

# İSLAM HUKUKUNDA BİR MANEVİ TAZMİNAT TÜRÜ OLARAK HÜKÛMETÜ'L-ELEM

Yrd. Doç. Dr. Ahmet EKŞİ\*

**Özet:** İslam hukukunda insanın canı, bedeni, malı, ırzı, şeref, haysiyet ve itibarı her türlü saldırıya karşı korunmuştur. Dolayısıyla bu değerlerden herhangi birine zarar verecek her türlü haksız müdahale yasaklanmıştır. Haksız müdahalede bulunanlar için ise çeşitli cezaî ve malî müeyyideler konulmuştur. Bu malî müeyyidelerden biri de manevi zararların tazmini niteliğindeki "hükûmetü'l-elem"dir. Hükûmetü'l-elem fıkhîta, yararı iyileşip, kapanmış ve eseri kalmamış olan kimsenin çekmiş olduğu acı ve ıstırapların neden olduğu manevi zararlara karşılık bilirkişilerce takdir edilen bir manevi tazminattır. Hükûmetü'l-elem ile çekilen acıları kısmen dindirmek, kırılan yaşama arzusunu tazelemek, bozulan ruhi dengeyi onarıp düzeltmek amaçlanmaktadır.

*Anahtar Kelimeler:* Elem, hükûmet, zarar, tazminat, manevi tazminat, erş.

## Hükûmet'ül-Elem As a Moral Damages Type in Islamic Law

**Abstract:** In the Islamic law; the human soul, body, property, chastity, honor, dignity and reputation are protected against any attack. Therefore, any unjustified interference whichever harm to any one of these values is prohibited. There are variety of criminal and financial sanctions placed for unfair interveners. One of the financial sanctions is compensation for non-pecuniary damages, terms "hükûmetü'l-elem." In the Islamic Law, Hükûmetü'l-elem is appreciation of the non-pecuniary compensation by experts that is for wounds healed and closed for anyone who has not taken the work of non-pecuniary damage caused by the pain and agony corresponds. With the Hükûmetü'l-elem, partially relieve pain to freshen up the broken life desire, repair and fix deteriorating mental balance is intended.

*Key Words:* Pain, arbitration, damage, compensation, moral damages, blood Money.

## GİRİŞ

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da zarar verme yasaklanmış ve haksız fiillerde bulunarak zarara sebep olan kişiler için çeşitli yaptırımlar konulmuştur. İslam hukukunda suçun çeşidine ve derecesine, suçlunun durumuna göre değişen farklı cezaî müeyyideler vardır. Hadler ve kısas gibi naslarda belirtilen cezaî müeyyidelerin yanı sıra takdiri hâkime bırakılmış cezalar (ta'zir) da vardır. Öte yandan kasit olmaksızın cana ve vücut bütünlüğüne verilen zararlarda ölüm hâlinde, ölünün mirasçalarına; yaralanma hâlinde yaralıya ve-

\* Yıldız Teknik Üniversitesi Eğitim Fakültesi Öğretim Üyesi/ aeksi72@hotmail.com

rilmek üzere miktarı naslarla belirlenmiş “diyet” ve “erş”in yanı sıra “hükûmet/hükûmetü'l-adl” ve “hükûmetü'l-elem” diye bilinen, takdiri yargıya bırakılmış maddi sorumluluklar vardır.<sup>1</sup>

Haksız fiile maruz kalan insanların uğradıkları maddi, cismanî ve estetik zararlar diyet, erş ve hükûmetü'l-adl aracılığıyla telafi edilmektedir. Ancak mağdura veya yakınlarına ödenen bu tazminatlar onların psikolojik olarak çektikleri sıkıntı, üzüntü ve acıları çoğu zaman dindirememektedir. Bazen insanların hayatında daha büyük ve uzun süreli etkiler bırakan bu sıkıntı ve üzüntülerin giderilmesi ve acıların dindirilmesi bakımından “hükûmetü'l-elem” önemli bir tazminat türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Klasik fıkıh literatüründe “diyet” ve “erş” konusu içinde işlenen hükûmetü'l-elem kavramı günümüz İslam hukuku kaynaklarında “manevi tazminat” başlığı altında ele alınmaktadır.<sup>2</sup> Bu çalışmada da konu aynı bağlamda incelenecektir. Bu nedenle öncelikle “manevi zarar” ve “manevi zararın giderilmesi” konuları hükûmetü'l-elem konusunu ilgilendiren yönleriyle kısaca ele alınacaktır. Çünkü İslam hukuku kaynaklarında hükûmetü'l-elem, sadece bedene yönelik müessir fiillerden çekilen acı ve ıstıraplara karşılık ödenen manevi tazminata hasredilmiştir. Kişinin manevi şahsiyetine yönelik olup da manevi tazminat gerektiren diğer durumlar konumuz dışındadır. Ancak bu çalışmada özellikle “elem” kavramından hareketle hükûmetü'l-elemin kapsamının genişletilebileceği düşüncesine dikkat çekilecektir.

## I. Kavramsal Çerçeve

### A. Kur'an ve Sünnet'te Elem Kavramı

Sözlükte, “acı ve ağrı hissetmek”, anlamına gelen elem kavramı, isim olarak kullanıldığında “acı” ve “ağrı” anlamına gelmektedir.<sup>3</sup> Kur'an-ı Kerim'de “elem” kelimesi türevleriyle birlikte 74 yerde geçmekle birlikte özellikle “çok acı veren” anlamına gelen “elîm” şeklindeki kullanım da dikkati çekmektedir. Kur'an'da 72 yerde geçen<sup>4</sup> bu ifadeyle genellikle “cehennem azabının şiddeti” ifade edilmektedir. Bu ayetlerin birinde şöyle buyrulmaktadır:

إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنَ الْكِتَابِ وَيَشْتَرُونَ بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ مَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا النَّارَ وَلَا يَكْلِمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ

*“Allah'ın indirdiği kitaptan bir şeyi gizleyip onu az bir paha ile değişenler yok mu, işte onların yiyeceği de karınlarına doldurdukları, ateşten başka bir şey değildir.*

1 Kasanî, Alâuddin Ebu Bekr b. Me'sud, *Bedâ'î'ûs- Sanâi' fi Tertibiş-Şerai'*, Daru'l- Fikir, Beyrut, 1996, VII, 475-478; Behnesi, Ahmet Fethi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye fi'l-Fikhi'l-İslami*, Daru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Beyrut, 1991, II, 138.

2 Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991, II, 485.

3 İbn Fâris, Ebu Süleyman Ahmed b. Zekariyya, Mu'cemu el-Mekayisu fi'l-Luğa, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1994, “e-l-m” md.; er-Ragıb el-İsfahânî, *el-Müfredat fi Garibi'l-Kur'an*, (thk. Muhammed Seyyid Keylânî), Beyrut ts., “e-l-m” md.; İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Muhammed İbn Mükerrrem, *Lisanu'l-Arab*, Beyrut ts., “e-l-m” md.

4 Abdülbâkî, Muhammed Fuad, *el-Mu'cemü'l-Müfrehesü li Elfazi'l-Kur'ani'l-Kerim*, Daru'l-Hadis, Kahire, 1988, “e-l-m” md.

*Kıyamet günü Allah ne kendileriyle konuşur ve ne de onları temize çıkarır. Orada onlar için can yakıcı bir azap vardır.*<sup>5</sup> Ancak bazen dünyadaki azabın şiddetini ifade etmek için de “elîm” ifadesi kullanılmıştır. Bu ayetlerin birinde Allah Teâla şöyle buyurmaktadır: “*Rabb'in, haksızlık eden memleketleri (onların halkını) yakaladığında, onun yakalayışı işte böyle (şiddetlidir). Şüphesiz onun yakalaması pek elem vericidir, pek çetindir!*”<sup>6</sup>

Kur'an-ı Kerim'de bazı ayetlerde ise hem dünya hem de ahiret azabının şiddetini birlikte ifade etmek için “elîm” kelimesi kullanılmıştır. Örneğin Tevbe suresinin 74. ayetinde münafıkların dünyada ve ahirette karşılaşacakları azap şöyle ifade edilmektedir. “*(O sözleri) söylemediklerine dair Allah'a yemin ediyorlar. Hâlbuki o küfür sözünü elbette söylediler ve Müslüman olduktan sonra kâfir oldular. Başaramadıkları bir şeye (Peygambere suikast yapmaya) de yeltendiler. Sırf Allah ve Resulü kendi lütuflarından onları zenginleştirdiği için öç almaya kalkıştılar. Eğer tövbe ederlerse onlar için daha hayırlı olur. Yüz çevirirlerse Allah onları dünyada da ahirette de elem verici bir azaba çarptıracaktır. Yeryüzünde onların ne dostu ne de yardımcısı vardır.*”<sup>7</sup>

Dünyevî cezaların acılarını ifade etmede kullanılan elem kelimesinin, ayetlerde insanın fizikî ve psikolojik yapısının duyduğu acı ve ıstırap anlamında kullanıldığı da anlaşılmaktadır. Şu ayette bu anlam açıkça görülmektedir: “*İkisi de kapıya doğru koşular. Kadın onun gömleğini arkadan yırttı. Kapının yanında onun kocasına rastladılar. Kadın dedi ki: Senin ailene kötülük etmek isteyeninin cezası, zindana atılmaktan veya elem verici bir azaba uğratılmaktan başka ne olabilir?*”<sup>8</sup> Bazı müfessirler ayette geçen “elem verici azab”ı, “elem verici ve can yakıcı bir şekilde vurma”<sup>9</sup> veya kırbaçla dövme”<sup>10</sup> ile insana çektirilen acı ve ıstıraplar şeklinde yorumlamışlardır. Öte yandan Hz. Yusuf'un zindandan çıkmadan önce kendisine iftira atan kadının suçunu itiraf etmesini istemesi<sup>11</sup>, çektiği acıların bedeli ve uğradığı manevi zararların bir çeşit telafisi olarak düşünülebilir.

