

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI  
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

102262

İSLAM HUKUKUNUN KLASİK  
KAYNAKLARINDA HAK KAVRAMININ  
ANALİZİ

(Doktora Tezi)

TC. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU  
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

102262

Hasan HACAĞ

Danışman  
Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İstanbul 2000

## KISALTMALAR

AJİSS	American Journal of Islamic Social Sciences
b.	İbn
bkz.	Bakınız
c.	Cilt
çev.	Çeviren
DEÜSBE	Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
DFHFM	Daru'l-funun Hukuk Fakültesi Mecmuası
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
EÜSBE	Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
HFSA	Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
İTA	İslam Türk Ansiklopedisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JSAI	Jerusalem Studies in Arabic and Islam
Md.	Madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜSBE	Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
öl.	Ölümü
sy.	Sayı
T.T.K	Türk Tarih Kurumu
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
Thk.	Tahkik eden
TMK	Türk Medeni Kanunu
tsz.	Tarihsiz
vd.	ve devamı
vb.	ve benzeri
yy.	Yayın yeri yok

# İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR .....	2
İÇİNDEKİLER .....	3
ÖNSÖZ .....	8
GİRİŞ .....	10
I- ARAŞTIRMA KONUSU VE METODU .....	10
II- KITA AVRUPASI HUKUKUNDA HAK KAVRAMI .....	15
A- HAKKIN KAYNAĞI PROBLEMİ .....	16
1- Ferdi Hukuk Doktrinleri .....	17
2- Sosyal Hukuk Doktrinleri .....	18
B- HAKKIN MAHİYETİ .....	18
1- Hakkı Kabul Eden Teoriler .....	19
a- İrade Teorisi .....	19
b- Menfaat Teorisi .....	20
c- Karma Teori .....	22
d- Diğer Teoriler .....	25
2- Hakkı İnkâr Eden Teoriler .....	26
a- Kelsen'in Teorisi .....	26
b- Duguit'in Teorisi .....	28
c- Diğer Teoriler .....	30

## BİRİNCİ BÖLÜM İSLAM HUKUKUNDA HAK KAVRAMI VE HAKLA İLGİLİ TEMEL SINIFLAMALAR

I- İSLAM HUKUKUNDA HAK KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI .....	33
A- HAK KAVRAMININ SÖZLÜK VE ÖZEL TERİM ANLAMLARININ ANALİZİ .....	35

1- Hakkın Sözlük Anlamlarının Analizi .....	35
2-Fıkıh Literatüründe Hak Kelimesinin Kullanıldığı Özel Terim Anlamları ve Bunların Analizi	38
<b>B- ÜST KAVRAM OLARAK HAK TERİMİNİN ANLAMI.....</b>	<b>47</b>
1- Üst Kavram Olarak Hak Tanımını Zorlaştıran Sebepler.....	48
2- Hakkın Terim Anlamının Literatürde Aranması.....	51
a- ‘Hakkullah ve Hakkulabd’ Kavramlarından Hareketle Hakkın Terim Anlamı.....	56
b- Kul Hakkı ve Allah Hakkı Terimlerinin Tahlili ve Unsurlarının Tespiti.....	57
c- Kul Hakkı-Allah Hakkı Terimlerinin Sübjektif Hak Kavramıyla Mukayesesi.....	61
3- Fıkıhta Sübjektif Hak Kavramının Tanımı .....	63
a- Sübjektif Hakkın Unsurları .....	64
aa- Maslahat Unsuru .....	64
aaa- Maslahatın Tanımı .....	64
aab- Hakkın Özüntün Maslahat Olmasının Anlamı .....	65
aac- Maslahat Unsurunun Belirsizlikten Arındırılması.....	68
ab- Hakkın Hukuk Düzeni Tarafından Korunması .....	70
4- Çağdaş Yazarların Hak Tanımlarının Analizi.....	71
a- Maslahat Unsuruna Ağırlık Verenler .....	71
b- İhtisas Unsurunu Ön Plana Çıkaranlar.....	74
c- Diğer tanımlar: .....	81
<b>C- İSLAM HUKUKUNDA HAK DÜŞÜNCESİN VARLIĞI VE HAK-GÖREV İLİŞKİSİ .....</b>	<b>82</b>
<b>D- HAK-HÜKÜM İLİŞKİSİ .....</b>	<b>89</b>
<b>II- HAKLARLA İLGİLİ TEMEL SINIFLAMALAR .....</b>	<b>93</b>
<b>A- ALLAH HAKKI-KUL HAKKI AYIRIMI.....</b>	<b>94</b>
1- Halis Allah Hakları .....	97
a- Kavram ve Tanım .....	97
b- Allah Hakkının Sınıflaması ve Hükümleri.....	100
aa- Sınıflaması.....	100
ab- Hükümleri ve Genel Özellikleri.....	102
2- HALİS KUL HAKLARI .....	106
a-Kavram ve Tanım .....	106
b-Sınıflaması ve özellikleri .....	108
3- Karma Haklar .....	110
a- Allah hakkının ağır bastığı haklar .....	111
b- Kul Hakkının Ağır Bastığı Haklar .....	112
4- “HUKUKU’L-AMME”- “HUKUKU’L-HASSA” AYIRIMI VE ALLAH HAKKI-KUL HAKKI AYIRIMIYLA İLGİSİ .....	114
5- ALLAH HAKKI KUL HAKKI AYIRIMININ FIKIH SİSTEMATİĞİNE ETKİSİ.....	116
<b>B- MALİ HAKLAR-BEDENİ HAKLAR .....</b>	<b>120</b>
<b>C- HAK-MİLK-İBAHA AYIRIMI.....</b>	<b>122</b>
1- Hak-Milk Ayırımı.....	122
2- Milk-İbaha Ayırımı.....	125

D- MÜTEKKİD VE MÜCERRED HAKLAR AYIRIMI.....	125
1- MÜTEKKİD HAKLAR.....	127
2- MÜCERRED/ZAYIF HAKLAR.....	128
3- SABİT, MÜTEKKİD VE TAM/KAMİL HAK AŞAMALARI.....	131
E) AYN'A VE ZİMMETE TAALLUK EDEN HAKLAR AYIRIMI.....	132

## İKİNCİ BÖLÜM İSLAM HUKUKUNDA AYNİ HAKLAR

I- POZİTİF HUKUKTA AYNİ HAK KAVRAMI.....	136
A- MALVARLIĞI HAKLARI İÇİNDE AYNİ HAKLAR .....	136
B- AYNİ HAK KAVRAMININ MAHİYETİ .....	136
1- Ayni Hakkın İç Muhtevası.....	137
2- Aynî Hakkın Dış Muhtevası: .....	138
C- AYNİ HAKKIN HÜKÜMLERİ .....	138
D- AYNİ HAK VE ALACAK HAKKI KAVRAMLARININ MUKAYESESİ.....	139
E- AYNİ HAK TÜRLERİ .....	141
1- Mülkiyet Hakkı.....	141
2- Sınırlı Ayni Haklar .....	141
F-AYNİ HAKLARIN KONUSU OLARAK EŞYA/MAL KAVRAMI.....	142
II- İSLAM HUKUKUNDA 'MİLK' KAVRAMI VE MİLK AYNİ HAK İLİŞKİSİ.....	144
A- MİLK KAVRAMININ TANIMI.....	144
1- Milk kelimesinin sözlük anlamı.....	145
2- Milkin Terim Anlamı.....	147
B- MİLK KAVRAMININ UNSURLARI.....	152
1- Eşya Üzerinde Mutlak Bir Tasarruf Kudreti (İç Muhteva).....	154
2- Herkese Karşı İleri Sürülebilme (Dış Muhteva): .....	158
3- Milk, Mülkiyet ve Aynî Hak Kavramlarının Mukayesesi .....	160
C- MODERN DÖNEM İSLAM HUKUKU ÇALIŞMALARINDA MİLK KAVRAMI .....	162
III-AYNİ HAKLARIN KONUSU OLARAK MAL/EŞYA KAVRAMI .....	165
A-HANEFİLERİN MAL İLE İLGİLİ TERİMLERİ: MAL VE MÜTEKAVVİM MAL.....	167
1- Mal Terimi.....	167
a- İnsanların bir ihtiyacını gidererek fayda temin etmesi (Örf unsuru).....	168
b- Fiziki müstakil bir varlığı olma unsuru.....	169
2- Müttekavvim Mal Terimi.....	170

3- Hanefi Mezhebinde Mal ve Mütakavvim Mal Olmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar .....	172
<b>B- CUMHURA GÖRE MAL KAVRAMI</b> .....	175
1-Mal Teriminin Tanımı .....	175
2-Muhterem Şey Terimi.....	177
<b>C-AYN-MENFAAT VE AYN-DEYN AYIRIMI VE MALVARLIĞI HAKLARI ALANINDAKİ ÖNEMİ</b> .....	180
1-Ayn Ve Menfaat Ayırımı .....	181
a) Hanefilerde ayn-menfaat ayırımı .....	183
b) Şafiiler ve Cumhurda ayn-menfaat ayırımı.....	185
2-Ayn-Deyn ayırımı.....	187
<b>IV- MİLK TERİMİNİN KAPSAM BAKIMINDAN TASNİFİ</b> .....	188
<b>A- MİLKÜ'L-AYN VE'L-MENFAA</b> .....	190
1-Terim .....	190
2-Hükümleri.....	193
<b>B-MİLKÜ'L-MENFAA BİLA AYN</b> .....	194
1- Terim: .....	194
2- Kapsamı .....	195
3- Temel Hükümleri ve Özellikleri .....	197
a- Ayn-Menfaat Denkliği İlkesi .....	197
b-Ayn-Menfaat Bağımsızlığı .....	199
4-Menfaatlere Malik Olma Yolları ve Milku'l-menfaa Türleri .....	200
<b>C- MİLKÜ'L-AYN BİLÂ MENFAA</b> .....	207
1-Tanım ve Hükümleri.....	207
2- Kuruluşu .....	208
<b>D- MİLKÜ'L-İNTİFAİ'L-MÜCERRED</b> .....	211
1- Tanımı ve Milku'l-Menfaa İle İlişkisi .....	211
2- Kavramın Tahlili: .....	213
3- Milku'l-intifa Türleri .....	215
<b>E- DİĞER MİLK TÜRLERİ</b> .....	219
1- Milku'n-nikah.....	219
2- Milku'l-kıyas.....	223
3- Milku'l-yed ve Milku'l-habs .....	224
4- Milku'd-deyn.....	226
<b>V- MİLKİN, VERDİĞİ YETKİNİN GÜCÜNE VE NİTELİĞİNE GÖRE AYIRIMI</b> .....	227

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM YARI AYNİ HAKLAR VE ALACAK HAKLARI

<b>I- YARI AYNİ HAKLAR</b> .....	234
<b>A- HAK-MİLK AYIRIMI VE YARI AYNİ HAK TERİMİ</b> .....	234
<b>B- YARI AYNİ HAK TÜRLERİ</b> .....	236
1- Hakku'l- Milk.....	236
a- Tanım ve Hükümleri.....	236
b- Türleri.....	238
2- Hakku't- Temellük .....	240
a- Tanım ve Hükümler .....	240
b- Türleri.....	242
3- Hakku'l-İhtisas .....	244
a- Tanımı ve Hükümleri.....	244
b- Türleri.....	247
4- Hakku't-Taalluk (Eşyaya Bağlanan Alacaklar).....	249
a- Tanımı ve Hükümleri.....	249
b- Türleri.....	253
5- Hakku'l-İntifa.....	256
<b>C- ÇAĞDAŞ YAZARLARIN HAK SEVİYESİNİ ALGILAYIŞI</b> .....	258
<b>D- İBAHA VE HAK TERİMİYLE İLGİSİ</b> .....	262
<b>II- ALACAK HAKLARI</b> .....	267
<b>A-KARA AVRUPASI HUKUKUNDA BORÇ İLİŞKİSİ VE ALACAK HAKKI TERİMİ</b> .....	268
1- Borç İlişkisi Terimi.....	268
2-Alacak Hakkı ve Niteliği .....	269
<b>B-İSLAM HUKUKUNDA ALACAK HAKLARI</b> .....	271
1- Fıkıhta Borç İlişkisi ve Milk'in İntikali.....	272
2-Deyn Terimi.....	279
3- Deyn Üzerindeki Hakkın Niteliği.....	280
<b>SONUÇ</b> .....	288
<b>BİBLİYOGRAFYA</b> .....	292

## ÖNSÖZ

İslam hukuku, İslam kültürü içinde teşekkül eden ilimler arasında önde gelen ve bu kültürü temsil etmeye en çok layık olan bilgi kollarından biridir. İslami ilimler içinde en fazla eser fıkıh alanında yazılmış ve bu alanda son derece zengin bir literatür ortaya çıkmıştır. Diğer yandan fıkıh İslamın doğuşundan sonra ortaya çıkan, Arap dil bilimleriyle aynı dönemde gelişen ve tamamen İslam kültürünün kendi dinamiklerinin ürünü olan bir bilim mahiyetindedir. Ebu Hanîfe'nin önderliğindeki grubun faaliyetleriyle başlayarak büyük bir gelişme gösteren fıkıh çalışmaları İslam kültürünün orijinal ürünlerinden biri olarak kendini ilim dünyasına sunmuştur.

İslam tarihi boyunca gelişen geleneği geçirdiği süreçlerden sonra yerini artık modern dönem İslam hukuku çalışmalarna bırakmış ve akademik araştırmalara konu olmuştur. Bu fıkıh geleneğinin ve bunları barındıran literatürün akademik anlamda iki açıdan önem taşıdığı söylenebilir: Birincisi, İslam hukukunun kaynaklarında işlenen hukuki meseleler, teoriler, kavramlar ve geliştirilen müesseselerin güncel önemleri halen devam etmektedir. Zira İslam Hukuku dünyanın değişik yerlerindeki hukuksal süreçlerde belirli oranlarda bir başvuru kaynağıdır. İkinci olarak bu güncel öneminin ötesinde bilimsel bir ürün olması sebebiyle ilmi ve tarihi değeri her zaman için ortada durmaktadır. Bundan dolayı bu geleneğin ilmi ve tarihi değerini ortaya çıkarmaya çalışarak, bu gayeyle onun kavramsal yapısını, dil örgüsünü ve metodunu analiz eden araştırmalar oldukça önemlidir. Zira İslam hukukunun zengin literatürü içinde ele alınan konular, üretilen terimler ve teorilerle bütün bir sistem olarak sahip olduğu ilmi değerini ortaya çıkarılması, bu şekilde bir metotla mümkün olabilir. Bu



yüzden ilk tür çalışmaların da sağlam temellere oturması açısından bu tarz çalışmaların önemi ve bunlara duyulan ihtiyaç kendini ortaya koymaktadır.

Burada yapmaya çalıştığımız fıkhıdaki hak kavramını analiz etmek ve bu yolla fikhın kavramsal örgüsünü ve bu örgünün arkasındaki hukuk düşüncesini daha iyi görebilme imkanı sağlamaktır. Hak konusu böyle bir amaç için oldukça uygundur. Zira Hukuk ilminin ana konusu şahısların sahip olduğu haklardır. Haklar hukukun objesi; şahıslar ise süjesidir. Hak kavramının analiz edilmesi özel hukukun esasını oluşturan medeni hukukun omurgasının da ortaya çıkmasını temin edecektir. Ancak bu önemine rağmen, hakların mahiyeti ve bütün bir özel hukuk alanındaki hak kavramının sınıflandırılması çağdaş çalışmalarda ihmal edilmiş, hatta konuyla ilgili en esaslı kavramların anlaşılmasında zaman zaman önemli hatalar yapılmıştır. Gerçekten de çağdaş fıkıh çalışmalarının bu derece esaslı bir kavramı belirgin bir şekilde analiz etmeden, mahiyetini ve sınıflandırmasını ortaya koymadan yürütmesi ciddi bir eksikliklerdir. Bu yüzden bu araştırma çağdaş İslam hukuku açısından incelenmesi geç kalmış bir konuyu ele almakta olup bu alandaki çalışmaların hareket noktası olması gereken bir kavramı analiz etmektedir.

Çalışmamızı, klasik fıkıh kitaplarının özel hukuka ağırlık vermesi ve hak ile ilgili temel kavram ve teorilerin özel hukuk içinde oluşması dolayısıyla bu hukuk alanı ile sınırladık. Ayrıca özel hukuk alanındaki temel kavramsal mekanizmanın şahıs varlığı haklarından ziyade malvarlığı hakları ekseninde odaklandığını tespit ettiğimizden çalışmamızda malvarlığı haklarına ağırlık vermek durumunda kaldık.

Gerek bu çalışmamda ve gerekse bütün akademik araştırmalarımda destek ve ilgisini esirgemeyen danışman hocam sayın Prof.Dr. İbrahim Kâfi Dönmez Bey'e şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca tezin belirli bir döneminde danışmanlık yapan hocam sayın Prof. Dr. Ali Bardakoğlu Bey'e ve kendilerinden istifade ettiğim bütün hocalarıma teşekkür ediyorum. Ayrıca yıllardır birlikte çalıştığımız oda arkadaşlarıma ve tezin müsveddesini okuyarak bu çalışmaya katkıda bulunan Sami Erdem'e ve sevgi ve minnettarlığımı sunuyorum.

**Hasan Hacak**

Üsküdar-2000

# GİRİŞ

## I- ARAŞTIRMA KONUSU VE METODU

Bu çalışmanın amacı klasik kaynaklarına dayanarak İslam hukukunun genel teori ve karakteristiğinin önemli bir göstergesi olması bakımından hukukun en temel kavramlarından biri olan hak kavramının analiz edilmesiyle tanımının, türlerinin ve teorik çerçevesinin ortaya konulmasıdır. Hak konusu burada mülkiyet, rehin, evlilik gibi hukukun belirli bir alanını oluşturan bir müessese olarak incelenmeyecektir. Bu yüzden bu çalışma bütün bir özel hukukun temel kavramı niteliğindeki hak kavramını analiz etmeyi hedeflemektedir. Bu şekilde özel hukukun ve temelde de malvarlığı hukukunun teorik iskeleti ve kavram örgüsü ortaya konmuş olacağı gibi fıkıhın genel yapısı, dili, metodu vb. ile ilgili somut verilere dayanan bazı genel sonuçlara ulaşılması mümkün olabilecektir.

Bu araştırma, hak teorisini öncelikle furu-ı fıkıh kaynaklarını esas alarak incelemektedir. Bu yüzden araştırma alanımız daha çok özel hukuk ile ilgili olacaktır. Zaten klasik fıkıh kitapları da ağırlıklı olarak özel hukuk ile ilgilenmektedir. Bu yüzden Kamu hukuku ile ilgili haklara ilk bölümde genel olarak temas edilmekle birlikte esas olarak özel hukuk alanındaki haklar incelenecektir. Diğer taraftan özel hukuk içinde hak ile ilgili en temel terimler malvarlığı alanında ortaya çıktığı için araştırmamızda malvarlığı haklarına ağırlık verilecektir.

Araştırma konusunu belirli bir dönemin ya da mezhebin kaynaklarıyla sınırlayarak incelemek yerine, dört büyük sünni mezhebin fıkıh literatürü genel olarak incelenmiştir. Kanaatimizce çalışmayı belirli bir dönem ya da belirli birkaç

kitap ile sınırlamayı gerektirecek bir sebep yoktur. Zira burada hedeflenen genel olarak hak kavramıdır. Hak kavramı ve türleri birbirine yakın dönemlerde yazılmış bir kaynaktan öbürüne çok fazla değişiklik gösterebilecek bir konu değildir. Detay bir konu olmaktan çok hukukun ana iskeletini ve bir doktrinin ana eğilimini yansıtmaktadır. Bu yüzden aynı doktrin içindeki iki ayrı müellifin, birbirinden belirgin farklar taşımasından çok, kavramları kullanmakta birinin diğerinden daha dikkatli olduğundan bahsedilebilir. Bunun ötesinde fıkıh tarihinin imkanlar ölçüsünde genelini belirli köşetaşı eserleri temel alarak incelemek daha verimli ve sağlıklı sonuçlara ulaşmamızı sağlayacak, doktrin ve kavram üretimindeki gelişme çizgisini ortaya çıkarmamızı kolaylaştıracaktır. Hak konusunu klasik döneme ait eserler çerçevesinde incelediğimizden doğrudan bu eserler ele alınmış, çağdaş İslam hukuk araştırmalarında konuyla ilgili ortaya konulan neticeler, öncelikle bu kaynaklar açısından sağlaması yapılmadan bir hareket noktası olarak kabul edilmemiştir.

Çağdaş çalışmalara bakıldığında hak, milk, mal, ayn, deyn vb. kavramlar aslında temel birçok eserde ele alınmış olmakla birlikte genel olarak hak kavramının ya da herhangi bir hak türünün mahiyetini tahlil eden araştırmalar oldukça azdır. Buna bağlı olarak fıkıhın orijinal teorileri tam olarak ortaya konulamamış; hatta ilerde belirteceğimiz sebeplerden dolayı çok temel bazı orijinal kavram ve teoriler, batı hukukuna kolaycı benzetmeler ve cüzi benzerliklere dayanılarak yapılan genellemeler dolayısıyla yanlış anlaşılmış ve bunları esas alan sonraki araştırmaların önu adeta tıkanmıştır. İslam hukuku araştırmacıları yaptıkları çalışmalarda klasik literatürün zengin ve teknik ayrıntılı kavramlarını net bir şekilde birbirinden ayırma noktasındaki güçlüğü bütünüyle aşabilmiş değildir. Bunu literatürde hakim çalışmaları izleyerek anlayabiliriz. Mezheplerin terminolojisinin birbirinden yer yer farklılaşması ve klasik kaynaklardaki temel kavramların her zaman açık olarak tanımlanmayışı gibi problemler bu kaynakların net olarak anlaşılmasını engellemektedir. Bu yüzden hak konusyla ilgili analitik bir çalışmaya ihtiyaç vardır. Atılması gereken ilk adım tek bir hak türünden önce hukukun tümünü kapsayan bir çalışmayla hakları bir bütün olarak tahlile tabi tutmaktır. Mülkiyet, şuf'a, alacak hakkı vb. özel hak türlerinin ele alınması ve incelenmesi ancak haklarla ilgili böyle bir bütüncül analizin yapılmasına bağlıdır.

Bu çalışmamızda hak kavramını pür hukuk felsefesi problemi olarak ele alacak değiliz. Burada yapılacak olan klasik kaynaklarda hak konusunun ele alınışını hukuk dogmatigi ve tekniği bakımından ortaya koymaktır. Zira hak kavramı gibi üst bir kavramın, özel hukuktaki temel hak tiplerinin ve genel anlamda hakkın tam bir analizi yapılmadan hukuk felsefesi açısından tartışılması mümkün değildir. Bu sebeple öncelikle hakkın hukuk tekniği açısından incelenmesi ve fikhın orijinal teori ve kavram örgüsünün ortaya konması gerekmektedir. Fıkıhtaki hak kavramının hukuk felsefesi açısından incelenmesi ise ancak bu temel üzerine oturtulabilecek bir faaliyettir. Ancak bununla birlikte burada hakkın hukuk felsefesi anlamında ele alınmasına bir kapı da açılmış olacaktır. Zira fikhın hak konusundaki temel önermelerinin belli başlılarını çalışmamız boyunca ortaya çıkarmış olacağız.

Böyle bir konunun klasik kaynaklarda ele alınması tabii olarak birtakım güçlükleri taşımaktadır: Öncelikle araştırma, özel hukuk alanındaki hak kavramı üzerinde yoğunlaştığından bütün bir özel hukuk ve bilhassa özel hukukun en teknik iki alanı olan borçlar ve eşya hukukunun temel kavramlarının ve ana meselelerinin incelenmiş olması gerekecektir. Klasik furu eserlerinin birçok bölümü bu iki hukuk dalı ile alakalı olduğundan çalışma alanımız genişlemektedir. Ayrıca hak tanımları ve Allah hakkı-Kul hakkı ayırımı bir usul konusu olarak hüküm bahsinde ele alındığından usul-i fikh literatürü de incelenecektir. Çalışma alanının genişlemesinin dışında ikinci güçlük de fikhın dili ve metodundan kaynaklanmaktadır. Fikhın genel yapısı içinde net bir kavram birliği olmadığı gibi bu tür konuları izah için geliştirilen kavramlar oldukça detaylıdır ve konunun anlaşılmasını güç hale getirecek teferruat içermektedir. Bu durum hukukun en temel kavramlarını tanımlamayı da zorlaştırmaktadır. Bu zorluklara herhangi bir kavram çalışmasının yüzyüze olduğu genel zorlukları da ilave edebiliriz.

Fikhın bazı karakteristikleri kavram çalışmasını zorlaştırmaktadır. Bu özelliklerden birisi İslam hukukunun, dinî, hukuki ve yer yer ahlakî alanları aynı üslup ve kavramlarla ortak bir bilgi alanı içinde ele almasıdır. Bu durum hukuki kavramların delalet alanını genişlettiği için kavramların tanımını zorlaşmakta ya da ortaya kavramın mahiyetini anlamaya pek de yardımcı olmayan çok genel tanımlar çıkmaktadır. Özellikle de hukukun geneline ait dil örgüsüne, bu çalışmada ele alınan mali muamelat (Eşya ve Borçlar hukuku) konularının hakim olduğu düşünülürse bu zorluk kendini daha iyi hissettirir. İkinci sebep ise kölelik hukukudur. Köle mal

hükümünde olmasına rağmen bir insandır. İnsan olması dolayısıyla evlenebilir, kölelikten kurtulmak için sahibiyile anlaşma yapabilir. Sahibinden çocuğu olan cariye hürriyetine kavuşur vb. Kölenin bütün bu hukuki ilişkilerdeki değişik statüleri kölelerin haklarının mahiyeti ile ilgili olarak ortaya yeni kavramların çıkmasına yol açmıştır. Zira köleler hükmen mal olsalar da gerçekte bir insan olduklarından bu hal onların hukuki durumlarını, normal insanlardan da, normal mallardan da farklı kılmıştır. Kölelik hukukunun ortaya çıkardığı meseleler fikhın hemen hemen her alanında kendini gösterir. Nikah ve talak konularında köle ile evlenilmesi, istilad mevzuu, mukatep kölenin cariyesi ile efendisinin ilişkisi, farklı durumlarda nesebin tesbiti vb. hükümler; ceza hukukunda kölenin işlediği müessir fiil ve öldürme fiilleri vb. detaylı teknik ayırmalara gidilmesini gerektiren etkenlerdir. Genel zorlukların üçüncüsü de fikhın metodundan kaynaklanır. Klasik fıkıh kitapları parçacı düşünen, genel ve külli kavramlara ulaşmadan analogik seviyede ve kazuistik fıkıh yapan bir metodu esas almaktadır. Son bir husus olarak İslam hukukunun, Batı hukukunun son bir kaç asırdır genel olarak bilim ve sosyal bilimlerin metodunun hukuk alanına girmesiyle gelen teorik gelişim ve dönüşümü yaşamamış klasik bir hukuk doktrini olduğu hatırlanmalıdır. Tüm bu sebeplerle hak kavramı gibi soyut bir üst kavramın mahiyetini ve tanımını belirlemenin güçlüğü ortadadır.

Bu çalışma genel eğilim olarak klasik kaynaklardaki hak anlayışını tasvir etmeye çalışmakla birlikte temelde analitik ağırlıklıdır. Zira hukukun en temel kavramlarından olan hak kavramının sadece tasviri bir yolla ortaya konulmasını imkansızlaştıran bazı nedenler vardır. Her şeyden önce klasik fıkıh kaynaklarının konu sistematigi günümüz pozitif hukuk incelemelerinde olduğunun aksine doğrudan hak kavramının soyut tanım ve tasnifi üzerine kurulmadığı için bu konuyla ilgili tasvirlerde bulunmak önce ciddi analizlerin yapılmasını gerektirmektedir. Konu, temel kaynaklar gözden geçirilip analize tabi tutulmadan tasvir edilemeyecek kadar birbiri içine giriktir ve bellirli bir teorik açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu yüzden öncelikli olarak hak kavramının özünü ve özel hukukla ilgili sınıflandırmalarını böyle bir analitik çalışma yapmadan ortaya çıkarmak mümkün değildir.

Çalışmamız boyunca İslam hukukçularının hukuki olayları tahlilleri sonucunda ve özellikle de hak kavramı bağlamında ürettikleri kavramlarla Kara Avrupası hukuk sisteminde aynı konularla ilgili geliştirilen kavramlar arasında mukayeseler yapmaya çalışacağız. Bu durum, batı hukukunun soyut metodu ile daha çok işlenmiş ve daha

ince analizlere ulaşılmış kavramlarından istifadeyle İslam hukukundaki kavram örgüsüne dışarıdan bakma imkanı verdiği gibi fıkhın kavramlarını kendi özgünlüğü içinde değerlendirebilmeyi de kolaylaştırmaktadır. şöyleki fıkıh parçacı düşünene, mahiyetlerden çok hükümleri araştıran ve eşyayı onu oluşturan en küçük birimlere kadar soyutlayan bir bilgi alanı içinde<sup>1</sup> üretilmiş olduğundan hukukun en üst kavramları ve bunların mahiyetleri ilk planda tartışma konusu yapılmaz, araştırılmaz. Bu, fıkhın temel ve nihai bir gayesi olmadığından bu kavramlar üzerindeki belirsizlikler çok önemli görülmez. Önemli olan ele alınan tek bir meselenin çözümü ve hükmünün belirlenmesidir, mahiyetinin değil. Bu yüzden araştırmacı için fıkhın dağınık hükümlerinin arkasındaki ana ilkelerin ve kavramsal örgünün gerçek mahiyetinin kavranması zor bir iştir. Fıkıhta önemli olan külli olan değil tikellerdir. Kara Avrupası hukuk düşünencesi ise genel düşünce mekanizmalarının bir uzantısı olarak içe külli ve en üst kavramlardan başlar. Bu kavramların mahiyetlerini netleştirmeye çalışır. Bundan sonra tikel olaylara doğru iner.

Ancak İslam hukuku ile Kara Avrupası hukuku arasında birtakım kavramların mukayesesini yaparken birbirine benzer ya da aynı gibi görünen kavramlar arasında prensip olarak ayniyet ilişkisi kurmak yoluna gitmemek gerekir. Yani batı hukukundaki bir kavramın İslam hukukundaki herhangi bir kavramın aynısı olduğunu ya da bu iki kavramın mahiyet ve kapsam bakımından birbirine bütünüyle eşit olduğunu öne sürmek sakıncalıdır. Çünkü İslam hukukunun mekanizma ve düşünüş biçiminin batı hukukundan farklı olması sebebiyle ele alınan benzer kavramların mahiyet ve kapsam bakımından tamamen aynı olmaları kural olarak mümkün değildir. Bu sebeplerden dolayı İslam hukuku kavramları ile batı hukuku veya başka bir hukuk sisteminin kavramları arasında böyle bir eşitlik ya da aynilik ilişkisi yerine bir paralellik ya da denklik ilişkisi kurulmalıdır. şöyleki ele alınan fıkhî bir kavramın, batı hukukunda aynı olay ya da hukuki durumu izah için geliştirilen kavrama paralel olduğundan ve bu iki kavramın fonksiyonları bakımından denk olduğundan bahsedilebilir. İncelediğimiz kadarıyla çağdaş İslam hukuku yazarlarının geneli çoğu kere bu paralellik ilişkisi yerine bir eşitlik ilişkisi kurmaya çalıştığı için bazı fıkıh terimleri orijinal kapsamları daraltılarak ya da genişletilerek gerçek mahiyetlerinden farklı bir şekle büründürülmüştür. Bu çalışmamızda iki

---

<sup>1</sup> İslam hukukunun, kelam ve Arap Dili ilimleri ile birlikte “beyan bilgi alanı” adı verilen ortak bir bilgisel alana bağlı olduğu ve ortak bir metod ve dünya görüşüne sahip olduğuna dair bkz. Cabiri, *Arap-İslam Kültürünün Akıl Yapısı*, s. 17-18; 226-230.

hukuk sistemi arasında benzerlik arayışı gayesinde olmadığımız, aksine fihkî kendi özgünlüğü içerisinde ele almaya gayret ettiğimiz dikkate alınmalıdır.

## II- KITA AVRUPASI HUKUKUNDA HAK KAVRAMI

Hak kavramı genel olarak tüm hukukun ve bilhassa özel hukukun odak noktası ve en önemli kavramıdır. Özel hukuk birbirine eşit sùjeler arasındaki hukukî ilişkileri düzenler ve sùjelerden bir kısmına diğerklerine karşı ya da bir eşya üzerinde haklar verir: Mùlkiyet hakkı, irtifak hakkı, rehin hakkı, alacak hakkı, mirasçı olmak hakkı gibi. Hakkı inkar eden görüşlerin varlığına rağmen günümüzde hakim olan görüş hakkın hukuk için vazgeçilmez bir kavram olduğudur.<sup>2</sup> Hukuk hayatında hakların kazanılması, devredilmesi, kaybedilmesi ve kapsamı gibi konular önemli yer tutar. Kamu hukukunda da bir çok hak türü ile karşılaşırız.

Genel olarak şahıslara hukuk tarafından tanınmış yetkileri ifade eden<sup>3</sup> hak kavramının mahiyeti ve tanımı ile ilgili son bir kaç yüzyıl içinde geniş tartışmalar yapılmıştır. Bunun öncesinde batı hukuklarında bu konuda ciddi bir literatür yoktur. Roma hukuku daha çok hukukun pratik yönüyle ilgili olduğundan hak kavramının mahiyeti gibi soyut hukuk problemleriyle uğraşmamıştır.<sup>4</sup> Değişik hak türleri baştan beri hukukta mevcut olsa da bunların belirli bir sistematik içinde sınıflandırılıp mahiyetinin tartışılması ancak çağdaş diyebileceğimiz teorilerde yapılmıştır.<sup>5</sup>

Hak kavramının hukuk açısından öneminin diğerk bir göstergesi olarak değerlendirilebilecek bir husus da Latince ve birçok Avrupa dilinde hukuk ve hak kavramlarına karşılık sadece bir tek kelime olmasıdır. Fransızca “*droit*”, Almandaca “*recht*”, İtalyancada “*diritto*”, İspanyolcada “*derecho*” kelimeleri hem hak, hem hukuk sistemi mânâsına gelir.<sup>6</sup> Bu durumun kökeni Latincedeki “*ius*” kelimesinin hak ve hukuk şeklinde iki anlamı olmasına kadar dayanır. Bu yüzden “*ius*” kelimesinin bu dillerdeki karşılığı olan “*droit*” ya da “*recht*” kelimesi

<sup>2</sup> Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 94; Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 204; Sungurbey, “*Hak Nedir*”, HFSA, s.151, 152-159; Ayrıca Bkz. Güriz, “*Hak Kavramı*”, HFSA, s. 134-135; Göğerk, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 112.

<sup>3</sup> Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 204; Özyörtük, *Hukuka Giriş*, s. 32

<sup>4</sup> Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 204,

<sup>5</sup> Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, 205.

<sup>6</sup> Pennigton, “*The History of Rights*”, Emory Law Journal, s. 237; Ayrıca Bkz., Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, s. 78; Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 94; Özyörtük, *Hukuka Giriş*, s. 32; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 239; Umut, Roma Hukuku, s. 26. İngilizce bu husustan istisna edilse bile (hak olarak *right*, hukuk olarak *law*) hukuk sistemi anlamına gelen “*law*” kelimesinin klasik sözlüklerdeki anlamlarından biri de haktır. Pennigton, s.238.

kullanıldığında hak mı yoksa hukuk mu kastedildiğini ifade etmek için objektif ve sübjektif sıfatlarının kullanılması yaygınlık kazanmıştır. Fransız hukuk dilinde, hakkı ifade için “droit subjectif”; hukuku ifade için de “droit objectif” terimleri kullanılır. Alman hukuk dilinde de aynı şekilde hukuk için “objektives recht”; hak için ise “subjektives recht”<sup>7</sup> ya da kısaca “recht” terimleri kullanılır.<sup>8</sup> Bu durum hakkın mahiyetini ve kaynağını araştırmanın sonuçta hukukun mahiyetini araştırmak anlamına geldiğini ve ikisinin tek bir ana esasa indirildiğini ifade eder. Gerçekten de batılı hukuklardaki hak kavramı üzerindeki tartışmalarda bu husus sürekli olarak kendini hissettirir. Zira bu anlamda inceleme konusu olan -objektif ya da sübjektif oluşu ilk planda göz ardı edilerek- doğrudan “droit” ya da “recht” kavramlarıdır.<sup>9</sup>

Türk hukuk doktrininde de hak kavramının mahiyetiyle ilgili tartışmalarda uzun süre objektif hak/haklar ve sübjektif hak/haklar kavramları kullanılmıştır. Ancak belirli bir dönemden sonra Türk hukukçular yerinde bir tavırla hakkın zaten sübjektif; hukukun da objektif olduğu mütalaasıyla hak ve hukuk kavramlarına bu vasıfları eklemenin Türk hukuk dili açısından gereği olmadığını ve bunun doğru bir kullanım olmadığını ileri sürmüş olmalarına rağmen hak ile hukuk arasındaki bu içiçelik sebebiyle hakkın mahiyetiyle ilgili batı hukukundaki tartışmaları aktarırken yine de objektif ve sübjektif sıfatlarını kullanmak adeta kaçınılmaz olmuştur.<sup>10</sup>

Burada hak kavramının mahiyeti özellikle Kara Avrupası hukuk sisteminde geliştirilen teoriler ışığında ele alınacaktır. Hukukçular bir çok ana kavramların tanımında hâlâ bir fikir birliğine varabilmiş değildir. Ancak bu durum işin tabiatından kaynaklanmaktadır. Hak kavramı gibi özlü ve derin kavramları tarif etmek her zaman zor bir iş niteliğindedir. Burada, hakkın kaynağı ve mahiyeti ile ilgili teoriler incelenerek hakkın kabul edilebilir bir tanımına ulaşmaya çalışılacaktır.

<sup>7</sup> Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 204;

<sup>8</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 32. Jhering, hukuk kelimesinin objektif ve sübjektif hukuk olmak üzere iki anlamı olduğunu belirterek bunları şöyle tanımlar: “Objektif anlamda hukuk, devlet tarafından uygulanan hukuk kurallarının tümü, yasama faaliyeti düzenidir. Sübjektif manada hukuk ise soyut kuralların, kişinin ilgili olduğu somut hukuk alanına uygulanmasıdır.” Bkz. *Hukuk Uğruna Savaş*, s. 9.

<sup>9</sup> Bkz. Aarsal, *Hukukun Umumi Esasları*, s. 34.

<sup>10</sup> Mesela Velidedeoğlu, yalın haliyle hak ve hukuk kavramlarını kullanacağını söylediği halde (s. 204) hakkın mahiyeti ile ilgili tartışmalarda böyle davranmamıştır. *Türk Medeni Hukuku*, s. 205-207. Özyörük de objektif ve sübjektif sıfatlarını Türk hukuk dilinde kullanmanın lüzumsuz olduğunu söylerken bu hatanın yaygınlığından bahseder. Ancak kendisi de bu sebepten dolayı bu terimleri sıklıkla kullanır. Bkz. *Hukuka Giriş*, s.32, 202 vd.



## A- HAKKIN KAYNAĞI PROBLEMİ

Hakkın kaynağının ne olduğu konusunda ileri sürülen görüşler büyük oranda sahibinin dünya görüşü doğrultusunda geliştirilmiştir. Buradaki temel problemlerden biri sübjektif hakların objektif haklardan (hukuk) önce var olup olmadığı yani bu ikisi arasındaki öncelik sorunudur. Ayrıca hakkın kaynağı hususunda ortaya konulacak teori, aynı zamanda hukukun da kaynağını ifade etmiş olacaktır. Bu problemde tabii hukukçular ve onlar gibi düşünenler, sübjektif hakların objektif haklardan önce var olduğunu, objektif hakların sübjektif hakların kaynağı ve ona vücut veren unsur olmadığını sadece onu düzenlemekte olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>11</sup> Pozitivizmin etkisinde kalan hukukçular ise hakkın ve onun karşılığında görevin kaynağının kanun koyucunun iradesinden başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir. Bunun dışında hak kavramının metafizik ve varsayımsal olduğu iddiasıyla tümüyle reddedildiği teoriler de mevcuttur.

Fransız hukuk bilgini Leon Duguit, sübjektif hak kavramını temelden reddetmekle beraber onun kaynağı -ve dolayısıyla objektif hakların kaynağı- hakkındaki görüşleri iki grupta toplamaktadır: A) Ferdi ya da Sübjektivist Hak/Hukuk Doktrinleri; B) Sosyal ya da Objektivist Hak/Hukuk Doktrinleri.

### 1- Ferdi Hukuk Doktrinleri

Bu doktrinlere göre insan dünyaya birtakım haklarla beraber gelir. Bunlar onun "ferdî tabii hakları"dır. Bu haklara sahip olmak için ferdin toplum içinde yaşıyor olması da gerekli değildir. Bunlar onun maddî ve manevî her türlü ihtiyacını gidermek, maddî ve manevî bakımlardan gelişmesi için serbestçe faaliyette bulunma hakları, veya hürriyetleridir. Fertler birbirlerinin bu hak ve hürriyetlerine saygı göstermek ve onları çiğnememekle yükümlüdür. Zira herkes her istediğini istediği şekilde yapabilmek hususunda hudutsuz bir serbestiye sahip olursa, bir ferdin diğer bir ferde ait hak ve hürriyetleri ihlâl etmesi kaçınılmaz olur. O halde ferdî hak ve hürriyetlere, bizzat bu hak ve hürriyetlerin muhafazasını ve onlardan serbestçe istifadeyi temin için sınırlar çizmek gerekir. İşte, objektif hukuk kaidesi bu gereklilik sonucunda ortaya çıkmıştır. Hukukun fonksiyonu, hak ve hürriyetler yaratmak değil, hak ve hürriyetlere, yine bunların korunmasını sağlayacak sınırlar çizmektir.

<sup>11</sup> Güriz, "Hak Kavramı", HFSA, s. 135, 149.

Bu duruma göre sınırsız bir yetki asıldır. Hukuk kaidesi ancak yapılmaması gereken hareketleri, kazanılması mümkün olmayan yetkileri, yüklenilemeyecek görevleri belirtmekte yetinmelidir. Dolayısıyla ferdin sübjektif haklarının kaynağı ve dayanağı da doğal olarak onun esasen sahip bulunduğu ferdi tabii haklara sınır çizecek olan hukuk kuralları olamaz.

## 2- Sosyal Hukuk Doktrinleri

Bu doktrinlerdeki ana fikire göre toplumdan önce hukuk olamayacağı için insanların tabii ferdi haklarından da bahsetmeğe imkân yoktur. İnsan hukukla ancak toplum içinde temas gelir. Hukuk sosyaldır. Sosyal hayata kavuşmamış, toplumun üyesi olmamış bir insan için objektif hukuk gibi, sübjektif hak da sözkonusu olamaz. Toplum halinde yaşamayan insanın hiç kimseye karşı hakkı olamaz. Sübjektif hak ve objektif hukuk sosyal kurumlardır ve ancak sosyal ortamda mevcut ve yürürlüktedir. İnsan da sosyal bir varlıktır; ancak toplum halinde yaşayabilir ve ancak toplum içinde hak sahibi olabilir.

Sosyal hayatı düzenleyen en güçlü kurallar hukuk kurallarıdır. Sosyal hayatın mümkün olabilmesi, devam edebilmesi için insanların ne şekilde davranacaklarını, birbirleriyle münasebetlerinde nasıl hareket edeceklerini, nelerden kaçınıp neleri yapacaklarını, yani kısaca birbirlerine karşı hak ve görevlerini hukuk kuralları belirler. O halde, sübjektif hakkın kaynağı toplumun dışında veya öncesinde değil, toplumun içinde ve objektif hukuk kaidelerinde aranmalıdır ve oradadır.<sup>12</sup>

## B- HAKKIN MAHİYETİ

Sübjektif hakkın mahiyetini aydınlatmak ve onun için bir târif ortaya koymak konusunda değişik teoriler ileri sürülmüştür. Bunlar arasında en önemlileri irade ve menfaat teorisi şeklinde karşımıza çıkan iki teoriyle bu ikisinin uzlaştırılması ile oluşan karma teoridir. Karma teorinin hukuk dünyasında halen hakim konumunu sürdürdüğü söylenebilir. Hakkı inkar eden teorilerden en önemlileri ise Duguit ve Kelsen'e ait olup sübjektif hak mefhumunun tamamen ret ve inkârına matuf bulunmaları itibariyle hukuk düşüncesinde yeni bir yaklaşımı temsil eder.

---

<sup>12</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 206.

## 1- Haklı Kabul Eden Teoriler

### a- İrade Teorisi

İrade teorisinin ilk öncülerinden birinin Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) olduğu söylenebilir. Savigny'ye göre hak bir kişiye ait irade kudretinden başka bir şey değildir.<sup>13</sup>

İrade teorisinin en önemli ve güçlü temsilcisi Alman hukuk bilgini Windscheid'dir<sup>14</sup>. Buna göre subjektif hak, hukuk tarafından verilmiş bir irade iktidarı (*willensmacht*) ya da bir irade hâkimiyeti (*willensherrschaft*) dir.<sup>15</sup> Çok sayıda hukukçu, içeriği bazen değişmekle beraber irade teorisini benimsemiştir.<sup>16</sup> Bu teori Alman hukuk hayatında bu gün dahi etkinliğini sürdürmektedir.<sup>17</sup>

Windscheid'a göre subjektif haklar iki kategoride toplanır. Birinci kategori subjektif haklar, irade sahibinin hareket ve fiillerine karşı gelen diğer şahısları belirli bir davranışta bulunmaya zorlamak iktidarındır. Objektif hukuk, bu irade iktidarına sahip olan şahsı bu iktidarına karşı koyan şahıs aleyhine hukuk yollarına müracaat edip etmemekte serbest bırakmıştır. Bu hukuk kuralının uygulanması için esas ve temel olan yetki hak sahibindedir. Başka bir deyişle hak sahibi hukuk kaidesinin hükmünü bilkuvve/potansiyel halden fiili hale çıkarmakta serbesttir. Bu durumda (objektif) hukuk subjektif hakka dönüşür.<sup>18</sup>

İkinci yani irade hâkimiyeti mânâsında subjektif hak ise, hak sahibinin hakları üzerinde tasarruf etmesidir. Hak sahibi mevcut haklarını değiştirmek, azaltmak, ortadan kaldırmak iktidarına sahip bulunduğu gibi yeni haklar meydana getirmek iktidarına da maliktir.<sup>19</sup> "Mâlik mülkünü satmak hakkına sahiptir" kuralı ikinci manada bir subjektif haktır. Zira burada hak sahibinin iradesi ilk kategorideki gibi

<sup>13</sup> Güriz, "Hak Kavramı", HFSA, s. 135,

<sup>14</sup> Yörük, Hukuk Felsefesi Dersleri, s.234.

<sup>15</sup> Sungurbey, "Hak Nedir", HFSA, s. 153; Özyörük, *Hukuka Giriş*, s.207; Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku*, s. 205.

<sup>16</sup> İrade teorisinin temelinde XIX. yüzyıl hukuk düşüncesinde etkili olan tabii hukuk anlayışı yatmaktadır. Tabii hukuk bu anlamda hukukun gayesini hürriyetlerin korunmasında görmekte ve subjektif haklar hukuk düzeni tarafından korunmuş hürriyetlerin bir kısmı olarak görmektedir. Daha sonra bu düşünceye XIX. yüzyıl felsefesinin de etkisiyle irade kavramı ilave edilmiştir. Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 95; Bkz. Sungurbey, "Hak nedir", HFSA, s. 152-3; Tabii hukuka göre bütün hakların temelini hürriyetler/özgürlükler olduğuna dair bkz. Güriz, Age, "Hak kavramı", HFSA 149; Arsal da eserinde bu fikri açıkça savunur. Bkz.Hukukun Umumi Esasları, s. 34-35.

<sup>17</sup> Güriz, Age, "Hak kavramı", HFSA 136.

<sup>18</sup> Yörük, Hukuk Felsefesi Dersleri, s. 234.

<sup>19</sup> Yörük, Hukuk Felsefesi Dersleri, 234

başkalarını belirli davranışlara sevketmemekte, sadece bu ilk manadaki hakları doğurmaktadır.

İrade teorisi değişik yönlerden güçlü eleştirilere uğramıştır. Buna göre iradenin hakların cevheri olduğu doğru değildir. Zira bir hak mirasta olduğu gibi hak sahibinin iradesi olmaksızın ve ondan müstakil olarak da var olabilmektedir.<sup>20</sup> Yine irade sahibi olmayan küçük ve akıl hastası da haklara sahip olabilmektedir.<sup>21</sup> Bu yüzden hakları irade kuvvetine dayandırmak doğru değildir. Windscheid bu eleştiriye karşı verdiği son cevapta ilk kategori hakların cevheri olarak tezahür eden iradenin hak sahibinin iradesi olmayıp, bu iradeyi tayin eden hukuk düzeninin iradesi olduğunu söylemektedir. Windscheid'ın, bu görüşü ile kendisiyle çeliştiği söylenebilir. Zira eğer subjektif hakların –bu ilk kategorisinin- özü ve cevheri kanun koyucunun iradesi ise bütün haklar açısından bunun böyle olmasını engelleyen şey nedir? Windscheid hakkın özünü hak sahibinin irade kudreti şeklinde ifade etmesine rağmen bu noktayı izahta yetersiz kalmaktadır.

İkinci kategorideki haklar için Windscheid ilkinde yapılan eleştirilerin burada sözkonusu olmadığını ileri sürmektedir. Ancak Kelsen'in eleştirisinde aslında bunların da ilk kategoriden farklı olmadığı öne sürülür. Buna göre malik olduğu malı satma hakkı kişinin o mala yönelik tecavüzleri engelleme hakkından farklı değildir. Her iki durumda da mal sahibi mülkiyet hakkını kullanmaktadır.<sup>22</sup>

Sonuç olarak subjektif hukukun özünün salt irade olduğunu söylemek yetersiz ve hatalı olmakla birlikte hak kavramını aydınlatıcı unsurlar taşımaktadır. Bu yüzden hak ile ilgili başka teoriler ortaya atılmıştır.

#### *b- Menfaat Teorisi*

Subjektif hakkın mahiyetini izah hususunda ileri sürülen diğer önemli teori, sosyal faydacı ve pozitivist hukukçu Rudolf von Jhering'e (1818-1892) aittir. Jhering, hakkın dış unsurlarına dayanılarak yapılan tanımların hakkın özünü ve cevherini açıklığa kavuşturmadığını düşünür. Objektif hukukun özünün genel irade olduğu söylenebilirse de subjektif hukukun iradenin dışında bir ilkeye dayanması ve ona uygun olması gerekir. İrade teorisi sonuç olarak subjektif hakkı objektif hukukun

<sup>20</sup> Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 235

<sup>21</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s.208

<sup>22</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 209; Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 237 (Kelsen'den aynı şeyi aktarır).

uygulanmasının bir neticesi ve onun yansıması haline getirir. Oysa irade haktan başka birşeydir. İradenin bir mevzuu olmalıdır. Sadece istemek mümkün olmayıp daima bir şey istemek söz konusudur. İşte iradenin bu muhtevası hakkın asli unsurunu ve özünü oluşturur ki bu da iradesini kullanan süje bakımından bir menfaattir.<sup>23</sup> Jhering hakkın iki unsurdan meydana geldiğini öne sürer: hakkın özü menfaat (intérêt/interest); şekli unsuru da devletin/kanunun bunu korumasıdır.<sup>24</sup> Menfaat aslı itibarıyla başkaları tarafından sarsılabilen ve yıkılabilen bir nitelikte olduğu için menfaatin objektif hukuk tarafından himaye edilmesiyle istikrar kazanacağını belirtir. Bu yüzden kanunun koruması hakların şekli unsurunu teşkil eder. Yalnızca kanun koyucunun korumaya layık bulduğu ve hukuki yaptırımlarla desteklediği menfaatler hak seviyesine çıkabilirler.<sup>25</sup> Hukukun sağladığı koruma mahkemede dava açma ve takip etme yetkisinin verilmesidir. Buradan hareketle sübjektif hakkı, hukuken (kanunen) korunan bir menfaat olarak târif eder.<sup>26</sup> Jhering bu şekilde menfaat teorisini ortaya koyarak Leibniz'in de buna daha önceden işaret etmiş olduğunu belirtir.<sup>27</sup>

Jhering'in bu teorisi bir çok eleştiriye maruz kalmıştır. Buna göre bir şeyin bir dönem ve topluluk için zararlı iken değişik bir dönem ve toplumda faydalı sayılabildiğini Jhering bile kabul ettiğinden menfaatin bütünüyle müphem bir kavram olması söz konusudur.<sup>28</sup> Diğer yandan kanunlar tarafından korunmuş her faydanın karşısında bir sübjektif hak olduğu ileri sürülemez. Özellikle kamu hukuku sahasında (mesela suçluların yakalanması, ülkenin müdafaası, caddelerin aydınlatılması, trafiğin düzenli yürümesi vb. hususlarda)<sup>29</sup> sınırsız sayıdaki menfaatin karşılığında vatandaşların bunlara karşılık gelen bir sübjektif hakkı yoktur. Çünkü ferde bütün bunları talep edebilme yetkisi tanınmamıştır. Bu itiraz karşısında Jhering tarifine yeni

<sup>23</sup> Del Veccio, *Hukuk Felsefesi*, s. 355. Del Veccio ayrıca Jhering'in bu tanım ve telakki ile hukukun objektifliğini, yakın gaye veya maksadını ortaya çıkarmayı hedeflediğinden realist ve faydacı olduğunu belirtir. Nitekim onun başlıca eserlerinden biri hukukta gayedir ve gaye ve maksat Jhering tarafından bütün hukukun kurucu ilkesi olarak tarif edilmektedir.

<sup>24</sup> Jhering'e göre objektif hukukun amacı bu menfaati güvence altına almaktır. Jhering hukukun amacının onun içeriğini belirlediğinin altını çizer ki bu içerik de menfaattir. Bkz., Güriz, "*Hak Kavramı*", HFSA, s. 137.

<sup>25</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 211

<sup>26</sup> Del Veccio, *Hukuk Felsefesi*, s. 355.

<sup>27</sup> Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 240.

<sup>28</sup> Del Veccio, *Hukuk Felsefesi*, s. 356

<sup>29</sup> Öğretide bu tür durumları haktan ayırtetmek için "salt norm korunması"ndan veya "hukuk normlarının yalnızca yansıma sonucu"ndan bahsedilir. Bkz. Sungurbey, "*Hak Nedir*", HFSA, s. 153

bir unsur ilave etmiş ve sübjektif hakkın var olabilmesi için “menfaat sahibine kendi menfaatini korumak yetkisinin tanınmış olmasını” yani ferdin kendi hakkının içeriğini koruma konusunda “teşebbüse geçebilmesi” şartını ilave etmiştir. Buna göre sonuçta hakkı “sahibi tarafından himaye edilebilen menfaat” şeklinde yeniden tanımlamıştır. İşte bu düzeltme kaydedeğer olup onun takipçileri ve özellikle Jellinek tarafından da esas itibarıyla kabul edilmiştir.<sup>30</sup>

Kelsen de Jhering’in teorisini farklı açılardan tenkit eder. Ona göre hukuk süjesinin menfaat olarak gördüğü şey sadece doğrudan kendi kabulüne ve psikolojik eğilimlerine bağlı olarak eşyada var kabul edilen bir özelliكتedir. Bu sebeple kişiden kişiye değişir. Bu şekilde sübjektif ve değişken bir unsur insanın hak sahibi olmasını sağlamaz.

Menfaat teorisi taraftarları burada sözkonusu olan menfaatin ferdî değil de, hukuk düzeninin kabul edip koruduğu genel ve ortalama bir menfaat olduğu şeklinde karşılık verirler. Kelsen bu cevap ile sübjektif hakkın objektif hukuka indirgenmiş olduğunu ileri sürerek kendi teorisini doğrultusunda objektif hukuktan ayrı bir sübjektif hukukun varlığını kabule gerek olmadığı görüşünü bir kez daha yineler.

### *c- Karma Teori*

İrade ve Menfaat teorilerinin zayıf yönlerinin düzeltilmesi ve bu iki teorisinin birleştirilmesinden meydana gelen teoriye genel olarak "Karma teori" denilir. Bu teori tek bir şahsa ait olmadığı gibi ana unsurlarının dışında birbirinden farklı şekillerde de ifade edilebilmektedir. Alman hukukçu Jellinek<sup>31</sup>, Fransız hukukçu Michoud ve Saleilles ile İtalyan Ferrara'ya izafe edilen derli toplu bir "karma teori"den sözedilebilir. Jhering'in menfaat teorisini getirdiği son nokta ve hak tanımı ile karma teoriye oldukça yaklaştığı ve ona giden yolu aydınlattığı söylenebilir.<sup>32</sup>

Karma teori, sübjektif hakkın özünü irade ve menfaat unsurlarında bulur. İrade teorisinde sübjektif hakkın cevherini, şekli bir unsur olan irade; menfaat teorisinde ise maddi bir unsur olan menfaat oluşturmaktaydı. Karma teoriyi geliştiren

<sup>30</sup> Del Veccio, *Hukuk Felsefesi*, s. 357

<sup>31</sup> Jellinek, Jhering'in takipçisidir. O Jhering'in son tanımını kabul eder. Jellinek sübjektif hukuku şöyle tanımlıyor: “Ferdî iradenin tanınması suretiyle kanun tarafından himaye edilen bir menfaattir”. Her iki unsuru da birleştirmesi bakımından eklektik olan bu doktrinle isteyebilmek ve talep edebilmek imkanı kavramına yeniden yaklaşılmaktadır. Gerçekten de bu kavramı dışlayarak hukukun gerçek mahiyetine nüfuz edebilmenin imkanı yoktur.

<sup>32</sup> Del Veccio, *Hukuk Felsefesi*, s. 357-358.

hukukçular da bu iki unsurdan birinin tek başına hakkın cevherini oluşturmaya yetmediğini, her iki unsurun birlikte dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>33</sup>. Bu hukukçulardan özellikle Jellinek ile Michoud'nun görüşleri karma teorinin genel çerçevesini sunmak için yeterli görülebilir.

Jellinek Windsched'in fikirlerini temel alarak Jhering'in fikirlerini bunun üzerine ilave etmiş; Mischoud ise ise Jhering'in fikirlerini temel alarak Windscheid'in fikirlerini buna eklemiştir. Bu şekilde karma teoride irade ve menfaat unsurları birlikte değerlendirilmiştir. Her iki hukukçu da irade teorisini eleştirirler. Zira irade teorisinde kanunun bir iradeye tanıdığı kudretin iradenin kendisine mi yoksa muhtevasına mı bahşedildiği sorusu gündeme geldiğinde bunun iradenin muhtevasına verildiği ortaya çıkar. Zira bu iki hukukçunun da söylediği gibi istemek sürekli olarak istenen şey ile birlikte olur, bir şey istemeksizin salt istemek mümkün değildir.<sup>34</sup> Bu yüzden subjektif hak iradenin muhtevasına tanınan bir üstünlük ve iktidar olup bu muhteva da menfaattir.

Jellinek'e göre subjektif hakkın cevheri olan irade (formel unsur) tek başına değil de hakkın içeriğini oluşturan maddi unsur konumundaki menfaat ile birlikte düşünülebilir. Subjektif hakkın kaynağı objektif hukukun verdiği irade iktidarındır. Hukuk düzeninin bir hukuk kuralı koyması bir iyiliğin (hayrın) temin edilmesi gayesine yöneliktir. Bu iyilik ve hayır belirli bir hukuk süjesi açısından onun menfaati şeklinde ortaya çıkar. Bu yüzden subjektif hakkın ikinci unsuru olan menfaat yani hukuk süjesiyle ilgili olarak hukuk düzeninin gözettiği gaye gerçekleşir. Buna göre gaye de irade gibi subjektif hukukun asli bir unsurudur. Ancak bu menfaatin bir subjektif hak oluşu ortada onu sahiplenecek bir süje olduğundan dolaydır. Hukukun koruduğu menfaat ancak şahıs iradesine atfedilmekle hukuki olur. Ona göre subjektif hak "bir hayra/iyiliğe ve menfaate yönelik ve hukuk düzeni tarafından tanınmış ve himaye edilmiş beşeri bir irade kudretidir."

Mischoud ise subjektif hakkın esası ve cevheri olarak iradeden önce menfaati görür. Zira bir mevzu olmadan sadece istemek mümkün değildir. Ortada istenen irade edilen bir şey olmalıdır. Hukuki korumanın konusu da istenilen bu şeydir. Hukuk doğrudan iradeye değil de bir şeyle ilgili olan ve bir şey üzerindeki iradeye

<sup>33</sup> Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 244;

<sup>34</sup> Bkz., Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 213; Jellinek'in benzer ifadeleri için bkz. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, s. 358.

bir kudret bahşedebilir. Objektif hukukun bir sübjektif hak meydana getirmedeki amacı bir şahsın bir şeyden istifadesini sağlamaktır. Bu istifa ise menfaattir.<sup>35</sup> Buradaki irade menfaat sahibi ya da onun temsilcisinin olabilir. Bu noktalardan hareketle Michoud sübjektif hakkı şöyle tanımlar: “Kendisini temsil edecek ve koruyacak bir iradeye tanınan kudret vasıtasıyla hukuken korunan menfaattir.”<sup>36</sup>

Karma teorinin temel bir özelliği de menfaati temsil edecek ve onu koruyacak olan iradeyi, menfaat sahibine bağı tutmamasıdır. Bu şekilde hukuken geçerli irade sahibi olmayan akıl hastası, küçük çocuk hatta bir teoriye göre irade sahibi olmayan bir dernek, bir şirket de sübjektif haklara sahip olabilecektir.<sup>37</sup>

O halde karma teoriye göre hakkın unsurları şu üç şeyden oluşur: 1- Menfaat, 2- Hukukun himayesi<sup>38</sup> 3- Bu menfaati temsil edecek ve koruyacak bir irade.<sup>39</sup>

Karma teori bugünkü hukuk doktrininde genellikle kabul edilmektedir.<sup>40</sup> Ancak günümüzde hak kavramı etrafındaki tartışmalar devam etmekte olup karma teori de bu tartışmalarda eleştirilere uğramaktadır. Ancak genel kanaat karma teoriye yöneltelen eleştirilerin tatminkar olmadığı, bu teorinin hakkın mahiyetini en güzel bir şekilde izah ettiği<sup>41</sup>

Günümüzde Türk hukuk doktrininde de genellikle karma teori içinde oluşan hak tanımı kabul edilmektedir. İsmet Sungurbey günümüzde hakim görüşün karma teori olduğunu belirterek bu teorinin hakkı şöyle tanımladığını ifade eder: “Hak kişiye çıkarlarını (gereksinimlerini) karşılamak amacıyla hukuk düzeninin tanıdığı irade gücü ya da hukuksal güçtür.”<sup>42</sup>

<sup>35</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s.214

<sup>36</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s.214; Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 248.

<sup>37</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 214; Güriz, “*Hak Kavramı*”, HFSA, s. 138.

<sup>38</sup> Hukukun koruması, hukuk düzeninin menfaat sahibine ya da temsilcisine bu koruma sistemini harekete geçirmek üzere dava açma, icra takibinde bulunma vb. menfaati koruma yöntemlerini kullanabilmesi imkanı vermesidir.

<sup>39</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 214.

<sup>40</sup> Sungurbey, “*Hak Nedir*”, HFSA, s. 154.

<sup>41</sup> Bkz., Sungurbey, “*Hak Nedir*”, HFSA, s.157.

<sup>42</sup> Sungurbey, “*Hak Nedir*”, HFSA, 151-159, s. 152. Sungurbey, hayvanlara da temel hakların tanınmasını ifade eden bir yazısında şöyle der: “İslam hukukunda ve 15 ekim 1978 tarihli hayvan hakları evrensel bildirgesinde olduğu gibi modern hukukta da hayvanlara en azından yaşama, insanlarca bakılıp korunma, beden tamlığı, beden ve ruh sağlığı, özgürlük, onur vb. kişi varlığı hakları için hak yeteneği, kişilik tanınma, karma kuramdaki yukarıda geçen ibarenin de “insanların ya da hayvanların çıkarlarını (gereksinimlerini) karşılamak amacıyla” diye genişletilmesi gerekir.” Bkz. Sungurbey, “*Hak Nedir*”, HFSA, s. 158.



#### d- Diğer Teoriler

Yukarıda belirtilen üç teorinin yanında hakkın mahiyetini izah eden başka görüşler de vardır. Bu görüşler anahatlarıyla şu şekilde tanımlanabilir: A) Jean Dabin'in Teorisi<sup>43</sup>: Dabin, hakkın iki iç, iki de dış unsuru olduğunu düşünür. Hakkın iç unsurları öncelik/inhisar ile yetkidir. Dış unsurları ise başkasının mevcudiyeti ve hukukun korumasıdır.<sup>44</sup> Dabin menfaat ve irade unsurlarını dışarıda bırakarak hakkın özü olarak, bir şeyin, bir kişinin "önceliğinin" kabul edildiği özel yetki alanında ve onun inhisarında olmasını gösterir. Haktaki yetki unsuru, bu öncelik ve inhisarın bir sonucu olarak ortaya çıkar. Böyle bir özel yetki alanının hak olarak nitelenmesi için kişiler arasında bir hukuki ilişkinin olması gerekir. Zira böyle bir hukuki ilişki olmazsa ortada buna karşılık gelen hukuki bir yükümlülük ve ödev de olmayacaktır ki bu da ortada hakkın olmadığını gösterir.<sup>45</sup> Dabin'in hak anlayışı daha çok aynı hak kavramını esas almış ve aynı haktan yola çıkmış gibidir. Bu teoriye göre hakkın tanımı şu şekilde yapılabilir: "Hak, bir kişiye hukukun tanıdığı bir öncelik yetkisi olup kişi bunun sonucunda belirli bir kıymet üzerinde tasarrufta bulunabilir"<sup>46</sup> B) Analitik görüş: İngiliz Analitik pozitivizminin temsilcisi olan Austin, hak kavramını hukuki ödev kavramına başvurarak açıklar. Ona göre hak egemen gücün belirlediği hukuki ödevin yerine getirilmesi durumunda oluşur. Austin'in bu yaklaşımına göre mülkiyet hakkı, mülkiyet konusu olan şeye malik dışındaki bütün insanların müdahaleden kaçınmasını emreden yani hukuki ödev yükleyen bir niteliğe sahiptir. Austin bu yorumlarıyla hukuki ödev ile hak kavramını birleştirmeye çalışmaktadır. Bu yaklaşım hak kavramına yeni bir bakış ve yaklaşım getirirse de hukuki ödevin yerine getirilmemesi durumunda hakkın varlığını tartışmalı hale getirmesi dolayısıyla eleştirilmiştir.<sup>47</sup> C) Beyan teorisi: Alman hukukçu Zitelman'ın kurduğu bu teori

<sup>43</sup> Belçikalı Hukukçu Dabin'in hak teorisi, özellikle Arap dünyasında ve Mısır'da kendisinden "Modern teori" olarak bahsedilen ve geniş bir kesim tarafından benimsenen bir teoridir. Arap Pozitif Hukuk yazarlarının da en çok etkilendikleri teorilerden birinin bu olduğu söylenebilir. Düreyni, Dabin'in teorisini kabule meyleden Mısır'lı hukukçuların bir listesini verir. *el-Hak*, s. 58. Çağdaş bazı İslam hukuku yazarları Dabin'in, hakkı "ihtisas/isti'sar ve inhisar" kavramıyla izah ettiğini ve hakkın gerçek özü olarak ihtisası dikkate aldığını belirterek fıkıh ile pozitif hukukun hak anlayışlarının benzeştiğini ifade ederler. Mesela bkz. Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 106; Dirini, *el-Hak*, s. 57. Kanaatimizce Dabin'in teorisinin Türkiye'de fazla kendisinden bahsedilmediği halde Türkiye gibi bir resepsiyon ülkesi olan Mısır'da bu kadar yaygınlaşmasının sebebi olarak İslam hukukundaki bazı tanım ve yaklaşımlara ve özellikle de aynı hak tanımına benzerliği gösterilebilir.

<sup>44</sup> Tamum, *el-Hak fi's-şer'ia ve fi'l-kanun*, s. 78 vd.

<sup>45</sup> Tamum, *el-Hak fi's-şer'ia ve fi'l-kanun*, s. 84.

<sup>46</sup> Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 105.

<sup>47</sup> Güriz, "*Hak Kavramı*", HFSA, s., 149.

hakların yaratılmasını kanun koyucunun iradesine bağlayarak hak kavramı ile hukuki pozitivizmi bağdaştırmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla teori temelde hak kavramı ile ilgili değildir. Beyan teorisine göre hukuk normları emir olmayıp belirli haklar ve ödevler arasındaki ilişkileri belirleyen “öneriler”dir. Hukuki haklar ve ödevler arasındaki ilişkiler kanun koyucu tarafından yaratılmıştır. Buna göre hukuk normları, belirli durumlarla hukuki sonuçlar arasındaki ilişkileri belirleyen “beyan”lardır. Bu teori A. von Tuhr tarafından benimsenmiş olup, Larenz ile modern yoruma kavuşmuştur.<sup>48</sup> D) Tasarım teorisi: Hak ve ödev kavramlarının metafizik sayılarak reddedilmesi eğilimi Zitelmann’ı tasarım teorisi denilen yeni bir teoriyi savunmaya götürmüştür. Buna göre hak ve ödev kavramları sadece hukuki olayların anlatımında başvurulan ve anlatımı kolaylaştıran tasarımlardır. Hak ve ödev kişiler tarafından değil kanun koyucu tarafından yaratılmaktadır, kanun koyucunun beyanları hak ve hukuki ödev kavramlarına objektif bir içerik kazandırır. Buna göre hak ve ödev kavramı sübjektif formlar olmayıp objektif tasarımlardır.

## 2- Hakkı İnkâr Eden Teoriler

Subjektif hakkın mahiyeti tartışılırken ortaya çıkan bazı teoriler hukuk ilminde objektif hukuktan başka bir şey bulunmadığını iddia ederek sübjektif hak da dahil olmak üzere metafizik içerikli bazı temel hukuki kavramları inkâr etmektedir. Bu teorilerin en önemlileri Kelsen ve Duguit’e aittir. Ayrıca bazı realist akımların da hak kavramını kabul etmemelerinden dolayı burada anılması gerekir.

### *a- Kelsen’in Teorisi*

Saf hukuk teorisiyle hukuk bilimini gerçek bir bilim düzeyine yükselterek ona objektiflik ve kesinlik kazandırmak isteyen Kelsen bu amaçla hukuk ilminden hukuki olmayan unsurları tümüyle atarak salt hukuki olana ulaşmak ister.<sup>49</sup> Ona göre hukuk biliminin konusu yalnızca hukuk yani salt hukuki olandır. Hukuk da norm olarak belirlenip tanımlanır.<sup>50</sup> Modern psikoloji bireyin fiillerinden ayrı bir ruhun varlığını kabul etmediği gibi hukukun da devletin hukuk düzeninden ayrı bir metafizik cevher ve varlık olduğu düşüncesi terkedilmelidir.<sup>51</sup> Kelsen’in metodunun bir parçası hukuk

<sup>48</sup> Güriz, “*Hak Kavramı*”, HFSA, s., 149.

<sup>49</sup> Kelsen’in pozitivizmin bir temsilcisi olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz., Can, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 27; Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi*, s. 2.

<sup>50</sup> Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi*, s. 21.

<sup>51</sup> Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi*, s. 22.

biliminin kabule değer bulunmayan kurgulardan temizlenmesidir.<sup>52</sup> Bunların başında da hukuk süjesi ve sübjektif hukuk gelir.<sup>53</sup> Kelsen ayrıca hukuk biliminin iç birliğini sağlamayı amaçladığından sübjektif hak ile objektif hukukun; hukuk süjesi ile hukuk normunun; hukuki yetki ile hukuki yükümlülüğün; devlet ile hukukun; gerçek kişi ile tüzel kişinin; kamu hukuku ile özel hukukun; hukuk ile hukuka aykırılığın birliğini ortaya koymaya çalışır.<sup>54</sup> Bu yaklaşımla hukukta dualizmden kurtulmayı hedefler.<sup>55</sup>

Kelsen'e göre hukuk biliminin tek konusu hukuk olabilir ve objektif hukuk bütün kavramların içine sokulması gereken bir üst kavramdır.

Kelsen e göre, bilimsel anlamda, objektif hukuk kuralının yanında, ondan farklı bir sübjektif hak olamaz. Hak denilen şey, hukuk kuralının kendisinden ibarettir. Meselâ mâlikin mülkü üzerindeki hakkı başkalarının, onun bu mülk üzerindeki tasarruflarına ve ondan dilediği şekilde istifadesine müdahale etmemelerini emreden kaide'den başka birşey değildir. Kısacası, sübjektif hak, objektif hukuktur.<sup>56</sup>

Kelsen bu görüşe varırken hukuki görev/vecibe kavramından hareket eder. Objektif hukuk sadece hak ve yetki vermez, görev ve yükümlülük de yükler ki bu, hukuk düzeni açısından daha esaslı bir kavramdır. Ödev/görev kavramı hukukun mahiyetini belirlemeye yarayan bir özelliكتedir. Ödev kişiye belirli bir hareket tarzını emreden hukuk kuralıdır. Hukuk kuralı, bu kuralın aksine hareket edildiğinde hangi yaptırımların uygulanacağını bildirir. Buna göre sübjektif hak ancak yaptırımların uygulanmasında, ödev yerine getirilmediğinde, bundan zarar gören kişiye irade izhar ederek şikayette bulunma veya dava açma imkanı verir. Yaptırımın uygulanması bu şekilde bir irade izharına bağlı ise bu durumda sübjektif haktan bahsedilebilir. Yaptırımın uygulanması hususundaki irade izharı yaptırımdan, dolayısıyla objektif hukuktan başka bir şey değildir. Yaptırımın uygulanmasını sağlamak da objektif bir işlem den ibaret olduğundan sübjektif hak objektif hukuktan ibarettir. O halde hukuki görev veya hak ve yetki, bireysel ve özel olmakla birlikte aynı hukuk kaidesinin iki farklı görünümü ve içeriğidir. Dolayısıyla Kelsen'e göre sübjektif hukuk bir hukuki şahsa atfedilmekle mahiyeti değişmeyen objektif hukuktan başka bir şey değildir.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Aral, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi, s. 33.

<sup>53</sup> Aral, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi, s. 38.

<sup>54</sup> Aral, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi, s. 46-79.

<sup>55</sup> Aral, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi, s. 55.

<sup>56</sup> Kelsen, General Theory of Law and State, s. 81.

<sup>57</sup> Kelsen, General Theory of Law and State, s.82-83; Özyörtük, Hukuka Giriş, s. 215.

### *b- Duguit'in Teorisi*

Leon Duguit (1859-1928) özellikle Durkheim'in kullandığı bazı kavramları alıp onun öngörmediği bir şekilde değiştirerek “sosyolojik pozitivizm”i ortaya çıkarır. Duguit'in hukukun temel ilkesi olarak gösterdiği sosyal dayanışma, sosyolojik pozitivizmin de temel taşıdır. Hukuk ise bu dayanışmanın hem bir görünümü hem de koşulu olarak salt olgudur. Dayanışmanın korunması gereği herhangi bir üst ilke (iyilik-menfaat, mutluluk) gereği değil, insanların toplum içinde yaşamaları zorunluluğundan kaynaklanır.<sup>58</sup> Duguit metodunda bütün apriori ve metafizik kavramları hukuk dışına atmayı hedef edinir. Bu doğrultuda yalnızca gözlemlenebilir objektif olguları ve olayların objektif gözlemini esas alarak doğrudan doğruya gözlemlenen olgu mahiyetinde bulunmayan her şeyi ve özellikle de tamamen metafizik gördüğü hak kavramını hukuktan uzaklaştırmaya çalışır.<sup>59</sup> Duguit'nin, dönemindeki “bireyin vazgeçilmez hakları” anlayışının yarattığı aşırı ferdiyetçiliği önlemeyi hedeflediği ve bu şekilde fertten çok topluma vurgu yaptığı söylenebilir.<sup>60</sup> Bu yüzden Duguit'ye göre hak “insan aklının yarattığı keyfi ve yapmacık bir kavram”dır.<sup>61</sup>

Duguit bütün hukuk teorisini bu şekilde sübjektif hakkın inkarı üzerine kurar.<sup>62</sup> Hakların mahiyetini izah eden irade ve menfaat teorileri ile karma teori doğruyu ifade etmez. Zira tüm bu teorilerde sübjektif hak bir irade kudreti yani bir iradenin kendini başka iradelere empoze etme gücünü veren bir özelliğe sahip olmasıdır. Bu kabul edilirse iradeler arasında bir güç hiyerarşisi var demektir.<sup>63</sup> Oysa iradenin mahiyetini bilmek imkansızdır. Zira iradede gözlemlenemeyen bir unsur vardır ve felsefede insanın özgür bir iradesi olup olmadığı tartışma konusudur. Dolayısıyla iradenin mahiyeti bilinmiyorsa sübjektif hak hakkında da birşey bilemeyiz. Duguit sübjektif hak yerine “hukuki durumlar (situation juridique)”in<sup>64</sup> varlığından bahseder. Ona göre hukuk bizatihi objektiftir, ancak tatbikatı açısından ferdi ve sübjektiftir.

<sup>58</sup> Can, Hukuk Sosyolojisi, s. 71.

<sup>59</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 216. Can, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 72

<sup>60</sup> Can, Hukuk Sosyolojisi, s. 74; Dias, Felsefetu'l-kanun, s. 123.

<sup>61</sup> İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 243.

<sup>62</sup> Kelsen, genel teorisi doğrultusunda hak kavramını objektif hukuka indirgeyerek dolayısıyla hak kavramını reddetmiş iken Duguit'nin hakkı inkarı daha temel ve köktendir.

<sup>63</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, s. 217

<sup>64</sup> Çağdaş Arap müelliflerin hukuk ve islam hukukuna dair eserlerinde “*el-merkezü'l-kanunî*” tabiri Duguit'deki “hukuki durum” kavramının karşılığı olarak kullanılır. Örnek olarak bkz., Senhuri, *Masadıru'l-hakk*, I, s. 10; Tamum, *el-Hak fi's-şerîa ve fi'l-kanun*, s. 18, 21; Tabliyye, *el-İslam ve hukuku'l-insan*, s. 58; Zeki Abdülber, *el-Hukmu's-şerî*, s. 116; Dirîfî, bazı yazarların İslam hukuku açısından da bu terimin kullanılmasını uygun bulduklarını aktarır, *el-Hak*, s. 21 I.

Mesela mülkiyet hakkını koruyan bir hukuk kaidesinin olması malikin sübjektif hakkının, yani başkalarına empoze edebileceği bir irade kudretinin varlığını gerektirmez. Mülkiyet sosyal bakımdan korunan bir hukuki durumdur ve sosyal himaye altındadır. Bu himaye malikin iradesine bir kudret vermez. O halde sadece hukuki durumlar vardır.

Duguit hukuki durumları objektif ve sübjektif olarak ikiye ayırır: Objektif hukuki durumlar doğrudan doğruya hukuk kaidesinden doğar, herkese şamildir ve devamlılık taşır. Mesela bir seçim kanununun tatbiki, kanundaki şartları taşıyan vatandaşlara seçmen sıfatını kazandırır. Sübjektif hukuki durumlar ise özel ve süreksizdir. Fert olarak belirli şahıslarla ilgilidir. Mesela sözleşmeden doğan hukuki durumlar böyledir. Zira sözleşme doğrudan doğruya kanundan değil kanuna dayanarak izhar edilen karşılıklı iradelerden meydana gelir ve belirli şahıslarla ilgili bir hukuki durum meydana getirir.<sup>65</sup>

Duguit hak kavramının sosyal fonksiyonunu ve bunun içinde bulunan “genel iyilik” amacına yönelik nitelikleri ile ferde yüklenen “görev”i göstermiştir. Mesela ebeveynin çocukları üzerindeki velayet hakkı sözkonusu olduğunda bir haktan çok ebeveynin çocuklar üzerindeki otoritesi ve çocuğun yetiştirilmesi ile ilgili görevleri sözkonusudur.<sup>66</sup> Burada velayet hakkı çocuğun iyiliğine olmak üzere ebeveyne yüklenen bir yükümlülük haline gelmiştir. Aile hukukundaki bu bakış tarzı hukukun diğer alanlarına da değişik derecelerde yansımış ve mülkiyet vb. hakların kullanılmasına önemli sınırlamalar getirmiştir.<sup>67</sup>

Duguit aşırı ferdiyetçiliğin önünü kesmek amacıyla oluşturduğu görüşlerinde, bir yandan bireyin sübjektif hakkı olmadığını savunurken diğer yandan devletin de merkezi gücünü ortadan kaldırmaya çalışmakla sakıncalı ve çelişik bir fikre varmıştır.<sup>68</sup> Ayrıca bilimsel pozitivizmle bağdaşmayan metafizik kavramlara karşı çıkarken kendi sistemini “dayanışma” gibi metafizik bir kavrama bağlar.<sup>69</sup> Duguit hukuka salt olgucu yaklaşımın sakıncalarını kariyerinin sonlarında farkedip hukukun,

<sup>65</sup> Özyörük, *Hukuka Giriş*, 219.

<sup>66</sup> İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s.243.

<sup>67</sup> Nitekim Duguit'nin görüşleri bu bakımdan sosyalistler tarafından desteklenmiş ve Sovyet yasakoyucusu üzerinde etkili olmuştur. Bkz. İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 243; Can, *Hukuk Sosyolojisi*, s.75. Bu görüşler ayrıca Nazist ve Faşist teoriler üzerinde de etkili olmuştur. Dias, *Felsefetu'l-kamun*, s. 123.

<sup>68</sup> Dias, *Felsefetu'l-kanun*, s. 123; Can, *Hukuk Sosyolojisi*, s.74.

<sup>69</sup> Can, *Hukuk Sosyolojisi*, s 75.

toplumun maddi, fikri ve ahlaki nitelikteki gereksinmeleriyle belirlenen psikolojik bir ürün olduğu görüşünde karar kılmıştır.<sup>70</sup>

Duguit sübjektif hak kavramına yönelik izah ve eleştirileri ile hak kavramının nispiğini göstermeye gayret etmişse de vardığı sonuçlar belirli kesimlerin dışında kabul edilmemiştir. Bugünkü hukuk ilmi hak kavramını esas almaya devam etmektedir.<sup>71</sup>

### c- Diğer Teoriler

Hak kavramını reddeden başka teoriler de vardır. Esasen hak kavramının bir gerçekliği temsil etmediğini ifade eden ilk önemli düşünür Jeremy Bentham olmuştur. Ona göre hak ve ödevler hukuk tarafından yaratılan varsayımsal nitelikteki şeylerdir. Gerçek kişilerin fiilleri ve egemen gücün emirlerinin taşıdığı gerçekliği taşımazlar. Gerçekliğe sahip olmasa da hukuki hayatta bu kavramların kullanılması uygun hatta gereklidir. Bentham'a göre hak ve ödevler hukuki emirlerle davranışların birleşmesinden doğar. Bentham'ın vurguladığı temel hususlardan biri de sübjektif hak kavramının hukuki ödevden doğduğudur. Petrazycki de hakkın gerçekliği temsil etmediğini savunur. Haklar ve ödevler tamamen psikolojik fenomenler olup varlıkları zihinseldir, harici bir varlıkları yoktur.<sup>72</sup>

Amerikan realist hukuk akımı da hak kavramını reddeder. Bu akım Bentham'ın ampirist metodunu benimseyerek hukuktaki metafizik kavramları hukuk dışına atmaya çalışır. Kamu vicdanı (common sense) kavramının hukuk problemleri arasına katmaya çalışan bu akım bunu gerçekleştirmek için vakıaları temel alır.<sup>73</sup> Bu akımda yer alanlara göre hukuk hayatını oluşturan faktör Bentham'daki gibi hukukun emirleri olmayıp mahkeme kararlarıdır. Bu akımın temsilcilerinden Holmes'e göre Hukuk biliminin uğraştığı haklar ve ödevler ahlaki ve hukuki fikirlerin birbirine karıştırılmasından meydana gelir. Hukuki anlamda hak ve ödev ancak mahkeme tarafından anlaşıldıkları ve belirttikleri biçimde geçerlilik kazanabilir. Bu akım yine de hak vb. kavramların hukukta kullanılması gerektiğini ancak bunun tanımının gerçeklik esas alınarak mahkemelerce yapılmasının uygun olacağını ileri sürer.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> Can, Hukuk Sosyolojisi, s 76.

<sup>71</sup> İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 243.

<sup>72</sup> Güriz, "Hak Kavramı", HFSA, s. 141-142. Leon Petrazycki *Law and Morality* adlı eserinde mülkiyet hakkının psikolojik bir fenomeni temsil ettiği savını işler.

<sup>73</sup> Dias, *Felsefetu'l-kamun*, s. 145.

<sup>74</sup> Güriz, "Hak Kavramı", HFSA, s. 142-143.

Hak kavramını reddeden İskandinav realizmi, Amerikan realizminden etkilenererek ortaya çıkmıştır. Ancak onların aksine meslekten hukukçu olmayıp daha çok felsefe alanında yer alırlar.<sup>75</sup> Bu ekol hukukta metafizik her türlü eğilimi ve bu doğrultuda objektif değerleri iyi ve kötüyü reddeden Axel Hägerström'un (1868-1939) etkisinde kalan ve farklı yaklaşımları içinde barındıran bir ekoldür. Hägerstrom Yunan ve Roma hukuklarında yaptığı incelemeler sonucunda hak fikrinin temelini, insanların doğaüstü güç, sihir vb. arayışlarında bulur.<sup>76</sup> Lundstedt de aynı yoldan giderek hukuk kavramlarının varsayımsal olduğunu bu doğrultuda hak gibi kavramların batıl birer inanç mahiyetinde olduklarından terkedilmeleri gerektiği fikrindedir. Olivercona da hukuk kuralının bir emir olmadığı, emrin temelde kişisel yani emir verenle muhatap arasında söz konusu olan bir ilişki olduğu görüşünden hareket eder. Bu sebeple hukuk kuralının içeriğini açıklamak için "bağımsız emir" kavramını kullanır. Hukuk kuralları toplumun her ferdine genel olarak hitap eder. Hak kavramının arkasında, hukuk normunda olduğu gibi devletin cebir gücü bulunur.<sup>77</sup> Başka bir İskandinav hukukcusu olan Alf Ross da Hägerström'un bu konudaki analizini benimser. Ona göre hak kavramı varsayımsal bir ifade biçimi olup hak kelimesi hiç kullanılmadan da maksat ifade edilebilir. Bu yüzden hukuki hayatta hak kelimesini kullanma zaruretinden bahsedilemez.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Dias, *Felsefetu 'l-kanun*, s. 181.

<sup>76</sup> Dias, *Felsefetu 'l-kanun*, 182; Sungurbey, "*Hak Nedir*", HFSA, s. 152.

<sup>77</sup> Güriz, "*Hak Kavramı*", HFSA, s. 147.

<sup>78</sup> Güriz, "*Hak kavramı*", HFSA, s. 148.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

# **İSLAM HUKUKUNDA HAK KAVRAMI VE HAKLA İLGİLİ TEMEL SINIFLAMALAR**





## I- İSLAM HUKUKUNDA HAK KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI

Hukukun temel kavramlarının başında gelen hak kavramı İslam hukukunda da en üst kavramlardan biri olarak karşımıza çıkar. Fıkıh insanların vazife ve yükümlülüklerini bildirdiği gibi haklarını da kabul etmekte ve vazifelere vurgu yaptığı oranda haklarını da belirlemektedir. Ancak bununla birlikte fıkıh literatüründe hak kavramı ve mahiyetiyle ilgili açık teorik tartışmalar yok denecek kadar azdır. Kara Avrupası hukuku incelendiğinde ise hak kavramının bu hukuk sisteminin ekseninde yer aldığı söylenebilir. Bu sistemde hukuk temelde özel hak ve kamu hakkı ayırımı doğrultusunda özel hukuk ve kamu hukuku olarak ikiye ayrılır. Özel hukuk da malvarlığı hakları ve şahıs varlığı hakları ayırımı paralelinde iki ana gruba ayrılmıştır. Malvarlığı haklarından aynî haklar grubu eşya hukuku branşını, alacak hakları ise temelde borçlar hukukunu oluşturur.

Hak kavramı, hukukun sistematığına damgasını vuracak şekilde batı hukuklarında belirleyici olmuş ve bu şekilde hukukun eksenine oturmuştur. Modern Kara Avrupası hukukunun temelini oluşturan Roma Hukuku ve Müşterek Hukuk'da bu böyle iken devamında özellikle son iki yüzyılda hakların mahiyeti, sınıflaması, kötüye kullanımı vb. hakla ilgili teoriler geliştirilerek zengin bir tartışma ortamı oluşmuştur. İslam hukuku ise modern dönemde batı hukukunun şahit olduğu bu gelişmeyi aynı şekilde yaşamamış ve adeta kendi gelişimini bu noktada tamamlayamamıştır. Bu tarihi faktörün dışında islam hukukunda klasik literatürde hak kavramının batı hukuklarındaki kadar ön plana çıkmamasının ve islam hukukçularının doğrudan hak kavramını tanımlama, mahiyetini tartışma vb. meselelerle yakından ilgilenmeyişlerinde iki ana faktörün etkili olduğu söylenebilir: Bunlardan ilki fikhın metodudur. İslam hukukçuları daha çok pratik hukuk meseleleri üzerinde yoğunlaşmış ve genel eğilim olarak hadiseleri ön planda tutmuşlar ve hukuku temel teorik çerçevelerle, üst kavramlardan alt kavramlara doğru hareket eden bir metodla ele almamışlardır. Bu metod içinde hak kavramı gibi hukukun en üst ve temel kavramlarından birinin tanımını yapmak ve hakkın mahiyetini tatminkar bir şekilde izah eden derli toplu bir teori ortaya koymak oldukça güçtür. Bundan dolayı fıkıhta ilk bakışta belirli bir hak tanımını veren, hakkın mahiyet ve unsurlarını ortaya koyan işlenmiş bir teori ile karşılaşmamamız doğaldır.

İkinci ana etken ise islam hukukunda hak kavramından çok "mükellefin fiili" ve bu fiilin hükmünün temel alınması ve hukuk dilinin bu şekilde mükellefin fiili üzerine kurulmasıdır. Klasik kaynaklarda fıkıh ilminin konusu olarak "mükellef

kulun fiilleri” gösterilir. İslam hukukunun ana bölümlenmeleri de temelde mükellefin fiilleri esas alınarak yapılmıştır.<sup>1</sup> Fıkıhın temel önermeleri de mükellefin fiillerinin haramlık, helallik gibi hangi hükümü taşıdığına dairedir.<sup>2</sup> Bundan dolayı hak kavramı mükellefin fiiline göre ikinci planda yer almakta, mükelleflerin fiileri ve bunların hükümleri, fıkıhın ana eksenini oluşturmaktadır. Haklar konusunda söylenebilecek en temel yargı ilerde ele alacağımız gibi hakların hükümlerin bir türevi, ya da bir tezahürü ve sonucu olduğudur. Bundan dolayı fıkıh dilinde ve teorisinde hak kavramının Kara Avrupası hukukundaki kadar ön plana çıkmaması doğaldır. Ancak yine de hak kavramının tabii olarak hukukun özüne ilişkin bir kavram olması sonucunda hak kavramı ile ilgili kavram, tanım ve teorilerin kısmen usul-ı fıkıh içinde kısmen de kavaid ve furu kitaplarında dağıtık bölümlerde çoğu defa sıradan hukuk olayları ile eşit seviyede/aynı düzlemde ele alındığını görebiliriz.

Diğer taraftan fıkıh kitaplarında açık olarak belirtilip teorik olarak net bir şekilde vurgulanmasa da hak kavramının islam hukukunun konu sistematüğinde gizli bir tesiri olduğu görülebilir. İslam hukuku da Batı hukukundaki gibi özel hukuk ve kamu hukuku ayırımına benzer bir şekilde Allah hakları ve kul hakları şeklinde iki ayrı hukuk kategorisine ayrılır. Ayrıca fıkıhın ibadât, muamelât ukubât gibi ana başlıklara ayrılmasında, hak kavramının temel bir etkisi olduğu gibi, fıkıh kitaplarındaki ana kitap başlıklarının, en azından kendi içinde sıralanmasında da hak kavramının ve özellikle Allah hakkı-kul hakkı ayırımının temel ve gizli bir etkisini görmek zor değildir.

Çalışmanın bu bölümünde yapacağımız şey, hak kavramı ile ilgili temel tanım, teori ve yaklaşımları fıkıh içindeki “gizli ve üstü örtülü konumundan” çıkarıp, sıradan hukuk olayları ile aynı usul ve değerlerde işlenen yaklaşımları sentez ederek

<sup>1</sup> Ali Haydar fıkıh ilminin bu yönüyle ilgili olarak şunu ifade eder: “Fıkıh ilminin konusu subuten veya selben mükellef kulun fiilidir. İşte buna bağlı olarak fakihler ‘kitabu’n-nikah, kitabu’l-bey ve kitabu’l-hibe’ diye ünvanlarla zikrederler. Nikah olsun, bey’ veya hibe olsun mükellefin fiilinden ibarettir.” *Dürru’l-hukkam*, I, 10. Ali Haydar devamında fıkıhın meselelerinin, -mantıki anlamıyla- mevzusunun mükellefin fiili olması gibi yüklemının (mahmul), vacip, haram vb. gibi beş şeri hükümden biri olduğunu ifade eder. Buna göre fıkıhın mesele ve hükümleri, “şu fiil vacib”, “bu fiil haram, o fiil mendup, diğer fiil mübah öbür fiil ise mekruhtur” gibi cümlelerdir. s. 11. Ali Haydar’ın bu ifadesi tüm sadeliği ile birlikte aslında fıkıhın bilgi üretirken “fiili”, mükellefin fiilini esas aldığı ve fıkhıdaki hükümlerin, mükellefin fiilinden haber veren cümleler olduğunu ifade eder.

<sup>2</sup> Zeki Abdalberr, fıkıhî hükümün konusunun “fiil” olduğunu, pozitif hukuklardaki hukuk kaidesinin konusunun ise “hak” üzerine kurulu olduğunu ifade eder. İslam hukukunun dilinin ve temel sistematüğünün “fiil”; Kara Avrupası hukukunun ise “hak” kavramı üzerine kurulu olması ve bu bakış açısının sonuçlarına dair bkz. Zeki Abdalberr, *el-Hukmu’ş-şeri ve’l-kaidetu’l-kamuniyye*, s. 106-116.

genel bir teorik çerçeve ortaya çıkarabilmektir. Bu gayeyle öncelikle hak kavramının tanımı, unsurları ve sınıflaması gibi konuların incelenmesi gerekir.

## A- HAK KAVRAMININ SÖZLÜK VE ÖZEL TERİM ANLAMLARININ ANALİZİ

### 1- Hakkın Sözlük Anlamlarının Analizi

Fıkıhtaki hak kavramı ve onunla ilgili terimlerin analizini yatığımız böyle bir çalışmada hak kelimesinin sözlük anlamlarını incelememiz, fıkıhtaki terimlerin günlük dilden alınarak ne tür bir teknik terim haline geldiğini anlamamızı kolaylaştırması ve hak kelimesinin teknik terim olarak taşıdığı anlamların ve değişik kullanımların arkasında yatan dilsel temelin anlaşılması açısından faydalıdır. Hak kelimesinin sözlük anlamlarını incelemekle yapmak istediğimiz hakkın Arap dilinde sahip olduğu orijinal anlamları ortaya koyarak daha sonra kazandığı teknik anlamlarla bu sözlük anlamları arasındaki irtibatları anlamayı kolaylaştırmaktır.

H-k-k kelime kökü sözlükte şu anlamlara gelir:

Hak kelimesinin en esaslı ve umumi anlamlarından biri zorunlu ve sabit olmaktır (*vecebe ve sebete*) Klasik sözlüklere bakıldığında bu anlamın hak kelimesinin en aslı anlamlarından biri olduğu görülür. Buna göre *hakka'ş-şey'ü* şeklinde kullanıldığında “mastarı “hak ve hukuk” gelir ki bu mastar anlamı, vacip yani gerekli/zorunlu ve sabit olma anlamını ifade eder. Vacip ve sabit olma anlamının bir türevi de bir şeyin “var olması” başka bir ifadeyle, zorunlu ve kesin olarak kuşkuyla yer kalmayacak şekilde var olmasıdır.<sup>3</sup>

2- ‘Hak kelimesi’nin mastar olarak taşıdığı diğer bir anlamı ise bu kökün daha derininde yatan, aslı manaya daha yakın bir anlam olduğu sezilen *mutabakat ve muvafakat* anlamına gelişidir.<sup>4</sup> Bu anlamı, kapı menteşesinin mili (erkeği) görevini

<sup>3</sup> “Hakka’l-emru yehukku ve yehikku, -mastarı-, hakkaten (fetha ile); hakkın ve hukukun”, denilir ki anlamı zorunlu (vecebe) ve sabit oldu (sebete) demektir. İbn Side, *el-Muhkem*, II, 331; Cevheri, *Sihah*, II, 75; Ebu’l-Beka, *Külliyat*, s. 390; *Tacularus*, XXV, 169.

“ve lakin hakkat kelimetülazabi alelkaşfirin” ayetindeki hak vicebe ve sebete anlamıdır. *el-Muhkem*, İbn Side, II. “lakad hakkal kavlu ala ekserihim” ayetinde ise bu anlama olup, azap onlara gerekti (vecebe) ve haklarında azap sabit oldu (sebete) demektir

Yine geçişli olarak “Hakka’ş-şey’e/emra” şeklinde kullanıldığında “evcebehu ve esbetehu” anlamıdır. *Tacu’l-arûs*, XXV, 169; İbn Side, *el-Muhkem*, II, 331. ‘hakkaktu’l-emra’ bir nesneyi yakinen bilmek, kesin bilgiye ulaşmak anlamına gelir. Cevheri, *Sihah*, II, 75. Feyyûmî, batılın zıddı anlamında olarak fıkıhta kullanılan hak kavramının hakka’ş-şey’e deki hak kelimesinden mastar olduğunu ifade eder. *Misbahu’l-münir*, s. 144.

<sup>4</sup> Ragıp el-İsfahani, *Müfredat*, s. 246; Zebidi, *Tacu’l-arûs*, XXV, 166. Tehanevî, *Keşşaf-ı İstilahat*, I, 682; Asım Efendi, *Kamus Tercemesi*, III, 811; Elmalılı, *Hak Dini*, IV, 2675. Görebildiğimiz kadarıyla hak lafzının bu anlamını ilk olarak Ragıp Müfredat’ta zikretmiş, Zebidi oradan bunu

yapan kapı ayağının, menteşenin dışısı görevini yapan hazneye (*hukka*) uygunluğu ve bu şekilde kapının belirli bir yönde dönmesindeki mutabakat gibidir. Burada hak kelimesinin “hukka” kelimesinden türediği ima edilmektedir.<sup>5</sup>

3- Batılın zıddı, doğru ve gerçek. Hak kelimesiyle ilgili klasik sözlüklerde ilk önce verilen anlam genellikle hak kelimesinin batılın zıddı anlamına geldiğidir.<sup>6</sup> Hak kelimesinin bu anlamının önceki iki anlamın birleşmesiyle meydana geldiği anlaşılmaktadır. Buna göre h-k-k kelime kökü, ‘bir şeyin vakıya uygun olarak meydana gelmesi’, ‘bir şeyin vakıya uygun olmasını’ ifade eder. Bu iki anlamı birleştiren Elmalılı, hak kavramının nihai anlamının, fikrin ve kelamın uygun düştüğü vakıanın adı olduğunu ifade eder.<sup>7</sup>

Hak kelimesinin çoğulu “hukuk” şeklinde gelir. Bu çoğul sadece hukukî anlamdaki hak kavramının değil, hakkın hemen bütün anlamları için geçerlidir.<sup>8</sup>

Bir hukuk terimi olarak hak kavramının içerdiği ‘anlamın’ h-k-k kelime köküyle yani ‘hak’ lafzıyla ifade edilmesinin arkasında yatan dilsel düşünceyi aradığımızda, bunun hak lafzının tespit ettiğimiz bazı anlamlarıyla irtibatı olduğunu söyleyebiliriz. Buradaki ilk bağlantı noktası hak kelimesinin en esaslı anlamlarından birinin “vecebe ve sebete” kelimesinin ifade ettiği anlamlardır. Vecebe kelimesi Arap dilinde vazife, sorumluluk, yükümlülük, borç, zorunluluk gibi anlamları ifade eden ve son derece yaygın kullanılan bir kelimedir. Hak kelimesinin bu şekilde görev ve

---

almıştır. Ayrıca İbn Esir de Kamus müterciminin ifade ettiğine göre eserinde bunu ifade eder. Elmalılı hak lafzının “sübut ve tahakkuk-i vücud” anlamının olduğu ve bu anlamının da esasında mutabakat manasına dayandığını ifade eder. Bu mutabakat ve uyum önce ‘ezhan ile a’yanın’ yani ‘enfüs ile afakın’, bilgi ile bilginin konusunun uyumudur. Bu sebeple hak kelimesi hem zihindeki varlıklar, hem de dış dünyadaki varlıklar için kullanılır. Zihindekinin dış dünyadakine uyumu için kullanıldığında “doğru olma/sıdk” gibi, görüşler, düşünceler ve hükümler için kullanıldığı gibi, iradenin muradına uygunluğu bakımından da adalet ve hikmet gibi fiillere vasıf olarak kullanılır. Dış dünyadaki varlık tarafı dikkate alındığında ise “tahakkuk ve vuku” demek olur. Fransızca’da ilki ‘verite’ ikincisi ise ‘realite’ kelimeleriyle ifade edilir. İlki süjenin ikinci objenin vasfıdır. Elmalılı, *Hak Dini*, IV; s. 2675

<sup>5</sup> Bu temel anlamdan hareketle bir şeyi hikmet ve bilgeliğin gereğine uygun olarak meydana getirene de hak denilir. Yine “Allah’ın fiillerinin tümü haktır” denilir. Ayrıca bir şeyin objektif olarak bulunduğu duruma uygun/mutabık olan inanca da hak denilir. ‘Falanm ahirete inancı haktır’ cümlesindeki gibi. Yine gerektiği şekilde gerektiği miktarda ve gerektiği vakitte yapılan fiillere ve söylenen söze hak denir. Yaptığın haktır sözün haktır gibi tüm bu anlamlar mutabakat ve muvafakat anlamlarıyla irtibatlıdır. İsfahani, *Müfredat*, s. 246; Bkz. *Tacu’l-arus*, XXV, 166.,

<sup>6</sup> Bkz. İbn Sîde, *el-Muhkem*, II; Cevheri, *Sihah*, II, 75; Vankulu, “hak, batılın mukabili olan nesnedir” der. *Lugat*, II, 157. Elmalılı hak kelimesinin kullanıldığı tüm anlamlarda zıddının batıl olduğunu ifade eder.

<sup>7</sup> Elmalılı, *Hak Dini*, I, 280

<sup>8</sup> Elmalılı hak ile hakikatın çoğulunun ‘hakaik’ geldiğini, hukuki anlamdaki hakkın ise çoğulunun hukuk geldiğini belirtse de (Elmalılı, *Hak Dini*, IV, 2676) klasik sözlüklerde batılın zıddı anlamı da dahil olmak üzere hakkın çoğulunun hukuk geldiği açık olarak ifade edilir ve başka bir çoğuldan söz edilmez. Bkz. *el-Muhkem*, İbn Sîde, II; Cevheri, *Sihah*, II, 75; *Lisanul-Arab*, 10/49.

yükümlülük kavramlarıyla ilişkisi sözlük anlamında rastlanacak kadar eskiye dayanmaktadır. Arap dilinde gerek vecibe ve gerek hak kelimeleri “ezdad” denilen birbirinin tam zıddı iki anlamı içermekte olup bir durumun bir taraf için ödev diğer taraf için ise bir hak olduğunu ifade etmektedir.<sup>9</sup> Buna göre “yehukku/yehikku aleyke en tefale keza” , yani ‘bunu yapmak üzerine bir hakır’ cümlesi, ‘yecibu aleyke...’ yani ‘...yapman gerekir. Zorunludur, borçtur’ demektir.<sup>10</sup> Buradan hareketle Kamus mütercimi hakkı şöyle tanımlar: ‘Hak hukuk lafzından müfret olur ki bir kimse üzerine vacip ve sabit olan nesneden ibarettir’<sup>11</sup>

Elmalılı da hukuk terimi olarak kullanılan hakkın temeli olan anlamın bu şekilde -nesnel olarak (nefsülemrde) sabit olma ve sübutu vacip olma anlamlarına bağlı olduğunu ifade eder. Buna göre hak , bu anlamdan alınmış olup, lehde olarak sabit ve vacip olan demektir. Aleyhte olursa vazife ve vecibe olur<sup>12</sup> Elmalılı Hukuk Lügatinde ise, bir şeyin lehine olarak sabit ve vacip olan şeye veya bu vacip oluşa hak denildiğini ifade eder.<sup>13</sup>

Klasik fıkıh kaynaklarında hak kavramının tarifi yapılmak istendiğinde çoğunlukla teknik bir tanımdan ziyade yukarıda verilen sözlük anlamları ile karşılaşırız. Özellikle, vacip olma, sabit olma ve mevcut olma anlamları islam hukukçularının hak kavramını izah etmek için kullandığı anlamlar olup hukuki ilişkilerin izahında bunlar temel alınmış ve bunlarla yetinilmiştir. Diğer yandan hak tarif edilirken özellikle hakkın soyut bir ilişki şeklinde algılanışından çok, konusunun ‘somut algılanışı’ esas alınarak hakkın konusunun mevcut ve sabit olması anlamından hareket edilmiştir. Hak kelime kökündeki sabit olma ve mevcut olma anlamı iki kişi arasındaki hak ve borç ilişkilerinde özellikle hakkın konusunu ifade için kullanılır olmuştur. Bundan dolayı “*hakkun ala fulanin*” denildiğinde bununla “falancanın zimmetinde var olan şey” yani hakkın konusu kastedilir.<sup>14</sup>

Hak kelime kökünde, fıkhıdaki kullanımları açısından önem taşıyan bir husus da hak ve hakikat kelimeleri arasındaki ilişkidir. Hak ve hakikat lafızları arasında, fıkıh literatüründe rastladığımız gizli bir ilişki vardır. Buna göre hak ile hakikat

<sup>9</sup> Hak ile vecibe kelimelerinin yakın anlam ilişkisinin hak kelimesinden türeyen diğer kelimelerde de görülebilir: ‘ehakka’r-ractülü’ ifadesi ‘hakkı olanı söyledi ya da hakkı iddia etti ve onu elde etti’ demektir. İbn Sîde, *el-Muhkem* II, 333. İstehakkahu: hakkını talep etti demektir. *Muhkem*’de ‘istehakkahu’ için ‘istevcebehu’ karşılığı verilir. II, 333.

<sup>10</sup> İbn Sîde, *Muhkem*, II, 332

<sup>11</sup> Asım Efendi, *Kamus Tercümesi*, III, 811

<sup>12</sup> Elmalılı, *Hak Dini*, I, 280

<sup>13</sup> Elmalılı, *Fıkıh Lügati*, II, 195

<sup>14</sup> Leknevî, *Kameru’l-akmâr*, II, 216.

kelimeleri özellikle aynı nesneye izafe edildiğinde (hakku'ş-şey ve hakikatu'ş-şey gibi) bu nesnenin iki ayrı durumunu bildirir. Hakikat bir şeyin nihayetini, başka bir ifadeyle en mütakamil halini ifade ederken,<sup>15</sup> bu şeyin hak lafzına izafeyle ifadesi (hakku'ş-şey) o şeyin hakikat haline gelmemiş, adeta tekamülünü tamamlamamış devresini ifade eder.<sup>16</sup>

Hak kelimesi bu temel anlamlarının dışında bu anlamlarla bir şekilde irtibatlı farklı anlamlar için de kullanılmaktadır. Hakkın kullanıldığı diğer kelime anlamlarından bazılarını şöyle sıralayabiliriz: Allah'ın isimlerinden biri, Kur'an, yapılmış gerçekleşmiş fiil, adalet, islam, mal, milk, sıdk, mevt, iyi ahlakın gereği (hazm)<sup>17</sup> Bu kelime anlamları dışında hak farklı ilim dallarında farklı terim anlamlarına gelebilmektedir.<sup>18</sup>

## 2-Fıkıh Literatüründe Hak Kelimesinin Kullanıldığı Özel Terim Anlamları ve Bunların Analizi

Hak teriminin iki ayrı anlamından bahsedilebilir. Birincisi fıkıhın değişik alanlarında birbirinden farklı terim anlamına sahip olarak kullanılan hak kavramıdır. Hak terimi bu anlamıyla birbirinden farklı içerikte ve mahiyette kavramlar olup bulunduğu bağlama ya da izafe edildiği terime göre (hakku'l-milk, hakku'l-akd vb.) farklı bir anlama gelir. İkincisi ise üst kavram olarak sübjektif hak terimi yerine kullanılan genel anlamdaki haktır. Burada esas gayemiz ikinci anlamdaki hakkın

<sup>15</sup> Hakikat lafzı, 'sabite ve vakıa' yani ism-i fail konumunda 'bilfiil gerçek ve sabit olma' manasınadır. Bu münasebetle bir şeye müştemil olan künh, asl ve o şeyin nihayetini, en mütakamil halini ifade eder. Asım Efendi, *Kamus Tercümesi*, III, 813. Ayrıca bkz. İbn Side, *el-Muhkem*, II, 332-333.

<sup>16</sup> ('حقيقة الأمر ما يصر إليه حق الأمر و وجوبه. يقال بلغ حقيقة الأمر أي يقين شأنه) 'Bir şeyin hakikati, o şeyin hakkı'nın sonunda döneceği hali ve onun vucubunu ifade eder. İşin hakikatine ulaştı denildiğinde, o şeyin gerçek ve nihai durumuna erişti anlamı taşır.' Zebidi, *Tacu'l-arûs*, XXV, 167. Aynı anlamı az çok farklı şeklide diğer lugatlerde de bulabiliriz. Mes. Bkz. Halil b. Ahmed, *Kitabu'l-Ayn*, III, 6; *Lisanul arab*, 10/52; Buradan anlaşıldığı üzere bir şey hak ve hakikatle tanımlandığından haku'l-emr, henüz hakikatu'l-emr'e dönüşmemiş ara ve ikincil bir dönemi ifade ederken, hakikatu'l-emr için gerçek ve nihai tarafını ifade etmektedir. Özellikle hanefi hukukçuların bu dilsel temeli esas alarak hak ve hakikat kavramları arasında ayırım yaptığını ele alacağız.

<sup>17</sup> Bütün bu anlamlar için bkz. Zebidi, *Tacu'l-arûs*, XXV, 166-167.

<sup>18</sup> Hakk lafzının Kur'an, Sünnet ve İslam düşüncesinde kullanıldığı anlamlarının genel bir tanıtımı için bkz., Çağrıci, "Hak" *DİA*, XV, 137. Ayrıca hakkın özellikle kelam ve felsefede ifade ettiği terim anlamları için bkz., Elmalılı, *Fıkıh Lugati*, s. II,195; *Külliyat* s. 391; Ramazan Efendi, *Şerhu'l-akaid haşiyesi*, s. 26.

Hakkın kelamdaki teknik anlamı da bu sözlük anlamı temelindedir: *Tacu'l-arûs* müellifi burada hakkın anlamını *Şerhu'l-akaid*'den alıntılıyor: Hak örfte/terim olarak vakıaya uygun hükümdür. (el-hükümül mutabıkı lilvakı'). Bu anlamda görüşler, inançlar, dinler mezhepler için vakıaya mutabık hükümü içerip içermemesi bakımından kullanılır. Zıddı batıldır. Sıdk ise sadece görüşler için kullanılır. Zıddı hüzdür. Hakda uygunluk vakıa bakımından, sıdk da ise hüküm bakımındandır. Zebidi, *Tacu'l-arûs*, XV,167; Taftazani, *Şerhu'l-akaid*, s. 56-57.

tespiti olmakla beraber –ki bu ilkinin göre çok daha giriftir- sübjektif hak anlamına ulaşmadan önce bu terimsel anlamların incelenmesi ve aralarındaki ilişkinin tespiti gerekecektir.

Klasik kaynakları incelediğimizde hak kelimesinin teknik bir hukuk terimi olarak birbirinden farklı anlamlarda kullanıldığı görülür:

1- İrtifaklar: Hak ya da hukuk kelimesi *hukûku'l-mebî*, *hakku'l-akar*, *hukuku'l-arz*, *hukuku'd-dar*, *hukuku'l-milk*<sup>19</sup> şeklinde bir akara izafe edilerek kullanıldığı durumlarda o akara ait irtifak haklarını ya da irtifak benzeri yetkileri ifade eder.<sup>20</sup> Hanefî kaynaklarında ilk olarak Kitabu'l-buyû içerisinde “Bâbu'l-hukuk” alt başlığında bir akarın satımı vb. işlemlerde akara bağlı irtifakların akde hangi şartlarla dahil olacağı ve dahil olması için akit esnasında açıkca zikredilmesinin gerekip gerekmediği gibi konular ele alınır. İşte bu bağlamda ve fıkıh kitapları içerisinde buna benzer tarzda bir çok değişik hukuki işlem çeşidinde (mesela kira, vakıf, sulh vb.) akarlara bağlı olan irtifaklardan bahsedilirken hak ya da çoğulu olan “hukuk” kavramı kullanılır. Böyle bir bağlamda yalın haliyle “hukuk” lafzı kullanıldığında kastedilen irtifaklardır.

2- Akara malik olmanın doğurduğu yan yetki ve yükümlülükler: Hukuk lafzı *hukuku'l-milk*<sup>21</sup> şeklinde milk kavramına izafe edildiğinde çoğunlukla irtifakları ifade etmekle beraber zaman zaman da mala malik olmaktan doğan yan yetki ve yükümlülükler anlamına gelir. Burada sadece haklar söz konusu olmayıp hakların yanında yükümlülükler de söz konusudur.<sup>22</sup> Mesela Şufa hakkı, *hukuku'l-milk'tendir*,<sup>23</sup> yani bir akara malik olmanın doğurduğu bir yetkidir ve mülkiyete

<sup>19</sup> Hukuku'l-milk -az sonra ele alacağımız ikinci bir anlamı olmakla beraber temelde- milkin doğurduğu haklar ve yükümlülükler anlamına da kullanılır. Bkz. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, 4/256; İbn Nüceyin, *Bahru'r-raik*, 4/108; İbn Receb, *el-Kavaid*, s. 200. Ancak irtifak anlamına kullanımı daha yaygındır. Mesela irtifakların kastedildiği Hukuku'l-milk olarak bkz. Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 97; Kasanî, *Bedai* V,5-6; İbn Teymiyye, *el-Fetava*, V, 423; İbn Kayyim. *l'lamu'l-muvakkiin*, II,101, 102, IV, 251; İbn kudame, *Muğni*, V, 341.(hukuku'l-emlak şeklinde: *l'lamu'l-muvakkiin*, II, 201; Zerkeşi, *el-Mensûr*, II, 409,

<sup>20</sup> Burada akara ait bu tür irtifaklar başkasına ait bir akar üzerinde kurulmuşsa teknik anlamda bir irtifaktır. Eğer özel mülkiyet altında olmayan bir akar üzerinde kurulu ise bu defa teknik anlamda bir irtifak olarak nitelemenez. Bkz. Hacak, *İrtifak hakları*, s. 33. Bu terimlerden hukuku'l-mebî kavramını daha çok Hanefiler kullanır. Bkz. Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 93, 94, 95, 133; İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 421; Zeylaî, *Tebyimu'l-hakaik*, IV, 98; *Hakku'l-akar* için bkz. İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, VI, 221. Hukuku'l-arz için bkz. Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 137, XXX, 132.

<sup>21</sup> Bu tür kullanımlar için bkz. İbn Receb, *el-Kavaid*, s.211; Serahsi, *Mebcut*., XV,2-14; Kasani, *Bedai*, VI,192., Subkî, *Fetava*, II, 248,

<sup>22</sup> Bkz., Remlî, *Nihayetu'l-muhtac*, V, 125.

<sup>23</sup> Şufanın milkin doğurduğu haklardan olduğuna ve bunun, şufanın milkin verdiği menfaatlardan daha iyi istifade imkanı vermesi anlamına da gelebileceğine dair bkz. Kasanî, *Bedai*, V, 12.

bağlıdır. İrtifak hakkının aksine bir mahal üzerinde istifade yetkisi vermez. Müşterek mülkiyete konu olan şeyin taksimi ve müşterek su kanalının bakımı gibi hukuku'l-milk olan hususlarda ise yükümlülük söz konusudur.<sup>24</sup> Hukuku'l-milk teriminin yetki ya da yükümlülük oluşunu belirleyen ise kullanıldığı bağlamdır. Mesela Hanefiler rehin verilen malın nafakasının ve giderlerinin rehin verenin yükümlülüğünde olup mürtehinin sorumluluğunda olmadığını belirtmek için bunun hukuku'l-milk'ten olduğunu ifade eder.<sup>25</sup> Bu konuda kural olarak 'hukuku'l-milk'in yani milke ait yükümlülüklerin malike ait olduğundan bahsedilir.<sup>26</sup>

3- Akde bağlı birtakım yetki ve yükümlülükler: Özellikle vekalet akdi bağlamında ele alınan, "hükmu'l-akd: akdin hükmü" ve "hukuku'l-akd: akdin hukuku" terimlerinde hak, akde izafe edilerek kullanılır. Akdin hükmü akit yapılmakla tarafların ulaşmak istediği ve kanun tarafından akde bağlanan ilk ve ana sonuçtur. Akdin hukuku ise akitle birlikte doğan ve akdin hükmünü gerçekleştirmeye yönelik ikinci derecedeki hak ve borçlardır.<sup>27</sup> Mesela satım sözleşmesinde akdin hükmü satılan malın mülkiyetinin satıcıdan alıcıya, malın bedelinin mülkiyetinin ise alıcıdan satıcıya intikalidir. Burada akdin iki tarafı da hem bir borç hem de bir hak sahibi olmuştur. İşte akdin hukuku da satıcının mebiî teslimi borcu, alıcının da semeni ödeme borcu ya da, bu hususları diğer taraftan ifadelendirirsek, alıcının mebiinin teslim edilmesini, satıcının da semenin ödenmesini isteme hakkı gibi yetkililerdir.<sup>28</sup> Her akdin kendi niteliğine göre hukuku ve hükmü vardır.<sup>29</sup> Akdin

<sup>24</sup> ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى شيء ; لأن هذا من حقوق الملك. Kasanî, *Bedai*, VI, 191.

<sup>25</sup> Buna göre mesela rehin verilen şey bir köle ise onun yeme içme ve giyinme masrafları onun maliki olan rehin veren kişiye aittir. Yine bostan/bahçe ise sulaması hurma ağaçlarının aşılması vb. işlemler ile arazinin haracı gibi yükümlülükler (meuneler), rehin verene aittir. Bunlar 'hukuku'l-milk'tendir ve rehin verenin yükümlülüğündedir. Mürtehin ise ancak rehinin korunması gibi hukuku'l-yed yani zilyetliğe ait yükümlülükler düşer. Zira rehin onun zilyetliğindedir. Kasanî, *Bedai*, VI, 152. Burada hak adeta meune ve yükümlülük anlamına kullanılmıştır.

<sup>26</sup> Hanbeli Mezhebinde 'hukuku'l-malik' ile 'hukuku'l-milk' kavramları arasında net bir ayırım yapılır. Buna göre hukuku'l-malik kişinin bir mala malik olmasının doğurduğu şahsa bağlı bir yetkidir. Hukuku'l-milk ise milke tabidir ve onda malikin durumuna bakılmaz. Buna göre 'hukuku'l-milk' türündeki haklarda kişinin malına bağlı olan haklar onun vefatıyla kişinin talepte bulunup bulunmadığına bakılmadan doğrudan vereseye intikal eder. Hukuku'l-malik türünde ise bu haklar vefat eden kişinin şahsına bağlı olduğundan vereseye intikalı doğrudan olmayıp kişinin talepte bulunması şartı vardır. İbn Receb, *Kavaid*, s. 317; Ayrıca Bkz. İbn Kayyim, *Bedai'u'l-fevaid*, I, 3;

<sup>27</sup> Bkz. Aybakan, *Vekalet*, s. 63; Ali Haydar 'akdin hakları'nı şöyle sıralar: 1- Satın alınan malı kabz, 2-Bunun semenini tediye, 3-Satılan malın semenini kabz, 4- Bunun semenini kabz için bir kimseyi tevkil, 5-Satın alınan malın semenini tecil, 6- Bunun semenini müşteriye hibe, 7- bunun semeninden müşteriye ibra, 8- Mebiin aynı mukabilinde semenin mebiiden düşülmesi, 9- Satılan malı hıyaru'l-ayb ile redd, 10- Aybını ikrar etmek. *Düreru'l-hukkam*, III,684. Şart muhayyerliğinin satım akdinin hukukundan bir hak olarak bahsedildiğine dair bkz. M.Hüsrev, *Düreru'l-hukkam*, II, 154.

<sup>28</sup> İbn Kudame, *Muğni*, V, 82; *Keşşafu'l-kına*, III, 482. Ayrıca bkz. Nevevi, *el-Mecmu*, II, 120.



hükümü, özellikle muavaza akıtlarında her iki tarafı aynı anda hem hak sahibi hem de borçlu ya da yükümlü kıldığı gibi, akdin hukuku da birtakım haklarla yükümlülükleri aynı anda içermektedir. Her iki tarafın vekillerinin akdettiği bir satım akdinde mebiinin teslimi ‘akdin bir hakkı’dır. Bu bir tarafın vekili için yükümlülük diğer tarafın için ise bir yetki ve haktır.<sup>30</sup>

Akde bağlı olarak ortaya çıkan hükmün dışındaki akdin ikincil sonuçlarını ifade etmek üzere özellikle nikah akdine izafe edilerek hukuku’n-nikah tabiri kullanılır ki bu, nikah akdinin, hükmü olan milku’l-mut’a dışında, mehir<sup>31</sup>, nafaka<sup>32</sup> iddet bekleme,<sup>33</sup> gibi ek sonuçları anlamına gelir.

Akde bağlı haklar “hukuk” şeklinde çoğul olarak kullanıldığı gibi tekil halde “akdin hakkı”, “akdin hukukundan bir hak” vb. şekilde de kullanılabilir.

4-Yarı aynı haklar; “Hukuk” denilen hak grubu: Hakkın başka bir yaygın kullanımını daha vardır ki bu, çağdaş çalışmalarda hakkın diğer teknik anlamlarına oranla daha az bilinmektedir. Hak terimi bu kullanımında eşya üzerinde kurulan ancak milk niteliğini taşımayan birtakım yetkilerin adıdır. Bu bağlamdaki hak, eşya üzerindeki milkten zayıf yetki ve haklardır ve son derece teknik bir kullanıma sahiptir. Bu tür haklar konu gereği “hak” ve “milk” ayrımı yapıldığında karşımıza çıkar. Mal üzerindeki haklar denilince fıkhıta ilk akla gelen milk kavramıdır. Fıkhıta milk kavramı öylesine temel ve merkezi bir yere sahiptir ki sanki hak kavramıyla özdeşleşmiştir. Zira temel malvarlığı hakkı ve hakkın en ideal tipi milkdir. Ancak milkin dışında başka hak türleri daha vardır. Bu hak türleri günümüz hukuk dilindeki “yenilik doğuran haklar” ile büyük ölçüde paralellik arzeden ve aynı nitelik taşımayan haklardır. Bu hak grubunun çağdaş fıkıh literatüründe farkedilmesini zorlaştıran husus bu hak türünün adının da sadece “hak” olmasıdır. İbn Receb bunlara “hukuk” der. Literatürde genellikle yalın halde ‘hak’ şeklinde kullanılır. Kaynaklarda bir yetkinin ‘milk’ olmayıp ‘hak’ olduğunun ifade edilmesi gibi bu iki kavram arasında bir ayırım yapıldığında orada haktan kastedilen, genellikle “hukuk”

<sup>29</sup> Ali el-Hafif, *Ahkamu’l-muamelat*, s. 282. Akdin hukuku tabiri yerine zaman zaman yukarıdaki alıntıda olduğu üzere “akdin haklarından bir hak” gibi tekil olarak “hak” şeklinde de kullanılmaktadır. Bkz. *Bedai*, V, 171; Serahsî, *Mebcut*, XIII, 125.

<sup>30</sup> Tekmiletü *Fethu’l-kadir*’de Sadru’s-şeria’nın *Şerhu’l-vikaye*’de vekil açısından akdin haklarının/hukukunun iki türe ayrıldığı ifade edilir. Bunlardan ilki vekil açısından haktır (*hakkuun lehu*). Diğeri de vazife ve yükümlülüktür (*hakkuun aleyhi*). VIII, 16.

<sup>31</sup> Şafii, *Ümm*, V, 78;

<sup>32</sup> İbn Kudame, *Muğni*, X, 32; A. Buhari, *Keşfu’l-esrar*, II, 390; Baberti, *inaye*, IV, 382

<sup>33</sup> Serahsi, *Mebcut*, IV, 203, (لان العدة حق من حقوق النكاح) ; Kasanî, *Bedai*, VI, 156, A. Buhari, *Keşfu’l-esrar*, II, 390.

grubundaki bu tür haklardan biridir.<sup>34</sup> Bu hak grubu çalışmanın üçüncü bölümünde incelenecektir.

5- Hakikat haline gelmemiş hak: Hak kelimesinin klasik literatürde farklı bağlamlarda karşımıza çıkan ve fıkıh tekniği açısından özellik arzeden bir kullanımı daha vardır ki bu başlıca birtakım fihhi yetkilerin “hak” ve “hakikat” şeklinde nitelenen iki farklı seviyesi arasındaki ayırmadır. Bu kullanım özellikle bir önceki maddede ele aldığımız eşya üzerindeki haklar konusuyla ilgili “milk” ile “hak” ayırımında görülebilir. İncelediğimiz kadarıyla özellikle yaygın olarak Hanefi kaynaklarında rastladığımız bu ayırmada, eşya üzerindeki en güçlü ve yerleşik yetkileri ifade etmek için yalın olarak “milk” kavramı kullanılırken; henüz milk’e dönüşmemiş olan ve ancak belirli bir engelin kalkması ile milke dönüşme kabiliyeti olan yetkilere “hakku’l-milk” denilir. İslam hukukçuları, özellikle de Hanefiler aynı hak ya da genel olarak mülkiyet hakkı anlamında ‘milk’ kavramını ele alırken ‘mülkiyet hakkı’ ‘ya da aynı hak’ tamlamalarında kullandığımız şekilde “hakku’l-milk” kavramını kullanmazlar. Bu anlamda milk kavramı kastedildiğinde sürekli olarak, hak kelimesi ona izafe edilmeden yalın olarak ‘milk’ kullanılır. Hakku’l-milk tabiri ise milkten farklı bir hak türünü ya da seviyesini ifade eder. Bu noktada İslam hukukçularının dilinde milk ile hakkı tekrar yanyana gelmiş olarak görürüz. “Milk” ile “hakku’l-milk” kavramları Hanefilerin metinlerinde biraraya geldiğinde, aralarındaki farkı belirtmek için şu ifade biçiminin geliştirildiği görülür: Milk; “hakku’l-milk”in yanında “hakikat”dır. “Hakku’l-milk” ise “hakikatu’l-milk”e nisbetle “hak”tır. Dolayısıyla ortada “hakikatu’l-milk” ile “hakku’l-milk” yani milkin hak ve hakikat kelimelerine izafe edildiğinde kazandığı iki ayrı anlam ve bunları ifade eden iki ayrı terim vardır.<sup>35</sup> Hakku’l-milk terimindeki hak kavramı, izafe edildiği milk’in statüsünü elde etmiş olmak, yani milk’i bir hak olarak elinde bulundurmamak anlamına gelmeyip, sadece henüz gerçek anlamda milk’e (hakikatu’l-milk) dönüşmemiş olan ve ancak belirli engeller kalktığında milk niteliğine kavuşma kabiliyeti taşıyan yetkileri ifade eder. Hanefi hukukçular milk kavramı açısından

<sup>34</sup> Burada Hanefilerin hak ve milk ayırımı yaptığı metinlerde kastedilenin zaman zaman irtifak hakkı olduğuna, diğer mezheplerde ise büyük oranda bu grup haklar olduğuna işaret etmek gerekir.

<sup>35</sup> Örnek olarak şu ifadeleri incelendiğinde bu husus daha net ortaya çıkar: “أن الملك علي الحقيقة له وليس لاحد (و بعجزه انقلب) Serahsi, *Mebcut*, VII, 158; “من شركاه حقيقة الملك وقد بينا ان الدعوة بحقيقة الملك لا تعارضه الدعوة بحق الملك حق للملك حقيقة الملك, فلا تبطل الاجارة كما اذا عتق , و تقريره ان الكسب دائر بين المكتاب و للولي لكل واحد منهما فيه حق للملك لا حقيقة Serahsi, *Mebcut*, XV, 123. Ayrıca Bkz., Serahsi, *Mebcut*, VII, 176, VII, 75, 108-109, XIII, 88-89, 125, XV, 123.

onun hakkı ile hakikatinden bahsederler ve hakikatin haktan daha güçlü olduğunu,<sup>36</sup> hakkın hakikate engel olamayacağını belirtirler.<sup>37</sup>

Hak ile hakikat kavramları arasındaki bu ilişki sadece ‘milk’ kavramı bağlamında ortaya çıkmaz. Hanefi kaynakları gözden geçirdiğimizde milk’in yanında, ‘itk’ ve ‘hürriyet’ kavramları açısından da bu ayrımın geliştirildiği görülür. Ümmüveled konumunda olan cariye ile, efendisinden olan çocuğunun hür ve azad olma noktasındaki hukuki durumlarını izah için hak ve hakikat kavramlarından yararlanılarak itk kelimesi hak ve hakikat lafızlarına izafe edilir. Buna göre, efendisinin çocuğuna hamile olan cariye için sabit olan hukuki durum “hakku’l-hürriyye”dir. Zira cariye doğacak çocuk sayesinde hürriyetine kavuşabileceğinden bilfiil hürriyetine kavuşuncaya kadar sahip olduğu yetki gerçek anlamda hürriyet değil, sadece onun ‘hakkı’, yani hürriyete dönüşme ihtimali olan bir hukuki durumdur, hakiki bir hürriyet değildir. Çocuk için ise “hakikatu’l-hürriyye”den bahsedilir.<sup>38</sup> Yani efendinin oğlu olarak doğduğu anda gerçek anlamda bir hürriyet sahibi olduğundan hakikatu’l-hürriyye’ye; annesi ise çocuğundan dolayı “hakku’l-hürriyye”ye sahiptir. Zira çocuk doğduğunda annenin doğrudan doğruya hür olması söz konusu değildir. Annenin hürriyetine kavuşması, bunun dışında belirli birtakım engellerin olmamasına bağlıdır. Bu engeller olduğunda çocuk hür doğduğu halde annenin hakku’l-hürriyyesinin gerçek bir hürriyete dönüşme ihtimali söz konusudur.<sup>39</sup> Tüm bu durumlarda anne çocuğa tabidir. Çocuk ise annesinin hürriyetinin sebebi olduğundan asıl konumundadır. Başka bir ifadeyle alt seviyede bir yetki ya da durum olan hakku’l-hürriyye, üstün olan hakikatu’l-hürriyyeye tabidir. Zira anne hürriyeti çocuğu dolayısıyla elde etmiştir.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Hakikat ile hak arasındaki bu güç mukayesesi bu iki kelimenin ortaklaşa izafe edildiği diğer kavramlar açısından da yapılır. (الحقيقة اقوى من الملك) Kuralı bu bağlamda genel bir kural niteliğindedir. Bkz., Babertî, *el-İnye*, VIII, 300.

<sup>37</sup> İbn Hümam, *Fethu’l-kadir*, VIII, 300

<sup>38</sup> İbn Hümam, *Fethu’l-kadir*, VIII, 298. Fıkıh literatüründe hak ve hakikat kelimelerine birlikte izafe edilen yani hem hak hem de hakikat halinden bahsedilen kavramlar ‘milk’ ve ‘hürriyet’ gibi yalın halde kullanıldığında o şeyin hakikatini dile getirir. Bundan dolayı bu günkü dilde ‘hürriyet hakkı’ ya da ‘ayni hak/mülkiyet hakkı’ ifadeleriyle karşıladığımız haklar klasik literatürde hak kavramına izafe edilmeden yalın haliyle kullanılır ki bir kavramın mutlak kullanımı o kavramın en mükemmel şekline delalet etmektedir. Hak kavramına izafe edilerek kullanıldığında ise anlam tamamen değişmekte ve ‘hakku’l-milk’ şeklindeki bu kavram hiçbir şekilde ‘ayni hak/ya da mülkiyet hakkı’ anlamına gelmemektedir.

<sup>39</sup> Mesela hür bir kişinin kendi nikahında ya da milku’l-yemininde zannederek bir cariye ile olan ilişkisinden çocuk olsa ve hemen akabinde ümmüveled konumundaki cariye hakkında istihkak ortaya çıksa bu durumda efendinin çocuğu hür olduğu halde istihkakını ispatlayan malikin cariyesi olmaya devam eder. bkz. İbn Hümam, *Fethu’l-kadir*, VII, 297-300.

<sup>40</sup> İbn Hümam, *Fethu’l-kadir*, VIII, 296.

Benzer bir ifade hakkı'l-ıtk ve hakikatu'l-ıtk şeklinde yine ümmüveled ile çocuk arasındaki ilişki için kullanılır.<sup>41</sup> Mesela bir köle, sahibi tarafından müdebber konumuna getirilmişse yani sahibi öldüğünde hürriyetine kavuşacaksa bu köle müdebber statüsünü kazandığında hakkı'l-ıtk denilen bir yetkiye kavuşur.<sup>42</sup> Sahibi öldüğünde ise 'hakkı'l-ıtk' niteliğindeki bu yetki gerçek bir hürriyete yani "hakikatu'l-ıtk"a dönüşür.<sup>43</sup>

Hak-hakikat kavramlarının bütün bu kullanımlarına genel olarak baktığımızda 'hak' kavramının oldukça özel bir şekliyle karşı karşıya olduğumuz söylenebilir. Bu durumlarda hak, hakikat haline gelmedikçe sahibine doğrudan, bilfiil kullanılabilen bir yetkiyi ifade etmez. Sadece ara bir geçiş durumunu ve dönemini ifade eder. Hak, neye izafe edilmişse onun hakikaten meydana gelmesiyle, yani hakikate dönüşmesiyle gerçek anlamda bir yetkiden bahsedilebilir. Buna göre hakkı'l-ıtk sahibi kişi bu hakkın akibetini belirleyecek olaydan sonra kural olarak milke; hakkı'l-hürriyye ya da hakkı'l-ıtk sahibi kişi de yine kural olarak hürriyete kavuşur.

Hanefilerin hak ve hakikat kelimelerini bu şekilde kullanmalarının arkasında yatan düşünceyi aradığımızda bunun Arap dilindeki sözlük anlamlarından biri

<sup>41</sup> Babertî, *İnaye*, VIII, 297.

<sup>42</sup> Serahsî, *Mebcut*, VII, 237. Bu yetki için de zaman zaman hakkı'l-hürriyye terimi kullanılır. Bkz. Serahsî, *Mebcut*, VII, 201; XVII, 10, "التدبير موجب حق العتق في الحال و حقيقة العتق في الثلث بعد الموت"; İbn Hümmam, *Fethu'l-kadir*, V, 29; IX, 265. Ayrıca benzer kullanımlar için bkz. Serahsî, *Mebcut*, VIII,50, X, 221, XII, 98. Nikah akidinde iddetten bir 'hak' olarak bahsedilir. Zira nikahın doğurduğu bir yükümlülük şeklindedir. Bazı durumlarda nikahın bir hakkı olan iddetin, nikahın bizzat kendisi (hakikati) gibi hüküm doğurduğundan bahsedilir: (لأن العدة حق من حقوق النكاح , وحق الشيء كفس ذلك الشيء في (إبقاء الحرمة , Serahsî, *Mebcut*, V, 117; hukuku'l-ıtkın da müdebber kölenin satımını engelleme noktasında hakikatu'l-ıtk yerine geçtiği ifade edilir. Serahsî, *Mebcut*, 12/98; Hakkulhürriyyenin ise bazı durumlarda hakikatulhürriyye gibi değerlendirildiğinden bahsedilir. Serahsî, *Mebcut*, XIII,15.

