.*, s. 177, 183, 184.

<sup>287</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 76, 77.

eserindeki ayıp/kusur eski mâlik tarafından gizlenmiş ise (*gizli ayıp*), bu durumda zaman aşımı süresi eBK. 207/3, BK. 231'e göre *on yıldır*.<sup>288</sup>

#### 4) Yüklenici Firmann (Usta, Mimar, Mühendis ve Müteahhit) Sorumluluğu

İslâm hukukuna göre, bir işi tekeffül/taahhüt eden kişi (işçi, usta, mimar, mühendis, müteahhit, yüklenici firma), özen sorumluluğu ile yükümlüdür. Meselâ, yapı mâliki umuma ait olan bir yola çıkıntı veya gölgelik gibi hukuka uygun olmayan şeyleri inşa etmek için işçi tutar ve sipariş ettiği iş henüz tamamlanıp mâlikine teslim edilmeden bir şekilde ölüme yol açsa, vaki zararın tazmininden sorumlu tutulacak olan taraf bizzat işçilerdir. Çünkü ölüm olayına bizzat işçilerin fiilleri sebep olmuştur. Zaten işçiler işi bitirip yapı sahibine teslim etmedikçe iş akdi tamamlanmış sayılmaz. Ölüme sebebiyet veren işçiler hem *keffâret-i katl*<sup>289</sup> hem de diyetten sorumludurlar. Fakat mezkûr iş tamamlandıktan<sup>290</sup> sonra herhangi bir zarara/itlâfa sebep olsa, sorumluluk yapı mâlikinindir. Çünkü iş akdi artık tamamlanmış ve kesinleşmiş olup, işçilerin *yapım hatası/fena yapımı* artık yapı mâliki tarafından tazmin edilir. Kezâ, bir kişi dükkânının önüne bina inşa etmesi için işçi tutar ve yapı tamamlandıktan sonra bu yapı sebebi ile birisi ölse, vaki zararın tazmini istihsânen işverene/mâlike düşer. Şayet yapı mâliki işçilerden yapıyı yolun ortasında yapmalarını istemiş ise, zararın tazmininden bizzat işçiler yükümlüdür. Çünkü mâlikin emri hukuka aykırı olup geçersizdir.<sup>291</sup> Hukuka aykırı emrin doğurduğu zarar, bizzat hukuka aykırı fiilin fâili olan işçilerce tazmin edilir.<sup>292</sup> Çünkü mezkûr olayda işçiler bizzat mübâşir konumundadırlar.<sup>293</sup> Yerleşik hukuk kuralına göre de, “*mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi’ oldukça hüküm ol fâile muzaf kılınır.*”<sup>294</sup>

<sup>288</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 77.

<sup>289</sup> **Keffâret-i katl**, bir müslümanı veya zimmîyi kasıtlı değil, hata ile öldüren müslümanın diyet dışında ödemesi gereken keffâret demektir. Bu da ilgili şahsın âyetin gereği olarak bir mümin köleyi azad etmesi, buna kudreti yoksa iki ay ardı ardına oruç tutmasıdır. Bkz. Nisâ, 4/92.

<sup>290</sup> Günümüzde bu durum, “iş bitirme tutanağı”, “iş bitirme belgesi” gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Bkz. [http://www.sahinbey.bel.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/523/09032012095456-1.pdf\(08.01.2018\)](http://www.sahinbey.bel.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/523/09032012095456-1.pdf(08.01.2018)).

<sup>291</sup> “El-âmiru lâ yadmenu bi'l-emri.” Bkz. Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 7; Bilmen, *a.g.e.*, I, 286. Bu kâide Mecelle, md. 89'da “bir fiilin hükmü fâiline muzâf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzâf kılınmaz” cümlesi ile kanunlaştırılmıştır.

<sup>292</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 538; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 177, 178.

<sup>293</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13, 14; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5781.

<sup>294</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 81; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 6; Mecelle, md. 90.

Kezâ, işçilerin inşa veya onarmakta<sup>295</sup> yahut yıkmakta oldukları duvar, işçilerden birinin veya bir başkasının ölümüne sebep olsa, diyet ve keffâret-i katlden sorumlu tutulacak olan taraf yapı mâliki değil, bizzat işçilerdir.<sup>296</sup>

Kezâ, bir işveren kuyu açtırmak için bazı işçiler kiralasa, eğer işçiler mezkûr kuyuyu arsanın işverene ait olmadığını bile bile açmışlarsa, oluşan zararı tazminle yükümlüdürler. Fakat arsa mal sahibinin ise veya işçiler arsanın mal sahibine ait olduğunu zannediyorlarsa, oluşan zarardan sorumlu tutulacak olan şahıs, bizzat işverendir/yapı mâlikidir.<sup>297</sup>

Ancak yapı mâliki hukûken kınanmayacak bir şekilde kendi mülkünde bir şey inşa etmek veya kuyu açmak için ücretle tutmuş olduğu işçinin ölümünden mesul değildir. Çünkü mezkûr ölüm olayında mâlikin bir dahli ve kusuru yoktur.<sup>298</sup> Nitekim nassa göre, “...kuyu (da uğranılan zarar) hederdir.”<sup>299</sup> Meselâ, yapı mâliki hukuka uygun bir şekilde bahçesinde kuyu açtırmak isterken kiralamış olduğu dört işçiden biri enkaz altında kalarak ölse, itlâf olan şahsın diyetinin dörtte üçü kalan üç işçi tarafından tazmin edilir. Çünkü olayda -ölen işçi dâhil- işçiler bizzat mübâşir konumundadırlar.<sup>300</sup> Olayda yapı mâlikinin herhangi bir giderim yükümlülüğü yoktur. Çünkü hukukî hâdisede mâlik müsebbip konumundadır. Yerleşik kurala göre de, “mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi‘ oldukda hüküm ol fâile muzâf kılınır.”<sup>301</sup>

Borçlar hukukunda da fena yapım ve bakım noksanlığından kaynaklanan zararı tazmin eden bina veya diğer bir yapı eseri mâliki, bilâhare yüklenici firma, mühendis, mimar, müteahhit, binanın bakımını kendisine bıraktığı yardımcı kişilere, basit tamirleri yapmakla, diğerlerini de yapı mâlikine bildirmekle yükümlü olan kiracısına, intifâ‘ hakkı sahibine<sup>302</sup>, haksız fiil durumlarında haksız fiil fâiline, müşterek/paylı mülkiyet ile kat mülkiyetinin söz konusu olduğu durumlarda bir başka deyişle müteselsil

<sup>295</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 13, 14; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 5781.

<sup>296</sup> Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 177, 178; Bilmen, *a.g.e.*, III, 122.

<sup>297</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 576, 577; Serahsî, *el-Mebsut*, XXVII, 15; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 539, 540; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 426; Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 177, 178, 180.

<sup>298</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 426.

<sup>299</sup> Buhârî, “Zekât”, 66; “Diyât”, 28, 29; Müslim, “Hudûd” , 45; İbn Mâce, “Diyât”, 27; Tirmizî, “Zekât”, 16; “Ahkâm”, 37.

<sup>300</sup> Bağdâdî, *Mecme‘u‘d-Damânât*, s. 180.

<sup>301</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 81; Kırkağâcî, *a.g.e.*, s. 6; *Mecelle*, md. 90.

<sup>302</sup> “İntifâ‘ hakkı sahibi, hakkın konusu olan malın muhafazası ve olağan bakımı için gerekli onarım ve yenilemeleri yapmakla yükümlüdür.” Bkz. MK. 812; Naimi, *a.g.tz.*, s. 77.

sorumlulukta paydaş yapı mâliklerinden herhangi biri diğer ortağın payına düşen tazminatı ödedikten sonra diğer ortaklara/mâliklere karşı rücû‘ hakkına sahiptir.<sup>303</sup>

### 5) Yapı Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu

Emr-i bi'l-ma'rûf ve nehy-i 'ani'l-münker prensibi<sup>304</sup> gereğince, İslâm medeniyeti tarihinde teşekkül eden kurum ve müesseselerden biri de *hisbe*<sup>305</sup> teşkilâtıdır.<sup>306</sup> *Muhtesip* veya *ihtisap memuru*<sup>307</sup> diye adlandırılan kişinin bir görevi de Müslüman toplumlarda *farz-ı kifâye* olan 'amme nizamını sağlamak, kul ve Allah haklarının ihlâlinin önüne geçmektir.<sup>308</sup> Bu görevin tevcihi için dinî bilginin yanında, görev alanı ile ilgili *meslekî bilgi* şartı da aranır.<sup>309</sup>

Tarihî gelişim seyri ve süreci içinde muhtesiplerin görev alanlarından biri de *ferdî ve umumî* hakların himaye edilmesidir.<sup>310</sup> Çünkü İslâm hukuk nizamında "*hak muhterem ve himayesi vaciptir.*"<sup>311</sup> İslâm hukuk doktrininde himaye olunan haklardan bazısı şunlardır: İhmal veya imkâsızlık sebebi ile harap olan yollar, su kanalları, kanalizasyonlar, altyapılar, ibadethânelerin tamirinin sağlanması, kul haklarının ihlâlinin önüne geçmek, *kamu yararına aykırı olan bina ve yapılara* izin vermemek<sup>312</sup>, yapı inşası ve bina inşaatı esnasında umum yolları daraltanlara (taşkın bina mâlikleri), yola enkaz, inşaat malzemesi, yağmur ve kar sularını bırakanlara, ayrıca müslümanların yapılarından daha yüksek bina inşa eden zimmîlere mani olmaktır.<sup>313</sup>

<sup>303</sup> Karş. Arık, *Borçlar Hukuku I*, s. 115; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 196; Naimi, *a.g.tz.*, s. 75-79; eBK. 58, BK. 69.

<sup>304</sup> Bakara, 2/38, 39, 83; Âl-i 'İmrân, 3/104, 110, 114; Mâide, 5/79; A'râf, 7/181; Tevbe, 9/71, 112; Hüd, 11/116; Hacc, 22/41; Sâffât, 37/2; Müslim, "İmân", 78; Ebû Dâvûd, "Salât", 248; Tirmizî, "Birr", 36; Tirmizî, "Birr ve Sıla", 15; Tirmizî, "Fiten", 9.

<sup>305</sup> **Hisbe**, İslâm devlet sistemlerinde genel ahlâkı ve 'amme nizamını koruyup denetleme görevini üstlenen teşkilât/müessese demektir. Bkz. Cengiz Kallek, "*Hisbe*", *DİA*, c. XVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1998, ss. 133-143, s. 133; Erdoğan, *a.g.s.*, s. 199; Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 26, 27, 34, 35, 37, 42, 44, 45, 64, 66, 69, 79, 94, 103, 115, 127, 129, 132, 144, 178, 240, 272, 275; Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 174.

<sup>306</sup> Bkz. Kallek, "*Hisbe*", *DİA*, c. XVIII, ss. 133-143. Hisbe teşkilâtı ve görevleri için bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 174-178; İbrahim Sarıçam, Seyfettin Erşahin, *İslâm Medeniyeti Tarihi*, 1.B., Ankara, TDV Yayınları, 2011, s. 84; Ziya Kazıcı, *İslâm Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, 13. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2014, s. 215-229; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 281-285, 715, 769,

<sup>307</sup> Erdoğan, *a.g.s.*, s. 239, 394.

<sup>308</sup> Kallek, *a.g.m.*, s. 133.

<sup>309</sup> Kallek, *a.g.m.*, s. 133; Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 178.

<sup>310</sup> Kallek, *a.g.m.*, s. 135.

<sup>311</sup> Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, s. 117, 118.

<sup>312</sup> Kallek, *a.g.m.*, s. 135; Kazıcı, *a.g.e.*, s. 217, 218.

<sup>313</sup> Kazıcı, *a.g.e.*, s. 217, 218.