Elem kelimesinin bir ayette fiil şeklindeki (تَأْلَمُونَ) kullanımı savaşta çekilen acı ve sıkıntılara delâlet eder. “*O (düşman) topluluğunu takip etmekte gevşeklik göstermeyin. Eğer siz acı çekiyorsanız onlar da, sizin çektiğiniz gibi acı çekmektedirler. Üstelik siz Allah'tan, onların ümit etmedikleri şeyleri umuyorsunuz. Allah ilim ve hikmet sahibidir.*”<sup>12</sup> Ayette geçen (تَأْلَمُونَ) ifadesini müfessirler “alınan yaralardan do-

5 Bakara, 2/174.

6 Hüd, 11/102; Ayrıca bk. Enfal, 8/32; Hüd, 11/48; Nur, 24/19; Yâsîn, 36/18; Ahkâf, 46/24.

7 Tevbe, 9/74; Ayrıca bk. Nûr, 24/19.

8 Yûsuf, 12/25.

9 Kurtubî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Ebi Bekr, *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'an*, (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 2006, XI, 320; Suyuti, Ebü'l-Fazl Celaledin Abdurrahman b. Ebi Bekr, *Tefsiru'l-Celaleyn*, Pamuk Yayınları, İstanbul, t.y., s. 218; Sabunî, M. Ali, *Safvetü't-Tefasin*, Dersaadet, İstanbul, t.y, II, 47.

10 Zemahşeri, Ebü'l-Kâsım Cârullah Mahmûd b. Ömer b. Muhammed, *el-Keşşaf an hakaiki gavamizi't-tenzil ve uyuni'l-ekavil fi vucühi't-tevil*, (thk. Adil Ahmed Abdülmecud, Ali Muhammed Muavviz), Mektebetü'l-Ubeykan, Riyad, 1998, III, 272; Neseî, Ebu'l-Berekât, *Medarikü 't Tenzil ve Hakaiku 't-Te'vil (Tefsiri'n-Neseî)*, Dâru İhyai'l-Kütübi'l-Arabiyye, Kahire, t.y., II, 217-218.

11 Yûsuf, 12/50-51.

12 Nisâ, 4/104.

layı acı duymak” şeklinde yorumlamışlardır.<sup>13</sup> Tefsirini verdiğimiz bu iki ayette “elem” kavramı haksız müdahalelerden dolayı insanların ruhen çektikleri acı ve ıztırapları ifade ettiği görülmektedir. Bu nedenle konumuz açısından bu iki ayet önem arz etmektedir.

Elem kelimesinin hadislerdeki anlamı Kur’an-ı Kerim’deki anlamıyla paralellik göstermektedir. Örneğin şu hadiste elem kelimesi uhrevi azabın şiddetini ifade etmektedir:

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ رَجُلٌ كَانَ لَهُ فَضْلٌ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ ، فَمَنَعَهُ مِنَ ابْنِ السَّبِيلِ ، وَرَجُلٌ بَاعَ بِإِمَامًا لَا يُبَاعُ إِلَّا لِدُنْيَا ، فَإِنِ أَعْطَاهُ مِنْهَا رَضِيَ ، وَإِن لَّمْ يُعْطِهِ مِنْهَا سَخِطَ ، وَرَجُلٌ أَقَامَ سَلْعَتَهُ بَعْدَ الْعَصْرِ ، فَقَالَ وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ غَيْرُهُ لَقَدْ أَعْطَيْتُ بِهَا كَذَا وَكَذَا ، فَصَدَّقَهُ رَجُلٌ ، ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الْآيَةَ (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ)

Peygamberimiz (s.a.v.) şöyle buyurdu: “Üç şahıs vardır ki Allah kıyamet gününde onlara bakmaz, onları temize çıkarmaz, onlar için elem verici bir azap vardır: Birincisi, yolda ihtiyacından fazla suyu olmasına rağmen ondan yolculara vermeyen kişidir. İkincisi, devlet başkanına yalnız dünya menfaati için biat etmiş olup da devlet başkanı ona dünyalık verdiğinde sevinen vermediğinde öfkelenen kişidir. Üçüncüsü ise satılık malını ikindiden sonra pazara çıkaran kişidir. Bu kişi ‘Kendisinden başka ilâh olmayan Allah’a yemin ederim ki ben bu mala emin ol şu kadar para verdim’ der, alıcı da ona inanarak malı satın alır.”<sup>14</sup> Bundan sonra Peygamberimiz (s.a.v.) şu ayeti okudu: “Allah’a karşı verdikleri sözü ve yeminlerini az bir bedelle değiştirenlere gelince işte bunların ahirette bir payı yoktur. Kıyamet günü Allah onlarla konuşmayacak, onlara bakmayacak ve onları temize çıkarmayacaktır. Onlar için acı bir azap vardır.”<sup>15</sup>

Hadislerde elem kavramı daha ziyade “fiziki ağrı ve acı” anlamında kullanılmıştır. Bu hadislerin birinde Allah Resulü (s.a.v.) şöyle buyurmaktadır:

كَانَ فَيَمَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ رَجُلٌ بِهِ جُرْحٌ ، فَجَزَعَ فَأَخَذَ سَكِينًا فَحَزَّ بِهَا يَدَهُ ، فَمَا رَقَأَ الدَّمُ حَتَّى مَاتَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى بَادِرَنِي عَبْدِي بِنَفْسِهِ ، حَرَمْتُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ

“Sizden önce geçen ümmetlerden biri içinde bir kişi vardı. Onun bedeninde bir yarası vardı. Bu kişi yaranın elemine dayanamadı da bir bıçak aldı ve onunla elini kesti. Fakat kan bir türlü kesilmedi ve nihayet o kişi öldü. Yüce Allah; ‘Kulum kendi kendisine (ölüme teşebbüs edip) benim önüme geçmeye davrandı. Ben de ona cenneti haram kıldım’ buyurdu.”<sup>16</sup>

13 Zemahşeri, a.g.e., II, 144-145; Kurtubî, a.g.e., VII, 112; Nesefî, a.g.e., I, 249; Sabunî, a.g.e., I, 302.

14 Buhari, Musakât, 5.

15 Âl-i İmrân, 3/77.

16 Buhari, Ehadisü'l-Enbiya, 50.

Bazı hadislerde ise elem kavramı hastalıklardan dolayı çekilen acılar anlamında kullanılmıştır. Bu hadislerden birini Hz. Aîşe (r.ah.) şöyle nakletmektedir:

كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ « يَا عَائِشَةُ مَا أَزَالُ أَجِدُ أَلَمَ الطَّعَامِ الَّذِي أَكَلْتُ بِخَيْرٍ ، فَهَذَا أَوَانٌ وَجَدْتُ أَنْقَطَاعَ أَبْهَرِي مِنْ ذَلِكَ السَّمِّ » .

“Peygamberimiz ölüm döşeğindeyken, ‘Ya Aîşe! Ben Hayber’de yediğim o zehirli yemeğin elemi devamlı hissedip durdum. İşte bu anlar o zehirden dolayı kalp damarımın kesilmesini hissettiğim zamandır.’ derdi.”<sup>17</sup>

### B. Felsefî Literatürde Elem Kavramı

Elem kavramı, İslam literatüründe ayet ve hadislerden sonra en fazla ahlak felsefesinde karşımıza çıkmaktadır. Ahlak felsefesinin temel kavramlarından biri olan elem, mutlulukla ilgili felsefî telakkilerin ifadesinde önemli bir yere sahiptir. İlk İslam filozofu olarak bilinen el-Kindî (ö. 252/866), üzüntüyü insan nefsinin duyduğu acılardan biri olarak ele alır. Kindî’nin öğrencisi Ebu Zeyd el-Belhî (ö. 322/934) de dünya hayatında çekilen bedenî ve ruhî acıların tıp ve ahlak ilminin tedavi imkânlarına rağmen bütünüyle ve her şekliyle ortadan kalkmasının mümkün olmadığını, bunun ancak cennette gerçekleşebileceğini söyler. Bu görüşleriyle her iki filozof elem kavramına “çekilen psikolojik acıları” da ilave ederek bu kavramın anlam sahasını genişletmişlerdir.<sup>18</sup>

### C. Fıkıh’ta Elem Kavramı

İslam filozoflarının “elem” kavramına yükledikleri anlam ile fukahanın bu kavramla anlatmak istedikleri büyük oranda benzerlik göstermektedir. Şöyle ki insanlar zaman zaman bedenlerine yönelik haksız fiillere maruz kalabilirler. Maddi iz bırakmasa da kişi, bu fiilin bedeni üzerindeki etkisiyle acı çeker, ruhen ıstırap duyar. Günümüz beşerî hukuk sistemlerinde “manevi zarar” kapsamında yer alan bu zarar, İslam hukuku kaynaklarında “elem” sözcüğü ile ifade edilmektedir.<sup>19</sup> Fukahanın bu tanımı, Nisâ suresinin 104 ve Yûsuf suresinin 25. ayeti ile Hz. Âîşe’nin rivayetindeki “elem” kelimesinin anlamıyla paralellik göstermektedir.