<sup>43</sup> Hanefî fıkıhçıların metinleri incelendiğinde hak-hakikat ayırımının özellikle milk, hürriyet, itk, akit gibi hak kelimesinin muzaf olduğu diğer kavramlara da şamil olabilecek bir mahiyete büründürüldüğü görülebilir. Mesela *hukuku'n-nikah* terimi açısından da benzer bir ayırım sözkonusu edilmiştir. Nikahın haklarından yani nikahın doğurduğu birtakım yetki ve yükümlülük şeklindeki hükümlerden (*hukuku'n-nikah*) bahsedilirken, nikahın bizzat kendisinden nikahın hakikati olarak bahsedilmektedir. Bu bağlamda mesela bir kişinin boşanmış olmakla birlikte iddet süresi içindeki eşinin evinden hırsızlık yapması durumunda o kişiye had cezası uygulanmaz. Zira iddet, nikahın haklarından bir haktır ve haddi düşüren şüphe konusunda bizzat nikah gibi kabul edilir. Yani sanki evlilik devam ediyormuş gibi düşünülür ve had cezası uygulanmaz. (إذا ثبت ان العدة حق من حقوق النكاح فالحق فالحق تعمل عمل الحقيقة) Serahsî, *Mebcut*, 9,190. Serahsi başka bir yerde şöyle der: "Koca öldüğünde ya da ric'i talakla karsını boşadığında kadının iddeti devam ettiğinden, kocanın kadın üzerindeki milki ilk anda ibtal olmayıp bir halefe dönüşür. Bu da iddettir. *Bu iddet nikahın hakkıdır* ve dokunma ve vücuduna bakmanın devamı konusunda nikahın hakikati yerine geçer. Serahsî, *Mebcut*, II,70.

Nikah açısından ise hak-hakikat ayırımı sınırlı bir kullanımdır. Zira diğer kullanımlardan ayrı olarak burada nikahın hakkının hakikatine dönüşmesi söz konusu olmayıp burada haktan kastedilen nikah ile doğan birtakım hükümler olup bunlar *asl* hükmündeki nikaha tâbi ve onun *fer'leri* olarak nikahın hükmünün devamını sağlayan hukuki sonuçlardır.

üzerine temmelendiği söylenebilir. Zira Arapça'da, klasik sözlüklerin bildirdiğine göre, hak ve hakikat kelimeleri aynı kelimeye muzaf olduklarında birinci kullanım (hakku'l-emr) ikinciye (Hakikatu'l-emr'e) dönüşme kabiliyetinde olan durumu ifade için kullanılmaktadır.<sup>44</sup>

İncelediğimiz şekilde hakkın birbirinden farklı özel terim anlamlarına sahip olması dolayısıyla karşılaşılan bir hak lafzının hangi terim anlamını ifade ettiğini tespit zorlaşmakta olduğu gibi bütün bu hak türlerini içine alan genel bir hak tanımı yapmak da güç bir iş haline gelmektedir. Hak terimi, kullanıldığı her bağlamda farklı bir anlam kazanmakta olduğundan tek bir hukuki yetkiyi ifade etmekten çok, farklı bağlamlarda farklı teknik kullanım ve anlama sahip olabilmektedir.

Hak kelimesinin farklı bağlamlarda farklı anlamlara gelmesi bize şunu bir kez daha gösterir ki fıkıhın değişik konuları arasında tam bir bütünlük kurulması yerine fıkıhın her bir konusu kendi içinde bir bütün oluşturur. Fıkıh sisteminin tümü açısından bütünlük kurmak ve çabucak bir kavram dizgesine ulaşmak bundan dolayı kolay bir işlem değildir.

Ancak hak kelimesinin fıkıh literatürü içinde kazandığı ve aralarında terim anlamı olarak ortak bir noktanın olmadığı bu farklı kullanımları birlikte değerlendirerek bir esasa ve ortak bir noktaya bağlama gayretiyle incelediğimizde bazı ipuçları elde etmemiz mümkündür. Gerçekten de hak kelimesinin semantik olarak taşıdığı gizli/derin ve açık birtakım anlamlar, çok farklı ve değişik alanlara dağılan bu hukuki olay ve kavramların ifadesi için hak teriminin kullanılmasını bir dereceye kadar izah edebilmektedir. Bu noktada hak kelimesinin taşıdığı iki ana anlamın, tüm bu kullanımlara zemin hazırladığı ve bu kullanımları temellendirdiği söylenebilir. Bunlar şunlardır:

a) Hak kavramı bir asl'a bağlı olarak doğan, asl'a tâbi nitelikte ferî yetki ve yükümlülükleri ifade etmektedir. Hakkın incelediğimiz farklı terimsel kullanımlarına baktığımızda bu anlamın şu şekilde kendini gösterdiği söylenebilir: Tüm bu kullanımlarda haktan önce ortada belirli bir 'asl' unsur vardır. Bu asl'ın parçaları ya da ona bağlı ve tâbi olan ikincil unsurlar ise haktır. Buna göre *hukuku'l-mebi* vb. kullanımlarda, irtifakların hak olarak nitelenmesi, konusu akar olan satım sözleşmesi gibi hukuki işlemlerde gündeme gelir. Bu işlemlerin asıl konusu akar olan mebi ve semen iken<sup>45</sup> irtifaklar akara tâbi olarak akde konu olma durumundadır. Bundan

<sup>44</sup> Bkz. Zebîdî, *Tacû'l-arûs*, XV, 167. (حقيقة الأمر ما يصور إليه حق الأمر و وجوبه. يقال بلغ حقيقة الأمر أي يقين شأنه )

<sup>45</sup> Konevî, bey akdinde mebi ve semen asıl olduğu için bu konuların önce zikredildiğini, hukuk bahsinin ise asıl olan mebiye tâbi hakları içerdiği için kitabı'l-buyu içinde daha sonra ele

dolayı sık sık akara bağılı irtifakların ‘tevabi’ yani akara tâbi olduğu ifade edilir.<sup>46</sup> Mülkiyetin intikalini sağlayan yollardan mirasta da *hukuku’l-milk* olan irtifaklar terekede yer alan akara tâbi olarak vereseye intikal eder. Tüm bu hallerde akar, işlemin asıl mevzuu, hukuk ise ona tâbi olan ve dolayısıyla akdin ikincil olarak konusunu oluşturan unsurlardır.

*Hukuku’l-milk* teriminin milkin doğurduğu birtakım sonuçlar için kullanılmasında da bu tâbilik ve ferilik anlamı görülür. Milk’in sahibine verdiği temel bazı yetkiler vardır. Milk, tam ve kamil milk olduğunda bu yetkiler en geniş sınırlarına taşınarak nesneyi kullanma, semerelerinden istifade etme, tüketme, hukuki işlemlere konu yapabilme vb. yetkiler verir. Bununla birlikte bir nesneye malik olmanın şartları oluştuğunda şufa hakkı vermesi gibi yan yetkiler ile, sahip olunan – özellikle ortaklaşa kullanımda- bir nehrin ya da su kanalının bakımı gibi yükümlülükler hak olarak nitelenir. Bu haklar asıl olan milkin doğurduğu ikincil yetki ve yükümlülüklerdir. Akitle oluşan haklar (*hukuku’l-akd*) ise, akdin doğurduğu asıl sonuç olan milkin intikalinin (*hükümü’l-akd*) dışında bu asla bağılı olarak oluşan yan yetki ve yükümlülüklerin adıdır<sup>47</sup>. Yarı aynı haklar olarak nitelemeyi uygun gördüğümüz *hukuk seviyesindeki* hakların bu şekilde ifadelendirilmesinde ise bu anlam şu şekilde kendini gösterir: Eşya üzerinde asıl, gerçek ve en güçlü yetkiler, özellikle aynı haklar demek olan *milk* kavramıyla ifade edilmekte ve bunun dışındaki ikincil deredeki yetkiler ise ‘hak’ kavramıyla anılmaktadır. Milk asıl yetkiyi hak ise milke tâbi ve ikincil yetkileri belirtir. Hukuk grubundaki diğer haklar da milke göre sürekli olarak ikincildir. *Hak ile hakikat* ayırımında da hakikat asıl; hak ise ona tabidir.<sup>48</sup> Hak hakikat haline gelme potansiyeli taşımayı ifade edip, asıl olan hakikati

---

alındığını ifade ederek bu hususu net olarak ortaya koyar. *Enisu’l-fukaha*, s. 216. İbn Nüceym de bu tarifi aktarır. *Bahru’r-raik*, VI, 148. Klasik kaynaklar zaman zaman bir akara bağılı irtifakların ya da irtifak benzeri yetkilerin o akarın hukuku olarak ifade edilmesinin, hak kelimesindeki vacip ve sabit olma anlamından dolayı olduğunu ifade etseler de buradaki izafenin arkasında böyle bir dilsel ilişki vardır.

<sup>46</sup> ‘ان الحقوق توابع’, İbn abidin, *Reddu’l-muhtar*, 5, 187; Babertî, *İnaye*, VII, 40.; Ayrıca bkz. İbn Nüceym, *Bahru’r-raik*, VI, 148. ان الحقوق توابع , لأن الحقوق تابع للمبيع , İbn Abidin, *Reddu’l-muhtar*, V, 187.

<sup>47</sup> Hukuku’l-akd’deki tâbilik anlamı özellikle Hanefi metinlerde ifade edilir. Hidaye akdin hukuku ile ilgili şöyle der: ان الحقوق تابعة لحكم التصرف و الحكم هو الملك. İbn Hümam, *Fethu’l-kadir*, 8, 15. Hanefi kaynaklar akdin hukuku’nun vekile mi yoksa müvekkile mi ait olduğu hususunda İmam Şafii ve diğer mezheplerin görüşünü kendi ifade biçimleriyle dile getirirken kullandığı şu ifadelerinde bu nokta görülebilir: لأن الحقوق تبع للحكم وليست بأصل , والوكيل ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلاً في , *Tebyinu’l-hakaik*, 4, 256. Benzer ifadeler için bkz. İbn Hümam, *Age*, 8,15-16.

<sup>48</sup> Hak kavramının arkaplanını oluşturan bu iki anlam ile klasik metinlere baktığımızda gerçekte bu anlamın hemen her duruma uygulanabilir olduğunu söyleyebiliriz. Örnek olarak Debusi, *Te’sisu’n-nazar* adlı eserinde İmameyn ile Ebu Hanife arasındaki temel bir yaklaşım farkını izah ederken “asl” dediği temel kaidelerden birini şöyle anlatır ki bu anlatım biçimi, tesbitimizi açık

ifade etmez. Bir şeyin hakkı, hakikatine ulaşmamış ara halini ifade eder ve ona tabidir.<sup>49</sup> Fıkıh literatüründe hak lafzının özel terim anlamında kullanıldığı hemen hemen tüm konularda –özellikle de Hanefilerin metinleri açısından- arkasında bu anlamın bulunduğunu, onu adeta hiç terketmediğini söyleyebiliriz.

b) Hak kavramının bu kullanımlarının arkasında yatan ikinci temel anlam hakkın sübjektif anlamda hem bir yetki hem de yükümlülük taşıyan bir durumu ifade etmesidir. Hakkın ikinci ana anlamı ise ilki kadar yaygın ve her kullanımda kendini gösteren bir husus değildir. Ancak bir çok kullanıma temel oluşturmaktadır. Buna göre bir hukuki olaydan, hukuki işlemden, somut bir yetkiden vb. doğan ve sabit olan diğer yetki ve yükümlülükler o olayın hukukudur. Bu husus hak kavramının temel anlamı olan “vecebe” lafzının Arapça’da zorunluluk, görev, borç gibi anlamları ifadede kullanılan en önde gelen kavramlardan biri olmasıyla da irtibatlıdır. Bu anlamda hak kavramı özel terim anlamlarının genelinde sadece bir yetkinin değil, yetki ve sorumluluğun birlikte ifadesidir. Başka bir ifadeyle hak, bir olayın gerektirdiği şekilde, o olaya uygun olarak meydana çıkan yetki ve yükümlülüklerdir. Bu şekilde objektif anlamda hem bir yetki hem de bir yükümlülük iken, belirli bir şahıs için sübjektif olarak o kişinin hakkı doğuran hukuki olay içinde bulunduğu konuma göre bunlardan biri anlamına gelmektedir.

Hak lafzının özel terim anlamlarını bu şekilde inceledikten sonra üst kavram olarak “hak” teriminin mahiyet ve tanımını tespitte geçebiliriz.

## B- ÜST KAVRAM OLARAK HAK TERİMİNİN ANLAMI

Hak kavramının kullanıldığı özel terim anlamlarını inceledikten sonra üst kavram olarak sübjektif hak anlamındaki hak teriminin fıkıh içindeki tanımını tespit etmek ve mahiyetini belirlemek istediğimizde karşımıza birtakım imkansızlıkların ve zorlukların çıktığını görürüz. Bunların tam olarak tespiti bu zorlukları aşarak klasik kaynaklardaki orijinal hak tanımına ulaşmak için gereklidir.

---

bir şekilde desteklemektedir: “Ebu Yusuf ve Muhammed’e göre bir şeyin “hukuku”, “asl”ı gibi değerlendirilir. Ebu Hanifeye göre ise –bir çok yerde- asla mülhak olarak ele alınır.” Bu asl altındaki örneklerde köle asl, kölenin gallesi ise kölenin hukuku; milk (milku’l-muta kastediliyor) asıl, iddet ise millin hukukundan; kölenin rakabesi asıl, kölenin kesbi rakabenin tevabiinden olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Debusi, *Tesisu’n-nazar*, s. 49-50.

<sup>49</sup> İbn Abidin, *Reddu’l-muhtar*, V, 187.

### 1- Üst Kavram Olarak Hak Tanımını Zorlaştıran Sebepler<sup>50</sup>

Klasik kaynaklarda hak kavramının tanımının sözlük anlamı düzeyinde kalmasına yol açan, açık ve yaygın bir hak tanımının yapılmamış olmasına zemin hazırlayan birtakım sebepler söz konusudur. Bu sebepler çağdaş araştırmalar açısından da klasik kaynaklardaki orijinal hak anlayışının tespit edebilmesini de kolay bir iş olmaktan çıkarmaktadır. Klasik kaynaklar, kendine özgü metodu dolayısıyla bu çalışmada yapmaya çalıştığımız şekilde hak kavramını ya da genel olarak herhangi bir üst hukuk kavramını teorik ve soyut bir tarzda incelememişinden bu teorinin dışardan bir gözlemlerle elde edilmesi ve bir çok verinin değerlendirilmesi gereklidir. Çoğu defa teorik ve genel esasların tam olarak belirli olmadığı bir ortamda münferit meselelerin çözümünde ortaya konulan ifadelerden genel bir teorinin tespitine varmak başlı başına bir zorluktur.

Klasik kaynaklarda pozitif hukukta incelediğimiz sübjektif hak anlamında bir üst kavram olarak hak teriminin belirgin bir tanımının olmaması da özü itibarıyla burada ele alacağımız zorluklara bağlıdır. Fıkıhın iç şartlarına bağlı olarak hak tanımını zorlaştıran bu sebeplerin dışında hak kavramının mahiyetiyle alakalı ve her hukuk sisteminin karşı karşıya olduğu temel bazı zorluklar da vardır. Zira hak kavramı hukukun en temel kavramı olup çok geniş bir alanda birbirinde farklı özellikler taşıyan türleri içermektedir. Bu sebeple genel olarak hukukun temel kavramlarını ve özellikle hak kavramını tanımlamanın ne kadar güç olduğunu Kara Avrupası hukuk sistemi içindeki hukukçular da ifade etmektedir.<sup>51</sup> İsmet Sungurbey de ünlü Alman Hukukçusu Karl Larenz'in yeni bir eserinden şu cümleleri alıntılar: "Hak kavramının özel hukukun vazgeçilmez temel kavramlarından biri olduğunda

<sup>50</sup> Burada hak kavramının tanımını zorlaştıran ya da klasik kaynaklarda yaygın bir hak tanımı bulmamızı engelleyen sebepler incelenirken İslam hukukçularının –Gazzali sonrası Aristoteles mantığını fıkıh ve kelama yaygın olarak sokan doktrinler hariç -genel eğilim olarak mantıktakinden farklı bir tanım anlayışına sahip olduğuna temas etmek gerekir. Öyleki bu anlayış bazı kavramların mantıktaki şekilde, mahiyetinin ve içleminin izahına odaklanmayıp daha çok kavramın kaplamından hareket eder. Bu noktada Abdulaziz Buhari *Keşfu'l-esrar* adlı eserinde fukahanın dili ve terminolojisinin Felsefeciler'den farklı olduğunu ve onların terimlerini esas almadıklarını belirtirken şöyle der: "Şeriat ehli kendi tasniflerinde felsefecilerin haddlerini/tanımlarını kullanmazlar. Bunun yerine lafzın manasını ortaya koyan tarifler zikrederler. Bu şekilde tarif edilen lafzı (bu lafzın kapsadığı fertleri diğerlerinden) temyiz ederler. Böylelikle tekellüfe düşmezler ve maksatlarına ulaştıktan sonra gereksiz şeylerle uğraşmazlar." Nasıru'd-din Semerkandi'den de şunu alıntılar: "Semerkandi Usul-i fıkıh eserinde der ki- Bu fikhî bir kitaptır. Bu yüzden fıkıh içinde her lafız için 'tahdid sanatıyla/ tanım tekniğiyle' uğraşmayız. Aksine lafzın anlamını tarif eden ve lafzın hakikat ve esrarını ortaya koyan resimler ve keşfler yaparız." Başka bir yerde de şöyle demiştir: "Biz, mantiki hadleri zikretmeyip şerî resimler yaparız. Bu şekilde resmedilen/tarif edilen lafzın manasına vakıf olunur ki fıkıha yaraşan da budur." *Keşfu'l-esrar*, I, 32.

<sup>51</sup> Andreas B. Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 2; Ayrıca Bkz. Sungurbey, *Hak Nedir*, HFSA, s. 158.



geniş ölçüde görüş birliği bulunmakla beraber, bu kavramın içeriği konusunda ittifak yoktur. Bunun bir nedeni de uzun zaman hakların bütün çeşitlerine aynı biçimde uyacak bir tanım aranmış olmasıdır. Bu yüzden zorunlu olarak öyle bir soyutlama derecesine varılması gerekmiştir ki sonunda hiçbir şey söylenmiş olmamaktadır.”<sup>52</sup> Bu tespit bize hak kavramının “*el-mevcut es-sâbit*” şeklinde tanımlandığı usul literatürünü hatırlatır. Zira bir şey en azından klasik mantık literatürü açısından o şeyin ‘cinsi’ üzerinden tanımlanır. Var olan (el-mevcut) karşılığı ise hak kelimesinin tanımı olmayıp; hakkın bir anlamının “var olan şey” olduğunu ifade eder. Dolayısıyla hak kavramının bu geniş kapsamı içinde tanımının zorluğundan İslam hukuku açısından da rahatlıkla bahsedilebilir.

Bütün hukuk sistemlerine ait bu genel zorluğun yanısıra fıkıhın kendine has bazı özellikleri dolayısıyla ortaya çıkan birtakım güçlüklerden bahsedilebilir ki şu an için aydınlatılması gereken daha çok bu zorluklardır. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

a- Fıkıhın dili ve metodu: İslam hukukunun hüküm çıkarma metodu ve akıl yürütme yöntemine analogik akıl yürütme tarzı hakim olduğu için<sup>53</sup> bu durum fıkıhın cüzi olayları ele almasına ve dilinin kazuist olmasına yol açmıştır. Zira analogi cüziler arasında gerçekleşen bir işlemdir ve böyle bir akıl yürütme işlemi kural olarak külli ve üst kavramları kullanmadan yapılır. Bundan dolayı bir olay ve hükmün başka bir olay ve hükme benzetilmesi yoluyla yeni olayların hükmü belirlenir. Böyle bir metodun da etkisiyle İslam hukukçuları, hukuki teoriler üretme ve genel hükümleri belirleme konusuyla gerektiğince ilgilenmedikleri ve dolayısıyla aynı şekilde üst kavramları da fazla kullanmadıkları söylenebilir.

Metot ile ilgili bu zorluğun dışında, bölümün başında temas ettiğimiz, fıkıhın hak kavramından çok mükellefin fiilini esas alması, fıkıh dilinin hak kavramı üzerine bina edilmemiş olmasının da üst kavram olarak hak teriminin tanımının olmayışı üzerinde dolaylı bir etkisi olduğundan bahsedilebilir.

b-Fıkıhın kapsamının genişliği: Fıkıh şahıslara ait haklardan bahsetmekle birlikte dinî kaynaklı olması sebebiyle birtakım hakları Allah’a izafe etmiş ve şahıslara ait haklar ile Allah’a ait haklar şeklinde bir ayırımı gitmiştir. Usul-i fıkıhın hükümler bahsinde aslında tamamen furua ait bir iş olan hak kavramı ve sınıflamasından ziyade hükümler tasnif edilmektedir. Başka bir deyişle hak kavramının burada ele alınış şekli onun tüm fıkıh içindeki algılanışını

<sup>52</sup> İsmet Sungurbey, “*Hak Nedir*”, HFSA, s. 155-156.

<sup>53</sup> Bu konuda bkz. Cabirî, *Arap-İslam Kültürünün Akılyapısı*, s. 183-188.

şekillendirmiştir. Her ne kadar Allah'a ait haklardan kastedilen şey yani "hukukullah" terimi topluma ait hakları ifade eder tarzda yorumlanmaya çalışılsa da salt ibadetler bakımından bu yorum zayıflamaktadır. Bu yüzden ortada adeta kulların sahip olduğu haklarla birlikte Allah'ın sahip olduğu haklar, daha doğrusu kulun Allah'a karşı vazifeleri söz konusudur. İşte bu durumda hakkı her iki sahibi açısından tanımlamak zorluk teşkil etmektedir. Zira fikhi açıdan hak kelimesinin Allah hakkı teriminde ifade ettiği anlam ile kul hakkı teriminde ifade ettiği anlam arasında mahiyet farkı vardır. Zaten Allah hakkı teriminde mecazi ifade tarzı ağır basmaktadır. İkisi ayrı ayrı şeylerdir. İki hak türünün içeriği birbirinden farklı olduğu için her iki türü bir ortak noktada buluşturarak bir terim anlamı olarak ortaya koymak adeta imkansızlaşmıştır. Bu yüzden fıkıhçılar burada haktan kastedilen şeyin sözlük anlamında hak olduğu; ya da "sabit olan bir hüküm" olduğunu ifade ederler. Yahut da hakkın anlamının burada "el-mevcut" gibi en genel kategori olarak belirtirler. İşte bu sebepten dolayı fıkhıdaki tüm hak türlerini kuşatıcı, kulların hakları yanında Allah haklarını da kapsayacak teknik bir tanım yapmak kolay değildir.

Fıkıh incelemeleri salt hukuki hükümlerin yanında ibadetleri ve zaman zaman ahlak alanını da kapsar. Bu yüzden salt ahlaki özellik taşıyan bazı hükümlerin de fıkıh içinde çözüme kavuşturulduğu söylenebilir.<sup>54</sup> Bu durum hakkın tanımını zorlaştıracak şekilde kapsamını genişletmiştir.

c- Hak kelimesinin zıt anlamlılığı: Arapça'da hak kelimesi hak ya da görev anlamına gelebilmektedir. 'Hakkun aleyhi' şeklinde göreve, yükümlülüğe<sup>55</sup> ya da borca, 'hakkun lehu' şeklinde de bir yetki ve hakka işaret etmekle birlikte yalın haliyle her ikisine de delalat eder. Mesela bir alacak hakkı iki taraf için de haktır. Borçlu olan taraf için 'hakkun aleyh'; alacaklı olan taraf için de 'hakkun lehu'dur. Yine mesela mülkiyet hakkı hak sahibi için bir hak iken diğer insanlar için, riayet edilmesi ve tecavüzde bulunulmaması yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkar. Hak lafzının bu şekilde subjektif hak anlamına dönüşmeşi, hem hak hem de görevi ifade

<sup>54</sup> Özellikle bu son anlamda hak, ahlaki yükümlülük anlamına kullanılır. *Tacu'l-arus*'ta bildirildiğine göre İmam Şafii şu hadisteki "hak" kelimesini "iyi ahlakın gereği" olarak değerlendirip hukuki bir yükümlülük ve görev olarak ele almaz. Hadis şöyledir: "Müslüman bir kişinin, vasiyyetini hazırlamış olmadan tek bir geceyi geçirmeye hakkı yoktur /Ma hakku'm-riin ..." Şafii, Bunu "ma'l-haznu ..." şeklinde yorumlamıştır. Yani "bu durum iyi ahlakın gereklerine aykırıdır" demektir. Zebidî, *Tacu'l-arûs*, XV, 167.

<sup>55</sup> Bu oldukça yaygın bir kullanımdır. Mesela mülkiyet hakkının sınırlamaları ifade edilirken dahi burada sınırlamadan yararlanan kişi değil de bu sınırlamaya uğrayan taraf dikkate alınarak 'hakkun aleyhi' lafzı kullanılabilir. Yine mesela Şatibî 'mükellef üzerine vacib olan haklar' şeklindeki başlığında hak kelimesini yükümlülük ve vacib anlamına kullanmıştır. Şatibî, *Muvafakat*, I, 145.

eden bu kelimeyi, bir kavram haline yükseltecek genel bir tanımın yapılmasını zorlaştırmıştır. Diğer yandan belirli bir kişiye izafe edilmeyen yani yükümlüsü ve hak sahibi düşünülmeden, salt hak kavramı nötr ve yalın olarak ele alındığında yetki ve yükümlülüğü eşit derecede içeren soyut bir kavramdır. Hak bir hüküm gibi yetki ve yükümlülüğün kimlere ait olduğunu belirlemeyen bir kavramdır. Bu durum hak lafzının fıkıh içinde kazandığı özel terim anlamları için de geçerlidir. Mesela hukuku'l-akd kavramında 'hukuk' birtakım yetki ve yükümlülüklerin adıdır.

d- Fıkıhın değişik alanlarının ve bölümlerinin yarı bağımsızlığı: Burada kastettiğimiz bir kavramın fıkıhın farklı bölümlerinde o bölümün şartlarına göre kapsamının genişleyeceği ya da farklı bir anlam kazanabileceğidir. Fıkıh başından sonuna kadar belirli bir bütünlüğü ve çelişmezlik ilkesini, hükümler bazında sağlamaya gayret etse de kavram bazında bu husus her zaman dikkate alınmamaktadır. Bir kavramın belirli bir konu ve "kitap" içindeki anlamı ile bir diğer konu içindeki anlamı arasında farklar olabilmektedir. Fıkıhta farklı bağlam ve konular kendi içinde müstakil görülmekte ve bazı kavramlar farklı bağlamlarda farklı anlamlara gelebilmektedir. Bu şekilde yeni bir mefhumun ve teknik bir mevzunun elde mevcut kelimelerle ifadesi yolunun tutulması ve her mevzu için yeni bir kavram üretilmemesi kelimelerin delalet alanlarını genişletmektedir. Bu durum hak terimi açısından da geçerlidir. Zira fıkıhçı tek ve ortak bir hak kavramıyla karşı karşıya olmayıp herbiri alt kavram şeklinde birbirinden farklı 'haklar' ile karşı karşıyadır. Bütün bu hak türlerinin ve kullanımlarının ortak yanının tespiti için ise hak lafzının sözlük anlamına kadar geri gitmek gerekir. Fıkıhın bölümlerinin birbirinden bu şekilde nisbeten bağımsız olması hakkın bir çok farklı özel terim anlamlarında kullanılmasını sağlamıştır. Hak kavramı fıkıhın her bölümünde ayrı bir şekilde, farklı bir kavrama izafe edilerek değişik bir görünümle karşımıza çıkar. Bunlar yukarıda bir üst kavram olarak ele aldığımız, hakkın özel terim anlamlarıdır.

## 2- Hakkın Terim Anlamının Literatürde Aranması

Fıkıhta üst terim olarak "sübjektif hak" anlamında kullanılan hak teriminin anlamının ve mahiyetinin ortaya konulabilmesi için öncelikle bu konuda fıkıh literatüründeki verilerin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bunun için ilk olarak fıkıh terimlerini içeren fıkıh lügatlerini sonra da kavaid, furu ve usul literatürünü gözden geçireceğiz.

Fıkıh literatüründe ayrı bir tür olan teknik terimleri içeren lügat kitapları içinde ilk olarak En'isu'l-fukaha'ya baktığımızda, 'babu'l-hukuk' bölümünde hak ve hukuk

kavramlarının ele alındığını görürüz.<sup>56</sup> Konevi burada hukuk'un hakkın çoğulu olduğunu ifade ettikten sonra hakkın sözlük anlamını verir. Sonrasında ise hakkın fıkhıdaki terim anlamını vermesi beklenirken müellif "Hak, meanî ehlinin (yani mantıkçılar) terminolojisinde ise vakı'a mutabık hükümdür"<sup>57</sup> diyerek hakkın fıkıh terimi olarak tanımını hiç gündeme getirmez. Konevi'nin irtifakların incelendiği bu bölümde furu-u fıkıh kitaplarında yer alan irtifak anlamına gelen özel hak teriminin tanımını dahi vermeyişi fıkhıta hak kavramının teknik ve yerleşik bir tanımının olmadığı düşüncesini destekler.

Misbahu'l-munîr<sup>58</sup> adlı lugatte de hak kelimesinin sözlük anlamları verilir ve sözlük anlamındaki sabit ve vacip olma anlamından ötürü evin "merafik"ına evin "hukuku" denildiği ifade edilir.<sup>59</sup> Bunun dışında bir açıklama ve tanım yer almaz. Muğrib ve Şerhu Hududi ibn Arafe ve Tılbetü't-talebe gibi fıkıh lugatlerinde de hak tanımı yoktur.

Fıkıh lügatlerinde bir çok teknik kavram tanımlandığı halde hak tanımının ele alınmaması ya da fıkıh dışındaki bilgi alanlarından tanımın aktarılması hak teriminin diğer literatür alanlarında aranmasını gerektirir.

Bu amaçla teknik terimleri içeren klasik sözlüklerden Cürcani'nin Tarifât'ına baktığımızda<sup>60</sup> hakkın fıkhi bir terim olarak ele alınmadığı görülür. Cürcani fıkıhla ilgili teknik tanımları da içeren Ta'rifât'ta mantıkçıların tanımını vermekte fikha ait bir tanımdan söz etmemektedir.

Klasik furu fıkıh kitaplarında ise fıkhıdaki üst bir kavram olarak hak terimini tarife yönelik sınırlı ifadeler bulunabilir. Mesela Hidaye şerhi Binaye 'kitabu'l-buyu' içinde temelde irtifakları içeren "babu'l-hukuk" başlığında hakkı "الحق ما يستحق الرجل" şeklinde, yani hak kişinin hak ettiği şeydir şeklinde tanımlamış<sup>61</sup> ve batılın zıddı anlamı gibi başka anlamları da olduğunu ifade etmiştir. Burada müellifin teknik bir

<sup>56</sup> Konevi, *Enîsu'l-fukaha*, s. 216.

<sup>57</sup> Bu tanım Cürcani'nin Tarifâtı'nda görülen bir tanımdır. Bkz. s. 9

<sup>58</sup> Feyyumî, Misbahu'l-munîr'de İmam Rafî'nin Şerhu'l-vecîz'inde geçen "garip" kelimelerin izahı için yazdığı kitabını düzenlenmiş ve genişletilmiş hali olduğu için bir fıkıh lugati olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim içeriği incelendiğinde özellikle fıkıh ile bir şekilde ilgili olan kelimelerin incelendiği görülür. Bkz. *Misbahu'l-munîr*, s. 1.

<sup>59</sup> Feyyumî, *Misbahu'l-munîr*, s. 144.

<sup>60</sup> Cürcani burada şunları zikreder: "Hakk, sözlükte inkarı mümkün olmayan sabit şeydir. Ehlü'l-meanî (mantıkçıların) ıstılahında ise 'vakıaya mutabık hüküm' demektir." *Tarifât*, s. 122.

<sup>61</sup> Bu tanım İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*'de VI, 148; İbn Abidin de *Reddü'l-muhtar*'da V, 188 Binaye'den naklen alıntılar. İbn Abidin devamında *en-Nehru'l-faik*'den alıntılanarak başka bir hak tanımı verir. bu hak tanımı ise doğrudan irtifak haklarının tanımını olup aslında Serahsi'nin tanımından almamıştır. Bu tanım şöyledir: إلا لأجله (ان الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد كالمطيق والشرب للأرض). İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, V, 188. Serahsî, *Mebusut*, XIV, 136.

terim olarak hakkı tanımlamaktan çok sözlük anlamında hakkı tanımladığı, hatta bu tanımın kendi içinde kısır döngü içerdiği söylenebilir. Ayrıca burada soyut anlamda bir haktan çok hakkın konusu tanımlanmaya çalışılmaktadır. İslam hukukçularının özellikle Hanefilerin “babu’l-hukuk” başlığında çoğu kez hak tanımı verme bağlamıyla karşı karşıya kalmaları ve burada nadiren hakkın o başlığın konusu olan irtifak anlamını verip, hak kelimesinin usuldeki anlamından başlayarak mantıktaki anlamı da dahil olmak üzere konuyla alakalı olmasa da literatürde geçen her türlü anlama bir şekilde işaret etmelerine rağmen hiçbir zaman hukukun genel ve üst bir kavramı olan hak tanımını vermemeleri fıkıh literatüründe hakkın üst kavram<sup>62</sup> olarak belirgin bir teknik bir tanımının yapılmadığı sonucuna doğru bizi biraz daha yaklaştırır.

Usul-i fıkıh eserlerine ve özellikle usuldeki “hüküm” bahsini hak konusuyla - ilerde açıklayacağımız şekilde- irtibatlandıran Hanefi kaynaklarına baktığımızda usul alimlerinin burada “hak” kelimesini tanımlamaya çalıştıklarını görürüz. Zira bütün hukukun genel ve üst kavramı olduğu şekliyle hak kavramının bu kadar esastan incelenmesini gerektiren başka bir konunun fıkıh literatüründe olmadığı söylenebilir. Usul-i fıkıh içinde ve özellikle hanefi/fukaha usul metodunun genelinde olduğu üzere hüküm bahislerinde de furu alanında kullanılan çeşitli ve dağınık hükümlerin genel teorisinin yapıldığı ve bu yüzden hüküm bahsinin furu ile alakasının çok belirgin olduğu söylenebilir. İşte bu yüzden hak kavramının üst kavram olarak tanımının usulun bu bölümünde yapılmış olmasını beklemenin ve onu burada aramanın haklı gerekçeleri vardır. Nitekim usul bilginlerinin de bu bağlamda haktan kastedilen anlamı izaha çalıştıkları görülür: Leknevî Abdulhalim Menar haşiyesinde hak kelimesinin ‘el-mevcut/var olan, mevcut’ anlamına geldiğini ve bu sebeple ‘hakkun ala fulanın’ cümlesinde ‘kişinin zimmetinde -başkası lehine- mevcut olan bir şey’i ifade ettiğini belirtir. Ancak hemen sonra o bağlamda -Allah hakkı kul hakkı ayırımında- haktan kastedilenin ‘sabit olan hüküm’ ‘المراد بالحق هنا حكم يثبت’<sup>63</sup> olduğunu ifade eder. Hak kelimesinin bu iki ayrı tarifini de teknik bir hak tanımı sayamayız. Zira bunların ilkinde ‘el-mevcut’ karşılığı verilmiştir ki bu hak kelimesinin lugat anlamlarından biridir. ‘Sabit olan hüküm’ karşılığı da aynı şekilde doğrudan hak

<sup>62</sup> Burada ‘üst kavram’dan kastımız, hak kavramının günümüz hukuk dogmatikinde tartışıldığı şekliyle, hukuktaki genel ve ana kavram olan hak kavramıdır. Yoksa İslam hukuku kaynaklarında hak kelimesi, bu anlamdan farklı olarak özel terim anlamlarına sahiptir ve bunlar için teknik tanımlar yapıldığı söylenebilir. Mesela hak kelimesi fıkıhın belirli bir bölümünde ve bağlamında irtifak anlamına gelir. Hak kelimesinin fıkıh içinde kazandığı bu farklı özel terim anlamlarını bu bölüm içinde ayrı bir başlıkta ele alacağız ve bunlarla hukukun temel kavramı olan genel hak kavramını birbirinden ayıracağız.

<sup>63</sup> Leknevî, *Kameru’l-akmâr*, II, 216.

tanımı olarak düşünülemez. Leknevi burada sınıflandırılan hakların, sabit olan hüküm yani kısaca hüküm olduğunu, hakkın olduğu kadar hükmün sınıflandırmasının yapıldığını bildirmektedir. Yoksa hukuktaki üst kavram olan hakkı tanımlama gayesi yoktur.<sup>64</sup>

Hanefi usulcülerin özellikle de şarihlerin hemen hepsi bu bağlamda hakkın anlamını ortaya koymaya çalışır. Ancak bu şekilde genel anlamdaki hak kavramının teknik bir fihhi tanımıyla karşılaşmak zordur. Burada verilen tanımlar büyük ölçüde hakkın sözlük anlamı ya da başka bir ilim dalında ve özellikle de kelamdaki hak tanımıdır.<sup>65</sup>

Hak kavramı kavaid, eşbah vb. literatürde de teknik bir tanıma kavuşturulmamıştır. Bu noktada bilinen tek tanım Şafii müellif Mervezi'nin *Tarîku'l-hilaf* adlı eserinde yer alan: "Hukuken üzerinde kurulduğu şey üzerinde ihtisas doğuran yetkidir"<sup>66</sup> şeklindeki tanımıdır. Bu erken dönemde ortaya konan bir tanım olmasına rağmen Şafii muhitler de dahil olmak üzere literatürde yaygınlık kazanmamıştır. Öyleki araştırdığımız kadarıyla bu tanımı nakleden klasik bir esere de rastlanmaz. Ayrıca yazma olan bu esere inceleme imkanımız olmadığından bu tanımın bağlamını tespit etme imkanımız da yoktur. Bunun genel anlamda üst kavram olarak hakkı mı yoksa hakkın özel bir türünü mü tanımladığı anlaşılmamaktadır.

Bütün bu incelemelerden hareketle, hak kelimesinin, literatürde sıklıkla kullanılmasına rağmen kesin ve net bir teknik tanıma kavuşturulmadığı sonucuna ulaşabiliriz.<sup>67</sup> Öyleki sonraki dönemlerde hak lafzı için verilen sözlük anlamları yaygınlık kazanarak adeta hakkın terim anlamı olarak algılanmaya başlanmış ve

<sup>64</sup> Zerka gibi bazı müellifler, Leknevi'nin burada hakkı tarif etme amacında olduğunu düşünerek bu ifadeyi bir hak tanımı olarak eleştirir. Bkz. *el-Medhal*, III, 13. Bir çok yazar da Zerka'nın bu eleştirilerini tasvip mahiyetinde nakleder. Belirttiğimiz sebeplerden dolayı bu eleştiriler yerinde değildir. Ayrıca Bkz., Tabliyye, *el-İslam ve Hukuku'l-insan*, s. 32-37.

<sup>65</sup> Abdulaziz el-Buhari, İmam Ebu'l-Kasım'ın usul-i fıkıh kitabında şöyle dediğini nakleder: "hak her bakımdan mevcut bulunan ve varlığında kuşku olmayandır. (الحق للوجود من كل وجه الذي لا ريب فيه في وجوده) Sihir haktır, nazar haktır denildiğinde tamamıyla ve her bakımdan mevcut oldukları kastedilir. 'Falancanın, falancanın zinmetinde hakkı vardır' denildiğinde her bakımdan mevcut bir şeyi vardır anlamı kastedilir." *Keşfü'l-esrar*, IV, 134. İbn Nüceym'de aynı ifadeyi aktarır: (الحق هو الشيء الموجود من كل وجه , ولا ريب في وجوده) Bahru'r-raik, VI, 148. Görüldüğü kadarıyla hakkın 'mevcut ve sabit olan şey' şeklinde açıklanması hakkın sözlük anlamının dışında bir mana taşımaz. Bu tanımı hukuktaki genel kavram olan hakkın karşılığı olarak görmek mümkün değildir. Daha sonraki birçok *Menar* şerhlerinde de hüküm bahsinde geçen hak kelimesine hemen hemen aynı anlamlar verilmiştir.

<sup>66</sup> Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 96. (Mervezi'nin (v.462 h.), *Tarîku'l-hilaf beyne's-şafiiyyeti ve'l-hanefiyye* adlı eserinden naklen. )

<sup>67</sup> Benzer bir değerlendirme için bkz. Kamali, *Fundamental Rights*, s. 340.

hakkın fıkhıta terim anlamının olmayışının doğurduğu boşluk bu şekilde lugat anlamı tarafından doldurulmuştur.<sup>68</sup> Fıkhıtaki kullanımlarına uyup uymadığına bakılmadan mantıkçıların (ehlü'l-meani) teknik tanımları aktarılarak fihhi tanımın olmayışı telafi edilmeye çalışılmıştır.

'Hak' kavramının belirgin ve teknik bir tanımının yapılmadığı ve dolayısıyla mahiyeti üzerinde yeterince tartışılmadığı gerçeği karşısında bazı çağdaş yazarlar bunun sebeplerini sorgulamak yerine konuyu kolaycı ve savunmacı yaklaşımlarla izah etmeye çalışırlar. Mesela bu durumu, hakkın klasik literatürde hiçbir karışıklığa yol açmayacak derece açık olarak bilinen bir anlamı olduğu veya tanımına lüzum görülmediği gibi sebeplerle izah ederler. Ancak hak kavramıyla ilgili tanımların eksikliği bu kadar basitçe izah edilebilecek bir durum olmayıp, büyük ölçüde yukarda ele aldığımız zorluklara bağlı olarak ortaya çıkmıştır.

Buraya kadar olan incelemelerimizden şu sonuca varabiliriz ki, fıkıh bilginlerinin hak kavramının tanımını verme bağlamında ortaya koydukları yukarıda incelediğimiz veriler, onların hak anlayışına ulaşmayı hedefleyen araştırmacıya ilk planda fazla bir şey sunmuş olmadığı gibi usulde hak kavramının en yakından işlendiği bu bağlam ile doğrudan ilgisi kurulamayan birtakım tanımların verilmesi de hak kavramının teknik anlamına ulaşma konusunda ümitleri azaltmaktadır. Nitekim birçok çağdaş araştırmacı bu noktada durarak geri dönmüşler ve bir fıkıh terimi olarak orijinal bir hak tanımı bulunmadığı sonucuna varmışlardır.

Oysa bu noktada kalmayıp yukarıda ele aldığımız yalın haliyle 'hak' kavramının ötesinde Allah hakkı ve kul hakkı ayırımını incelemeye devam ettiğimizde hakkın mahiyetini anlama noktasında daha büyük bir adım atabiliriz. Zira yalın haliyle hak terimi fihhi teknik açıdan tanımlanmadığı halde hak lafzının Allah'a ve kul'a izafe edilmesiyle ortaya çıkan kul hakkı ve Allah hakkı terimlerinin şaşırtıcı bir şekilde teknik fihhi tanımlara kavuşturulduğu söylenebilir. Buna göre klasik literatür açısından salt hak kavramı teknik bir terim olarak tanımlanmazken kul hakkı

<sup>68</sup> "Her açıdan mevcut şey" gibi hakkın sözlük anlamı konumundaki tarifler zamanla sözlük anlamı olup olmadığı belirtilmeden sunulmaya ve hakkın fıkhıdaki tarifi olarak algılanmaya başlanmıştır. Öyleki Rehâvî "her açıdan mevcut şey" biçimindeki tanıma itiraz ederek böyle bir hak tarifinin yanlış olduğunu ortaya koymaya çalışır. O'na göre eğer burada haktan kasıt "her açıdan mevcut" olursa 'Allah hakkı' teriminin anlamı "her açıdan Allah için mevcut olan" demek olurdu ki bu batıldır. Zira bu hak tarifi kul haklarının iptalini gerektirecektir. Bir şey eğer 'tüm açılardan Allah için mevcut' ise kulların bir hakkının olması ve özellikle de kul hakkı ve Allah hakkının birlikte bulunduğu birtakım haklardan söz edilmesi mümkün değildir. Zira tüm açılardan Allah için mevcut olan bir şeyin herhangi bir açıdan kul için mevcut olması mümkün değildir. Rehavi bu sebeple hak için 'sabit olan' karşılığını önerir. Bu anlam verilirse bir şeyin bir açıdan sabit olup başka bir açıdan sabit olmaması mümkündür. Rehavi, *Haşiyetu Şerhi İbn Melek*, s. 886.

ve Allah hakkı şeklinde iki ayrı teknik kavram mevcuttur. Kul hakkı ve Allah hakkını birlikte içeren ve üst kavram olarak nitelediğimiz genel anlamda hak kavramına ulaşabilmek için ise yapılacak yegane şey bu iki terimin incelenmesidir. Çağdaş araştırmacılar genel olarak Allah hakkı ve kul hakkı terimlerinin bu yönünü fazla dikkate almayarak yukarıda sunulan verilerle yetindikleri için hak kavramının özünün ve unsurlarının ne olduğu noktasında burada üstü örtülü bir şekilde de olsa ortaya konan klasik malzemeyi değerlendirmeyi de büyük ölçüde ihmal etmişlerdir. Burada hak kelimesinin sözlük anlamları ve özel terim anlamlarıyla ilgili analizlerimize, bu iki kavramın analizini ekleyerek sonunda üst kavram olarak hakkın tanımının ve mahiyetinin tespitine çalışacağız.

*a- 'Hakkullah ve hakkulabd' kavramlarından hareketle hakkın terim anlamının ortaya konması*

İslam hukukçularının hak kavramı hakkındaki fikirlerinin teorik temelleri bu bağlamda Allah Hakkı-Kul Hakkı ayrımını üzerinde geliştirdikleri kavram ve yaklaşımların analiziyle ortaya konulabilir. Zira bütün fıkıh literatürü içerisinde hakkın mahiyeti ile ilgili tartışmalar büyük ölçüde sadece bu ayrım bağlamında yapılmıştır.

Hanefi usul literatüründe “mahkum bih” konusu ele alınırken, “haklar” ya da “mahkum bih” Allah hakkı ve kul hakkı şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım diğer mezhepler tarafından usulde teorik olarak incelenmese de fıkıh alanında yaygın olarak kullanılır. Bütün fıkıh sahası içinde hak kavramı bağlamında bundan daha önemli ve yaygın bir ayrım olmadığı söylenebilir. İleride bu ayrımı detaylı olarak ele alacak olduğumuz için burada sübjektif hak anlamındaki hak kavramının niteliğini tespit etmemizi sağlayacak kadarıyla Allah ve kul hakkı terimlerinin, tanım ve mahiyetini ortaya koymamız gerekecektir.

Kul hakkı Hanefi usul kaynaklarında neredeyse harfi harfine ittifakla şu şekilde tarif edilir: “Kul hakkı kula özgü, kulun ihtisası altındaki bir maslahattır. Başkasına ait malın haramlığı gibi.” Kul hakkı-Allah hakkı ayrımını usulde işlemek, özellikle Hanefilerin adeti olduğundan diğer mezheplerde kul hakkının tarifine daha az rastlanır. Bu anlamda kul hakkının tanımı olmaktan çok, özünü ifade eden bazı tasvirlerden söz edilebilir. Bu noktada göze en çok çarpan müellif Karâfi'dir. O'nun kul hakkını tasviri hanefi usulcülerin tanımıyla özü itibarıyla aynıdır: “Kul hakkı, kula ait maslahatlar demektir.”<sup>69</sup> Şatıbî de Usulcülerin kul hakkını adeten şöyle tefsir

<sup>69</sup> “حق العبد مصلحي”, Karâfi, *el-Furuk*, I, 256.



ettiklerini bildirir: “Kul hakkı, kulun maslahatlarına yönelik olanlardır.” Başka bir ifadeyle “şarinin hitaplarından kulların maslahatlarına yönelik olan hükümlerdir.” Burada hak kavramının bu tanımlarının hükümlere ya da mahkumu bih’e ait bir tanım olduğunu düşündüğümüzde ise hakkı “Ferde, özel bir maslahat tanıyan hükümlerdir” şeklinde tanımlayabiliriz.

Hanefi kaynaklarda yukarıda verilen kul hakkı tanımının paralelinde ve beraberinde yine ittifakla verilen Allah hakkı tanım şöyledir: “Alah hakları, hiç bir ferdin ihtisasında olmadan umumi bir faydayla (nefi’i âmm) alakalı olan hükümlerdir.” Bu tanım biraz genişletilmiş biçimde şöyle açıklanır: Bunlar umumi bir faydayla yani tüm insanlar için, her hangi belirli bir kul ile alakalı olmaksızın, nefsin tezkiyesi, uhrevi hayatın kemali ile alakalı olanlardır. Mesela zinanın yasak oluşu böyle bir haktır. Zira onun yasaklığının doğurduğu fayda esas olarak neslin korunması olduğundan bunun getireceği fayda tüm insanlara aittir.

Hanefilerin hemen hemen aynı ifadelerle verdiği bu tanımın dışında diğer mezheplerin biraz daha farklı tanım ve açıklamaları sözkonusudur. Mesela, yukarıda kul hakkını kullara ait maslahatlar olarak tanımlayan Karafi, Allah hakkını “Allah’ın emri ve nehyi” olarak tarif eder. Şatibi de Allah haklarının fukaha tarafından genellikle şu şekilde tefsir edildiğini belirtir: ‘Şeriatte, ister taabbudi ister muallel olsun mükellefin bir tercih hakkının olmadığı hükümlerdir.’

#### *b- Kul Hakkı ve Allah Hakkı Terimlerinin Tahlili ve Unsurlarının Tespiti*

Burada ele aldığımız bu iki kavramın tanımını klasik literatürde üst kavram olarak hakkın mahiyetini tespit etme esas alınacak en temel verilerdir. Bu iki tanımdan herhangi biri, hukukun belirli bir bölümündeki hakkı temel aldığından doğrudan üst kavram olarak hak tanımı olmadığı gibi, yükümlülük ve hüküm kavramlarından tam olarak ayrılmamış bir “hak” anlayışını dile getirir. Bu yüzden bu terimler doğrudan doğruya üst kavram olarak hakkı ifade etmese de bunların incelenmesi hak kavramının mahiyetini ortaya çıkarmada bize önemli adımlar attıracaktır:

1-Hakkın esas unsuru ve özü ‘*maslahat ve fayda*’dır. Bu durum hakların ve hükümlerin gâî olduğunu ve islam hukukunun gayesinin maslahatları temin olduğunu da ifade eder. Kul haklarındaki maslahat ‘hâssa’ yani kulun kendi ihtisasında ona özel yetkililerdir. Kişi bu yetki alanında müstakil olarak davranır, mesela malını kendi dışından gelecek tüm müdahaleler önlenmiş bir şekilde dilediği gibi kullanır. Allah haklarının da özü, özellikle hanefi usul doktrininde belirtildiği gibi aynı şekilde maslahat ve faydadır. Ancak Allah haklarındaki maslahat ‘âmm’ yani genele, tüm

insanlara ait bir maslahattır. Kişilerin bu faydayı kendi inhisarlarına alması mümkün değildir. Kul haklarındaki fayda ve maslahat doğrudan ve bir yetki şeklinde karşımıza çıkarken, Allah haklarında ise bir emrin yerine getirilmesi ya da bir yasağa uyulması şeklinde dolaylı olarak oluşan kamu menfaati söz konusudur ki her ferдин bu tür toplumsal menfaatlerden istifade etme ve onu ihlal eden hareketlere karşı hakkını savunarak dava açma hakkı vardır.

İslam hukukçuları Allah hakkı denilen alana dahil olan muamelat ve ukubat alanını maslahat kavramına bağlarken, ibadetlerle ilgili olarak aynı şeyi yapmakta zorluk çekmişlerdir. Zira ibadetler Allah hakkı grubunda yer aldığı için kamu menfaati maksadına yönelik olduğu kabul edilmiş demektir. Ancak fıkıhçılar bazı ibadetlerin dünyevi bir menfaatini tespitinde zorlanınca maslahatları “dünyevi” ve “uhrevi” maslahatlar şeklinde ayırarak ibadetlerin genelinin “uhrevi menfaatler”e yönelik olduğunu ifade ederler.

2- İslam hukukunda hüküm ve hak terimleri, özellikle de Hanefilerin kullanımında tam olarak birbirinden ayrılmış kavramlar değildir. Hak ile hüküm usul literatüründe fıkhi kavramlar olarak ele alındığında biribiri yerine kullanılabilir. Şarinin hitabı usul ilminde hüküm kabul edilirken, bu hitabın mükellefin fiili açısından ifade ettiği sonuç hükmüdür. İşte Allah hakkı-kul hakkı ayırımı fıkhi anlamdaki hüküm ile ilgili bir ayırım olmakla birlikte adeta bu ikisini usuldeki anlamıyla hüküm kavramı içinde birleştirir. Fıkıh literatüründe hak ve hüküm arasındaki buradan başlayan ilişki değişik alanlara uzanır. Bu iki kavram birbirinden ayrılarak iki farklı kavram haline gelme sürecini tam olarak tamamlamış değildir. Kul hakkına örnek olarak “başkasına ait malın haram/yasak oluşu” Allah hakkına örnek olarak ise “kabenin haramlığı ve zinanın yasaklığı” gibi ‘hükümlerinin gösterilişi hak ile hükmün ne kadar içiçe geçtiğini gösterir.<sup>70</sup> Hak ve hüküm arasındaki bu ilişki dolayısıyla hakkın ve hükmün özü ve esas unsuru aynıdır. Maslahat hakların özü olduğu kadar hükümlerin de özüdür. Hükümler gibi haklar da gâfidir.

3- Yetki ve yükümlülük anlamları da üst kavram olarak ‘hak’ terimi içinde kaynaşmıştır. Özellikle hanefilerin kullanımlarında hak terimi yetki ve yükümlülüğün birlikte oluşturduğu bir kavram şeklindedir. Soyut anlamıyla hak teriminin ayrıştırılması ile ortaya yetki ve yükümlülük şeklinde iki ayrı unsur çıkmaktadır. Bu husus hak ve hükmün usuldeki anlamıyla hüküm içinde erimesi gibi

<sup>70</sup> Hak-hüküm ilişkisini ilerde daha geniş ele alacağımızdan burada konunun ayrıntılarına girmiyoruz.

yetki ve yükümlülüğün de aynı şekilde hüküm ve hak içinde erimesi anlamına gelir. Soyut anlamda hak kavramında var olan bu iççelik kul hakkı ve Allah hakkı terimlerinde adeta birbirinden ayrılmış gibidir. Zira kul hakkı hakkın yetki tarafını, Allah hakkı ise yükümlülük tarafını ifade ediyor gibidir. Kul hakkında hak ilk planda yükümlülükten arındırılmış yetkiler iken, Allah hakkında da yetkiden arındırılmış yükümlülük şeklinde karşımıza çıkar. Ancak her iki terimde de değişmeyen unsur hakkın özünün “maslahat” olmasıdır. Zira bir kul hakkı olarak ‘başkasına ait malın haramlığı’ hükmüyle ifadesini bulan mülkiyet hakkı maslahat anlamına geldiği gibi, ‘zinanın yasaklığı’ da bir maslahata yöneliktir. İlkinde maslahat doğrudan, ikincisinde ise dolaylıdır. Şöyleki mülkiyet hakkının tanınması hak sahibinin, şârinin “yapınız” ya da “yapmayınız” şeklinde bir emriyle yükümlülük altına girmeden kazandığı bir kul hakkıdır. Zinanın haramlığı ise Allah hakkı olup şârinin yasağıdır. Bu yasağın Allah hakkı olarak ifade edilmesi dolaylı bir maslahat sebebiyledir ki bu da toplum düzeninin temini, nesebin karışmaması vb. birtakım kamusal maslahatların bu yasaklık ile korunmasıdır. Kişinin bu yasaklığa riayet etmesi toplum adına bir maslahattır ve bu yüzden bu haramlık hükmünden kamu hakkı meydana gelir. Bu sebeple ‘başkasının malının haramlığı’ hükmü mal sahibi tarafından ‘ibaha’ya dönüştürülebildiği halde kişinin kendi namusu üzerinde mal sahibinin malı üzerindeki gibi bir kul hakkı olmayıp konu doğrudan kamu menfaatini ve düzenini ilgilendirir. Kişinin namusu, üzerinde malı gibi serbestçe tasarruf edebileceği bir alan değildir.

Hanefi mezhebi dışındaki mezhepler Allah hakkı kavramındaki bu “yükümlülük”e yani emir ve yasaklar tarafına ağırlık verdiği için Karafi’nin yaptığı gibi onu “Allah’ın emir ve yasakları” şeklinde tanımlarlar. Bu tanımın arkasındaki düşüncelerden biri de şudur: Allah hakkı kavramı, hukuk düzeninin (:şer’) “yapınız” ve “yapmayınız” şeklindeki emir ve yasaklarından oluşur. Her zaman açık bir maslahata bağlı olması gerekemeyebilir ve temelinde bu şekilde akılla kavranabilen bir maslahattan ziyade, çoğu defa ve kural olarak ‘taabbud’ unsuru vardır. Hanefiler ise kul hakkı kadar Allah haklarını da maslahat unsuruna bağlayarak hukukta birlik oluşturmaya çalışır. Onlara göre buradaki emir ve yasaklara nihai gayesi ve içeriği açısından bakıldığında onların da sonuçta kulların maslahatına yönelik hükümler olduğu görülür. Mesela zinanın yasaklığı, temel hedef olarak belirli maslahatları koruma gayesine yöneliktir ve bu bakımdan Allah hakları kul hakları ile maslahat özünde birleşir. Bu sebeple Hanefiler Allah hakkını, “belirli bir ferdin inhisarında olmadan kamunun maslahatına yönelik hükümlerdir” şeklinde tanımlar.

Buradan hareketle Allah hakkı-kul hakkı kavramlarının fikhî iki ayrı alana bölüdüğü söylenebilir. Bu iki alandaki hak kavramının niteliği birbirinden belirgin bazı noktalarda ayrılır. Buna göre kul hakkı tanımı muamelat alanına dolayısıyla özel hukuka özgü hakların tanımı iken Allah hakkı, ukubat ve ibadat alanını, başka bir deyişle içinde kamu hukukunun da olduğu bir alanı kapsar.<sup>71</sup> Dolayısıyla kul hakkı terimi özel hukuk açısından, Allah hakkı terimi de kamu hukuku açısından hakkı tanımlamaktadır denilebilir. Ancak genel anlamda hak teriminin tanımı fikhî literatüründe ele alınmadığı halde kul ve Allah hakkı şeklinde iki alana ayrıldığında fikhîçilerin tanım yapmakta zorlanmamaları, hakkın bu şekilde ikiye ayrılmasıyla onun içeriğini oluşturan yetki ve yükümlülük kavramlarının birbirinden ayrıştırılması ile doğrudan alakalıdır. Adeta ortada özel hukuk açısından tanımlanan özel haklar ve kamu hukuku alanında tanımlanan kamu hakları mevcuttur. Bu iki alanı birlikte içeren bir hak tanımı sözlük anlamına kadar geri gidilerek yapılmaktadır. Ancak biz bu iki kavramı analiz ettikten sonra böyle genel bir hak tanımının teknik olarak yapılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz.

4- Allah hakkı ve kul hakkı kavramlarının esas unsuru ve özü maslahat olarak ortaya konulmakla birlikte kul hakları yani özel hukuk açısından ihtisas/inhisar unsuru; Allah hakları açısından da ihtisasın olmayışı yani tüm insanlar ya da kamuya ait olma unsuru söz konusudur ki kul ve Allah haklarının ayırımı da maslahatın 'hasa' ya da 'amme' olmasına göre değişir.

*İhtisas* bir şey üzerinde tek başına hakimiyet kurmak, bir şeyi diğer insanların hakimiyeti alanından çıkarıp kendi hakimiyet alanına almak anlamına gelir.<sup>72</sup> Hak bağlamında ihtisastan kastedilen, hakkın konusu olan şeyin/maslahatın sadece hak sahibi lehine sabit olması ve başkasının bu şey üzerindeki ilgisinin kesilmiş olması yani inhisardır. Hakkın özünün maslahat olduğu esastan hareket edersek kul hakkında ihtisas, bir maslahatın özel olarak belirli bir ferde tanınması ve o ferden o maslahattan istifade konusunda diğer insanlardan/kamudan ayrılmasıdır. Diğer bir açıdan ifade edersek ihtisas, kişinin hakkı karşısındaki ödev ve yükümlülüğün kendi elinde olduğunu ifade eder. Kişi ihtisasın olduğu yerde bu yükümlülüğü kendi iradesiyle ortadan kaldırarak mesela kendi malını başkasına ibaha edebilir.

<sup>71</sup> Allah hakkı terimi ibadetleri dışarda bıraktığımızda kamu hukuku ile adeta özdeşir. Ancak "ibaha" denilen ve kamusal özgürlükler olarak ifade edebileceğimiz birtakım hak grubu kul hakları içinde ele alınmadığı gibi Allah haklarına da dahil edilmemiştir.

<sup>72</sup> İhtisas kelimesinin lugat anlamı klasik sözlüklerde, infırad, teferrüd, tefaddul, istibdat, is'tisar, tamim'in zıddı vb. kelimelerle karşılanır ki bunların anlamı bir şey üzerinde "tek başına" hakimiyet kurmak ve bir şey hususunda diğerlerine göre öncelikli ve üstün durumda olmaktır. Bkz. Zebidî, *Age.*, XVII, 555" Ayrıca bkz. Firuzabadî, *Kamusu'l-muhit*: s. 796.

Allah hakları konusunda ise maslahat üzerinde kimsenin ihtisası yoktur. Allah hakları içeren hükümler kimsenin özel maslahatını hedeflemez. Zira özel bir konuda bir ferdin maslahatı gibi gözüken bir husus toplum düzeninin zararına ise bu husus o ferde ait bir maslahat ve dolayısıyla hak kabul edilmeyip, toplumsal menfaatin korunması için yasaklık hükmü getirilmiştir. İşte bu yasaklık hükmü ya da emir, Allah hakkı ya da hukuk düzeninin hakkı (haku's-şer') kavramlarıyla ifade edilir. Bu hükmün doğurduğu fayda ise 'kamu düzeninin bozulmaması hakkı' gibi genel bir kavramla ifade edilebilir ve her ferdin kamu düzeninin bozulmaması ve kamusal özgürlükleri kullanma hakkı vardır. Fertler özel hukuk alanında mesela mülkiyet haklarının ihlalinde hakları hukuk düzeni tarafından korunmuş ve şahıslara dava açarak hakkını arama yetkisi verilmişse aynı şekilde kamu düzeninin bozulmaması hakkına yönelik bir ihlalde de aynı şekilde dava açarak haklarını savunabileceklerdir. Bu yüzden zina suçunu dava ederek koruma imkanı herkese verilmiştir. Haklar hükümler tarafından temin edildiği için hakların ihlalinde mağdur taraf hükümler tarafından verilen ve korunan haklarını yeniden elde edebilir.

#### *c- Kul Hakkı-Allah Hakkı Terimlerinin Sübjektif Hak Kavramıyla Mukayesesi*

Yukarıdaki tahlillerden ortaya çıktığı üzere sübjektif hak anlamındaki hak tanımına ulaşmak için kul hakkı ve Allah hakkı kavramlarından birini esas almak yerine her iki kavramdan da istifade etmek gerekmektedir. Bu iki kavramın tahlilinden elde ettiğimiz sonuçları sübjektif hak kavramına ulaşmak için yeniden değerlendirdiğimizde bu iki kavramdan herhangi birini sübjektif hak tanımı kabul etmek yerine her ikisini belirli bir üslup ile birleştirmek ve bu şekilde orijinal hak tanımına ulaşmak mümkün olabilir. Zira her iki tanım da hukukun belirli alanlarındaki hakları tanımlamakta ve zaman zaman hukuk dışı öğeler de taşımaktadırlar. Kanaatimizce bu iki terimi birleştirme çabası şu şekilde ve aşağıdaki aşamalarla olabilir:

Klasik literatürde hak kavramı özellikle hanefi usulündeki teorik yaklaşım ve tanımlarda hüküm ve hak/yetki kavramlarıyla içiçe geçmiş olduğundan sübjektif hak kavramına ulaşabilmek için hakkın hüküm ve yükümlülük kavramlarından bir ölçüde ayrıştırılması gerekmektedir. Zira bu olmadığı sürece fıkıh açısından hakkın teknik tanımının verilmesi son derece zordur. Hak kavramının hüküm kavramından ayrıştırılması için Allah hakkı ve kul hakkı kavramlarının tanımlarını hüküm tanımı olmaktan çıkarıp hak tanımı haline getirmemiz gerekmektedir. Zira hak denilen olgu, hükmün şahıslar açısından sübjektif ifadesidir. Bu bakımdan hak hükümlerin kendisi

değil, şahıslara verdiği maslahat ve menfaatlerdir. Hak kavramını hüküm kavramından ayırıştırmanın esas faydası kul hakkı ve Allah hakkı ayırımının aslında hükümleri sınıflandırma gayesiyle yapılması ve bu yüzden ayırımın karakteri icabı ‘hak’ kavramı açısından elverişliliği tartışılabilen ve doğrudan hakkın mahiyetini tanımlamaya yönelik bir ayırım olmamasıdır. Bu ayırım esasında hukukun sükûti olan şahısların hükümler karşısındaki durumlarını bir esasa bağlama gayesindedir.

Hak kavramının hüküm kavramından ayırıştırılarak incelenmesi gerektiği gibi aynı şekilde yükümlülükten de ayırıştırılması ve salt yetkinin ele alınması gerekir. Yükümlülük kavramının hakkın içeriğinde yetki kavramıyla birlikte yer alması hüküm ve hak ilişkisinin bir uzantısı görünümündedir. Zira hükümler yetki içerdiği gibi daha çok da yükümlülük içerir. Vacip, mendup, haram ve mekruh hüküm kategorileri emir ve yasakları ifade edip bu emir ve yasaklar karşısında insanlar kural olarak yükümlü durumundadır. Kulun bu yasakları işlememesi ve emirleri yerine getirmesi kendisi açısından tabii bir hak ve yetki doğurmaz. Bu anlamda şahısların bu konularda doğrudan bir hakkından bahsedemeyiz. Ancak burada şahısların kamu düzenini bozacak davranışlara engel olma ve hükümlere aykırı davranışları bu noktada dava ederek hakkını koruma yetkisi vardır.

Diğer yandan kul ve Allah hakkı ayırımından pür hukuki olmayan alanların ayrılması gerekir. Kul hakkı ya da kulun hukuku özel hukuk ya da muamelat kavramıyla neredeyse aynı şeydir. Muamelat alanı fiqhın adeta belkemiği olup salt hukuki bir alandır. Ancak Allah hakkı alanının üç ana grubundan ibadetler ve keffaretler hukuk alanının dışındadır ve temelde uhrevi birtakım yükümlülükleri kapsar. İslam hukukçuları maslahatları dünyevi maslahatlar ve uhrevi maslahatlar (dini maslahatlar) olarak ikiye ayırırlar. Bu bakımdan hukuki anlamda hakkı tanımlarken uhrevi maslahatları bir tarafa bırakıp dünyevi-hukuki maslahatları esas almak gerekir. Uhrevi anlamda kula bazı haklar atfedilse de bunlar Allah hakkı kul hakkı ayırımını genel geçer bir ayırım halinde takdim etmek düşüncesinin etkisiyle geliştirilmiş bir düşünce olup sonuçta hak kavramının belirsizleşmesine yol açabilecek bir husustur. Zira ortada somut ve hukuki bir hak iddiası söz konusu değildir. Bu bakımdan hak terimini incelerken kullar arasındaki ilişkileri esas almalı, Allah ile kul arasındaki ilişkileri hukuk ilmi bakımından beşeri hak-hukuk ilişkisinin dışında tutmalıyız. Zira iki ilişki biçimi birbirinden tamamen farklı özelliklerle ve sonuçlara sahiptir. Ancak fiqhın karakteristiği gereği temel kavram ve ana konu, mükellefin “fiili” olduğu için mükellefin fiili grubuna giren ibadetler ile muamelat

aynı seviyede ve ortak kavramlarla ele alınmıştır. Hatta bu konuda muamelat alanının fıkıh içindeki baskınlığı sonucu ibadetlerin incelendiği hukuki kavramlar muamelat alanında geliştirilmiş, belirli bir teknik kullanım düzeyine ulaşmış kavramlar ibadetler alanına aktarılmıştır. Hak kavramının hukuki içeriğini incelerken “ibadetler” gibi ahlaki hakları da dışarıda bırakmak gerekir. Zaten kul ve Allah hakkı terimleri bu tür hakları içermez.

Atılması gereken diğer bir adım da “ibaha” alanının bu tanımlara eklenmesi gereğidir. İbaha ne kul hakkı tanımına ne de Allah hakkına dahildir. Oysa ibaha karakterli haklardan bahsedilmektedir. İbahanın bu ayırımında yer almayışı, ibahanın hüküm karakterinin de tartışmalı olmasının etkisiyle hükümler arasında sürekli olarak ikinci planda kalmasından kaynaklanmaktadır. İbahanın hüküm olup olmadığı tartışması doğrudan doğruya ibahanın hak olarak nitelenmesi sorununu beraberinde getirir. Hanefilerin kul hakkı Allah hakkı ayırımında ibahanın yerinin olmayışını da bu açıdan ele almak gerekir.

Tüm bu hususları dikkate aldığımızda fıkıhın orijinal sübjektif hak tanımına ulaşmak için kul hakkı terimine ağırlık vermek gerekecektir. Zira sübjektif hak temelde şahıslara izafe edilen yetkililerdir. Kul hakkı kavramı da bu şekilde şahısların sahip olduğu yetkileri ifadelendirmektedir. Bu perspektiften ‘kul hakları’ kavramına yöneldiğimizde kul haklarının temelini fertlere ait maslahat ve menfaatler olduğunu, hukuk alanının incelediği, hukukun süjesi olan şahıslara ait hakların kul hakkı ile paralel bir kavram mahiyeti taşıdığını görürüz. İşte bu şekilde hak kavramının hukuki bir tanımını yapmak için hukukun gerçek sujeleri olan şahıslara izafe edilen hakları esas almak gerekecektir. Bu yüzden öncelikle ve özellikle medeni hukuk ve daha geniş bir çerçevesi olan özel hukuk bağlamındaki hak kavramını tespit etmek, buradan hareketle de klasik literatürdeki hak anlayışına ulaşmak mümkün olabilir. Gerçekten de hak kavramının teknik anlamı medeni hukuk içinde çizilir. Diğer yandan Allah hakları da toplumun hakları (kamu hakları) olarak ifadelendirildiğinden, temelde fertlere ait hakların toplamı olarak görülebilir. Bu bakımdan hak terimini ortaya çıkarmak için öncelikli olarak kul hakkı terimine ağırlık vermelidir. Daha sonra da Allah haklarının arka planında duran kamu menfaatini ve ibaha kavramındaki kamusal özgürlükleri de bu terimin içeriğine katmak gerekir.

### 3- Fıkıhta Sübjektif Hak Kavramının Tanımı

Yukarıdaki analiz ve mukayeselerimiz sonucunda fıkhıdaki hak anlayışını ortaya koyan bir tanıma ulaşmak imkan dahilinde görülmektedir. İslam hukukçuları bizim burada ele aldığımız şekliyle sübjektif hak kavramını furu açısından teknik bir tanıma kavuşturma gayesinde olmadıklarından, fıkhıdaki hak anlayışını ve unsurlarını yansıtacak bir tanıma yukarıdaki verilerden hareketle bizim yapmamız mümkündür. Buna göre hakkı şöyle tanımlayabiliriz: **Hükümlerin şahıslara tanıdığı ve koruduğu maslahatlardır.** Hükümleri hukuk düzeni olarak değerlendirdiğimizde ise bunu “hukuk düzeninin şahıslara tanıdığı ve koruduğu maslahatlardır” şeklinde değiştirebiliriz. Bu tanım Kara Avrupası hukuklarında kabul gören karma teorinin hak tanımına benzemektedir. Bu tanıma göre hak kavramının özü maslahattır. Maslahat hukuk düzeni tarafından bir hüküm ile tanınır. Fertler bu hüküm doğrultusunda haklarını kullanırlar ve haklarının ihlali halinde ilgili hükmün yerine getirilmesi için dava açmak yoluyla haklarını himaye için harekete geçerler. Burada batı hukukundaki hak ile ilgili teknik ve detaylı analizlerin islam hukuku açısından da geçerli olduğu ve fıkhıdaki hak kavramının özünün maslahat olduğu belirlendikten sonra hakkın diğer unsurlarıyla ilgili olarak batı hukuklarındaki tartışmalardan doğrudan istifade edilebileceği kanaatindeyiz. Zira batı hukuklarında net olarak bulduğumuz hakkın mahiyeti ile ilgili tartışmalar belirli bir hukuk sistemine özgü unsurları içerse de ondan daha çok evrensel ve mantıksal ortak bir algılamayla ilgili unsurları da içerir.

Bu tanıma göre hakkın unsurlarını şu şekilde inceleyebiliriz:

#### *a- Sübjektif Hakkın Unsurları*

##### *aa- Maslahat Unsuru*

Hakkın gerçek anlamda özünü teşkil eden ve diğer unsurların ancak bu öz olduktan sonra anlam kazandığı asli unsur “maslahat ve menfaattir.” Hanefi usulcüler ve özellikle de usul metinlerinin şarihleri maslahatın hak ve hükümlerin temeli olduğunu ortaya koymakla birlikte bu bağlamda maslahat kavramının mahiyetini tüm yönleriyle tartışmamış ve onu teorik olarak incelememişlerdir. Öyleki bu noktada hakların ve hukukun özü olarak gösterilen maslahat lafzı teknik bir terimden çok sözlük anlamı düzeyinde ya da genel İslami terminolojide kullanılan ortak bir terim konumundadır.

##### *aaa- Maslahatın Tanımı*



Maslahat kelimesi sözlükte ‘menfaat’ anlamındadır. Maslahat ile menfaat morfolojik kalıp olarak birbirine denk olduğu gibi anlam olarak da denktir. Yani menfaat, n-f-a kökünden nef’ (fayda) manasına mastar olduğu gibi, maslahat da s-l-h kökünden ‘salah’ anlamına mastardır. Salahı ise fesadın zıddıdır.<sup>73</sup> Buna göre içinde nef’/fayda olan herşey maslahat olarak isimlendirilmeyi hakeder. Bu fayda ister lezzetin/hazzın elde edilmesi, isterse de zarar ve elemelerin uzaklaştırılması yoluyla olsun.”<sup>74</sup> Tufi Risale’inde maslahatın lugat anlamını şöyle ifade eder: Bir şeyin, asli maksadını/varlık sebebini tam olarak yerine getirecek bir durumda olmasıdır. Kalemın yazma maksadını yerine getirecek bir heyette olması gibi. Örfte ise salâh ve faydaya götüren şeydir. Kazanca götüren ticaret gibi.<sup>75</sup> Gazzali de maslahatı şöyle tanımlar: “Maslahat, menfaatin celbi, temini yahut zararın yani mefsedetın defi, bertaraf edilmesidir.”<sup>76</sup> Razî ise bunu önce ‘Maslahat: Menfaat lezzet/haz ve ona vesile olanlar ile elemin defi ve ona vesile olanlardır’ şeklinde kısaltıp daha sonra da maslahatın en yalın haliyle lezzet yani ‘faz’ olduğunu ifade eder.<sup>77</sup> Fıkıhta hak ve hükmün temeli olan maslahat kavramı, burada ele alındığı şekliyle sözlük anlamında ya da genel terim (örfi) anlamında olup fıkıh açısından bunlardan ayrı teknik bir terim olarak düşünülmez. Buradan hareketle fıkıhta esas alındığı şekliyle hakların ve hükümlerin özünün insanın psikolojik ve biyolojik/fizyolojik anlamdaki temel yapısıyla irtibatlı olarak haz ve elem ilkesine indirgenebileceği söylenebilir. Dolayısıyla burada kastedilen maslahat ve fayda fitri anlamda bir faydadır.<sup>78</sup>

#### aab- Hakkın Özünün Maslahat Olmasının Anlamı

Hakların özünün maslahat olarak gösterilmesi öncelikle hükümlerin gâî olduğunun yani kulların maslahatını gerçekleştirme maksadı üzerine kurulu olduğunun kabulüne bağlıdır. Hakların gâî unsur olan maslahat ile izahı ve hakların özünün maslahat olarak tespiti islam hukukunun hükümlerinin dolayısıyla bütün bir hukukun gai olduğu ve temelinde kulların maslahatını gerçekleştirmek gayesine yönelik olduğu fikrinin bir uzantısı ve sonucudur. Zira hukukun maksadının insanların maslahatını temine yönelik olduğu kabul edilince bu düşünce hakların

<sup>73</sup> Bkz. Fîruzâbadî, *Kamus*, s. 293.

<sup>74</sup> Butî, *Davabitü'l-maslaha*, s. 26.

<sup>75</sup> Tufî, *Risale*, s. 111.

<sup>76</sup> Gazzalî, *Mustasfa*, II, 139

<sup>77</sup> Razî, *Mahsul*, VI, 146; İbn Emîru'l-Hâcc, *et-Takrir*, III, 142'de çok benzer bir tanımı verir.

<sup>78</sup> Razî, *lezzetin/hazzın tanımıyla ilgili bazı alıntılar yaptıktan sonra lezzetin tanımlanmasının doğru olmadığını zira insanın psikolojik varlığının en temel duygularından birinin haz olduğunu ve bunun insan nefsinde zaruri olarak ortaya çıkan bir duygu olduğunu ifade eder. Bu yüzden onu nefsteki hissedilişinden daha açık bir şekilde tanımlamak imkansızdır. Razî, *Age.*, V,218. İzz b. Abdisselam da maslahatı temelde lezzet ve elem kavramlarıyla izah eder. Bkz. *Kavaid*, I, 12,*

özünün de maslahat esasına dayanması sonucunu doğurur. Şari hükümleriyle kulların maslahatını temin edecek esaslar göstermiş, kulların maslahatlarını temin etmiş ve kullara maslahat niteliğinde olan haklar vermiştir. Dolayısıyla hakkın özü ile hukukun özü aynıdır. Bu sonuç başka bir ifadeyle fıkhıdaki hak ile hüküm arasındaki yakın ilişkinin bir uzantısıdır.

Fıkıh alanında ilk olarak Hanefilerde gördüğümüz şeriatın hedefinin kulların maslahatlarını gerçekleştirme olduğu fikri <sup>79</sup> özellikle Gazzali'den sonra Şafii kesimlerde de telaffuz edilmeye başlamış ve hicri beşinci ve altıncı yüzyıldan sonra fıkıhçıların genelinde benimsediği ortak bir görüş olmuştur.<sup>80</sup> Özellikle İzz b. Abdisselam'ın Kavaid'ini bu hususu izah etmek üzere kaleme aldığı ifade edilmektedir. Şatibi de şeriatın maksatlarını ve korumayı gaye edindiği maslahatları en geniş bir şekilde ele almıştır.

Şeri hükümlerin kulların maslahatını gerçekleştirme gayesiyle vazedildiği fikri bilindiği kadarıyla ilk olarak Mutezile tarafından ileri sürülmüştür. Mutezile Allah'ın hükümlerinde kul için aslah olanın yani kulun maslahatına en uygun olanın gözetileceğini ve bunun Allah'a vacip olduğunu ileri sürer. Mutezile bu noktada Allah'ın kötü bir şey yaratmayacağı, kötünün insan fiili olduğu düşüncesinden hareketle insanın, fiillerini Allah'ın kendisinde yarattığı bir kuvvetle yaptığını ileri sürer.<sup>81</sup> Bunun anlamı "Allah'a aslah olanı yapmak vaciptir" demektir. Mutezile, oldukça meşhur olan bu öncülleriyle Allah'ın kötü (kabih) bir şeyi yapması caiz değildir demek ister.<sup>82</sup> Allah'a en uygun olanı yapması vaciptir veya Allah sadece aslah olanı yapar demenin anlamı Allahın fiillerinde illete bağlı olduğu ve buna bağlı olarak da şeri hükümlerin "maslahat" illetine dayanması demektir.<sup>83</sup> Şafii mezhebinin ve Eşariliğin talil konusundaki tavrı ilk planda şeri hükümlerin maslahat gibi genel bir maksadının gerçekleştirilmesi gayesine yönelik olduğu fikrinin benimsenmesine müsaade etmemektedir. Şafii ve Ehl-i sünnet'in büyük çoğunluğu şerî manaların ve şeri hükümlerin nispet edildikleri ayınların sıfatı olmadığı, aksine bunların Allah

<sup>79</sup> Alaaddin Semerkandi Allah tealanın hükümleri kulların maslahatlarını temin edecek şekilde ve fesad ve abes türlerin ortadan kaldıracak şekilde teşri ettiğini ifade eder. *Mizamü'l-usul*, s. 16; Cassas da hükümlerin maslahat temeline dayandığını belirtir. *Usul*, III, 39; IV, 138.

<sup>80</sup> Müteahhirin Fukaha'nın geneli maslahat düşüncesini, yani şeriatın tüm hükümlerinin maslahat esasına üzerine dayalı ve maslahat ile muallel olduğu görüşündedir. Fıkıh faaliyetlerinde sonraki dönem fıkıhçılar bu esasa bağlı kalmışlardır. Bkz. Fahrettin Razî, *el-Erbain*, s. 350.

<sup>81</sup> Cabirî, *Arap-İslam Kültürünün Akıl Yapısı*, s. 212.

<sup>82</sup> Eşariler ve ehl-i sünnet, özellikle de Allah'ın kemaliyle çelişen bir şekilde fiillerinde kendi hükümranlığının dışında başka bir otoriteye boyun eğdiği vehmini uyandıran "Allah'a vaciptir" ifadesi başta olmak üzere onların bu görüşüne karşı çıkmışlardır.

<sup>83</sup> Cabirî, *Arap-İslam Kültürünün Akıl Yapısı*, s. 213.

tarafından tahakküm ve taabbud esası üzerine muallel olmaksızın konulmuş olduğu görüşündedir. Onlara göre Allah fiillerinde herhangi bir otoriteye karşı sorumlu değildir. Hükümlerin bu şekilde bir maslahata bağlı olması onun hükümlerindeki asli ve öncelikli gaye olmayıp hükümlere tabi olarak ortaya çıkan ikincil ve zımni sonuçlardır.<sup>84</sup> Zira Allah'ın hükümlerinde maslahat ortaya çıkması ve maslahatı gözetmesi gibi bir zorunluluk (vücub) söz konusu değildir. Kulları üzerinde dilediği gibi tasarruf eder. Diğer yandan Hanefî usulcüler ise şeri hükümlerin bağlı oldukları mahallerin ve a'yan'ın sıfatı olduğunu<sup>85</sup>, Allah tarafından sadece kulların maslahatı ile muallel olarak teşri edildiği ve sabit kılındığını ileri sürerler. Bu ise Hanefîlerin bu konuda Mutezile'ye daha yakın olduğunu göstermektedir.<sup>86</sup> Genel olarak Eşarilik ile adeta bütünleşmiş olan Şafî mezhebine bağlı usulcüler bu noktada arayış bulan teoriler geliştirerek Şeriatin hükümlerinin Allah'a vacip olarak değil de Allah'ın bir tefaddülü olduğu fikrini ileri sürerler. Sonraki Hanefîlerde ortaya çıkan bir teoride ise hükümlerin maslahata bağlılığı Allah'a vacip olarak değil de vuku açısındandır. Yani vakıda hükümler maslahata bağlı olarak teşri edilmiştir.<sup>87</sup> Bu noktada Tufî'nin ve Şatîbî'nin görüşleri de orijinallik taşır. Bu iki fıkıh ve usul alimi hukuki doktrinlerini maslahat ilkesi üzerine kurduğu için maslahat kavramının temellendirilmesi için talil konusunu özel olarak ele almışlardır. Tufî, talil konusunda hükümlerin maslahat ile malul olmasının Allah'a vacip olduğunu (vacip alallah) değil de Allahtan gelen bir vacip (vacip min'allah) olduğunu ileri sürer.<sup>88</sup> Şatîbî ise maslahat ve maksad düşüncesini temellendirmenin kelami bir temeli olduğunu ifade ederek<sup>89</sup>, problemi Eşariler gibi ta'lil probleminin içinde kalarak değil de istikra metoduna baş vurarak temellendirmeye çalışır.<sup>90</sup> Ona göre hükümler mualleldir ve şari'in hükümleri külli

<sup>84</sup> Zencanî, *Tahrîcu'l-furû*, s. 39.

<sup>85</sup> Burada açıkça husun-kubuh konusu gündeme getirilmektedir. İlet ile ilgili düşüncenin arkasında husun kubuh konusu ve eşyanın tabii yerleşik niteliklerinin bulunup bulunmadığı meselesi gelmektedir. Bkz. Razi *el-Erbâin*, I, 346.

<sup>86</sup> Şafî mezhebinin bu yüzden talilden çok taabbüde meylettiği hanefîlerin ise maslahat ve talili esas aldığına dair bkz. Zencanî, *Tahrîcu'l-furû*, s. 41.

<sup>87</sup> İbn Emîru'l-Hâcc, Ebu Hanîfenin "her müctehid isabet eder, Allah katında hak tektir" görüşüyle Allah üzerine aslah vaciptir görüşünde olmadığını, bunun gayesinin aslah'ın vukuu olduğunu ifade eder. Fukaha Allahın fiillerinin (dolayısıyla hükümlerin) maslahata riayet ilkesiyle muallel olduğunda müttefiktir. *et-Takrîr*, III, 176.

<sup>88</sup> Tufî, *Risale*, s. 115.

<sup>89</sup> Şatîbî, *Muvafakat*, II, 6.

<sup>90</sup> Şatîbî, talil konusunda mutezile ve Eşarilerin ana fikirlerini vererek, şarinin şeriatı vazında ibtidaen kastının ne olduğunu tespit noktasında konuyu talil açısından ele almanın gereksiz olduğunu, konunun başka bir metodla, istikra ile ortaya konulabileceğini belirtir. Buradan hareketle eserinde son derece sıklıkla tekrar ettiği şu sonuca ulaşır: "Şeriatın hükümlerini tümevarım yöntemiyle taradığımızda onun kulların maslahatları için vazedildiğini görürüz. Bu sonuç üzerinde ne Razi ne de başkası tartışma açabilir" *Muvafakat*, II, 6.

planda kullarının maslahatını gerçekleştirmek gayesine yöneliktir. İstikra ile elde edilen bu netice bizi kesin bilgiye ulaştırır.<sup>91</sup>

Bütün bu farklı eğilimlerin nihayetinde fıkhi hükümler bağlamında vardığı sonuç Tufi'nin açık bir şekilde söylediği gibi "İşin özü Allahın fiilleri (yani fıkhi hükümler) mükelleflerin fayda ve kemaline yönelik gaî bir hüküm ile mualleldir" esasına dayanmaktadır.<sup>92</sup> Kelami olarak Mutezile'ye yakın olmayı gerektirse de Eşari olan fıkıhçıların da benimsediği görüş genellikle budur.<sup>93</sup> Bu görüş Şarinin şeriatı vaz etmesinde birtakım umumi mülahazaları ve hedefleri koruduğunu gösterir. Bunun anlamı fikhın hükümlerinin dolayısıyla bütün bir hukukun gaî olduğu ve temelde kulların maslahatlarını gerçekleştirmek gayesine yönelik olduğu fikrinin temellerinin atılmış olmasıdır. Bu bakış açısından hareketle haklar da kullara yani fertlere ait maslahatlardır.<sup>94</sup> Hakların özü de hukukun özü gibi ferdin maslahatıdır.

#### aac- Maslahat Unsurunun Belirsizlikten Arındırılması

Müteahhirun fukahanın ve birçok usulcünün benimsediği hükümlerin kulların maslahatıyla muallel olduğu, dolayısıyla şarinin şeriatı vaz etmedeki ana maksadının kulların maslahatını gerçekleştirmek olduğu anlayışı, yaygın bir biçimde kaynaklarda sıklıkla ifade edilse de bu maslahatın ne olduğu ve hüküm, hak ve maslahat arasındaki ilişkiler fıkıh literatürü içinde açıklıkla ortaya konulmamıştır. Bu konuda en geniş incelemeyi yapan ve maslahat düşüncesini hukuk düşüncesinin temeline oturtan kişinin Şatıbî olduğu söylenebilir. Şatıbî özellikle kitabının ikinci cildinde şarinin gözettiği maslahat kavramını analiz eder ve bu kavram üzerindeki belirsizliği ve birtakım endişeleri gidermeye ve şarinin bunu ne şekilde gözettiğinin teorisini ortaya çıkarmaya çalışır.

Burada kastedilen maslahatlar insan psikolojisinin temel mekanizmalarında çok önemli yeri olan haz ve elem prensibini esas alan maslahattır. İnsana haz veren ve onu elemden koruyan her şey kabaca maslahat kavramı içinde düşünülür. Bu şekilde insanın psikolojik varlığı ile birlikte fizyolojik varlığı da maslahata temel alınmaktadır. Ancak insanın haz aldığı her şey doğrudan maslahat olarak değerlendirilmeyebilir. Haz ve elem ilkesinin ötesinde maslahatların belirlenmesinde daha genel bir bakış gereklidir. Bu da ilk planda haz verse de sonuç itibarıyla insan

<sup>91</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, I, 6-7. Maslahatın temel alınması hükümler gibi hakların da gai olduğunu gösterir. Bak Kamali, *Fundamental Rights*, s. 346.

<sup>92</sup> Tufi, *Risale*, s. 114.

<sup>93</sup> Razi 'bu görüş bize göre batıldır' dese de fukahanın çoğunluğunun böyle düşündüğünü belirtir. Burada fukaha içine Şafii-Eşari fakihler de dahildir. Bkz., *el-Erbain*, s. 350.

<sup>94</sup> Bu düşünce için bkz., Abdulaziz El-Buhârî, *Keşfu'l-esrar*, III, 399, İbn Kayyım, *I'lam*, III, 11.

için zararlı sonuçlar doğuracak şeylerin maslahat olarak değerlendirilmemesidir. Bu anlamda maslahat kavramının sınırlarının iyice tespit edilerek belirli esaslara kavuşturulması gerekir.

Şatıbiye göre maslahatlar ‘salt maslahat’ olmadıkları gibi mefsedetler de böyledir. O halde dünyevi anlamda maslahat denilen, maslahat yönü mefsedet yönüne galip gelendir. Şatıbi hükümlerin riayet ettiği maslahatları dünyevi ve uhrevi maslahatlar şeklinde ikiye ayırarak onları ayrı ayrı inceler. Şarinin kasdı her iki maslahatı da gerçekleştirmektir. Bu maslahat tüm mükellefler ve her türlü ortam için ebedi, külli ve genel vasıflardır.<sup>95</sup>

Hakların ve hükümlerin maslahat esasına bağlanması düşüncesinin arkasında yukarıda izah edilen kelami endişelerle benzerlik arzeden diğer bir endişe de maslahat kavramının belirsizliği ve değişkenliği düşüncesidir. Maslahat temelinde insanların maslahatı ve özellikle de dünyevi maslahatları olduğundan dolayı bunun kişiden kişiye ve zamandan zamana değişmesi ihtimali çözülmesi gereken bir sorun olarak ortada durmaktadır. Zira böyle kabul edilirse bir kişi ya da topluluk için hak olan bir şeyin diğer bir kişi topluluk ya da zaman açısından hak özelliği taşımaması ihtimali kendini hissettirmektedir. Şatıbî, buradan hareketle şarinin cüzi ve anlık maslahattan çok mutlak maslahatı esas aldığını belirtir.<sup>96</sup> Şatıbi bu şekilde maslahatı objektif bir esasa bağlamaya çalışarak şu neticeye ulaşır: Şeriatın hükümleri bize bir konuda aklın ulaşması gereken sonuçları göstermektedir. Zira aklın dünyadaki tüm maslahatları ayrıntılarıyla tek başına kavraması mümkün olmadığından şeri hükümle akli hüküm bu noktada birleşmektedir.<sup>97</sup> Fahrettin Razî de maslahat kavramındaki belirsizliğin farkında olarak maslahatların çok uzun süreler içerisinde değişebileceği bir anda maslahat olan bir şeyin başka bir zamanda mefsedet olabileceğini ancak bunun çok uzun ve yavaş bir değişimle mümkün olduğunu belirtir.<sup>98</sup> Abdulaziz Buhari de kulların maslahatının farklılaşabileceğini ifade ederek ‘öncekilerin şeriatının delil olması/şeru men kablena’ meselesini temellendirmeye çalışır. O, bir

<sup>95</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, II, 37.

<sup>96</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, II, 40.

<sup>97</sup> İslam hukukçularının maslahatları zarurî, hâci ve tahsini maslahatlar olarak ayırması ve zarurî maslahatların beş temel maslahat (1-Din, 2-Can/nefis, 3-Akıl, 4-Nesil, 5- Mal) olarak belirlenmesi doğrudan hakkın özünü teşkil eden maslahatlarla ilgilidir. Hatta bu ayırım fıkıhın konularının ayırımı gibidir. Bu tasnifte sondan başlayarak ilkine doğru maslahatın değeri artar. Mal, muamelat alanının ana konusunu oluşturup, kul hakları alanının temel mevzuudur. Nesil de munakehat ve zina vb. had cezalarıyla ilgili olup hem kul hem Allah hakkı ile ilgilidir. Diğer maslahatlar ise temelde Allah haklarıyla ilgili olarak ele alınmıştır.

<sup>98</sup> Fahrettin er-Râzî, *Mahsul*, III, 452; Aynı düşünceyi *Kesfu'l-esrar* müellifi Alaüddîn Semerkandî'den nakleder. “بأن الحكم حتى ثبت شرعا فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدينية , ولا يتغير للمصلحة في ” A.Buharî, *Kesfu'l-esrar*, III, 409. زمان قریب , وإنما تحمل التغير عند تقدم العهد

şeyin Hz. Peygamberin ilk zamanında maslahat olup sonrasında olmamasını mümkün göreyek bundan dolayı şeriatların aynı ya da farklı olmasının akla uygun olduğunu ortaya koymaya çalışır. Burada şeriatdaki değişiklikler açıkça maslahatın değişmesine bağlanır.<sup>99</sup>

#### ab- Hakkın Hukuk Düzeni Tarafından Korunması

Haklar hukuk düzeni tarafından verilen maslahatlar olduğundan bir menfaatin hukuki anlamda hak olarak nitelenmesi ferde bu menfaatin tanındığını belirten bir hüküm sayesinde olur. Hukuk bir menfaati bir ferde tanımamış ise bu menfaatin o kişi açısından hak olarak nitelenmesi mümkün değildir. Bir menfaatin bu şekilde bir kişiye hak olarak tanınması bir hükümle olduğu gibi bunun anlamı o kişinin hakkını elde edebilmek için dava açabileceği ve hakkı ona tanıyan hükmün uygulanmasını talep edebileceğidir (mutalebe). Kişinin bu şekilde hukukun korumasını talep edemeyeceği menfaatleri o kişi açısından hak olarak nitelenemez.

Fıkıhta özel hukuk alanındaki haklarda ‘talep’ unsuru açık olarak ortaya çıkar. Kişi hukuk tarafından ona “başkasının malının haramlığı” vb. hükümler ile tanınmış olan mülkiyet hakkına yönelik bir tecavüz durumunda derhal hakkını korumak üzere talep yetkisini kullanabilir. Kişi burada hukuk sisteminin bir hükmünün uygulanmasını talep etmektedir. Yine fıkıh literatüründe ibaha denilen, seyahat özgürlüğü, genel yollardan, nehirlerden, denizlerden vb. istifade hak ve özgürlüğüne karşı bir müdahale geldiğinde de aynı şekilde hakkını koruyabilir. Bunun dışında fertler kamusal hakları gereği kamu menfaatini ihlal eden durumlarda toplumun bir ferdi ve temsilcisi olarak kendisinin de içinde bulunduğu toplumun haklarının ihlalinin önlenmesi ve suçluların cezalandırılması vb. için mutalebe yetkisini kullanabilirler. Mesela bir hırsızın ya da zina eden bir kimsenin dava edilebilmesi gibi. Burada ihlal edilen hak doğrudan bir ferde ait olmasa da her fert toplumun temsilcisi olarak haklarını koruma konusunda yetkilidir. Özellikle Allah hakları alanında olan budur.

Fıkıh literatüründe hakkın unsuru olarak maslahatın kanun tarafından himaye edilmesi hususu teorik olarak yeterince işlenmiş bir mevzu değildir. Görüldüğü kadarıyla bunun sebebi hak ile hüküm arasındaki yakın ilişkidir. Zira bir hüküm olmadan hakkın ortaya çıkması mümkün değildir. Bir ‘fayda ve menfaatin’ hukuk tarafından fayda ve menfaat olduğunun onaylanması bunun hukuki anlamda maslahat ve hak olması anlamına gelir. Hukukun bunun maslahat olduğunu onaylaması ve onu

<sup>99</sup> A.Buhari, *Keşfu'l-esrar*, III, 212.

sıradan ‘fayda düzeyinden hukukun koruduğu hak düzeyine’ çıkarması ise hüküm sayesinde olduğundan kişilerin bu maslahata ulaşmalarının ve engellenme ile karşılaştıklarında bunun önüne geçebilmelerinin garantisi yine bu hüküm olmaktadır. Zira hak sahipleri bu hükmün gereğinin yerine getirilmesi yolunda dava açarak haklarına ulaşabileceklerdir. Dolayısıyla hükmün varlığının dışında hakkın varlığı olmadığından bir faydanın hukuk tarafından maslahat olarak kabulü o maslahatın hukuk tarafından korunmasını zaten içermektedir. Zira hakkı veren hüküm ile onu koruyan hüküm nihayetinde aynı şeydir.

#### 4- Çağdaş Yazarların Hak Tanımlarının Analizi

Çağdaş islam hukuku yazarları hak kavramı ve unsurları hususunda birbirinden farklı tanımlar ileri sürmekte ve değişik yaklaşımlar getirmektedir. Burada çağdaş yazarların hak tanımlarını ve getirdikleri teorik açıklamaları bu çalışmada ulaşılan sonuçlar açısından inceleyerek, onların klasik literatürü nasıl okuduklarını ortaya koymaya çalışacağız. Bu şekilde çağdaş literatürdeki verilerle yukarıda ortaya koyduğumuz verilerin mukayesesini de yapma imkanımız olacaktır. Bu bağlamda islam hukuku alanında hak kavramını teorik olarak inceleyen hukukçulardan belli başlılarını, özellikle de hak konusu ile ilgili müstakil çalışma yapanları esas alacağız.

Çağdaş yazarları hak konusuna yaklaşımlarına ve hakkın unsurlarını değerlendirme tarzına göre başlıca üç gruba ayırabiliriz: Bunların ilki hakkın unsuru olarak maslahat kavramını ön plana çıkarır. Diğerleri ihtisas unsuruna vurgu yapar. Maslahatı esas alanlardan bir kısmı ihtisastan unsur olmadığını, ihtisası temel alanlardan bir kısmı ise hakkın sadece ihtisastan ibaret olduğunu öne sürmektedir. Üçüncü grup ise bu iki unsura da yer vermeyip hakkın sözlük anlamı düzeyindeki yaklaşımları teknik bir tanım olarak sunmaya çalışır.

##### *a- Maslahat Unsuruna Ağırlık Verenler*

Ali Hafif, Yusuf Musa ve Senhurî hak tanımlarında hakkın özü olarak maslahat unsurunu kabul ederler. Ali Hafif hakkın özünün maslahat olduğunu belirttikten sonra hakkı “hak bir maslahat/menfaat üzerindeki ihtisastır”<sup>100</sup> şeklinde tanımlar. Başka bir yerde verdiği tanımda da yine maslahat unsuru hakkın gaf unsuru olarak yerini alır: “Hak, fertlerin menfaati doğrultusunda hukuk düzeninde sabit olan

<sup>100</sup> Ali Hafif, *el-Hakku ve 'z-zimme*, s. 37. (Düreyni'den naklen, *el-Hak*, s. 191). Ali Hafif *Ahkamu'l-muamelat ve el-Milkiyye* adlı eserlerinde hak kavramı üzerindeki incelemelerinde ise bu tanımları vermez.

şeydir".<sup>101</sup> Yusuf Musâ hakkı, "Fert ve toplum için şarının vaz'ı ile sabit olan maslahattır" şeklinde;<sup>102</sup> Senhuri ise hakkı (özellikle malvarlığı bağlamındaki hakları) "Hukuk düzeninin tanıdığı ve koruduğu mali değeri olan maslahattır"<sup>103</sup> şeklinde tanımlar.<sup>104</sup>

Çağdaş yazarların bir kısmı tarafından maslahat kavramının bu şekilde hakkın özü ve temel esası olarak kabul edilmesi, yukarıda incelediğimiz klasik literatürdeki hak anlayışına uygunluk arzeder. Ancak bu yazarlar, maslahatı hakkın bir unsuru olarak sunarken, klasik fıkıh literatüründen mi yoksa Batı hukukundaki özellikle Jhering'e ait teoriden mi hareket ettikleri açık değildir. Zira bu yazarlar hak kavramını tanımlayıp tartışırken bu çalışmada yapıldığı şekilde klasik literatürdeki hak tanımının ve anlayışının ne olduğunu ortaya koyacak analizlere yeterince girmezler ve kul hakkı ve Allah hakkı kavramlarını bu anlamda esas olarak incelemezler. Bu yüzden bazı yazarlar, hakkın unsuru olarak maslahat ve menfaati sunan bu yazarları eleştirerek maslahatın hakkın unsuru olarak gösterilmesinin islam hukukuna Jhering'in teorisinden sızdığını ileri sürerler. Öyleki bu yazarlar maslahatı hakkın ana unsuru olarak gösteren Jhering ve ekolünün görüşlerine Batı hukuku içinden yükselen itirazları, İslam hukukunda maslahat kavramını öne çıkaran bu çağdaş yazarlara karşı ileri sürmekten de geri durmazlar. Maslahat unsurunun hakkın özü olarak sunulmasına en belirgin eleştirinin Zerka tarafından yapıldığı söylenebilir. Zerka, Senhuri'nin yukarıda alıntıladığımız hak tanımını incelerken bunun Jhering'den alındığını söyler.<sup>105</sup> Zerka hakların "menfaat" olmayıp bu menfaatle şahsın ihtisası olduğunu ileri sürer. Zerka'ya göre maslahat aslında hakkın bağlı olduğu şeydir, yani onun mahallidir, hakkın kendisi değildir.<sup>106</sup> Onun bu eleştirisi Fethi Düreynî ve Abbadi tarafından da olduğu gibi kabul edilir.<sup>107</sup> Öyleki Düreynî bu noktada 'Jhering'in hak anlayışından etkilenen ve hakkı onun teorisine göre

<sup>101</sup> Nakleden: Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 99.

<sup>102</sup> Nakleden, Fethi Düreynî, *el-Hak*, s. 188..

<sup>103</sup> Senhuri, *Masadiru'l-hak*, I, 5, 9.

<sup>104</sup> İsevi Ahmed İsevi'nin hak tanımı da maslahatı hakkın esas unsuru olarak görmekle birlikte ihtisası da buna bağlı bir unsur olarak ele alır: "Hukuku düzeninin bir ferde ihtisas ve inhisar yoluyla tanıdığı maslahattır." (Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 97)

<sup>105</sup> Zerka, *Medhal*, III, 12.

<sup>106</sup> Zerka Jhering'den sonra bazı hukukçuların bu tanımı tadile çalıştıklarını söyleyerek bu bağlamda Chehata (Şahhata)'nın şu tanımını verir: "Hak, hukuk düzeninin korudu bir maslahata erişmek için belirli birtakım fiilleri yapabilme kudretidir." Zerka, *Medhal*, II, s., 9-10.)

<sup>107</sup> Düreynî, *el-Hak*, s. 188. Düreynî burada Musa'nın bu tanımındaki maslahat unsurunu eleştirir. Bunu pozitif hukukçularda ve fıkıhçılarda yaygın bir hata olarak değerlendirdi. Abbadi de Zerka'nın fikirlerinden hareketle benzer görüşler ortaya koyar ve hakkın maslahat ile tanımlanmasının islam hukukuna modern hukuklardan sızdığını ileri sürer. Batıda hakkı maslahat ve menfaat unsuruyla tanımlayan ilk kişi Jhering'dir. Bu yazarlara göre Senhuri ve Ali hafif hak tanımlarında batıdaki bu tanımın etkisinde kalmıştır. Bkz. Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 98-99.



tanımlayan' yazarların listesini verir.<sup>108</sup> Oysa yukarıda genişçe ele aldığımız şekilde maslahat kavramının hakkın özü olarak gösterilmesi önceliği –bu teorinin doğruluğu ve güçlülüğü tartışması bir tarafa- İslam hukuku literatürüne aittir ve bu konudaki ilk teorik yaklaşımlar 6./12. yüzyıla kadar geri götürülebilir. Ancak eldeki tüm tanımlarda hak kavramı ve teorisi adına ortaya konulan en temel düşünce bu olmasına rağmen bunun ortaya konuluş şekli belirli ölçüde kapalı ve üslup zorluklarıyla örtülmüştür. Bu yüzden çağdaş yazarların bunu tam olarak farketmeyişinin ise islam hukukunun gerek metin gerekse dil olarak iyi analiz edilmeyişine bağlı olduğu söylenebilir.

Batı hukukundaki teorilerde de maslahat teorisi daha sonraki haliyle karma teoride varlığını sürdürmekte ve giriş kısmında belirtildiği üzere karma teori günümüzde en yaygın geçerliliği olan teori olma özelliğini sürdürmektedir. Karma teori içinde bazı yazarlar menfaati bazıları ise irade unsurunu ilk plana yerleştirmektedir. Bu açıdan da bakıldığında islam hukukunda maslahat kavramının hakkın özü olarak gösterilmesi fikrini ve bazı yazarların da – klasik metinlerdeki ifadelerden hareket ettikleri tam olarak bilinmese de- benimsedikleri bu düşünceyi, Zerka ve Abbadî'nin rahatlığıyla eleştirmemiz zordur. Bu hususa, İslam hukukunda hak kavramının tanımının modern batı hukukundaki hak anlayışının aksine 'kanun kaidesi/hüküm' ve yükümlülük kavramlarından tam olarak soyutlanmamış haliyle yapıldığını da dikkate alırsak konu farklı bir boyut kazanır. Kaldı ki tüm bu hususlardan ayrı olarak düşünüldüğünde dahi maslahatın hakkın özümüyle ilgili bir kavram değil de hakkın konusu ya da gayesi olduğundan hareketle bir eleştiri yapmak da tutarlı değildir. Zira hakkın kullanımıyla ele geçen şeyin yani hakkın hedefinin maslahat olarak tespiti, en soyut şekliyle kişinin bir hakkı olmasının onun o konuda bir maslahatı olduğunu ifade etmesi gibi hakkın en soyut içeriğinin belirlenmesi anlamı taşır. Bu noktada hakkın özü en genel ve külli bir tanım onun maslahat olmasıdır. Haklar kişilere ait maslahatlardır. Dolayısıyla bu maslahatlara sahip olma ve hakkı kullanma durumunun kişi için bir fayda olarak nitelenmesi doğaldır. Bu husus, maslahatın hakkın özünü değil de gayesini oluşturduğu şeklinde yorumlanamaz. Zira bu hakkın gaî bir tanım olarak nitelenmelidir, yoksa yanlış bir hak tanımı olarak değil.

<sup>108</sup> Düreyini, hak tanımında bu doktrinden etkilenenleri sayar: "Pozitif hukukçulardan Senhuri (*Masadıru'l-hakk* I, 5, 9; *Uşulu'l-kavanin*, s. 267), Kamil Mersi, Subhi Mahmasani, (*el-Mucebat ve'l-ukud*, I;35); Fıkıh yazarlarından ise Ali hafif, (*el-Hakku ve'z-zimme*, s. 37); Yusuf Musa, (s. 311), İsevi Ahmed isevi, (*Mecelletü'l-ulumi'l-kanuniyye ve'l-iktisadiyye*, s. 8, sayı 1, sene 5) el Hak, s. 56.

### *b- İhtisas Unsurunu Ön Plana Çıkaranlar*

Bazı çağdaş yazarlar özellikle Kara Avrupası hukuk teorilerinden de istifadeyle fıkıh literatüründe farklı bağlamlarda öne çıkan bir kavram olan ihtisas/inhisar'ı hakkın özü ve esas unsuru olarak gösterirler. Bu yazarların başında Zerka gelir. Fethi Düreynî ve sonrasında Abbadî ve Kamalî, onun bu konudaki görüşlerini ve hak tanımını büyük ölçüde esas almıştır.

Zerka hakkı “Hukuk düzeninin bir yetki ve yükümlü kılma şeklinde vazettiği ihtisastır” şeklinde tanımlayarak<sup>109</sup> hakkın ana unsuru olarak ihtisası görür. İhtisas, kelime olarak diğerleriyle ortak olmanın zıddı olup yukarıda ele alındığı gibi bir şeyin bir kimsenin özel yetki alanında olmasını ifade etmekteyken, Zerka tarafından bir ilişki, alaka ve bağ olarak yorumlanır. Buna göre ihtisas, konusu mal olan haklarla birlikte (aynî haklar ve alacak hakları gibi), konusu şahsi bir yetkinin kullanım olan hakları da- (velinin velayetini ve vekilin vekaletini kullanımı gibi)- kapsayan bir bağdır. Zerkaya göre bu alakanın hak olabilmesi için belirli bir şahsa – ya da şahıslara- ait olması gerekir. Belirli bir maslahat üzerinde kişinin diğer şahıslardan farklı olarak öncelikle kullandığı ve diğer şahısların müdahalesinin engellendiği bir yetki alanı olması lazımdır. O halde ihtisas olmadan hak düşüncesi sözkonusu değildir. Hakkın özü ve hakikati ihtisastır.<sup>110</sup> Zerka buradan hareketle ihtisas içermeyen ilişkileri hak niteliğinde görmeyip bunları ‘umumi ibaha’ tarzında görür. Genel olarak kamusal özgürlükler diyebileceğimiz, mülk edinme, seyahat etme, avlanma, umumi nehirlerden istifade vb. özgürlükler burada kastedilen anlamda hak olmayıp sadece ‘ruhsat’ ve ibahadır.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> الحق هو اختصاص يقرر بما الشرع سلطة او تكليفاً Zerka, *Medhal*, III, 10. Zerka tanımında hakkın özü olarak gösterdiği ihtisastın ve bundan doğan sulta ya da teklifin hukuk düzeni tarafından verilmesini gerekli görür. Zira hukuk düzeninin onayı burada esastır. Hukuk düzeninin hak saydığı şeyler haktır. Ayrıca ihtisastın ‘sulta veya teklif’ şeklinde iki tezahürü vardır. Sulta yani yetki ve hakimiyet şahıs ya da eşya üzerinde olabilir. Mülkiyet hakkında eşya üzerinde bir hakimiyet ve yetki vardır. Teklif ise daima bir insanın yükümlülüğüdür. Mesela borçlu kişinin borcunu ödeme yükümlülüğü altında olabilmesi, alacak hakkın ortaya çıkardığı bir yükümlü kılma gücü yani tekliftir. Bkz. I, 12) Zerka bu tanımın medeni hukuk (özel hukuk) alanındaki haklarla birlikte, kamusal hakları, yine dini karakterli Allah haklarını ve ahlaki hakları da içine aldığı ifade eder. Zerkanın bu tanımı maslahat unsurunu tamamen dışlaması ve ihtisas kavramını bir hukuki ilişki ve bağ gibi yorumlaması bakımından eleştirilebilir. Zira klasik literatürde ihtisas bu anlamı taşımaz. Ayrıca Zerka bu tanım hukuki anlamda hak olan şeylerle teknik anlamda hak olmayanları, hak teriminin içine almaya çalışması bakımından da hak kavramını oldukça geniş ve belirsiz bir hale sokmuştur. Mesela Allah hakları ile kul haklarını birlikte içermeye çalışması ve hukuk alanının dışında kalan ahlaki hakları da kapsama iddiası gibi. Bunun dışımda tanım, ihtisas unsuru içermeyen kamusal hakları da içermez.

<sup>110</sup> Zerka, *Medhal*, III, 11.

<sup>111</sup> Zerka, *Medhal*, III-11.

Hak ve hakkın kötüye kullanımı konusunda müstakil çalışmalar yapan Düreynî de hakkı tanımlama noktasında Zerkâ ile aynı şekilde düşünerek hakkın özü olarak ihtisası görür. Hakkı şöyle tanımlar: “Hak, hukuk düzeninin, bir ferde, belirli bir maslahatı gerçekleştirmek üzere tanıdığı ve bir şey üzerinde yetki ve hakimiyet olarak ya da bir şahsa karşı bir edimde bulunmasını isteme şeklinde ortaya çıkan ihtisastır”<sup>112</sup> Bu tanım Zerka’nın tanımına, yine Zerka tarafından yapılan bazı açıklamaların katılması ve ayrıca ‘maslahat’ unsurunun ilave edilmesiyle meydana getirilmiştir. Ancak burada maslahat hakkın esas unsuru ve özü olarak değil de Düreynî’nin ana konusu olan hakkın kötüye kullanımı teorisinin oturtulacağı zemin (hakkın gayesi) olarak yer alır. Düreynî açık olarak maslahatın hakkın özünü oluşturan bir unsuru olmadığını, ancak hakkın gayesi olduğunu ifade eder.<sup>113</sup> Bundan dolayı ikinci kez hakkı tanımlar ve bu tanımda maslahat unsuruna yer vermez. Bu tanımın Zerka’nın tanımına benzerliği daha açıktır: “Hukuk düzeninin vaz ettiği ve Allahın, kullarına ya da bir şahsın değerine karşı güç ve yetki sahibi olmasını veya onu yükümlü kılmasını gerektiren ihtisastır.”<sup>114</sup> Bu tanımda maslahat kavramı hakkın unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Ona göre hakkın özü bunların dışında hukuki, ihtisasi bir alakadır. Düreynî de ihtisat terimini klasik literatürdeki anlamından biraz farklı olarak bir ‘ilişki ve bağ’ olarak yorumlamakta ve bu şekilde hak sahibi ile hakkın konusu arasındaki bu bağın ve ilişkinin bizzat kendisine hak demektedir. Düreynî aynı şekilde maslahatı ve iradeyi hakkın özü olarak görmez.<sup>115</sup> Ona göre ilki hakkın gayesi, ikincisi ise hakkın kullanımının gereğidir. Düreynî ayrıca hakkın hukuk düzeni tarafından himayesinin de hakkın unsuru olmadığını düşünür.<sup>116</sup> Hakkın özü olarak ihtisası gördüğü için ihtisasın olmadığı ve her ferdin eşit derecede istifadesinin mümkün olduğu, klasik kaynaklarda “ibaha” olarak nitelenen kamusal özgürlükleri ve ayrıca kamu haklarını (el-hukuku’l-âmm) dışarıda bırakır. Bunlar herkes için

<sup>112</sup> Düreynî, *el-Hak*, s. 192. Ayrıca Abbadî de bunu aktarır, I, 97. “el-hakku ihtisasun yukarrini bihişşeru sultaten alaşeyin ev iktidai edain min ahara tahkiken li maslahatin muayyenetin.”

<sup>113</sup> Düreynî’nin hakkın bir unsuru olmadığını belirttiği maslahatı, ilk tanımında zikretmesi hakkın kötüye kullanılması (taassüf) nazariyesini temmelendirme gayesiyledir. Bu yüzden ikinci tanımında maslahata yer vermez. Düreynî hakkın anlaşılmasında taassuf nazariyesinin yardımcı olduğunu belirtir. Hak ona göre gaidir. ‘Belirli bir maslahatın gerçekleştirilmesi için hukuk düzeni tarafından fertlere tanınmıştır. Bu yüzden bu gayenin gerçekleşmesi için vesile olan hakların bu gayeyi ortadan kaldıracak düzenlemelere tabi olması çelişki olacağından fıkhîta hak sosyal bir vasfa sahip olup gaidir. Dolayısıyla fıkın ana ilkelerine aykırı olacak tarzda kullanılamaz ki bu taassuf teorisinin özüdür’. Bkz. Düreynî, *el-Hak*, s. 193. Ancak taassuf nazariyesi dışından hakka baktığında maslahat unsuruna yer verme ihtiyacı hissetmez.

<sup>114</sup> Düreynî, *el-Hak*, s. 103.

<sup>115</sup> Düreynî, *el-Hak*, s. 196.

<sup>116</sup> Düreynî’ye göre Ali Hafif’in de belirttiği gibi (*el-Hakku ve’z-zimme*, s. 39) hakkın korunması/himayesi hakkın varlığının gereklerindedir, yoksa varlığının rûknü ve şartı değildir. Yine dava da hakkın usuru olmayıp bu himayenin bir vesilesidir. Bkz. *el-Hak*, s. 196-7

iştirak yoluyla kullanımını mübah bırakılmış şeyler olduğu ve hiçbir ferdin bunlar üzerinde ihtisası olmadığı için hak niteliğinde değildir.<sup>117</sup>

İhtisası hakkın özü olarak gören bu gibi yazarların fikirleri incelendiğinde, klasik kaynaklarda açık bir şekilde hakkın unsuru olarak ortaya konulmayan bu kavramı bu kadar ön plana çıkarmalarının ve yine kaynakların belirli bir okuma biçimiyle net olarak hakkın unsuru olarak takdim ettiği maslahat kavramını dikkate almamalarının arkasında yatan bazı temel sebeplerin olduğu görülebilir. Bu hususların tutarlı bir analizi bize ihtisasın hakkın bir unsuru olup olmadığı konusunda daha isabetli veriler sunacaktır. Bu sebepleri şu şekilde ele alabiliriz:

1-Klasik kaynaklardaki referanslar: Çağdaş yazarlarca hakkın adeta yegane özü olarak ihtisas kavramının gösterilmesinin, bu kavramın hak bağlamında kullanılan en belirgin terimlerden biri olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Klasik kaynaklarda ihtisas kelimesinin hak kavramını çağrıştıran bir terim olduğu doğrudur. Furu eserlerinde en mükemmel ve sahibine en geniş yetkileri sağladığı için adeta hakkın prototipi haline gelmiş olan ‘milk’ kavramının tanımında da temel unsur –özellikle Hanefilerde- ihtisastır. İlerde ele alacağımız gibi milk kavramı bazı Hanefiler tarafından “ihtisasun haciz” olarak tanımlanmıştır. Nitekim Düreynî, hakkın unsuru olarak ihtisası görmesinde etkili olan klasik referansları izah eder ve milk kavramıyla ilgili tanımlarda ihtisas unsurunun ön planda olmasından etkilendiğini ortaya koyar.<sup>118</sup> Malvarlığı haklarının hukukun en teknik alanlarından birini oluşturması, klasik furu literatürünün de bu alana ağırlıklı bir önem vermesini gerektirmiştir. Öyleki fikhın temel mekanizma ve kavramlarının malvarlığı haklarındaki kavramsal örgüye göre oluşturulduğu söylenebilir. Malvarlığı haklarının bu şekilde baskın olması ihtisas kavramını hakkın unsuru gibi göstermekte ve ön plana çıkarmaktadır.

Abbadi’nin Kadi Hüseyin el-Mervezî’den aktardığı tanım da ihtisas unsuru ön plandadır.<sup>119</sup> Ancak belirttiğimiz gibi bu tanımın bağlamını tespit etme imkanımız olmadığından üst kavram olarak hakkı tanımladığı konusunda kesin bir düşünce ileri sürmek zordur.

<sup>117</sup> Düreynî, *el-Hak*, s. 194.

<sup>118</sup> Düreynî özellikle Havi el-Kudsi’nin milk tanımından hareket eder. Bkz., *el-Hak*, s. 193. O “İhtisas haciz” tanımında “ihtisasm” cins olduğunu altında bütün hukuk çeşitlerini barındırdığını düşünür. O, Sadruşşeria’nın “hukuki bir alaka/ittisalun şeriyun” diye başlayan milk tanımı ile bunu birleştirerek ihtisasm hukuki bir alaka olduğu sonucunu çıkarır. Bu Zerka’nın ihtisası hukuki bir ilişki gibi yorumlamasının da temelini oluşturur. Aynı düşünüş Abbadi tarafından da benimsenmiş görünmektedir. *el-Milkiyye*, s. 100.

<sup>119</sup> Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 96. (Mervezî’nin (öl. 462), Tarîku’l-hilaf adlı eserinden naklen.) Yukarıda belirttiğimiz gibi burada verilen tanım şöyledir: “Hukuken üzerinde kurulduğu şey üzerinde ihtisas doğuran yetkidir.”

Klasik kaynaklarda ihtisas kavramına yapılan ikinci vurgu özellikle kul hakkı ve Allah hakkı tanımlarında da görüldüğü üzere kul haklarının özel fertlerin ihtisasında olan maslahatlar, Allah haklarının ise kimsenin ihtisasında olmayıp tüm insanlara ait maslahat olarak ifadelendirilmesinde görülür. Kul hakkının tanımında maslahat “hâssa” sıfatıyla tavsif edilerek, belirli bir ferde özel bir maslahat sağlayan hükümlere atıf yapılmıştır. Kul hakkı teker teker fertlere ait maslahatları ifadelendirmektedir.

Bütün bu klasik literatüre ait verileri gözden geçirdiğimizde ihtisas kavramının genel anlamda hak kavramının özü ve unsuru olmayıp, “muamelat” yani kul hakları alanındaki hakların bir unsuru olduğu söylenebilir. Yukarıda incelediğimiz gibi kul hakları alanı muamelat alanıyla özdeştir. Bu bakımdan “fertlerin ihtisasında olan menfaatler” şeklinde ifade edilen hak kavramı genel olarak hakkın tanımı olmayıp özel hukuk (muamelat) alanındaki hakları kapsar. Gerçekten de özel hukuktaki hakların temel özelliği hak sahibi ferdin özel hakimiyet alanında olması ve fert tarafından dilediği gibi kullanılabilmesi, iptal edilebilmesidir. Bu anlamda “hassa” ve “ihtisas” kelimeleri bize –kural olarak- özel hukuk alanını ifade eder. Kamu hukuku ve kamusal haklarda ise ihtisas kavramı yerini ihtisasın olmayışı şartına bırakır. Kamu hukuk alanında ihtisas kavramı yerini iştirak’e, hassa kavramı ise yerini amme terimlerine bırakır. Bundan dolayı hakkın gerçek özü, ihtisas yerine maslahat olup, ihtisas sadece özel hukuk alanındaki hakların bir unsurudur. Kamu hukuku alanındaki haklarda ise maslahatın tamamlayıcı unsuru, bu maslahatın kimsenin ihtisasında olmamasıdır. Mesela mülkiyet hakkı konusu olan mal sahibinin ihtisasında iken kamu malları üzerinde kimsenin ihtisası yoktur. Dolayısıyla kişinin malı üzerinde mülkiyet hakkı var iken kamu malları üzerinde herkese ait serbest dolaşma, umumi nehirlerden vb. yerlerden istifade gibi kamusal nitelikli hak ve özgürlükler söz konusudur.<sup>120</sup>

Kamusal hak ve özgürlüklerin herkese tanınan genel yollardan ve nehirlerden istifade vb. türleri klasik literatürde bir ibaha türü olarak ele alındığı gibi, yaşama hakkı, mülk edinme hakkı da bir haktır.<sup>121</sup> İhtisası hakkın bir unsuru olarak gören yazarlar ihtisasın olmadığı bu tür ibaha vb. yetkilerin bir hak olmadığı görüşündedirler. İbaha karakterli yetkilerin hak niteliğinde olmadığı sonucuna giden

<sup>120</sup> Ebu Sünne, ibaha denilen yetkilerin de fıkhıta hak olarak görüldüğünü açık olarak belirtir. (*en-Nazariyyâtu'l-âmmeh*, s. 52) Ebu sünne hakkın ihtisas olarak tanımlanmasına karşıdır. Ona göre fıkhıta hak ihtisas olan şeylere dendiği gibi ihtisasın sözkonusu olmadığı ortaklığa konu olan şeylere de denmektedir.

<sup>121</sup> Bkz. ‘Hak-Görev İlişkisi’ başlığı.

bir çok yazar Karafi'nin 121. maddede ortaya koyduğu ifadeleri dayanak olarak kullanmaktadır.<sup>122</sup> İlerde detaylı olarak inceleyeceğimiz bu metin yarı ayni haklar dediğimiz hak türlerinden 'hakku't-temellük' kavramıyla ilgilidir. Karafi, Maliki mezhebinde 'hakku't-temellük' kavramı yerleşmediği için kendinden önceki alimlerin bu hukuki durumu anlatmak için kullandığı kavramları eleştirir. Ona göre bu hukuki durumu "malik olmaya malik olmak" şeklinde ifadelendirme son derece yanlış olup doğrusu "milk talebinde bulunmayı gerektiren bir sebebin oluşması" şeklinde tanımlamaktır. Karafi bunu ortaya koyduktan sonra 'hakku't-temellük' kavramının milk olarak nitelenip nitelenmeyeceğini tartışır ve bunun milke benzediğini ifade eder. Ancak 'milk talebinde bulunmayı gerektiren bir sebep oluşmadan' kişinin bir şeyi satın alacak parası var diye o şeyin maliki olup olmadığını tartışmayı ise son derece lüzumsuz bulur. Görüldüğü gibi Karafi burada milk, hakku't-temellük ve salt bir şeyi satın alma imkanını birbirinden ayırmaktadır. Oysa Karafi'nin bu yorumları ilk olarak Senhurî'den gelen yanlış anlama ile hak ibaha ve ikisi arası orta seviye haklar ayırım şeklinde anlaşılmış ve hatta ibaha denilen yetkilerin hak olmadığına dair sarih ifadeler olarak değerlendirilmiştir.<sup>123</sup> Oysa karafi'nin burada söylemeye çalıştığı şeyin ibaha ve hak ayırımıyla ilgisi olmayıp, mülk edinme özgürlüğü ile hiçbir ilgisi olmayan hakku't-temellük kavramının milk kavramıyla olan ilişkisini saptamaktır.<sup>124</sup>

Oysa klasik kaynaklarda durum bunun tam aksine olup ihtisasın tam zıddı anlama gelen ibaha karakterli yetkiler de haktır. Mesela umumi nehirlerden su alma, hakkı, 'hakku'ş-şirb', kamu malı ormanlardan odun toplama hakkı 'hakku'l-ihitab' olarak ifadelendirildiği gibi bazı klasik kaynaklarda açıkça temel insan hakları olarak belirtilen namus, yaşama hakkı, hürriyet vb. bir haktır. Bu tür haklarda ise ihtisas yoktur.<sup>125</sup> Bu haklar bütünüyle kişinin kendi ihtisasında bir hak olarak değerlendirilemez. Kişinin malı üzerinde her türlü tasarrufu caiz iken canı, hürriyeti ve namusu üzerinde böyle bir ihtisası yoktur. Özel hukukta ihtisas, kişinin kendi hakkı karşısında başkalarının ödevlerine de sahip olduğu anlamı taşır. Bunun anlamı başkasının kişinin malına el uzatmaması yasağının kişilere yüklediği yükümlülük, malın sahibi tarafından belirli hususlarda ortadan kaldırılabilir. Bu yüzden kişi malını

<sup>122</sup> Bkz. Karafi, *el-Furuk*, III, 40-41.

<sup>123</sup> Bkz., Senhurî, *Masadiru'l-hak*, I, 9-13; Düreynî, *el-Hak*, s. 198. Düreynî, Karafi'nin ifadelerinden ve Senhurî'nin yorumlarından hareketle hürriyet/özgürlükler ya da ruhsat ile hakkın düşünmeye gerek kalmayacak açıklıkta birbirinden ayrılmış olduğunu iddia eder. Bkz. 197-198.

<sup>124</sup> Hakku't-temellük kavramının Düreynî, Abbadî vb. nin anladığı gibi mülk edinme özgürlüğü; hakku'l-milk'in de mülkiyet hakkı olmadığına dair bkz. Üçüncü Bölüm, Yarı Aynî haklar Başlığı

<sup>125</sup> Bunların kişinin temel haklarından olduğuna dair bkz. A.Buhari, *Keşfu'l-esrar*, IV, 238; Ayrıca ilerde 'İslam hukukunda hak düşüncesinin varlığı' başlığı.

dilediği kişiye ibaha edebilir. İhtisasın anlamı budur. Oysa, hayat hakkı ve hürriyet gibi haklar kamu hakkı yönü taşır. Bundan dolayı kişinin malı üzerindeki hakkı ile namusu, hayatı, hürriyeti vb. üzerindeki hakkı birbirinden farklıdır ve ihtisas kavramı bu yönüyle malvarlığı haklarını ve özellikle milk kavramını izah etme noktasında uygun bir kavram iken değişik hak türlerini izah edememektedir. Zira burada hak olduğu halde kişinin ihtisasında değildir.

2- Jean Dabin'in hak teorisinin etkisi: Çağdaş islam hukuku yazarlarının ihtisas kavramını hakkın özü olarak sunmalarının arkasındaki temel etkenlerden biri de özellikle çağdaş batı hukukunda gelişen birtakım teorilerin etkisinde kalınmasıdır. Bu teorilerin başında Belçikalı hukukçu Jean Dabin'in ortaya attığı, 'Giriş' kısmında bahsettiğimiz teori gelir. Bu teori hakkı, kişinin ihtisası yani özel yetki alanı ve inhisarıyla açıklamaktadır. Bu teorinin çağdaş bazı islam hukukçularının yanısıra, özellikle Mısır olmak üzere Arap dünyasındaki hukukçuları dahi dikkate değer bir şekilde etkilediği söylenebilir. Bilimsel derinliği ne olursa olsun, Jean Dabin'in bu teorisinin Arap dünyasında bu kadar etkili olmasının arkasında kanatimizce islam hukukunda özellikle muamelat alanındaki ihtisas vurgusuna benzer bir yaklaşım getirmesidir. Gerek hukuk, gerekse islam hukuku alanındaki Arap yazarlar klasik fıkıh literatüründeki ihtisas vurgusu ile Dabin'in teorisi arasında benzerlik ve hatta ayniyet gördüklerinden bu teoriyi ön plana çıkarmışlar ve bu şekilde "islam hukukunun çağdaş teorilerde ancak ortaya çıkarılan bir hususu daha önceden belirlemiş olduğu" düşüncesini savunmak için bir ortam bulmuşlardır. Nitekim özellikle de Düreyni ve Abbadi gibi yazarların bu teoriye yaklaşımını incelediğimizde bu hususun özel olarak vurgulandığını görebiliriz.<sup>126</sup> Dabin'in teorisi de ihtisas kavramına yaptığı bu vurgu sebebiyle, hak kavramını özel hukuk ile ve hatta malvarlığı hakları ve aynı hak ile sınırlı tuttuğu şeklinde eleştirilmiştir.

Bazı islam hukukçuları Dabin'in teorisine yöneltile itirazların<sup>127</sup> cevaplarından da istifadeyle, ihtisas kavramından vazgeçmek istemezler ve ihtisas kavramını her türlü yetkiyi içine alacak derecede genişleterek kamu haklarını da bu kavramla ifade

<sup>126</sup> Abbadi islam hukukunda ortaya konulmuş olan hakkın özünün ihtisas olduğu neticesine, modern hukuk araştırmalarının uzun bir araştırma sonunda Dabin ile yaklaştığını belirterek bu konuda önceliğin islam hukukunda olduğunu ifade eder. Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 106. Bu düşünce Dabin'in teorisini Batı hukuku açısından genel geçer bir görüş olarak algılamaktadır ki hak teorisi açısından böyle bir şeyden bahsetmek imkansızdır.

<sup>127</sup> Bu teoriye mesela bazı kamusal haklarda inhisar olmadığı şeklinde bir itiraz yapılır. Genel yolda gezinme hakkı üzerinde kişinin ihtisas ve inhisarı yoktur. Bu tip durumlar hak olduğu halde bunlarda ihtisas unsuru oluşmamıştır. (Dr.Osman Said, *İstimalu'l-hakk ke sebebin li'l-ibaha*, s. 74.) Osman Said bu tanımları eleştirerek hakkı "sultatun kamuniyyetun litahkiki maslahatin" şeklinde tanımlar. Bkz. Abbadi, I, 106.

etmeye çalışırlar. Abbadi, kamusal hak ve hürriyetlerin ihtisasa konu olmadığı halde hak olarak kabulünden hareketle ihtisasin olmadığı yerlerde de **haktan** bahsedildiği şeklindeki itiraza Şarkavî'nin şu cevabını alıntılar. "...bu yolla kamu hürriyetlerinde ihtisasin olduğunun inkara çalışılması doğru değildir. Zira kişinin inanç ve düşünce hürriyeti denen bir hakkın sırf kendisine ait olduğunu iddia etmesi mümkün değildir. Ancak aynı şey bir kişinin tarımsal bir arazi maliki olmasında da geçerlidir. Bu kişinin başkasından ayrı olarak kendi inhisarında en küçük bir fidana malik olması onun böyle adlandırılması için yeterlidir. Kamusal hürriyetlerden inanç hürriyetinde de durum budur. Kişinin kendi kudretiyle dilediğine inanma gücünün olduğunu kabul ettiğimizde onun bu hakka sahip olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bütün insanların da kendileriyle ilgili onlara özgü konularda bir inanç hürriyeti sahibi olması, o kişinin hakkından bir şey eksilmez."<sup>128</sup> Abbadi bu izah tarzından hareketle ihtisas kelimesini yorumlayarak ihtilafı çözmeye çalışır: "İhtisas, bir kişinin ihtisas konusu üzerindeki hakkı kullanımına taarruzun caiz olmaması esası üzerine kuruludur. Bu anlamda mubahlar üzerinde de ihtisas söz konusudur. Zira umumi mubahlardan birini kullanan şahıs bu mubah üzerinde belirli bir sınırdan tasarruf edebilmektedir. Bu alanda ona taarruzda bulunmak, engel olmak mümkün değildir. İşte ihtisasin anlamı budur. Başkalarının da aynı şekilde bu mübahları kullanma imkanının oluşu bu ihtisasa bozmaz. Zira bunlar her halükarda ilkinin sahip olduğu ihtisasa sahip değildir. Herkesin ihtisası belirli bir menfaat üzerinde olup hepsi diğerinden farklı menfaatleri elde ederler. Bu anlayışla hakkın ihtisas unsuruyla tanımı doğru olur."<sup>129</sup> Ancak ihtisas kavramının bu yorumunun literatürdeki ihtisas terimi ile hiç bir irtibatı kalmamış olur. Bura Abbadi'nin ihtisas kavramını yorumlayışı onu 'hukukun himayesi' kavramına denk hale getirmiştir ki bu anlamın ihtisas kavramıyla karşılanması ciddi bir zorlamadır.

Abbadi daha sonra hak tanımını biraz daha değiştirerek, az sonra ele alacağımız Ebu Sünnenin hak tanımından da istifadeyle nihayetinde hakkı: "Şeriatte insan ya da Allah için sabit olan ve bir diğeri üzerinde bir hakimiyet ya da onu yükümlü kılmayı gerektiren sübuttur"<sup>130</sup> şeklinde tanımlar. Burada sabit olan şey hakkın sahibi ile konusu arasındaki bir alakadır. Abbadi'ye göre bu alaka hak sahibinin hakkın konusu üzerindeki ihtisasıdır. Buna göre hak: "Hukuk düzeninde sabit olan, Allahın, kullanna ya da bir şahsın diğerine karşı güç ve yetki sahibi

<sup>128</sup> Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 106. (Şarkavî, *Nazarıyyetu'l-hak*, s. 29-30'dan naklen ).