Muhtesibin pek çok görevine ilâveten, her türlü *meslek ahlâkı ihlâllerinin önüne geçmenin yanında*<sup>314</sup>, bina veya diğer yapı eserlerinde *fena yapım ve bakım noksanlığının önüne geçmek, gerekli hallerde tamirlerini sağlamaktır.*<sup>315</sup> Bu bağlamda hisbe teşkilâtı ve *muhtesipliğin/ihtisap memurluğunun bir yönü ile günümüzdeki yapı denetim kuruluşlarının üstlendiği görevi kısmen deruhte eden bir kurum ve meslek kolu olduğunu söyleyebiliriz.*<sup>316</sup>

13. 07. 2001 tarihli ve 4708 sayılı “Yapı Denetimi Hakkında Kanun” ile getirilen sorumluluk ile “Bina veya Diğer Bir Yapı Eseri Mâlikinin Mesuliyeti”<sup>317</sup> arasında bazı farklar vardır:

*Evvelen*, bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin mesuliyeti için zararın bina veya diğer bir yapı eserinden kaynaklanması şart iken, yapı denetim kuruluşlarının ve diğer ilgili bazı şahısların *-bina müteahhidi, proje sorumlusu, kontrolden sorumlu mimar/mühendis, laboratuvar görevlisi-* mesul tutulmaları için, yapımı devam eden ya da inşası bitmiş/tamamlanmış bir binadan kaynaklanan bir zarar meydana gelmelidir.<sup>318</sup>

*Sâniyen*, kanunda bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin mesuliyeti bir *kusursuz sorumluluk hâli* şeklinde düzenlendiği halde, yapı denetim kuruluşlarının ve diğer ilgili bazı şahısların *-bina müteahhidi, proje sorumlusu, kontrolden sorumlu mimar/mühendis, laboratuvar görevlisi-* mesuliyetleri ise, bir *kusura dayanan sorumluluk* halidir (YDHK. md.3/2).<sup>319</sup>

*Sâlisen*, bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin mesuliyeti, *fena yapım veya bakım noksanlığından/muhafazadaki kusurdan* kaynaklanan bir zarar/mağduriyet iken, yapı denetim kuruluşlarının ve diğer ilgili bazı şahısların *-bina müteahhidi, proje*

<sup>314</sup> Kallek, *a.g.m.*, s. 135. Tabib-i câhil, acemi haccâm/hacamatçı, acemi sünnetçi, acemi fırıncı, acemi mimar, acemi mühendis, müftî-i mâcin vs. meslek ve sanat erbabının bilgisizlik ve ehliyetsizlik sebebi ile verdikleri zararlardan mesul tutulmaları, gerektiğinde de görevden elçektirilmeleri/uzaklaştırılmaları için bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 488, 504, 505; *Mecelle*, md. 26, 27, 28, 29.

<sup>315</sup> Kallek, *a.g.m.*, s. 135.

<sup>316</sup> Yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğu için bkz. Naimi, *a.g.tz.*, s. 81, 82; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku*, s. 375-377.

<sup>317</sup> eBK. 58, BK. 69.

<sup>318</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 81.

<sup>319</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 82.

sorumlusu, kontrolden sorumlu mimar/mühendis, laboratuvar görevlisi- mesuliyetleri sırf *fena yapımdan* kaynaklanan zarar ve mağduriyetler içindir (YDHK. md. 1, 3/2).<sup>320</sup>

*Râbian*, bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin mesuliyeti bağlamında sorumlu tutulacak olan kişi mülkiyet alâkasına göre tayin edilirken, yapı denetim kuruluşlarının mesuliyetinde ise, yapı denetim kuruluşları olarak belirlenmiş tüzel kişiliğe sahip olan bina müteahhidi, proje sorumlusu, kontrolden sorumlu mimar/mühendis, laboratuvar görevlisinin mesuliyeti bahis konusudur (YDHK. md. 3/4).<sup>321</sup>

*Hâmisân*, binanın yapılışının üzerinden muayyen bir sürenin geçmesinin bina veya diğer bir yapı eseri mâlikinin mesuliyetinde herhangi bir önemi yok iken, yapı denetim kuruluşlarının ve diğer ilgili şahısların -*bina müteahhidi, proje sorumlusu, kontrolden sorumlu mimar/mühendis, laboratuvar görevlisi-* mesuliyetlerinde ise, bu süreler önemli olup, yapı kullanım ruhsatının alındığı tarihten başlayarak binanın taşıyıcı sistemleri için on beş sene, yapının taşıyıcı olmayan diğer kısımlarında ise, bu süre iki senedir (YDHK. md. 3/2).<sup>322</sup>

## 6) Terekeye Taalluk Eden Bir Borç Olması Hâli

Bina veya diğer bir yapı eseri mâliki, *fena yapıım* veya *bakım noksanlığı* sebebi ile hukuka aykırı bir şekilde başkasının canına veya vücut bütünlüğüne ya da malına kısmen yahut bütünüyle zarara sebebiyet vermiş ise, bu zararı gidermekle yükümlüdür.<sup>323</sup> Dolayısı ile ikaz edilmesine rağmen gerekli emniyet tedbirlerini almayan, özen ödevini ihmal eden yapı mâlikinin birinin ölümüne sebebiyet vermesi halinde ölenin vârisleri, yapı mâliki ve mâlikin âkilesinden diyet alacaklısı olurlar.<sup>324</sup> Kezâ, mâlikin fena yapıım veya muhafazadaki kusuru sebebi ile oluşan zarar, İslâm miras hukukunda (ferâiz) bahsi geçen *tereke*<sup>325</sup> üzerindeki haklardan kul borçlarına

<sup>320</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 82.

<sup>321</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 82.

<sup>322</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 82.

<sup>323</sup> Mâlik, *el-Muvattâ'*, “‘Ukûl”, 18 (II, 869, 870); Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 151; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8, 9; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 110, 111; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 183, 185; Halebî, *Mültekâ*, s. 475; Emîn, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye*, s. 225; Naimi, *a.g.tz.*, s. 62, 66, 67.

<sup>324</sup> Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, V, 45, 46; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 219; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143; Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, s. 176-179. Ayrıca diyet âyetleri için bkz. Bakara, 2/178; Nisâ, 4/92.

<sup>325</sup> **Tereke=terike**, ölüden kalan mal ve bazı haklar demektir. Erdoğan, *a.g.s.*, s. 569, 570; Bağdatlı, *a.g.s.*, s. 656.

dâhil olup, bazı kayıtlarla yapı mâlikinin âkilesi ile<sup>326</sup> ölen yapı mâlikinin terikesinden tazmin edilir.<sup>327</sup> Şayet itlâf olan şey hayvan veya mal ise, zarar bütünü ile haksız fiil fâili tarafından tazmin edildiğinden dolayı mala yönelik zararların tazmini bizzat ölen yapı mâlikinin malvarlığından karşılanır.<sup>328</sup>

Borçlar hukukunda da şayet bina veya diğer bir yapı eseri nedeni ile zarar gören/mağdur kişi, başka bir neden ile ölmüş ise, davacı olma hakkı mağdurun mirasçılarına intikal eder. Mağdurun bina veya diğer bir yapı eserinin iras ettiği bir zarar nedeni ile ölmesi halinde, eBK. 45, BK. 53'e göre, mezkûr zarar ve kayıpların ölenin mirasçılarına tazmin edilmesi gerekir. Kezâ, ölenin desteğinden mahrum kalan kişiler de *maddî giderim* davacısı olabilirler.<sup>329</sup> Bina sebebi ile mağdur olan kişi, henüz reşit olmasa dahi hukûken manevî tazminat davası açma hakkı vardır. Temyiz (ayırt etme) gücü olmayanlar için de bu davayı yasal temsilcilerinin açma hakkı vardır.<sup>330</sup>

Binanın fena yapım veya bakım noksanlığı sebebi ile zarar gören kişinin başka bir nedenle ölmesi halinde manevî tazminat talep hakkı mûris (mirasbırakan) tarafından ölmeden evvel ileri sürülmedikçe bu hak vârislere intikal etmez.<sup>331</sup>

eBK. 47, BK. 56'ya göre, bina veya diğer bir yapı eseri sebebi ile zarar gören kişi, bizzat bu sebep ile ölmesi halinde mirasçılarına veya ölenin desteğinden mahrum kalan kişilere *manevî tazminat* davası açma hakkı tanınmıştır.<sup>332</sup>

<sup>326</sup> Haddâdî, *Cevhere*, II, 180.

<sup>327</sup> Berki-Yücel, *a.g.e.*, s. 37, 38. İslâm miras hukukuna göre, sırası ile terike üzerindeki haklar: 1- Ölenin techiz ve tekfini, 2- Ölenin borçları, 3- Ölenin vasiyyeti, 4- Vârislerin hakları. Bkz. Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, V, 85; Berki-Yücel, *a.g.e.*, s. 37.

<sup>328</sup> Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 567, 568; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9, 10; Zeylâ'î, *Tebyîn*, VI, 142, 143.

<sup>329</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 54, 55; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 538, 539.

<sup>330</sup> Karş. Naimi, *a.g.tz.*, s. 55, MK. 14, 15, 16.

<sup>331</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 55, MK. 24/4.

<sup>332</sup> Naimi, *a.g.tz.*, s. 55; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 658-662.

## SONUÇ

“İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu” konulu doktora tezimizde ulaştığımız neticeleri şöylece sıralayabiliriz:

1- Bir hukuk terimi olarak “sorumluluk/mesuliyet/responsibility”, 19’uncu yüzyılın ortalarından itibaren Batı hukukunun etkisiyle mevzû‘ hukuk ve muasır İslâm hukuku eserlerinde yer almaya başlamıştır.

2- “Kusursuz sorumluluk” kavramının bilim dalı dışındaki akademik çevrelerde dâhil ilk plânda pek anlaşılmadığını, hatta mâşer-î vicdanda garipsendiğini gördük. “Hem İslâm hukuku hem de kusursuz sorumluluk, bu nasıl hukuk? Kusur olmadan sorumluluk yüklemekte...” benzeri soru ve itirazlara muhatap olduğumuzu söylemekte yarar mülâhaza etmekteyiz. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk kurumunu karşılayabilen tespit ettiğimiz birçok adlandırmadan bize göre, en uygun olanı “sebeplülük” (tesebbüp) kavramıdır.

3- Tezin konusu bayrak direği, trafik lâmbası, trafik işaretleri, park halindeki bilumum araçlar, insan eliyle dikilen ağaçlar, açılan kuyular, çukurlar, inşa olunan yapılarla teknil teferruatları, yollar, tüneller, köprüler, atom santralleri, havaalanlarına varıncaya kadar yere sabitlenmiş ve insan tarafından yapılmış olan her şeyi kapsamaktadır. Hatta “bina veya diğer bir yapı eseri” ne ilişkin hukukî meseleler gelişen ve sanayileşen toplumların en çok karşılaştığı nâzilelerin/olayların başında gelir. Nitekim insan emeğiyle yapılan ve toprağa bağlı olan her şey “bina/yapı” kapsamındadır. Haliyle gün geçtikçe etrafımız daha da çoğalan kusursuz sorumluluk halleriyle çevriliyor, diyebiliriz.

4- Konu pratikte çokça davalara olabilecek mahiyettedir. Çünkü inşa olunan yapı sebebiyle zarara uğrayan ya da olası zarar tehditi ve ihtimaliyle karşı karşıya kalanlar, yapı mâlikini ikaz edebileceği gibi, dava da edebilir. Zira kanunların cezalandırıcı tedbirlerinden başka öncelikle önleyici ve akabinde de koruyucu tedbirleri de vardır. Çünkü bu durum hem daha pratik hem de daha ekonomiktir (*ed-def’u ehvenu mine’r-ref’i*).

5- Batılı hukukçular kusursuz sorumluluğu “Alman prensibi” diye isimlendirseler de doğrusu bunun bir İslâm hukuku, dahası bir “Hanefî prensibi”



olduğudur. Çünkü araştırmamız esnasında kazuist/meseleci yöntemle konuya en çok temas eden, en çok örneklendiren eserlerin Hanefîlerin kaynakları olduğunu gördük. Bu da Hanefî mezhebinin Şâfiî mezhebi gibi münakkah olmadığından ve kavillerinin çokluğundan kaynaklanmaktadır.

6- 1868’de İngiltere’de Ryland V. Fletcher Davası olarak şöhretleşerek tarihe geçen davanın hukuk tarihi açısından doğru olmadığını söylemek zorundayız. Haksız bir şöhretle evrenselleşen söz konusu dava şudur: Arazisinde havuz inşa ettiren bir mâlikin suyun yer altındaki bir kanaldan sızarak yandaki maden ocağına dolması sebebiyle oluşan zarardan sorumlu tutulmasıydı. Bu davadan sonra Fletcher kâidesi tehlike sorumluluğunun esas ve fikri nüvesi olarak görülmeye başlanmıştır. Oysa Fletcher kâidesinden asırlar önce Hz. Peygamber’in (s.a.v) “*el-harâcu bi’ d-damân*” prensibi mevcuttur. Bu hadisin açık anlamı şudur: Menfaat, sorumluluk karşılığıdır. Yani bir şeyin menfaatine sahip olan kişi, ondan doğacak risk ve tehlikelere de katlanır. Hâsılı, Fletcher kâidesinden çok daha önce ilk dönem fıkıh eserlerinde kuyu, çukur, komşu evin bitişiğindeki bahçenin sulanması, toprak veya tuğla yığma, su kuyusu yakınında açılan helâ çukuru ve oluşan zarar örnekleri ve giderimleri mevcuttur.