Hükümet kelimesi, sözlükte “hüküm ve karar vermek, adaletle hükmetmek, yönetmek, zulmü ve haksızlığı engellemek”<sup>20</sup> gibi anlamlara gelmektedir. Fıkıhî bir terim olarak ise şahısların beden bütünlüğünü ve sağlığını bozan taksirli müessir fiillerde kısas, diyet ve erşin bulunmadığı durumlarda hâkim tarafından mağdura ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi anlamına gelir. Ayrıca hâkimin belirlediği ödenecek tazminata da hükümet denir. Tazminat miktarının belli ölçülere

17 Buharî, Megâzi, 84.

18 Kutluer, İlhan, “Elem”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1995, XI, 24.

19 Kâsânî, a.g.e., VII, 466; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 485.

20 İbn Fâris, “h-k-m” md.; Lisanü'l-Arab, “h-k-m” md.; Kal’aci, Muhammed Revvas, *Mu’cemu Lugati'l-Fukaha*, Dârü'n-Nefâis, Beyrut, 1985, s. 163.

dayanarak doğrudan hâkim veya bilirkişi tarafından tespit edilmesi ve bunun içti-hat konusu olması sebebiyle klasik fıkıh kitaplarında hükûmet yerine “ictihad” ve “hükûmetü'l-adl” tabirleri de kullanılmaktadır.<sup>21</sup>

Hükûmet ve elem kelimelerinin oluşturduğu “hükûmetü'l-elem” tamlaması ise fıkıhta, yarası iyileşip, kapanmış ve eseri kalmamış olan kimsenin çekmiş ol-duğu acı ve ıstırapların neden olduğu manevi zararlara karşılık bilirkişilerce tak-dir edilen bir tazminat anlamına gelmektedir.<sup>22</sup> Bir manevi tazminat türü olarak hükûmetü'l-elem'in detayına geçmeden önce bu tazminatı gerektiren zarara genel olarak bir göz atmakta fayda görüyoruz.

## II. Zarar

Zarar kavramı, farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir kısım hukukçular zararı, kişinin başkasına mutlak anlamda bir kötülük (mefsedet) etmesi şeklinde<sup>23</sup> tarif etmişlerdir. Borçlar hukuku açısından bu kavrama yaklaşanlar ise zararı, kişinin mal varlığındaki eksilme veya bir malın zarar görmeden önceki hâli ile zarar gör-dükten sonraki durumu arasındaki değer kaybı biçiminde tanımlamışlardır.<sup>24</sup> Mal varlığı hakları dışındaki hakları da dikkate alarak zarar, bir kimsenin bedeninde ve malında meydana gelen hasar veya bir kimsenin rızası olmaksızın malvarlığında meydana gelen azalma diye de tarif edilebilir.<sup>25</sup> Neticede zarar kavramı, hem kişi-nin vücut bütünlüğünde ve mal varlığında meydana gelen zararları hem de daha sonra vuku bulabilecek zararları kapsamaktadır.

### A. Maddi Zarar

Zararlar, maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılır. Buna göre maddi zarar, itlaf, istihlak ve ifsat gibi haksız fiiller sonucunda bir kimsenin mal varlığında rıza-sı dışında meydana gelen azalmadır.<sup>26</sup> Bir diğer ifadeyle mal varlığının, zarar verici bir fiilden önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki farktır.<sup>27</sup> Maddi zarar, fiili zarar ve mahrum kalınan kâr olmak üzere iki şekilde meydana gelebilir. Mal varlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya fiili zarar adı verilir. Buna karşılık mahrum kalınan kâr, olayların normal akışına genel hayat tecrübelerine göre mal varlığında meydana gelebilecek artış-ların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen elde edilememesi sonucu

21 Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 471; *Mevsuatü'l-Fıhhiyye (mv.f.)*, “Hükûmet-i adl”, Vizaretü'l-Evkaf ve Ş-uuni'l-İslâmiyye, 1990, XVIII, 68-69; Dağcı, Şamil, “Hükûmet-i adl”, *DİA*, XVIII, 463.

22 Kasanî, *a.g.e.*, VII, 466; Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998, s. 162.

23 *mv.f.*, “İsae”, III, 141; Gamidi, Abdullah b. Salim, *Mesuliyetü't-Tabibi'l-Miheniyye Dirase Tasiliyye Mukarene Beyneş-Şeriatil-İslâmiyye ve'l-Kavanini'l-Muasıra*, Dârü'l-Endelüs el-Hadra, Cidde, 2000, s. 91.

24 Hafif, Ali, *ed-Damânu fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Ma'hedü'l-Buhûs ve'd-Dirâsâti'l-Arabiyye, y.y., 1971, I, 46.

25 Zuhayli, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Dârü'l-Fikr, Dımask, 1982, s. 23; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 490.

26 Mahmasâni, Subhi Recep, *en-Nazariyyetü'l-Amme li'l-Mücabat ve'l-Ukud*, Darü'l-İlm li'l-Melayin, Beyrut, 1983, I, 170.

27 Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 491.

meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu her iki zarar türü de tazmin edilecek maddi zararın kapsamı içinde bulunabilir. Örneğin doktorun kusurlu davranışı yüzünden yeni bir ameliyata ihtiyaç duyan hastanın bu ikinci ameliyat için ödemek mecburiyetinde kaldığı masraflar fiili zarara örnek verilebilir. Yine hekimin hatalı bir davranışı nedeniyle yüzünde sabit bir yara izi kalan sinema sanatçısının yeni film sözleşmeleri yapma şansını kaybetmesi kârdan mahrumiyete (kazanç kaybına) örnek gösterilebilir.<sup>28</sup>

## B. Manevi Zarar

Manevi zarar, bir kimsenin şahsiyet haklarına yapılan müdahaleden duyduğu elem ve üzüntü olarak tanımlanmakta ve bu zararı karşılamak üzere manevi tazminat söz konusu olmaktadır.<sup>29</sup>

İslam hukukunun ilk dönemlerine ait kaynaklarda “manevi zarar” ifadesiyle bu konu hakkında bilgiye rastlamak mümkün değildir. Çünkü fukaha her zararın az çok hem maddi hem de manevi tesirleri olacağını düşünerek zararı, maddi ve manevi gibi bir ayrıma tabi tutmamış, genel olarak değerlendirmiştir. Örneğin bir kimsenin oturduğu eve bir zarar gelecek olsa bu şahıs maddi olarak zarara uğradığı gibi bu kaybın verdiği acı ve üzüntüden ruhen de elem duyacaktır. Hissedilen bu acı ve ıstıraplar maddi zararın zımında meydana gelen manevi zararları ifade eder. Diğer taraftan bir esnafa bazı gayr-i ahlaki hâller isnat edilse söz konusu esnaf şeref ve haysiyetini aşağılayan bu isnatların verdiği üzüntü ve ıstırapların acısını ruhunda hissedecek ve böylece manen huzursuz olacaktır. Ayrıca kendisine karşı çevresinde oluşan olumsuz intibalar da bu esnafın işlerinde durgunluğa sebep olacağından maddi zarara uğrayacaktır.

Bedene yönelik haksız fiillerde de maddi ve manevi zarar bir arada bulunabilmektedir. Örneğin haksız fiil sonucunda gözlerini kaybeden mağdur, sadece bu organlarını kaybetmemekte aynı zamanda bu organlarını kaybetmenin psikolojik gerilimini yaşamaktadır. Bu tür haksız fiillerden kaynaklanan zararların mağdurdaki çok yönlü olumsuz sonuçlarını dikkate alarak özellikle şahsın bedenine yönelik cismani zararların sadece maddi değil aynı zamanda birer manevi zarar olduğu düşünülmelidir.<sup>30</sup> Bütün bunlar maddi zararlarla manevi zararların çok kere bir arada bulunabildiğini göstermektedir.

Pozitif hukukta zararların maddi ve manevi diye ikiye ayrılması, günümüz İslam hukukçularının da böyle bir ayırım yapmasında etkili olmuştur. Ancak İslam hukukçuları ile pozitif hukukçularının bu kavramlara yükledikleri anlamlar bazı yönlerden farklılık arz etmektedir. Örneğin pozitif hukukta; “Malvarlığı dışındaki hukukî değerlere ve manevi varlığa yapılan saldırılar neticesinde, kişilik hak ve

28 Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991, s. 110.

29 Oğuzman, ve Öz, a.g.e., s. 492.

30 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve İstalahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul, t.y., III, 37, el-Hafif, a.g.e., II, 163.

değerlerinde irade dışında gerçekleşen objektif eksilme” şeklinde tanımlanan “manevi zarar” kavramı, günümüz İslam hukukçuları tarafından birbirinden ayrı iki farklı anlamda kullanılmaktadır.<sup>31</sup>

Birinci anlayışa göre manevi zarar<sup>32</sup>, pozitif hukuktaki maddi zararın bir bölümü olarak kabul edilen, “kârdan mahrumiyet”, kavramlarıyla aynı manada kullanılmaktadır. Günümüz İslam hukukçularının “manevi zarar” kavramına yükledikleri ikinci anlam ise “kişinin malvarlığı dışındaki, can, beden, namus, şeref, şöhret, itibar, onur vb. manevi duygularına ve kişilik hak ve hürriyetlerine yönelik kişiyi toplum içinde hor ve hakir düşürücü söz veya fiille yapılan haksız bir saldırı neticesinde meydana gelen acı, üzüntü ve keder şeklindeki zarardır.”<sup>33</sup> Özellikle Saîd Abdüsselam’ın “Haksız bir fiil neticesinde kişinin ruhen elem çekmesi ve korkması”<sup>34</sup> şeklindeki tarifi konumuz açısından dikkat çekicidir. Bu tanımlar bugünkü pozitif hukuktaki anlayışla aynıdır.