<sup>129</sup> Abbadi, *el-Milkiyye*, 106-107.

<sup>130</sup> Abbadi, *el-Milkiyye*, s. 102. (الحق ثابت او لازم في الشرع لله او للانسان يقتضي ملطة او تكليفا على الغير)



olmasını veya onu yükümlü kılmasını gerektiren ihtisastır” şeklinde tanımlanabilir.<sup>131</sup> Abbadî'nin nihai olarak ulaştığı tanım bu olmakla beraber burada adeta Zerka ve Düreynî'ye ait tanımla Ebu Sünne'ye ait tanımları birleştirme gayretinde olduğu görülür.

*c- Diğer tanımlar:*

Bazı çağdaş yazarlar ise hakkı tanımlarken hak kavramının sözlük anlamı olarak verilen “sübut ve vücub” kelimelerini özellikle kullanmaya dikkat ederler. Bu noktada en çok göze çarpan, maslahat ve ihtisastan hiçbirini hakkın unsuru görmeyen Ebu Sünne'dir. Ebu sünne hak lafzının –çoğu lugat anlamı düzeyindeki- değişik kullanımlarını ve klasik kaynaklarda islam hukukçularının hakkı tanımlama bağlamında söylediklerinden hareketle hakkın fukaha örfünde şu anlama geldiğini belirtir: “Şeriatta, insan ya da Allah için diğeri üzerinde sabit olan şeydir.”<sup>132</sup> Ebu Sünne bu tanımdaki ‘sabit olan şey’ mefhumunun hakkın Arapça’da kullanıldığı değişik anlamların ortak özü olduğunu ifade eder. Buna göre, hakkın nasip, hüküm, başkası üzerinde vacip olan, batılın zıddı vb. anlamlarının ortak özü ve bütün bu anlamları cemedan esaslı ‘sabit olma’ anlamıdır.<sup>133</sup> Ebu Sünne hakkı bu tanımla hukuk düzeninin insana verdiği bir güç ve yetki olarak görür. Malik olunan şeyler üzerindeki tasarruf, alacağı isteme yetkisi, çocuğun hidanesi, onun malı üzerindeki velayet, Allah için kullardan mutalebesi sabit olan şeyler vb.gibi.

Çağdaş yazarlardan pek çoğunun ‘sabit’ kelimesini özellikle tanımlarında kullanmaya gayret göstermeleri,<sup>134</sup> klasik fıkıh eserlerinde hakkı tarif etme bağlamında onun sözlük anlamı olan “sabit olan şey” anlamının verilmesiyle izah edilebilir.<sup>135</sup>

Burada diğer bir hak tanımı olarak Ömer Nasuhi Bilmen'in tanımını zikretmekte fayda vardır. Bilmen, Hak kelimesinin birçok anlamını verdikten sonra der ki: “Hak bir kimsenin inhisarı altındaki manevi bir kudrettir ki; bununla tasarruf selahiyetini veya malikiyyet vasfını haiz olur. Başka bir tabir ile hak bir iktidar-ı şer’idir ki insanlar bununla bazı şeyleri icra ve mutalebeye selahiyettar olurlar.

<sup>131</sup> Abbadî, *el-Milkîyye*, I, 103.

<sup>132</sup> Ebu Sünne, *en-Nazarîyyâtu 'l-âmmeh*, s. 50, “ma sebete fişşeri lilinsani ev lillahi teala ale'l-gayr”

<sup>133</sup> Bkz. Ebu Sünne, *el-Hak*, s.50.

<sup>134</sup> Çağdaş yazarlar tanımlarında sabit lafzını kullanma eğilimindedir. Yusuf Musa'nın yukarıda geçen tanımında olduğu gibi, Abbadî de yukarıda belirttiğimiz üzere nihai tanımına ulaşmadan önce Ebu Sünne'nin tanımını bazı değişikliklerle benimser ve ara bir tanım olarak vermektedir.

<sup>135</sup> Yukarıda belirtildiği gibi hak kelimesi klasik metinlerde çoğu defa ‘hak, sabit olup inkarı mümkün olmayan şeydir’ vb. şekillerde tanımlanıp açıklanmıştır.

Çoğulu hukuktur. Bu haklardan bahseden ilme ilm-i hukuk denir.”<sup>136</sup> Görüldüğü kadarıyla Bilmen bu son cümlesiyle bu tanımı fıkıh kitaplarından hareketle oluşturmaktan çok hukuk kitaplarından alınmış gibidir.<sup>137</sup>

### C- İSLAM HUKUKUNDA HAK DÜŞÜNÜCESİN VARLIĞI VE HAK-GÖREV İLİŞKİSİ

Buraya kadar yaptığımız incelemelerde görüldüğü üzere hak kavramı, fertlerin sahip olduğu menfaatler olarak klasik literatürde kavram olarak ifadesini bulmuş, hakkın değişik türleri de tanımlanmıştır. Bu durum hak kavramının islam hukukunda varlığını ve fikhın, fertleri sadece mükellefler olarak değil, aynı zamanda hak sahibi olarak gördüğünü ifade etse de Batılı bazı yazarlar ve oryantalistler islam hukukunun hakları tanıyıp tanımadığı konusunu tartışmaya açmışlar ve genelde, islamın, fertlerin temel ya da tabii hakları olduğunu kabul etmediğini ileri sürmüşlerdir.<sup>138</sup> Mesela Schacht “İslam hukuku aynı dini emirlerin otoritesiyle yaptırım gücü getirilmiş ahlaki, hukuki ve dini ritüeller ve görevler sistemidir” der.<sup>139</sup> Siegman ise islamda fert hakları kavramının yer almadığı, böyle bir sistemde fertlerin hak ve özgürlüklerinin olmadığı, fertlerin sadece yükümlülüklerinin olduğunu ileri sürerek daha katı bir görüş ortaya atar.<sup>140</sup> Boisard da İslam dininin insan haklarıyla karşılaştırılmasında itaat ve ödevlerin tanrı karşısında üzerinde öncelikle ısrar edilen yükümlülükler olduğunu, inanan kişinin Allaha, Peygamber’e, başkalarına ve kendisine karşı ödevi bulunduğunu, hakların ise Allah’a ait olduğunu iddia eder. Ona göre İslam da gerçekleştirilen (haklar değil) eşitliktir.<sup>141</sup> İnsan hakları alanında araştırma yapan

<sup>136</sup> Bilmen, *Kamus*, I, 13.

<sup>137</sup> Bu anlamda yine Arap pozitif hukuk eserlerinde Jean Dabin’e ait olarak gösterilen tanımlarla da benzerliği dikkat çekicidir. Bkz. Abbadî, *el-Milkiyye*, I, 105.

<sup>138</sup> Hak kavramının varlığı ile ilgili tartışmalar İslam hukuku açısından olduğu kadar Batı hukuk geleneği açısından da gündeme getirilmekte ve bu tartışmada esas alınan kriter modern anlamıyla İnsan Hakları kavramı olmaktadır. İnsan hakları esas alınarak yapılan bu tartışmanın özel hukuktaki hakları da içermesi sebebiyle genel olarak sübjektif hakkın varlığı tartışması olarak değerlendirilmesi mümkündür.

<sup>139</sup> Schacht *Law and Justice*’dan aktaran Kamali, “*Fundamental Rights*”, s. 341. Gibb “İslam idare sisteminin vatandaşlara vergi ödeme ve itaat nesnesi olmanın dışında bir alan tanımadığını” ileri sürer Kamali, “*Fundamental Rights*”, s. 341.(Gibb, *Constitutional Organisation*’dan naklen)

<sup>140</sup> Kamali, “*Fundamental Rights*”, s. 341

<sup>141</sup> M.A. Boisard, “*existe-t-il une conception islamique spécifique des droits de l’homme?*”dan naklen, Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 209. Bu iddia özellikle insan hakları konusunda daha sıklıkla savunulur. Kaboğlu bu konuda şunu aktarır: “Öncelikle insan haklarının dinden kaynaklanmadığını belirtmek gerekir. İnsan hakları modern dünyanın ürünüdür. İslam dininin insan haklarıyla karşılaştırılmasında itaat ve ödevlerin tanrı karşısında üzerinde öncelikle ısrar edilen yükümlülükler olduğu görülmüştür. Bununla birlikte modern dünyanın ürünü olan İnsan Haklarının kendisi dinlere katkıda bulunmuştur. “...Dinleri din özgürlüğüne saygıya mecbur kılan insan haklarıdır..” s. 209.

hukukçuların çoğunluğunun kabul ettiği bir husus islam da dahil olmak üzere batı dışındaki hemen bütün geleneklerde insan hakları anlayışının mevcut olmadığıdır.<sup>142</sup>

Kanaatimizce batılı araştırmacıların islam hukuku literatüründe hak kavramının yer almadığı şeklindeki bu yorumları, hak kavramının batı hukuku geleneğinde ortaya çıkış dönemi ile ilgili tartışmaların etkisi altında geliştirilmiştir. Batılı hukuk tarihçileri ve felsefecileri arasında, ferdin sübjektif hakları anlamında, kişinin tabii olarak sahip olduğu hakların ne zaman ortaya çıktığı konusunda görüş birliği yoktur. Bu konudaki teorilerden biri, hak kavramının modern demokratik ve anayasal ulus-devletlerin ürünü olduğunu, bu devletlerin vatandaşlarını korumak için hak kavramını keşfettiğini ileri sürer.<sup>143</sup> Diğer bir yaklaşım ise hak kavramının köklerinin geçmişte olduğunu belirterek bunun temelini XII. yüzyıldaki hukuk eserlerine kadar götürür.<sup>144</sup> Birçok yazarın bu şekilde Ortaçağ batı hukuk düşüncesinde sübjektif hak kavramının olmadığını iddia ettiğini de dikkate alırsak batılı oryantalistlerin kendi kültür ve geleneklerinde bulamadıkları hak kavramını islam hukuku geleneğinde görmelerinin zor olduğu söylenebilir. Diğer yandan batılı yazarların hak kavramına bakışı daha çok bir batı buluşu olarak gördükleri insan hakları yani ferdin vazgeçilmez temel hakları bağlamındadır. Yoksa özel hukukun haklarla dolu olması o hukuk sisteminin tam olarak modern anlamda hak kavramını kabul ettiği anlamına gelmemektedir.<sup>145</sup> Bu noktada batılı yazarlar ödev ve yükümlülük bilincinden soyutlanmış bir hak tasavvuru aradıklarından<sup>146</sup> bunu batı dışındaki bir hukuk geleneğinde görmekte zorluk çekerler. Bu nedenle İslam hukukunda hak düşüncesinin tam anlamıyla bulunmadığı iddialarının arkasında bu mülahazalar rol oynamaktadır. Bazı yazarlar, özellikle tek tanrılı dinlerin “emir” “ödev”, “itaat”, vecibe” gibi sözcüklerde anlatımını bulan yükümlülükler yüklemesinden hareketle pozitif hukuk bakış açısıyla bakıldığında inananlar ve dinsel vecibelerini yerine

<sup>142</sup> Mesela bu konuda ılımlı olmaya dikkat eden Donnely bu iddiadır. *İnsan hakları*, s. 58.

<sup>143</sup> Bkz. Pennington, “*History of Rights*”, s. 238.

<sup>144</sup> Pennington, “*History of Rights*”, s. 238-239.

<sup>145</sup> Çağdaş insan hakları araştırmacıları bu anlamda Sovyet sisteminin haklarla dolu olmasına rağmen hakları ödev ve yükümlülüklerle bağladığı ve yükümlülükleri hakların kaynağı olarak gördüğü için, bu sistemin insan hakları anlayışından uzak olduğunu belirtirler. Bkz. Donnely, *İnsan hakları*, s. 63-65.

<sup>146</sup> Hak-görev ilişkisi diyalektik boyut kazanmış tarzda kendini hissettererek adeta fert-toplum diyalektiği ile özdeşleşmiştir. Sosyal anlayışın hakim olduğu geleneklerde yükümlülük kavramı kamu faydası temini için ön plana çıkmış iken ferdiyeci ve liberal toplumlarda hak yükümlülükten tamamen arındırılmaya çalışılmaktadır. Bunun doğuracağı adaletle ilgili ve ahlaki vb. sorunlar ilk palnda göz ardı edilmek istenmektedir. Bkz. Donnely, *İnsan Hakları*, s. 64.

getirenlerin teknik anlamda özgürlüğe sahip olduklarını dahi tartışma konusu yapmak istemektedir.<sup>147</sup>

Yükümlülük (teklif) kavramına fikhın yaptığı vurgu bazı yazarların fıkıhtaki hak kavramının, Duguit'den gelen sosyal dayanışma doktrinindeki "hukuki durum /situation Juridique" terimiyle irtibatlı olduğunu ifade etmelerine sebep olmuştur. Bu yazarlara göre fıkıhta hak sahiplerinin, mükellef olarak isimlendirilmesi de hak düşüncesinin mevcut olmadığını ortaya koyar. Var olan yükümlülüktür, tekliftir. Ortada haklar değil, yükümlülük ve ödevler vardır.<sup>148</sup>

Görüldüğü üzere islam hukukunda hak kavramının olmadığı şeklindeki iddialar temelde islam hukukunun yükümlülükler daha fazla vurgu yapması özelliğinden hareket etmektedir. Yükümlülüğe yapılan bu vurgunun hak kavramının inkarı anlamına gelip gelmediğini ortaya çıkarabilmek için fıkıhta yükümlülük/görev ve hak ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Gerek Kur'an ve Sünnetin ifadelerinde gerekse İslam hukuk doktrininde haklardan çok yükümlülükler vurgu yapıldığı söylenebilir. Şeri hükümler hak/yetki ya da yükümlülükleri birbirinden belirgin bir şekilde ayırmadan taşımaktadır. İslam hukukunda hak ile yükümlülük kavramları arasındaki ilişki hak lafzının sözlük anlamından başlayarak kendini hissettirir. Zira hak kelimesinin taşıdığı temel kök anlamlarından en baskını "vecebe" kelimesiyle karşılanır. Bir şeyin hak olması 'vacip hale gelmesi' demektir. Arap dilinde görevin karşılığı olan vacip kelimesi de "vecebe" kelimesinden türer. Yani hak kelimesi yükümlülük ve görev ile aynı anlama gelir.

Fıkıh literatürü açısından da hak ve yükümlülüğün karşılıklığundan bahsedilebilir. Haklar ve yükümlülükler arasında bir karşılıklık ilişkisi temelde bir hükmün ifade ettiği hakkın diğer insanlar açısından yerine getirilmesi ya da engellenmemesi gereken bir emir ya da yasak niteliğinde bir yükümlülük olmasıyla ifade edilebilir.<sup>149</sup> Mesela (A)'nın (B) karşısındaki (X) hakkı, (A)'nın (X)'e sahip olmasına ve ondan yararlanmasına ilişkin olarak (B)'nin ödev ve yükümlülükleri bulunduğu anlamına gelir. Bu özellikle alacak hakkında görülebilir. Mülkiyet hakkı

<sup>147</sup> Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 209.

<sup>148</sup> Bkz. Düreynî, *el-Hak*, s. 211. Düreynî bu görüşleri, sahiplerinin ismini vermeden aktarır.

<sup>149</sup> Bazı islam hukuku yazarları bu sebepten dolayı hakkın mükellefini hakkın bir unsuru olarak değerlendirir. Mesela Ebu Sünne'ye göre hakkın üç unsuru vardır: 1- Sabit olan şey, 2- Lehine sabit olan 3-Aleyhine sabit olan. Üçüncü unsur hakkın mükellefidir. Bir yetkide bu rükün yoksa o hak olarak nitelenemez. Özel ibaha bu yüzden hak değildir. Ebu Sünne, *en-Nazariyyâtu'l-âmmeh*, s. 54.

gibi doğrudan eşya üzerindeki hak ise, diğer tüm insanların (A)'nın bu hakkına saygı göstermesi ve ona engel olmaması yükümlülüğü ile ifade edilebilir.<sup>150</sup> (*Hurmet-i mali'l-gayr*) Kul hakları-özel hukuk alanında hak ve yükümlülük ilişkisinin islam hukukunda ortaya konuluş şekli böyledir.<sup>151</sup> Bu karşılık ilişkisinde bir bireyin haklarının karşısında başka bir bireyin yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Hak sahibi ile yükümlü aynı kişi değildir. Kural olarak da bir bireyin kul hakkı alanında bir hakka sahip olması onun aynı konudaki yükümlülüklerine de bağlanmamıştır. Dolayısıyla ferdin yükümlülükleri onun haklarının kaynağı olmayıp birbirinden bağımsız olarak ele alınması mümkündür. Diğer yandan kul hakları alanında hakların karşılığında yer alan ödev ve yükümlülükler hakkın sahibine ait, yani onun yetki alanındadır. Kişi bu ödevler üzerinde kural olarak serbestçe ve kendi takdirine göre tasarruf edebilir. Mesela hak sahibi, alacağını vermekle yükümlü olan borçlunun borcunu ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı gibi, mülkiyet hakkında başkasının malına el uzatmamak yükümlülüğünü malını ibaha ederek ortadan kaldırabilir. Bu yüzden özel hukuk alanında islam hukukunda hakların ödevlerden bağımsızlaştırıldığı görülür. Ancak bazı özel hukuk ilişkilerinde ilk planda hak ve yükümlülüğün kamu hukukundakine benzer bir şekilde içiçe geçtiği ileri sürülebilir. Mesela ebeveynin çocuk üzerindeki "hidane hakkı" ayrılan eşlerin hangisinin çocuğu yanına alma hakkının olduğunu ifade eder. Çocuğu yanına alma bir hak olduğu gibi yanına alan kişi çocuğun bakımı terbiyesi, eğitimi vb. zaruri ihtiyaçlarını da karşılamakla yükümlüdür. Bu durumda hak ile yükümlülük hidane hakkı kavramında adeta bütünleşmiş gibi görünür. Ancak hidane hakkı bütünüyle ebeveynden birinin hakkı olarak düşünülmez. Hidane hakkı ebeveynden birinin hakkı olduğu gibi daha çok çocuğun da hakkıdır. Bu sebeple islam hukukçuları hidanenin kimin hakkı olduğunu sorgulayarak<sup>152</sup> buradaki hak ve yükümlülüklerin arasını ayırmaya çalışırlar. Buna göre annenin hidane hakkını kullanarak çocuğu kendi yanına alması durumunda çocuğun hakları doğrultusunda onun ihtiyaçlarını karşılaması gerekir. Bu yükümlülüklerden kurtulmak istediğinde kendi hidane hakkından vazgeçmesi (ıskat) mümkündür. Görüldüğü üzere burada ebeveynin çocuğu bakım yükümlülüğü

<sup>150</sup> Benzer görüşler için bkz. Ebu Sünne, *en-Nazarıyyâtu'l-amme*, s. 54. Aynı haklarda diğer tüm insanların bu hakka riayetinin bir borç olarak değerlendirildiği batı hukuklarındaki bazı teorilerde de mevcuttur.

<sup>151</sup> Bu anlamda bir hak ve yükümlülük karşılıklığı batı hukuklarında da kabul edilen standart bir temadır. Bkz. Donnelly, *İnsan hakları*, s. 63; Kelsen "benim haklarım daima bir başkasının hukuki bir ödevidir" der. *General Theory*, s. 76. Dabin'in teorisindeki hak-görev karşılıklığı için bkz. Tamum, *el-Hak fi's-şeria ve'l-kamun*, s. 84-85. Kaboğlu, hakkın karşı tarafında ödev değil yükümlülüğün yer aldığını belirtir. Zira ona göre ödevlerin kaynağı hukuk değil etikdir. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 310.

<sup>152</sup> İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, III, 555-556.

doğrudan kendi haklarından kaynaklanmamakta, aksine çocuğun haklarından kaynaklanmaktadır.<sup>153</sup> Zaten bir hakkın asli konusunun yükümlülük olması ve bir hakta yükümlülük tarafının hak ve menfaat tarafına ağır gelmesi bilhassa özel hukuk açısından mümkün değildir. Aile içindeki diğer karşılıklı haklar açısından da aynı husus geçerlidir.<sup>154</sup>

Allah hakları-kamu hukuku alanında ise Allah hakkı olarak sunulan haklarda fertlerin ilk planda yükümlü sonra ise hak sahibi olduğu söylenebilir. Zira burada hak tüm insanlara yönelik kamu menfaatleriyle ilgili olup birey bu noktada kendi hakkının karşılığı olan ödev üzerinde hiç bir tasarruf yetkisine sahip değildir. Bu husus kamusal hakların fıkhıta ibadet yükümlülükleri ile aynı kategori olan Allah hakları içinde değerlendirilmesinden kaynaklanır. Bu bağlamda hakların kaynağı adeta insanların yükümlülükleri olarak ele alınmaktadır.<sup>155</sup> Hakların Allah hakkı ve kul hakkı şeklinde ayırımında kul hakkı alanı (başkasının malının haramlığı hükmünün doğurduğu mülkiyet hakkı gibi) tamamen ferdin inhisarında olan menfaatleri ifade ederken özellikle Allah haklarında mesela zinanın yasaklığında, kişi kendi namus, cinsel hayatı vb üzerinde salt kendi ihtisasında olan (mal gibi) bir hakka sahip değildir. Zira bu hususlar kişinin malı gibi serbestçe ibaha edebileceği, o konudaki hükmü kaldırabileceği bir hakkı olmayıp nef-i amım/kamu menfaati ile çatışır. Mesela zina kamu düzenini bozduğu, nesillerin karışmasına sebep olduğu için, kişinin namusu üzerinde kendi hakkından çok toplumun hakkı vardır. Bu durum fıkhıta kişilik hakları vb. kavramlar yerine neden ağırlıkla zina, kazif vb. suçların

<sup>153</sup> Hanefi metinlerinde çocuğun hidane hakkının ebeveynden daha güçlü olduğundan bahsedilir. Hidanenin kimin hakkı olduğu tartışmasındaki görüşleri izah eden İbn Abidin, hidanenin çocuğun hakkı olduğu görüşüyle ebeveynden birinin hakkı olduğu görüşlerini uyuşturmaya gayret ederek her ikisinin de hakları olduğu sonucuna varır. Bkz. İbn Abidin, *A.g.e.*, III, 559-560. Ayrıca Bkz. *el-Mevsûatu'l-fikhiyye*, XVII, 301.

<sup>154</sup> Hakların konusu olan maslahatlar hak sahiplerine aittir. Bir hakka sahip olmak kişi açısından ikincil niteliklerde yükümlülükler meydana getirebilir. Ancak bu tür yükümlülükler subjektif bir hakkın asli konusu olamaz. Bir hakkın asıl konusunun başkasına ait bir menfaat olması mümkün değildir. Çağdaş bazı yazarlar, özellikle hakkın konusu olan maslahat kavramını ve Allah hakkı kul hakkı ayırımını burada sunduğumuz şekilde görmediklerinden hukuki düşünüş açısından sakıncalı görülebilecek bir ayırım ortaya atmıştır. Buna göre özellikle Düreynî, zafî ve gayrî maslahat kavramlarını ortaya atar. Gayrî maslahat teriminin anlamı bir hakkın konusu olana maslahatın doğrudan hak sahibine ait (zafî) olmasının gerekmeysidir. Bu düşünce hak, görev ve maslahat kavramlarının tamamen birbirine karıştırılması anlamına gelmektedir. Bkz. Düreynî, *el-Hak*, s. 173-177.

<sup>155</sup> Çağdaş bazı islam hukuku yazarları da hakların kaynağının yükümlülükler olduğunu ifade eder: "İnsan haklarının varlığı ancak insan yükümlülüklerine bağlıdır. Bireylerin Tanrıya, diğer insanlara ve doğaya karşı Şeriat tarafından tanımlanmış olan belli yükümlülükleri vardır. Bireyler bu yükümlülükleri yerine getirdiklerinde yine şeriatın gösterdiği belli hak ve özgürlükleri kazanırlar. (Said Abdulaziz, *Pursuing Human Dignity* s. 63; 73-74'den aktaran Donnelly, *İnsan Hakları*, s. 60.

işlendiğini izaha yardımcı olabilir. Zira kul hakları pür kula ait menfaatler iken kamusal hakların geneli belirli kişilerin menfaati olmaktan çok tüm toplum ve hatta tüm insanlarla ilgili menfaatler olduğundan belirli bir fert açısından bu menfaatler, ilk planda bu menfaatleri koruyan emir ve yasaklar karşısında yükümlü olması yönüyle önem taşır. İkinci olarak ise bu şekilde korunun menfaatlerden herkes gibi o da istifade eder. Zira bunlar kulun hakkı değil toplumun hakkıdır ve bu yüzden haktan çok yükümlülük tarafı ağır basar. Kişilerin birtakım kişilik haklarından bahsetmek yerine şeriatın hedeflediği temel maslahatlardan olarak mesela namusun ve neslin korunması kavramı üzerinde durulur ve bu, fertler açısından daha çok yükümlülük tarafı dikkate alınarak Allah hakkı olarak takdim edilir.

Diğer yandan bazı kamusal yetkilerin de menfaat/yetki ve yükümlülük tarafları daha girift bir şekilde içiçe geçmektedir. İslam hukukunda kamu görevlerinin kural olarak hak niteliğinde görülmediği söylenebilir. Zira fertlerin bu görevlerde yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerin haklarına daha ağır bastığı gözlemlenebilir. Bir hakimin, valinin, devlet başkanının hep yerine getirmeleri gereken görevleri ve bu görevde bulunma noktasında yetkileri vardır. Bu tür görevlere getirilen kişiler birey olarak diğer insanlardan farklı konumda olmalarını gerektiren bir yetki ile donatılmıştır. Ancak bu yetki bütünüyle onların hakkı olmayıp hak ve görevlerin kaynaşmasıyla oluşmuştur. Bu sebeple islam hukukunda bu tür görevler “velayet” olarak adlandırılır ve rdevlet otoritesiyle ilgili hükümler (el-ahkamu’s-sultâniyye) özel hukuktan ayrılarak, özel hukuktaki hak kavramından farklı olarak dini temelli yetkiler (el-vilayâtu’d-dîniyye) olarak değerlendirilir.

Kamusal haklar alanında hak ve yükümlülük dengesi bu şekilde kurulmuş olmakla birlikte islam hukukunun hak kavramını inkar ettiği ya da onu yükümlülüğün bir türevi saydığı söylenemez. Kişinin hakları kamu hakları alanında da kendi yükümlülüklerinden kaynaklanmayıp onlardan bağımsızlaştırılmıştır. Özellikle Hanefilere ait Allah hakkı-kul hakkı ayırımı açısından bakıldığında yükümlülük tarafının Allah hakları alanında daha ağır bastığı görünse de yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu ayırımın hak kavramının hüküm kavramından tam olarak ayrıştırılmaması sebebiyle burada ele alınan hak anlayışının hükme daha yakın olması söz konusudur. Dolayısıyla hükümlerde yani yasalarda, yükümlülüğe olan vurgu her hukukta belirgindir. İlahi vahyin otoritesi dolayısıyla hüküm kavramında görev ve yükümlülük bilincinin ferdi haklara karşı belirli bir baskınlığı söz konusudur. Bu husus yasa koyucu ile hukukun muhatapları arasındaki ilişkiye benzetilebilir. Zira görevlere yapılan vurgu her hukuk sisteminde söz konusudur.

Fıkıhın kendi metodu ve dili görevlere vurgu üzerine kurulmuştur denilebilir. Fıkıhın dili, temelde beş hükmün kulların, yani şeri teklifin muhatabları olan mükelleflerin fiillerine yüklenmesi ile oluşur. Zira fıkıhın temel konusu da mükelleflerin “fiilleri”dir. Bir fiilin haram ya da vacip olması temelde mükellef açısından bir yükümlülüktür. Bu önermelerden haklar da doğar. Fıkıh modern hukuklarda olduğu gibi ferdin haklarını eksen almaktan çok ferdin fiillerini ve bunların hükümlerini esas alır. Ferdin sahip olduğu haklar ise bundan sonra gelir. Zira genel olarak hukuk sistemlerinde olduğu gibi görevler/yükümlülükler haklardan daha sağlam bir temeldir ve hak da olmayan zorlayıcılık gücüne sahiptir.<sup>156</sup> İslam hukukunda da olan bundan farklı değildir. Bu şekilde şariin tekliflere vurgu yapması aslında haklara ve hakları korumaya olan vurgusunu gösterir. Fert, üzerindeki vacibin edasıyla mükellef olup bu vacip başka birinin hakkını korumak gayesiyledir.<sup>157</sup>

Bu tespitimizi, islam hukukunda bir çok temel kamusal hakkın ferdin yükümlülüklerinden bağımsızlaştırılarak asli haklar olarak ele alınması da desteklemektedir. Bu açıdan aynı bireyin yükümlülükleri o bireyin haklarının temeli olmayıp, özgürlük, mülkiyet, yaşama hakkı gibi temel bazı haklar asıldır. Bunların asıl olmasının anlamı tabii nitelikli vazgeçilmez haklar olduğu ve öncesinde bir yükümlülüğe bağlı olmadan insan olmakla kazanıldıklarıdır. Kişilerin bu haklara riayetle yükümlü olması ise bu hakların korunması unsurunu ifade etmektedir. Bu noktada Hanefi usulünde, insan olması dolayısıyla yaratılıştan gelen temel hakların bulunduğu düşüncesi açık bir şekilde yer almaktadır. Keşfu'l-esrar müellifi, Debusi'den (öl. 430/1038) naklen şu metni aktarır: “Allah insanı yarattığında onu akıl ve zimmet ile şereflendirdi. Bu şekilde insan bu ikisi sayesinde haklara ve yükümlülüklerle ehil olmuş, ve insan mal, can vb. dokunulmazlığı hakkı, hürriyet ve mülk edinme hakkına sahip olmuştur. Ayrıca insan, Allah'ın emanet olarak nitelediği, Allah hakları ile de yükümlü olmuştur. Bu şekilde biz de müslüman olmayanların ülkemize girmesi için onlara zimmet verdiğimizde onlar da dünya ahkâmı açısından müslümanların hak ve yükümlülüklerine sahip olurlar. İnsanoglu bu şekilde -haklarına kaynaklık eden- bu zimmet olmadan var olmaz, yaratılmaz.

<sup>156</sup> Kamali, “*Fundamental Rights*”, s. 342.

<sup>157</sup> Düreyni, *el-Hak*, s. 209. Del Veccio da bu hususu açıkça ortaya koyar: “Gördük ki hukuk objektif olarak bir emirler silsilesi şeklinde tezahür eder. Diğer yandan bu ilişki objektif olarak bir emir ve yasaklar silsilesi şeklinde tezahür eden “hukuk”un ilk planda ferdi hürriyeti inkar ettiği ya da en azından sınırlandırdığı düşünülebilir. Ancak konu diğer bir açıdan düşünüldüğünde emir ve yasaklar şeklinde tezahür eden “hukuk” görünürde hürriyeti ve hakları inkar etmekle birlikte esas itibarıyla bunu tesis ve temin etmektedir. *Hukuk Felsefesi*, s. 350..



İnsan oğlu şeriatın yükümlülüklerine ehil ve hür, -temel- haklarına sahip olmadan yaratılmaz.<sup>158</sup>

#### D- HAK-HÜKÜM İLİŞKİSİ

Klasik kaynaklarda özellikle Allah hakkı ve kul hakkı ayırımında Hanefilerin konuyu ele alışlarından anlaşıldığı üzere hak ve hüküm kavramları arasında bir iççelik ve adeta bir ayniyet söz konusudur. Hak ve hüküm kavramlarının birbirinden tam olarak ayrıştırılmamıştır.<sup>159</sup> Bu iççeliği fikhın farklı alanlarında da görmek mümkündür. Şii fikh doktrininde -bu çalışmada inceleme alanımızın dışında olsa da- hak ve hüküm ilişkisi adı konulmuş bir hukuk problemi olarak ele alınır hale gelmiştir. Klasik literatürde hak kavramı ile hüküm kavramı arasındaki ilişkinin ortaya konulduğu bu bağlamları ve bu ilişkinin ne şekilde temellendirildiğini şu hususları takip ederek inceleyebiliriz:

1- Allah- hakkı kul hakkı ayırımı: Yukarıda da temas ettiğimiz gibi, özellikle Hanefi usulünde hükümler Allah hakkı ve kul hakkı olarak ikiye ayrıldığında her iki tür hak türü de en soyut ifadesini ‘hüküm’ olarak bulur. Buna göre kul haklarının tipik örneği “başkasının malının haramlığı/hurmet” iken Allah haklarını örneklendirmek için “zinanın yasaklığı”, “kabenin yasaklığı/ dokunulmazlığı/ hurmet”<sup>160</sup> “katilinin mirastan mahrumiyeti/hırmanu’l-katili irse’l-maktul”<sup>161</sup> vb. hükümler verilir. Görüldüğü üzere burada hak olarak sunulan şey, nihayetinde ve en soyut olarak aslında bir yasaklık hükmünden ibarettir.<sup>162</sup> Başkasının malının yasaklığı hükmünün fertler açısından anlamı mülkiyet hakkı iken, zinanın haramlığı ve kabenin dokunulmazlığı ise fertler açısından kamu planında bir maslahat ve haktır.

<sup>158</sup> A.Buhari, *Keşfülesrar*, IV, 238, Ebu Zeyd Ed-Debusî’den naklen: ( الذمة عبارة عن العهد في اللغة فالله تعالى لما خلق الإنسان عمل أمانته أكرمه بالعقل والذمة حتى صار مهما أهلا لوجوب الحقوق له وعليه فثبت له حق العصمة والحرية والمالكية بأن حمل حقوقه وثبتت عليه حقوق الله تعالى التي سماها أمانة ما شاء كما إذا عاهدنا الكفار وأعطيناهم الذمة ثبتت لهم حقوق للمسلمين وعليهم في الدنيا والآدمي لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة فلا يخلق إلا وهو أهل لوجوب حقوق الشرع عليه كما لا يخلق إلا وهو حر مالك لحقوقه وإنما ثبتت له هذه الكرامات بناء على الذمة وحمله حقوق الله

Aynı ifadeyi Taftazanî *Telviḥ*’de aktarır. Bkz. Taftazanî, *Telviḥ*, II, 162. (B) Burada Debusî’nin hakların kaynağı olarak zimmet kavramını göstermekte ve zimmilere islam ülkesinde haklar ve yükümlülükler kazandıran şey ile insanın fitrı olarak haklara ehil olmasını sağlayan şeyin aynı zimmet kavramı olduğunu ifade etmektedir. Fikhın kamusal haklarda ibahai asliyye gereği fitriliği, tabii hukuk düşüncesini benimsediği hakkında bkz. Kamalî, *A.g.e.*, s. 346-347. Klasik kaynaklarda temel hakların büyük bir kısmının “ismet” kavramıyla ifade edildiğine dair bkz. Elmalılı, *Fıkh Lugati*, II, 196, 525.

<sup>159</sup> Bkz. Kamalî, “*Fundamental Rights*”, s.348.

<sup>160</sup> İbn Emir, *Takrir*, II, 144.

<sup>161</sup> İbn Emir, *Takrir*, II,108.

<sup>162</sup> Klasik kaynaklarda yasaklık hükmünden bir hak olarak bahsedilebilmektedir. “الحرمة حق من حقوق الشرع”. Babertî, *İnaye*, III, 462, İbn Hümmam, *Fethu’l-kadir*, III, 461. إتلاف مال المسلم حرام حرمة هي من حقوق العباد. *Telviḥ*, II, 401. (CD-H) Burada haktan kastedilen özellikle Allah haklarıdır.

Zira toplumun düzeni ve neseplerin sağlamlığı “bir maslahat” olarak bu hükümlerle korunmuş ve bundan tüm insanlara ait haklar meydana gelmiştir. Görüldüğü gibi özellikle Allah hakkı kul hakkı ayrımında ortaya çıktığı üzere islam hukukçuları hak kavramını hüküm kavramından bütünüyle ayrı tasavvur etmeyip, hakkı nihayetinde bir hükme dayandırırılar. Haklar adeta hükümlerin bir yansıması ve sonucu olarak ele alınır.

Hanefi usul literatüründe Allah hakkı ve kul hakkı terimleri hüküm kavramıyla bu derece yakınlaşırken diğer doktrinlerde de özellikle Allah hakkının tanımı bağlamında bu ilişki gündeme gelir. Mesela Karafî Allah hakkının “Allahın emri ve nehyi” olduğunu ısrarla savunur. Bunun anlamı Allah hakkı'nın Allah'ın hükmü olduğudur.<sup>163</sup> Dolayısıyla burada da hak kavramı doğrudan doğruya hüküm için kullanılmaktadır.<sup>164</sup> Hanefi dışındaki mezheplerde Allah hakkı kavramının bu şekilde hüküm ile ilgisi açıkça kurulurken, kul hakları hüküm ile irtibatı kurulmadan doğrudan kula ait maslahatlar olarak tanımlanır.

Hak kavramının hüküm kavramına bu derece yaklaşması ilk planda bize kara Avrupası hukuk sisteminde hak ile hüküm kelimelerinin aynı kelimeyle ifade edilmesini hatırlatır. Bu sisteme dahil olan ülkelerin dillerinde hak ve hukuk (hukuk sistemi ve kanun maddesi: hüküm anlamına) aynı kelimeyle ifadesini bulur.<sup>165</sup> Bu bakımdan çalışmanın giriş kısmında belirttiğimiz gibi bu dillerde hak kavramı için ‘subjektif’, hüküm ya da hukuk için ise ‘objektif’ sıfatlarından istifade edilir. İslam hukuku literatüründeki durum bir yere kadar buna benzetilebilir. Zira ‘haklar’ ilk planda objektif varlığı olan hükümler yani şarinin hitabı ve bu hitabın sonucu olan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hükümler genellikle ‘yasaklık ve yükümlülük’ formundadır. Haklar ise bu hükümlerin teker teker fertler açısından

<sup>163</sup> Karafî, *Furuk*, I, 258-259. İbn Şat burada Allah hakkının hükmün kendisi olamayacağını, hak denilen şeyin emir ve nehyin (hükmün) müteallakı olduğunu savunarak Karafî'ye itiraz eder. İbn Şat'a göre hükmün müteallakı olan bu şey mükellefin fiilidir. Ona göre hükmün hak olarak nitelenmesi mümkün değildir. Zira hüküm Allah'ın hitabı olup onun hitabı kadimdir. *Edrar*, II, 257-258. Bu tartışma bazı çağdaş eserlerde hakların hüküm mü yoksa fiil mi olduğu tartışması şeklinde ifadelendirilmek istenmektedir. (Mesela bkz. *El-mevsuatu'l-fikhiyye*, XVIII, 9-10.) Oysa burada genel anlamda haklardan çok Allah hakkı tamlamasındaki haklar ifade edilmektedir ki bu hakların çoğunun Allah tarafından gelen yükümlülükler olduğu açıktır. Bunun genel olarak hak kavramıyla ilgili bir tartışma olarak sunulması hatalıdır.

<sup>164</sup> Ebu Sünne de hak kavramının fukaha dilinde hüküm anlamına kullanılıp kullanılmadığını araştırarak hükümlerin hukuk olarak nitelenebildiği sonucuna ulaşır. Bkz. Ebu Sünne, *en-Nazariyyatu'l-âmmeh*, s. 56.

<sup>165</sup> Bu iki kavramın birbirinden ayrıldığı Anglo-sakson sisteminde hukuk ve hukuk sistemi anlamına gelen ‘Law’ kelimesi hak kavramından tam olarak arınmış bir kavram değildir. Pennigton, *“History of Rights”*, s. 237.

ifade ettiği ‘sübjektif’ sonuçlardır.<sup>166</sup> Bu anlamda hukuken gerçek varlığı olan hükümlerdir.<sup>167</sup>

Diğer yandan bu ilişki objektif olarak bir emirler ve yasaklar silsilesi şeklinde tezahür eden “hukuk”un ilk planda ferdi hürriyeti inkar ettiği ya da en azından sınırlandırdığı düşünülebilir. Ancak konu diğer bir açıdan düşünüldüğünde emirler ve yasaklar şeklinde tezahür eden “hukukun” görünürde hürriyeti ve hakları inkar etmekle birlikte esas itibarıyla bunu tesis ve temin ettiği anlaşılır.<sup>168</sup> Hak ve hüküm arasındaki bu ilişkide Kelsen’in ferdin sübjektif haklarının aslında hukuk sisteminin hükükümlerinden (objektif haklar) başka bir şey olmadığı iddiası da bu anlamda hak ve hüküm kavramını bir noktada birleştirmektedir.

2- Hakların ‘hüküm’ olarak tanımı: Fıkıh literatüründeki temel bazı hak türlerinin tanımı yapılırken bu hakların bir hüküm olduğu düşüncesi ortaya atılmıştır.<sup>169</sup> Mesela en temel ve aslî hak nevi olan mülkiyet kavramını da içeren ‘*milk*’ teriminin bazın hüküm kavramından faydalanılarak tanımlandığı görülür. Mesela Karafî *milk*’i “hükümün şeriyun...” diye tanımlar.<sup>170</sup> Karafî daha sonra bir hüküm olarak takdim ettiği *milk*’in vazî bir hitab mı yoksa teklifi bir hitab mı olduğunu inceler. Kendi kanaati olarak *milk*’in teklifi hükümlerden olduğunu ve bunun özel tasarruflarla ilgili özel bir “ibaha” olduğunu ifade eder. Buna bağlı olarak milki ikinci kez “ibahatun şeriyetün” şeklinde ibaha unsuruyla tanımlar.<sup>171</sup> Burada tekrar

<sup>166</sup> Del Veccio, bu ayırma değinerek kanun maddesini objektif ve sübjektif açıdan ayrı ayrı değerlendirir. Buna göre “sübjektif haklar objektif haklarla sıkı sıkıya ilişkilidir. Bir yetki olması bakımından haklar ancak bir hukuk kaidesine (objektif haklar) nisbetle mevcut olabilir. Kaide ise salahiyetlerin tahdidinden başka bir şey değildir. Bu bakımdan hukuk ilk bakışta emir ve yasak olarak tezahür etmesine karşılık öz içeriği bakımından hürriyetin teminatını temsil ettiğinden aradaki zahiri tezat ortadan kalkar. Birincisi hukukun objektif sahası olduğu halde ikincisi ise sübjektif sahasıdır. Fakat her iki safha da hakikatte birleşmekte ve tek bir vücut teşkil etmektedir.” Del Veccio, *Hukuk felsefesi*, s. 354-355.

<sup>167</sup> Çağdaş yazarlardan Ebu Sünne de hak konusunun usul literatüründe neden hüküm bahsinde incelendiğini araştırırken objektif ve sübjektif haklar ayırımının –bu kavramları doğrudan kullanmadan- hak ve hüküm kavramlarıyla olan benzerliğini şöyle ifade eder: “Hüküm usulcülere göre şarinin hitabıdır ve bu hitab insanın fiilleriyle alakalıdır. O halde insanın fiilleri, hitabın alakalı olduğu şeydir. Bundan dolayı hükümün rükünlerinden bir tanesi mükellefin fiilleridir ve mükellefin fiilleri bakımından hüküm vacib, mendub, haram, mekruh, mübah gibi grublara ayrılır. İşte bu tip teklifi hükümlerin hükümün hakkında sabit olduğu kişi açısından yorumlanması ‘hak’ anlamına gelir.” Ebu Sünne, *en-Nazariyyâtu’l-amme*, s. 48- 49.

<sup>168</sup> Bkz. Del Veccio, *Hukuk Felsefesi*, s. 350.

<sup>169</sup> Hakkın hüküm olarak izahı fıkıh dışındaki ilimlerde de gözlemlenen bir olgudur. Mesela Cürcanî hakkı “ehlül-meanî (mantıkçıların) istilâhında ise ‘vakiya mutabık hüküm’ olarak tarif eder. *Tarifât*, s.122.

<sup>170</sup> Bkz. Karafî, *Furuk*, III, 364. Suyutî’nin aktardığına göre İbn Sübkî *milk*’i aynı şekilde hüküm kavramıyla tanımlar. Suyutî, *Eşbah*, s. 316. Karafî *milk*’i hüküm ile tanımlaması noktasındaki izahlarında şöyle der: “*Milk*’in –hükümün şeriyun- şer’î bir hüküm olması icma iledir. Zira *milk* şeri sebeplere bağlı olarak meydana gelir. *Furuk*, III, 364.

<sup>171</sup> Karafî, *Furuk*, III, 368.

hak ile hüküm birbirinin yerini almaktadır. İbn Şat ise milkin ibaha olduğu noktasında Karafî'nin bu görüşlerini reddeder. İbn Şat'ın bu noktada Karafî'yi eleştirisi hak ile hüküm kavramının birbirine ne kadar yakınlaştığını ortaya koyar: “İbaha Allahın hükmüdür, usulcülere göre hüküm ise Allahın hitabıdır, Hitabı da kelamıdır. Milkin ise kelam olması mümkün değildir.” İbn Şat buradan hareketle ibahanın sonucunun temekkün olduğunu belirterek milki hüküm olarak değil de hükmün sonucu olarak “temekkün” kavramıyla tanımlamayı doğru bulur. Ona göre milk teklifi bir hüküm olmayıp vazî bir hükümdür.<sup>172</sup> Şafîi fakih Alaî de milkin bir eşya ile intifa etmeye sebep olduğunu dikkate alarak onu vaz’i hükümler/hitabu’l-vaz grubunda düşünür.<sup>173</sup> Burada Alaî'nin fikhın bablarını vaz’i ya da teklifi hükümlerden hangisine taalluk ettiğini esas alarak sınıflandırmaya gayret ettiği gözlemlenir. Kanaatimizce hak ile hüküm kavramları arasındaki bu ilişkinin yoğunluğu bazı özel hak türlerinin tanımına yansiyacak derecede zaman zaman böyle ‘aşırı’ sayılabilecek sonuçlara yol açmıştır. Bu noktada milk kavramının diğer islam hukukçularının tanımlarında olduğu gibi hüküm kavramına başvurmadan izahı daha isabetli görünmektedir.

3- Şii çevrelerde hak ve hüküm ilişkisi konusu sünni doktrinlere nispetle daha belirgin olarak ele alınmaktadır. Şii yazar M. Mehdi Vaiz hak ile hükmün, işlem/mefhum olarak açıkça birbirinden farklı olduğunu ancak kaplam olarak bu iki kavramın aralarını ayırmanın zor olduğunu belirtir. Buna göre hak, şahsın bir şey üzerindeki hakimiyeti iken<sup>174</sup> hüküm bir şeyi yapma ya da yapmama konusunda salt ruhsat ya da ilzam veya yapma ya da yapmamaya bir sonuç bağlamaktır. Buradan hareketle şeriatın su içmeyi mubah kılma (ibaha) hükmünün bir hüküm olduğu halde hak olmadığını, bu yüzden kişilerin ‘su içme’ hakkından bahsedilemeyeceğini ifade eder. Bu ayırımdan çıkarılan sonuç, hakların nakil ve iskati mümkün olduğu halde aynı şeyin hükümler için geçerli olmadığıdır.<sup>175</sup> Kanaatimizce hak ve hüküm ilişkisinin bu şekilde ortaya konulması konuyu girift hale getirmekten başka bir sonuç doğurmaz. Zira Şii müelliflerin de belirttiği gibi iki kavramın içlemleri yani

<sup>172</sup> Abbadî, *el-Milkiyye*, s. I, 136.

<sup>173</sup> Abbadî, 1-137; *el-Mecmu’u-l müzheb*, I, 9.

<sup>174</sup> Burada hakkın tasvirinde milk kavramının açık bir etkisi görülmektedir. Bkz. M. Mehdi Vaiz, “*el-Fark beyne’l-hak ve’l-hüküm*”, s. 164. Hak kavramının çağdaş Şîf literatürdeki tanımları genellikle onun bir otorite ve güç olduğu yönündedir. Mesela Tabatabaî (*Bulgatu’l-fakih*, s. 3) ve Nâ’inî (öl. 1936) (*Münyetu’t-talib*, I, 41) hakkı şöyle tanımlar: “hak, hukukun bir eşya ya da kişi üzerinde verdiği maddî ya da manevî bir kudrettir” Nakleden Kamali, “*Fundamental Rights*”, s. 344,

<sup>175</sup> Bkz. M. Mehdi Vaiz, “*el-Fark beyne’l-hakk ve’l-hüküm*”, s. 165. Ayrıca Bkz. Mumahhed Taki Fakih, *Kavaidu’l-fakih*, s. 31.

mahiyetleri birbirinden farklı olup aralarındaki ortak yön sadece hükümlerin, bir hak doğurması yani ele alınan bir hükmün 'hak' ifade etmesi sonucunda bu iki kavramın kaplamaları bakımından yakınlaşmasıdır. Bu tartışmanın ana sonuçlarından biri de her hükmün fertler açısından bir hak ifade etmediğidir.

İslam hukuku literatüründe hak ve hüküm kavramlarının yakınlaştığı bu bağlamları inceledikten sonra bu ilişkinin bu şekilde tesis edilmesinin arkasında yatan sebepleri belirlememiz mümkün olabilir. Gerek Allah hakkı kul hakkı ayırımında gerekse de hak türlerinin hüküm yardımıyla tanımında, hak hüküm birlikteliğini, islam hukuku literatüründe mükellefin fiili ve bu fiilin hükmünün merkeziliği ile izah edilebilir. Bu noktada haklar ise adeta hükümlere göre ikinci sırada yer aldığından hak kavramının izahında hüküm kavramı yine ön plana çıkmaktadır. Özellikle Hanefi usulcüler hak ve onun çeşitlerini şeri hüküm başlığında ele alarak hak kavramını hüküm konusunun bir uzantısı olarak düşünürler. Zira hüküm konusu usul-i fikhın asli konusudur. Diğer yandan hak kavramının yükümlülük kavramıyla olan yakın ilişkisi de ayrıca hak ve hüküm kavramlarının birbirine yakınlaşmasını sağlayan ikinci bir unsurdur. Zira hükümler yetki ve yükümlülükleri bildirdiği gibi hak kavramı da hem yetki hem de yükümlülükleri birlikte taşımak bakımından hüküm kavramına paralel özellik taşır.<sup>176</sup> Diğer yandan hak kavramının hükümden ayrıştırılmaması temelde haklarının kaynağının hüküm olduğunu ifade etmesi bakımından da dikkate değer bir husustur. Bunun anlamı hüküm olmadan hakkın varlığından söz edilemeyeceğidir.<sup>177</sup>

## II- HAKLARLA İLGİLİ TEMEL SINIFLAMALAR

Kara Avrupa'sı hukuku hak kavramı ekseninde yapılanmışken, İslam hukukunun dili ve sistematığı, temelde insanın fiillerini ve tasarruflarını esas alan, davranışa yönelik bir perspektiften hareketle yapılmıştır Bundan dolayı fıkıh literatüründe hukukun temel yapısını ve sistematığını belirleyecek tarzda ön plana çıkmış bir hak sınıflamasının olduğunu söylemek zordur. Hak kavramının mahiyeti

<sup>176</sup> Çağdaş İslam hukuku yazarları da hak konusundan bahsederken genellikle hak ile hüküm kavramları arasındaki ilişkiyi tespit etmeye çalışırlar. Ancak onların yaklaşımı genellikle umumilik ve hususilik açısından hak ile hüküm arasındaki kapsam farkını tespitiye yöneliktir. Düreyni hükmün pozitif hukuktaki kanun kaidesine benzer olduğunu, bu anlamda hükmün hak olmadığını belirtir. Zira hak hükmün mevzuudur. Hüküm hak ilişkisi sebep sonuç ilişkisidir. Vazi hükümlerin bir kısmı hak taşımadığından bütün hükümler haktır diyemeyiz. Sonuç olarak Düreyni hak hüküm ilişkisini "Bütün haklar hükümdür ama bütün hükümler hak değildir" formülüyle ifade eder. *el-Hak*, s. 209.

<sup>177</sup> Bkz. Kamali, "*Fundamental Rights*", s. 348-349.

gibi, haklarla ilgili temel sınıflamalar da pratik hukukun sıradan meseleleri gibi ele alınmış, fıkıhın yapısını belirlemesi gereken şablonlar olarak değerlendirilmemiştir.

Ancak bu noktada hakkın sahibine göre yapılan Allah hakkı–kul hakkı ayrımının diğer sınıflamalara göre başat bir konumda olduğu söylenebilir. Diğer hak ayırımları, normal hukuki problemler arasında onlardan farksız olarak ele alınırken bu ayrımın etkileri hukukun her alanına yayılmakta ve önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple, bu sınıflama fıkıhın en temel ayrımı olduğu gibi bütün fıkıhı öze ilişkin hususlarda birbirinden farklılık gösteren Allah hakları ve kul hakları şeklinde iki ana kütleye ayırmaktadır. Bu yüzden öncelikli olarak bu hak ayrımını inceleyeceğiz. Diğer hak taksimleri ise çoğunlukla bu ayırma nazaran daha dar kapsamlı olduğu ve pratik ihtiyaçlardan kaynaklandığı için önem sırasına göre bu tasniften sonra ele alınacaktır.

#### A- ALLAH HAKKI-KUL HAKKI AYIRIMI

Allah hakkı ve kul hakkı terimleri Kuran-ı Kerim’de kullanılmamakla birlikte Hadislerde bu terimlere rastlanır. Özellikle ‘Allah hakkı’ (*hakkullah*) ya da ‘Allah’ın kulları üzerindeki hakkı’ (*hakkullah ale’l-ibâd*) adeta terimleşmiş bir kullanım olup kulun Allah’a karşı olan yükümlülüklerini ve özellikle ibadet ve itaati ifade eder. Kul hakkı terimi de hadislerde kullanılmakla birlikte hukuki anlamda ‘kula ait hakları’ ifade etmekten çok kulun Allah üzerindeki hakkı anlamına, yani Allah hakkı teriminin karşıtı olarak kullanılır. Hadislerin ifadesine göre kulun Allah üzerindeki hakkı, Allah’ın, O’na şirk koşmayan kulunu cennete koyması; Allah’ın da kul üzerindeki hakkı kulun ona ibadet etmesi ve şirk koşmamasıdır.<sup>178</sup> Hadislerdeki bu ifadeler, bu terimleri fıkhi anlamda teknik olarak tanımlamasa da özellikle Allah hakkı kavramının kulun yükümlülükleri anlamına kullanılması<sup>179</sup> bakımından fıkıhtaki ayrımın temelinin oluşturduğu söylenebilir.<sup>180</sup>

<sup>178</sup> Bir çok yerde zikredilen hadisin yaygın olan ifadesi şöyledir: (حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا) (وحق العباد على الله أن لا يعذب من لا يشرك به شيئا) Bkz. *Buhari*, *Libas*, 101; *Cihad*, 46; *İsti’zan*, 30; *Rikak*, 37; *Tevhid*, 1; *Müslim*, *İman*, 48, 49, 50; *İbn Mace*, *Zühd*, 35; *Tirmizi*, *İman*, 18.

<sup>179</sup> Yukarıdaki meşhur hadisin yanında şu hadis de kaynaklarda Allah hakkının kulun yükümlülükleri anlamına geldiğini ortaya koyar: “Onların Allah haklarından birini eda etme vakitleri geldiğinde onları hiçbir ticaret ve alım satım işi Allah’ı anmaktan alıkoymaz. (ولكهم إذا) (ناهم حق من حقوق الله لم تلهمم تجارة ولا بيع عن ذكر الله) Bkz. *Buhari*, *Buyu*, 8-11.

<sup>180</sup> Yukarıdaki hadislerdeki ifadelerle fıkıh literatüründe de başvurulur. Bazı hukukçular kul hakkı ve Allah hakkı terimlerinin fıkıhtaki teknik anlamını verme bağlamında bile doğrudan bu hadislere dayanırlar. Mesela, Bkz, İbn Şat, *Edrar*, I, 256-258; M. Ali el-Mekkî, *Tehzibu’l-furuk*, 256; Şatibi, *Muvafakât*, II, 317-319. Öyle ki İbn Şat, Karafî’nin Allah hakkı ile ilgili yorumlarının bu hadise uygun olmadığını ifade ederek, onu eleştirir. İbn Şat, *Edrar*, I, 258. Oysa hadislerdeki Allah hakkı ve kul hakkı terimlerinin fıkıhta kazandığı teknik anlam farklıdır ve bu kavramlara fıkıh içinde değişik bir teknik anlam yüklemek İbn Şat’ın itirazının aksine Peygambere muhalefet

Fıkıh metinlerini tarihi sırayla incelediğimizde Şeybanî'nin (öl. 189/805) eserlerinde kul hakkı ve Allah hakkı ayrımını çağrıştıran terimlerin kullanılmadığını görürüz.<sup>181</sup> İ. Malik'in (öl. 179/795) Muvatta'ında durum farklı değildir. Şafii (öl. 204/820) ise Ümm'de bu ayrımı ifade eden kavramları kullanmaktadır. Sonraki metinleri incelediğimizde ise fıkıh eserlerinin Allah hakkı ve kul hakkı kavramlarını çok yaygın ve her konuda başvurulan bir ayırım olarak ele aldıkları görülür.

Diğer yandan bu ayrımın teorik olarak incelenme konusu yapılması açısından baktığımızda ise bunun ilk olarak Serahsi (öl. 483/1090) ve Pezdevi'nin (öl. 482/1089) usul eserlerinde karşımıza çıktığını söyleyebiliriz.<sup>182</sup> Hanefi usul metinleri için bu ayırım özellikle beşinci/on birinci yüzyıldan sonra Hanefi usulünün temel konularından biri haline gelmiştir.

Hanefi usul eserlerinde bu ayırım genellikle son kısımlarda şerî deliller incelendikten hemen sonra özellikle de “kıyas” bahsinin sonunda sebep, illet ve şart konusu ile aynı fasıl içinde, bunlardan hemen önce ele alınır. Hanefiler usul eserlerinde şerî delilleri inceledikten sonra şerî delillerle sabit olan şeyleri ikiye ayırır: Bunların ilki “hükümler/*el-ahkamü'l-meşrûa*” ikincisi ise “bununla alakalı şeyler”dir (sebeb illet ve şart gibi.) Hükümler bahsinde incelenen husus Allah hakkı ve kul hakkı ayrımını iken, “hükümlerle alakalı şeyler” başlığında vaz'î hükümler ele alınmıştır.<sup>183</sup>

Hanefi usulcüler burada “hükümleri” ya da “mahkum bih” denilen hükme konu olan fiilleri şu şekilde sınıflandırır: 1- Halis Allah hakkı, 2- Halis kul hakkı, 3-

---

değildir. Hadislerdeki Allah hakkı bireysel ibadet yükümlülüklerini ifade eder. bir tarzda kullanılsa da fıkıhta kamu maslahatı doğrultusundaki yükümlülükleri içerir. Hadislerdeki kul hakkı kavramı da Allah hakkı kavramının tam karşısında kulun yükümlülüklerini yerine getirdiğinde Allah'tan beklentisi anlamına olup, fertler arası hukuki ilişkilerdeki hakla ilgisi yoktur.

<sup>181</sup> Mesela temel metin olan el-Asl ve diğer metinler es-Siyer, *el-Hucce ve el-Camiu's-sağır*'de bu terimlere rastlamak mümkün değildir.

<sup>182</sup> Cassas, Debusî ve Semerkandî'nin usul eserlerinde bu ayırım teorik olarak işlenirse de Allah hakkı ve kul hakkı terimleri kullanılır. Mes. bkz., Cassas, *Usul*, III, 365.

<sup>183</sup> Bkz. Rehavî, *Hasîye*, s. 885; Habbazî, *el-Muğni*, s. 335; Saatî, *Bedü'n-nizam*, s. 1028. Bu fasılın kıyas konusunun sonunda ele alınması şer'î delillerin incelenmesinden sonra, bu delillerden hareketle içtihat yöntemleriyle elde edilecek “hüküm”lerin ortak özelliklerinin tespit edilmesinin usul açısından gerekli olmasıyla ifade edilmiştir. Bkz. İbn Nüceym; *Fethu'l-gaffar*, III, 59. Hanefi usul eserlerinde “hükümler” “kitap” delili incelendikten sonra teklifi hükümlerin bilinen tasnifi bağlamında incelenmektedir.(Msl. bkz. İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffar*, II, 62) Burada ise “hükümler” tamamen farklı bir ayırıma tabi tutulur. Ancak burada tasnif edilen hükümlerden çok mahkum bihlerdir. Hanefi Usul metin yazarları genellikle buradaki ayrımın “hüküm”lerle ilgili bir ayırım olduğunu belirtirken birçok şarih bunun “mükellefin fiillerinden ibaret olan mahkumu bih”e ait bir sınıflama olduğunu belirtir. Bkz. Molla Civen, *Nuru'l-envar*, II, 216; Molla Hüsvrev, *Mirat*, II, 547. İbn Hümmam usul metninde bu ayrımın “şeri hükümlerin mutaallakları”nın ayrımı olduğunu ifade eder. İbn Hümmam, *Tahrir*, II, 104.

İlâsinin birleştiği ve Allah hakkının ağır bastığı haklar 4- İlâsinin birleştiği ve kul hakkının ağır bastığı haklar.<sup>184</sup>

Bu konuyu Hanefilerin, bir usul konusu olarak ele almaları hak ile hüküm kavramları arasındaki –yukarıda da değinilen- yakın ilişkiyle ve Hanefi usul metodunun furu'a hizmet eder tarzda oluşturulmasıyla doğrudan alakalıdır. Yalın anlamda hakların sınıflamasının usul-i fıkıhla doğrudan bir ilgisi görülmeyebilir. Nitekim diğer mezheplerin tavrı da bu yöndedir. Hanefi usul yazımındaki metot doğrultusunda furu hükümlerinin çelişmezlik ve mantıki tutarlılık esasına bağlı olarak temellendirilmesi ve furunun dağınık konularının ortak bir esasa bağlanması üslubunun hak konusunun usul içinde ele alınmasında belirgin bir etkisi vardır. Usul ilmi özellikle Hanefilerin metodunda hukukun temel kavramlarının ele alındığı, genel meselelerin üzerinde düşünüldüğü bir metotla oluşturulmuştur. Bu bağlamda hukukun temel konusu olan haklar ve hakların sahipleri yani şahıslar konusu da furunun dağınık ve meseleci metodu içinde derli toplu olarak ele alınma imkanından yoksun olduğu için usul içinde incelenmiştir. Bu şekilde ehliyet konularıyla şahıs ve şahsın hukuku ele alınmış, hak taksimiyle de hükümlerin içerdiği hakka göre taksimi yapılmıştır.

Bu ayırım diğer doktrinler tarafından da bu şekliyle kabul edilmiş ve furu ve kavaid açısından yaygın bir şekilde kendisine başvurulmuştur.<sup>185</sup> Ancak Hanefi mezhebi dışındaki mezhepler bu ayırımı nadir istisnaların dışında bir usul-i fıkıh problemi olarak görmediklerinden daha çok furu açısından ele almışlar ve üzerine doğrudan pratik sonuçlar yüklemişlerdir. Özellikle Şafii ve Hanbeli furu

<sup>184</sup> Hanefiler hakimin hükümünü aynı şekilde dörde ayırırlar ve şeri hükümler ile hakimin hükümü arasında paralellik kurarlar. Bkz. Ali Haydar, *Dürrü'l-hukkâm*, IV, 462.

<sup>185</sup> Bkz., Karafî, *Furuk*, I, 256; İbn Şat, *Edrar*, I, 256; Şatıbî, *Muvafakât*, II, 321. Allah hakkı kul hakkı ayırımı bütün mezhepler tarafından kullanılan ve kendisine başvuru bir ayırım olmakla birlikte çağdaş fıkıh yazarlarından Ramazan el-Butî bu ayırımı “bazı araştırmacılar”a izafe eder ve eleştirir. Butî Allah hakkı-kul hakkı ayırımının gerekçelerini kendi yorumuyla inceleyerek bunları çelişik, zorlamalı ve gereksiz bulur. Butî burada bu ayırımın fıkıhtaki yaygınlığını ve yerleşikliğini hiç dikkate almadığı gibi klasik kaynaklarda bu derece yaygın ve her müellif tarafından kullanılan bu ayırımı ‘bazı araştırmacılar’a atfetmekle açık bir yanılğı içindedir. Butî bu ayırımı yapan ‘araştırmacılar’ı bu ayırımı iki hususun sevk ettiğini ileri sürer. Bunların ilki ibadetlerin dünyevi sonucu görülemeyecek şekilde taabbudi olması, ikincisi ise kulun hak sahibi olarak bazı hakları düşürebilmesidir. Butî bu iki esasa itiraz ederek hakların bu kriterlerle ayırımının doğru olmadığını belirtir. Zira ona göre ibadetlerin ve ahiret sevabı gerektiren her şeyin dünyevi bir menfaati de vardır ve bu açıdan dünyevi menfaatin olmadığı bir hüküm söz konusu değildir. Dolayısıyla hükümleri dünyevi ve uhrevi bakımdan ayırmak gereksizdir. İlmî kriter olan ıskat noktasında ise hükümlerin gerçek anlamda ıskatının mümkün olmadığını belirtir. Dolayısıyla kulun ıskat edip edemediği haklar ayırımı bu anlamda doğru değildir. Butî'nin bu yorumları klasik literatürden oldukça uzak ve Allah hakkı kul hakkı ayırımının özüyle ‘ilgisiz’dir. Bkz. Butî, *Davabitü'l-maslaha*, 49-52.



literatüründe bu ayırımın teorik olarak işlenişi, yemin ve şahitlik gibi ispat hukuku açısından taşıdığı sonuçlar bakımından fıkıhtaki hakların genel bir tasnifi şeklindedir.<sup>186</sup>

Hanefilerin usul literatüründeki ayırımını esas alarak hakların yukarıda işaret ettiğimiz dört çeşidini şu şekilde inceleyebiliriz:

## 1- Halis Allah Hakları

### a- Kavram ve Tanım

Hakların ilk kısmı “hakkullah, hakku’ş-şer” vb. kavramlarla ifade edilen Allah hakkıdır. Yukarıda hak kavramını incelerken belirttiğimiz gibi Hanefi kaynaklarında Allah hakkı şöyle tanımlanmıştır: “Allah hakları, belirli birisinin inhisarında (ihtisas) olmadan tüm insanların umumi faydasıyla (nef’i âmm: kamu menfaati) alakalı olan haklar/hükümlerdir. Zinanın haramlığı gibi.”<sup>187</sup> Zinanın haramlığının Allah hakkı olmasının anlamı, bu yasak sayesinde insanların soy ve neseplerinin karışmasının önüne geçilmesi, nesillerin kaybolup gitmesinin engellenmesi, zina edenler arasında meydana gelecek anlaşmazlıklar dolayısıyla kabile ve halklar arasındaki kanlı çarpışmaların engellenmesi gibi kamu faydalarının elde edilmesidir. ‘Kul hakkı’ terimine paralel şekilde ‘Allah hakkı’ teriminde hak Allah’a izafe edilse de Hanefi hukukçular burada gramer olarak aynı tarzda yapılmış Allah hakkı tamlamasının Allah’a ait maslahatları ifade etmediğinin altını özellikle çizerler. Onlara göre Allah hakkı teriminin kapsadığı alan içinde menfaat Allah’a değil tüm insanlığa aittir. Bu anlamda usulcüler yaratma bakımından yerdeki ve gökteki her şeyin Allah’a nispetle

<sup>186</sup> Bkz., Büceyrimî, *Tuhfetu’l-habib*, IV, 437; Hanbeliler de bu ayırımı yine özellikle şahitlik konularında yaparlar. *İbn Kudame* şöyle der: “Hukuk iki çeşittir. Birincisi ademînin hakkıdır. İkincisi ise Allah’ın hakkıdır. *Muğni*, İbn Kudame, X, 8445. Bazı kavaid ve usul müellifleri ise bu ayırımı değişik şekilde ifadelendirir. *Karafi* bu ayırımı “*tekâlîf*” yani yükümlülükler ile ilgili bir ayırım olarak takdim eder: “Tekalîf üç kısımdır: 1- Halis Allah hakkı, 2- Halis Kul hakkı 3- Kul hakkı mı Allah hakkı mı galip olduğu konusunda ihtilaf edilenler. Kazif haddi gibi.” *Karafi*’nin bu kavramları yorumlayışı bazı farklılıklar taşısa da Hanefilerin ayırımı gibidir. Şatıbî de Hanefilerin yaptığı bu ayırımı fiillere yönelik bir ayırım olarak takdim ederek öz itibarıyla benimser. Bkz. Şatıbî, *Muvafakat*, II, 321. Zerkeşî de bu ayırımı olduğu gibi kabul ederek kullanır. Bkz., *Kavaid*, II, 58-65.

<sup>187</sup> (حق الله ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم من غير اختصاص باحد) Bkz., Taftazânî, *Telviḥ*, II, 151; İbn Emir *Takrir*, II, 104; Hasan Çelebi, *Haşiye*, s. 342; Molla Civen, *Nuru’l-envar*, II, 216; Leknevi, *Kamer*, II, 216; Rehavî, *Haşiye*, s. 886. Fahrettin Karaoğlu, “*Amme davası*”, İTA, I, 432. Allah hakkı teriminin bu şekilde teknik bir tanımını görebildiğimiz kadarıyla ilk aktaran Abdulaziz el-Buhari’dir (öl. 730/1330). O bunu Ebu’l-Kasım Nasıruddîn Semerkandî’den (öl. 556/1161) nakleder. Hamid Efendi de Şems el-Kerderî’nin (öl. 642/1244) aynı doğrultuda şu tanımlı yaptığını belirtir: “Allah hakkı menfaati genel olarak bütün dünya ehli için olanlardır”, *Mirat Haşiyesi*, II, 547. Bu ifadeler bize Hanefilerde bu tanımların nispeten erken dönemde yapıldığını gösterir.

eşit olduğunu, zarar görme ve faydalanma bakımından Allah'ın her şeyden aşkın ve yüce olduğunu belirtirler.<sup>188</sup> Bu yüzden ne fayda bakımından ne de yaratması sebebiyle bir şeyin Allah'ın hakkı olması mümkün değildir. Zira her şeyi yaratan Allah'tır. Bunların kamuya ait haklar ve menfaatler iken Allah'a izafe edilmesi ise onları ihlal eden hareketlerin tüm toplum ve insanlığı ilgilendiren büyük bir hata olarak görülmesi, onlara gereği gibi riayetin de yine tüm topluma yönelik menfaatler temin edeceğidir. Bu şekilde bu hususlara tüm insanların dikkatlice riayet etmesi ve bu hakların korunmasına daha kuvvetli bir yaptırım sağlanması hedeflenmiştir.<sup>189</sup>

Bazı usulcüler Allah hakkının “tüm alemin umumi menfaati” kavramı ile izah edilmesine karşı çıkarlar. Bunlara göre namaz, oruç, hac gibi bazı ibadetler Allah hakkı olmasına rağmen, kulların umumi menfaatine yönelik şeyler taşımayabilir. Bazı ibadetlerin faydası topluma yönelik olmayabilir ve onu yapan fertle sınırlı kalabilir. Zira ibadetlerin yapılışı genel olarak uhrevi anlamda kişinin bireysel maslahatıyla ilgilidir. Dünyevi bir menfaati ise ilk planda gündeme getirilmez. Zira ibadetlerde menfaat unsuru uhrevi anlamdadır. Buradan hareketle yukarıdaki Allah hakkı tanımını doğru bulmayan müellifler şu tanıma teklif ederler: ‘Allah hakkı’ sahibinin (mustahik) Allah olduğu haklar/hükümlerdir’.<sup>190</sup> Leknevî de böyle düşünenlere ait olmak üzere şu tanıma aktarır: ‘Hakkullah demek, Allah’a, onun zatına ait, onun tarafının gözetildiği haktır. Hakku’l-abd demek kula özgü/ait, onun tarafının gözetildiği haktır.’<sup>191</sup> Bu iki tanımın da ifade etmek istediği birbirine çok yakındır.

Allah hakkının alışılmış tanımına yapılmış bu itirazlar bazı usulcüler tarafından kabul görse de yukarıdaki meşhur ve klasik tanım genel kabul görmeye devam etmiştir. Bu itiraza karşı Hanefi usulcüler şu iki noktayı vurgulayarak meşhur tanıma desteklerler: Bunların birincisi, ibadetlerdeki aleme yönelik umumi faydanın ahiret açısından olmasıdır. Zira ibadetler tüm insanlığın ahiret yurdu açısından menfaatini gözetir.<sup>192</sup> Diğer yandan ibadetler mahiyet olarak hukuki konulardan farklıdır ve bunların meşru kılınmasının asıl gayesi ‘küfürden/inançsızlıktan kurtulmak’ ve ‘sevap elde etmek’tir. Bu bakımdan mükellef olan herkes için bunda bir menfaat vardır.<sup>193</sup> ‘Başkasının malının dokunulmazlığı’ gibi kul haklarıyla ilgili hak ve

<sup>188</sup> İbn Emir, *Takrir*, II, 104.

<sup>189</sup> Karaoğlan, “*Amme Davası*”, İTA, I, 432.

<sup>190</sup> İbn Emir, alışılmış tanıma karşı bu itirazı Kaani'nin ortaya attığını belirtir ve onun bu alternatif tanımını zikreder İbn Emir, *Takrir*, II, 104. Ayrıca bkz., İbn Halebi, *Envaru'l-halek* s. 886.

<sup>191</sup> Leknevî, *Kamer*, II, 216.

<sup>192</sup> Rehavî, *Haşiye*, s. 886.

<sup>193</sup> Tehanevî, *Keşşaf*, I, 684.

hükümlerden farklıdır. İkinci olarak ise ibadet konuları tam bir taabbüd içermekte kulların inhisarına giren hükümler taşımamaktadır. Bu da ibadetlerin menfaatinin tüm bireylere yönelik olduğu anlamına gelmektedir.

Ancak bazı ibadetler açık toplumsal fayda taşıyor görüldüğü halde Hanefilerin Allah haklarında ısrarla kamu faydası terimini ileri sürmeleri hak kavramındaki yükümlülük vurgusunu gizleyerek onu bütünüyle maslahat açısından tanımlamaya çalışmalarıyla alakalıdır. Onlar bu şekilde özellikle tüm şerî hükümlerin nihayetinde maslahat esasında birleştiği esasını korumak istemektedirler. Teklif edilen diğer tanımlarda ise bu yükümlülük ve maslahat ayırımı biraz daha açık yapılmaktadır. Zira hakların bir kısmı kullara has olup tamamen maslahattan ibarettir. Bu durumda kişi, kul hakkının karşısındaki ödev ve yükümlülük üzerinde tasarrufa sahiptir. Yani onu kendi iradesiyle ortadan kaldırabilir. Mesela malını başkasına ibaha ederek karşısındaki kişinin ‘başkasının malına el uzatmama’ yükümlülüğünü belirli bir konuda kaldırabilir. Allah haklarında ise kişi bir maslahatı koruyan yükümlülük üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahip değildir. Bu yüzden kulun onu başkasına ibaha etmesi mümkün değildir.

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde ise genellikle Allah hakkı teriminde hak kavramı içinde barınan ‘yükümlülük’ anlamı daha net ayrıştırılmış durumdadır. Buna göre Karafî, Allah hakkını “Allah’ın emri ve nehyi” olarak tarif eder. Şatibi de Allah haklarının fukaha tarafından genellikle: ‘Şeriattaki, ister taabbudi ister muallel (akılla kavranabilir) olsun mükellefin bir tercih hakkının olmadığı hükümlerdir’<sup>194</sup> şeklinde tefsir edildiğini bildirir. Ebulbeka da Allah hakkının “Allah’ın emirlerini yerine getirmek ve onun hoşnutluğunu kazanmak” olduğunu tespit ederken aynı hususu ifade eder.<sup>195</sup> Görüldüğü üzere Allah hakkı ile kul hakkı arasındaki farka vurgu yaparak ve hak ve yükümlülük kavramlarını ayrıştırarak tanım yapıldığında karşımıza bu tanımlar çıkarken, yükümlülüğü hak içinde gizleyerek hükümlerin ve hakların temelinin maslahat ve menfaat esasına bağlı olarak tanımlanmasında ise Hanefilerin alışılmış tanımı ortaya çıkar. Literatürde başka bazı tanımlar vardır ki bunlar hakkın özünü ve mahiyetini ifade etmekten çok doğrudan pratik hükümlerinden hareket eder. Mesela İbn Kayyim Allah hakkını şöyle tanımlar: “Allah hakkı sulhun yeri olmayan, hadler, zekat, keffaret ve diğer haklar-hükümlerdir.

<sup>194</sup> Şatibî, *Muvafakat*, II, 319.

<sup>195</sup> Ebulbeka, *Külliyat*, s. 391. Geçen üç müellif de kul hakkı tanımında maslahat kavramını hakkın özü olarak gördüklerini açıkça belirtirken Allah hakkını yükümlülük tarafına vurgu yaparak tanımlamayı tercih eder.

## *b- Allah Hakkının Sınıflaması ve Hükümleri*

### aa- Sınıflaması

Allah hakkı olan hükümler Hanefiler tarafından genellikle sekiz sınıfa ayrılmıştır. Bu ayırım şu şekildedir: 1-Halis ibadetler, iman ve furuu olan namaz, zekat, oruç, hac ve cihad vb.<sup>196</sup> 2-Halis/kamil ukube (ceza), hadler gibi. 3-Kasır ceza, mirastan mahrumiyet gibi.<sup>197</sup> 4-İbadet ve ukubet özelliği taşıyan haklar: keffaretler<sup>198</sup>. 5-Meune<sup>199</sup> anlamı taşıyan ibadetler, fitır sadakası gibi.<sup>200</sup> 6-İbadet içeren meune, oşür gibi.<sup>201</sup> 7-Ceza içeren meune, harac gibi.<sup>202</sup> 8- Kendi başına kaim olan hak, ganimet

<sup>196</sup> İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffar*, III, 60. Hanefiler bu bağlamda halis ibadetleri 'usul', 'levahık' ve 'zevâid' şeklinde alt gruplara ayırırlar. Bkz. İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffar*, III, 60.

<sup>197</sup> Burada varisini öldüren mirasçının, mirastan mahrum kalması hükmünde öldürülenin bir menfaati olmadığı için bu hüküm Allah hakkıdır. Ayrıca mirasçı katil bu cinayet ile hakkından mahrum bırakıldığı için bu bir ukubedir. Ancak bu ukube katilin bedenine bir elem katmadığı ve mevcut malını eksiltmediği için kasır/eksik bir ukubedir.

<sup>198</sup> Keffaretler vacip olmaları bakımından ukubedir. Zira kulun yasak-muharram fiillerinden dolayı sabit olup ibadetler gibi başlangıçta ve doğrudan yerine getirilmesi gereken fiiller değildir. Edası bakımından ibadettir. Zira keffaretler, oruç, yemek yedirme, köle azad etme vb. yollarla yerine getirilir (M. Civen, II, 219-220) ve edasında niyabet caiz değildir.(Hudari, *Usul*, s. 32) . Molla Fenari keffaretleri, 'ibadet içeren ukube (zihar ve orucu bozma kefareti) ve 'ukube içeren ibadet (diğer keffaret çeşitleri gibi)' şeklinde iki ayrı grup halinde işleyerek taksimi dokuza çıkarır. *Fusul*, I, 273.

<sup>199</sup> Meune terimi halis Allah haklarıyla ilgili ibadet ve ukube'nin dışında üçüncü temel kavramdır. İnsana başka bir şey dolayısıyla vacip olan maddi yük ve külfeti ifade eder. Kişinin kölesi sebebiyle fitır sadakası vermesi, arazisinin oşrünü vermesi gibi. Burada arazi ve köle kişinin dışındaki varlıklardır. Bkz. *Leknevi, Kamer*, II, 220.

<sup>200</sup> Bu grup temelde fitır sadakasını içerir. Fitır sadakası zekat grubuna dahil bir ibadettir. Zekat için sözkonusu olan niyet, zenginlik vb. şartlar onda da vardır. Ancak nafaka gibi insana başka birisi dolayısıyla vacip olabilmektedir. Bundan dolayı tam ehliyet şartı olmadan kişinin çocuklarından dolayı üzerine vacip olmaktadır. M. Civen, *Nuru'l-ervar*, II, 220; İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffar*, III, 61.

<sup>201</sup> Oşür kişinin tarım yaptığı araziye bağlanan bir meunedir. Eğer arazisinin oşrünü devlete vermezse devlet araziye geri alabilir. Bundan dolayı oşür meunedir. Aynı zamanda zekat yerlerine verildiği ve sadece müslümanlara gerektiği (M. Civen, *Nuru'l-ervar*, II, 221) ve nema özelliğine bağlı olduğu için de (İbn Nüceym, III, 61) ibadet manası taşır. Oşür ibadet yönü taşıdığından başlangıç olarak gayrimüslim bir kişi üzerinde gerekmesi mümkün olmasa da İ. Muhammed oşür arazisini alan gayri müslim için de araziye bağlı olarak oşrünü devamını gerekli görür. Ebu Hanife ise bunu harac'a çevirir. İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffar*, III, 61. *Leknevi, Kamer*, II, 221. Ayrıca bkz., Hudari, *Usul*, s. 30.

<sup>202</sup> Harac normalde tarımsal araziye bağlı maddi bir meunedir. Ancak Hanefiler harac'ın ukube yönünü temellendirmekte zorlanırlar. Zira haracın ukube olmasını müslüman olmayanların ahireti unutup dünya hayatının 'ziraatıyla' ilgilenme imkanı bulmalarına bağlarlar. Haraçta ukube anlamının açık olmadığına dair bkz. Hudari, *Usul*, s. 31.

ve madenlerin beşte biri gibi.<sup>203</sup> Hanefiler daha sonra bu şekilde sınıflanan Allah haklarını ve kul haklarını da asıl ve halef şeklinde iki gruba ayırırlar.<sup>204</sup>

Hanefiler bu sınıflamanın istikraya dayandığını dolayısıyla tüm halis Allah haklarını içerdiğini belirtirler. Ancak bazı çağdaş yazarlar ve oryantalistler bu sınıflamanın eksik olduğunu belirterek bu tasnifte yer almadıklarını iddia ettikleri bazı Allah hakkı türlerinin buna ilave edilmesi gerektiğini dolayısıyla bu sınıflamanın nihai olmadığını ileri sürerler. Ancak dikkat edilirse bu yazarların bir noktayı gözden kaçırdıkları görülür ki o da burada tasnif edilenin ‘halis Allah hakları’ olduğudur. Mesela bu yazarlardan B. Johansen’in ilave etmek istediği ‘mehir’, Hoexter’in iddia ettiği vakıf, halis Allah hakkı olmayıp iki hak türünü de içeren karma bir haktır.<sup>205</sup> Halis Allah haklarının dışında bir çok hüküm daha Allah hakkı içermekle birlikte bunlarda kul hakları da vardır. Mesela aşağıda ele alınacağı gibi iddet, mehir halis Allah haklarından değildir. Dolayısıyla yukarıdaki alanlar yalnızca halis Allah haklarını ifade eder, yoksa Allah haklarının baskın olduğu tüm karma hakları içermez.

Hanefi usulcülerini bu tasnifle Allah haklarını ‘ibadet’, ‘ukube’ ve ‘meune’ şeklinde üç temel kavrama indirgemektedir.<sup>206</sup> Buna göre halis Allah hakkı olan bir hüküm bu üç temel özellikten hangilerini ya da hangisini ne yoğunlukta taşıdığına göre yukarıdaki sekiz gruptan birisine dahil olmaktadır. Diğer doktrinler de buna yakın bir şekilde halis Allah haklarını, ibadetler, keffaretler ve ukubat olmak üzere temelde üç ana gruba ayırır. Bu gruplandırma Hanefilerin sınıflamasının daha sade

<sup>203</sup> Bu hak türü (حق قائم بنفسه) kulün zimmetinde taat yollu bir borç olarak sabit olmaksızın Allah’ın kendi zatı için devlet idaresi adına ayırdığı bir haktır. Mesela ganimet cihat ile ele geçirildiği için Allah hakkı iken, Allah, beşte dördünün ganimeti ele geçirenlere verilmesini emretmiş ve beşte biri kendisine hasretmiştir. M. Civen, II, 221-222; İbn Nüceym, III, 62..

<sup>204</sup> Mesela abdest temizlik noktasında asıl, teyemmüm ise haleftir.

<sup>205</sup> Johansen, *Sacred and Religious Elements*, s. 300; Hoexter, “*Huquq Allah*”, s. 134. Hoexter, vakfın da bu listede olması gerektiğini ısrarla ifade eder. Bkz., s. 136. Ebu Sünne de bu tasnifin çok teknik ve fıkhîta ustalık göstergesi olduğunu ifade etmesine rağmen halis Allah haklarını bu şekilde sekiz grupta ele almayı kabul edilemez bulur. Ona göre “yasaklardan yüz çevirme”, “ibadet mekanlarına tazim”, “kan ve canın, namusun ve malların bunları ihlal edene tazir uygulanmasıyla korunması”nın da Hanefilerde açıkça Allah hakkı kabul edildiğini dolayısıyla bunların da bu sınıflamada yer alması gerektiğini düşünür. Ancak burada Ebu Sünne’nin verdiği ilk iki örnek zaten bir ibadet ya da ukube şeklindedir. Üçüncüsü ise karma hak niteliğindedir. Dolayısıyla Ebu Sünne’nin ifade ettiği hususlar bu sınıflamayı zayıflatmaz. Bkz. Ebu Sünne, *en-Nazariyyatu l-âmmeh*, s. 60.

<sup>206</sup> Molla Fenarî halis Allah haklarını belirttiğimiz üç kavram açısından tasnif eder: “Allah hakkı üç manadan hali değildir. 1- Nimetlerine şükür, 2- Cezasına çarptırılmaktan kaçınma, 3- Kereminin devamına sebep olma. Üçüncüsü *meunenin*, ikincisi *ukubetin*, birincisi ise *ibadetin* anlamıdır. Bunlar zimmette sabit olur, değilse ‘hakkun kaimun binefsihi’dir. Bu üç anlam (İbadet, meune ve ukube) ya teker teker ya da birleşik olarak ele alınır...Bu şekilde karşımıza dokuz madde çıkar.” Molla Fenarî, *Fusul*, I, 273-274.

bir şekilde ifadesi olup meune kavramını içermez.<sup>207</sup> Buna karşılık Hanefilerde ise keffaretler bu şekilde asli bir alan olmayıp ibadet ve ukube karışımıdır.

#### ab- Hükümleri ve Genel Özellikleri

1- Halis Allah hakları alanının en temel özelliği bu alanın taabbüd kavramı üzerine kurulu olmasıdır. Taabbüd kavramı yükümlülük ile birlikte bize bu hükümlerde talilin yapılamayışını da ifade eder.<sup>208</sup> Bu hükümlerde kulun maslahatı dolaylı ya da külli plandadır. Kul haklarının tersine bir hükümde taabbüdi özellik ön planda ise o hükmün Allah hakları alanına dahil olduğu söylenebilir.

2- Allah hakkı taşıyan hükümler kamu düzeninin, genel ahlakın, kişilik haklarının ve dini değerlerin korunmasına yönelik olduğundan, bu konulardaki bir yasak hükmü hiçbir şekilde ortadan kaldırılamaz.<sup>209</sup> Bundan dolayı Allah hakları, iskat edilemez,<sup>210</sup> kulun ibaha etmesiyle mubah hale gelmez, kulların afvına konu olamaz, bir bedel ile ya da bedelsiz sulh akdine konu edilemez,<sup>211</sup> ceza gerektiriyorsa bu hiçbir şekilde değiştirilemez. Mesela zinanın haramlığı hükmü ve zina sebebiyle doğan had cezası bu şekildedir. Kişilerin kendi namus ve ırzları üzerinde hakları olmakla birlikte zina yapmamak Allah hakkı olarak sabit olur. Bunun anlamı kişinin kendi ırzını başkasına 'ibaha' edemeyeceğidir. Yine bir hırsızlık suçunda kişinin kendi malını başkasına ibaha etme yetkisi olsa bile hırsızlık suçu işlendiğinde artık konu Allah hakkına dönüşmekte ve bu suçun mağdurunun hırsız affetmesi, onunla sulh yapması, cezayı değiştirmesi, malını ibaha etmesi –had cezası açısından- geçersiz olmaktadır. Zira suç artık bir kamu davası haline gelmiş bireylerin şahsi hakkı olmaktan çıkmıştır.

3- Allah haklarında dava şartı olmadan hakim resen davaya bakar. Ferd/kul haklarında ise şahitlikte bulunma ve hüküm verilmesi için dava açılmış olması gerekir. Bundan dolayı halis Allah haklarında cezayı gerektiren bir fiilin mücerret vuku, failine gereken cezanın verilmesi için hakimi resen harekete geçirir. Allah haklarında dava ve talep hakkı herkese verilmiştir. Kamu menfaatini ihlal eden bir olayın vukuunda herkesin davacı olma hakkı vardır.<sup>212</sup> Mahkeme için olaydan

<sup>207</sup> Bkz., Zerkeşi, *Kavaid*, II,58; İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hükmiyye*, s. 228-229.

<sup>208</sup> Bkz. Şatıbi, *Muvafakat*, II, 302-305, 312, 321. Şatıbi açıkça halis Allah haklarının esasının taabbüd olduğunu belirtir.

<sup>209</sup> Bkz. Şatıbi, *Muvafakat*, II, 375.

<sup>210</sup> Iskat ile düşme bu ayırımın en temel kriterlerinden biridir. Kulun iskatı ile düşen haklar kul hakkı; düşmeyenler ise Allah hakkı olarak kabul edilmiştir. Şatıbi, *Muvafakat*, II, 375.

<sup>211</sup> Kasanf, *Bedai*, VII, 56.

<sup>212</sup> Kemali, "*Fundamental Rights*", s. 350,

haberdar edilmesi bile davaya bakması için yeterlidir. Ortada davacı çıkması beklenmez.<sup>213</sup> Özel hukuk-kul hakları alanında ise hak sahibinin talebi alınmadan verilen hüküm hukuki neticelerini doğurmaz.<sup>214</sup>

Hakimin re'sen davaya bakması Allah hakkının kul hakkından farklı olarak uygulamasının devletin vazifesi olmasına ve kimsenin bu hakkı düşürememesine dayanır. Hisbe kurumunun büyük bir kısmını Allah hakkı alanı oluşturur.

4- Genel olarak Allah haklarının sübutunda da ihtiyat edilir ve müsamaha gösterilir.<sup>215</sup> Bundan dolayı pek çok konuda Allah haklarıyla ilgili yargılama hukuku hükümlerinde, kul haklarına nazaran önemli değişiklikler vardır. Bu esastan hareketle ilk olarak Allah haklarında bir suça şahit olanların şahitlikte bulunmaları hukuki veya dini bir zorunluluk değildir. Hatta mezheplerin çoğuna göre Allah haklarından had cezalarında şahitlikte bulunmamak müstehaptır.<sup>216</sup> Diğer yandan Allah hakkı olarak sabit olan cezalar şüpheyle düşürülür.<sup>217</sup> Kul haklarında hakim kendi bilgisiyle hüküm verebilirken Allah haklarında hakimin şahsi bilgisi hükme dayanak olamaz.<sup>218</sup> Ayrıca tekadüm (zaman aşımı) ile hak ortadan kalkar.<sup>219</sup> Yine Allah haklarında ikrardan dönmek sahih olup önceki ikrar beyanının geçerliliğini Allah hakları açısından ortadan kaldırır.<sup>220</sup> Allah haklarında sanık suç olan fiili işlediğini inkar etse ve mahkeme bunu ispatlayamazsa yemin ettirilmaz.<sup>221</sup> Yine bir hakimin başka bir hakime mektubu kesin delil kabul edilmediği gibi naklen şahitlik (şehade ale'ş-şehade) ve kadınların erkeklerle şahitliği de kabul edilmez.<sup>222</sup> Had davalarında hakim, ikrar eden sanığa fiili işlememiş olabileceği şeklinde, davacıya davadan vazgeçmesi yönünde, şahitlere de şahitlik yapmamaları konusunda tariz ve

<sup>213</sup> F. Karaoğlan, "Amme Davası", İTA, I, 433.

<sup>214</sup> Belgesay, "Hususi Hukuk", İTA, I, 436-7.

<sup>215</sup> Bkz., Zerkeşi, *Kavaid*, II, 59-60; Rahyabanî, *Metelibü uli'n-nuha*, VI, 594. Ayrıca bkz. İbn Kudame, *Muğni*, IX, 334.

<sup>216</sup> Behutî, *Dekaiku uli'n-nuha*, III; 577; Rahyabanî, *Metelibü uli'n-nuha*, VI, 594. Şer ve fesadı bilinen birinin ise yaptığının gizlenmemesi müstehaptır. Behutî, *Keşşafu'l-kana*, VI, 407.

<sup>217</sup> Cassas, *Ahkamu'l-Kur'an*, I, 273; Serahsî, *Mebсут IX*, 110-111; Zencanî, *Tahricu'l-furu*, 84

<sup>218</sup> Fenari, *Fusul*, I, 274. Dört mezhebin ittifak ettiği görüş budur. Bkz. Erbay, *İspat Vasıtaları*, s. 239. Serahsî bunu Allah haklarında hakimin hasım gibi olmasına ve hasım mücerret bilgisinin kaza için yetersiz olmasıyla izah eder. *Mebсут*, IX, 124.

<sup>219</sup> Hanefilerde en sahih görüş bunun bir ay olduğudur. Taftazanî, *Telviḥ*, II, 299.

<sup>220</sup> M. Fenari, *Fusul*, I, 274; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, IV; 136. Erbay, *İspat Vasıtaları*, s. 211. Ancak bu durumda önceki ikrarla doğan ve kul hakkı özelliği taşıyan sonuçlar aynen uygulanacaktır. Şafii, *Ümm*, VI, 153.

<sup>221</sup> M. Fenari, *Fusul*, I, 274. Allah hakkı olarak uygulanan had cezalarını gerektirecek suçları konu edinen davalarda davalıya yemin teklif edilemeyeceği hususunda mezhepler görüş birliği içindedir.

<sup>222</sup> Bu hüküm özellikle Hanefi ve Hanbelilerde görlür. Bkz. Erbay, *İspat Vasıtaları*, s. 141.

telkinde bulunur.<sup>223</sup> Bütün bunlar Allah hakkı olarak sabit olan had cezalarının şüpheyle düşürülmesi ve genel olarak Allah haklarında müsamaha gösterilmesi ilkelerinin bir uzantısıdır.<sup>224</sup> Allah hakkı olan hükümlerde cezaların suçlunun köle olması durumunda yarı yarıya azaltılması da bu müsamaha ilkesiyle alakalıdır.

İslam hukukunda fesadı ve zararı tüm topluma yönelik olan ve cezalandırılması kamunun menfaatine olan suçların cezasını halis Allah hakkı olarak düzenlenmiştir.<sup>225</sup> Bu şekilde topluma yönelik fesadı ortadan kaldırmayı hedef edinirler. Zira bunlar tüm toplumu ilgilendirdiğinden kul hakkı olarak teşri edildiğinde kulun ıskatı ile düşmesi ve dolayısıyla toplumun fesadına giden kapıların açılması anlamı taşıyacaktır. Bu kapıyı açmamak ve toplumu daha kesin kurallarla koruyabilmek için bu cezalar Allah hakkı olarak düzenlenmiştir.<sup>226</sup> Ancak bir çok İslam hukukçusu zararı topluma yönelik suçların karşılığında verilen cezaların Allah hakkı olarak kabulünü, bu cezaların uygulanması ve toplumun fesattan temizlenmesi açısından bir avantaj olarak değerlendirirken, halis Allah haklarının özellikle yargılama süreçlerinde ortaya çıkan, yukarıda ele alınan genel hükümleri bu amaç ile tezat teşkil eder. Bu tezat noktası halis Allah hakkı olan cezaların uygulanmasında müsamaha gösterilmesi ilkesiyle ilgilidir. Bir yandan toplum açısından tehlike teşkil eden suçların cezaları, toplum düzeni açısından taşıdığı öneme binaen kul hakkı değil de Allah hakkı sayılmakta, diğer taraftan ise bu suçlara şahit olan kişinin şahitlikte bulunması kamu görevi olarak değerlendirilmemekte,<sup>227</sup> hatta şahitlikte bulunmayıp müslüman kişinin ayıbını yaymamayı öğütleyen hadisin kapsamına sokularak bu olayı gizlemesi öğütlenmektedir. Bu çerçevede ‘yol kesiciler’ hakkında dahi aynı hükümler kabul edilmektedir.

Diğer yandan hakimin, suçunu itiraf eden ve böyle bir suçtan haber verip davacı olanı ya da şahidi vazgeçirmeye gayret etmesi ilkesi de aynı zıtlığın varlığını

<sup>223</sup> Hanefilerde bu müstehap olarak nitelenmiştir. Bkz., Serahsi, *Mebhut*, IX, 111. Ayrıca bakınız, İbn Kudame, *Muğni*, X, 121; Behutî, *Dekaik*, III, 577.

<sup>224</sup> Serahsi, *Mebhut*, IX, 112;

<sup>225</sup> Bkz., Kasânî, *Bedâi*, VII, 56.

<sup>226</sup> Kasânî, *Bedâi*, VII, 56-57.

<sup>227</sup> Kur'an-ı Kerim'de “Şهادeti Allah için yapın” (Talak, 65); “kendiniz ana-babanız ve akrabalarınız aleyhinde de olsa Allah için şahitlik eden kimseler olun” (Nisa, 4/135) ayetlerinde ve özellikle “Allah için” tabiriyle şahitliğin bir kamu görevi olduğu ifade edilirken İslam hukukçuları bunu özel hukuk alanıyla sınırlamışlardır. Zira Allah hakkı olarak sabit olmuş cezalarda, şahitliği emreden ayetlerin karşısında, müslümanların ayıbının gizlenmesi hadisi ön plana çıkarılmış ve ayetlere eşit derecede bir delil olarak değerlendirilmiştir. Bu hadis “kim bir müslümanın ayıbını ifşa etmeyip gizlerse Allah da onun ayıbını kıyamet günü gizler / من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة” şeklindedir. Bkz. Buharî, *Mezalim*, 3; Müslim, *Birr*, 58, 72, *Zikr*, 38; Ebu Davud, *Edep*, 38, 60. Bu sebeple had cezalarıyla ilgili davalarda şahitlik, “görev” olma özelliğini bile büyük ölçüde yitirmiştir. Benzer değerlendirmeler için bkz. Erbay, *İspat Vasıtaları*, s. 61-62.



derinleştirir. İslam hukukçuları bu noktada hadlerin şüpheyle düşürülmesi ilkesine o kadar çok önem atfetmişlerdir ki toplum açısından fesat sebebi olduğunu sıklıkla belirttikleri bu cezaların, bu şekilde mümkün olan en yüksek müsamaha sınırları içinde uygulanmasında hiç kimsenin zararı olmadığını ifade etmişler ve adeta bu suçun tüm topluma yönelik bir kötülük olduğundan engellenmesi yerine, üstünü örtmeye çalışmaktadırlar. Bazen bu, yol kesicilik/eşkiyalık suçu için de öngörülmektedir.<sup>228</sup> Bazı Hanbeli metinlerinde açıkça Allah haklarında (hadlerde) şahitliği terketme halinde bunun hiç kimseye zararı olmadığı ve yine hakimin yukarıda belirtilen telkininde davacının ya da şahidin vazgeçmesiyle karşıda herhangi bir hasım olmadığı için kimsenin hakkı elinden alınmadığını<sup>229</sup> söyleyerek bunu adalete de uygun bulurlar.<sup>230</sup> Oysa bu durum korunmaya çalışılan kamu hakkının ihlali anlamını taşır.<sup>231</sup> Görüldüğü üzere İslam hukukçuları bu hususlarda sözkonusu hakların sahibinin toplum olduğunu unutarak Allah haklarının toplum menfaatiyle olan ilgisini göz ardı etmişlerdir.

5- Allah haklarını, yalnızca devletin bu konuyla ilgili resmi yetkilileri yerine getirirler. Bunu belirtmek üzere kullanılan “istifa kavramı” tüm haklara şamil bir terim olarak cezaların uygulanmasından borçların ödenmesine (ifa) kadar tüm hakların elde edilmesini ifade eder. Allah haklarında ise fertlere böyle bir yetki tanınmaz. Kısas cezası, kul hakkı ağır bastığı için öldürülenin velisi tarafından bizzat uygulanabileceği (istifa) halde Allah haklarında fertlere böyle bir yetki verilmez. İhlal edilen hak topluma ait olduğu için toplum adına devletin resmi organları bunu yerine getirir. Buna göre hırsızlık cezasını, malı çalınan kimse uygulayamaz.

6- Allah haklarında ictima anında tedahül cereyan eder. Buna göre bir mecliste bir ayeti birden çok defa okumak sadece tek bir secdeyi gerektirdiği gibi<sup>232</sup> suçların ictimaında da tedahül sözkonusudur. Buna göre birden çok zina suçunun cezası tek bir had cezasıdır.<sup>233</sup>

7- Allah hakkı ya da Allah hakkının ağır bastığı hükümlerde mirasçılık ve halefiyet gerçekleşmez. Mesela kazfe uğrayan kişi vefat ettiğinde veresesinin kazif haddi talep etme hakkı yoktur.<sup>234</sup>

<sup>228</sup> Behutî, *Keşşafu'l-kıma*, IV, 324. Zina, hırsızlık ve yol kesicilik gibi hadlerde setr, yani davacı ve şahit olmama daha üstün görülmüştür.

<sup>229</sup> İbn Kudame, *Muğni*, X, 121.

<sup>230</sup> Behutî, *Dekaiku uli'n-nuha*, III, 577; Rahyabanî, *Metelib*, VI, 594.

<sup>231</sup> Özellikle şahitlikle ilgili olarak benzer değerlendirmeler için bkz., Erbay, *İspat Vasıtaları*, 61-64.

<sup>232</sup> Hamevi, *Gamz*, II, 41.

<sup>233</sup> Kasanî, *Bedai*, VII, 56; Hamid Efendi, *Mirat Haşiyesi*, II, 548.

<sup>234</sup> Leknevî, *Kamer*, II, 217.

## 2- HALİS KUL HAKLARI

### *a-Kavram ve Tanım*

Yukarıda kul hakkının tanımının Hanefî kaynaklarında çoğunlukla “Kula özgü, kulun ihtisası altındaki dünyevi bir maslahattır, başkasının malının haramlığı gibi”<sup>235</sup> şeklinde yapıldığını belirtmiştik.

Karafi (öl. 684/1285) ve Şatıbî'nin (öl. 790/1388) kul hakkı tanımları belirgin bir fark taşımazken bunların bu terimi yorumlayışı Hanefilerde görmediğimiz unsurlar taşır. Bu müellifler Allah hakkı ve kul hakkı kavramlarına Hanefilerin perspektifinden daha geniş bir tarzda yaklaşırlar. Karafi, içinde Allah hakkı olmayan mükellefe ait bir fiil olamayacağını belirterek halis kul hakkı kavramının kullanılmasına karşı çıkar gibidir. Şatıbî de bu noktada tıpkı onun gibi düşünür. Bu müelliflere göre her hükümdeki Allah hakkı iki şekilde ortaya konulabilir:

Birincisi: Her fiil ya da hükümde bulunan Allah hakkı, Allah'ın bu fiille mükellef kılması, onu hak sahibine erdirmeyi emretmesidir. Başka bir deyişle her taşıdığı mükellefiyetin yerine getirilmesi tarafından bakıldığında her hükümde Allah hakkı bulunmaktadır. Zira mükellef bu fiili bir emir olduğu için yerine getirmektedir. Fiil ister namaz gibi yapma, ister ribadan kaçınmak gibi yapınama tarzında olsun bu böyledir. Buna göre kişinin satın aldığı malın bedelini ödemesi, kul hakkı olarak gösterilen ‘başkasının malının haramlığı’ hükmü gereğince ve mükellefin bu hükme uyması, dolayısıyla aldığı malın bedelini ödemesi için Allah hakkı tarafını oluşturur. Karafi ve Şatıbî bu sonuca varırken ilk olarak kullar üzerinde Allah'ın hakkının ne olduğunu bildiren hadislerden hareket ediyor gibidir. Buna göre Allah'ın

<sup>235</sup> Leknevi, *Kamer*, II-217 . Hanefilerdeki yerleşik kul hakkı tanımı bu olmakla birlikte bazı usulcüler bu tanıma itiraz ederler. Buna göre mesela “başkasının malının haramlığı” hükmü de aslında kamu menfaatiyle alakalıdır. Yukarıda Allah haklarında ‘maslahat ve menfaat’in genel olarak tüm insanlara yönelik olduğunu savunmak gibi, kul haklarını ‘özel bir kişinin menfaati ile ilgili’ olması açısından tanımlamak sakıncalı görülür. Çünkü bu bağlamda ‘başkasının malının haramlığı hükmü’ mülkiyet hakkı gibi, fertlerin özel mülkiyetlerinin tanınması anlamına geldiği gibi burada umumi bir menfaat da taşımaktadır. Zira mülkiyet tüm fertler ve insanlar açısından tanınmakta ve tüm insanların mülk edinme özgürlüklerini ve mülk dokunulmazlığını dolayısıyla kamu haklarını da temin etmektedir. Dolayısıyla menfaatleri ve tüm hükümleri genellik ve özellik bakımından ikiye ayırmanın her zaman kolay bir şey olmadığını ifade etmek isteyen bu hukukçular, hakları hakkın sahibi açısından tanımlamak isterler. Buna göre “kul hakkı hak sahibinin kul olduğu, kulun ihtisasında bulunan haklar/hükümlerdir.” Usul literatüründe bu eleştiriye şöyle cevap verilir: “Bu hüküm tüm insanların malını korumak için teşri edilmiştir. Nitekim kafirler bizim mallarımızı istila ettiğinde ona malik olmaktadırlar. Biz de aynı şekilde onların mallarına malik oluruz. Yine müminlerin malı bize rızaları bulunduğu helal ve mubah hale gelir.” İbn Emir, *Takrîr*, II, 104. Görüldüğü üzere gerek Allah hakları gerekse kul haklarında önemli olan ölçüt menfaatin genelliği ve özelliği ile birlikte ayrıca bu menfaatin kulun ihtisasa girip girmediğidir.

kullar üzerindeki hakkı yalnız O'na kulluk etmeleri, O'na hiçbir şeyi ortak koşmamaları, mutlak surette emirlerine uyarak, yasaklarından da kaçınarak O'na ibadette bulunmalarındır. Bu açıdan bakıldığında her hükümde bir taabbüdi taraf yani Allah hakkı bulunur ve kullar bu hükümlere uymakla Allah'ın emrini ve yükümlülüğünü yerine getirmiş olurlar. Bu müellifler bu düşünüş tarzı ve hadislerdeki ifadeleri temel alarak aynı doğrultuda her şeri hükümde ve mükellefin her fiilinde kul hakkı da bulunduğunu ifade eder.<sup>236</sup> Bu da fertlerin bu fiilden doğan özel maslahatıdır. Mesela satın alınan malın bedelinin ödenmesi, Allah hakkı içerdiği gibi bu ödemedi dolayısıyla ortaya çıkan maslahattan dolayı da kul hakkı kapsamı içindedir. Diğer yandan burada kul hakkı olmasını gerektiren ikinci husus da kulun Allah'a ibadet edip emirlerine uyduğunda Allah üzerinde hakkının oluştuğudur ki bu hak da (yine hadislerde bildirildiği üzere) Allah'ın onlara azap etmemesidir.<sup>237</sup>

İkinci bakış tarzı ise hükümlere cüzi olarak değil de külli olarak yaklaşmaktır. Buna göre kul hakkı alanı içindeki 'muamelat' külli bir yaklaşımla ele alındığında Allah haklarından olmaktadır. Zira iyi ve temiz şeylerden olup da helal bulunan nimetlerin haram kılınması caiz değildir. Bu doğrultuda Şârî, helal olan bir şeyi haram kılmayı yasaklamakta ve böyle bir tutumun Allah hakkına karşı bir tecavüz olduğunu bildirmektedir. Aynı şekilde 'adet'ler bahsinde kazanma ve onlardan faydalanma yönünden de Allah'ın hakkı bulunmaktadır. Çünkü başkalarının hakkı da şer'an koruma altındadır ve bu konuda hak sahibi dışındaki diğer insanların o hakkı düşürme yetkileri bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığı zaman bu hak Allah hakkı olmaktadır. Cüz'î olarak ele alındığı zaman kul kendi hakkını düşürebilmektedir, külli olarak ele alındığında ise böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bizzat mükellefin kendisi dahi bu hak içine girmektedir. Mükellefin kendi canına kastetmesi ya da organlarından birini itlaf etmesi gibi bir yetkisinin bulunmaması bu hususu ortaya koymaktadır.

Şeriatın her hükmünde Allah hakkının olması ve hiçbir şer'î hükmün Allah hakkından uzak olmamasının anlamı halis kul hakkı niteliği taşıyan bir hakkın bulunmadığıdır.<sup>238</sup> Nitekim her hükümde kul hakkı olduğu düşüncesi hükümleri tasnif ederken ilk planda göz ardı edilebilen 'belirli bir bakış açısı'yla varılmış bir sonuç iken, her hükümde Allah hakkı olduğu düşüncesi daha baskın olarak ifade

<sup>236</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, II, 317-318.

<sup>237</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, II, 319. Ancak Hanefilerin maslahat anlayışı dünyevi ve hukuki maslahatlar iken Şatıbî yukarıda temas edilen hadislerin de etkisiyle uhrevi maslahatları da 'kul hakkı' kavramına katarak Hanefilerin kul hakkı tanımının dışına çıkar. Bu terimin kapsamını bu şekilde oldukça genişletir. Şatıbî, *Muvafakat*, II, 321-322.

<sup>238</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, II, 317.

edilmiştir. Nitekim Şatıbî hükümleri ve mükellefin fiillerini –Hanefilerin yukarıdaki tasnifi doğrultusunda- sınıflandırırken halis kul hakları grubunu kabul etmez. Ona göre fiiller ve hükümler Allah ve kul haklarına nispetle üçe ayrılır: 1- Halis Allah hakkı bulunan fiiller, ibadetler gibi. 2- Allah hakkı ile kul hakkı karışık bulunan fakat Allah hakkı ağır basan fiiller. Bu kısım fiillerin hükmü de birinci kısım fiillerin hükmü gibidir. 3- Her iki tür hakkı da içermekle birlikte kul hakkı ağır basan fiiller.<sup>239</sup> Görüldüğü gibi Şatıbi halis kul hakları kavramını kabul etmemekte ve her hükümde Allah hakkı bulunduğunu ifade etmektedir. Ancak sonuç olarak ortaya çıkan tablonun Hanefilerdeki ayırımından temel bir farkı olduğu söylenemez. Karafi de bu bağlamda genel olarak Şatıbi gibi düşünür.<sup>240</sup>

### *b-Sınıflaması ve özellikleri*

Hanefi usulünde halis kul haklarıyla ilgili, yukarıda halis Allah haklarında yapıldığı gibi teknik bir sınıflama yapılmayıp kul haklarının çok ve farklı hükümlerden oluştuğu söylenir. Anlaşıldığı üzere halis kul haklarıyla ilgili olarak, Allah haklarında olduğu üzere sınıflandırma yapacak ortak kavramlar elde yoktur. Ancak dikkatle incelenirse halis kul haklarının özellikle ‘mal’ üzerindeki haklar (özellikle milk) ve aile hukukundan oluştuğu söylenebilir.<sup>241</sup> Nitekim kul haklarının türlerini açıklama bağlamında verilen örnekler genellikle şunlardır: ‘itlaf ve gasb edilen vb. şeylerin bedeli, diyetler, ‘milku’l-mebî ve milku’s-semen’ ‘milku’n-nikah’,<sup>242</sup> talak, itak, tedbîr, vekalet, kefalet, mudarebe, vb.<sup>243</sup> Görüldüğü üzere kul hakları muamelattan ve muamelat içinde ele alınan ‘munakahat ve mufarakat’ konularından oluşur.<sup>244</sup>

<sup>239</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, 321.

<sup>240</sup> Karafi ve Şatıbî'nin elinde olgunlaşan bu düşüncelerin memzuç usul metodunun oluşumu sonrası Hanefiler üzerinde de etkisi olmuştur. Buna göre her hükümde kulun maslahat ve menfaati (haku'l-intifa) hükmün kul hakkı tarafını; kulun hükme uymasını da (hakkul isti'bad) hükmün Allah hakkı tarafını oluşturmaktadır. Molla Fenarî de “Allah’ın kulları mükellef kıldığı husus, onun hükümlerine imtisalin vacip oluşudur. Buna göre bütün ameller bu bakımdan mutlak olarak ibadettir” diyerek yukarıdaki düşüncelere katılır. Fenari, *Fusul*, 1-272. Ayrıca bakınız, İbn Halebi, *Envaru'l-halek*, s. 886-887.

<sup>241</sup> Kul hakkı kavramının öncelikli olarak mal kavramını çağrıştırdığı ile ilgili olarak bkz. Ali Haydar, *Dürer*, IV, 397; Kasañi, *Bedâi*, IV, 110; Z. Şaban, *Usul*, s. 290.

<sup>242</sup> Hanefi usulcüler kul haklarının pek çok olduklarını belirterek bunları sınıflandırmak için değil örnek vermek için zikrederler. Bkz., Rehavî, *Haşiye*, 893; İbn Emir, *Takrir*, II, 110; Molla Fenari, *Fusul*, I, 278; İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffar*, III, 62.

<sup>243</sup> Bkz., Rehavî, *Haşiye*, 893.

<sup>244</sup> Klasik kaynaklarda kul haklarıyla ilgili belirgin bir sınıflama yok iken çağdaş yazarlardan Ebu Sünné halis kul haklarını kendine özgü bir sınıflamayla ikiye ayırmaktadır. Buna göre kul hakları umumi haklar ve hususi haklar olarak ikiye ayrılır. Ancak Ebu Sünné'nin genel kul hakları tanımı kul haklarından çok Allah haklarıyla ilgili bir kavram olup klasik literatüre uygun bir sınıflama

Bazı çağdaş yazarlar kul hakları alanındaki hükümlerin günümüz hukuk dilinde, uyup uymama hususunda fertlere mutlak hürriyet tanımayı ifade eden “yedek/ihtiyati hukuk kuralları”nı andırmakta olduğunu ifade ederler.<sup>245</sup> Kanaatimizce kul hakları alanının yedek hukuk kurallarıyla benzerliği yüzeysel ve sınırlı bir kalmaktadır. Modern hukuklarda genellikle kamu düzenini, genel ahlak adap ve kişilik haklarını koruma düşüncesine yönelik hükümler, kişilerce uyulması zorunlu olan, aksine eylem ve işlem yapılması caiz olmayan emredici hukuk kuralları olarak düzenlenmektedir. Tamamlayıcı/yedek hukuk kuralları ise esasen kişilerin bir durumu önceden düşünmemeleri, tespit ve tayin etmemeleri halinde onlara yardımcı olmak, onların eksik bıraktığı noktaları tamamlamak amacını gütmekte ve kamu düzeninin, genel ahlak ve adabın ve kişilik haklarının korunması nedenine dayanmamaktadır. Bunlar hukuk güvenliğinden ziyade işlem özgürlüğünü ve kişisel çıkarları korumak amacına yönelmişlerdir. Kanun, tamamlayıcı hukuk kurallarında emredici kurallarda olduğu gibi kesin bir ifade kullanmamıştır.<sup>246</sup> Oysa kul hakları alanında kişilerin bütünüyle özgürlüğü söz konusu olmayıp burada kişilerin özel hukuktan kaynaklanan hakları vardır. Özgürlük ancak hak sahibinindir. Mesela ‘başkasının malının haramlığı’, ‘gasp edenin tazmin borcu’, ‘satım akdinden sonra satıcının malı teslim borcu’ hepsi kul hakları alanıyla ilgili olup emredici hukuk kuralları niteliğindedir. Hak sahibinin bu durumlarda hakkından vazgeçme yetkisinin olması ise başka bir durumdur. Bu anlamda kul hakları alanının yedek hukuk kurallarıyla ilgisi yoktur. Modern hukuklarda olduğu gibi kul haklarının özel hukuktaki haklarla benzerliği kurulabilir.

Kul hakkı olan hükümler çoğunlukla medeni ilişkileri içerdiklerinden bireylerin şahsi menfaatlerini koruma gayesini hedefler ve kamu menfaatiyle ilk planda ilgili değildir. Buna göre kul hakkının temel hükümler şunlardır:

1-Kul hakları alanının ana özelliği olarak Allah haklarının aksine doğrudan kulların maslahatına yönelik hükümler taşıması ve bu sebeple ta’lil esası üzerine kurulması gösterilir. Şatibi halis kul hakkı alanı kadar kul hakkının ağır bastığı hükümlerin de, illetleri akılla kavranabilen fiillerden oluştuğunu ifade eder.<sup>247</sup> Ta’lil kavramının bir uzantısı olarak Hanefiler özel hukuktaki borç ilişkilerinde ve özellikle

---

değildir. Bu sınıflamayı az ilerde ele alacağız. (s. 126-128) Bkz., Ebu Sünne, *en-Nazarıyyâtu'l-âmme*, s. 63.

<sup>245</sup> Z. Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, 289-290.

<sup>246</sup> Köprülü, *Medeni hukuk*, s. 88-90.

<sup>247</sup> Şatibi, *Muvafakat*, II, 306, 312, 321.

tazminat konularında denklik kavramını öne sürdükleri gibi, kısas cezalarında da denklik aranmasını bunların kul hakkı olmasıyla irtibatlandırır.

2-Kul haklarında hak sahibi olan kişi, hakkın kaynağı olan hükümdeki haramlık ve yasaklığı kaldırarak hakkını ibaha edebilir. Hakkın borçlusunu ya da suçluyu affedebildiği gibi onunla belirli bir bedel üzerine sulh akdi yapabilir, hakkın karşılığındaki borcu ya da cezayı değiştirebilir. Gerek ceza hukuku alanında gerekse medeni hukuk açısından olsun kul hakları alanında ihlal edilen hakkın sahibine geniş bir serbesti tanınmıştır.<sup>248</sup>

3-Allah haklarında hakim resen davaya bakarken kul hakları alanında davaya bakılması ve şahitlerin dinlenmesi için hak sahibinin şikayeti ve talebi şarttır. Bunlar alınmadan verilen hüküm hukuki neticelerini doğurmaz.<sup>249</sup>

4-Allah haklarının aksine kul haklarının sübutunda ihtiyat ve müsamaha söz konusu değildir. Burada iki kişi karşı karşıya olduğu için tam olarak titiz ve hiçbir tarafa ayrıcalık tanımadan müsamaha gösterilmeden hüküm verilir.<sup>250</sup> Bundan dolayı kul hakları şüphe ile düşmez.<sup>251</sup> Hakim kendi bilgisiyle de bunu uygulayabilir. Bu tür haklar tekadüme uğramaz, bunlara ilişkin ikrardan ikrardan dönmek sahih olmaz.<sup>252</sup>

### 3- Karma Haklar

Bütün haklar, 'halis' haklar şeklinde olmayıp birtakım durumlarda Allah hakkı ile kul hakkı birleşebilmektedir. Karma hakların varlığı bazı hukuki olay ve ilişkilerde ferdin haklarıyla kamu menfaatinin içiçe geçmesi ve bazı noktalarda ferdin menfaatlerinin bazı noktalarda da kamunun menfaatlerinin öne çıkmasıyla ilgilidir. Bu haklar kendi aralarında hangi hak türünün baskın olduğuna göre ikiye ayrılır: Allah hakkının galip olduğu haklar ve kul hakkının galip olduğu haklar. Bunlardan hangisi baskın ise bu hak türü ağırlıklı olarak onun özellik ve hükmünü taşır iken diğer hak türünün bazı özelliklerini de alır. Özellikle Hanefi doktrininde

<sup>248</sup> Bkz. Molla Civen, *Nuru'l-envar*, II, 217. Şatıbî bu kaide altında şu soruyu ortaya koyar: Her fiil hem insan hakkı hem de Allah hakkı taşıdığına göre hiç bir hakkın insanın ıskatıyla düşmemesi gerekir. Zira kul hakkını düşürdüğünde onun içindeki Allah hakkı da düşmüş olacaktır. Buna şöyle cevap verir: Allah'ın hakkı kulun hakkının ona ulaştırılmasıdır. Allah bunu emrettiğinden artık kula onu düşürmeyi mubah kılmış olmaktadır. *Muvafakat*, II, 273.

<sup>249</sup> Bkz., Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, IV, 383-385. Belgesay, "Hususî Hukuk", İTA, I, 436-437.

<sup>250</sup> İbn Kudame, *Muğni*, IV, 324. Allah haklarındaki müsamahanın temel sebeplerinden biri olarak bu konularda karşılıklı iki hasmın hak arayışı olmaması gösterilirken kul haklarında iki hasım taraf bulunması sebebiyle müsamaha ortadan kalkar.

<sup>251</sup> Cassas, *Ahkamu'l-Kur'an*, I, 273.

<sup>252</sup> Bkz. İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffar*, III, 60; Erbay, *İspat Vasıtaları*, s. 216.

karma haklar grubunda bir hüküm ya da hak, Allah hakkı ve kul hakkı özelliklerinin tam bir harmanlaması şeklindedir. Şafii mezhebi de bu konuda Hanefilere yakındır.

Hanefi usulcüler bunların dışında Allah hakkı ve kul hakkının eşit olarak bulunduğu bir hak türünün mevcut olmadığını istikraya dayanarak öne sürerler.<sup>253</sup>

#### *a- Allah hakkının ağır bastığı haklar*

Hanefi usul kaynaklarında bu grubun adeta yegane örneği olarak kazif haddi gösterilir.<sup>254</sup> Hanefi hukukçuların büyük çoğunluğu kazif haddinde Allah hakkının baskın olduğunu ve bu sebeple temel hükümleri bakımından Allah hakkının özelliklerini taşıdığını kabul ederler.<sup>255</sup> Kul hakkı özelliği taşıması dolayısıyla da bazı hükümlerde kul hakkı özellikleri ortaya çıkar. Diğer had cezaları halis Allah hakkı olarak değerlendirildiği halde kazif haddinde kul hakkı unsurları görülmesi şu esasa bağlıdır: Kazif suçuna ceza vermekle, iftiraya uğrayan kişinin ırzı ve namusu korunmuş, uğradığı yüz kızartıcı durumdan kurtulmuş olur. Dolayısıyla kazif haddinden “fayda” gören, her şeyden önce bizzat iftiraya uğrayan kişidir.<sup>256</sup> Zira namus kişinin bir hakkıdır.

Diğer yandan kazif haddi ağırlı olarak Allah hakkı da içerir. Zira ilk planda ondan faydalanan iftiraya uğrayan kişi olsa da toplumu fesattan temizlemek bakımından kazif haddinin faydası umumi görülmüştür. Namusa iftira edenin cezalandırılması sadece kazfe uğrayan açısından değil, diğer insanlar yani kamu düzeni açısından da faydalıdır. Ayrıca kazif zina ile ilgili bir konudur ve cezası zinadaki gibi toplum açısından caydırıcılık (zehr) özelliği taşır.<sup>257</sup> Dolayısıyla kazfe uğrayan kimsenin verilecek ceza üzerinde bir tasarrufu, affı vb. söz konusu değildir.<sup>258</sup> Hanefiler kazifte Allah hakkının daha baskın olduğunu bu şekilde ortaya koymakla birlikte bu iddialarını güçlendirmek için furu bakımından Allah hakkı hükümlerin genel özelliklerinin kazif için de geçerli olmasını da dayanak olarak kullanırlar. Oysa bu temellendirme tamamen furu açısından bir değerlendirme olarak önem taşır. Yoksa usul-i fıkıh açısından kazfın Allah hakkı olarak değerlendirilmesi

<sup>253</sup> İbn Emir, *Takrir*, II; 104. İbn Nüceym, iki hak türünün eşit olduğu böyle bir hak olsa da burada kul hakkının kulun ihtiyacı dolayısıyla baskın kabul edileceğini, dolayısıyla zaten böyle bir eşit kalmanın söz konusu olmayacağını öne sürer. *Fethu'l-gaffar*, III, 59.

<sup>254</sup> İbn Emir ve Hudari gibi müellifler bu gruba yalnızca kazfın girdiğini söyler. İbn Emir, *Takrir*, II, 110; Hudari, *Usul*, s. 32.

<sup>255</sup> Hanefi alimlerden Sadrulislam Ebu'l-yusr Pezdevi ise mezhebin sahih olan görüşünün kazif haddinde galip olanın kul hakkı olduğu yönünde olduğunu belirtir. Diğer üç mezhebin de görüşü budur. Bkz., Babertî, *el-İnaye*, V, 327; İbn Emir, *Takrir*, II-111.

<sup>256</sup> İbn Emir, *Takrir*, II, 110; Leknevi, *Kamer*, II, 216.

<sup>257</sup> M. Fenari, *Fusul*, I, 278.

<sup>258</sup> İbn Emir, *Takrir*, II, 111.

furū hükümleri bakımından, mesela cezayı imamın uygulaması, iftira eden inkar ettiğinde yemin ettirilmemesi gibi furū hükümlerine dayanarak izah edilemez. Bu husus da Hanefi usulünün furū hükümlere hizmet eder tarzda oluşturulmasının başka bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Zira önce kazfın usul olarak hangi hak türüne dahil olduğu ve mahiyeti tespit edilmelidir ki özellikle yargılama hukuku ile ilgili furū hükümlerindeki farklılıklar ortaya çıkabilsin. Dolayısıyla usul açısından kazfın Allah hakkı olduğu tam olarak ortaya konulmadan furudan hareket etmek tutarlı değildir.

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde ise kazif haddinde kul hakkı tarafı baskındır. Şafii mezhebi kazifte Hanefilerin aksine Allah hakkı olmakla beraber kul hakkının baskın olduğunu ya da sadece ‘kul hakkı’<sup>259</sup> olduğunu ifade eder. Bu yüzden kazif haddi kul haklarının genel özelliklerini taşır: Kul tarafından bağışlanabilir, düşürülebilir, kamu hukuku davasından çok özel hukuku davası özellikleri taşır.<sup>260</sup> Ancak Şafiiler kazif haddinin neden ağırlıklı olarak kul hakkı olduğunun usul bağlamındaki dayanaklarını analiz etmezler. Sadece konuya ilişkin temel hükümleri kul hakkı olduğu kabulüne göre oluştururlar.

Kaynakları incelediğimizde Allah hakkının ağır bastığı haklar grubunda kazif haddinin yanında, -her ne kadar usulde bu ayırım işlendiğinde temas edilmese de- mehir, iddet, vakıf vb. konulara da bu grupta yer verildiği görülür.<sup>261</sup>

#### *b- Kul Hakkının Ağır Bastığı Haklar*

Hanefiler usulde bu gruba da tek örnek verirler ki bu kısastır. Mezhepler arasında bu noktada fikir birliği söz konusudur. Hanefiler kısasta kul hakkının ağırlıklı olmasını temellendirirken iki ana noktadan hareket ederler. Birincisi kişinin kendi nefsi ve canı üzerinde ‘yaşama ve faydalanma hakkı’ (haku’l-istimta) olduğudur.<sup>262</sup> Çünkü yaşamak her şeyden önce yaşam sahibi kişiye Allah tarafından tanınmış bir haktır ve kişinin canı üzerinde onun korunması yönünde bir hakkı vardır.<sup>263</sup> İkincisi nokta ise Hanefilerin fıkhındaki suç ve cezalarla ilgili yaptığı bir ayırıma bağlıdır. Buna göre cezalar (ukubat) kul hakkı ve Allah hakkı olarak ikiye

<sup>259</sup> Kalyubî, *Haşiye*, IV, 32. Kasañî de Şafiilerin kazfe yaklaşımını bu iki görüşü de yansıtabak şekilde ifadelendirir. Bkz., *Bedâi*, VII, 56.

<sup>260</sup> Ancak mağdur tarafın cezayı bizzat uygulama yetkisinin olmaması bundaki Allah hakkı tarafının bir yansımasıdır. Kalyubî, *Haşiye*, IV, 32.

<sup>261</sup> Vakıf temelde kul hakları alanında olsa da, hükmü vakıf gelirlerini (galle) tasadduk anlamı taşıdığından ağırlıklı olarak Allah hakkı grubundadır. (Semerkandî, *Tuhfetu’l-fukaha*, III, 376.

<sup>262</sup> Rehavî, *Haşiye*, s. 887.

<sup>263</sup> Şatibî, *Muvafakat*, II, 325.



ayrılır. Allah hakkı olarak sabit olan cezalar (h dler) toplum açısından o suçu işlemeye karşı ‘caydırıcılık (zeczr)’ özelliği taşırlar. Ayrıca bu cezalarda suç ile ceza arasında Şekil ve içerik (suret ve mana) olarak bir denklik ve mümaselet yoktur. Mesela zina suçu ile bunun cezası olan seksen celde arasında böyle bir denklik ilişkisi yoktur. İkinci grup cezalar ise kısas adını taşır. Bunlarda ise ana özellik toplum için caydırıcılıktan çok suçun mağdurunun ya da yakınlarının acısının ve mağduriyetinin onarılması (cebr) anlamıdır. Bundan dolayı kısas cezalarında suç ile ceza arasında tam bir denklik (musavat/mumaselet) Şartı aranır ve mağdurun canı ya da müessir fiile maruz kalan organı ile suçlunun canı ya da organı arasında bir karşılıklık kurulur.<sup>264</sup> İşte bu noktalardan hareketle İslam hukukçuları Hanefi metinlerinde en açık ifadesini bulduğu üzere, suç ile ceza arasında Şekil ve içerik olarak denklik bulunan ve bu sebeple toplumsal caydırıcılıktan önce tıpkı özel hukuktaki tazminat işlemlerinde olduğu gibi mağdurun yarasının sarılması anlamı taşıyan kısas cezalarını özel hukuka daha yakın görürler. Bundan dolayı onda kul hakkının daha ağır bastığını ifade ederler. Öyle ki Hanefiler, daha çok bu noktayı vurgulamak için kısas cezasını talep etme (mutalebe) ve uygulama (istifa) yetkisini mağdura ya da velisine vermiş ve bu yetkinin adına ‘milku’l-kısas’ demiştir.<sup>265</sup> İkinci bölümde genişçe ele alacağımız gibi milk kavramı özel hukuk alanının en önemli terimlerinden biri olan aynı hakları (mülkiyet ve diğerleri) ifade eden bir terimdir. Bu yüzden Hanefilerin bu terimi, kısas için de yaygın olarak kullanmaları kısas cezasında kısası talep etme ve uygulama yetkisine sahip olan kişinin suçlu üzerindeki hakkının, hak kavramının en m kemmek Őekillerinden biri olan mülkiyet kadar güçlü olduğunu ifade etmesi bakımından da önem taşır. Diğer yandan kısas hakkının milk kavramıyla ifadesi, öldürülen kişinin varisinin onu uygulama hakkı olmasını ve suçu işleyen ile sulh yaparak mal karşılığı bedel almasının ya da onu tümüyle affetmesinin caiz oluşunu yansıtmaktadır.<sup>266</sup>

Kısas cezasında kul hakkı ağırlıklı görülürken onda Allah hakkı olduğu da ittifakla kabul edilir. Bu husus Şöyle ortaya konulur: Kulun kendi nefsi üzerinde

<sup>264</sup> *Mebusut*, IX, 109-110. Bu karşılıklık ve denklik, mala ve cana yönelik tecavüzlere dengiyle karşılık vermeyi emreden naslara dayandırılır: “Kim size saldırır ve zarar verirse siz de ona onun saldırısının misliyle karşılık verin” (Bakara, 2/194) ayeti gibi.

<sup>265</sup> Bu  zellikle Hanefi metinlerinde son derece yaygın bir terimdir. Mes. Bkz., Serahsî, *Mebusut*, V, 17; Kasanî, *Beda *, VII, 167; İbn Nüceym, VIII, 339-359. Hanefiler kavram hukukçuluğunun bir sonucu olarak kısas hakkını milk kavramıyla ifade ettikleri gibi kocanın karısı üzerindeki hakkını da salt bir helallik ve ibaha olarak görmek yerine milk niteliğinde görerek buna ‘milku’l-mut’a ya da milku’n-nikah derler. Ancak eşya üzerindeki milkin dışında bu haklara da milk denilirken hakiki anlamda milki kastetmeyip sadece milk kavramının eşya hukukunda taşıdığı g ten istifade etmek isterler.

<sup>266</sup> İbn Emir, *Takrir*, II, 111.

hakku'l-istimtai olduğu gibi Allah'ın da kulun nefsi üzerinde hakku'l-isti'bad'ı (yani ondan kulluk bekleme hakkı) vardır. Kısasın teşrii her iki hakkın ifası-gereğinin yerine getirilmesi ve alemin fesattan temizlenmesi anlamı taşır.<sup>267</sup> Bunlar kısasın kamu menfaatiyle ilgili yönüdür. Bundan dolayı veli kısastan vazgeçerek öldüren kişiyi affetse devlet kamu menfaati adına suçluya tazir cezası verir.<sup>268</sup> Ayrıca imamın resen davaya bakıp cezayı uygulama yetkisi vardır.<sup>269</sup>

İslam hukukundaki cezalara genel olarak baktığımızda bu cezaların kamusal cezalardan, özel hukuk seviyesindeki cezalara kadar değişik seviyelere ayrıldığını söyleyebiliriz. Halis Allah hakkı olan hadlerin cezaları tam olarak kamusal ceza niteliğinde olup bunlarda kul hakkı yoktur. Bunların temel özellikleri genel olarak Batı hukuklarındaki modern ceza hukukuna ait niteliklerdir. Ancak fıkhıta tüm cezalar böyle olmayıp bir kısım cezalar ise kul hakkı niteliğinde görülmüştür. Yukarıda belirtildiği gibi bu cezalardaki temel özellik bunların kul haklarının genel özelliklerini az çok taşıyor olmalarıdır. Bu durum özellikle kısasta ortaya çıktığı gibi fıkhıta ceza hukukunun medeni hukuktan tam olarak ayrılmadığını gösterir ki bazı yazarlar bunu İslam ceza hukukunun tüm cezaları kamusal ceza yapma noktasındaki gelişimini tamamlamadığı şeklinde yorumlar.<sup>270</sup> Bundan dolayı cezalar kamusal cezalardan özel cezalara doğru bir alçalmayı gösterir. Ancak kısas gibi cezalarda kul hakkı galip olmakla birlikte Allah hakkı da bulunduğunu söyleyen bilginlere göre ise içerdiği Allah hakkından dolayı kısas, suç olan filin cezası mahiyetinde olup mahallin yani kulun canının ya da organlarının tazmini (daman) niteliğinde değildir.<sup>271</sup> Bundan dolayı ceza hukuku alanındaki tazminatları borçlar hukukundaki, salt kul hakkı olarak sabit olan tazminatlardan ayırmak gerekmektedir.<sup>272</sup>

#### 4- “HUKUKU’L-AMME”- “HUKUKU’L-HASSA” AYIRIMI VE ALLAH HAKKI-KUL HAKKI AYIRIMIYLA İLGİSİ

Klasik literatürde Allah hakkı-kul hakkı ayrımına oldukça benzer ancak fazla yaygınlaşmamış bir hak sınıflaması daha vardır ki bu ayrımında haklar “el-hukuku'l-hassa/özel haklar” ve “el-hukuku'l-amme/kamusal haklar” şeklinde ikiye ayrılır.

<sup>267</sup> M. Civen, *Nuru'l-envar*, II, 217.

<sup>268</sup> M. Civen, *Nuru'l-envar*, II, 217. Şatıf bu bağlamda kasten birisini öldüren kimse öldürülen kimsenin yakınları tarafından affedilse bile Allah hakkı olarak kendisine yüz değnek vurulup ayrıca bir yıl da sürgün edileceğini belirtir. Bkz., *Muvafakat*, II, 311-316. İnsanın kısas ve tazirdeki hakkını düşürmesi bu suçtaki Allah hakkını iskat etmez. Veliyyulemr katili, ya da tazir gerektiren suçu işleyen kişiyi cezalandırır. Ebu Sünne, *en-Nazariyyâtu'l-âmmе*, s. 65.