7- Akit dışı bir sebeple zarar vuku bulduğunda, bu zararın kimin tarafından giderileceğine ilişkin temel iki prensip vardır. Bu ilkelerden biri “kusur ilkesi”, bir diğeri de “sebeup ilkesi” dir. İlk dönemlerden itibaren İslâm hukukunun *kusurlu sorumluluk (mübâşeret)* ilkesi yanında bir de *kusursuz sorumluluk (tesebbüp)* esasına dayanan mesuliyeti de benimsediği hukuk tarihi açısından müsellemdir. Hatta kusursuz sorumluluk, İslâm hukukunun *hukuk tarihine sağladığı önemli katkılardan* biridir.

8- İslâm hukukçuları şahsın sahibi olduğu hayvan ve cansız eşyanın ika ettiği zararları ilk devirlerden itibaren tartışmışlar, kusurlu sorumluluktan başka bir de, *metbûnun sorumluluğu meselesini* geliştirmişlerdir. Bu esasa göre, tâbi durumunda olan hanımların, çocukların, kölelerin, hayvanların ve şahsa ait olan mal ve eşyaların sebep olduğu zarar ve ziyanlardan öncelikle metbû‘ durumundaki şahıs sorumludur. Hâsılı, son birkaç asırdır Batı hukukunda gelişmeye başlayan “objektif özen sorumluluğu” (tesebbüp=sebeup sorumluluğu) ilk dönem fukahâsı tarafından tartışılmış ve bilâhare *nazariyyetu tehammuli’t-tebi’a* yani tâbi olanın fiilinden metbûnun sorumlu olması ilkesi ortaya çıkmıştır.

9- Batı kaynaklı hukuklarda ve dolayısıyla Türk Mesuliyet Hukuku'nda esas olan *kusurlu/kusura dayanan sorumluluktur*. Bu tür sorumlulukta *kusur yoksa sorumluluk da yoktur*, ilkesi esastır. Ancak bu durum gelişen toplum, ilerleyen teknik, kusuru ispatlamanın zorluğu, kusur ilkesinin yetersizliği ve tazminat hukukunda sosyal düşünce vb. etkenlere karşı 19'uncu yüzyıla kadar zor direnebilmiştir. Bu ve benzeri nedenler sebebiyle Batı hukukunda da kusurlu sorumluluktan başka bir de *kusursuz sorumluluk kurumu* doğup gelişmeye başlamış, fâilin kusurundan ziyade mağdurun uğradığı zararı telâfiye yönelik objektif bir sorumluluk türü olarak her geçen gün hukukta yükselen bir kurum olmaya devam etmektedir.

10- Batı hukukunda “hasar teorisi” veya “objektif sorumluluk teorisi” adıyla son zamanlarda ortaya çıkan ve gün geçtikçe de önemi artan, Roma hukukunun “kusur ilkesi” nden çok daha isabetli ve âdil olan “kusursuz sorumluluk teorisi”, İslâm hukukunun asırlarca önce benimsediği “ismet-i emvâl nazariyesi” nin aynısıdır. Bu nazariyeye göre, zarar/hasar, zararı doğuran fiilin menfaatini ilgilendiren kişiye yükletilir.

11- “*Nazariyyetu tehammuli't-tebi'a*” teorisi, bir başka deyişle “Hanefî prensibi”, İslâm hukukunun *istiklâl ve özgünlüğünün* delillerinden biridir. Zira İslâm hukuku, Roma ve bugünkü Fransız hukukunun ulaşamadığı çok önemli prensibi oldukça erken keşfetmiştir. Bu konuda Alman hukuku, İslâm hukukuna 19'uncu yüzyılın başında ulaşabilmiştir. Birileri buna “Alman prensibi” dese de doğrusu bunun bir “İslâm hukuku prensibi” olduğudur.

12- İslâm hukukunda “ismet-i emvâl”, “hak” ve “hakkın himayesi” teorilerine göre, hukuka aykırı bir davranıştan dolayı fiille netice arasında *uygun bir illiyet* bağının bulunması halinde oluşan zarar giderilir. Zararın mübâşeret (doğrudan) ya da tesebbüben (dolaylı olarak) ortaya çıkması da tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira “*mübâşir müte'ammid olmasa da dâmin olur*” prensibi İslâm hukukunun üstün nitelikli kurallarından biridir.

13- Kusurlu sorumluluğun teşekkülü için *fiil, zarar ve illiyet bağı* unsurlarının şart oluşu İslâm hukukçularının ittifakla kabul ettikleri genel bir kuraldır. Kusursuz sorumlulukta ise, *fiil, zarar ve illiyet bağı* unsurları yanında bir de *te'addî (hukuka aykırılık)* unsuru aranır. Hukuka aykırılıktan başka ayrıca bir de *kusur* şartı aranmaz.

İslâm hukukunda tessebbüp yoluyla oluşan zararlarda mütesebbibin fiilinin hukuka aykırı olması şarttır. Şayet mütesebbibin fiili hukuka aykırı değilse, tazminden sorumlu tutulamaz. Çünkü İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre, “*mütesebbib müte‘ammid olmadıkça zâmin olmaz.*”

Bu iki prensibin açık anlamları şudur: Mübâşeretten verilen zararlarda fâilin/mübâşirin te‘addî ve te‘ammüdü olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu olacağı esası vardır. Ancak tessebbüben oluşan zararlarda fâilin/mütesebbibin oluşan zarardan yükümlü tutulabilmesi için te‘addîsi şart ise de te‘ammüdü şart değildir.

Türk pozitif hukukunda ise, kusurlu sorumlulukta *fiil, hukuka aykırılık, zarar, fâilin kusuru ve fiille zarar arasında illiyet bağı* unsurları aranırken, *kusursuz sorumluluk* kurumundaysa, bu unsurlardan sadece *fiille zarar arasında uygun illiyet bağı* şartları aranır.

14- İslâm hukukuna göre, ferdî mesuliyettir. Kişi ancak kendi günah, suç ve haksız fiilinden yükümlü tutulabilir. Ancak içtimâî, ekonomik, ilmî ve teknik bazı gelişmeler yükümlülüğün sınırlarında bazı genişlemeler ve genel prensiplerden birtakım istisnaların ortaya çıkmasını zarurî kılmıştır. Ortada vuku bulan bir zarar varsa, “*zarar izâle edilir*” prensibine göre, bu zarar mutlaka izâle edilmelidir. Bu bağlamda şahsın mâliki olduğu eşya, hayvan, işçi, hizmetçi veya binasının olası zararlarından mâlikin mesul tutulması hakkaniyet ve hukukun genel esaslarına göre en uygun olanıdır.

15- Yapı mâlikleri özen sorumluluğuyla mükelleftirler. Hukuka aykırı olarak yaptıkları işlerden oluşan zararlardan satış işlemiyle kurtulamazlar. Çünkü zarara sebebiyet veren haksız fiilin fâili ve müsebbibidirler. Dolayısıyla *fena yapım ve bakım eksikliği* sebepleriyle itlâf olan şey her ne ise onu tazminle sorumludurlar.

16- İslâm hukukçuları yapısal hata/bozuklukları önemseyip *farazî fıkıh yöntemiyle* muhtemel meseleler için hukukî çözümler geliştirmişlerdir. Meselâ, kamu yoluna yahut başkasının mülküne doğru eğimli olarak inşa edilen duvarın çökmesi sebebiyle oluşan zararın duvar sahibi tarafından tazmin edilmesi gerektiği hususunda fakihler arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Çünkü duvar sahibi duvarını eğimli yapmakla haksız bir fiil işlemiştir. Zira hiçbir kişinin bir başkasının mülküne ait olan hava boşluğunda yahut ortak olan hava boşluğunda yaptığı *-taşkın-* bir binadan intifâ‘ hakkı yoktur.

17- Bina mâlikleri hukuka aykırı olarak yapmış oldukları oluk, pencere, pencere kanadı, sundurma, cumba, şahniş gibi binaların mütemmim cüzlerinin yapım hatasından kaynaklanan zararları gidermekle sorumludurlar. Mâlikin sorumlu tutulmasının sebebi, fena yapımından kaynaklanan bir zararın vuku bulmasıdır. İslâm hukukunun yerleşik kuralına göre de *zarar giderilir*. Bu sebeptendir ki, müte‘addî/mütecâviz olan mâlik haksız fiilinin tazmin sorumlusu olur.

18- Yapı mâlikleri balkon, cumba, pencere kanadı, pencere kafesi, sundurma, gölgelik, oluk, çatılarda yapılan küçük pencere, klima, çanak anten, saksı, süs ve dekor amaçlı vb. şeyler/*eklentiler* düşerek mal veya can itlâfına sebebiyet verse, bina mâliki tazmin sorumlusu olur mu? Bütün bu eklentiler sebebi ile meydana gelen zararlar eğer mâlikin mülkiyet sınırları içinde vuku buldu ise, mâlikin te‘addî ve ihmali yoksa bir de bina veya eklentiler yıkıldığında enkazı gayrın mülküne dağılmadıysa, herhangi bir tazminin söz konusu olmayacağına ilişkin İslâm hukukçuları arasında görüş birliği bulunmaktadır. Çünkü mâlik kendi mülkiyetinde tasarruf yetkisini kullanmıştır. Kişi iyiniyet kuralları çerçevesinde mülkünde tasarruf hakkına sahiptir. Bu hakkın sebepsiz/kanunsuz sınırlandırmalarla tahdit/takyit edilmesi ciddi zorluklara sebebiyet verir.

19- Yapı mâlikinin âkilesinin muayyen hallerde diyet, erş, hükûmet-i elem ve tazminattan sorumlu tutulması, *haksız yapılaşmanın* önünün alınması açısından çok önemlidir.

20- Yapı mâlikleri zararın izâlesi prensibi bağlamında maddî zararlar, menfaatlara verilen zararlar, cana ve vücut bütünlüğüne verilen zararlarla manevî zararlardan sorumludurlar.

21- Araştırmamız esasında pozitif hukukta, “bina mâlikinin kurtuluş kanıtı getiremeyeceği” fikrinin galip görüş olduğunu tespit ettik. Meselâ, mâlik seyahatte olduğundan veya ağır bir beyin kanaması geçirdiğinden yahut temyiz kudretini kaybettiğinden olsa bile, yapıdaki bozukluğu giderememesi hallerinde kusursuz olmasına rağmen sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü kanun yapı mâlikini kusursuz sorumluluk çeşidiyle mesul tutmaktadır. *Bu hâliyle mevzû‘ hukuk, yapı mâliklerine İslâm hukukunda olduğundan çok daha ağır sorumluluklar yüklemektedir*. Zira kanun diğer sorumluluklardan farklı olarak bina mâlikine kurtuluş kanıtı getirerek

sorumluluktan kurtulma imkânı tanımamıştır. Yani *bina mâlikinin sorumluluğu sert ve katı bir mesuliyeti içerir*. Çünkü mâlik, şahsen hiçbir kusur işlememiş olsa dahi, hatta zarar sırf bir rastlantıdan veya üçüncü kişinin kusuruyla meydana gelmiş olsa bile, sorumlu olur.