### 1. Manevi Zararın Kapsamı

Kazf (kadına zina iftirasında bulunmak), sövmek, kişinin şöhretine dil uzatmak, saygınlığına saldırıda bulunmak gibi tutum ve davranışlar mağdurda ruhî acı, keder ve üzüntüye sebep olması yönüyle birer manevi zarardır. Çünkü bu tür söz, tutum ve davranışlar kişilerin insanlar arasında hor ve hakir görülmesine, onur, şeref ve itibarlarının zedelenmesine yol açmaktadır.

Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) da kişilik haklarının zarar görmesine sebep olan ismin kötüye kullanılması, nişanın bozulması ve boşanma gibi durumlar manevi tazminat sebebi sayılmıştır.<sup>35</sup> Kişilik haklarının zedelenmesinin manevi tazminat kapsamında olduğu Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) ise şöyle ifade edilmiştir: “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.”<sup>36</sup>

Bir kimseyi, öldürmek, çocuklara, anneye, babaya, eşine zulmetmek gibi suçlarla itham etmek o kişide manevi zarar meydana getirir. Çünkü bu ithamlar kişinin kalbine gam, keder ve üzüntü sokar. Böylece manevi duygularına zarar vermiş olur.<sup>37</sup>

“Onlar size eziyetten başka bir zarar veremezler...”<sup>38</sup> ayetinde geçen “eziyet” kelimesi, “ta’n ve tehdit gibi az bir zarar”<sup>39</sup> şeklinde yorumlanmıştır. Demek ki kötüleme ve üzerine yürüme suretiyle, tehdit ve korkutma yoluyla yapılan eza ve

31 Benli, Abdullah, *İslam Hukukunda Manevi Tazminat*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kayseri, 1997, s. 39.

32 Bazı kaynaklarda manevi zarar yerine “edebî zarar” kavramı kullanılmaktadır. bk. Mahmasâni, a.g.e., I, 171; Abdüsselam, Saîd, *et-Ta’vizu an Darari’n-Nefsi fi’l-Kanuni’l-Vadi ve’l-Fikhi’l-İslami ve’d-Düveli’l-Arabiyye*, Müessesetü Şebabi’l-Camia, İskenderiye, 1990, s. 1;

33 Benli, a.g.e., s. 40.

34 Abdüsselam, a.g.e., s. 1-2.

35 TMK, m. 26, 121 ve 174/2.

36 TBK, m. 58.

37 Benli, a.g.e., s. 41.

38 Âl-i İmrân, 3/111.

39 Beydâvi, Abdullah ibn Ömer ibn Muhammed Nâsiruddin, *Envaru’t-Tenzil ve Esrâru’t-Te’vil*, (hzl. Muhammed Abdurrahman el-Maraşlı), Darü İhyai’t-Türasi’l-Arabî, Beyrut, t.y., II, 33.

cefalar da zarardan sayılmaktadır. Bu çeşit zararlar ise insan ruhuna elem verecek sebeplerden biri olduğu için bunların da birer manevi zarar teşkil edeceğinde şüphesizdir.<sup>40</sup>

Bedendeki organlardan birinin yaralanması, kesilmesi ya da bir darbeye maruz kalması neticesinde meydana gelen acı, elem, keder ve üzüntü de manevi bir zarardır. Ayrıca bedene yönelen haksız bir saldırı sonucunda organlardan birinin fonksiyonunu icra edemez hâle gelmesi ile vücudun görünen kısımlarında ortaya çıkan çirkinleşme de birer manevi zarar sayılmaktadır.<sup>41</sup> Bu tür zararlar cismani zararlar olarak da isimlendirilmektedir.<sup>42</sup> Örneğin bir kişinin, gözüne aldığı bir darbe sonucu görme kaybı meydana geldiğini düşünelim. Bu örnekte görme kaybı cismani zararı, darbenin gözde bıraktığı kalıcı iz estetik zararı, bütün bunlardan çekilen acı ve ıstıraplar ise “elem” denilen manevi zararı ifade eder. Bunlardan ilk ikisinin tazmini hususunda İslam hukukçuları arasında ittifak bulunmakla<sup>43</sup> birlikte üçüncüsünün tazmini tartışmalıdır. Bu tartışma bizim konumuzun da özünü oluşturmaktadır.

Türk hukukunda kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik haksız fiillerin yol açtığı manevi zararlar da genellikle tazminat konusu yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 56 ve 58. maddeleri buna örnek gösterilebilir.<sup>44</sup> Çünkü yaralama nedeniyle vücut yapısı ve görüntüsü bozulan kişinin duyduğu üzüntü ve acı nedeniyle bir zarar oluşabilir. Keza bu durum, bazı ruhsal sıkıntılara da sebebiyet verebilir. Böyle bir zarar kural olarak bizzat yaralanan açısından söz konusu iken bazen yakınlarının da bu zarardan etkilenmesi mümkündür. Örneğin kusurlu bir ameliyat sonucu çocuk yapma yeteneğini kaybeden bir kadının kendisi veya eşi bu durumdan üzüntü duyabilir. Aynı şekilde kişi bir yakınının ölümü nedeniyle acı ve üzüntü duyabilir, ruhsal sıkıntılar çekebilir. Türk hukukunda bütün bunlar manevi tazminat konusu sayılmıştır.<sup>45</sup>

## 2. Manevi Zararın Giderilmesi

İslam hukukunda zarar vermek yasaklanmış ve verilen her zararın kendine mahsus, âdil bir tarzda giderilmesi, tazmin ve tamir edilmesi genel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Peygamberimiz (s.a.v.) “Zarar vermek ve zarara zararlarla karşılık

40 Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 272; Eskiocğlu, Osman, *İslam Hukuku Açısından Hukuk ve İnsan Hakları*, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1996, s. 300-301.

41 Hafif, *a.g.e.*, I, 46.

42 Kaya, Ali, *İslam Hukukunda Cismani Zararların Tazmini*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Bursa, 1991, s. 38.

43 Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 279; Dağcı, Şamil, *İslam ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller ve Cezaları*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1996, s. 250-251; Kaya, *a.g.e.*, s. 173.

44 Madde 56: Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

Madde 58: Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

45 Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 615.

*vermek yoktur.*<sup>46</sup> buyurarak maddi ve manevi ayrımı yapmadan zararın her çeşidini yasaklamıştır. “Zarar ve mukabele bizzarar yoktur.<sup>47</sup>, “Zarar izale olunur.”<sup>48</sup>, “Bir zarar kendi misli ile izale olunmaz.”<sup>49</sup>, “Zararı âmî def için zararı hâs ihtiyar olunur.”<sup>50</sup>, “Zararı eşed, zararı ehaf ile izale olunur.”<sup>51</sup>, “Zarar bi kaderil imkân def olunur.”<sup>52</sup> fihhi kaideleri ise zarar yasağına verilen zararın telafisine temel teşkil etmektedir. Zira hacr, şüf’a, kısas, hadler, keffaret ve telef edilen şeylerin tazmini gibi hususlar bu esaslara dayanarak meşru kılınmıştır.<sup>53</sup>

Son dönmem İslam hukukçuları zararı maddi ve manevi olarak tasnif ettikleri gibi zararı giderme yollarından biri olan tazminatı da aynı doğrultuda kategorize etmişlerdir. Arapçada “et-ta’vîdü’l-manevi” olarak isimlendirilen manevi tazminat, bir kimsenin karşılaştığı, manevi şahsiyetiyle ilgili zarar karşılığında ödenmesi gereken bedeldir.<sup>54</sup>

Manevi tazminatın hikmeti, manevi zararlara sebep olacak nitelikteki hâdiselerin vukuunu azaltmak, kırılan insan onur ve haysiyetini tamir etmek, ruhi elem ve ıstırapları dindirmek ve suçluyu ta’zir tedip etmek gibi gayelerden ibarettir. Bu gayelere göre zararı giderme yolları da farklılık arz etmektedir. Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971) bunları beş maddede özetlemiştir.<sup>55</sup> Bu beş madde incelendiğinde ceza (ta’zir) ve tazmin gibi iki önemli özellik dikkat çekmektedir. Biz de bu özellikleri dikkate alarak manevi zararı giderme yollarını iki ana başlık altında incelemeyi uygun gördük.

#### a. Zararın Ta’zir Yoluyla Giderilmesi

İslam hukukunda suçun çeşidine ve derecesine, suçlunun durumuna göre değişen farklı cezai müeyyideler vardır. Bu müeyyidelerin başında naslarla tayin edilmiş hadler ve kısas gelir. Öte yandan hâkimin takdirine bırakılmış olan ve ta’zir olarak bilinen şahitliğin kabul edilmemesi, azar, tehdit, teşhir gibi şahsiyete ve sosyal itibara yönelik ceza neveleri de vardır.<sup>56</sup>

Ta’zir, naslarda miktarı takdir edilmemiş ve takdiri devlet başkanına veya hâkime bırakılmış olan cezalardır. Bir diğer ifadeyle karşılığında had veya keffâret cezası bulunmayan suçlardan dolayı Allah veya kul hakkı sebebiyle gerekli olan, takdir edilmemiş te’dip ve cezalardır.”<sup>57</sup>

46 Muvatta, Akdiye, 26.

47 Mecelle, m. 19.

48 Mecelle, m. 20.

49 Mecelle, m. 25.

50 Mecelle, m. 26.

51 Mecelle, m. 27.

52 Mecelle, m. 31.

53 İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim, *el-Eşbah ve’n-Nezair*, (thk. Muhammed Muti’ el-Hafız), Darü’l-Fikir, Dımaşk, 1983, s. 94.