<sup>269</sup> M. Fenari, *Fusul*, I, 278.

<sup>270</sup> Senhurî, *Masadiru'l-hak*, I, 50.

<sup>271</sup> M. Fenari, *Fusul*, I, 218.

<sup>272</sup> Bkz., Senhurî, *Masadiru'l-hakk*, I, 50, 52.

İslam hukukçuları bu ayırımla ortaya özel ve kamusal hak ayırımı şeklinde teorik bir ayırım sunmaktan çok pratikte bu iki hakkı birbirinden ayırırlar.<sup>273</sup> Bu ayırımda esas vurgu kamusal haklar terimine yönelik olup üzerinde durulan ve kaynaklarda diğerine göre belirgin derecede fazla kullanılan esas terim de budur. Özel haklar, kul hakkı kavramıyla yakından ilgili olup ferde ait kul haklarını ifade ederken kamusal haklar teriminin yerini belirlemek bu kadar kolay değildir. Hakku'l-amme/kamusal hak (ç. hukuku'l-amme) Allah hakkı olmamakla birlikte topluma ait, tüm toplumun ya da belirli bir bölge halkının ihtiyaçlarına yönelik hakları ifade eder. Bu tür haklar üzerinde tasarrufta bulunma, devletin resmi organlarının görevi olup bunlar kamu hukuku alanına girer. Bu hak türü adeta tüm fertlerin haklarının toplamıdır. Hakku'l-amme terimi bazı yönlerden Allah hakkına benzerken bazı yönlerden ondan ayrılır.<sup>274</sup> Bu iki terimi şu şekilde karşılaştırabiliriz:

1-Hakku'l-amme terimi Allah haklarında bulunan üç temel anlamdan (ibadet, ukubat ve meune) hiç birini taşımadığından Allah hakkı kapsamında olmayıp toplumun ortak ihtiyaçlarını ifade eder. Mesela, umumi yollar, mescitler, kabirler, rabatlar vb. 'el-merafiku'l-amme' denilen altyapı kurumları gibi kamu malları üzerindeki haklar tüm topluma ait olup<sup>275</sup> hiçbir kimsenin bunlar üzerindeki hakkını, bir başkasının engelleme yetkisi yoktur. Bunlar engellendiğinde dava yoluyla hakkın korunması mümkündür. Görüldüğü üzere burada Allah hakkını çağrıştıran bir anlam olmadığı halde haklar tüm topluma ait kamusal özellik taşırlar. Yine toplumun umumi sağlığı eğitimi, refahı da hakku'l-amme kapsamı içinde düşünülür.<sup>276</sup>

2- Allah hakkı terimi Hanefilerin ifadesiyle tüm insanlığın faydasına olan hükümlerdir. Bu fayda, yükümlülüklerle uymak yoluyla toplumun düzeninin devamlılığı sağlandığı için dolaylı olarak gerçekleşir. Hukuku'l-amme terimi ise tüm alem ve insanlık yerine belirli bir toplumun ya da bölgenin haklarını ifade eder ve burada hak ve fayda dolaylı olmayıp doğrudandır. Yükümlülüğe uyma yoluyla kazanılmış değildir.

<sup>273</sup> Bkz, Şirbinî, *İkna*, II, 357; Maverdi, *el-Ahkamu's-sultaniyye*, s. 10, 280.

<sup>274</sup> Ebu Sünne, Halis Allah haklarının usulcüler tarafından "el-hakku'l-amm" olarak nitelendiğini ifade etse de bu doğru değildir. Usulcüler bu terimi kullanmadıkları gibi terimin ifade ettiği anlam Allah haklarından belirtilen noktalarda farklılaşır. Ebu Sünne kul haklarını da hakku'l-amm ve hakku'l-hass şeklinde ikiye ayırır ve bu ayırımda haklardan burada ele aldığımız kamusal hakları kasteder. Ancak kamusal hakların kul hakkı içinde gösterilmesi literatüre uygun olmadığı gibi el-hakku'l-amm teriminin hem Allah hakları, hem de kul haklarının bir kısmı olarak kabulü anlamına geldiğinden kendi içinde tutarsızdır. Bkz. *en-Nazariyyatu'l-âmm*, s. 57-63.

<sup>275</sup> Kasanî, *Bedai*, VI, 194. Ayrıca Bkz. Serahsî, *Mebcut*, XXIII, 191.

<sup>276</sup> Buradan hareketle ihtikarın yasaklanmasının sebebi olarak şehirde satılan mallara kamu hakkının taalluk ettiği ve malın stoklanmasıyla toplumun bu haklarına ulaşmalarının engellendiği ifade edilir. Bkz. Kasanî, *Bedai*, V, 129.

3- Haku'l-amme teriminin Allah hakkına benzer yönü her iki terimin de belirli bir kişinin ihtisas ve inhisarında olmayan hakları ifadelendirmesidir. Bu iki hak türünde de hiç kimsenin toplum adına bu hak üzerinde tasarrufta bulunması söz konusu değildir. Zira bu, tüm toplumun hakkıdır ve belirli bir kimsenin bunun üzerinde özel bir menfaatinin oluşması kabul edilemez.

Bu son noktadaki benzerlikten dolayı bazı durumlarda özellikle hanefi metinlerde haku'l-amme terimi ile Allah hakkı terimi birbirine yaklaşır<sup>277</sup> ve bir hakkın hangi türden olduğunu ayırmak zorlaşır. Bunun Hanefilerdeki tipik bir örneği köleliktir. Hanefi hukukçular köle azadı konularına ilişkin açıklamalarında bir kişinin kölesi üzerindeki mülkiyetinin kul hakkı olduğunu tartışmasız kabul ederken, 'kölelik hali'nin Allah hakkı mı yoksa kamusal bir hak mı olduğu noktasında ihtilaf ederler.<sup>278</sup>

### 5- ALLAH HAKKI KUL HAKKI AYIRIMININ FIKİH SİSTEMATİĞİNE ETKİSİ

Yukarıda da temas ettiğimiz gibi Allah hakkı-kul hakkı ayırımı İslam hukukundaki en önemli hak taksimidir. Bu ayırım İslam hukukunu iki ayrı alana böldüğü gibi fikhın ana bölümlerinin ve fıkıh eserlerinin sistematik yapılarının oluşumunda da etkili olmuştur. Dolayısıyla bu ayırım genel yapısı itibarıyla kamu hukuku özel hukuk ayırımına paralel ve benzer bir ayırım olarak görülebilir. Allah hakkı, kamu menfaati ve düzeni ile ilgili hükümleri; kul hakkı ise daha çok fertlerin doğrudan kamu faydasıyla ilgili olmayan şahsi ve medeni ilişkilerini kapsar. Bundan dolayı birçok çağdaş yazar İslam hukuku bakımından 'Allah hakkı kavramının günümüz hukukundaki 'kamu hukuku'na; kul hakkı teriminin de 'özel hukuk'a karşılık geldiğini ifade eder.<sup>279</sup> Klasik kaynaklarda da özel hukuk terimiyle büyük oranda paralel olan muamelat kavramının Allah haklarının karşısında yer alan kul hakları anlamında olduğu ifade edilir.<sup>280</sup> Gerçekten de kul hakları alanı özel hukuku

<sup>277</sup> Haku'l-amme terimi ile Allah hakkı terimi arasındaki bu yakın ilişki sebebiyle bazı müellifler kamusal bazı hakları da Allah hakkı olarak nitelerler. Bazı kamusal haklar Allah hakkı ile eşanlı bir terim olarak sunulur. Ali Haydar, sulh konusunun kul hakkı olması gerektiğini ifade ettikten sonra şöyle der: "Sulh konusu hukukullah'tan yani faydası umuma ait hukuku amme'den bir hak olur ise sulh batıldır." Bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, IV, 8.

<sup>278</sup> Bkz. İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, IV, 252; İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, IV, 457-458.

<sup>279</sup> Bkz. Karaoğlan, "Amme Davası" İTA, I, 432; Belgesay, "Hususî Hukuk" İTA, I, 438. Şener, *İslam Hukuku*, s. 26; Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, 145-146., Hoexter, "Huquq Allah", s. 135. Senhuri ise Allah hakkı alanında din, kamu hukuku, ceza hukuku ve malvarlığı hukukunun bir araya geldiğini ifade eder. Bunlardan dini emirler zaten hukuk alanının dışındadır. Malvarlığı hukuku ise özellikle bazı cezaların karşılığında sulh bedeli ya da diyet olarak alınan bedellerle ilgilidir. Bkz., *Masadıru'l-hakk*, 1, 47.

<sup>280</sup> Bkz., İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 500.

bütünüyle kapsar. Ancak Allah hakları alanı kamu hukukunu tümüyle kapsamadığı gibi, bu sahanın dışında olan ibadetler alanını da içerir. İbadetleri bir tarafa bırakarak hukuk alanında kaldığımızda Allah hakkı teriminin kamu hukukunun temel konularından olan kamusal özgürlükler, kamu malları vb. konuları doğrudan içermediği görülür. Yukarıda temas ettiğimiz gibi İslam hukukçuları bu tür konuları biraz daha farklı bir terimle 'hakku'l-amme' kavramıyla ifade etmişler ve genel hükümler bakımından bunu Allah haklarına yaklaştırmışlardır. Dolayısıyla hakku'l-amme kavramını da Allah haklarının içermediği bu alana eklediğimizde bu ayırımın, belirli bazı noktalardaki ikincil farklar dikkate alınmazsa ana düşünce olarak Roma hukukuna kadar dayanan kamu hukuku ve özel hukuk ayırımı ile aynı perspektiften oluşturulduğu söylenebilir. Öyle ki İslam hukukçularının hukuku bu şekilde iki alana ayırırken kullandıkları kriter de Romalı hukukçu Ulpianus'un kamu hukuku özel hukuk şeklindeki sınıflamasıyla benzerlik taşıyan hususlara sahiptir.<sup>281</sup> Burada söz konusu olan 'menfaat' ölçütüdür. Menfaat kriteri açısından hukuka yaklaşıldığından özel kişilerin menfaatlerini ilgilendiren hukuk ile tüm toplumun menfaatini ilgilendiren hukuk birbirinden ayrılmaktadır. İslam hukukçuları menfaat ölçütünü kul hakkı Allah hakkı ayırımında kullandıkları gibi hukukun ana konu başlıklarını belirlemede de kullanmışlardır.<sup>282</sup>

Allah hakkı kul hakkı ayırımı İslam hukukunu bu şekilde iki ana kütleyle ayırmakla birlikte bazı Batılı yazarlar bu ayırımın fikhî adeta iki ayrı hukuk sistemine ayırdığını iddia etmişlerdir. Bu iddialara göre, İslam toplumunun maslahatını yani siyasa'yı gerçekleştirme yetkisi hukukçular tarafından siyasi otoriteye verilmiştir.<sup>283</sup> Bu yazarlara göre şeriat ile siyasa adeta birbirinin alternatifi olmuştur. Bu durumun önemli bir sonucu da ikili bir yargı sistemi meydana getirmesidir. Hukuku'l-ibad yani özel hukuk genellikle Şeriata göre ve kadıların yargı alanında, Allah hakları yani kamu hukuku ise genelde şerî olmayan kural ve mahkemelere bağlıdır.<sup>284</sup>

<sup>281</sup> Ulpianus, "Roma devletinin menfaatini gözeten hukuk kamu hukukudur (*ius publicum*), özel kişilerin menfaatlerini ilgilendiren hukuk ise özel hukuktur (*ius privatum*)" demiştir. N.Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 115,175; Umur, *Roma Hukuku*, s. 14. Modern hukuklarda hukukun menfaat kriteriyle ikiye ayrılması uzun zaman doğru kabul edilmiş ancak son zamanlardaki tenkitler karşısında yıpranmıştır. Bu tenkitler kamu yararı ile özel çıkarın birbirinden tamamen ayrı olduğu ve birbirinden kolayca ayrışabileceği esasına dayanmakta olmasına rağmen pratikte bunları birbirinden her zaman ayırmak kolay değildir. Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 175.

<sup>282</sup> Bkz., Alaî, *el-Mecmuu'l-müzhheb*, I, 210-211. Tehanevi, *Keşşaf*, I, 683, Şatıbî, *Muvafakat*, II, s. 8-12.

<sup>283</sup> N.J., Coulson, *A History of Islamic Law*, 129-130; Hoexter, "*Huquq Allah*", s. 135.

<sup>284</sup> Hoexter Maverdî'nin açıkça bu ayırımı yaptığını ve emîri Allah hakkıyla ilgili görürken kâdıyı kul hakkı ve şeriat alanıyla sınırladığını ileri sürer. Hukuk metinlerinde de Allah hakları ibadetler

Allah hakkı kul hakkı ayırımının hukuku iki ayrı alana böldüğü ve ikili bir yargı sistemine kapı açtığı doğru olmakla birlikte buna dayandırılan yukarıdaki iddiaların gerçeği yansıttığını söylemek zordur. Özellikle kamu hukuku metinlerinde hakim ile emîr'in yargı alanları arasında ayırım yapılması ve kamu davalarında (cezalar da dahil olmak üzere) hakimin üstünde emîr'e de yetki verilmesi Şeriat hukuku ve kamu hukuku arasında bir kopma olduğu ya da şeri mahkemeler yanında Şeriat dışı mahkemeler kabul edildiği anlamına gelmez. Maverdi ve İbn Haldun'un ifadeleri ve metinleri bunun tamamen bir görev dağılımı şeklinde olduğunu belirtir. İbn Haldun bazı mezalim davalarının normal kâdılar tarafından bakılamayacak kadar güç ve iktidar istemesi ve karmaşıklığı sebebiyle kâdının yetki alanını tabiatıyla aştığını ifade eder ki<sup>285</sup> bu günümüzdeki bazı yüksek mahkemelerin yetki alanıyla normal mahkemelerin yetki alanındaki fark gibidir. Dolayısıyla ortada şerilik ve şeriat dışılıktan çok pratik olarak bir görev dağılımı vardır. Bu yüzden pratikte İslâm tarihi boyunca görülen şer'î hukuk ve örfî hukuk gibi ayırımlardan ve uygulamadan hareketle bunu doğrudan Allah hakkı ve kul hakkı ayırımının sonucu olarak görmek tutarlı değildir.

Allah hakkı kul hakkı ayırımının fikhın sistematığına ikinci önemli etkisi İslam hukukunun ana konu başlıklarının belirlenmesinde görülür.<sup>286</sup> İslam hukukçuları fikhın ana konu başlıklarını ve bölümlerini ifade ederken birbirine benzer kavramlar kullanırlar. Buna göre fıkıh üç ana bölüme ayrılır: İbadât,<sup>287</sup> Muamelât<sup>288</sup> ve

dışında genişçe ele alınmaz. Yani fıkıh kitapları da tamamen kul haklarıyla ilgilenmektedir. Bkz. Hoexter, "Huquq Allah", s. 140-141.

<sup>285</sup> İbn Haldun, *Mukaddime*, s. 222.

<sup>286</sup> Tehânevi, Allah hakkı-kul hakkı ayırımının bu noktadaki tesirine temas eder. *Keşşaf*, I, 683. Fikhın bu şekilde üç ana konuya ayırımıyla ilgili olarak bkz. İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, I, 7-8; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, I, 79.

<sup>287</sup> İbadetler, asıl gayesi kulun cenabı Hakka yakınlaşması, sevap ve ikrama ulaşması gayesine yönelik fiillerdir. Namaz, zekat, oruc ve hac gibi temel ibadetlerle birlikte taharet, nezir ve yeminler (nezir ve eyman), kurban, (udhiyye) vb. bölümler, av (sayd) vb. bölümler ibadat ana başlığı altındadır.

<sup>288</sup> Muamelat kavramı özel hukuk terimine çok yakın bir kavram olup klasik kaynaklarda "kulların maslahatlarını temin etme maksadıyla konulan hükümler" olarak tanımlanmış ve kul hakkı terimiyle adeta eş anlamlı olarak kullanılmıştır. İbn Hümmam kul haklarının muamelat alanına denk olduğunu ifade eder. 'حقوق العباد وهي المعاملات' *Fethu'l-kadir*, VI, 247. İbn Abidin de muamelatın yukarıdaki gibi tanımını verdikten sonra bunun kul haklarının karşılığı olduğunu bildirir. *Reddu'l-muhtar*, IV, 500. Ayrıca bkz. Serahsî, *Usul*, II, 346. Molla Fenârî de "bütün muamelat hükümleri kul hakkıdır" der. Bkz. *Fusul*, I, 273. Muamelatın beş temel bölümü vardır ki bunlar aynı zamanda kul haklarının da bir sınıflaması olarak da görülebilir: 1- Munakehat: Günümüzde aile hukukunun karşılığı olan bu bölüm talak, rada, nikah bölümlerinden oluşur. 2- Mali muavaza akitleri: Muamelat kavramının büyük bir bölümünü oluşturan akitler, mali muavaza ve emanet akitleri olarak iki gruba ayrılır. Her iki tarafın mali bir edimde bulunduğu, malın bir elden diğerine tazmin sorumluluğu ile geçtiği akitler böyledir. 3- Emanat akitleri, 4- Muhasamat: Muamelat kavramının şümülünden hiçbir zaman ayrılmayan bu konu yargılama hukukunu özellikle de medeni yargılamayı içerir. Öyle ki muamelat konularının temel özelliği olarak yargı

Ukubât.<sup>289</sup> Bu ayırımdaki ibadetler ve ukubat yukarıda ele alınan Allah hakkı taşıyan hükümlerin üç temel özelliğinden ikisini ifade eder. Allah haklarının üçüncü ana içeriği olan meune kavramının alanı çok daha dar olduğu için ibadetler ve cezalar gibi ana bir başlık oluşturmaz. Geriye kalan kul hakları ise muamelat başlığı altında incelenir. Şatıbî de benzer bir tasnifle İslam hukukunu ibadat, âdat, muamelat ve cinayât olarak dörde ayırır. Bütün bu ayırımların arkasında yatan unsur ‘menfaat ve maslahat’ kavramıdır. İslam hukukçuları bu noktada menfaat unsurunu iki farklı açıdan ele alarak bu sınıflamaları temellendirir. Bunların ilki genel anlamda bir hüküm ile korunan menfaat ve hakkın öncelikle dünyevi ve uhrevi olması meselesidir. Buna göre gerek dünya gerekse ahiret ile ilgili olsun bütün şeri hükümler maslahat ilkesi üzerine kurulmuştur.<sup>290</sup>

İkinci bakış açısından ise hukukun bu ana bölümleriyle ‘zaruri maslahatlar’ arasında irtibat kurulur. Buna göre ibadât dinin korunması maslahatının teminine; âdât,<sup>291</sup> nefis ve akıl maslahatının teminine; muamelat nesil ve mal maslahatının teminine ve ayrıca nefis ve aklın da adat vasıtasıyla teminine yöneliktir. Ukubat ise tüm bu maslahatları ortadan kaldıracak hususların yok edilmesine yöneliktir.<sup>292</sup>

Bu ayırımın hukukun, ibadat muamelat ve ukubat şeklinde tasnifine yol açtığı gibi daha sonra fıkıh kitaplarının iç sistemlerini yani fıkıh eserlerinin ‘kitap’, ‘bab’ vb. konu başlıklarının dizilişini de belirlemiştir. Özellikle Hanefi fıkıh literatüründe

---

altına girme özeliği gösterilir. (Damat Efendi, *Mecmau'l-Enhur*, II, 18) 5- Terikat: Miras hukuku konularından oluşur.

<sup>289</sup> Ukubat genel olarak cezaları ifade eden bir kavramdır. Fıkıhta cezalar Allah ya da kul hakkı olmasına göre kısas ve had cezaları olarak ikiye ayrılır. Bkz. Dağcı, *Müessir Fiiller*, s. 23. Tazir cezaları üçüncü bir alan olup suçun durumuna göre Allah hakkı ya da kul hakkı alanında bulunabilir. Bkz., Ebu Zehra, *Ukuba*, s.79-81.

<sup>290</sup> Molla Fenari tüm hukuku maslahat ve menfaat ile olan ilgisine göre şöyle sınıflar: Korunması hedeflenen bu maslahat eğer ağırlıklı olarak uhrevi maslahatlar ise bu ibadetlerdir. Elde edilmesindeki ağırlıklı maslahat dünya açısından ise bu da muamelattır. Bkz. Fenari, *Fusul*, I, 272.

<sup>291</sup> Adât teriminden kastedilen, mübahlar alanına giren yeme, içme, uyuma vb. gündelik hayatın devamı için gerekli fiillerdir.

<sup>292</sup> Şatıbî dördümlü ayırımını bu bakış açısı üzerine oturtur. Bkz., Şatıbî, *Muvafakat*, II, 8. Benzer bir ayırımını Molla Fenari verir. Buna göre “mükellefin fiilinin ilk ve esas gayesi İlahi cenabın tazimine, nimetlerine şükür etmeye, uhrevi sevap kazanmaya, lütfunu artırmaya uygun bir şeyi yapmak ise bu durumda *ibadet* diye isimlendirilir. Eğer bunlara uygun olmayan şeylerden kendini alı koymak şeklinde ise bu amel için ilk olarak genel bir tabir ve sonrasında da her türlü için özel bir isim vardır ki bunlara *ukuba* denir. Eğer bu ikisi dışında ise bu defa muamelattır. Muamelattan olmasının alameti bu işin iki menfaat arasında müşterek olmaması (kısas ve kazif haddi gibi) ya da bunların dışındakiler gibi umumi bir fayda temeli üzerine değil de bir kulun özel fayda –nef’i has- temeli üzerine kurulu olmasıdır. Muamelat hükümlerinin teşrii insanların işlerini ve aralarını ıslahtır. İbadetlerin amacı kulların Allah’la olan ilişkilerini ıslahtır, ukubenin de teşriinin gayesi budur, ancak bazısında her iki maslahat da gözetilmiştir.” Bkz. Fenari, *Fusul*, I, 272.

el-Camiu's-sagir ve Hidaye sistemli eserlerde önce Allah hakkı olan ibadat ve ukubat konuları, sonra da kul hakkı olan muamelat konuları ele alınırken temel kriterin bu ayırım olduğu ifade edilir ve sistematik bu ayırım doğrultusunda tahlil edilir.<sup>293</sup>

## B) MALİ HAKLAR-BEDENİ HAKLAR

Allah hakkı-kul hakkı ayırımından sonra gerek kapsam ve gerekse hukukun konularını sınıflandırma noktasındaki önemi açısından göze çarpan bir ayırım da mali ve bedeni haklar taksimidir. Fıkıh metinlerinde varlığını sürekli koruyan ve değişik biçimlerde karşımıza çıkan bu ayırım teorik olarak işlenmediğinden dolayı nispeten gizli kalmıştır. Bu ayırımda haklar “el-hukuku'l-maliyye” ya da “emval: mallar”<sup>294</sup> terimi ile ifade edilen mali haklar ile “hukuku'l-ebdan” veya “el-hukuku'l-bedeniyye” terimleriyle ifade edilen bedeni haklar şeklinde ikiye ayrılır.<sup>295</sup> Bu ikinci grup için zaman zaman ‘mali olmayan haklar’<sup>296</sup> şeklinde belirsiz bir ifade kullanıldığına da rastlanır.

Mali haklar, mallar üzerinde kurulan, mali bir değeri olan haklardır.<sup>297</sup> Literatürde mali haklar iki gruba ayrılır. İlki ayn, menfaat ya da deyn üzerinde

<sup>293</sup> Hanefilerde fıkıh eserlerinin ana ve alt bölüm sıralaması büyük oranda standart olup bu Merginanî'nin Hidaye ve daha da eski olarak İ.Muhammed'in *el-Camiu's-sagir* adlı eserlerine dayanır. Hanefiler eserlerinde konuların sıralamasına önem verirler ve bu sıralamanın arkasında yatan sebepleri sürekli olarak izah ederler. Hanefilerin bölüm sistematüğinde öncelikle Allah hakkı ve kul hakkı ayırımı dikkate alınır. Buna göre Allah hakkı olan hükümler eserin başında ilk olarak incelenir. Önce halis Allah hakkı ibadetler, sonra munakehat konuları nikahın ibadet yönü sebebiyle ana ibadetlerden hemen sonra ele alınır. Daha sonra keffaret ve ukubat (hadler) konuları işlenir. Bu şekilde ibadet, keffaret ve halis Allah hakkı olan cezalar peş peşe işlenmiş olmaktadır. İbadet yönünün az da olsa bulunması sebebiyle Allah hakkına yaklaşan bazı muamelat konuları (lakit, lukata, ıbak, mefkud, şerike, vakıf) halis kul haklarıyla ilgili muamelat konularına geçmeden önce verilir. Daha sonra halis kul haklarına geçilir ki bunlar önce muavaza akitleri, sonra muhasamat ve emanet akitleridir. Fıkıh kitaplarının bu sistematüğü ile ilgili izahlarda sürekli olarak Allah hakkı-kul hakkı ayırımına atıf yapılır. Bkz., İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 247; İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, V, 276; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 500.

<sup>294</sup> “*Emval*” terimi mali haklar için kullanılan bir terim özelliği kazanmıştır. Metinlerde “Mallar hukukun iki nevinden biridir” (İbn Kudame, *Muğni*, V, 396; İbn Müflih, *Mubdi*, V, 384; Behuti, *Keşşafu'l-kına*, IV, 320), “...gerek bu hak mal olsun gerekse olmasın” (*Fethu'l-kadir*, VII, 370) vb. ifadeler kullanılmaktadır. Mallardan hak olarak bahsedilmesi malların hak niteliğinde görüldüğü anlamına gelmez. Bu durum hakkın konusu ile hakkın kendisi arasında bir yakınlaşma kurulması ve haktan bahsederken hakkın konusunu ifade etme üslubuyla ilgilidir ki bu literatürde yaygın bir durumdur. Emval teriminin karşısında, diğer taraf olarak “*ebdan*” terimi sıklıkla zikredilir ve hukukun iki alanı bu kavramlarla ifade edilir.

<sup>295</sup> Bkz., İbn Kudame, *Muğni*, V, 396; İbn Müflih, *Mubdi*, V, 384; Desukî, *Haşiye ala şerhi'l-kebir*, III, 411; İbn Ferhun, *Tebşiratu'l-hukkam*, I, 325; Behutî, *Keşşafu'l-kına*, IV, 320; İbn Cüzey, *Kavanin*, s. 204.

<sup>296</sup> İbn Kudame, *Muğni*, X, 218; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, IV, 12-13.

<sup>297</sup> Mali hak terimi bunun dışımda başlıca iki yerde daha karşımıza çıkar: Birincisi özellikle Allah hakları ile ilgili bir ayırımda söz konusu olup Allah hakkı alanında mali haklar terimi, Allaha karşı mali bir sorumluluk niteliğindeki yükümlülükleri ifadelendirir. Buna göre, yemin keffareti (İbn Kudame, *Kafi*, II, 229, III, 275), zekat, (Serahsi, *Mebcut*, II, 156, 162, İbn Kudame, *Muğni*,



kuruludur. Bunlar aynı ve şahsi hakları içine alır. İkincisi ise bulunduğu hal itibarıyla doğrudan belirli bir mal üzerinde kurulu olmayıp, bir şekilde mali değer ifade eden, mali bir akit ya da onun feshi ile ilgili mali haklardır.<sup>298</sup> Bu tür, akitlerdeki muhayyerlikler, şufa hakkı vb. ‘kendisinden mal kastedilen haklar’ şeklinde ifade edilmiştir.<sup>299</sup> Mali haklar bu iki türüyle günümüz hukukundaki malvarlığı hakları kavramına benzerlik gösterir.

Bedeni haklar ise esas olarak mali bir değeri olmayan ve doğrudan şahsiyet ile ilgili haklardır. Nefs’e kefalet, kısas, kazif haddi, nikah, talak, ric’at, itk, nesep, istilad, vela, rıkk vb. konularla ilgili haklar gibi. Bu konu başlıkları ile ilgili haklar kişinin evli ya da boşanmış oluşu, hürriyeti, namusu, hayatı, nesebinin tespiti, birisinin velisi ya da vasisi oluşu<sup>300</sup> vb. mali bir değer ötesinde kişinin şahıs varlığı ile ilgili hakları içermektedir.

İslam hukukunda mal ve mallar üzerindeki haklar muamelat kavramının belkemiğini ve en büyük kısmını oluşturduğu gibi, bunlarla ilgili geliştirilen kavramlar da fıkın en teknik ve ustalıklı yönünü meydana getirir. İslam hukukçuları hukukun temel gayelerinden biri olarak malın korunması ilkesini belirlemiş ve muamelat ilişkilerinin çoğunu bu esas üzerine oturtmuştur. Mal ile ilgili konuların dışında nefsin, neslin, dinin ve aklın korunması da temel gayelerdir. İşte kural olarak malın korunması ana başlığı altında değerlendirilemeyecek ve kişinin bizzat ve doğrudan şahsiyetiyle alakalı, özellikle de nefsin ve neslin korunması ana başlığıyla irtibatlı olan diğer hak grubuna “bedeni haklar” denmiştir. Bu ayrımın Kara Avrupası hukuk çevrelerindeki ‘mal varlığı’-‘şahıs varlığı’ ayrımına benzer olduğu söylenebilir. Bu benzerlik hakları, mallarla ya da kişinin şahsiyeti, şahıs varlığı ile ilgili olmasına göre ayırması bakımından kendini hissettirir. Zira her iki ayırımda da haklar mali değeri olup olmamasına göre sınıflanmakta ve mali değeri ön plana çıkmamış hakların da kişinin hukuki şahsiyeti ile ilgili olduğu görülmektedir. Kara Avrupası sistemindeki ayırım hukukun temel ayrımlarından biri olarak teorik açıdan teknik düzeyde incelenmiş olmasına rağmen mali ve bedeni haklar ayrımı tamamen pratik gayelerle oluşturulduğundan<sup>301</sup> bu iki hak tasnifinin tam olarak birbirine denk

---

II, 289) fitır sadakası (Nevevi, *Mecmu*, IV, 310) mali Allah haklarındandır. Allah hakları alanında mali hakların karşısında hadler konulmuştur ki bunlara bedeni Allah hakları olarak bakılır. (Serahsi de, Allah ve kul haklarını mali ve bedeni olarak ikiye ayırmaktadır. *Usul*, I, 261-262. İkincisi ise yarı aynı haklar dediğimiz milk’in dışında eşya üzerindeki bazı yetkilerdir.

<sup>298</sup> Desuki, *Haşiyeye*, III, 411.

<sup>299</sup> Bkz., Desukî, *Haşiyeye*, IV, 457; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 14.

<sup>300</sup> Bkz., İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VII, 370.

<sup>301</sup> Bu ayrımın gündeme getirildiği yerler büyük oranda yargılama hukuku konularıdır. Yargılama hukukundaki süreçlerde ilgili konunun mali ya da bedeni bir hak olması, şahitlerin sayısı, erkek

olduğunu ileri sürmek zordur. Diğer taraftan İslam hukukunda mal kavramının geliştiği ve incelendiği kadar şahsiyet ve şahıs varlığı hakları gelişmediğinden bu denkliği iddia etmek daha da zorlaşır. Bu anlamda fıkıh literatüründe şahıs varlığı hukuku malvarlığı hukuku kadar teknik olarak incelenmiş değildir.

Hakların mali ve bedeni şeklinde ayırımına baktığımızda İslam hukukunda mal ve beden ayırımının fıkıhın diğer alanlarında da kullanılan ana şablonlardan biri olduğu söylenebilir. *Muamelat* alanında incelediğimiz bu ayırımın dışında *ukubat ve ibadat* bölümlerinde de en esaslı ayırmalardan biri mal ve beden ayırımı üzerine kuruludur. Zira, ibadat konuları mali ve bedeni olarak ikiye ayrılır ve ortaya mali ibadetler ve bedeni ibadetler ayırımı çıkar.<sup>302</sup> Cezalar açısından da mali cezalar ve bedeni cezalardan bahsedilir.<sup>303</sup>

### C) HAK-MİLK-İBAHA AYIRIMI

Kapsam olarak temelde malvarlığı hukuku alanını ilgilendiren bu ayırım eşya üzerinde kurulan yetkileri mahiyetine göre ayırmaktadır. Klasik literatürde açık olarak hak-milk ve ibaha şeklinde netleşmiş üçlü bir ayırmadan bahsetmek zor olup bunun yerine hak ile milk arasında ve ayrıca milk ile ibaha arasında yapılan iki ayrı ayırımın varlığından bahsedilebilir.

Milk ile ibaha arasındaki ayırım klasik kaynaklarda olduğu kadar çağdaş yazarlar tarafından da ele alınarak belirli bir ölçüde açıklık kazanmıştır. Ancak milk-hak ayırımı çağdaş literatürde incelediğimiz temel eserlerde aynı oranda netliğe kavuşturulmuş ve temel esasları tespit edilmiş bir ayırım değildir. O halde öncelikle hak-milk ayırımını, sonrasında da milk-ibaha ayırımını ortaya koyarak bu iki ayırmadan hak-milk-ibaha ayırımı dediğimiz üçlü ayırımı nasıl geçileceğini belirlemek gerekecektir.

#### 1- Hak-Milk Ayırımı

Fıkıh literatüründe malvarlığı hukukunun ve hatta tüm özel hukukun en önemli ve temel kavramlarından biri *milk'tir*. Milk kavramı dar ve teknik anlamda “aynı

---

ve kadın şahitlerin kombinasyonu, davalı taraftan yemin istenip istenmeyeceği, ibra, vb. konular açısından önem taşır. Bkz. İbn Kudame, *Muğni*, X, 218-219.

<sup>302</sup> İbadetler de mali ve bedeni ibadetler şeklinde ayrılır. Konevi şöyle der: “İbadetler üçe ayrılır: 1-halis, bedeni ibadetler, namaz gibi. 2-Salt mali ibadetler, zekat gibi. 3-Karma ibadetler, hac gibi. Bkz. *Enisu'l-fukaha*, s. 139. Ayrıca Bkz. İbn Hümmam, *Fethu'l-kadir*, III, 145; Kasanî, *Bedai*, II, 118, 212, 221. Zerkeşi, *Kavaid*, I, 390-391.

<sup>303</sup> Bkz., İbn Kudame, *Muğni*, IX, 407, X, 197; Serahsî, *Usul*, II, 196. Ayrıca Bkz., Esen, *Mali Cezalar*, s. 8.

hakları”, geniş anlamda ise nihayetinde aynı hakka dönüşmesi beklenen ya da aynı hakların bir türevi olarak görülen “alacak hakları”nı içeren bir kavramdır. Aynı hakların en mükemmeli olan mülkiyet hakkı da yine milk kavramı ile ifade edilir ve milk’in mutlak anlamda kullanıldığı pek çok yerde mülkiyet hakkı kastedilir.

İleride inceleyeceğimiz milk kavramı eşya üzerindeki temel yetkileri ifade etse de tüm malvarlığı hakları milk mahiyetinde değildir. Bundan dolayı milk mahiyetinde olmayan ve mallar üzerinde milk’e göre ikincil derecede güçlü yetkileri ifade eden bu haklar milk’ten ayrılarak “hak ya da hukuk” denilen grubu oluştururlar. Temel aldığımız dört fıkıh doktrininde de aynı şekilde hak ve milk ayrımı mevcuttur. İbn Receb’in beş alt gruba ayırdığı ‘haklar’ın bu şekilde milkten farklı teknik bir hak türünü ifade etmesine rağmen bu türün sadece ‘hukuk’ olarak ifadelendirilmesi karışıklığa yol açabilecek bir durumdur. “Milk” kavramının hiç bir zaman hak kelimesiyle tamlanmadan kullanılması ve milk kavramı ile aynı bağlamda hak kelimesi kullanıldığında bunun bu tür hak grubunu ifade etmesi karışıklığı azaltsa da bütünüyle ortadan kaldırmaz. Bu hak grubunu tanımlama noktasında Chafik Chehata’nın “yarı aynı haklar”<sup>304</sup> kavramını kullanması kanaatimizce çağdaş literatür içinde görebildiğimiz en isabetli ifadedir. O halde fıkıh literatüründe milki de içine alan genel anlamda ve üst kavram şeklinde bir hak kavramının yanında, ondan dar anlamda bir ‘hak’ terimi vardır ki bu iki hak kavramının mahiyet ve kapsamaları bütünüyle farklıdır.

Fıkıh doktrinlerinin metinleri incelendiğinde bu ayrımı kullanarak hak ve milk kavramlarının sürekli birbirinden ayrıldığını ve bu iki kavramın sık sık birbirinin karşıtı olarak kullanıldığını görürüz. Bu bağlamda ‘haklar/hukuk’ ve ‘milkler/emlak’ birbiriyle çoğu yerde mukayese edilmekte ve birbirlerinden farklı oldukları sürekli vurgulanmaktadır. Zira yukarıda bahsedilen karışıklığa düşme endişesi hukuk bilginlerini, bu ayrımın varlığını zaman zaman hatırlatma zorunda bırakmıştır. Mesela bu bağlamda Molla Hüsrev şöyle bir uyarıda bulunur: “Hak, milk ile sınırlı değildir, hakku’ t-temellük de bir haktır”.<sup>305</sup> Burada Molla Hüsrev malvarlığı alanında müstesna ve adeta kutsanmış bir yeri olan milk kavramının dışında da hak olduğunu, ve mesela “hukuk” grubunda yer alan hakların böyle olduğunu ifade eder ki burada

<sup>304</sup> Yarı aynı haklar “*Un droit semi-reel’s*” tabiri için bkz. Chahata, *Theorie Generale*, s. 176. Chehata burada her ne kadar ‘hukuk’ grubunun genel bir hak grubu olduğuna dair İbn Receb’in metinlerini ve bu konudaki açık ifadeleri kullanmasa da sınırlı bazı metinlerden hareketle ‘hukuk’ seviyesindeki bazı hakları, yarı aynı hak terimiyle niteler.

<sup>305</sup> Molla Hüsrev, *Dürrü’l-hükkam*, II, 144. Benzer bir uyarıyı da Rassa yapar: “Hak, milkten daha umumidir.” Rassa burada muamelat/özel hukuk alanında eşya üzerindeki hakların milk ile sınırlı olmadığını, milk dışında da hak olduğu açıkça bildirmektedir. *Şerhi Hududu İbn Arafé*, s. 409.

beş hukuk türünden biri olan hakku't-temellük'ü örnek verir. Özel hukuk alanında fıkhın dilinin eşya üzerindeki 'asıl' haklar olan milk ile 'ikincil' haklar olan hukuk kavramları üzerine kurulu olduğu söylenebilir.

Burada çağdaş literatürde büyük ölçüde ihmal edilmiş ve gözlerden kaçmış olan hak-milk ayırımının açıkça yapıldığı bir kaç örnek vermekte fayda vardır:

1- Ganimet üzerinde milk'in nasıl oluşacağı meselesinde bu ayırım kendini hissettirir. Hanefilere göre gazilerin ganimeti ele geçirmeleriyle bu ganimet üzerinde milk henüz oluşmayıp, hakku'l-milk ya da hakku't-temellük niteliğinde bir hakları oluşur.<sup>306</sup> Bu, yarı aynı hak dediğimiz grubun birbirine yakın iki ayrı türüdür. Daru'l-islamda ihraz ile mevcut hakku'l-milk teekküd eder yani güç/istikrar kazanır. Ancak milk yine sabit olmamıştır. Milku'l-hass yani ferdi mülkiyet ise ancak ganimetin taksimi ile olur. Hanefilere göre ganimet gaziler arasında taksim edilmedikten sonra milk yani mülkiyet oluşmaz.

2- Eşbah müellifi İbn Nüceym'in milk ile dar ve geniş anlamda hak kavramlarını aynı cümledeki şu kullanışı bu noktada güzel bir örnek teşkil eder: "Varis mirastaki hissesini kastederek 'hakkımı' terk ettim derse 'hakkı' ortadan kalkmaz. Zira 'milk' (burada mirastaki hisse milktir) terk ile batıl olmaz. Ancak 'hak' ise terk ile batıl olur. Bu yüzden gazilerden biri ganimetin taksimi öncesi 'hakkımı terk ettim, hakkımdan vazgeçtim' derse hakkı ortadan kalkar. Zira burada gazinin hakkı milk niteliğine dönüşmemiş daha zayıf bir yetki olan dar anlamda bir hak niteliğindedir."<sup>307</sup>

3-Yine değişik bağlamlarda Kerabisi babanın çocuğunun malında milk yerine geçecek bir hakkı olduğunu<sup>308</sup>; Serahsî, Şafiilere göre milklerin mirasla intikal ettiği gibi hakların da intikal ettiğini<sup>309</sup>; Karafî de haklar ve milkler üzerindeki tasarrufun nakil ve iskat şeklinde gruplandırılabilceğini<sup>310</sup> belirtirken aynı ayırımı yapar. Bu konuyu "hukuk" denilen hak grubunu inceleyeceğimiz bölümde genişçe ele alacak olduğumuz için burada yalnızca milk-hak terimleri arasındaki, metinlere yansıyan farka temas etmekle yetiniyoruz.

<sup>306</sup> Kasanî, *Bedâi*, VII, 120-121; İbn Hümam da bu hakkı analiz ederken onun hakku't-temellük değil de hakku'l-milk olduğunu belirtir. *Fethu'l-kadir* V, 479

<sup>307</sup> İbn Nüceym, *Eşbah*, III, 354 "إذ للک لا یطل بالترک , والحق یطل به حتی لو أن أحداً" "من الغائبین قال قبل القسمة : ترکت حقی بطل حقہ"

<sup>308</sup> Kerabisi, *Furuk*, I, 303. أن للأب حقاً في مال ابنه عند الحاجة... یقام مقام الملك

<sup>309</sup> Serahsî, *Mebcut*, XIV, 116 فإن عنده كما تورث الإملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة

<sup>310</sup> *Furuk*, Karafî, II, 110, اعلم أن الحقوق والأملاك یقسم التصرف فیها إلى نقل وإسقاط

## 2- Milk-İbaha Ayırımı

Literatürde milk-ibaha ayırımı üzerinde, hak-milk sınıflamasına oranla daha belirgin bir şekilde durulur. Bu ayırım eşya üzerinde ibaha karakterli yetkilerle aynı nitelikteki yetkilerin arasını ayırmaktadır. İbaha kavramı bu bağlamda ele alındığı şekliyle ferde 'milk' ya da 'hak' nitelikli bireysel bir yetki vermeyen salt izin ve ruhsatları ifade ettiğinden özel hukukun temel kavramı olan milkten ayrılmıştır. Özellikle ziyafetler vb.'de ikram edilen yemeğin konuğun milk'i altına girip girmeyeceği gibi konular tartışılırken ibaha ile milk kavramı birbirinden net olarak ayrılmaktadır. O halde bu iki ayırımı birleştirerek eşya üzerindeki yetkileri milk, hak ve ibaha şeklinde üçlü bir ayırma varabiliriz. Burada milk eşya üzerinde sahibine en güçlü yetkileri veren, sahibi tarafından eşya üzerinde doğrudan kullanılabilen aynı hakları ifade ederken, hak kavramı milk kadar güçlü olmayan yarı aynı hak diyebileceğimiz bir yetki türünü ifade etmektedir. İbaha ise değişik türleriyle özel hukuk açısından milk olmadığı belirlenmekle birlikte 'hak' grubuna dahil olup olmadığı tartışılan bir takım yetkiler ile kamu hukuku açısından hak olarak nitelenebilecek bir takım kamusal özgürlük ve hakları içine almaktadır.

### D) MÜTEKKİD VE MÜCERRED HAKLAR AYIRIMI

Mütekkid ve gayri mütekkid haklar ayırımı yukarıda ele alınan ve özel hukukta malvarlığı haklarına ilişkin olarak yapılan milk-hak ayırımı ve özellikle de 'hak' niteliğindeki haklarla ilgilidir. Milk niteliğindeki haklar ve bilhassa mülkiyet hakkı hakların sahibine verebileceği yetkilerin en geniş kapsama sahip olanı ve en güçlüsüdür. Bundan dolayı kural olarak her türlü hukuki işleme konu olabilirler, mirasla intikal ederler, itlafı halinde tazmin edilirler.<sup>311</sup> Milk grubu haklar bu şekildeyken 'hukuk' grubu haklar ise farklılık taşır. Bu hakların bir kısmı milk'e yakın özellikte ve güçtedir. Bundan dolayı bu haklar mütekkid ya da mütekarrir haklar olarak anılırlar. Diğer grup 'hak' ise güç kazanmamış (gayri mütekarrir) zayıf haklar grubunda yer alır ki bunlar "mücerret hak" olarak da nitelenir. Dolayısıyla karşımızda hepsi aynı hak ayırımını ifade eden farklı kullanımlar vardır: Zayıf hak-mütekkid hak; mütekkid hak-gayri mütekkid hak; mütekarrir hak-gayri mütekarrir hak; mütekkid hak-mücerred hak terimleri hep bu ayırımı ifade etmektedir. Ayrıca Kasani meşhur bir ifadesinde mücerred hakları, müfred haklar (el-hukuku'l-müfred)

<sup>311</sup> Ancak bununla birlikte nadir de olsa milk kavramının kendi içinde zayıf ve mütekkid milk ayırımı yapılmaktadır. Bkz. Serahsi, *Mebcut*, XXI, 75. Bunun haklarla ilgili yapılan aynı ayırımla ilgisi yoktur. Bu tamamen milk içinde yapılan bir ayırımdır.

olarak niteler.<sup>312</sup> Bunlara ilave olarak bir mahalde sabit/mütekarrir olan ve olmayan haklar ayırımı da bu ayırımla yakından ilgilidir.<sup>313</sup> Müteekkid, mütekarrir, ve zayıf haklar kavramı bütün mezheplerde kullanılırken mücerred hak<sup>314</sup> kavramı özellikle Hanefi kaynaklara aittir.

Bu ayırımda müteekkid olan haklar grubu ideal hak tipi olan milk'e benzer özelliklere sahip oldukları için hak olma özelliklerini bir noktaya kadar aşarak milke yaklaşmışlardır. Bu açıdan bazı hükümlerde milke benzerler.<sup>315</sup> Mücerret haklar grubu ise milk niteliğinin tamamen dışında onu milke yaklaştıracak hiçbir ilave özellik taşımayan salt hak olarak kalmıştır. Zira mücerred hak teriminin ifade ettiği anlam, bir mahal üzerinde tekküd etmemiş ve milk niteliği ve özelliği taşımayan haklardır.<sup>316</sup> Burada zayıf yani tekküd etmemiş hakların mücerred hak olarak nitelenmesi, bunların salt hak seviyesinde kalması ve onu milk niteliğine yaklaştıracak (tekküd ettirecek) sebebin meydana gelmemesi yol açmıştır. Bundan

<sup>312</sup> Ebulula, mücerred ve müteekkid hak ayırımını hukuk-ı müfrede kavramı altında bir ayırım olarak takdim eder. Bu ayırımın haklardan bedel almanın caiz olup olmamasıyla ilgili bir ayırım olduğunu ve bu hususun örf tarafından takdir edildiğini belirtir. Bkz. Ebulula, Hukuku Medeniye, s. 24-26. Oysa bu ayırım 'hak' ile ilgili bir ayırım olup hukuk-i müfrede terimi mücerred hak anlamında son derece sınırlı kullanılan bir kavramdır.

<sup>313</sup> Zayıf ya da mücerred haklar ile bir mahalde sabit olmayan hakların aynı olduğuna dair bkz. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir* IX, 414; Zeylaî, *Tebyinu'l-hakaik*, V, 35. *İnaye* müellifi bir mahalde mütekarrir/sabit olan ve olmayan (mücerret) hakları birbirinden ayırmak için şu formülü verir: 'Sulha konu olduğunda önceki halinden farklılaşan haklar mütekarrirdir. Diğerleri ise gayri mütekarrirdir.' (Baberti, *İnaye*, IX, 416) Buna göre kısasta, katilin nefsi, kısası uygulatma yetkisine sahip olanlar açısından mubah bir haldedir. Başka bir ifadeyle burada katilin nefsi üzerindeki milku'l-kıyas, onun canını mağdurun velisinin 'mamluk'u haline getirmiştir. (Kasanî, *Bedai*, VI, 49) Yani hak, üzerinde kurulduğu nesnenin hukuki durumuna etki ederek onu değiştirmektedir. Bundan dolayı ondan ıvaz almak caizdir. (*Tebyin* 5-35) Bu şekilde katilin öldürülmesi söz konusuysen sulh ile kısastan vazgeçilerek belirli bir bedel üzerine anlaşıldığında artık katil öldürülmekten kurtulur ve onun kanını dökmek yasak hale gelir (*ısmetu'd-dem*). O halde bu mütekarrir bir haktır. Şufa gibi bir mahalde sabit olmayan haklar ise bağlı olduğu eşyanın hükmünü değiştirmez. Bu haklar herhangi bir eşya üzerinde sabit olmaktan çok hak sahibine ait bir irade (*meşiet*) ve ona ait bir vasıf olarak görülür. Bu anlamda özellikle Hanefi metinlerinde gördüğümüz gibi şufa hakkı vb. mücerret haklar, hak sahibine ait bir vasıf olarak ele alınarak bağlı olduğu eşya ile ilgisiz ve ondan kopuk olarak değerlendirilmiştir. Buna göre mesela şufa hakkı mahallin temellükünden önce mahalde sabit olan bir hak değildir. Buna bağlı olarak şufa ile ilgili bir sulh akdi yapılırsa malik sulhtan önce de sonra da şufa konusu akarn maliki olmaya devam eder. Zira mücerret haklardan bir bedel karşılığı vazgeçmek mümkün değildir.

<sup>314</sup> Klasik kaynaklarda mücerred hakların karşısında müteekkid haklar varken bazı çağdaş eserlerde bunlar gayri mücerred haklar olarak ifade edilmiştir ki böyle bir terim klasik kaynaklarda yoktur. Bkz. Ali Hafif, *Ahkamu'l-muamelat*, s. 27-29.

<sup>315</sup> Müteekkid hak bazı konumlarda milk gibi işlem görür. Mesela ganimet üzerindeki hak ihraz ile müteekkid hale gelmesiyle milk konumunda görülür. Serahsi, *Şerhu siyeri'l-kebir*, II, 641-642. Taksim öncesi bu haktan "müteekkid hak" olarak bahsedildiği gibi "umuma ait bir milk: milkun amm" şeklinde de bahsedilir. Buna göre taksim ile bu hak ferdi mülkiyete (*milkun hass*) döndüştür. Kasanî, *Bedai*, VII, 122-129.

<sup>316</sup> Kasanî, *Bedai*, VI, 281.

dolayı mütekkid haklar ile mücerret haklar arasında temel bazı farklar oluşmuştur ki bunlar bir hakkın mütekkid veya mücerred olmasının kriteri haline gelmiştir. Bu kriterler şunlardır:

1- Mütekkid hakları satım, sulh vb. hukuki işlemlere konu ederek bedel karşılığı devretmek (i'tiyaz) mümkündür. Bedel alma noktasında en yaygın işlem hak sahibinin bir bedel karşılığında hakkından sulh akdiyle vazgeçmesi ve onu bir bedele dönüştürebilmesidir. Mücerret haklardan ise bu şekilde bedel almak mümkün değildir.<sup>317</sup> Bu kaidenin bir uzantısı olarak mütekkid haklar itlaf edildiğinde tazmine konu olurken mücerret haklar tazmine konu olmaz. Çünkü tazmin, bedel almak anlamı taşır.<sup>318</sup>

2- Mütekkid haklar mirasla intikal ederken, mücerret haklar mirasla intikal etmez.<sup>319</sup>

Klasik kaynaklarda bu özellikleri taşıyan haklar mütekkid, taşımayanlar ise mütekkid olmayan/mücerret hak olarak nitelenir. Klasik kaynaklarda mütekkid ve mücerred hak gruplarında yer alan başlıca hakları şu şekilde tanıtabiliriz:

#### 1- MÜTEKKİD HAKLAR

1- İhrazdan sonra taksimden önce gazilerin ganimet üzerindeki hakları. Bu hak Hanefilerin tercih edilen görüşüne göre hakku'l-milk'tir.<sup>320</sup>

2- Rehin hakkı. Mürtehinin ayn üzerindeki hakkı, mütekkit'tir.<sup>321</sup> Bu hak bazı Hanefi metinlerinde milk konumunda ya da doğrudan bir milk türü olarak sunulur.<sup>322</sup> Ancak diğer üç mezhepte ve başka bazı Hanefi metinlerinde ise mütekkid bir hak niteliğinde görülür.

3- Ayıp sebebiyle malı geri verme hakkı.<sup>323</sup>

<sup>317</sup> ,حق الشفعة ليس بحق متقرر في الخلل لانه مجرد حق التملك و ما ليس بحق متقرر في الخلل لا يصح الاعتراض عنه İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, IX, 414-416; Ayrıca bkz. İbn Nüceym, *Eşbah* II, 228. İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 519.

<sup>318</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, I, 287; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 519. İbn Receb, *Kavaid*, s. 188-189.

<sup>319</sup> İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 143, 582; İbn Receb, *Kavaid*, 188-189; Serahsi, *Mebcut* X, 44-45.

<sup>320</sup> Bkz. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, V, 479.

<sup>321</sup> Serahsi, *Mebcut*, XXI, 75; *Şerhu siyeri'l-kebir*, II, 641-642; İbn abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 143.

<sup>322</sup> *Babertî, İnaye*, X, 181. Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukaha*, III, 42; Kasanî, *Bedaî*, VI, 239.

<sup>323</sup> Serahsi, *Mebcut*, X, 44-45. İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 143,582, V, 343-344. Ayıp muhayyerliği hakkı kişiye ilk olarak akdi feshetme imkanı verir. Bu bozucu yenilik doğuran bir hak olup akdi yapana fesih yetkisi verir. Hak sahibinin bu hakka dayanarak verdiği bedeli geri alma hakkı bu haktan bedel alma anlamı taşır. Diğer yandan reddin imkansızlaşması halinde ise

4- Kıyas hakkı. İslam hukukçuları kural olarak milk niteliğindeki hakları bu ayırımında ele almadıkları halde 'milku'l-kıyas' kavramının müteekkit bir hakkı ifade ettiğini belirtirler. Bunun nedeni milku'l-kıyas'ın teknik anlamda milk kavramı sınırları içinde olmadığıdır. Zira gerçek anlamda milk yalnızca eşya üzerindeki hakları ifade eder. Buna göre kıyas hakkı bir milk değilse de sabit olduğu mahal üzerindeki gücü bakımından milk'e benzer özellikler taşıdığından bir milk türü 'milku'l-kıyas' olarak sunulur. Ancak gerçek anlamda bir milk olmadığı için de bu tabloda müteekkid haklar arasında yerini alır.<sup>324</sup> Aynı durum milku'n-nikah terimi açısından da geçerlidir. Kocanın eşi üzerindeki bu hakkı dolayısıyla sahip olduğu 'boşama hakkı' milk nitelikli görülen bu yetkiden kaynaklandığı için müteekkid bir hak olarak görülmüştür.<sup>325</sup>

5- Hak sahiplerinin vakfın gelirinin (galle) ortaya çıkmasından sonra bunun üzerindeki hakkı<sup>326</sup>

6- Mudarebe akdinde mudaribin kazanç üzerindeki hakkı. Bu hak da hukuk seviyesinde, hakku't-temellük grubundandır.<sup>327</sup>

## 2- MÜCERRED/ZAYIF HAKLAR

Mücerret hak milk niteliği taşımayan, bir mahalde sabit olmamış, başkasının milki üzerinde salt bir irade kullanma yetkisi veren haktır. Bazı mücerret haklar milke dönüşmediği sürece mücerret olarak kalırken bazıları şufada olduğu gibi güçlenerek müteekkid hale dönüşür. Başlıca mücerret haklar şunlardır:

1- Kabul hakkı.<sup>328</sup> Kabul hakkı, icap yöneltilen kişinin tek taraflı iradesiyle bir mala malik olma anlamı taşıdığı durumlarda hakku't-temellük niteliği taşır.

2- Daru'l-islamda ihraz öncesi ganimet üzerindeki hak.<sup>329</sup> Bu da temellük hakkı niteliğindedir.

3- Akitlerle ilgili bazı muhayyerlikler: Şart muhayyerliği (hıyaru's-şart)<sup>330</sup>, hıyaru'l-gabn ve hıyaru't-tağrir<sup>331</sup>, hıyaru'r-ru'ye<sup>332</sup>.

---

aybın karşılığında malın normal bedelini düşürme yetkisi vardır ki burada haktan bedel alma daha açıktır. Bkz. Ali Hafif, *Ahkamu'l-muamelat*, 356, 365.

<sup>324</sup> Zeylaî, *Tebyin*, V, 258.

<sup>325</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, IX, 414.

<sup>326</sup> İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, V, 343-344.

<sup>327</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, Yarı Aynı Haklar başlığı.

<sup>328</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-hükkam*, II, 661.

<sup>329</sup> Kasañi, *Bedai*, VII, 122. Bu hakkın mücerred, gayri mütekarir ve zayıf hak sıfatlarıyla anıldığına dair bkz. Serahsi, *Şerhu siyeru'l-kebir şerhi* II, 796, *Mebcut* X, 44-45.

<sup>330</sup> Zeylaî, *Tebyin*, 5-35, İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 582, V, 343-344.



4- Şufa hakkı.<sup>333</sup> Bu da hakkı't-temellük grubundandır.

5- Cariye/kölenin işlediği öldürme fiilinde öldürülenin yakınlarının köle üzerindeki hakları.<sup>334</sup>

6- Sahibinin mekateb köle üzerindeki hakkı.<sup>335</sup>

7- Hibeden rücu hakkı.<sup>336</sup>

8- Varisin ve musa leh'in taksim öncesi tereke üzerindeki hakkı.<sup>337</sup>

9- Kazif haddinde mağdurun hakkı<sup>338</sup>

10- Hanefi metinlerinde bazı irtifak haklarından mücerret hak olarak bahsedilir.<sup>339</sup> Mesela su akıtma irtifakında irtifak sahibi mecraya malik değilse bu mücerred bir haktır. Eğer mecraya da sahip ise bu defa mütekkid bir hak halini alır. Zira bu halde hak bir mala malik olma yani milk ile birlikte bulunduğundan güç kazanarak mücerret hak olmaktan çıkmıştır. Diğer mezheplerde ise irtifaklar bu şekilde bir ayırma gidilmeksizin kural olarak milku'l-menfaa niteliğinde yani dar anlamda bir hak olmaktan çok bir milk çeşidi (sınırlı ayni hak) olarak ele alınır.<sup>340</sup>

<sup>331</sup> *Dureru'l-hukkam*, I, 591-600. İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, V, 146.

<sup>332</sup> İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 582.

<sup>333</sup> Hanefilere göre bu hak mücerred re'y olup kişinin sıfatıdır. Bundan dolayı mirasla intikal etmez. İbn Hümmam, *Fethu'l-kadir*, IX, 414-416; Serahsî, *Mebcut*, X, 44-45. *Bedai* de şufanın kıyasa aykırı olarak sabit olması dolayısıyla 'zayıf ve mütezil' bir hak olduğundan bahseder. Kasanî, *Bedai*, V, 17. Şafiilere göre şufa hakkı şefiî vefatıyla varislerine intikal eder.

<sup>334</sup> Serahsî, *Mebcut*, XXVII, 19, 38, İbn Kudame, *Muğni*, IV, 123-124.

<sup>335</sup> İbn kudame, *Muğni*, X, 372.

<sup>336</sup> Zira bu hak hibe edilenin hibe konusunu başkasına satmasıyla düşer. Kerabisi, *Furuk*, III, 50.

<sup>337</sup> İbn Nüceym, *Eşbah*, III, 355.

<sup>338</sup> Bkz. İbn Hümmam, *Fethu'l-kadir*, V, 328. Kısas hakkı kul hakları alanında olduğu ve malvarlığı hukuku kavramlarıyla çözüme kavuşturulduğu halde kazif hakkı Allah hakkı tarafı ağır bastığından dolayı zayıf bir hak olarak değerlendirilmiştir. Zira kulun, kazif hakkı üzerinde özellikle mali sonucu olan herhangi bir tasarrufta (sulh vb.) bulunma yetkisi yoktur.

<sup>339</sup> İbn Nüceym, *Resail*, s. 141. Hakk-ı murur, hakk-ı şirb ve hakk-ı mesil klasik doktrin gereği mücerred hak olduğundan dolayı Mecelle'de araziye bağlı olarak satımı caiz görüldüğü halde müstakil olarak satımı caiz değildir. Md. 216. Bunların satımının caiz olmamasını Ali Haydar mücerred haklardan olmasına bağlar. *Dureru'l-hukkam*, I, 234-235. Ancak Mecelle Tadil Komisyonu bu maddede değişiklik yaparak bu hakların açıkca mütekkid haklardan olduğu ifade etmiştir. Madde şöyledir: "Hakk-ı murur ve hakk-ı şirb gibi hukuk-i mütekkidenin arza bağlı olarak satımı caiz olduğu gibi münferiden satımı dahi caizdir. Bkz, Osman Öztürk, *Mecelle*, s. 100.

<sup>340</sup> Hanefi metinlerinde irtifak haklarının hukuki niteliğinin tespiti çelişkili bir durum arzeder. Zira burada söz konusu olan mücerred bir hak olmayıp, hadim gayri menkulün bir konuda kullanımı ve onun menfaatlerinden bilfiil istifade anlamı taşıdığından diğer mücerred haklardan ayrılır. Zira onlarda böyle bir istifade yetkisi söz konusu değildir. Bu bakımdan diğer mezheplerdeki gibi milku'l-menfaa olarak değerlendirilmeleri daha doğru olur. Öyleki şirb hakkının hiçbir şekilde mücerred hak olarak kabulü doğru değildir. Zira bu hak, sahibine doğrudan hakkın miktarınca suyu kullanma hakkı vermektedir ve sulamada kullanılan bu su ihraz edildiğinde sahibinin mülkiyetine girmektedir. Dolayısıyla burada mal ve milk'ten tamamen mücerret bir hak söz

11- Mücerred hakların bir türü de tımar, meşeddü'l-miske gibi tasarruf hakları ve vakıflardaki imamlık, hatiplik, müezzinlik vb. 'vezaiif' denilen vakıf görevleridir.<sup>341</sup>

Buraya kadar sayılan mücerred haklardan bir bölümü 'hukuk' seviyesindeki haklardan hakku't-temellük türündedir. Kabul hakkı, hibeden dönme hakkı, ganimet üzerindeki hak, şufa hakkı gibi. Diğerleri ise milk niteliğinde olmamakla beraber malvarlığı hakları içinde değerlendirilebilecek haklardır. Kısas ve nikah ile doğan haklar da özel hukuk alanında olduğu ve malvarlığı hukuku ile ilgili kavramlarla çözüme kavuşturulduğu için bu tablodaki yerini almaktadır. Zira bu iki hak diğer müteekkid haklar gibi bedel (ıvaz) alınması mümkün haklardır. Kısasta mağdurun velisi ile yapılan sulh sayesinde kısastan vazgeçilerek bunun belirli bir bedele çevrilmesi mümkün olduğu gibi, kocanın karısıyla sulh akdi yaparak boşama yetkisini bedel karşılığında kadına devretmesi mümkündür. Bunun anlamı erkeğin kadın üzerindeki milku'l-mut'asından vazgeçerek ondan bedel almasıdır. Nitekim bazı metinlerde açıkça bu iki hak milku'l-ayn gibi değerlendirilir.

Bu ayrımını ve bu ayrımına ilgili kavramları en yoğun kullanan Hanefi mezhebini esas aldığımızda, Hanefilerin hakları belirli özelliklerine göre gruplara ayırma gayesinde olmadıklarını, aksine hukukun değişik alanlarında birbirinden farklı özellikteki bir çok hak tipini yukarıdaki kriterler açısından nitelemek gayesinde olduklarını görürüz. Bu bağlamda ortada belirgin bir hak ayırımından çok bazı hakların bedel karşılığı devredilmesi ve mirasla intikaline karşın diğer bir grup

---

konusu değildir. Diğer taraftan geçit hakkı da belirli bir yol üzerinde kurulu (belirli bir mahalde sabit) bir haktır. Nitekim İbn Hümam geçit hakkının cevazına dair mezhep içindeki görüşü değerlendirirken bunun böyle olduğunu belirtmiş ve geçit hakkının bu şekilde belirli bir mahal üzerinde kurulu olması dolayısıyla bazı Hanefi bilginlerin buna cevaz verdiğini, tealli (üst) hakkının ise belirli bir mahalde sabit olmayıp mal niteliğinde olmayan 'hava' üzerinde kurulu olduğu için satımının caiz olmadığını belirtmiştir. (Bkz. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 429-430) Oysa bu yorum da tealli hakkının mücerret hak olduğunun ispatına yönelik bir kurgu olup tealli hakkının mahalli olarak, yapının yapılacağı bina ya da arazi görülebilirdi. Tüm bunlar Hanefilerin irtifakları mücerret haklar grubunda ele almalarının tutarsızlığını ortaya koymaktadır. İrtifaklar diğer mücerret haklardan farklı olup bunların diğer mezheplerdeki milku'l-menfaa şeklinde sınırlı aynı hak mahiyetinde görülmesi daha tutarlı olacaktır.

<sup>341</sup> Özellikle Hanefi kaynaklarda konu bu şekilde ortaya konulduğundan bu hakların satımları yani bunlardan bedel almak, mücerret hakların satımının caiz olmadığı genel kuralıyla çözülsede (bkz. İbn Abidin, *Tenkihu'l-fetava*, I, 205, 215; Hamevî, *Gamez*, IV, 158; İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, IV, 353-354) zaman içinde konu sosyal ve ekonomik yönü dolayısıyla değişik bir yaklaşımla çözülmüş ve bu hakların satımının cevazı yönünde fetvalar çıkmıştır. İslam hukukçuları bu tür vazife ve yetkileri milk olarak değil de 'hak' olarak değerlendirdikleri için bunların bazı yazarların yaptığı gibi sınırlı aynı hak olarak nitelenmesi doğru değildir. (Mes. bkz., Akgündüz, *Vakıf Müessesesi*, s. 351-352.

hakkın bu özelliklerde olmayışını izah etmek için ortaya konulan bazı kavramlardan bahsetmek daha doğru olur.

Örnek olarak Hanefiler ayıp muhayyerliğini müteekkid bir hak olarak gördükleri halde şart muhayyerliği ve görme muhayyerliğini mücerred hak olarak görürler. Bu iki muhayyerlikten birinin mücerred diğerinin müteekkid hak olmasının izahını şöyle yaparlar: Ayıp muhayyerliği bir mahalde sabit olan bir haktır. Zira bu, satılan nesnenin (mebi) ayıptan salim olma vasfı taşımasıyla ilgilidir. Ayıplı olup olmama hali mal olan mebinin bir vasfı olduğu için kendisi de mal hükmündedir. Dolayısıyla ayıp muhayyerliğinin diğer mallar gibi mirasla intikali ve alıcı satıcı arasında sulha konu olması mümkündür.<sup>342</sup> Ancak görme muhayyerliği ve şart muhayyerliği mal ile ilgili, mal üzerinde kurulu bir hak olmayıp hak sahibine ait bir irade ve vasıftır. Bu tür vasıfların ise mirasla intikali ve bedel ile devri mümkün değildir.<sup>343</sup>

İkinci bir örnek olarak irtifaklar verilebilir. Hanefiler kural olarak satım, vb. sözleşmelerle kurulmalarını kabul etmedikleri irtifakları bu hüküm açısından yorumlarken onların mücerred hak olduğunu ve bu yüzden bu tür sözleşmelere konu olmadığını belirtirler.<sup>344</sup> Diğer yandan sulh akdiyle bu tür irtifakların kurulmasının mümkün görülmesinden dolayı bu bağlamda geçit , sulama vb. irtifakların bir mahalde sabit haklardan olduğunu ileri sürerler.<sup>345</sup> Dolayısıyla irtifaklara satım akdi açısından bakıldığında mücerret hakka, sulh açısından bakıldığında ise müteekkid hakka benzemektedirler. İşte bu tür tezatların ortaya çıkması bu ayırımların teorik olmaktan çok düzenleyici olmasıyla ilgilidir.

### 3- SABİT, MÜTEEKKİD VE TAM/KAMİL HAK AŞAMALARI

Literatürde bazı hak türlerinin sonuçta bir aynı hak halini alması, hakların üç aşaması olarak sunulmaktadır. Özellikle şufa ve gazilerin ganimet üzerindeki haklarıyla ilgili olarak bu üç aşama gündeme getirilir. Bu iki hak türü statik mahiyette olmayıp milk niteliğine dönüşüncüye kadar mücerret ve müteekkid hak aşamalarından geçer ve nihayetinde milk halini alır. Hakkın aşamaları şöyle tanıtlır: Ganimet üzerinde, düşmandan ele geçirilmesi ile hak sabit olur (mücerret hak), sonra ihraz ile (savaş sonrası daru'l-islam'a taşınması) bu hak teekküd eder (müteekkid

<sup>342</sup> Bkz. Kasanî, *Bedâi*, VI, 51.

<sup>343</sup> İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 582; V, 343, 344.

<sup>344</sup> Bkz. Ali haydar, *Düreru'l-hukkam*, I, 235.

<sup>345</sup> Bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, IV, 59-60.

hak), ganimetin daru'l-islam da taksimi ile de temekkün eder. (Mülkiyet oluşur).<sup>346</sup> Şefi'nin hakkı da böyledir. Satım akdiyle sabit olur (mücerred hak), şufa hakkının kullanılacağına dair talep ile teekküd eder,<sup>347</sup> hakkın kullanımı sonucu akarın alınmasıyla mülkiyet meydana gelir.<sup>348</sup>

#### E) AYN'A VE ZİMMETE TAALLUK EDEN HAKLAR AYIRIMI

Haklar başka bir ayırımıya göre ayn üzerinde kurulu olanlar ile zimmette sabit olanlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu zannedildiğinin aksine fıkihtaki hakları ya da malvarlığı haklarını teorik olarak bütüncül bir bakış açısıyla sınıflandırma gayesiyle yapılmış bir ayırım olmayıp esas amacı, haklar arasındaki sıra düzenini ve önceliğini tespit etmektir. Bu ayırımın gündeme getirildiği hemen her yerde böyle bir öncelik sonralık ilişkisi söz konusudur. Özellikle malvarlığı hukuku ile ilgili olan bu sınıflamanın kullanıldığı gerçek alan 'alacak hakları'yla ilgilidir. Zimmette sabit olan normal alacaklar (mutlak deyn) ile, bir ayn ile irtibatı (taalluku) bulunan alacaklar birbirinden ayrılmaktadır. Bu şekilde, iki deyn türü arasındaki öncelik sonralık ilişkisi (sıra düzeni) belirlenecektir. Normal alacaklar birer şahsi hak olup doğrudan belirli bir eşya üzerinde kurulmayıp zimmette sabit olurlar. Bu fıkihtaki normal alacakların (deyn) geneli için geçerlidir ve alacaklı hakkını almak istediğinde borcun zimmetinde sabit olduğu kişiye karşı talebini yapar. Alacaklının borçlunun malları üzerinde doğrudan bir hakkı yoktur. İşte bunlar zimmette sabit olan alacaklardır. Deyn'in genel vasfı böyle olmakla birlikte bazı deyn tipleri özellik arz ederler ve genel kuralın aksine borçlu bir kişinin zimmetinden çok ya da borçlunun zimmetiyle birlikte ayrıca belirli bir ayn üzerinde kurulurlar. İşte bu tip deynler belirli bir ayn üzerinde kurulduğundan, alacaklının alacak hakkı borçlunun şahsından bağımsızlaştırılmış ve deynin taalluk ettiği ayn'a bağlanmıştır. Dolayısıyla alacağı bu ayn'ın yeni maliklerine karşı ileri sürmek mümkündür. Bu deynler ayna bağlı olmakla aynı hak niteliği kazanmazlar ve deyn yani şahsi hak niteliğinde alacak hakkı olarak kalırlar. Bu yüzden ayn'a ve zimmete bağlı haklar ayırımı –ilk planda

<sup>346</sup> Kasani, *Bedai*, VII, 122.

<sup>347</sup> Bu noktada Hanefilerin şufa hakkına yaklaşımında bir istisna söz konusudur. Şufa hakkı teekküd etse de asıl itibarıyla mücerred hak olduğu için teekküd etmiş haliyle bile mirasla intikal etmez, sulh yoluyla ondan bedel alınmaz. Dolayısıyla şufa için bahsi geçen teekküd Hanefiler açısından istisna teşkil eder. Aslında Hanefiler açısından şufa talebiyle şufa hakkı teekküd etmeyip sadece varlığını devam ettirmiş olmaktadır. Teekküd kavramının buradaki kullanımı Hanefiler açısından tutarlılık taşımaz. Diğer mezheplerde ise talep sonrasında şufa hakkı teekküd eder ve müteekküd hak halini alır. Mesela, Hanbelilerde şufa hakkı talep edilmişse, vereseğe intikal eder. Vefat edenin müstakır bir hakkıdır. *Behutî, Dekaiik*, II, 347.

<sup>348</sup> Serahsî, *Mebsut*, X, 33.

çağrıştırdığı anlamın aksine- aynı hak şahsi hak ayrımını olmayıp şahsi hakların kendi içinde bir ayrımıdır.

Normal (mutlak) borçlar doğrudan borçlunun zimmetinde sabit olurken farklılık arzeden diğer grup olan ayn üzerinde kurulu olan (ayn'a taalluk eden) borçlar 'bir 'hak' türü olarak 'hakku't-taalluk' kavramıyla ifade edilir. Hakku't-taalluk kavramı Hanefi mezhebinde fazla gelişmiş ve kullanılan bir terim olmayıp daha çok diğer mezheplere ait bir kavramdır. Bu borçlar borçlu kişi açısından değil de alacaklılar açısından bir hak oluşları dikkate alınarak İbn Recep tarafından sekiz tip olarak belirlenmiştir. Bunların en önemlileri şunlardır: Borçlusundan rehin alan kişinin alacağına rehin üzerine taalluku,<sup>349</sup> bir müessir fiil işleyen kölenin bu haksız fiiliyle yol açtığı tazminat borcunun kölenin aynına daha doğrusu mali değerine taalluk etmesi, alacaklıların hakkının tereke üzerine taalluku.<sup>350</sup>

Ayna ve zimmete bağlı haklar ayrımının temel gayesi bir kişinin malı üzerindeki alacakların sıra düzenini tespit etmektir. Özellikle de iflas, vasiyet ya da miras ve kölenin öldürme ve müessir fiilleri ile ilgili olarak sürekli gündeme getirilen bu ayırımı ana ilke ayn'a taalluk eden hakların zimmete taalluk eden haklardan önce ödenmesi gerekliliğidir.<sup>351</sup> Buna göre mesela vefat eden kimsenin terekesi ya da iflas eden kişinin malları üzerinde önce terekedeki bir mala taalluk eden borçları, sonra da normal borçları ödenir. Buna göre vefat edenin, karşılığında rehin verdiği borcu, normal borçlarından önce kapatılır, sonra normal borçları ödenir.<sup>352</sup> Yine - Hanefi dışındaki mezheplerde- rehin verilen köle bir müessir fiil işlerse müessir fiilin mağduru mürtehinden önceliklidir. Zira müessir fiil mağdurunun alacağına kölenin rakabesinden başka müteallakı yoktur. Mürtehinin hakkı ise öncelikle zimmette sabittir. Dolayısıyla köleden ödenmezse bile zimmette sabit olduğu için başka bir alternatifi vardır.<sup>353</sup>

Ayn üzerinde kurulu olan alacak haklarının hukuki niteliğinin tespiti Kara Avrupa'sı Hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da tartışmaya açıktır. Zira bu alacak hakları aynı hak-şahsi hak ayrımında bu iki gruptan birine doğrudan

<sup>349</sup> Bu sekiz türden ilki olan rehin hakkı Hanefilere göre aynı bir hak olarak ele alınır. Şafiilere ve diğer mezheplere göre rehin akdinin gereği deynin ayn'a taalluku iken Hanefilerde ise rehin akdi, rehin üzerinde onu hapsedme noktasında kurulu bir aynı hak şeklinde ele alınmıştır. Bkz. Zencanî, *Tahrîcu'l-furu*, s. 203.

<sup>350</sup> Bu hak tipleri için bkz. Üçüncü Bölüm, Yarı Aynı Haklar Başlığı.

<sup>351</sup> "Ayn'a taalluk eden hak zimmete taalluk edenden önce gelir" Zerkeşi, *Kavaid*, III, 134.

<sup>352</sup> Harâşî, *Şerhu Muhtasar*, VIII, 196, Aynı metin, Desukî, *Şerhu'l-kebir*, IV, 457; Hattab, *Mevahibu'l-celil*, VI, 405-406.

<sup>353</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, II, 64.

yerleştirilmesi zor olan haklardır. Bu konuyu bu tür alacak haklarını inceleyeceğimiz hakkı't-taalluk konusunda ele alacağız.

İslam hukukçuları ayn'a ve zimmete taalluk eden haklar ayırımı özellikle alacak hakları bağlamında kullanmakla birlikte zaman zaman bu ayırımı özellikle satım sözleşmesinde alıcı ve satıcı taraflardan hangisinin edimini önce ifade edeceğini belirleme noktasında da kullanırlar. Buna göre Hanbeliler bu durumu zimmette ve ayn üzerinde sabit deynlerdeki genel kuralla çözerler. Bu kural ayn'a taalluk eden hakkın zimmete taalluk eden haktan önce geldiği şeklinde olduğundan peşin bir malın satımında önce satıcı malı teslim eder, sonra da alıcı semeni verir. Zira alıcının hakkı mebinin aynı üzerinde, satıcının hakkı ise zimmetteki semen üzerinde kuruludur. Dolayısıyla mürtehinin hakkının ayn'a taalluk etmesi sebebiyle diğer alacaklılara takdim edilmesi gibi, burada da alıcının milki mebinin aynına taalluk ettiği için zimmetteki deynden önceliklidir.<sup>354</sup> Dolayısıyla Hanbelilerde ve Şafiilerin bir görüşünde satıcının mebiyi hapis hakkı yoktur. Hanefiler ise bu bağlamda alıcının ayn üzerindeki milkinin daha güçlü olduğunu kabul etmekle birlikte alıcının semeni ödeyerek bayinin milkini de aynı derecede güçlü hale getirmesi gerektiğini, zira muavaza akitlerindeki gayenin tarafların eşitliği ilkesi üzerine kurulduğunu belirtirler.<sup>355</sup> Malikilerin görüşü de bu yöndedir.

Görüldüğü üzere ayna-zimmete taalluk eden haklar ayırımı fıkıhtaki malvarlığı haklarının bütüncül bir sınıflaması mahiyetinde olarak alacak hakkı-ayni hak ayırımından farklıdır. İslam hukukçuları bu ayırımı öncelikli olarak sadece alacak hakları bağlamında geliştirmişler sonra da bunu aynî haklarla ilgili sınırlı bazı konularda da kullanmışlardır. Dolayısıyla bu ayırımın da aynî-şahsî hak ayırımıyla denkliliğini ileri sürmek doğru değildir. Ancak yine de hakların bu şekilde ayırımının ayni-şahsi hak ayırımının islam hukukundaki karşılığının tespitinde bir hareket noktası olarak kabul edilmesi ve bu ayırımla mukayese yapılacak şekilde genişletilmesi mümkündür.<sup>356</sup>

<sup>354</sup> Bkz. Behutî, *Keşşafü'l-kına*, III, 239; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 140.

<sup>355</sup> Hanefiler burada mebi üzerindeki hakkı, milk olarak niteledikleri gibi, satıcının semen üzerindeki hakkını da milk olarak nitelerler. Bkz. Serahsi, *Mebsut*, XIII, 192.

<sup>356</sup> Çağdaş bazı araştırmacılar bu ayırımın doğrudan aynî-şahsi hak ayırımı anlamına geldiğini belirterek klasik kaynaklarda olmadığı şekliyle her iki hak türünün altında fıkıhtaki bütün ayni ve şahsi hakları sıralamaya çalışmışlardır. Ancak ilk planda doğru gibi gözükken ve Batı hukukunun en önemli ayırımının fıkıh kaynaklarında bulunduğu şeklinde bir yoruma yol açan bu anlayış doğru değildir. Böyle bir yaklaşım için bkz. Ebu Sünne, *en-Nazariyyâtu'l-âmmeh*, s. 68-77.

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**İSLAM HUKUKUNDA AYNİ HAKLAR**



## I- POZİTİF HUKUKTA AYNİ HAK KAVRAMI

Bu bölümdeki amacımız islam hukukunda ayni hak kavramının var olup olmadığını araştırmak ve fıkıhta eşya üzerinde kurulan yetkilerle ilgili temel kavramları ortaya çıkarmaktır. Bu bağlamda atılacak en esaslı adım fıkıhta eşya üzerindeki yetkileri ifade eden temel kavram olan ‘milk’ terimi ile pozitif hukuktaki ayni hak kavramını mukayese ederek iki terim arasındaki paralellikleri ortaya koymak ve fikhın bu konudaki terim ve teorilerini bu yoldan hareketle izah etmeye çalışmaktır. Böyle bir mukayese milk teriminin fıkıhtaki yerinin tam olarak anlaşılabilmesi için zorunludur.

### A- MALVARLIĞI HAKLARI İÇİNDE AYNİ HAKLAR

Özel hukuk alanındaki haklar, konularına yani ilgili oldukları ve korumak istedikleri menfaatlere göre iki büyük gruba ayrılır: Maddi menfaatlerin korunması amacını güden haklara ‘mamelek/malvarlığı hakları’; manevi menfaatlerin korunmasına yönelik haklara “kişilik hakları” denilir. Malvarlığı bir kimsenin para ile ölçülebilen hakları ve yükümlülüklerinin bütünüdür. Malvarlığı hakları, ayni haklar, bütün alacak hakları ve fikri hakların mali kısımlarından meydana gelir.<sup>1</sup> Fikri hukuk ayrı bir hukuk branşı olarak değerlendirildiğinden, ayni haklar ve alacak hakları malvarlığı haklarının temelini oluşturur.

Malvarlığı hakları başka bir ayırımla mutlak haklar ve nispî haklar şeklinde ikiye ayrılır. Aynî haklar mutlak haklar grubuna, borç ilişkisinden doğan alacak hakları ise nispî haklar (şahsi haklar) grubuna dahildir. Nispî haklar kural olarak belirli şahıslar arasındaki bir borç ilişkisinden meydana gelirler. Nispî hakların konusunu bir borç ilişkisinde taraf olan şahıslardan borçlu tarafın alacaklıya karşı olan edimi oluşturur. Aynî haklarda ise hak sahibi, hakkın konusu olan eşya üzerinde doğrudan doğruya ve vasıtasız bir hakimiyet kurmuştur. Hak sahibi eşya üzerindeki hakimiyetini kullanmak için hukuken kimsenin yardımına ve aracılığına muhtaç değildir.

### B- AYNİ HAK KAVRAMININ MAHİYETİ

Aynî hak kavramı pozitif hukukta özel hukukun en esaslı kavramlarından biridir. Eşya hukukunun konusu aynî haklardır. Bununla birlikte aynî hak kavramı ve

<sup>1</sup> Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 213.



bunun mahiyet ve tanımı hukuk doktrinlerinde çok tartışılmış ve ortaya klasik ve modern şeklinde ayırabileceğimiz iki ana teori grubu çıkmıştır.<sup>2</sup>

Klasik teoriler iki gruba ayrılabilir. Bunlardan ilki sadece aynî hakkın hak sahibine verdiği yetki ve iktidarlara yani onun iç muhtevasını esas alır. Diğer ise iç muhtevasını göz ardı ederek hak sahibinin üçüncü şahıslara karşı verdiği yetkilere (dış muhteva)vurgu yaparak onu tanımlar. Aynî hakkı iç ya da dış muhtevasından sadece birini esas alarak tanımlamak eleştirilere maruz kaldığı ve onun gerçek mahiyetini ortaya koymadığından modern teori klasik teorilerdeki iç ve dış muhtevaya eşit derecede önem vererek bunları birleştirmiştir. Bu görüşe göre aynı hak şöyle tanımlanabilir: Bir kimseye bir eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet ve en geniş yetkiler sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen haklardır.<sup>3</sup>

Bu tanımdan hareketle aynı hakkın muhteva ve mahiyetini oluşturan, hak sahibine verdiği yetkileri iki başlık altında inceleyebiliriz:

#### 1- Aynı Hakkın İç Muhtevası

Hak sahibinin eşya üzerindeki iktidar ve yetkileri anlamına gelen iç muhtevayı şu unsurlardan oluşur:

1) Hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde eşyadan en geniş bir şekilde dilediği gibi faydalanma ve onu kullanma yetkisi. Aynî hak, eşyadan faydalanmak hususunda tam bir yetki verir. Hak sahibinden başka şahıslar aynî bir hakka konu olan eşya üzerinde bu iktidar ve yetkilerden bazılarını ancak hak sahibinin rıza ve muvafakatiyle sahip olabilirler.

2) Eşyayı kendi münhasır fiili ve hukuki hakimiyet sahasında bulundurma yetkisi: Bu, hak sahibinin eşyayı bir üçüncü şahsın yardımına ya da belirli bir eylem ve davranışta bulunmasına lüzum kalmadan kendi eli altında, üzerinde fiili veya hukuki hakimiyet icra edebileceği bir tesir sahasında bulundurma iktidarındır. Aynî haklarda eşyanın hak sahibinin fiili ve hukuki hakimiyetinde bulunmasından dolayı hak ile hakkın konusu olan eşya arasında sıkı bir kaynaşma, bir birleşme meydana gelmiştir. Adeta hakkın konusu da bir hak haline gelmiştir.<sup>4</sup>

Aynî hakta hak sahibinin fiili ve hukuki hakimiyetini icra etmesi doğrudan doğruya olup üçüncü şahsın aracılığına lüzum yoktur. Şahsi haklarda (mesela kira

<sup>2</sup> Bkz., Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 2-7.

<sup>3</sup> Benzer tanımlar için bkz. Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s. 5; Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 8; Saymen, *Eşya Hukuku*, I, 3.

<sup>4</sup> Bkz., Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 9.

veya ariyette) olduğu gibi bir üçüncü şahsın yardımıyla bu şahsa düşen bir edim dolayısıyla değil, fakat doğrudan doğruya hak sahibinin kendi fiili ile olur.<sup>5</sup>

3) Eşyayı hukuki muamelelere konu yapma yetkisi: Hak sahibi hukuk düzeninin sınırları içinde eşyasıyla ilgili dilediği hukuki muameleleri bizzat kendisi yapabilir, eşyayı istediği akde konu yapabilir, hatta onun üzerinde haiz olduğu yetkileri başkasına kısmen ya da tamamen devredebilir. Aynî hakkın saydığımız üç yetkinin oluşturduğu iç muhtevasını temel alan hukukçular onu eşya üzerinde hakimiyet hakkı olarak adlandırırlar.

## 2- Aynî Hakkın Dış Muhtevası:

Hak sahibinin üçüncü şahıslar karşısında sahip olduğu iktidar ve yetkiler anlamına gelen dış muhtevası, aynî hakkın herkese karşı tesirli olmasını sağlar. Hak sahibi eşya üzerindeki hakimiyet ve yetkilerini ihlal edenlere karşı hakkın dış muhtevasından doğan yetkilerini kullanmak sureti ile onlara başkalarının riayet etmesini sağlar. Herkesin, başkasının bu tür iktidar ve yetkilerini ihlal etmekten kaçınma ödevi vardır. Bu, bütün üçüncü şahıslara kanundan doğan, kanuni bir vazife mahiyetindedir.<sup>6</sup> Hiç kimse hak sahibinin aynî hakkının türüne göre o hakkın iç muhtevasıyla belirtilmiş olan eşya üzerindeki yetkilerine dokunamaz, yetkilerini kullanırken hak sahibini rahatsız edemez. Aynî haktan hak sahibi lehine eşya üzerindeki iktidar ve yetkilerini ihlal eden herkese karşı yönelebilecek olan bir talep hakkı da doğar. Aynî haktan doğan bu talep hakkı arada akdî bir bağın mevcut olup olmadığına bakılmaksızın bu hakkı ihlal eden herkese karşı kullanılır. Bu da aynî hakkın mutlak bir mahiyeti olduğunu gösterir. Zaten aynî hakkın mutlak tesirleri onun özelliklerinden en önemlisidir.

## C- AYNİ HAKKIN HÜKÜMLERİ

Ayni hak yukarıda belirlenen mahiyeti ve unsurları dolayısıyla birtakım hükümlere sahiptir ki bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

<sup>5</sup> Bkz., Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 10.

<sup>6</sup> Ayni hakkı, onun dış muhtevasına vurgu yaparak izah eden klasik teorilerde bu yükümlülük bir borç olarak algılanmış ve ayni hak bu açıdan şahsi hak kavramına yaklaştırılmıştır. Buna göre ayni hak diğer bütün insanlarla hak sahibi arasındaki bir borç ilişkisi niteliğinde olup bu bütün insanlara hak sahibinin hakkına dokunmama şeklinde menfi bir borç yükler. Oysa bu durumu üçüncü şahıslarla hak sahibi arasında bir 'borç ilişkisi' olarak nitelemek doğru değildir. Borç ilişkisi ancak belirli kişiler arasında olabilir. Kişilerin başkasının aynî hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü onlara kanunla yükletilmiş bir ödev mahiyetindedir, bu bir borç değildir. Bkz. Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 5-7.

1- Aynî haklarda alenilik ilkesi geçerlidir: Aynî hak, hak sahibinin hakkın konusu olan eşya üzerinde herkesin riayet etmekle ödevli olduğu birtakım yetkileri olduğundan dolayı bu durum aynî hakların varlığının ve hak sahibinin kimliğinin herkesçe kolaylıkla anlaşılabilir olmasını gerektirir. Zira bunların kolaylıkla herkesçe anlaşılması bu hakka riayeti daha iyi bir şekilde sağlar. Aynî haklardaki bu aleniyet menkullerde zilyetlik, gayri menkullerde ise tapu sicili vasıtasıyla sağlanır.

2- Aynî hakların sayısının sınırlı oluşu: Aynî haklara herkesin riayetle mükellef olması bunların herkes tarafından bilinen bir sayı ve çeşitte olmasını da gerektirir.

3- Aynî haklara konu olan eşyanın muayyen oluşu: Her şeyden önce aynî hakların konusu yalnızca eşyalardır. Aynî hakların herkese karşı ileri sürülebilir mahiyette olması bu hakların konusu olan eşyanın da belli bir şekilde tayin edilmiş olmasını gerektirir. Bundan dolayı aynî hakkın konusunu ancak ferdiyle muayyen olan veya (cinsi ile muayyen olsa bile) şahsileştirilmiş bulunan eşyalar teşkil eder. Mesela şu veya bu markalı muayyen bir otomobil üzerindeki mülkiyet hakkının devri gibi.

#### D- AYNÎ HAK VE ALACAK HAKKI KAVRAMLARININ MUKAYESESİ

Yukarıda mal varlığı haklarının, mutlak haklar ve nispî haklar şeklinde ikiye ayrıldığını belirtmiştik. Aynî haklar mutlak haklar grubuna, borç ilişkisinden doğan alacak hakları (şahsi haklar) ise nispî haklar grubuna dahildir. Mutlak hak bir kişinin sahip bulunduğu ve herkesin uymakla yükümlü bulunduğu tasarruf yetkisinden ibarettir. Bu hakların en önemli niteliği herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Nispî haklar ise kural olarak belirli şahıslar arasındaki hukuki bir ilişkiden doğması sebebiyle ancak onlar arasında mevcut olan haklardır. Bundan dolayı nispî haklar herkese karşı değil, fakat sadece belirli bir ya da birkaç kişiye karşı ileri sürülebilir.<sup>7</sup> Malvarlığı hukukunu oluşturan iki temel haktan aynî haklar mutlak hak mahiyetinde olduğu için, eşya üzerinde kurulan diğer hak grubu olan alacak haklarından temel bazı noktalarda ayrılır. Aynî haklar doğrudan bir eşya üzerinde kurulan haklar iken alacak haklarında borçlunun alacaklıya karşı bir edimde bulunma yükümlülüğü vardır. Bu edim, bir şey yapma, bir malı verme, ya da bir hareketten kaçınma olabilir. Mesela kira akdinde malı kiraya veren kişi bu malı alacaklıya kullandırmayı taahhüt eder ve kendisi bu malı kullanmaktan kaçınma borcu altına girer. Satım akdinde de borçlu bir malın verilmesini taahhüt eder. Alacak haklarının konusu da -genellikle-

<sup>7</sup> Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 206.

eşyadır ya da eşya ile ilgilidir. Ancak bir eşya ile ilgili olsa bile bu tür nispî haklarla aynî haklar arasında farklar vardır. Bu fark özellikle şu noktalardadır:

1- Aynî hak sahibi hakkın konusu olan eşya üzerinde doğrudan doğruya ve vasıtasız bir hakimiyet kurmuştur. Hak sahibi eşya üzerindeki hakimiyetini yani yetkisini kullanmak için hukuken kimsenin yardımına ve aracılığına muhtaç değildir. Şahsi haklar ise –kural olarak- belirli kişiler arasındaki bir borç ilişkisinden doğarlar. Bundan dolayı hakkın konusu eşya ile ilgili olsa bile hak sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için borçlunun aracılığına, yardımına ihtiyacı vardır. Borçlu bunu yerine getirmedeği müddetçe alacaklı eşyadan faydalanamaz. Nispî hak ile ilgili olan eşya üzerindeki aynî hak esas itibarıyla yine borçlu olan malikin mamelekinde kalmaktadır. Mesela kiracı eşyadan faydalanmak veya müşteri eşya üzerinde kendi zilyetliğini tesis edebilmek için borçlunun edimini yerine getirmesini beklemek zorundadır. Borçlu, bu borcunu yerine getirmedeği müddetçe alacaklının eşyadan faydalanma, eşyayı kullanma ya da eşya üzerinde hakimiyet kurma imkanı yoktur. Bu durumda alacaklı, borçlunun ifada bulunmamasından doğan talep haklarını kullanabilir.

3- Nispî hak bir borç ilişkisinden doğar. Tesirini de ancak bu ilişkide taraf olanlar arasında meydana getirir. Halbuki aynî hak bir şahsın eşya üzerindeki yetkilerini ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilir. Hak sahibi hakkına tecavüz eden her kim olursa olsun ona karşı yönelebilecek bir talep hakkına sahiptir. Bu ise aynî hakkın mutlak tesirler meydana getirdiğini gösterir. Aynî hak ile şahsi hak arasındaki bu fark özellikle nispî bir hakkın üçüncü bir şahıs tarafından ihlali halinde alacaklının kural olarak himayesiz kalması neticesini doğurur. Bunun tipik örneği satım sözleşmesidir. Satıcı bir eşyayı müşteriye teslim etmeden önce yeniden bir başkasına satıp, teslim ederse ilk müşteri bu ikinci müşteriye karşı prensip olarak himayesiz kalır. O, ancak ifada bulunmama dolayısıyla satıcıdan tazminat talep edebilir. Halbuki malik, istisnalar bir tarafa, rızası dışında elinden çıkan eşyasını kimin elinde görürse ondan geri alabilir. Bu iki hak tipi arasındaki fark özellikle icra ve iflas hukuku bakımından önemli sonuçlar doğurur. Nispî bir hakka sahip olan şahıs, mesela kiracı veya müşteri, borçlunun iflası veya mallarının haczedilmesi halinde nispî hakkını kaybederek iflas masasına karşı bir alacak hakkı kazanır. Halbuki aynî hakkı bulunan kimse borçlunun iflası halinde bu eşyayı masadan ayırmak hakkına sahiptir. Borçlunun malları ile beraber kendi mallarının haczedilmesi halinde de istihkak davası açabilir.

Şahsi haklarda hak sahibi ancak bir başkasından yani borçludan belirli bir şekilde hareket etmesini, belirli bir eylem ve davranışta bulunmasını isteyebilir. Kira akdinde -ki şahsi bir haktır-, kiracı harap olan eşyanın tamirini kiraya verenden ister. Oysa intifa hakkında -ki aynî bir haktır-, tamiratı bizzat kendisi yapar. Satış akdinde satılan eşyaya üçüncü bir şahsın müdahale etmesi halinde müşteri ancak satıcıdan ifayı talep edebilir. Halbuki mülkiyet hakkı konu olduğu zaman malikin bizzat harekete geçerek bu müdahalenin menini istemek ve gerektiğinde elinden çıkan eşyayı geri almak hakkı vardır.

4- Aynî haklar devamlı haklardır. Bunun için kural olarak devamlı ilişkiler meydana getirir. Mesela mülkiyet hakkı gibi ortadan kaldırılmadıkça devam ederler. Nispi haklar ise kural olarak geçici ilişkilerle ayakta dururlar. Bu haklar, borçlunun edimini ifasıyla ortadan kalkar.

## E- AYNİ HAK TÜRLERİ

Ayni hakkın en önemli ve en çok kullanılan tasnifi, hakkın sağladığı yetkiye göre yapılanıdır. Buna göre ayni haklar iki temel gruba ayrılır.

### 1- Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet, eşya üzerinde tam bir hakimiyet ve en geniş yetkileri sağlayan ayni hak olarak tarif edilebilir. Aynî hakkın bütün özelliklerini mülkiyet hakkı kendisinde toplar. Bu nedenle mülkiyet bütün ayni hakların en mükemmelidir.<sup>8</sup> Hak sahibi hak konusu üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Tasarruf yetkisi geniş anlamda nesneyi zilyetliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semerelerini alma, tüketme ve yok etme gibi maddi fiilleri ve nesnenin mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ya da sınırlı ayni haklarla yüklenmesi gibi hukuki işlemleri kapsar.<sup>9</sup>

### 2- Sınırlı Ayni Haklar

Sınırlı aynî haklar, sahibine mülkiyet hakkına bağlanan yetkilerden ancak bazılarını tam olarak ya da belirli kısıtlamalarla sağlar. Bu tür haklar, hukuki nitelik bakımından mülkiyet hakkından farklı değildir. Hakkın sınırlı oluşu ayni niteliği ve etkinliği açısından değildir. Bu haklar da mülkiyet hakkı derecesinde aynî niteliktedir. Bu haklardaki sınırlılık, hakkın ayni etkinliğine değil, hakkın eşya üzerinde sağladığı hakimiyetin kapsamına ilişkindir.<sup>10</sup> Sınırlı ayni haklara bazı hukuk

<sup>8</sup> Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 23.

<sup>9</sup> Köprülü-Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 3; Wieland, *Aynî Haklar*, s. 24.

<sup>10</sup> Köprülü-Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 3.

sistemlerinde, “başkasının nesnesi üzerindeki haklar” denilmektedir. Bu deyim, sınırlı aynı hakların bağlı olduğu nesnenin, üzerindeki mülkiyet hakkının başkasına ait bulunduğunu ve o eşya malikinin mülkiyet hakkını daralttığını vurgulamaktadır.

Sınırlı aynı haklar Türk Medeni Kanunu'nda üç gruba ayrılmıştır.

a- İrtifak hakkı: Hak sahibine nesne üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini veya her ikisini sağlayan haklardır. İntifa hakkı, süknâ hakkı, geçit hakkı vb. b- Rehin hakkı: Hak sahibinin bir alacağını teminat altına alan ve alacak tahsil edilemediği zaman rehnedilen malın satılmasından elde edilecek para ile alacağın karşılanması yetkisini sağlayan haklardır. Rehin hakkı, nesnenin değeri ile alakalı bir haktır. Hapis hakkı da bir rehin türü olarak değerlendirilir. c- Gayrimenkul mükellefiyeti: Bir gayrimenkul malikinin, bu gayrimenkule karşılık olmak üzere, diğer kimse lehine bir şey yapma veya verme ödeviyle yükümlü olmasıdır.

#### F-AYNI HAKLARIN KONUSU OLARAK EŞYA/MAL KAVRAMI

Aynı hakların konusu kural olarak eşyalardır. Her hukuk sistemi kendi özellikleri ve sosyal, iktisadi ahlaki bazı nedenlerle bazı nesnelere eşya olarak nitelmez ve bu şekilde bunların üzerinde aynı hak kurulmasına ve hukuki işlemlere konu olmasına engel olur. Eşya hukuku nelerin hukuken eşya olduğunu belirleyerek bunların birtakım haklara ve hukuki işlemlere konu olacağını belirler. Eşya kavramı şu şekilde tanımlanabilir: Üzerinde hakimiyet kurulmasına elverişli ve genellikle iktisadi bir ihtiyaca cevap verebilen insan dışı maddi varlıklardır.<sup>11</sup>

Tarife göre eşyanın temel vasıfları şunlardır.

1- Eşyanın üzerinde hakimiyet kurulabilir olması gerekir.<sup>12</sup> Hakimiyet kurulamayacak olan mallar hukuken eşya sayılmaz. Mesela hava, açık deniz, akarsu, hakimiyetin kapsamını gösterecek bir sınırlandırma söz konusu olmadığı için eşya sayılamaz.<sup>13</sup> Yine güneş, ay, yıldızlar gibi üzerlerinde hakimiyet tesisi şimdilik mümkün olmayan şeyler de eşya değildir<sup>14</sup>. Hakimiyet kurulabilmesi için de eşyanın sınırlandırılabilmesi gerekir. Bu sınırlandırma menkul olanlarda tartma, ölçme sayma vb. yollarla; gayri menkullerde ise sınırlarının insanlarca tespiti ile olabilir. Ayrıca

<sup>11</sup> Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 33

<sup>12</sup> Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 33

<sup>13</sup> Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s.7

<sup>14</sup> Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s.6-7

bir “şeyin veya malın” eşya olabilmesi için bilfiil hakimiyet altında olması gerekmez. Kural olarak bu şeyin iktisap edilebilir, elde edilebilir bir özellikte olması yeterlidir.

2- Bir şeyin mal olabilmesi için bir ihtiyaca cevap verebilmesi gerekir. İhtiyaca cevap verebilecek miktarda olmayan şeyler eşya sayılmaz. Bir pirinç, buğday ya da bir miktar kum tanesi gibi.<sup>15</sup>

3- Maddi şeylerin eşya olabilmesi için para ile ölçülebilen bir değerinin olması konusu da tartışmalıdır. Bazı hukukçular bu konuda nakdi bir değeri şart koşmaz. Ona göre maddi şeyin sadece bir ihtiyaca cevap vermesi yeterlidir. Bu nedenle nakdi değeri olmayan ya da çok düşük olmakla birlikte kişinin kendisine manevi bir değer verdiği şeyler de eşya olarak sayılabilir. Mesela bir kimsenin mektupları, ailevi hatıraları vb. böyledir.<sup>16</sup>

4- Eşyanın maddi olması:<sup>17</sup> Eşya kavramı Roma hukukundan gelen bir ayırımla maddi ve gayri maddi eşya şeklinde ikiye ayrılır.<sup>18</sup> Maddi mallar, fiziksel bir varlığı olan, hissedilen ve mekanda sınırlı bir yer işgal eden mallardır. Gayri maddi mallar ise elle tutulup gözle görülen bir varlığı olmayan ve mekanda bir yer işgal etmeyen mallardır. Bunlar maddi bir varlığı olmamakla beraber para ile ölçülebilen bir değeri olan fikir ve sanat eserleri ile keşifler ve malvarlığı haklarıdır.<sup>19</sup> Örneğin bir müzik bestesi, bilimsel bir eser, heykeller, sinema eserleri böyledir.<sup>20</sup> Ancak fikir ve sanat eserlerini cisimlendiren maddi şeyler mesela bir kitabın, bir tablonun, bir heykelin maddesi ise eşya vasfını taşır. <sup>21</sup> Gayri maddi mallar üzerinde kurulan haklar Türk hukukunda aynı bir hak olarak görülmediği için eşya hukukunun dışında incelenmiştir. Bu tür haklar Fikri Hukuk içinde incelenir.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s.7

<sup>16</sup> Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 35;

<sup>17</sup> Jale Akipek gibi bazı yazarlar eşya ve mal kavramı arasında ayırım yapmaya çalışarak eşya kavramının sadece maddi mallar için kullanılmasını gerektiğini ileri sürse de Türk hukuk dilinde eşya ile mal aynı anlamda kullanılmaya devam etmiştir. Kanaatimizce de böyle bir ayırım gereksiz ve batı hukuklarında da karşılığı olmayan suni bir ayırımdır. Eşya ile mal terimlerinin aynı anlamda kullanıldığına dair bkz. Saymen, *Eşya Hukuku*, s.4; Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s.9;

<sup>18</sup> Saymen bu ayırımı manasız ve yersiz bulur. Zira maddi mallar ve maddi olmayan mallar ayırımı bir bütünü ayırımı değildir. Bir tarafta gerçek anlamda mallar/eşyalar varken diğer tarafta sadece bazı haklar vardır. Bundan dolayı bu iki grup arasında ortak bir nokta olmadığından bir bütünü iki ayrı kısmı değildir. Bkz. *Eşya Hukuku*, s. 4.

<sup>19</sup> Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 31.

<sup>20</sup> Öztrak, *Fikri Haklar*, s. 18. Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s. 7-8.

<sup>21</sup> Bkz. Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, I, 236; Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 32; Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s. 8.

<sup>22</sup> Aynı hakların konusunu bu şekilde kural olarak sadece eşyalar oluşturmakla birlikte bazı iktisadi zaruretlere nedeniyle bu kuralın birtakım istisnaları oluşmuştur. İlk olarak müstakil ve daimi hak olarak nitelenen bazı haklar gayrimenkul eşya gibi düşünülerek bazı aynı hakların konusu olarak kabul edilmiştir. (Bkz. *TMK*, m. 632/f.2, m.911; Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s.8, 431) İkinci olarak

## II- İSLAM HUKUKUNDA 'MİLK' KAVRAMI VE MİLK AYNİ HAK İLİŞKİSİ

### A- MİLK KAVRAMININ TANIMI

Günümüz hukukundaki aynî hak kavramı gibi İslam hukukunda, eşya üzerinde doğrudan kurulan ve sahibine en güçlü yetkileri veren hakları ifade için bir kavram olup olmadığını araştırdığımızda karşımıza hiç kuşkusuz ilk olarak “milk” terimi çıkar. Fıkıhın, eşya üzerindeki haklarla ilgili teorileri, kavramları ve sınıflamaları bu kavramın analiziyle ortaya konulabileceği gibi pozitif hukuktaki aynî-şahsi hak ayırımının ve bu iki hak türünün fıkıhtaki karşılığını bulmak için buna ihtiyaç vardır.

Klasik fıkıh (furu) kitaplarında en çok kullanılan kelime kökünün m-l-k kökü olduğu söylenebilir. Milk terimi ve bu kökten türeyen kelime ve terimlerin klasik fıkıh edebiyatında bu kadar yoğun kullanılmasının arkasında yatan temel bazı sebepler vardır: İlk olarak m-l-k kökü dar anlamda eşya üzerindeki hakimiyeti ifade eder. Fıkıh kitaplarında eşya ve borçlar hukukunun tüm hukuk branşları içerisinde taşıdığı özel önemden dolayı temelde eşya üzerindeki hakimiyeti ve hakları ifade eden terimler yaygın bir kullanıma kavuşmuştur. Borçlar hukukunun temel konusu olan sözleşmeler de çoğu defa bir eşya üzerinde meydana gelir. Bu yüzden sürekli bir şekilde farklılaşan ve değişik görünümler kazanan eşya üzerindeki hakimiyet özel önem taşır. Diğer bir sebep de klasik eserlerde özel hukukun en teknik konularını oluşturan eşya ve borçlar hukuku sahalarında eşya üzerine kurulu olan dil örgüsünün hukukun diğer branşları için de model oluşturması ve bu alanlara taşınmasıdır. Bu nokta özellikle Aile hukuku alanında nikah akdinin satım akdine benzetilmesi ve satım sözleşmesinin milk (milku'l-ayn) doğurduğu gibi nikah akdinin hükmünün de milk (milku'l-muta: milku'n-nikah) olarak belirlenmesidir. Bundan dolayı fıkıhta nikah ve talak konuları da milk kavramı ekseninde şekillenmiştir.<sup>23</sup> Ayrıca ceza hukuku konularında da kısas hakkı, eşya üzerindeki aynî haklara benzetildiği

---

Medeni kanun bazı hakların aynı birer hak olan rehin ve intifa hakkına konu olabileceğini kabul etmiştir. Yine *TMK* bir mamelekin bütünü üzerinde intifa hakkını kabul etmiştir. (Bkz. *TMK*. Md. 717, 745, 868; Oğuzman, *Eşya Hukuku*, s. 8.) Ancak *TMK* bu durumda bu tip hakları ve mameleki bütünüyle eşya mertebesine çıkarmak istememiştir. Bu durumda kanunun, açıkça saydığı bazı haklar üzerinde, eşya üzerindeki aynı haklara benzer bir tasarruf ve hakimiyet verdiği bahsetmek daha doğru olur. Bkz. Wieland-Karafakı, *Aynî Haklar*, s. 14-15; Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 34; Bkz. Telinay, *Türk Eşya Hukuku*, s. 14.

<sup>23</sup> Bu konuda nikah ve talak ile ilgili şu metinlere bakılması bu noktanın daha iyi görülmesine yardımcı olabilir. Bkz. Kasanî, *Bedâi*, III, 113; 131-135; 142; Damad, *Mecmau'l-enhur*, I, 416-417.



için bu benzerliği vurgulamak ve ona gönderme yapmak için milk (:milku'l-kıyas) kavramıyla ifade edilmiştir.<sup>24</sup>

İkinci olarak mlk kökü genel anlamda hakimiyeti ve otoriteyi ifade etmektedir. Bundan dolayı eşya üzerindeki hukuki hakimiyet gibi, insanlar üzerindeki siyasi hakimiyet de m-l-k köküyle ifade edilir. Bu bağlamda malın maliki ile melikin yani 'kral'ın aynı kelime kökünden gelmesi özellik arz eder.<sup>25</sup>

Milk kelimesinin (ya da bütün olarak m-l-k kelime kökünün) bu yaygınlığına rağmen orijinal fıkıh kullanım alanında gerçek yapısı yeterince teknik ve titiz bir şekilde ortaya konulmadığı gibi çağdaş fıkıh çalışmalarında da mahiyetinin tam olarak anlaşılmasını engelleyen anlam sapmaları olmuştur. Bu durum milk kavramının tam olarak analiz edilerek mahiyetinin ortaya konulmaması ve büyük ölçüde milk kavramının sadece mülkiyet hakkı anlamına alınarak fıkıhta gerçek yerine oturtulamamasıyla yakından alakalıdır.

Milk kavramının gerçek mahiyetinin tespiti için öncelikle milk kavramının terim anlamı, unsurları ve aynı hak kavramıyla olan ilişkisi ortaya konulmalıdır.

#### 1- Milk kelimesinin sözlük anlamı

Milk kelimesi m-l-k kelime kökünden mastar ya da isimdir. M-l-k kökünün fiili olan meleke'nin mastarı milk, mülk, melk, meleke ve memluke şeklinde gelir<sup>26</sup>. *Misbah*'da bu kökün mastarı olarak 'melk' kelimesi verilir ve milk kelimesinin bu kökten isim olduğu ifade edilir.<sup>27</sup> Meleke fiili ve dolayısıyla mastarlarının anlamı, kudret, tasarruf<sup>28</sup>, bir şeyi üzerinde tek başına doğrudan hakimiyet kuracak şekilde elde etmektir.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Bkz. Aşağıda 'Milk Türleri' Başlığı.

<sup>25</sup> Bu husus Roma Hukuku ve dili açısından da böyledir. Bkz., Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet*, s. 3-4.

<sup>26</sup> Cevherî bu anlamda 'meleke' kelimesinin mastarının sadece milk olduğunu belirtir. *Sıhah*, II, 144. Ancak bu sayılanlar da değişik dil bilginleri tarafından rivayet edilmiştir. Bkz. Zebidi, *Tacu'l-arûs*, C.III, s. 180. Fîruzâbâdî, *Kamus*, s. 1232.

<sup>27</sup> Feyyûmî, *Misbahu'l-munîr*, s. 221; Ebu'l-bekâ, meleke kökünden, eşya üzerinde hakimiyet anlamına isim ve mastar olarak milk denildiğini belirtir. *Külliyat*, s.853.

<sup>28</sup> Ahterî, *Lügat*, II, 341.

<sup>29</sup> "ملك الشيء: احتواه قادرا على الاستعداد به" Fîruzâbâdî'nin tanımındaki 'ihtivâ' kelimesi bir şey üzerinde hakimiyet kurma unsurunu, 'istibdat' ise, o nesne üzerinde doğrudan ve tek başına bir şekilde bu hakimiyeti kullanabilmeyi ifade etmektedir. Fîruzâbâdî, *Kamus*, s. 1232. Kamus mütercimi Asım efendi bu ifadeyi şöyle Türkçeleştirir: "Bir nesneyi istiklal vechi üzere zabt eylemeye kadir olarak zafer bulup zeberdesti istilaya almak manasıdır ki malik olmak tabir olunur." İbn Manzûr da meleke fiiline hemen hemen aynı karşılığı vermektedir. Bkz. *Lisamu'l-arab*, XII, 183.

Burada m-l-k kelime kökünden türeyen tüm sözcüklerle ve bu kökün diğer bazı anlamlarıyla ilgilenmeyip incelememizi milk ve mülk kelimeleri üzerinde yoğunlaştıracğıız. Görüldüğü üzere m-l-k kökünün en yaygın kullanılan iki mastarı ya da ismi olan milk ve mülk, sözlükte mastar olarak kullanıldıklarında aynı anlama gelebilmektedir. Ancak milk ve mülk kelimelerinin delalet ettiği anlam alanı yani kapsamları arasında bir farklılığın olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu ayırım klasik lügatlerde şöyle ifade edilir: “Mülk kelimesi akıl sahipleri ve diğerlerinde tasarrufu kapsadığı halde, milk şeklinde sadece cansız nesnelere, akılsız varlıkları –yani onlarda tasarrufu- kapsar.”<sup>30</sup> Bir çok klasik sözlükte ifade edilen bu ayırma göre milk özellikle mallar üzerindeki hakimiyeti, mülk ise saltanatı yani insanlar üzerindeki siyasi hakimiyeti ifade eder.<sup>31</sup> Buradan hareketle ‘meleke’ fiilinin faili olarak iki ayrı kelime vardır. Bunların ilki eşyanın sahibi anlamına ‘mâlik’ iken ikincisi insanlar üzerinde siyasi hakimiyet kuran ‘melik’ tir.<sup>32</sup>

Milk ile mülk kelimeleri arasındaki bu anlam birliği sadece m-l-k kökünün mastarı ya da ismi olmaları bakımından değildir. Bunun dışında meleke fiiline konu olan şeye, yani malik olunan nesneye de milk, mülk ya da melk denilebilmektedir.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Milk ve mülk kelimeleri arasındaki bu anlam farkı için bkz. El-Ebb el-Yesûî, *Feraidu'l-lüga*, I, 380. Ayrıca bkz., Ebu'l-beka, *Külliyât*, s. 853; Ahterî, *Lügat*, II, 341; Zebîdî, *Tacu'l-arûs*, III, 180; İsfahânî, *Müfredât*, s. 874. Cevherî, *Sihah*, II, 14; Vankulu, *Lügat*, II, 240. Feyyûmî, milkin eşya üzerindeki haklarla ilgili olduğuna belirttikten sonra mülk ile ilgili şöyle der: “Kişi insanlar üzerinde otorite kullanacağı saltanat görevine getirilirse ‘ملك على الناس أمرهم’ denilir. Bu, insanların yönetimi işini eline geçirdi anlamına gelir.” Feyyûmî, *Misbahu'l-munir*, s. 221. İsfahani ise bu bağlamda şunu aktarır: “Mülk cumhur/insanlar üzerinde emir ve yasaklar vererek tasarrufta bulunma yetkisidir. Bu anlamda mülk, akıllı varlıkların yönetim ve idaresini ifade eden bir kelimedir. Bu yüzden insanların mâliki denmez, meliki yani kralı –ya da efendisi- denir.” İsfahânî, *Müfredât*, s. 874.

<sup>31</sup> Milk ile mülk arasında, daha çok teknik terimleri içeren sözlüklerde başka bir açıdan daha ilişki kurulur. Buna göre “mülk ve milk kelimeleri, bir şey üzerinde hakimiyet kurarak tasarruf edebilmektir. Milk kelimesi mülk’ün cinsi gibidir. Yani, her mülk milktir ama her milk mülk değildir.” İsfahânî, *Müfredât*, 874. *Tacu'l-arûs* müellifi de bu ifadeyi ondan aktarır. III, 181. Bu anlamda mülk azamet ve sultan/ hakimiyet anlamına Allah’a izafe edilen onun daimi hakkı olarak görülen mülktür. İsfahânî, *Müfredât*, 875, Ebu'l-beka da benzer tarzda şöyle der: “mülk” şeklinde malik olunan ve olunmayan her türlü şey üzerindeki hissi-fiili hakimiyeti ifade eder. Bu hakimiyet haklı ya da haksız olabilir. Milk de aynı şekildedir. Ancak sadece haklı olarak olur. *Külliyat* s. 853.

<sup>32</sup> Feyyûmî, *Misbahu'l-munir*, s. 221.

<sup>33</sup> Milk, eşya üzerindeki hakimiyet anlamına geldiği gibi milke konu olan nesneye de denir. Buna göre milk kelimesi eşya üzerindeki haklar ile bu hakların konusunu birlikte ifade eder. Bkz., Rassa, *Şerhu Hududu İbn Arafê*, s. 296. Fîruzâbâdî, *Kamus*, s. 1232; *Tacu'l-arûs*, c. III, s. 180. Öyleki her iki anlamda da milk’in çoğulu olarak ‘emlâk’ kelimesi kullanılmaktadır. Asım Efendi *Kamus Tercümesinde* şöyle der: “Milk kelimesi aynı şekilde üç hareke ile (yani milk, mülk ve melk şeklinde) ya da mülük şeklinde ‘milkiyyet üzere zabt ve tasarruf olunacak nesneye denir. Asım Efendi, *Kamus Tercümesi*, II, 1122. Ayrıca bkz., Feyyûmî, *Misbahu'l-munir*, s. 221. Cevherî, *Sihah*, II, 145. *Tehzibu'l-lüga* da Suyutî şöyle der: “Milk hakimiyet ve yed altında bulunan mal ve benzeri şeylerdir.” X, 269. Ayrıca bkz. Bustani, *Muhit*, II, 1948. ‘Memluk’ yani milk altındaki şey için milk denilmesi, mef’ulü ifade için ism-i mastar kullanımı kabilindedir.

Yine bir kişi bir nesneye malik olduğunu bildirmek için ‘bu benim milkim ve mülküm’ diyebilmektedir.

Klasik sözlüklerden anlaşıldığı üzere Arapça’da başlangıçta milk ile mülk arasında kesin ve genel kullanımda belirginleşmiş bir ayırım göze çarpmaz. Bu anlamda eşya üzerindeki haklara milk ve mülk denildiği gibi, milkin konusuna da milk ya da mülk denilebilmektedir. Ancak milk’in özel hukuk alanında; mülkün ise siyaset ve kamu hukuku alanında terimleşmesi sonucu bu iki terim arasındaki fark sözlüklere kadar yansımıştır. Bu sebeple sözlük anlamı açısından eşya üzerindeki hakimiyetler için milk kavramının daha teknik bir kullanıma kavuştuğunu söyleyebiliriz.

Klasik Arapça sözlükler dikkatlice incelendiğinde milk kelimesinin eşya üzerindeki yetkiyi adeta bir hak tarzında sunduğu görülür. Bu bağlam da Firuzabadi, hak kelimesinin anlamlarından biri olarak milk kelimesini gösterir.<sup>34</sup> Ayrıca mesela: ‘bu şeyde benden başka kimsenin milki yoktur’ denildiğinde ‘bu şey üzerinde benden başka kimsenin hakkı ve yetkisi yoktur’<sup>35</sup> anlamı kastedilmektedir. Bu ifadeler bize milk kelimesinin açıkça bir hakkı, eşya üzerindeki bir yetkiyi ifade ettiğini göstermektedir.<sup>36</sup>

Milk ve mülk kelimelerinden Fıkıhta esas önem taşıyan ve teknik bir tabir olan kelime milk şeklinde okunandır. Mülk ise yalnızca malik olunan şey demektir ve sözlük anlamının ötesinde teknik bir anlam taşımamaktadır. Milk, aynı hakkı ve malik olma yetkisini, mülk ise malik olunan nesneyi aynı hakkın konusunu ifade etmektedir. Fıkıhçıların milk tanımlarını ele aldığımızda kelimenin burada açıkça aynı hak anlamında kullanıldığı görülür. Bizim için önemli olan bu iki terimi birbirinden yeterince ayırdetmektir.

## 2- Milkin Terim Anlamı

M-l-k kelime kökü ve üzerindeki incelemeden ortaya çıktığı üzere eşya üzerinde kurulan temel yetkiler milk terimi ile ifade edilmektedir. O halde burada bir fıkıh terimi olarak eşya üzerindeki en güçlü yetkileri veren bir hak biçiminde karşımıza çıkan milk kelimesinin fıkıhta kazandığı teknik terim anlamını tahlil ederek bu terim üzerindeki incelememize başlayabiliriz.

<sup>34</sup> Fîruzâbâdî, *Kamus*, s. 1129. Zebîdî, *Tacu’l-arûs*, 167.

<sup>35</sup> Suyûtî, *Tehzibu’l-lüga*, X, 272. İsfahanî, *Müfredat*, s. 875.

<sup>36</sup> Bkz., Cevherî, *Sihah*, II, 144-145; Vankulu, *Lügat*, II, 239.

Fıkıh doktrinleri kendi teorik yaklaşımlarını yansıtacak şekilde farklı milk tanımlarına sahiptir. İslam hukukçuları milk kavramını tanımlarken fıkhîta teknik anlamda ‘milk’ niteliğinde görülen ve eşya üzerinde sahibine tam bir hakimiyet ve tasarruf yetkisi veren hak grubunu tanımlamak istemektedirler. Milk ile tanımlanmak istenen mülkiyet gibi tek bir hak olmayıp bir hak türüdür. Bu bakımdan klasik kaynaklarda karşılaştığımız her milk tanımını ele almak yerine özellik arz eden tanımları incelemek ve doktrinlerin genel eğilimlerini sunmak istiyoruz.

Her doktrinin milk tanımı kendi milk anlayışları doğrultusunda farklılık taşımaktadır. Milk’in mahiyeti ve bazı temel nitelikleriyle ilgili olarak fıkıh doktrinlerinin farklı görüşlere sahip olmalarından dolayı tanımlarında da farklılıklar bulunmaktadır. İslam hukukçularının milk tanımlarını incelediğimizde şu üç unsurdan birine ağırlık verildiği görülür. Bu sebeple bu tanımları üç ana gruba ayırmamız mümkündür:

a) Milk’in ihtisas unsuruyla tanımı: Özellikle Hanefilerin milk tanımlarında ön plana çıkan unsur, ‘ihtisasun haciz’ terimiyle ifade edilir. Hanefilerde milk’i bu şekilde tanımlayan bilinen ilk müellif Gaznevî’dir. Kaynaklarda meşhur olduğunu söyleyebileceğimiz bu tanıma göre “Milk bir eşya üzerindeki hak sahibinin diğer tüm şahıslara karşı tamamen korunduğu bir ihtisas ve önceliktir: ‘الملك اختصاص حاجز’<sup>37</sup>”.

Kasânî de milkin “fiili ve hukuki tasarruflarda bulunma kudreti” olarak tanımlanmasına karşı çıkararak<sup>38</sup> milkin kudretten çok ihtisas olduğunu, dolayısıyla mesela milku’l-ayn’ın ayn üzerindeki ihtisas anlamına geldiğini belirtir. Kasânî başka bir yerde milk “Bir mahal/konu üzerinde tasarruf konusundaki ihtisastır”<sup>39</sup> şeklinde ifade edilir. Kasani milkin değişik türlerini tarif ederken sürekli olarak ihtisas kavramına başvurur. Özellikle de nikah akdiyle erkeğin kadın üzerindeki hakkının ifadesi olan milku’l-muta’nın da eşya hukukundaki anlamına benzer şekilde bir milk yani “ihtisasun haciz” olduğunu ifade eder.<sup>40</sup>

Hanefilerde ihtisas teriminin ön plana çıkmasının nedeni olarak milkin geniş kapsamını birlikte ifade eden bir terimin bulunması ihtiyacı gösterilebilir. Hanefiler milk kavramını kavramsal bir zorunluluk ve bir tür benzetme yoluyla milku’n-nikah

<sup>37</sup> Gaznevî, *el-Havî*. (Bu tanımı İbn Nüceym *el-Bahru’r-râik*’ta (V, 278); Hamevi de *Gamz*’da, (III, 461) aktarır. Abdulaziz El-Buharî de milki bu şekilde tanımlamıştır: ‘اختصاص مطلق حاجز’ Bkz., *Keşfü’l-esrar*, IV, 296.

<sup>38</sup> Kâsânî, *Bedâi*, V, 107. Abdulaziz el-Buharî de milk teriminin kudret kavramıyla karşılanmasına karşı çıkar. Ona göre bu, teknik bir ifade olmayıp mecazi bir kullanım içerir. Teknik açıdan milk ihtisastır.

<sup>39</sup> Kâsânî, *Bedâi*, VII, 128. (اختصاص بالمحل في حق التصرف)

<sup>40</sup> Kâsânî, *Bedâi*, II, 331, III, 142.

ve milku'l-~~husus~~ şeklide evlilikte ve kısas cezalarında da kullandığı için milk tanımlarını bu geniş alanı kapsayacak şekilde geliştirmişlerdir. Bu noktada Şafiiler de aynı kavramları kullandıklarından zaman zaman milki bu şekilde tanımlarlar.

Şafililerden el-Mervezî (öl. 462) de milk'i ihtisas unsuruna ağırlık vererek açıklar: "Milk, mutlak bir tasarruf ve faydalanma imkanı veren ihtisas ve inhisardır."<sup>41</sup>

Hakkın 'ihtisasun haciz' şeklinde tanımlanması onun dış muhtevasına ağırlık vermektedir. Yani hakkın hak sahibine verdiği yetkilerden çok, onun üçüncü şahıslarla ilişkisini ifade eden bir tanımdır. Zira ihtisas kelimesi hak sahibinin belirli bir alanda diğer tüm insanlara göre öncelikli olduğunu ve hak sahibinin diğer insanların müdahale edemeyeceği bir hakimiyet alanı kurduğunu ifade eder. Bu, 'ihtisas' kelimesinin gerçek anlamıdır. 'Haciz' terimi ise bu alanda başka hiçbir kimsenin yetkisi olmadığını vurgulamakla birlikte bu hakimiyetin diğer tüm şahıslara karşı ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. Bu tanımda hakkın iç muhtevasına ancak dolaylı olarak temas edilmiş olmaktadır.

b) Tasarruf kudreti olarak tanımı: Değişik mezheplerden birçok tanımı gözden geçirdiğimizde bunların çoğunun milki, bir tasarruf kudreti olarak tanımladığını görürüz. Milk kavramının belki de en teknik ve başarılı tanımı Hanefi bilgin Sadru's-şeria Abdullah b. Mes'ud'a (öl. 745) ait olup, milki pozitif hukukta gördüğümüz şekliyle iç ve dış muhtevalarını birlikte vurgulayarak tanımlamıştır: Cürcanî'nin de Tarifât'ına aynen aldığı<sup>42</sup> bu tanıma göre "milk, kişi ile bir nesne arasında, kişiye o nesne üzerinde mutlak tasarruf imkanı sağlayan ve başkalarının tasarruflarına engel teşkil eden hukuki bir bağıdır."<sup>43</sup> Bu tanımda milkin sahibine eşya üzerinde verdiği mutlak tasarruf yetkisine vurgu yapıldığı gibi onun dış muhtevasına yani üçüncü şahısların tümüne karşı ileri sürülebilmesini ve 'hâciz' kavramıyla ifade edilen, diğer tüm insanların buna müdahale edememesini de aynı derecede vurgulamaktadır. Milk terimini bu şekilde açıkça her iki yönü açısından ele alan başka bir tanım bulmak güçtür.<sup>44</sup> Diğer tanımların çoğu milkin sadece belirli bir muhtevasını tanımlar.

<sup>41</sup> Mervezî, *Tarikatu'l-hilaf*, 'اختصاص يقتضي إطلاق الانتفاع و التصرف' (Nakleden, Abbadî, *El-Milkiyye*, I, 131.

<sup>42</sup> Cürcanî, *Tarifât*, s. 229. Seyyid Bey, bu tanımı şöyle aktarır: "İnsan ile bir şey arasında ihtisas-ı şeriden ibarettir ki bu ihtisas sebebiyle insanın o şeyde ala vechi'l-istibdad tasarrufu meşru ve başkasının tasarrufu memnu olur." Seyyid Bey, "Mülk, Mal ve Bey'in Mahiyeti", *DFHFM*, sn.1, sy.2, s. 131.

<sup>43</sup> Sadruşşeria'nın bu tanımı onun *Şerhu'l-vikaye* adlı eserinden Abbadî aktarır. Bkz. *el-Milkiyye*, II, 196. Cürcanî (öl. 816) *Tarifât*'mda bunu aynen alır. *والمالك في اصطلاح الفقهاء اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء*. Ayrıca bkz. Muhammed Ali El-Mekkî, *Tehzibu'l-furuk*, III, 234. el-Bustani, *Muhitu'l-muhit*, II, 1948.

<sup>44</sup> Yukarıdaki tanım ise daha çok dış muhtevaya ağırlık vermektedir.

Tasarruf kudretine ağırlık veren tanımlar ise onun iç muhtevasına ağırlık vermektedir.

Kerabisi, milki “Hukuk düzeninin bütün tasarruf şekillerine yetkili kılmasıdır” şeklinde tanımlar.<sup>45</sup> Bedai’de başka bir milk tanımı da şudur: “Milk, bir mahalde tasarruf edebilme imkanına sahip olmaktır.”<sup>46</sup> İbn Hümam kendinden önceki tanımları da dikkate alarak milki şöyle tanımlar: “Hukuk düzeninin doğrudan doğruya verdiği tasarruf edebilme kudretidir.”<sup>47</sup> İbn Hümam’ın bu tanımı daha sonra esas alınmış ve özellikle İbn Nüceym’in yeniden düzenlemesiyle mezhepte meşhur olmuştur. İbn Nüceym bu tanımı şu şekilde düzenlemiştir: “Hukuki bir engel olmadıkça doğrudan doğruya tasarruf edebilme kudretidir.”<sup>48</sup> Tanımdaki doğrudan doğruya ifadesi vekil, vasi ve mütevellinin tasarruf kudretini dışarda bırakır. Zira bunların yaptıkları tasarruflar başkalarının milkinden kaynaklanır.

Hanbeli metinlerinde milk tanımına son derece az rastlanmakta olup bunlardan birinde İbn Teymiye, milk’i “bir eşya üzerinde hukuki tasarruflarda bulunma kudreti” olarak tanımlar. İbn Teymiye devamla bu hukuki tasarruf kudretinin fiili bir kuvvet gibi olduğunu ve bunun verdiği tasarrufun kapsamının milkin bir türünden diğerine farklılaşabildiğini ifade eder.<sup>49</sup>

Bunların dışında Zerkeşi ve Rassa’nın tanımları da milki, temel olarak verdiği tasarruf kudreti ve yetkisi açısından tanımlar.<sup>50</sup>

3- Eşya üzerinde faydalanma ve bedel alma imkanı veren şerî bir hüküm: Özellikle Maliki muhitinde gördüğümüz meşhur bazı milk tanımları, milkin sahibine verdiği yetkileri, tasarruf gibi genel bir kavramla değil de özellikle intifa etme ve bedel alma unsurlarıyla tanımlar. Bu anlamdaki en meşhur tanım Karafi’ye aittir: “Milk, ayn ya da menfaat üzerinde varsayılan ve mahiyeti icabı sahibine hakkın konusu üzerinde faydalanma ve onu bedel karşılığı devretme yetkisi veren hukuki bir

<sup>45</sup> ‘المالك تسليط على جميع أنواع التصرف’, Kerâbisî, *Furuk*, s. 261.

<sup>46</sup> Kâsânî, *Bedâi* VII, 128.

<sup>47</sup> ‘المالك قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف’ İbn Hümâm, *Fethu’l-kadir*, VI, 248. Benzer bir tanımı daha önce Babertî verir: ‘المالك هو القدرة على التصرف في الخلق شرعا’ Bkz. İnaye, VI, 247.

<sup>48</sup> ‘المالك هو إلا مانع القدرة على التصرف ابتداء’ İbn Nüceym, *Bahru’r-raik*, V, 278. İbn Nüceym bu tanımı benzer lafızlarla zaman zaman tekrarlar. Bkz. III, 220, IV, 252. Hamevi (*Gamz* III, 461), İbn Abidin (*Reddu’l-muhtar*, III, 182) ve Ebu’l-beka (Külliyat, s. 853) da bu tanımı aktarır.

<sup>49</sup> İbn Teymiye, *Fetava’l-kubra*, IV, 106, ‘المالك هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة’

<sup>50</sup> Zerkeşi milk ile ilgili iki ayrı tanım verir. İlki şöyledir: “وهو القدرة على التصرفات التي لا تتعلق بما تبعة ولا غرامة دنيا” *Kavaid*, III, 223. İkinci tanım ise şöyledir: “المالك معنى مقدر في الخلق يعتمد المكتة من التصرف على وجه ينفي التبعة والغرامة” *Kavaid*, III, 223. Malikilerden İbn Arafe’nin tanımı ise şöyledir: “المالك استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو” *Rassâ, Şerhu Hududu İbn Arafe*, s. 466, 353.

hükümdür.”<sup>51</sup> Karafi bu tanımın son kısmının “hukuki bir ibahadır”<sup>52</sup> şeklinde değiştirilebileceğini de belirtir. Bu tanım Karafi’nin *Furuk* kitabı üzerinde yapılan çalışmalarda eleştirilmekle birlikte onu eleştirenler tarafından model olarak alındığı gibi Şafii muhitlerde de etkili olmuştur.<sup>53</sup> İbn Şat Karafi’nin bu tanımını eleştirmekle birlikte önerdiği tanım aynı çizgide bir tanımdır: “Kişinin hukuken bizzat ya da kanuni temsilcisi yoluyla bir ayn ya da menfaatten faydalanma veya bu ayn ve menfaatten bedel alma yetkisidir.”<sup>54</sup> Yukarıdaki tanımlar milk kavramının mahiyetini ortaya koymaya yönelik olduğu halde burada bahsettiğimiz tanımlar furu hükümleri ve milkin değişik türleri ve cüzi furu hükümleri, başka bir ifadeyle milkin kaplamı dikkate alınarak oluşturulmuştur. Bu tanım tarzı ayrıca milki sadece iç muhtevası açısından ele almakta, dış muhtevasını ihmal etmektedir

Karafi’nin milk tanımına İbn Şat tarafından yapılan eleştiriler milk terimini, mahiyetinden çok milk türlerini ve fertlerini esas alarak tanımlamanın ne kadar zor olduğunu gösterir.<sup>55</sup> Zira normal hukuki işlemlere göre çok daha kompleks ve tartışmalı hükümler içeren vakıf, yemek yedirme (itam) ve ziyafetlerin hükmü ile ilgili tartışmalar, menfaat kavramının farklı algılanışı, mutlak ve gerçek ‘mülkün’ Allah’a ait oluşu düşüncesi vb. hususlar milkin tanımını güçleştirmektedir. Öyleki bu hususlardan dolayı Maliki doktrini içinde milk tanımının adeta imkansız olduğu görüşleri ortaya atılmıştır. Karafi, milkin tanımının bir çok fakih için zorlayıcı bir problem olduğunu<sup>56</sup> belirtirken Rassa da İbn Arafe’nin bazı fakihlerin milkin tanımının zor, hatta kavranmasının imkansız olduğunu söylediğini belirtir.<sup>57</sup> Oysa

<sup>51</sup> Karâfi, *Furuk*, III, 364-366. انتفاعه بالملوك والعروض عنه من حيث هو كذلك. يقتضي ممكن من يضاف إليه من العبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة.