## KAYNAKLAR

### Kitaplar

- ‘ABDÜLBÂKÎ Muhammed Fuâd (ö. 1968), *el-Mu‘cemü’l-Müfehres li-Elfâzi’l-Kur’âni’l-Kerîm*, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1404/1984.
- ACAR Halil İbrahim, *Ana Hatlarıyla İslâm Aile Hukuku*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2014.
- AHMED b. Hanbel (ö. 241/855), *el-Müsned*, I-VI, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1982.
- AKARSU Bedia (ö. 2016), *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, 9. B., İstanbul, İnkılâp Yayınları, 1988.
- AKDEMİR Süleyman, *Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması*, İzmir, 1988.
- AKGÜNDÜZ Ahmet, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle Ta’dilleri ve Gereçekleriyle Birlikte)*, 1. B., İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013.
- AKINCI Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, 9. B., Konya, Sayram Yayınları, 2016.
- AKINTÜRK Turgut (ö. 2009), *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler-Özel Borç Münasebetleri)*, 3. B., Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- AKMAN Galip Sermet, *Taşkın İnşaat*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982.
- AKYOL Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, bsy., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995.
- ALDEMİR Hüsnü, Musa Aldemir, *Türkçe-İngilizce Hukuki Terimler Sözlüğü*, 1. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- ALİ HAYDAR EFENDİ (Büyük) (ö. 1903), *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, Nâşiri: M. Çevik - K. Kemal, 2. B., İstanbul, Üçdal Neşriyat, Fatih Matbaası, 1966.
- ALİ HAYDAR EFENDİ (Küçük) (ö. 1935), *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I-IV, 3. B., İstanbul, Matba‘a-i Ebu’z-Ziyâ’, 1330/1911.
- ALTUNCÎ ‘Abdüsselâm, *Müessesetü’l-Mes’ûliyye fi’ş-Şer’ati’l-İslâmiyye*, 1. B., Trablus-Libyâ, Cem‘iyyetü Da‘veti’l-İslâmiyye el-‘Âlemiyye, 1423/1994.
- ANSAY Sabri Şakir (ö. 1962), *Hukuk Bilimine Başlangıç*, 7. B., Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958.
- ARIK Kemal Fikret (ö. 1965), *Borçlar Hukuku I (Umumî Hükümler)*, bsy., Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1964.
- ARSEBÜK Ahmet Esat (ö. 1954), *Borçlar Hukuku*, I-II, 2. B., İstanbul, Arkadaş Matbaası, 1943.
- ATAAY Aytekin, *Haksız İnşaat*, İstanbul, 1959.
- ATAR Fahreddin, *İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*, 4. B., Ankara, DİB Yayınları, 1999.
- ATAR Fahreddin, *Fıkıh Usûlü*, 7. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2008.

- ATAR Fahreddin, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, 1. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2013.
- ATEŞ Ali Osman, *İslâm'a Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitab Örf ve Âdetleri*, bsy., İstanbul, Beyan Yayınları, 1996.
- AYAN Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 11. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- AYBAKAN Bilâl, *İslâm Hukukunda Borçların İfası*, bsy., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 1998.
- AYBAY Aydın (ö. 2013), *Borçlar Hukuku Dersleri*, 9. B., İstanbul, Seyran Basımevi, 1984.
- AYDIN Mehmet, *Din Felsefesi*, 1. B., İzmir, DEÜ Yayınları, Karınca Matbaacılık, 1987.
- AYDIN Mehmet Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, 11. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- BÂBERTÎ Ekmeluddîn Muhammed b. Mahmûd (ö. 786/1384), *Şerhu'l-İnâye 'ale'l-Hidâye (Şerhu Fethi'l-Kadîr Tekmilesi İle Birlikte)*, I-X, 2. B., Beyrût, Dâru'l-Fikr, ts.
- BÂCÎ Ebu'l-Velîd Süleymân b. Halef b. Sa'd el-Endelüsî el-Mâlikî (ö. 474/1081), *el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta'i'l-İmâm Mâlik*, I-VII, Mısır, Matba'a-i Sa'âdet, Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, ts.
- BAĞDÂDÎ Ebû Muhammed b. Ğânim b. Muhammed (ö. 1030/1620), *Mecme'u'd-Damânât fi Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, bsy., by., Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.
- BAĞDATLI Selâhattin, *Hukuk Sözlüğü (AB Hukuku Terimleri İlâveli)*, 3. B., İstanbul, Derin Yayınları, 2012.
- BEHNEŞİ Ahmet Fethî, *el-Mes'ûliyyetü'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 4. B., Beyrût, Dâru's-Şurûk, 1409/1988.
- BEHNEŞİ Ahmet Fethî, *ed-Diyetü fi's-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, 3. B., Beyrût, Dâru's-Şurûk, 1409/1988.
- BEHÛTÎ Mansûr b. Yûnus b. İdrîs (ö. 1051/1641), *Keşşâfu'l-Kinâ' 'an-Metni'l-İknâ'*, I-VI, bsy., Beyrût, Dâru'l-Fikr, 1982.
- BERKÎ Ali Himmet (ö. 1976), *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*, bsy., Ankara, Örnek Matbaası, 1955.
- BERKÎ Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, 3. B., İstanbul, Hikmet Yayınları, 1981.
- BERKÎ Ali Himmet, Osman KESKİOĞLU, *Hâtemü'l-Enbiyâ Hz. Muhammed ve Hayatı*, 21. B., Ankara, DİB Yayınları, 2001.
- BERKÎ Ali Himmet, İrfan YÜCEL, *İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal*, 3. B., Ankara, DİB Yayınları, 1986.

- BEYHAKÎ Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin b. ‘Ali (ö. 458/1066), *es-Sünenü’l-Kübrâ* (thk. Muhammed ‘Abdülkâdir ‘Atâ), I-XI, Beyrût, Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1414/1994.
- BİLMEN Ömer Nasûhî (ö. 1971), *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, I-VIII, 1. B., İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985.
- BİNATLI Yusuf Ziya (ö. 1998), *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, 4. B., Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1977.
- BÖKE Emine Gümüş, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, 1. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013.
- BUHÂRÎ Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. İsmâ‘îl (ö. 256/870), *Sahîhu’l-Buhârî*, I-VIII, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981.
- BUHÂRÎ ‘Alâeddîn ‘Abdülazîz b. Ahmed (ö. 730/1330), *Keşfü’l-Esrâr Şerhu Usûli’l-Pezdevî (Metin İle Birlikte)*, I-IV, 2. B., Beyrût, Dâru’l-Kitâbi’l-‘Arabî, 1994.
- CESSÂS Ahmed b. ‘Ali (ö. 370/981), *Ahkâmü’l-Kur’ân*, I-V, 2. B., Kâhire, Dâru’l-Mushaf, ts.
- CEZİRÎ ‘Abdurrahmân b. Muhammed ‘Ivaz (ö. 1941), *Kitâbu’l-Fıkh ‘ale’l-Mezâhibi’l-Erbe‘a*, I-V, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1984.
- CİN Halil, Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. B., İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- ÇALIŞ Halit, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, 1. B., Konya, Yediveren Kitap, 2004.
- DAĞCI Şâmil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiil*, 2. B., Ankara, DİB Yayınları, 1999.
- DÂĞİSTÂNÎ Ömer Ziyâüddîn (ö. 1920), *Kitâb-u Zübdetü’l-Buhârî*, Mısır, Dâru’l-Kütübi’l-‘Arabîyye el-Kübrâ, 1330/1917.
- DÂREKUTNÎ ‘Ali İbn-u ‘Ömer (ö. 385/995), *es-Sünen (Ta‘lik: Ebû Tayyib Muhammed Âbâdî)*, I-IV, 4. B., Beyrût, ‘Âlemü’l-Kütüb, 1406/1986.
- DÂRİMÎ ‘Abdullâh b. ‘Abdurrahmân (ö. 255/869), *es-Sünen*, I-II, Mısır, ts.
- DEMİR Fahri, *İslâm Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*, 1. B., Ankara, Emek Matbaacılık, 1981.
- DEMİRCİ Muhsin, *Kur’ân’da Toplumsal Düzen*, 2. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2013.
- DERDİR Ebu’l-Berekât Seyidî Ahmed (ö. 1201/1786), *eş-Şerhu’l-Kebîr ‘ale’l-Muhtasar*, I-IV, bsy., by., Dâru’l-Fikr, ts.
- DESCHENAUX Henri, Pierre TERCİER, *Sorumluluk Hukuku*, Çeviren: Salim Özdemir, bsy., Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1983.
- DESÛKÎ Şemsüddîn Muhammed ‘Arafe (ö. 1230/1815), *Hâşiyetü’d-Desûkî ‘ale’ş-Şerhi’l-Kebîr*, I-IV, bsy., by., Dâru’l-Fikr, ts.



- DEVELLİOĞLU Ferit (ö. 1985), *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 6. B., Ankara, Aydın Kitabevi, 1984.
- DİNÇKOL Abdullah, *Hukuka Giriş (Hukukun Temel Kavramları)*, 3. B., İstanbul, Der Yayınları, 2005.
- DOĞAN Ahmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, 2. B., Ankara, Akçağ Yayınları, 2013.
- DOĞAN D. Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, 11. B., by., İz Yayıncılık, 1996.
- DÖNDÜREN Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, bsy., İstanbul, Erkam Yayınları, 1431/2010.
- DUMLU Ömer, *Kur'ân-ı Kerîm 'de Salâh Meselesi*, 2. B., Ankara, DİB Yayınları, 1997.
- DÜREN Akın, *İdare Hukuku Dersleri*, bsy., Ankara, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, 1979.
- EBÛ DÂVÛD ES-SİCİSTÂNÎ Süleymân b. Eş'as (ö. 275/889), *es-Sünen*, I-II, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981.
- EBÛ ZEHRÂ Muhammed (ö. 1974), *İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*, Çeviren: Abdülkadir Şener, 3. B., Ankara, Fon Matbaası, 1981.
- EBÛ ZEHRÂ Muhammed, *İmam Şâfiî*, Tercüme: Osman Keskioglu, bsy., Ankara, DİB Yayınları, Emel Matbaacılık, 1987.
- EBÛ ZEHRÂ Muhammed, *Ebû Hanîfe*, Tercüme: Osman Keskioglu, 5. B., İstanbul, Üçdal Neşriyat, Tan Matbaası, ts.
- EDGÜ Ekrem (ö. 1993), *Borçlar Hukuku (Umumî Hükümler)*, bsy., Ankara, Sevinç Matbaası, 1967.
- EDİS Seyfullah (ö. 1998), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 3. B., Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1987.
- EKİNCİ Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk)*, 4. B., İstanbul, Arı Sanat Yayınları, 2016.
- EKŞİ Ahmet, *İslâm Tıp Hukuku (Çağdaş Tıp Problemlerine İslâm'ın Getirdiği Hukuki Çözümler)*, 1. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2011.
- EMİN Seyyid, *el-Mes'ûliyyetü't-Taksiriyye 'an fi'li'l-gayr-fi'l-fikhi'l-İslâmî el-Mukâren*, by., ts.
- EMİROĞLU İbrahim, *Klâsik Mantığa Giriş*, 8. B., Ankara, Elis Yayınları, 2011.
- ERBİLÎ Muhammed Es'ad (ö. 1931), *Kenzü'l-'İrfân fî Ehâdis-i Nebiyyi'r-Rahmân*, bsy., İstanbul, Dersa'âdet, 1317/1899.
- ERDOĞAN Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 6. B., İstanbul, İFAV, 2009.
- ERDOĞAN Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 4. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013.
- ERDOĞMUŞ Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, bsy., İstanbul, Der Yayınları, 2014.