54 Erdoğan, *a.g.e.*, s. 273.

55 Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 274-282.

56 Bardakoğlu, Ali, “Ceza”, *DİA*, İstanbul, 1993, VII, 474.

57 Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (ö. 483/1090), *el-Mebcut*, Darü’l-Marife, Beyrut, t.y.; IX, 36; Ebu Zehra, Muhammed, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, Kitabevi, İstanbul, 1994, II, 71.

İslam hukukçuları sövme; iftira (zina iftirası hariç), hakaret, alay, kişinin şöhretine dil uzatma gibi kişinin saygınlığını zedeleyen söz, tutum ve davranışlara ta'zir cezası verileceği hususunda ittifak etmişlerdir.<sup>58</sup> Kâsânî (ö. 587/1191)'nin bu konudaki görüşü mezheplerin ortak görüşünün bir özeti niteliğindedir. "Münkeri (dinen ve örfe kötü görülen bir şeyi) veya hakkında mukadder (Şârî tarafından önceden belirlenmiş) bir had bulunmayan bir masiyeti işleyen ve Müslüman veya gayr-i müslim birine sözle, fiille, el-göz işaretiyle haksız yere eziyet eden herkes ta'zir edilir."<sup>59</sup>

Osmanlı Şer'îye Sicillerinde de konumuza dair şöyle bir örnek yer almaktadır: Üsküdar'a bağlı Bulgurlu köyünde oturan Eyüp oğlu Salih, Halil adındaki şahsın kendisine sille ve yumruk ile vurarak ırzına sövdüğünü söyleyerek davacı olmuştur. Mahkeme huzurunda davasını ispatlayamayınca Halil'e yemin teklif edilmiş fakat Halil yeminden kaçınmıştır (nükül etmiştir). Bunun üzerine hâkim Halil'i ta'zir lazım geldiğine karar vermiştir.<sup>60</sup> Bu örnekte sövme ve dövme suçunun sebep olduğu manevi zararı ta'zire cezalandırılmış ancak ta'zirin türü belirtilmemiştir.

Kişilik haklarına yönelik bu tip suçlara ta'zir olarak genelde dayak cezası akla gelmektedir. Ancak hâkimin, suçluyu, durumuna göre diğer ta'zir yollarından biriyle<sup>61</sup> de cezalandırabilmesi mümkün olmakla birlikte malî bir ceza verip veremeyeceği öteden beri İslam hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur.<sup>62</sup> Kitabında bu konuya geniş bir yer ayıran günümüz İslam hukukçularından Muhammed Fethi ed-Dirîni, manevi zararların giderilmesinde ta'zir olarak mal alınabileceğini söyleyerek şu örneği verir: Bir kimse başka birinin dişine vurup da o kişinin sadece acı çekmesine sebep olursa hâkim, hükümetü'l-elim takdir ederek bunun mağdura ödeme yapılmasını isteyebilir.<sup>63</sup>

Türk hukukunda da buna benzer şöyle bir düzenleme yer almaktadır: "Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir. Özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."<sup>64</sup>

Manevi zararın cezalandırma yoluyla giderilmesi, maddi zararlarda olduğu gibi zarar gören, eksilen şeyin yerini aynısıyla veya benzeriyle doldurmak olarak

58 İbn Kudame, Muvaffakuddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, *el-Muğni*, (thk. Abdullah b. Abdül'l-Muhsin et-Türki ve Abdülfettah Muhammed el-Hulvi), Darü Âlemi'l-Kütüb, Riyad, 1997, XI, 126; Remli, Şemsuddin Muhammed b. Ebî'l-Abbas Ahmed b. Hamza b. Şihab, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Darü'l-Fikir, Beyrut, 1984, VIII, 21; Desuki, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafê, *Hâşiyetü'd-Desuki ala Şerhi'l-Kebir*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, t.y., IV, 207;

59 Kâsânî, VII, 94.

60 Akgündüz, Ahmed/Heyet, *Şer'îye Sicilleri*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, II, 135.

61 Ta'zir, içtihada bırakılmış bir ceza olduğundan suçların mahiyeti, suçluların durumları ve toplumun tavrı dikkate alınarak farklı şekillerde uygulanabilmektedir. Bu anlamda İslam hukuku kaynaklarında çok sayıda ta'zir cezası çeşitleri yer almaktadır. Son dönem hukukçularından Ömer Nasuhi Bilmen bunları on yedi adet olarak ele almıştır. Bilmen, *a.g.e.*, III, 306-309.

62 Tartışmalar için bk. Esen, Hüseyin, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, Yeni Akademi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 44-101.

63 Dirîni, Muhammed Fethi, *Buhûs Mukâranefi'l-fikhi'l-İslami ve Usûluhu*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1994, II, 86.

64 TBK, m. 58.

anlaşılmalıdır. Örneğin şeref ve namusuna dil uzatılarak, toplum içerisinde hor ve hakir duruma düşürülerek, zedelenen şeref ve itibar, çekilen manevi acı ve üzüntüler, saldırganın cezalandırılması ile kökünden silinip atılmaz, mağdur aynen eski hâline dönmez. Dolayısıyla “manevi zararın cezalandırma yoluyla giderilmesi” denince, suçlunun cezalandırılmasıyla mağdurun acı ve üzüntülerinin teskin edilmesi, mağdurda tatmin duygusu oluşturmak anlaşılmalıdır.<sup>65</sup> Bu durumda manevi zararların cezalandırmadan çok tazmin yoluyla giderilmesi daha uygun görülmektedir. Nitekim “hükümetü'l-elem” kavramının İslam hukuku kaynaklarında genellikle bir tazminat türü olarak “erş” konusu içerisinde işlenmesi de bu gerekliliği teyit eder mahiyettedir.

### b. Manevi Zararın Maddi Bir Bedelle Karşılanması

İslam hukukçuları zararı maddi ve manevi olarak ayırma tabi tutmadıkları gibi zararlara ait tazminatı da maddi tazminat, manevi tazminat şeklinde tasnif etmeyi gerekli görmemişlerdir. Buna bağlı olarak da zararın her çeşidini tazmine tabi tutmuşlardır.<sup>66</sup> Bu durumda İslam hukukunda manevi zararların maddi bir bedel ile tazmin edildiğini söylemek mümkündür. Son dönem İslam hukukçuları ise bir olayda gerçekleşen zararın, galip gelen yönünü dikkate alarak tazminatı da maddi ve manevi şeklinde ikili bir tasnife tabi tutmuşlardır.

İslam hukukunda cana ve vücut bütünlüğüne kasıtlı olarak verilen zararlar, ceza hukuku sahasında ele alınır ve belirli suçlara yine belirli olan cezalar (kısas) uygulanır. Ancak kasıt olmaksızın meydana gelen zararlarda ölüm hâlinde, ölünün mirasçalarına; yaralanma hâlinde yaralıya verilmek üzere diyet, erş, hükümetü'l-adl ve hükümetü'l-elem şeklinde bir kısmı naslarla tayin edilmiş bir kısmı da yarıya bırakılmış maddi sorumluluklar vardır. Bu sorumluluklar bir yönüyle ceza özelliği bulunan, diğer yönüyle tazmin özelliğinde olan sorumluluklar olarak da görülmektedirler. Ancak kasıt olmadığı için ceza özelliğinden ziyade tazmin özelliğinin ağır bastığı kanaatindeyiz.

Haksız fiil sebebiyle cismani zarara uğrayan mağdura ödenen diyet ve erşin, mağdurun uğradığı elem ve sıkıntıyı telafi eden yönü de bulunmaktadır. Çünkü hayata ve vücut bütünlüğüne karşı islenen suçlar sebebiyle manevi üzüntü ve kedere maruz kalan mağdurun uğradığı manevi zarar, diyet sayesinde mümkün mertebe telafi edilerek giderilmektedir.<sup>67</sup>

### III. Manevi Tazminat Türü Olarak Hükümetü'l-Elem

İnsanın şahsına, şahsiyetine, vücuduna, maddi iz bırakmayarak, zarar veren haksız fiiller vardır. Bu şekilde zararlı fiile maruz kalan kişi, bu fiilin bedeni üzerindeki etkisiyle acı çeker, ruhen ıstırap duyar. Günümüz beşerî hukuk sistemle-

65 Benli, *a.g.e.*, s. 63.

66 Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 274.