<sup>52</sup> Karafi, *Furuk*, III, 216.

<sup>53</sup> Suyuti, *el-Eşbah*, s. 316. Suyuti’nin İbn Subkî’den naklettiğini söylediği tanım Karâfi’nin tanımının aynısıdır.

<sup>54</sup> (والصحيح في حد الملك أنه ممكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنبابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة) İbn Şât, *Edrar*, III, 364. İbn Şât bu tanımı ziyafetlerde yemek ikram edilenin buna malik olmadığı hükmünden hareketle yaptığını belirtir ve eğer ziyafette konuğun yemeğe malik olduğu görüşü kabul edilirse bu defa milkin tanımının değişmesi gerektiğini ifade eder ki buna göre yeni tanıma ilave bulunur: “إنه ممكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنبابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض أو ممكنه من الانتفاع خاصة.” Görüldüğü üzere bu tanımda ayn ve menfaatten faydalanma ve ondan bedel alma şartının alternatifleri olarak ‘ya da ondan tek başına intifa imkanı veren’ şeklinde bir kayıt getirilmiştir. Bu kayıt milk teriminin ziyafetler gibi tek bir olayla ilgili hükümlere uygunluğunun sağlanması içindir. *Tehzibu’l-furuk* müellifi Muhammed Ali el-Mekkî’nin tanımı yukarıdaki iki tanıma benzemektedir: “الأصل أن الملك في اصطلاح الفقهاء حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي ممكن بالملوك والعروض عنه من حيث هو كذلك

<sup>55</sup> Nitekim Karâfi ‘ya da bedel alma’ kısmını sırf ziyafetlerdeki ibahanın milkten ayrılması için tanıma aldığını belirtir.

<sup>56</sup> Karâfi, *Furuk*, III, 364.

<sup>57</sup> Rassa’, *Şerhu Hududu ibn Arafe*, s. 353, 466. Milk kavramının hakikatının bilinmez olduğu Maliki literatürde standart bir fikir haline gelmiş gibidir. Mesela bu sebeple milk kavramının bey akdinin tanımında kullanılması eleştiri konusu olmuştur. Bkz. Hattab, *Mevahibu’l-celil*, IV, 223.

milik terimini daha çok mahiyeti açısından bir tasarruf kudreti olarak ya da ihtisası haciz olarak tanımlamak bizi bu külfetten kurtarmaktadır.

Burada yukarıda verilen her bir tanımı ve bunların unsurlarını ayrı ayrı tahlil etmek yerine tüm tanımları ve bununla ilgili yapılan tartışmaları da dikkate alarak milik kavramının unsurlarını ve temel özelliklerini ele almak daha doğru olacaktır. Böylelikle milik kavramıyla aynî hak kavramı arasındaki mukayeseyi daha sağlam verilere dayanarak yapmamız mümkün hale gelecektir.

## B- MİLİK KAVRAMININ UNSURLARI

Milik kavramı geniş kapsamı içinde bir çok değişik hak türünü içerdiği ve gerçek anlamda kullanımlarının dışında mecazen ya da milik'e benzetme yoluyla değişik hak türleri için kullanıldığından milkin tanımından çok unsurlarının net olarak ortaya konulması bu terimin mahiyetinin anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Ancak İslam hukukçuları milik terimini tanımlamış olmakla birlikte milkin unsurlarını taminkar bir şekilde ortaya koyabilmiş değildir. Batı hukuklarında aynî hak ve şahsi hak ayırımı, hukukun sistematliğini de belirleyecek tarzda merkezi bir öneme haiz olduğu için –eşya üzerinde kurulu haklarla ilgili- her iki kavramın birbirinden farkına özel bir önem verilmiş ve bu ayırımın netleşmesi için uzun hukuki tartışma süreçlerinden geçilmiştir. İslam hukuku açısından ise milik, eşya üzerinde kurulu hakların pek büyük bir bölümünü içermektedir. Öyle ki milik kavramı muamelat alanının belkemiğini oluşturmakta ve adeta kutsanmış bir konumda bulunmaktadır. Hatta kul hakkı kavramı neredeyse milik kavramıyla özdeşleşmiştir. Eşya ve borçlar hukuku kadar aile hukuku ve ceza hukukunun kul hakkı kısmını oluşturan kısas cezalarında merkezi kavram miliktir. Milik kavramı etrafında bu hukuk alanları arasında kavramsal ve teorik bir birlik ve ortak izah tarzı geliştirilmiştir. İslam hukukunda milik ile ifade edilen hakkın baskınlığı öylesine belirgindir ki bir çok çağdaş fıkıh araştırmacısı klasik metinleri okuduklarında milik'in karşısında yer alan ibaha teriminin ifade ettiği yetkilerin hak olarak dahi nitelenemeyeceğini iddia etmektedirler.<sup>58</sup> Oysa ibaha kavramının bir hakkı dile getirdiğinde hiç kuşku yoktur.

İslam hukukçuları milik kavramını tanımlarken eşya üzerindeki yetkilerin ve kul haklarının büyük bir kısmını kapsayan bir kavramı tanımlamakta ve geriye kalan

<sup>58</sup> Bu tür iddialar için bkz. Zerka, *el-Medhal*, III, 11; Düreynî, *el-Hak*, s.198-200; Abbadi, *Senhurî, Masadiru'l-hak*, I, 4. İbaha kavramının ifade ettiği yetkilerin hak niteliğinde olduğuna dair bkz. . Üçüncü bölüm, 'İbaha kavramı'. Bu konuda, klasik literatürde eşya üzerindeki bazı yetkilerin milik mi ibaha mı olduğu tartışılırken kullanılan üslubun araştırmacıları yanılttığı söylenebilir.



haklar ile milk arasında ancak hakkın gücüne göre bir ayırım yapmaktadırlar. Bu durum birbirinden mahiyet olarak farklı görülen aynî-şahsi hak ayırımından bu anlamda farklıdır. Başka bir deyişle pozitif hukukta aynî hak kavramı tanımlanırken hukuken en azından onun kadar önem verilen şahsi haklardan farkına vurgu yapılmaktayken, İslam hukukunda milk kavramı tanımlanırken ondan çok zayıf yetkiler veren ibaha karakterli yetkilerle milk arasındaki farka vurgu yapılmaktadır. Ancak burada şunu da belirtmek gerekir ki İslam hukukçuları milki tanımlarken zimmette sabit olan alacak haklarının başka bir deyişle ‘deyn’ üzerindeki hakların teknik anlamda milk olduğu görüşünde değildirler. Onlar bu durumda sadece mallar üzerindeki hakları göz önüne almışlar ve malların ayn ya da menfaati üzerindeki haklara milk demişlerdir. Dolayısıyla fıkıhçıların milki tanımlarken ve tasnif ederken sürekli aynî hakları göz önüne aldığını söyleyebiliriz. Milk kavramı bundan dolayı fıkıhçıların düşünce mekanizmasında “asıl”dır. Zira aslolan ayn ve menfaat üzerindeki haklardır. Deyn geçici bir durumdur ve aynın ya da menfaatin fer’idir. Dolayısıyla deyn üzerinde kurulan hakları ifade için ‘alacak hakkı’ kavramının dengi olacak şekilde yeni bir terim üretilmemiş, buna milkin bir türevi olarak bakılmıştır. Bununla birlikte deyn üzerindeki bu geçici hakkın mahiyetinin milkten farklı olduğu tartışmaları yapılarak yeni bir terim ihtiyacı gündeme getirilse de fıkıhçılar buna ‘zayıf milk’ diyerek bu hakkın milkten mahiyet olarak farklı olmadığını savunmaya devam etmişlerdir. Dolayısıyla malvarlığı hukuku ve hatta tüm kul hakları alanında milk kavramı müstesna yerini korumuştur.

Buna göre İslam hukukçularının milki tanımlanırken özellikle aynî hakkı tanımlamakta olduklarına, alacak haklarını ise bu anlamda aynî hakkın bir türevi olarak gördüklerine ve hatta alacak hakkını ilk planda hiç gündeme getirmediklerine<sup>59</sup> dikkat etmemiz ve tanımlara bu şekilde yaklaşmamız gerekmektedir. Fakih milki tanımlarken milkin tüm türlerini içine alacak bir tanım yapma gayretinde olduğu kadar ibaha kavramından da uzaklaşmaya, onu tanım dışına almamaya gayret etmektedir. Bunun dışında dar anlamda ‘hak’ niteliğindeki yetkilerin de dışarıda tutulması gerekmektedir ki bunlar milk kadar yaygın kullanımlı olmadıklarından bu ayırımı yapmak fazla zorlayıcı değildir. Zaten hak seviyesi aynî hak benzeri ya da ‘yarı aynî hak’ olduğu için aradaki farkı vurgulamaya çoğu zaman gerek dahi kalmamaktadır. İşte İslam hukukçularının milk tanımları bu koşullar altında şekillenmiştir.

<sup>59</sup> Milki tanımlayan bir çok İslam hukukçusu bunun ardından milkin türlerini ele alırken sürekli olarak ayn ve menfaat üzerinde kurulmasına göre milki sınıflamakta, deyn üzerinde kurulu bir milk türü söz konusu edilmemektedir.

Klasik metinlerde milk tanımlarını ve hükümlerini incelediğimizde milkin unsuru olarak gösterilen özellikleri pozitif hukuktaki gibi iki gruba ayırabiliriz. Bunların birincisi milkin, hak sahibine eşya üzerinde verdiği yetkiler olup onun iç muhtevasını oluşturur. İkincisi ise milkin hak sahibine üçüncü şahıslar karşısında verdiği yetki olup, milkin dış muhtevasını meydana getirir. Yukarıda da belirtildiği gibi bazı tanımlarda iç muhteva bazılarında ise dış muhteva öne çıkmıştır. Milk teriminin mahiyetinin tam olarak anlaşılması için bu iki unsurun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre milk teriminin unsurlarını şöylece ele alabiliriz:

### 1- Eşya Üzerinde Mutlak Bir Tasarruf Kudreti (İç Muhteva)

Milk kavramının en temel unsuru ve en somut göstergesi, sahibine eşya üzerinde en geniş tasarruf yetkisi vermesidir. Milkin tanımlarında en çok vurgulanan nokta bu olup, milkin bir tür tasarruf kudreti olarak tarifi yaygınlık kazanmıştır. Tasarruf terimi, nesneyi zilyetliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semerelerini alma, tüketme, yok etme gibi fiili tasarrufları ve nesnenin mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ya da sınırlı aynî haklarla yüklenilmesi gibi hukuki tasarrufları kapsar.<sup>60</sup> Milk, sahibine eşya üzerinde mümkün olan her türlü tasarruf yetkisini aynı anda verebileceği gibi bu yetkilerden biri ya da birkaçını verebilir. İslam hukukçuları milk kavramını öncelikle verdiği bu tasarruf kudretinin kapsamına göre tam/kamil milk ile nakıs milk şeklinde ikiye ayırırlar.<sup>61</sup> Mesela bir mülkiyet hakkında (el-milku't-tâm: kâmil milk) milk en geniş sınırlarına ulaşmıştır. Mülkiyet eşya üzerinde sınırları en geniş hakimiyet sağlar. Bu yüzden pozitif hukukta mutlak aynî hak, fıkhîta da el-milku't-tamm olarak nitelenir. Milk nihai kapsamına mülkiyet ile ulaşmıştır. Mülkiyetin dışındaki milk çeşitleri (sınırlı aynî haklar: el-milku'n-nâkıs) ise sahibine mahiyet olarak yine milk niteliğinde ancak kapsam olarak farklı sınırlarda yetkiler verir. İşte bu kapsam içinden belirli bir kısmını veren bir hak da aynî etkinliğe sahip (milk gücünde) olduktan sonra mülkiyet hakkı gibi bir milk türü olma niteliğini kazanır. Mesela süknâ hakkı, hak sahibine verdiği yetkinin sınırları oldukça dar olsa da, aynî bir haktır. Yine bir irtifak hakkı milku'l-menfaa yani sınırlı

<sup>60</sup> İslam hukukçuları tasarruf terimini bu genel kapsamı içinde hukuki ve fiili tasarrufları kapsayacak şekilde kullanırlar. Buna göre nesneden istifade etmek fiili/hissi bir tasarruf olduğu gibi onu hukuki işlemlere konu yapmak da hukuki/şeri bir tasarruftur. Bkz. Kâsânî, *Bedaî*, VI, 263; VII, 385. (Kâsânî burada maldan faydalanmak ya da onu temlik etmek şeklinde iki ayrı tasarruf türünden bahseder.) Ayrıca bkz. Karâfî, *Furuk*, III, 372; Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, VII, 336. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I, 228.

<sup>61</sup> Milkin kamil olması, verdiği tasarrufun kapsamının kamil olmasına bağlıdır. Bkz. Mervezî, *Tariku'l-hilaf*. (Aktaran Abbâdî, *el-Milkiyye*, s. 223)

bir aynî hak tarzındadır.<sup>62</sup> İşte bu tür milk türleri hukuki nitelik bakımından -kural olarak- mülkiyet hakkı ile ortak ve eşit nitelikte bir milktir. Bunları ifade için klasik kaynaklarda pozitif hukuktaki sınırlı aynî haklar ile paralel bir kavram olan el-milku'n-nakıs terimi kullanılır. Bunlardaki sınırlılık hakkın aynî etkinliğinde değil, hakkın sağladığı hakimiyetin kapsamına ilişkindir. Dolayısıyla değişik aynî hak tipleri hukuki mahiyet ve işlem olarak birbirinin dengi olmakla beraber kapsamaları farklı bir hak türünü ifade etmektedir. Buna göre milk terimi, belirli bir tasarruf alanında da olsa eşya üzerinde doğrudan ve en güçlü yetkiyi ifade eder.

Bir eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin milk olarak nitelenebilmesi için bazı şartlar gereklidir. Bunları şöyle sıralayabiliriz: 1-Doğrudan (ibtidaen) kazanılması. Bunun anlamı vekil ve vasinin durumlarında olduğu gibi dolaylı bir tasarruf kudreti olmayıp kişinin bizzat kendine ait ve doğrudan kazanılan tasarruf yetkisi olmasıdır.<sup>63</sup> 2- Milk sahibinin bu tasarruf yetkisini kullanırken başkasının rızasına ihtiyaç hissetmemesi<sup>64</sup> ve eşya üzerinde müstakil davranabilmesidir.<sup>65</sup>

Milkin eşya üzerinde verdiği tasarruf yetkisi ve hakimiyet doğrudan doğruya ve inhisarîdir. Milk tanımlarındaki ihtisas kavramı bu inhisarı da içine alan bir anlama sahiptir. Hak sahibi eşyayı bir üçüncü şahsın yardımına, belirli bir eylem ve davranışta bulunmasına gerek kalmadan fiili veya hukuki hakimiyeti altında bulundurur. Bundan dolayı hak ile hakkın konusu olan eşya arasında belirgin bir kaynaşma meydana gelmiştir ve adeta milk ile milkin konusu bütünleşmiştir. Bu bütünleşme, kullanımda zaten milkin konusuna da 'milk' denmesiyle kendini hissettirir.<sup>66</sup> Bunun ötesinde milk, eşyadan kopuk olarak bütünüyle şahsa ait bir özellik değildir. Bir eşyanın milke konu olması o eşyanın hukuki durumunu değiştirir ve bu eşyadan 'mamluk-milk altında' bir eşya diye bahsedilir. Diğer yandan sudaki balık mubah/sahipsiz bir şey iken avlanıp özel mülkiyete girdiğinde artık mütekavvim bir mal halini alır. Tüm bunlar milkin, konusu üzerinde belirleyici bir etkisi olduğunu gösterir. Diğer yandan mal üzerinde kurulu olmayan bazı mücerret haklar salt bir tasarruf imkanı verdiklerinden bu açıdan milkten özenle ayrılır ve mal üzerinde kurulu olmayıp kişiye ait bir irade olarak değerlendirilir. Bu anlamda pozitif

<sup>62</sup> Bu hüküm özellikle Hanefilerin dışındaki mezheplere aittir.

<sup>63</sup> Bkz. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 248; İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, III, 220.

<sup>64</sup> M. Hüsvrev, *Dürer*, II, 265.

<sup>65</sup> Merdavi, *İnsaf*, VI, 101.

<sup>66</sup> Bu anlamda Matrızî, malikin mamluk (milkin konusu) üzerindeki 'yed'inin yani hakimiyetinin çok güçlü olmasından dolayı milkin konusuna da milk denildiğine işaret eder. Bkz. *Muğrib*, s. 447.

hukuktaki yenilik doğuran haklardan biri olan şufa hakkı<sup>67</sup> ya da kabul hakkı İslam hukukunda da aynî hak değildir. Zira bunlar salt kişiye ait bir vasıf ve irade olarak düşünülmüş ve eşya üzerinde kurulu olan haklardan ayrılmıştır. Bundan dolayı bu hakların bir mahalde sabit olmadıklarından bahsedilir. Aynî haklar ise eşya üzerinde kurulu haklardır. Bu noktada bazı fıkıh bilginlerinin ortaya attığı ve çağdaş literatürde de dile getirilen milk'in malik'e ait bir vasıf mı yoksa milk altındaki eşyaya ait bir vasıf mı olduğu tartışması kendiliğinden ortadan kalkar.<sup>68</sup> Zira milk, hak sahibi kişiye ait bir vasıf olmakla birlikte eşya üzerinde kuruludur ve adeta eşya ile bütünleşmiştir.

Aynî hakların konusuyla hak arasındaki bu kaynaşmanın varlığı hiçbir zaman aynî hakların konusunun yani malların hak olduğu ya da aynî hakların mal olduğu anlamına gelmez. Oysa modern dönem İslam hukuku çalışmalarında birtakım aynî hakların mal olduğu şeklinde bir düşünce, hukuki açıdan son derece hatalı olmasına rağmen adeta genel kabul görmüştür. Bu bağlamda çağdaş yazarlar, irtifak hakları, sükna hakkı vb'nin mal olduğunu düşünmekte ve bunu klasik kaynaklara atfetmektedirler. Menfaatleri mal kabul etmeyen Hanefilere göre ise bu hakların mal kabul edilmediğini düşünürler. Öyle ki artık çağdaş İslam hukuku yazarları mal olan ve olmayan haklar ayırımı dahi yapmaktadırlar.<sup>69</sup> Kanaatimizce bu tartışma, menfaatlerin mal olup olmadığı tartışmasının yanlış bir zemine taşınması ve klasik kaynaklarda mali haklar yerine bazen mal teriminin kullanılmış olmasıyla alakalıdır. Yoksa gerçek anlamda hakların, hakların konusu seviyesine düşürülerek mal olarak algılanması doğru değildir. Klasik kaynaklarda bazı hakların mal olduğunun söylenmesi tamamen bir ifade biçimi olup bunların 'malî hak' olduğunu anlatmak içindir. Yoksa mal, hakkın konusudur. Hakkın kendisinin de tekrar mal olması mümkün değildir.

<sup>67</sup> Bkz. Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 215.

<sup>68</sup> İbn Şât, milk'in milk altındaki nesnenin (mamluk) değil de malikin vasfı olduğunu belirterek Karâfi'nin bunun aksini iddia ettiğini söyler. Muhammed Ali el-Mekkî de milkin her ikisine de ait ortak bir vasıf olduğu şeklinde üçüncü bir görüş ortaya atar. Bu tartışmayı İbn Şât başlatmış gibi görünmektedir. Günümüzde de bazı müellifler bunu devam ettirerek literatürdeki milk tanımlarını buna göre sınıflandırır ki kanaatimizce bu tavır doğru değildir. Zira bir hakkın malın vasfı olması mülkün değildir. Milk açıkça malikin vasfıdır. Ancak milk'in eşya üzerinde kurulu olması dolayısıyla konusu üzerinde güçlü bir etkisi vardır. Eşyanın vasfı olarak ise ancak 'milk altında olmak'tan bahsedilebilir, milkten değil.

<sup>69</sup> Abbadi, mal olup olmayan haklar tabirini kullanır ve irtifak haklarının mal olup olmadığını tartışmasını yapar. Ona göre irtifak hakları Hanefi ve Zeydilere göre maldır; Cumhura göre ise mal değildir. *el-Milkiyye*, I, 188. Yine Ali Hafif, cumhurun bazı hakları mal kabul ettiğini söyler. Mesela kiracının, kiraladığı mal üzerindeki hakkı gibi. *Ahkamu'l-muamelat*, s.30. Fahrî Demir sükna hakkı ve istiğlal hakkının mal kavramına dahil olduğunu ifade eder. *Mülkiyet*, s. 19. Benzer düşünceleri çağdaş yazarların neredeyse tamamında görebiliriz.

Milk kavramı bu şekilde tasarruf kavramıyla izah edilmekle birlikte bazı fakibler literatürde milk ve tasarruf kavramlarını birbirinden ayırmaya çalışırlar. Bu düşünce genellikle milkin meçhul/bilinemez olduğu ya da tanımının zor olduğu kanaatine eşlik eder.<sup>70</sup> Bu düşünceye göre milki, bilinen bir kavram olan tasarruf ile izah etmek de zordur. Zira eğer “milk tasarruftur” dersek bu, vasî ve vekil hakkında doğru sonuç vermez. Çünkü bunlar milk’e sahip olmadıkları halde tasarruf edebilmektedir. Yine bir mala malik olan hacr altındakilerin –belirli birtakım-tasarruf yetkileri yoktur. En açık şekilde Karafi’de gördüğümüz bu düşünce, kanaatimizce bazı bakımlardan netlikten yoksundur. İlk olarak Karafi burada tasarruf kavramını dar anlamda hukuki tasarruflar anlamına almaktadır. Oysa geniş anlamda düşünüldüğünde hacr altındaki kişinin, eşyadan faydalanma, zilyetliğinde bulundurma gibi fiili tasarrufları mevcuttur. Sadece hukuki tasarruflarına engel getirilmiştir. Vasî ve vekilin tasarruf yetkisi ise ya milk sahibinin bizzat kendinden kaynaklanır ya da kanundan doğup belirli bir alanda kullanılır. Burada tasarruf yetkisi yine malik adına kullanılmaktadır ve bu, hukukun sınırlarını çizdiği temsilcilik yetkisi olarak anılır. Diğer yandan Karafi milk ile tasarrufun aynı şey olmadığını belirttiği halde milkin tasarruf yetkisi doğurduğunu, başka bir ifadeyle milkin temel unsurunun tasarruf olduğunu kendisi de ifade eder<sup>71</sup> ki bu düşüncesiyle o sonunda milki yine tasarrufla izah ederek kendi fikriyle çelişir.<sup>72</sup>

Malikilerin milk tanımları büyük oranda cüzi fıkıh hükümlerini kuşatacak tarzda ve bu hükümlere göre sağlaması yapılarak oluşturulmaya çalışılmıştır. Bundan dolayı bu tanımlar diğerlerine göre daha detaylı kayıtlar içermektedir. Karafi’nin tanımındaki ifadelerle baktığımızda “hakkın konusu üzerinde faydalanma” kaydını vasiyet, vekalet ve hakimlerin gaip ve akıl hastaları ile ilgili tasarruflarını dışarıda bırakmak için; “onu bedel karşılığı devretme yetkisi vermesi” kaydını ise ziyafetlerdeki ibahayı dışarıda tutmak için getirdiğini belirtir. Nitekim Karafi’nin tanımını eleştiren İbn Şat onun milk’in ana unsuru olarak tasarruf yetkisini gösterdiğini oysa milkin esas unsurunun eşyadan ‘intifa yetkisi’ olduğunu ileri sürer. O halde İbn Şat’a göre Karafi’nin tanımındaki intifa ve ıvaz alma kayıtlarından ikisi birden bir yetkinin milk olması için gerekli olmayıp bunlardan biri yeterlidir. Buna

<sup>70</sup> Bkz. Hattab, *Mevahibu’l-celil*, IV, 224.

<sup>71</sup> Karafi, *Furuk*, III, 367. Nitekim Karafi de nihayetinde milkte genel olarak da olsa bir tasarruf yetkisinin olması gerektiğini kabul etmektedir.

<sup>72</sup> Bkz. İbn Şât, *Edrar*, III, 368-369. İbn Şât şöyle der: “Dış şartlar dolayısıyla tasarrufun geri kalması kaydı, Karâfi’nin milkin gereğinin tasarruf olduğu anlamını ima eder. Oysa durum böyle değildir. Aksine milkin gereği intifadır. Diğer bir Maliki fıkıhçı İbn Arafе’nin milk tanımında da tasarruf milkin esaslı unsuru olarak sunulur. Bkz. *Şerhu Hududu İbn Arafе*, s. 353, 466.

göre bu iki yetkiden birini verse bile milk meydana gelir. İbn Şat'ın buradaki temel amacı ziyafet gibi milk nitelikli olduğunu düşündüğü yetkileri içine alacak bir tanım yapmaktır. Buna göre ziyafette ikramda bulunan kişi konuğa yemekten yiyerek faydalanma yetkisi vermiştir. Bu da hakkın milk niteliğinde olduğunu gösterir. Görüldüğü gibi Karafi ile İbn Şat arasındaki tartışma en son noktada bir hakkın milk olabilmesi için gereken asgari yetkinin ifadelendirilmesi noktasında düğümlenir. Buna göre milk, Karafi'ye göre bir maldan bedel alma ve ondan faydalanma şeklinde hem hukuki hem de fiili tasarruf kudretini birlikte veren yetkilerde söz konusuysen İbn Şat'a göre milkin ilk ve ana unsuru intifa/faydalanma yetkisi vermesidir.

Oysa tasarruf terimini geniş anlamda aldığımızda bu tartışma da ortadan kalkar. Zira intifa etmek de bir tür tasarruftur. Kaldı ki intifa her zaman milkin tüm kapsamını ifade etmez. Zira mubahlar üzerindeki intifa hiçbir zaman milk olarak nitelenmez. Burada milk tanımına hak sahibinin üçüncü şahıslara karşı sahip olduğu yetkiler de eklenmedikçe tanımın her türlü milk türünü kuşatması mümkün değildir. Bu noktada iki Maliki hukukçu cüzi furu hükümlerinin peşinden gittiği için milk kavramının mahiyetini tam olarak açıklığa kavuşturmakta zorlanırlar. Bazı Şafiiler de bu tartışmaları aktararak milk kavramını bu doğrultuda anlamaya çalışırlar.<sup>73</sup>

Maliki mezhebinde furu hükümleri ile iç içe bir tanım verilirken Hanefiler milki genel olarak 'tasarruf yetkisi' olarak niteler. Bu doğal bir durumdur. Zira Hanefiler açısından bunu gerekli kılan temel bir sebep, Malikilerdeki gibi 'intifa ve ıvaz almak' ya da sadece 'intifa etmek' unsurlarının Hanefilerin milk anlayışına aykırı olmasıdır. Mesela, 'rehin ve hapis hakkı' Hanefilerde aynî hak olarak görülmekte olup bu, borçlu borcunu ödemediğinde malı paraya çevirme yetkisi veren bir hak olup yukarıdaki iki ayrı yaklaşımla da uygun değildir. Rehin örneğinde milk, malın mali değeri üzerinde kurulmuş olup intifa yetkisi vermemekle birlikte hak sahibine malı paraya çevirme yani ıvaz alma yetkisi vermektedir. Yine iarede menfaate malik olan kişi bu menfaatten ıvaz alamazsa da ondan faydalanmaktadır. Bundan dolayı Hanefi tanımlarında genel olarak bir tasarruf yetkisi ve eşya üzerinde doğrudan kurulan bir hakimiyetten bahsedilmiştir. Bu yetki ve hakimiyet ile hakkın dış muhtevası birleştirilerek daha tutarlı bir tanım geliştirilmiştir.

## 2- Herkese Karşı İleri Sürülebilme (Dış Muhteva):

Bazı İslam hukukçuları milki sadece hak sahibine eşya üzerinde verdiği yetkiler açısından değil de hak sahibinin üçüncü şahıslar karşısındaki durumu ve

<sup>73</sup> Suyuti ve İbn Sübkî gibi. Bkz. Suyuti, *Eşbah*, s. 316.

yetkilerini de dikkate alarak tanımlamışlardır. Bu noktada Hanefilerden Sadruşşeria'nın tanımı özellik arzeder. Milkin 'ihtisas-ı haciz' şeklinde ifade edildiği tanımlarda da onun dış muhtevası dikkate alınmaktadır. Milk bir nesne üzerinde en güçlü yetkiler vermekle birlikte bu yetki alanı diğer tüm insanların yetki alanlarından ayrılmış ve ihtisas yani inhisar kazanmıştır. Diğer bütün insanların buna müdahale etmemesi ve saygı göstermesi gerekmektedir. Milk'i, ibaha ve diğer haklardan ayırmak istediğimizde hak sahibinin tasarruf yetkisinden çok, bu dış muhteva bize daha çok yardımcı olmakta ve milkin diğerlerinden daha kesin sınırlarla ayrışmasını temin etmektedir.

Hanefi hukukçular hak kavramını incelerken her hakkın bir hükümden kaynaklandığını vurgularlar. Bu bağlamda "başkasının malının haramlığı" hükmü milk nitelikli hakların dayanağını oluşturmaktadır. Buna göre bir kişinin bir mal üzerindeki herhangi bir aynî hakkı, diğer tüm insanların buna riayet etme yükümlülüğünün bir sonucu olarak ifade edilir. Bu yükümlülük milk nitelikli hakların onu ihlal eden diğer tüm insanlara karşı korunmasını içermekte ve bu husus hakka mutlaklık kazandırmaktadır. Buna göre milk nitelikli haklar bunu ihlal eden bütün üçüncü şahıslara karşı hukuken himaye edilmiş ve başkalarının bu mal üzerindeki tasarrufu hukuken engellenmiştir. Hanefilerin kullandığı ihtisas-ı haciz teriminin ifade etmek istediği ana tema budur. Öyle ki kavram hukukçuluğuna meyilli olan Hanefilerin nikahta kocanın; kısasta ise mağdurun ya da yakınlarının yetkisini milk olarak niteleme zorunluluğu duymaları<sup>74</sup> da temelde milk kavramının bu dış muhtevasıyla alakalıdır. Zira bu bağlamda kısas ve nikahtaki hakların mutlaklığını ifade etmek için milk kavramına ihtiyaç vardır. Milk burada iç muhteva açısından farklı olsa da mutlak bir hakkı ifade etmektedir ki bu onun dış muhtevası olarak ifade ettiğimiz husustur.<sup>75</sup>

Bazı hukuki durumlarda eşya sahibinin eşya üzerinde doğrudan yetkisi olmadığı halde ona milk denilmesinin ardında yatan sebep de esas itibarıyla hakkın iç muhtevasını yitirmekle birlikte dış muhtevasını koruyor olmasıdır. Mesela vakıfta bunu görebiliriz. Ebu Hanife'ye ve İmam Malik'e göre vakıfta milk, vakfedenin

<sup>74</sup> Bu iki bağlamda hakkın milk terimiyle karşılanmasının 'zarureten' olduğuna dair bkz. Serahsî, *Mebcut*, V, 96; 141-142.

<sup>75</sup> Mesela Hanefiler erkeğin kadın üzerindeki hakkına milku'l-mut'a derler. Bunun anlamı erkeğin kadın üzerindeki yararlanma hakkının, eşya üzerinde başkasının aracılığı ve tasarrufunun bütünüyle ortadan kaldırılmış olduğu aynî haklara benzetilmesidir. Milku'l-mut'a kocanın kadından faydalanmaya (istimtâ) ihtisası ve bu konudaki inhisarî yetkisidir. Bir grup bilginin tanımıyla ise "bu istifade etmek (hakk-ı temettu) konusunda kadının nefsinin ya da ayn'ının üzerinde kurulu bir milktir (milku'l-ayn). Hanefilere göre nikahın maksatları kocaya böyle bir güçlü hak vermeden gerçekleşmez. Bkz. Kâsânî, *Bedâi*, II, 331; III, 142.

olmaya devam eder.<sup>76</sup> Onun üzerinde satım, hibe vb. yolla tasarrufta bulunamazsa da milkin devam etmesi noktasında Malikilerin getirdiği izah tarzında vakfedenin vakfa malik olduğu, ancak burada milkten kastın gerçek anlamda bir milk olmayıp bunun milk olmasının “başkalarının o şey üzerinde tasarrufunun engellenmesi” bakımından olduğu ileri sürülür.<sup>77</sup> Milkin iç muhtevası ortadan kalktığı halde dış muhtevasının devam etmesi bakımından bu yetkinin milk olarak anılması uygun görülmektedir. Bu durum bize milkin dış muhtevasının ne kadar önemli bir unsur olduğunu ve bu tür hakların en azından mutlaklığını ifade etmek bakımından milk teriminden istifade edildiğini göstermektedir. İbn Teymiye'nin de belirttiği gibi belirli bir kişiye yapılan vakfin kimin milki altında olduğu tartışmalı olmakla beraber buradaki milk, normal milkten farklı özel bir türdür.<sup>78</sup>

Diğer taraftan özellikle Hanefi dışındaki mezheplerde ‘milku’l-intifa’ kavramı milki sadece iç muhtevası açısından ortaya koyan tanımlara aykırı olduğu halde dış muhtevası bakımından milk anlamı taşıdığı için böyle nitelenmiştir. Bu bakımdan milk kavramını tamamen iç muhtevası üzerinden hareketle ortaya koyan tanımlar yetersizdir. Zira bu noktada hakkın dış muhtevasına da bakılmalıdır. Dış muhteva bazı durumlarda daha önemlidir. Bu bakımdan mesela ziyafetlerin ibaha mı temlik mi olduğunu anlamak için hakkın dış muhtevasına müracaat edilmelidir. Yine mesela vasiyet vb. işlemlerde aynî hak sahibi olan kişinin, çoğu durumda bu yetkiden bizzat faydalanma dışında onu bedel karşılığında devri mümkün olmasa da üçüncü şahısların müdahalesi bütünüyle engellendiğinden milk gerçekleşmiştir.

### 3- Milk, Mülkiyet ve Aynî Hak Kavramlarının Mukayesesi

Milk kavramının tanımını ve unsurlarını bu şekilde ele aldıktan sonra artık bu kavramın kara Avrupası hukukundaki kavramlarla mukayesesini yaparak ona en yakın karşılığın tespitini yapabiliriz. Yukarıdaki açıklamalardan sonra milk teriminin, aynî hak terimiyle oldukça yakın olduğu ve onu bütünüyle içine aldığı görülür. Aynî haklar mutlak aynî hak olan mülkiyet ve sınırlı aynî haklar olarak ikiye ayrılır. Bunun gibi milk de mutlak ve ‘tam milk’ olan mülkiyet ile nakıs yani sınırlı milk şeklinde ayrılır. Milk ile aynî hak terimleri arasında yakınlık kurmamızı sağlayan temel husus bu şekilde gerek tanım gerekse türleri noktasında bu terimler arasındaki birebir denkliktir. Dolayısıyla milk terimini, mülkiyet anlamından ziyade mülkiyeti de içine alan bir üst kavram olan aynî hak terimine daha yakın bir kavram

<sup>76</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 203-204.

<sup>77</sup> Savî, *Bulgatu's-salik*, IV, 133.

<sup>78</sup> İbn Teymiye, *el-Fetava*, IV, 107.



olarak ele almamız gerekmektedir. Milk, mahiyet olarak aynı, ancak kapsam olarak farklı hakları içerir. Mülkiyet hakkı milk olduğu ve bir eşyayı en geniş kapsamda hakimiyet altında bulundurma yetkisi verdiği gibi bir rehin hakkı da –Hanefilerde mahiyet olarak milk'tir. Ancak kapsam olarak hak sahibine verdiği yetki sınırlı olup, rehin konusunu gerekli şartlar oluştuğunda sadece paraya çevirme yetkisi verir. İrtifaklar, sükna hakkı vb. için de aynı şey geçerlidir. Görüldüğü gibi milk kapsamları farklı, ancak mahiyetleri aynı olan bir hak grubunun ortak adıdır. Bütün bu hak tiplerinde hak sahibi şahıs ile hakkın konusu arasında kurulan hakimiyet bağı tek bir kavramla yani milk ile ifade edilir. Tüm bu haklar aynı derecede güçlü bir yetki verirler, ancak bu yetki aynı olmasına rağmen her hak türü açısından sağladığı yetkinin kapsamı farklı farklıdır. Bu kapsam farklılığına göre de aynî hakkın tipleri isimlendirilir: Mülkiyet, irtifak, rehin vb.

Milk terimi yaygın kullanımda aynî hakları ifade ederken mutlak kullanımında en geniş kapsamlı aynî hak olan mülkiyeti ifade eder. İslam hukukunda mülkiyet terimi için ayrı bir kavram üretilmemiş olup, milk, konusuna yani milkin izafe edildiği nesneye göre mülkiyeti ya da sınırlı aynî hakkı ifade eder. Mesela 'bir mala malik olur' denildiğinde mülkiyeti, menfaat söz konusu ise sınırlı aynî hakkı, hapis ya da rehin söz konusu ise hapis hakkını ifade eder. Mülkiyet en yaygın ve önemli milk türü olduğu için fıkıh kitaplarındaki milkin mutlak kullanımında çoğu yerde kastedilen, mutlak ve kamil milk olan mülkiyet hakkıdır.<sup>79</sup>

Milk ve aynî hak terimlerinin mukayesesi açısından tek problemlilik nokta alacak haklarının özellikle de cins borçlarının durumudur. Türk pozitif hukukunda alacaklar üzerindeki hak, aynî nitelikte olmayıp ayrı bir hak kategorisi olan alacak hakkı (şahsi hak) niteliğindedir. Medeni hukukun en önemli hak ayırımı da alacak hakkı ve aynî hak ayırımıdır. İslam hukuku açısından ise konusu ferden muayyen bir şeyin (aynî) verilmesi olan borçlar (ayn borcu) –kural olarak- zimmette sabit olan bir borç niteliğinde değildir.<sup>80</sup> Daha doğrusu eğer konu bir ayn'ın verilmesi ise bu durumda İslam hukukuna göre teknik anlamda bir 'borç'tan bahsetmek de zordur. Zira bu ayn üzerinde 'alacaklı' olan kişinin hakkı açıkça milk yani aynî hak olarak düzenlenmiş ve ona mutlak bir hak gücü verilmiştir. Bu hakların zimmette sabit olmamasının anlamı budur. Konusu bu şekilde ferden muayyen bir şey değil de cinsiyle muayyen

<sup>79</sup> Bu durum "mutlak ifade, terimin en kamil anlamına hamledilir" kuralıyla ifadenir ki mutlak anlamda kullanılan milk terimi bu sebeple kamil milk yani mülkiyet olarak anlaşılabilir Bu kural ve bunun belirttiğimiz yorumu için bkz. Kadızade, *Tekmile*, VIII, 18.

<sup>80</sup> Ferden muayyen borçların zimmette yer almayacağına dair bkz. Aybakan, *Borçların İfâsı*, s. 27; Aydın, "Deyn", *DİA*, IX, 267.

olan alacaklar üzerindeki hakların niteliği hakkında ise tartışma vardır. Bazı bilginler burada bir ayn'dan ve gerçek anlamda bir maldan bahsedilemeyeceği için bu alacak üzerindeki hakkın milk niteliğinde olmasını kabul etmez. Bazıları ise bunu ayrı bir hak türü olarak düzenlemek yerine milkin bir türevi ve 'zayıf ya da istikrar bulmamış milk' demeyi tercih eder. Zira İslam hukukunda deynler mal hükmünde oldukları için bunların üzerindeki haklar da milk hükmünde kabul edilir. Bundan dolayı milk kavramının kapsamı genişler. Ancak bu hak türü, milk'in tüm unsurlarını taşımadığından 'zayıf milk' olarak nitelenmektedir. İslam hukukçularının ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla alacak hakkı geçici bir durum olan borç ilişkisinin devamına bağlı olduğu için milkin bir türevi olarak görülmüş ve bunun için özel bir terim üretilmemiştir. Bu konuyu alacaklar üzerindeki hakkın mahiyetini incelerken genişçe ele alacağız.

### C- MODERN DÖNEM İSLAM HUKUKU ÇALIŞMALARINDA MİLK KAVRAMI

Modern İslam hukuku çalışmalarında milk teriminin gerçek mahiyetiyle anlaşıldığı ve incelendiğini söylemek zordur. Milk kavramıyla ilgili çağdaş fıkıh literatüründe iki temel eksiklik olduğunu söyleyebiliriz: Bunların ilki milk terimini mülkiyet hakkı olarak algılayarak onu, üst kavram olan aynî hak seviyesinden özel bir hakkı ifade eden mülkiyete indirgemek suretiyle mahiyet ve kapsamının değiştirilmesidir. İkincisi ise fikhın temel kavramlarının analiz edildiği genel terim sözlükleri gibi bazı mühim çalışmalarda milk teriminin daha çok milkin konusu olan nesne ile karıştırılması ya da fıkhıta en önemli hak türünün bu hakkın konusu tarafından gölgelenmesi ve ilginin daha çok hakkın konusu anlamında ve teknik bir terim olmayan milk'e kaymasıdır.

Klasik fıkıh literatüründeki milk kavramı, modern islam hukuku çalışmalarına gelindiğinde bir anlam kayması yaşamış ve milk kelimesi ile batı hukuklarından gelen ve eşya hukukundaki teknik anlamıyla 'mülkiyet' aynı kavram olarak algılanmıştır.<sup>81</sup> Batılı hukuklardaki mülkiyet terimi, 'mülkiyet/milkiyye' kavramıyla karşılanırken fıkıh literatüründeki milk'in de karşılığının bu olduğu anlayışı farkına varılmadan yerleşmiş ve bu şekilde İslam dünyasına geçen mülkiyet terimi eşya hukukundaki dar ve teknik anlamıyla klasik kaynaklardaki milk ve milkiyye terimleri

<sup>81</sup> Kadri Paşa Mürşidu'l-hayran adlı eserinde 'el-Milkiyye' adıyla attığı başlıkta 'el-milku't-tâm' terimini tanımlayarak -isabetli bir şekilde- mülkiyeti bu terimle karşılar ve diğer milk çeşitleriyle bunun arasını ayırır. Bkz. Md. 11. Daha sonra ise başka bir milk türü olan milku'l-menfaa'yı ele inceler. Bkz. Md. 13-22.

ile aynı kavram olarak değerlendirilmiştir. Bu husus çağdaş fıkıh çalışmalarında İslam hukukunun genel olarak haklar ve özel olarak aynî haklar konusunu sağlıklı olarak anlamamızın önünde bir engel olmakta ve adeta bu terimi yozlaştırmaktadır. İslam hukuku gibi gelişmiş ve kendine özgü bir metodu ve kavram mekanizması bulunan bir hukukun anlaşılması için diğer bir hukuk sistemiyle basit ve yüzeysel bir mukayeseye gidilmesi, ondaki kavramlara günlük kullanım dilinin ya da başka bir hukuk sistemindeki kavram örgüsü ve teorilerin zihinde oluşturduğu şablonlarla yaklaşılması uygun değildir. Milk ile mülkiyet kavramının birbirinin dengi olarak algılanması bu duruma tipik bir örnektir. Oysa medeni hukuk ve özellikle eşya hukuku bağlamında klasik kaynaklardaki milk terimiyle pozitif hukuktaki mülkiyet terimi arasında belirgin ve önemli farklar olduğu açıktır. Bu fark teker teker ele alınan cüzi furu hükümleri açısından kendini hissettirdiği gibi İslam hukukunun kavramsal ve teorik yapısının doğru anlaşılması bakımından da ciddiyet arzetmektedir. Bu sebeple milk kavramı mülkiyet olarak anlaşıldığında milk kelimesinin hukuktaki teorik yeri ve derinliği yeterince anlaşılammaktadır.

Bu durumun başka önemli benzerleri vardır. Mesela çağdaş Arap araştırmacılar, klasik kaynaklardaki 'hakku'l-milk' terimini, ilk anda zihne geleceği gibi, kullandıkları dilde geçen 'mülkiyet hakkı' anlamında kullanıldığını düşünmekte ve klasik metinleri bu şekilde anlamaya çalışmaktadır. Oysa 'hakku'l-milk' son derece teknik bir kavram olup mülkiyet ve aynî hak kavramından farklıdır. Klasik kaynaklarda 'milk'ten ya da mülkiyetten bahsedilirken hakku'l-milk terimi kullanılmaz. Bu tamamen farklı bir hak seviyesidir. Yine 'hakku't-temellük' terimini klasik kaynaklarda gören araştırmacılar da bunu o günkü dilde kullanılan mülk/mülkiyet edinme özgürlüğü olarak anlamakta ve yorumlarını bu anlayışa dayandırmaktadır. Oysa bu da farklı, teknik ve bu günkü dilde ve batı kaynaklı hukuklarda karşılığı olmayan tamamen fıkha özgü bir terimdir. Bu tür yanlış anlamalar klasik fıkıhta haklar ve özellikle de eşya üzerinde kullanılan hakları gerek mahiyet gerekse kapsam olarak doğru bir şekilde anlamamızı engellemektedir.

Diğer taraftan klasik bazı hukuk lügatlerinde gördüğümüz gibi<sup>82</sup> modern dönemde bazı fıkıh çalışmalarında da malvarlığı hukukunun belkemiğini oluşturan böylesine önemli bir terim adeta bütünüyle ihmal edilmiştir. Bu durum bize hukukun temel kavramlarının teknik bir analize ve tanıtıma tabi tutulmadan fıkıh öğretiminin ya da yasaların yapıldığını gösterir ki bu durumun hukuk teorisi, eğitim ve kanunlar

<sup>82</sup> Meselâ Enîsu'l-fukaha bir çok teknik terimi tanıttığı halde milk terimini tanıtma ihtiyacı hissetmez.

açısından sakıncası ortadadır. Bu bağlamda ilk olarak *Mecelle*'ye baktığımızda onun adet olduğu üzere fıkıhın temel kavramlarından olan milki tanımlamasını bekleriz. Ancak Kitabü'l-buyû'nun mukaddime kısmında aynî hak anlamındaki milk yerine, bir kavram olmaktan çok sözlük anlamında milk'in konusunu açıklamıştır.<sup>83</sup> Burada hukukun kavramlarının tanıtıldığı bir bölümde sadece milkin konusu olan insanın malik olduğu şeyi tanımlamaya gerek duyulduğu halde, en temel kavramlardan olan ve aynî hakka yakın bir anlam içeren milk göz ardı edilmektedir. Diğer yandan burada tanımlandığı şekliyle hakkın konusunu ifade eden milk ya da mülk teknik ve sözlük anlamının dışında tanımlamayı gerektirecek bir kavram da değildir<sup>84</sup>. Bu, *Mecelle* açısından ciddi bir eksik olmakla birlikte bunun ötesinde fıkıhta böylesine temel ve üst kavramların mahiyetlerini yeterince netleştirip sorgulamadan da fıkıh yapılabileceği anlamı içermesi bakımından da şaşırtıcıdır. Zira bu husus aynî hak kavramının varlığını tanımayarak eşya hukuku yapmak gibi bilimsel açıdan tutarsız bir yöntemdir.

Hamdi Yazır da hazırladığı ansiklopedik lügatte *Mecelle*'nin tanımının tesirinde kalmış ve milk ve mülk kelimelerinin hepsi için tek bir anlam vermiştir: "Şeriat ıstılahında insanın malik olduğu şeydir."<sup>85</sup> Daha da şaşırtıcı olanı müellifin bu tanımdan sonra milkin fıkıhtaki teknik tanımını atlayarak mantık ve kelamdaki tanımını vermesidir. Fıkıh terimi olarak milk, kelim terimi olan milk ile mukayese edilmeyecek kadar önemli ve yaygın kullanılan ve malvarlığı hukukunun belkemiğini oluşturan bir kavram olmasına rağmen durum böyledir.

Aynı şekilde fıkıh usulu ve fıkıhtaki ıstılahları ele alan *Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu* da *Mecelle* ve şerhlerinin etkisini hissettirir tarzda milk kavramını, mülk kavramının gölgesinde bırakarak almamıştır.<sup>86</sup> Bütün bu durumlar bize bir terim bile

<sup>83</sup> *Mecelle*, Md. 125. "Mülk insanın malik olduğu şeydir. Gerek a'yan olsun ve gerek menâfi olsun." Ali Haydar burada Osmanlıca harekesiz yazılan m-l-k kökünün mülk, melk ve milk şeklinde üç türlü okunabildiğini belirterek *Mecelle*'nin tanımının dışında beklenen milk tanımını vermez. Ali Haydar, *Dürrü'l-hukkam*, I, 227.

<sup>84</sup> Benzer bir eleştiriyi Seyyid Bey Yapmaktadır. Bkz, "Mülk, Mal ve Bey'in Mahiyeti", *DFHFM*, sn., 1, sy., 2, s. 131-133.

<sup>85</sup> Hamdi Yazır, *Fıkıh İstılahları Kamusu*, III, 422. Görüldüğü gibi Hamdi Yazır da *Mecelle*'nin yolundan gitmiştir.

<sup>86</sup> Buna göre Bilmen milki değil de mülkü tanımlar: "mülk insanın malik olduğu yani kendisinde ihtisas ve istiklal vechile tasarrufa selahiyettar bulunduğu şeydir." Bilmen, *Kamus*, VI, 9. Bu Ali Haydar'ın tanımından alınmadır. Bilmen ayrıca milk kavramını kullanmaz. O sadece mülk kavramını kullanarak mülk-ü mutlak, mülk-ü mukayyet, mülk-ü mut'a vb. kavramları kullanır ki bu yanlıştır. Bu terimlerde söz konusu olan mülk değil milkdir. Günümüz Arapça ve Türkçe hukuk çalışmalarında da milk ve mülk kelimeleri çoğu defa birbirine karıştırılarak kullanılır. Buna göre eşya üzerindeki hakları ifade etmek için milk kelimesi kullanılmalıdır. Bu yetkilerin mülk kavramıyla karşılanması, gerek sözlük anlamı gerekse de teknik terim olarak doğru değildir.

olmayan günlük konuşma dilinden alınmış mülk kavramının, adeta milk kavramına giden yolu tıkadığını göstermektedir. Görüldüğü üzere klasik fıkıh literatüründen modern dönem çalışmalara geçildiğinde klasik kaynakların dilini ve kavram örgüsünü anlama noktasında zaaf lar başlamış ve birtakım kavramların önemi ve gerçek mahiyeti yeterince anlaşılamamıştır.

### III-AYNÎ HAKLARIN KONUSU OLARAK MAL/EŞYA KAVRAMI

Aynî hakların konusu mallardır. Bu başlıkta mal kavramını incelemekteki gayemiz mal ile ilgili tüm hükümleri ele almak olmayıp mal kavramını İslam hukukunda milk niteliğindeki hakların konusu olması bakımından incelemektir. İslam hukukunda eşyanın algılanış şekli ve eşya tasavvuru fıkhîta mallar üzerinde kurulan haklarla ilgili terimlerin ve ayırımların oluşumunu doğrudan belirlediğinden eşya üzerindeki inceleme fıkıh açısından farklı bir önem kazanmaktadır. İslam hukukçularının evren anlayışının bir uzantısı olarak şekillenen eşya anlayışları ve özellikle eşyanın ayn-menfaat şeklindeki ve yine ayn-deyn şeklinde ayrı iki açıdan ayırımı bütün malvarlığı hukukunun ve hatta tüm fikhın ana kavramlarının bu ayırım üzerine kurulmasını sağlamıştır.

İslam hukukunda mülkiyet vb. aynî hakların konusunun mal olduğu açıkça ifade edilmiştir.<sup>87</sup> Dolayısıyla mal olmayan şeyler üzerinde milk kurulamaz. Ancak İslam hukukçuları mallar üzerinde kurulan hakları ifadelendirirken, günümüz hukukundaki gibi sadece ‘mal/eşya’ terimiyle yetinmezler ve bunun dışında başka terimler kullanmak zorunda kalırlar. Hanefî doktrininde malın dışında ‘mütekavvim mal’ terimi; özellikle Şafii ve Hanbelilerde ise ‘muhterem nesne/şey’ terimi vardır. Eşya üzerindeki hakkın mahiyeti hakkın konusu nesnenin bu üçünden hangisi olduğuna göre önemli ölçüde değişmekte ve farklı bir isimle anılmaktadır. İslam hukukunda mallarla ilgili bu şekilde değişik terimlerin ortaya çıkması bazı temel etkenlere bağlıdır. İlk olarak İslam hukukunun dini bir hukuk olması sebebiyle birtakım nesnelerin yenilip içilmesi, kullanılması, alınıp satılması ile ilgili yasaklar fıkıh doktrinlerinin hukuki metot ve yaklaşımları arasındaki farklarla birleşince, mal ile ilgili kavramlar çoğalmış ve girift hale gelmiştir. Mesela Şafiilere ve Hanbelilere göre eğitilmiş köpek temiz olmadığı için mal olmamakla ve mali bir değer taşımamakla birlikte birtakım hukuki işlemlere konu olabilmekte ve üzerinde milk nitelikli olmayan yetkiler kurulabilmektedir. Bu husus ‘muhterem şey’ kavramının

<sup>87</sup> “عمل الملك هو المال”, Kasâni, *Bedaî*, VII, 352; Zeylaî, *Tebyin*, III, 186, 263; İbn Hûmam, *Fethu'l-kadir*, V, 275; Ali Haydar, I, 767.

doğmasına yol açmıştır. Yine Hanefilere göre içki ve domuz mal olmakla beraber ancak mütekavvim mal değildir. Bu sebeple belirli şartlar altında aynî haklara konu olsa da hukuki işlemlere kural olarak konu olamaz. Bu durum Hanefilerde mal ve mütekavvim mal kavramları arasında ayırma gidilmesine yol açmıştır. Diğer taraftan mal, bizzat kendisi ve maddi varlığı anlamına ayn ile malların kullanılması yoluyla onlardan istifade anlamına gelen ‘menfaat’ şeklinde adeta iki ayrı parçadan oluşuyor gibi algılanmış ve menfaatlerin mal olarak değerlendirilmesi tartışma konusu yapılmıştır. Benzer şekilde zimmette sabit olan alacakların (deyn) da mal özelliğine sahip olup olmadığı tartışıldığında mal teriminin mahiyetiyle birlikte kapsamı üzerinde de belirsizlik hakim olmuştur.

Hanefi mezhebi mal kavramının üstünde mütekavvim mal terimini esas aldığı için Hanefiler açısından aynî hakların gerçek konusunun mütekavvim mallar olduğu söylenebilir. Mütekavvim olmayan mallar ise aynî hak konusu olmakla birlikte hukuki işlemlere kural olarak konu olamazlar. Hanefilerin dışındaki doktrinlerde ise mal kavramı pozitif hukuklardaki eşya kavramının tam karşılığı olup aynî hakların konusunu ifade eder ve malın ötesinde aynî hakların konusu olmaya daha müsait bir nesne yoktur. Başka bir deyişle Hanefilerin ‘mütekavvim mal’ dediği şey Şafii, Hanbeli ve Maliki mezheplerinde yalın olarak ‘mal’ terimiyle ifade edilir. Hanefilerdeki mütekavvim mal aynî haklara konu olma bakımından ‘mal’dan daha üstün bir durumu; Şafii ve Hanbelilerdeki “muhterem şey” ise aynî haklara konu olma bakımından mal teriminden daha aşağı bir durumu ifadelendirir. Muhterem şey üzerindeki haklar, bunlar mal olmadığı için aynî nitelikte olmayıp, ihtisas hakkı denilen özel bir hak türünü oluşturur.

Mal kavramının önemi temelde aynî hakların konusunu oluşturmasına bağlıdır. Öyle ki mal kavramının mahiyetinin tam olarak anlaşılması için de aynî hak/milk kavramına ihtiyaç vardır. Özellikle çağdaş araştırmalarda zaman zaman mal kavramı mal olmaya bağlı sonuçlar tümüyle dikkate alınmadan belli belirsiz bir şekilde tanımlanma yoluna gidilmiştir. Bu hususta eşya üzerindeki hakların genel bir teorisinin yapılmayışının ve aynî hak kavramına yeterince net olarak ulaşılamamış olmasının da etkisi vardır.

Burada öncelikle aynî hakların temel konusu olan mal kavramı tanıtılıp sonrasında ise mütekavvim mal ve muhterem şey kavramları incelenecek ve bu şekilde milk nitelikli hakların konusunun neler olabileceği ortaya konulacaktır. Yukarıdaki izahlardan anlaşıldığı gibi mal kavramı üzerinde tüm doktrinlerce ortak bir tanıma ulaşmak zor olduğu için fıkıh doktrinlerinin mal tanımlarını ve bunun

arkasındaki bakış açılarını önce ayrı ayrı ele almak daha doğru olacaktır. Bu yüzden önce Hanefilerin sonra da diğer mezheplerin (cumhur) mal anlayışlarını ele alacağız.

## A-HANEFİLERİN MAL İLE İLGİLİ TERİMLERİ: MAL VE MÜTEKAVVİM MAL

Yukarıda belirttiğimiz gibi Hanefilerin mal ile ilgili terimleri iki aşamalıdır: Mal ve mütekavvim mal.

### 1- Mal Terimi

Hanefilerde mal ile ilgili bir çok tanıma rastlamak mümkündür. Hanefi doktrininde mal, bütünüyle hukuki bir kavram olmayıp daha ziyade örfi ve tabii bir kavramdır. Başka bir deyişle bir şeyin mal olup olmadığının kriteri insanların ondan bir yolla faydalanıyor olması yani tabi-örfi kabullenişlerdir<sup>88</sup>. Bu faydalanma olgusu, iktisadi bir değer taşıma şeklinde kaideleştirilebilir. Hukuk sisteminin değer yargısının, yani hukuki bir değer taşıma olgusunun mal kavramı ile doğrudan bir ilişkisi yoktur. Hukuki anlamda mal ise mütekavvim mal kavramıyla ifade edilmiştir. Bu anlamda Hanefiler mal ve mütekavvim malı birbirinden ayırmaya çalışmışlardır.

Hanefi kaynaklarını taradığımızda oldukça değişik ve zengin tanımlarla karşılaşırız. Burada bu tanımların tümünü incelemek yerine en yaygın kullanılanları belirterek daha çok malın unsurlarını tespitte çalışacağız. Mecelle malı: “Tab’ı insani mail olup da vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir” diye tanımlar.<sup>89</sup> Bu tarif şöyle açılabilir: “Mal insanın tabiatı icabı kendisine bir ihtiyaç ve istek duyduğu ve ihtiyaç ve lüzumu olduğunda kullanılmak üzere doğrudan saklanıp korunması mümkün olan şeydir”.<sup>90</sup> Kasânî malı şöyle tanımlar: “Mal kendisinden bilfiil istifade edilen ve şeriat tarafından herhangi bir şekilde faydalanılması mubah kabul edilen şeydir.”<sup>91</sup> Gaznevî de (596/1200) malı “insanların fayda ve maslahatları için yaratılmış olan, ihraz edilmesi ve üzerinde hür iradeyle tasarrufta bulunulması

<sup>88</sup> Hamevi, *Gamz*, IV, 5; Ali Haydar, *Düreru’l-Hukkam*, I, 228

<sup>89</sup> *Mecelle*, Md. 126.; Ali Haydar, *Düreru’l-Hukkam*, I, 228 (Bu tanım için bkz. İbn Abidin, *Reddü’l-muhtar*, IV, 501).

<sup>90</sup> Bu tanım Hanefi kaynaklarda yaygındır. Bkz. Ali Haydar, *Düreru’l-Hukkam*, I, 228. Hamevi, *Gamz*, IV, 5 (*el-Keşfü’l- Kebir*’den naklen); İbn Abidin, *Reddü’l-Muhtar*, V, 51, IV, 501. Malın bu anlamdaki diğer bir tanımı şöyledir: “mal insanın tabiatı icabı istek duyduğu ve harcanması ve saklanması mümkün olan şeydir.” İbn Abidin, *Reddü’l-Muhtar*, VI, 449; Haskafi, *Dürrü’l-Muhtar*, V, 50. Bu tanımlar hakkında Seyyid Bey’in eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. Seyyid Bey, “Mülk, Mal ve Bey’in Mahiyeti”, *DFHFM*, sn. 1, sy. 2, s. 135.

<sup>91</sup> Kasânî, *Bedai*, VII, 147; V, 143-144.

mümkün olan insandan başka şeylerdir”<sup>92</sup> şeklinde tanımlar. M. Hüsrev ise, malı şöyle tanımlar: “Mal insan tabiatının meylettığı mevcut şeydir.”<sup>93</sup>

Hanefilerin tanımlarında mal konusunda çok farklı ifadeler kullanılmış ve şartlar ileri sürülmüştür. Bütün bu farklı ifadeler ve literatürde mal ile ilgili ileri sürülen görüşleri incelediğimizde Hanefilerde bir nesnenin mal niteliğini (maliyet) taşıması için gereken iki temel unsur olduğunu görürüz.

*a- İnsanların bir ihtiyacını gidererek fayda temin etmesi (Örf unsuru<sup>94</sup>)*

Hanefi terminolojisinde mal kavramı teknik ve pür hukuki bir terim olmaktan çok örfi ve tabii bir kavramdır. Bundan dolayı yapılan tanımlarda “tab-ı insanın meyletmesi” vb. unsurlar hukuki bir nitelemeden çok insanların mal dediği ve yararlandığı şeyi, başka bir ifadeyle örfen değer taşıyan, insanların bilfiil yararlandığı şeyleri tespit etme amacı güder. Bu en genel anlamda iktisadi bir değer taşıma şeklinde ifade edilebilirse<sup>95</sup> de iktisadi değer taşımamakla birlikte manevi değeri olan birtakım eşyaları da mal saymak gerektiği kanaatindeyiz.

Bir nesnenin fayda temin ediyor olmasının ölçüsü objektif kriterlerdir. Yani bir nesnenin mal olması için bütün insanların ya da insanlardan bir kısmının ondan faydalanabilir olması yeterlidir.<sup>96</sup> Bir şeyin mal olabilmesi için o şeyden yararlanma müslümanlar açısından caiz olmasa da, ilahi bir dinin mensupları tarafından mubah görülmesi yeterlidir. Zira buradaki insan unsurundan, semavi bir dinin mensuplarının kastedildiği anlaşılmaktadır.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Gaznevi, *el-Havi'l-kudsi* (nakleden Hamevi, *Gamz*, IV, 6; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtar*, IV, 502.

<sup>93</sup> Molla Hüsrev *Dürerü'l-hükkam*, (nakleden, İbn Abidin, *Reddü'l-muhtar*, V, 51. İbn Abidin bu tanımları yukarıda aktardığı ve *Mecelle*'nin de esas aldığı tanımdan daha iyi olduğunu zikrederek verir.)

<sup>94</sup> Seyyit Bey *Mecelle*'nin 126. maddesindeki mal tanımını eleştiri için yazdığı makalede en sonunda malın tanımının *Mecelle*'den bütünüyle çıkarılması gerektiğinden bahseder. Zira ona göre bu tür lafızların anlamı kanunla değil örf ile belirlenir. Seyyid Bey burada biraz aşırı gitmiş gibi gözükse de malın –mütekavvim malın değil- mahiyetini belirleme noktasında Hanefi mezhebinin genel tavrından uzaklaşmış sayılmaz.

<sup>95</sup> Bkz. Demir, *Mülkiyet hakkı*, s. 15.

<sup>96</sup> Hamevi, *Gamz*, IV, 5; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hukkam*, I, 228. Seyyit Bey'e göre de malın gerçek unsuru nafi; yani insanlara fayda temin eder olmasıdır. “Mülk, Mal ve Bey'in Mahiyeti”, *DFHFM*, sn. 1, sy. 2, s. 135,136 S. 137.

<sup>97</sup> Kasâni, meyte ve kanın hiçbir din tarafından mal olarak görülmediği için mal kavramı dışında olduğu söyler. Bedai, VII, 147. Ali Haydar da *Mecelle*'nin 210. maddesinin şerhinde mal olmanın ölçüsünü belirleyen insan kriterinde bunun ilahi din mensupları olarak açıklar. “Beynennas -(yani ilahî dinlerden birine mensup hiç bir insan indinde aslen)- mal olmayan şeyi – (semen yahut araz mukabilinde)- satmak yahut onunla –(tabiri aharla aslen mal olmayan semen ittihaz olunarak onun mukabilinde)- bir mal satın almak iki surette bedelinin ikisinde debatılır.” Ali haydar, *Dürerü'l-hukkam*, I, 332. Burada kriterin ehl-i zimme olduğuna dair bkz. Mergnani, *Hidaye*, III, 42



Bu unsura göre insanlar tarafından bir şekilde fayda temin etmeyen -başka bir ifadeyle insan tabiatının bir ihtiyaca cevap vermediği için kendisine iktisadî değer atfetmediği az miktardaki toprak,<sup>98</sup> leş (meyte),<sup>99</sup> akmuş kan<sup>100</sup> ve hür insan<sup>101</sup> tarif dışında kalmaktadır. Ayrıca tek bir buğday tanesi gibi tek başına bir fayda temin etmeyen nesnelere de yine tarif dışında kalır.<sup>102</sup>

Buna rağmen domuz, hamr ve boğularak öldürülen meyte gibi ilahi din mensuplarınca (Yahudilik ve Hıristiyanlıkta) mal sayılan ve iktisadi değer atfedilen nesnelere -Hanefi doktrininde- mal kabul edilmiş ve buna birtakım önemli hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu durum İslam hukukunda benzeri az görülen ilginç bir hükümdür. Bu hükme varırken müslüman toplulukla birlikte yaşayan zimmilerin dikkate alındıkları görülmektedir.<sup>103</sup>

*b- Fiziki müstakil bir varlığı olma unsuru (Doğrudan ihraz edilmesinin yani üzerinde doğrudan ferdi hakimiyet kurulmasının mümkün olması)*

Hanefi doktrininde bir nesnenin mal olmasının ikinci şartı “iddihar olunabilme” şartıyla da ifade edilen üzerinde doğrudan ferdi hakimiyet kurulabilmesi unsurudur. Bu unsur özellikle bir malı kullanmayı ve ondan faydalanmayı ifade eden “menfaat”ı mal tanımının dışında tutmak için geliştirilmiştir. Zira menfaatlerin doğrudan ihraz edilmeleri Hanefilere göre mümkün değildir.<sup>104</sup> Bu şart, bilfiil ihraz altında olmaktan çok genel olarak nesnenin ihrazının mümkün olup olmamasıyla alakalıdır.

Mal olmayan nesnelere hiçbir şekilde aynî haklara konu olamazlar. Dolayısıyla bu şeyler hukuki işlemlere de konu olamazlar ve hukuken değer taşımazlar. Bir nesnenin mal olması durumunda ise aynî haklara konu olması mümkün olur. Ancak bu durumda Hanefiler bir şeyin gerçek anlamda aynî haklara ve hukuki işlemlere konu olması için mal kavramıyla yetinmeyerek malın mütekavvim olmasını şart

<sup>98</sup> İbn Abidin, *Reddül-muhtar*, V, 50;

<sup>99</sup> İbn Abidin, *Reddül-muhtar*, V, 51; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, I, 332.

<sup>100</sup> İbn Abidin, *Reddül-muhtar*, V, 51;

<sup>101</sup> Haskafi, *Dürrü'l-Muhtar*, V, 52; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, I, 228, 332. Karafî kulun kendi üzerinde hakkı olduğu için hür insanın milk altına alınamayacağını belirtir. *Furuk*, III, 237. Zeylaî de hür insanın masum olması sebebiyle mal olarak değerlendirilemeyeceğini ifade eder. *Tebyîn*, III, 237.

<sup>102</sup> Ali Haydar, bunu ihtiyac zamanı için iddihar edilme şartı bakımından mal saymamaktadır. *Dürer*, I, 228, 332.

<sup>103</sup> Kasânî, hamr ve domuz gibi şeylerin mal olarak kabulü görüşünün delillerin sunarken şöyle der: “Biliniz ki ehli kitab müslümanların sahip olduğu haklara ve yükümlülüklerine sahiptir” hadisi gereğince ehl-i zimmet ile gasp ve tazmin konularında aramızda eşitlik gerekmektedir.” Kasânî, *Bedaî*, VII, 147.

<sup>104</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, I, 228. Bkz. Zerka, *Medhal*, III, 114.

koşmuşlar ve bu şekilde mütekavvim mal kavramına ulaşmışlardır. Dolayısıyla Hanefiler açısından pozitif hukuktaki eşyanın tam karşılığı mütekavvim maldır.

## 2- Mütekavvim Mal Terimi

Mal ve mütekavvim mal ayırımı Hanefi mezhebinde çok tekrarlanan ve birtakım teferruatlı hüküm farklarına neden olmuş bir ayırımdır. Hanefiler bir nesnenin mütekavvim olmasa da mal olmasına, örfen insanların en azından bir kesiminin değer vermesinden dolayı diğer mezheplerdekinden farklı bazı hukuki sonuçlar bağlamışlardır. Ancak gerçek anlamda üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli şeyler mütekavvim olan yani örfi değerinin yanında hukuken de değeri olan mallardır. Bir an için mal olduğu halde mütekavvim olmayan malların neler olduğunu araştırdığımızda karşımızda sadece üç mal olduğunu görürüz. Bunlar hamr, domuz ve boğularak ölen meyledir. İşte Hanefilerin mal ve mütekavvim mal ayırımı sadece bu üç mal için yapılmış bir ayırımdır. Diğer yandan bilfiil ihraz edilinceye ya da müstakil varlığa erişinceye kadar mallara mütekavvim denmez. Balık ve süt maldır. Ancak denizdeki balık ve hayvanın yenindeki süt mütekavvim değildir. Mesela hayvanın memesindeki süt müstakil bir mal olmaktan çok o hayvana ait bir ‘sıfat’ niteliğindedir ve o an için ihrazı söz konusu değildir. Bundan dolayı da müstakil varlığı olana kadar mal niteliğine haiz değildir.<sup>105</sup>

Mecelle mal ile mütekavvim malın iki ayrı kavram olduğunu ima edecek şekilde önce malı sonra da mütekavvim malı tanımlamıştır. Buna göre: “mütekavvim mal iki manada kullanılır. Biri kullanılıp faydalanılması mübah olan şeydir. Diğeri ihraz edilmiş mal demektir.<sup>106</sup>” Bu tanıma göre bir malın mütekavvim olması için iki temel şart söz konusudur

1- İslam hukuk sisteminin o maldan yararlanmayı müslümanlar açısından mübah görmesidir.<sup>107</sup> Bir “hukuki değer” vasfını kazandıracak olan şey fıkhın o mal üzerinde hak kurulmasına izin vermesidir. Bu olgu yani hukuki değer verme olgusu ‘tekavvim’ terimiyle ifade edilir. Mütekavvim mal kavramından genelde ve yaygın olarak kastedilen anlam bu olmakla beraber bazen örfi anlam da kastedilebilir. Buna

<sup>105</sup> Serahsi memedeki sütü hayvana ait bir sıfat olarak niteler ve mütekavvim mal olmadığını belirtir. *Mebcut*, XII, 194. Başka bir yerde de sağılmadan önce sütte hem mal (maliyyet) hem de tekavvim vasıflarının olmadığını söyler. *Mebcut*, XII, 195.

<sup>106</sup> Mecelle Md. 127. Ali Haydar bunun örfi ve şeri anlamları olduğunu nakleder. *Dürrü'l-hukkam*, I, 229. Bkz. Seyyid Bey, “Mülk, Mal ve Bey’in Mahiyeti”, *DFHFM*, sn. 1, sy. 2, s.136.

<sup>107</sup> Örfen faydalı görülen ve istifade edilen bir şeyin mütekavvim mal olması için ondan faydalanmayı helal kılan bir delil aramaya gerek olmayıp ondan faydalanmayı yasaklayan bir delilin mevcut olmaması yeterlidir. Bkz. Seyyid Bey, “Mülk, mal ve Bey’in mahiyeti”, *DFHFM*, sn. 1, sy. 2, s.138.

göre dinen mubah olan bir malın ele alınan özel bir hukuki işlem bakımından mütekavvim olması için ise ikinci bir şarta gerek vardır.

2- Mütekavvimin örfi anlamı olan bilfiil ihraz edilmiş olma şartı değişken ve ele alınan bir olayla ilgilidir. Zira aslında mütekavvim olma hukuk sisteminin mala vereceği bir vasıf olması dolayısıyla değişken olmayıp sabit bir unsurdur. Ancak ele alınan herhangi bir olayda söz konusu mal bilfiil ihraz altına alınmış değilse tekavvüm özelliğinden yoksundur.<sup>108</sup> Bu durum söz konusu malın sürekli bir şekilde mütekavvim olmadığını göstermeyip ele alınan olayla ilgili bir nitelemedir. Mesela balık aslen mütekavvim bir maldır. Ancak ele alınan bir satım akdinde denizdeki bir balığın satılması anında bu balığın mütekavvim olmadığından söz edilir. Zira ortada mebi olmaya müsait ihraz edilmiş bir balık, daha doğrusu böyle bir nesne üzerinde kurulmuş ve satım akdiyle mülkiyetini intikal ettirmeye müsait bir nesne yoktur. İşte bu tür aslen mütekavvim olan nesnelerin hukuki işlemler bakımından da mütekavvim hale gelmeleri için bilfiil ihrazları gerekir<sup>109</sup>.

Mütekavvim kavramı genel anlamda kullanıldığında şer'i anlamında kullanılır. Özel bir hüküm ifade etmek için kullanıldığında ise her iki anlamı birlikte ifade eder ya da sadece örfi anlamı içerir.<sup>110</sup> Ancak genel kullanımda bir malın mütekavvim olmasından kasıt hukuken kullanımının caiz olmasıdır.<sup>111</sup>

Mütekavvim kelimesi Hanefilerde mal kavramından ayrıştırılarak menfaatler için de kullanılır olmuştur. Bu bakımdan bir eşyadan faydalanma yetkisi anlamına gelen menfaatlerin aynî haklara konu olması sebebiyle hukuki işlemlerle 'mütekavvim mal' haline geldiğinden bahsedildiği gibi bud', yani erkeğin kadından cinsel istifadesinin de akit ile 'mütekavvim' hale geldiğinden bahsedilmektedir. Bu husus mal olmayan şeylerin hukuken değer ifade etmesi anlamı taşır. Başka bir

<sup>108</sup> Abdulaziz El-Buharî Ebu Hanife'den şu görüşü aktarır: "Tekavvüm ihraz ile olur. İhraz edilmemiş bir av mütekavvim olmayıp mütekavvim vasfını ihraz ile kazanır" *Keşful esrar*, IV, 323.

<sup>109</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-hukkam*, I, 229. Ayrıca bkz. *Mecelle*, Md. 1252.

<sup>110</sup> Bak. Ali Haydar, *Dürru'l-hukkam*, I, 229, 607.

<sup>111</sup> Tekavvüm unsuru temevvül yada maliyyet unsurlarından ayrı olarak ele alınabilir. Yani bir nesne mal olmasa da mütekavvim olabilir. Buna göre mesela bir buğday tanesi mal olmasa da hukuk tarafından yasaklanmadığı için mütekavvim sayılmaktadır. Bkz. Ali Haydar, *Dürru'l-hukkam*, I, 229. Bir nesnenin mütekavvim mal olması objektif kriterlere dayanmakla birlikte İslam hukukunun hukuk yazım metodu ve dilinden kaynaklanan bir sonuç olarak bazı hallerde mütekavvim mal olmaya sübjektif bir olgu gibi de bakılabilmektedir. Mesela, yakalanmış bir av hayvanı bu haliyle her bakımdan mütekavvim bir maldır. Ancak ihramlı bir kişinin bu avdan faydalanmasının şeran yasak olması bu avın ihramlı kişi bakımından mütekavvim mal olmadığı şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre ihramlının avını satışı inikad etmez. Zira kişinin ihramdayken avdan faydalanması haram olduğu için av onun hakkında o anda mal değildir. *Kasânî, Bedai*, V, 142.

deyişle mütekavvim sıfatı sadece mallarla ilgili kalmayıp maldan ayrıştırılmış farklı ve ayrı bir sıfat olarak kullanılmaya başlanmıştır.<sup>112</sup>

### 3- Hanefi Mezhebinde Mal ve Mütekavvim Mal Olmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Hanefilerin mütekavvim mal olmaya bağladıkları sonuçları şu şekilde ortaya koyup, mal ve mütekavvim malın hükümlerini mukayese etmemiz mümkündür:

1- Gerçek anlamda mal, mütekavvim olanlardır. Mütekavvim mal olmanın temel ve öncelikle ele alınması gereken sonucu, her türlü aynî hakka konu olabilmesidir. Klasik kaynaklarda 'milk' kavramıyla ifade edilen aynî hakların konusu mütekavvim mallardır. Bunlar üzerinde kurulan aynî haklar hukuk tarafından her türlü korumadan en geniş şekilde yararlanır.

Mütekavvim olmasa da Hanefiler tarafından mal olarak kabul edilmiş şeyler ise belirli şartlar altında aynî haklara konu olabilirler. Eğer bu sınırlı durumlarda bir aynî hakkın konusu olmuşlarsa hukuk tarafından yine sınırlı bir şekilde korunurlar. Mesela hamr ve domuz Hanefilere göre maldır. Bundan dolayı da bunlar üzerinde mülkiyet başta olmak üzere bazı aynî hakların kurulması sınırlı da olsa bir şekilde (fi'l-cümle)<sup>113</sup> mümkündür. Zaten Hanefilerin bu nesnelere, faydalanılması yasaklanmış olmasına rağmen mal olarak nitelemesi aynî haklara konu olabilmelerinden kaynaklanır. Gerçekten de Hanefilere göre aynî hakların konusu - mütekavvim olsun ya da olmasın- mallardır. Mütekavvim olmayan malların aynî haklara konu olması, temelde böyle bir mal, miras yoluyla kendisine intikal eden kişi hakkında geçerlidir. Miras yoluyla kendisine hamr ya da domuz gibi mütekavvim olmayan bir mal intikal eden kişinin bu mal üzerinde aynî hakkı söz konusudur. Ancak bu hak hukukun devamına müsaade ettiği ve koruduğu bir hak değildir.

Mütekavvim mallar üzerindeki aynî hakların ihlal edilmesi mesela, böyle bir malın itlaf edilmesi durumunda hukuk bu hakkı koruyarak tazmini yoluna giderken

<sup>112</sup> Tekavvüm kelimesi bazı kullanımlarında hukuken bir değeri olan her şeyi ifade eder tarzda kullanılmaktadır. Buna göre mallar gibi canlılarda da mütekavvim olma söz konusudur. Tıpkı bir malın itlaf edilmesinde tazminin söz konusu olması için kural olarak mütekavvim olması gerekiyorsa bir kişinin öldürülmesinde kısas, diyet vb. müeyyidelerin gerekmesi için canlı mütekavvim olması gerektiğinden bahsedilir. Bu şekilde mütekavvim terimi mal ve canlı tazmininde ortak kullanılan bir terim niteliğindedir. Bkz. Kasâni, *Bedai*, VII, 101, 132, 147.

<sup>113</sup> Kasâni, *Bedai*, V, 142.

mütekavvim olmayan bir mal üzerindeki hak ise ihlali halinde böyle bir koruma görmez. Böyle bir malın itlafı halinde tazmin yoluna gidilmez<sup>114</sup>.

Müslüman toplumda yaşayan gayr-ı müslimlerin şarap ve domuz gibi kullandıkları ve dinen de mubah olduğuna inandıkları şeyler onlar tarafından mütekavvim mal olarak kabul edildiği için İslam hukuku bu durumu aynen kabul ve muhafaza etmiştir. Bu mallar onlar için mütekavvim maldır ve diğer mallardan hiçbir farkı yoktur. Bundan dolayı her türlü aynî hakka ve hukuki ilişkiye konu olabilir. İslam hukuku bu hakları onlar açısından en güçlü bir şekilde korur.

Mal niteliği taşımayan şeyler ise hiçbir şekilde aynî hakların konusu olamaz.

2- Mütekavvim mal olmanın ilk sonucuna bağlı ikinci sonucu ise bu malların her türlü hukuki ilişkiye konu olabileceği ve bu şekilde bunlar üzerindeki aynî hakların iradi olarak başkalarına devredilebileceğidir.<sup>115</sup> Buna göre mütekavvim bir mal satım akdi, hibe, vasiyet gibi işlemlerle başkalarına devredilebileceği gibi, üzerinde kira, irtifak sözleşmesi gibi malın kullanımına yönelik sözleşmeleri de kabul edebilir. Mütekavvim olmayan mallar ise her ne kadar aynî haklara sınırlı şartlarda konu olabilir ise de hukuki işlemlere hiçbir şekilde 'konu' olamaz.<sup>116</sup> Bunlar üzerindeki aynî haklar başkalarına devredilemez. Böyle bir mal üzerindeki hak sadece miras yoluyla intikal edebilir<sup>117</sup>. Mal olmayan şeyler ise yine hiçbir şekilde bir hukuki işlemin ne konusu ne de bir işlemde bedel olabilirler.<sup>118</sup> Bunların hukuki işlemlere konu edilmesi bunlardan faydalanma anlamına gelmektedir. Oysa

<sup>114</sup> Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 26 "müslüman bir kimsenin hamrını döken kişiye bunu tazmin etmesi gerekmez. Zira hamr Müslüman hakkında mütekavvim bir mal değildir. Mütekavvim olmayan bir malın itlafı da tıpkı meytenin itlafı gibi tazmin gerektirmez." *Mebcut*, XXIII, 183.

<sup>115</sup> Hanefi doktrininde bir şeyin satım akdine konu olabilmesi, "daman" şartına bağlanmıştır. Bu husus itlaf edildiğinde tazmin edilen şeylerin satımı caizdir şeklinde mezhebin genel kuralı haline getirilmiştir. Bu kuralın arkasında yatan düşünce şudur: Bazı nesnelere üzerindeki hakların hukuk tarafından bu şekilde korunması, bunların mütekavvim mal olduğunu ve bundan dolayı aynı haklara konu olabileceklerini ifade etmektedir. Dolayısıyla tazmine konu olma nesnenin mütekavvim mal olduğunu ifade eden bir özellik olup, satım vb. akitlere konu olmaktan önce ele alman ve onlara kriter olan bir vasıf olarak görülmüştür.

<sup>116</sup> Serahsî, *Mebcut*, XXIII, 183. Kasânî, *Bedai*, V, 113. Kasânî, hamrın hükümlerini sayarken şöyle der: Birisi de hamrın alım satım ve diğer milk kazandıran her hangi bir yolla temlik ve temellükünün müslümana yasak olmasıdır. Zira bütün bunlar hamrdan yararlanma kapsamına girer ki bu müslümana haramdır."

*Blz. Mecelle* Md. 211 "Mütekavvim olmayan malı satmak batıldır". "Mebînin mal-ı mütekavvim olması lazımdır." *Mecelle* Md. 199.

<sup>117</sup> Kasânî, *Bedai*, V, 113 "hamr hukuki işlemlere konu olmasa da mirasla intikali mümkündür. Zira mirasa konu olan mal üzerindeki hak kanundan doğmaktadır. Burada kişinin bir iradesi (sun'u) yoktur. Bu da yasaklanan temlik ve temellük kapsamına girmez." İbn Abidin, *Reddül muhtar*, VI, 445.

<sup>118</sup> *Mecelle*, Md. 210. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, I, 232, 233.

bunlardan faydalanmak yasaklanmıştır.<sup>119</sup> Zaten kural bunların haklara ve hukuki işlemlere konu olmamalarıdır. Miras yoluyla intikali ve bu şekilde üzerlerinde aynı hakların kurulabilmesi ise istisnai ve geçici bir hüküm niteliğindedir.

Mütekavvim olmayan bir malın akitlerde konu olması butlan ile sonuçlanırken bu tür mallar akitlerde bedel ya da semen olursa bu durumda söz konusu akit inikat etmekle birlikte fasit olur.<sup>120</sup> Bu yüzden fasit akdin hükümleri<sup>121</sup> uygulanır. Buna göre bir satım akdinde mütekavvim olan bir mal ile olmayan bir mal, mesela boğularak öldürülen ve mal niteliğinde sayılan bir meyte ile bir katır değiştirildiğinde<sup>122</sup> bu akit meyte üzerindeki kısmı itibarıyla batıl katır hakkında ise fasittir.<sup>123</sup>

Mütekavvim mal olma ile ‘temiz/tahir’ olma arasında doğrudan bir ilişki söz konusu değildir. Buna göre içine fare düşmesi gibi bir sebepten dolayı sonradan necis hale gelen zeytinyağı ve benzeri sıvılar ile aslında zatı necis olan bütün hayvan ve kuş gübrelerinin satımı caizdir.<sup>124</sup> Yine mütekavvim mal olma ile yeme ve içmenin helalliği arasında da doğrudan bir ilişki yoktur.<sup>125</sup> Bir şeyin yenilip içilmesinin mümkün görülmesi o şeyin tahir olması şartıyla alakalı ise de mal olması ve dolayısıyla hukuki işlemlere konu olmasıyla doğrudan ilgili değildir. Böyle bir ilişki, satım akdinin konusunun tahir olması şartını koşan Şafii ve Hanbeli mezheplerinde söz konusudur.<sup>126</sup>

<sup>119</sup> Kasâni, *Bedai*, V, 113.

<sup>120</sup> “Mütekavvim olmayan bir mal ile bir mal satın almak fasittir”. *Mecelle*. Md. 212.

<sup>121</sup> Bkz. *Mecelle*, Md. 371, 382.

<sup>122</sup> Mütekavvim olmayan malın, bir akitte mebi konumunda değil de semen konumunda olabilmesi için mebi olmaya müsait bir mal ile değiştirilmesi gerekmektedir. Bu yüzden söz konusu akit bir trampa (mukayaza) niteliğindedir. Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkam*, I, 334. (211. Madde şerhi) Böyle bir akitte mütekavvim olmayan ve bedel durumunda olan malı satıcı ele geçirdiğinde ona malik olur. Ali Haydar, I, 334. Mütekavvim olmayan mal mebî olarak satım akdine konu olduğunda hükmün butlan, bedel olduğunda ise hükmün fesat olmasının arkasında yatan düşünce şudur: Bey’ akdinde akdin gayesi ve ilk hedefi mebidir. Semen ise gaye olmayıp mebîye ulaşmak için bir vesiledir. Ali Haydar I, 334. Bundan dolayı mebi akdin esaslı bir unsuru iken semen esaslı bir unsur değildir. Bu yüzden semendeki arızalar akdi daha az etkiler. Şafii mezhebinde ise satım akdinde her iki bedel arasında zat, sıfat ve hüküm açısından tam bir denklik kabul edildiği için mebidde aranan tüm şartlar semende de aranır. Akitteki her iki bedel de akdin temel gayesidir. Bu yüzden semen konusunda hükümlerde müsamaha söz konusu değildir. Bkz. Zencânî, *Tahricu'l-furû*, s. 197.

<sup>123</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkam*, I, 335.

<sup>124</sup> Seyyid Bey, “Mülk, Mal ve Bey’in Mahiyeti”, *DFHFM*, sn. 1, sy. 2, s. 139.

<sup>125</sup> Seyyid Bey, “Mülk, Mal ve Bey’in Mahiyeti”, *DFHFM*, sn. 1, sy. 2, s. 138.

<sup>126</sup> Özellikle Şafii mezhebinde satım akdi muavaza karakterli sulh, kira vb. birçok akdin prototipi olarak ele alındığından bir nesnenin satımının yasaklığı onun birçok hukuki işleme konu olamayacağı anlamını da içerir.

## B- CUMHURA GÖRE MAL KAVRAMI

### 1- Mal Teriminin Tanımı

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde mal terimi, Hanefilerdeki mütekavvim mal pozitif hukuktaki eşya anlamına kullanılır. Hanefilerin mal kavramının tanımlanması ve onun analizi hususunda gösterdikleri çabanın aynısını diğer mezheplerde görmek zordur. Bundan dolayı bu mezheplerin mal anlayışını tam olarak yansıtan teknik mal tanımları oldukça azdır. Burada mal ile ilgili belirgin bazı tanımları aktararak bu mezheplerin mal anlayışını ortaya koymaya çalışalım.

Suyutî'nin aktardığına göre İmam Şafîî malı şöyle tanımlar: “Mal, satım akdine konu olabilecek bir kıymeti olan ve itlaf edenin tazmin edeceği şeydir.”<sup>127</sup> Şafîî hukukçu Zerkeşi malı şöyle tanımlar: “Mal kendisinden faydalanılan ya da faydalanılması mümkün olan şeylerdir. Mal ya ayn'dır ya da menfaat.”<sup>128</sup> Zencanî'nin mal tanımı da şöyledir: “Mal, insanların maslahatı için yaratılmış olup insanların dışındaki şeylerdir.”<sup>129</sup> Maliki bilgin Şatıbî malı “milke konu olabilen ve malikin diğer insanlardan ayrı olarak üzerinde hakimiyet kurmasına elverişli şeylerdir” şeklinde tanımlar.<sup>130</sup> Bu, üzerinde kurulan haktan hareketle yapılmış bir mal tanımıdır. Hanbelilere ait olarak ise Hırakî'nin şu tanımı verilebilir: “Kendisinden faydalanılması genel bir ihtiyaç ya da zarurete bağlı olmaksızın mubah olan şeylerdir.” Behutî bunun üzerine yaptığı yorumda şöyle der: “Bu tanım, hiçbir faydası olmayan haşereler ve yasaklanmış bir faydası olan hamr vb.'ni dışarıda bırakır. Yine bir ihtiyaç dolayısıyla faydalanılması mubah kılınan köpek vb. ile zaruret halinde faydalanılması mubah olan meyte gibi şeyler de tarif dışında kalmaktadır.”<sup>131</sup>

Şafîî, Hanbeli ve Maliki doktrinlerine ait bu tanımları incelediğimizde bize mal teriminin unsurlarını hazır olarak sunmadıklarını görürüz. Bu tanımların dışında mal kavramıyla ilgili yapılan değişik açıklamaları da incelediğimizde, bu üç doktrindeki mal teriminin Hanefilerdeki mütekavvim mal anlamına geldiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu bakımdan Hanefilerdeki mütekavvim malın unsurlarının temel olarak bu mezheplerdeki malın da unsurları olarak sunulması mümkündür. Ancak bu mezheplerde menfaat mal kabul edildiğinden, Hanefilerin “iddihar ve ihraz edilme”

<sup>127</sup> Suyutî, *Eşbah*, s. 327.

<sup>128</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, III, 222.

<sup>129</sup> Zencanî, *Tahricu'l-furu*, s. 225.

<sup>130</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, II, 17.

<sup>131</sup> Behutî *Keşşafu'l-kına*, I, 7.

vb. ifadelerle dile getirdiği fiziki bir varlığa sahip olma unsurunun esas alınmadığını görürüz. Ayrıca Şafii, Hanbeli ve Maliki doktrinlerinde bir nesnenin mal olması için şeran temiz olması başka bir ifadeyle necis olmaması şartı söz konusudur.<sup>132</sup> Ancak bu şart bu mezheplerde mal tanımları yeteri kadar teknik olarak yapılamadığı için, açık olarak değil de dolaylı olarak ifade edilmektedir. Bu konuda en açık mal tanımı İmam Şafii'ye ait görülebilir. Onun tanımında mal olmak için satımının mümkün olması öne sürülmüştür ki temiz olmayan şeyin satımı bu doktrinlerde mümkün değildir. Gerçekten de bu mezheplerde temiz olmayan köpek vb. şeyler mal olarak değerlendirilmez.

Bununla birlikte bu mezheplerde necis sayılan bazı nesnelere üzerinde milk niteliğinde olmasa da başka bazı hakların kurulması mümkün görülmüştür. Bunlara genel olarak "ihtisas hakkı" denilmektedir. Dolayısıyla ihtisas haklarına konu olan bu tür şeyleri, aynı haklara konu olan maldan ve hiçbir şekilde bir hakka konu olmayan şeylerden ayıran ara bir kavram ihtiyacı ortaya çıkmıştır ki 'muhterem şey' kavramı bu ihtiyacın ürünü olarak doğmuştur. Buna göre Şafii, Hanbeli ve Maliki doktrinlerinde, şeyler üzerinde kurulabilen haklar en genel anlamda ikiye ayrılır<sup>133</sup>: Mallar üzerinde kurulan 'milk' ile muhterem şeyler üzerinde kurulan 'ihtisas hakkı'.<sup>134</sup> Üzerinde hak kurulabilecek nesnelere bunlardır. Muhterem de olmayan nesnelere üzerinde artık ne milk ne de hak seviyesinden hiçbir yetki kurulamaz. O halde muhterem şey kavramını kısaca tanıtmak gerekmektedir.

<sup>132</sup> Malikiler açısından bkz. Hattab, *Mevahibu'l-celil*, IV; 258.

<sup>133</sup> Ele alacağınız şekilde bu konuda Hanbeli ve Şafii kaynaklar açık olduğu halde aynı şey Maliki kaynakları hakkında geçerli değildir. Malikilerde mal ile muhterem mal ayrımı net olarak ortaya konulmadığı gibi, milke konu olan mallarla ihtisasa konu olanlar arasındaki ayrım genelle mal olmuş ve üzerinde titizlikle durulmuş bir ayrım değildir. Bundan dolayı kurban derisi ve av köpeği gibi satımı caiz olmayan şeylerin aynı'nın milk altına girebildiğinden yani 'mamluk' olarak adlandırılabilirdiğinden bahsedilmektedir. Haraşi, *Şerhu Muhtasar*, VII, 78. Ancak bu metnin haşiyesinde mamlukun tanımı her türlü tasarrufu kabul eden şey olarak tanımlanarak, kurban derisi ve kendisinden istifade edilmesine izin verilen köpeğin (satımı vb. hukuki işlemlere konu olması kabul edilmediği için) ihtisas konusu olup milk konusu olmadığı belirtir. Gerçekten Maliki kaynaklar bu ayrımı çok üstü kapalı bir şekilde yapmışlardır. Bkz. Ali Adevi, *Haşiyeye*, VII, 78.

<sup>134</sup> Şafiiler (ve cumhur) eşyaları bu bağlamda ortak bir mal kavramı altında ifade edemediğinden "mamluk mal/milk'e konu mal" ve "muhterem muhtass/ihtisasa konu muhterem şey" olarak ifade ederler. Mesela, bkz. Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, IV, 125-126. Birçok defa da bu iki ifadeyi 'mal ve ihtisas' şeklinde kısaltırlar. Şafii ve Hanbeli kaynaklarında mal ve ihtisas bu şekilde yanyana geldiğinde ihtisas terimi burada ihtisasa konu (muhtass) olan muhterem şeyi ifade eder. İslam hukuk dilinin bir özelliği olduğu üzere hak ile hakkın konusu arasındaki bütünleşme burada da hakkın konusundan hak şeklinde bahsedilmesi tarzında karşımıza çıkar. Bkz. Acifi, *Haşiyetu'l-cemel*, III, 494.



## 2-Muhterem Şey Terimi

'Muhterem şey' terimi şöyle tanımlanabilir: Şeran aynı temiz ve mal sayılmadığı halde kendisinden bir şekilde istifade edilmesine cevaz verilmiş olan ve bu bakımdan aynî hak gücünde olmayan birtakım haklara konu olabilen şeylerdir. Mesela hamr/şarap normal şartlarda mal değildir.<sup>135</sup> Bu sebeple kural olarak hiçbir hakka konu olamaz. Ancak sirke yapmak için edinilen şıra (asîr), malikin böyle bir kastı olmadan hamra dönüşse bu, mal sıfatını yitirmekle birlikte 'muhterem'dir. Bunun muhterem bir hamr olduğundan bahsedilir. Bu tür nesnelere muhterem denmesinin sebebi bunların itlafi halinde hukuki tazminat gerekmesi de, dinen itlafının haram olmasından kaynaklanır.<sup>136</sup> Böyle olmayan içkiler ise mal olmadığı için muhterem de değildir.

Şafii ve Hanbeli kaynaklarda muhterem nesnelere başlıca şunlardan oluşur: 1) Hamr: Şafiiler her ne kadar hamrı, Hanefilerin yaptığı gibi aksine mal saymasa da hükümler bakımından hanefilere benzer sonuçlara varmışlardır. 2) Muallem/eğitilmiş köpek:<sup>137</sup> Köpek necis kabul edildiğinden mal değildir. Ancak eğitilmiş köpekten bazı şekillerde faydalanılması mümkündür ve hatta bu zaruridir. Bu zaruret sonucunda bunlar üzerindeki hakkı hukukun bir dereceye kadar koruması da gerekmektedir. Faydası olmayan eğitilmemiş köpekler ise muhterem nesne kapsamında sayılmadığından bunlar üzerinde ihtisas kurulamaz.<sup>138</sup> 3) Tabaklanmamış Meyte Derisi. Tabaklandığında temiz olacağından mal sıfatı kazanır.<sup>139</sup> 4) Hayvan Gübresi (zibl, ya da sercin)<sup>140</sup> 5) Necis yağ<sup>141</sup> 6) Malikilerde kurban derisi<sup>142</sup>.

Özetle belirtmek gerekirse muhterem şeyler mal olmadıkları, başka bir deyişle hukuki bir kıymet taşımadıkları için aynî haklara konu olamazlar. Ancak bunlardan belirli şekillerde istifade edilmesi hukuken mümkün görülmüş ve aynî haklardan daha aşağı bir hak türü olan ihtisas haklarına konu olabilecekleri kabul edilmiştir. Muhterem nesnelere temel hükmü budur. Bu hükmün sonuçlarını iki ayrı başlık altında inceleyebiliriz.

<sup>135</sup> Muhterem şeylerin mal olmadığına dair bkz. Büceyremi, *Haşiye*, IV, 203.

<sup>136</sup> Heytemi, *Fetâvâ*, III, 96.

<sup>137</sup> Nevevî, *Ravdatu't-talibin*, V, 56

<sup>138</sup> Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, IV, 125. Malikilerde de av köpeği milke değil ihtisas'a konu olur. Bkz. Ali Adevi, *Haşiye*, VII, 78.

<sup>139</sup> Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, IV, 125.

<sup>140</sup> Büceyremi, *Haşiye ale'l-menhec*, III, 272; Behütî, *Şerhu Münteha*, III, 368.

<sup>141</sup> Behütî, *Keşşafu'l-kana*, IV, 77; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 172; Heytemi, *Tuhfetu'l-muhtac*, VI, 304.

<sup>142</sup> Malikiler muhterem şey terimini kullanmasalar da kurban derisinin milke değil de ihtisaslara konu olmasını kabul etmeleri bunun Şafii ve Hanbelilerdeki muhterem nesne kategorisinde olduğunu gösterir. Bkz. Ali Adevi, *Haşiye*, VII, 78.

1- Aynî haklara konu olmamasına bağlanan sonuçlar: a) Muhterem nesne üzerinde aynî hak kurulmadığı için bu tür nesnelere diğer şahıslara karşı aynî hakların sahip olduğu korumaya erişememişlerdir. Bundan dolayı bu nesnelere üzerindeki haklar oldukça zayıf ve sınırlı şartlarda korunur. İslam hukukçuları bunlar üzerindeki hakkı, dış muhtevası açısından kural olarak yok saydıkları için bu şeylerin gasbı, itlafı vb. durumlarında hiçbir tazminat yükümlülüğü yoktur.<sup>143</sup> Gasp eden kişinin bu şeyleri kullanması durumunda dahi tazminat söz konusu değildir.<sup>144</sup> Hak sahibi muhterem şeyleri satım vb. muavaza akitlerine konu ederek ondan bedel alamaz. Zira bunlar üzerindeki haklar bedel karşılığında devredilmeye müsait değildir. Şafiiler ve Hanbeliler bu noktada tazminatın milke konu olan mallara özgü olduğunu ifade eder. b) Bu şeyleri terk edince bunlar üzerinde hak zayıflar. Sahih olan görüşe göre milk geri dönmez.<sup>145</sup> Birisi bir meyte derisini bıraksa (i'raz) başkası onu tabakladığında ona malik olur.<sup>146</sup>

2- İhtisas hakkına konu olmalarına bağlanan sonuçlar: Hakkın dış muhtevası açısından kural olarak üçüncü şahıslara karşı korunmamasına rağmen bu şeyleri ellerinde bulunduranların bunlardan belirli şekilde istifade etme yetkileri vardır. Muhterem şeyler üzerinde hak sahibi olanlar bunları kendi hakimiyet alanlarında bulundururlar ve mallardan istifade ettikleri gibi bunlardan da istifade edebilirler. Bu anlamda muhterem nesnelere 'menfaatleri' helal görülmekte ve kendisine birtakım hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Buna bağlı olarak bazı hükümlerde ihtisas hakları korunmuş ve hukuki işlemlere konu olması ve diğer bazı hukuki olaylarda kendisine sonuç bağlanması mümkün görülmüştür. Bunları şöyle belirtebiliriz:

a) Gasp edildiğinde –kural olarak- geri iadesi gerekir.<sup>147</sup> Şafii ve Hanbeli mezhepleri muhterem şeylerin gasba konu olduklarını kabul ettiklerinden gasp tanımlarını da bunları içine alacak şekilde genişletmek için çalışmışlardır.<sup>148</sup>

<sup>143</sup> İbn Kudame, *Muğni*, IV, 172.

<sup>144</sup> Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 594. Bunların ne ayn'ı ne de menfaati tazmin edilir. Zira bir değerleri yoktur. Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, VI, 27, IX, 271. Buna göre muallem av köpeğini öldüren sadece 'isâe' etmiş olur. Zira yasak bir iş yapmıştır. Ancak tazminat gerekmez. Zira köpek milke konu olmaz ve bir değeri yoktur. Behütî, *Keşşafu'l-kınâ*, III, 154.

<sup>145</sup> Bkz. Suyutî, *Eşbah*, s. 177.

<sup>146</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, I, 186; Ensarî, *Esne'l-metalib*, I, 559.

<sup>147</sup> Kalyubi, *Haşiye*, III, 27. Nevevi, *Ravda* V, 3. Hanbelilerde ise ağırlık kazanan görüş köpek gibi mübah bir faydası olanların iadesi gerektiğidir. Bkz. Behütî, *Keşşafu'l-kınâ*, IV, 78.

<sup>148</sup> Nevevi, mezhep ashabinın gasb tanımını sadece malları içerip ihtisaslara konu olan nesnelere içermediği için eleştirir ve gasbın mal üzerinden değil de hak üzerinden tanımlanmasını savunarak şu tanımları önerir: "الاستيلاء على حق الغير بشرح حق" Gasb başkasına ait bir hak(n) konusu olan nesneyi) haksız yere ele geçirmektir. Bu tanım sonraki bir çok metinde esas alınmıştır. Bkz. Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, VI, 2. Şafiiler gaspta olduğu gibi vasiyeti de muhterem nesnelere üzerindeki vasiyetleri içine alacak şekilde yeniden tanımlarlar. Özellikle Nevevî, fıkın her

b) Muhterem şeyler vasiyet edilebilir ve mirasla intikal edebilir.<sup>149</sup>

c) İhtisasa konu olan muhterem şeylerin hibe edilmesi ise –bu iki doktrinde-tartışmalı olup bazı rivayetler ve görüşlerde muhterem şeylerin hibesinin caiz olduğu bazılarında ise olmadığı ifade edilmiştir. Bu tartışmalar oldukça ilginç bir sonuç vermiştir. Buna göre hibe, tanım gereği temlik içeren bir işlemdir. Muhterem nesnelerin hibesinin caiz olduğunu söylemek bunların milk'e konu olduğu anlamına gelir ki bu kabul edilemez. Bu kavramsal endişeden dolayı muhterem şeylerin hibesine cevaz veren görüşlerle hibenin klasik tanımının uyuşması imkansızdır. Hukukun her alanında muhterem şeylerle ilgili hükümlerin tamamen mal ve milk kavramları üzerine kurulu malvarlığı hukukundaki bir çok tanımı zora sokması sebebiyle yeni bir kavram ve teori geliştirilmiştir. Bu doğrultuda milk kavramından çok 'yed' yani zilyetlik kavramı ön plana çıkarılır. Buna göre gasb, hibe, vasiyet vb. işlemlerde muhterem nesnelerin bazı açılardan mallar gibi işlem görmesi hukuken korunan meşru bir zilyetlik<sup>150</sup> kavramı altında değerlendirilerek bu tür işlemlerin muhterem nesnelere açısından hükmünün 'zilyetliğin nakli' anlamına gelebileceği ifade edilmiştir.<sup>151</sup> O halde bir kişi mesela bekçi köpeğini bir başkasına zilyetliğin nakli anlamında hibe edebilir. Köpek gasp edildiğinde telef olmamışsa, yine zilyetliğin nakli anlamında geri iadesi zorunludur. Vasiyet ve miras işlemleriyle ilgili hüküm de böyledir.<sup>152</sup>

Zilyetliğin nakli teorisi zamanla alanını genişleterek muhterem nesnenin menfaatlerinin satımı anlamına gelen kira akdiyle de irtibatlandırılmış ve bazı Hanbeli ve Şafii bilginler bu tür nesnelerin kiralanmasına cevaz vermiştir. Buna göre böyle bir işlemde zilyetlik nakledilir ve alınan bedel de bu naklin bedelidir.<sup>153</sup> Yine muhterem şeylerin iaresi ve vediası da mümkündür.<sup>154</sup>

---

yerinde ilgili her tanıma ihtisaları da sokmaya çalışır. Bu yüzden Nevevi Rafii'nin vasiyet tanımını da değiştirir. Rafii vasiyeti "bir mal üzerindeki milkin bir bedel karşılığında olmadan ölüm sonrasına bağlı olarak izalesi" diye tanımlamışken Nevevi bu izahattan sonra gasptakine benzer şekilde vasiyeti: "mal ve benzeri üzerindeki ihtisastan..." diye tanımlar. Burada milk de bir ihtisastan türü olduğu için ihtisastan terimi milk ve ihtisastan hakkını birlikte içermektedir. Mal ve benzeri ise malın yanında muhterem nesneyi içine almaktadır. Bkz. Nevevî. *Ravdatu't-talibîn*, VI, 118.

<sup>149</sup> İbn Receb, *Kavaid*, 198; Behutî, *Keşşafu'l-kına* III, 154; Nevevî, *Ravdatu't-talibîn*, VI, 118.

<sup>150</sup> *Esne'l-metalib*, III, 75. 'el-yedu'l-hafıza' kavramını Vasit'ten aktarır.

<sup>151</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, 198; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 172; Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, II, 341; III, 563. Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, VI, 304; Kalyûbî, *Haşiye*, III, 160.

<sup>152</sup> Nitekim mal, muhterem şey ve bunlara ilişkin terim ve hükümler noktasında Şafii ve Hanbeli mezhebi arasında şaşırtıcı bir benzerlik vardır.

<sup>153</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 198. Bunların kirasını caiz görenler buna zilyetliğin naklinden muavaza anlamı yüklerler. Alınan bedel mali değeri olmayan bir şeyin aynının değil üzerindeki zilyetliğin naklinin bedelidir.

<sup>154</sup> *Esne'l-metalib*, III, 75; İbn Receb, *Kavaid*, s. 198.

Hanbeli ve Şafî mezheplerinde mal terimi ile ilgili ilginç bir ayırım vardır ki bu malların mütemevvel olan ve olmayan şeklinde ayırımıdır.<sup>155</sup> Mütemevvel kelimesi burada mal olarak kullanılmaya ve faydalanmaya elverişli kıymeti olan şey demektir.<sup>156</sup> Mal cinsinden olan bir şeyin kıymeti yok denecek kadar az olan küçük birimlerine, insanlar bunları normal mallar gibi işlemlerde kullanmadıkları için mütemevvel olmayan mal denilir.<sup>157</sup> Mesela bir kilo buğday mal ve mütemevvel iken, tek bir buğday tanesi yine mal olmakla beraber mütemevvel değildir.<sup>158</sup> Bu ayırımı göre bir iki buğday tanesi mal olduğu için milk'e konu olabilir.<sup>159</sup> Dolayısıyla bunlar da milk altındaki mallardır. Ancak bunların tek başlarına bir faydasından bahsetmek güç olduğu için hukuki işlemlere konu edilemezler, sadece hibeye konu olabilirler.<sup>160</sup>

### C-AYN-MENFAAT VE AYN-DEYN AYIRIMI VE MALVARLIĞI HAKLARI ALANINDAKİ ÖNEMİ

Muamelat alanının ve özellikle malvarlığı hukukunun temel sınıflama ve kavramları, mal kavramıyla ilgili olan ayn-menfaat ve ayn-deyn ayırımları üzerine kurulmuştur. Bu ayırımlardan ayn-deyn ayırımı özellikle borçlar hukuku açısından önem taşımakla birlikte, ayn-menfaat ayırımı daha çok eşya hukuku yani eşya üzerindeki haklar ve ilgili kavramlar açısından ehemmiyet arzettiğinden burada özellikle bu ikinci ayırım esas alınacaktır.

İslam hukukçularının mal anlayışları bütüncül bir eşya tasarımı şeklinde olmayıp eşya ile bu eşyanın kullanılması anlamına gelen menfaatleri, hakların iki ayrı konusu olarak tasarlamaktadır. Bu anlamda İslam hukukunun eşya tasarımı Kara Avrupası hukuk sisteminden belirgin bir farklılık arzeder. Kara Avrupası hukuk sisteminde eşya anlayışı bütüncül bir algılama şeklinde olup haklar ve hukuki işlemlerin doğrudan bu eşya üzerinde meydana geldiği kabul edilir. Buna göre bir eşyanın satımında akdin konusu bu eşya olduğu gibi, bir kira akdinde de akdin konusu eşyadır.<sup>161</sup> Eşyanın maliki bu eşyanın kullanılmasını ücret karşılığında

<sup>155</sup> Görüldüğü kadarıyla Malikiler mal ile mütemevvel terimlerini aynı anlamda kullanmaktadır. Bkz. Ali Adevi, *Haşiye*, VII, 78.

<sup>156</sup> Bkz. Nevevi, *Ravdatu't-talibin*, 371.

<sup>157</sup> Bkz. Suyuti, *Eşbah*, s. 327.

<sup>158</sup> Bunlara mal denildiğine dair bkz. Behuti, *Şerhu Muntehâ*, III, 640.

<sup>159</sup> Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, VI, 304.

<sup>160</sup> Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, VI, 304. İslam hukukundaki bu ayırım çoğu mal olan bir şeyin azının da mal olarak kabul edilmesi gerekliliği gibi makul bir temele oturmakta ve azlığın bir şeyi mal olmaktan değil mütemevvel olmaktan çıkardığını öne sürmektedir. Teker teker mal olan buğday taneleri insanların faydalanacağı bir miktara ulaşıncaya mütemevvel de olmaktadır.

<sup>161</sup> Adi kira sözleşmesinin konusunu teşkil eden şeyler –genellikle- maddi eşyadır. Adi kira sözleşmesinin temel unsuru ise kiralanan eşyadır. Bkz. Yavuz, *Özel Borç İlişkileri*, s. 210.

kiracıya bırakmayı iltizam eder. Dolayısıyla ortada bir eşya ve bu eşyanın kullanılmasını hedefleyen bir sözleşme durmaktadır. İslam hukukunun ise bu tür hukuki ilişkilere ve bunlardan doğan haklara bakışı farklıdır. Şöyle ki İslam hukukunda satım sözleşmesinin konusunun bir eşyanın ayn'ı; kiranın konusunun ise eşyanın menfaati olduğundan bahsedilir. Burada ayn kavramı bu eşyanın maddi yönünü ve bizzat somut olarak kendisini ifade ederken, menfaat bu eşyanın ayn'ının kullanımından elde edilecek faydayı ifade etmekte ve adeta ayn'ın fiziksel varlığı gibi ona bir varlık atfedilerek akdin konusu haline getirilmektedir. Bundan dolayı da kira vb. birtakım hukuki işlemler eşyanın ayn'ı ile hiç bir ilişkisi yokmuş gibi tasarlanmaktadır. Bunun eşya üzerindeki haklara yansması da bu tür işlemlerle elde edilen hakkın eşyadan tamamen bağımsız bir konu olduğu tasarlanan "menfaatler" üzerinde kurulduğunun ifade edilmesidir. Bu şekilde mesela bir eşyanın kullanılması ve ondan faydalanılması vasiyet edilen kişinin ya da irtifak hakkı sahibinin hakkının konusu olarak ilgili eşyanın menfaati gösterilir ve ayn üzerinde kurulu bir haktan bahsedilmeyerek bu tür durumlarda hak sahibinin yetkisi "milku'l-menfaa" vb. kavramlarla ifade edilir. Yine gâsıbın gasbettiği malın kullanıldıktan sonra geri alınması durumunda malın ayn'ından bütünüyle ayrı olarak menfaatlerin gâsıptan bahsedilir.

Kanaatimizce İslam hukukunun büyük bir bölümünü meydana getiren kul hakları alanının (malvarlığı hukuku, aile hukuku ve kısas cezaları) temel kavram ve mekanizmasını anlayabilmek için milk kavramıyla birlikte ayn-menfaat ve ayn-deyn ayrımının tam olarak analiz edilmesi ve netleştirilmesi gerekmektedir. Bir sonraki başlıkta ele alacağımız gibi İslam hukukundaki milk kavramı ile ilgili ana sınıflamalar da özellikle ayn-menfaat ayrımı üzerine kuruludur. Eşya üzerindeki temel yetki olan milk, bu ikisinden biri üzerinde kurulu olması bakımından milku'l-ayn ve milku'l-menfaa vb. şeklinde tasnif edilmektedir. Buradaki amacımız ayn-menfaat ayrımının ne anlama geldiğini, nasıl teşekkül ettiğini ve bunun malvarlığı hukuku ve mallar üzerindeki haklarla ilgili kavramların oluşmasını nasıl belirlediğini ortaya koymak ve bu ayırımla ayn-deyn ayrımının ilişkisini belirlemektir.

### 1-Ayn Ve Menfaat Ayrımı

İslam hukukçularının eşyayı bütüncül bir bakışla değil de ayn-menfaat şeklinde algılaması ve böyle bir eşya tasarımı geliştirmesi İslam hukukunun orijinal ve farklı bir yönüdür. Bilindiği kadıyla Roma hukukunda böyle bir ayırım olmadığı gibi

bugünkü hukuk sistemlerinde de yoktur.<sup>162</sup> Fıkıhın eşya tasarruflarının kaynağını incelediğimizde bunun İslam dünyasında erken dönemlerden beri bir dünya görüşü ve evren anlayışı olarak hakim olan cevher-i fert (atom) teorisiyle irtibatlı olduğu görülebilir.<sup>163</sup> Şöyleki cevher-i fert teorisinin temel önermeleri İslam hukukçularının eşya algılamaları üzerinde doğrudan etkili olmuş ve eşya tasavvuru bu önermeler ışığında gelişmiştir. Nitekim nispeten erken dönemden beri bir çok hukuk metninde bir eşyanın ayn'ının 'cevher' olduğu ifade edilerek ayn hakkında cevherle ilgili temel önermeler kabul edilmişken; 'menfaatin' ise araz olduğu ifade edilerek araz ile ilgili teoriler bunun üzerine uygulanmıştır. Kanaatimizce İslam hukukundaki ayn-menfaat ayırımını ve bunların sonuçlarını, cevher-i fert teorisi ile irtibatlarını ortaya çıkarmadan doğru bir şekilde anlamak mümkün değildir.

Ayn terimi bir eşyanın somut varlığını ifade eder. Elle tutulup gözle görülen müstakil bir varlığı olan şeyler ayn'dır. Ayn terimini daha çok ayn-menfaat ve ayn-deyn ayırımlarındaki karşıtlarıyla tarif etmek daha doğrudur. Ayn-menfaat ayırımında ayn eşyanın bizzat kendisini ifade eder ve burada eşyanın kullanımı ve ondan faydalanılması alanına gelen 'menfaatler'den yalıtılmış ve bağımsızlaştırılmış halini ifadelendirir.<sup>164</sup> Ayn-deyn ikilisinde ise ayn, menfaatlerden yalıtılmış olması vurgulanmadan somut halde duran eşyayı belirtir ve onu zimmette sabit olduğu için ayn olma özelliği taşımayan deyn'den ayırır. Ayn-deyn ikilisi bir hukuki işlem bağlamında dile getirildiği için tanımları da bu hukuki işleme bağlıdır. Hukuki işlemin konusu, fert olarak belirlenmiş bir nesne ise burada konunun ayn olduğundan, fert olarak belirlenmeyip cins olarak ya da para şeklinde belirlenmiş ise bu durumda onun deyn olduğundan bahsedilir. Deyn zimmette sabit olan bir sıfat olarak algılandığından bir ayn ve cevher olmayıp kendi başına müstakil bir varlığı

<sup>162</sup> Roma Hukukundan gelen maddi ve gayri maddi mal ayırımı ile ayn menfaat ayırımı arasında hiçbir ilginin olmadığını burada belirtmek gerekmektedir. Maddi ve gayri maddi mal ayırımı tamamen normal mallar ile fikir ve sanat eserlerini birbirinden ayırmaya yöneliktir. Fikir ve sanat eserleri üzerinde de bir tür aynı hak benzeri yetkinin varlığı kabul edildiğinden bunların mal olduğundan bahsedilmekte ve Eşya Hukukunun konusu olan maddi eşyadan bu şekilde ayırdedilmektedir. Ayn-menfaat ayırımında ise aynın maddi olması ve menfaatin de maddi olmasa da Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde-mal niteliğinde görülmesi sebebiyle ilk anda bu iki ayırım arasında benzerlik olduğu zannedilse de durum böyle değildir.

<sup>163</sup> Bazı araştırmacılar İslam hukukunu 'beyan bilgi sistemi' denilen bir epistemolojik alan içinde oluşturduğu kanaatindedir. Bu alanın eşyaya bakışı da cevher-i fert (atom) teorisi ışığında belirlenmiştir ki bu teori parçacı ve süreksiz evren anlayışıyla birlikte beyan bilgi sisteminin dünya görüşünü oluşturduğu gibi, bu dünya görüşü doğrultusunda analogik, yani cüzilerin ve eşyanın en yalın halinin esas alındığı bir akıl yürütme ve bilgi üretme metodu oluşmuştur. Bu teorinin, fıkıh ve kelam alanındaki yeri ve beyani evren anlayışının esas olduğuna dair bkz. Cabiri, *Arap-İslam Kültürünün Akıl Yapısı*, s. 237-238.

<sup>164</sup> *Mecelle ayn'ı* "muayyen ve müşahhas olan şeydir" (Md. 159); deyn'i de "zimmette sabit olan şeydir" (Md. 158) şeklinde tanımlar.

yoktur. Bundan dolayı ayn-menfaat ayrımı cevher-araz ayrımına paralel olduğu gibi; ayn-deyn ayrımı da zât-sıfat ayrımına paraleldir. Cevher kavramının ilk dönemde ayn ve zât; araz kelimesinin ise sıfat terimiyle karşılanmasını dikkate alırsak her iki ayrımın da doğrudan cevher-araz ayrımıyla ilişkili olduğu anlaşılır.<sup>165</sup>

Ayn kavramı nispeten açık ve üzerinde fazla tartışma yapılmayan bir terim olduğu halde menfaatin hukuki mahiyeti ve algılanışı nispeten karmaşıktır ve menfaat daha teknik bir terim niteliğindedir. Menfaat kavramının algılanışında Hanefiler ile diğer mezhepler arasında belirgin farklar vardır. Bu fark doğrultusunda Hanefiler ile Cumhurun yaklaşımını ayrı ayrı ele alacağız.

#### a) Hanefilerde ayn-menfaat ayrımı

Menfaat, bir ayn'ın kullanılmasıyla hasıl olan fayda demektir.<sup>166</sup> Mesela bir evin menfaati onda oturmak ile elde edileceği gibi, bir taşının menfaati de ona binmek ve onu sürmek ile elde edilir. Hanefilerin menfaat tasarımı temelde menfaatlerin araz olmaları dolayısıyla cevher olan ayn'dan farklı ve ona eşit olmadığı algılayışı üzerine kuruludur. Hanefiler bu anlamda bir eşyanın malî değerinin yalnızca ayn'da olduğunu belirterek menfaatlerin kendi başlarına kaim olan ayn'lar gibi mal özelliği taşımadığını düşünürler. Hanefiler bütün bu düşüncelerini cevher-i fert teorisinin ana önermelerini<sup>167</sup> kullanarak temellendirirler. Şöyleki eşya -tüm cisimler gibi- cevher ve arazlardan oluşur. Ayn eşyanın cevheri, menfaat ise arazlarıdır.<sup>168</sup> Arazlar eşyanın rengi, biçimi, hareketi, bulunduğu durumu, sıfatları ve benzeridir. Bu bakımdan Hanefiler bir ayn'ın kullanılması ve ondan

<sup>165</sup> İlk dönemde cevher ayn, araz da sıfat terimleriyle karşılanmıştır. Bkz. Yavuz, "Araz", *DİA*, III, 338; Kutluer, "Cevher", *DİA*, VII, 450.

<sup>166</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-hukkam*, I, 227-228. Elmalılı menfaati şöyle açıklar: "Menfaat, bir aynın muayyen bir malın kullanılması ile meydana gelen, elde edilen menfaattir. Çoğulu menafidir. Mesela bir evin menfaati içine oturmakla elde edileceği gibi bir hayvanın menfaati de ona binmekle elde edilir. Menfaat müşahhaslık niteliği taşımayıp, ma'dum olduğundan aslında akde konu olmaması gerekirdi. Ancak zaruret ihtiyacına binaen mevcut telakki edilmiş ve akde konu olması caiz görülmüştür." Elmalılı, *İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu*, III, 413.

<sup>167</sup> Cevher-i fert teorisinin üç temel önermesi vardır: I-Varlıkta cevher ve arazlardan başka bir şey yoktur. II-Arazlar peşpeşe iki anda varlıklarını koruyamazlar. III-Cevherler arazlardan ayrılmazlar. (Bkz. Cabiri, *Arap-İslam Kültürünün Akıl Yapısı*, s. 244-245. Cevherler gibi arazlar da atomlardan oluşur. Cevher ile araz arasındaki fark cevherler kendi başına varolduğu halde arazların var olmaları için bir cevhere ilişmeleri gereğidir. Cevher-i fert teorisi atomcu bir zaman, mekan, hareket, fiil ve eşya algılayışının esasını oluşturmuştur. Atomcu düşünceye göre tüm alem gibi cisimler de cevher ve arazlardan meydana gelir. ( s. 238) Arazlar temelde cisimlere ilişkin renk, tat, koku, şekil, hareket, hareketsizlik (sükun) vb. sıfatlardır. Cevher ise bu tür arazlardan ayrı olarak bu arazları taşıyan atomlar, kaba bir ifadeyle cismin maddi ve arazlardan ayrıştırılmış yapısıdır.

<sup>168</sup> Bkz. Serahî, *Mebcut*, XV, 79-80.

istifade edilmesini menfaat olarak isimlendirerek bunu araz kategorisine yerleştirirler.<sup>169</sup> Zira menfaatler nihayetinde ayn'lardan istifade eden şahısların o ayn'dan elde etmek istediği gaye doğrultusunda ayn üzerinde yaptığı fiillerden ibaretir.<sup>170</sup> Bir aynın kullanılması ve ondan istifade edilmesi en temel kategori olarak bir 'fiil ve harekettir.'<sup>171</sup> Zira eşya yani cisimden istifade etmek için hareket ve fiil gerekmektedir. Ata binmek, evde oturmak, birisi için iş yapmak vb. hareket ve fiiller ise bir arazdır. Dolayısıyla ayn üzerinde gerçekleşen bu hareket ve fiil arazlara ait genel özellikler doğrultusunda 'peş peşe iki anda varlığını sürdüremeyip'<sup>172</sup> varlığa geldiklerinin hemen akabinde yok olurlar ve tekrar yaratılırlar. İşte özellikle Hanefilerin menfaat kavramına yaklaşımları bütünüyle bu eşya algılayışından hareketle şekillenmiştir. Hanefiler bu menfaat anlayışlarını sürdürdüklerinde onun mal olmadığı ve hukuken değer taşımadığı sonucuna da ulaşırlar: Bir fiil ve hareketten ibaret olan menfaat ma'dumdur. Yani varlığı yoktur. Zira hareket araz olup arazların varlığı yoktur. Bu fiiller diğer arazlar gibi var olur olmaz ortadan kalkarlar.<sup>173</sup> Peş peşe iki anda var olamadıkları için baka'ları yani varlıklarının devamı yoktur.<sup>174</sup> Bu yüzden ma'dumdur.<sup>175</sup> Madum ise bir şey değildir.<sup>176</sup> Oysa malın mevcut bir şey olması gerekmektedir. Zira var olmadan önce bir şeyin mal olmasından bahsedilemez.<sup>177</sup> O halde menfaatler mal değildir. Bunun anlamı da menfaatlerin hukuki bir değerinin olmadığıdır. Menfaatler ne maldır ne de mütekavvimdir. Akde konu olduğunda ise -kira vb. -zarureten mal kabul edilirler ve

<sup>169</sup> Hanefiler açıkça menfaatin araz olduğunu, bu sebepten dolayı ma'dum olduklarını ifade ederler. Bkz. Serahsî, *Mebcut*, XI, 79-80.

<sup>170</sup> Bkz. Zencanî, *Tahrîcu'l-furu*, s. 226.

<sup>171</sup> Atomcu teoriye göre hareketsizlik de bir tür harekettir. Dar anlamda hareketsizlik söz konusu olmayıp 'sükun'dan bahsedilir.

<sup>172</sup> (المنافع أعراض لا تبقى وقتين). Bkz. Serahsî, *Mebcut*, XV, 74, İbn Hümmam, IX, 356. Özellikle Hanefî literatürde menfaatlerin bu şekilde peşpeşe iki anda varlıklarını devam ettiremedikleri hususu değişik şekillerde ifade edilmektedir. Bkz. *Mebcut*, XI, 78, 80; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakaik*, II, 146, III, 219; Damad, *Mecmau'l-enhur*, II, 714.

<sup>173</sup> Serahsi, *Usul*, I, 56.

<sup>174</sup> Arazların ardışık iki anda var olamayacağı cümlesini ilk söyleyen kişinin Vasil b. Ata (ö. 131 h.) ya da Hişam olduğu söylenmektedir. Bkz. Watt, *İslam Düşüncesi*, s. 234. Bu bize atomcu düşüncenin köklerinin tahmin edilenden eskiye dayanabileceğini ima etmektedir.

<sup>175</sup> Leknevî, *Kamer*, I, 63.

<sup>176</sup> Bkz. Serahsî, XI, 79. Ma'dum'un 'şey' olmadığı görüşü Mutezile'ye ait bir düşüncedir. Eşarilere göre ise ma'dum bir 'şey'dir. Hanefiler madum'un bir şey olmadığını kabul ederek bu konuda Mutezile'ye yaklaşırlar. Ma'dum'un şey olup olmadığı tartışması ve bunun sonuçları hakkında bkz. Cabirî, *Arap-İslam Kültürünün Akıl Yapısı*, 296-299.

<sup>177</sup> Bkz. Serahsi, *Usul*, I, 56.



aynî hakların konusu olabilirler.<sup>178</sup> Bunun dışında menfaatlerin değeri olmadığından akit dışında menfaatler itlaf ve gasba konu olmazlar.<sup>179</sup>

Hanefilerin bu menfaat anlayışları menfaat üzerinde gerçekleştiği düşünülen tüm akit ve haklarla ilgili algılayışı da derinden etkilemiş ve belirlemiştir. Bu algılayışa göre kira akdinin konusu menfaat olduğu için akit yapıldığı anda menfaat de madum olacağından bu akit –bazı hanefiler tarafından- ‘kıyas’a aykırı görülmüştür.<sup>180</sup> Hanefilerin menfaati algılayış tarzı, bir eşyanın menfaati üzerinde gerçekleşen akitlere ve bu akitlerle kurulan aynî haklara bakışını da belirlemiştir. Buna göre Hanefilerde menfaat müstakil bir aynî hak konusu olmakla birlikte menfaatin ayn’den farklı ve ma’dum oluşu düşüncesi menfaatler üzerindeki işlemlerin kural olarak kıyasa aykırı ve zaruret sebebiyle benimsendiği düşüncesinin yerleşmesini sağlamış ve bu işlemlere hep zaruret miktarınca cevaz verilmiştir. Hanefiler bu bakımdan menfaatler üzerindeki işlemlere sürekli olarak sınırlayıcı tarzda yaklaşmışlardır.

#### b) Şafiiler ve Cumhurda ayn-menfaat ayırımı

Hanefi dışındaki mezhepler ayn-menfaat ayırımı noktasında işin teknik kısmı bakımından ana fikir olarak benzer düşünmektedirler. Şafii fakih Zencanî furu hükümlerinin arkasındaki düşünceyi yöneten ana ilkeleri ve bakış açılarını (“usul”) tespiti çalıştığı değerli eserinde bu konuyu oldukça derin bir kavrayışla ele almış ve ayn-menfaat ilişkisi konusunda Ebu Hanife’nin ve Hanefilerin düşüncesinin, eşyanın gerçek yapısı ve salt akıl yürütme bakımından kabule şayan olduğunu belirtmiştir.

<sup>178</sup> Akit söz konusu olduğunda hakikaten ma’dum olan menfaate mevcut hüküm verilir ya da kendinden faydalanılan ayn’i hacet sebebiyle menfaat yerine koyar. Bu hacet ise yalnızca akitlerde söz konusudur. Serahsî, *Usul*, I, 56.

<sup>179</sup> Serahsî, *Usul*, I, 56-57; Zencanî, *Tahrîcu'l-furû*, s. 226.

<sup>180</sup> Bkz. Kasanî, *Bedâi*, IV, 173. Ebu Bekir el-Esamm bu sebepten dolayı kiraya cevaz vermemektedir. Hanefiler ise bunu ‘kıyas’ yani buradaki anlamıyla mezhebin genel hükümleri ve akıl yürütmenin ilk andaki sonucu olarak görmekle birlikte kirayı istihsan temeline oturtarak ona cevaz verirler. Diğer taraftan kira akdinin hükmü kiralayanın menfaate kiraya verenin de ücrete an be an malik olmasıdır. (Bkz. Serahsî, *Mebusut*, III, 52; Kasanî, *Bedâi*, IV, 201, İbn Hümmam, *Fethu'l-kadir*, IX, 355-356) Zira kiralayan kişi menfaatleri an be an elde eder. (Serahsî, *Mebusut*, XIII, 97, 180) Satım akdindeki gibi akdin konusu üzerinde doğrudan ve bir defada milk elde edilmemektedir. Bundan dolayı kiralayan menfaatleri elde ettikçe bunun ücretini kiraya verene aynı şekilde an be an vermesi gerekmektedir. Ancak kira bedelinin bu şekilde an be an verilmesi mümkün olmadığından kira süresi dolduğunda vermesine karar verilmiştir. Bu konudaki diğer bir ilginç nokta da menfaatlerin bir an elde edildikten sonra yok olmaları ve tekrar yaratılmaları dolayısıyla kira akdi de araz olan menfaatlerin var olduğu anlarda söz konusu olmakta, bir sonraki anda yok olduklarında ise kira akdi de ortadan kalkmaktadır. Bundan dolayı kira akdi menfaatlerin her varlığa gelişinde yeniden inikat eden “sürekli yenilenen bir akit zinciri” şeklinde tasavvur edilmiştir. (الإجارة في حكم عقود متفرقة يتحدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة) Bkz. Serahsî, *Mebusut*, X, 205, XV, 75,96, 136. Serahsî aktardığımız bu cümleyi sık sık tekrarlar. Ayrıca bkz. İbn Hümmam, *Fethu'l-kadir*, IX, 61, 70-71.

Ancak ona göre şeri hükümler tümüyle akli gerçeklik üzerine değil de örfi kabullenişler üzerine kurulmuştur. Zencânî, Hanefilerin bu anlayışları sonucu “ma’dum” olduğu kabul edilen menfaatlerin örfen ve hukuken (şer’) mal olduğunu benimser. Zira hükümlerde hukukun ve örfün ağırlığının salt akli izahlardan daha baskın olduğunu düşünür.

Zencânî menfaatleri şu şekilde tanımlar: “Menfaatler aynların hey’et ve şekil olarak onlardan istenilen faydanın (ya da arazların) elde edilmeye müsait ve hazır durumda olmalarıdır. Buna şu misal verilebilir: Ev, çatısıyla soğuk ve sıcaktan korunmak için hazırdır. Duvarlarıyla hırsız ve gaspçılardan içindekileri korur. Tabanıya da içindekilerin aşağı düşmelerini engeller. Bu şekilde kendisini diğerlerinden ayıran ve bu şekilde onlardan elde edilmek istenen gayeye ulaşılması için hazır olan hey’etleri<sup>181</sup>, o aynın menfaatidir. Bu hey’etler sürekli yenilenen arazlar olup diğer arazlar var oldukları anın akabinde yok olup yeniden yaratılırlar. İşte bu menfaat/hey’et mütekavvim maldır. Zira o, insanların maslahatı için yaratılmış olup insan dışı bir şeydir.”<sup>182</sup> Malikilerden İbn Arafe’nin tanımı da bu doğrultudadır. “Menfaat, onu elde etmenin mümkün olduğu şeye (ayn’a) izafe edilmedikçe duyularla işaret edilmesi (aklen) mümkün olmayan ve izafe edildiği bu şeyin de bir cüz’ü/parçası olmayan şeydir.”<sup>183</sup>

Görüldüğü üzere Hanefî dışındaki mezheplerin menfaat algılayışı da temelde atomcu düşünce doğrultusunda şekillenmiş olmakla birlikte, onu, menfaati elde edecek kişinin fiiliyle hasıl olacak arazlar şeklinde anlamaktan çok eşyaya bağlı bir hey’et olarak görmeyi tercih etmişlerdir. Bu algılayışta da menfaatler arazdır ve her an yenilenmektedir. Ancak örf ve hukuk tarafından baktığımızda bunların mevcut olmadıkları söylenemez. Menfaatler yani bu tür hey’etler de mütekavvim maldır. Hukuk, bunların kira vb. akitlerde mevcut olduğuna hükmetmiş ve icareye halis muavaza akitlerinin hükmünü vermiştir. Bundan dolayı Hanefî mezhebi dışındaki mezhepler bir eşyanın menfaatine kural olarak ayn hükmünü vermiş ve ayn ile

<sup>181</sup> Hey’et bir şeyin sureti, şekli ve haletidir. Hey’et ve araz mefhum (içlem) olarak birbirine yakındır. Ancak araz arazların ortadan kaybolması hey’et ise meydana gelmesi bakımından verilen iki ayrı isimdir. Tehanevî, *Keşşafu istilahat*, II, 1746-1747.

<sup>182</sup> Zencânî. *Tahricu’l-furu*, s. 225 Zencânî bunun devamında şöyle der: “Bunlara ‘mal’ denilmesi ayn’a denilmesinden daha haklıdır. Zira tazminin mal olarak nitelenmesi yalnızca onun menfaatleri de kapsamındadır. Bu yüzden ondan ayrı olarak satılması (aynın satımı) sahih değildir.” s. 225-226.

<sup>183</sup> Bu girift tanımın orijinali şöyledir: “للفعة ما لا يمكن الإشارة إليه حسا دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه”. Rassâ bu tanımı açıklarken elbiseyi giymek ve hayvana binmek misallerini verir. Bkz. Şerhu hududulbn Arafe, Ayrıca Bkz.Uleyş, *Minahu’l-celil*, VII, 494.

menfaat arasında bir eşitsizlik ve fark düşünmemiştir.<sup>184</sup> Dolayısıyla menfaatler üzerindeki işlemlerde ve kurulan haklarda Hanefilerde rastladığımız şekilde bir sınırlamaya gidilmemiştir. Menfaatler üzerindeki akitlerde menfaatler ayn gibi akit ile birlikte el değiştirir ve kiralayan vb. akit ile menfaatlere bir kerede malik olur. Ancak bununla birlikte bir eşyanın üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkilerini, ayn'ı üzerindeki yetkilerle her bakımdan eşit seviyede görmenin hukuk düşüncesi açısından birtakım sorunlar doğuracağı da aşıkardır. Bunu milk teriminin türlerini incelerken ele alacağız.