- EREM Faruk (ö. 1998), *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler) I*, 10. B., Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.
- EREM Faruk, Nevzat TOROS, *Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler)*, bsy., Ankara, 1975.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- ESENER Turhan, *Eşya Hukuku (Temel Kavramlar)*, bsy., Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.
- GAZALÎ Muhammed (ö. 1996), *Fıkhu's-Sîre (Resûlüllah'ın Hayatı)*, Çeviri: Resul Tosun, bsy., İstanbul, Risale Yayınları, 2005.
- GAZZÂLÎ Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111), *el-Müstasfâ min 'İlmi'l-Usûl*, I-II, bsy., Beyrût, Dâru'l-Erkâm, ts.
- GIRNÂTÎ Ahmed b. Muhammed el-Kelbî el-Gırnâtî el-Mâlikî (ö. 741/1340), *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, bsy., by. , ts.
- GÜMÜŞHÂNEVÎ Ahmed Ziyâüddîn (ö. 1893), *Ehl-i Sünnet İ'tikadi*, 4. B., İstanbul, Bedir Yayınevi, 1986.
- GÜR Ahmet Refik (ö. 1986), *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle (Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi)*, 3. B., İstanbul, Sebil Yayınevi, 1993.
- GÜRKAN Ahmet (ö. 1990), *İslâm Kültürünün Garbı Medenileştirmesi*, 2. B., Ankara, Gaye Matbaası, ts.
- GÜRSOY Kemal Tahir, *Bankacılar İçin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi*, bsy., Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1959.
- 'ĞAMRÂVÎ Muhammed ez-Zühri (ö. 1337/1958), *es-Sirâci'l-Vehhâc Şerhü'n 'alâ Metni'l-Minhâc*, bsy., İstanbul, Eser Neşriyat, ts.
- HADDÂDÎ Ebûbekr b. 'Ali b. Muhammed el- Haddâd el-'Abbâdî (ö. 800/1397), *el-Cevheretü'n-Neyyire 'alâ Muhtasari'l-Kudûri*, I-II, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1978.
- HAFÎF 'Ali (ö. 1978), *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye*, bsy., Kâhire, Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2008.
- HALEBÎ İbrâhîm b. Muhammed (ö. 956/1549), *Mültekâ'l-Ebhûr*, bsy., Dersa'âdet, İstanbul, Şirket-i Sahâfiye-i Osmâniyye Matbaası, 1316/1898.
- HALLÂF Abdulvahhâp (ö. 1956), *İslâm Hukuku Felsefesi (İlmu Usûli'l-Fıkh)*, Giriş ve Notlar Ekleyerek Çeviren: Hüseyin Atay, 2. B., Ankara, AÜİF Yayınları, 1985.
- HAMEVÎ Ebu'l-'Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed el-Mekkî el-Hüseynî (ö. 1098/1687), *Gamzu 'Uyûni'l-Besâir Şerhu'l-Eşbâh ve'n-Nezâir*, I-IV, 1. B., Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1985.
- HAMİDULLAH Muhammed (ö. 2002), *İslâm Peygamberi*, I-II, Çeviren: Salih Tuğ, 4. B., İstanbul, İrfan Yayınevi, 1980.

- HÂŞİMÎ es-Seyyid Ahmed el-Hâşimî, *Muhtâru'l-Ehâdis'in-Nebeviyye*, Tercüme: A. Aydın, A. Fikri Yavuz, 5. B., İstanbul, 1981.
- HEYET (XVIII. yüzyıl), *el-Fetâvâ El-Hindiyye (el-Fetâvâ el-'Âlemgiriyye)*, I-VI, 3. B., Diyarbakır, 1973.
- HEYET *İslâm'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri*, bsy., İstanbul, Ensar Neşriyat, 1986.
- HEYET *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Açıklamalı Meâli*, Medine, 1412/1992.
- HEYET *İslâm Hukuku El Kitabı*, Editör: Talip Türcan, 2. B., Ankara, Grafiker Yayınları, 2013.
- HICÂVÎ Ebu'n-Necâ Şerafüddîn Mûsâ el-Makdisî el-Hıcvî (ö. 968/1560), *el-İknâ' fî Fikhi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel (thk. 'Abdullâtîf Muhammed Mûsâ es-Sübki)*, I-IV, bsy., Beyrût, Dâru'l-Ma'rife, ts.
- HURAŞÎ Ebû 'Abdillâh Muhammed b. 'Abdillâh b. 'Ali (ö.1101/1689), *Şerhu Muhtasar-ı Halîl-li'l-Huraşî*, I-VIII, bsy., Beyrût, Dâru'l-Fikr-li'Tıba'a, ts.
- İBN 'ÂBİDÎN Muhammed Emîn b. 'Ömer (ö. 1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, bsy., İstanbul, Kahraman Yayınları, 1984.
- İBN ÂŞÛR Muhammed Tâhir (ö. 1973), *İslâm Hukuk Felsefesi Gaye Problemi (Mekâsıdu's-Şerî'ati'l-İslâmiyye)* Notlar Ekleyerek Çevirenler: Vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan, 2. B., İstanbul, İz Yayıncılık, 1996.
- İBN CÜZEY Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1340), *el-Kavânînü'l-Fikhiyye*, bsy., by., Dâru'l-'Arabiyye-li'l-Kitâb, 1988.
- İBN HAZM Ebû Muhammed 'Alî b. Ahmed b. Sa'îd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1063), *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, I-XII, bsy., Beyrût, Dâru'l-Fikr, ts.
- İBN KUDÂME Muvaffukuddîn Ebû Muhammed b. Ahmed b. 'Abdillâh (ö. 620/1223), *el-Muğni*, I-X, bsy., Kâhire, Mektebetü'l-Kâhire, 1388/1968.
- İBN MÂCE Ebû 'Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî (ö. 275/886), *es-Sünen*, I-II, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981.
- İBN MANZÛR Ebu'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem (ö. 711/1311), *Lisânü'l-'Arab*, I-XV, bsy., Beyrût, 1956.
- İBN NÜCEYM Zeynül'âbidîn b. İbrâhîm el-Mısırî el-Hanefî (ö. 970/1563), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VIII, 2. B., Beyrût, Dâru'l-Ma'rife, ts.
- İBN NÜCEYM Zeynül'âbidîn b. İbrâhîm el-Mısırî el-Hanefî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir (Şerhi Gamz İle Birlikte)*, I-IV, 1. B., Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1985.
- İBN NÜCEYM Zeynül'âbidîn b. İbrâhîm el-Mısırî el-Hanefî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, İstanbul, Dersa'âdet Kitabevi, 1398/1977.
- İBN RÜŞD (el-Hafîd) Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtûbî (ö. 595/1198), *Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-IV, bsy., Kâhire, Dâru'l-Hadîs, 1425/2004.
- İBN SA'D, Ebû 'Abdillâh Muhammed (ö. 230/844), *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, I-VIII, Beyrût, 1985.

- İBNÜ'L-HÜMÂM Kemâlüddîn Muhammed b. 'Abdulvâhîd b. Mes'ûd es-Sivâsî (ö. 861/1457), *Şerhu Fethi'l-Kadîr (Netâicu'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rümüzi ve'l-Esrâr Tekmilesi İle Birlikte)*, I-X, 2. B., Beyrût, Dâru'l-Fikr, ts.
- İBNÜ'L-KAYYİM EL-CEVZİYYE Muhammed b. Ebî Bekr Şemsüddîn Ebû Muhammed (ö. 751/1350), *İ'lâmu'l-Muvakkî'in 'an Rabbi'l-'Âlemîn*, I-IV, bsy., Mısır, 1955.
- İBNÜ'L-MÜNZİR Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhîm (ö. 318/930), *Kitâbu'l-İcmâ'*, Tercüme ve Giriş: Abdulkadir Şener, bsy., Ankara, Gaye Matbaası, 1983.
- İMRE Zahit (ö.1989), *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, bsy., İstanbul, 1949.
- İNAN Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, bsy., Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.
- İZMİRLİ İsmail Hakkı (ö. 1946), *Yeni İlm-i Kelâm*, Hazırlayan: Sabri Hizmetli, bsy., Ankara, Umran Yayınları, 1981.
- 'İZZ b. 'Abdisselâm (ö. 660/1261), *İslâmî Hükümlerin Esas ve Hikmetleri (Kavâ'idü'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm)*, Türkçesi: Süleyman Kaya - Soner Duman, bsy., İstanbul, İz Yayıncılık, 2006.
- KARADÂVÎ Yûsuf, *Günümüzde Fetvanın Değişebilirliği*, Çeviri: Mithat Acat - M. Mihdi Acat, 1. B., İstanbul, Nida Yayıncılık, 2012.
- KARADÂVÎ Yûsuf, *İslâm Hukuku (Evrensellik-Süreklilik)*, Tercüme: Yusuf Işıcık - Ahmet Yaman, 2. B., İstanbul, Nida Yayıncılık, 2014.
- KARADENİZ Özcan, ÇELEBİCAN, *Roma Hukuku*, 3. B., Ankara, AÜHF Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1986.
- KARÂFÎ Ebu'l-'Abbâs Şihâbuddîn Ahmed b. İdrîs b. 'Abdirrahmân es-Sanhacî (ö. 684/1285), *el-Fürûk*, I-IV, bsy., Mısır, 1311/1893.
- KARAHASAN Mustafa Reşit (ö. 2011), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, (İki Cilt Birarada), bsy., Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.
- KARAHİSÂRÎ Muslihuddîn Mustafâ b. Şemseddîn (ö. 1561), *Ahterî-i Kebîr*, I-II, bsy., İstanbul, Matba'a-i Âmire, 1310/1892.
- KARAMAN Hayreddin, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, I-III, bsy., İstanbul, Nesil Yayınları, 1988-1996.
- KARAMAN Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, bsy., İstanbul, Nesil Yayınları, 1991.
- KARAMAN Hayreddin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, 5. B., İstanbul, İz Yayıncılık, 2004.
- KARAMAN Hayreddin, *İslâm Hukuk Tarihi*, 9. B., İstanbul, İz Yayıncılık, 2012.
- KARAMAN Hayreddin, *Fıkıh Usûlü (İslâm Hukûkunun Kaynakları, Metot ve Felsefesi)*, 11. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013.
- KÂSÂNÎ 'Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), *Kitâbu Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, I-VII, 2. B., Beyrût, Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 1394/1974.

- KAYA Ali, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, bsy., İstanbul, Bayrak Matbaası, 2005.
- KAYA Ali, *İslâm Hukukunda Bedene İlişkin Zararlar ve Tazmini*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2007.
- KAYA Ali, *Güncel Fıkhî Konular*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2013.
- KAZÂMİL Seyf Recep, *el-‘Âkile fi’l-Fıkhî’l-İslâmî (Dirâsetü’n-Mukârene)*, bsy., by., 1999.
- KAZICI Ziya, *İslâm Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, 13. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2014.
- KELEBEK Mustafa, *İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikleri*, 1. B., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2014.
- KESKİOĞLU Osman (ö.1989), *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, bsy., Ankara, DİB Yayınları, Ayyıldız Matbaası, 1984.
- KIRKAĞÂCÎ Muhammed b. Süleymân (ö.1268/1851), *Şerhu Hâtîme-i Kavâ’idi’l-Usûl ve’l-Furû’*, bsy., İstanbul, Hacı Muharrem Efendi el-Bosnevî Matbaası, 1299/1881.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 20. B., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2016.
- KOSCHAKER Paul (ö.1951), *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, Çeviren: Kudret Ayiter, bsy., İstanbul, Yeni Matbaa, 1961.
- KÖSE Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, 3. B., İstanbul, Hikmet Yayınları, 2013.
- KUDÛRÎ Ebu’l-Hüseyin Ahmed b. Muhammed (ö. 428/1036), *el-Muhtasar*, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1977.
- KUR’ÂN-I Kerîm Meâli, DİB, TDV Yayınları.
- MAHALLÎ Celâleddîn, Celâleddîn SÜYÛTÎ (ö. 864/1459 ve 911/1505), *Tefsîrül-Celâleyn*, I-II, bsy., İstanbul, Salâh Bilici Kitabevi Yayınları, ts.
- MAHMESÂNÎ Subhî b. Muhammed (ö. 1986), *en-Nazariyyetü’l-‘Âmme li’l-Mûcebât ve’l-‘Ukûd fi’ş-Şerî’ati’l-İslâmiyye*, 3. B., Beyrût, 1403/1983.
- MÂLİK b. Enes (ö.179/795), *el-Muvattâ’*, I-II, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981.
- MÂVERDÎ Ebu’l-Hasan ‘Ali b. Muhammed b. Habîb (ö. 450/1058), *el-Hâvi’l-Kebîr Şerhu Muhtasari’l-Mûzenî fi Fıkhî Mezhebi’l-İmâmi’ş-Şâfi’î (thk. Şeyh ‘Ali Muhammed Mu’avviz - Şeyh ‘Âdil Ahmed ‘Abdü’l-Mevcûd)*, I-XIX, bsy., Beyrût, Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1419/1999.
- MECELLE (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*), (*Ali Himmet Berki Neşri*), 3. B., İstanbul, Cihan Matbaacılık, 1982.
- MERĞİNÂNÎ Şeyhülislâm Burhânüddîn ‘Ali b. Ebî Bekr (ö. 593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî*, I-IV, 1. B., Beyrût, Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1410/1990.