67 Bilmen, *a.g.e.*, III, 37, el-Hafif, *a.g.e.*, II, 163.

rinde “manevi zarar” kapsamında yer alan bu zarar, İslam hukuku kaynaklarında “elem” sözcüğü ile, bu türden zararların tazminatı ise “hükümetü'l-elem” veya “erşü'l-elem” kavramıyla ifade edilmiştir.<sup>68</sup> Ayrıca bazı kaynaklarda iyileşip de izi kalan yaralar ile bu yaraların sebep olduğu elem, acı ve ıstırapların tazmininin birlikte söz konusu olduğu durumlarda “hükümetü'l-elem” kavramı, “hükümetü'l-adl ile aynı anlamda kullanılmıştır.<sup>69</sup>

İslam hukukunda acı, elem ve ıstırapların insan ruhunda meydana getirdiği zararların tazmin edilmesi noktasında farklı görüşler vardır. Fıkıh bilginlerinin çoğunluğunun da benimsediği birinci görüşe göre çekilen acı ve ıstıraplar tazmine konu olmaz. Ebu Hanife (ö.150/767) başta olmak üzere, elemin tazmin edilmesini kabul etmeyen İslam hukukçularına göre insanın bedenine yönelik bir fiil, bir organın veya duyunun telef olmasına yol açmamış ya da estetik zarar meydana getirmemiş ise tazmine sebep olmaz. Dolayısıyla tazmini gereken bir zarar meydana gelmemiş demektir.<sup>70</sup> Ancak bir organa yönelik müdahalede yaralama olmazda o organın güzelliğine hanel gelirse (estetik zarar) diyet gerekmeceği için hükümetü'l-adl'e hükmedilir. Örneğin göze müdahalede yara kalmaz da sadece şaşılık kalırsa gözün tam diyetine değil hükümetü'l-adl'e hükmedilmiştir.<sup>71</sup> Aslında bu durum genel olarak Hanefilerde bedene yönelik müdahalelerde manevi tazminatın kabul edildiğini göstermektedir.

İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından benimsenen kurala göre zararlı bir fiil veya olaya maruz kalan kişinin, tazminat talebinde bulunabilmesi için, beden üzerinde kalıcı bir izin olması gerekir. Ayrıca bunun maddi ölçülerde değer taşınması aranır. Buna göre acı ve ıstıraplar kalıcı değildir. Malvarlığını etkilemediği sürece tazmine konu olacak nitelikte bir zarar kabul edilmez.<sup>72</sup> Mesela bir kimse, diğerine küfretse, hakarete bulunsa, tokat atsa, bilâhare iz bırakmayacak ve maddi bir menfaati veya fırsatı kaçırma sebebi olmayacak şekilde yaralasa, bütün bu durumlarda tazminat ödemez. Çünkü ortada maddi bir zarar mevcut değildir. Kaldı ki tazminat, adalet veya denklik esasına dayanan mal karşılığında olur. Yani denklik prensibi gereği, zarar gören şeyin de tazminatın da mal olması gerekir. Malın dışındaki şeylerde ise zararlar malî tazminat arasında aranan denklik şartı bulunmadığından, manevi zararlar nakit olarak tazmin edilemez.<sup>73</sup> Bu durumda “elem” tek başına tazmine konu olabilecek bir zarar niteliği taşımaz. Dolayısıyla manevi zararların tazmini yerine ceza yoluyla (ta'zir) karşılık bulmaları daha uygundur.<sup>74</sup>

68 Kasanî, *a.g.e.*, VII, 466; Udeh, Abdülkadir, *et-Teşriü'l-Cinaiyyü'l-İslâmî: Mukarenen li-Kanuni'l-Vaz'i*, Darü'l-Kâtibi'l-Arabî, Beyrut, t.y., II, 286; Dağcı, *Müessir Fiiller*, s. 250; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 162.

69 İbnu'l-Humâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvehhab es-Sivâsî, *Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y., X, 296.

70 Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 81; Kasanî, *a.g.e.*, VII, 466; Karaman, *a.g.e.*, II, 485.

71 Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 80.

72 Kaya, *a.g.e.*, s. 193.

73 Abdüsselam, *a.g.e.*, s. 11; Benli, *a.g.e.*, s. 164.

74 Udeh, *a.g.e.*, III, 287; Mahmasânî, *a.g.e.*, I, 172.

İslam hukukçularından bazıları da Şâri tarafından yasaklanan fiillerin yol açtığı her zarar “Zarar izale olunur.” ve “Zarar bi kaderi’l imkân def’ olunur.” şeklindeki genel kurallar gereği tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>75</sup> Buna göre zararın kişinin canı, organları, menfaatleri ve mallarıyla alakalı olması arasında fark yoktur. Dolayısıyla bu kurala göre vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiillerin sebep olduğu elem ve acılardan kaynaklanan zararlar da dâhildir. Çünkü kalıcı iz bırakmasa da cismani zarar görüp tedavi masrafı yapan kişinin bu giderlerine onu yaralayan sebep olmuştur. Yaralanmamış olsaydı böyle bir masraf yapılmayacaktı. Diğer yandan her acı ve ıstırapın malvarlığına yansıyan bir yönü vardır dolayısıyla tazmin edilmelidir.<sup>76</sup> Zararı gidermenin yolu, mümkünse aynısını ödemek, mümkün değilse bedelini tazmin etmektir. Çekilen elem ve acıların aynısını ödemek mümkün olmadığına göre hükümetü’l-elem ile giderilmesi suçlunun te’dibi ve mağdurun tatmini açısından en uygun yol olsa gerekir.

Hanefî fukahâsından Ebu Yusuf (ö. 183/798)’a nispet edilen görüşe göre yaralama ve dövme hadiselerinde çekilen elem ve acı sebebiyle hükümetü’l-elem denilen tazminata hükmedilir. Çünkü başından ya da yüzünden yaralamak suretiyle kişiye karşı haksız bir müdahalede bulunulmuştur. Yara iyileştiği ve izi kalmadığı için “şecce”<sup>77</sup> erşi verilememektedir. Fakat bu haksız fiilin sebep olduğu elem ve acı devam etmekte olup bunun karşılıksız bırakılması da doğru değildir. Bu nedenle, çekilen eleme karşılık olmak üzere hükümetü’l-elem (erş-i elem) adı altında tazminat ödenmesi gerekir. İmam Muhammed (ö. 189/805) ise zararlı fiile maruz kalan kişinin suçludan doktor ve ilaç bedelini talep edebileceği yönünde görüş beyan etmiştir.<sup>78</sup> Ancak Mebsut’ta diğer kaynakların aksine Ebu Yusuf’a ait olan görüş İmam Muhammed’e, İmam Muhammed’e ait olan görüş de Ebu Yusuf’a nispetle verilmiştir. Yine bu kaynakta hükümetü’l-elem yerine “elem miktarınca hükümet”e hükmedilir denilmiştir.<sup>79</sup>

İmam Şâfiî (ö. 204/819) ise vurma ve yaralamalar sonucunda herhangi bir iz kalmazsa tazminata (hükûmete) gerek görmeyerek adeta cismani zararlarda zımnen manevi tazminatın olmayacağını ifade etmiştir.<sup>80</sup> Maliki<sup>81</sup>, Şâfiî<sup>82</sup> ve Hanbeli<sup>83</sup> kaynaklarında bedene yönelik müessir fiillerde erşi gerektirmeyecek kadar yaralamalar olur da bu yaralar iyileştiği hâlde iz kalırsa müdahalede bulunan kişinin “hükümetü’l-adl” ile sorumlu tutulacağı belirtilmekle birlikte, yara iyileştikten sonra iz kalmaması durumunda faile hiçbir şey lazım gelmeyeceği ifade edilmiştir.

75 Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 275-276; Zuhaylî, *a.g.e.*, s. 24.

76 Kaya, *a.g.e.*, s. 193.

77 Müessir fiil sonucunda baş yüzde meydana gelen yara demektir. Kal’aci, *a.g.e.*; s. 229; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 418.

78 İbnu’l-Humâm, *a.g.e.*, X, 296; Kasanî, *a.g.e.*, VII, 466; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 279.

79 Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 81.

80 Şâfiî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *el-Ümm*, (thk. Rifat Fevzi Abdülmuttalip), Dârul-Vefa, Mansure (Mısır), 2001; VII, 205.

81 Desuki, *a.g.e.*, IV, 260.

82 Şirbîni, Şemseddin el-Hatip Muhammed b. Ahmed (ö. 997/1570), *Muğni’l-Muhtaç ila Marifeti Meanî Elfazî’l-Minhac*, Darü’l-Fikir (Ofset baskı), I-IV, Beyrut, t.y., IV, 79.

83 İbn Kudame, *a.g.e.*, XII, 167-168.

Ancak Şafii fukahasından Remlî (v. 1004/1595), “mûdiha<sup>84</sup> ve câife<sup>85</sup> nin iyileşmesiyle erş düşmez. Çünkü erş, kesilen ya da yaralanan parçanın ve meydana gelen acının karşılığı olarak meşru kılınmıştır.” diyerek çekilen acı ve ıstırapların tazmin edilebileceğini kabul etmektedir. Ancak Ebu Yusuf’tan farklı olarak erş tabirini kullanmaktadır.<sup>86</sup> Hanbelilerden İbn Kudame (ö. 620/1223) de erşin yanı sıra doktor ve tedavi masrafları ödetilerek faile malî ta’zir uygulanır demiştir.<sup>87</sup>

Hanefilerden Ebu Yusuf ile İmam Muhammed, Şafiilerden Remlî ve Hanbelilerden İbn Kudame’ye ait görüşler günümüz hukuk sistemlerinde kabul edilen manevi zararların tazmini prensibiyle paralellik arz etmekte<sup>88</sup> ve kanaati-mizce hakkaniyet kurallarına daha uygun gözükmektedir.

Hükümetü'l-elemin amacı, kişilik hakları ile ruh ve beden bütünlüğüne yönelik bir saldırı neticesinde meydana gelen manevi zararı imkânlar ölçüsünde gidermektir. Manevi zararın maddi olarak ölçülmesi mümkün olmadığından tam anlamıyla tazminat mümkün değildir. Bu nedenle manevi tazminatla zararı tamamen ortadan kaldırmak değil, hafifletmek, çekilen ve çekilecek acıları kısmen dindirmeye çalışmak, kırılan yaşama arzusunu tazelemek, bozulan ruhi manevi dengeyi onarıp düzeltmek amaçlanmıştır. Ayrıca mağduru tatmin ve teselli etmek, ona savunma hakkı tanımak, insanlarda var olan öç alma arzusunu bir dereceye kadar dindirmek de hedeflenmiştir. Örneğin haksız fiil sonucunda gözlerini kaybeden mağdur, sadece bu organlarını kaybetmekle kalmamakta aynı zamanda bu organlarını kaybetmenin psikolojik gerilimini yaşamaktadır. Bu bakımdan hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar sebebiyle manevi üzüntü ve ke-dere maruz kalan, güzelliğini kaybeden veya doktor tarafından sırları ifşa edilen mağdurun uğradığı manevi zarar, tazminat sayesinde mümkün mertebe telafi edilerek giderilmektedir.<sup>89</sup>

Hükümetü'l-elemin bir diğer amacı da kişilik haklarına saldıran, ruh ve beden bütünlüğünü bozarak acı çektiren saldırganlara karşı, yaptırım uygulayarak ileride bu gibi saldırılara engel olmaktır.<sup>90</sup>

### A. İslam Hukuku Kaynaklarında Hükümetü'l-Elem Örnekleri

İslam hukuku kaynaklarında hükümetü'l-eleme dair örnekler beden bütünlüğüne yönelik saldırıların işlendiği *el-cinâye a'lâ mâ düne'n-nefs* (ölümle neticelenmeyen saldırılar)<sup>91</sup> veya *el-cinâye fi'l-etrâf* (kişinin organlarına karşı yapılan saldırılar)<sup>92</sup> bölümlerinde rastlamak mümkündür. Bu bölümlerde yer alan örneklerden bazıları şöyledir.

84 Baş ve yüzde meydana gelen ve kemiğin ortaya çıkmasına sebep olan yaradır. Kal'aci, *a.g.e.*, 229; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 358.

85 Göğüs veya karın boşluklarına kadar ulaşan yaralardır. Kal'aci, *a.g.e.*, 136; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 48.

86 Remlî, *a.g.e.*, VII, 325.

87 İbn Kudame, *a.g.e.*, XII, 167.

88 Karaman, *a.g.e.*, II, 477.

89 Bilmen, *a.g.e.*, III, 37; Hafif, *a.g.e.*, II, 163; Gamidi, *a.g.e.*, s. 94.

90 Oğuzman ve Öz, *a.g.e.*, s. 640-641.

91 Şafii, *a.g.e.*, VII, 252; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 436.

92 İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 288.

İslam hukukçularının genel kanaati, müessir fiil neticesinde yok edilen diş, süt dişi ise yerine yenisi gelmesi kuvvetle muhtemel olduğu için bedeli hemen ödenmeyip belli bir süre beklenir. Eğer yeni diş gelirse mağdura herhangi bir bedel ödenmez. Ancak İmam Ebu Yusuf'a göre mağdurun çektiği acı dikkate alınarak kendisine hükümetü'l-elem ödemek gerekir. Bazı kaynaklarda Ebu Yusuf'un bu görüşü tedavi ve doktor masraflarına hamledilerek İmam Muhammed'in görüşüyle birleştirilmiştir.<sup>93</sup> Hâlbuki ana kaynaklarda Ebu Yusuf'un görüşü böyle bir yoruma gidilmeyecek kadar açıktır. Öte yandan müessir fiille kırılan dişin yerine yeni diş gelmez ve gelmesinden de ümit kesilirse bu durumda dişin diyeti mağdura ödenir.<sup>94</sup>

Taksirli müessir fiil sonucu baş ve yüzde meydana getirilen mudıha<sup>95</sup> niteliğindeki yaraların belirlenmiş beş deve tutarında diyeti vardır. Eğer bu yaralar iyileşir de yara izi kalmazsa ve estetik bir zarar da söz konusu değilse fukahanın çoğunluğuna göre bir şey lazım gelmez. Ancak Ebu Yusuf'a göre çekilen acı ve ıstıraplardan dolayı hükümetü'l-elem, İmam Muhammed'e göre ise tedavi masrafları haksız fiilde bulunana ödetilir.<sup>96</sup>

Vücudun baş ve yüz bölgesinde meydana getirilen müessir fiillere genel olarak şecce denilmektedir. Örneğin bir insan bir başkasına şecce niteliğinde bir müessir fiilde bulursa ve bunun sonunda meydana gelen yara iyileşir ve hiçbir iz kalmazsa hatta yaranın yerinde saç çıkarsa bu yaralamadan dolayı gereken erş düşer ve mağdura çektiği acı ve ıstırapların karşılığı olarak mağdura hükümetü'l-elem ödemesi gerekir.<sup>97</sup> İbn Kudame'ye göre ise müessir fiil sonucu oluşan yara iyileşip de yaradan iz kalmazsa bile tedavi için harcanan ve doktora ödenen ücret<sup>98</sup> ile tedavi süresince çalışamaz durumda olan mağdurun nafakası ve kazanç kaybı faile ödetilir.<sup>99</sup>

Gerek Hanefilerden Ebu Yusuf gerek Şafiilerden Remli, hükümetü'l-elem/erş-i elem şeklindeki tazminatı "bedene yönelik haksız fiiller neticesinde çekilen acı ve eleme" hasrettikleri görülmektedir. Ancak "elem ve acının insan ruhunda meydana getirdiği tesirlerin" tazminata konu edilmesi, hükümetü'l-elemin kapsamının genişletilebileceğini akla getirmektedir. Nitekim Yûsuf suresinin 25 ve Nisâ suresinin 104. ayetindeki "elem" kökünden türeyen kelimelere getirdikleri yorumlar bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Bu durumda kanaatimizce vurma, sövme, hakaret gibi yaralayıcı olmayan söz ve fiiller, kişinin acı ve ıstırap duymasına neden oluyorsa hükümetü'l-elem ile tazmine tabi tutulabilir.

Fiilî olarak hiçbir müdahalede bulunulmadan sırf manevi diyebileceğimiz etkenler vasıtasıyla kişilerin ruh ve beden bütünlüğünün bozulması hâlinde meydana gelen zararın tazmin edilmesi de manevi tazminat açısından önem arz etmek-

93 İbn Âbidin, Muhammed Emin, *Haşiyetu Reddi'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar Şerhu Tenvirî'l-Ebsar*, Elif Ofset, İstanbul, 1984, VI, 311; Dağcı, *a.g.e.*, s. 220.

94 Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 465.

95 Et ile baş kemiği arasındaki zar gibi olan deriyi yırtıp kemiği ortaya çıkaran yaralamalardır. Erdoğan, *a.g.e.*, s. 358.

96 Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 466.

97 İbnü'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 296.

98 İbn Kudame, *a.g.e.*, XII, 167.

99 Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 279.

tedir. Örneğin verilen ani bir haberden etkilenerek çocuğunu düşüren hamile bir kadına manevi tazminat ödemek gerekir mi? Son devir İslam hukukçularından Muhammed Ahmed es-Sîrac bu konuda şöyle demektedir: “Ben, yaralayıcı maddi bir fiilin neticesinde olması gereken erşi, genişleterek fiili olmayan korkutma ve yaralayıcı olmayan dayanın/tokadın neticesinde meydana gelen elemi de kapsamasını güzel buluyorum.”<sup>100</sup>

### B. Hükümetü'l-Elemin Takdiri

İslam hukukunda bir manevi tazminat türü olarak kabul edilen hükümetü'l-elemin miktarı naslarda belirtilmediği için takdiri hâkime bırakılmıştır.<sup>101</sup> Bu durumda bu tazminatın takdiri öncelikle manevi zararın tespitine bağlıdır. Manevi zarar tespit edildikten sonra, tazminat takdirinde bulunulabilir. Ancak manevi zararlar, soyut olduğu için maddi olarak kıymetlendirilmeleri de zordur. Zira klasik fıkıh eserlerinde hükümetü'l-elemin takdirinde dikkat edilmesi gereken esaslara değinilmemiştir. Ancak bu eserlerin bazılarında hükümetü'l-elemin hükümetü'l-adl içerisinde işlenmesi veya onunla aynı anlamda kullanılması<sup>102</sup> tazminatın miktarının takdirinde önemli ipuçları sunmaktadır. Bu nedenle hükümetü'l-eleminin miktarını belirlerken fukahanın hükümetü'l-adlin miktarını belirlemek için koydukları esaslardan faydalanılabilir.

Tazminatın takdiri bakımından hükümetü'l-elem ile hükümetü'l-adl arasında önemli farkların olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Zira geniş bir uygulama alanı bulunan hükümetü'l-adl'de tazminatı gerektirecek bedenî zararın objektif olarak tespit edilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu objektif zarar göz önünde bulundurulurken erş veya diyete kıyasla hükümetü'l-adl takdir edilebilir.<sup>103</sup>

Hükümetü'l-adlin takdirinde dikkat edilen hususlardan hareketle hükümetü'l-elemin belirlenmesinde uyulması gereken ilkeler şöyle sıralanabilir:

Hâkim, konunun uzmanlarından oluşacak bilirkişi raporlarına göre ödenecek hükümetü'l-elemi “Zarar bi kaderil imkân def‘ olunur.” ilkesini esas alarak belirler. Ancak belirlenen hükümetü'l-elem Şâri tarafından belirlenen erşten daha fazla olmaması gerekir.<sup>104</sup>

Hükümetü'l-elem takdir edilirken zarar gören kimsenin harcadığı tedavi masrafları, çektiği acılar ve iş göremez hâle gelmişse kaybettiği kazanç göz önünde bulundurulur. Ayrıca mağdurun yaşı, sosyal konumu, özel durumları ve değişen hayat şartları göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>105</sup> Bütün bu ölçülerin belirlenmesinde örf esas alınır. Dolayısıyla örfün değişmesiyle bu ölçüler de değişebilir.<sup>106</sup>

100 Sîrac, Muhammed Ahmed Abdülhâdi, *Damânu'l-'Udvân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâru's-Sikâfe, Kahire, 1990; s. 352.

101 Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö. 1999), *el-Fi'lûd-Dârre ve'd-Damanu Fihî*, Dâru'l-Kalem, Dımeşk, 1988, s. 53; Dağcı, “Hükümet-i adl”, *DİA*, XVIII, 463.

102 İbnü'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 296.

103 Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 476-477.

104 İdris, İvaz Ahmed, *ed-Diyetu beyne'l-Ukub ve't-Ta'viz fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâr ve Mektebetü'l-Hilâl, Beyrut, 1986, s. 333-334.

105 Dağcı, “Hükümet-i adl”, *DİA*, XVIII, 464.

106 İdris, *a.g.e.*, s. 335.

Tazminatın takdirinde, zararı hafifletmek, çekilen ve çekilecek acıları dindirmeye çalışmak, kırılan yaşama arzusunu tazelemek, bozulan ruhi manevi dengeyi onarıp düzeltmek gibi amaçlar göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>107</sup> Mağduru tatmin ve teselli etmek, ona savunma hakkı tanımak, insanlarda var olan öç alma arzusunun bir dereceye kadar dindirmek de hedeflenmelidir. Ayrıca kişilik haklarına saldırıyan, ruh ve beden bütünlüğünü bozan saldırganlara karşı yaptırım uygulayarak ilerde bu gibi saldırılara engel olma amacı da göz ardı edilmemelidir.<sup>108</sup>

İslam hukukçularına göre kısas ve diyet hakkı mirasçılara geçer ancak hükümetü'l-adl ve hükümetü'l-elem gibi manevi tazminat kabilinden olanlar şahsi olduğu için mirasçılara intikal etmez.<sup>109</sup> Türk hukukunda ise bazı durumlarda mirasçılara manevi tazminat talebinde bulunma hakkı tanınmıştır. Örneğin bir yakının ölümü nedeniyle duyulan acı, üzüntü ve ruhsal sıkıntılar manevi tazminat konusu sayılmıştır. Böyle durumlarda ölenin hayatta olan anne, baba, kardeş, eş ve çocukları ile büyük anne, büyük baba ve torunları tazminat talebinde bulunabilir. Hatta ölüm tarihinde küçük olduğundan bu manevi ıstırapı duymamış olan çocuk lehine de tazminattan pay ayrılmalıdır. Çünkü çocuk ilerde bu olayın acısını hissedecektir.<sup>110</sup>

## SONUÇ

İslam dini insanı yüceltmüş, saygıya layık görmüş ve onu her türlü saldırıya karşı korumuştur. Bu korunmuşluk kişinin maddi ve manevi bütün varlığını içine almaktadır. Bu meyanda kişi, mal, can, beden ve namus dokunulmazlığına sahiptir. Kişi, en başta insan olduğu için ve insanlık özelliği gereği, varlığını ve bütünlüğünü sürdürebilmesi için korunur. Bu varlık ve bütünlüğün sürdürülebilmesi amacıyla şahsiyet denilen bütünü oluşturan kişisel değerlere yapılan saldırılar hukuk düzenince yasaklanmış ve bunların korunması *zarurât-i diniyye*'den sayılmıştır.

İnsanın sahip olduğu değerlere yapılan haksız saldırılar ya kısas, had ve ta'zir ile cezalandırılmakta ya da diyet, erş, hükümetü'l-adl ve hükümetü'l-elem ile tazmine mahkûm edilmektedir. Böylece insanın uğradığı maddi ve manevi zararlar telafi edilmekte ve suçlular cezalandırılmaktadır.

Klasik fıkıh literatüründe maddi ve manevi ayrımı yapılmadan haksız fiil sonucu meydana gelen bütün zararların giderilmesi ilkesel olarak kabul edilmiştir. Bu konuda "Zarar bi kaderi'l-imbân giderilir." kaidesi esas alınmıştır. Ancak son dönem İslam hukukçuları zararın ihlâl ettiği değerleri dikkate alarak zararı dolaşısıyla zararı telafi niteliğindeki tazminatı da maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Genel olarak malvarlığında meydana gelen eksilmeler maddi zararı oluşturmaktadır. Malvarlığı dışındaki, can, beden, namus, şeref, şöhret, itibar,

107 Bilmen, *a.g.e.*, III, 37, el-Hafif, *a.g.e.*, II, 163.

108 Oğuzman ve Öz, *a.g.e.*, s. 640-641.

109 Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 283.

110 Hakeri, *a.g.e.*, s. 615.

onur gibi kişilik hak ve hürriyetlerine yönelik olup kişiyi toplum içinde hor ve hakir düşürücü söz veya fiillerin kişide meydana getirdiği acı, üzüntü ve keder ise manevi zararları oluşturur.

Maddi zarara yol açan haksız fiillerin cezalandırılması veya tazminatla telafisine hükmedilmesi hususunda İslam hukukçuları ittifak hâlinindedir. Yine sövme, iftira (zina iftirası hariç), hakaret, alay, kişinin şöhretine dil uzatma gibi kişinin saygınlığını zedeleyen söz, tutum ve davranışlara ta'zir cezası verileceği hususunda ittifak etmişlerdir. Ancak insanın şahsına, şahsiyetine ve vücuduna, maddi iz bırakmayarak, zarar veren haksız fiillerin yol açtığı acı, elem, ıstırap gibi somut veya maddi bir karşılığı olmayan manevi zararların giderilmesi hususu ihtilaflıdır. Fukahanın çoğunluğunun görüşü bu türden zararların tazmin edilmeyeceği yönündedir. Kanaatimizce bu durum İslam hukukunun “Zarar izale olunur.” ve “Zarar bi kaderi'l-imekân giderilir.” gibi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Çoğunluğu aksine Ebu Yusuf, İmam Muhammed, Remli ve İbn Kudame, insanın manevi şahsiyetine yönelik haksız fiillerin yol açtığı ve genel olarak “elem” diye isimlendirilen zararın da tazmin edileceği yönünde görüş beyan etmişlerdir. Ebu Yusuf böylesi durumlarda “hükümetü'l-elem” adında bir tazminat ödenmesi gerektiğini söylerken İmam Muhammed ve İbn Kudame sadece doktor ve tedavi masraflarının ödenmesi kanaatindedirler. Ancak İbn Kudame bunu bir tazminat değil de ta'zir olarak düşünmektedir. Remli ise Ebu Yusuf'la aynı görüşü paylaşmakla birlikte ödenecek tazminatı “erş” olarak isimlendirir. İsimlendirmeler farklı olsa da bizim için önemli olan, bu dört fıkıh bilgininin “bedene yönelik haksız fiiller neticesinde çekilen acı ve elem” maddi bir bedelle giderilmesi hususunda ittifak etmeleridir. Çünkü bu ittifakta anahtar sözcük niteliğindeki “elem” kavramı bizlere manevi zararların tazmini konusunda önemli ipuçları sağlamaktadır. Bu durumda;

1. Fiili bir müdahale olsun veya olmasın haksız yere insanın manevi şahsiyetinde meydana gelen ve onun acı çekmesine ve ruhen ıstırap duymasına sebep olan hiçbir söz ve davranış karşılıksız kalmamalıdır.

2. Manevi zarara sebebiyet veren suçluya teşhir, dayak, özür, şahitliği kabul etmeme gibi ta'zir cezası verilebilir. Ancak maddi bir bedel ödemeye mahkûm edilmesi kanaatimizce adalet ilkesine daha uygun görünmektedir. Bu bedel çekilen acı ve ıstırapların karşılığında bir tazminat niteliği taşıyorsa “hükümetü'l-elem” olarak isimlendirilir.

3. Hükümetü'l-elemi, haksız müdahalelerin neticesinde meydana gelen ve insan ruhunda acı ve ıstıraplara sebep olan bütün zararların malî bir bedelle giderilmesine teşmil edebiliriz. Bu anlamda iyileşen bir yaranın verdiği acılar “hükümetü'l-elem” gerektirdiği gibi korkutmanın, atılan bir tokadın, yapılan hakaretin, yanlış bir tedavinin, ismi kötüye kullanmanın, haksız rekabetin, olumsuz reklamın vb. insan ruhunda meydana getirdiği acılar ve üzüntüler de “hükümetü'l-elem” adı altında tazmine tabi tutulabilir.

4. Bir manevi tazminat türü olarak kabul ettiğimiz hükümetü'l-elemin miktarı naslarda belirtilmediği için takdiri hâkime bırakılmıştır. Hâkim, konunun uzmanlarından oluşacak bilirkişi raporlarına göre Şâri tarafından belirlenen erşten daha fazla olmamak kaydıyla ödenecek hükümetü'l-elemi takdir edebilir.