## 2-Ayn-Deyn ayırımı

Bir hukuki ilişki söz konusu olmadıktan sonra kural olarak mallar üzerinde ayn-menfaat ayırımından söz edilirken alacaklı ve borçlu denilen kişiler arasında bir borç ilişkisi meydana geldiğinde ayn-menfaat ayırımı önemini yitirerek yerini ayn-deyn ayırımına bırakır. Bir eşyanın somut varlığı ve zati, ayn olarak nitelenirken nihayetinde somut bir ayn şeklinde ifa edilecek olan borç (deyn), zimmette sabit bir sıfat olarak nitelenmiştir.<sup>185</sup> Ayn ve deyn kavramları da zat sıfat kavram ikilisi şablonuna oturtulmuştur. Konusu bir eşya olan borçlarda böyle olduğu gibi yapma borçları da bazı doktrinlerde bir vasıf niteliğinde olan deyn kavramıyla izah edilmiştir. Buna göre deyn, malın bir var oluş biçimidir. Mal ayn şeklinde somut olarak mal olduğu gibi, zimmette sabit olduğunda ise hükmen mal kabul edilmekte ve mal olma özelliğini yitirmemektedir.

Ayn-menfaat ve ayn-deyn ayırımının malvarlığı haklarının incelenmesindeki diğer önemli bir yönü de İslam hukukunda hukuk dilinin haklardan çok, hakların konusu üzerine kurulu olmasıdır. Bu bağlamda mesela deyn kavramının sınırları net olarak çizilmişken deyn üzerindeki hakkın hukuki niteliği üzerinde tartışmalar net bir çözüme kavuşturulmadan devam etmiştir.

<sup>184</sup> Bkz. Şafii, *el-Ümm*, IV, 26. Bilindiği gibi Hanefilerin ayn-menfaat ayırımında temel söylemlerinden biri de ayn-menfaat eşitsizliğidir ki Usul içinde bu konuyu menfaatlerin tazmini ile ilgili olarak 'kaza' bahsinde bir şeyin 'misliyle kazası' bağlamında ele alırlar ki menfaat ayn'm misli olmadığı için ayn'ın dengi olmayan menfaatle tazminine gidilmemiştir. Bkz. Zencanî, *Tahricu'l-furu*, s. 230. Şafiiiler menfaatlere doğrudan koşulsuz ve gerçek anlamda mal demek yerine daha çok menfaatleri mal menzilesinde görürler. Zerkeşi der ki: "Akdin her iki tarafı hakiki anlamda ya da hükmen maldır. Buna göre menfaatler mal menzilesinde düşünülürler. Zerkeşi II, 402. Özellikle Şafii ve Malikilerde bu düşünceden dolayı kira akdinin satım sözleşmesinin (bey') bir alt türü olduğundan bahsedilir. "الاحارة صنف من البيع" Bkz. Şafii, *El-Ümm*, IV, 25-26; *Muğni'l-muhtac*, II, 333, Nevevi, *Ravdatu't-talibin*, V, 173. İ. Malik ise bu düşüncüyü daha açık bir şekilde 'kira bir satım sözleşmesidir' diyerek belirtir. Bkz. Sahnun, *Müdevvene*, III, 115. Ayrıca bkz. Zerkeşi, *Kavaid*, III, 138.

<sup>185</sup> Bkz. Zerkeşi, *Kavaid*, III, 138. Zerkeşi burada deyn'i vasıf olarak niteler.

#### IV- MİLK TERİMİNİN KAPSAM BAKIMINDAN TASNİFİ

Yukarıda ele alındığı gibi milk terimi tek bir hakkı kapsamına almayıp geniş bir çerçeveye sahip bir hak türünü ifade etmektedir. Milk, klasik eserlerde temel olarak, konusunun ayn ya da menfaat oluşuna göre sınıflandırılır. İslam hukukçuları eşyayı ayn ve menfaat şeklinde birbirinden büyük ölçüde müstakil iki ayrı unsurdan oluşur tarzda tasarladıklarından malvarlığı hukukunun temel terimleri ayn ve menfaat kavram ikilisi esas alınarak oluşturulmuştur. Bu doğrultuda milk kavramı da ayn ya da menfaat üzerinde kurulmasına göre sınıflandırılır. Buna göre bir malın hem ayn'ı hem de menfaati üzerinde kurulu olan milk'e hepsi aynı anlama gelecek şekilde tam milk (el-milku't-tâmm), kamil milk (el-milku'l-kamil) ya da mutlak milk (el-milku'l-mutlak)<sup>186</sup> denilirken, kapsamı ayn ya da menfaatten sadece birisi olan ya da menfaatlardan de dar bir alanla (intifa vb.) sınırlı olan milklere sınırlı milk (el-milku'n-nâkis)<sup>187</sup> denilmiştir. Bu ayırım Kara Avrupası hukuklarında ayni hakkın, mutlak ayni hak (mülkiyet) ve sınırlı ayni haklar şeklindeki ayırımına benzer. Hatta bu iki ana grup altında sayılan milk/ayni hak türleri fıkıhta ve pozitif hukukta birbirinin neredeyse aynısıdır. Ancak burada milk kavramının ayn ya da menfaat üzerinde kurulu olmasına göre yapılan sınıflamanın milkin kapsamıyla alakalı bir ayırım olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Milk sadece ayn ya da sadece menfaat üzerinde kurulu olsa da yine milktir. Yani bu kapsam içerisinde sahibine verdiği yetkinin gücü ya da aynî etkinliği arasında kural olarak fark yoktur. Bu alan içerisinde de milk yine sahibine eşya üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen en geniş yetkiler verebilmektedir. Bundan dolayı İslam hukukçularının ayn ve menfaat üzerinde kurulu olan milki, tam milk ya da kamil milk; ayn ya da menfaatin sadece biri üzerinde kurulu olanı ise nakıs milk şeklinde ifadelendirmeleri doğrudan milkin kapsamıyla alakalıdır. Milkin kapsamı mülkiyette en geniş boyutlara ulaşmakta ve sahibine eşya üzerinde tam bir hakimiyet ve en geniş yetkileri vermektedir. Mülkiyetin sağladığı bu tam hakimiyetten farklı olarak mülkiyetin dışındaki ayni hakların muhtevası eşya üzerinde sınırlı ve kısmı bir hakimiyettir. Mülkiyet hakkı

<sup>186</sup> Bu terim için bkz. İbn Receb, s. 387-388; Kasaî, *Bedaî*, II, 10. el-milku'l-mutlak teriminin bir anlamı bu olduğu gibi bunun dışında özellikle dava ve şahitlik konularında sebebi zikredilmeyen milk anlamına da gelir. Mes. Bkz. Haskafî, *Dürrü'l-muhtar*, IV, 549, 570.

<sup>187</sup> İslam hukukçuları eşya üzerindeki yetkileri bu şekilde el-milku't-tamm ve el-milku'n-nakis şeklinde ikiye ayırdıkları gibi siyasi otorite, hakimiyet ve bağımsızlık anlamlarına gelen mülk kelimesini de el-mülkü't-tam ve el-mülkü'n-nakis şeklinde ikiye ayırırlar. Mesela İbn Haldun *Mukaddime*'de bu iki kavramı da kullanır: Mülk, eğer sahibi "halkı tek hakim olarak yönetiyor, vergileri topluyor ve vatani koruyacak önlemleri alabiliyorsa ve onun yed'inin üstünde kahir başka bir el yoksa" tam milktir. Nakıs milk ise sadece valilerden birinin vilayeti altındaki istibdadından ya da devlet ileri gelenlerinden birinin devletin sukutu anında kontrolü ele geçirmesinden ibarettir. Bkz. Cabiri, *el-Asabiyye ve'd-devle*, s. 433, 466-467.

hak sahibine hukukun genel ilkeleri içerisinde o maldan dilediği gibi tasarruf etme yetkisi verir. Bu tasarruf kavramı fıkıh literatüründe en geniş anlamıyla eşyayı zilyetliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semerelerini alma, tüketme ve yok etme gibi maddi fiilleri ve ayrıca eşyanın mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ya da sınırlı aynı haklarla yüklenilmesi gibi hukuki işlemleri kapsar. Mülkiyette en geniş kapsamına ulaşan bu tasarruf yetkisi, nakıs milk denilen sınırlı aynı haklarda, başka bir ifadeyle mülkiyetin dışındaki milk çeşitlerinde değişik oranlarda ve seviyelerde daralır. Mülkiyetin dışındaki aynı haklar, mülkiyet hakkının verdiği bu yetkilerden ancak bazılarını tam olarak veya belirli sınırlamalarla sağladıkları için bunlara sınırlı aynı hak terimine denk olarak nakıs milk (el-milku'n-nâkıs) denmiştir. Bu tür haklar hukuki mahiyetleri bakımından kural olarak mülkiyetten farklı değildir. Bunlardaki sınırlılık hakkın aynı etkinliğine değil, sağlanan hakimiyetin kapsamına ilişkindir.<sup>188</sup> Bu yüzden hakkın niteliği anlamına gelen aynı etkinliği ile hakkın kapsamını birbirinden ayırmamız gerekmektedir. Buna göre bir hakkın, milk/aynı hak olarak nitelenmesi o hakkın sağladığı yetkilerin kapsamının genişliğinden çok, belirli bir kapsamda sağladığı yetkinin gücüne ve herkese karşı ileri sürülebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla milk kavramında önemli olan hakkın kapsamı olmayıp hakkın kapsamının dar ya da geniş olmasına bakılmadan bu kapsam içindeki verdiği yetkinin mahiyeti, gücü ve etkinliğidir. Mesela -Hanefilere göre- rehin hakkında milk çok dar bir alanla (rehin konusunu borç ödenmediğinde paraya çevirebilme ve bu amaçla elinde tutabilme ile) sınırlı olsa bile söz konusu hak, sahibine bu alan içerisinde en güçlü ve herkese karşı ileri sürülebilecek bir yetki verdiği için tıpkı mülkiyet hakkı gibi aynı nitelik taşır.

Klasik kaynaklarda milkin kapsamına göre yapılan bu ayrımın dışında ikinci bir ayrım daha vardır. Burada milk, kapsamından ziyade aynı etkinliği, başka bir deyişle hukuki niteliği ile ilgili olarak ikiye ayrılır. Bu ayrımı bir sonraki başlıkta inceleyecek olduğumuzdan burada daha belirgin ve meşhur olan milk ayrımını ele alacağız.

Milk teriminin tasnifi daha çok kavaid literatüründe yapılmış, furu eserlerinde ise derli toplu bir tasnif yapılmamakla beraber değişik milk türlerini ifade eden teknik ayrımlı kavramlar kullanılmıştır. Kavaid literatürü dediğimiz eserler milkin sınıflamasını genellikle açtıkları müstakil bölümlerde ele almışlardır. Hemen her

<sup>188</sup> Köprülü-Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 3.

kavaid kitabı milk kavramını incelemeye özel bölümler ayırmıştır.<sup>189</sup> Bu konuda belki de en açık sınıflama İbn Receb'e aittir. İbn Receb milk niteliğinde olmayan ve yarı aynî olarak nitelediğimiz "hakları" beş gruba ayırarak inceledikten sonra milk türlerini ele alır. Milk terimini, ayn ve menfaat üzerinde kurulu olmasına göre dört gruba ayırır:<sup>190</sup>

a- Milkü'l-ayn ve'l-menfaa (ayn ve menfaatin her ikisi üzerindeki milk)

b- Milkü'l-ayn bilâ menfaa (sadece ayn üzerinde kurulu olup menfaatleri içermeyen milk: çıplak mülkiyet)

c- Milku'l-menfaa bila ayn (eşyanın sadece menfaati üzerinde kurulu milk)

d- Milku'l-intifai'l-mücerred (salt intifa yetkisi veren milk)

Bu milk türlerinin incelenmesi bize fıkhıta eşya üzerinde kurulan hakları daha yakından tanıma imkanı verecektir.

## A- MİLKÜ'L-AYN VE'L-MENFAA

### 1-Terim

Milkin ilk ve en önemli kısmı olan bu tür, günümüz hukuk sistemlerindeki 'mülkiyet hakkı' teriminin karşılığı olup bir eşyanın ayn ve menfaatine birlikte malik olmaktır. Bu, yukarıda belirttiğimiz tam/mutlak milktir. Burada eşyanın hem aynî hem de menfaati yani her türlü kullanma yetkisi milke konu olduğundan eşya üzerindeki hakimiyet en geniş kapsamına ulaşmaktadır. Bu hak türü sadece milkin değil hukukun tanıyabileceği en üstün ve geniş kapsamlı hakkı da simgeler. Mülkiyetten daha güçlü bir hak söz konusu olmadığından haklarla ilgili iki temel akım olan ferdiyetçi teorilerle sosyal teorilerin üzerinde tartıştığı temel nokta bir mihenk taşı niteliğindeki mülkiyet olmuştur. Diğer milk çeşitleri ise mülkiyetteki bu en geniş kapsama ulaşan hakimiyetten çok belirli ve dar bir alanla sınırlı yetkiler verdiklerinden sınırlı/nakıs milk olarak adlandırılır. İslam hukukçuları malvarlığı hukuku dilini milk kavramı ve ayn-menfaat ayırımı üzerine oturduğundan Eşya hukuku alanında teknik anlamıyla mülkiyeti ifade etmek için "milku'l-ayn ve'l-menfaa" kavramını kullanırlar. Milk kavramının analizini yaptığımız önceki bölümde ifade edildiği üzere milk fıkıh eserlerinde geniş anlamıyla tüm malvarlığı haklarını; dar ve teknik anlamıyla ise özellikle aynî hakları içeren bir kavramdır. Bu yüzden

<sup>189</sup> Meselâ, bkz. Suyutî, *Eşbah*, s. 316-329; İbn Nüceym, *Eşbah*, III, 461; Zerkeşî, *Kavaid*, III, 223-240; İbn Receb, *Kavaid*, 195-197.

<sup>190</sup> İbn Receb, *el-Kavaid*, s. 208; Suyutî, *Eşbah*, s. 326; Yusuf Musa, *el-Emval*, s.167.

mülkiyet hakkını diğer milk çeşitlerinden ayırmak için buradaki milkin ayn ve menfaatin her ikisi üzerinde birlikte kurulu olduğunu ifade eden bu kavram kullanılır. Ancak mülkiyet hakkı mutlak milk olduğundan çoğu defa konunun bağlamından anlaşılacağı üzere milk, kelimesiyle doğrudan mülkiyet hakkı ifade edilmek istenir. Burada mutlak anlamda kullanılan bir kelimenin en mükemmel şekline delalet edeceği kaidesi de dikkate alındığında fıkıhçıların genel anlamda milkten bahsettiklerinde çoğunlukla kastettikleri budur.

İbn Receb milkin bu türünü şöyle tanıtır: “Satım, hibe, mirasçılık vb. milk gerektiren sebeplerle, milke konu olabilen aynlar üzerinde kurulmuş milklerin geneli böyledir.”<sup>191</sup>

İslam hukukçuları genellikle milkin bu şekilde tasnifini yaparlarken eşya üzerindeki milk'in kime ait olduğunu tartışırlar. Bu tartışmayı özellikle burada yapmalarının sebebi rahatlıkla anlaşılabilir. Zira tabiattaki eşyanın ayn'ının (maddi yapısının) ve menfaatinin (onu kullanma yetkisinin) ikisi birlikte hukukun süjesi olan kişilere nispet edilmesi kelami-dini bir endişeyi gündeme getirir. Bu endişe Allah'ın yeryüzündeki mülk<sup>192</sup> ve melekûtu yani sınırsız hakimiyetiyle, kulların eşya üzerindeki milkinin yani hukuki hakimiyetinin arasındaki sınırların çizilmesi zorunluluğudur. Zira kelami anlayışta eşya da dahil olmak üzere tüm evrende mülk Allah'a nispet edilirken fıkhıta eşyanın milk'i kullara nispet edilmektedir. Bu endişe aynların ve menfaatlerin milk'inin insanlara ait olduğunu ifade eden bir terimin (milku'l-ayn ve'l-menfaa) kelami-dini açıdan ne ölçüde doğru bir kavram olduğudur. Bu konu Hanefi ve Mutezili çevrelerden çok Eşarî çevrelerde tartışılmaktadır. Buna göre bir çok fıkıhçı eşyanın milkinin aslında Allah'a ait olduğunu kulların ise eşyanın ayn'ı üzerinde değil de sadece menfaati üzerinde bir yetkisi olduğunu belirtir.<sup>193</sup> Buna göre -kullara ait- bütün milk'ler milku'l-intifa ya da milku'l-menfaa

<sup>191</sup> İbn Receb, *El-Kavaid*, s. 195.

<sup>192</sup> Burada İsfahani'nin de belirttiği gibi milk ile mülk kelimeleri arasındaki yakın ilişkiye dikkat etmemiz gerekir. İsfahani milk kelimesinin mülk kelimesinin cinsi olduğu ve her mülkün bir milk olduğu tespitini yapmaktadır. Bkz. *Müfredat*, s. 876. Fıkıhçılar ve kelamcılar bu bağlamda milk ya da mülk kelimelerini hemen hemen aynı anlamda kullanmaktadır. Nitekim Nefrâvî bu anlamda mülk'ü şöyle tanımlar: “Diğer varlıklar üzerinde herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın tasarruf edebilme gücüdür.” *el-Fevakihu'd-devvani*, I, 188. Görüldüğü gibi mülk terimi de milk gibi temelde tasarrufu esas almaktadır.

<sup>193</sup> Mesela İbn Receb'in naklettiğine göre İbn Akıl el-Vadîh fi usuli'l-fıkh'da kulların ayn'lara değil de sadece şeran izin verilen şekilde bunlardan intifaya malik olduğu ve aynların malikinin ise onu yaratan Yüce Allah olduğu konusunda fakihlerin icmamu zikretmiştir. Buna göre eşya üzerinde her türlü intifaya malik olan mutlak maliktir. Bir tür, dar kapsamlı bir intifaya malik olanların milki ise sınırlıdır ve kendine özgü bir isimle diğerlerinden ayrılır, müste'cir, müsteir vb. gibi. İbn Receb, *Kavaid*, 196-197.

niteliğindedir.<sup>194</sup> Bu düşünceye göre kulların ayn'a malik olduğu ifadesi zahiri üzerine anlaşılabilir. Zira aynın maliki sadece Allah'tır. Zira milk tasarruftur ve ayn/zât üzerinde icad (varlığa getirme), i'dam (yok etme), öldürme ve diriltme gibi tasarrufları yalnızca Allah yapabilir. Yaratılanların tasarrufu ise sadece menfaatlerde olup bu tasarruf yeme, içme, çaba, hareket ve sükun şeklindeki fiillerdir.<sup>195</sup> Bu düşünce birçok islam hukukçusu tarafından dile getirilse de furu terminolojisi açısından eşyanın ayn'ı da menfaati de insanlara izafe edilmiştir.<sup>196</sup>

Kanaatimizce bu müelliflerin konuyu sunuş tarzında fıkhi ve fiziki düzlemle kelami-metafizik düzlem birbiri içine girmiştir. Zira fikhın bir nesnenin mülkiyetini insana nispet ederken kastettiği o nesne üzerindeki hukuki hakimiyetlerdir. Oysa bu müellifler milk ile mülk terimleri arasındaki anlam birliğinin tesiri ile meseleyi hukuki bağlamından çıkararak dini-kelami bağlama taşımışlardır. Ayrıca bu düşünceler üzerinde atomcu evren ve eşya anlayışının da derin bir tesiri vardır. Burada kastettikleri, ayn ve zât da denilen cevherlerin yaratılması ve yok edilmesinin Allah'ın elinde olduğudur. Hakiki anlamda milk sıfatı bu yüzden insanlara ait görülemez. Kulların hukuki hareket alanı ise eşyanın cevheriyle alakalı olmayıp eşyanın menfaati yani arazlar düzleminde. Kulların eşya üzerindeki tasarrufu birer fiil niteliğinde olan arazlardır. Yeme, içme, bir eşyayı kullanma vb. fiillerin her biri kelami anlamda hareket olarak adlandırılır. Hareket ise bir arazdır. Bu yüzden gerçek olan cevherler üzerindeki tasarruftur ki bu o cevherleri yaratan Allah'a aittir. Bu yüzden fıkıhçılar cevher demek olan ayn ve zat'ın milkini insana izafe etmenin hakiki anlamda olmadığını, insanların hakimiyetinin ise ancak aynları kullanmak anlamına gelen menfaatler üzerinde olacağını belirtirler.

<sup>194</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 196.

<sup>195</sup> Karafî, *Furuk*, III, 372. Rassa da hakiki milkin sadece zatları yaratan Allah'a ait olduğunu ifade eder. *Şerhu Hudud*, s. 344. Yine İbn Müflih, *el-Furu*'da "Ayn'lar Allah'mdır. İnsanlar sadece ayn üzerinde tasarrufa maliktir" der.V, 146-147. Bu anlayış İslam kelamında olduğu gibi Hıristiyanlıkta da geçerlidir. Her ne kadar ferdi mülkiyeti aleyhtarı bir bağlamda söylenmiş olsa da Augustinus'a göre "yaratıldığı şeyler üzerinde mutlak mülkiyet hakkı yalnız Tanrıya aittir. Kayıtsız ve şartsız olarak ancak Tanrı onları kullanabilir. Mülkiyet izafidir. Tanrının iradesine bağlıdır." Ferdi mülkiyeti savunan Thomas Aquinas'a göre ise "her şeyi yaratan Tanrı gerçek mal sahibi gerçek egemendir. Ferdi mülkiyet nihayet zenginlikten yararlanması için Tanrı tarafından insanlara verilen bir kuvvettir. O nihayet bir intifa hakkıdır." Challaye, *Mülkiyetin Tarihi*, s. 60.

<sup>196</sup> Mesela İbn Receb bu konudaki görüşleri ele aldıktan sonra milk sınıflarını yukarıdaki şekilde ele alarak taksimini milkin Allah'a ait olduğu görüşler doğrultusunda değil de meşhur olan taksimi esas alarak yapacağını belirtir. Görüldüğü gibi İbn Receb belirttiği nakillere dayanarak kullar için milku'l-ayn ifadesinin kullanılmayacağını, fıkhıdaki tüm milklerin milku'l-intifa, yani sadece ayn'dan dar kapsamlı bir yararlanma olduğunu ifade eden bu görüşleri belirttikten sonra bu görüşü değil de fıkhıta yaygın olan tasnifi benimsemiş ve ayn ve menfaatin milkini kullara nispet edebilmiştir. Anlaşıldığı üzere İbn Receb, İbn Alkîl ve diğerlerinin endişesinin fıkhi açıdan sonucu etkilemediği düşüncesindedir. Bkz. *el-Kavaid* s. 195-196.



Klasik literatürde bu tartışmalara son noktanın Şatıbî tarafından konulduğunu söyleyebiliriz. Şatıbî bu noktada cevherin (ayn) milkini yalnızca Allah'a, menfaatlerin (eşyadan faydalanma fiillerinin: araz) milkini ise insanlara ait gören ve böylece ayn ve menfaatin milkini birbirinden ayıran düşünceyi çürütmektedir. Ona göre insanların ayn'lardan istifade etmesi yani insanın fiilleri de tıpkı ayn'lar gibi Allah tarafından yaratılmaktadır ve bu anlamda cevher ile araz arasında gerçek bir fark kalmamaktadır.<sup>197</sup>

## 2-Hükümleri

Yukarıda ele aldığımız görüş, kulların eşya üzerindeki yetkisini daraltmaya matuf bir anlayış gibi görünse de aslında endişe salt kalamîdir. Gerçekten de bu tartışma beklendiğinin aksine kulların milkinin Allahın mülkünden kaynaklandığı anlayışını doğurmuş ve mülkiyet hakkı bir çok doktrinde adeta kutsanmış bir seviyeye yükseltilmiş ve her türlü sınırlamadan uzaklaştırılmıştır. Çağdaş yazarlar da mülkiyetin Allah'tan insana geçtiğini ifade ederek bunu "istihlaf teorisi" şeklinde sunmaya çalışırlar.<sup>198</sup>

Mülkiyet hakkında hak sahibi, eşyayı dilediği şekilde kullanılır. Mülkiyet milkin prototipi olup bir ayni hakkın sahibine verebileceği muhtemel tüm yetkiler mülkiyette bir araya gelmiştir. Özellikle Hanefilerde ortaya çıkan teoride kural olarak mülkiyet sahibinin malı kullanmasına bir sınırlama getirilemez. Hukukun genel kuralları çerçevesinde malik malını dilediği şekilde kullanabilir. Bu kullanımların sınırlandırılabilmesi için başkasının malikin eşyasına taalluk eden bir hakkı söz konusu olmalıdır. Ancak eşyanın bu ölçüde sınırsız bir çerçevede kullanılması ve ferdiyetçiliğin aşırıya vardırılması, sosyal mülahazaların esas alınarak mülkiyet hakkına birtakım sınırlamalar getirilmesine sebep olmuştur. Özellikle komşuluk ilişkileri sebebiyle malikin mülkiyeti kullanması belirli teorilerle sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Mülkiyetin dışındaki ayni haklar ise zaten tabiatları icabı "sınırlı ayni haklar" oldukları için belirli bir kapsam içinde yetki vermektedir ve ayrıca sınırlama tartışması gündeme getirilmemiştir.

Milku'l-ayn ve'l-menfaa denilen hak türü mülkiyet olup çok geniş bir araştırma konusudur. Buradaki amacımız mülkiyet müessesesini bütün detaylarıyla ele almak değil de özellikle kavram analizi olduğu için konuyu kavramları netleştirecek kadanyla ele alıyoruz. Diğer yandan mülkiyet hakkı, gerek mülkiyeti oluşturan

<sup>197</sup> Şatıbî, *Muvafakat*, III, 163, 169, 171.

<sup>198</sup> Bkz. Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 403 vd.

sebepler ve gerekse mahiyeti açısından kavramsal düzeyde fazla problemlili bir konu olmayıp kaynaklarda açık ve nettir. Bu yüzden milk tasnifi açısından konuyu bu şekilde ortaya koymakla yetiniyoruz ve çağdaş literatürde kavram olarak ciddi bir analize tabi tutulmamış olan diğer milk türlerine geçiyoruz.

## B-MİLKU'L-MENFAA BİLA AYN

### 1-Terim:

Milku'l-menfaa, aynı (rakabesi) üzerinde hak sahibi olunmayan bir şeyin yalnızca menfaatlerine malik olma halidir. Mülkiyet hakkından sonra milkin en yaygın kısmı olan bu hak türünde hak sahibi, ayn'ı başkasına ait bir eşyayı kullanma ve ondan istifade etme hakkına sahiptir. Milku'l-menfaa teriminin kapsamı birbirinden farklı birçok hak tipini içerecek şekilde genişdir.<sup>199</sup> Bunun sebebi menfaat teriminin kapsamının oldukça geniş olması ve bir malın kiralanmasından, irtifak haklarına ve hatta insan emeğinin kiralanmasına kadar değişik alanlara uzanmasıdır. Milku'l-menfaa hak grubu içindeki alt sınıflama ise sadece bu tür değişik hakların kurucu sözleşmeleriyle ilgili olup burada kira, vasiyet, iare vb. milku'l-menfaa doğuran işlemlerden bahsedilir. Bunun dışında günümüz hukukundaki irtifak, intifa vb. özel hak grupları birbirinden tam olarak ayrılmamıştır.<sup>200</sup>

Milku'l-menfaa terimi bize ilk olarak menfaatlerin bir eşyanın ayn'ından müstakil olarak haklara konu olabildiğini göstermektedir. Yani bir kişi bir eşyanın aynı üzerinde hiçbir yetkisi olmadığı halde eşyanın menfaatleri üzerinde aynı hak sahibi olabilmektedir. İslam hukukunda gerek eşyaya ve gerekse insan emeğine ilişkin yetkilerin birer aynı hak/milk olarak düzenlenmesinin arkasında büyük ölçüde fıkıhçıların evren anlayışı ve düşünme biçimleri yatmaktadır. Buna göre İslam hukukçuları varlığı cevher ve araz şeklinde iki ayrı parçadan/unsurdan ibaret görmüşlerdir. Burada menfaatlere adeta aynı gibi bir varlık atfedilmiştir. Diğer yandan İslam hukukçuları nesnelere parçacı bir düşünüşle ele aldıkları için bir nesneyi çevresindeki tüm unsurlardan ayrıştırmaya kadar yalın hale getirmeye çalışmışlar ve adeta onu bulunduğu bağlamdan bağımsızlaştırmışlardır. İşte bu zihni

<sup>199</sup> Sınırlı aynı hakların en meşhuru olan milku'l-menfaa farklı hukuki durumları birlikte kapsayan bir yetki olup eşyanın kullanım şekli ve tarzlarında geniş bir esneklik getirmektedir.

<sup>200</sup> Fıkıhın eşya tasavvuruna göre bir eşyanın kullanılması ve ondan istifade edilmesi menfaat kavramıyla ifade edildiğinden konusu bu şekilde olan her türlü hak eşyanın yalnızca menfaati üzerinde kurulu olarak tasavvur edilir. Kara Avrupası hukukunda ise aynı ile menfaat terimleri birbirinden ayrı ve müstakil varlığı olan varlıklar olmayıp ortada somut eşya vardır ve bu tür haklarda hakkın konusu eşyanın kendisidir. Eşyanın menfaatleri şeklinde ayrı bir 'varlık'tan bahsedilmez.

mekanizmaların ürünü olarak menfaat, ayn'dan bütünüyle bağımsızlaştırılmış ve mallar üzerindeki aynı hak (mülkiyet) gibi menfaatler üzerindeki hakları da milk niteliğinde düşünmüşlerdir. Bunun sonucunda menfaat maliki eşya üzerindeki tasarruflarında ve hakkını koruma noktasında ayn malikinin her türlü aracılığında bağımsız bir şekilde yetkisini kullanmakta ve bu hakkını herkese karşı ileri sürebilmektedir. Başka bir deyişle menfaat üzerinde kurulu olan milk de aynı hakların iç ve dış muhtevasına sahip, mutlak ve inhisar ifade eden bir hak olarak düşünülmüştür.

## 2- Kapsamı

Milku'l-menfaa terimi menfaat üzerinde kurulan milk nitelikli yetkileri ifade ettiğinden burada menfaat kavramının kapsamının belirlenmesi bize bu menfaat üzerindeki yetkilerin kapsamını da gösterecektir. İslam hukukçuları menfaat terimini genellikle zannedildiğinin aksine geniş bir anlamda kullanırlar. Şafii hukukçu Nevevî'nin menfaat teriminin kapsamıyla ilgili açıklamaları islam hukukçularının yaklaşımlarını açık olarak ortaya koyar. Nevevî menfaatlerin şu dört şeyi içerdiğini belirtir: 1-Malların menfaatleri. Elbiseyi giymek, evde oturmak, kölenin hizmeti gibi bir malın kullanılması ve ondan istifade edilmesi. 2- Bud' menfaati. Bu, nikah akdiyle erkeğin kadından cinsel yönden yararlanması anlamına gelir. 3- Hür kişinin bedeninin menfaati. 4- Bekçi köpeği vb. mal olmayan şeylerin menfaati. Yukarıda temas ettiğimiz gibi bu tür şeyler 'mal' olmasa da menfaatleri mubahtır.<sup>201</sup>

Menfaatin bu dört türünden ilki bilinen ve en yaygın olarak hukukta yerini alan menfaattir. Genellikle menfaat terimi ayn-menfaat ayırımı bağlamında gündeme getirildiği için eşyanın ayn'ının menfaati, dar anlamda menfaati ifade eder. Nevevî'nin dördüncü tür olarak saydığı menfaatler de bu şekilde ayn'a bağlı menfaatler olduğu halde bunların özel olarak zikredilmesi bu tür (muhterem) şeylerin mal olmadığından milke değil ihtisasa konu olmalarıdır. Diğer iki menfaat türü olan bud' menfaati ile hür kişinin emeğinin menfaati ise, menfaat terimiyle ifade edilmesi ilk planda anlaşılabilen iki ayrı konuyla ilgili olduğu için bunların arkasında yatan düşüncenin izahı gerekmektedir.

İslam hukukçuları evlilik içinde erkeğin kadından cinsel olarak istifade etmesini bir tür menfaat olarak değerlendirir.<sup>202</sup> Bir eşyadan istifade etmek bir fiil ve

<sup>201</sup> Menfaatin bu dörtlü tasnifi özellikle Şafiilerde açıkça yapılmıştır. Bkz. Nevevi, *Ravda*, V, 13-14. Ayrıca bkz. Kasañi, *Bedai*, VI, 47.

<sup>202</sup> Bkz. Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 183. Zencanî, *Tahrîcu'l-furû*, s. 192-196.

hareket ile olduğu gibi kadından istifade etmek de fiil ile olur. Dolayısıyla her iki istifade de aynı kategoride, bir araz niteliğinde olan menfaat niteliğinde değerlendirilmiştir. Bu düşünceden hareketle –özellikle- Şafiler nikah akdinin konusunun bud’ menfaati olduğunu düşünerek, nikah akdini, konusu menfaat olan akitlerin prototipi olan kira akdine benzetirler. Ancak nikah akdi bu teknik anlamda bir menfaat şeklinde değil de özel bir terimle ifade edilir ki Hanefiler buna ‘mut’a’, diyerek normal menfaatlerden bunu ayırırken, diğer mezhepler ise buna ‘intifau’l-bud’’ diyerek menfaat yerine intifa kavramını tercih ederler. Ancak bu tercih nikah akdinde konunun menfaatlerin dışında bir şey olduğu anlamına gelmeyip sebebinin ilerde açıklayacağımız şekilde kavramsal tutarlılık açısından yapılmıştır.<sup>203</sup>

Diğer bir menfaat türü olan hür kişinin emeği ise genellikle ‘yapma’ borçları yani bir kişinin akitle belirli bir işi yapmayı borçlanmasında görülür. Kara Avrupası hukuk sisteminde bir kişinin diğerine karşı bir şeyi yapmayı borçlandığı sözleşmeler bir borç ilişkisi; karşı taraftan bir şey yapmasını isteme hakkına sahip olan kişinin bu yetkisi ise ‘alacak’ olarak nitelendiği halde İslam hukukunun bu ilişkiye bakışı farklılık arzeder. Bu farklılık esas olarak fikhin bu ilişkide yapma borcunu bir ‘menfaat’ olarak nitelemesidir. Bu noktada atomcu teorinin belirleyici etkisi kendini yeniden hissettirir. Buna göre yapma bir fiil ve harekettir ve bu bakımdan eşyanın menfaatleri gibi arazdır. Dolayısıyla eşyanın aynından istifade etmek menfaat olduğu gibi bir kişinin başka biri adına bir şey yapma yükümlülüğü de bir menfaattir. Zira bu yükümlülük bir fiil ve hareketle yerine getirilecektir. Olayı bu şekilde tasarlayan anlayışa göre böyle bir ilişkide alacaklı durumundaki tarafın diğer tarafın menfaatlerine malik olduğundan bahsedilir. Bu bakımdan bir kişinin diğerine karşı bir hizmette bulunması konulu bir akit, hizmette bulunacak kişinin menfaatlerine malik olma anlamı taşımaktadır. Dolayısıyla kara Avrupası hukuk sisteminde yapma ve yapmama borçları şeklinde karşımıza çıkan ve hak sahibine şahsi bir hak veren bu tür yetkiler fıkıh sistematiği içinde birer aynı hak/milk olarak düzenlenmiştir. Az sonra değinileceği gibi kira akdi İslam hukukunda aynı hak doğuran bir işlem olup ikiye ayrılır: a) Eşyaların menfaati üzerinde meydana gelen kira, b) İnsan fertlerinin menfaati üzerinde meydana gelen kira (icare-i ademî). Yapma borçlarının genel olarak aynı hak şeklinde düzenlenmiş olması İslam hukukunda yapma borçlarının, verme borçları tarafından gölgede bırakılmasını<sup>204</sup> izah etmektedir. Menfaat kavramı klasik kaynaklarda sürekli bir fiil ve hareket olarak ele alınsa da yapmama

<sup>203</sup> Bkz. Aşağıda, Milku’l-intifa terimi.

<sup>204</sup> Bkz. Chehata, *Theorie Generale*, s.172.

(hareketsizlik=sükun) şeklindeki bir menfaatin de aynı hak konusu olabileceği bilinmektedir. Buna göre bir akarın sahibi tarafından herhangi bir kullanımının engellenmesi, mesela iki kattan fazla inşaat yapmaması şeklinde beliren yapmama yükümlülüğü de (manzara irtifakı gibi) bundan istifade eden akar maliki lehine “milku’l-menfaa” olarak nitelenebilir.<sup>205</sup> Ancak bu şekilde karşı tarafın yapmama fiiline bağlanmış olumsuz menfaatler en azından kavram düzeyinde klasik literatürde hemen hemen hiç yer almaz.

### 3-Temel Hükümleri ve Özellikleri

Milku’l-menfaa terimi menfaatler üzerinde kurulan aynî nitelikte bir hak türünü ifadelendirdiğinden, aynı hakların genel özellikleri bu hak türü için de geçerlidir. Kişi malik olduğu menfaat üzerinde kendi inhisarı ve ihtisasında olan ‘mutlak’ bir yetki elde etmiştir. Menfaatin bağlı olduğu eşyanın ayn’ından bütünüyle müstakil olarak tasarlanması sebebiyle menfaatler üzerindeki aynî haklar da eşyanın mülkiyetinden tamamen bağımsızlaştırılmış yetkiler olmasıdır. Bu özelliğe bağlı ikinci bir ana özellik ise menfaatin Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde eşyanın aynına denk ve onun seviyesinde bir mal olarak algılanması sonucunda ayn’ların konu olduğu şekil ve şartlarda her türlü hukuki ilişkiye konu edilebilmesidir. Bu iki temel özelliğin tezahürleri ele alınarak İslam hukukçularının ayn-menfaat ilişkisini hangi boyutlara taşıdıkları ortaya konulabilir:

#### a- Ayn-Menfaat Denkliği İlkesi

Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde genel kural mal olma ve haklara konu olma bakımından ayn ile menfaat arasında fark olmadığı ve bunların birbirine denk varlıklar olduğudur. Menfaatler de ayn gibi maldır ve ayn üzerinde kurulan hukuki işlemler ve haklar menfaatler üzerinde de aynı özelliklere sahip olarak kurulabilir. Bu noktada çoğunluğu oluşturan bu doktrinlerde cevher araz ayrımı katı ve salt mantıki bağlamından hukuki bağlama taşınarak arazların cevhere denk olmadığı yargısından uzaklaşmıştır. Bu doktrinlerde her ne kadar araz kategorisinde olsa da bir eşyanın menfaatleri en azından ayn’ı kadar önemlidir. Hatta menfaatler daha önemlidir, zira bir ayn’ı diğerinden ayıran ve ona özelliğini kazandıran o eşyanın sağladığı fayda ve menfaatlerdir. Bundan dolayı malî değer taşıma özelliği ya da kısaca mal olma vasfı ayn kadar menfaatler için de geçerlidir.<sup>206</sup> Öyle ki çoğunluğu oluşturan doktrine göre

<sup>205</sup> Bkz. Hacak. *İrtifak Hakları*, s. 74; *El-Mevsuatu’l-fikhiyye*, IV, 275 (Kenanî, *el-İkdu’l-munazzam*’dan naklen) Benzer bir durum için bkz. Behutî. *Keşşafu’l-kına*, III, 413.

<sup>206</sup> Ayn-menfaat denkliği ilkesini şu örneklerde de görebiliriz: Hanbelilerde sahih olan görüşe göre menfaatten zekat gerekir. Merdavi, *İnsaf*, III, 155. Şafii ve Hanbelilerde vasiyetin terekenin üçte

kira akdinde menfaatler ayn konumunda kabul edilmiş ve menfaate ayn hükmü verilmiştir.

Hanefi mezhebi menfaatleri araz olmanın getirdiği bir sonuç olarak ma'dum niteliğinde görür. Hanefilerin normal akıl yürütmelerinin onları ulaştıracağı sonuç (kıyas) ma'dum olanın (mevcut olmayanın) da aynı haklara konu olamayacağıdır. Zira ortada hakka konu olabilecek bir şey yoktur. Bu yüzden menfaatler istisnai olarak yani kıyasa aykırı olarak kira vb. akitlerle hukuki değer kazanırlar. Bu noktada Hanefilerin düşünce seyri şöyledir: menfaatler akitler bakımından zarureten, akitleri sahih hale getirmek için mevcut hükmünde kabul edilmiştir. Bu zaruret – kendi miktarıyla- yani sadece akitlerle ilgili olarak işletilir. Bu bir istisnadır ve akit dışındaki hallerde konu işin hakikatine göre çözümlenerek menfaatler ma'dum kabul edilir.<sup>207</sup> Dolayısıyla ayndan ayrı olarak menfaatler mirasla intikal etmez. Menfaat kendisine vasiyet edilmiş musa leh öldüğünde vasiyet süre ile sınırlı olsa da musa leh'in veresesine intikal etmez. Kira akdinde taraflardan biri vefat ettiğinde akit infisah eder. Zira ortada milk kalmadığından mirasla da intikal etmez. Yine kiraya verenin ölümüyle de akit infisah eder.<sup>208</sup> Gasbedilen bir malın menfaatleri de-kural olarak- tazmine konu olmaz. Zira aynı sebepten dolayı menfaatlerin hukuki bir değeri yoktur. Ayrıca eğer menfaatlerin tazmini ayn ile yapılacaksa bu durumda menfaat ayn'a denk olmadığı için bu tazmin konusundaki denklik ilkesine aykırıdır.<sup>209</sup> Hanefilerin bu genel tavrı menfaatler üzerindeki bazı işlemlerin ve hakların kurulması, devamı ve kullanılması ile ilgili birtakım sınırlamaların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu husus ilerde milku'l-menfaa türleri ele alınırken incelenecektir.

Diğer mezheplerde ise menfaat sadece akitlerle ilgili olarak değil de her zaman ve her bakımdan kural olarak ayn'a denk kabul edildiği için akdin kurulmasında bu kurala riayet edildiği kadar devamında ve vefat gibi hukuki olaylarda da prensibin dışına çıkılmaz. Cumhuriyet'e göre ise belirli bir süreyle sınırlı milku'l-menfaa tipi

---

birini geçmeme ilkesi doğrultusunda vasiyet edilen şeyin değeri hesap edilirken kural olarak menfaatleri de dikkate alınır. Zuhayli, *Fıkıh Ansiklopedisi*, X, 194. Ayrıca İslam hukukçuları menfaatlere malik olmanın şuf'a hakkı gerektirip gerektirmediği vb. ayn'larla ilgili bir çok konuyu menfaatler hakkında da tartışmıştır.

<sup>207</sup> Bkz. Zencânî, *Tahricu'l-furu*, s. 232.

<sup>208</sup> Yukarıda da belirttiğimiz gibi kira Hanefilere göre sürekli yenilenen bir akittir. Yani kira akdi her bir menfaat arazi için yenileniyor gibidir. Bu süre içinde milk, ayn malikinin malı üzerinde ortaya çıkar ve bunu adeta her an kiraya vermiş olur. Kiraya verenin ölümünden sonra yenilenen menfaatler ise onun milkinde meydana gelmiş olmaz. Bundan dolayı mutlak kira akdi kişinin ölümünden sonraki menfaatleri içermez. Zencânî, *Tahricu'l-furu*, s. 234.

<sup>209</sup> Bkz. Serahsî, *Usul*, I, 56.

yetkilerde hak sahibinin ölümü ile milku'l-menfaa kural olarak sona ermeyip vereseye intikal eder. Mesela süre ile sınırlı olarak kurulmuş vasiyette musa leh süre bitmeden öldüğünde milku'l-menfaa vereseye intikal eder.<sup>210</sup> Kira akdinde de durum böyledir.<sup>211</sup> Milku'l-menfaanın tipik örneği olan ve aynı hak/milk sağladığında kuşku bulunmayan vasiyetteki gibi, kira akdi için de aynı şey geçerlidir. Buna göre bir evi mesela bir seneliğine kiralayan kişinin ölümüyle varisler evin menfaatlerine malik olurlar. Yani milku'l-menfaa vereseye intikal eder.<sup>212</sup>

### *b-Ayn-Menfaat Bağımsızlığı*

Ayn-menfaat denkliği noktasında Hanefiler ile diğer mezhepler arasında yaklaşım farkları mevcut iken menfaatlerin ayn'dan bağımsız bir varlık olarak algılanması noktasında ise görüldüğü kadarıyla bir fikir birliği söz konusudur. Şöyle ki milku'l-menfaaya sahip olan kişi menfaatler üzerinde ayn'dan müstakil tasarruf etme yetkisini elde eder.<sup>213</sup> Adeta menfaatin ayn ile bir irtibatı yokmuşçasına davranabilir. Menfaatler üzerindeki işlemler kural olarak ayn üzerindeki işlemler gibidir. Bu yüzden menfaatler her türlü muavaza akdine konu yapılabilir. Ayn malikinin aynı satabilmesi gibi menfaat maliki de menfaati satabilir. Menfaatin satımı ise kural olarak kiradır. Bundan dolayı kira satım sözleşmesinin bir türü olarak değerlendirilmiştir.<sup>214</sup>

Maliki hukukçu Karafi'nin şu ifadeleri bir eşyanın menfaatine malik olan kişinin hakkını tanıtırken menfaatler üzerindeki yetkilerin ayn'dan bağımsız olduğunu ve ayn-menfaat denkliğini açıkça ortaya koymaktadır: "...Milku'l-menfaa ise, bir evi kiralayan yada iare alanın hakkı gibidir ki bu kişinin, bu menfaati kiraya vermesi veya başkasını bedelsiz olarak orada iskan etmesi mümkündür. Kişi bu menfaat üzerinde malik olduğu şekilde adetin müsaade ettiği ölçüler içerisinde

<sup>210</sup> Suyutî, *el-Eşbah*, s. 327.

<sup>211</sup> Buna göre kira akdinde taraflardan birinin ölümüyle kira akdi son bulmayıp milku'l-menfaa devam eder. Zira kira menfaat üzerinde doğrudan ve bir defada lazım bir milk doğurur ve bu ayn üzerindeki milk gibi mirasla intikal eder. Bkz. *Tahricu'l-furu*, s. 231-234.

<sup>212</sup> Rassâ, *Şerhu Hudud.*, s. 344-345.

<sup>213</sup> Bkz. Merdavi, *İnsaf* VI, 101. İslam hukukunda kira vb. yolla kurulan hakların aynı nitelikte görülmesinin temel sonucu budur. Zira burada menfaatler üzerindeki yetki müstakildir ve ayn sahibinin müdahalesi ve aracılığı –kural olarak- söz konusu değildir. Bu durum Kara Avrupası hukuk sistemindeki anlayışa tamamen aykırıdır. Zira bu anlayışta eşya bir bütün olup kiracının yetkisi bir alacak hakkı tarzındadır. Kiranın esas hükmü mal sahibinin, kiralayan kişinin maldan istifadesine izin verme borcu doğurmasıdır.

<sup>214</sup> Şafî, *el-Ümm* III, 251. Zencani, *Tahricu'l-furu*, s. 233. Bu doğrultuda olarak kirada tıpkı satım akdinde olduğu gibi ücrete akitle doğrudan ve bir defada malik olunur. Gerçekten de İslam hukukçularının ayn ve menfaati birbirine denk varlıklar olarak algılamalarının en iyi göstergelerinden biri bir nesneyi kiralamaya, menfaatin satımı olarak bakmalarıdır.

maliklerin mülkleri üzerindeki tasarrufları gibi tasarruf edebilir. Bu şekilde menfaat üzerinde kurulu olan milk, belirli bir zaman içinde mutlak bir milk'tir. İcare akdinin içerdiği ya da ariyette, adetin gösterdiği şekilde sahibine bu menfaat üzerinde mutlak bir milk verir. Bu milk rakabe üzerindeki milk gibi olup sahibine belirli bir süre içerisinde söz konusu menfaat üzerinde hukuken mümkün olan her türlü tasarruf imkanını bahşeder.”<sup>215</sup> Buna göre mülkiyet hakkında kişi sahip olduğu malı ve özellikle onun ayn'ını nasıl dilediği gibi kullanabiliyor, onun üzerinde her türlü fiili ve hukuki tasarruflarda bulunabiliyorsa, milku'l-menfaa sahibi de menfaat üzerinde – ilke olarak- aynı yetkilere sahiptir. İslam hukukçularının menfaatlere ve menfaatler üzerindeki aynı haklara yaklaşımı budur.

İslam hukukçularının menfaat tasarımlarını ve ayn-menfaat ayrılığını ortaya koyan bir örnek olarak şu örnek dikkate değer: Bir malı kiralayan -yani menfaatlerine malik olanın- o malı kiraya verebileceği genel kabul görmüş bir husustur. Zira kiralayan evin menfaatine malik olmuştur ve menfaat üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir.<sup>216</sup> Kişi aldığı malı satabileceği gibi malik olduğu menfaati de satabilir. Ancak burada bir malı kiralayanın onu o malın sahibine kiraya vermesi dahi mümkün görülmüştür. Buna göre malı kiralayan onu kabzettikten sonra mal sahibine kiraya verebilir.<sup>217</sup> Yine bir malı kiralayan kişiye o mal satılsa ya da hibe edilse kira akdi sona ermez.<sup>218</sup>

#### 4-Menfaatlere Malik Olma Yolları ve Milku'l-menfaa Türleri

Yukarıda belirttiğimiz gibi İslam hukukunda sınırlı ayni haklarla ilgili temel sınıflama ayn-menfaat ayrımı üzerine kurulu olduğundan milku'l-menfaa teriminin kapsamı oldukça geniştir. Bu geniş kapsam içindeki hak türleri kendi içinde ortak özelliklerine göre günümüz hukukundaki gibi intifa hakkı, irtifaklar vb. şekillerde tasnif edilmemiş olup, bu hakların kurulduğu işleme göre (kira, iare vb.) hakkın adı belirlenmektedir. Bu yüzden burada kısaca bu işlemleri tanıtarak bunlarla doğan hakların özelliklerine kısaca temas edeceğiz.

İbn Recep menfaatler üzerindeki milk'i, müebbed ve müebbed olmayan milku'l-menfaa olarak ikiye ayırır. Buna göre müebbet/süresiz milk şu nevilerden meydana gelir: 1-Menfaatlerin vasiyeti, 2-Valıf, 3-Harac arazinin harac karşılığı eski sahiplerinin elinde bırakılması. İkinci tür olan süreyle sınırlı milki ise ikiye ayırır: 1-

<sup>215</sup> Karafi, *Furuk*, I, 331-332.

<sup>216</sup> Bu noktadaki bir takım şartlara az ilerde kira ile kurulan milku'l-menfaa'da değineceğiz.

<sup>217</sup> Bkz. İbn Abidin, *Reddül-muhtar*, VI, 91.

<sup>218</sup> Behuti, *Dekaik*, II, 269.



İcare akdiyle elde edilen menfaatler üzerindeki yetki ve satım akdinde menfaati belirli bir süre için istisna edilmiş mebi üzerindeki yetkiler, 2-Muvakkat olmayan ama akdin taraflarını bağlayıcı da olmayan işlemlerle elde edilen menfaatler. İstiğlal yollu ikta ve ariyet türünde olan işlemler gibi.

Zerkeşi de menfaatlere iki yolla malik olunabileceğini ifade eder: 1- Ayn'a bağlı olarak. Ayn'a (milku'r-rakabe) malik olan kişi o ayna bağlı menfaatlere de malik olur. 2- Tek başına menfaatlerin akde konu olmasıyla. Geçit/memerr hakkının satımı, çatıya bina yapma hakkının satımı ve kira ve menfaatlerin vasiyeti vb. gibi.<sup>219</sup>

Bu açıklamaları da dikkate alarak literatürü incelediğimizde milku'l-menfaa doğuran işlemleri şu şekilde belirleyebiliriz:

1- Kira: Menfaatler üzerindeki milk'in en yaygın türü kira akdiyle kurulur. İslam hukukçuları kira akdinin konusunun menfaat olduğunu kabul ederler.<sup>220</sup> Zira akitle hak kazanılan ve üzerinde tasarruf edilen şey, menfaattir. Eşyalar üzerindeki kiralarda ayn'a ait menfaatler akde konu olurken iş yapma ve hizmet konulu sözleşmelerde ise mevzu, borçlanan kişinin menfaatleridir.

İslam hukukçuları kira akdini milk doğuran bir işlem olarak ele aldıklarından hak sahibinin menfaatler üzerinde, ayn malikinin mülkünde tasarruf ettiği şekilde tasarruf edebileceğini ve bu hakkın herkese karşı ileri sürülebileceğini kabul ederler. Türk hukukunda ise kira akdinde kiralayan kişinin yetkisi aynî nitelikte değerlendirilmez. Bu kişinin yetkisi kira konusu malın akdin gerektirdiği şekilde kendisine teslimi ve kiracının kullanımının engellenmemesini içerir. Dolayısıyla kiracının yetkisi sadece kiraya veren mal sahibine karşı ileri sürülebilir. İslam hukukunda ise kiracının eşyanın menfaatleri üzerinde tasarruf alanı oldukça geniş ve ayn'dan bağımsız olduğu gibi eşya üzerindeki hakkını herkese karşı ileri sürebilir. Yani milku'l-menfaa'daki milk mutlak bir milk olup her bakımdan eşyanın aynı üzerinde gerçekleşen milke benzetilmiştir. Öyleki mülkiyeti intikal ettiren akitlerde olduğu gibi milku'l-menfaada da akdin gereğine aykırı şartlar geçersiz kabul

<sup>219</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, III, 229.

<sup>220</sup> Şafii mezhebi içinde kira akdinin konusunun genel kanaate göre menfaat olduğu ifade edilmişken bir grup kira akdinin konusunun menfaatin kendisinden elde edildiği ayn olduğunu düşünür. Bu gruba göre kira akdi ayn üzerinde onun menfaatlerinden istifade etmek için kurulur. Ayrıca menfaatler ma'dumdur ve akdin mevzuunun mevcut olması gerekir. (Zerkeşi, *Kavaid*, III, 139, Nevevî, *Ravda*, V, 208.) Bundan dolayı kiraya verilmiş bir nesnenin bir başkasına satılması mümkün değildir. Zira bu, ayn üzerinde ikinci bir tasarruf anlamı taşır. (el-Ensari, *Şerhu'l-behce*, III, 310) Şafiilerde hakim kanaat ise bu görüşün aksine kira akdinin konusunun menfaat olduğu ve menfaatlerin mevcut olarak değerlendirildiğidir. Bkz. el-Ensari, *Esne'l-metelib*, III, 310; Nevevî, *Ravda*, V, 208.

edilmiştir. Mesela “kira akdinde kiraya veren kiralayana malın menfaatinden bizzat kendisinin yararlanmasını –yani başkasına devredilmemesini şart koşsa bu durumda şart fasit olup, akit esnasında kabul edilse de bu şarta uymak gerekmez. Zira bu akdin gereğine ters düşen bir şarttır.”<sup>221</sup>

İslam hukukçularının çoğunluğu kira akdinde menfaatin, satım akdindeki eşya gibi belirtilen süre içinde eşyanın malikinden kiracıya bir defada ve doğrudan intikal ettiğini tasarladıklarından kiracı ya da kiraya verenin ölümünü akdin feshi için sebep saymamışlardır. Her iki halde de menfaat üzerindeki milk, kira süresi dolmadıysa varislere intikal eder.<sup>222</sup> Bu konuda Hanefilerin menfaat tasarımı farklı olduğu için görüşleri de bunun tam aksidir.

2-Vasiyet: Milku'l-menfaa kuran işlemlerin ikincisi vasiyettir.<sup>223</sup> Kişi kendine ait bir menfaati, ayn gibi vasiyete konu yapabilir. Böyle bir vasiyetin mutlak, süre belirtmeden ve süreyle sınırlı olarak kurulması caizdir.<sup>224</sup> Bundan dolayı bu menfaatin kiraya verilmesi ve iaresi caizdir.<sup>225</sup> Ayrıca bunun vasiyeti de caizdir. Bu şekilde musa lehin ölümüyle veresesine intikal eder.<sup>226</sup>

Ancak kişinin hayatı boyunca istifadesi üzerine yapılan menfaat vasiyetinde kişinin menfaatten bizzat istifadesi şartı varsa ya da karinelere öyle anlaşılıyorsa, musa leh için menfaatler üzerinde kurulan yetki milk niteliğini yitirir.<sup>227</sup> Bu yetki ibaha karakterlidir. Musa leh öldüğünde hak, mûsinin veresesine geri döner. Süreyle sınırlı olan bir vasiyetin milk doğurduğu halde hayat boyunca kişinin bizzat kullanımını ve istifadesi için yapılan vasiyetin bu şekilde ibaha karakterli görülmesi temel olarak fıkıh doktrinlerinin milk anlayışından kaynaklanır. Zira Şafî mezhebinde milkin dış muhtevastan çok iç muhtevastı önem taşır ve kişinin bu durumda menfaat üzerinde kiraya vererek bedel alma ya da iare gibi bir şekilde tasarruf etme imkanı olmadığından bu hak milk niteliğini yitirmekte ve kişiye özgü bir ibahaya dönüşmektedir.

<sup>221</sup> Behutî, *Keşşafu'l-kına* IV, 15. Hanefilerde de milk niteliğindeki bir hakın naklinde (temlik) kullanıcının değişmesiyle değişen durumlarda şart geçerli, aksi takdirde geçersizdir. Bkz. *Mecelle*, Md. 427, 428. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, I, 705.

<sup>222</sup> Evi bir seneliğine kiralayan kişi süre dolmadan öldüğünde, varisleri evin menfaatine malik olurlar. Rassâ, *Şerhu Hudud*, s. 344-345. Zencânî, *Tahrîcu'l-furû*, 234.

<sup>223</sup> Suyutî, *Eşbah*, s. 326.

<sup>224</sup> Suyutî, *Eşbah*, s. 327.

<sup>225</sup> Hanefilerde ise menfaat vasiyet edilen kişinin kiraya vermesi caiz değildir. Zira bu bedelsiz malik olunan bir menfaatten bedel almak anlamı taşır ki bu konudaki temel ilke olan ‘kişi malik olduğundan fazlasına temlik edemez’ hükmüne aykırıdır. Serahsî, *Mebsum*, XVII, 183.

<sup>226</sup> Suyutî, *Eşbah*, s. 327.

<sup>227</sup> Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtac*, V, 411.

3-Vakıf: Hanefi dışındaki mezhepler genel olarak vakfın kendisine vakfedilen kişi açısından milku'l-menfaa doğurduğu görüşündedir.<sup>228</sup> Bundan dolayı nâzırın izniyle kendisine vakfedilen kişi menfaati kiraya verebilir.<sup>229</sup>

4- İare: İare akdi Hanefilerin çoğunluğuna ve Malikîlere göre milku'l-menfaa doğurmaktadır.<sup>230</sup> Hanbeli ve maliki mezhebine göre ise iare akdi menfaatler üzerinde milk nitelikli bir yetki vermediği halde ibaha ya da milku'l-intifa karakterli bir yetki vermektedir.

İare akdinin doğurduğu yetkinin milk'ul-menfaa, milku'l-intifa ya da ibaha'dan hangisi olduğu konusundaki tartışmalar İslam hukukunda aynı hak teorisinin ve ayn-menfaat ayırımı üzerine kurulan malvarlığı hukuku örgüsünün bazı zayıf yönlerini ortaya koyması bakımından önem arzeder. Bu konuda iareyi milku'l-intifa niteliğinde gören Şafiilerin ve Hanbelilerin görüşlerini bu terimi incelerken ele alacağımızdan burada Hanefi ve Malikilerin konuyla ilgili yaklaşımlarını kısaca analiz edeceğiz.

Malikilere göre iare, menfaatin bedelsiz temlikidir. Buna göre iare alan kişi iarenin konusu olan menfaatlere malik olur. Bunu dilerse iare edebilir, kiraya verebilir.<sup>231</sup> Malikiler iare akdine diğer mezheplerin aksine kural olarak bağlayıcı bir işlem olarak bakıp onu kira akdiyle aynı şartlarda ele alırlar. İare adeta kiranın bedelsiz olan türüdür. Bundan dolayı iare veren akit için bir süre belirlemişse ya da belirli bir işin görülmesi için iare vermişse süre veya iş bitmeden iareden dönemez.<sup>232</sup> Eğer süre belirtilmemiş ise bu durumda adeten böyle bir iare akdinin makul süresi dikkate alınır ve bu süre içinde iare akdi iare veren açısından bağlayıcıdır.<sup>233</sup> Belirtilen süre içerisinde iare alan menfaatlere malik olup onun üzerinde iare ve kira işlemleri yapabilir. Süre bitmeden iare alan ölürse –yine kiradaki gibi- iare akdi sona ermeyip menfaat varislere intikal eder.<sup>234</sup> Malikilerin iare akdini bu şekilde

<sup>228</sup> Suyuti, *Eşbah*, s. 326. Ayrıca bkz., Uleyş, *Fethu'l-alıyyi'l-malik*, II, 251.

<sup>229</sup> Amîra, *Haşiye*, III, 19.

<sup>230</sup> Kasanî, *Bedâi*, VII, 216; *Mecelle*, Md. 812; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, II, 557; Behutî, *Keşşafu'l-kana*, III, 413; Haraşî, *Şerhu Muhtasar*, VII, 120. Adevi, *Haşiye*, II, 274. Rassâ, *Şerhu Hudud*, s. 344.

<sup>231</sup> Bkz. Hattab, *Mevahibu'l-celil*, V, 268-269. İare veren kişinin izin vermemesi (hacr) durumunda ise böyle işlemleri yapamaz. Ali Adevi, *Haşiye*, II, 273.

<sup>232</sup> Haraşî, *Şerhu Muhtasar*, VI, 163; Hattab, *Mevahibu'l-celil*, V, 271.

<sup>233</sup> Haraşî, *Şerhu Muhtasar*, VI, 163; Hattab, *Mevahibu'l-celil*, V, 271. Malikiler yapı yapmak ve ağaç dikmek üzere yapılan iarelerde, iare alanın harcamaları ödenerek iare akdinin malik tarafından sona erdirilmesini mümkün görür. Haraşî, *Şerhu Muhtasar*, VI, 127.

<sup>234</sup> Ali Hafif, *Ahkamu'l-muamelat*, s. 431.

tasarlamalarından dolayı bu akdin hükümünün milku'l-menfaa olarak ifadelendirme noktasında hukuken tutarlı oldukları söylenebilir.

İarenin milku'l-menfaa doğurduğunu söyleyen diğer doktrin olan Hanefiler açısından ise aynı tutarlılığın olduğunu söylemek kolay değildir. Zira Hanefilerde iare bağlayıcı bir işlem olmayıp iare eden dilediği anda iareden dönebilir. İare alanın vefatıyla iare son bulur. İare alanın, menfaat üzerindeki milkinden herhangi bir şekilde bedel alması mümkün değildir.<sup>235</sup> Diğer yandan iare eden kişi açıkça başkasının kullanması konusunda bir izin vermemişse iare alanın bunu iare edebilmesi tartışmalıdır.<sup>236</sup> Bu şekilde iarede hak sahibinin menfaat üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi sadece iare verenin izin vermesi ya da bir görüşe göre bunu açıkça yasaklamaması durumunda malı iare edebilmesi ile sınırlıdır. Dolayısıyla iarede hak sahibinin yetkisinin milk nitelikli olduğunu söylemek zordur. Ancak diğer taraftan eşya üzerinde doğrudan bir yetki veren böyle bir hakkın milku'l-menfaa niteliğinde görülmemesi durumunda Hanefilerdeki tek kavram ibahadır. Oysa ibaha nitelikli bir hakka sahip olan kişinin bu yetkiyi bizzat kendisinin kullanması dışında başka bir seçeneği yoktur. Dolayısıyla iarede en azından iare alınan malın başkasına iare verilebilmesi yani bir tür tasarruf yetkisi kabul edildiğinden bu yetkinin ibaha olarak görülmesi mümkün olmadığından geriye sadece milku'l-menfaa kalmaktadır. İarede menfaatler üzerinde kurulan milk, diğer milku'l-menfaa türlerinden oldukça farklı olsa da Hanefiler bunu bu şekilde kabul etmişlerdir.<sup>237</sup> İare alan kişinin burada menfaatten hiçbir şekilde bedel alamaması, hakkının bağlayıcı olmaması, mal sahibinin her an tasarruf yetkisini elinden alabilmesi ve sınırlayabilmesi vb. hususlar diğer hiçbir milk'te göremeyeceğimiz hususlar olduğu için Hanefilerin bu noktadaki izahları tatminkar olmaktan uzaktır. Diğer taraftan ibaha edilen kişinin bu malı başkasına ibaha etmeye hakkı olmadığı hükümü de bu hakkı ibaha niteliğinden çıkarmaktadır. Zira ibaha bir hukuki tasarruftur ve bu İslam hukukçularına göre ancak milk nitelikli bir yetki ile elde

<sup>235</sup> Bkz. Serahsî. *Mebhut*, XXI, 2; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakaik*, V, 34.

<sup>236</sup> Zeylaî bu konuda iare edemeyeceği, Mergnâni ise edebileceği görüşündedir. *Mecelle* ikinci görüşlü esas almıştır. Bkz. Ali Haydar, *Dürrü'l-hukkam*, II, 581.

<sup>237</sup> Hanefilerden Kerhî ise iarenin ibaha karakterli olduğunu ifade eder. Ona göre iare akdinin gereği, bir maldan faydalanma konusunda ibahadır. (إباحة الانتفاع بملك العون) Serahsî. *Mebhut*, XI, 133. Kerhî şu temel hususları delil getirir: 1- Ariyet ibaha lafzıyla inikat eder. 2- Ariyette süre bildirmek şart değildir. Halbuki süre bildirmeden temlik caiz değildir. 3-Ariyette ariyet verenin, menfaatin kullanılması ile ilgili kayıt ve yasakları ariyet alanı bağlayıcıdır. Oysa kira gibi milk ifade eden işlemlerde genel kural olarak bu kayıtlar bağlayıcı değildir. 4- Ariyet alanın menfaati başkasına iare etmesi caiz değildir. Eğer iare temlik olsa idi malik bulunan kimsenin milke konu olan ayn ya da menfaati başkasına temlik edebilmesi ve kiraya verebilmesi gerekirdi.

edilebilir.<sup>238</sup> Hanefiler iarenin verdiği yetkinin son derece sınırlı ve her an ortadan kalkmaya maruz olmakla birlikte milku'l-menfaa nitelikli görülmesini izah etmekte güçlük çektiklerinden, burada iareyi hibeye benzeterek bir çözüm bulmaya çalışırlar. Buradaki düşünceleri şu şekildedir: Bir aynın bedel karşılığında temlikli satım akdi iken bedelsiz temlikli hibedir. Aynı şekilde bir menfaatin bedel karşılığı temlikli kira olduğuna göre menfaat de ayn gibi bedelsiz temlik edilebilmelidir ki bu da iaredir.<sup>239</sup>

Şafii ve Hanbeli mezhepleri ise iareyi furu hükümleri açısından Hanefilere benzer özellikte görmelerine rağmen bu durumda ne tam bir milk ne de tam bir ibahadan söz edileceği sonucuna varmışlardır. Bu mezheplerde milk ile ibaha karakterli yetkilerin birbirinden ayrıştırılmasında güçlük olduğu birtakım yetkiler için milku'l-intifa kavramı geliştirildiğinden bu noktada iarenin verdiği yetkinin karakteri de milku'l-intifadır. Maliki mezhebi de milkul-intifa niteliğinde bazı yetkileri kabul edip bu terimi kullansa da iareyi yukarıda değindiğimiz şekilde kiraya benzer, güçlü nitelikle yetkiler verdiğinden milku'l-menfaa niteliğinde görmüştür. Hanefiler ise milku'l-intifa terimini yerleşik olarak kullanmadıkları için bu noktada diğer mezheplerden farklıdır ve teorik olarak onlar kadar tutarlı görünmemektedir.

5- İkta: Milku'l-menfaa'nın Şafiilere göre bir türü de iktâ'dır. İktanın menfaatler üzerinde milk nitelikli bir yetki vermediği şeklinde mezhep içinde diğer bir görüş olmakla birlikte<sup>240</sup> yaygın kanaat budur. Devletin bir askere bir araziyi ikta olarak vermesi durumunda askerin onu kiraya verme yetkisi vardır.<sup>241</sup>

6- İrtifak Sözleşmesi: Milku'l-menfaa kuran temel işlemlerden biri de irtifak nitelikli hakların kurulduğu hukuki işlemlerdir. Hanefi mezhebidışındaki mezheplerde mecra hakkı, üst (yapı) hakkı, geçit hakkı vb. irtifakların satım ya da kira akdi lafızlarıyla süreyle sınırlı olmadan kurulması mümkündür. Böyle bir akit konusu menfaat olduğundan satım akdinden çok kira akdine benzerken süre sınırı

<sup>238</sup> Serahsî, *Mebhut*, XI, 133.

<sup>239</sup> Bkz. Serahsî, *Mebhut*, XI, 133, XXV, 7. Hanefiler hibe akdinde hibe edenin vazgeçme yetkisi olduğu halde bunun ayn üzerinde milk doğurduğunu kabul ettikleri gibi, iarede de hakkın lazım olmamasının aynı şekilde hak sahibinin tasarruf mahallini değiştirmedeğini düşünürler. Bunun anlamı iarede de menfaate malik olunabileceğidir. *Mebhut*, XXV, 7. Oysa hibede, hibe edenin hibeden dönebilmesi için pek çok şart ve kayıt varken iarede böyle bir şey yoktur ve akdin sona erdirilmesi muhakkaktır. Hibe tabiatı icabı kural olarak sürekli iken iare bunun tersinedir. Kasanî iareyi milke yakınlaştırmak için farklı izahlar getirmeye çalışır: Ariyet veren, menfaatleri elde etme ve onu kendi adına kullanma noktasında kendi zilyetliği zail olacak şekilde iare alana yetki vermiştir. Bu şekilde bir yetki ayn'larda olduğu gibi ibaha değil temliktir. Bkz. Kasanî, *Bedai*, VI, 215. Kasanî burada iarede hak sahibinin yetkisinin dış muhtevasını da vurgulamaktadır. Ancak iare sahibinin bu yetkisini herkese karşı ileri sürmesi ve hakkın mutlaklığından bahsetmek zordur. İarede ilişki, hak sahibi ile ariyet veren arasındadır.

<sup>240</sup> İbn Hacer, *Fetâva*, III, 189-192.

<sup>241</sup> İbn Hacer, *Fetâva*, III, 189-192.

olmadan kurulabildiği için de daha çok satım akdine benzer.<sup>242</sup> Bu sebeple irtifak kurucu bu tür sözleşmeler bu iki akdin karışımı olan yeni bir akit türüdür ve buna irtifak sözleşmesi adı verilebilir. Bu sözleşmenin dışında akit esnasında şart koşulan vb. diğer yollarla araziye bağlı olarak sahip olunan irtifaklar da milku'l-menfaa niteliğindedir. Bu tür irtifaklarda irtifak sahibinin menfaat üzerinde onu kullanmak ve istifade etmek gibi fiili tasarruflar dışında onu satması ya da kiraya vermesi -çoğu durumda- mümkün değildir. Zira irtifak arazi malikliğine bağlanmış olduğu için irtifakı arazinin malikinden başkasının kullanması zaten fiili olarak imkansızdır. Dolayısıyla üzerinde hukuki tasarrufta bulunma imkanı olmadığından ilk anda bu tür yetkilerin milk nitelikli olmaları tartışılabilir gibi görünse de bu doğru değildir. Zira irtifak sahibi en azından hadim akar malikiyle sulh akdi yaparak irtifakın sona erdirilmesi karşılığında bedel alabilmektedir.<sup>243</sup> Bedel alınabilen bir menfaatin ise milk altında olduğunda kuşku yoktur.

İrtifaklar konusunda Hanefilerin bu haklara yaklaşımının diğer mezhepler kadar açık olmadığını belirtmek gerekir. Diğer mezheplerde irtifaklar açıkça milk nitelikli olarak görülmekte iken<sup>244</sup> Hanefiler irtifaklar için 'hukuk' terimini kullanarak onu milkten ayırırlar. İrtifak hakları, hadim akar üzerindeki mesil vb. bir tesise malik olmayı içermediği durumda milk nitelikli olmayan 'mücerret hak' olarak görülmektedir. Ancak mücerret haktan sulh akdine konu yapılarak bedel alınması mümkün olmadığı halde Hanefiler özellikle hadim akar malikiyle sulh yapılarak bir bedel karşılığında bu hakların sona erdirilmesini kabul ettiklerinden teorik ve kavramsal olarak çelişkiye düşmüşlerdir. Diğer mezheplerin menfaat terimine yaklaşımlarına bağlı olarak irtifaklarla ilgili tavırları da daha net olup irtifaklar standart bir milku'l-menfaa türü olarak kabul edilir.

İslam hukukunda temel milku'l-menfaa tipleri bu işlemlerle doğar. Ancak islam hukukçularının eşya tasarımı ve bunun ayn-menfaat ayırımı üzerine kurulması, yukarıda özellikle irtifak ve iare konusunda belirttiğimiz ciddi bazı sorunları taşıdığı gibi birtakım başka yetkilerin ise milk sınıflaması açısından yerinin tespitini zorlaştırır. Mesela bir eşyanın gelirin (galle) ya da semeresinin vasiyet ya da vakfi durumunda hak sahibinin milk nitelikli hakkının ayn üzerinde mi yoksa menfaat üzerinde mi kurulu olduğu net olarak analiz edilmemiştir. Bu durumda gelir ve semere ayn niteliğinde oldukları halde akde konu olan eşyanın ayn'ından ayrı bir

<sup>242</sup> Nevevî, *Ravda*, IV, 219-220; Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, II, 188.

<sup>243</sup> Bkz., Serahsî, *Mebcut*, XV, 57.

<sup>244</sup> Bkz. Behutî, *Keşşafu'l-kınâ*, III, 413; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muamelat*, s. 40.

varlıkları vardır. Ayrıca menfaatler gibi an be an elde edilmeleri ve bu hakları doğuran hukuki işlem meydana geldikten sonra ortaya çıkmaları sebebiyle menfaate benzerler. Zira bir evin kirası ya da bir bahçenin ürünü vasiyet vb. işlem olduğu anda tıpkı menfaatler gibi mevcut değildir. Diğer yandan asıl eşyanın aynından ayrı, onun bir fer'i olduğu ve asıl şey üzerinde meydana geldiği için de menfaat özelliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu tür yetkiler, ne milku'layn ne de milku'l-menfaa olarak nitelenmeye müsaittir. Bundan dolayı İslam hukukçuları gelir üzerinde kurulan bu tür yetkilerin niteliğini tespit konusunda bir açmaz yaşamışlardır.<sup>245</sup> Bu noktada mezheplerin genellikle kabul ettikleri çözüm galle üzerindeki hakkın milku'l-ayn olarak nitelenmesinin imkansızlığı dolayısıyla bunu milku'l-menfaa olarak nitelemek ve aslında bir ayn olan<sup>246</sup> galleyi menfaat teriminin kapsamına dahil etmektir.<sup>247</sup> Görüldüğü üzere ayn-menfaat ayrımı eşya üzerindeki tüm yetkileri belirleme noktasında yeterli değildir. Bu yetersizlik, az ileride ele alacağımız şekilde ayn ve menfaat dışında 'intifa' kavramının ortaya çıkması ve milku'l-intifa teriminin üretilmesiyle belirli alanlarda giderilmeye çalışılmıştır.<sup>248</sup>

## C- MİLKÜ'L-AYN BİLÂ MENFAA

### 1-Tanım ve Hükümleri

Milku'l-ayn bilâ menfaa, milkin sadece eşyanın ayn denilen maddi yapısı üzerinde olup eşyayı kullanma ve ondan istifade etme yetkisinin (menfaatlerin) tümüyle bir başkasına ait olması durumudur.<sup>249</sup> Buna pozitif hukukta çıplak (kuru) mülkiyet de denir.<sup>250</sup> İslam hukukçuları kuru mülkiyet bağlamında ayn teriminden çok rakabe terimini kullanarak bu hakkı ifade ederler. Buna göre milku'r-rakabe özellikle çıplak mülkiyeti ifade için kullanılan bir terimdir. Bu hak türü aslında özel bir milk türü olmayıp bir mal üzerindeki mülkiyetin, malın menfaatlerine başkasının malik olması dolayısıyla kuru ya da çıplak bir mülkiyete dönüşmesi ve malın malikinin maldan yararlanma imkanının olmamasıdır. Eşyanın aynına malik olan kimsenin o eşyaya ait menfaatler üzerinde bir yetkisi olmayıp bu yetki bütünüyle, menfaatlerin tümüne malik olan kişiye aittir. Milkin bu şekline nisbeten az rastlanır.

<sup>245</sup> Mesela bkz. Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, III, 515-516.

<sup>246</sup> Serahsî, *Mebhut*, XXVII, 183; Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, III, 516.

<sup>247</sup> Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, III, 516; Zuhaylî, *Fıkıh Ansiklopedisi*, X, 193.

<sup>248</sup> Kendi menfaatine malik olmaya benzer bir husus da kendi 'yed'ine malik olmaktır. Bu bağlamda mesela mükatep kölenin ayn'ı, malikin mülkünde kaldığı halde köle kendi yed'ine malik olmuştur. Bundan dolayı efendinin onun üzerinde belirli bazı tasarruflarda bulunması mümkün değildir.

<sup>249</sup> Bkz., Ali Hafif, *Ahkamu'l-muamelat*, s. 40.

<sup>250</sup> Bkz., Akipek, *Eşya Hukuku*, III, 43.

## 2- Kuruluşu

İslam hukukçuları, menfaatlerden tamamen soyutlanmış böyle bir çıplak mülkiyetin özellikle vasiyetlerle ilgili olduğunu belirtirler. Kavaid eserlerinde milk türlerini inceleyen müelliflerden İbn Receb, Suyutî ve İbn Nüceym bu türü, menfaatlerin vasiyeti ile sınırlıyor görmektedir.<sup>251</sup> Buna göre, bir eşyanın menfaatinin bir kimseye rakabesi yani ayn'ının ise diğer bir kimseye vasiyet edilmesi durumunda ayn'a malik olan kişinin hakkı menfaatlerden soyutlanmış bir milku'l-ayndır. Doğrudan milku'r-rakabe kuran işlemler vasiyetin şu iki türüdür.

1- Bir kişinin bir malının menfaatini diğer birine vasiyet etmesi. Bu durumda musa leh aynın menfaatine vasiyetle malik olur. Verese de aynın rakabesine mirasla maliktir. 2- Kişinin terekesinden bir aynın menfaatini birine, rakabesini ise diğer birine vasiyeti.<sup>252</sup>

Bu iki durumda vasiyet eğer süreyle sınırlı ise süre dolduğunda vasiyetin hükmü sona erer ve ayn malikinin çıplak mülkiyeti, normal bir mülkiyete dönüşür.<sup>253</sup> Süre dolmadan musa leh vefat ederse menfaatler Hanefilere göre mirasla intikal etmediğinden vasiyet sona erer.<sup>254</sup> Diğer doktrinlerde ise musa leh'in varislerine intikal eder ve süre doluncaya kadar onlar maldan istifade ederler. Süreyle sınırlı olmayıp musa leh'in hayatı boyu devam şartıyla yapılan vasiyetlerde ise musa leh'in ölümü durumunda menfaat ayn malikine geri döner.

İslam hukukçuları menfaatlerin süresiz olarak vasiyet edilebileceğini de kabul etmişlerdir.<sup>255</sup> Ancak bu tür bir vasiyetin hukuki niteliği net olarak ortaya konulamamıştır. Menfaatlerin süresiz olarak vasiyet edilebilmesi durumunda, ayn'a sahip olan kişinin bu çıplak mülkiyetinin hukuken ne anlama geldiği konusu üzerinde fikir ileri süren müelliflerden İbn Teymiye süresiz vasiyet edilen köle ve hayvanın menfaatlerinin varisler açısından milk bırakmadığını düşünür. "Köle ve binitin menfaati süreyle sınırlı olmadan vasiyet edildiğinde vereseye intifa edeceği bir şey kalmamış demektir ve bu yüzden bunun onlar için miras olarak nitelenmesi yani mirastan sayılması mümkün değildir. Zira menfaatlerinden tecrit edilmiş bir rakabede fayda yoktur. Aksine bu vasiyetin cevazıyla ortaya çıkan, salt bir zarardır. Allah vasiyetin cevazı için karşılıklı zarar vermemeyi şart kılmıştır. Vasiyet eden, bütün menfaatlerin musa leh'e verilmesini kastetmişse bu rakabenin vasiyeti

<sup>251</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 196; Zerkâ, *Medhal*, I, 259.

<sup>252</sup> Bkz. Behutî, *Keşşafu'l-kanâ*, IV, 376; Zerkeşî, *Kavaid*, III, 230.

<sup>253</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 196. İbn Nüceym, *Eşbah*, s. 351.

<sup>254</sup> Kasânî, *Bedai*, VII, 386; İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, VIII, 516.

<sup>255</sup> Suyuti, *Eşbah*, s. 327. Nevevî, *Ravda*, VI, 117.



anlamını taşır. Bu yüzden bunun vereseyle miras olarak kaldığı düşünülmez, bu mirastan sayılmaz. Böyle bir durumda rakabesi de başka birine vasiyet edilemez. Eğer bununla rakabenin veresinin elinde devamlı kalmasını ya da bir başkasına vasiyetini kastetmişse vasiyet batıl olur. Zira bir şeyin tüm menfaatlerinin bir şahsın olması ve rakabenin ise başkasına ait olması durumunda iki durumdan birini tercih etmek imkansız olacağı için bu işlem batıl olur. Eğer bir vakitte rakabeyi birine, başka bir zamanda ise menfaatleri diğerine vasiyet etse, bu bir aynın aynı anda iki kişiye vasiyet edilmesi gibidir.<sup>256</sup> İbn Teymiye köle ve biniti açısından bunu ileri sürse de evin süknasının vasiyetinde böyle bir durumun olmadığını söyler. Buna göre süknanın vasiyetinde tüm menfaatlerin geri dönüşsüz bir şekilde musa leh'e ait olduğu düşünülemez. Zira bu özel bir menfaat türünün vasiyetidir ve ayrıca musa leh'in ölümüyle ya da evin harab olmasıyla sona erecek ve milk burada vereseyle dönecektir.<sup>257</sup> Hayattayken sükna konulu milku'l-menfaa gibi.<sup>258</sup>

Menfaatlerin ebedî olarak vasiyetinde rakabe üzerindeki çıplak mülkiyetin çoğu durumda hiçbir anlamının olmaması Şafii mezhebinde de tam olarak açıklanamamış bir konudur. İbn Abdusselam böyle bir çıplak mülkiyetin ne anlama geldiğini uzunca bir süre tam olarak çözümleyemediğini ifade eder. Sonunda böyle bir evin arazisinde maden çıkması durumunda bunun bir fonksiyonunun olacağını ve madenin rakabe malikine ait olacağını belirterek süresiz menfaat vasiyetlerinde rakabe ellerinde kalanların bu çıplak mülkiyetinin tamamen anlamsız bir mülkiyet olmadığı sonucuna varır.<sup>259</sup> Ancak bazı İslam hukukçuları bu noktada genellikle rakabe malikinin, vasiyet konusu köle ise onu azat edebilmesi<sup>260</sup> ve –yalnızca- musa leh'e satabilmesini<sup>261</sup> çıplak mülkiyetin varlığı ve fonksiyonu olması bakımından yeterli görmüşlerdir.<sup>262</sup>

<sup>256</sup> İbn Teymiye burada tüm menfaatlerin birlikte temlikinin aslında bir ayn'ın temliki olduğu fikrini savunarak ayn-menfaat ayırımının bu kadar katı uygulanmasına karşı çıkmış olmaktadır. Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 196.

<sup>257</sup> Zira burada vasiyet şahsa bağlı olup musa leh'in veresesine intikale elverişli değildir.

<sup>258</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 196.

<sup>259</sup> Bkz. Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, IV, 103.

<sup>260</sup> Böyle bir köleyi azad ettiğinde, Hanefilerde ona hizmet edecek birini satın alır ki bunun bir anlamı kalmaz. İbn Nuceym, *Eşbah*, III, 474-475.

<sup>261</sup> Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, IV, 103.

<sup>262</sup> Şafiilerde ise mesela menfaati ebedi olarak başkasına vasiyet edilen kölenin menfaatleri üzerinde varisin hiçbir hakkı yoktur. Ancak kölenin nafaka ve meunesi varise aittir. Öyle ki verese bu köleyi musa leh'den başkasına satamaz, ancak doğrudan azat edebilir. Kitabet ve keffaret karşılığında azad edemez. Eğer köle hamile kalamayacak durumda ise onunla ilişkiye girebilir. Aksi takdirde giremez. Zira hamile kalma ihtimali varsa bu durumda musa leh'in menfaatlerinin son bulma riski olduğu için buna müsaade edilmez. Diğer taraftan cinsel istifade (bud' menfaati) vasiyetle musa leh'e bırakılan menfaatten farklı olduğu için ayn malik bu yetkiyi elinde tutmaktadır. Ancak bütün bu hükümlerde mezhep içinde ihtilaf vardır. Suyutî, *el-Eşbah*, s. 326.

İslam hukukçularının bu noktada çıplak mülkiyeti anlamlandırmakta güçlük çekmeleri ve endişeleri temelde haklı bir sebebe dayanmaktadır. Gerçekten de ayn ile menfaatin birbirinden bu kadar ayrı varlıklar olarak algılanması ve adeta menfaatler üzerindeki vasiyetlerin ayn ile hiçbir ilgisi yokmuş gibi düşünülmesi gerçekte tam olarak uyuşmaz. Zira menfaatler rakabenin kullanımı ve ondan istifade etmek anlamına geldiği için menfaate malik olan kişi ayn maliki gibi onu elinde bulundurmakta ve tümüyle kendi malıymış gibi rakabe malikinin onunla ilgili kullanımını ve istifadesini engelleyebilmektedir. Bu durumda rakabe tüm menfaatlerinden soyutlandığında adeta rakabe maliki açısından varlığını yitirmektedir.

Görüldüğü gibi menfaatlerin tümünün süresiz olarak vasiyetinde çoğu durumda ayn malikinin elinde kalan hak menfaatlerinden bütünüyle yalıtıldığından ve tekrar geri gelme imkanı bulunmadığından bunun çıplak mülkiyet olarak adlandırılması bir anlam ifade etmemektedir.<sup>263</sup>

İslam hukukçuları menfaatlerinden bütünüyle soyutlanmış bir milk'i özellikle vasiyet ile ilgili görmektedirler. Zira bir eşyanın menfaatlerini bütünüyle aynından ayırmak yalnızca vasiyetlerde söz konusudur.<sup>264</sup> Çıplak mülkiyet, menfaat üzerindeki milk nitelikli yetkilerin başkasına devredilmesi ile mal üzerinde geriye kalan hakkın adı olduğu için milku'l-menfaa kuran hukuki işlemleri incelediğimizde menfaatlerin tümünün ayn'dan soyutlandığı en temel örneğin vasiyet olduğu görülür. Bundan dolayı vasiyet, sınırlı ayni hakların kurulması açısından prototip bir hukuki işlemidir. Diğer milk'ul-menfaa kurucu işlemlerden mesela kira akdinde, mal ile ilgili kullanım ve yararlanma hakkını başkasına kiraya veren kimse her zaman bütün menfaatleri elinden çıkarmış olmaz. Diğer yandan bir evin kiraya verilmesi durumunda olduğu gibi ayn malikinin yetkileri zaman zaman çıplak mülkiyet oluncaya kadar gerilese de evin maliki menfaatleri kiracıya vermiş olmakla birlikte burada eve ait menfaatlerin gelirene, kira bedeline maliktir.<sup>265</sup> Kira (galle) ise menfaatin bedeli olduğundan bedel burada menfaat yerinde düşünülür. Yukarıda da belirtildiği gibi en geniş anlamıyla menfaatin, galle'yi de içine alan bir terim olduğu düşünüldüğünden İslam hukukçuları bu durumda mesela sükna için evini kiraya verenin ev üzerindeki

<sup>263</sup> Bundan dolayı ebedî vasiyetler vakıf hükmünde görülmüştür.

<sup>264</sup> Zerkeşî, *Kavaid*, III, 231.

<sup>265</sup> Abbadi ise vasiyet ile ilgili bu iki yolun yalnızca doğrudan çıplak mülkiyet kuran yollar olduğunu bunun dışında milku'l-menfaa doğuran diğer yollarla da bunun kurulabileceğini söylese de (Abbadi, *el-Milkiyye*, I, 236) bu düşünce İslam hukukçularının bakışını ve terimleri kullanımını doğru olarak yansıtmaz. Zira ayn malikinin tüm menfaatlerden hiçbir şekilde istifade edemediği tek örnek sadece vasiyettir.

yetkisini çıplak mülkiyet (milku'r-rakabe) diye adlandırmazlar. Ancak bu noktada menfaat üzerinde hem ayn malikinin hem de menfaat malikinin birlikte milk nitelikli hakları olduğunu ileri sürmek durumunda kalınmaktadır ki bu durum ayn-menfaat ayrımının bir açmazıdır. Burada kiralayan kişinin mesela ev üzerindeki yetkisi milku'l-menfaadır. Evin sahibinin yetkisi ise salt çıplak bir mülkiyet değildir. Zira menfaatin gelirini elde etmektedir. Gelir de menfaatin geniş kapsamı içinde düşünüldüğünden onun üzerindeki milk de bir tür milku'l-menfaa olacaktır.

Diğer işlemler olan irtifaklarda, mesela geçit hakkı olan kişinin arazi üzerindeki yetkisi milku'l-menfaadır. Ancak burada menfaatin kapsamı belirli ve dardır. Bu yüzden arazi sahibinin arazi üzerindeki yetkisi bütünüyle çıplak bir mülkiyet olarak nitelenmekten çok, geçit hakkı sahibinin araziye bu amaç için kullanmasına müsaade etmek yükümlülüğünden ibarettir. Ancak arazi malikinin mülkiyeti burada çıplak mülkiyete dönüşecek kadar gerilememiştir ve onun da kendi arazisinden istifade etmesi mümkündür. İrtifak sahibinin haklarını engellemeyecek şekilde arazisini istediği gibi kullanabileceğinden arazi sahibinin yetkisine salt "milku'r-rakabe" demek tam olarak doğru değildir.

İlk planda çıplak mülkiyet ile benzerlik arzeden vakıfta ise, vakfedilen nesnenin rakabe mülkiyeti Ebu Hanife'ye ve Malikilere göre vakfedenin mülkiyetinde kaldığından burada da çıplak mülkiyetten bahsedilebilir. İmameyn'e ve Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre vakfedilen eşyanın ayn'ı Allah'ın mülküne geri dönmekte olduğu<sup>266</sup> için burada vakfedenin çıplak mülkiyetinden bahsedilmez.

#### D- MİLKU'L-İNTİFAİ'L-MÜCERRED

##### 1- Tanımı ve Milku'l-Menfaa İle İlişkisi

İslam hukukçuları eşyayı ayn ve menfaat şeklinde birbirinden müstakil iki parçadan oluşur şekilde tasavvur etmekle birlikte eşya üzerindeki bazı kullanım ve istifade şekillerini sadece 'menfaat' teriminden hareketle izah etmekte zorlanırlar. Zira milku'l-menfaa, bir nesnenin aynından kopuk olarak menfaatine malik olmayı ifade etmekte ve hak sahibi bu menfaat üzerinde –kural olarak- ayn maliki gibi tasarrufta bulunabilmektedir. Ancak hak sahibinin yetkileri bu derece güçlü olmadığı ve menfaat üzerinde faydalanma (fiili tasarruf) dışında hukuki tasarruflarda bulunamadığı durumlar da söz konusudur. İslam hukukçuları bir ayn ya da menfaat üzerinde fiili tasarrufların yanında hukuki tasarruflarda bulunma yetkisinin olmadığı

<sup>266</sup> Bkz. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 204.

durumda orada ayn ya da menfaat üzerinde milk nitelikli bir yetkinin olmadığını düşünmektedirler. Ancak bazı hallerde özellikle eşya üzerindeki faydalanma yetkisi onu kullananın şahsına sıkı sıkıya bağlıdır ve hak sahibinin bu yetkisini hukuki işlemlere konu yapması mümkün değildir. İslam hukukçuları bu durumdaki hak sahibinin faydalanma yetkisini 'menfaat' üzerinde kurulu bir milk olarak değerlendirmezler. Zira eğer bu yetki menfaat üzerinde kurulu bir milk olsa idi bu durumda tanım gereği kişinin menfaat üzerinde hukuki işlemler yapabilmesi gerekirdi. Hak sahibinin buradaki yetkisi ayn üzerindeki milk gibi de değildir. İşte İslam hukukçuları böyle bir bağlamda hakkın menfaat ya da ayn üzerinde kurulu olmadığını belirterek hak sahibinin yetkisinin 'eşyanın ayn'ından salt intifa' yetkisi olduğunu belirtirler. Burada hakkın menfaat değil de intifa üzerinde kurulu olmasının anlamı, eşyadan istifade etme hakkına sahip olan kişinin bu yetkisini hukuki tasarruflara konu etmesinin mümkün olmaması dolayısıyla bu yetkinin menfaatler üzerinde kurulu bir milk olarak adlandırılma imkanının kalmamasıdır.

Milku'l-intifa terimi Hanefi dışındaki doktrinlerde kullanılır. Hanefiler bu terimi kabul eden diğer mezheplerin bunu ibaha kavramına yaklaştırdığını belirterek milku'l-menfaa'dan ayrı böyle bir milk türünü kabul etmez. Hanbelî, Malikî ve Şafî doktrinlerinde ise milku'l-intifa kavramı yaygın olarak kullanılır ve dördüncü bir milk türü olarak kabul edilir. Ancak bu terimin hukuki niteliğinin diğer milk türleri kadar net olarak ortaya konulduğunu söylemek zordur.

Genellikle kabul edilen tanıma göre milku'l-intifâ, hak sahibinin bir eşyanın menfaatlerine bizzat ve sadece kendisi intifa etmek üzere malik olmasıdır.<sup>267</sup> Bundan dolayı bu menfaat üzerinde bizzat istifadenin dışında hiçbir hukuki tasarrufta bulunamaz. Ariyet olarak dahi başkasına veremez. Böyle bir amaçla başkasının istifadesi için hakkı ona devretmek istediğinde bu hakkın ıskatı anlamına gelir.<sup>268</sup>

Tanımlara göre milku'l-intifa, milku'l-menfaa'nın özel ve ondan farklılaşmış bir türü olarak algılanmaktadır. Gerçekten de her iki hakkın hak sahibinin fiili tasarrufları, yani eşya üzerindeki yararlanma yetkileri bakımından benzerliği vardır. Aradaki temel fark, hak sahibinin eşya üzerindeki hukuki tasarruflarıdır. Bunda dolayı İslam hukukçuları milku'l-intifa nitelikli hakları incelerken bunun milku'l-menfaa ile olan ilişkisini ve aralarındaki farkları ortaya koymaya çalışmaktadır.<sup>269</sup> Buna göre bu iki milk türü arasındaki fark şudur: Milku'l-intifa'da hak sahibinin

<sup>267</sup> Haraşi, *Şerhu Muhtasar*, VI, 122;

<sup>268</sup> Ali el-Adevî, *Haşiye*, VI, 38.

<sup>269</sup> Karafî ve İbn Kayyım bu konuyu özel bir başlıkta ele alır. Bkz. Karafî, *el-Furuk*, I, 331. İbn Kayyım, *Bedaiu'l-fevaid*, I, 4.

belirli bir sıfat sahibi olması özelliği ile bizzat kendisi dikkate alınır. Başka bir ifadeyle hak, sahibine sıkı sıkıya bağlıdır. İmam, hatip, müderris, öğrenci vb. olması dolayısıyla kendilerine vakıf yapılanlar gibi. Milku'l-menfaa'da ise hak sahibi kişiye bağlı olmaksızın menfaat üzerinde kurulan bir hak söz konusudur. Bu menfaati belirli bir kişinin bizzat kendisinin kullanması şartı olmadığından, hak sahibi, menfaatler üzerinde hukuki tasarrufta da bulunabilir. Dilerse onu başkasına bedel karşılığı devreder, dilerse yine bedel karşılığı hakkından vazgeçebilir. İntifa maliki bu intifadan başkasını faydalandırmak isterse hakkı düşer; başkası ehil olduğu anda onu elde eder.<sup>270</sup> Bu hak mirasla da başkasına intikal etmez.

Milku'l-intifa sahibinin hakkını hiçbir hukuki tasarrufa konu yapması mümkün olmadığı için islam hukukçuları bu noktada malikin tasarruf görüntüsü veren her türlü fiiline sınırlama getirmişlerdir. Mesela Malikilerde konuklara ikramın milku'l-intifa olduğu kabul edildiğinden konuğun yemeği hiç kimseye ibahaya yetkili olmadığı belirtilmiş ve hatta kediye bir iki lokma yedirip yediremeyeceği dahi tartışılmıştır. Zira bu noktada kediye yedirme örneği kişinin yemek üzerinde ibaha yollu bir tasarrufta bulunması anlamına gelir ki buna malik değildir.<sup>271</sup>

## 2- Kavramın Tahli:

İslam hukukçuları eşya üzerinde doğrudan fiili tasarruf gücü veren yetkileri temel olarak ibaha ve milk şeklinde kesin çizgilerle ikiye ayırmaktadırlar. Milk kavramı eşya üzerinde en güçlü yetkileri vermekte ve mülkiyet (milku'l-ayn ve'l-menfaa) türünde ise kapsamı en geniş sınırlarına ulaşmaktadır. İbaha ise inhisar, mutlaklık vb. milkin temel niteliklerinden yoksun yetkiler olduğu için genellikle milkten kolaylıkla ayırt edilebilecek yetkileri kapsadığı halde bazı durumlarda bu iki kavram birbirine yakınlaşmıştır. İşte milku'l-intifa adeta bu iki terimin karışımı bir kavram niteliğindedir. Özellikle iare akdinin hükmü konusunda Şafii ve Hanbeli kaynaklarda ortaya konulan görüşlerde bu akdin hükmü milku'l-intifa, ibahatu'l-menfaa ve ibahatu'l-intifa terimleriyle ifade edilerek bu terimler adeta eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. İslam hukukçularının hukuki faaliyetlerinde ibaha ile milk

<sup>270</sup> Uleyş, *Fethu'l-aliyyi'l-malik*, II, 251. Ali Adevi, *Haşiye*, VI, 122; Karafi, *el-Furuk*, I,187; İbn Kayyim, *Bedaiu'l-fevaid*, I,3-4; İbn Receb, *Kavaid*, s.208.

<sup>271</sup> Bu tartışma özellikle Maliki metinlerinde görülür. Bkz. *Mevahibu'l-celil*, IV, 5-6. Malikilerde bu noktada bazı fiillerin hukuki tasarruf anlamı taşımadığı kabul edilerek bu noktadaki sıkıntı hafifletilmiştir. Buna göre adetin belirlediği şekilde kediye ya da dilenciye bir iki lokma verilmesi bir ibaha ve tasarruf değildir. Zira bu önemsiz ve kısa sürelidir. Bkz. Haraşi, *Şerhu Muhtasar*, VI, 121. Eğer burada milkin intifa üzerinde olduğu anlaşılırsa bu durumda malik dışındakilerin bu menfaatten kısa ve önemsiz bir süre istifadeleri istisna edilir. Yani buna imkanları vardır. (Haraşi, *Şerhu Muhtasar*, VI,121.

terimlerini birbirinden ayırmak için büyük bir emek harcadıktan sonra burada bu iki terimi birbirine bu kadar yaklaştırmaları kolayca anlaşılabilir bir durum değildir. Milkü'l-menfaanın mülkiyet hakkı ile aynı nitelik ve güçte bir yetki verdiği açıkça ifade edildiği halde milkü'l-intifa'nın daha zayıf bir hak olduğu dile getirilir.<sup>272</sup> İbn Nüceym, milkü'l-intifa kavramını ibaha niteliğinde değerlendirdiklerini ifade eder<sup>273</sup>.

Gerçekten de milku'l-intifa kavramı bazı durumlarda ibaha kavramına oldukça yakınlaşmaktadır. Ancak terimler üzerinde daha dikkatli düşünüldüğünde yine de salt ibaha denilen ve hiçbir şekilde inhisar (ihtisas) içermeyen ibaha ile burada bahsi geçen, özellikle iare akdi bağlamında bahsedilen ibaha arasında bazı farklar olduğu görülmektedir. Bunları şu şekilde tespit edebiliriz:

1-Doğrudan belirli bir şahsın inhisarında olmayan yetkilerde salt ibahadan bahsedilir. Hanbeli mezhebinde konuğa ikram bu şekilde 'salt ibaha (el-ibahatu'l-mahda)<sup>274</sup> olarak görülmüş ve bununla milku'l-intifa da dahil olmak üzere milki'in hiçbir çeşidinin gerçekleşmeyeceği belirtilmiştir. Yine tüm insanların ortaklaşa kullandıkları cadde vb. üzerinde kimsenin normal şartlarda diğer insanlardan farklı bir yetkisi yoktur. Bu durumlarda akdi bir ilişki de söz konusu olmadığından insanlar salt ibaha nitelikli bir yetkiyi kullanmaktadırlar. Ancak iare akdinde ise hem 'menfaatin ibahası' hem de aynı anlama gelmek üzere milku'l-intifa denilse de iare bir akit olmakla salt ibahadan farklılaşmaktadır. Bundan dolayı salt ibahada, ibahanın kabulüne gerek olmadığı gibi, kişinin bunu kabul etmediğini belirtmesinin de bir sonucu yoktur. Kabul etmediğini belirttikten sonra da kişi ibahadan istifade edebilir. Ancak ariyet akdinde bunu yapamaz. Ariyeti reddettiğini bildirdikten sonra artık o malı kullanması 'mubah' olmaktan çıkar.<sup>275</sup>

2-Salt ibahada faydalanacak kişiyi ve kişinin ibahadan faydalanma şeklini belirtmeye lüzum olmadığı halde iare akdinde bu gereklidir. Eğer kişi bunu belirtmeden ibaha ederse bu salt ibaha olur, iare olmaz. Dolayısıyla salt ibahada milkin hiçbir türü söz konusu değildir.<sup>276</sup>

3- İare bir akit olduğu için salt ibahadan ikinci bir farkla istifade edecek kişinin, menfaatten naibi yoluyla istifade edebilmesidir.<sup>277</sup>

<sup>272</sup> Karafi, *Furuk*, I,187.

<sup>273</sup> İbn Nüceym, *Eşbah*, s.417

<sup>274</sup> İbn Receb *Kavaid*, s.197.

<sup>275</sup> Bkz. Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, V, 411.

<sup>276</sup> Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, V, 411.

<sup>277</sup> Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 314; Ensarî, *Şerhu'l-behce*, III, 232.

İslam hukukçuları iare akdinin hükmünün milku'l-intifa olduğunu ve bunun salt ibahadan farklı milk nitelikli bir yetki olduğunu söylerken dayandıkları temel hususlar bunlar olmakla birlikte burada bir noktanın altı daha net çizilmelidir. O da milku'l-intifanın belki de en zayıf şekli olan iare akdinde bile söz konusu istifade yetkisinin bir dereceye kadar hak sahibi kişinin inhisarında olması ve diğer bütün insanlardan ayrı olarak bu konuda yetkili ve hak sahibi olmasıdır. İşte iarede ve milku'l-intifada olan ve onu milk yapan özellik de budur. Diğer milku'l-intifa çeşitlerinde ise bu inhisar özelliği daha net görülür. Öyleki Ali el-Adevi, vakıf medrese odalarında kalma haklarının milku'l-intifa olduğunu belirttikten sonra eğer bir odada birden çok kişi kalıyorsa burada milkten bahsedilemeyeceğini belirtmektedir ki bu husus da ibaha ile milk arasındaki temel farkın inhisar ve ihtisas olduğunu göstermektedir.<sup>278</sup> İslam hukukçuları bu milk türünü, milkin en alt türü olarak adlandırırılar.

### 3-Milku'l-intifa Türleri

Milku'l-intifa kavramı sanıldığığının aksine birçok hukuki yetkiyi içine alan geniş kapsamlı bir haktır. Kavaid alanında eser veren müelliflerin belli başlıları bu hakkın türlerini belirlemeye çalışmıştır. Buna göre milku'l-intifa şu hak tiplerinden oluşur.

1-Ariyet alanın (müsteir) milki. Şafii ve Hanbeli mezheplerinde<sup>279</sup> ariyet alanın menfaate malik olmayıp intifaya malik olduğu kabul edilir. Bundan dolayı iarenin menfaatin ibahası, intifanın ibahası vb. olduğundan bahsedilir. Zira ibaha terimi zaten hukuki ilişkilere konu olabilecek bir yetkiyi ifade etmez. Ortada söz konusu olan menfaatlerdir. İslam hukukçuları, bir kişiye bir malı bedelsiz temlik etmeye ibaha yerine hibe dedikleri gibi menfaatlerle ilgili olarak da menfaat üzerinde milk nitelikli yetkiler için menfaatin hibesi terimini kullanabilmektedirler. Bundan dolayı da menfaatlerin ibahası terimi menfaatler üzerinde milk nitelikli bir yetkiyi ifadelendirmez. Ancak bazı Hanbeliler iareye menfaatlerin hibesi diyerek onun milku'l-menfaa doğurduğunu belirtir. Bazı metinlerde bu görüş diğerine üstün tutulmuştur.<sup>280</sup> Bu görüşe göre ariyet alan onu başkasına iare edebilmekte ve bu şekilde milk ve ibaha kavramlarının birbirine bu kadar yaklaşması engellenmektedir.

<sup>278</sup> Bkz. Ali el-Adevi, *Haşiye*, VI, 38

<sup>279</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 197; Suyuti, *el-Eşbah*, s. 327; Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, V, 411. Malikilerde ise iarenin menfaat üzerinde milk meydana getirdiğini belirtmiştik.

<sup>280</sup> Merdavi, *İnsaf*, VI, 104. Hatta bazı bilginler bu yüzden iarenin bağlayıcılığı konusunda Maliki mezhebinin görüşüne yakınlaşmıştır.

Aynı durum Şafiiler için de geçerlidir. Zira ibaha ve milk kavramlarının birbirine en çok yaklaştığı yerlerden birisi iare akdidir.

2-Nikah akdi. Nikah akdinin hükmünün ne olduğunu doktrinler menfaat ve intifa kavramlarından hareketle belirlemişlerdir. Hanbelilerde nikah akdinin konusu bazen milk, bazen de ibaha olarak ifade edilir. Milk olduğunu ifade edenler de bunu bazen nikah akdine dayalı olarak evlilik içinde cinsel istifade konusunda menfaatlere malik olmak (milku menfaati'l bud') bazen de aynı konuda intifaya malik olmak (milku intifai'l-bud') terimiyle ifade eder.<sup>281</sup> Malikilerde nikahın hükmü milku'l-intifa şeklinde terimleşmiş olup milku'l-menfaa değildir. Zira burada menfaat üzerinde yetkisi olan kişi bu menfaatten bizzat kendisi istifade eder, bir başkasını ondan istifade ettirmesi ya da ona imkan verme hakkı yoktur. Şafiilerde de aynı şey geçerlidir. Hanefi mezhebinde milku'l-intifa terimi olmadığından nikah akdiyle kocanın elde ettiği yetki daha farklı bir terimle ifade edilir ki bunu az ilerde diğer milk türlerinde ele alacağız.

3-Malikilerde bir kişinin iskanı için vakıf yapılırsa ve bunun üzerine bir ilavede bulunulmasa lafzın zahiri vâkıfın mevkuuf aleyh'e sadece sükna yollu bir intifayı temlik ettiği, menfaati temlik etmediği yönündedir. İlim talebesinin kaldığı medrese odalarının vakfı böyledir.<sup>282</sup> Ayrıca medrese, rıbat (kaleler ve ordunun sınır koruduğu yerlerdeki) ve zaviye odalarının sükna hakları, pazar, cami ve mescitlerde oturulan yerler, hac ibadetinin menasikinden olan yerler üzerindeki yetkiler (sa'y ve tavaf yerleri gibi) böyledir.<sup>283</sup>

4-Hanbelilerde devlet tarafından pazar yerleri, umumî yollar vb. bir yerde ticaret yapabilmesi için bir şahsa ikta yoluyla izin verilmesi de,<sup>284</sup> o şahıs adına milku'l-intifa nitelikli bir yetki doğurur. İkta verilen kişi ondan faydalanmaktan başka bir şeye malik değildir.<sup>285</sup>

<sup>281</sup> Hanbelilerde diğer bir görüşte bunun milk olmayıp 'helallik' olduğu da söylenmiştir. Bundan dolayı zevcenin milki olmadığı halde onun da 'faydalanması: istimta' söz konusudur. Zira istimta milke bağlı olsaydı zevcenin istimta'ı olmaması gerekirdi. İbn Teymiye'nin de savunduğu başka bir görüş ise nikahın konusunun muavaza akdi olmayıp 'müşareket:ortaklık-birliktelik' olduğunu söyler. İbn Receb, *Kavaid*, s. 197.

<sup>282</sup> Ali Adevi, *Haşiye*, VI, 121. Şafiilerde de hüküm böyledir. *Tuhfetu'l-muhtac*, V, 401. *Muğni'l-muhtac*, III, 314-315. Ancak Şafiilerde bu yetki ilerde ele alacağımız hakku'l-ihstias terimiyle de ifade edilir.

<sup>283</sup> Karafi, *Furuk*, I, 332-334. Haraşi, *Şerhu Muhtasar*, VI, 121-122. Bu yetkiler Hanbeli ve Şafiilerde milk nitelikli görülmeyip ihtisas olarak değerlendirilir.

<sup>284</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 197.

<sup>285</sup> Suyutî, *Eşbah*, s. 326.



5- Hanbeli mezhebine göre daru'l-harpte üzerinde ziyetlik kurulmadan önce yiyecek maddeleri üzerindeki yetki de bu kabildendir. Bundan dolayı ganimete hak kazananlar ihtiyaç miktarınca ondan yiyebilir.<sup>286</sup>

6- Malikilerde İkrâm: İslam hukukçuları genellikle ziyafet ve ikram konusunu teknik ve sorunlu bir hukuki problem olarak ele almaktadırlar. Bu durum ilk bakışta şaşırtıcıdır. Zira ikramlarda genellikle kişi tanıdıklarını çağırır ve hukukun bu tip durumlar için fıkıh kitaplarındaki gibi ziyafetteki ikram mantığının dışına taşan ve katı olarak nitelenebilecek birtakım kurallar koymasının sebebi ilk planda kolay kavranabilecek bir husus değildir. Ayrıca ikram konusu beklenildiği gibi fıkıhın 'ibadetler' bölümünde değil de salt muamelat konularıyla birlikte ele alınmıştır. Zira tüm bunların temel bir nedeni vardır. Bu da ikram ve ziyafetin fıkıhta mezheplerin yerleşik milk tanımları ve sınıflamaları açısından sorunlu bir konu olması ve doktrinlerin muamelat konularında benimsedikleri teorilerden hareketle ziyafet konusunu çözüme kavuşturmakta zorlanmalarıdır. Diğer taraftan özellikle yemin kefaretinin karşılığında yemek yedirilmesi ve bu yemeğin bazı doktrinlerde temlik yoluyla yedirilmesinin şart koşulması bu noktadaki tartışmaları alevlendirmiştir.<sup>287</sup>

Hanbeli mezhebine göre konuğun, ikram edenin yemeğinden yemesi durumu, salt ibahadır. İkrâm ile mezhepte meşhur görüşe göre hiçbir şekilde milk meydana gelmez. Bundan dolayı Hanbelilerde sahih olan görüşe göre keffaretlerde ziyafet şeklinde toplu yemek yedirmek yeterli değildir.<sup>288</sup> Malikilerde bu konuda ihtilaf vardır. Karafî ziyafetin ibaha olduğunu ileri sürerken İbn Şat ise bunun milku'l-intifa olduğunu söyler.

7- Karafî ıvazsız vekalet akdinde kişinin vekilden bizzat istifadesi imkanının vekilin menfaatine malik olma anlamı taşımayıp milku'l-intifa anlamına geldiğini belirtir. Yine mudarebede sermaye sahibi, âmilin menfaatine değil intifana malik olmuştur.

8-Fina: Kişinin, evinin avlusu üzerindeki hakkının mahiyeti Malikilerde tartışılmış ve bunun milku'l-menfaa değil de Milku'l-intifa olduğu kabul edilmiştir.<sup>289</sup>

<sup>286</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 197.

<sup>287</sup> Bkz., Kasanî, *Bedâi*, V, 105-107.

<sup>288</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 197.

<sup>289</sup> Hattab, *Mevahibu'l-celil*, V, 158. Çünkü fina yol hükmünde olduğu için özel mülkiyete konu olamaz. Sahiplerinin onunla intifa yetkisi vardır.

9-Kanundan doğar bazı irtifaklar. Hanbelilerde komşuluk ilişkisinde komşusunun ihtiyacı olduğunda ve başka bir seçeneğin de bulunmadığı durumlarda bazı irtifak hakları sözleşme olmaksızın doğrudan kanundan doğmaktadır. Komşusunun duvarına, inşa edilen binanın kırımlarını koymak ve komşu evin arazisini geçit olarak kullanmak vb.<sup>290</sup>

Çağdaş İslam hukuku yazarları da milk terimini klasik kaynaklardaki şeklini temel alarak sınıflandırmaya çalışmışlardır. Ali Hafif, milki tam ve nakıs milk olarak ikiye ayırdıktan<sup>291</sup> sonra nakıs milkin mücerret milku'l-ayn'dan ya da milku'l-menfa'dan meydana geldiğini belirtir. Burada milku'l-intifa terimine yer vermez. Ona göre milku'l-menfaa klasik literatürde hakku'l-intifa (intifa hakkı) kavramıyla da ifade edilir. Ancak Ali Hafif'in bu düşüncesi kanaatimize göre hatalıdır. Zira milku'l-menfaa terimi klasik kaynaklarda hakku'l-intifa ile ifade edilmediği gibi burada söz konusu edilmesi gereken hak, hakku'l-intifa değil, milku'l-intifa terimidir. Ali Hafif burada 'intifa hakkı' olarak nitelediği milku'l-menfaa'yı şu şekilde ikiye ayırır: İntifa hakkının şahsa bağlı olduğu kısım ve ayna bağlı olduğu kısım. Bu ikincisi irtifaklardır. O halde nakıs milk üç çeşit olmaktadır: 1- Sadece milku'l-ayn, 2- Şahsi bir intifa hakkı veren milku'l-menfaa, 3- Aynı bir intifa hakkı veren milku'l-menfaa. Bu tasnif daha sonraki yazarlar tarafından da esas alınmıştır.<sup>292</sup> Ancak bu tasnifte menfaatler üzerindeki milk nitelikli yetkileri 'intifa hakkı' terimiyle karşılamanın doğru olup olmadığı tartışılabilir.

Çağdaş literatürdeki terim ve tasnifler üzerinde belirleyici etkisi olan yazarlardan Zerka da milk terimini milku'l-ayn, milku'l-menfaa ve milku'd-deyn şeklinde üçe ayırır.<sup>293</sup> Burada milku'l-intifaya bir milk çeşidi olarak temas etmez. O, milku'l-menfaa ile milku'l-intifa arasındaki farka eserinin ilerki sayfalarında, milk ile ibaha arasında ayırım yaparken bahseder. Ancak burada milku'l-menfaa kavramını bu şekilde değil de –Ali Hafif'teki gibi- hakku'l-intifa şeklinde kullanır. Ona göre milku'l-menfaa ile hakku'l-intifa arasındaki fark, milk ile ibaha arasındaki farktan kaynaklanır.<sup>294</sup> Zerka, Pozitif hukukçuların bu iki kavram arasında ayırım yapmadığını belirtir.<sup>295</sup> Onların terminolojisinde ikisi de aynı manayadır. Fıkıhta ise

<sup>290</sup> İbn Receb, *Kavaid*, 197. İbn Receb bu yetkilerin bedel karşılığı sözleşmeyle kurulduğunda milku'l-menfaa ifade ettiğini belirterek aradaki farkı belirtir.

<sup>291</sup> Ali Hafif, *Ahkamu'l-muamelat*, s. 39-40.

<sup>292</sup> Mesela bkz. Yusuf Musa, *el-Emval*, s.107; Ebu Sünne, *en-Nazarıyyātu'l-âmme*, s. 185, Mustafa Şelebi, milku'l-menfaa'yı, şahsi intifa hakkı, irtifakları ise aynı intifa hakkı olarak niteler. Kanaatimizce bu yanlış bir nitelemedir. Bkz. *el-Medhal*, s. 343-353.

<sup>293</sup> Zerka, *Medhal*, I, 257-258.

<sup>294</sup> Zerka, *Medhal*, I, 284.

<sup>295</sup> Zerka, *Medhal*, I, 285.

üç açıdan bunlar arasında fark gözetilir ki Zerka'nın burada saydığı farklar temelde ibaha ile milk arasındaki farklılıklardır. Zerka'nın milku'l-intifa terimini hakku'l-intifa (intifa hakkı) şeklinde ifade ederek bu iki terimin hem pozitif hukuk hem de islam hukukunda aynı anlama gelen ve ortaklaşa kullanılan terimler gibi algılanmasına yol açmaktadır. Diğer taraftan Zerka burada milku'l-intifayı salt ibaha olarak değerlendirmekte ve bunu milk türü olarak görmemektedir.

## E-DİĞER MİLK TÜRLERİ

Milk kavramı yalnızca malvarlığı hukukunun değil tüm 'kul hakları' alanının en temel ve merkezi kavramı niteliğinde olduğundan milk terimi ve değişik milk türleri hukukun diğer alanlarında da karşımıza çıkar. Özellikle nikah akdinde kocanın; kısasta da mağdurun ya da velisinin hakkı milk terimiyle ifade edilir. Ancak bunlar dar ve teknik anlamda milkten farklı özellikler taşıdığından dolayı Hanefi doktrininde yukarıdaki sınıflamaya alınmamıştır. İşte burada diğer milk türleri dediğimiz bu terimleri ele alacağız.

### 1-Milku'n-nikah

Bütün fıkıh mezhepleri nikah akdinin kocaya verdiği yetkinin bir tür milk olduğunda fikir birliği içindedir. Evlilik ilişkisi dışında, cariyelerden cinsel olarak istifade etmek efendilerinin hakkıdır. Bu hak cariye üzerindeki mülkiyete dayandığından buna milku'l-yemin denilir. İslam hukukçuları evlilik akdindeki cinsel istifadeyi bu tür bir haktan ayırmak için milku'n-nikah terimini<sup>296</sup> üreterek, mülkiyetten doğan ilişki ile evlilikte nikahtan doğanı birbirinden ayırmışlardır. Hanefi dışındaki mezhepler kadından cinsel istifadenin bir menfaat türü olduğunu kabul etmekle birlikte, bu milk türünün kadının ayn'ı ya da menfaatleri üzerinde kurulu bir milk olmadığını bunun konusunun kadından intifa olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre nikah akdi kadının menfaatlerinden intifa etme konusunda kocaya milk nitelikli bir yetki vermektedir. Buradaki menfaat genel anlamda menfaat teriminin kapsamında yer alan özel bir menfaat olup sadece cinsel yönden istifadeyi içermektedir (milku'l-intifâ). Bu terim yukarıda açıklandığı üzere dar ve teknik anlamda milkin bir türü olarak milk sınıflamasında yerini almıştır.

<sup>296</sup> Bu terimi bütün mezhepler yaygın olarak kullanmaktadır. Mesela bkz. Behutî, *Keşşafu'l-kına*, V, 245; İbn Kudame, *Muğni*, VII, 44; Büceyremî, *Haşiye*, III, 376, IV, 66; Kasanî, *Bedâi*, III, 142.

Hanefi mezhebinde de nikah akdiyle kazanılan hak, milk niteliğindedir. Hanefiler bu yetkiyi yaygın olarak milku'l-muta' terimiyle ifade eder.<sup>297</sup> Milku'l-muta, evlilikte erkeğin kadından cinsel istifade (istimta) yetkisi demektir.<sup>298</sup> Buna göre nikah akdinin konusu da milku'l-muta'dır. Hanefilerin nikah akdinin kocaya verdiği yetkiyi milk nitelikli görmelerinin arkasında yatan sebebi Kasañî şöyle ifade eder: "Nikahın maksatları kocaya böyle bir güçlü hak vermeden gerçekleşmez. Zira eğer burada 'ihtisas-ı haciz', yani kadının başka bir kocayla evlenmesini engelleyen güçlü bir bağ olmazsa evlilik sükuneti gerçekleşmez. Çünkü kocanın kalbi bununla tatmin olmaz. Ayrıca nesep de karışır. Nikahtaki mehir de muavaza akitlerindeki bedel gibi olup buradaki milkin karşılığıdır. Milk erkeğin olduğundan mehri de erkeğin vermesi gerekir."<sup>299</sup> Kasañî'nin bu ifadelerinde açıkça ortaya çıkan diğer bir husus da nikahın hükmünün milk olarak nitelenmesinin sebebi nikahın bir akit olması ve özellikle bir muavaza akdi olarak değerlendirilmesidir. Bilindiği üzere İslam hukukçuları hemen hemen tüm akitleri milk terimiyle izah etmektedirler. Satım, hibe vb. akitler milku'y-ayn; kira, iare vb. milku'l-menfaa niteliklidir. Nikahta da erkeğin nikah akdiyle elde ettiği şey bir tür menfaa ve mehir de bunun bedeli olduğuna göre bu milk doğuran bir muavaza akdi olarak görülmüştür.<sup>300</sup> Milku'l-muta'yı 'erkeğin kadının bud'unun menfaatlerinden ve diğer organlarından faydalanma hususundaki inhisarıdır' şeklinde tanımlayan grup ise buradaki milku'z-zat ya da milku'l-ayn'ı gerçek anlamda ayn'ın milki olarak görmeyip kadının cinsel istifade bakımından inhisar altında olmasıyla izah etmektedir.<sup>301</sup> Hanefiler bundan dolayı kadının, erkeğin nikah milki anlamında 'mamluk'u olduğunu ifade ederler.<sup>302</sup>

Ancak burada erkeğe ait milk, milk'e ait genel hükümlere tabi değildir. Nikah konusundaki milk sadece evlilik ilişkisi bakımından sonuçlarını doğurur, bununla

<sup>297</sup> Nikah akdinin konusu milku'l-muta'dır. İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, III, 85. İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, III, 3; Nikahın kasden milku'l-muta üzerinde gerçekleşen bir akit olduğunu bildirdikten sonra der ki: 'milku'l-muta, milku'l-intifa ve'l-vat'dan ibarettir. Kasañî milku'l-mut'a teriminin niteliği ile ilgili olarak mezhep içinde iki ayrı eğilim olduğunu belirterek bu iki eğilimin milku'l-muta tariflerini zikreder. Bunların ilki "erkeğin kadının bud'unun menfaatlerinden ve diğer organlarından faydalanma hususundaki inhisarıdır". Diğeri ise kadından faydalanma konusunda onun zatı ve nefsi üzerinde kurulu bir miktir. Kasañî, *Bedaî*, II, 331. Bu tariflerin ilkinde vurgulanan 'menfaatler', ikincisinde ise 'ayn'dır. Dolayısıyla buradaki iki ayrı eğilimin temelinde nikah akdinin ve bu akitle elde edilen hakkın konusunun ayn mı yoksa menfaat mi olduğu sorusu yatmaktadır.

<sup>298</sup> İbn Abidin, *Minhatu'l-halik*, III, 85. İbn Abidin burada ayrıca cinsel istifade noktasında hakkın erkeğe ait olup kadına ait olmadığını ifade eder. Ayrıca bkz. *Reddu'l-muhtar*, III, 4.

<sup>299</sup> Kasañî, *Bedaî's-sanaî*, II, 331.

<sup>300</sup> Nikahın muavaza akdi olduğuna dair bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 43-44; Nevevî, *Mecmû*, IX, 318.

<sup>301</sup> Bkz. İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, III, 4. (Debusi'den naklen).

<sup>302</sup> Kasañî, *Bedaî*, III, 142.

ilgisi olmayan şeylerde geçerli değildir.<sup>303</sup> Serahsî buradaki **milkin** zarureten kabul edilmiş bir milk olduğunu ve bundan dolayı **zaruret miktarını** aşmayacağını belirterek erkeğin kadından istifadesi dışındaki konularda milkin genel sonuçlarını doğurmayacağını belirtir.<sup>304</sup> Burada milkin zarureten olması normal milkler gibi ayn ya da menfaat üzerinde kurulu olmaması ve bundan dolayı milkin genel hükümleri doğrultusunda başkasına naklinin, mirasla intikalinin vb. mümkün olmamasıdır. Ancak bunlara rağmen nikahtaki milk'in diğer milk çeşitlerinin dışında özel bir milk türü olduğu da ileri sürülmüş ve her şeyin milkinin kendine göre ayrı hükümleri olabileceği kabul edilmiştir. Bu tür milk'in fiili tasarruf olan intifa yetkisinin dışında verdiği hukuki tasarruf ise boşama hakkına sahip olmak şeklinde kendini gösterir.<sup>305</sup> Bundan dolayı İslam hukukçuları Aile hukuku alanında milk, milku't-talak ve milku'n-nikah terimlerinden oluşmuş bir kavramsal çerçeveyi esas almışlardır.

Bütün bu terim tartışmaları ve nikah akdiyle ilgili diğer hükümlerin de incelenmesiyle burada varılacak en önemli sonuç İslam hukukçularının nikah akdini malvarlığı hukukunun terimleriyle ele almış olduklarıdır. Bu husus çok geniş boyutlara yayılan ve izlerine her yerde rastlayabileceğimiz bir olgudur. Bu hususu birkaç örnekle daha yakından ele alabiliriz:

1-Mehir, cinsel istifadenin bedeli olarak düşünülmüştür.<sup>306</sup> Nikah akdinde erkek, kadının menfaatlerini elde edeceğinden bunun karşılığında bedel olarak mehir vermektedir. Nikah akdiyle olmayıp da şüphe ile kendisiyle ilişkiye girilen kadın da ilişkiye girenden itlaf edilen menfaatleri karşılığında 'ukr' terimiyle de ifade edilen bir tazminat almaktadır.<sup>307</sup> Yine nikah akdinde peşin verilmesi şartı koşulan mehri alıncaya kadar kadının kendini eşine sunmama hakkı vardır ve bu bir 'hapis hakkı' olarak nitelenmektedir. Şafii mezhebinde cinsel ilişki olduktan sonra kocanın kadını boşadığına şahitlik edenler şahitlikten dönseler mehir **miktarını** tazmin ederler.<sup>308</sup>

2- Kadının kocası tarafından talak konusunda yetkili kılınması (tefviz) Hanefilere göre temlik ifade eden bir işlem niteliğinde görülmüştür. Burada milkin konusu bud' ve nikahtır. Kadının bu andaki hakkı da 'temellük hakkı'dır.<sup>309</sup> Yani

<sup>303</sup> İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, III, 4.

<sup>304</sup> Serahsî, *Mebcut*, VI, 172.

<sup>305</sup> 'Fukah, bu **milkin** sonucunu nikah uhdesinden kurtulmak için talak noktasında göstermektedir.' Serahsî, *Mebcut*, V, 96.

<sup>306</sup> Bkz. Suyutî, *Eşbah*, s. 325.

<sup>307</sup> Bkz. Bilmen, *Kamus*, II, 10.

<sup>308</sup> Serahsî, *Mebcut*, V, 141-142.

<sup>309</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir* IV, 76-78. Öyleki bu hak başka bir temellük hakkı olan şuf'a ile mukayese edilmektedir. Serahsî, *Mebcut*, XIV; 117.

kadın tek taraflı iradesiyle isterse kendi mutasını başkasının elinden geri alıp temellük edebilmektedir.

3-Mahkemede davalı ve davacıdan her ikisi de bir kadının kendi karısı olduğunu iddia ederek ikisi de delil getirirse şöyle bir çözüm yolu takip edilir: Kadın bunlardan birisinin evinde olup o kişi kadınla zifafa girmiş bulunsa kadının onun karısı olduğuna hükmedilir. Zira akde dair delillerin tearuzunda tercih, “yed/zilyetlik” ile dir.<sup>310</sup>

Sayısını çoğaltabileceğimiz bu örneklerin incelenmesinden çıkan sonuç yukarıda belirttiğimiz gibi nikah akdinin adeta bir malvarlığı hukuku konusuymuş gibi ele alınmasıdır. Bu durumun arkasında yatan sebepleri incelediğimizde bunun temel olarak İslam hukukçularının eşya tasarımıyla ve kavram hukukçuluğuyla ilgili olduğu görülebilir. Her şeyden önce malvarlığı hukuku alanı ‘kul hakları’nın temel konusu olduğu için fıkıh eserleri içinde hacim olarak önemli bir yere sahip olduğu gibi hukukun en teknik teorileri ve terimleri bu alan içinde şekillenmiştir. Malvarlığı hukukunun temel akitleri olan satım sözleşmesi ve kira akdi bağlamında ortaya konulan teori ve terimler hukukun diğer alanlarına taşınmıştır. Özellikle de nikah akdinin konusu, kadından cinsel açıdan istifade etmek olarak tanımlanmış ve istifade etmenin bir fiil olması dolayısıyla atomcu evren anlayışının oluşturduğu düşünme biçimiyle bu fiil bir araz niteliğinde ve bir tür menfaat olarak görülmüştür. Dolayısıyla bir ayının menfaatlerine malik olma şablonu kadının cinsel menfaatlerine malik olma şeklinde nikah akdine uyarlanmıştır. Bu benzetme öylesine katı uygulanmıştır ki İslam hukukunda kavram hukukçuluğunun en keskin örnekleri burada görülebilir. Mesela İslam hukukçuları menfaatlerin vakfını tartışırken menfaatu’l-bud’un vakfının sahih olmadığını, kiraya verilemeyeceğini vb. özellikle belirtme ihtiyacı duyarlar.<sup>311</sup> İbn Kudame, Ebu Hanife’ye göre bir kişinin hizmeti için kiraladığı bir kadınla ilişkiye girmesi sonucu onun menfaatlerine malik olması dolayısıyla had cezasının şüphe sebebiyle uygulanmayacağını belirtir. Zira kiralayanın hizmetçinin menfaatlerine malik olması cinsel menfaatlerine de malik olma noktasında şüphe doğurmuştur ve hadler şüphe ile düşmektedir.<sup>312</sup>

<sup>310</sup> Serahsi, *Mebcut V*, 156.

<sup>311</sup> Ensari, *Esne’l-metalib*, III, 56.

<sup>312</sup> İbn Kudame, *Muğni*, IX, 73.

## 2- Milku'l-kıyas

Özellikle Hanefi ve Şafii doktrinlerinde malvarlığı hukuku ve aile hukuku yanında 'kul hakları' alanının üçüncü kısmı olan kıyas cezalarında da temel kavram milkdir. İslam hukukçuları kıyas suçlarında mağdurun ya da yakınlarının hakkını milk nitelikli bir hak olarak değerlendirerek bunu milku'l-kıyas terimiyle ifade ederler.<sup>313</sup> Aile hukuku alanında gördüğümüz gibi malvarlığı hukukunun ve terimlerinin hukukun diğer alanlarına hakim olması, İslam hukukçularının kavram hukukçuluğu eğiliminden kaynaklanır. Milk terimi bu şekilde malvarlığı hukuk alanında üretilen teorilerin aile ve ceza hukuku alanlarına taşınması sonucunda bütün kul hakları alanının ortak terimi haline gelmiştir. Bu aile ve ceza hukuk alanlarının malvarlığı hukukundan oldukça farklı yönlerinin olması ortak bir kavram örgüsü sınırları içinde ele alınmasına engel teşkil etmemiş, mantikî ve kavramsal tutarlılığın sağlanması gayreti, hakkaniyete ve örfî kabullenişlere uygun bir hukuk geliştirilmesi amacının önüne geçmiştir.

İslam hukukçuları özellikle nikah akdinde erkeğin elde ettiği hakkı milku'n-nikah terimiyle ifade ettiği gibi kıyas cezalarını da ağırlıklı olarak kul hakkı kabul ederek bu noktada mağdura ya da velilerine kıyası uygulama noktasında bir yetki tanımışlardır. Bu yetkinin milk olarak nitelenmesinin başlıca nedenlerini şu şekilde belirleyebiliriz: Kıyas cezası gerektiren suç, bütün mezheplerde kul hakkı alanına giren bir suçtur. Bunun anlamı cezanın uygulanması konusunda kamu hakkını temsil eden resmi devlet organlarının üstünde suçun mağduru olan tarafın cezanın uygulanıp uygulanmaması konusunda yetkili olduğudur. Bu yetki inhisarî bir yetki olup, herkese karşı ileri sürülebilen eşya üzerindeki milk nitelikli yetkilere benzemektedir. Kıyas cezası suçlunun canı ya da bir organı üzerinde uygulanacak olduğu için burada kişi adeta suçlunun canına ya da kıyas uygulanacak organına malik olmaktadır. Öyleki kıyas suçlusunun 'kıyas konusunda memluk' olduğundan dahi bahsedilir.<sup>314</sup> Diğer taraftan mağdur tarafın suçlu ile sulh akdi yoluyla anlaşarak cezanın uygulanmasından bir bedel karşılığı vazgeçmesi mümkündür. Bunun anlamı kıyas yetkisinin, karşılığında mali bir bedel alınması mümkün olan bir hak olmasıdır ki bu yetki özellikle milk nitelikli haklarda söz konusudur.<sup>315</sup>

<sup>313</sup> Mesela bkz. *Keşfu'l-esrar*, I, 179; Babertî, *İnaye*, V, 327; Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, V, 294.

<sup>314</sup> Ali Haydar, *Dürer*, IV, 10.

<sup>315</sup> İslam hukukçuları kıyas hakkına sahip olanın cezayı uygulama, affetme ya da bedel alma konusunda bir tasarruf yetkisi olduğundan bahsederler. Bu tasarruf yetkisi hakkın milk niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, X, 259.

Şafililer nikahtaki milk'i dörtlü milk tasnifine almış olmakla birlikte kısas konusundaki milk'i yukarıda incelediğimiz milk sınıflamasına almazlar. Bunun sebebi buradaki milk'in ayn-menfaat ayırımıyla ilgisi olmayan farklı bir milk türü olmasıdır. Bundan dolayı Zerkeşi'nin ifade ettiği gibi: "milku'n-nikah gibi 'milku'l-kısas' terimi de Kuran ve sünnette geçmeyen fakihlerin ürettiği terimler olup mecazi anlam taşırlar. Zira İslam hukukçuları her türlü inhisarî ve güçlü hak sahipliğine milk derler."<sup>316</sup> Zerkeşi'nin bu yargısı milku'n-nikah hakkında tam olarak geçerli görülmesi de milku'l-kısas hakkında geçerli kabul edilebilir. Zira nikah konusunda İslam hukukçularının milku'l-intifa bi'l-bud' terimi, hiç bir mecazi anlam taşımayan ve herkes tarafından teknik bir terim niteliğinde değerlendirilen bir ifadedir. Ancak burada Zerkeşi yukarıda temas ettiğimiz şekilde malvarlığı hukuk dilinin Aile ve Ceza hukukuna taşınması ve bu hukuk branşlarının terim noktasında birbirine benzetilmesini izah etmeye çalışmaktadır.

Hanefi hukukçular ise burada milku'l-kısas terimini teknik bir terim olarak kullanırlar. Nikah akdindeki milk'in teknik bir terim mi yoksa bir tür helallik mi olduğu tartışmasında hakim kanaat buradaki milk'in teknik bir terim olduğu yönünde iken aynı şekilde kısas hakkı da teknik anlamda bir milk türü olarak kabul edilmiş ve nikahtaki milke benzetilmiştir. Buna göre nikahtaki milk sadece cinsel istifade ile sınırlı olup başkasına intikal etmesi mümkün olmayan bir yetki olduğu gibi kısastaki de sadece kısas cezasının uygulanması hakkında geçerli olan ve zarureten kabul edilmiş bir milktir.<sup>317</sup> Her iki türde de hak sahibinin hakkını elde etmesi ile ilgili olarak 'istîfâ' terimi kullanılır ki bu terim yine akitlerde hak sahibinin hakkını elde etmesi anlamına kullanılan bir terimdir.