- MEVKÛFÂTÎ Mehmet Efendi (ö.1065/1654), *Şerhu'l-Mevkûfâtî*, I-II, bsy., Dersa'âdet, İstanbul, Şirket-i Sahâfiye-i Osmâniyye Matbaası, 1318/1900.
- MEVSİLÎ 'Abdullâh b. Muhammed b. Mevdûd (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, I-V, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1991.
- MEYDÂNÎ 'Abdulğani el-Ğuneymî (ö. 1298/1881), *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb (Cevheretü'n-Neyyire Kenarında)*, I-II, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1978.
- MOLLA HÛSREV Muhammed b. Ferâmûz (ö. 885/1480), *Dürerü'l-Hükkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, I-II, bsy., İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1970.
- MOLLA HÛSREV Muhammed b. Ferâmûz, *Mir'âtü'l-Usûl fi Şerhi Mirkâti'l-Vusûl*, bsy., İstanbul, Salâh Bilici Kitabevi, 1966.
- MUVÂFÎ Ahmed, *ez-Zararu fi'l-fikhi'l-İslâmî (Ta'rîfuhû, Envâ'uhû, 'Alâkâtuhû, Zavâbituhû, Cezâuhû)*, 1.B., Suudi Arabistan, Dâr-u 'Osmân li'n-Neşri ve't-Tevzî', 1418/1997.
- MÜSLİM Ebu'l-Hüseyin Müslim b. Haccâc (ö. 261/875), *el-Câmi'u's-Sahîh*, I-III, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981.
- MÜZENÎ Ebû İbrâhîm İsmâ'il b. Yahyâ (ö. 264/878), *Muhtasaru'l-Müzenî fi Fıkhi Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfi'î (thk. Şeyh 'Ali Muhammed Mu'avviz - Şeyh 'Âdil Ahmed 'Abdü'l-Mevcûd)*, I-XIX, bsy., Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1419/1999.
- NARTER Sami, *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- NEDVÎ Ebu'l-Hasen en-Nedvî (ö.1999), *Rahmet Peygamberi*, Çeviren: Abdülkerim Özaydın, bsy., İstanbul, İz Yayıncılık, 1992.
- NESÂÎ Ebû 'Abdirrahmân Ahmed b. Şu'ayb b. 'Ali el-Horasânî (ö. 303/915), *es-Sünen*, I-VIII, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981.
- NOMER Halûk N., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 13. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- NOMER Halûk N., Mehmet Serkan ERGÜNE, *Eşya Hukuku, (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 1. B., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- ÖĞUZMAN M. Kemal, Özer SELİÇİ, *Eşya Hukuku*, 5. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.
- ÖĞUZMAN M. Kemal, M. Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, bsy., İstanbul, Filiz Kitabevi, Fakülteler Matbaası, 1995.
- OLGAÇ Senai, *Açıklamalı Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar*, İstanbul, Hak Kitabevi, 1967.
- ÖKTEM Niyazi, *Hukuk Felsefesi*, bsy., İstanbul, Der Yayınları, 1983.
- ÖZEL Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*, 3. B., Ankara, TDV Yayınları, 2013.
- PALA Ali İhsan, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, 1. B., Ankara, Fecr Yayınları, 2009.

- RADO Türkân (ö. 2007), *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*, 4. B., İstanbul, İÜHF Yayınları, Doğan Kardeş Matbaacılık, 1964.
- RÂZÎ Muhammed b. Ebî Bekr b. ‘Abdilkâdir (ö. 666/1267), *Muhtârü’s-Sihâh*, bsy., Lübnân, Mektebet-ü Lübnân, 1989.
- REİSOĞLU Safa, *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 25. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- REMLÎ Şemsuddîn Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî (ö. 1004/1596), *Nihâyetü’l-Muhtâc ilâ Şerhi’l-Minhâc*, I-VIII, bsy., by., Mustafâ el-Bâbâ el-Halebî Matbaası, 1967.
- SÂBIK Seyyid (ö. 2000), *Fıkhu’s-Sünne*, I-III, bsy., Mısır, Dâru’l-Kitâbi’l-İslâmî-Dâru’l-Hadîs, ts.
- SÂBÛNÎ Nûreddin es-Sâbûnî (ö. 580/1184), *Mâturîdiyye Akaidi*, Tercüme: Bekir Topaloğlu, 3. B., Ankara, DİB Yayınları, 1982.
- SÂBÛNÎ Şeyh Muhammed ‘Ali es-Sâbûnî, *Ravâi’u’l-Beyân fî Tefsîr-i Âyâti’l-Ahkâm*, I-II, bsy., İstanbul, Dersa’âdet Kitabevi, 1984.
- SAHNÛN Abdüsselâm b. Sa’îd et-Tenûhî (ö. 240/854), *el-Müdevvenetü’l-Kübrâ*, I-IV, 1. B., by., Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1415/1994.
- SAKAFÎ eş-Şeyh el-Mürçî es-Sakafî el-Hanefî (ö. 478/1085), *Kitâbu’l-Hitân (Ahkâmu’t-Turuk ve’s-Sutûh ve’l-Ebvâb ve Meslü’l-Miyâh ve’l-Hitân fî’l-Fikhi’l-İslâmî)*, (thk. Muhammed Hayr Ramazân Yûsuf), 1. B., Beyrût-Lübnân, Dâru’l-Fikri’l-Mu’âsır, 1414/1994.
- SARIÇAM İbrahim (ö. 2017), *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, 4. B., Ankara, DİB Yayınları, 2005.
- SARIÇAM İbrahim, Seyfettin ERŞAHİN, *İslâm Medeniyeti Tarihi*, 1.B., Ankara, TDV Yayınları, 2011.
- SARIYAR Selçuk, *Kusurun Tanımı ve Öznelliği (Özel Hukukta Kusurun ve Ağırlığının Belirlenmesi)*, bsy., İstanbul, 2008.
- SCHACHT Joseph (ö. 1969), *İslâm Hukukuna Giriş*, Çeviren: Abdülkadir Şener-Mehmet Dağ, 2. B., Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1986.
- SCHİJVE Jaap, *Fatigue of Structures and Materials*, United States, 2001, ss. 1-536.
- SEMERKANDÎ ‘Alâuddîn (ö. 539/1145), *Tuhfetü’l-Fukahâ*, I-III, 1. B., Beyrût, Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1405/1984.
- SENHÛRÎ ‘Abdurrezzâk Ahmed (ö. 1971), *Mesâdiru’l-Hakk*, I-VI, bsy., Beyrût, Dâr-u İhyâi’t- Tûrâsi’l-‘Arabî, ts.
- SERAHSÎ Şemsü’l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (ö. 483/1090), *el-Mebsût*, I-XXX, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1982.
- SERAHSÎ Şemsü’l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *Usûlü’s-Serahsî*, I-II, bsy., İstanbul, Kahraman Yayınları, 1984.
- STEEL Mirande, *Oxford Wordpower Dictionary New Edition Dictionary For Learners Of English*, 1 st Edition, Oxford, Oxford University Press, 2000.

- ŞA'BÂN Zekiyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, Notlar Ekleyerek Tercüme Eden: İbrahim Kâfi Dönmez, 19. B., Ankara, TDV Yayınları, 2014.
- ŞÂFİ'Î Ebû 'Abdillâh Muhammed b. İdrîs (ö. 204/819), *el-Ümm*, I-VIII, bsy., Beyrût, Dâru'l-Ma'rife, 1410/1990.
- ŞÂFİ'Î Ebû 'Abdillâh Muhammed b. İdrîs, *er-Risâle (thk. Ahmed Muhammed Şâkir)*, bsy., Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- ŞEN Cemalettin, *Bilinç ve Etkisi (İslâm Hukukunda Bilincin Hak ve Sorumluluklara Etkisi)*, bsy., Bursa, Emin Yayınları, 2010.
- ŞENER Abdülkadir, *İslâm Hukuku Dersleri I*, 2. B., İzmir, DEÜ Yayınları, DEÜ Matbaası, 1992.
- ŞENER Mehmet, *İslâm Hukukunda Örf*, bsy., İzmir, Öğrenci Basımevi, 1987.
- ŞEVKÂNÎ Ebû 'Abdillâh Muhammed (ö. 1250/1834), *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr Min Ehâdis-i Seyyidi'l-Ahyâr*, I-IX, Beyrût-Lübnân, Dâru'l-Cıl, 1973.
- ŞEYBÂNÎ Ebû 'Abdillâh Muhammed b. Hasan (ö.189/805), *Kitâbü'l-Asl (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afğânî)*, I-V, bsy., Karaçi-Pakistân, İdâretü'l-Kur'ân ve'l-'Ulûmi'l-İslâmiyye, ts.
- ŞİRÂZÎ Ebû İshâk İbrâhîm b. 'Ali b. Yûsuf el-Firûzâbâdî (ö. 476/1083), *el-Mühezzeb*, I-III, bsy., by., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- ŞİRBİNÎ Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî eş-Şâfi'î (ö. 977/1570), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc (thk. 'Ali Muhammed Mu'avvad-'Âdil Ahmed 'Abdu'l-Mevcûd)*, I-V, 1. B., Beyrût, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994.
- ŞOMAN 'Abbâs, *'Ismetü't-Dem ve'l-Mâl fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 1. B., Kâhire, ed-Dâru's-Sekâfiyyetü li'n-Neşr, 1419/1999.
- TABBARA 'Afif 'Abdülfettâh, *İlmin Işığında İslâmiyet*, Çeviren: Mustafa Öz, 2. B., İstanbul, Kalem Yayıncılık, Yelken Matbaası, 1981.
- TABERÂNÎ Ebu'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed (ö. 360/970), *el-Mu'cemü'l-Evsat*, I-IX, (thk. Tarik b. 'Abdillâh b. Muhammed, 'Abdü'l-Muhsin b. İbrâhîm el-Hüseynî), Kâhire, Dâru'l-Harameyn, 1415/1994.
- TAHİROĞLU Bülent, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 3. B., İstanbul, Der Yayınları, 2001.
- TAHİROĞLU Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, bsy., İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- TAHİROĞLU Bülent, Belgin ERDOĞMUŞ, *Roma Hukuku Dersleri (Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku)*, 10. B., İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- TANDOĞAN Halûk (ö.1988), *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- TANDOĞAN Halûk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, bsy., Ankara, Turhan Kitabevi, 1981.



- TEKİNAY Selâhattin Sulhi, Sermet AKMAN, Halûk BURCUOĞLU, Atillâ ALTOP, *Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 6. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.
- TİFTİK Mustafa, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu*, 2. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- TİRMİZÎ Ebû 'İsâ Muhammed b. 'İsâ b. Serve b. Mûsâ ed-Dahhâk es-Sülemî (ö. 279/892), *el-Câmi'u's-Sahîh (Sünenü't-Tirmizî)*, I-V, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1981.
- TOPALOĞLU Bekir (ö. 2016), *Kelâm İlmi (Giriş)*, 4. B., İstanbul, Damla Yayınevi, 1991.
- TÜZEL Sadık, *Hukuk Başlangıcı*, 3. B., İzmir, Ege Üniversitesi Matbaası, 1967.
- TÜZEL Sadık, *Temel Hukuk*, bsy., Bornova-İzmir, Ege Üniversitesi Matbaası, 1973.
- 'ÛDEH 'Abdülkâdir (ö.1954), *İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, I-IV, Tercüme: Akif Nuri, bsy., İstanbul, İhya Yayınları, 1976-1979.
- 'ÛDEH 'Abdülkâdir, *İslâm Şeriati*, Tercüme: Akif Nuri Karcioğlu, 7. B., Ankara, Nur Yayınları, Gaye Matbaası, ts.
- UĞUR Hakan, *Tevrat'ın Kur'an'a Arzı (Kur'an'ın Tevrat'ta Tasdik Ettiği Konular)*, 1. B., Bursa, Emin Yayınları, 2011.
- ULUDAĞ Süleyman, *İslâm'da Emir ve Yasakların Hikmeti*, 7. B., Ankara, TDV Yayınları, 2003.
- UMAR Bilge, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, bsy., İzmir, EÜİTBF Yayınları, İstiklâl Matbaası, 1973.
- UMAR Bilge, *Temel Hukuk Bilgisi*, 3. B., İzmir, İstiklâl Matbaası, 1979.
- UNAT Faik Reşit (ö. 1964), *Hicrî Tarihleri Milâdî Tarihe Çevirme Kılavuzu*, 6. B., Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988.
- WENSİNCK A. J. (ö.1939), *el-Mu'cemü'l-Müfehres li-Elfâzi'l-Hadîs en-Nebevî (Concordance et Indices de la Tradition Musulmane)*, I-VIII, bsy., İstanbul, Çağrı Yayınları, 1986.
- YAMAN Ahmet, *İslâm Aile Hukuku*, 9. B., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 2012.
- YAVUZ Yunus Vehbi (Editör), *İslâm Fıkhnın Dinamizmi* [Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri], Bursa, Kurav Yayınları, 2006.
- YAVUZ Yunus Vehbi, *Çağdaş Fıkhn Problemleri*, bsy., Bursa, Feyiz Yayınları, 2008.
- YAZIR Elmalılı Muhammed Hamdi (ö. 1942), *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkhn İstılâhları Kâmûsu*, I-V, Hazırlayan: Sıtkı Gölle, bsy., İstanbul, Eser Neşriyat, 1997.
- YAZIR Elmalılı Muhammed Hamdi, *Hak Dîni Kur'an Dili Türkçe Tefsir*, I-X, bsy., İstanbul, Eser Neşriyat, 1982.
- YENİŞEHİRLİ Şeyhü'l-İslâm Abdullah Efendi (ö. 1156/1743), *Behçetü'l-Fetâvâ Ma'an-Nukûl*, bsy., İstanbul, 1266/1850.

- YILDIZ Kemal, *İslâm Sorumluluk Hukuku (Akit Dışı Sorumluluk)*, 2. B., İstanbul, Seçil Ofset Matbaacılık, 2013.
- YURTCAN Erdener, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması (Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları)*, 1. B., İstanbul, Beta Yayınları, 1985.
- ZEBÎDÎ Zeynüddîn Ahmed b. Ahmed (ö.1488), *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercümesi* (Çeviren ve Şerheden: Ahmed Naim - Kâmil Miras), I-XII, 7. B., Ankara, DİB Yayınları, Başkanlık Basımevi, 1981.
- ZEYDÂN Abdülkerîm (ö. 2014), *Fıkıh Usûlü*, Çeviri: Ruhi Özcan, bsy., İstanbul, MÜİFV Yayınları, 1993.
- ZEYDÂN Abdülkerîm, *İslâm Hukukuna Giriş*, Tercüme: Ali Şafak, 11. B., İstanbul, Kayıhan Yayınları, 2015.
- ZEYLÂ'Î Fahrüddîn 'Osmân b. 'Ali (ö.743/1342), *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik (Şelebî'nin Hâşiyesi İle Birlikte)*, I-VI, 1. B., Bulak-Kâhire, el-Matba'atü'l-Kübrâ el-Emiriyye, 1313/1895.
- ZUHAYLÎ Vehbe (ö. 2015), *Nazariyyetü'd-Damân ve Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetü'n-Mukârene*, bsy., Dimeşk, Dâru'l-Fikr, 1982.
- ZUHAYLÎ Vehbe, *Fıkıh Usûlü*, Çeviren: Ahmet Efe, 3. B., İstanbul, Risale Yayınları, 2014.
- ZUHAYLÎ Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletühû*, I-X, 4. B., Dimeşk, Dâru'l-Fikri'l-Mu'âsir, 1425/2004.
- ZÜRKÂNÎ Muhammed b. 'Abdülbâkî b. Yûsuf (ö. 1122/1710), *Şerhu'z-Zürkânî 'alâ Muvattai'l-İmâm Mâlik*, I-IV, bsy., Beyrût, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1990.

## Madde ve Makaleler

- ACAR Halil İbrahim, "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler I - Hata", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sa. 14, Erzurum, 1999, ss. 79-109.
- ACAR Halil İbrahim, "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II - İkrâh", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sa. 18, Erzurum, 2002, ss. 19-38.
- AKTAN Hamza, "Âkile", *DİA*, c. II, İstanbul, TDV Yayınları, 1989, ss. 248-249.
- AKTAN Hamza, "Damân", *DİA*, c. VIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1993, ss. 450-453.
- AKTAN Hamza, "Emânet", *DİA*, c. XI, İstanbul, TDV Yayınları, 1995, ss. 83-84.
- AKTAN Hamza, "İstisnâ", *DİA*, c. XXIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 393-396.

- APAYDIN H. Yunus, “Şahit”, *DİA*, c. XXXVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2010, ss. 278-283.
- AYBAKAN Bilâl, “Uhde”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2012, ss. 53-54.
- AYBAKAN Bilâl, “Zarar”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 130-134.
- AYDIN Mehmet, “İslâm’a Göre İlim”, *DEÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sa. 3, DEÜ Yayınları, İzmir, 1986, ss. 1-18.
- AYDIN Mehmet Âkif, “Borç”, *DİA*, c. VI, İstanbul, TDV Yayınları, 1992, ss. 285-291.
- AYDIN Mehmet Âkif, “Haksız Fiil”, *DİA*, c. XV, İstanbul, TDV Yayınları, 1997, ss. 210-211.
- AYDIN Mehmet Âkif, “İtlâf”, *DİA*, c. XXIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 466-469.
- BAKKAL Ali, “Maraz-ı Mevt”, *DİA*, c. XXVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2003, ss. 39-41.
- BARDAKOĞLU Ali, “Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu”, *EÜİFD*, sa. 6, Kayseri, 1989, ss. 43-60.
- BARDAKOĞLU Ali, “Diyet”, *DİA*, c. IX, İstanbul, TDV Yayınları, 1994, ss. 473-479.
- BARDAKOĞLU Ali, “Ehliyet”, *DİA*, c. X, İstanbul, TDV Yayınları, 1994, ss. 533-539.
- BARDAKOĞLU Ali, “Garâmet”, *DİA*, c. XIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1996, ss. 359-361.
- BARDAKOĞLU Ali, “Hak”, *DİA*, c. XV, İstanbul, TDV Yayınları, 1997, ss.139-151.
- BAŞOĞLU Tuncay, “Vazife”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2002, ss.579-581.
- CERRAHOĞLU İsmail, “Asrımızdaki Tefsir Hareketlerine Umûmî Bir Bakış”, *DİB Dergisi*, 1969 (Kasım-Aralık), c. 8, sa. 90-91, ss. 327-334.
- ÇAĞRICI Mustafa, “Vazife”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2012, ss. 581-582.
- ÇAKAN İsmail Lütfi, “İslâm Standardı ya da İhsan Kalitesi”, *Altınoluk Dergisi*, sa. 34, 1988, ss. 9.
- ÇALIŞ Halit, “Zaruret”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 141-144.
- DAĞCI Şâmil, “Hükûmet-i Adl”, *DİA*, c. XVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1998, ss. 463-464.
- DÖNDÜREN Hamdi, “Tazminat”, *ŞİA*, c. VII, İstanbul, 2000, ss. 405-408.
- ERDOĞAN Mehmet Şirin, Ezgi ATALAY, “Tehlike Sorumluluğu”, *ABD*, sa.3, Ankara, 2004, ss. 27-54.
- GÖZÜBENLİ Beşir, “Kıyemî”, *DİA*, c. XXV, İstanbul, TDV Yayınları, 2002, ss. 540-541.

- GÜLEÇ Hasan, “İslâm’da Keffaretler”, *DEÜİFD*, sa. 6, İzmir, 1989, ss. 449-473.
- HACAK Hasan, “İrtifak”, *DİA*, c. XXII, İstanbul, TDV Yayınları, 2000, ss. 460–464.
- HACAK Hasan, “Mislî”, *DİA*, c. XXX, İstanbul, TDV Yayınları, 2005, ss. 187–188.
- HACAK Hasan, “Mal”, *DİA*, c. XXVII, İstanbul, TDV Yayınları, 2003, ss. 461-465.
- KAHVECİ Nuri, “Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukukî Sonuçları”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi II*, sa. 3, 2002, ss. 131-142.
- KALLEK Cengiz, “Hisbe”, *DİA*, c. XVIII, İstanbul, TDV Yayınları, 1998, ss. 133-143.
- KAŞIKÇI Osman, “Eski Hukukumuzda Üst Hakkı”, *AÜEHFD*, c. III, sa. 1, 1999, ss. 50-60.
- KAŞIKÇI Osman, “Zaman Aşımı”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 114-116.
- KAYA Ali, “İslâm Hukukuna Göre İhkâk-ı Hak”, *UÜİFD*, c. VI, sa. VI, 1994, ss. 117-132.
- KAYA Ali, Halit ÇALIŞ, “Haksız İktisap”, *DİA*, c. XV, İstanbul, TDV Yayınları, 1997, ss. 211-216.
- KAYA Eyyüp Said, Hasan HACAK, “Zimmet”, *DİA*, c. XLIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, ss. 424-428.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, *ABD*, sa. 1, 1984, ss. 15-21.
- SİNANOĞLU Mustafa, “Teklif”, *DİA*, c. XL, İstanbul, TDV Yayınları, 2011, ss. 385-387
- ŞAFAK Ali, “Erş”, *DİA*, c. XI, İstanbul, TDV Yayınları, 1995, ss. 307-308.
- ŞAFAK Ali, “Kasıt”, *DİA*, c. XXIV, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 559-561.
- ŞEN Yusuf, “İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, *EKEV Akademi Dergisi*, sa. 68, 2016, ss. 383-414.
- ŞENTÜRK Recep, “İsmet”, *DİA*, c. XXIII, İstanbul, TDV Yayınları, 2001, ss. 137-138.
- ŞİA, I-VIII, İstanbul, 2000.
- ŞİA, “Mesuliyet”, c. V, İstanbul, 2000, ss. 214-215.
- TAHİROĞLU Bülent, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, *MÜHFD*, c. XIV, sa. 4, İstanbul, 2008, ss. 157-170.
- TANDOĞAN Halûk, “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 2. Sempozyumu*, İstanbul, 1981, ss. 7-52.
- TOKSARI Ali, “Emânet”, *DİA*, c. XI, İstanbul, TDV Yayınları, 1995, ss. 81-83.
- TÜRKER Ömer, “Tarif”, *DİA*, c. XL, İstanbul, TDV Yayınları, 2011, ss. 28.

- YAVUZ Cevdet, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri*”, *MÜHFD*, c. XIV, sa. 4, İstanbul, 2008, ss. 29-61.
- YILDIRIM Mustafa, “*Vedî‘a*”, *DİA*, c. XLII, İstanbul, TDV Yayınları, 2012, ss. 596-598.
- YILDIZ Kemal, “*Mübâşeret*”, *DİA*, c. XXXI, İstanbul, TDV Yayınları, 2006, ss. 429-430.
- YILDIZ Kemal, “*Sorumluluk*”, *DİA*, c. XXXVII, İstanbul, TDV Yayınları, 2009, ss. 380-382.
- YILDIZ Kemal, “*Tesebbüb*”, *DİA*, c. XL, İstanbul, TDV Yayınları, 2011.
- YILMAZ Süleyman, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler*”, *AÜHFD*, c. LIX, sa.3, 2010, ss. 551-578.

### **Diğer Kaynaklar ve İnternet Sayfaları**

- COLLINS COBUILD LEARNER’S DICTIONARY (Helping Learners Real English), 1st Edition, Britain, HarperCollins Publisher, 1996.
- ÇELİK Ahmet Çelik, “*6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Bina ve Yapılardan Sorumluluk*”, [http://www.tazminathukuku.com/arastirmayazilari/6098-sayili-yeni-turk-borclar-kanununa-gore-bina-ve-yapilardan-sorumluluk.htm/\(18.11.2017\)](http://www.tazminathukuku.com/arastirmayazilari/6098-sayili-yeni-turk-borclar-kanununa-gore-bina-ve-yapilardan-sorumluluk.htm/(18.11.2017)).
- DENİZ Deniz,  
[http://www.csb.gov.tr/db/altyapi/eduardosya/tasinmaz%20hukuku.pdf/\(27.10.2017\)](http://www.csb.gov.tr/db/altyapi/eduardosya/tasinmaz%20hukuku.pdf/(27.10.2017)).
- DUMAN İlker Hasan, “*Hukuk Muhakemeleri Yasası’nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu*”, [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1147/ss.403-412/\(21.04.2017\)](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1147/ss.403-412/(21.04.2017)).
- ESENER Turhan, “*Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti*”, [ankara.edu.tr/dergiler/38/318/3122.pdf/ss.166-197/\(07.03.2017\)](http://ankara.edu.tr/dergiler/38/318/3122.pdf/ss.166-197/(07.03.2017)).
- ‘ĞUTAYMİL ‘Abdullâh b. Hamed b. Nâsır el-‘Ğutaymil, *Ahkâmu Telefi’l-Emvâli fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*, Mekke Ümmü’l-Kurâ Üniversitesi, (Doktora Tezi), 1408/1988.
- [http://www.csb.gov.tr/turkce/index.php/\(27.02.2017\)](http://www.csb.gov.tr/turkce/index.php/(27.02.2017)).
- [http://www.iha.com.tr/etiket-balkondan-dusen-cocuk/\(01.03.2017\)](http://www.iha.com.tr/etiket-balkondan-dusen-cocuk/(01.03.2017)).
- [http://www.haberturk.com/gundem/haber/1394136-eskisehirde-basina-pencere-dusen-gamze-kara-agir-yaralandi/\(01.03.2017\)](http://www.haberturk.com/gundem/haber/1394136-eskisehirde-basina-pencere-dusen-gamze-kara-agir-yaralandi/(01.03.2017)).
- [http://www.ensonhaber.com/sokakta-yuruyen-genc-kizin-basina-cam-pencere-dustu-2017-02-17.html/\(01.03.2017\)](http://www.ensonhaber.com/sokakta-yuruyen-genc-kizin-basina-cam-pencere-dustu-2017-02-17.html/(01.03.2017)).
- [http://www.hurriyet.com.tr/basina-pencere-cami-dusen-gamze-yasam-mucadele-40370516/\(01.03.2017\)](http://www.hurriyet.com.tr/basina-pencere-cami-dusen-gamze-yasam-mucadele-40370516/(01.03.2017)).