### 3-Milku'l-yed ve Milku'l-habs

Özellikle Hanefi doktrininde bir eşya üzerinde milk nitelikli hakların en geniş kapsamlısı olan mülkiyet hakkının verdiği tasarruf yetkisi belirlenirken ayn ve menfaat terimiyle birlikte üçüncü bir terim daha kullanılır ki bu, malı zilyetliğinde bulundurma (milku'l-yed) yetkisidir. Mülkiyet hakkının verdiği yetkiler bir eşyanın ayn'ı ve menfaatleri üzerinde her türlü hukuki ve fiili tasarrufta bulunabilme yetkisi yanında bu eşyayı zilyetliğinde bulundurmaya da içerir. Buna göre bir eşyayı zilyetliği altında bulundurma, ayni hakkın verdiği temel yetkilerden biridir. Öyleki Hanefiler eşya üzerindeki milki ikinci bir taksime tabi tutarak, milku'l-ayn ve

<sup>316</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, III, 224.

<sup>317</sup> Bkz. İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, VIII, 359.



milku'l-yed şeklinde ikiye ayırmaktadır.<sup>318</sup> Bir milk'in en geniş kapsama ve mahiyete kavuşabilmesi için kişinin bu iki milk türüne birden malik olması yani malın aynına malik olduğu gibi onu kendi fiili hakimiyet alanına alması yani üzerinde 'zilyetlik/yed' kurmuş olması gerekmektedir. Mesela satım sözleşmesinde satın alınan mal üzerinde müşterinin milku'l-ayn'ı oluşmuş olmakla birlikte malı teslim almadıkça mal üzerindeki milki kamil ve tam bir milk haline dönüşmez. Zira milku'l-ayn'ı oluşmuş olsa bile milku'l-yed'i oluşmamıştır ve ayn üzerinde birtakım tasarruflarda bulunması mümkün değildir.<sup>319</sup> Zira zilyetlik adeta ayni hakkın bir parçasıdır ve o olmadan eşya üzerindeki ayni hak mükemmel halde değildir, eksiktir. Özellikle Hanefi hukukçular bundan dolayı mülkiyeti intikal ettiren temel işlem olan satım akdinde mebi'nin teslimi ve kabzı olmadan, akdin ve akdin hükmü olan milk'in tam ve mükemmel hale gelmediğini belirtirler. Kasani bu noktada şu tahlili yapar: "Mebi üzerinde satım akdiyle oluşan milk, teslim olmadan teekküt etmez. Dolayısıyla teslim ve kabz olmadan milk nakıs olduğu için akit de nakıstır."<sup>320</sup> Bu ifadelerden de ortaya çıktığı üzere eşya üzerindeki ayni hakkın tam ve kamil hale gelmesi için akit ile birlikte teslim işlemi de gerçekleşerek eşyanın zilyetliğine de malik olmak gerekmektedir.

Kişinin ayn'ına sahip olduğu mallar üzerindeki zilyetliği bu şekilde iken bazı hukuki işlemlerle başkasına ait bir mal üzerinde ayni nitelikli bir zilyetlik kurulabilir. Bu ayırım özellikle eşyanın ayn'ının ya da menfaatinin birbirinden müstakil şekilde ayni haklara konu olabileceği gibi zilyetlik altında bulundurulmasının da aynı şekilde müstakil bir aynî hak konusu olabileceği anlamı içermektedir. Bunun temel örneği Hanefi doktrininde açıkça bir aynî hak türü olarak ele alınan rehin hakkıdır. Hanefilerin rehin akdi tasarımı, başkasının malının menfaatleri üzerinde kurulan milku'l-menfaa yetkisinde menfaatlerin ayn'dan ayrı bir ayni hak konusu yapılabilmesi gibi rehinde de yed'in ayn'dan ayrı bir ayni hak konusu haline getirilebileceği şeklindedir.<sup>321</sup> Öyleki Serahsî rehin alan kişinin mal üzerindeki zilyetliğinin kişinin kendi malı üzerindeki zilyetliği ile aynı cinsten olduğunu

<sup>318</sup> Bkz. Kasanî, *Bedâi*, II, 313, IV, 125; VI, 248.

<sup>319</sup> Tasarruf imkanının yed ile bağlantısı sebebiyle Hanefiler buna milku'l-yed ve't-tasarruf da derler. Kasanî, *Bedâi*, VI, 248.

<sup>320</sup> Kasanî, *Bedâi*, V, 287.

<sup>321</sup> Bkz. Serahsî, *Mabsut*, XXI, 70. Bu yetki, "ملك اليد والحيس" "bir malı zilyetliğinde bulundurma ve habsetme konusunda ayni nitelikli bir yetki" (Kasanî, *Bedâi*, VI, 239), "ملك اليد على سبيل الدوام حتماً" "fiilen kesintisiz bir milku'l-yed" (Zencanî, *Tahrîcu'l-furû*, s. 203-207) "ملك العين في حق الحيس" "hapis hakkı konusunda milku'l-ayn" (Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, III, 42; Kasanî, *Bedâi*, VI, 161) "ملك حيس للرهن على سبيل الدوام" (*Bedâi*, VI, 161) gibi terimlerle ifade edilir.

belirtir.<sup>322</sup> Dolayısıyla Hanefi doktrininde rehin akdi, rehin alan kişiye eşyayı kesintisiz bir şekilde zilyetliğinde bulundurma ve hapsedme yetkisi veren bir milk türü olarak kabul edilir. Rehın hakkının bu yetkiye bağılı olarak verdiğı ikinci bir yetki ise hak sahibinin, borç ödenmediğinde rehini satma konusunda yetkili olmasıdır. Bu yetki hak sahibinin rehının mali değeri üzerinde inhisar ifade eden bir yetkisinin varlığı demektir.<sup>323</sup>

Hanefi mezhebinde açıkça aynı hak seviyesinde ele alınan rehin akdi diğeri doktrinlerde milk seviyesinde bir hak olarak görülmeyip bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz gibi yarı aynı hak grubunda değerlendirilir. Buna göre özellikle Şafililerde rehının hükmü, söz konusu alacağın rehının aynına taalluk etmesi yani bu aynı rehin alanın hakkının ödeneceğı mal olarak belirli ve muayyen hale gelmesidir. Dolayısıyla bu malın malikinin, mal üzerindeki milkini ortadan kaldıracak tasarruflarda bulunması engellenmekte ve bir tür hacr gerçekleşmektedir.<sup>324</sup> Bundan dolayı bu doktrinlerde rehin veren ayn'ın menfaatlerinden istifade edebilmektedir. Hanefilerde ise bu mümkün değildir. Çünkü bu durum rehin alanın zilyetliğinin kesintiye uğraması anlamı taşır ki bu, rehının asıl hükmüne aykırıdır.

#### 4-Milku'd-deyn

Çağdaş bazı İslam hukukçuları milk'in türlerini ortaya koyarken ayn ve menfaat üzerinde kurulan milk ile birlikte üçüncü bir milk türü olarak deyn üzerindeki milkten (milku'd-deyn) bahsederler.<sup>325</sup> Klasik kaynaklarda zaman zaman milku'd-deyn terimi kullanılsa da<sup>326</sup> milk sınıflamalarında bunun özel bir milk türü olarak kabul edildiğine rastlanmaz. İslam hukukçuları zimmette sabit olan alacakların ve bunlar üzerindeki hakkın mahiyeti konusunda birbirinden farklı teori ve terimler geliştirmişler ve bu konuyu net olarak izah etmekte güçlük çekmişlerdir. Zira milk kavramı eşya üzerinde kurulan haklardır. Somut bir eşya niteliğinde olmayan ve zimmette sabit olan alacağın milke konu olabilmesi için mal olması gerekmektedir. Deyn, zimmette sabit bir alacak olduğundan dolayı dış dünyada somut bir varlığının olmadığı kabul edildiğinden, bir şeyin var olmadan önce mal olarak kabul edilmesi bir çok hukukçu tarafından doğru bulunmaz. Bazı hukukçular

<sup>322</sup> Serahsî, *Mebsut*, XXI, 10.

<sup>323</sup> Kasanî mill'in iki asıl hükmü olduğunu belirtir. Bunların ilki, rehin alanın, rehin çözülünceye kadar kesintisiz olarak onu hapsedmeye malik olmasıdır. *Bedaî*, VI, 164. لأن ملك العين والرقة للراهن وملك اختصاص الرهن ببيع المرهون أو اختصاصه بتمنه: Kasanî rehının bu ikinci hükmünü şöyle ifade eder: *Bedaî*, VI, 145.

<sup>324</sup> Zencanî, *Tahricu'l-furû*, s. 203-204.

<sup>325</sup> Zerkâ, *Medhal*, I, 258.

<sup>326</sup> Mesela bkz. Serahsî, *Mebsut*, XI, 102; Kasanî, *Bedaî*, VII, 353.

da deyn'in mal niteliğinden çok alacaklı kişiye yöneltilecek bir talep yetkisinden ibaret olduğunu belirtir. İslam hukukçuları birçok noktada deyn üzerindeki hakkın milk olup olmadığını tartıştığı halde bu tartışma temelde islam hukukunda alacak hakkı kavramının, aynı hak kadar belirgin olarak işlenmediğini göstermektedir. İslam hukukçuları zimmette sabit olan alacaklar üzerindeki hakkın gerçek anlamda milk niteliğinde olmadığını keşfetmiş olmakla birlikte bu konudaki tartışmaları sıradan hukuk problemleriyle aynı seviyede ele almışlar ve böylesine esaslı bir konudaki tartışmayı sonuçlandırmamışlardır. Alacak haklarının hukuki mahiyetini bu çalışmanın dördüncü bölümünde ele alacak olduğumuz için burada milku'd-deyn teriminin sorunlu bir terim olduğunu ve burada gerçek anlamda bir milkten çok milk'in bir türevinin söz konusu olduğunu belirtmekle yetinelim.

### V-MİLKİN, VERDİĞİ YETKİNİN GÜCÜNE VE NİTELİĞİNE GÖRE AYIRIMI

İslam hukukçuları fikhun geniş bir kısmına hakim olan milk terimini, verdiği yetkinin kapsamına göre yukarıda ele aldığımız şekilde sınıflandırırken bu yetkinin gücüne ve niteliğine göre de farklı milk türlerini kabul etmişlerdir. Milk, kapsamına bakılmadan, verdiği yetkinin ve aynı etkinliğinin gücüne göre 'zayıf' ve 'tam-kamil' milk şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Tam milk,<sup>327</sup> tüm unsurlarını taşıyan milk iken zayıf milk aynı etkinliği tam olarak taşımayan, güçsüz ve oluşumunu tamamlamamış milk'tir. Milk teriminin kapsamına göre yapılan sınıflamada eşyanın aynı ve menfaat şeklinde birbirinden müstakil iki parçadan oluştuğu tasavvur edildiğinden bu parçalardan biri üzerinde hak sahibinin en güçlü şekilde tasarruf edebilmesi mümkün olmaktadır. Kapsamın darlığı burada o kapsam üzerindeki yetkilerde bir azalmaya sebep olmamakta milk sahibi belirtilen kapsamda tam olarak bir milk yetkisini kullanabilmektedir. Bu doğrultuda her bir kapsam özel bir milk türünü ifade ettiğinden milk terimi, milku'l-ayn, milku'l-menfaa, milku'l-intifa gibi türlere ayrılmakta ve hukuk dili geniş çapta bu ayrımları esas almaktadır. Dolayısıyla kapsamın dar olması hakkın aynı etkinliğini doğrudan etkilememekte, milk kavramının mutlaklık ve inhisar ifade etme özellikleri korunmaktadır. Diğer taraftan bu milk türleri daha güçlü başka bir hakkın fer'i olmayıp müstakil bir aynı hak türüdür. Örneğin vasiyetle bir eşyanın menfaatlerine malik olan kişinin buradaki yetkisi sınırlı bir aynı hak olup bu hak başlı başına 'asıl' bir hak'tır.

<sup>327</sup> Buradaki anlamıyla tam milk'in yukarıda ele alınan ve kapsam açısından 'tam' olan milk ile ilgisi olmadığına dikkat edilmelidir. Burada 'tam'lık mahiyet açısmındadır.

Ancak milkin kapsamına göre değil de niteliğine göre olan zayıf ve tam milk ayrımında bu özellik söz konusu değildir. Zira burada doğrudan milkin mahiyetiyle alakalı bir zayıflık ve eksiklik söz konusudur. Burada eşya üzerindeki hakkın sahibine verdiği tasarruf yetkisi ve hakimiyetin mahiyeti tam olarak milk haline dönüşmemiştir. Zira zayıf milk türünde milkin tanımındaki unsurlar tam olarak bulunmamakta ve aynî etkinliği her zaman gösterememektedir. Bundan dolayı milk kavramındaki “mutlaklık” ve “inhisar” unsurlarının zayıf milkte bulunduğunu ve bu milk türünün aynı etkinliğe sahip olduğunu söylemek zordur. Nitekim bazı fakihler zayıf milk denilen türün mahiyet olarak milk olarak nitelenip nitelenemeyeceğini tartışmaya açmıştır. Ancak İslam hukukçuları bu hak türünü yeni ve farklı kavramlarla ifade etmek yerine zayıf vasfıyla kayıtlayarak milk terimiyle ifade ederler.

Klasik literatürde milk'in zayıf ve tam milk şeklinde bir ayırımı tabi tutulduğu, bu terimlerin kullanıldığı bağlamlardan açıkça anlaşılacakla birlikte İslam hukukçuları milkin kapsamına göre yapılan ayırımı teorik olarak inceledikleri oranda bu ayırımı incelememişlerdir. İncelediğimiz kadarıyla kaynaklarda bu ayırımı açık olarak ele alan ilk müellif Şafii hukukçu Zerkeşi'dir. Zerkeşi milk konusuna ayırdığı bölümde onun zayıf ve tam milk şeklinde ikiye ayrıldığını belirtir.<sup>328</sup> Zerkeşi'nin bu terimlerini esas alırsak milk terimi verdiği yetkinin gücü ve mahiyetine göre iki gruba ayrılmaktadır. Zerkeşi tam milk'i, sahibine eşya üzerinde mümkün olan her türlü tasarruf yetkisini veren milk olarak tanımlar.<sup>329</sup> Zayıf milk'i ise böyle olmayan milk türü olarak tarif eder.<sup>330</sup>

Klasik literatürü incelediğimizde zayıf milk teriminin türlerini ya da kullanıldığı hukuki durumları şu şekilde belirleyebiliriz:

<sup>328</sup> Zayıf milk ile aynı anlamda kâsır milk, gayr-ı mütekked milk, gayr-ı mustakır milk, mütezelzil milk, nakıs milk (burada sınırlı aynı hak anlamına nakıs milk ile doğrudan bir ilgisi olmadan) vb. terimler kullanılır. Tam milkin karşılığı olarak ise kamil milk, mütekkid milk vb. terimler kullanılır. Bu konuda şu ifadeler dikkat çekicidir: 'Mükatebin milki nakıstır' İbn Kudame, *Muğni*, II, 361, '...mustakır değildir', İbn Kudame, *Muğni*, V, 377. 'Milki mustakır değildir', Behûfî, *Dekakiku uli'n-nuha*, II, 404; III, 400, Nevevî, *Mecmu*, V, 314. 'Mukatebin milki zayıftır', Ensari, *Esne'l-metalib*, III, 16. 'Mukatebin milki zayıf ve gayrı mustakırdır', Behufî, *Keşşafu'l-kına*, 4-249.

<sup>329</sup> Behufî de tam milk'i kişinin kendi zilyetliğinde ve başkasının hakkından arındırılmış olan şey üzerinde, dilediği şekilde tasarrufta bulunabildiği milk olarak niteler.

<sup>330</sup> Bu anlamda menfaatler üzerinde kurulan milk de 'tam bir milk' olabilir. Zira sahibine tüm tasarruf yetkilerini vermektedir. Ancak klasik literatürde bu iççelikler tam olarak birbirinden ayrılmamıştır.

1- Satım sözleşmesinde mebi üzerinde teslim ve kabz öncesi alıcının hakkı.<sup>331</sup> Buna göre satım sözleşmesinde alıcının akit yapıldığı anda mebi üzerinde milk'i oluşur. Ancak mebi'i kabzetmeden önce bunun üzerindeki hakkı zayıf bir milktir.<sup>332</sup> Zira onun üzerinde temel tasarruflarda bulunması mümkün değildir. Görüldüğü üzere İslam hukukunda satım sözleşmesi gibi akitlerde eşya üzerindeki aynı hak doğrudan alıcıya ya da kiracıya geçmiş kabul edildiğinden teslimin milki aktarma noktasında fonksiyonu yok gibi görünmektedir. Akit yapıldığında inikadının tamamlanması teslimine bağlı olan hibe vb. akitler haricinde akit tamam olmakta ve adeta akit kurulur kurulmaz doğan borç ilişkisi, satım sözleşmesi gibi akitlerde mülkiyetin derhal intikaliyle sona ermektedir. Bunun anlamı İslam hukukunda batı hukukundaki gibi borç ilişkisi kavramının olmadığı şeklinde de yorumlanmaya müsaittir. Zira borç ilişkisi bir alacak hakkının varlığına bağlıdır. İslam hukukunda ise –görünürde– satım, kira vb. muavaza akitlerinde taraflar akit yapıldığı anda bedellere malik olmaktadır. Bunun anlamı bedeller üzerinde tarafların mülkiyet gibi aynı nitelikte haklarının oluştuğu, ortada alacak hakkı denilmeye müsait, aynı hakkın dışında bir hakkın olmadığıdır. Fıkıhın hukuki işlemlere yaklaşımından bu sonuçlar çıkartılabilir. Ancak İslam hukukçularının dili daha yakından analiz edilirse burada kastedilen milk tam bir aynı hak olmayıp adeta aynı hakkın bir fer'i ve zayıf bir halidir. Öyleki bu durumda alıcının mebi üzerindeki milki eksik bir milktir. Üçüncü şahıslar açısından aynı etkinliğe sahip olsa da hak sahibinin yetkisi ve eşya üzerindeki hakimiyeti açısından henüz oluşmamış bir milktir. Bu milkin tamam olması ise alıcının malı kabzetmesine bağlıdır. Bu şekilde mal üzerinde zilyetlik de kurulmakta ve aynı üzerinde oluşan milk'e milku'l-yed yani tasarruf imkanı veren zilyetlik de eklenmektedir. Kabz ve teslimin bu öneminden dolayı bazı İslam hukukçuları satım sözleşmesi gibi akitlerde teslim ve kabzı da sözleşmenin bir parçası olarak algılama eğilimi göstermektedir. Mesela Kasañî satım sözleşmesinde teslimin bir tür akit ve temlik işlemi olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir: “kabz öncesi mebi

<sup>331</sup> Bu, sadece satım sözleşmesiyle ilgili olmayıp muavaza akitlerinin tümüyle ilgilidir. Şafiilerde bey, icare, mehir ve bunlara benzer muavaza akitlerinde kabzdan önce mebi üzerindeki milk zayıftır. Zira bunlar üzerinde tasarrufta bulunamaz. Nevevî, *Mecmu*, IX, 318, 321. Zerkeşi burada milkin zayıflığının bir nedeni olarak ayrıca mebinin telefı ile akdin infisaha maruz olmasını gösterir. Zerkeşi, *el-Mensur*, s. 239,

<sup>332</sup> Kasañî, *Bedaî*, II, 313, لأن ملكها قبل القبض واه غير متأكد. Ayrıca bkz. V, 254, v, 287. Kasañî burada milkin zayıf ve eksik olduğunu belirtir. Serahsi ise kabz öncesi mebi üzerindeki hakkın zayıf milk olduğunu belirtir ve bunu ganimet üzerinde taksim öncesi hak ile mukayese eder. Bkz. *Mebsut*, X, 33. Bu husus sadece satım sözleşmesinde değil kira akdinde de geçerlidir: 'Ecirin akit ile ücret üzerindeki milki gayrı mustakırdır.' Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, II, 92. 'İcarede ücreti peşin alsa milki gayr-ı mustakırdır. Milk, sürenin geçmesiyle mustakır olur. Aynı şekilde bundan zekat da gerekmez.' Nevevî, *Mecmu*, V, 508.

adeta satıcının milkinden çıkmamıştır. Kabz öncesi alıcının milki tam ve müteekkit değildir. Milkin kabz ile güçlendirilmesi adeta onun baştan kurulması gibidir. Kabz öncesi müşterinin milki oluşmamış gibidir.”<sup>333</sup> Başka bir yerde ise şunu belirtir: “Kabz’dan önce akit tamam olmamıştır. Kabzdan önce var olan, akdin asl’ı ve milktir. Ancak milk güçlenmemiş haldedir. Zira akdin, konusunun helakiyle infisah ihtimali vardır. Bu ihtimali ortadan kaldıracak şey teslimdir.”<sup>334</sup> Görüldüğü üzere çok açık bir şekilde Kasanî de gördüğümüz bu düşünce bütün mezhepler tarafından bu şekilde algılanmakta ve kabz öncesi satım sözleşmesi ve benzeri akitlerde milkin tam olarak oluşmadığı varsayılmaktadır. Oluşan sadece ayn üzerinde kurulu olan ve dış muhtevası açısından bir ayni haktır. İç muhtevası açısından ortada ayni hak bulunduğunu söylemek güçtür. Zayıf milk kavramının İslam hukukundaki temel önemi bu noktadaki kullanımı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Zira burada bu hak türünü zayıf milk olarak nitelenmek yerine yeni bir kavram kullanılmasının hukuk tekniği açısından gerekli bir durum olup olmadığı tartışılabilir. Bu çalışmanın dördüncü bölümünde alacak hakkı terimini inceleyeceğimizden bu konuyu orada daha yakından ele alacağız.

2- Zayıf milk terimi diğer bir kullanımında İslam hukukçularının milk niteliğinde görmediklerini açıkça belirttikleri dar anlamda ‘hak’ nitelikli olan hakları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bunların başında da az sonra üçüncü bölümde ele alacağımız hakku’l-milk ya da hakku’t-temellük türü yetkiler gelmektedir. Örneğin mükatep kölenin kazancı ve diğer malları üzerindeki milk’i ile, efendinin mükatep üzerindeki milk’i özellikle Şafii doktrininde zayıf milk’in en temel ve sık tekrarlanan bir örneğidir. Şafiiler bu tür yetkileri Hanefi ve Hanbeli mezheplerinin aksine açıkça hakku’l-milk ya da hakku’t-temellük olarak nitelenmemiş olup bunlara çoğu defa zayıf milk demeyi tercih etmiştir. Dolayısıyla mükatebin kazancından zekat verme yükümlülüğünün olmaması, yakınlarının nafakasından sorumlu olmaması, yakınlarından birine malik olduğunda onların azat olmaması, miras bırakmayıp mirasçı olamaması vb. hükümler hep mükatebin milkinin zayıflığı ile izah edilmektedir.<sup>335</sup>

<sup>333</sup> Kasanî, *Bedâi*, II, 313, V, 254.

<sup>334</sup> Kasanî, *Bedâi*, V, 287.

<sup>335</sup> Zerkeşî, *Kavaid*, III, 239; Ensârî, *Esnel-metalib*, I, 339.

Yine bir hakkı'l-milk ya da hakkı't-temellük türü olan gazilerin ganimetin taksimi öncesi ganimet üzerindeki hakları da bir görüşte milk niteliğinde görülmediği halde diğer bir görüşte son derece zayıf ve güçsüz bir milk olarak nitelenmiştir.<sup>336</sup>

Literatürde 'müstakır' olan ve olmayan milk terimleri de nitelik ve örnekleri bakımından büyük ölçüde zayıf ve tam milk ayrımına denk bir kullanıma sahip olsalar da Zerkeşi tam ve zayıf milk ayrımından sonra milk'in ayrıca mustakır ve gayr-ı mustakır olarak ikiye ayrıldığını belirtir.<sup>337</sup> Suyutî de Eşbah'da aynı ayrımı zikreder. Mustakır milk, kendisinin ya da mukabilinin telefi ile düşme ihtimali olmayan milktir. Kabz sonrası mebinin semeni, duhul sonrası sadak/mehir üzerindeki milk gibi.<sup>338</sup> Gayrı mustakır ise, bunun tersinedir. Menfaati istifâ etmeden ücret üzerindeki milk gibi. Zira mesela evin yıkılması ile bu ücretin düşme ihtimali vardır. İlke olarak kullanma süresi geçtikçe bu süre karşılığında ücret üzerinde milk mustakır olur. Yine mebinin kabzı öncesi semen üzerindeki milk de böyledir. Anlaşıldığı kadarıyla istikrar daha özel bir kullanımda telef ve buna bağlı akdin feshedilmesi ihtimali olan konularla ilgili bir terim niteliğinde daha özel bir kullanımdır. Akdi ilişkilerdeki milk teslim olmadığı sürece kural olarak istikrar bulmamıştır. Zira akdin konusunun helakiyle fesih ihtimali gündemdedir. Ancak mesela karz ya da diyet bedeli yoluyla oluşan milk'in istikrar kazanıp kazanmadığından söz edilmez. Zira istikrar ancak akdi ilişkilerde söz konusudur.<sup>339</sup>

'Mustakır milk' bu özel kullanımının dışında tam milkten farklı bir anlam taşımaz.<sup>340</sup> Bu bağlamda vekilin milki<sup>341</sup>, akit ile kadının mehir üzerindeki milki<sup>342</sup>, Şafiilerde malını nisabın altına çeken borcu olan kişinin milki,<sup>343</sup> bir görüşe göre

<sup>336</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, III, 239. İbn Kudame de burada hakikatu'l-milk'in oluşmadığını söyleyerek Hanefilerdeki gibi hakkı'l-milk ve hakikatu'l-milk ayrımı yapar. *Muğni*, IX, 260.

<sup>337</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, III, 240.

<sup>338</sup> Suyuti, *Eşbah*, s. 325.

<sup>339</sup> Akitteki karşılıklı bedellerin istikrarında belirleyici unsur bu bedellerden birinin ya da mukabilinin telefi ile ilgili olup hakkın gücüne bağlı değildir. Bu yüzden mesela karz ya da itlaf edilenin bedeli olan 'deyn-alacak' üzerindeki milk müstakırdır. Zira buradaki borcun kaynağı borç doğuran ve infisah söz konusu olan bir akit değildir. Buradaki alacağın bu şekilde istikrar ve gücü dolayısıyla bazı Şafiiler kabzından önce bu deynin, borçlusuna satımının caiz olduğu zira bunun kabz sonrası mebinin satımı gibi olduğunu ileri sürse de Rafii en sahih görüşün teslimine güç yetmediği için bu deynin satımının caiz olmadığı yönündedir. Nevevî, *Mecmu*, IX, 330. (Beyu'd-deyn bölümü).

<sup>340</sup> İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, III, 304-305.

<sup>341</sup> Vekilin milki gayrı mustakırdır. Satın almada milk önce gayrı mustakır bir şekilde vekile, oradan da derhal müvekkile geçer. İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, VI, 85. Vekilin bu bir anlık milki mustakır değildir. Serahsî, *Mebsut*, XII, 205.

<sup>342</sup> Kadın akit ve miktarını belirleme ile mehire gayrı mustakır bir şekilde malik olur. Ölüm ya da ilişki ile mehir müstakır hale gelir. Karafî, *Furuk*, III, 177.

<sup>343</sup> Zira hakim borçluların hakkı için bunu alabilir. Nevevî, *Mecmu*, V, 317.

meclis muhayyerliği ya da Şart muhayyerliği olan akitle intikal eden milk mustakır olmayan milkdir.<sup>344</sup>

---

<sup>344</sup> Bu akitlerde milk'in akdin inikadıyla oluştuğunu Őöyleyenlere göre milk gayrı mustakırdir. Nevevî, *Mecmu*, IX, 260. Hanbelilerde de Şart muhayyerliğinde milk kasır olarak oluşur. İbn Receb, *Kavaid*, s, 301.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### YARI AYNİ HAKLAR VE ALACAK HAKLARI



Önceki bölümde incelediğimiz milk niteliğindeki haklar eşya üzerindeki temel yetkileri ifade etmekle birlikte tüm malvarlığı hakları milk mahiyetinde değildir. Birinci bölümde hakların sınıflaması başlığında ortaya koyduğumuz gibi İslam hukukunda eşya üzerindeki yetkiler milk-hak-ibaha şeklinde üçe ayrılmaktadır. Milk terimini yukarıda incelediğimiz için, bu bölümde doğrudan aynı haklar arasında yer almayan yetkileri ele alacağız. Bu bağlamda özellikle dar anlamda ‘hak’ niteliğinde görülen ve açıkça milk teriminin kapsamı dışında tutulan yetkileri ve bu konunun bir devamı olarak düşündüğümüz, hiçbir aynı nitelik taşımayan ‘ibaha’ nitelikli yetkileri ele alacağız. Diğer taraftan günümüz hukukunda aynı hakların karşısında yer alan ‘alacak hakları’ teriminin İslam hukukundaki varlığını inceleyerek ‘alacak’lar üzerindeki hakkın mahiyetini tespiti çalışacağız.

## I- YARI AYNİ HAKLAR

### A- HAK-MİLK AYIRIMI VE YARI AYNİ HAK TERİMİ

Hak-milk ayırımındaki ‘hak’ terimi dar anlamda eşya üzerindeki en güçlü yetkileri ifade eden milk’in bütün unsurlarını taşımadığı için ona göre ikincil derecede birtakım yetkilerden oluşan özel bir hak türüdür. Temel aldığımız dört fıkıh doktrininde de ‘hak’ ve milk ayırımı mevcuttur. Bu ayırım kaynaklarda değişik şekillerde ifade edilir. Kaynaklarda bazen birtakım hakların milk’e benzediği ve milk’in gücüne yaklaştığından bahsedilmektedir. Mesela mudarebe akdinde işgücünü ortaya koyan mudaribin, kazanç üzerinde paylar taksim edilmeden önceki hakkının milk’e benzediğinden bahsedilir.<sup>1</sup> Bazen de birtakım yetkilerin zayıf bir milk olduğu ifade edilerek burada ‘hak’ grubuna giren yetkiler ifade edilmek istenir. Çoğunlukla da milk ile ‘hak’ grubu yetkiler açık olarak birbirinden ayrı hak türleri olarak ele alınır.<sup>2</sup> Özellikle İbn Receb *Kavaid* adlı eserinde milk nitelikli hakların yanında ‘hak’ terimiyle ifade ettiği ve bizim yarı aynı haklar demeyi uygun gördüğümüz bir hak grubunun olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Klasik literatürde ‘hak’ grubundaki yetkiler için hak ya da malî hak teriminin dışında özel bir terim üretilmemiş olması yukarıda da belirttiğimiz gibi karışıklığa

<sup>1</sup> Bkz., Serahsî, *Mebusut*, II, 201-202; Kasanî, *Bedâi*, VI, 100.

<sup>2</sup> ‘Hak’ ve milk terimlerinin iki ayrı hak türünü ifade ettiğine dair hakların sınıflamasını ele aldığımız birinci bölümde verdiğimiz örneklere ilave olarak şu alıntılar incelenmesi bu ayırımı daha açık ortaya koyar: Serahsî, *Şerhu siyeru’l-kebir*, IV, 1298; İbn Nüceym, *Eşbah*, s. 375; Şevkani *Neylü’l-evtar*’da şöyle der: “Sular iki gruptur. İlki ittifaq ve icma ile hak’tır. İkincisi ise yine icma ile milk’tir.” V, 364. Ayrıca bkz. Karafî, *Furuk*, II, 201; İbn Hümmam, *Fethu’l-kadir*, VI,7; Serahsî, *Mebusut*, XXIII, 161, 178, 180; Baberti, *İnaye*, V, 472.

sebebiyet verebilecek bir durumdur. Bu husus genel anlamda hak teriminin kullanıldığı alanları artırdığı gibi, hak kelimesinin herhangi bir kullanımında ne anlama geldiğini anlamayı da zorlaştırmaktadır. Ancak hak kelimesini tahlil ettiğimiz ilk bölümde temas edildiği gibi hak terimi sürekli olarak ikincil olma, ya da bir asl'ın fer'i olma anlamını arka planda taşıdığı için bu kullanımında da hak, milk'in bir fer'i durumundadır. Bundan dolayı aynı hak anlamında milk terimi ifade edilmek istendiğinde kural olarak hak kelimesine izafe edilmeden yalın halde kullanılır.

Klasik kaynaklarda bu şekilde ele alınan 'hak/hukuk' niteliğindeki haklar çağdaş çalışmalarda açık olarak ortaya konulmamıştır. Görebildiğimiz kadarıyla hukuk seviyesindeki hakları, bir bütün olarak işleyip analiz eden çağdaş bir çalışma mevcut olmamakla beraber ilk olarak Chehata burada 'hakku't-temellük' dediğimiz hak türünün 'yarı aynı bir hak' olduğunu ifade etmiştir. Bu hak grubunu tanımlama noktasında "yarı aynı haklar"<sup>3</sup> kavramının kullanılması kanaatimizce isabetlidir. Bunun dışında bu seviyenin değişik türleri olduğunu da belirterek farklı bir hak kategorisi olduğunu ifade etmiştir.<sup>4</sup> Zerkâ da bu terimi yerinde bularak bu tür hakları 'yarı aynı hak' ya da 'aynî hak benzeri' olarak niteler. Chehata ve Zerka bu yarı aynı hakların tam olarak hangi tiplerden oluştuğunu ortaya koymamış olsalar da 'hakku't-temellük' için yapılan bu nitelemenin diğer hak türleri için de geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim Zerka bu nitelemeyi diğer bir 'hak' türü olan 'hakku't-taalluk' terimi içine giren haklar açısından da geçerli görmektedir. Bu hakların aynı haklara benzerliği, aynı hak özelliklerinin bir kısmını taşımakla birlikte –ele alacağımız şekilde- tam olarak aynî niteliğe ulaşmamasıyla ilgilidir. Bundan dolayı bu hakların tam olarak aynı olmamakla birlikte yarı aynı hak olarak adlandırılmaları isabetli bir niteleme olarak görülmektedir. Ayrıca bu haklar milk niteliğinde olmasa da bazı türlerinde milk'e dönüşmeleri ya tek taraflı bir irade beyanına ya da başka bir hukuki fiilin meydana gelmesine bağlıdır. Özellikle 'hakku'l-milk grubunda hakkın milke dönüşmesi neredeyse kaçınılmazdır ve 'hakku'l-milk bu anlamda geçici bir hakkı ifade etmektedir. Diğer taraftan klasik kaynaklarda eşya üzerindeki yetkiler daha yaygın bir ayrımla milk ve ibaha olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunun anlamı milk özelliği taşımayan yetkilerin doğrudan ibaha niteliği taşıyacağını ima etmektedir. Bu sebeple bu haklar milk niteliğinin tamamen dışında yetkiler olmadığı için adeta milk ile ibaha yetkileri arasında, ancak açıkça

<sup>3</sup> Yarı aynı haklar "Un droit semi-reel's" tabiri için bkz. Chehata, *Theorie Generale*, s. 176.

<sup>4</sup> Chehata, *Theorie Generale*, s. 176. Ayrıca Bkz. Senhurî, *Masadıru'l-hak*, I, 12-13.

ayni haklara daha yakın özelliğindedir. Bu nitelemeyle, bu hak grubunu yalın olarak 'hak' kelimesiyle nitelemenin doğuracağı mahzurlar da ortadan kalkmış olacaktır.

O halde fıkıh literatüründe milk'i de içine alan genel anlamda ve üst kavram şeklinde bir hak kavramının yanında, ondan dar anlamda bir 'hak' terimi daha vardır ki bu iki hak kavramının mahiyeti birbirinden farklıdır.

## B- YARI AYNİ HAK TÜRLERİ

"Hukuk" denilen yarı aynî haklar, milk (ayni hak) grubuna oranla daha az rastlanılan türler olmakla birlikte yine de geniş bir muhteva ve çeşitliliğe sahiptir. Böyle bir hak seviyesinin varlığı kabul edilerek, aynî haklar-yarı aynî haklar şeklinde bir ayırım yapılması ve yarı ayni hakların beş türe ayrılarak her bir tür için özel terimler üretilmesi islam hukukçularının geliştirdikleri hukuk tekniği açısından önemli bir başarı olarak görülebilir. Yarı aynî haklar grubu şu haklardan oluşur:

### 1-Hakku'l- Milk

#### *a-Tanım ve Hükümleri*

Hakku'l-milk teriminin teknik anlamını ortaya koymadan önce Arap dili açısından bu terimi fıkıhçıların nasıl oluşturduğunu belirlemekte fayda vardır. Birinci bölümde fıkıhın değişik alanlarında kullanılan özel hak terimlerinin arkasındaki temel anlamlardan birinin, ikincilik ve bir asl'ın fer'i olma anlamı olduğunu belirtmiştik. Bu anlam değişik bağlamlarda ortaya çıktığı gibi hakku'l-milk teriminde de görülebilir. Zira 'hakku'l-milk' 'hakikatu'l-milk'e göre ikincil yetkililerdir. Dolayısıyla 'hakku'l-milk' teriminin salt dilsel bir analizle henüz gerçek anlamda bir milk'e yani hakikate dönüşmemiş bir hakkı dile getirmekte olduğu anlaşılabilir. Milk, yukarıda belirlediğimiz yetkinin bizzat kendisini ve hakikatini ifade ederken, hakku'l-milk milk'in 'hak' halini ifade eder. Hak'kın milk'e dönüşmesini engelleyen mani kalktığı anda ise hak, hakikate halini alır.<sup>5</sup> Hak ile hakikat terimleri arasındaki bu ilişkiden dolayı klasik literatürde milk terimi, mülkiyeti ya da ayni hakkı ifade edeceği zaman kural olarak hak terimiyle birlikte (hakku'l-milk şeklinde) kullanılmaz.

Özel bir hukuk terimi olarak sıklıkla kullanılsa da klasik kaynaklarda hakku'l-milk'in açık bir tanımına rastlamak güçtür. Değişik kullanımlarını ve kapsamını inceledikten sonra bu terimi şöyle tarif edebiliriz: "Kişinin bulunduğu bir hukuki

<sup>5</sup> Serahsî, *Mebcut*, XV, 123-124. Ayrıca Bkz. İbn Hümmam, *Fethu'l-kadir*, VIII, 300.

durum vb. dolayısıyla sebebi olmuş ancak tam olarak milke dönüşmemiş yarı aynî bir haktır. Bu hakkın milke dönüşmesi hukuki bir işleme yani tek taraflı bir irade kullanımına bağlı olmayıp başka bir hukuki fiile bağlıdır. Örneğin mükateb kölenin, kazancı üzerindeki hakkı, hakku'l-milktir. Mükateb köle efendisiyle yapmış olduğu anlaşma ile mali konularda hukuki tasarruflarda bulunma yetkisi kazanmaktadır. Üzerinde anlaşılan meblağı ya da işi yerine getirdiği anda köle hürriyetine kavuşacaktır. Ancak kölelik hali tam olarak kalkmadığı yani henüz rakabesi üzerinde efendisinin hakkı devam ettiği için kölenin edindiği mallar üzerindeki hakkı tam bir ayni hak/milk değildir. Çünkü ayni haklara sahip olmak için kölelik halinin ortadan kalkması gerekmektedir.<sup>6</sup> Yine gazilerin daru'l-islam'da taksimi yapılmadan önce ganimet malları üzerindeki hakkı, hakku'l-milk olup ganimetin gaziler arasında taksim edilmesiyle milk'e dönüşür. Ganimetin savaş sonrası ele geçirilmesiyle milk doğrudan oluşmasa da milk'in sebebi ortaya çıkmıştır ve bu sebep sonucunu tam olarak İslam ülkesinde ganimetin taksimi ile doğurur.<sup>7</sup> Bu noktada ganimetin taksim edilmemesi, milkin oluşması için bir engel konumunda olup taksim ise bir hukuki işlem mahiyetinden çok hukuki sonuç doğuran bir fiil ve olaydır.<sup>8</sup>

Hakku'l-milk yarı aynî hak türleri arasında milk'e en yakın olan hak tipidir. Bundan dolayı hakku'l-milk'in, hakku't-temellük'ten daha güçlü olduğundan ya da bir açıdan milk gibi değerlendirildiğinden bahsedilir.<sup>9</sup> Şafii kaynaklarında bundan, zayıf ya da nakıs milk olarak bahsedilmesi de bu durumu ortaya koyar.

Hakku'l-milk, milkin oluşması için kişinin tek taraflı bir irade kullanımına ihtiyaç hissettirmedeğinden adeta milk ile aradaki engelin kaldırılmasını beklemektedir. Bu açıdan hakku'l-milk'in milke dönüşmesi –kural olarak- bir hukuki işleme ihtiyaç duymaz ve aradaki engel kalktığında hak doğrudan milk'e dönüşür.

Hakku'l-milk bir eşya üzerinde kurulmuş müteekkit bir hak niteliğinde olduğundan birinci bölümde belirttiğimiz şekilde müteekkit hakların genel özelliklerini taşır. Bu hak, bir eşya üzerinde kurulmuş bir yetki niteliğindedir. Bunun anlamı bu hakkın mücerret haklardan olmayışdır. Hakların genel sınıflamasında belirtildiği gibi mücerret haklar belirli bir eşya üzerinde kurulmuş ve hiçbir şekilde

<sup>6</sup> Burada Hanefiler henüz mal olma statüsünden tam olarak çıkmadan malik olma vasfının kazanılamayacağını belirtir.

<sup>7</sup> Kasañi, *Bedai*, VII, 121.

<sup>8</sup> Müsterek mülkiyetteki taksim, hisselerin değişimi anlamı taşıdığı için hukuki işlem olsa da burada milk taksim ile oluşacağı için salt bir kabz fiilinden ibaret olarak düşünülmektedir.

<sup>9</sup> İbn Hümam, hakku'l-milk'in gerçek milk'e temellük hakkından daha yakın olduğunu ve bunun bir açıdan milk olduğunu belirtir. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, III, 400. Kasañi de bu hakkın bir bakımdan milk gibi olduğunu belirtir. *Bedai*, II, 339-340.

milik niteliği taşımayan haklardır. Hakkı'l-milk ise dış muhteva açısından aynı özellik taşımakta yani hak sahibine üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilecek bir yetki vermektedir. Mirasla intikal etmesi de mümkündür.

#### *b- Türleri*

İbn Receb Hanbeli doktrinindeki hakkı'l-milk niteliğinde olan üç hak tespit ettiği halde diğer doktrinleri de ele aldığımızda bu sayı artar. Bu türleri şu şekilde belirleyebiliriz:

1- Hakkı'l-milk en temel örneklerinden biri mükatebin kendi kazancı üzerindeki hakkıdır.<sup>10</sup> Mükatebin, kazancı üzerinde bir tür aynı hakkı vardır. Bu da özellikle mükatebin, kazancı üzerinde zilyet olup dilediği tasarrufta bulunması noktasındadır. Mükatebin malları/kazancı üzerindeki tasarruf bakımından mükatebin efendisi üçüncü şahıs, mükateb ise hür kişi hükmündedir.<sup>11</sup> Bundan dolayı Hanefiler mükatebin 'yed' ve 'tasarruf' bakımından malik olduğunu belirtirler.<sup>12</sup> Bu anlamda malın ayn'ında ise efendinin hakkı vardır.<sup>13</sup> Efendinin mükateb kölenin malı üzerindeki hakkı hakkı'l-milk en temel örneklerinden biridir. Efendi, mükatebin rakabesine malik olup kazancı üzerinde ise hakkı'l-milk'i vardır<sup>14</sup> ve onun belirtilen miktarı temin edememesi durumunda sözleşme sona ererek mükateb yeniden normal köle hükmüne geri döner. Şafii doktrininde mükatebin hakkının zayıf milk olduğu ifade edilmekle birlikte<sup>15</sup> bunun hakkı'l-milk niteliğinde olduğu da genellikle kabul edilir.<sup>16</sup>

2- Gazilerin ganimet üzerinde, savaş bitip malların daru'l-islamda taksiminden önceki hakkı.<sup>17</sup> Ganimet üzerinde gazilerin ferdi mülkiyetlerinin oluşması için ganimet malının daru'l-harbten daru'l-islama taşınması ve daru'l-islamda gazilere taksim ile paylaşılması gerekir. Buna göre savaş bitip ganimet ele geçirildiğinde gazilerin ganimet üzerinde hakkı'l-milk'i doğmuştur.<sup>18</sup> Bu hak Hanefi fıkıhçıların tabiri ile zayıf yani tekküt etmemiş, güç kazanmamış bir haktır. Bu yüzden mirasla intikal etmez ve itlaf edilen kısmı tazmine konu olmaz.<sup>19</sup> Ganimet malları daru'l-

<sup>10</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 188, 386.

<sup>11</sup> Serahsî, *Mebcut*, VII, 222-223.

<sup>12</sup> Serahsî, *Mebcut*, XV, 123-124.

<sup>13</sup> Serahsî, *Mebcut*, VII, 158.

<sup>14</sup> Serahsî, *Mebcut*, VIII, 79.

<sup>15</sup> Zerkeşî, *Kavaid*, III, 239, Ensarî, *Esne'l-metalib*, IV, 496-497.

<sup>16</sup> Ensarî, *Esne'l-metalib*, IV, 499

<sup>17</sup> Kasanî, *Bedaî*, VII, 120-121; İbn Hümam da bu hakkı analiz ederken onun hakkı't-temellük değil, hakkı'l-milk olduğunu belirtir. *Fethu'l-kadir*, V, 479.

<sup>18</sup> Kasanî, *Bedaî*, VII, 122.

<sup>19</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, V, 479. Bu seviyede hak, mücerred bir haktır. VII, 122.

islama taşınarak ihraz edildiğinde ise zayıf olan hakku'l-milk güçlenmiş olmaktadır. Bu seviyede artık hak güç kazandığından mirasla intikal edebilmekte ve telef edildiğinde tazmine konu olmaktadır. Ayrıca arkadan gelen destek güçler ganimete ortak olamamaktadır. Zira bu seviyede artık hakkın sübutunun sebebi olan düşmana üstünlük kurma (kahr) kesinleşmiştir. Hak güçlendiğinden dolayı taksim edilmeye de elverişli hale gelmiştir.<sup>20</sup>

Klasik fıkıh kitaplarının 'siyer' bölümünde her ne kadar devletler arası ilişkiler söz konusu edilse de özel hukuka ait sorunlar klasik eserlerde her zaman ilk planda ele alınırlar. Bu bakımdan özellikle Hanefi ve Şafii mezheplerinde harp sona erdikten sonra gazilerin ganimet üzerindeki haklarının hukuki tahliline büyük önem verilmiştir.<sup>21</sup>

3- Kurduğu ağda av olduğu halde vefat eden kişinin, ihramda olan varisinin bu hali devam ettiği süre boyunca ağa takılmış olan av üzerindeki hakkı hakku'l-milktir.<sup>22</sup> Bu örnekte daha açık ortaya çıktığı üzere hakku'l-milk'in milk'e dönüşmesi için hak sahibi kişinin yeni bir irade beyanında bulunmasına gerek olmayıp hakkın, milk nitelikli olmasını engelleyen maninin bir şekilde ortadan kalkması gerekmektedir. Bu örnekte ihramdan çıkılması ile bu engel ortadan kalkmaktadır.

4- Hanefilerin değerlendirmesine göre Şafiilerde babanın çocuğunun malında hakku'l-milki vardır.<sup>23</sup> Hanefiler ise babanın oğlunun malı üzerinde ne milki ne de hakku'l-milki olduğu görüşündedir.<sup>24</sup> Hanefiler, çocuğun kendi malı üzerinde, o malın babasının milki olmasını imkansız kılacak derecede tasarrufta bulunabildiğini,

<sup>20</sup> Kasanî, *Bedâi*, VII, 122.

<sup>21</sup> Bu hakkın niteliği ile ilgili olarak ilk teknik incelemeyi Serahsî yapsa da gerek Şerhu's-siyer'de gerekse *Mebсут*'ta bu hakkın kavram olarak niteliğini açıkça ifade etmez. Sadece harbin bitmesiyle oluşan hakkın daru'l-islamda ihraz ile teekküt ettiğini belirtir, *Mebсут* X, 50. Semerkandi ise gazilerin ganimeti elde edip onu istila etmeleriyle bu ganimet üzerinde hakku'l-milk yada hakku't-temellük niteliğinde bir haklarının oluştuğunu belirtir, *Tuhfetü'l-fukaha*, III, 297. Kasani de aynı şekilde bu hakkın hakku'l-milk ya da hakku't-temellük olduğunu belirterek net bir açıklama yapmaz. Hakkı tanımlayışı hakku'l-milk tanımına daha uygundur. Ancak bu dönemde bu hakkın niteliği tam olarak belirlenmiş değildir diyebiliriz. İbn Hümam da bu hakkı analiz ederken onun hakku't-temellük değil de hakku'l-milk olduğunu açıkça ortaya koyar, *Fethu'l-kadir* V, 479. Kasani'nin bu seviyedeki hakkı bir izah tarzına göre milku'l-amm olarak nitelemesi İbn Hümam tarafından reddedilir. Buna göre burada (Kasani'nin dediği gibi) müşterek bir milkten söz edilebilseydi ihraz sonrası gazilerden birinin bir köleyi azad etmesiyle kölenin azat olması gerekirdi. Zira müşterek milkin hükmü budur.

<sup>22</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 188.

<sup>23</sup> Serahsî, *Mebсут*, V, 122-123; İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, III, 409.

<sup>24</sup> Serahsî, *Mebсут*, V, 122.

bu sebepten dolayı babanın çocuğun malında hiç bir şekilde milki olmadığını belirtir. Hanefilerde bu yetki az sonra ele alacağımız gibi hakku't-temellük tarzındadır.

5- Yine Hanefilerin değerlendirmesinde İmam Şafii'ye göre mükateb kölenin malı üzerinde efendinin hakku'l-milk'i vardır.<sup>25</sup>

6- Hanbelilerde bir rivayette, deynin kapladığı tereke gibi bir mani sebebiyle mirasla intikal etmeyen tereke üzerinde varislerin hakkı da hakku'l-milk olarak değerlendirilir.<sup>26</sup>

7- Hanefilere göre mudaribin kazanç üzerindeki hakkı.<sup>27</sup> Zira sermayenin ayn'ına sermaye sahibi malik olsa da bunun üzerinde tasarruf etme yetkisi mudaribin olduğu gibi kazanç da aralarında ortaktır. Taksim edildiğinde ise hak milk'e dönüşür.

## 2- Hakku't-Temellük

### a-Tanım ve Hükümler

Klasik kaynaklarda karşımıza en çok çıkan yarı ayni hak türü olan hakku't-temellük, kişinin bulunduğu hukuki bir durum sebebiyle tek taraflı iradesini kullandığında bir ayn ya da menfaat üzerinde milk nitelikli bir hak sahibi olmasını sağlayan yetkidir.<sup>28</sup> Mesela kendisine icap yöneltilmiş olan kişi kabul hakkına sahiptir. İcabi kabul ettiği anda akdin özelliğine göre bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak akdin konusu üzerinde milk nitelikli bir yetkiye sahip olabilmektedir. Yine şuf'a hakkı sahibi bu hakkını kullandığında satılan bir gayri menkule malik olabilmektedir. Görüldüğü üzere hakku'l-milk'te henüz milk hiçbir şekilde oluşmamış ancak hak sahibinin iradesini beyan etmesiyle milke dönüşecek bir yetki ortaya çıkmıştır.

Hakku'l-milk, milke daha yakın bir hukuki durumu ifade ederken burada ortada henüz milk denilmeye müsait bir hak yoktur. Milkin ortaya çıkması hak sahibinin hakkını kullanmasına yani bu yönde bir irade beyanında bulunmasına bağlıdır. Bu anlamda milkin oluşması tek taraflı bir irade açıklamasına bağlıdır.

<sup>25</sup> Serahsî, *Mebhut*, V, 122-123; Babertî, *İnaye*, III, 409.

<sup>26</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 188.

<sup>27</sup> İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, VII, 272.

<sup>28</sup> Elmalılı İslam Hukuku Kamusu'nda bu hakkı şöyle tanımlar: "Başkasının mülkünü şeri bir sebep ile kendi mülküne alabilmek hakkı olup şuf'a hakkı bunlardan biridir. Mukabili hakk-ı milktir." Müellif hakk-ı milk'i "bilfiil subut-i milkiyetten ibaret olan hak olup mukabili 'hakk-ı temellüktür" şeklinde tanımlasa da (Kamus, II, 197) burada hakk-ı milk'ten milk'i kastetmekte olduğu açıktır. Diğer yandan hakk-ı temellük ve hakk-ı milk terimlerinin birbirinin karşısı kavramlar olarak sunulması yerine kanaatimizce bunların iki ayrı hak seviyesi olduğundan bahsetmek daha doğru olacaktır.



Hakku'l-milkte ise en azından dış muhtevası açısından aynı hak oluşmuş ancak belirli engeller dolayısıyla bu tam bir aynı hakka dönüşmemiştir. İslam hukukçularının tasvirine göre hakku'l-milkin, milke dönüşmesi için yeni bir olayın gerçekleşmesi gerekirken hakku't-temellükte kişiye salt bir irade açıklama yetkisi verilmiştir ki bu yetki kullanılmadıkça eşya üzerinde kurulu bir hak söz konusu değildir. Bundan dolayı fıkıhçılar bir mahalde sabit haklar ile sabit olmayan haklar ayırımı yapılırken hakku't-temellük'ün irade beyanını kullanacak kişinin bir vasfı olduğunu ve eşya üzerinde sabit bir hak olmadığını belirttikleri halde hakku'l-milk'in eşya üzerinde kurulu olup milk'e benzeyen bir yetki olduğunu ifade ederler. Ancak buna rağmen bazı haklar bu iki hak türünden her ikisine de benzemekte ve gerek mezhep içinde gerekse bir mezhepten diğerine bu hakların hangi grupta yer alacağı tartışılmaktadır.

Hakku't-temellük günümüz hukukundaki yenilik doğuran haklara benzer yetkililerdir. Burada yenilik, kabul hakkı gibi kurucu yenilik tarzında ya da fesih hakkındaki gibi bozucu yenilik şeklinde olabilir. Kabul hakkını kullanan alıcı mebi'ye malik olduğu gibi, fesih hakkını kullanarak akdi ortadan kaldıran alıcı da elinden çıkan bedele yeniden malik olmaktadır. İslam hukukçuları bu anlamda fesih gibi bir akdi ortadan kaldıran hakları da bu şekilde 'temellük hakkı' olarak nitelerler. Zira İslam hukukçuları neredeyse tüm akitlerin konusunu bir ayn, menfaat ya da intifa üzerinde milk ifade eder şekilde düşünmüşlerdir. Şöyle ki, satım sözleşmesi, satım anlamına gelen sulh, hibe vb. akitler ayn üzerinde milk ifade eder. Kira, ariyet vb. akitler menfaat üzerinde milk ifade eder. Evlilik akdi kadının cinsel menfaatlerinden faydalanma üzerine kuruludur. Vekalet gibi akitlerde de vekilden intifa etmek hakkından söz edilir. İşte bu anlamda konusu milk olan bir akitle ilgili olarak kendisine icap yöneltilen kişinin hakkı kural olarak temellük hakkı olduğu gibi, bu tür akitleri feshetme yetkisi de yine –genellikle- aynı şekildedir.

Temellük hakkı kaynaklarda bu şekilde ifade edildiği gibi zaman zaman Karafî'nin belirttiği gibi “malik olmaya (temellük etmeye) malik olmak” “ya da milk talebinde bulunmayı gerektiren bir sebebin oluşmuş olması” şeklinde terimleşmemiş bir ifadeyle de belirtilir. Maliki mezhebinde hakku't-temellük terimi kullanılmadığı için Karafî bu ifade biçimine başvurmak zorunda kalmıştır.

### *b-Türleri*

1- Babanın oğlunun malı üzerindeki hakkı.<sup>29</sup> Hanefiler'e göre 'Kişi ve malı babasına aittir' hadisi<sup>30</sup> babanın çocuğunun malı üzerinde hakkı olduğunu belirtir. Bu hak ilk bakışta babanın çocuğunun malı üzerinde hakkı'l-milk derecesinde güçlü ve mallar üzerinde sabit bir hakkı bulunduğunu ifade ediyor gibi görünse de İslam hukukçuları bunu hakkı't-temellük niteliğinde görürler.<sup>31</sup> Zira babanın çocuğunun malı üzerinde hakkı'l-milk'i olsa, bu kimsenin çocuğunun kendi cariyesiyle ilişkiye girmesi mümkün olmazdı. Bundan dolayı babanın çocuğunun cariyesiyle ilişkiye girebilmesi için onu önceden temellük etmesi gerekmektedir. Babanın çocuğunun malını temellük edebilmesi kayıtsız olmayıp birtakım şartlara bağlanmıştır.<sup>32</sup>

2- Milk doğuran akitlerde kendisine icap yöneltilen kişinin kabul hakkı.<sup>33</sup> Kabul hakkına sahip olan kişi icabı kabul yönünde irade beyan ettiğinde akdin konusuna malik olmaktadır.<sup>34</sup> Bu hak kişinin tek taraflı iradesiyle yeni bir hukuki durum meydana getirdiği için kara Avrupası hukukundaki kurucu yenilik doğuran haklar grubundadır.

3- Akdi yapanın, akdi feshederek milkinden çıkan şeyi geri alma hakkı.<sup>35</sup> Bu hak türü kocası tarafından kendisini boşamak konusunda serbest bırakılan kadın için de söz konusudur. Zira burada kadın kocasının verdiği yetki ile kendi menfaatlerine malik olma yetkisini kazanmış ve boşanmayı tercih ettiğinde evlilik dolayısıyla kocasının milk'i (milku'l-mut'a ya da milku'l-intifa) altındaki menfaatleri tıpkı bir satım akdindeki gibi geri almaktadır. İslam hukukçuları yukarıda kısaca bahsettiğimiz sebeplerden dolayı nikah akdini de malvarlığı hukuku diliyle çözümlediklerinden bu hakkı, temellük hakkı olarak düşünürler.<sup>36</sup> Bu tür terim birliği

<sup>29</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 188.

<sup>30</sup> { أنت و مالك لأبيك }, Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 179, 204, 214; İbn Mace, *Ticarât*, 64.

<sup>31</sup> Serahsî, *Mebcut*, XVII, 115. Bu hakka bağlanan sonuçlar için bkz. Abdulaziz Buharî, *Keşfu'l-esrar*, II, 211-212; İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, III, 407.

<sup>32</sup> Bunlarla ilgili olarak bkz. Behutî, *Keşşafu'l-kınâ*, IV, 318-319.

<sup>33</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 188; İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 254.

<sup>34</sup> İbn Receb kabul hakkının tam olarak oluşmadığı bazı halleri de tahlil eder. Mesela pazarlık eden (müştâm) ve kız isteyen (hatıb) kişide, temellük konusunda bir rağbet ortaya çıkmakla birlikte milk sebebi inikat etmezse bu durumda üçüncü şahısların tarafların arasına girmesi (muzâhame) caiz olmamakla beraber yaptığı akit sahih olur. İbn Receb, *Kavaid*, s. 191.

<sup>35</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 188. İbn Receb bu hakkın bir yönüyle hakkı'l-milke benzediğini ifade eder. Zira fesih hakkının kullanımı tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hak olarak değerlendirilse de adeta fesih hakkı sayesinde kişi, akitle elinden çıkan milk'i yeniden elde etme imkanı kazanmaktadır. İslam hukukçuları hibe edenin hibeden dönme hakkının da bu bağlamda temellük hakkı olduğunu ifade ederler. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, III, 409.

<sup>36</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, IV, 76-77; Serahsî, *Mebcut*, XIV, 117. Serahsi bu hakkı şuf'a haklarıyla mukayese eder.

kuşkusuz aile hukukunun malvarlığı hukuku teorileriyle izah edildiğinin göstergelerinden biridir.

4- Şuf'a hakkı sahibinin hisse üzerindeki hakkı. Hakku't-temellük'ün en tipik örneği kuşkusuz şuf'a hakkıdır.<sup>37</sup> Şufa hakkı sahibi kişi tek taraflı irade beyanıyla satılan bir mala -tespit edilen bedeli üzerinden- malik olma yetkisine sahiptir.

5- Şafii ve Hanbelilere göre mudaribin kazanç ortaya çıktıktan sonra ve taksimden önce kar üzerindeki hakkı. Buna göre bu hak müteekkit bir haktır, mirasla intikal eder. Eğer sermaye sahibi malı yani kazancı itlaf etse hissesi oranında mudaribe borçlanır. Mudarib hakkını ıskat ettiğinde hakkın düşüp düşmeyeceği de yine hakkın milk olmayıp temellük hakkı olmasına göre çözüme kavuşturulur.<sup>38</sup>

6- Şafii ve Hanbelilere göre taksimden önce ganimet üzerinde hak sahiplerinin hakkı. Gaziler ganimete 'temellük iradesini' kullanarak malik olur. Bu hak kullanıldığında hak milke dönüşür. Buna göre ganimet üzerinde şufadaki gibi temellük hakkı oluşmuştur. Dolayısıyla temellük iradesini kullanmadan ölenlerin hakkı mirasla intikal etmez. Eğer bu iradeden önce haklarını düşürseler hakları düşer.<sup>39</sup>

7- Ganimetin taksiminden önce malını aynıyla ganimet içinde bulan gazinin hakkı. Kafirlerin istila ettiği ve sonrasında onlardan savaş yoluyla geri alınan bu mal üzerinde malın sahibinin temellük hakkı vardır.<sup>40</sup>

8- Birleşmeden önce eşini boşayan erkeğin mehir üzerindeki hakkı. Bu durumda bir görüş erkeğin mehir üzerinde milk nitelikli bir yetkisinin doğrudan meydana geleceği yönündedir. İkinci görüşte ise hakku't-temellük oluşmuştur. Dolayısıyla erkek bunu kullanarak mehrin yarısına malik olabilir.<sup>41</sup>

9- Şafiilere ve Hanbelilerdeki bir görüşe göre lukatayı bulanın lukata üzerindeki hakkı. Buna göre lukatayı alan kendi iradesini açıklayana kadar lukata

<sup>37</sup> Temellük hakkı terimini kullanmayan Malikilerin dışında tüm mezheplerde şuf'anın hakku't-temellük olduğu kabul edilir. Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 188; Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtac*, VI, 53; Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 372; Serahsî, *Mebcut*, XIV, 117; Kasa'nî, *Bedaî*, V, 20; İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, IX, 369.

<sup>38</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 189; Zerkeşi, *Kavaid*, I, 185

<sup>39</sup> Özellikle İbn Hümam'm ortaya koyduğu gibi İmam Şafii'nin bu konudaki görüşü de bu hakkın temellük hakkı olduğudur. Bkz. *Fethu'l-kadir*, V, 478. Ayrıca bkz. Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtac*, VII, 146.

<sup>40</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, 189; Behutî, *Keşşafu'l-kına*, III, 78.

<sup>41</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 189

onun milki altına girmez.<sup>42</sup> Hanefilerde ise lukatayı bulanın fakir olması şartıyla onun üzerinde temellük hakkı olduğu kabul edilmiştir.<sup>43</sup>

10- Hanbelilerde musînin ölümünden sonra musa leh için doğan hak. Buna göre musa leh kabul yönündeki iradesini kullandığında, vasiyet konusu üzerinde milk oluşur.<sup>44</sup>

11- Kişinin kendi toprağında biten ot vb. mubah şeyler veya arazisi üzerinde kendiliğinden yakalanan av ya da balık üzerindeki hakkı. Hanbelilerdeki bir görüşe göre temellük hakkıdır.<sup>45</sup>

12- Şafiilerde ve Hanbelilerde mezhebin meşhur görüşüne göre mevat araziyi taşla çeviren veya böyle bir arazi ihya için kendisine ikta edilen kişinin arazi üzerindeki hakkı.<sup>46</sup> Hak sahibi bu hakkı hibe ve iare vb. bir yolla başkasına nakledebilir. Ayrıca bu hak mirasla intikal eder.<sup>47</sup>

13- Hanefilere göre hata yollu öldürme fiili ya da müessir fiil işleyen köle üzerinde mağdur ya da yakınlarının hakkı da hakku't-temellük grubuna girer.<sup>48</sup> Bunun anlamı mağdur tarafın dilerse köleyi mülkiyeti altına alabileceğidir.

### 3- Hakku'l-İhtisas

#### *a-Tanımı ve Hükümleri*

İbn Receb diğer 'hak' türlerini tarif etmemişken ihtisas hakkını şöyle tanımlar: "Aynına malik olunmayan bir nesnenin sadece belirli bir şekilde yararlanma konusunda inhisar (ihtisas) altında olması, ancak bedel karşılığı devredilme imkanının bulunmamasıdır."<sup>49</sup>

İhtisas hakkı bundan önce ele alınan hakku'l-milk ve hakku't-temellük'ten farklı özellikte bir hak grubudur. İlk olarak, bu iki türde mevcut yetki ya tek taraflı iradenin kullanılması ya da hukuki bir olay sonucunda milke dönüşme potansiyeli taşımaktadır. Bu hakların önemi zaten milke dönüşmesi olduğu için bu terimler, milke dönüşmeden önceki ara durumları ifade eder. Örneğin mükateb kölenin efendisinin mükatebin kazancı üzerindeki yetkileri son derece sınırlandırılmıştır. Bu

<sup>42</sup> Behutî, *Keşşafu'l-kınâ*, IV, 214, 224; Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 579.

<sup>43</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, II, 424.

<sup>44</sup> Behutî, *Keşşafu'l-kınâ*, IV, 347.

<sup>45</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 190. Bu konuda diğer bir görüş doğrudan milkin oluştuğudur.

<sup>46</sup> İbn Receb, *Kavaid*, 191; Remlî, *Nihayetu'l-muhtac*, V, 340.

<sup>47</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 199.

<sup>48</sup> Serahsî, *Mebcut*, IX, 130.

<sup>49</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s.192. Benzer bir tanım için bkz. Âmilî, *el-İstilahatu'l-fikhiyye*, s. 70.

yetki, mükatebin kazancının sözleşme bedelini karşılayacak meblağa ulaşması ve bunu efendisine teslimiyle milke dönüşecektir. Yine şuf'a hakkında şefi hakkını kullandığında hak konusu nesneye bedelini vererek sahip olabilecektir. İşte bu iki hak seviyesi önemini milkle olan ilişkisinden kazanmaktadır. İhtisas hakkı ise –kural olarak- bu şekilde başka bir milk'e dönüşme potansiyeli taşıyan bir yetki olmaktan çok doğrudan bir nesne üzerinde kurulu yararlanma haklarıdır.

Hanefilerin milk tanımına da yansıyan şekliyle islam hukukçuları milk terimini ihtisasın (inhisar) özel bir türü olarak görmekte-dirler. İhtisasın en güçlü şekli milk terimiyle ifade edilirken milk'in dışında da birtakım 'ihtisas'lar kabul edilmiştir. Milk ile ihtisas hakkı arasında temel bazı farklar vardır. Bu farklar bize ihtisas hakkının neden milk seviyesinde güçlü bir hak olmadığını izah etmektedir. Bunları şöyle belirtebiliriz:

1-Hakkın konusu bakımından: Milkteki inhisar özel mülkiyete konu mallar üzerinde kurulu iken, ihtisas hakkında inhisar iki şey üzerine kurulabilir: Bunların ilki milk niteliğindeki hakları kabul etmeyen, milke konu olamayacak şeyler üzerinde kurulan ihtisastır. Burada kastedilen 'muhterem şey'ler<sup>50</sup> olup yukarıda belirtildiği gibi Hanefi dışındaki mezheplerde<sup>51</sup> bunlar üzerinde milk nitelikli yetkiler kurulamaz. Mesela av için kullanmak üzere köpek edinen kişinin bu köpek üzerindeki hakkı bir ayni hak türü olan mülkiyet niteliğinde olmayıp ihtisas hakkıdır. Bunlar mal olmadığı için üzerindeki hak da milk niteliğinde değildir. Zira genel kural gereği milkin konusu mallardır. İkincisi ise milki kabul eden nesnelere üzerinde kurulan ihtisastır. Mesela şehrin pazar yerlerinde bir satıcının tuttuğu ya da kendisine tahsis edilen mekandaki hakkı böyledir. Yine mubah bir araziyi ihya etmek için etrafını çeviren kişinin hakkı bu şekildedir.<sup>52</sup> Görüldüğü üzere ihtisaslar bilfiil özel mülkiyet altındaki şeyler üzerinde kurulu olmayıp, muhterem nesnelere hiçbir şekilde milk konusu olmayacak şeyler üzerinde; diğer türlerde ise o anda özel mülkiyete konu olmamış eşyalar üzerinde kuruludur.

2- Hakkın verdiği yetki bakımından: Milk, bir ayn ya da menfaat üzerinde kurulu olup kural olarak bu ayn ya da menfaati bedel karşılığı devretmek de dahil olmak üzere hukuki işlemlere konu yapma yetkisi vermektedir. Menfaatler üzerinde kurulu olan milkte hak sahibi menfaatlerden dilediği gibi istifade edebilmektedir. İhtisaslar ise bir nesnenin menfaatleri üzerinde kurulu olmalarına rağmen bunların

<sup>50</sup> Muhterem şey kavramıyla ilgili olarak bkz. İkinci Bölüm, Mal Terimi.

<sup>51</sup> Hanefi mezhebinde faydalanılması mubah olan şeyler necis de olsa mal niteliğinde görülerek milk'e konu olmaları mümkün kabul edildiğinden bu bağlamda 'ihtisas' terimi kullanılmaz.

<sup>52</sup> Abbadî, *el-Milkîyye*, I, 161.

bedel karşılığı devredilmesi mümkün değildir.<sup>53</sup> Ayrıca nesneden sınırlı bir şekilde faydalanma hakkı vermektedir.

3-Hukuki koruma bakımından: Özellikle muhterem nesnelere üzerindeki ihtisas hakları, konusunun mal olmaması sebebiyle hukuk tarafından milk gibi korunmaz. Bundan dolayı bir av köpeğini öldüren onu tazmin etmediği gibi. Gasbeden geri verme yükümlülüğü olsa da itlaf ettiği menfaatleri tazmin etmez. Zira bunların ne ayn'ı ne de menfaati hukuki bir değer ifade eder.<sup>54</sup> Bütün bu hususlar ihtisas haklarındaki menfaatlerin hukuki bir değerinin olmadığı ve bundan dolayı bu menfaatlerin başkasına devredilmesinden ve itlafından bedel alınmadığını gösterir.

4-İhtisaslara konu olan nesnelere ihtisas hakkından vazgeçilmesi ile ihtisas zayıflar. Milk ise böyle değildir.<sup>55</sup> Mesela kişi elindeki meyve derisini bırakır da onu başkası alıp tabaklarsa ona malik olur.<sup>56</sup>

Bu tür farklarına rağmen ihtisas hakkı ile milk arasında temel bir benzerlik olarak hak sahibinin hak konusu eşyaya 'zilyet' olması gösterilebilir. Bu eşya milk'e konu olamadığı için İslam hukukçuları bunun 'yedu'l-ihstias' yani zilyetlik konusunda bir inhisar olduğunu ifade eder.<sup>57</sup> İslam hukukçuları ihtisas hakları ile ilgili temel hükümleri bu hakkın sağladığı 'zilyetlik' özelliğinden hareketle çözüme kavuştururlar. Öyleki ihtisas hakları, satım sözleşmesi gibi bedel karşılığında başkasına devredilemese de birtakım işlemlere ve hukuki olaylara konu olabilir. Bunları şöyle belirleyebiliriz:

1-İhtisasa konu olan nesnelere köpek, meyve derisi vb. mal olmasa da gaspa konu olabilir.<sup>58</sup> Bundan dolayı Şafiiler gaspın tanımını muhterem nesnelere üzerindeki ihtisas haklarını da içine alacak şekilde genişletmişlerdir. İhtisas haklarının itlafında tazmin gerekmediği<sup>59</sup> halde bunları gasbedenin iade etmesi<sup>60</sup> ve geri vermeyle ilgili masrafları karşılaması gerekir. Bu nesnelere aynları kıymetsiz iken gasbı anında iadesinin gerekmesi zilyetlikle açıklanabilir.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Nevevî, *Ravda*, III, 339; Nefrâvî, *el-Fevakihi'd-devvânî*, I, 387.

<sup>54</sup> İhtisasa konu olan nesnelere gasb ve itlaf edilse ne aynları ne de menfaatleri tazmine konu olur. Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 594. Hanbelilere göre de aynı hüküm geçerlidir. Behutî, *Keşşafu'l-kânâ*, III, 154.

<sup>55</sup> Milkten vazgeçildiğinde milk sona ermez. İbn Nüceym, *Eşbah*, s. 375.

<sup>56</sup> Zerkeşî, *Kavaid*, I, 186; Ensarî, *Esne'l-metalib*, I, 559.

<sup>57</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 198.

<sup>58</sup> Kalyubi, *Haşiye*, III, 27.

<sup>59</sup> İbn Kudame, *Muğni*, IV, 172

<sup>60</sup> Behutî, *Keşşafu'l-kânâ*, IV, 77-78.

<sup>61</sup> Muhterem olmayanlar üzerinde hiç bir "zilyetlik/yed" sabit değildir. Bunları ellerinde bulunduranın elinden alanın onu geri vermesi gerekmez.

2- İhtisasa konu olan şeyler mirasla intikal eder ve vasiyete konu olabilir. Özellikle Hanbeli ve Şafii mezhebinde ihtisas haklarına konu olan nesnelere mirasla intikaline zilyetliğin bir elden diğerine intikali;<sup>62</sup> vasiyete ise zilyetliğin bedelsiz nakli olarak bakılmaktadır.<sup>63</sup>

3- Hanbeli ve Şafii mezheplerinde ihtisasa konu olan nesnenin hibe edilebilmesi hakkında iki ayrı görüş vardır. Bir görüşe göre muhterem nesnelere hibesi caizdir. Zira hibe bedelsiz de olsa bir malın temlikidir. Oysa muhterem nesne mal olmadığından üzerinde mülk nitelikli yetkiler kurulamaz ve dolayısıyla temlik mümkün olamaz. Ancak Şafii ve Hanbeli hukukçular mezhep içinde muhterem nesnelere hibesinin caiz olacağına dair rivayetleri değerlendirerek zilyetliğin nakli (naklu'l-yed) gayesiyle olursa buna cevaz vermişlerdir.<sup>64</sup> Hanbeli mezhebinde de aynı durum geçerlidir ve bu konudaki ihtilaf, vasiyet gibi hibenin de zilyetliğin nakli anlamına geldiği için caiz olduğu şeklinde bir teoriyle sonuçlandırılmıştır.<sup>65</sup>

4- Hanbeli ve Şafiilerde zilyetliğin nakli düşüncesi zamanla kapsamını bu terimin kuşatamayacağı kadar genişleterek ihtisas konusu nesnelere kiraya verilmesi de aynı çerçevede düşünülmüştür. İhtisas haklarının satımı caiz olmadığı halde ihtisastarın kiralanmasının caiz olduğu şeklindeki görüşlerin dayanağı ve izahı, zilyetliğin naklinden bedel almak (muavaza) olarak yorumlanır. Alınan bedel, mali değeri olmayan bir şeyin aynına değil, üzerindeki zilyetliğin naklin bedelidir. Şafiiler açısından da aynı yaklaşımın varlığından bahsedilebilir.<sup>66</sup> İhtisas konusu nesnelere iare akdine konu olmasına ise daha sıcak bakılmaktadır.<sup>67</sup>

#### *b- Türleri*

1- 'Muhterem' şeyler üzerindeki haklar. Mesela, av köpeği gibi üzerinde onu avda kullanacak olanın hakkı,<sup>68</sup> tutuşturmada kullanılma vb. bir yolla kendisinden faydalanılan, harici bir sebeple necis olmuş yağlar üzerindeki haklar, tabaklanmış meyve derisi üzerindeki haklar böyledir. İslam hukukçuları muhterem hamr'lar üzerindeki ihtisastarları<sup>69</sup> da böyle değerlendirir. Zira hamrın bu haliyle mala dönüşme ihtimali söz konusudur.

<sup>62</sup> İbn Receb, *Kavaid*, 198; Behûfî, *Keşşafu'l-kand*, III, 154; Nevevî, *Ravda* VI, 118.

<sup>63</sup> Nevevî, *Ravda*, VI, 118; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 172. Bu konuda ayrıca bkz. İkinci Bölüm, Muhterem şey terimi.

<sup>64</sup> Şirbîni, *Muğni'l-muhtac*, II, 341. Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, VI, 304, VII, 19.

<sup>65</sup> İbn Kudame, *Muğni*, IV, 172; İbn Receb, *Kavaid*, s. 198.

<sup>66</sup> Nevevî, *Ravda*, V, 15

<sup>67</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 198.

<sup>68</sup> İbn Receb, *Kavaid*, 198 Ali Adevî, *Haşiye*, VII, 78; İbn Abdusselam, *Kavaid*, II, 86.

<sup>69</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 173.

2- İbadet ya da mübah bir şey için mescitlerde vb. oturma. Oturan, oturduğu yerde kendi iradesiyle kalkana kadar hak sahibidir. Eğer bir ihtiyaç dolayısıyla ya da geri dönmek üzere kalkmışsa, yeri üzerinde en çok hak sahibi olan odur.<sup>70</sup>

3- Belirli bir süre için sahihsiz ve yerleşim yerinin merafıkından olmayan bir bölgeye yerleşen kimselerin (göçebelerin) bu süre boyunca buradaki hakkı bir tür ihtisas hakkıdır. Bunların söz konusu yerde milk amacı yoktur, sadece zilyetlik şeklinde beliren bir ihtisasları (ihtisasu'l-yed) vardır.<sup>71</sup>

4- İhya için mevat arazinin etrafını çevirme ile oluşan ihtisas.<sup>72</sup>

5- Çarşılarda, satış yerlerinde öncelik hakkı.<sup>73</sup>

6- Mülk altındaki malların merafığı<sup>74</sup>. Yollar, finalar<sup>75</sup>, su mecrası gibi. Hanbelilerde ağırlık kazanan görüşe göre ihtisas hakkına konudur. Finalar, bir belde ahalisine ait irtifaklar (merafıku ehli'l-belde) mamur bir bölgenin harimi, hima gibi yerler üzerindeki hak milk değildir. Bunlar üzerindeki hak ihtisastır. Mevat arazi bunları içermemesi için 'üzerinde ihtisas tarzı yetkilerin ve milkin bulunmadığı arazi' şeklinde tanımlanmıştır.<sup>76</sup> Dolayısıyla bu tür merafıka ihya ile malik olmak mümkün değildir. Hanbelilerde diğer bir görüş ise merafığın milk altında olduğudur. Bu görüş Ahmed b. Hanbel ve Hıraki'nin kuyunun hariminin milk altında olduğuna dair rivayetini esas alır.<sup>77</sup>

Hanefiler fina vb. merafığın milk altında olmayıp belde ahalisinin ihtisasında olduğunu benimserken<sup>78</sup> kuyu vb.'in hariminin milk altında olduğunu kabul eder.<sup>79</sup>

<sup>70</sup> İbn Receb, *Kavaid*, 198; Nevevî, *Ravda*, V, 296-297.

<sup>71</sup> Kasanî, *Bedai*, VII, 291; Ensârî, *Esne'l-metalib*, II, 452.

<sup>72</sup> İhya için ölü arazinin etrafını çeviren kişinin hakkı, Şafiilerde ihtisas olarak nitelenmiştir. Ensârî, *Esne'l-metalib*, II, 336; Remlî, *Nihayetu'l-muhtac*, V, 340-341. Hanefilerde de ihtisas hakkı terimi bu anlamda yaygınlaşmasa da bu durumdaki yetki, ihtisas hakkına benzerdir. Bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, III, 555.

<sup>73</sup> Nevevî, *Ravda*, V, 296.

<sup>74</sup> Merafık, harim terimini de içine alan geniş bir kapsama sahiptir. Harim merafıktan ölü arazi üzerindeki adı olarak tarif edilebilir. Harim hakkında geniş bilgi için bkz. Bardakoğlu, "Harim", *DİA*, XVI; 188-190. Harim ihya ile yapılan bir imara bağlı olarak meydana gelir ve bu ihyanın konusundan faydalanmayı kolaylaştırır. Bir akarın özel mülkiyete konu olan başka bir akar üzerindeki irtifakları anlamına merafık ise bununla karıştırılmamalıdır. Zira bunlar milk niteliklidir. Buradaki merafık kavramı özel mülkiyete konu olmayan yerler üzerindeki haklar olup milke ya da ihtisasa konu oldukları tartışmalıdır.

<sup>75</sup> Fina, evin yapısının dış kısmında, yoldan arda kalan evin dört bir yanındaki kısımdır. Başka bir ifadeyle fina, evin duvarlarından geniş caddelere bitişik kısımdır. Dar caddelerde ise evlerin o taraftan finası olmaz. Zira eğer fina kabul edilse buralardan gelip geçmek mümkün olmayacaktır. Hattab, *Mevahibu'l-celil*, V, 156-157. Finalar milk değildir; aksine merafıktır. Rahyebanî, *Metalib-i uli'n-nuha*, IV, 78-79; Behûfî, *Keşşafu'l-kına*, IV, 122.

<sup>76</sup> Merdavî, *İnsaf*, VI, 354.

<sup>77</sup> İbn Kudame, *Muğnî*, V, 331; Behutî, *Dekakiku uli'n-nuha*, II, 366.

<sup>78</sup> Kasanî, *Bedai*, VI, 194; Kasanî, *Mebst*, XIV, 97, XIV, 182, XVI, 48.



Şafiilerde de iki görüş var. En sahih olan görüşe göre ise merafika malik olduğudur.<sup>80</sup> Malikilerde ise imar edilen yerin merafiki ve harimi milk altında olmayıp ihtisas altındadır.<sup>81</sup>

#### 4- Hakku't-Taalluk (Eşyaya Bağlanan Alacaklar)

##### a- Tanımı ve Hükümleri

Yarı aynî haklar kategorisinde ele alınan diğer bir hak türü de bir ayn'a bağlanmış alacaklardır. İbn Receb'in 'bir hakkın istifası için ayn'a taalluk eden hak: hakku't-taaluk' dediği bu hak türünü şöyle tanımlamamız mümkündür: Doğrudan borçlu konumundaki kişinin zimmetinde sabit olmayıp (zimmetine taalluk etmeyip) bu kişiye ait belirli bir eşya üzerinde kurulu olan (eşyaya taalluk eden) alacaklardır. İslam hukukçuları sıradan borçlar ile eşyaya bağlanmış borçları birbirinden ayırt ederler.

'Deyn' terimiyle ifade edilen normal borçlar borçlunun zimmetinde sabit olur. Borcun konusu olan 'deyn' somut bir eşya olmadığından alacaklının hakkı da belirli bir eşya üzerinde kurulan haklardan farklıdır. Deyn bu sebepten dolayı belirli bir maddi nesne olmadığından adeta borçlu kişinin bir 'sıfatı' olarak düşünülür ve onun zimmetinde sabit olduğundan ya da deynin zimmete "taalluk ettiğinden" bahsedilir. Dolayısıyla alacaklı alacağını borçluya ait belirli bir eşyadan elde edemeyeceği için alacağını elde edebilmesi borçlunun aracılığına bağlıdır.

İslam hukukçularının borç ilişkilerinde esas aldığı ayn-deyn ayrımını doğrultusunda 'borçlar' bu şekilde ikiye ayrılmakla birlikte klasik literatürde özel ve sayılı bazı durumlarda bazı 'deyn' niteliğindeki borçlar, borçlu kişinin zimmetinde sabit olduktan sonra ya da doğrudan belirli bir malı üzerinde kurulmaktadır. Bu şekilde normal borçlardan (deyn) farklılaşmaktadır. Zira alacaklı olan kişi borçlu olan kişiden alacağını talep etme hakkına sahiptir ve bu, tıpkı sıradan borçlara benzemektedir. Ancak burada eşyaya bağlanan alacaklar dediğimiz bu grubu sıradan alacaklardan ayıran temel husus borcun önceden borçlunun zimmetinde sabit olsun ya da olmasın belirli bir mal üzerinde kurulu olmasıdır. Alacaklı kişi talebini ancak

<sup>79</sup> *Mecelle*, md. 1286. Menba, nehir ve kanavat da böyledir. "Ebu Hanife ve İmameyne göre kişi kazmakla kuyuya ve etrafındaki harime malik olur. Serahsî, *Mebcut*, XXVII, 22.

<sup>80</sup> Şafiilerde ihya ile kişinin ihtiyaç duyduğu merafika malik olduğu görüşü daha üstündür. Buna göre araziye ihya eden kişi fina, yol, su mecrası, kuyunun harimi gibi şeylere malik olur. Şirazi, *Mühezzeb*, I, 431, Nevevî, *Ravda*, V, 282.

<sup>81</sup> Uleyş, *Minahu'l-celil*, IV, 13; Ali Adevî, *Haşiye*, VII, 69.

bu eşya üzerinden yapabilmekte ve borçlu kişi tüm malvarlığı ile sorumlu olmamaktadır.

Bu tür hakları aynî haklara yaklaştıran temel neden hak sahibinin doğrudan bir eşya üzerinde kurulu olan bir hakkı talep etme yetkisinin olmasıdır. Bu şekilde hak sahibi mal başkasına intikal etmiş olsa bile hakkını yeni malike karşı ileri sürebilir. Burada alacak, hakkın tipine göre borçlunun şahsından değişik oranlarda bağımsızlaşarak bir ayna bağlanmıştır. Bu hakların aynî olmasını engelleyen husus ise mesela tereke üzerindeki haklarla ilgili olarak veresinin bütün borcu ödeyerek terekeyi borçtan kurtarmalarının mümkün olmasıdır. Bu durumda tereke alacaklılarının bunu kabul etmeyip borçlarının doğrudan terekeden ödenmesini isteme hakları yoktur. Zira onların haklarının asl'ı terekenin mali değeri üzerinde kurulu olup terekenin aynı üzerinde kurulu bir hak niteliğinde değildir.<sup>82</sup>

Çağdaş yazarlardan Senhurî bu tür haklardan özellikle haczedilen borçlunun malları ve tereke üzerinde alacaklıların hakları örneklerinden hareketle bu tür yetkilerin aynî nitelikte olduğunu belirtir. Senhurî islam hukukunun aynî-şahsi hak yerine malvarlığı hukuku alanında ayn-deyn ayrımını kabul ettiğini ortaya koyduktan sonra ayn üzerinde kurulan hakların ayni nitelikte, deyn üzerinde kurulanların ise alacak haklarına benzediğini ifade eder. Buradan hareketle tereke üzerinde alacaklıların hakkının ve benzer diğer hakların ayni nitelikli haklar olduğu sonucuna varır. Zira bu haklar eşyanın mali değeri üzerinde kuruludur ve eşyanın intikal ettiği herkese karşı ileri sürülebilir ki bu ayni hakkın özelliğidir. Buna göre mahcur olan borçlu ya da borçlu olarak vefat eden kişinin malları üzerinde iki hak vardır. İlki alacaklıların hakkıdır ki bu, tereke ya da malın mali değerine taalluk eder, diğeri ise borçlu kişi ya da alacaklıların hakkı olup bu ise malın ya da terekenin aynına taalluk eder. İlki rehne benzeyen ferî aynî bir haktır, ikincisi ise mülkiyet olup asli ayni bir haktır.<sup>83</sup> Görüldüğü üzere Senhurî'nin bu yorumu bu hakları yarı ayni hak olarak niteleyen Zerka'nın görüşünden farklıdır. Diğer yandan İbn Receb de bu hakları açıkça ayni haklardan ayrı bir hak seviyesi olarak sunmuştur. Kanaatimizce Senhuri'nin bu yoruma ulaşmasının sebebi ayn üzerinde kurulan hakların kural olarak ayni hak; deyn üzerindeki (zimmette sabit olanların) ise alacak hakkı niteliğinde olacağına dair yaptığı genelleme ile ilgilidir ki bu genelleme görüldüğü üzere her zaman doğru sonuca ulaşmamaktadır.

<sup>82</sup> Bkz. Zerka, *Medhal*, I, 48.

<sup>83</sup> Bkz. Senhurî, *Masadiru'l-hak*, I, 37. Senhurî, ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla bu görüşlerinde Ali Hafif'ten etkilenmiştir.

Normal borçların ‘milk’ seviyesinin dışında ayrı bir hak kategorisi olarak sunulmamasına rağmen bu tür eşyaya bağlanmış alacakların (taalluk hakları) ‘milk’ seviyesinin altında yarı ayni haklar grubunda yer alması ilk planda araştırmacıya şaşırtıcı gelebilir. Zira normal deyn zimmette sabit bir vasıf olarak değerlendirilmekle birlikte birçok fıkıhçı tarafından ‘zayıf’ da olsa ‘milk’ niteliğinde iken burada bir ayn’a bağlanmış deyn’lerin milk niteliğinde görülmemesi klasik literatürdeki ayna bağlı hakların zimmette sabit haklardan güçlü olduğu şeklindeki meşhur kaideye aykırı gibi görünebilir. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken husus eşyaya bağlanmış borçların doğrudan borçlunun malı üzerinde kurulu olmalarıdır. Dolayısıyla sıradan deyn zimmette sabit bir vasıf olup alacaklının malvarlığına dahil iken burada, alacaklının hakkı başkasının (borçlunun) malvarlığına dahil bir eşya üzerinde kurulmaktadır. Dolayısıyla bu eşya üzerindeki ayni hak eşyanın o anki sahibi olan borçlu kişiye aittir.

İslam hukukçularının bu tür, eşyaya bağlanan borçları ayni hak seviyesinin dışında ayrı bir hak türü olarak takdim etmeleri ve bunun için hakku’t-taalluk terimini geliştirmeleri hukuk tekniği açısından son derece önemlidir. Bu ayırım, ayrıca İslam hukukundaki ayn ve deyn ayırımı üzerine kurulan hakların arasında kalan bir ara seviye hakları ifade etmesi bakımından Türk hukuk dogmatiklerinde ‘Eşyaya bağlı borç’ müessesesiyle de benzerlik arz etmektedir.

Eşyaya bağlı borçlar, tarafları eşya üzerindeki bir yetkiye (ayni hak sahipliğine veya zilyetliğe) göre belirlenen nisbi nitelikte borç ilişkileridir.<sup>84</sup> Burada şahsi nitelikli talep hakları ayni haklara benzer şekilde sadece ilişkinin tarafı olan şahıslara karşı değil, eşya üzerinde sonradan ayni hak kazanan şahıslara karşı da ileri sürülebilmektedir.<sup>85</sup> İşte bu durumda bu hakların niteliği ayni haklardan da şahsi haklardan da farklılaşmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda hakim kanaat “eşyaya bağlı borç” denilen bu tür, etkileri güçlendirilmiş şahsi hakların niteliğinin değişmediği, normal borçlardan farkının hakkın niteliğinde olmayıp sadece borç ilişkisinin taraflarının tespitinde olmasıdır ki bu da tarafların özellikle de borçlunun eşyaya bağlı olarak belirlenmesidir.<sup>86</sup> Eşyaya bağlı borç kökleri Roma hukukuna ve müşterek hukuka dayanır. Roma hukukundan gelen ve sonraları müşterek hukukta “actiones in rem scriptae” adı altında toplanan bazı davalar eşyaya bağlı borçların temelini oluşturur. Bu davalardan biri “Actiones noxales”dir.<sup>87</sup> Bunlar bir köle

<sup>84</sup> Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 5.

<sup>85</sup> Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 3.

<sup>86</sup> Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 4.

<sup>87</sup> Bu, İslam hukukundaki bedene yönelik ‘cinaye’ (müessir fiil) davasına benzemektedir.

tarafından işlenen bir haksız fiilden veya bir hayvanın hareketlerinden zarar gören kimsenin, kölenin ya da hayvanın malikine karşı açtığı davalardır. Bu davalarda haksız fiilden zarar gören lehine doğan hak faili takip ederdi. Zarar veren mesela kölenin maliki değişmiş ise noxa (müessir fiilin tazminatı) davası yeni malike karşı açılırdı.<sup>88</sup> Burada borçluluk sıfatının eşya üzerindeki bir yetkiye bağlandığı görülmektedir. Türk hukukunda eşyaya bağlı borçlara örnek olarak ise müşterek mülkiyette paydaşların paylarıyla oranlı olarak ortak masraf ve diğer yükümlülüklere katılma borcu, malikin intifa, irtifak ve sükna hakkı sahiplerine edim yükümlülükleri<sup>89</sup>, irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmak üzere kayıtlı gayri menkulde yaptığı tesislerin bakım ve muhafaza borcu, şerhedilmiş şahsi haklar (şufa vefa iştirah hakları)<sup>90</sup> gösterilebilir.

Burada özellikle 'Actiones noxales' davasındaki hakkın islam hukukundaki az sonra ele alacağımız kölenin klenin işlediği müessir bir fiilde (cinaye fima dune'n-nefs) kölenin malikinin mağdur tarafa tazminat borcuna büyük ölçüde benzemektedir. Bu durum iki müessesenin birbirine benzerliğini ortaya koymakla birlikte islam hukukunda eşyaya bağlanan alacakların büyük bir kısmı günümüz hukukunda ya hiç düzenlenmemiş ya da açıkça ayni ya da alacak hakkı olarak düşünülmüştür.

Eşyaya bağlanan borçlar klasik kaynaklarda ayn-deyn ayrımının adeta özel bir türü ve ara seviyesi niteliğinde olduğu için klasik kaynaklarda sıklıkla normal borçlarla mukayese edilerek farklılığı vurgulanmıştır. Ancak bu hak türünün ayrı bir kategori olarak ifade edilmesi ve türlerinin belirlenmesi ilk olarak İbn Receb tarafından gerçekleştirilmiştir. İbn Receb bu hak türünün hukuki niteliğini yaptığı sınıflamayla bu kadar açık ortaya koymasaydı, klasik literatürün incelenmesiyle böyle farklı bir hak türünün net olarak tespiti zor olurdu. Zira hakkı'l-milk, hakkut-temellük, hakkı'l-ihitas terimlerinin aksine bu grubun teknik bir terim olarak açıkça ortaya konulmadığı söylenebilir. Kaynaklarda 'ayn'a taalluk eden hak', 'el-hukuku'l-ayniyye'<sup>91</sup>, 'bir hakkın elde edilebilmesi için borcun ayna taalluku' gibi terimlerle

<sup>88</sup> Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 22

<sup>89</sup> Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 34

<sup>90</sup> Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 35.

<sup>91</sup> Özellikle Maliki kaynaklarda bu tür haklar tereke üzerindeki haklar, sıra düzenine konulurken 'el-hukuku'l-ayniyye' terimiyle ifade edilir ki burada kastedilen, müessir fiil işleyen köleye taalluk eden hak ile rehin gibi bir eşyaya taalluk eden haklar olup bu terim bu tür alacak haklarını normal alacaklardan ayırmak için geliştirilmiştir. Bu terim için yine tereke üzerindeki alacak hakları bağlamında 'ayn'a taalluk eden hak' ifadesi de kullanılır. Ancak bu terimin bu bağlam dışında yaygın olarak kullanıldığını söylemek zordur. Bkz. Haraşi, *Şerhu Muhtasar*, VIII, 196; Desukı, *Haşiye*, IV; 457.

anılmakla birlikte yerleşik ve yaygın bir teknik terim ile ifade edilememiştir. Öyleki çoğu zaman ayna taalluk eden hak terimi çağdaş araştırmalarda islam hukukundaki aynı hakların ifadesi olarak görülmüştür.<sup>92</sup>

### *b-Türleri*

Eşyaya bağlanan alacak haklarının hukuki niteliğini daha iyi analiz edebilmek için klasik kaynaklarda bu türe giren hak türlerini ve özelliklerini ele almamız gerekmektedir.

1- Rehin alanın rehin üzerindeki hakkı: Hanefilerin dışındaki mezheplerde rehin akdinin hükmü, alacak hakkının rehnin aynına taalluk etmesidir. Hanefi mezhebinin yaklaşımı ise rehin alan kişinin rehin üzerindeki hakkını açıkça bir aynı hak olarak değerlendirilir. Yukarıda ele alındığı gibi Hanefi mezhebinde rehin verenin rehin üzerinde milku'l-ayn'ı devam etmekle birlikte, rehin alanın, rehni zilyetliğinde bulundurma ve borç ödenmediğinde rehni paraya çevirerek alacağını tahsil imkanı veren bir aynı hakkı vardır. Diğer mezheplerde ise alacaklının rehin üzerindeki hakkı milk nitelikli olmayıp alacak hakkının rehin üzerine taalluku (deynin ayn'a taalluku) sonucunu doğurur. Bunun anlamı "rehnedilmiş aynın, rehin sebebi olan hakkın (alacak hakkı) edası için taayyunu ve bey ve hibe gibi malikin milku'r-rakabesini izale edecek tasarruflardan men edilmesidir."<sup>93</sup> Zerkeşi deyn'in rehn'e taallukunun bu tür hakların en üst ve güçlü türünü oluşturduğunu ifade eder. Rehin borcun bu şekilde güçlü bir teminatı olduğu için rehin üzerinde tüm borç ödenmeden malikin tasarruflarda bulunması mümkün değildir.<sup>94</sup> Dolayısıyla burada Hanefilerin dışındaki mezhepler açısından zimmette sabit olan bir vasıf niteliğindeki alacak hakkı, adeta zimmetten çıkarak bu ayn üzerinde sabit olmakta ve ona taalluk etmektedir. Borç zimmetten çıkmış ve rehinin varlığına bağlanmış, rehne ait bir borç haline gelmiştir. Daha teknik bir ifadeyle söylersek borçlunun 'borçluluk hali' devam etse bile 'sorumluluğu' rehnin ayn'ı ile sınırlanarak borçlunun diğer malvarlığından arındırılmıştır.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Mesela Bkz. Ebu Sünné, *en-Nazarîyyâtu'l-âmmé*, s. 68-69.

<sup>93</sup> Zencani, *Tahrîcu'l-furû*, s. 123.

<sup>94</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, I, 364, 366. Hanefiler rehni zilyetliğin devamı olma noktasında fiili bir habs ve zilyetlik olarak algılamak Şafii ve Hanbeliler bunu hukuki anlamda bir habs ve tasarruflardan men olarak algıladılar. Onlara göre rehinde borcun öğrenmesi için taayyun eden aynın üzerinde malikin tasarrufları engellenmektedir (hacr).

<sup>95</sup> Hanefi dışındaki mezheplerde rehnedilen eşya, mürtehinin elinde emanet hükmünde olup tazmin sorumluluğu altında değildir. Bu sebepten dolayı rehin telef olduğunda deyn'den bir şey düşmez. Rehin telef olduğunda deynin ayna taalluku ortadan kalkar ve deyn yeniden tümüyle zimmete döner. Hanefilerde ise rehin üzerinde mürtehinin hakkı aynı hak olarak nitelendiği için (milku'l-yed) rehin konusu mal, malın kıymeti ya da deyn'den daha az miktarda olanıyla tazmin

2- Müessir fiilde bulunan köle dolayısıyla oluşan tazmin borcunun kölenin mali değerine taalluku: Bir kölenin işlediği müessir fiil dolayısıyla mağdura ödenmesi gereken erş, kölenin efendisinin zimmetinde sabit olmayıp<sup>96</sup> kölenin mali değeri üzerinde ve bu değer ile sınırlı olarak kurulur<sup>97</sup> Bu durumda doğan alacak hakkı, erşin miktarıyla sınırlı olmaksızın kölenin mali değerinin tümüne taalluk eder. Ancak burada borcun asıl olarak efendinin zimmetiyle ilgisi tümüyle kesilmemiştir. Efendinin zimmetinin borçtan kurtulması için ya erş miktarını ödemesi ya da müessir fiili işleyen köleyi alacaklı mağdura vermesi gerekir. Bu durumda kölenin bedeli erş miktarından daha az olsa bile efendi borçtan kurtulur.<sup>98</sup> Kölenin değerinin erşten fazla olduğu durumda dahi hak tüm mali değerine taalluk ettiği için artan miktar efendiye ödenmez.<sup>99</sup>

İslam hukukunda rehin ve müessir fiil işleyen köle (el-abdu'l-canî) örnekleri eşyaya bağlanan alacak haklarının iki önemli prototipidir. Genellikle bu türden diğer haklar bu iki haktan birine benzetilerek çözümlenmeye çalışılır. Buna göre Hanefileri bir tarafa bırakırsak- rehindeki eşyaya bağlanan alacak hakkında, borç önce alacaklının zimmetinde sabit olduktan sonra rehin ile teminat altına alınmasıyla nihayetinde bir eşya olan rehne taalluk etmiştir. Borcun aslı zimmette sabit olduğu için rehlin helakiyle borç ortadan kalkmaz. Bunun anlamı, malını rehin olarak veren kişinin bu malın helakiyle uğradığı kaybın dikkate alınmayıp yeniden zimmetindeki borcu bütünüyle ödeme yükümlülüğü altında olmasıdır. İkinci husus ise rehin verilen eşya üzerinde rehin verenin hukuki tasarruflarının engellenmesidir.

İkinci prototip olan müessir fiilde bulunan köle örneğinde ise rehlin iki temel özelliği söz konusu değildir. Buna göre tazminat borcu önceden efendinin zimmetinde sabit olmadan doğrudan doğruya kölenin mali değeri üzerinde kurulur. Kölenin ölmesiyle (helak) borç ortadan kalkar ve efendinin zimmetine dönmez. İkinci olarak köle malikinin köle üzerindeki hukuki tasarrufları bütünüyle engellenmiş değildir. Malik dilerse bu köleyi satabilir. Rehlin ile köle örneği

---

sorumluluğu altındadır. (Bkz., Zencanî, *Tahricu'l-furu*, s. 206) Buna göre merhunun değeri deyn'den daha çok ise deyn'in tamamı düşer ve mürtehin mal sahibine ayrıca bir şey tazmin etmez. Bu hüküm rehlin hükümünün milku'l-yed olmasına bağlıdır. Bu merhunun helakiyle rehlin sona ermesini gerektirir. Çünkü rehin ile sabit olan 'istifa açısından yed'dir ve bir şeyi bir açıdan almak onu tazmin konusunda gerçekten alma derecesinde ele alınır. Zencanî, *Tahricu'l-furu*, s. 207.

<sup>96</sup> Rehlin, borçlunun zimmetinde sabit olan bir alacağın rehin verilen mala taalluku şeklinde iken, kölenin müessir fiilinde hak doğrudan kölenin rakabesine taalluk eder ve başka bir taalluku yoktur. Zerkeşi, *Kavaid*, I, 365.

<sup>97</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s., 193.

<sup>98</sup> Ebu Ganîme, *Tabiatu hukuku'd-dainin*, s. 8.

<sup>99</sup> Şafiilerde en sahih görüş budur. Bkz. Zerkeşi, *Kavaid*, I, 366.

arasındaki üçüncü bir fark da kölenin cinayetinin erşinin bir kısmı ödendiğinde köle üzerinde onun miktan borçtan kurtulur. (infikak)<sup>100</sup>

İşte İslam hukukçuları genellikle bu kategorideki diğer hak türlerini bu iki modele bağlı olarak izah etmektedirler.

3- Alacaklıların hakkının tereke üzerine taalluku:Normal borçlar zimmette sabit olduklarından dolayı vefat eden kişinin zimmeti ölüm ile ya son bulur ya da yeni borçlara mahal olamayacak kadar zayıflar. Bundan dolayı alacaklıların hakları, vefat edenin bıraktığı tereke üzerine taalluk eder. İslam hukukçuları bu hakkı milk nitelikli kabul etmeyip<sup>101</sup> alacaklıların haklarının varislerin milki altına giren terekeye bağlanmış bir alacak hakkı olduğunu benimserler. Çağdaş yazarlardan Ebu Ganime, alacaklıların tereke üzerindeki hakkının islam hukuk doktrinlerinde açıkça alacak hakkı ve aynı haklardan farklı olarak ‘eşyaya bağlı bir borç’ (deynun ayniyyun) şeklinde ele alındığını belirterek bu hak türünün özelliğini belirlemiştir.<sup>102</sup>

Tereke üzerindeki alacak bu genel kanaate göre terekenin mirasçılara intikalini engellemez. Ancak burada bunun müessir fiil veya rehindeki taalluk gibi olduğu konusu tartışmalıdır. Hanefiler ve Hanbelilerin çoğunluğu bunu rehin örneğine benzetir. Adeta tereke alacaklılar açısından rehin gibidir. Her varis kendi payına düşen borç karşılığı tereke üzerindeki payını rehnetmiş gibi düşünülür. Bu düşünceye sahip olan hukukçulara göre (özellikle Hanbeliler) alacak, terekenin her bir cüzüne taalluk eder ve tüm borç ödeninceye kadar terekenin hiçbir kısmı bu borç yükünden kurtulamaz. İkinci olarak rehindeki asıl borç gibi burada da borç, vefat edenin zimmetinde kalmaya devam eder.<sup>103</sup> Rehne benzerliğinde üçüncü bir nokta da alacakların terekeye taallukunun, tereke üzerindeki tasarrufların sıhhatini engellemesidir.<sup>104</sup>

Bazı Şafii ve Hanbeliler ise kanun dolayısıyla gerçekleşen böyle bir ilişkiyi rehne benzetmek yerine müessir fiil erşine benzetirler.<sup>105</sup> Buna göre veresenin tereke üzerinde satım vb. tasarrufları caizdir. Çünkü milk onlara intikal etmiştir. Bu

<sup>100</sup> Zerkeşî, *Kavaid*, I, 365.

<sup>101</sup> “Veresenin hakkı tereke malının aynına; alacaklıların hakkı ise onun aynına değil de mali değerine (maliyyetine) taalluk eder. Alacaklıların tereke üzerindeki hakkı milk değil de haklarını ondan elde etme hakkıdır.” Simavî, *Camîu’l-fusuleyn*, II, 32; Bkz. Ebu Ganime, *Tabiatu hukuku’d-dainin*, s. 8.

<sup>102</sup> Ebu Ganime, *Tabiatu hukuku’d-dainin*, s. 8-12. Yazarın eşyaya bağlı borç teorisini ortaya koyuşu için bkz. s.45-57.

<sup>103</sup> Hanbelilerde diğer görüşe göre borç veresenin zimmetine geçer.

<sup>104</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s. 193-194.

<sup>105</sup> Zerkeşî, *Kavaid*, I, 365; Ebu Ganîme, *Tabiatu hukuku’d-dainin*, s. 9; Ayrıca Bkz. Serahsî, *Mebsut*, V, 120.

tasarruf, borcun tazmini şartıdır. Eğer tereke üzerinde tasarruf ederlerse terekenin ya da deynin hangisi az ise onu tazmin ederler.<sup>106</sup>

4- Musa leh'in hakkının mala taalluku. Miras bırakan kişinin yaptığı vasiyeti bazı Hanbeliler normal borç (deyn) hükmünde görür. Ağırlık kazanan görüşe göre ise vasiyet deyn'den farklı olup musa leh'in hakkı terekenin aynına taalluk etmiştir. Verese onun hakkını -başkasıyla- değiştiremez. Bu hak tereke alacaklılarının hakkından da bazı noktalarda ayrılır. Zira deyn (alacak) sahibinin hakkı tereke ve zimmettedir. Veresenin bunu başka bir şeyden ödeme hakkı vardır. Musa leh ise, belirli biriye kendine vasiyet edilen kısımda vereseye ortakır (şerik). Belirsiz biriye -fakir ve miskinler gibi- veresenin, musa lehin nasibini ayırcaya kadar tasarruf yetkisi yoktur.

5- Zekatın nisap miktarı mala taalluku. Hanefilere göre zekat tamamen ayn üzerinde kurulu olduğu ve zimmete taalluk etmediği için bir alacak hakkı formunda değildir. Bundan dolayı zekat gerektikten sonra nisap miktarı mal telef olsa bunun zekatını vermek gerekmez. Zekat borcu bütünüyle eşya üzerinde kurulu bir borç olup zimmetle ilgisi yoktur. Şafiilerde ve Hanbelilerde ise zekat zimmette sabit bir borç olup nisap miktarı malın ayn'ına taalluk eder. Başka bir deyişle hem ayn'a hem de zimmete taalluk eder. Mal telef olsa da zimmetteki borç durduğu için zekat ödenir.<sup>107</sup> Şafiilerde diğeri kadar yaygın bir görüş de zekatın Hanefilerdeki gibi ayn'a taalluk edip zimmette zekat adına bir şeyin sabit olmadığıdır. Ancak malı telef eder ya da sene geçtikten sonra onun üzerinde tasarruf ederse zimmette sabit olur.<sup>108</sup> Zekat borcunun ayn'a mı zimmete mi taalluk ettiği konusu, bu konudaki pek çok ihtilafın kaynağı durumundadır.<sup>109</sup>

Bu türlerin dışında alacaklıların hakkının iflas eden kişinin mallarına taalluku; alacaklıların hakkının me'zun kölenin malına taalluku; fakirlerin hedy ve belirli kurbanlar üzerine taalluk eden hakkı<sup>110</sup> da bu hak grubu içinde yer almaktadır.

#### 5- Haku'l-İntifa

Haku'l-intifa, klasik literatürde İbn Receb'in ortaya koyduğu şekilde sınırlı bir kaç yetkiyi ifade etmekte olup diğerk 'hak' türleri kadar yaygın bir kullanıma ve öneme sahip değildir. Ancak bu detay gibi görünen konuların bile teknik terimlerle

<sup>106</sup> Behuti, *Keşşafü'l-kana*, III, 439.

<sup>107</sup> Subkî, *Fetavá*, I, 196.

<sup>108</sup> Zerkeşî, *Kavaid*, I, 366; Behuti, *Keşşafü'l-kana*, II, 181.

<sup>109</sup> Mesela bkz. İbn Receb, *Kavaid*, 370-371.

<sup>110</sup> Bkz. İbn Receb, *Kavaid*, s. 195.



ifadelendirilmesi İslam hukukçularının terimlere verdiği önemi göstermesi açısından önem taşır.

Hakku'l-intifa bir başkasına ait nesne üzerinde doğrudan hukuki işlem ile kurulu olmayıp kanundan doğan ya da bir hukuki işlemde ek olarak doğan faydalanma yetkilerini ifade eder. Bu yetkide, milk olması için aranan nitelikler olmadığı ve hak sahibi şahsa bu intifanın dışında başka hiçbir yetki tanınmadığı için hak seviyesinde kalmış ve hakku'l-intifa olarak nitelenmiştir.

Hakku'l-intifa kavramının pozitif hukuklardaki intifa kavramıyla doğrudan bir ilgisi yoktur. Çağdaş fıkıh literatüründe hakku'l-intifa terimi zaman zaman sınırlı aynı hakları ve özellikle pozitif hukuktaki intifa ve irtifak haklarını ifade etmek için kullanılmakla birlikte bu, günümüz hukukunda 'intifa hakkı' denilen terimin karşılığı olup incelemekte olduğumuz hakku'l-intifa ile ilgisi yoktur.

Kaynaklarda hakku'l-intifa terimi oldukça az kullanılır. İbn Receb bu terim için üç örnek verse de bu terimin Hanbelilerin dışında bu hak türlerini ifade için kullanıldığını görmek zordur. Bu üç tür şunlardır.

1- Bir kimsenin, zararı olmamak kaydıyla komşusunun duvarına giriş koyma hakkı. Hanbeli mezhebinde bu hak eğer kira vb. işlemlerle kuruluyorsa milku'l-menfaa; iare, izin vb. hukuki işlemlerle kuruluyorsa milku'l-intifa niteliğinde görüldüğü halde doğrudan kanundan doğuyorsa bu defa hakku'l-intifa olarak değerlendirilir.

Hanbelilerde meşhur olan görüşe göre bu hak doğrudan kanundan doğabilir. Buna göre, komşunun, inşaat yapmak için girişleri, diğerinin duvarına bindirmesi zaruri ve bu iş diğer taraf için bir zarara yol açmayacak halde olursa kanuni bir irtifak hakkı doğmuş olur.<sup>111</sup>

2- Zorunlu kalındığında başkasının arazisinden ya da su kanalından atık ya da temiz su akıtma hakkı. Hz. Ömer'in buna hükmetmesi sebebiyle hanbeli mezhebinde iki rivayetten biri böyledir.

3- Üzerinde olgunlaşmamış ve bir defada toplanacak ekin bulunan ya da olgunlaşmamış meyveleri olan ağaç satıldığında, meyve ağaçta; ekin ise toprakta hasat zamanına kadar –ücretsiz olarak- bırakılsa burada arazi sahibinin, sattığı arazi üzerindeki hakkı bir tür intifa hakkıdır. İntifa hakkı olan bu kişi araziye ekinden boşaltarak hasat vaktine kadar araziden istifade (intifa) etmek ya da kiraya vermek

<sup>111</sup> Bkz. Behuî, *Keşşüfu'l-kanâ*, III, 411.

istese bunu yapamaz.<sup>112</sup> İntifa hakkı sahibi, arazideki ekini erkenden kestiğinde normal hasat vaktine kadar ondan istifade edemez.<sup>113</sup>

Hanbeliler özellikle irtifak mahiyetindeki ilk iki yetkiyi hak sahibinin bu hakkı milkin naklini ifade eden bir tasarrufla değil, doğrudan kanundan dolayı kazanması sebebiyle milk niteliğinde görmezler. Türk hukuk dogmatikliğinde aynı hak olup olmadığı konusunda tartışma olan bu tip doğrudan kanundan doğan irtifakların<sup>114</sup> hakkı'l-intifa terimiyle ifade edilip milk nitelikli yetkilerden ayrıştırılması İslam hukukunda kanundan doğan irtifak haklarının niteliğinin tespiti açısından dikkate değer bir durumdur.

İrtifak tipi olan haklarda komşunun hak sahibi olduğu intifa üzerinde başkasına iare etme vb. bir yolla hukuki tasarrufla bulunması mümkün değildir.<sup>115</sup> Diğer yandan bu yetki milk niteliğinde olmadığından dolayı hakim akar malikinin, komşusu ile bir bedel karşılığında kirış koyma hakkının kurulması ya da sona erdirilmesi için sulh akdi yapması caiz değildir. Zira bu durumda hadim akar maliki kanunen üzerine gereken bir şeyden bedel almış olacaktır ki bu mümkün değildir.<sup>116</sup> Dolayısıyla bu hak, sahibi açısından da milk nitelikli bir yetki görünümünde değildir.

### C- ÇAĞDAŞ YAZARLARIN HAK SEVİYESİNİ ALGILAYIŞI

İslam hukukunda milk ile ibaha arasındaki ayırım çağdaş literatürde açıkça işlenmiş bir ayırım olmakla birlikte hak-milk ayırımı, incelediğimiz temel eserlerin çoğunda aynı oranda netliğe kavuşturulmuş ve temel esasları tespit edilmiş bir ayırım değildir. Bu husus, kanaatimizce belirli bazı noktalarda klasik literatürün yanlış yorumlanmasıyla ilgilidir. İlk olarak klasik metinler Çağdaş Arapça dil örgüsü ve terimleri esas alınarak okunmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi klasik literatürdeki hakkı't-temellük ve hakkı'l-milk terimleri çağdaş yazarlarca modern Arapça'nın mantığı ile yorumlanarak ilki mülk edinme özgürlüğü ikincisi ise mülkiyet hakkı olarak anlaşılmış ve bu durum, etkileri birçok noktada göze çarpan önemli yanlışlıkları doğurmuştur. Oysa bu terimlerin belirtilen anlamlarla ilgisi olmayıp yarı aynı hak grubunda son derece teknik terimlerdir.<sup>117</sup> Diğer taraftan milk teriminin de tam olarak mülkiyet terimine denk olduğu anlayışının da etkisi vardır.

<sup>112</sup> İbn Receb, *Kavaid*, 192.

<sup>113</sup> İbn Kudame, *Muğni*, IV, 82; Merdavi, *İnsaf*, V, 57.

<sup>114</sup> Bkz. Özakman, *Mecra İrtifakları*, s. 160 vd.

<sup>115</sup> İbn Receb, *Kavaid*, s.192.

<sup>116</sup> Behütî, *Keşşafu'l-kana*, s. III, 311.

<sup>117</sup> Böyle tavırlar için bkz. Abbadî, *el-Milkiyye*, I, 157; Düreyni *el-Hak*, s. 198. Tabliyye, *Hukuk*, s. 50.

Bazı hatalar, klasik literatürde hak teriminin ve ilgili teorik yaklaşımların genel bir analizinin yapılamamış olmasından kaynaklanır. Birçok çalışmada İbn Receb'in beş çeşit olarak belirlediği 'hukuk'un kul haklarını ifade ettiği belirtilerek bu beş temel hak sayılır. Burada yine hakku'l-milk ve hakku't-temellük terimleri araştırmacılar tarafından mülkiyet ve mülk edinme özgürlüğü gibi algılanmıştır.<sup>118</sup> Ancak İbn Receb'in verdiği örnek ve açıklamalardan, bunların, belirtilen karşılıklarla hiçbir ilgisinin olmadığı rahatlıkla anlaşılmaktadır.

Bu hususların dışında özellikle Karafi'nin bir meşhur metninin Senhurî'den itibaren gelen hatalı yorumundan bahsedilmelidir. Senhurî yarı aynı haklardan hakku't-temellük terimiyle ilgili Karafi'nin metnini yorumlaması sonucunda milk dışındaki bu 'hak'ların, bir hak olmayıp hak ile ibaha arasında 'orta seviye'<sup>119</sup> yetkileri ifade ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu yetkilerin hak olarak nitelenmemesi çağdaş yazarların bunların bir altında olan ibaha karakterli yetkilerin hak olmadığını adeta tartışmasız kabul etmesiyle de sonuçlanmıştır.

Orta seviye 'menzile-i vüsta' konusundaki tartışmalara kaynaklık eden Karafi'nin el-Furuk'da yer verdiği 121. Kaide, kavram analizi açısından ilginç noktalar barındıran bir metindir. Burada Karafi'nin ortaya koymak istediği husus doğrudan buradaki yarı aynı haklarla ilgilidir. Maliki mezhebinde, hakku't-temellük ya da hakku'l-milk terimleri olmadığından bu terimlerin belirttiği hukuki durumları algılayıp sağlıklı bir şekilde analiz etme noktasında Maliki mezhebi diğer üç mezhebin sahip olduğu imkana sahip değildir. Karafi'nin de burada çözülemeye çalıştığı sorun bu noktadan kaynaklanır. Karafi bu maddede şunu ortaya koymaya çalışır: Bir kişinin henüz mülkiyetinde olmayan bir mala "malik olmaya malik olan bir kişinin, malik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği" kaidesiyle "milk talebinde bulunmayı gerektiren bir sebep oluşmuş olan kişinin malik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği" kaidesi arasındaki farkı izah amacı taşır. Karafi mezhebin Meşayihinden bir grubun "malik olmaya malik olan bir kişinin malik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği" şeklinde ifade kullanarak meseleyi tartıştıklarını ve buradaki iki ayrı görüş üzerine pek çok furu hükmü bina edildiğini belirtir. Karafi bu başlık altında ele alınan furu hükümlerinin bu kaide altında ele alınamayacağını böyle bir kaidenin batıl olduğunu belirtir. Örnek olarak

<sup>118</sup> *el-Mevsûatu'l-fikhiyye*, XXVIII, 10; Abbadî, *el-Milkiyye*, I, 110.

<sup>119</sup> Senhurî'nin belirttiği 'yenilik doğuran' haklarla ilgili olarak ifade edilen bu ayırım (*Masadıru'l-hak*, I, 9-10) hak ile ruhsat arası bir seviyeyi değil de, aynı haklara benzeyen, aynı hak ile ibaha arası bir seviyeyi belirtir ki bunların hak olduklarında tartışma yoktur. Bunların yalnızca aynı nitelikte olup olmadıkları tartışılmaktadır. Dolayısıyla bunları 'hak' kapsamının dışında ve altında görmek doğru değildir.

şunu verir: ‘kırk koyuna malik olmaya malik olan (gücü yeten) bir kimsenin henüz satın almadan ona malik olduğunu –iki görüşten birine göre- kim tahayyül edebilir ki. Karafi bu durumda o kişinin malik olduğunu iddia edebilecek kimsenin tahayyül edilemeyeceğini ifade eder. Böyle bir durumda kişinin malik olarak nitelenebileceği şeklindeki görüşün en basit bir akıl ve anlama seviyesine sahip olan hiç bir kimse tarafından söylenemeyeceğini ileri sürerek bu görüşü aklen imkansız ve saçma bulur. Bu tür konuların böyle ifadelendirilen bir kaideyle değil de “milk talebinde bulunmayı gerektiren bir sebep oluşmuş olan kişinin malik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği” şeklinde ifadelendirilmesi gerektiğini savunur. Bu kaide başlığı altında ganimetler üzerinde gazilerin hakkı, mudarebede emeğini ortaya koyanın hakkı, şufa hakkı, kabul hakkı vb. konuları ele alır. Bu tür konuların yukarıdaki ilk tasvir tarzıyla ele alınışını ise bu konularla bütünüyle ilgisiz görür. Buna göre bu tür durumdaki kişilerin genel planda (min haysü’l-cümle) malik olarak adlandırılabilirliğini ileri sürer.<sup>120</sup> Karafi’ye göre bu durumu, önceki şekilde tasvir etmek yanlıştır zira bu ifade (malik olmaya malik olmak) mücerret milkin imkan dahilinde olması anlamı içermektedir.

Karafi’nin verdiği tasvirde ‘malik olmaya malik olan’ ifadesi ‘mücerret mülk edinme özgürlüğü’ gibi bir durumu tasvir eder şekilde yorumlanmaktadır ki Karafi’nin suçladığı Maliki meşayih ile birlikte diğer doktrinlerde de bu ifade mülk edinme özgürlüğü anlamına değil de hakku’t-temellük kavramı karşılığında kullanılmaktadır. Karafi’nin burada karşılaştırdığı iki ifade biçimi de hakku’t-temellük veya hakku’l-milk şeklinde diğer doktrinlerde terimleşmiş hak türlerinin Malikilerde terimleşmemiş olması ve bu sebeple uzun ifade biçimleriyle ortaya konulmasıyla ilgilidir. Malikilerin bu iki terimi kullanmamaları sebebiyle bu terimlerin yerine bunların ifade ettiği hukuki durumun tasviri yapılmakta ve Karafi bu tasviri ağır bir şekilde eleştirmektedir. Oysa Karafi’nin dikkatinden kaçan husus şudur ki mezhebin Meşayih hukukçuları dediği grubun bu tasviri, Karafi’nin tasvir ettiği şekilde ‘malik olmaya malik olan’ bir kişinin maddi imkanı sebebiyle kırk koyunu almaya muktedir olması gibi salt bir mülk edinme özgürlüğü değildir. Bu, böyle bir durumdaki kişinin malik olarak değerlendirilebileceği görüşünde olan mezhep Meşayihine ağır ve haksız bir eleştiridir. Zira koyun örneğinde salt maddi durumu uygun olan birinin malik olmaya malik olduğu söylenemez. Burada kastedilen, Karafi’nin tasvip ettiği ifade biçiminin yani “milk talebinde bulunmayı gerektiren bir sebep oluşmuş olan kişinin malik olarak değerlendirilip

<sup>120</sup> Karafi, *Furuk*, III, 41.

değerlendirilemeyeceği” ifadesinin aynısıdır. Malik olmaya malik olmak –genellikle kişinin belirli bir nesne üzerinde mülkiyetinin ya da aynı haklardan diğer birinin oluşmasının kendi tek taraflı iradesine bağlı olduğu bir durumun ifadesidir ki sadece Maliki kaynaklarında değil diğer mezheplerde de bu anlamda kullanılabilir. <sup>121</sup> Bu başlıkta tartışılan da gerçek bir problemdir. Bu tür yetkilerin milk niteliğinde olup olmadığı ise sadece Maliki Meşayih hukukçular tarafından değil hemen bütün mezheplerde özellikle ilk dönemlerde tartışılmıştır. Zira ‘milk’ ve ‘hakku’l-milk’ terimleriyle ifade edilen yetkiler arasındaki fark fikhın oluşumundan itibaren ilk dönemde ortaya konulmuş bir fark olmayıp belirli bir teorik gelişme sürecini gerektirmektedir. Karafi’nin burada karşılaştığı her iki tasvir de kısaca hakku’l-milk ya da hakku’t-temellükün ifadesidir ve Karafi’nin ifade ettiği türden bir yanlışlık söz konusu değildir. Problem, mezhep hukukçularının diğer mezhepler seviyesinde terimler geliştirememesi ve böylesine yaygın olan -şufa, ganimet vb. hukuki olaylar için gerekli kavramları üretmemesidir Nitekim İbn Şat, Karafi’nin Meşayihin ibaresini anlayış biçimini doğru bulmaz ve iki ifade biçimi arasında fark olmadığını belirtir. <sup>122</sup>

Burada içeriğini sunduğumuz metin çağdaş literatürde meşhur olmuş bir metindir. Karafi her ne kadar bu kaidede hakku’t-temellük kavramını kullanmasa da bu metni değerlendiren Senhuri, Karafi’nin karşılaştığı şeyin mülkiyet ile mülk edinme özgürlüğü olduğunu düşünür. O burada Karafi’nin hak ile ibaha/ruhsat seviyesi arasında bir orta seviyeden bahsettiğini ve bu tip orta seviye yetkilerin varlığına Chehata’nın da işaret ettiğini belirtir. Ancak Chehata’nın bunları ‘yarı aynı hak’ olarak değerlendirmesine katılmaz. Ona göre bu orta seviye yetkiler hak olmayıp hak ile ruhsat/ibaha arasında orta seviyeyi oluşturur. Senhuri bunları ifade ettikten sonra sadece hakkı ele alacağını bundan dolayı ruhsat ve ibaha ile hak olmayan bu orta seviyeyi incelemeyeceğini bildirir. <sup>123</sup>

Oysa burada Karafi’nin ne şekilde ifade edileceğini tartıştığı yetkiler hak ile ibaha arasındaki orta seviye olmayıp milk ile ibaha arasındaki bir seviyeyi ifade etmektedir. Senhurî burada ibaha ve ruhsat denilen kamusal özgürlüklerin hak

<sup>121</sup> Oysa bu ifade biçimi Karafi’den önce olduğu gibi ondan sonra da hakku’t-temellük niteliğindeki yetkileri ifade etmek için kullanılmıştır. Mesela, İbn Kudame, şuf’a hakkı sahibi (*Muğni*, V, 192) ve ganimet üzerindeki taksim öncesi yetki için (VI, 236); İbn Receb mudaribin hakkı için (*Kavaid*, 188), Haraşî de efendinin kölesinin malı üzerindeki hakkı için (*Şerhu Muhtasar*, II, 179) bu ifadeyi kullanır. Bu son esere haşiye yazan Ali el-Adevî ise ‘malik olmaya malik olan’ ifadesini milk kurmaya güçlü olan şeklinde izah eder ki (*Haşiye*, II, 179) bu, hakku’t-temellük terimini tasvir etmektedir. Dolayısıyla Karafi’nin bu ifadeyi yorumlayış biçimi esas alınmamıştır.

<sup>122</sup> İbn Şat, *Edrar*, III, 38.

<sup>123</sup> Senhurî, *Masadiru’l-hak*, I, 13.

olmadığı şeklinde genel bir kabulden hareket etmektedir ki bu doğru değildir. Bu yetkilerin hak ile ibaha arasında bir seviye olmayıp, milk ile ibaha arasında olduğundan bahsedilebilir. Ancak bu yetkiler açıkça milk'e daha yakındır ve kaynaklarda milk niteliğinde olup olmadığı tartışılmaktadır. Dolayısıyla bu 'hak'ların hak olup olmadıkları tartışma konusu yapılamaz. Zira bunlar Maliki mezhebinde fazla yaygın olmasa da diğer doktrinlerde açıkça bir hak türü olarak nitelenmiş ve milk'e olan yakınlıkları ifade edilmiştir.

Birçok çağdaş yazar üzerinde Senhurî'nin bu algılaması etkili olmuş ve klasik kaynaklar çoğu defa Senhuri'nin bu yorumlarıyla okunmuştur. Mesela Düreynî bu 'hak'ların 'ruhsat' ile 'hak' arasında bir orta seviye olduğunu düşünür.<sup>124</sup> Burada Düreynî milk dışında da açıkça varlığı kabul edilen 'hukuk' seviyesindeki haklardan habersiz olduğu ve zihninde sadece hak olarak milk/ayni hak kavramı var olduğu için temellük hakkını milk' seviyesinin altına indirecekken hakkın bir altına indirmektedir. Bu husus Düreynî'nin ibaha nitelikli yetkilerin de hak olmadığını ısrarla savunmasına yol açar.<sup>125</sup>

#### D- İBAHA VE HAK TERİMİYLE İLGİSİ

İslam hukukçuları kul hakları alanında milk ve hak nitelikli hakların yanında eşya üzerinde kurulu ibaha nitelikli birtakım hakların varlığını da kabul etmiştir. Yukarıda incelediğimiz milk teriminde temel unsur bir eşya üzerinde ihtisas ve inhisar içeren yetkiler vermesi, bu yetkinin herkese karşı ileri sürülebilmesi ve hukuki tasarruflara konu yapılabilmesi idi. Bu iki hak türünden sonra üçüncü bir seviye daha vardır ki bu "ibaha" seviyesidir. İbaha nitelikli yetkilerde –kural olarak– ya inhisar ve ihtisas özelliği bütünüyle ortadan kalkmıştır ya da hak sahibinin bu hak üzerinde hiçbir şekilde hukuki tasarruflarda bulunması mümkün değildir. Ancak bu tür yetkiler hukuk tarafından verilen ve korunan yetkiler olmaları bakımından hak niteliğindedir. Milk kavramının inhisar ve hukuki tasarruf kabiliyeti üzerine kurulması, buna karşılık ibahanın ise hak sahibinin belirli bir nesne üzerinde inhisarından bütünüyle arındırılmış olması dolayısıyla ibaha-milk ayırımı klasik kaynaklarda üzerinde dikkatle durulan bir konu özelliği kazanmıştır.

İbaha kelimesi sözlükte serbest bırakma anlamındadır. Mubah ise serbest bırakılan şeydir.<sup>126</sup> Hukuk terimi olarak iki ayrı kapsamı olan bir terimdir. İlk ve dar

<sup>124</sup> Düreynî, *el-Hak*, s. 179–182.

<sup>125</sup> Düreynî, *el-Hak*, s. 198.

<sup>126</sup> Firuzabâdî, *Kamus*, s. 274; Şatibî, *Muvafakat*, I, 69.

anlamda ibaha, özel hukuk ilişkileri bağlamında bir kişinin diğerine verdiği 'izin' için kullanılır. İzin anlamında ibaha şu şekillerde tanımlanmaktadır: Bir aynı tüketmek ya da menfaatten yararlanmak üzere nesne sahibinin verdiği milk nitelikli olmayan bir yetki ve ruhsattır.<sup>127</sup> Mecelle ibahayı şöyle tanımlar: "Bir bedel almaksızın kendi malı ile intifa etmek üzere başkasına ruhsat vermektir."<sup>128</sup> İkinci ve geniş anlamda ibaha ise özel hukuk ilişkilerinin dışında şârinin kamuyu ilgilendiren konulardaki izni anlamına kullanılır. Bu anlamda usul-ı fıkıh açısından kullanıldığı anlamıyla furu açısından kullanıldığı anlam birbirine yaklaşmakta ve şârinin tüm kullara yönelik olarak verdiği izinler ibaha kavramıyla ifade edilmektedir. Cürcanî ibahayı bu geniş anlamıyla tanımlar: "Bir konuda mükellefin dilediği gibi davranması noktasında verilen izindir."<sup>129</sup>

İbaha karakterli yetkilerin niteliğini belirlemek için ibaha kapsamı içinde değerlendirilebilecek yetkileri birbirinden dikkatlice ayırmak gerekmektedir.

Bu bağlamda ilk olarak ibahayı özel hukuk ve kamu hukuku alanındaki ibaha olarak ikiye ayırabiliriz:

A- Özel mülkiyete konu olan bir nesne üzerinde malikin izni ile kurulan yetkiler. Kişinin, arabasına binmesi, yemeğinden yemesi, evinde yatması, arazisinden geçmesi, bahçesine girip meyve yemesi vb. hususlarda bir başkasına verdiği yetki ibaha niteliğindedir.<sup>130</sup> Yemesi için bir şey ibaha edilen kişi o şeye malik olmamakta sadece yemesine müsaade edilmektedir. Başka bir deyişle o kişi ibaha edenin milk'i altındaki şeyi yemektedir. Dolayısıyla başkasına ait bir şey üzerinde satma ya da iare yoluyla hukuki tasarrufta bulunma yetkisi olmayıp yalnızca ibaha edilen hususta yetkilidir. İzin özelliğinde olan bu ibahanın karineler sebebiyle hibe ya da iare gayesiyle olduğuna hükmedilebiliyorsa, buradaki hak, milk olarak değerlendirilebilir. Fakat mücerret bir izin ise bu yetki ibahadır.<sup>131</sup> Bu anlamda bir ayn üzerindeki ibaha hibeye; menfaat üzerindeki ibaha ise iare akdine yaklaşmaktadır. Ancak ibaha ile bu tür işlemler arasında yukarıda ele aldığımız gibi temel bazı farklar vardır.

Buna göre ibaha akdi bir ilişki değildir. Bu bakımdan tarafların icap ve kabulüne ihtiyaç yoktur. Salt iznin varlığı ile ibaha ortaya çıkar. Hatta ibaha edilen kişi bunu reddetse bile bunun geçerliliği yoktur. İzin verilen kişinin izin anında şahıs

<sup>127</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, I,73. (الإباحة تسليط من المالك على الاستهلاك عين أو منفعة.)

<sup>128</sup> *Mecelle*, Md., 1226. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkâm*, III,505; Ayrıca bkz. Zerka, *Medhal*, I,283; Ali Hafif, *el-Milkîyye*, s.70.

<sup>129</sup> Cürcânî, *Tarifat*, s. 29; Diğer tanımlar için bkz. Medkur, *İbaha*, s. 47-49.

<sup>130</sup> Ali Hafif, *el-Milkîyye*, s.70; Zerka, *Medhal*, I, 284.

<sup>131</sup> Zerka, *Medhal*, I,284; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkâm*, II, 506.

ya da isim olarak belirli olması da gerekmez. Mesela bir su kabına, gelip geçenlerin içmesi için su bırakılması böyledir. İslam hukukçuları doğrudan bir kişiye temlik anlamı taşıyan işlemlerle, ibaha arasında teorik olarak ayırım yaparlar. Bundan dolayı özellikle konuğa ikram vb. durumlarda konukların yemek üzerindeki haklarının milk mi ibaha mı olduğunu analiz etme noktasında birtakım zorluklar yaşanmıştır ki bunlara yukarıda temas etmiştik. Burada konuğa ikramın ibaha mı yoksa milk mi olduğu tartışılabilir olsa da ibahanın bir hak hak olarak algılanmaması için bir engel bulunduğunu söylemek zordur. Zira bir kişiye mesela bir yiyecek maddesini ibaha olarak vermek ile hibe olarak vermek arasındaki temel fark hibe alanın buna malik olduğu için onun üzerinde tasarruf etme yetkisi olmasıdır. İbahada ise bu tasarruf söz konusu değildir. Ancak hukuki tasarruf açısından değil de fiili tasarruf ve istifade açısından ikisi arasında bir fark yoktur. Özellikle iare akdi, bir nesneden fiili tasarruf üzerine kurulduğu için ibahaya oldukça yaklaşmaktadır. Hanefiler bundan dolayı Şafiilerin iare akdini ibaha olarak yorumladıklarını düşünür. İslam hukukçuları özellikle milk terimiyle ilgili teorilerin tutarlılığını ortaya koymak için ibaha ile milk terimleri arasındaki ayırımı bazı hallerde abartılı bir biçimde ele almışlardır. Mesela bir kimse ziyafet vererek misafirleri değişik sofralara oturtsa bir sofrada oturanın yandaki sofradakine bir şey vermesinin mümkün olup olmadığı tartışılmış ve bazı fıkıhçılara göre bu caiz görülmemiştir. Hanefilerde kıyas olan da bu görüştür.<sup>132</sup> Hanefi mezhebinin bu konudaki hassasiyeti ikram eden kişinin yemek üzerindeki milkinin devam etmesi ve kendisine ibaha edilen konukların yemek üzerinde hukuki tasarrufta bulunmasının mümkün olmamasıdır. Zira yandakine vermek de bir tür ibaha yani hukuki tasarruftur.

İslam hukukçularının ibaha karakterli bazı yetkileri bu şekilde milkten ayırmaları bunların 'hak' niteliğinde olmadığını göstermez. Zira burada hukuk tarafından korunan bir menfaat söz konusudur. Bir şey üzerinde faydalanma vb. yolla fiili tasarruflarda bulunabildikten sonra hukuki tasarrufta bulunamama o yetkinin milk nitelikli olmadığı anlamına gelse de hak olmadığı anlamına yorumlanamaz. Mesela Şafiilerde kişinin hayatı boyunca yapılan menfaat vasiyeti musa leh'e bu menfaat üzerinde hukuki tasarruf imkanı vermediği için ibaha karakterli bir yetkidir. Burada ibaha teriminde inhisar kadar hak konusu üzerinde hukuki tasarrufta bulunabilme kavramının da kriter olduğunu daha açık ortaya koymaktadır.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> Bkz. Ali Haydar, *Dürrü'l-hukkam*, II, 731-735.

<sup>133</sup> Öyleki milku'l-intifa nitelikli haklar başkasına devredilemediğinden bunlar bir nevi izin ve ibahaya indirgenmeye çalışılmış ve bu bağlamda milk ile ibaha arasındaki ayırım bazı hukukçuların gözünde belirli noktalarda adeta ortadan kaybolmuştur. Mesela Bkz. Karafi, *Furuk*,



Özel ibaha ve iznin ‘hak’ doğurduğu konusunda klasik kaynaklardaki ifadeler yeteri kadar veri sunabilir. Mesela bir akar sahibinin diğerine akarını kullanması için iare yollu izin vermesi karşı tarafa irtifak benzeri bir yetki vermektedir.<sup>134</sup> Hatta böyle mücerret bir izin Maliki mezhebinde aynî nitelikli görülmüştür.<sup>135</sup>

B- Kamu hukuku alanındaki ibahalar. Bütün insanlara yönelik olarak hukuk düzeninin umumi yol, nehir gibi tüm halkın istifadesine açık kamu malları üzerindeki hakları. Örnek olarak bir anayoldan herkes geçebilir ve bir umumi nehirden herkes su alabilir. Çünkü devlete ait olan bu mallardan istifade için hukuk düzeni tarafından verilen ‘umumi bir ibaha’ söz konusudur. Buna göre bir kişinin ibaha karakterli özgürlüklerden yararlanması için herhangi bir hukuki işlemde bulunmasına gerek yoktur. İslam hukukçuları kamuya ait mallar üzerindeki istifade yetkisinin hak niteliğinde olduğunu açıkça belirtmiş ve bu tür yetkileri hak olarak nitelemiştir.<sup>136</sup> Klasik fıkıh kitapları ağırlıklı olarak özel hukuk alanındaki haklarla ilgilenmekle birlikte bu tür haklar kamuya ait, tüm müslümanların hakkı olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla karşımızda özellikle aynı ve yarı aynı haklar şeklinde karşımıza çıkan özel hukuk alanındaki hakların yanında açıkça kamuya ait haklar da söz konusudur. Bu tür haklar hukuk düzeni tarafından korunan menfaatler olduğu için herhangi bir engelleme durumunda hakkın dava yoluyla korunması mümkündür.

---

I, 367. Hanefilerin de iareyi milku’l-menfaa olarak görmeleri temel olarak iare alanın aldığı nesneyi iare ve ibaha edebileceği esası üzerine kuruludur. (Bkz. Ali Haydar, *Düreru’l-hukkam*, II, 411-412) Bu durum da bize milk ile ibaha arasında inhisar unsuru kadar önemli olan diğer bir unsuru göstermektedir ki bu da hakkın konusu üzerinde hukuki tasarruflarda bulunabilme kriteridir.

<sup>134</sup> Senhuri, *Masadıru’l-hak*, I, 64; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s. 79.

<sup>135</sup> Ali Hafif, *Ahkamu’l-muamelat*, s. 55.

<sup>136</sup> Bu noktada şu ifadeler incelenebilir: “Bu nehirlerdeki su ibaha özelliğindedir. Her müslümanın bu nehirlerden faydalanma hakkı vardır.” Serahsi, *Mebcut*, XXIII; 178. “Seyhun ve Dicle gibi büyük nehirlerde kimsenin milki yoktur. Aynı şekilde kimsenin bu nehirlerden su alma konusunda üzerinde özel bir hakkı (hakkun hâssun) yoktur. Aksine bu tüm müslümanların hakkıdır.” Kasanî, *Bedai*, VI, 192. “Nafiz yolun rakabesi hiç bir müslümanın özel mülkü değildir. Sadece herkesin geçit hakkı vardır.” Serahsi, *Mebcut*, XIV, 97; Kasanî, *Bedai*, VI, 49; “O şirb hakkıdır, onların memluküdür, ibaha yoluyla olan şefe hakkı gibi değildir.” İbn Abidin, VI, 442. İslam hukukçuları bu tür yetkileri açıkça “haku’l-amme” olarak nitelerler. Bkz. Hamevî, *Gamz*, III, 80; Zeylaî, *Tebyin*, V, 37; Babertî, *İnaye*, VIII, 418. Bazı çağdaş yazarlar da özel mülkiyete konu olmayan böyle yerlerden, ilgili tüm akar sahiplerinin istifade yetkisini bir irtifak hakkı olarak nitelemişlerdir. Bu yazarlara göre mesela büyük bir nehre bitişik arazilerin buradan su alma yetkisi, bir sulama irtifakı niteliğindedir ve bu hak nehir üzerindeki umumi ortaklıktan doğmuştur. Bkz. Ali Hafif, *Ahkamu’l-muamelat*, 54; *el-Milkiyye*, 141; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, 79; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 301; *Mevsuatu’l-fikhi’l-İslamî*, IV, 274. Abbadi de umumi ibaha’nın şari tarafından bir izin ve ibaha niteliğinde olmakla beraber kişiye intifa ya da temellük noktasında bir hak tanıdığını ileri sürer. Bu hakkın engellenmesi mümkün değildir. Şari tarafından ruhsat olsa bile kişi açısından hak doğurur. Bu hak milkten farklı bir yetkidir. *el-Milkiyye*, I, 155. Ayrıca bkz. Medkur, *İbaha*, s. 108.

Kamusal ibahalarda bilfiil istifade etme yetkisi veren seyahat hakkı vb. hakların yanında bilfiil bir istifade yetkisinin ötesinde ‘mülk edinme özgürlüğü’ gibi ibahalar da söz konusudur. Bu tür özgürlüklerin bir hak mı yoksa salt özgürlük mü olduğu tartışmaları günümüz hukukunda da yaygın olarak yapılmakta ve hak-özgürlük ilişkisinin tespitine çalışılmaktadır.<sup>137</sup> İslam hukuku açısından ise özellikle kamu hukuku alanında bu tür bir şey üzerinde bilfiil istifade imkanı vermemekle birlikte, özel mülkiyet hakkının ferde tanınması gibi yetkilerin fert açısından bir özgürlük mü yoksa hak mı olduğu konusunda teknik tartışmalar söz konusu değildir. Ancak bu tür yetkilerin, hakların temelini oluşturduğu ve kişilerin haklarını bu tür özgürlükler temeline kurduğu bir gerçektir.

İslam hukukçuları, eşya üzerinde kurulan ibaha karakterli yetkileri milk saymadıkları gibi eşya üzerinde milkden zayıf, “hukuk” şeklindeki yetkileri gruplandırırken de ibahayı bu haklardan saymazlar. Zira kişinin kendi malvarlığı alanı, inhisar içeren ve sahibinin üzerinde tasarruf edebileceği yetkilerden oluşur.

Çağdaş İslam hukukçularının bir kısmı ibahanın hak niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte diğer bir kısmı gerek özel gerekse kamu hukuku alanında ibaha nitelikli yetkilerin hak olmadığı düşüncesindedir. Bundan dolayı birinci bölümde gördüğümüz gibi Zerka, Düreynî vb. müellifler hak tanımlarından ibahayı çıkarmak için gayret etmişler ve hakkı, ibahayı içermemesi için inhisar (ihtisas) unsuruyla tanımlamışlardır.

Klasik fıkıh literatüründe en hakim kavramın milk terimi oluşu ve bütün özel hukuk örgüsünün temelinde milk teriminin bulunuşu milk-ibaha ayırımında ibaha tarafının göz ardı edilmesi ve adeta ‘hak’ olarak dahi görülmemesi sonucunu hazırlayan bir etken olarak değerlendirilebilir. Nitekim giriş kısmında belirttiğimiz gibi Dabin’in hak tanımının Arap dünyasında meşhur olmasını hazırlayan sebeplerden biri de hak tanımında inhisar terimine yaptığı vurguda görülebilir. Gerçekten de özellikle Mısır Hukuk doktrininde kamusal özgürlükleri hak olarak görmeme eğilimi ve hak terimindeki inhisar vurgusu ön plana çıkmaktadır. Oysa inhisar hakkın değil, aynî hakkın bir unsurudur. İslam hukukçuları da kendi ülkelerindeki hukuk doktrinlerinin etkisiyle özgürlük ve hak arasındaki ayrımı ibaha ile milk arasındaki ayırma denk görmüşler ve adeta milk’in dışında bir hak

<sup>137</sup> Bu konuda bkz. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 12-13; Koyuncuoğlu, “*Hak ve Özgürlük İlişkisinin Saptanması*”, MHAD, no:15, s. 47-53.

olmadığını benimsemişlerdir. Böyle bir tavır temel bazı çalışmalarda açıkça görülmektedir.<sup>138</sup>

## II- ALACAK HAKLARI

Çalışmamızın buraya kadar olan bölümlerinde hak terimini ve malvarlığı hukukunun belkemiğini oluşturan milk (aynî hak) ile aynî hak benzeri yetkileri ele aldık. Eşya üzerinde kurulan milk nitelikli yetkiler sahibine verdiği yetkinin inhisarî olması, hukuki tasarruf yetkisi vermesi ve herkese karşı ileri sürülebilmesi bakımından malvarlığı alanının en temel yetkilerini oluşturmaktadır. Yarı aynî haklar grubu ise milk nitelikli yetkilere benzemekle birlikte milkin bütün unsurlarını tam olarak taşımayan ve kaynaklarda dar anlamda ‘hak’ terimi ile milkten ayrılan yetkililerdir. Buraya kadar ele alınan yetkiler doğrudan somut ve belirli bir eşya (aynî)<sup>139</sup> üzerinde kurulan yetkileri ifade etmekteydi. Ancak bunların yanında borç doğuran hukuki işlemlerle ortaya çıkan “deyn” terimiyle ifade edilen alacaklar üzerindeki haklar da söz konusudur.

İslam hukukçuları “deyn” üzerindeki hakların genel olarak “milk” niteliğinde olduğunu belirtmekle birlikte bunu, aynî üzerinde kurulan milkten mahiyet olarak ayırma eğilimindedirler. Diğer yandan özellikle satım sözleşmesi gibi akitlerde akdin konusu olan mebi üzerinde teslim öncesi alıcının hakkını milk niteliğinde görmekle birlikte yine bunun tam bir milk olmadığını, eksik ve unsurlarını tamamlamamış bir milk olduğunu belirtmektedirler. Başka bir ifadeyle genel olarak borç ilişkilerinde ister bir aynî olan mebi olsun, isterse aynî niteliğinde olmayıp zimmette sabit olan bir vasıf olarak düşünülen “deyn” olsun, bunlar üzerindeki hak, borç ilişkisi teslim vb. yolla sona erdirilmeden önce tam olarak milk niteliğinde görülmez. Bu bölümde yapacağımız şey, esasen bu iki hak türünün niteliğinin tespiti ve ilgili terimlerin tablili olacaktır. Ancak bundan önce Kara Avrupası hukuk sistemindeki “alacak hakkı” ve “borç ilişkisi” terimlerini kısaca ortaya koymakta fayda vardır.

<sup>138</sup> Bu konuda Senhuri'nin tavrı böyle olup Masaduru'l-hak adlı eserinin girişinde bunu şu cümleyle bir kez daha ortaya koyar: “Bu kitapta ruhsat'ı ya da ‘ara seviye’yi değil, doğrudan hakkı inceleyeceğiz.” *Masaduru'l-hak*, I, 13.

<sup>139</sup> Burada aynî'dan kastımız geniş anlamda aynî olup, menfaatlerinden soyutlanmamış eşya anlamındadır. Aynî-menfaat ayrımında aynî, menfaatlerinden tamamen soyutlanmış aynî'yi ifade ederken (Bkz. Karaman, “Aynî”, DİA, IV, 257-258) aynî-deyn ayrımında ise aynî'dan kasıt menfaatlerinden soyutlanıp soyutlanmadığı gündeme getirilmeksizin somut olarak belirli bir eşyadır.

## A-KARA AVRUPASI HUKUKUNDA BORÇ İLİŞKİSİ VE ALACAK HAKKI TERİMİ

Daha önce belirttiğimiz gibi malvarlığı hakları Roma hukukundan gelen ve oldukça meşhur bir ayırımla “aynî haklar” ve “alacak hakları” şeklinde iki ana gruba ayrılmaktadır. Aynî haklarda ‘hukuki ilişki’<sup>140</sup> bir kimse ile mesela onun mülkiyeti altındaki eşya arasında kurulu iken alacak hakkı bir borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Başka bir deyişle alacak hakkı bir borç ilişkisinden doğar. O halde aynı hakkın aksine alacak hakkı, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden doğan bir haktır. Alacak hakkı teriminin anlaşılması borç ilişkisinin anlaşılmasına bağlı olduğu için önce bu terimin incelenmesi gerekmektedir.

### 1- Borç İlişkisi Terimi

Borç ilişkisi terimini şöyle tanımlamamız mümkündür: “Kendilerine alacaklı ve borçlu denen iki taraf arasında, bunlardan birini veya her birini diğerine karşı belirli bir davranışta bulunmakla yükümlü kılan ve çeşitli haklar ve yetkiler ihtiva edebilen hukuki bir bağıdır.”<sup>141</sup> Borç ilişkisini ifade etmek için sadece borç terimi de kullanılabilir ki bu, borcun geniş anlamıdır. Dar anlamda ise borç, borç ilişkisinde yer alan tek ve belirli bir yükümlülüğü ifade eder.

Borç ilişkisinde alacaklı tarafın borçludan elde etmek hakkına sahip bulunduğu davranış, borcun konusunu (muhtevasını) teşkil eder ki buna “edim” denir. Edim, verme, yapma veya yapmamaya ilişkin olabilir. Bu durumlarda bir verme, yapma ya da yapmama borcundan bahsedilir. Borç ilişkilerinin çoğunda edim, verme şeklinde olup bu tür verme borçları ihtiva ettikleri şey yönünden “parça borcu=fert olarak tayin edilmiş borç” ve “cins borcu=cins/çeşit olarak tayin edilmiş borç” şeklinde iki gruba ayrılır.<sup>142</sup> Edimin ilişkin olduğu eşya (borcun konusu) özel ve bireysel nitelikleriyle belirlenmiş ve diğer şeylerden tam olarak ayırt edilmişse bu tür borca parça borcu denilir. Tarafların akit esnasında tam olarak belirledikleri bir kurt köpeğinin satımında, adresi belirtilip açıkça kararlaştırılan bir evin satımında vb. borç, bir parça borcudur. Edimin konusunun ferdi özellik ve niteliğine göre kesin olarak belirtilmediği ancak bununla birlikte borç konusu şeyin dahil olduğu eşya türüne (cinsine) göre belli edilmesi mümkün olduğu durumlarda cins borcundan bahsedilir. Mesela iki ton buğday, tipi ve modeli belirlenmiş bir araba satımında borç

<sup>140</sup> Kişinin hukukça önemli olan bütün ilişkilerine hukuki ilişki denir. Hukuki ilişkiler ya kişiler ya da kişi ile eşya arasında kurulur. Bu anlamda borç ilişkisi hukuki ilişkilerin çok önemli bir türüdür. Bkz, Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 5.

<sup>141</sup> Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 5.

<sup>142</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 132-133.

bu şekildedir. Cins borçlarında edimin somut ve bireysel olarak hangi şey olduğu belli değildir. Ancak borçlu, borçlu olduğu tür içindeki şeyler içinden kararlaştırılan miktar ve nitelikteki şeyi seçerek edimin konusunu belirler.<sup>143</sup> Cins borçlarının konusu genel olarak misli eşya, parça borçlarının konusu ise genel olarak misli olmayan eşyadır.<sup>144</sup> Ancak bu zorunlu bir husus değildir. Misli–misli olmayan eşya ayırımı eşyanın objektif niteliklerine göre tayin edildiği halde cins borcu ve parça borcu ayırımı sübjektif olup, bir borcun cins borcu veya parça borcu olmasında temel faktör tarafların iradeleridir.<sup>145</sup>

Alacaklıya borçlu olunan paranın ödenmesi, satılan malın teslim edilerek mülkiyetin geçirilmesi vb. gibi edimler ise verme şeklindedir. Borçlunun borç konusu hizmette bulunması, bir malı muhafaza etmesi yapma şeklinde bir edimdir. Komşusuna evinde köpek beslememeyi veya eski patronuna rekabet etmemeyi taahhüt eden borçlunun edimi ise bir yapınama edimidir.

Tanımını ve ana muhtevasını bu şekilde özetlediğimiz borç ilişkisi, hukuki işlemler (özellikle sözleşmeler) başta olmak üzere haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme vb. sebeplerden doğarlar. Borç ilişkisinin normal olarak sona ermesi ifa yani edimin borçlu tarafından taahhüde uygun bir şekilde yerine getirilmesi yoluyla olur. Bunun dışında ibra, takas, kusursuz imkansızlık vb. sebeplerle de borç ilişkisi sona erebilir.

Ana çerçevesini bu şekilde belirleyebileceğimiz borç ilişkisinin bizi burada ilgilendiren yönü özellikle alacaklı kişinin hakkının mahiyetidir. Bu sebeple öncelikle alacak hakkını kısaca tanıtıp bunun islam hukukundaki paralelini incelemeye geçebiliriz.

## 2-Alacak Hakkı ve Niteliği

Borç ilişkisinin ihtiva ettiği asli hak alacak hakkı, aslî yükümlülük ise edim yükümlülüğüdür. Edim yükümü (borç) ile alacak hakkı birbirinin karşılığını oluşturan kavramlardır. Başka bir deyişle borçlunun borçlandığı davranış yani edim

<sup>143</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 133.

<sup>144</sup> Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 133-134; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 12. Misli eşya varlıkları, sayı, miktar, ölçü veya tartı ile tayin olunabilen ve biri diğerinin yerine konulabilen menkul şeylerdir. Para, bir ton buğday, vb. Misli olmayan eşya ise ferdi nitelikleri itibarıyla diğer şeylerden farklı olan ve birbiri yerine konulamayan eşyadır. Bir ressamın yapmış olduğu belirli bir tablo, hayvanlar vb. Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 133-4, Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 12.

<sup>145</sup> Bu yüzden misli bir eşya parça borcuna, misli olmayan eşya ise cins borcuna tarafların iradeleri doğrultusunda konu olabilir. Bkz. Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 13, Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 134-135. Parça-cins borcu ayırımının ifa, hasar gibi konularda önemli sonuçları vardır. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 140.

yükümü, borçlu açısından bakıldığı zaman “borc”u, alacaklı açısından bakıldığı zaman ‘alacak hakkı’nu ifade eder.<sup>146</sup> Alacak hakları kural olarak sahibine talep hakkı verir ki bu hak alacağın özü ve cevheridir. Talep hakkı herhangi bir kimseden bir şeyin verilmesini, bir işin yapılmasını veya yapılmamasını isteyebilmek hakkıdır.<sup>147</sup> Alacak hakları kural olarak talep hakkı ile birlikte bulunmasına rağmen alacağın yerine getirilmesinin vadeye bağlı olması gibi durumlarda alacak hakkı vade dolmadan talep hakkı doğurmaz.<sup>148</sup>

Alacak hakkı, aynî haklar gibi malvarlığına dahil haklardır.<sup>149</sup> Malvarlığı bir şahsın ekonomik değer ve hukuki birlik arzeden ve dolayısıyla para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tamamına denir. Bu, geniş anlamda malvarlığının (brüt malvarlığı) tanımı olup, ayrıca kişinin para ile ölçülebilen haklarından borçları, yani aktiften pasifi çıkarıldıktan sonra geriye kalan kısma ise net malvarlığı denilir ki bu onun dar anlamıdır.

Alacak hakkının temel özelliklerinden biri de onun nispi bir hak olması, yani yalnızca alacaklı ve borçlu arasında hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Bu sebeple borç ilişkiden doğan haklar mutlak haklardaki gibi herkese karşı değil sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Aynî haklar ile alacak hakları arasındaki temel farklılıklardan biri de zaten bu noktadadır. Aynı haklar, mesela mülkiyet, malike eşya üzerinde mutlak bir yararlanma yetkisi verir ve bu hakka herkesin riayet etme yükümlülüğü vardır. Herhangi bir kimsenin malikin eşya üzerindeki hakkına riayet yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunması halinde malik hakkını bu kişiye karşı ileri sürebilmektedir. Ancak mesela sözleşmelerden doğan bir alacak hakkında sözleşmeler sadece taraflar arasında hüküm doğurduğundan üçüncü şahısların bu ilişkiye alacaklı ya da borçlu olarak katılmaları mümkün değildir.<sup>150</sup> Alacak hakkı, nispiliğine bağlı olarak sadece borçlu tarafından ihlal edilebilir.

Alacak hakkında edim bir şeyin verilmesi ise (mesela satın alınan bir malın teslimi gibi) bu durumda alacaklı bu eşya üzerindeki hakimiyetini ancak borçlu aracılığı ile kullanabildiğinden, onun bu eşya üzerindeki hakimiyeti dolaylı ve

<sup>146</sup> Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 55.

<sup>147</sup> Ancak talep hakları borç ilişkisinin dışında aynî ve diğer haklarda da söz konusu olabilir. Aynı haklarda talep hakkının doğması için ihlal edilmeleri gerekir. Normal bir malikin kimseye karşı talep hakkı yoktur. Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 13. Ayrıca talep hakkının dışında alacağına bağlı ikinci derecede başka haklar da vardır. Bunlar dava ve cebri icraya başvurabilme ve alacak üzerinde tasarruf işlemleri yapabilme haklarıdır. Bkz. Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 14.

<sup>148</sup> Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 13.

<sup>149</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 58.

<sup>150</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 60.

nispidir.<sup>151</sup> Bunun anlamı alacak hakkının konusunun bizzat eşya olmadığı, sadece borçludan belirli bir davranışı istemek olduğudur ki bu da malı teslim etme fiilidir. Aynı haklardakinin aksine eşya üzerindeki her türlü gasp ve ihlal fiillerine karşı bunların önlenmesini isteyemez.<sup>152</sup>

Alacak hakkı kavramıyla ilgili belirtilmesi gereken bir nokta da kanun koyucunun bir hakkın, alacak hakkı mı yoksa aynî hak mı olacağını belirlerken sadece hukuk politikası açısından amaca uygunluğu dikkate almış olduğudur. Bundan dolayı hukuk sistemleri arasında bazı hakların niteliği konusunda bu tür farklılıklar görülmektedir.<sup>153</sup> Mesela menkul mala ilişkin satım akdi Türk-İsviçre hukuk sisteminde sonuçları itibarıyla nispi hükümler doğururken İngiliz ve Fransız hukukunda menkul mala ilişkin satım akdi yapılıp yapılmaz mal alıcıya teslim edilmeden onun mülkiyetine geçer.<sup>154</sup>

## B-İSLAM HUKUKUNDA ALACAK HAKLARI

İslam hukukunda temelde aynî hakları ifade etmekte olan milk teriminin dışında ‘alacak hakları’ terimine denk açık bir kavrama ilk planda rastlamak güçtür. Milk terimi yukarıdaki sınıflamasında ortaya konulduğu üzere bir eşyanın ayn’ı ya da menfaati üzerinde doğrudan kurulan yetkileri ifadelendirmektedir. Burada ilişki kişi ile doğrudan bir eşya arasındadır ve kişi bu hakkın verdiği bir yetkiyi belirli ve müşahhas bir eşya üzerinde kullanmaktadır. Aynı haklar eşya üzerinde doğrudan yetki verirken alacak haklarından bahsedebilmek için borçlu ile alacaklı arasında ‘borç ilişkisi’nin varlığı gereklidir.<sup>155</sup> İslam hukukçuları borç ilişkisi bağlamındaki alacaklarla ilgili olarak çoğunlukla ‘deyn’ terimini kullanırlar. Deyn’in borçlu kişinin zimmetinde sabit olduğundan bahsedilir. Borç ilişkisi devam ettiği sürece (mesela

<sup>151</sup> Ancak buna rağmen alacak hakları üzerinde sahiplerinin inhisar ifade eden hakları vardır ve başka bir şahsın bu hak üzerinde hiçbir yetkisi yoktur. Bu bakımdan alacak haklarının nispiyeti alacaklıya ‘aidiyeti’ noktasında değildir. Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 61. Diğer taraftan Türk-İsviçre hukuk doktrininde bazı yazarlar alacak hakkını “alacak üzerinde mülkiyet hakkı” olarak yorumlamak istemektedir (Bu konuda bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 61). Diğer taraftan klasik bazı doktrinlerde alacaklının maddi edimlerde bu edimin konusunu oluşturan eşya üzerinde doğrudan bir hakimiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Diğer bazı görüşlerde ise alacaklının borçlunun şahsı üzerinde doğrudan bir hakimiyet hakkına sahip olduğu ileri sürülmüştür ki bu görüşler kabul görmemiştir (Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 56-57).

<sup>152</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 64.

<sup>153</sup> Bkz. Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 34-35; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 65.

<sup>154</sup> Aynî hak-şahsî hak ayırımına bağlanan pratik sonuçlarla ilgili olarak Bkz. Tekinay, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 125-128; Akipek, *Eşya Hukuku*, I, 18-21.

<sup>155</sup> İslam hukukunda “borç” terimi mevcut olmakla beraber “borç ilişkisi” şeklinde açık bir kavram yoktur. Ancak bununla birlikte fıkıh literatüründe kullanılan iltizam ve daman terimleri, bir kişinin diğerine karşı borçlu olması anlamını içermesi bakımından borç ilişkisi terimine benzerlik arzeden kullanımlara sahiptir. Aybakan, *İfa*, s.22.

satım sözleşmesinde mebinin tesliminden önce) borcun konusu ister ayn ister deyn olsun, islam hukukçuları burada milk'in tam olarak intikal ettiğini kabul etmemektedirler. Dolayısıyla borç ilişkileri açısından da ayn ya da deyn üzerindeki haklar, daha hakim görünen görüşe göre 'milk' terimiyle ifade edilse bile buradaki milk, eşya üzerinde doğrudan doğruya kurulu olan milkten farklıdır.

Bu şekilde ortaya çıkan doğrudan somut ve belirli bir eşya anlamına kullanılan ayn ile borçlunun zimmetinde sabit olan 'deyn' ayırımı alacak hakkı-ayni hak ayırımının üstlendiği fonksiyonu fıkıh açısından ayn-deyn ayırımı üstlenmiştir. Ancak ayn-deyn ayırımının bütünüyle aynî hak-alacak hakkı ayırımıyla eşit olduğunu, başka bir ifadeyle fıkıhta aynî hak-şahsi hak ayırımının Kara Avrupası hukukunda olduğu şekliyle var olduğunu söylemek zordur. Bu benzerliği ancak deyn üzerindeki hakların tam olarak tahlilinden sonra ortaya koymak mümkündür.

Ayn-deyn ayırımı borç ilişkisinde ortaya çıktığından dolayı deyn üzerindeki hakkın mahiyetini açıklamak için, bu ilişkideki ayn ve deyn ayırımının nasıl meydana geldiğini ortaya koymak gerekecektir. Burada bütün borç ilişkilerini inceleme imkanımız olmadığından dolayı bu işlemi satım sözleşmesi bağlamında yapmamız mümkündür. Zira satım sözleşmesi borç doğuran işlemlerin en önemlisi olan sözleşmelerin prototipidir. İslam hukukunda birçok sözleşmenin konusu milk'in nakli olarak yorumlandığından, milk'i nakleden en temel işlem de satım sözleşmesidir.

### 1- Fıkıhta Borç İlişkisi ve Milk'in İntikali

İslam hukukçularının genel tasavvuruna göre satım sözleşmesinde akit yapıldığı anda yani icap ve kabulün gerçekleşmesiyle derhal alıcı mebi'ye satıcı da semen'e malik olur.<sup>156</sup> Bu hüküm lafzi olarak ele alındığında satıcının semen üzerinde alıcının da mebi üzerinde aynî nitelikte bir hakkın oluştuğu anlamına gelir ki bu düşünce adeta fıkıhta akdin bir borç ilişkisi (iltizam) doğurmadan aynî hakkı intikal ettirdiği şeklinde bir anlayışa kapı aralamaktadır.<sup>157</sup> Fıkıhta bu şekilde akitle milkin intikali ile ilgili tasavvur Kara Avrupasındaki genel tasavvurdan farklıdır. Bu hukuk sisteminde akit, mülkiyetin nakli konusunda bir borç doğurmakta ve mülkiyet, akdin hükmü olarak değil de bu borcun yerine getirilmesi yoluyla intikal etmektedir. Fıkıhta ise akdin hükmü milk'in intikali iken mebiyi teslim vb. hususlar 'akdin

<sup>156</sup> "Salt akit ile akar ve menkulde milk müşteriye intikal eder." Kadri Paşa, *Mürşidu'l-hayran*, Md. 74. Senhurî, VI, 53; Aybakan, *İfa*, s. 153.

<sup>157</sup> Bkz. Senhurî, *Masadıru'l-hak*, I, 16.



hukuku' terimiyle ifade edilmektedir.<sup>158</sup> Bu anlamda akdin tek bir hükmü olmakla birlikte 'hukuku' birden çok olabilmektedir. Mesela akdin 'hukuku'nun en tipik örneği satıcının mebiyi teslim konusundaki yükümlülüğüdür (hakkun aleyhi). Bu anlamda malın teslim edilmesi satıcı açısından akde bağlı bir yükümlülük iken alıcı açısından da teslimi istemek bir 'hak'tır. (hakkun lehu).

Teslim fiili bu şekilde bir taraftan akdin hükmünün dışında akdin hukukundan biri olarak yorumlanmakla birlikte diğer taraftan akdin bir unsuru ve parçası olarak da algılanır. Öyleki teslim öncesi milk'in tam olarak intikal edip etmediği hususu, üzerinde özellikle durulması gereken kompleks bir durum arz etmektedir. Bu bakımdan teslim ve ifa ile borç ilişkisi sona ermeden önce mebi ve bedeli üzerinde kurulu olan yetkilerin mahiyetinin net olarak ortaya konulabilmesi için edimle ilgili olan yukarıda ele aldığımız ayırmadan istifade etmek gerekmektedir. Buna göre verme, yapma ve yapmama borçlarını ayrı ayrı ele almak gerekecektir:

1- Verme borçlarında: Verme borçlarının kendi içinde parça borcu ve cins borcu olarak iki kısma ayrılması bu konudaki teorilerin belirlenmesi açısından önemlidir.

A- Parça borçlarında durum: Parça borcu, ayn-deyn ayırımında ayn'ın karşılığı olup bunu belirli bir aynın teslimi borcu olarak görebiliriz. Satım sözleşmesinde ferden muayyen menkul bir malı satın alan kişinin akit yapıldığı anda ayn üzerindeki hakkı 'milku'l-ayn' olarak anılır. Bu durumda özellikle Hanefiler alıcının ayn üzerindeki hakkını milk niteliğinde görmelerine rağmen burada milk terimiyle ilgili son derece önemli bir ayırım yaparlar. Buna göre özellikle borç ilişkileri bağlamında milk, 'milku'l-ayn' ve 'milku'l-yed' şeklinde ikiye ayrılır.<sup>159</sup> Buna göre bir milk iki unsurdan oluşmaktadır. Milku'l-ayn, hak sahibinin üçüncü şahıslara karşı ileri sürebileceği şekilde ferden muayyen bir eşya üzerinde kurulu bir inhisardır. Bu, aynî hakkın dış muhtevasını oluşturan ve hakkın herkese karşı ileri sürülme imkanını ifade eden bir yetkidir. Milku'l-yed ise bir mal üzerinde zilyetlik kurup bu zilyetliğe bağlanmış hukuki tasarruflarda bulunabilme yetkisidir.<sup>160</sup> Nitekim özellikle Hanefi hukukçular burada milku'l-yed'in anlamının milku't-tasarruf yani eşya üzerinde hukuki tasarruflarda bulunabilmek olduğunu ifade ederler. Bu da aynî hakkın iç muhtevasını oluşturan eşya üzerinde hukuki tasarruflarda bulunabilme ve hakimiyeti

<sup>158</sup> Akdin hukuku ile ilgili olarak bkz. Birinci bölüm, Hakkın Özel Terim Anlamları Başlığı.

<sup>159</sup> Bkz. Kasanî, *Bedâi*, II, 313.

<sup>160</sup> Bkz. Kasanî, *Bedâi*, II, 313.

kullanabilme yetkisini ifade eder.<sup>161</sup> Bu ayırım bize en açık olarak borç ilişkilerinde zilyetliğin tesisinin aynı hakkın bir unsur ve parçası mahiyetinde olduğunu gösterir. Dolayısıyla kişi salt akitle mal üzerinde milku'l-ayn nitelikli bir yetkiye sahip olsa bile bu yetki 'tam milk' olmayıp nakıs ve zayıf bir milktir. Zira kişi, malı teslim almadığı için mala zilyet değildir ve zilyetliğe bağlı olarak mal üzerinde tasarruf yetkilerini normal şartlarda kullanamamaktadır. Zira salt ayn üzerinde oluşmuş bu milk, zayıf bir milktir. Bu bakımdan alıcının teslim öncesi hakkını 'mülkiyet' terimiyle ifade etmek tam olarak doğru değildir. Bu hakkı nitelemek için aynı hakkın iç ve dış muhtevaları arasındaki ayırımdan istifade etmek gerekir ki burada aynı hak dış muhteva açısından (milku'l-ayn) tam olarak oluşmuştur denilebilir. Hak sahibinin hakkının konusu fert olarak tayin edilmiş olduğu için bu mal üzerindeki hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Bu anlamda ayn üzerindeki yetki aynı nitelik taşımaktadır. Ancak diğer taraftan eşyanın zilyetliği henüz satıcıda olduğu için bu aynı hak iç muhtevadan büyük ölçüde yoksundur. Alıcının kural olarak bu eşya üzerinde tasarruf yetkisi yoktur.

Borç ilişkisindeki milk ile ilgili oluşturulan milku'l-ayn ve milku'l-yed ayırımı özellikle Kasaî'nin, satım akdinde milkin intikali ve teslimin rolü ile ilgili yorumlarıyla daha net ortaya çıkar. Kasaî salt satım akdinin milk'i bütünüyle alıcıya geçirmedigini teslim öncesi alıcının mal üzerindeki milkinin müteekkit olmayan oldukça zayıf bir milk olduğunu belirtir.<sup>162</sup> Teslim öncesi akit asıl olarak oluşmakla birlikte milk nakıs olduğu için bu akdin de nakıs olduğunu göstermektedir. Teslim ve kabz'da temlik ve temellük özelliği bulunmaktadır.<sup>163</sup> Zira akdin, konusunun helakiyle infisah etme ihtimali vardır. O halde burada akdin tekidi teslim ve kabz ile olmaktadır. Akdin tekidi ise bir bakıma akdin doğrudan kurulması gibidir. Aynı şekilde milku'l-ayn oluşsa bile milku't-tasarruf ancak mebinin teslimi ile

<sup>161</sup> Diğer taraftan alıcı, bedeli ödemediği sürece milku'l-yed satıcıda kaldığından satıcı bu eşya üzerinde hapis hakkı yetkisini kullanabilir ki bu yetki rehin hakkındakine benzer etkiler doğuran bir yetkidir. Bu yetki rehinden farklı olarak merhunun satılarak paraya çevrilmesi yetkisi vermeyip teslimden kaçınarak borçluyu tazyik imkanı verir (Bkz. Kurtoğlu, *İslam Hukuku*, II, 134). Hanefiler rehin veren kişinin merhunun zilyetliğini rehin alana devretmesi durumunda malikin merhun üzerindeki milkinin ise tam bir milk olarak görmekteyler. Zira malik rehin üzerinde tasarruf yetkilerini kullanabilmektedir. Burada rehin alanın aynı hakkı dolayısıyla eşya rehin olarak kalmakta ve yeni malike karşı da ileri sürülebilmektedir. Gördüğümüz üzere satıcı açısından, sattığı mal üzerinde zilyetlik ve buna bağlı haklar devam etmektedir.

<sup>162</sup> *Bedâi*, V, 254, II, 313. Zayıf milk sahibine bütün tasarruf yetkilerini vermez. Bundan dolayı mebinin kabzından önce satımı milkin zayıf olması sebebiyle sahih olmaz. Itk'ı sahih olsa da bu böyledir. Semen verilmiş olsa bile kabzdan önce mebi üzerindeki milk gayri mustakırdır. Suyutî, *Eşbah*, 325. Zerkeşi, *Kavaid*, s.III, 240. Nevevî, *Mecmû*, X, 33. Semen üzerindeki milk de müşteri mebiyi kabz öncesi gayri mustakırdır. Bundan dolayı sattığı şey bir yıl kendinde kalsa semenden zekat gerekmez. Zerkeşi, *Kavaid*, III, 240.

<sup>163</sup> *Kasaî*, *Bedâi*, II, 313.

oluşmaktadır. Bütün bunlar kabzdan önce akdin ve milkin nakıs olduğunu, akdi teslim ve kabzın tamamladığını göstermektedir.<sup>164</sup>

Satım akdinin ve bu akitle milkin intikalinin bu algılanış tarzı genel olarak diğer mezheplerde de hakimdir. Hanefilerin milku'l-ayn ve milku'l-yed ayırımı terim olarak diğer mezheplerde bu açıklıkta yer almasa da teorik olarak aynı yaklaşımın diğer mezheplerde de olduğu söylenebilir. Mesela Şafii ve Hanbeliler de açıkça akar ya da menkulde kabz öncesi satın alanın mebi üzerinde milke bağlı temel tasarruflarda bulunamayacağını belirtir. Bunun temel nedeni mebi üzerinde alıcının milkinin tekküt etmemesi ve kamil bir milk'e dönüşmemiş zayıf milk halinde olmasıdır.<sup>165</sup>

Bu akit tasavvuru bize fıkhıta salt akdin yapılmasıyla borç ilişkisinin kurulur kurulmaz yerini tam bir ayni hakka bırakmadığını göstermektedir. Bunun yerine akit, teslim ve kabz ile tamam oluncaya kadar arada bir borç ilişkisi devam etmekte, tarafların akdin hükmüne bağlı hak ve borçları oluşmaktadır. Böyle bir borç türünde alıcının mebinin teslimini isteme talebi akde bağlı haklardan biridir. Bu bir talep hakkıdır. Ancak bu talep hakkı aynî nitelik kazanmıştır. Dolayısıyla islam hukuku açısından parça borcu (ayn) üzerindeki bu talep yetkisi aynî nitelikte olup sadece satıcıya karşı değil bütün üçüncü şahıslara karşı -mesela gasıba karşı - da ileri sürülebilir. Ayn üzerindeki ilişki artık akdin tarafları arasında nispi bir ilişki olmaktan çıkmıştır. Bu bakımdan bu tür borçlarda bir alacak hakkından bahsetmek yerine eksik ve tüm unsurları oluşmamış olsa da en azından dış muhtevası açısından ortaya çıkmış bir aynî hak söz konusudur. Bu aynî hakkın tam olarak mülkiyet ile karşılanması ise islam hukukundaki orijinal terimlerin ve milku'l-ayn ve milku'l-yed ayırımı gibi teknik sınıflamaların bir anda değerini yitirmesine yol açmaktadır.

Fert olarak tayin edilmiş bir eşya ile ilgili olarak bir 'deyn'den dolayısıyla alacak hakkından bahsetmenin zorluğu ortaya çıktığına göre diğer tür olan cins borçlarını inceleyebiliriz.

B-Cins borçlarında durum: Herhangi bir satım akdinde semen üzerinde ya da tarafların borcu fert olarak tayin etmedikleri akitlerde mebi üzerinde milku'l-ayn demeye müsait bir yetki söz konusu değildir. Zira ortada ferden belirlenmiş bir şey olmadığından dolayı alacaklının hakkı "deyn" niteliğinde ya da başka bir tabirle deyn

<sup>164</sup> Kasanî, *Bedâi*, V, 254, II, 313.

<sup>165</sup> Şafii, *Ümm*, II, 180; Senhurî, *Masadıru'l-hak*, VI, 63, Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac*, IV, 402. Bu nedenle birlikte diğer bir neden ise mebi üzerinde kabz öncesi satın halinde iki daman'ın birlikte oluşması olarak gösterilmiştir. Buradaki milkin zayıflığı infisah ihtimalinden dolayıdır.

üzerinde kuruludur. İşte islam hukukunda ‘alacak hakları’ terimi özellikle bu tür borçlarla ilgilidir. Bu tür alacaklar (deyn) üzerindeki hakların mahiyeti ise tartışmalıdır. Satım sözleşmesinde alıcının mebiye satıcının da semene derhal malik oldukları söylene de cins borçları çerçevesine giren semen üzerinde satıcının yetkisinin aynı nitelik taşıdığını ve hatta bunun bir mülkiyet olduğunu söylemek oldukça zordur. İslam hukukçuları burada ‘satıcının semene malik olduğu’ ya da misli bir malın satımında alıcının buradaki cins borcuna malik olduğu şeklindeki ifadeleri kural olarak bunların o kişilerin malvarlığına dahil haklar olduğu anlamına gelir. Yoksa burada cins borcu üzerinde aynı nitelikte bir yetkinin olduğunu ifade etmek oldukça zordur. Zira ortada üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek bir ayn olmadığı gibi, alacak sahibinin burada üzerinde hukuki aynı hakların verdiği normal tasarruf yetkilerinden birini verebilecek bir tasarruf yetkisi yoktur. Dolayısıyla ne iç muhteva bakımından ne de dış muhteva bakımından aynı hakkın olduğundan bahsetmek güçtür. Ancak bununla birlikte islam hukukçularının tamamı bu şekilde düşünmez. Burada islam hukukunda alacak hakkı terimini tespit etme gayesinde olduğumuz için bu hakkın mahiyetiyle ilgili tartışmaları aşağıda ele alacağız.

2- Yapma borçlarında durum: İslam hukukçularının eşya tasarımı ayn-menfaat şeklindeki ayırma dayandığından “yapma” ve bir kişinin diğeri adına bir hizmette bulunması konulu borçlar da menfaat terimiyle ifade edilir. Yapma borçlarını doğuran temel akit tipi hizmet sözleşmesi tarzında düzenlenen kira (icare-i ademi) olduğu için bu noktada kira akdinin genel kuralları devreye girmektedir.<sup>166</sup> Buna göre kiralayan kişi borçlunun yapma edimine yani menfaatlerine malik olmaktadır. Bu noktada kiralayan açısından ‘milku’l-menfaa’ yani borçlunun menfaatleri, başka bir ifadeyle yapma fiili üzerinde aynı nitelikli bir yetkisinin doğduğu görülmektedir. Dolayısıyla burada islam hukukunun genel tasarımına göre, bir iş yapma akdinde iş yapacak olan kişinin menfaatlerine malik olunmaktadır. Bu durum fiilin araz olarak algılanmasına bağlı olarak atomcu eşya anlayışına ilişkindir. Bu anlamda yapma fiilleri özellikle Hanefiler açısından ‘deyn’ terimiyle irtibatsız olup<sup>167</sup> tamamen bir eşyanın kiralınması ile ilgili kira akdinin genel kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur.

Şafii mezhebi ise ‘yapma borçlarını’ ‘deyn’ teriminin kapsamına dahil eder. Şafilere göre kira akdi ikiye ayrılır. İlki ayn’ın icaresi diğeri ise zimmetin

<sup>166</sup> “Ma’kud aleyh itibarıyla icare iki nevidir. Nev’i evvel menafi-i a’yan üzerine varid olan akd-i icare olup...Nev’i sani amel üzerine varid olan akd-i icare olup bunda me’cura ecir denilir; ücretle amele ve hademe tutmak gibi” *Mecelle*, Md. 421.

<sup>167</sup> Serahsî, menfaatin deyn olmadığını belirtir. *Mebsut*, XV, 140.

icaresidir.<sup>168</sup> Ayn'ın icaresi belirli bir gayrı menkulü, hayvanı ya da şahsı kiralamak gibi bir yolla gerçekleşir. Zimmetin icaresi ise sadece vasıfları belirtilmiş bir hayvanın kiralanması ya da bir kişinin zimmetini elbise dikme ya da bina yapma şeklinde bir amel (iş/hizmet) ile borçlandırmasıdır.<sup>169</sup> Şafii hukukçular ayn-deyn ayrımındaki şablonu hukuk düşüncesi açısından şaşırtıcı bir şekilde menfaatlere de uygulamışlar ve fert olarak muayyen bir şeye ayn denmesi gibi, muayyen bir malın ya da kişinin menfaatlerinin kiralanmasına da ayn'ın icaresi olarak bakmışlardır.<sup>170</sup> Burada menfaatlerin bağlı olduğu nesne ferden muayyen olduğu için adeta satım sözleşmesinde ayn'a bağlı hükümleri uygulamışlardır. Örnek olarak satım sözleşmesinde ayn olan mebinin teslim öncesi helakiyle akit infisah ettiği gibi burada da aynın icaresinde mesela belirli bir hayvanın belirli bir süre kullanılmasıyla ilgili yapılan akitte bu süre dolduğu halde hayvan teslim edilmemişse icare infisah eder. Zira “kabzından önce makud aleyh fait/helak olmuştur.”<sup>171</sup> Aynı şekilde menfaati elde edilecek olan nesnenin belirli olmaması gibi ferden muayyen olmayan bir eşyaya bağlı ya da bir kişinin belirli bir iş ya da hizmet görmesi üzerine yapılan kira akitlerindeki gibi zaten mevzunun muayyen hale gelmesi imkansız olan menfaatler ise bu “muayyen olmama” dolayısıyla deyn'dir.<sup>172</sup>

Bu ayırmadan anlaşılan açıkça Şafii hukukçuların genel olarak yapma borçlarını deyn niteliğinde görmeleridir. Burada deyn terimi teknik anlamda kullanılmış olup hiç bir mecazi anlam içermez. Öyleki bu deyn (menfaat/yapma borcu) karşılığında rehin alınmak da dahil olmak üzere deynlere ait genel hükümler söz konusudur. Böyle bir kirada deyn niteliğindeki menfaat karşılığında kiralayan kişi rehin alabilmekte ve beklediği işin yapılmaması durumunda ‘hacet’ anında bu rehni paraya çevirerek bunun bedeliyle istediği işi başkasına yaptırabilmektedir.<sup>173</sup> Çağdaş literatürde yapma borçlarının varlığı ve Şafiilerde bu açıklıkta tam bir deyn olduğu noktasında açık bir fikre rastlamadığımızdan burada yapma borçlarının gerçek anlamda bir deyn olarak algılandığına ikinci bir misal daha vermekte fayda

<sup>168</sup> Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtac*, V, 55.

<sup>169</sup> Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 442.

<sup>170</sup> Şafiilerin burada satım sözleşmesindeki ayn-deyn şablonunu esas aldıklarının bir göstergesi de, aynın icaresinde ayn teriminden kastedilenin menfaatin karşısında yer alan ayn olmayıp, zimmetteki deyn'in karşısında yer alan ayn olduğunu belirtmeleridir. Bkz. Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 443.

<sup>171</sup> Bkz. Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 491. Zimmetin icaresinde ise menfaati elde edeceği şeyi kiraya veren kişi teslim etmezse süre dolsa dahi fesih söz konusu değildir. Zira bu bir deyn olup sadece elde edilmesi gecikmiştir. III, 491.

<sup>172</sup> Bu anlamda Şafiiler zimmetin icaresini seleme ve tücreti de re'su'l-mal'a benzetirler. Bkz. Ensarî, *Esne'l-metalib*, II, 405.

<sup>173</sup> Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 57.

vardır: “Zimmetin icaresinde ücretin akit meclisinde teslim ve kabz edilmesi şarttır. Zira böyle olmadığında bu, deyn’in deyn karşılığında satılması anlamına gelir ki bu caiz değildir.”<sup>174</sup>

O halde özellikle Şafii doktrininde aynın icaresinde kiralayan kişinin hakkı milku’l-menfaa niteliğinde bir ayni hak olarak görülürken, zimmetin icaresindeki hakkın mahiyeti ‘deyn’ üzerindeki hakların niteliği ile ilgili az sonra ele alacağımız tartışmaya dahildir.

3- Yapmama borçları: Borcun konusunun belirli bir iş yapmaktan kaçınmak şeklinde olumsuz olması teorik olarak mümkündür. Ancak islam hukukunda bunun açık örneklerine rastlamak neredeyse imkansızdır.<sup>175</sup> Diğer taraftan böyle bir yapmama borcunun başlı başına bağlayıcı bir akde konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Mesela bir tacirin diğeriyle, dükkanının yanına aynı türden bir işyeri açmaması için anlaşması şeklinde olumsuz bir edimin akit konusu olup alamayacağı tartışmalıdır.<sup>176</sup> Zira böyle bir işlemin İslam hukukunda bilinen akitlerle kurulabilmesi güçtür. Çünkü bunların konusu açıkça ne mal ne menfaat ne de intifadır. Ancak Maliki doktrininde doğrudan olumsuz bir edimi konu edinen akitler belirli şartlarla kabul edilmektedir. Mesela bir kişinin arazisine belirli bir yüksekliği aşan yapı yapmaması üzerine yapılan bir sözleşmeyle kurulan manzara irtifakı gibi. Ancak bu akitlerin doğurduğu yetki, bir alacak hakkı ya da yapmama borcunu andıran bir terimle ifade edilmez. Zira burada alacak hakkından çok arazi üzerinde kurulu ayni bir hak (irtifak) söz konusudur. Diğer yandan kaynaklarda açıkça böyle bir borcun ‘deyn’ niteliğinde kabul edildiğine de rastlamak zordur.

Buraya kadar ele aldığımız borç türleri içinde doğrudan ayn ve ayn’a bağlı menfaatlerin üzerinde kurulan yetkilerin kural olarak milk nitelikli olduğu, ancak teslim gerçekleşmeden bu milk’in tam bir aynî hak özelliği kazanmadığını görmüş olduk. Bu durumda teslim fiiliyle eşya üzerindeki dış muhtevası kadar iç muhtevasıyla da tamamlanan bir ayni hak oluşmaktaydı. Ayn ya da ayn’a bağlı olmayan ‘deyn’ nitelikli borçlar üzerindeki yetkilerin mahiyeti ise islam hukukunda net ve yaygın olarak çözümlenmiş bir konu değildir. Edim türlerini incelememizden ortaya çıktığı üzere islam hukukunda cins borçları (para borcu da dahil) ile Şafilere göre yapma borçları ‘deyn’ teriminin kapsamını oluşturmaktadır. O halde burada ‘deyn’in niteliğini daha yakından tespit ederek deyn üzerindeki hakların mahiyetini

<sup>174</sup> Ensarî, *Esne’l-metalib*, II, 405.

<sup>175</sup> Bkz. Chehata, *Theorie Generale*, s. 172.

<sup>176</sup> Aydın, “*Borç*”, DİA, VI, 286.

sorgulayabiliriz. Bu bize, islam hukukunda aynı hakların yanında alacak hakkı demeye müsait ayrı bir hak grubunun var olup olmadığını tespit konusunda yardımcı olacaktır.

## 2-Deyn Terimi

D-y-n kelime kökünün ana sözlük anlamı 'inkıyat' ve 'züll' yani boyun eğme ve bağlı olma anlamına gelmekle birlikte<sup>177</sup> Misbah müellifi deyn'in sözlükte karz ve mebinin semeni manasına geldiğini ifade eder.<sup>178</sup> İbn Arabî'nin naklettiği "Araplar, yanlarında hazır olana ayn, gaip olana ise deyn derler"<sup>179</sup> ifadesi kanaatimizce deyn'in sözlük anlamını daha esaslı bir şekilde ortaya koymaktadır ki deyn'in temeli muayyen ve müşahhas olan ayn'ın aksine belirli ve hazırda olmamaktır. Hukuktaki temel anlamı da bu sözlük anlamı üzerine şekillenmiştir. İslam hukukçularının deyn terimini kullanışı ve ayn-deyn ayrımı da tamamen hazır (şahit)-gaib; mevcut-ma'dum<sup>180</sup> kavram ikilisi üzerine kurulmuştur. Bu anlamda ayn-deyn ayrımı temel düşünce olarak ayn-menfaat ayrımına benzemektedir.

Fıkıh terimi olarak deyn'in en yaygın tanımları uşnlardır: Abdulaziz buhari ve onu izleyen bazı alimlerin tanımına göre "Deyn, etkisi, talep hakkının yöneltmesinde ortaya çıkan hukuki bir vasıftır."<sup>181</sup> Mecelle de deyn'i "Zimmette sabit olan şeydir" şeklinde tanımlar.<sup>182</sup> Deyn'in zimmette sabit olan vasıf şeklinde tanımı en yaygın tanımlardan biri olmakla birlikte bazı hukukçular deyni "zimmette sabit hükmî bir mal" olarak tanımlarlar.<sup>183</sup> Diğer meşhur bir tanım da şöyledir: "Deyn bir fiildir, yani bir malı teslim ve temlik etme fiilidir." Kasaî bu tanımın özellikle Ebu Hanife'nin deyn anlayışını ortaya koyduğunu ifade eder ve onu öncelikli olarak verir.<sup>184</sup> Bu son tanıma göre deyn, zimmette sabit bir mal olmaktan çok, kişinin zimmetinde sabit, bir alacağı teslim etme borcu olarak ifade edilmektedir. Ancak burada ferden muayyen bir şeyin tesliminin de deyn kapsamına girdiği anlaşılmamalıdır. Burada bir malın teslimi, alacağın teslim edilirken

<sup>177</sup> İbn Faris, *Mu'cemu mekayisu'l-luga*, II, 319.

<sup>178</sup> Feyyumî, *el-Misbahu'l-munîr*, I, 344.

<sup>179</sup> İbn Arabî, *Ahkamu'l-Kur'an*, I, 327.

<sup>180</sup> Ayn, muayyen ve müşahhas bir şey iken deyn, ma'dum ve gayr-ı mevcuttur. İslam hukukçuları sık sık deynin bu özelliğinden bahsederler. Bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, II, 42.

<sup>181</sup> (وصف شرعي يظهر أثره في توجيه المطالبة) Abdulaziz Buharî, *Keşfu'l-esrar*, IV, 214; Molla Hüsrev, *Düreru'l-hukkam*, II, 308; Hamevî, *Gamz*, IV, 5. Ayrıca bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, III, 306.

<sup>182</sup> Mecelle. Md. 158.

<sup>183</sup> Hamevî, *Gamz*, IV, 5 (Bu tanımı Havî'den aktarır.) Kasaî de deyn için sürekli olarak iki tanımı yanyana verir ki bunların ilki "zimmette sabit olan hükmî bir mal" şeklindedir. Bkz., *Bedaî*, V, 148, 234, VI, 25, 196.

<sup>184</sup> Bkz. Kasaî, *Bedaî*, II, 10, V, 148, 234, VI, 25, 196.

anlaşılmalıdır. Burada bir malın teslimi, alacağın teslim edilirken bulunduğu hali ifade etmektedir ki alacak karşılığında verilen şey, sonuç itibarıyla bir maldır.

Yukarıdaki tanımların da incelenmesiyle İslam hukukçularının deyn'e yaklaşımı konusunda iki ayrı eğilimden bahsedilebilir. Buna göre ilk eğilim deyn'i zimmette sabit bir mal olarak görerek alacaklının yetkisinin bu mal üzerinde kurulu olduğunu ifade etmiş olmaktadır. Böylece ayn üzerindeki milk nitelikli yetkiler doğrudan dış dünyada fert olarak belirli bir nesne üzerinde kurulduğu gibi, deyn üzerindeki yetkiler de alacaklının zimmetinde sabit olmakla birlikte gerçek bir varlığı olmayan kurgusal ve hükmi bir mal üzerinde düşünülmüştür. Sonuçta ayn ile ilgili temel hükümler, benzer bir şekilde deyn'e mümkün olduğu ölçüde uygulanmıştır. İkinci eğilim ise deyn'i bu şekilde ayn'a benzetmek yerine onun borçlu kişinin zimmetinde sabit bir borçluluk vasfı olduğunu öne sürmektedir. Buna göre alacaklının doğrudan bir mal üzerinde kurulu bir yetkisi yoktur. Onun yetkisi sadece borçluya karşı talep hakkını kullanmasıdır. Deynin şeri bir vasıf olup alacaklının talep hakkını kullanmasıyla sonuçlarını doğurması yönündeki tanımda bu ifade edilmek istenmektedir. Diğer yandan Ebu Hanife'nin deyn'in salt bir verme fiili olduğu şeklindeki tanımı da alacaklının hakkını, hükmi de olsa bir mal üzerinde kurulmaktan çok alacaklıdan bu teslim etme fiilini istemeye yönelik bir hak olarak açıklamaktadır. Deyn'e bu iki farklı yaklaşım sonuçta deyn üzerinde kurulu olan hakkın niteliğiyle ilgili iki ayrı yaklaşımın doğmasına da zemin hazırlamıştır.

### 3- Deyn Üzerindeki Hakkın Niteliği

İslam hukukçuları alacaklının alacak (deyn) hakkının mahiyetini belirleme konusunda görebildiğimiz kadarıyla yeterli ilgi ve gayreti göstermemişlerdir. Bütün bir borç ilişkisi terminolojisi ayn-deyn kavram ikilisi üzerine oturmuş olsa da fıkıhçılar ayn ve menfaatler üzerindeki hakların mahiyetini ifade etme noktasındaki net tavırlarını deyn konusunda göstermemişlerdir. Zaman zaman milku'd-deyn terimini kullanmakla birlikte milk'in konusunun ayn, menfaat ya da intifa olduğunu belirtmişler ve deyn'i ayrı bir milk konusu olarak milk tasniflerine hiçbir şekilde almamışlardır. Gerçekten de deyn üzerindeki hakların milk olarak sunulması, milk terimiyle ayn-menfaat ikilisi üzerinde kurulan aynî hak tanım, teori ve teorisinin ciddi ölçüde dışına çıkılmayı gerektirecektir. Eğer bu hak milk nitelikli değilse mahiyeti nedir? İslam hukukunda buraya kadar ele aldığımız aynî ve yarı aynî hakların dışında ayrıca alacak hakkı denilmeye müsait özel bir hak türü daha var mıdır?



Bu soruların açık bir cevabını klasik kaynaklarda bulmak ilk bakışta kolay değildir. Zira islam hukukçuları kazuistik yöntemleri içerisinde böyle bir sorunu doğuracağı pratik sonuçlar onları ilgilendirdiği sürece ele alacaklardır. Nitekim böyle olmuş ve teorik ve kapsamlı bir inceleme yerine bazı detay furu hükümleri arasında burada bahsettiğimiz tartışmaya temas edilmiştir. Görebildiğimiz kadarıyla deyn üzerindeki yetkinin mahiyetiyle ilgili Hanefi ve Şafii mezheplerinde furu hükümleri arasında da olsa açık olarak yapılan bir tartışma vardır.<sup>185</sup>

Bu tartışmada birbirine zıt iki ayrı görüş söz konusudur: İlk görüşe göre deyn üzerindeki haklar milk nitelikli değildir. Dolayısıyla deynin milk altında olduğundan ve temlikinden bahsetmek mümkün değildir. Bu görüş deyn'in bir mal olmasından çok zimmette sabit hukuki bir vasıf ve alacaklının talep hakkından ibaret olduğunu öne sürmektedir. Diğer görüş ise deyni mal ya da mal hükmünde görmesi dolayısıyla onun milk nitelikli haklara konu olabileceğini ifade eder. Şafii hukukçu Zerkeşi, aynı şekilde Hanefilerde de görülen, deyn'in mahiyetiyle ilgili bir tartışmadan bahsederek bir grubun deyn'in mal (dolayısıyla mal üzerinde kurulu bir milk) olduğu ya da deyn'in milk nitelikli olmayan bir talep hakkı (hakku'l-mutalebe) olduğu görüşünde olduğunu belirtir.<sup>186</sup> İbn Hümam da deyn'in milk altında olamayacağına dair görüşü değerlendirerek meseleyi tartışır.<sup>187</sup> Burada alacaklar üzerindeki hakkın mahiyetini belirlemek için öncelikle bu iki grubun dayanaklarını inceleyelim:

Deyn üzerindeki yetkinin milk olduğunu ileri süren fıkıhçıların temel dayanakları şunlardır:

1-Deyn hükmî bir maldır. Dolayısıyla üzerinde milk nitelikli yetkiler kurulabilir.<sup>188</sup>

<sup>185</sup> Bkz. İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 153; Zerkeşi, *Kavaid*, II, 160-161.

<sup>186</sup> Zerkeşi şöyle der: "Deyn hakiki anlamda bir mal mı yoksa sonuç itibarıyla mala dönüşecek bir talep hakkı mıdır? Bu konuda iki görüş vardır...İlkinde göre deyn maldır. Zira alacağı olan kişi için zenginlik (yesar) söz konusudur. Öyleki bu özelliğinden dolayı sadaka alamaz ve nafaka ve kefarete konusunda varlıklı insanlara ait hükümlere muhataptır. İkinci görüş ise mal olma özelliğinin mevcut şeyler için söz konusu olduğudur. Deyn ise mevcut bir şey değildir." Zerkeşi'nin daha sonraki ifadelerinden anlaşıldığı üzere ikinci görüş deyn'in talep hakkı olduğunu ifade etmekle onun milk niteliğinde değil de 'hak' niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bkz. Zerkeşi, *Kavaid*, II, 160-161.

<sup>187</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 153; İbn Nüceym, *Bahru'r-raik*, V, 179; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 299-300.

<sup>188</sup> Aydın, "Deyn", DİA, IX, 267. Aydın, burada konuyu deynin alacaklının mülkiyetinde olup olmadığı şeklinde ortaya koyar ki bizce burada aynı hak anlamında milk terimini kullanmak daha doğrudur. Zira islam hukukçularının burada milkten kastettiği, mülkiyetten farklı olup aynı nitelikleri oluşmuş bir hak olup olmadığıdır ki burada aynı niteliklerin iç muhteva (tasarruf imkanı vb.) açısından oluşmadığı halde dış muhteva açısından oluşmuş olması (ayn' üzerindeki milkin herkese karşı ileri sürülebilmesi) mümkündür. Bu bakımdan mülkiyet terimi islam

2- Deynin borçluya hibe edilmesi mümkündür ki hibe bir temlik işlemidir. Deyn temlik işlemine konu olduğuna göre bunun milk altında olması gerekmektedir.<sup>189</sup>

3- Bazı furu hükümleri: Mesela malının üçte birini vasiyet eden kimsenin bu vasiyeti alacakları da mal varlığına dahil edilerek hesap edilmekte ve vasiyet buna göre yerine getirilmektedir. Bu, deyn'in milk altında olduğunu göstermektedir.

4- Birden çok kişinin birlikte alacaklı olduğu bir deyn alacaklılar açısından şirket-i milk sayılmaktadır. Şirketu'l-milk şirketu'l-ayn ve şirketu'd-deyn şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İbn Hümam deyn'in milk altında olduğu tartışmasında şirketu'l-milk denilen müşterek mülkiyet terimi sınırları içine girecek şekilde deyn üzerinde şirketu'l-milk'in mümkün olduğunu ve bu sebeple deyn'in milk altında olduğu görüşünün daha üstün olduğunu belirtir.<sup>190</sup>

İbn Hümam deynin milk altında olup olmadığı ile ilgili tartışmayı açtıktan sonra doğru olanın deyn'in milk altında olduğu görüşü olduğunu belirtir.<sup>191</sup> İbn Abidin de bu tartışmayı aktararak ona katılır. Bu dayanaklar büyük oranda birtakım terim ve furu hükümlerinden hareket etmekle birlikte en temel teorik dayanağı deyn'in bir mal olduğu ve dolayısıyla aynî hakların konusunun mal olacağı şeklinde yerleşik kuralın dışına çıkılmadığıdır. Alacaklı da borçlunun zimmetinde farzedilen bir mal üzerinde, dış dünyada mevcut bir ayn üzerinde hakka benzer milk nitelikli yetki sahibi kabul edilmektedir. Ancak bu görüşü ileri sürenler bu yetkinin ne tür bir aynî hak olduğu, deyn üzerindeki yetki eğer milk ise bunun neden milk tasniflerine alınmadığı, milk ve mal ile ilgili temel teori ve terimlerle deyn üzerindeki milk'in ne ölçüde bağdaştığı gibi problemlerle ilgilenmemişlerdir.

Deyn üzerindeki yetkinin milk nitelikli olmadığı ile ilgili görüşün temel tezi ve karşı görüşün sunduğu dayanaklarla ilgili cevapları şunlardır:

1-Deyn zimmette sabit olan hukuki bir vasıftan ibarettir. Deyn'in mal olarak algılanması doğru olmayıp salt borçluya yöneltilebilecek talep hakkından ibarettir.<sup>192</sup> Bu bakımdan bu talep hakkı borçlunun zimmeti üzerinde kurulan milk nitelikli bir yetki olmayıp<sup>193</sup> alacaklıya ait 'mücerret bir hak'tır.<sup>194</sup> Genel kural gereği milkin

---

hukukundaki kavram örgüsünü tam olarak yansıtmaktan uzaktır. Bunun yerine orijinal terimlerin kullanılması bu ayırımı vurgulaması açısından önemlidir.

<sup>189</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 153.

<sup>190</sup> Aydın, DİA, "Deyn", IX, 267.

<sup>191</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 153.

<sup>192</sup> Zerkeşi, *Kavaid*, II, 160-161; Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 48.

<sup>193</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 153.

konusu mal olduğu için, borçlunun borçluluk halinden ibaret olan bir vasıf üzerinde alacaklının mülkiyet vb. bir aynî hakkının olduğu kabul edilemez. Alacaklının hakkı bu talep hakkını borçluya ileterek ifayı beklemektir.

2- Deyn'in milk altında olduğunun delili olarak ortaya konulan deyn'in borçluya hibe edilebilmesi bu konuda delil olarak kullanılamaz. Zira bu işlem bir temlik işlemi olmayıp aslında borcun düşürülmesi yani bir ibra işlemidir. Buna hibe denilmesi mecazîdir.<sup>195</sup> Zira eğer deynin temlik edilmesi mümkün olsaydı deynin borçludan başkasına da hibe edilmesi veya bedel karşılığında başkasına devredilmesi mümkün olurdu. Oysa alacağın üçüncü bir şahsa temliki mümkün değildir.<sup>196</sup> Ancak alacağın üçüncü şahıslara havale edilmesi mümkündür.<sup>197</sup>

Kaynaklarda bu tartışmaya hak ettiği teorik önemin verilmediğini belirttiğimizden literatürde bu tartışmanın yapıldığı bağlamlarda tarafların sunduğu deliller bunlardır. Ancak literatürü incelediğimizde deyn üzerindeki hakkın milk nitelikli olmayıp bunun alacak hakkı demeye uygun bir talep hakkından ibaret olduğu yönündeki görüşün daha doğru olduğu ortaya çıkar ki bunu yukarıda belirtilen dayanaklara ilave olarak şu şekilde temellendirebiliriz:

1- Özellikle Hanefi hukukçular milk'i, milku'l-ayn ve milku'l-yed olarak iki kısma ayırmışlar ve bir milk'in kamil ve tam olması için bu iki türün birlikte olması

<sup>194</sup> İbn Nüceym ıskat ile düşüp düşmeyen hakları incelerken milk nitelikli hakların ıskat ile düşmediği halde hak niteliğindeki hakların düşüğünü belirtir. Buna göre deyn ibra ile düşmektedir. Bu ifadeyi yorumlayan Hamevî şöyle der: "Deyn zimmette durduğu sürece mücerret hak olup alacaklının milkinde değildir." bkz. Hamevi, *Gamz*, III, 358.

<sup>195</sup> İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, VI, 153. "Alacağı borçluya hibe etmek bir temlik değildir. Burada işlem hibe lafzıyla yapılırsa da hakikatte bir ıskattır ve temlik değildir. Zira hibe icaptan sonra mevhubun kabulüne ihtiyaç duyar ki burada kabule bağlı değildir." Ali Haydar, *Dürru'l-hukkam*, II, 610.

<sup>196</sup> Deynin borçlusundan başkasına satılması ya da borçlusundan başkasından deyn karşılığı bir şey satın alınması caiz değildir. Bkz. Serahsî, *Mebcut*, XIV, 22. Malikiler dışındaki üç mezhebe göre alacağın borçludan başkasına temliki kural olarak mümkün değildir. Alacağın bizzat borçluya temliki mümkündür ve bu, borcun bağışlanması ya da ibra yoluyla olur. Malikilere göre ise bazı kayıtlarla alacağın üçüncü şahıslara temliki geçerlidir. (Aydın, "*Borç*", DİA, VI, 290).

<sup>197</sup> Özellikle mukayyet havalenin, alacağın temlikiyle büyük bir benzerlik gösterdiği görülse de bu, havalenin salt bir temlik işlemi olduğunu göstermez. Kaldı ki alacağın temliki de teknik anlamda bir temlik işlemi değildir. Zira alacaklar üzerindeki hak mülkiyet gibi aynî nitelikte bir yetki değildir (Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 61, Wieland, *Aynî Haklar*, s. 26). Ancak alacağın temliki denilse bile havale bir temlik işleminden farklı olup 'deyn'in bir zimmetten diğerine nakli' anlamı taşır. Bkz. *Mecelle*, Md. 673; Derdir, *Haşiye*, III, 394. Bu nakil bizzat temlik değildir. zira kendisine havale edilen kişinin alacağına malik olması için onu bizzat kabzetmesi gerekir ki bu durumda milk zaten alacak üzerinde değil de kabzedilen ayn üzerinde gerçekleşmiştir. Diğer yandan havale edilen kişi alacağı teslim almadan önce ihale eden vefat etmişse ihale batıl olur. Lehine havale yapılan kimse borçlu kişinin iflası sebebiyle hakkını tahsil edemezse bu defa havale edene rücu eder. (Bkz. Bardakoğlu, "*Havale*", DİA, XVI, 511, Aydın, "*Borç*", DİA, VI, 290). Bütün bu hükümler havalenin tam bir temlik işlemi olmadığını göstermektedir.

gerektiğini bildirmişlerdir. Bundan dolayı satım akdinde alıcının malı teslim almadan önceki hakkı salt bir milku'l-ayn olup, zilyetliğin ve buna bağlı tasarruf haklarının (milku'l-yed ve't-tasarruf) oluşmaması dolayısıyla bu, nakıs bir milk şeklindeydi. Bu bağlamda satım akdiyle satıcının da -kural olarak deyn niteliğinde olan- semen üzerinde milkinin doğduğundan bahsedilmektedir. Ancak burada milk terimiyle genel olarak malvarlığı hakları kastedilmektedir. Yani satıcının deyn'e malik olması deyn'in onun malvarlığı haklarından biri olduğu anlamına gelmektedir. Zira deyn üzerinde ne milku'l-ayn ne de milku'l-yed kurulabilir. Kasanî bu bağlamda deyn'in mal olmayıp, bir malı alacaklıya temlik etme fiili olduğundan hareket ederek şöyle der: "Deyn mal değildir. Deyn vacip bir fiildir, bu da malı alacaklıya temlik ve teslim etme fiilidir. ... Deynin bir mal olduğunu kabul etsek bile bu malın kabzı mümkün değildir. Zira o hakiki anlamda bir mal değildir. Aksine o, zimmette sabit olan hükmi bir maldır. Zimmetteki bir şeyin de kabzı mümkün olmadığından *deynin rakabe ve yed olarak memluk bir mal olması mümkün değildir.*"<sup>198</sup> Gerçekten de burada hakkın konusu bir ayn olmadığı için dış muhteva açısından aynî hakkın hiçbir şekilde oluştuğu söylenemez. Zira alacaklı, hakkını üçüncü kişilere karışı ileri sürme hakkına sahip değildir. Alacaklının hakkı, sadece, borçludan alacağını ifa etmesini talep etme hakkıdır. İç muhteva açısından ise hak sahibinin doğrudan belirli bir mal üzerinde söz konusu olan bir hakimiyeti yoktur ve alacak üzerinde milk'e bağlı temel tasarruflarda bulunamamaktadır. Dolayısıyla ortada milk'e ait temel özellikler bulunmamaktadır. Bununla birlikte alacaklının borçluya yöneltilebilecek bir talep hakkı vardır ve bu hak, alacaklının inhisarındadır. Bu bakımdan salt bu inhisar (ihtisas) sebebiyle bu hakkın milk olduğundan bahsetmek oldukça zordur.

2- Ebu Hanife deyn'in bir 'mal' olmadığını ve bu sebeple yüklü miktarda alacağı da olsa bir kimsenin 'malım yok' diye yemin ettiğinde hanis olmadığını belirtir.<sup>199</sup> Deyn'e zaman zaman 'mal' denmesi ise deyn'in o anda mal olmasından değil, ifasının mal ile yapılması dolayısıyla sonunda mala dönüşecek olmasından dolayı ve hüküm bakımındandır.<sup>200</sup>

3- İslam hukukçuları deyn'in kabz öncesi taksimini kabul etmezler. Zira taksim, hisselerin karşılıklı olarak değişimi ve temliki anlamını içerir. Bu bakımdan

<sup>198</sup> Kasanî bu yorumuna şu sonucu bağlar: "Bu genel kaideden (kıyas) hareketle hiçbir deyn dolayısıyla zekatın gerekmemesi lazımdır." *Bedâi*, II,10.

<sup>199</sup> Serahsi, II, 196; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, III, 333-334.

<sup>200</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, II, 15, 42.

zimmette sabit hukuki bir vasıf olarak algılanan deyn'in bu şekilde maddi nesnelere ilgili olan hisselerle ayrılıp bölünmesi tasavvur edilemez.<sup>201</sup>

4- Metinler dikkatle incelendiğinde bazı İslam hukukçularının açıkça, deyn'in milk altında olmadığını belirttikleri görülür. Bu anlamda Rahyabanî deyn'in milk altında olmadığını söyler: “Bir kişi milk'im yok diye yemin etse alacakları dolayısıyla hanis olmaz. Zira milk, ayn niteliğindeki mallara özgüdür. Deyne ise ancak kabzedildikten sonra malik olunur.”<sup>202</sup>

5- Deynin milk altında olduğuna delil olarak sunulan, şirketu'd-deyn'in şirketu'l-milk'in bir alt grubu olması bu konuda delil olarak kullanılamaz. Zira şirketu'l-milk terimi aynı hak anlamından çok hakkın konusu olan milk'i ifade ettiğinden burada milk altında olsun olmasın malvarlığı anlamı kastedilmektedir. Nitekim burada şirketu'l-milk teriminin bu kullanımı eleştirilmektedir. Zira deyn hukuki bir vasıf olduğu için ne ayn'dır ne de menfaat. Milk'in konusu ise ayn ve menfaatten oluşmaktadır.<sup>203</sup> Dolayısıyla şirketu'l-milk şirketu'd-deyn'i içermemektedir. Bu itiraza Mecelle şarihi Ali Haydar'ın verdiği cevap da açıkça deyn'in deyn halinde kaldığı sürece üzerindeki hakkın milk olmadığına dair net bir fikir vermektedir. Ali Haydar bu soruya iki şıklı bir cevap verir. Buna göre ilk olarak, deyn o haliyle ayn ve mal değil ise de sonuç itibarıyla mal ve ayndır. Zira deyn alacaklıya ödenerek onun tarafından kabzedildiğinde, kabzedilen şey bir ayn olmuştur ve bu şekilde deyn üzerindeki ortaklık, milk ortaklığına dönüşmüştür. Dolayısıyla burada işin esasında şirketu'l-milk sonuç olarak yine sadece şirketu'l-ayn'dan ibaret olsa da deyn halinde ve ayn halinde olmasına göre iki tür şirketten söz edilebilir. İkinci izah tarzına göre ise deyn üzerindeki ortaklığın milk şirketi (şirketu'l-milk) sayılması mecazîdir.<sup>204</sup> Zira deyn şeri bir vasıf olup memluk olmaz, yani milk altında bulunmaz. Bundan dolayı Mecelle'nin 873. maddesinde ifade edildiği gibi deyn'in borçludan başkasına hibesi ıskat ve ibra anlamına gelip buna da hibe denmesi mecazîdir.<sup>205</sup> Bu ifadeler bize deyn ile ilgili bazı fihri hükümlerin, borç

<sup>201</sup> Bkz. Babertî, *İnaye*, VIII, 436.

<sup>202</sup> Rahyabanî, *Metlibu uli'-nuhâ*, VI, 409.

<sup>203</sup> Bkz. Mecelle, Md. 125. Mecelle'nin bu maddesi, tadil komisyonu tarafından şu şekilde değiştirilmiştir: “Milk insanın malik olduğu şeydir. Gerek a'yan gerek menafi olsun [gerek duyun olsun]” Bkz. Öztürk, *Mecelle*, s. 100.

<sup>204</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, III, 242-243. Tahtâvî de Deyn'in milk altında olduğu görüşünün daha doğru olduğunu belirten Dürri'l-muhtar müellifine karşın bu görüşün, şirketu'l-milk ifadesinde milk'in mecazî bir anlam taşıdığı, yoksa deyn'in gerçek anlamda milk altında olmadığını şeklindeki bir görüşle reddedildiğini belirtir. Bkz. *Haşiye ale'd-Durri'l-muhtar*, II, 511.

<sup>205</sup> Bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, III, 242-243.

ödenirken bu ödemenin mal ile yapılacağı dikkate alınarak geliştirildiğini göstermektedir. Borçluluk hali geçici bir dönemi ifade ettiğinden terimler adeta sürekli ve asıl olan borç ilişkisinin bittiği ana göre üretilmiştir.

Yukarıdaki tartışmalardan ortaya çıkan sonuç şudur ki “deyn”, alacaklının malvarlığına dahil olmakla birlikte onun aynı bir hakkı değildir. Kaynaklarda zaman zaman gördüğümüz deynin mal olduğu ya da üzerindeki hakkın ‘milk’ olduğu şeklindeki nitelermeler, bunun malvarlığına dahil olduğu anlamına gelmez. Zira görüldüğü üzere zimmette sabit bir alacak olarak kaldığı sürece deyn üzerindeki hakkın mülkiyet ya da başka bir aynı hak olarak nitelenmesi mümkün değildir. Buna rağmen bazı hukukçuların deyn üzerindeki hakkın salt bir ‘talep hakkı’ olduğunu ifade etmeleri ve o haliyle milk’in söz konusu olmadığını belirtmeleri kanaatimizce islam hukukunda aynı haklarla birlikte alacak hakkı terimimin de batı hukukundaki şekline benzer bir tarzda var olduğunu göstermektedir. Ancak çoğunluğu oluşturduğu gözlemlenen islam hukukçularının bu noktayı gerektiği gibi ortaya çıkarmamış olmaları ve geçici bir durum olan deyn için süreklilik taşıyan ayn’a ait hükümleri ‘mecazen’ ya da ‘hükmen’ uygulamaları bu konudaki sorunları çözmemektedir.<sup>206</sup>

İslam hukukçularının deyn üzerindeki hakkın mahiyetiyle ilgili tartışmaları hiçbir zaman teorik bir tartışma konusu olarak gündeme gelmeyip tamamen pratik sonuçları açısından yapılmıştır. Fıkıhçıların bu tartışmaya bağladığı sonuçlar incelendiğinde bunların son derece sınırlı, pratik furu hükümleri olduğu görülür. Zerkeşi bu tartışmayı yaptıktan sonra bu konuların büyük bir kısmını topluca dile getirir. Bunlar başkasından alacağı olan kişinin zekat verme yükümlülüğünün olup olmadığı, alacağın borçludan başkasına satılıp satılamayacağı, alacağın ibra’sının temlik mi ıskat mı olduğu, ‘malım yok’ diye yemin eden kişinin alacak hakları dolayısıyla hanis olup olmayacağı gibi konulardır.<sup>207</sup> İbn Hümam da aynı konuyu “şirketu’l-milk”in ayn kadar, deyn hakkında da geçerli olup olmadığı şeklinde tali bir bağlamda ele alır.<sup>208</sup>

Görüldüğü üzere bazı islam hukukçuları ‘alacak hakkı’ denilmeye müsait bir ‘talep hakkı’ kavramına ulaşmış olmalarına rağmen genel literatür ‘milk’ ve ‘ayn’ı

<sup>206</sup> Aydın, çoğunluğun daha haklı gerekçelere dayandığını söylüyor. Deynin istisnaları dışında temlik işlemlerine konu olmaması, alacaklının mülkiyetinde bulunup bulunmamasıyla değil islam hukukunda mevcut olmayan malların akitlere konu edilmemesiyle ilgili olmalıdır. Aydın, “Deyn”, DİA, IX, 268.

<sup>207</sup> Buna göre deyn’in salt talep hakkından ibaret olduğunu öne süren görüşe göre, bütün bu durumlarda deyn milk altındaki bir mal gibi değerlendirilmediği için hükümler farklılaşmaktadır. Şafii mezhebinde bütün bu konularda farklı iki anlayış mevcuttur. Zerkeşi, *Kavaid*, II, 161.

<sup>208</sup> Bkz. İbn Hümam, *Fethu’l-kadir*, VI, 153.

temelinde oluşturulan teorik çerçevenin deyn'e uygulanmaya çalışılması şeklindedir. Bu durumun gözlemleyebildiğimiz temel nedeni milk ve ayn teriminin baskınlığı ve sabitliği dolayısıyla deyn şeklinde geçici bir durum için farklı terimler üretilmesi yerine daha çok bunun asıl konumunda olan milk'in bir fer'i olarak görülmesi ve fer konumunda bir 'vasıf' olan deyn'in hüküm olarak asıl ve cevher durumunda olan ayn'a benzetilerek fıkıh üretilmesidir.

Son olarak aynî hak-alacak hakkı ayırımının ayn ve deyn üzerindeki haklarla ilişkisine islam hukukunda alacak hakkını açıkça kabul eden görüşü dikkate alarak baktığımızda arada ciddi bir benzerliğin olduğunu görürüz. İslam hukukçuları fert olarak muayyen bir eşya (ayn) üzerinde kurulu olan hakları kural olarak aynî nitelikte görmüştür. Ancak teslim öncesi mesela mebi üzerindeki malın milk nitelikli olması bunu doğrudan mülkiyet olarak adlandırmamızı gerektirmeyip, bu hakkın dış muhteva bakımından aynî nitelikte yetkiler verdiğinden bahsedilebilir. Ancak ayn üzerinde kurulu her türlü malvarlığı hakkının milk niteliğinde olduğu genellemesi de doğru değildir. Zira yukarıda yarı aynî haklar grubunda ele aldığımız hakku't-taalluk türü yetkiler, ayn'a taalluk etmekle birlikte yarı aynî niteliktedir. Bir yetkinin aynî niteliğinden söz edebilmek için o yetkinin açıkça 'milk' nitelikli olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıkça milk olduğu belirtilen ayn ve menfaat üzerindeki yetkiler sahiplerine aynî nitelikte yetkiler vermektedir. Bunun dışında zimmette sabit olmuş 'deyn'ler ise 'alacak hakları'nın kapsamına girmektedir. Kara Avrupası hukukundaki gibi bu tür hakların oluşması bir borç ilişkisine bağlıdır. Bu yetkilerde gerek iç gerekse dış muhteva açısından milk'e ait özellikler oluşmamış, hukuki ilişki, bir borç ilişkisi şeklinde alacaklı-ve borçlu arasında devam etmektedir.

## SONUÇ

Hak kavramı üzerine yaptığımız bu araştırmadan ulaştığımız sonuçları şu şekilde belirtebiliriz:

Hak kavramı hukukun en temel ve üst kavramlarından biridir. Kara Avrupası hukuk sisteminin soyut metodu içinde hak kavramı ile ilgili teoriler üretilmiş ve verimli bir tartışma alanı oluşturulmuştur. İslam hukukunun klasik kaynaklarında ise kazuistik metot ve parçacı düşünüş hakim olduğundan üst kavram olarak hak kavramına ulaşılması ve bunun mahiyetinin araştırılması hukukçuların temel ve nihai hedeflerinden biri olmamıştır. Zira bu metot içinde tedavülde olan kavramlar, üst ve külli kavramlar olmayıp alt ve cüzi kavramlardır. Hak kelimesi de bu şekilde alt ve cüzi bir kavram olarak hukuk içinde çok farklı terim anlamlarında kullanılmıştır. (Hukuku'l-mebi, hukuku'l-akd gibi.) Bu anlamları analiz ettiğimizde hepsinin temelde ikincil olma ve bir asl'a tabi olma anlamını taşıdığını görürüz.

Fıkıhçılar hakkı bir üst kavram olarak furu içinde değil de usul içinde hüküm bahsinde inceler. Zira hakları meydana getiren hükümlerdir. Şeri hükümler olmadan hakların dayanağı ve asl'ı da yoktur.

Hak, hükümlerin şahıslara tanıdığı ve koruduğu maslahatlardır. Bu tanım Kara Avrupası hukuklarında kabul gören karma teorinin hak tanımına benzemektedir. Hak kavramının özü, hükümlerin de temelini oluşturan maslahat ve menfaattir Maslahat hukuk düzeni tarafından bir hüküm ile tanınır. Fertler bu hüküm doğrultusunda haklarını kullanırlar ve haklarının ihlali halinde ilgili hükümün yerine getirilmesi için dava açmak yoluyla haklarını himaye için harekete geçerler. Hakkın esas unsuru ve özünün 'maslahat ve fayda' olması hakların ve hükümlerin gâî olduğunu ve islam hukukunun gayesinin maslahatları temin olduğunu da ifade eder. İslam hukukunda



hüküm ve hak terimleri, özellikle de Hanefilerin kullanımında tam olarak birbirinden ayrılmış kavramlar değildir. Allah hakkı-kul hakkı ayrımı incelendiğinde bu husus daha net ortaya çıkar. Kul hakkına örnek olarak “başkasına ait malın haram/yasak oluşu” Allah hakkına örnek olarak ise “Kâbenin haramlığı ve zinanın yasaklığı” gibi ‘hükümlerinin gösterilişi hak ile hüküm terimlerinin içiçe geçtiğinin göstergesidir.

Yetki ve yükümlülük anlamları da üst kavram olarak ‘hak’ terimi içinde kaynaşmıştır. Özellikle Hanefilerin kullanımlarında hak terimi yetki ve yükümlülüğün birlikte oluşturduğu bir kavram şeklindedir. Soyut anlamıyla hak teriminin ayrıştırılması ile ortaya yetki ve yükümlülük şeklinde iki ayrı unsur çıkmaktadır. Kul hakkı hakkın yetki tarafını, Allah hakkı ise yükümlülük tarafını ifade etmektedir.

Hakla ilgili en temel ayırım, Allah ve Kul Hakkı şeklindeki ayırımdır. Kul hakları kulların yetki ve menfaatlerini ifadelendirirken Allah hakları daha çok kulların yükümlülüklerini ifade eder. Allah hakkı-kul hakkı ayrımı İslam hukukundaki en önemli hak taksimidir. Bu ayırım İslam hukukunu iki ayrı alana böldüğü gibi fıkıhın ana bölümlerinin ve fıkıh eserlerinin sistematik yapılarının oluşumunda da etkili olmuştur. Bu ayırım genel yapısı itibarıyla kamu hukuku özel hukuk ayırımına paralel ve benzer bir ayırım olarak görülebilir. Allah hakkı, kamu menfaati ve düzeni ile ilgili hükümleri; kul hakkı ise daha çok fertlerin doğrudan kamu faydasıyla ilgili olmayan şahsi ve medeni ilişkilerini kapsar.

İslam Hukukunda özellikle malvarlığı hakları diğer hak türlerine göre belirgin bir şekilde ağırlıklı olarak ele alındığından bu çalışma da temelde malvarlığı haklarına ağırlık vermiştir. Malvarlığı haklarında en temel kavram “milk” terimidir. Milk terimi sadece mülkiyet hakkını ifade etmekle kalmayıp fıkıh içindeki teknik anlamıyla aynı hak terimine yakın bir anlamı ifade etmektedir.

Milk teriminin iki ana unsuru olduğu söylenebilir. Bunların ilki eşya üzerinde mutlak bir tasarruf kudreti vermesidir. Bu milk’in iç muhtevası yani hak sahibi ile hakkın konusu arasındaki ilişki bakımından milkin verdiği yetkidir. Bir eşya üzerindeki yetkinin milk nitelikli olabilmesi için hak sahibinin o eşya üzerinde hukuki tasarruflarda bulunabilme imkanının olması gerekmektedir. Hak sahibi bir eşya üzerinde hiç bir “hukuki tasarrufa” malik değilse bu yetki milk nitelikli değildir. Yine bir menfaate malik olabilmek için de aynı şekilde menfaat üzerinde hukuki tasarruflarda bulunabilme gerekmektedir. Eğer yetki bir menfaatten sadece belirli fiili tasarruflarda bulunmayı mümkün kılıyorsa bu yetki menfaat üzerinde oluşmuş bir

milki olmayıp milku'l-intifa terimiyle ifade edilir. Milkin ikinci unsuru ise bu yetkinin herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Bu milkin dış muhtevasını oluşturur. Bundan dolayı milkin konusu belirli ve somut varlıklar ya da bunlara bağlı menfaatlerdir.

İslam hukukçuları geniş bir alanı kapsayan bir çok yetkiyi milki terimiyle ifade etmişler ve genel olarak bir çok akdin konusunun da milki ile ilgili olduğunu düşünmüşlerdir. Satım, hibe vb. akitler milku'l-ayn; kira, iare vb. akitler milku'l-menfaa, nikah akdi milku'l-intifa ya da milku'l-mut'a doğurmaktadır. Vekalet ve mudarebe akitleri dahi, vekil ve mudaribin intifa'ına malik olma sonucu doğurmaktadır.

İslam hukukçuları eşyayı atomcu evren anlayışı doğrultusunda ayn-menfaat şeklinde iki parçadan oluşur düşünmüşlerdir. Milki de eşyanın ayn'ı, menfaati ya da menfaatlerinden sadece fiili tasarruflar bakımından istifade etme (intifa) içeriklerinden hangilerini içerdiğine göre, milku'l-ayn ve'l-menfa, milku'l-menfaa, milku'l-ayn bi duni menfaa, milku'l-intifa şeklinde sınıflandırılmıştır. Bu sınıflama milki'in mahiyeti açısından değil tamamen kapsamı açısındandır. Dolayısıyla bu sınıflama kapsamları birbirinden farklı olsa da hepsi milki niteliğinde yetkilerden oluşmaktadır. Bundan dolayı milku'l-ayn ve'l-menfaa terimi tam milki, diğerleri ise nakıs milki terimiyle ifade edilir ki bu günümüz hukukundaki mutlak aynî haklar ve sınırlı aynî haklar ayırımıyla paralellik arz etmektedir.

Malvarlığı hukukunun temel akitleri olan satım sözleşmesi ve kira akdi bağlamında ortaya konulan teori ve terimler hukukun diğer alanlarına taşınmıştır. Özellikle de nikah akdinin konusu, kadından cinsel açıdan istifade etmek olarak tanımlanmış ve istifade etmenin bir fiil olması dolayısıyla atomcu evren anlayışının oluşturduğu düşünme biçimiyle bu fiil bir araz niteliğinde ve bir tür menfaat olarak görülmüştür. Dolayısıyla bir aynın menfaatlerine malik olma şablonu kadının cinsel menfaatlerine malik olma şeklinde nikah akdine uyarlanmıştır. İslam hukukunda kavram hukukçuluğunun en keskin örnekleri de özellikle bu alanda milki teriminin kullanılmasında görülebilir.

Milki teriminin dışında malvarlığı alanında dar anlamda 'hak' denilen bir takım yetkiler daha vardır. Bunları yarı aynî hak terimiyle ifade edilebilir. Yarı aynî haklar grubu herhangi bir sebebe bağlı olarak milki'in tüm unsurlarını taşımayan ancak, çoğu defa milki'e dönüşme potansiyeli bulunduran yetkililerdir. Bazı türleri Batı hukukundaki yenilik doğuran haklara ve eşyaya bağlı borçlara benzeyen bu

grubunun islam hukukunda ayrı bir hak kategorisi olarak ele alınması islam hukukçularının malvarlığı alanında ürettikleri terimlerin teknik düzeyini gösteren bir örnek olarak ele alınabilir.

Günümüz hukukundaki aynı hak-alacak hakkı ayırımına paralel olarak, islam hukukunda milk teriminin dışında ‘alacak hakkı’ şeklinde bir terimin varlığını soruşturduğunuzda karşımıza gizli de olsa ‘alacak hakkı’ teriminin varlığı ve ancak bunun milk tarafından gölgelendiği sonucu çıkmaktadır. İslam hukukçularının büyük bir grubu milk teriminin malvarlığı hukukundaki baskınlığı dolayısıyla borç ilişkisinden doğan alacak haklarını da milk terimiyle ifade etmeyi tercih etmektedirler. Ancak diğer bir grup ise alacak haklarında milk denilmeye müsait bir yetkinin olamayacağını belirtirler. Zira deyn denilen alacağın somut bir varlığı yoktur ve üzerinde temel hukuki tasarruflarda bulunma imkanı bulunmamaktadır. Bundan dolayı deyn, alacaklının malvarlığına dahil olmakla birlikte onun milk’i altında değildir. Deyn üzerindeki yetki salt bir talep hakkıdır ve bundan milk olarak bahsedilmesi mecazidir. Bu ikinci görüş milk tanımı ve milkle ilgili genel teorilere daha uygun olmakla birlikte islam hukukçuları geçici nitelikte düşündükleri borç ilişkisinde alacaklının hakkı için genel kabul gören bir terim üretmemişlerdir.

İslam hukukunda deyn terimi özellikle verme borçlarını ifade etmekle birlikte Şafii mezhebinde yapma borçlarını da içine alan bir kavram niteliğindedir. Diğer mezheplerde ise yapma borcu kavramı yerine borçlunun menfaatlerine malik olma terimi kullanılarak bu ilişki bir borç ilişkisinden çok aynı hak alanında çözümlenmeye çalışılır. Kira vb. bir akitle hizmet ya da iş görecek kişinin menfaatlerine malik olunmaktadır.

Fıkıh alanında hukuksal düşünüş süreçleri özellikle çalıştığımız saha açısından ayn-menfaat, ayn-deyn, milk-hak gibi kavram çiftleri üzerine kurulmuştur. Mal kavramı ayn ve menfaat şeklinde iki parçadan oluşur gibi tasavvur edilmiş; ayn asıl, menfaat ise tâbi (fer’) olarak düşünülmüş; yine malın fiziksel ve müşahhas varlığı ayn, zimmetteki varlığı ise deyn olarak isimlendirilmiştir. Ayn asıl ve hakiki mal; deyn ise fer ve hükmi maldır. Eşya üzerindeki yetkiler asıl olarak milk; ikincil yetkiler (fer’) ise ‘hak’ kavramıyla ifade edilmiştir. Bunlar bütün malvarlığı hukukunun yapısını ve dilini oluşturan ana terimlerdir.

## BİBLİYOGRAFYA

- Abbadî**, Abdüsselam Davud, *el-Milkiyye fi'ş-şeriatî'l-islamiyye*, c.I-III, I.Basım, Amman 1974.
- Abdulaziz el-Buharî**, (Ö. 730/1329), *Keşfu'l-esrar*, İst, 1308, I-IV.
- Abdulberr Zeki**, el-Hükmu'ş-şerî ve'l-kaidetu'l-kanuniyye, I. Basım, Kuveyt, 1982.
- Acîlî**, Süleyman b.Mansur el-Mısırî, *el-Futuhatu'l-ilahiyye (Haşiyetu'l-Cemel)*, c. I-V, Daru'l-fikr, Kahire, 1377.
- Adevî**, Ali, es-Saîdî, (1189-1775), *Haşiyetu'l-Adevî ala Şerh i Muhtasarı Halil (Şerhu Muhtasar kenarında)*, c. I-VIII, Bulak, 1308.
- Ahmed b. Hanbel**, *el-Müsned*, Bulak 1313'den ofset, İstanbul, 1981, C. I-VI.
- Ahteri**, Mustafa b. Şemsuddin el-Karahisari, *Ahteri Kebir*, Matbaa-i Amire, I-II, İstanbul, 1310.
- Akgündüz**, Ahmet, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, (Vakıf Müessesesi), TTK., Ankara 1988.
- Akipek**, Jale, *Türk Eşya Hukuku(Aynî Haklar)*, c. I-III, Ankara, 1972-1974.
- Alaî**, Ebu Said Halil b., *El-Mecmuu'l-müzheb fi kavaidi'l-mezheb*, Kuveyt, (thk. Muhammed b. Abdulgaffar)
- Ali Hafif**, *Ahkamu'l-muamelâtîş-şeriyeye*, Daru'l-fikri'l-arabî, III. Basım, Daru'l-fikri'l-arabî, yy. ts.
- Ali Hafif**, el-Milkiyye fi'ş-şeriatî'l-İslamiye, Beyrut 1990.
- Ali Haydar Efendi**, *Düreru'l-hukkam şerhu Mecelleti'l-ahkam*, c.I-IV, İstanbul 1330.
- Âmilî**, Yasin İsâ, *el-İstilahatu'l-fikhiyye fi'r-resaili'l-ameliyye*, Beyrut, 1993, Daru'l-belaga.
- Amîra**, Şihabuddin Ahmed el-Berlessi, (öl.957), *Haşiyetu Amira ala şerhi Minhacu't-talibin*, c. I-IV, Daru İhyai'l-kutubi'l-Arabî. (Kalyubî haşiyesiyle)
- Andonyadı**, Toma, *Kamus-u kavanin*, c.I-II, Mahmut Bey Matbaası, İstanbul 1310.
- Aral**, Vecdi, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin metodu ve Değeri, İstanbul, 1978.
- Armağan Servet**, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, 1987, TDİB Yayınları.

- Arsal**, Sadri Maksudi, *Hukukun Umumi Esasları: hukukun Pozitif Felsefesi*, Ankara, 1937.
- Asım Efendi**, *Terceme-i Kamus: el-Okyanusu'l-basit fi tercemetil-Kamus*, c. I-III, İstanbul, 1230-1233.
- Aybakan**, Bilal, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul, 1998.
- Aybakan**, Bilal, *İslam Hukukunda Vekalet Sözleşmesi*, (Basılmamış yüksek Lisans Tezi), MÜSBE, ist, 1990.
- Aydın**, M. Akif, "Borç" DİA, VI, 285-290.
- Aydın**, M. Akif, "Deyn" DİA, IX, 266-268.
- Azmizâde**, Mustafa ibn Pîr Ali Muhammed, *Haşiyetu İbn Melek: Netaicu'l-eskar*, (Rehavî'nin kenarında), Dersaadet, 1315.
- Baberti**, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud, *Şerhu'l-İnaye ale'l-Hidaye* (Fethü'l-kadir ile) c.I-X, Beyrut, Daru'l-fikr, ts..
- Baci**, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef, *el-Münteka şerhu'l-Muvatta*, c.I-VII, III. Basım, Beyrut, 1983.
- Bardakoğlu**, Ali, "Hak" DİA, XV, 139-151
- Bardakoğlu**, Ali, "Harim" DİA, XVI, 188-190.
- Bardakoğlu**, Ali, "Havale" DİA, XVI, 507-512.
- Bedran**, Ebu'l-Ayneyn Bedran, *Tarihu'l-fikhi'l-islamî ve nazariyyetu'l-milkiyye ve'l-ukud*, Beyrut, ts.
- Behuti**, *Dekaiku uli'n-nuha: Şerhu Münteha'l-iradat*, c.I- III, Âlemu'l-kütüb, Beyrut, ts.
- Behûfî**, Şeyh Mansur b. Yunus, *Keşşafu'l-kına' an metni'l-İkna*, c.I-VI, daru'l-kutubu'l-ilmiyye, Beyrut, 1982.
- Belgesay**, M. Raşit, "Hususi Hukuk", İTA, c.I, 437-439. İstanbul, 1941.
- Beydavî**, Kâdî Nâsruddin, *Tavalu'l-envar, min metalii'l-enzar*, Daru'l-cîl, Beyrut, 1991, I. Basım, (Thk. Abbas süleyman)
- Bilge**, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1987, VI. Basım.
- Bilmen**, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, c.I-VII, İstanbul 1986.
- Büceyrimi**, Süleyman b. Muhammed, *Haşiyetü'l-Büceyrimi ale'l-menhec*, c. I-IV. , daru'l-fikr.
- Büceyrimi**, Süleyman b. Muhammed, *Tuhfetü'l-habib ala şerhi'l-hatib* (Haşiyetü'l-Büceyrimi ale'l-hatîb), c.I-IV, Daru'l-fikr,
- Buhari**, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, *Sahihu'l-Buhari*, c.I-VIII, İstanbul 1992.
- Bustani**, Butrus, *Muhitu'l-muhit*, c.I-III, (Kamus Mutavvel li'l-lugati'l-arabiyye), 1283/1887,
- Butî**, Said, *Ramazân, Davabitu'l-maslaha*, VI. Basım, 1992, Dımeşk.
- Cabirî**, *Arap Aklının Oluşumu*, İstanbul, 1997.
- Cabirî**, Muhammed Abid, *Arap-islam Kültürünün Akalyapısı*, İstanbul, 1999. (çev: Burhan Köroğlu, Hasan Hacak. Ekrem Demirli) Kitabevi yay.
- Cabirî**, Muhammed Abid, *Fikratu İbn Haldun el-Asabiyye ve'd-devle*, Bağdat, ts.

- Çağrıcı, Mustafa**, "Hak", DİA, XV, 137-139.
- Camii'l-fıkhi'l-islamî**, (*Encyclopedia of Islamic Jurisprudence*), Fıkah kaynaklarıyla ilgili CD Programı, Şeriketu Harf, Kahire, 1999, Sürüm, 1 ve 1.03.
- Can, Cahit**, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara, 1989.
- Cessas, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Razî**, *el-Fusul fi'l-usul*, İstanbul, 1994, Mektebetu'l-irşad.
- Cevheri, Ebu Nasır İsmail b. Hammad el-Farabî**, *es-Sıhah*, c. I-II, Bulak, 1292. El-Matbaatu'l-kubrâ el-Amire.
- Challaye, Felicien**, *Mülkiyetin Tarihi*, (çev. Turgut Aytuğ), İstanbul, 1944.
- Chehata, Chafik**, *Theorie Generale de l'obligation en Droit Musulman Hanefite*, Paris, 1969, Editions Sirey.
- Cin, Halil**, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Konya, 1992, III. Basım.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet**, *Türk Hukuk Tarihi*, c. I-II, Konya, 1988.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet**, *Türk Hukuk Tarihi*, c.I-II, Konya 1988.
- Coulson, N.,J.**, *A History of Islamic Law*, Edinburg, 1991,
- Cürcani, Es-Seyyid eş-Şerif Ali b. Muhammed b.**, *et-Ta'rifât* (Neşr: Dr. Abdurrahman Amîra), I. Basım, Beyrut 1987.
- Dağcı, Şamil**, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara karşı Müessir Fiiller*, Ankara, 1996.
- Damad Efendi, Abdurrahman b. Muhammed**, (öl. 1078/1667), *Mecmau'l-enhur fi şerhi mülteka'l-ebhur*, İstanbul, 1328, I-II.
- Debbusî, el-Esrar fi'l-usul ve'l-furû**, (Haz. Salim Özer), Kayseri, 1997, C.I-II,
- Debbusî, Tesîsu'n-nazar**, (thk. M. Muhammed Kubbanî), Daru İbn Zeydun, Beyrut, ts.
- Del Vecchio, Giorgio**, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul, 1952. (Çev. Sahir Erman)
- Demir, Fahri**, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Ankara 1988.
- Derdîr, Ebu'l-Berakat Ahmed b. Muhammed**, *eş-Şerhu'l-kebir ala Muntasarı Halil*, c.I-IV, Daru'l-fikr, ts. (Desukî Haşiyesi'yle)
- Desukî, Şemsuddin Şeyh Muhammed b. Ahmed**, *Haşiye ale's-Şerhi'l-Kebîr*, c.I-IV, Daru'l-fikr, Kapire, 1328.
- Dias, R.**, *Felsefetu'l-kanun*, Beyrut, 1986 (Çev. Henri Riyad),
- Donnelly, Jack**, *İnsan Hakları*, Ankara, 1995. (Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut)
- Duguit, Leon**, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Terc. Süheyp Derbil), Ankara, 1954.
- Düreynî, el-Fıkhu'l-islamîyyu'l-Mukaran**, Dımeşk, 1986-1987, II, Basım.
- Düreynî, Fethi**, *el-Hak ve Medâ sultanu'd-devle fi takyidih*, Beyrut, III. Basım, 1984.
- Düreynî, Nazariyyetu't-taassuf fi'stimali'l-hak**, VI: Basım, Beyrut, 1988.
- Ebu Davud, Süleyman b. Eşas es-Sicistanî**, *es-Sünen*, Hums, 1969-1974, I-IV.
- Ebu Ganîme, Abdulaziz**, *Tabiatu hukuki'd-dainîn fi't-terike ve eseruha fi ahkami't-terikat*, Kahire, 1982, I. Basım.
- Ebu Sünne, Ahmed Fehmi**, *en-Nazariyyâtu'l-âmme li'l-muamelat fi's-şerfati'l-islamîyye*, Kahire, 1967.

- Ebu Sünne**, Ahmed Fehmi, *Nazariyyetü'l-hakk*, (el-Fıkhü'l-İslami esasu't-teşri) Kahire, 1971, s. 174-234.
- Ebu Zehra**, el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fiş-şeriatil-islamiyye, Kahire 1977,
- Ebu Zehra**, Muhammed, *el-Ukûbe*, daru'l-fikri'l-arabi, kahire, ts.
- Ebu'l-Beka**, Eyyub b. Musa el-Hüseyni el-Kefevi, *El-Külliyat Mucemun fi'l-mustalahat ve'l-furuku'l-lugaviyye*, II. Basım, Beyrut 1993. (Tahkik, Adnan Derviş, Muhammed Mısıfı)
- Ebu'l-ulâ Mardinîzade**, *Hukuku Medeniyye Dersleri*, (Haz. Ömer Cemil), İstanbul, 1928.
- Elmalılı**, M. Hamdi yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Neşr., İst.
- Elmalılı**, M. Hamdi Yazır, *İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu*(Hazırlayan: Sıtkı Güllü), Eser Neşriyat, İstanbul, 1997.
- Emîr Padişah**, Muhammed Emin b. Mahmud el-Buharî, Teysîru't-tahrîr, c. I-IV, Kahire1351.
- Ensarî**, Zekeriyya b. Muhammed el-Ensarî, Esne'l-metalib Şerhu Ravdu't-talib, c.I-IV, Daru'l-kitabi'l-islami.
- Ensarî**, Zekeriyya b. Muhammed el-Ensarî, Şerhu'l-behce, c.I-V, el-Matbaatu'l-meymeniyye, ts.
- Erbay**, İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları, İstanbul, 1999.
- Erdoğan**, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1998.
- Erel**, Şafak N., *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara, 1982.
- Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, c. I-III, Ankara, 1991.
- Ergüney**, Hilmi, Türk Hukukunda Lugat ve İstilahlar, İstanbul 1973.
- Esen**, Hüseyin, *İslam Hukukunda Malî cezalar*, (Basılmamış yüksek lisans tezi), MÜSBE, İstanbul, 1996.
- Ezheri**, Ebu Mansur muhammed b. Ahmet b. Ezher el-Hereviel-Ezheri, *Tehzibu'l-luga* (tah. Üstad Ali Hasan el-Hilali), Daru'l-mısıriyye, Kahire, tsz.
- Fahrettin Razî**, Muhammed b. Ömer, (öl. 606/1209), *el-Mahsul fi ilmi'l-usul*, c. I-VI, Beyrut, 1988. I. Basım.
- Fahrettin Razî**, *el-Erbaîn fi usuli'd-dîn*, c.I-II, Kahire, 1986, Mektebetü'l-külliyatu'l-Ezheriyye.
- Feyyumî**, Ebu'l-Abbas, Ahmet b. Muhammed b. Ali el-Hamevî, el-Mikriî, *Misbahu'l-munir fi garibi Şerhi'l-Kebir*, Mektebetü Lübnan, Beyrut-Lübnan 1987.
- Fîrûzâbâdi**, Mecduddin Muhammed b. Yakub, *El-Kamusu'l-muhit* (tah. Mektebu tahkiku't-turas), II. Basım, Beyrut 1987.
- Gazzali**, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, *el-Veciz*, c.I-XII, (*Fethu'l-aziz* şerhi içinde).
- Gazzalî**, Ebu Hamid, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, Bulak, 1324.
- Göğçer**, Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, IV. Basım, Ankara 1976.
- Günay**, Hacı Mehmet, *İslam Hukukunda Kamu Malları*, (Basılmamış Doktora Tezi), MÜSBE, İstanbul, 1997.
- Güriz**, Adnan, *Hak Kavramı*, HFSA-2. İst.

- Habbazî**, Ebu Muhammed Ömer b. Muhammed, *el-Muğnî fi usulî'l-fikh*, Mekke, 1403.
- Hacak**, Hasan, *İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi*, (Basılmamış yüksek Lisans Tezi), MÜSBE, İstanbul, 1993.
- Hamevi**, Gamzu uyûnî'l-besâir, c. I-IV, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut, 1985. I, basım.
- Hamid Efendi**, *Mir'at haşiyesi*, c. 1-II. Tab'hane-i amira, İstanbul.
- Haraşî**, Ebu Abdullah Muhammed b. Abdullah, *Şerhu Muhtasarı Halil*, c., I-VIII, Bulak, 1308.
- Hasan Çelebi**, İbn Muhammed Şah el-Fenarî, *Haşiyetu't-Telvih*, c. 1-II, Matbaa-i Esad Efendi, 1284, İstanbul.
- Hattab**, Ebu Abdullah Muhammed el-Mağribî (954/1547), *Mevahibu'l-celil li şerhi Muhtasarı Halil*, c. I-VI, Beyrut 1978, II.Basım.
- Heyet**, *el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, c.I-V, IV. Basım, Beyrut 1986.
- Heytemî İbn Hacer**, *Tuhfetul muhtac bi şerhi'lminhac*, c.I-X, Daru ihyau't-turâsu'l-arabî, Kahire, ts.
- Heytemî**, *el-Fetava'l-fikhiyyetu'l-kubrâ*, c.I-IV, el-Mektebetü'l-islamiyye.
- Hirş**, E, *Hukuk Felsefesi ve hukuk Sosyolojisi Dersleri*, İst., 1949.
- Hısınî**, Ebu bekir b. Muhammed Takiyyuddun, *Kitabul kavaid*, c.I-IV Riyad.
- Hoexter**, Miriam, "Huquq Allah and Huquq al-İbad as Reflected in the Waqf Institution", JSAI, 19, 1995, s.133-156.
- Hudarî**, Muhammed Beg, *Usulu'l-fikh*, IV. Basım, 1969, Kahire.
- İbn Abbidîn**, el-Ukudu'd-dürriyye fi tenkihu'l-fetava'l-hamidiyye, c. I-II, Bulak, 1300.
- İbn Abdisselam**, İzzeddin Abdulaziz, *Kavaidu'l-ahkam fi mesalihi'l-enam*, c. I-II, II. basım, 1980, Daru'l-cîl.
- İbn Abidin**, Muhammed Emin b.Ömer, *Reddü'l-muhtar ala'd-durri'l-muhtar*, c.I-VIII, İstanbul 1985.
- İbn Arabî**, Ebu bekir Muhammed b. Abdullah, (öl. 543/1148), *Ahkamu'l-Kur'an*, kahire, 1974. I-IV.
- İbn Cüzey**, Muhammed b.Ahmed (741/1340), *Kavanimu'l-ahkamiş-şerîyye*, Lübnan, ts.
- İbn Emirü'l-hac**, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, C.I-III, Bulak, 1316.
- İbn Faris**, Ebu'l-hüseyin Ahmet b. Faris b. Zekerîyya el-Lugavi, *Mu'cemi mekayis'l-luga* (tah. Züheyr Abdulmuhsin Sultan), Müessesetür-risale, I.Basım, Lübnan 1984.
- İbn Ferhun**, Şemsuddin Ebu Abdullah el-Yamesî, *Tebşiratu'l-hukkam fi usulî'l-ekdiye ve menahicu'l-ahkam*, c.I-II, Beyrut 1883.
- İbn Haldun**, Abdurrahman b. Muhammed, *el-Mukaddime*, daru'l-kalem, beyrut, VII., Basım, 1989.
- İbn Halebî**, Radiyyuddin muhamed b. İbrahim, (öl. 971/1563), *Ervaru'l-halek ala şerhi'l-menar li'bni melek*, (Rehavî Haşiyesiyle birlikte)
- İbn Hümam**, Kemaluddin Muhammed b.Abdulvahit (861/1457), *Fethu'l-kadir*, c.I-X, Beyrut, Daru'l-fikr, ts.



- İbn Hümam**, Kemaluddin Muhammed b. Abdulvahit, *Fethu'l-kadir*, c.I-X, Daru'l-fikr, II. Basım, Beyrut, ts.
- İbn Kayyim**, Bedaiu'l-fevaid, c. I-IV.
- İbn Kayyim**, *İlamu'l-muvakkîn*, (Neşr. M.Muhyiddin Abdulhamid, I-IV, Kahire, 1955,
- İbn Kayyim**, Şemsuddin Ebu Abdullah, *et-Turuku'l-hükmiyye fi's-siyaseti's-şer'iyye*, (Thk. Beşir muhammed Uyun, I. Basım, Beyrut, 1989)
- İbn Kudame**, el-Makdisi, (682/1283), *eş-Şerhu'l-kebir*, c.I-XV, Beyrut 1984 (el-Muğnî ile birlikte).
- İbn Kudame**, Muvaffakuddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed, (620/1223), *el-Muğnî*, c.I-X, Kahire, ts.
- İbn Lahham**, Ebulhasan Alauddin, *El-kavaid ve'l-fevaidu'l-usûliyye ve ma yeteallaku biha minel ahkam*, thk. Muhammed hamid el-Faki, Beyrut, 1983, I. Basım.
- İbn Mace**, Ebu Abdullah Yezid el-Kazvinî, *es-Sünen*, Kahire, 1952. c. I-II.
- İbn Manzur**, el-İfriki, Ebu'l-Fadl Cemaluddin Muhammed b.Mükerrem, *Lisanu'l-arab*, c.I-XV, Beyrut, ts.
- İbn Melek**, İzzeddin Abdullatif ibn Abdulaziz, *Şerhu'l-Menar*, Dersaaadet, 1315, (Rehavi ve diğer haşiyelerle)
- İbn Müflih**, Ebu İshak Burhanuddîn, el-Mubdi şerhu'l-Muknî, el-Mektebetu'l-islamî, Beyrut, 1980
- İbn Nüceym**, *Bahrurraik Şerhu Kenziu'd-dekaik*, c.I-VIII, Kahire, 1311.
- İbn Nüceym**, *Resail-i İbn Nüceym*, I. Basım, Beyrut,1980.
- İbn Nüceym**, Zeynüddin b.İbrahim el-Mısırî, *el-Eşbah ve'n-nezair*.,I. Basım, Dımeşk 1983.
- İbn Nüceym**, Zeynüddin b.İbrahim el-Mısırî, *Fethu'l-gaffar bi Şerhi'l-menar el-ma'ruf bi Mişkâtu'l-envar fi usul'l-menar*, c.I-III, Kahire, 1936.
- İbn Receb**, Hafız Ebu'l-Ferec Abdurrahman el-Hanbelî, "*Takriru'l-kavaid ve tahriru'l-fevaid*", (*el-Kavaid*), Daru'l-fikr, ts.
- İbn Saatî**, Muzafferu'd-din Ebu Abbas, *Bedü'n-nizam*, (Tah. Muhammed Akkaya, basılmamış doktora tezi), c. I-III, 1982, Kahire.
- İbn Şât**, Siracuddin Ebu'l-Kasım b. Abdullah, *Edraru's-şuruk ala envai'l-Furuk*, (Karafî, Furuk ile )
- İbn Sîde**, Ali b. İsmail, (öl.458), el-Muhkem,
- İbn Teymiyye**, Takıyyuddin Ahmed b. Abdulhalim, *el-Fetâva'l-Kubrâ*. c.I-VI, daru'l-kutubu'l-ilmiiyye.
- İmre**, Zahit, *Medenî Hukuka Giriş*, II.Basım, İstanbul 1976.
- İsfahani**, Ragıp, *Müfredatu elfazi'l-Kur'an* (tah. Safvan Adnan ed-Davudi), Cidde, Daru'l-beşir; II. Basım, 1997.
- İzmirî**, Muhammed, *Haşiyetu'l-Mirat*, c.I-II, Daru't-tibaati'l-amire, İstanbul, 1309.
- Jhering**, *Hukuk Uğruna Savaş*, (Terc. Rasih yeğengil), İstanbul, 1935.
- Kaboğlu**, İbrahim Özden, *Özgürlükler Hukuku*, IV, Basım, İstanbul, 1998, Afa yay.
- Kadri Paşa**, Muhammed, *Mürşidü'l-hayran ila marifeti ahvali'l-insan*, II.Basım Kahire 1983.

- Kalyubî**, Şihabuddin Ahmet b. Ahmet İbn Selame el- Kalyubi, *Haşiyetu Kalyubî ala şerhi Minhacu't-talibin li'l-Mahallî*, c.I-IV, Daru'l-fıkr, Beyrut. ts.
- Kamalfî**, Mohammad h., Fundamental Rights of the Individual; An Analysis of Haqq (rights) in Islamic Law, AJİSS, X/3, 1993, s. 340-366.
- Karafî**, Ebu'l-Abbas Şihabuddin Ahmet b.İdris, *Envaru'l-buruk fi envai'l-furuk*, (Furuk) c.I-IV, Neşr. Halil Mansur, Beyrut, 1998, daru'l-kutubu'l-ilmiiye.
- Karafî**, *Şerhu Tenkihi'l-fusul fi'h-tisari'l-Mahsul*, Daru Atva, Kahire, 1993, II. Basım,
- Karaman**, "Ayn", DİA, IV, 257-258.
- Karaman**, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, İstanbul, 1985. C.I-III. Ensar neşriyat.
- Karaman**, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c.I-III, İstanbul 1986.
- Karaoğlan**, Fahrettin, "Amme Davası", İTA, I, 429-437, İst. 1941. Cumhuriyet Matbaası.
- Kasanî**, Alauddin Ebubekr Mesud b.Ahmet, *Bedaiu's-sanai fi tertibi's-şeraf*, c.I-VII, II.Basım, Beyrut 1986.
- Kelsen**, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945. Harvard University Press.
- Kenanî**, Ebu'l-kasım b.Selmun, *el-İkdu'l-munazzam li'l-hukkam*, c.I-II, Beyrut 1883.
- Kenanî**, Ebu'l-Kasım b.Selmun, *el-İkdu'l-munazzam li'l-hukkam*, c.I-II, Beyrut 1883.
- Kerâbisî**, Es'ad b.Muhammed b.el-Hüseyn en-Nisaburî, *Kitabu'l-furuk fi'l-furu*, I Basım Kuveyt 1982.
- Konevi**, Kasım *Enisu'l-fukaha fi tarifati'l elfazi'l-mütedavileti beyne'l-fukaha* (tah. Ahmet b. Abdurrezzak el-Kubeysi), Daru'l-vefa, I. Basım, Cidde 1986.
- Köprülü**, Bülent, *Medenî Hukuk*, İstanbul, 1984.
- Köprülü**, Bülent-Kaneti, Selim, *Sınırlı Aynî Haklar*, İstanbul 1972-73.
- Koyuncuoğlu**, Tennur, *Hak ve Özgürlük ilişkisinin Saptanması*, MHAD, No: 15, İstanbul, 1978.
- Kudurî**, Ebu'l-Hüseyn Ahmet b.Muhammed, *el-Muhtasar*, c.I-IV Beyrut 1985.
- Kurtoğlu**, Serda, *İslam Hukuku Dersleri*, c. I-II, İstanbul, 1972.
- Kutluer**, İlhan, "Cevher", DİA, VII, 450-455.
- Leknevî**. Muhammed Abdulhalim, Kameru'l-akmâr, Dersaadet, 1310, Matbaai Osmaniyye, c. I-II.
- M. Mehdî Vaiz**, "el- fark beyne'l-hakk, ve'l-hukm", 'el-Hukuk fi'l-islam' içinde.
- Mahmasanî**, Subhi, en-Nazariyyatu'l-amme li'l-mucebat ve'l-ukud, Beyrut, 1948, c.I-II.
- Malik b.Enes**, *el-Muvatta*, c.I-II, İstanbul 1992.
- Matrızi**, Ebu'l feth Nasır b. Abdusseyyid, *El-Muğrib fi tertibi'l-Mu'rib*, Daru'l-kitabi'l-Arabî.
- Maverdi**, Ebu'l-Hasen Ali b.Muhammed, *el-Ahkamu's-sultaniyye ve'l-velâyeti'd-diniyye*, Kuveyt 1989.
- Mecelle**, Mecelle-i Ahkamı Adliyye,
- Medkûr**, Muhammed Sellam, *Nazariyyetu'l-ibaha*, II. Basım, Kahire, 1984

- Mektebu'l-fikh ve Usuluh**, Fıkıh Kaynaklarını İçeren CD Programı, Şeriketu Turas, Sürüm, 1.0 ve 1.5, Ürdün 1998-1999.
- Merdâvî**, Ali b. Ebu'l-Hasen b. Süleyman, *El-İnsaf fi marifeti'r-racih mine'l-hilaf*, c. I-XII, Daru ihyau't-turas el-Arabî.
- Mergınanî**, Ebu'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebubekr, *el-Hidaye*, c.I-IV, İstanbul 1986.
- Mevak**, Ebu Abdullah Muhammed b. Yusuf el-Abderî, *et-Tacu ve'l-İklil*, c.I-VI, yy., 1978, II.Bası.
- Mevsuatu'l-fikhiyye**, Vezaratu'l-evkaf, c. I-XXXIV, Kuveyt,
- Mevvak** Ebu Abdullah Muhammed b. Yusuf el-Abderî, *et-Tacu ve'l-İklil*, c.I-VIII, Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye II.Basım, 1978, yy.
- Molla Civen**, Ahmed b. Ebu Saîd el-Mihyevî, (öl. 1130), *Nuru'l-envar ale'l-Menâr*, Dersaadet, 1310, Matbaai Osmaniyye, c. I-II.
- Molla Fenarî**, Muhammed b. Hamza, *Fusulu'l-bedaî fi usuli's-şeraî*, c. I-II.
- Molla Hüsrev**, Mirkatu'l-vusul ila ilmilusul, İstanbul, 1996, Salah Bilici yay.
- Molla Hüsrev**, Muhammed b. Feramuz, Dürerül hükkam fi şerhi Güreru'l-hukkam, Dersaadet, 1310.
- Muhammed**, Taki el-Fakih el-Hucce Eş-Şeyh, *Kavaidu'l-fakih*, 1987.
- Muslih**, Abdullah b. Abdulaziz, *Kuyudu'l-milkiyyeti'l-hassa*, I.Basım, Beyrut 1988.
- Muslih**, Abdullah b. Abdulaziz, *Kuyudu'l-milkiyyeti'l-hassa*, I.Basım, Beyrut 1988.
- Müslim**, Ebu'l-Hüseyn el-Haccac el-Kuşeyrî, *Sahihu'l-Müslim* Kahire, 1955.
- Nefravî**, Ahmed b. Ganim, *el-Fevakihu'd-devvanî şerhu Risaleti Ebu zeyd*, C.I-II, darul'-fıkr, Beyrut.
- Nesefî**, Ebu Hafs Ömer b. muhammed, *Tılbetü't-talebe*, Matbaatu'l-amira mekmtetetu'l-müsenna, Bağdat,
- Nevevi**, el-Mecmu Şerhu'l-Mühezzeb, c.I-X, Matbaatu'l-muniriyye.
- Nevevî**, Muhyiddin Yahya b. Şeref (676/1277), *Ravdatu't-talibîn ve umdetu'l-müftin*, c.I-VIII, Beyrut 1985, II.Bası
- Oğuzman**, M.Kemal-Selici, Özer, *Eşya Hukuku*, V.Basım, İstanbul 1988.
- Ömerî**, İsmail, el-Hak ve nazariyyetu't-taassuf fi's-ti'mali'l-hak, Musul, 1984. I. Basım.
- Osman**, Fethi, *Hukuku'l-insan*, I. Basım, Beyrut, 1982.
- Özakman**, H.Cumhur, *Türk Hukukunda Mecra İrtifakları*, İstanbul 1978
- Özel**, Ahmet, Hanefi Fıkıh Alimleri, Ankara, 1990, TDV yay,
- Özer**, Salim, Debbusî'nin 'el-Esrar fi'l-usul ve'l-furû' Adlı Eserinin Tahlili ve Tahkiki, (Basılmamış Doktora Tezi) EÜSBE, Kayseri, 1997, c. I-II,
- Öztürk**, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973.
- Özyörük**, Mukbil, *Hukuka Giriş*, Ankara, 1959.
- Pearson**, J.D., *Index Islamicus*, CD Programı, Bowker-Saur Company, 1998.
- Pennington**, Kenneth, "The History of Rights in the Western Thoguht", *Emory law Journal*, 47 (1998) 237-252.
- Rahyebani**, Mustafa b. Sa'd, *Metalibu uli'n-nuha fiş erhi Gayetu'l-münteha*, c.I-VI, el-Mektebetu'l-islami.

- Ramazan Efendi**, *Şerhu Ramazan efendi 'ala Şerhi'l-akaid*, İst. 1985. Salah Bilici Yay.
- Rassâ**, Ebu Abdullah Muhammed b. Kasım el Ensârî, *El-Hidayetü'l-kâfiyetü's-Şafiye li beyani Hakaili'l-imam ibn Arafe (Şerhu Hududi İbn Arafe)*,
- Razi**, Zeynuddîn, Ebu Bekir, *Muhtaru's-Sıhah li'l-Cevherî*, Mısır, 1950. ts.
- Rehavi**, Şerefuddin Yahya b. Karaca el-Mısri, *Haşuyetu İbn Melek*, Dersaadet, 1315,
- Remlî**, Şemseddin Muhammed b. Ebu'l-Abbas, *Nihayetü'l-muhtac ila şerhi'l-minhac*, c.I-VIII, Daru'l-fikr, Beyrut 1984.
- Şaban**, Zekiyyuddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, çev. İbrahim, Kafi Dönmez, Ankara, 1990.
- Şaffî**, Ebu Abdullah Muhammed b. İdris (204/819) el-Ümm, c. I-VIII, Beyrut (Daru'l-Marife) 1973.
- Sahnun**, İbn Abdüsselam b. Said, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, c.I-VI, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye.
- Saidi**, Abdulfettah es-Saidi, *El-İfsah fi fikhî'l-luga*, II cilt, II. Basım Darulfikri'larabi, tsz
- Şatbî**, Ebu İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvafakat fi usuli's-şerîa*, tahk. Ve şerm: Abdullah Dıraz, Kahire, ts.
- Sâvî**, Ahmed b. Muhammed, *Bulgatu's-sâlik li Akrabi'l-mesâlik*, c. I-IV, Kahire Daru'l-maarif, ts..
- Saymen**, Ferit Hakkı; Elbir H.K, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İst 1963
- Saymen**, Ferit Hakkı; Elbir, H.K, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul 1963.
- Schwarz**, Andreas B., *Medeni Hukuka Giriş*, (Terc. Hıfzı Veldet, İst, 1946)
- Şebremellisi**, Ebu'z-Ziya Nureddin b.Ali, *Haşiye ala Nihayetü'l-muhtaç li'r-Remlî*, c.I-VIII, Daru'l Fikr, Beyrut 1984.
- Şelebî**, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi't-tarifi bi'l-fikhî'l-islami*, Beyrut 1985.
- Semerkandî**, Ebubekr Alauddin Muhammed b.Ahmed (539/1144), *Mizanü'l-usul fi netaicu'l-ukul*, thk. Muhammed zeki Abdulber, katar, III. Basım, 1997.
- Semerkandî**, Ebubekr Alauddin Muhammed b.Ahmed, *Tuhfetü'l-fukaha*, c.I-III, I.Basım Beyrut 1984.
- Şener**, Abdulkadir, *İslam Hukuku dersleri*, İzmir, 1987.
- Senhurî**, Abdurrazzak Ahmet, *el-Vasît fi şerhi Kanuni'l-Medeni*, c.I-X, Beyrut 1968.
- Senhurî**, Masadıru'l-Hakk fi'l-fikhî'l-islami, Beyrut,1953-54, c.I-VI
- Serahsî**, Ebu Bekr Muhammed b.Ebi Sehl, *el-Mebsut*, c.I-XXX, II. Basım, Daru'l Marife, Beyrut
- Serahsi**, *el-Usul*, Thk. Ebu'l-vefa Afganî, İstanbul, 1984. Kahraman yay. c. I-II.
- Serahsî**, Şerhu siyeri'l-kebir, c.I-V, eş-Şeriketu's-şarkıyye.
- Şevkanî**, Muhammed b. Ali, *Neylu'l-evtar şerhu Münteka'l-ahbar*, I-VIII, Kahire, 1971.
- Şeybanî**, Ebu Abdillah Muhammed b.Hasen, *Kitabu'l-asl fi'l-furu*, c.I-V, (Thk. Abdulvefa Afganî,
- Seyyid Bey**, "Mülk, Mal ve Bey'in Mahiyeti", DFHFM, Yıl: 1, s. 2, 1332/1916, ss. 131-141.

- Simavî**, İbn Kadı Simavne, Mahmut b. İsmail (823/1420); *Camîu'l-Fusuleyn* c.I-II, I. Bası, Kahire, 1300.
- Şirazî**, Ebu'l-İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali (476/1083) *el-Mühezzeb fi fikhi'l-imam eş-Şafîi*, c.I-II, Kahire 1959
- Şirbinî**, *el-İkna fi halli elfazı Ebi Şucâ*, Beyrut, 1978, Daru'l-marife.
- Şirbini**, Şemsuddin Muhammed b. Ahmet el-Hatîb, *Muğni'l-muhtac*, c.I-VI, Daru'l-kütübü'l-ilmiyye,
- Smirnov**, A., "Understanding Justice in an Islamic Context", Philosophy East and West, 1996, 46 iii, s. 337-350. Hawaii.
- Subki**, Tacuddin Abdulvehhab b. Ali, *el-Eşbah ve'n-nazair*, Beyrut, 1991, c.I-II.
- Subkî**, Takıyyuddîn Ali b. Abdulkafî, *Fetâvâ*, c.I-II, Daru'l-maarif.
- Sungurbey**, İsmet, "Hak Nedir", HFSA-2.
- Suyutî**, Celaluddin Abdurrahman, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, Beyrut, 1983, I. Bası.
- Tabliyye**, Kutub muhammed, el-İslam ve Hukuku'l-insan, II. basım, Daru'l-fikri'l-arabî, 1984.
- Taftazânî**, Sadi-ettin Mesud b. Ömer, *Şerhu'l-akaid*, İst. 1315.
- Tahtâvî**, Seyyid Ahmed, *Haşiyetu't-tahtâvî ala Durri'l-muhtar*, I-IV, daru'l-marife, beyrut, 1975.
- Tamum**, Muhammed, el-Hakk fi'ş-şerîati'l-islamiyye ve fi'l-kanun Bahsun mukaran, II. Basım, Kahire, 1983.
- Tehanevi**, Muhammed Ali et-Tehanevi, *Keşşafu istilahati'l-fünun ve'l-ulum*, (Neşr: Refik el-Acem, tah. Ali Dahrûc), Mektebetü Lübnan Naşirûn, c.I-II, I. Basım, Beyrut-Lübnan 1996,
- Tekinay**, S.Sulhi, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, II. Basım, İstanbul 1973.
- Tekinay**, Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku*, VII. Basım, İstanbul, 1993, Filiz Kitabevi.
- Tirmizi**, Ebu İsa Muhammed b. İsa, *el-Camîu's-sahih*, Kahire, 1975-1978.
- Trablusî**, Ebu'l-hasan Alauddin a-Ali b.Halîl, *Muînu'l-hukkam*, Kahire, 1973.
- Tuffi**, *Risale*, "Hallaf, Abdulvehhab, Masadiru't-teşrii'l-islamî fima la nassa fih" içinde, s. 106-144. Kuveyt, 1972.
- Tunçomağ**, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1976.
- Tusûlî**, Ali b. Abdusselam, *el-Behçe fi şerhi'l-tuhfe*, Lübnan
- Uleyş**, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed, *Minahu'l-celil şerhu muhtasarı Halil*, I-IX, Daru'l-fikr.
- Umur**, Ziya, *Roma Hukuku*, İstanbul, 1967.
- Ünalın** Abdulkerim, *İslam hukuku Açısından hak ve Hakların Kötüye Kullanılması* (Basılmamış Doktora tezi), DEÜSBE, İzmir 1995.
- Vankuli**, Mehmet Efendi, *Vankulu Lügati*, İstanbul, 1218, Daru't-tıbaa.
- Velidedoğlu**, H.Veldet, *Türk Medenî Hukuku*, (c. I, Umumi Esaslar), V. Basım, 1956.
- Watt**, Montgomery, *İslam Düşüncesinin Teşekkül Devri*, Ankara, 1981.
- Wieland**, C., *Aynî Haklar*, (Çev.İ. Hakkı Karafakı) Ankara, 1946.
- Yavuz**, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, 1986.

- Yavuz**, Yusuf Şevkî, “*Araz*”, DİA, III, 337-342.
- Yesufî**, el-Ebb Henrikus Lamins, *Feraidu'l-luga*, Beyrut, Katolik Matbaası, 1889.
- Yörük**, Abdulhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul, 1961, Sönmez Nesr.
- Yusuf Musa**, Muhammed, el-Emval ve nazariyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-islamî, Daru'l-fikr, 1987.
- Zebidî**, Ebu'l-feyz Muhammed Murtaza el-Hüseynî, *Tacu'l-arûs min cevahiri'l-kamus*, Matbaatu Hukümet, Kuveyt, 1965, c. I-XXV.
- Zencanî**, Şihabuddin Mahmut b. Ahmet, *Tahrîcu'l-furû ale'l-usul*, (Tahk. Edip salih), V. Basım, Beyrut, 1987.
- Zerka**, Mustafa Ahmet, *el-Fıkhü'l-İslami fi sevbihî'l-cedid*, c.I-III, IX.Bası, Şam 1968.
- Zerkeşî**, Bedruddin Muhammed b.Bahadır, (794/1391), *el-Mensur fi'l-kavaid*, c.I-III, Kuveyt 1982, I.Bası (el-Kavaid).
- Zeydan**, Abdulkerim, el-Medhal li diraseti's-şeriatî'l-islamiyye, X.Basım Beyrut 1988.
- Zeylai**, Fahrüddin Osman b.Ali, *Tebyinu'l-hakaik Şerhu Kenzi'dekaik*, Bulak. 1313.
- Zuhayli**, Vehbe, *el-Fıkhü'l-islamî ve edilletuhu*, c.I-VIII, III.Basım, Şam 1989.(İslam Fıkıh Ansiklopedisi, c.I-X, İstanbul, 1994.)