[http://www.ahaber.com.tr/webtv/yasam/pencere-ercevesi-basina-dustu/\(01.03.2017\)](http://www.ahaber.com.tr/webtv/yasam/pencere-ercevesi-basina-dustu/(01.03.2017)).

[http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/630663/TBMM\\_de\\_mermer\\_parcasi\\_iscin\\_in\\_basina\\_dustu.html/\(01.03.2017\)](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/630663/TBMM_de_mermer_parcasi_iscin_in_basina_dustu.html/(01.03.2017)).

[http://www.mynet.com/haber/yasam/sokak-ortasinda-dehset-ne-oldugunu-anlamadi-bir-anda-basina-dustu-2886693-1/\(01.03.2017\)](http://www.mynet.com/haber/yasam/sokak-ortasinda-dehset-ne-oldugunu-anlamadi-bir-anda-basina-dustu-2886693-1/(01.03.2017)).

[http://www.gazetemerhaba.com/buyuksehir-harekete-gecti-binalar-yorgun/\(05.10.2017\)](http://www.gazetemerhaba.com/buyuksehir-harekete-gecti-binalar-yorgun/(05.10.2017)).

[http://www.fikirtepegundem.com/kentsel-donusum/curuk-yapilar-bir-an-once-yenilenmeli-h3547.html/\(06.11.2017\)](http://www.fikirtepegundem.com/kentsel-donusum/curuk-yapilar-bir-an-once-yenilenmeli-h3547.html/(06.11.2017)).

[http://forum.yapisal.net/\(27.02.2017\)](http://forum.yapisal.net/(27.02.2017)).

[http://www.imo.org.tr/\(27.02.2017\)](http://www.imo.org.tr/(27.02.2017)).

[http://ktp.isam.org.tr/?url=tezilh/findrecords.php/\(25.05.2017\)](http://ktp.isam.org.tr/?url=tezilh/findrecords.php/(25.05.2017)).

[http://www.sahinbey.bel.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/523/09032012095456-1.pdf\(08.01.2018\)](http://www.sahinbey.bel.tr/upload/tr/dosya/icerikyonetimi/523/09032012095456-1.pdf(08.01.2018)).

[http://www.ensonhaber.com/kocaelide-kafasi-balkona-sikisan-bebegi-itfaiye-kurtardi-2017-02-18.html/\(01.03.2017\)](http://www.ensonhaber.com/kocaelide-kafasi-balkona-sikisan-bebegi-itfaiye-kurtardi-2017-02-18.html/(01.03.2017)).

[http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/\(01.03.2017\)](http://www.haber7.com/3sayfa/haber/449447-cocugun-kafasi-balkon-korkulugunda-sikisti/(01.03.2017)).

[http://www.sozcu.com.tr/2017/gundem/basi-balkon-demirine-sikisan-minikt-fatih-itfaiye-kurtarirdi-1698000/\(01.03.2017\)](http://www.sozcu.com.tr/2017/gundem/basi-balkon-demirine-sikisan-minikt-fatih-itfaiye-kurtarirdi-1698000/(01.03.2017)).

[http://www.takvim.com.tr/guncel/2017/02/25/basi-sikisti/\(01.03.2017\)](http://www.takvim.com.tr/guncel/2017/02/25/basi-sikisti/(01.03.2017)).

<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=68809/11.10.1018>.

[http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.634.pdf/\(27.02.2017\)](http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.634.pdf/(27.02.2017)).

[http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1973-2/10.pdf/\(14.11.2017\)](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1973-2/10.pdf/(14.11.2017)).

[http://www.kdzeregli.bel.tr/\(27.02.2017\)](http://www.kdzeregli.bel.tr/(27.02.2017)).

[http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/\(01.03.2017\)](http://www.milliyet.com.tr/izmir-de-metruk-bina-coktu-izmir-yerelhaber-1789388/(01.03.2017)).

[http://www.ntv.com.tr/turkiye/metruk-binanin-duvari-park-halindeki-araclarin-uzerine-yikildi,SccRQW3e5U-mRnpJR3DSog/\(01.03.2017\)](http://www.ntv.com.tr/turkiye/metruk-binanin-duvari-park-halindeki-araclarin-uzerine-yikildi,SccRQW3e5U-mRnpJR3DSog/(01.03.2017)).

[http://www.yalovacevre.com/2017/01/kacak-metruk-bina-yikildi/\(01.03.2017\)](http://www.yalovacevre.com/2017/01/kacak-metruk-bina-yikildi/(01.03.2017)).

[http://www.manisa.bel.tr/Haberler/1462\\_tehlike-arz-eden-metruk-bina-yikildi.aspx/\(01.03.2017\)](http://www.manisa.bel.tr/Haberler/1462_tehlike-arz-eden-metruk-bina-yikildi.aspx/(01.03.2017)).

[http://mimarisozluk.com/\(22.05.2017\)](http://mimarisozluk.com/(22.05.2017)).

[http://mimarisozluk.com/\(27.02.2017\)](http://mimarisozluk.com/(27.02.2017)).

[http://www.yapirehberi.net/Sozlukterimler.htm/\(27.02.2017\)](http://www.yapirehberi.net/Sozlukterimler.htm/(27.02.2017)).

[http://www.mimarlarodasi.org.tr/\(27.02.2017\)](http://www.mimarlarodasi.org.tr/(27.02.2017)).

[http://www.gislab.ktu.edu.tr/dosyalar/ecolak/Ek\\_OlcmeBilgisi.pdf/\(27.10.2017\)](http://www.gislab.ktu.edu.tr/dosyalar/ecolak/Ek_OlcmeBilgisi.pdf/(27.10.2017)).

- [http://www.ertasinsaat.com/documents/TAPU\\_VE\\_KADASTRO\\_SOZLUGU.pdf/\(31.10.2017\).](http://www.ertasinsaat.com/documents/TAPU_VE_KADASTRO_SOZLUGU.pdf/(31.10.2017))
- [http://www.jeofizik.org.tr/resimler/ekler/4bfa6bb14875e45\\_ek.pdf/\(27.02.2017\).](http://www.jeofizik.org.tr/resimler/ekler/4bfa6bb14875e45_ek.pdf/(27.02.2017))
- [http://uyds.yds.gov.tr/yds/rol/ziyaretci/RD\\_F\\_Z\\_L.jsf/\(27.02.2017\).](http://uyds.yds.gov.tr/yds/rol/ziyaretci/RD_F_Z_L.jsf/(27.02.2017))
- [http://www.sabah.com.tr/yasam/2017/02/16/yolda-yururken-kafasina-pencere-dustu/\(19.05.2017\).](http://www.sabah.com.tr/yasam/2017/02/16/yolda-yururken-kafasina-pencere-dustu/(19.05.2017))
- [http://www.yenisakarya.com/29127-yorgun-binalar-icin-cagri-yapti-ciktisi.html/\(05.11.2017\).](http://www.yenisakarya.com/29127-yorgun-binalar-icin-cagri-yapti-ciktisi.html/(05.11.2017))
- [http://www.talid.org/dergiler.aspx?SAYI=13/\(27.02.2017\).](http://www.talid.org/dergiler.aspx?SAYI=13/(27.02.2017))
- [https://www.bookdepository.com/Fatigue-Structures-Materials-J-Schijve/9780792370147/\(08.11.2017\).](https://www.bookdepository.com/Fatigue-Structures-Materials-J-Schijve/9780792370147/(08.11.2017))
- Kat Mülkiyeti Kanunu, 5. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- KURT Ekrem, “*Yapı Mâlikinin Sorumluluğu*”, [http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001558/5000000494/ss.171-192/\(07.03.2017\).](http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001558/5000000494/ss.171-192/(07.03.2017))
- NAİMİ Tuğba Aytekin, *Bina ve Yapı Eseri Mâlikinin Sorumluluğu (BK. m. 58)*, (Doğu Akdeniz Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi), 2011, [http://i-rep.emu.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11129/1461/1/Naimi.pdf/\(07.03.2017\).](http://i-rep.emu.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11129/1461/1/Naimi.pdf/(07.03.2017))
- ÖNALP Akın, Yusuf Hatay ÖNEN, “*Kentsel Dönüşüm ve Bina Güvenliğinin Belirlenmesinde Yöntemler*”, [http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16365\\_55\\_43.pdf/ss.39-43/\(04.05.2017\).](http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16365_55_43.pdf/ss.39-43/(04.05.2017))
- Topografya Ders Notları, [akademi.itu.edu.tr/arslanab/DosyaGetir/.../TOPOGRAFYA\\_DERS\\_NOTLARI\\_08.pdf/\(27.10.2017\).](http://akademi.itu.edu.tr/arslanab/DosyaGetir/.../TOPOGRAFYA_DERS_NOTLARI_08.pdf/(27.10.2017))
- TURAN Hüseyin, “*Nası İzzar Suçu*”, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/05.sayi/hturan.pdf/04.11.2017\).](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/05.sayi/hturan.pdf/04.11.2017)
- Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, 11.B., İstanbul, Beta Yayınları, 2015.
- TÜRKOĞLU Özdemir, “*Roma Hukukunda Actio De Peculio*”, [http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-2/PDF/ozdemir4.pdf/ss.103-136/\(03.03.2017\).](http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-2/PDF/ozdemir4.pdf/ss.103-136/(03.03.2017))

## ÖZGEÇMİŞ

**Adı, Soyadı** Mehmet ERGÜN  
**Doğum Yeri ve Yılı** Trabzon/Köprübaşı 15/10/1965  
**Bildiği Yabancı Diller** Arapça KPDS 74 & İngilizce KPDS 57  
**Eğitim Durumu** Başlama - Bitirme Yılı Kurum Adı  
**Lise** (1977–1984) Kdz. Ereğli İmam Hatip Lisesi  
**Lisans** (1984–1988) DEÜ İlahiyat Fakültesi

**Yüksek Lisans** (1988–1991) DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Doktora** (2014–2018) Bursa UÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Çalıştığı Kurum (lar)** Başlama - Ayrılma Yılı Çalışılan Kurumun Adı  
1. Diyanet İşleri Başkanlığı 1989'dan günümüze kadar  
2.  
3.

### Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar

### Katıldığı Proje ve Toplantılar

### Yayımlar:

**Atıf / Cite as:** Ergün, Mehmet. "İslâm Hukukunda Hukuka Aykırılık". Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi-Journal of Theology Faculty of Bülent Ecevit University 5/2 (2018)

### Diğer:

**İletişim (e-posta):** mehmetergun61@hotmail.com

**Tarih**

26 /11/2018

**İmza**

**Adı Soyadı**

Mehmet ERGÜN



BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

Yazar Adı Soyadı	Mehmet ERGÜN
Tez Adı	İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	Temel İslâm Bilimleri/İslâm Hukuku
Tez Türü	Doktora
Tez Danışman(lar)ı	Prof. Dr. Ali KAYA
Çoğaltma (Fotokopi Çekim) İzni Kısıtlama	<input type="checkbox"/> Patent Kısıt (2 yıl) <input type="checkbox"/> Genel Kısıt (6 ay) <input checked="" type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin veriyorum.

Hazırlamış olduğum tezimin belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Bursa Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih: 26/11/2018

İmza:

