

## İSLAM HUKUKUNDA ‘TE‘ASSUF’ KAVRAMI VE HÜKÜMLERE ETKİSİ

Mehmet Selim ASLAN (\*)

### Öz

İslam hukuku tarafından hak sahibine hakkını kullanma hususunda bir yetki tanındığı, bu yetkinin kullanımına yönelik bir kısıtlamaya gidilemeyeceği ve dolayısıyla bu yetkiyi kullanması halinde herhangi bir hukukî yükümlülüğünden söz edilemeyeceği unutulmamalıdır. Buna göre hak sahibi, hakkını amacına uygun bir şekilde kullanabilir. Ayrıca böyle bir kullanım başkalarına zarar vermediği sürece hukuk tarafından kısıtlanamaz. Ancak bazen hak sahibi hakkını kullandığında kendisine çeşitli faydalar sağlarken, aynı zamanda başkasını zarara uğratabilir. Aynı şekilde hakkını kullanırken kendisine herhangi bir yarar sağlasın diye değil, sırf başkasına zarar versin diye kullanabilir. İşte böyle durumlara hakkın kötüye kullanılması denir.

Kişi, hakkını kullandığında elde ettiği yarar başkasının gördüğü/göreceği zarardan daha az ise bu durumda hakkını kötüye kullanmış olur. Dolayısıyla hakların kullanılması durumunda özel menfaatler arasında çatışma olabileceği gibi özel menfaatle kamu yararı arasında da çekişme olabilir. Özel çıkarlar arasında çatışma olduğu zaman bu çıkarları dengelemek gerekir. Ancak özel çıkarla kamu yararları çatıştığında kamu yararlarının özel menfaatlere tercih edilmesi söz konusu olur. Zira İslam hukukuna göre özel menfaatler kamu yararına üstün sayılmaz.

**Anahtar Kelimeler:** Hak, Te‘assuf, Hakkın Kullanılması, Hakkın Kötüye Kullanılması, Hükümlere Etki Etmek.

### *The Te'assuf Concept in Islamic Law and its Effects on Judgments*

#### **Abstract**

*It should not be forgotten that in respect of exercising the right, conferring of power to right owner by Islamic law, cannot make any restrictions for the exercise of such authority and accordingly cannot be mentioned of any legal obligations if the use of this authority. Hereunder, the rightful owner can use his right properly to the aim. Also, such a use cannot be restricted by law unless they cause harm to others. But, sometimes when the right owner exercises his right, he may damage someone else while providing a variety of benefits to himself. Likewise, he exercises the right for not to provide any benefit to himself but may exercises the right just because to harm others. This is called abuse of*

\*) Yrd. Doç. Dr., Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Ana Bilim Dalı  
(e-posta: mehmet.selim.aslan@hotmail.com)

*the right to such situations.*

*If the acquired surplus less than the harm which someone else has exposed/will expose When the person exercise the right, in this case the right owner abuses the his right. Therefore, in case of exercising of the rights, sometimes rivalry between public interest and private interest such as might be conflict between private interests. When the conflict between the private interests need to balance those interests. However, when private interests conflict with the public interests, comes into question preferencing public interest to the private interests. Because, according to Islamic law, the public interest cannot be said to be superior to private interests.*

**Keywords:** Right, Te'assuf, Enjoyment, Abuse of right, Effects on Judgments.

## Giriş

Hukukun tanıdığı bir hakkı kullanmak caizdir ve dolayısıyla zarar verme kastı olmaksızın hakkın kullanımından kaynaklanan zararların tazmin edilmesi gerekmez. Daha açık bir ifade ile bir kimsenin hakkını kullanmasından ötürü meydana gelen zararlar tazmin edilmez. Nitekim Mecelle'de bu kural "Cevâz-ı şer'î damana münâff olur"<sup>1</sup> şeklinde kanunlaştırılmıştır. Sözelimi bir kimse kendi mülkünde bir kuyu açar ve birinin hayvanı bu kuyuya düşüp telef olursa bu durumda kuyu kazan kimse hayvanın değerini tazmin etmekle sorumlu tutulmaz. Çünkü bu kimse kendi mülkünde hukuken meşru bir fiilde bulunmuştur.<sup>2</sup> Mecelle'de buna benzer örnekler çoğaltılabilir. Örneğin bir kimse komşusunun arsasına yakın bir yerde kendi arazisinde bir kuyu açsa ve komşunun kuyusunun suyu bundan ötürü azalsa bu kimse bu zararı tazmin etmekle sorumlu tutulmaz. Aynı şekilde bir şahıs başkasının dükkânının bitişiğinde bir dükkân açıp önceki dükkânın kâr oranında azalma meydana gelirse bu şahsın da tazmin yükümlülüğü söz konusu olmaz.<sup>3</sup>

Genel kural bu olmakla birlikte, bazen hakkın kullanılması başkasına büyük bir zarara sebep olabilir. Hatta bazen kişi sırf başkasına zarar verme kastıyla hakkını kullanır. İşte bu tür bir kullanım hukuken yasaklanır mı, aynı şekilde böyle bir kullanım tazmin gerektirir mi? Daha açık bir tabirle bu küllî kaide İslam hukukunda genel bir ilke olmakla birlikte onun istisnaları yok mu, dolayısıyla İslam hukukuna göre hakkın kötüye kullanılması göz önünde bulundurularak haklar kısıtlanabilir mi gibi sorular önem arz etmektedir. Buna rağmen hakkın kötüye kullanılması klasik dönem ne usul ne de fûru eserlerinde teori halinde ele alınmıştır. Yalnızca Mâlikî fukahâsından Şâtubî, İslam hukukuna göre mubahlardan birer nimet olduğunu, her insan için bu mubahlardan yararlanma hakkı bulunduğunu, bir kimsenin mubah bir şeyi meşru olmayan bir tarzda alması halinde bile mubahın aslı itibariyle nimet olduğunu, ancak burada *yerilen bir kullanım* (الاستعمال المذموم) gerçekleşti-

1) Mecelle, md. 91.

2) Ali Haydar Efendi (Küçük), *Düreri'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm Şerhu'l-Kavâidi'l-küllîye*, Matbaatu tevsi', İstanbul 1330/1911, s. 193.

3) Mecelle, md. 1288.

ğini söyler. Şâtübî'nin burada vurguladığı *yerilen kullanım* kavramı “hakkın kötüye kullanılması” nazariyesinin esasına ışık tutması bakımından bize bir fikir vermektedir.<sup>4</sup> Ancak o da diğer klasik dönem fukahâsı gibi hakkın kötüye kullanılmasını sistematik olarak ele almayıp ilgili olduğu konular arasına serpiştirilmiş bir tarzda incelemiştir. Ayrıca fıkıh kitaplarında *hak* kelimesi sık sık kullanılmaktadır. Bir yandan hak sahibinin hakkını kullanma konusundaki serbestliğinden öte yandan sahibi tarafından kullanılan haktan zarar gören şahısların haklarından söz edilmektedir. Hak kavramının kapsamını belirlemek için çok geniş tartışmalar yapılmış ve değişik görüşler savunulmuştur. Bu görüşlerin kısaca incelenmesi, hak kavramının anlamını ve kapsamını belirlemek bakımından yararlı olacaktır.

### I. Kavramsal Çerçeve

Araştırmamızın konusu “te'assuf” kavramı, yani hakkın kötüye kullanılmasıdır. Ancak *hakkın kötüye kullanılmasından* söz edilebilmesi öncelikle bir hakkın bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla önce hak kavramının mahiyeti üzerinde durmak gerekir. Buna göre sözlükte hak kelimesi batılın zıddı, bir şeyin vacip olması, sabit olması gibi anlamlara gelmektedir.<sup>5</sup> Ayrıca hak sözcüğü bir şeyin sağlamlığına ve sıhhatine delalet etmektedir.<sup>6</sup> Klasik dönem fukahâsı, eserlerinde hak sözcüğünü sıkça kullanmalarına rağmen kelimenin sözlük anlamına yakınlığını ve tarif edilmesine gerek duyulmayacak derecede açık olmasını göz önünde bulundurarak onu teknik bir şekilde tanımlamamışlardır.<sup>7</sup> Buna karşılık çağdaş İslam hukukçuları hak sözcüğünü hukukî olarak tarif etmişlerdir. Örneğin Subhî Mahmesânî, “Dinin ya da hukukun tanıdığı ve gücüyle koruduğu menfaat” şeklinde tanımlarken;<sup>8</sup> Fethî ed-Dirîni ise “Belli bir menfaati gerçekleştirmek için bir şey üze-

4) Şâtübî, Ebû İshâk İbrahim b. Musa b. Muhamed el-Lahmî el-Ğirnâfî, *el-Muvâfakât fî usûli's-şeri'a*, thk. Muhammed el-İskenderânî ve Adnan Dervîş, Dârü'l-kitâbî'l-Arabî, Beyrut 2008, s. 567.

5) İbn Fâris, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Zekeriyâ, *Mu'cemü mekâyisi'l-luğa*, thk. Abdüsselam Muhammed Harun, Dârü'l-fıkr, 1979, II, 15; İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî er-Rüveyfî, *Lisânü'l-Arab*, Dâru Sâdır, Beyrut, trs. X, 49.

6) İbn Fâris, *Mu'cemü mekâyisi'l-luğa*, II, 15.

7) Fethî ed-Dirîni, *el-Hak ve medâ sultânü'd-devle fî takyîdihî*, Üçüncü baskı, Müessesetu'r-risâle, Beyrut 1404/1984, s. 184. Klasik dönem fukahâsının hak sözcüğünü tarif etmediklerini söyleyenler -yukarıda ifade edildiği gibi- onu hukukî olarak tanımlamamışlardır. Çünkü klasik dönem fukahâsından onu tarif edenler olmuştur. Nitekim Hanefî fakihlerinden Bedreddîn el-Aynî, hakkı “kişinin istihkâk ettiği şeydir” (الْحَقُّ مَا يَسْتَحِقُّهُ الرَّجُلُ) şeklinde tanımlamıştır. Aynî, Bedreddîn Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, İkinci baskı, Dârü'l-fıkr, Beyrut 1990, VII, 386. İbn Nüceym ve İbn Abidîn Aynî'nin tanımını olduğu gibi aktarmaktadırlar. İbn Nüceym, Zeynüddin İbrahim, *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-Dekâik*, el-Matbaatu'l-ilmîyye, trs. VI,148; İbn Âbidîn, Muhammed Emin, *Reddü'l-muhtâr alâ Dürri'l-muhtâr şerhi Tenvîri'l-ebâr*, thk. Adil Ahmed Abdülmevûd ve Ali Muhammed Mauvvîz, Dâru âlemi'l-kütüb, Riyad 2003, VII, 424. Bu tanıma yapılan itirazlar için bk. Fethî ed-Dirîni, *el-Hak*, s. 184-185.

8) Subhî Mahmesânî, *en-Nazariyyetu'l-'amme li'l-Mücebât ve'l-'ukûd*, Beyrut 1983, II, 35.

rinde yetkili kılmak veya başkasından bir şeyin yapılmasını istemek hususunda hukukun tanıdığı aidiyet” şeklinde tarif eder.<sup>9</sup> Buna göre hak, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaat demektir. Ancak ister maddi ister manevi içerikli olsun her menfaat hak değildir. Zira menfaatin hak sayılabilmesi için hukuk tarafından tanınması ve korunması gerekir. Bir başka ifade ile haktan söz edilebilmesi için öncelikle bir menfaatin bulunması ve bu menfaatin hukuk düzeni tarafından korunması gerekir. Hakkın özünde hak sahibinin yararlandığı menfaat ve kazanç vardır. Öte taraftan hukukun tanımadığı herhangi bir yarar hak sayılmaz ve dolayısıyla kullanılması da caiz olmaz.

Hakkın mahiyeti anlatıldıktan sonra *te‘assuf* sözcüğünün sözlük ve terim anlamlarının belirtilmesi gerekir. Çünkü günümüz İslam hukukçularının kâhîr ekseriyeti *hakkın kötüye kullanılması* nazariyesi için bu kelimeyi kullanmaktadır. Buna göre sözlükte *te‘assuf*, rastgele bir yola koyulmak, yoldan sapmak, zulmetmek, insafsızca davranmak anlamlarına gelmektedir.<sup>10</sup> Günümüz İslam hukukçularından Fethî ed-Dirînî “Aslı itibariyle hukuken izin verilmiş olan bir tasarrufta şâriin amacına aykırı davranmaktır” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>11</sup> Ahmed Fehmî Ebû Sünne ise “İnsanın hakkını hukuken mutad olmayan bir tarzda kullanmasıdır” tarzında tarif etmektedir.<sup>12</sup> Buna göre şer‘an caiz olan herhangi bir tasarrufun başkasına zararlı olacak şekilde yapılması halinde hak kötüye kullanılmış olur. Zira kanun koyucu tarafından insanlara tanınan haklarda aslolan, serbestiyet değil kayıtlılık ve sınırlılığın bulunmasıdır. Ayrıca hak, gaye olmaktan ziyade meşru bir amacı elde etmek hususunda vasıttır.<sup>13</sup> Dolayısıyla hak, şâriin maksadı doğrultusunda kullanılmalıdır.

Yukarıda geçtiği üzere hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için öncelikle bir hakkın varlığı gerekmektedir. Hakkın varlığından söz edilmesi de kanun düzeni tarafından tanınan ve himaye edilen bir menfaatin mevcut olduğu anlamına gelmektedir. Hakkın kötüye kullanılması, ya hakkın verilmiş gayesi dışında başka bir amaç için kullanılması ya da başkasına zarar vermek kastıyla kullanılmış olması halidir.<sup>14</sup> Fethî ed-Dirînî de kişisel hakların hukukun öğretilerine, genel ilkelerine ve temel maksatlarına ters düşmemesi gerektiğini, aksi takdirde hakkın kötüye kullanıldığını söyleyerek bu gerçeğe vurgu yapmaktadır.<sup>15</sup>

9) الحقُّ اختصاصٌ يُقَرُّ به الشَّرْعُ سُلْطَةً عَلَى شَيْءٍ أَوْ إِقْبَاءٌ أَدَاءٍ مِنْ آخَرَ تَحْقِيقًا لِمَصْلَحَةٍ مُعَيَّنَةٍ Fethî ed-Dirînî, *el-Hak*, s. 193.

10) İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, IX, 245-246; Zebîdî, Muhammed Mürtezâ el-Hüseynî, *Tâcu'l-'arûs min cevâhiri'l-kâmûs*, thk. Mustafa Hicâzî, Kuveyt 2004, XXIV, 157.

11) مُنَاقَضَةٌ قَصْدُ الشَّارِعِ فِي تَصَرُّفٍ مَأْدُونٍ فِيهِ شَرَعًا بِحَسَبِ الْأَصْلِ Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü't-te‘assuf fi isti‘mâli'l-hak fi'l-fikhi'l-İslamî*, Beyrut 1408/1988, s. 87.

12) تَصَرُّفُ الْإِنْسَانِ فِي حَقِّهِ تَصَرُّفًا غَيْرَ مُعْتَادٍ شَرَعًا Ahmed Fehmî Ebû Sünne, *Nazariyyetü't-te‘assuf fi isti‘mâli'l-hak fi'l-fikhi'l-İslamî*, <http://www.alukah.net/Sharia>, s. 5.

13) Fethî ed-Dirînî, *en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye*, Dördüncü baskı, Cami‘atu Dimaşk 1997, s. 105.

14) Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İFAV yayınları, İstanbul 1997, s. 56.

15) Fethî ed-Dirînî, *el-Hak*, s. 193.

Buna göre hakkın kötüye kullanılması, hakkın, şâriin maksadının dışında başka bir amacı elde etmek için kullanılması halinde söz konusu olur. Bunun da birkaç şekli vardır:

1. Hak sahibinin sırf başkasına zarar vermek kastıyla hakkını kullanması. Nitekim hak başkalarına zarar vermek için meşru kılınmamıştır. Zira haklar hukuk bakımından geçerli olan maslahatları gerçekleştirmek için meşru kılınmıştır. Başkalarına zarar vermek ise hukukun gözettiği maslahatlardan değildir.

2. Zararı yararından daha fazla olan sıradan bir maslahatı elde etmek için hakkın kullanılması. Böyle bir durumda başvuru haklar da kötüye kullanılmış sayılır. Buna göre kişi hakkını kullanır, fakat hak kullanılmasının bu kişiye sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı bir dengesizlik varsa, yani hak sahibinin hakkını kullanırken elde ettiği yarar başkasının gördüğü zarardan az ise, bu durumda hak kötüye kullanılmış olmaktadır.

3. Hakkın kullanılmasının başkalarına fâhiş zararlar vermesi. Böyle bir durumda da hak kötüye kullanılmış olur. Aslında “Def’i mefâsid celb-i menâfi’dan evlâdır”<sup>16</sup> küllî kaidesi insanların birbirlerine zarar verecek şekilde haklarında tasarrufta bulunamayacaklarına işaret etmektedir. Mesela bir kimse kendisine ait bir hakkı kullanması halinde topluma bir zararı varsa kişi bu hakkını kullanamaz. Hakkın aktif olarak kötüye kullanılması söz konusu olduğu gibi pasif olarak kullanılması da söz konusu olmaktadır. Mesela insanların ihtiyaçları bulunmasına rağmen malını satmayan tüccar *malını satmama hakkını* kötüye kullanmış sayılır.

4. Hakkın gayri meşru maslahatları gerçekleştirmeye vasıta kılınması. İne satımının faiz elde etmeye araç yapılması hakkın bu tarzda kötüye kullanılmasına örnek gösterilebilir. Çünkü hukuk tarafından insana tanınan haklar, haramı helâl kılma gibi hukuk kurallarını ihlal etmeye vasıta yapılması için meşru kılınmamıştır.<sup>17</sup>

Şunun da belirtilmesi gerekir ki, hakkın kötüye kullanılmasının (*te’assuf*), haksız fiile (*taaddî*) benzeyen yönleri bulunmakla birlikte aralarında teknik farklılıklar vardır. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılmasını haksız fiilden farkının belirtilmesi gerekmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması ile haksız fiil, her ikisinin neticesinde bir başkasının zarara maruz kalması ve kullanılmalarının hukuk tarafından yasaklanması noktasında birleşmektedirler. Ancak bu benzerlik hakikatlerinin aynı olmasını gerektirmez. Çünkü hakkın kötüye kullanılması bir hakkın varlığına dayanmaktadır. Bu da aslı itibariyle fiilin meşru olmasını gerektirmektedir. Şu var ki, bu fiilin hukuk tarafından yasaklanması, başkalarının zarar görmelerine yol açtığı içindir. Daha açık bir ifade ile hakkın kötüye kullanılması bizatihi değil, sebebiyet verdiği zarar nedeniyle yasaklanmıştır. Zira hak sahibinin mülkü üzerindeki tasarruf hakkı başkasına zarar vermeme kaydıyla sınırlandırılmıştır. Haksız fiil ise bizatihi gayri meşru sayılmıştır. Zira haksız fiil herhangi bir hakka dayanmamak-

16) Mecelle, md. 30.

17) Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü't-te’assuf*, s. 38-39.

tadır.<sup>18</sup> Nitekim çağdaş İslam hukukçularından Subhî Mahmesânî, haksız fiili, “haksız bir tarzda ve hukukun izni olmaksızın bir fiilde bulunma” şeklinde tarif etmektedir.<sup>19</sup> Buna göre haksız fiil, genel olarak hukuk kurallarına aykırı davranışları ifade eder. Ayrıca haksız fiilde hukuk kurallarına aykırı olan; hakkın kötüye kullanılmasında ise şekil itibarıyla hukukun kaidelerine uygun olan fiil mevcuttur.<sup>20</sup> Buna göre hukukî sınırlar aşılar, başkasının hakkına tecavüz edilir ve bir zarar meydana getirilirse bu durumda hakkın kötüye kullanılması değil, haksız bir fiil gerçekleşmiş olur.<sup>21</sup>

Mesela bir kişinin başkasının arazisinde iznini almadan bir bina inşa etmesi ya da arazisini ekip biçmesi haksız fiildir. Herhangi bir hakka dayanmadığından meşru sayılmaz. Öte yandan bir kimse kendi arazisinde yüksek bir duvar örse, bununla komşusunun ışığını tamamen kapatırsa veya rüzgârını keserse, bunun neticesinde komşusunun kendi mülkünde faydalanmasına engel olacak şekilde fâhiş bir zarar gerçekleşirse bu durumda hakkını kötüye kullanmış olur. Zira bu kimse her ne kadar kendi mülkünde tasarrufta bulunmuşsa da onun bu tasarrufundan komşusu açık bir şekilde zarar görmüştür. Bu kimsenin yaptığı fiil hukukun kendisine tanıdığı bir hakka dayandığı için aslı itibarıyla meşrudur.<sup>22</sup> Fakat komşusuna zarar verdiği için dolayı kötüye kullanılmış sayılır ve dolayısıyla yasaklanabilir.

Ayrıca hak sahibi başkalarına zarar vermeyi veya gayri meşru bir menfaati elde etmeyi kastetmediği sürece hakkını kullanması engellenemez. Haksız fiilde bulunan kimse ise bir yararı meydana getirmeyi kastetse bile böyle bir fiili yapmaktan menedilir. Örneğin bir kimsenin izin almadan başkasına ait bir araziye ekmesi veya arazide bir bina inşa etmesi veyahut ağaç dikmesi haksız fiil olarak kabul edilir. Üstelik hakkın kullanılması, başkasına fâhiş bir zarara sebebiyet verirse gayri meşru kabul edilir. Daha açık bir tabirle fâhiş bir zararın meydana gelmesine sebep olan hakkın kullanımı menedilir. Buna karşılık haksız fiilin doğurduğu zarar ister fâhiş olsun ister olmasın engellenir.<sup>23</sup>

## II. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Şer‘î Dayanakları

İslam hukukçuları hakkın kullanımının sınırlandırılabilirliğine ilişkin “Hiçbir anne ve hiçbir baba çocuğu yüzünden zarara uğratılmasın”<sup>24</sup> âyetini delil gösterirler. Âyetin bu hususta delil olmasını şu şekilde izah ederler: Âyet hem babanın hem de annenin hukukun kendilerine tanıdığı hakkı diğer tarafın zarar görmesi için kötüye kullanmama-

18) Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü'l-te'assuf*, s. 49-50, 64-65, 73, 286; Ebû Sünne, *Nazariyyetü'l-te'assuf fi isti'mâli'l-hak*, s. 3.

19) هو العملُ بِدُونِ حَقِّ وَلَا خَوَازِ شَرْعِيٍّ : Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-'amme*, I, 175.

20) Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 75.

21) Ali Bardakoğlu, “*Hak*”, *DİA*, İstanbul 1997, XV, 147.

22) Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü'l-te'assuf*, s. 47; a.mlf., *en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye*, s. 129.

23) Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü'l-te'assuf*, s. 50.

24) لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ 2/Bakara/233.

larını ifade etmektedir. Şöyle ki anne ile baba boşanmışlarsa âyet babanın çocuk üzerinde bulunan velayet hakkını çocuğun annesine karşı kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Buna göre annesi çocuğu, karşılık istemeden emzirdiği ya da başkalarının istediği ücretle emzirmeye razı olduğu zaman babasının velayet hakkını kullanarak çocuğu annesinden alması caiz değildir. Aynı şekilde âyet, annenin çocuğu emzirme hakkını babasına zarar vermek için kötüye kullanmasını da yasaklamaktadır. Örneğin boşanmış ve iddeti bitmiş olan anne, başka bir kadın çocuğu ücretsiz emziriyorsa sırf babasına (boşandığı kocasına) zarar vermek için emzirme karşılığında herhangi bir ücret talep edemez.<sup>25</sup>

“Kadınları boşadığımızda, onlar da bekleme sürelerini doldurduklarında ya onlarla yeneden evlenip iyilikle tutun ya da iyilikle serbest bırakın. Onları, zarar vererek haklarını çiğnemek için nikâh altında tutmayın. Bunu yapan bilsin ki kendine haksızlık etmiştir”<sup>26</sup> ve “Kocaları bu süre içinde barışmak isterlerse onları geri almaya daha çok hak sahibidirler”<sup>27</sup> âyetleri de İslam hukukçularınca hakkın kötüye kullanılmaması hususunda delil olarak gösterilmektedir. Zira her iki âyet de kocaların, ri'cat haklarını kötüye kullanmalarını gerektiğini ifade etmektedir.<sup>28</sup> Aynı şekilde kocaların, boşama haklarını kullanarak sevmedikleri hanımlarını sırf onlara zarar vermek kastıyla nikâhları altında tutmaları birinci âyetle yasaklanmıştır. Ayrıca Kur'an'da hakların kötüye kullanılmasından uzak durulması gerektiği hususu çeşitli konularla ilgili olarak yer almaktadır.<sup>29</sup>

Fukâha, hakkın kötüye kullanılmayacağına ilişkin “Zarar verme ve zarara zararla mukabele etme yoktur”<sup>30</sup> hadisini de dayanak olarak göstermektedir. Zira Hz. Peygamber bu sözleriyle sırf komşuya zarar verme kastıyla mülkiyet hakkının kullanılmasını yasaklamıştır. Fakihler bu hadise dayanarak hakkın kullanımıyla ilgili hürriyetin başkasına zarar vermekle sınırlandırılacağı görüşünü savunmaktadırlar. Zira bu hadisten hak sahibinin hakkını kullanma hususunda tamamıyla serbest olmadığı anlaşılmaktadır. Mecelle'de de bu hadis “Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur”<sup>31</sup> şeklinde kanunlaştırılmıştır. Nitekim Mecelle'nin şârihlerinden Ali Haydar, bu küllî kaideyi kişinin kendi mülkünde dilediği şekilde tasarrufta bulunma hakkının olduğu, fakat bu hakkını başkasına zarar verecek tarzda kullanamayacağı şeklinde izah etmekte ve bir kimsenin kendi evinde istediği değişikliği yapabileceğini, fakat komşusunun evine bakan bir pencereyi açamayacağını da örnek olarak göstermektedir.<sup>32</sup> Dolayısıyla aslı itibariyle meşru olup fakat başkasına zarar veren bir fiil bu hadis çerçevesinde değerlendirilmiş ve yasaklanmıştır.

25) Fethî ed-Dirînî, *Nazarîyyetü'l-te'assuf*, s. 93-96.

26) وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّعِدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ 2/Bakara/231.

27) وَيُعَوِّذْنَهُنَّ أَهْقًا بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحَ 2/Bakara/228.

28) Şâtübî, *Muvâfakât*, s. 435.

29) Hakların kötüye kullanılmaması gerektiğini ifade eden âyetler için bk. 2/Bakara/282; 9/Tevbe/107; 65/Talâk/6.

30) لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ İbn Mâce, “Ahkâm”, 17.

31) Mecelle, md. 19.

32) Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, s. 74.

İslam hukukuna göre hakkın kötüye kullanılmasının yasak olduğuna ilişkin şu hadis de delil olarak gösterilir. Rivayete göre Semüre b. Cündeb adındaki sahabînin Ensar'dan birisinin bahçesinde bir hurma ağacı vardı. Bu şahıs eşiyile birlikte bahçede olduğu bir zamanda Semüre'nin ağacın yanına gidip gelmesi ona eziyet veriyor ve onu rahatsız ediyordu. Bunun üzerine Semüre'den ağacı kendisine satmasını istedi, Semüre bu isteğini reddetti. Bu durumda ağacı başka bir yere nakletmesini talep etti. Semüre bunu da kabul etmedi. Şahıs da Hz. Peygamber'e gelerek O'na durumu anlattı. Hz. Peygamber Semüre'den ağacı satmasını istedi, fakat Semüre bunu reddedince başka bir yere nakletmesini talep etti, ancak bu talebi de reddetti. Hz. Peygamber öyleyse şu şeye karşılık ona hibe et dedi. Semüre bunu da kabul etmeyince Allah Resulü "sen zarar görürsün" buyurdu ve Ensar'dan olan şahsa "git, ağacı sök" buyurdu.<sup>33</sup> İbn Kayyim el-Cevziyye, bu hadisin izahında şunları kaydeder: Fasit kıyasa göre hareket edenler Semüre'nin ağacı satmak veya hibe etmek zorunda olmadığını, Ensar'dan olan şahsın da ağacı sökemeceğini savunurlar. Ancak Hz. Peygamber Semüre'nin ağacı hibe etmemesi halinde ağacın sökülmesini emretmiştir. Çünkü ağacın satılmasında her iki tarafın da maslahatı vardır. Nitekim ağaç sahibinin menfaati, ağacın kıymetini almasıdır. Her ne kadar ağaç sahibi bundan ötürü zarar görse de ağacın bahçede kalması durumunda karşı tarafın göreceği zarardan daha küçüktür. Zira büyük bir zarar varken küçük zarar dikkate alınmaz. İbn Kayyim, sözlerinin devamında da -bazıları karşı çıksa da- böyle bir çözümün fıkıh, kıyas ve maslahat olduğunu söyler.<sup>34</sup>

Bu rivayetten ayrıca bir kimsenin komşusuna zarar vermesi halinde zarara sebep olan durumun ortadan kaldırılacağı ve dolayısıyla kişinin hakkını dilediği gibi kullanamayacağı anlaşılmaktadır. Nitekim Hanbelî fukahâsından İbn Receb, zarar veren bu tür durumlara engel olunacağını, şayet hak sahibi bundan vazgeçmezse sultanın, yani devlet yetkililerinin zor kullanarak ona mani olacağını söyleyerek<sup>35</sup> hakkın kötüye kullanılmasının yasak olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca aktarılan olayda iki hak sahibi vardır. Birisi ağacın sahibi Semüre, diğeri de bahçe sahibi Ensarî'dir. Ama Ensarî bu ağaçtan dolayı bahçesinde istediği şekilde hareket edememektedir. Dolayısıyla Semüre'nin kendisine ait olan

33) عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَصُودٌ مِنْ نَخْلٍ فِي خَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ قَالَ وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ قَالَ فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَدَّى بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى فَأَتَى النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ -صلى الله عليه وسلم- أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى. قَالَ « فَهَيْئَةُ لَهُ وَوَلَيْكَ كَذَا وَكَذَا ». أَمْرًا رَغْبَةً فِيهِ فَأَبَى فَقَالَ « أَنْتَ مُضَارٌّ ». فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لِيَأْتِضَارَّيْ « أَدَّهَبَ فَأَقْلَعُ نَخْلَهُ ».

Es-Sicistânî el-Ezdî, *Sünenü Ebû Dâvûd* (Hattâbî'nin Me'alimü's-Sünen'i ile birlikte), nşr. İzzet Ubeyd ed-De'as ve Adil es-Seyyid, Birinci baskı, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1997, "Akdiye", 31.

34) İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddin Ebû Abdullah Muhammed b. Ebû Bekr, *et-Turuku'l-hükmiyye fi's-siyâseti'ş-şer'iyye*, thk. Nâyif b. Ahmed el-Hamed, Dâru 'Alemlî'l-fevâid, Mekke h. 1428, s. 682-683.

35) İbn Receb, Ebu'l-Ferec Zeynüddin Abdurrahman b. Şihabuddin b. Ahmed el-Bağdâdî, *Câmiu'l-ülüm ve'l-hikem fi şerhi hamsine hadisen min cevâmi'i'l-kelim*, thk. Ebu'n-Nûr Muhammed el-Ahmedî, İkinci baskı, Dâru's-selâm, Kahire 2004, I-III, 923.



ağaçtan faydalanması bahçe sahibine zarar vermektedir. Öte taraftan Semüre de ağaçtan dilediği gibi faydalanmamaktadır. Bu durumda o da zarara uğramaktadır. Ancak bahçe sahibinin ağaçtan dolayı gördüğü zarar Semüre'nin ağaçtan göreceği faydadan daha büyüktür. Buna göre ağacın sökülmesinden doğacak zarar bahçe sahibinin gördüğü zarardan daha azdır. Hz. Peygamber de ağacın sökülmesini emretmiştir.<sup>36</sup> Bu husus Mecelle'de "Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaf ile izale olunur"<sup>37</sup> şeklinde madde haline getirilmiştir. İbn Receb, Ahmed b. Hanbel'in bu gibi durumlarda Hz. Peygamber'in uygulamasına göre hareket edileceğini, yani zarar veren durum ortadan kaldırılmadığı takdirde hâkimin kararıyla kaldıracağı görüşünde olduğunu bildirmektedir.<sup>38</sup>

Sahabe fetvalarında da hakkın kötüye kullanılmayacağına ilişkin meseleler vardır. Nitekim Hz. Ömer ve Hz. Osman herhangi bir kocanın kendisi ölüm döşeğinde iken eşini bâin talâkla boşayıp (*talâk-ı fârr*) ve kadının iddeti henüz bitmeden ölmesi durumunda şu hükmü verirler: Şayet bu kadının talâk hususunda rızası yoksa kendisini ölüm döşeğinde iken bâin talâkla boşayan kocasına mirasçı olur. Çünkü ölüm döşeğinde olan kocanın, hanımını boşaması, kadını mirastan mahrum etme mazınesidir.<sup>39</sup> Ölüm döşeğinde olan kocanın, hanımını boşamasının geçerli olduğu hususunda dört mezhep fukahâsı ittifak halindedir. Fakat bu halde bulunan bir koca, hanımını boşadıktan sonra ölürse kadının kendisine mirasçı olup olmaması, mirasçı olursa ne zamana kadar olacağı hususu dört mezhep fukahâsı arasında tartışmalara neden olmuş bir konudur. Nitekim Hanefîler kadın iddet içinde iken,<sup>40</sup> Hanbelîler kadın başka bir erkekle evlenmediği sürece<sup>41</sup> ve Mâlikîler ise kadın bir başkasıyla evlense bile<sup>42</sup> kadının mirasçı olacağı kanaatindedirler. Çünkü koca böyle bir boşamayla kadını mirastan mahrum etmeyi kastetmiş olabilir. İşte bu durumu göz önünde bulunduran bu üç mezhep fukahâsı kadının mirasçı olacağı görüşünü benimsemiştir. Buna karşılık bâin talâkın evlilik bağı sonlandırdığını göz önünde bulunduran Şâfiîler ise kadının hiçbir durumda mirasçı olamayacağı görüşündedirler.<sup>43</sup> Zira bu mezhebe göre kasit gizli bir durum olduğu için onunla amel edilmez.<sup>44</sup> Kocası ölüm döşeğinde iken boşanan kadının fukahânın kâhir ekseriyeti tarafından mirasçı kılınması,

36) Fethî ed-Dirîni, *Nazariyyetü't-te'assuf*, s. 233-234; Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 157.

37) Mecelle, md. 27.

38) İbn Receb, *Câmiu'l-'ulûm*, I-III, 923.

39) Fethî ed-Dirîni, *Nazariyyetü't-te'assuf*, s. 170, 244.

40) Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, *Kitâbü'l-İhtiyâr li ta'îl'l-Muhtâr*, thk. Halid Abdürrahman el-Akk, Dârü'l-ma'rife, Beyrut 2007, III, 177.

41) Muhammed Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, Dârü'l-fikr el-Arabî, Kahire 2005, s. 321.

42) Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s. 321.

43) Mahallî, Ebû Abdullah Celalüddîn Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Ensârî, *Kenzü'r-râğibîn fi şerhi Minhâci't-tâlibîn*, thk. Hişam b. Abdülkerim el-Bedrânî el-Mevsilî, Dâru İbn Hazm, Beyrut 2012, III, 388.

44) Mehmet Selim Aslan, *İslâm Aile Hukuku*, Emin yayınları, Bursa 2015, s. 276.

hukukun kocaya tanıdığı talâk yetkisini kocanın kötüye kullanmasının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Zira talâk, erkeklerin kadınlara zarar vermeleri, dolayısıyla mirastan mahrum etmeleri için meşru kılınmıştır.<sup>45</sup>

### III. Hakkın Kullanılması ve Sınırlandırılması

Yukarıda geçtiği üzere Mecelle'nin "Cevâz-ı şer'î damâna münâfî olur"<sup>46</sup> külli kaidesi hukukun insana sağladığı hakların kullanılması hususunda herhangi bir sorumluluğun bulunmadığını göstermektedir. Buna göre bir kimse hukukun kendisi için tanıyıp himaye ettiği haklarını kullanabilir ve bu kimse onları kullanmaktan dolayı da sorumlu tutulamaz. Mesela kiralanan hayvana üzerinde anlaşma yapılan yük miktarının yüklenmesi caizdir. Buna göre kiracı, hayvana anlaşma yapılan miktarı veya ondan daha az miktardaki bir yükü yüklemesi halinde hayvan telef olursa bu durumda kiracının, zararı tazmin etmesi gerekmez.<sup>47</sup> Çünkü o, hukukun kendisine tanıdığı bir fiili yapmıştır. Aynı şekilde bir çarşıda sanat veya ticaret yapan kimseye bu çarşıdaki diğer esnafın kazançlarının azaldığını gerekçe göstererek engel olamazlar.<sup>48</sup> Çünkü çalışma özgürlüğü herkese tanınan bir hak- tır. Dolayısıyla böyle bir hakkın kullanılmasına engel olunamaz ve bu hakkın kullanılmasından ötürü meydana gelen zararın tazmin edilmesi de gerekmez.<sup>49</sup> Şâtübî de mubah türünden olan maslahatı temin ya da mefsedeti defetmenin başkası hakkında herhangi bir zarara yol açması halinde hak sahibinin bu hakkını kullanmaktan menedilmeyeceğini söyleyerek bu gerçeğe vurgu yapmaktadır.<sup>50</sup>

Bu genel ilkeye rağmen hukukun tanıdığı bir hakkın kullanılmasının başka bir şahsa büyük bir zarar vermesi halinde bu zararın tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin örnekler klasik dönem fıkıh eserlerinde yer almaktadır. Aynı şekilde Mecelle'de hakkın kötüye kullanılması halinde zararın tazmin edilmesinin gerektiği ifade edilmektedir.<sup>51</sup> Nitekim Mecelle'de bu durum hiç kimsenin kendi mülkünde tasarruf etme hakkından menedilmeyeceği, fakat fâhiş bir zararın meydana gelmesine yol açması halinde engelleneceği şeklinde kanunlaştırılmıştır.<sup>52</sup> Şâtübî de maslahatı celbetme ya da mefsedeti defetme şeklinde ifade ettiği hakların kullanılmasında kastı ön plana çıkararak konu hakkında kısaca şunları söyler: "Bir kimsenin kendisine tanınan bir hakkı sırf başkasına zarar verme kastıyla kullanmasının *İslam'da zarar ve zarara karşılık zarar yoktur* prensibine dayanarak hukukun engellenir. Kişinin kendisine yararı olan, başkasına da zarar getiren hakkını kul-

45) Fethî ed-Dirîni, *Nazarîyyetü't-te'assuf*, s. 172.

46) Mecelle, md. 91.

47) Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, s. 193. Ayrıca bk. Mecelle, md. 605.

48) Mecelle, md. 965.

49) Mahmesânî, *en-Nazarîyyetü'l-'amme*, I, 36.

50) Şâtübî, *Muvâfakât*, s. 411-412.

51) Örnek için bk. Mecelle, md. 602-603, 695, 822, 823, 1075, 1192, 1195, 1197, 1198.

52) Mecelle, md. 1197.

lanması durumunda şayet bu yararı elde etme hususunda başka bir yolu varsa bu durumda da hakkını kullanmasına engel olunur. Çünkü böyle bir durumda da başkasına zarar vermeyi kastetmiş kabul edilir. Dolayısıyla başkasına zarar vermeyen alternatif bir yolda menfaatinin elde etsin. Buna mukabil amacına ulaşmak için başka alternatif bir yol yoksa bu durumda hakkını kullanmasına engel olunmaz. Ancak bu hakkını kullanırken bile başkasına zarar vermeyi kastetmemekle sorumlu tutulur. Öte yandan hakkını kullanmasında genel bir zarar söz konusu olur, fakat telafisi mümkün olmayacak şekilde bir zarara maruz kalacaksa bu durumda hakkını mutlak surette kullanabilir. Fakat başkasına zarar verme kastı taşımayan bir kimsenin hakkını kullanmasından umumi bir zararın gerçekleşmesi halinde şayet zararın ortadan kaldırılması mümkün olursa umumi zarar dikkate alınır ve dolayısıyla bu kimsenin hakkını kullanmasına engel olunur.”<sup>53</sup> Çünkü İslam ferdî yararlar içtimâî yarar arasında denge kurup ikisini de bu denge içinde korumaya çalışmış, böylece hakkın sadece ferde tanınan bir ayrıcalık şeklinde düşünülmesine engel olmuş ve ona sosyal bir görev yüklemiştir.<sup>54</sup> Dolayısıyla İslam hukukunda özel menfaatle genel menfaatin çatışması halinde genel menfaate öncelik tanınır ve özel menfaatin kullanılması yasaklanır.

Günümüz İslam hukukçularından Fethî ed-Dirîni de hakkın kötüye kullanılması nazariyesini makâsîd açısından ele almaktadır. Şöyle ki hakkın kötüye kullanılmasının şâriin maksadına ters düştüğünü ve dolayısıyla batıl olduğunu söyler.<sup>55</sup> Dirîni bu yaklaşımına takviye amaçlı olarak Şâtîbî'nin şu sözlerini zikreder: “Şâriin mükelleften beklediği, mükellefin amel sırasındaki kastının şâriin teşri sırasındaki kastına uygun düşmesi ve fiillerinde buna göre hareket etmesidir. Dolayısıyla mükelleften beklenen, fiillerini bu doğrultuda yapması ve şâriin maksadına aykırı herhangi bir şeyi amaçlamamasıdır.”<sup>56</sup> Ayrıca Şâtîbî şer'î yükümlülüklerde şâriin maksadının dışında başka bir şey kasteden kimsenin hukuka aykırı hareket ettiğini ve hukuka ters hareket eden bu kimsenin amelinin de batıl olduğunu söyler.<sup>57</sup>

#### IV. Hakkın Kullanımıyla İlgili Nazariyeler

İslam hukukuna göre her insanın kendi haklarından yararlanma hakkı vardır. Bunun yanında kişi, kişisel haklarında kötüye kullanmamak kaydıyla dilediği gibi tasarruf hakkına sahiptir. Fakat hakkını kötüye kullanması durumunda kullanımın sınırlandırılıp sınırlandırılmaması meselesi doktrinde tartışılmıştır. Bir başka ifade ile hukuken tanınan bir hakkın kötüye kullanılması durumunda bu kullanımın doğuracağı hukukî sonuçlar fıkıh ekolleri arasında tartışmalara neden olmuştur. Hakkın kötüye kullanılması, -genel

53) Şâtîbî, *Muvâfakât*, s. 411-412.

54) Bardakoğlu, “*Hak*”, XV, 149.

55) Fethî ed-Dirîni, *Nazariyyetü't-te'assuf*, s. 16, 53-54, 88.

56) Şâtîbî, *Muvâfakât*, s. 401.

57) Şâtîbî, *Muvâfakât*, s. 402.

olarak- mutlak hak anlayışı, hak kullanımının doğurduğu neticeler, yani objektif ölçüler ve hak sahibinin niyeti (*sübjektif ölçü*) çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>58</sup> Biz de mezheplerin yaklaşımını bu üç ana başlık altında vermeyi uygun gördük. Buna göre fukahânın konu hakkındaki görüşlerini mutlak hak nazariyesi, objektif ölçüler nazariyesi ve sübjektif ölçüler nazariyesi başlıkları altında inceleyeceğiz.

### A. Mutlak Hak Nazariyesi

Mutlak hak anlayışına göre, mülkiyet hakkını kullanan kimse hiçbir şekilde bu hakkı kullanmaktan engellenemez. Bu nazariyeyi savunan fakihler buradan hareketle bir kimsenin başkasına zarar verse bile kendi mülkünde dilediği gibi davranabileceği, dolayısıyla hakkın kullanılması noktasında herhangi bir kısıtlama yoluna gidilemeyeceğini belirtirler. Mecelle'nin "Cevâz-ı şer'î damana münâfî olur"<sup>59</sup> maddesi bu nazariyeyi savunan fukahânın anlayışını yansıtmaktadır. Buna göre hak, hukuk sınırları içerisinde kullanıldığı sürece hiçbir kayıt getirilmeksizin kullanılabilir. Günümüz İslam hukukçularından Subhî Mahmesânî'nin belirttiğine göre Ebû Hanife, İmam Şâfî ve Ahmed b. Hanbel İslam hukukunda mutlak hak anlayışını savunmaktadırlar. Bu fakihler mülkiyet, tasarruf hakkı ve komşuluk ilişkileriyle ilgili meselelerde konuya değinmişlerdir.<sup>60</sup> Nitekim Hanefî fukahâsından Serahsî, insanın kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğunu söyleyerek mutlak hak nazariyesinde kişinin kendi mülkünde tasarruf etme hürriyetine sahip olduğuna işaret etmektedir.<sup>61</sup> Kâsânî de ister başkasına zarar versin isterse vermesin mülk sahibinin mülkünde dilediği şekilde tasarrufta bulunabileceğini belirtir. Buradan hareketle de kişinin kendi mülkünde yaptığı tasarruflardan ötürü komşusunun binası zayıflasa veya duvarı yıkılsa bile tazminle sorumlu olmadığını söyler.<sup>62</sup> Aynı şekilde Hanefilerden Hamevî de Ebû Hanife'nin anlayışına göre başkasına zarar verse bile bir kimsenin kendisine ait mülkünde yaptığı tasarruflarına engel olunmayacağını bildirmektedir.<sup>63</sup> Buna göre ilk dönem Hanefilerin çoğunluğu hak kullanımının mutlak olduğunu,

58) Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-'amme*, I, 37.

59) Mecelle, md. 91.

60) Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-'amme*, I, 39. Hanbelîlerden İbn Kudâme ve Hanefîlerden İbnü'l-Hümâm da İmam Şâfî ve Ahmed b. Hanbel'in mutlak hak nazariyesini savunduklarını aktarmaktadırlar. İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed el-Makdisî, *el-Muğnî*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî ve Abdülfettah Muhammed el-Halevî, Üçüncü baskı, Dâru âlemi'l-kütüb, Riyad 1997, VII, 52; İbnü'l-Hümâm, Kemalüddin Muhammed b. Abdülvahid es-Sivasî, *Fethu'l-kadîr*, nşr. Abdürrezzak Galib el-Mehdî, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 2003, VII, 305.

61) Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *el-Mebsût*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut 1989, XV, 21.

62) Kâsânî, Alaüddin Ebû Bekr b. Mesud, *Bedâi'u's-sanâi' fî tertibi's-şerâi'*, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 2010, VIII, 502.

63) Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Ğamzu 'uyûni'l-besâir şerhu kitâbi el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, Birinci baskı, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1985, I, 282.

dolayısıyla mülk sahibinin mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceğini ve hukuk bakımından bu kimseye engel olunamayacağını söylerler. Ancak mutlak hak nazariyesi görüşünde olan bu fakihler mülk sahibinin komşusuna zarar vermesinden uzak durmasının diyâneten vacip olduğunu belirtirler. Onların, kişinin mülkünde yaptığı tasarruflarda dinî bakımdan komşusuna zarar vermemesi gerektiği hususunda “Mümin, komşusunun zulümlerinden emin olduğu kimsedir”<sup>64</sup> hadisini dayanak gösterirler.<sup>65</sup> Onlara göre mülk sahibinin, komşusuna zarar vermemesi hukukî değil, dinîdir.

Özellikle ilk dönem fukahâsı, kişinin tamamen kendisine ait (*hâlis*) olan haklarını kullanma hususunda hukuk bakımından herhangi bir engelin bulunmadığı şeklinde bir anlayışa sahiptir. Nitekim Hanefî fukahâsından Serahsî, mal sahibinin kendi hakkında mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğunu ve böyle bir hakkı kullanması sebebiyle komşusuna zarar vermesi dinî bakımdan uygun olmasa da böyle bir zarar meydana gelse bile hakkını kullanmasının önünde hukukî açıdan herhangi bir engelin bulunmadığını belirtir.<sup>66</sup> Fakat kişinin kendi mülkünde tasarruf etme hususunda serbest olması, hakkın kullanımının hukukî sınırlar içinde kalmasıyla sınırlandırılmıştır. Şayet hak kullanımı hukukî sınırları aşar ve başkasının hakkında tecavüz söz konusu olursa bu takdirde zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Çünkü hukukî sınırlar aşılarak hakkın kullanılması hukuken yasak bir fiil sayıldığı için kullanımından ötürü gerçekleşen zararın ortadan kaldırılması cihetine gidilir.<sup>67</sup> Buna göre hak, hukukî ve kanunî sınırlar içinde kullanılmalıdır. Şayet bu sınırlar aşılar, başkasının hakkına tecavüz edilir ve bir zarar ortaya çıkarsa bu durumda zararın tazmin edilmesi hakkın kötüye kullanılması açısından değil, sınır dışında zararın meydana gelmesi itibarıyla gerekmektedir. Zira bu durumda haksız bir fiil gerçekleşmiştir. Mutlak hak anlayışına göre mesele bu açıdan ele alınır ve çözüme kavuşturulur.<sup>68</sup>

İlk dönem fakihlerin ekseriyetinin mutlak hak anlayışını savunduklarını gösteren örnekler klasik dönem fıkıh kitaplarında bulunmaktadır. Nitekim rivayet edildiğine göre bir şahıs Ebû Hanife'ye gelerek komşum duvarımın yanında, (kendi arsasında) buzhane (*بُحْمَانَة*) yaptığını söylemiş, Ebû Hanife de kendisine sen de bahçende buzhanenin dibinde bir tandır (*أُتُونَا*) yap ki onun buzlarını eritsin şeklinde tavsiyede bulunmuştur.<sup>69</sup> Yine Ebû Hanife'nin mutlak hak nazariyesi anlayışına sahip olduğunu gösteren örneklerden bir diğeri de şu fetvasıdır: Ebû Hanife'ye gelerek komşusunun kendi mülkünde bir kuyu kazdığı şeklinde şikâyette bulunan kişiye Ebû Hanife, “sen de arsanda onun kuyusuna yakın bir

64) *الْمُؤْمِنُ مَنْ أَمِنَ جَارُهُ بَوَائِقَهُ* Bu sözü hadis kitaplarında bu lafızlarla bulamadık. Fakat bu anlamı ifade eden hadisler hadis kitaplarında bulunmaktadır. Örnekler için bk. Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim b. el-Muğîre el-Ca'fî, *Sahîhu'l-Buhârî*, Dâri'l-ğaddi'l-cedîd, Mısır 2002, “Edeb”, 29; Müslim, Ebû'l-Hüseyn b. Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisâbü'rî, *el-Câmi'u's-sahîh*, Dâru ihyâi't-türâsî'l-Arabî, Beyrut 2000, “İman”, 18.

65) Serahsî, *Mebûsât*, XV, 21; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VIII, 502.

66) Serahsî, *Mebûsât*, XV, 21.

67) Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-'amme*, I, 41-42.

68) Bardakoğlu, “*Hak*”, XV, 147.

yerde bir fosseptik çukuru (بالوعة) kaz” tarzında yol göstermiş, bu kişi de böyle bir çukur açmış ve kuyunun suyu kirlenince komşusu kuyuyu kapatmak durumunda kalmıştır. Ebû Hanife şikâyet edilen kişinin kuyu açmasının engelleneceği şeklinde fetva vermemiş, aksine ona böyle bir çare göstermiştir.<sup>70</sup>

Görüldüğü üzere ilk dönem Hanefî fukahâsının genel anlayışı hak sahibinin kendisine ait mülkünde başkasına zarar verse bile dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği yönündedir. Mutlak hak nazariyesini savunan Hanefîlerden birisi de Serahsî’dir. Nitekim Serahsî, ortak gayrimenkul bir arsa paylaşıldıktan sonra ortaklardan birisi kendi hissesinde bir bina yapmak istese, diğerinin ona “sen rüzgâra ve güneşe engel oluyorsun” diyerek mani olamayacağını söyler. Buna göre bina yapan kişi binasını dilediği yükseklikte yapabilir. Çünkü bu kişi tamamen kendisine ait mülkünde tasarrufta bulunmuştur ki, insan kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Hiç kimse buna engel olamaz. Hatta arazi sahibi arazisinde hamam, fırın ve tuvalet yapabilir. Aynı şekilde değirmen, demircilik veya çamaşırcılık yapmak istese komşusu buna engel olamaz. Hâsılı, tamamen kendisine ait mülkünde tasarrufta bulunan kimse başkasına zarar verse bile hukuken bu tasarrufu yasaklanamaz.<sup>71</sup> Hanefî fukahâsından Zahîruddîn el-Merğînânî (ö. 619/1222), Ebû’l-Fazl İbnü’ş-Şihne (ö. 890/1485) ve babası Ebû’l-Velîd İbnü’ş-Şihne’nin (ö. 815/1412) bu görüşte oldukları ve bir kimsenin evini koyun ağılı yapması halinde komşuları hayvan gübresinin kokusundan rahatsız olsalar bile bu kimseye engel olunamayacağı şeklinde fetva verdikleri nakledilir. Buna göre bir kimse kendi arsasında yaptığı binanın üst bölümünde kapı veya pencere açsa, komşusu bundan zarar görse bile ona engel olunamaz. Aynı şekilde bir kişi kendi mülkünde fosseptik çukuru, lağım veya su kuyusu kazar, bundan komşusunun duvarına su sızar ve komşusu kuyunun yerini değiştirmesini talep ederse, kişi bu talebi yerine getirmek zorunda değildir. Çünkü bu kişi kendisine ait olan mülkünde tasarrufta bulunmuştur. Hatta bu sızıntıdan dolayı duvar yıkılsa bile kuyu sahibinin onu tazmin etmesi gerekmez. Çünkü o başkasının hakkına tecavüz etmemiştir. Zira herhangi bir zarara sebep olan kimse, başkasının hakkına tecavüz etmediği sürece telef olan şeyi tazminle sorumlu tutulmaz.<sup>72</sup>

Hanefî fukahâsından İbnü’ş-Şihne’nin (ö. 890/1485) Hanefî mezhebinin beş imamı Ebû Hanife, Züfer, Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve Hasan b. Ziyâd’ın, hak sahibi komşusuna zarar verse bile kendisine ait mülkünde yaptığı tasarruflarına engel olunmayacağı görüşünde olduklarını, kendisinin de bu konuda babasına tabi olduğunu, dolayısıyla bu görüşü meylettiğini ve buna göre fetva verdiğini de söylediği nakledilir.<sup>73</sup> Ancak İbnü’ş-

69) Serahsî, *Mebûât*, XV, 21.

70) İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, VII, 304-305; İbn Nüceym, Zeynüddin İbrahim, *el-Bahru’r-râik şerhu Kenzi’d-Dekâik*, el-Matbaatu’l-ilmîyye, trs. VII, 36.

71) Serahsî, *Mebûât*, XV, 21.

72) Serahsî, *Mebûât*, XV, 21-22; Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, VIII, 502, IX, 166; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, VII, 304.

73) İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, VII, 36; Hamevî, *Ğamzu ‘uyûni’l-besâir*, III, 200.

Şihne'nin beş Hanefî imamının mutlak hak nazariyesi görüşünde olduklarını belirtmesi ihtiyatla karşılanması gerekmektedir.<sup>74</sup> Çünkü az ileride belirteceğimiz üzere Ebû Yusuf, objektif hak nazariyesini savunan fakihler arasında yer almaktadır.

Şâfiî mezhebinde de ilk dönem fukahâsının genel anlayışı, kişinin tamamen kendisine ait mülkünde mutlak surette hareket edebileceği yönündedir. Nitekim İmam Şâfiî, kişinin kendisine ait mülkünde kendisine veya bir başkasına zarar verse bile dilediği tarzda tasarrufta bulunabileceğini söyler.<sup>75</sup> Benzer bir anlayış Mâverdî'de de görülmektedir. Nitekim Mâverdî bir şahıs kendi evini fırına dönüştürür ve komşuları da fırının dumanından rahatsız olurlarsa bu şahsa engel olunamayacağını söyler. Aynı şekilde evini değirmen, demirci atölyesi veya çamaşır dükkânına çevirse de ona engel olunmaz. Çünkü insanlar kendilerine ait olan mülklerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunabilirler.<sup>76</sup>

Şu hususun belirtilmesi gerekir ki, ilk dönem fukahâsının mutlak hak nazariyesini savunmaları dönemlerindeki örfe bağlanmalıdır. Bir başka tabirle onların bu görüşü kendi zamanlarının şartlarına dayanmaktadır. Ayrıca mutlak hak nazariyesi hak bilincinin ön planda olduğu bir dönemde söz konusu olmaktadır. Fakat insanların tutumları değişip toplumda ahlakî zafiyetin baş gösterdiği ve başkalarının haklarına saygının zayıfladığı daha sonraki dönemlerde fukahânın mesele hakkındaki anlayışı değişmiştir. Nitekim uzun bir zaman geçmeden hakların kullanımı hususundaki mutlak serbestiyet anlayışı yerini ya objektif ya da sübjektif nazariyeye bıraktı. Aynı mezhepteki fakihlerin zaman zaman imamlarının görüşlerinden farklı görüşlere sahip oldukları bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla bu ihtilâfı, "Bu, zaman ve devir ihtilâfıdır, delil ve hüccet ihtilâfı değildir" prensibi çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

## B. Objektif Ölçü (Maddî) Nazariyesi

İlk dönemdeki mutlak hak anlayışı gitgide önemini yitirmeye başlamış ve hukukun kişiye tanıdığı hak kullanımı, bir bakasına ya da topluma zarar vermemeye sınırlandırılmıştır. Bu nazariyeyi ilk savunan fakihin, İmam Mâlik olduğu belirtilir. Nakledildiğine göre İmam Mâlik, maslahatı göz önünde bulundurarak fâhiş zararın gerçekleşmesi halinde hak sahibinin hakkını kullanmasına engel olunacağı görüşündedir.<sup>77</sup>

Ebû Yusuf, kişinin kendi mülkünde yaptığı/yapacağı hamamın dumanından veya buharından komşuları rahatsız oluyorsa ona engel olunacağını söyleyerek mülkiyet hakkının mutlak olmadığına, aksine kişinin tamamen kendi mülkünde dilediği şekilde tasarruf edebilmesinin başkasına fâhiş zarar vermeme şartına bağlı olduğuna işaret etmektedir.

74) Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 196.

75) Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, *el-Ümm*, thk. Rif'at Fevzî Abdülmuttalip, Dârü'l-vefâ, 2001, IV, 527.

76) Mâverdî, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî, *Kitâbu'l-ahkâmî's-sültâniyye ve'l-vilâti'd-diniyye*, thk. Ahmed Mubarek el-Bağdâdî, Mektebetü dâri İbn Kuteybe, Kuveyt 1989, s. 334.

77) Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-'amme*, I, 46.

Buna göre bir kimsenin kendi mülkünde sürekli olmak üzere bir fırın veya değirmen ya da çamaşırhane yapması caiz değildir. Çünkü bu yapılar, komşuların kaçınılması mümkün olmayan açık ve fâhiş zarar görmelerine neden olmaktadır. Aslında bu tür tasarruflar, kişinin kendi öz mülkünde tasarruflar oldukları için kıyas prensibine göre caiz olması gerekirken maslahattan dolayı istihşânen kıyas terk edilmiş ve bu gibi tasarruflar yasaklanmıştır.<sup>78</sup> Daha açık bir ifade ile şayet kıyasa göre hareket edilirse başkasına açık ve fâhiş zarar verse bile hukuken kişinin kendi mülkünde dilediği şekilde tasarruf etmesine müsaade edilmesi gerekir. Fakat kişinin kendi mülkünde yaptığı tasarrufların başkasına açık zarar vermesine sebep olması durumunda kıyas terk edilir ve onun bu tasarruflarına engel olunur. Hanefî mezhebinde bu görüş fetva hususunda esas alınır.<sup>79</sup> Son dönem Hanefî fukahâsının kâhir ekseriyeti de bu görüştedir. Buna göre su kuyusundan sızan sudan ötürü komşunun duvarı yıkılırsa kuyu açan kişinin, bu zararı tazmin etmesi gerekir.<sup>80</sup>

Objektif ölçü nazariyesini savunan fukahâ, mülk sahibinin mülkü üzerindeki tasarruf yetkisini, hakkın kullanımının başkasına açık zarar vermeme kaydıyla sınırlandırmıştır. Hanefî mezhebi eserlerinde bir kimsenin tamamen kendisine ait mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilmesi açık bir zararın meydana gelmemesine bağlanmıştır. Dolayısıyla büyük-küçük herhangi bir zararın gerçekleşmesi durumunda hak sahibi hakkını kullanmaktan engellenemez. Yani bir hakkın kullanılması bir başkasını rahatsız edebilir ya da ona belirli bir ölçüde zarar verebilir. Bu tür zararlar normal karşılanmalıdır ve kabul edilmesi gerekir. Zira böyle zararlar tahammül edilmezse hiç kimse kendisine ait mülkünde tasarrufta bulunabilme yetkisine sahip olamaz. Ancak açık bir zarar meydana geldiğinde ona engel olunur. Hanefîler açık zarardan fâhiş zararın amaçlandığını belirtirler.<sup>81</sup> Zira objektif ölçü nazariyesini savunan fukahâ, fâhiş zarar gerçekleşmediği sürece mülk sahibinin kendisine ait mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceğini söyler. Nitekim İbn Nüceym kişinin kendi mülkünde yaptığı tasarrufları başkasına fâhiş zarar veriyorsa engel olunacağını, aksi takdirde bu kişinin mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceğini belirtmektedir.<sup>82</sup> Mecelle'nin "Zarar-ı fâhiş bi eyyi vech-in kân def' ettirilir"<sup>83</sup> maddesiyle fâhiş zararın tahakkuk etmesi halinde hak sahibinin hakkını kullanmasına engel olunacağı bildirilmiştir. Şöyle ki, komşusunun yüksek bir bahçe duvarı örmesiyle evinin güneşi tamamıyla kapanan ve bu duvardan ötürü zarar gören kişinin talebi üzerine bu duvarın yıkılmasına karar verilebilir.

78) Zeyla'î, Ebû Muhammed Fahrüddîn Osman b. Ali b. Mihcen b. Yunus el-Bârî, *Tebyînu'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Bulak 1313/1895, IV, 196; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII, 35-36.

79) İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 492, VIII, 153; Şelebî, Ahmed Şihabuddin, *Hâşiye 'alâ Tebyîni'l-hakâik şerhi Kenzi'd-dekâik* (Zeyla'î'nin, *Tebyînu'l-hakâik*'inin kenarında), Bulak 1313/1895, IV, 196.

80) İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII, 36.

81) İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VIII, 153.

82) İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII, 36.

83) Mecelle, md. 1200.



Mâlikî mezhebine göre hakkın kullanımı başkalarının büyük zarar görmelerine sebebiyet veriyorsa bu durumda hak kötüye kullanılmış olur. Buna göre harman ve rüzgârla çalışan değirmenin yapılması, komşulara büyük zararlar vereceği için yasaklanır. Aynı şekilde bir kimse (şehirde) kendisine ait arsada ahır yapamaz. Çünkü hayvanların pisliğinin kokusu komşuları rahatsız eder. Fazla ses çıkarıp komşuları rahatsız ettiği için meskûn mahalde değirmen ve körukçülük de yapılamaz. Aynı şekilde hamam, fırın, tabakhane, mezbahane gibi kötü koku veya dumanı olan yerlerin yapılmasına da izin verilmez.<sup>84</sup> İbnü'l-Kâsım (ö. 191/806), İmam Mâlik'in bu gibi tasarruflara engel olunacağı görüşünde olduğunu belirtir.<sup>85</sup> Hakeza bir kimse, kendi bahçesinde yaptığı binada komşusunun evinin içini görebilecek tarzda pencere açamaz. Çünkü böyle bir pencerenin açılması komşuları rahatsız eder.<sup>86</sup> Benzer durum bir kimsenin bahçesinde kazdığı kuyu için de söylenebilir. Şöyle ki bir şahıs kuyu açsa ve bu kuyudan dolayı komşusunun kuyusunun suyu kesilse bu şahsa engel olunur.<sup>87</sup> Çünkü bu durumda bu şahıs kazdığı bu kuyuyla komşusuna açık bir zarar vermektedir. Buna karşılık bazı Mâlikî fukahâsı, kişinin kuyu açmaya mecbur olması durumunda komşusuna zarar verse bile ona engel olunmayacağı görüşünü savunur.<sup>88</sup>

Şâfiî mezhebinde de mutlak hak anlayışının yerine zamanla objektif nazariye yerleşmeye başlamıştır. Nitekim Nevevî, kişinin kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilmesini bu tasarrufun âdete uygun olması şartına bağlamaktadır. Buradan hareketle kişinin meskûn mahalde bulunan evini hamam veya ahıra dönüştürmesi ya da manifaturacılar çarşısında bulunan dükkânını demirci dükkânına çevirmesi ihtiyatlı davranması ve dükkânının duvarlarını sağlam yapması şartıyla caiz görülmüştür. Buna karşılık kişi bu sınırları aşarsa bu durumda zararları tazmin etmekle sorumlu tutulur.<sup>89</sup> Aynı şekilde kişi böyle bir yerde değirmen, tabakhane veya fırın yapabilir. Çünkü mülk sahibi tamamen kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktadır. Dolayısıyla mülk sahibi mülkünde âdete göre hareket ettiği halde bundan komşusu zarar görür veya komşunun malı telef olursa sorumlu tutulmaz. Mesela bir kimse kendi mülkünde bir kuyu kazar veya fosseptik çukuru açar, bundan komşusunun duvarı zarar görür veya fosseptik çukurundan dolayı komşunun ku-

84) Derdîr, Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Adevî, *Akrebü'l-mesâlik 'ala's-Şerhi's-sağîr* (Ahmed es-Sâvî'nin Bulgatü's-sâlik'i ile birlikte), thk. Muhammed Abdüsselam Şahin, Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1995, III, 308.

85) İbn Ferhûn, Ebu'l-Vefâ Burhanuddin İbrahim b. Ali, *Tebssratü'l-hükkâm fî usûli'l-akziyye ve menâhici'l-ahkâm*, Dâru 'âlemi'l-kütüb, Riyad 2003, II, 258.

86) İbn Abdülberr, Ebü Ömer Yusuf b. Abdullah b. Muhammed en-Nemerî, *el-Kâfi fî fikhi ehli'l-Medine el-Mâlikî*, İkinci baskı, Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1992, s. 489.

87) Sahnûn, Said et-Tenûhî, *el-Mudevvenetu'l-kübrâ li'l-İmâm Mâlik*, Metba'atü's-saadet, trs. VI, 189.

88) İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd el-Kurtûbî, *el-Beyân ve't-tahsîl*, thk. Muhammed Haccî, İkinci baskı, Dârü'l-ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1988, X, 250-252.

89) Nevevî, Ebü Zekeriyâ Muhyuddin b. Şeref, *Minhâcu't-tâlibîn* (Şirbînî'nin Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni'l-Minhâc'i ile birlikte), nşr. Muhammed Halil Aytâbî, Dârü'l-ma'rife, Beyrut 1997, II, 468.

yusunun suyu kirlense bile onun bu hakkını kullanmasına engel olunmaz. Çünkü onun bu tür tasarruflarına engel olunursa kendisi zarar görür.<sup>90</sup> Öte taraftan kişinin mutad olmayan tasarrufları neticesinde komşusu zarar görürse bu durumda meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir. Örneğin bir kimsenin evinde şiddetli bir şekilde kazık çakmasıyla komşunun duvarının sarsılması ya da mülk sahibinin kendi bahçesinde su biriktirmesi sebebiyle ıslaklığın komşunun duvarına sızması gibi genellikle komşunun duvarına zarar veren tasarruflar sahih görüşe göre men edilir.<sup>91</sup> Aynı şekilde Şemseddin er-Remlî de kişinin mutad olmayan tasarruflarından doğan zararı tazmin etmesi gerektiğini söyler. Örneğin bir kimse, insanların yaşadığı bir yerde evini nişadır<sup>92</sup> atölyesine dönüştürür ve üretilen nişadının kokusundan ötürü çocuklar ölürse tazminle sorumlu tutulur.<sup>93</sup>

Öte taraftan Şâfîilerden Zerkeşî, insanlara zarar veren hak kullanımına değil, mala zarar verene engel olunacağını söyler.<sup>94</sup> Buna göre kişinin kendisine ait olan mülkünde tasarrufta bulunmasından ötürü şayet pis bir kokunun yayılmasında olduğu gibi bizzat komşuları zarar görürse bu kişiye engel olunmaz. Dolayısıyla kişi manufakturacılar çarşısında hamam, ahır, değirmen veya demirci dükkânı açabilir. Fakat hak kullanımı komşunun malına zarar verirse engel olunur.<sup>95</sup> Ancak İbn Hacer el-Heytemî, bu durumun âdete uygun olmayan hak kullanımlarında söz konusu olduğunu belirtir.<sup>96</sup> Şöyle ki mutad olmayan hak kullanımı ister insanlara isterse mala zarar versin mutlak surette yasaklanır. Buna karşılık hak kullanımı mutad olursa bu durumda mala zarar verirse engellenir, insanlara zarar verirse men edilmez. Öte yandan Şâfîî fakihlerinden Rûyânî'nin kişinin kendi hak-

90) Şirbînî, Şemseddin Muhammed b. el-Hatîb, *el-İknâ' fî halli elfâzi Ebi Şucâ'* (Büceyrimî'nin Tuhfetu'l-habîb'i ile birlikte), Birinci baskı, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1996, III, 602-603.

91) Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyuddin b. Şeref, *Ravzatu't-tâlibîn*, thk. Abdu Ali Köşk, Dârü'l-Feyhâ ve Dârü'l-Menhel, Dimaşk 2012, IV, 103; Şirbînî, Şemseddin Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*, nşr. Muhammed Halil Aytâbî, Dârü'l-ma'rife, Beyrut 1997, II, 468.

92) Nişadır, tuzlu ve yakıcı kimyasal bir maddeye denilir. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 228.

93) Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-Abbas Ahmed b. Hamza el-Mısırî el-Ensârî, *Nihâyeti'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, nşr. Muhammed Ali Beyzûn, Üçüncü baskı, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2003, V, 337; Şirvânî, Abdülhamid, Hâşiyetu's-Şirvânî 'alâ *Tuhfeti'l-muhtâc bi şerhi'l-Minhâc*, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2012, VIII,15. Her ne kadar Şâfîiler kişinin hakkını kullanma hususunda mutad tasarruftan söz ediyorlarsa da hangi tasarrufun mutad hangisinin gayri mutad olduğunu beyan etmemişlerdir. Şebrâmellisî, Ebu'z-Ziyâ Nureddin Ali b. Ali, *Hâşiyetü 'alâ Nihâyeti'l-muhtâc* (Remlî'nin Nihâyeti'l-muhtâc'ı ile birlikte), nşr. Muhammed Ali Beyzûn, Üçüncü baskı, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2003, V, 337. Bu da karışıklığa neden olmaktadır. Fakat bir tasarrufun mutad olup olmadığı hususunda tasarrufun yapıldığı zamanki insanların örfünün ölçü alınması gerektiği ve bu şekilde söz konusu karışıklığın önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

94) İbn Hacer el-Heytemî, Ebü'l-Abbas Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed, *Tuhfeti'l-muhtâc bi şerhi'l-Minhâc*, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2012, VIII, 16.

95) Şirbînî, *el-İknâ'*, III, 603.

96) İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfeti'l-muhtâc*, VIII, 17.

kını kullanması hususunda kararın hâkime bırakılması gerektiği görüşünde olduğu nakledilmektedir. Buna göre bir kimsenin hakkını kullanırken yalnızca komşusunu sıkıntıya sokmayı veya ortalığı karıştırmayı kastettiği anlaşılırsa hâkim, bu hakkını kullanmasına engel olabilir.<sup>97</sup> Rûyânî'nin hakkın kullanılmasına yönelik kararların hâkime bırakılması gerektiğine ilişkin görüşünün tercihe şayan olduğu kanaatindeyiz. Çünkü hâkimin hakkını kullanan kimseyle bu hak kullanımından etkilen şahsın durumlarını ve onların içinde buldukları şartları göz önünde bulundurarak vereceği hüküm daha isabetli olur. Buna göre hâkim, hangi durumlarda hakkın kötüye kullanıldığını tespit eder ve gerektiğinde zarar veren hak sahibini zararı tazmin etmekle sorumlu tutar.

Hanbelî fakihler ise bir kimsenin kendi mülkünde komşusuna zarar verecek tasarruflarda bulunamayacağını söyleyerek objektif hak nazariyesi görüşünde olduklarına işaret etmektedirler. Sözelimi bir şahsın meskûn mahalde bulunan evini hamama, attarlar pazarındaki fırına çevirmesi ya da komşusunun kuyusuna yakın ve suyunu çekecek bir kuyu açması caiz değildir. Hanbelîler bu konuda “*Zarar ve zarara karşılık zarar yoktur*” hadisini delil göstererek kişinin komşusuna vereceği her türlü tasarrufunun yasak olduğunu belirtirler.<sup>98</sup> Dolayısıyla bir kimse komşusuna zarar veren bu tür yerleri açmışsa komşusu bunları kapatırma hakkında sahiptir.<sup>99</sup> Buna karşılık ekmek yapma, yemek pişirme gibi komşulara az zarar veren işlere engel olunmaz.<sup>100</sup> Zira evlerde ekmek yapma ve yemek pişirme gibi fiiller örf üzere ve ihtiyaca binaen yapılmaktadır.<sup>101</sup> Dolayısıyla bunların yapılması normal karşılanmalı ve bunlardan kaynaklanan zarar ve sıkıntılara katlanılmalıdır. Aksi takdirde hak sahipleri daha büyük zararlara uğrarlar.

Hanbelî fukahâsından İbn Receb ise, meseleyi tasarrufların mutad bir tarzda yapıp yapılmaması bakımından ele almaktadır. Şöyle ki, bir kimsenin kendi mülkünde mutad olmayan bir şekilde hareket etmesi halinde onun sorumlu olduğunu ve dolayısıyla meydana getirdiği zararı tazmin edeceğini söyler. Sözelimi bir şahıs, kendi tarlasında rüzgârlı bir havada ateş yakmış ve bu ateş komşu tarlasına sıçrayarak zarar vermişse zararı tazmin eder. Öte yandan kişi mülkünde mutad bir şekilde hareket etmiş, fakat komşusu bundan zarar görmüşse bu durumda da bu kişiye engel olunur. Örneğin bir kimsenin yüksek olan binasında komşusunun mahremiyetlerini görecektar tarzda pencere açması veya yüksek bir

97) Nevevî, *Ravzatu't-tâlibîn*, IV, 103; Büceyrimî, Süleyman b. Muhammed b. Ömer, *el-Büceyrimî 'ala'l-Hatîb el-musemmât TuHFetu'l-habîb 'alâ şerhi'l-Hatîb*, Birinci baskı, Dârü'l-kütübü'l-ilmiyye, Beyrut 1996, III, 602.

98) İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 52; a.mlf., *Kâfî*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Birinci baskı, y.y, III, 285; Haccâvî, Ebü'n-Necâ Musa b. Ahmed, *el-İknâ'*, (Buhûtî'nin Keşşâfü'l-kinâ'ı ile birlikte), İkinci baskı, Dârü'l-kütübü'l-ilmiyye, Beyrut 2009, III, 477; Merdâvî, Alaüddîn Ebü'l-Hasan Ali b. Süleyman b. Ahmed, *el-İnsâf fi ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Birinci baskı, y.y, 1993, V, 260.

99) Buhûtî, Mansûr b. Yunus b. İdris, *Keşşâfü'l-kinâ' 'an metni'l-İknâ'*, thk. Ebü Abdullah Muhammed b. Hasan, İkinci baskı, Dârü'l-kütübü'l-ilmiyye, Beyrut 2009, III, 477; a.mlf., *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Birinci baskı, Müessesetü'r-risâle, 2000, III, 430.

100) İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 53.

bina yapması halinde bu kimse komşusunun mahremiyetlerini görmeyi engelleyen bir şeyi yapmakla mükellef tutulur. Aynı şekilde komşusunun rüzgârını ve güneşini engelleyen yüksek bir bina yapması halinde de tedbir almakla sorumludur. Bu mezhebe göre kokusu pis olan şeylerin yapılması da yasaktır.<sup>102</sup>

Görüldüğü üzere objektif ölçü nazariyesini savunan fukahâ, mülk sahibinin mülkü üzerindeki tasarruf yetkisini, hakkın kullanımının başkasına *fâhiş* zarar vermeme kaydıyla sınırlandırmıştır. Dolayısıyla fâhiş zararın mahiyetinin belirlenmesi gerekmektedir. Fukahâ, genellikle komşunun evini yıkma, evi faydalanamaz duruma getirme, harman yerinin rüzgârını kesme, evinin ışığını tamamen kapatma gibi havâic-i asliye denilen komşunun temel ihtiyaçlarının ortadan kaldırılmasını fâhiş zararın ölçüsü olarak görür. Buna göre bir kimse kendi mülkünde sürekli olmak üzere bir fırın, değirmen veya çamaşırhane yaparsa bunlar komşuların fâhiş zarar görmelerine sebep olduğu için bu kimseye engel olunur.<sup>103</sup> Buradan hareketle bu nazariyeye göre bir kimsenin kendi mülkünde tasarrufta bulunabilmesi başkasına fâhiş zarar vermemesine bağlıdır.<sup>104</sup> Öte taraftan hak kullanımı bu derecede olmayan bir zarara sebep olması halinde hak sahibinin hakkını kullanmasına engel olunmaz.

Hâsılı, adalet, ahlak kuralları ve çağdaş yaşam şartlarının gereği göz önünde bulundurularak hakkın kısıtlanması gerekir. Bununla birlikte normal bir müzik sesi, köylerde yakılan tandırın çıkardığı duman, evlerin ve binaların yapımında kullanılmak üzere yollarda yapılan çamur ve harç –insanların orada geçebilme şartıyla- yolcuları indirme ve bindirmeleri için taşıtların yolda durması gibi fiillerde meydana gelen zararlara katlanılır.<sup>105</sup> Çünkü hayatın normal akışı içerisinde sıradan zararlara katlanmak gerekir. Aksi takdirde hiç kimse hukukun kendisine tanıdığı haklarından yararlanamaz.

Apartman evlerinde kedi, köpek gibi evcil hayvanları beslemek, yüksek sesle müzik dinlemek, geç saatlerde alt, üst veya bitişik komşuları rahatsız edecek çalışmaları yapmak, sabah erken veya gece geç saatlerde süpürge ya da çamaşır makinasını çalıştırmak gibi hakların kullanımı, fukahânın yukarıda aktarılan görüşünden hareketle hükme bağlanabilir. Şöyle ki altlı üstlü evlerde oturan komşular birbirlerine zarar verecek şekilde kendi dairelerinde tasarrufta bulunamazlar. Nitekim *def'î mefâsid celb-i menâfi'den evlâdir*<sup>106</sup> küllî kaidesi kişinin kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunması, başkasına herhangi bir zarara sebebiyet vermeme kaydına bağlı olduğunu göstermektedir. Toplum adına devlet organları bir süreliğine hakları sınırlandırma yoluna gidebilmelidirler. Örneğin

101) Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ'*, III, 477.

102) İbn Receb, *Câmiu'l-'ulûm*, I-III, 921-922.

103) İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII, 306.

104) Mecelle, md. 1998.

105) Muhammed Re'fet Osman, “*et-Te'assuf fi isti'mâli'l-hukûk fi ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kanûn*”, *Mecelletu's-Şeri'a ve'l-Kânûn*, sy. 1, Kahire trs. s. 23.

106) Mecelle, md. 30.

kişinin kendi evinde, komşularını rahatsız edecek tasarruflarda bulunabilme yetkisi veya sabah saat 10.00'dan önce ve gece 22'den sonra çamaşır ve süpürge makinasını çalıştırma vb. hak kullanımı belli şartlara bağlama cihetine gidilebilir ve insanlardan bu yasağa uymaları istenebilir. Zira hukuk sistemi kişisel hakları koruduğu gibi toplumun düzenini de sağlamalıdır. Nitekim Hz. Ömer ehli kitap kadınlarla evliliği askıya aldığı gibi, devlet başkanı da mubah olan şeyleri kamu yararını gözeterek kısıtlayabilir.<sup>107</sup> Buradan hareketle günümüz İslam hukukçularından Fethî ed-Dirînî, herhangi bir hak kullanımını maslahattan ziyade mafsedetî gerektirmesi halinde veliyyu'l-emrin müdahalede bulunabileceğini söyler. Mesela tarla sahibi olan bir kimse tarlasını işletmeme hakkına sahip olduğu halde devlet başkanı toplumun ihtiyacını göz önünde bulundurarak ya da milli servetin artması için bu kimseyi tarlasını ekmeye zorlayabilir. Hatta ekip biçmek için tarlayı başka birisine kiralayabilir. Aynı şekilde mal stoklayan kimseyi elindeki malı satmaya mecbur edebilir. Hakeza fiyatların aşırı derecede yükselmesi durumunda fiyatları belirleyebilir. Başka bir ifade ile kota getirebilir.<sup>108</sup>

Mâlikî fakihlerinden Bâcî de ihtikârın hükmünü açıklarken fiyatların belirlenebileceğini ve satışın sadece belirlenen fiyatla yapılabileceğini söyler. Sözlerinin devamında da fiyatların aşırı derecede yükselmesi halinde toplumun maslahatı göz önünde bulundurulması gerektiğini ve tüccarların devlet başkanının belirlediği fiyat dışında başka bir fiyatla satmanın yasak olduğunu belirterek<sup>109</sup> genel faydanın dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir. Buradan hareketle meşru olan herhangi bir fiilin kullanılması topluma veya ferde zarar veriyorsa bu durumda hakkın kullanılması kısıtlanabilir ya da tamamıyla yasaklanabilir.<sup>110</sup>

### C. Sübjektif Ölçü Nazariyesi

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi mutlak hak anlayışı gitgide önemini yitirmeye başlamıştır. Şöyle ki, hukukun kişiye tanıdığı hak bir başkasına ya da topluma zarar vermemesiyle sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma bazı fakihlerce objektif kriterlere bağlanırken bazılarınca sübjektif ölçütlere bağlanmıştır. Objektif hak nazariyesinin sadece ortaya çıkan zarar göz önünde bulundurması yerine bu nazariye hak sahibinin niyetine bakar. Şöyle ki, hak sahibinin, hakkını iyi niyetle kullanması halinde başkasına fâhiş bir zarar verse bile hakkını kullanmasına engel olunmaz. Buna karşılık hak sahibi hakkını sırf başkasına zarar verme kastıyla kullanırsa ona engel olunur ve bu kasıtlı hakkını kullanması halinde meydana gelen zarar tazmin etmekle sorumlu tutulur. Buradan hareketle bu nazariyeye göre hakkın kötüye kullanılıp kullanılmaması ve dolayısıyla bir işin mubah fiil ya da yasak fiil olup olmaması hususunda niyet kriteri olarak kabul edilir. Örneğin bir kimse

107) Bu konuda daha fazla örnek için bk. Fethî ed-Dirînî, *el-Hak*, s. 111-112.

108) Fethî ed-Dirînî, *el-Hak*, s. 113-114, 129-131.

109) Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd et-Tücîbî, *el-Müntekâ*, Dâru'l-kitabi'l-İslamî, Kahire, h. 1332/1913, V, 18.

110) Fethî ed-Dirînî, *el-Hak*, s. 133.

hırsızları engellemek veya evinin içinin başkaları tarafından görülmesine mani olmak için bahçesinde yüksek bir duvar örmesinde olduğu gibi bir mefsetedi defetme ya da maslahatı elde etmeyi kastederse, bu duvar komşusunun ışığını kesse bile yıkılmasına karar verilmez. Ancak onun gayesi sırf komşusunun ışığını kesmek olursa onun bu fiili yasaklanır.<sup>111</sup>

Genel olarak ilk dönem fukahâsi mutlak hak nazariyesi görüşünde iken daha sonraki fakihlerin kâhir ekseriyetinin anlayışı objektif hak nazariyesi yönündedir. Ancak -az da olsa- bazı İslam hukukçuları subjektif hak nazariyesi görüşünü savunur. Nitekim Mâlikî fakihlerinden Şâtûbî hakların kötüye kullanılması hususunda kastı ön plana çıkararak konu hakkında kısaca şunları söyler: Bir kimsenin kendisine tanınan bir hakkı sırf başkasına zarar verme kastıyla kullanmasının “İslam’da zarar ve zarara karşılık zarar yoktur” prensibine dayanarak hukuken engelleneceğini söyler.<sup>112</sup> Hanefî fukahâsından Ebû Yusuf, bir kimse kendi arazisini suladığı sırada su başkasının tarlasına aksa ve tarlaya zarar verse bu durumda bu kimse tamamen kendi mülkünde tasarruf ettiği için bu sudan ötürü meydana gelen zararı tazmin etmekle sorumlu tutulmayacağını ve tarlası zarar gören kişinin tarlasını su sızıntılarına karşı koruması gerektiğini söyler. Buna karşılık bir kimsenin Müslüman veya zimmî birisinin arsasına zarar verme kastıyla su salmasının helal olmadığını belirtir ve “Bir Müslümana veya gayri müslime zarar veren melundur”<sup>113</sup> hadisini de delil gösterir. Ebû Yusuf, sözlerinin devamında kanal sahibinin, komşularına zarar verme ve ekinini telef etme kastıyla suyu salıvereceği anlaşılması halinde ona engel olunacağını söyleyerek hakkın kötüye kullanılması hususunda kastın da dikkate alınacağına vurgu yapmaktadır.<sup>114</sup>

Şâfiî fukahâsından da hak kullanımı hususunda subjektif hak nazariyesini savunanlar olmuştur. Nitekim bu mezhebe mensup fakihlerden Rûyânî, hiç kimsenin kendi mülkünde yapacağı tasarruflardan menedilemeyeceğini, buna karşılık bir kişinin kendi mülkünde kullandığı haktan, başkasına zarar vermeyi ve kötülükte bulunmayı kastettiği ortaya çıkması durumunda hakkını kullanmaktan engelleneceğini söyleyerek hakkın kötüye kullanılmasının kriteri olarak kastın göz önünde bulundurulacağına dikkat çekmektedir.<sup>115</sup> Hanbelîlerden Necdî de bir kimsenin kendi mülkünde komşusuna zarar verecek tasarruflarda bulunmasının caiz olmadığına ilişkin “Zarar yoktur zarara karşılık zarar da yoktur” hadisini delil göstermekte ve sözlerinin devamında da zarar vermenin esasının zarara yönelik kasıt ve irade olduğunu belirtmektedir. Buradan hareketle bir şahsın, başkasına

111) Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-‘amme*, I, 50.

112) Şâtûbî, *Muvâfakât*, s. 411.

113) ملعون من ضار مسلماً أو غيره ملعون bu sözü hadis kitaplarında bulamadık, ancak bu anlamı ifade eden hadisler vardır. Mesela ملعون من ضار مؤمناً أو مكرراً به “Bir mümine zarar veren veya onu aldatan melundur.” Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Sevre, *el-Câmi’u’s-sahîh*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, 1987, “el-Birr ve’s-sıla”, 27.

114) Ebû Yusuf, Yakup b. İbrahim, *Kitâbu'l-Harâc*, Dârü'l-ma’rife, Beyrut 1979, s. 99.

115) İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, VIII, 16; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V, 337.

zarar verme kastıyla bir tasarrufta bulunması veya hakkı olmayan bir işi yapması halinde zarardan söz edileceğini; öte taraftan hakkı olan bir işi zarar verme kastı olmaksızın sırf ihtiyacı olduğu için yapması durumunda ise herhangi bir zarardan söz edilemeyeceğini söylemektedir.<sup>116</sup>

Çağdaş İslam hukukçularından Subhî Mahmesânî, bu anlayışın İslam hukuku ruhuna daha uygun olduğunu söyleyerek ve “*Ameller niyetlere göredir. Herkes için niyet ettiği şey vardır. Kim Allah ve Resulü için hicret ederse onun hicreti Allah ve Resulü için olmuş olur. Kimin de hicreti ulaşmak istediği bir dünya malı veya evlenmek istediği bir kadın için olursa, onun da hicreti uğruna yola çıktığı bu şeyler için olmuş olur*”<sup>117</sup> hadisini de delil göstererek bu nazariyenin tercihe şayan olduğunu ifade etmektedir.<sup>118</sup> Ancak şu var ki, başkasına zarar verme kastı gibi subjektif bir ölçünün dikkate alınması, hakkın kötüye kullanımı neticesinde gerçekleşen zararı ispat etme ve uygulama zorluklarını beraberinde getirdiği şüphe götürmez bir gerçektir. Bundan dolayı hakkı kullanan kişinin iyi niyetli veya kötü niyetli olup olmadığına bakılmaksızın bir hakkın kullanılması fâhiş bir zarara yol açıp açmadığı ya da onun mutad bir fiil olup olmadığı esas alınarak hakkın kötüye kullanılması hususunun objektif bir kritere bağlanması suçu ispat etme ve hükümleri uygulama bakımından daha isabetlidir.<sup>119</sup>

Fukahâ, komşuluk ilişkilerinde hak sahibinin hakkını kullanırken herhangi maddi bir zarara sebebiyet verip vermediği konusunda “zararın menfaatlerle dengesinin” ölçü alınmasını tercih etmiştir. Dolayısıyla hakkın kullanılmasının yol açtığı maddi neticeler göz önünde bulundurularak yarar ile zarar arasında denge kurulmaya çalışılır. Şöyle ki hakkın kullanılması halinde maslahat galipse hakkın kullanımı meşru sayılırken zarar daha fazla ise yasaklanır. Maslahatı celbetme ve mefsetedi defetme ilkesi ve bu ilkedен doğan “Def’i mefâsid celb-i menâfî’den evlâdır”<sup>120</sup> küllî kâidesi, hakkın kötüye kullanılması nazariyesinin temelini oluşturmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması nazariyesinde maslahat ile mefsetet arasındaki dengenin ölçü alınması Hanefî fukahâsını istihsânî, Mâlikî ve Hanbelîleri sedd-i zerâyî ilkesini, İmam Mâlik’i mesâlih-i mürsele ve hilâfa riâyet kaidesini ve Gazzâlî’yi istislah prensibini işletmeye sevk etmiştir.<sup>121</sup>

116) Necdî, Abdurrahman b. Muhammed b. Kasım el-Âsimî, *Hâşiyetu’r-ravzi’l-murbi’ şerhi Zâdi’l-mustakni’*, Birinci baskı, y.y, 1398/1880, V, 155.

117) *إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَهِيَ حُرَّةٌ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا* Ebu Dâvûd, Süleyman b. el-Eş’as es-Sicistânî el-Ezdî, *Sünenü Ebî Dâvûd* (Hattâbî’nin Me’alimü’s-Sünen’i ile birlikte), nşr. İzzet Ubeyd ed-De’as ve Adil es-Seyyid, Birinci baskı, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1997, “*Talâk*”, 11.

118) Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-‘amme*, I, 52-53.

119) Bardakoğlu, “*Hak*”, XV, 147.

120) Mecelle, md. 30.

121) Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü’l-te’assuf*, s. 67-68.

### V. Hakkın Kötüye Kullanıldığını Gösteren Haller

Malum olduğu üzere bir kimse tamamen kendisine ait olan mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ancak bazen kişi kendi mülkünde tasarrufta bulunurken başkasına zarar verebilir. Yukarıda geçtiği üzere fukahânın bir kısmı kişinin kendi mülkünde başkasına zarar verse dahi dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği görüşünü savunur. Buna karşılık diğer bir kısmı ise hakkın kullanımının mutlak olmadığı ve başkasına zarar vermesi halinde buna engel olunacağı görüşündedir. Bu fakihler de hakkın kötüye kullanıldığını gösteren bazı kâideler tespit etmişlerdir. Konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacağını düşündüğümüz bu kâidelerden söz etmek yerinde olur.

#### A. Hakkın Kullanılmasının Hak Sahibine Sağladığı Yararın Başkasının Göreceği Zarardan Az Olması

Bir kimsenin hukukun kendisine tanıdığı bir hakkı kullanması İslam hukukunda kabul gören bir ilkedir. Dolayısıyla hak sahibi hakkını dilediği gibi kullanabilir. Ancak bir şahıs hakkını meşru bir maslahatı temin etme kastıyla kullandığında elde ettiği menfaat başkasının gördüğü veya göreceği zarardan daha az ise, bu durumda sedd-i zera'i prensibi doğrultusunda ona engel olunur. Başka bir tabirle hak kullanımının hak sahibine sağladığı yararın başkasına verdiği zarardan az olması halinde hak kötüye kullanılmış demektir. Zarar ister genel olsun isterse özel olsun böyle bir durumda hakkın kötüye kullanımı söz konusudur. İslam hukukuna göre genel zarar maslahata göre önceliklidir ve dolayısıyla yarar ile zarar çatıştığı takdirde öncelik zararın defedilmesine verilir.<sup>122</sup> Mesela ihtikâr (karaborsacılık), fitne zamanında silah satmak, içki imalatına üzüm satmak, bir malı çok yüksek bir fiyatla satmak gibi topluma zarar veren tasarruflar yasaklanabilir. Dolayısıyla yapılan sözleşmeler iptal edilebilir. Buradan hareketle devlet yöneticisine uyuşturucu maddelerin ve toplumun ihtiyaç duymadığı şeylerin üretilmesini yasaklama yetkisi verilebilir.<sup>123</sup> Hamam, fırın, tabakhane, ahır gibi kötü koku veya dumanı olan yerlerin yapılmasına engel olunması bu ilke gereğidir. Daha açık bir ifade ile başkasına zarar verdiği için bu tür yerlerin inşa edilmesi yasaklanabilir.

#### B. Hakkın Mutad Olmayan Bir Şekilde Kullanılması

Yukarıda geçtiği üzere fukahânın bir kısmı hakkın kötüye kullanılması hususunda yapılan tasarrufun âdete uygun olup olmadığını dikkate almaktadır. Buna göre bir kimse hakkını insanların nezdinde mutad olmayan bir şekilde kullanır ve başkası bundan zarar görürse bu durumda bu kimse hakkını kötüye kullanmış sayılır. Mesela bir şahıs kendi tarlasını sular ve su komşusunun arsasına taşarak zarar verse, bu durumda şayet bu şahıs tarlasını mutad bir şekilde sulamışsa oluşan zararı tazmin etmekle sorumlu olmaz. Mutad olmayan bir tarzda sulamışsa komşusunun tarlasında meydana gelen zararı tazminle

122) Mecelle, md. 30.

123) Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, Dâru'l-fikr, Dımaşk 2014, IX, 43.



yükümlü olur.<sup>124</sup> Aynı şekilde komşuları rahatsız edecek derecede yüksek sesle müzik dinlemek, kiralanın arabaya gereğinden daha fazla yük yüklemek, kiralık hayvana sert darbeler vurmak veya taşıyamayacağı ağırlıkta yük bindirmek gibi fiiller mutad olmayan faaliyetler olarak kabul edilir, hak kötüye kullanıldığı için de ona engel olunur ve bu fiiller neticesinde gerçekleşen zarar tazmin ettirilir.<sup>125</sup>

Hakeza bir kimsenin kendi bahçesinde yaktığı ateş komşusunun bahçesine sıçrar ve bir şeyler yakarsa şayet ateşi normal bir havada yakmışsa zararı tazmin etmesi gerekmez. Ancak ateşi rüzgârlı bir havada yakmışsa zararı tazmin eder.<sup>126</sup> Buna göre hakkın kullanımı mutad olur, fakat bu kullanımdan bir zarar meydana gelirse bu durumda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaz ve bu yüzden zararın tazmin edilmesi gerekmez. Örneğin bir cerrah, hastasını ameliyat ederken hastası ölürse ölümünden sorumlu tutulmaz. Dolayısıyla tazminle de mükellef olmaz. Ayrıca herhangi bir tasarrufun mutad olup olmamasının ölçütü insanların örfüdür. Daha açık bir ifade ile bir fiilin mutad olup olmadığını örf belirler. Mesela fırıncıya pişirilmesi için verilen yemeğin yakılması veya terziye ütüsün diye verilen elbisenin yakılması neticesinde ortaya çıkan zararın tazmin edilip edilmemesi fiilin mutad olup olmamasına bağlıdır. Şayet fırın aşırı derecede yakılmış ya da elektrik voltajı yüksekse bu durumda yakma gayri mutad sayılır ve fırıncı ile terzi zararı tazmin etmekle sorumlu tutulurlar.<sup>127</sup>

### C. Hakkın Sırf Başkasına Zarar Vermesi Kastıyla Kullanılması

İslam hukukunda prensip olarak kişi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Fakat bazen hakkın kullanımında sırf başka birisine zarar vermek kastedilir. Yukarıda da geçtiği üzere fakihlerin bir kısmı, kişinin sırf başkasına zarar verme kastıyla hakkını kullanmasına engel olunacağı görüşündedir. Dolayısıyla bir kimse hakkını bir yarar elde etmek için değil, başkasına zarar verme amacıyla kullanırsa bu durumda hakkın kötüye kullanımı tahakkuk etmiş olur<sup>128</sup> ve bu yüzden onun böyle bir tasarrufta bulunması yasaklanır. Nitekim Şâtıbî, bir maslahatı celbetme veya bir zararı defetme hususunda yapılan tasarrufları sekiz alt başlıkta ele almaktadır. Bu başlıkların ikincisinde bir tüccarın sattığı malların fiyatını düşürmesinden geçimini sağlamakla birlikte aynı ticaretle uğraşanlara zarar vermeyi kastetmesi örneğinde olduğu gibi hakkını kullanan kişinin başkasına za-

124) Şîrâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali b. Yusuf el-Fîrûzâbâdî, *el-Mühezzeb fî fikhi'l-İmâm eş-Şâfî*, nşr. Zekeriyâ Ömeyrât, Birinci baskı, Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1995, II, 210; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, IX, 123.

125) Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 44.

126) İbn Receb, *Câmiu'l-'ulûm*, I-III, 921.

127) Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 45. Benzer bir yaklaşım için bk. Ebû Sünne, *Nazariyyetü'l-te'assuf fî isti'mâli'l-hak*, s. 6.

128) Fethî ed-Dirîni, *el-Hak*, s. 25; Abdülaziz b. Abdullah es-Sa'b, *et-Te'assuf fî isti'mâli'l-hak fî mecâli'l-icrâ'âti'l-medeniyye*, Câmi'âtu Nâyif el-Arabîyye li'l-ulûmi'l-emniyye, Kahire 2010, s. 80.

rar vermeyi de kastetmesi durumunu incelemektedir. Şâtübî, bu örnekte olduğu gibi hem yarar elde etmenin hem de başkasına zarar vermenin kastedilmesi halinde yararın başka bir yoldan da temin edilebilmesi mümkün ise hakkın bu şekilde kullanılmasına engel olunacağını söylemektedir.<sup>129</sup>

Vehbe Zuhaylî ve Ahmed Fehmî Ebû Sünne de başkasına zarar vermek kastıyla tasarrufta bulunmanın haram olduğunu ve hanımını ric'î talâkla boşayan kimsenin sırf zarar verme amacıyla hanımına dönmesini, bir şahsın vârislerine veya alacaklılarına zarar vermek için vasiyette bulunmasını, toplum nezdinde üstün kişilikleriyle tanınan şahıslara sadece onları teşhir etme kastıyla dava açmasını, ölüm döşeğinde olan kimsenin vârislerini veya alacaklılarını mirastan mahrum bırakma amacıyla borç ikrarında bulunmasını ve maraz-ı mevt sırasında kişinin mirası kaçırmak için hanımını boşamasını örnek olarak göstermektedirler.<sup>130</sup> Şu var ki, kasıt içsel bir durum olduğundan açıklanmadığı sürece bilinmesi ve ona hukukî bir sonuç bağlanması mümkün değildir. Zira hak sahibinin hakkını kullanma noktasında kötü kasıtlı olduğunu saptamak onun iç dünyasıyla ilgili olduğundan bunu belirlemek oldukça güçtür. Ancak fakihler hakkın kullanılmasında hiçbir maslahatın bulunmamasını veya sıradan bir yararın gerçekleşmesini başkasına zarar verme kastının göstergesi olduğunu belirtirler.<sup>131</sup>

#### D. Hakkın Kullanılmasında Meşru Olmayan Bir Gayenin Kastedilmesi

Bir şahıs, hakkını asıl maslahat yerine gayri meşru bir amacı elde etmek için kullanırsa hakkını kötüye kullanmış olur. Nitekim hakkın kötüye kullanımı, genellikle hakkın amacına aykırı bir şekilde kullanımı anlamına gelir. Zira şâriin mükelleften beklediği, mükellefin amel sırasındaki kastının şâriin teşri sırasındaki kastına uygun düşmesi ve fiillerinde buna göre hareket etmesidir.<sup>132</sup> Mesela üç talâkla boşanmış bir kadını ilk kocasına helal kılmak için yapılan nikâh akdinin (*hülle nikâhı*) câiz olmadığı görüşünde olan hukukçulara göre bu nikâh türü, şâriin nikâhla hayatın sonuna kadar mutlak surette sürmesini istediği birlik ve beraberlik maksadına ters düşer.<sup>133</sup>

Şu hususun belirtilmesinde fayda vardır: Zarar, hakkın kötüye kullanılmasının tek illeti değildir. Zira hülle nikâhı gibi bazı sözlü tasarruflar herhangi bir zararı meydana getirmediği halde sırf şâriin kastına ters düştüğü için bâtil sayılır.<sup>134</sup> Aynı şekilde gayri Müslim bir kadının sırf kocasından miras almak için Müslüman olması, zekât yükümlülüğünden

129) Şâtübî, *Muvâfaqât*, s. 411-412.

130) Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 41; Ebû Sünne, *Nazariyyetü't-te'assuf fi isti'mâli'l-hak*, s. 6-7.

131) Re'fet Osman, "*et-Te'assuf fi isti'mâli'l-hukûk fi ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kanûn*", s. 9.

132) Şâtübî, *Muvâfaqât*, s. 397, 401-402.

133) Yûbî, Muhammed Sa'd b. Ahmed b. Mesud, *Makâsıdu'ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye ve 'alakâtuhâ bi'l-edilleti'ş-şer'iyye*, Dârü'l-hicre, Riyad 1998, s. 360-361; Hamid, Yusuf el-Âlim, *el-Makâsıdu'l-'amme li'ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye*, İkinci baskı, el-Ma'hedu'l-âlemî li'l-fikri'l-İslâmî, Riyad 1994, s. 101-102.

134) Fethî ed-Dirînfî, *el-Hak*, s. 31.

çıkarmak isteyen bir kimsenin, elindeki malını nisaptan düşürmek kastıyla sene sonu bir kısmını birisine hibe etmesi gibi meseleler de bu doğrultuda ele alınmakta ve çözüme kavuşturulmaktadır.<sup>135</sup> Çünkü zekâtın meşru kılınmasındaki amaç, yoksulların ihtiyaçlarının giderilmesidir. Hal böyle iken bir kimse sırf zekât yükümlülüğünden kurtulmak için sene sonuna doğru malını bir başkasına hibe etse bu durumda hibe, meşru kılınmış amacının dışında kullanılmış olur. Şöyle ki hibe, kendisine hibede bulunan şahsın ihtiyacının giderilmesi ve sevgisinin kazanılması gibi durumlar için meşru kılınmıştır. Ancak sadece zekât yükümlülüğünden kaçmak için yapılan hibenin şâri<sup>6</sup> tarafından mendub sayılan hibe ile hiçbir ilgisinin olmadığı ortadadır.<sup>136</sup> Şâriin kastına ters düşen kasıt bâtil olduğu gibi bu kasıt üzerine bina edilen amel de bâtil addedilir.<sup>137</sup> Nitekim İbn Kayyim el-Cevziyye, kim alım satım akdi ile faizi kastederse onun için faizin hâsıl olduğunu ve alım satım akdinin dış görünüşünün bu kimseyi faiz işlemiyle bulunmaktan kurtarmayacağını, aynı şekilde bir kimse nikâh akdi ile hülle kastederse bu kimsenin hülleci olduğunu ve nikâh akdinin dış görünüşü onu hülleci olmaktan çıkarmayacağını, bir kimse de üzümü içki niyeti ile sıkarsa bu kimse için niyet ettiği şeyin söz konusu olduğunu ve dolayısıyla kınanmayı hak ettiğini söyleyerek bu hususa vurgu yapmaktadır.<sup>138</sup>

## VI. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımları

İslam hukukçuları hakkın kötüye kullanılmasını zararlı fiiller kapsamında değerlendirmektedirler. Hal böyle olunca hakkın kötüye kullanılması durumunda bir takım yaptırımlar öngörülmektedir. Çünkü hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasını ne tanıır ne de korur. Dolayısıyla hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasına karşı bazı yaptırımları devreye sokar. Öngörülen yaptırımlar da ne tür bir hakkın nasıl kötüye kullanıldığına bağlı olarak değişmektedir. Zira insanların haklarını kullanma hususundaki amaçlarının, son derece değişik olduğu ve bu amaçların zaman zaman başkalarının amaçlarıyla çatıştığı gibi kamu yararıyla da çatışabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Eğer hak sahibi hakkını kullanırken onun menfaatiyle başkalarının veya kamunun yararları çatışırsa bu yararlardan hangisinin tercih edileceği, hukuk düzeninde hangisinin üstün sayıldığı yaklaşımına göre çözümlenebilir. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması başkalarına zarar vermesi halinde yapılan tasarrufların hukuk bakımından fesih veya iptal ile sonlandırılması, hakkın kullanılması sırasında meydana gelen zararların tazmin ettirilmesi, hakkı kötüye kullanan kişinin ta'zîr edilmesi gibi hukukî ve cezaî müeyyidelerle hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmelidir.<sup>139</sup> Hakkın kötüye kullanılması halinde öngörülen yaptırımlar genel hatlarıyla şunlardır:

135) Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 42.

136) Şâtîbî, *Muvâfakât*, s. 437-438.

137) Şâtîbî, *Muvâfakât*, s. 325.

138) İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddin Ebû Abdullah Muhammed b. Ebû Bekr, *İ'lâmu'l-muvakki'în 'an Rabbi'l-'âlemîn*, nşr. Ahmed Abdüsselam ez-Zü'bî, Birinci baskı, Şirketu dâri'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, Beyrut 1997, III-IV, 92.

139) Bardakoğlu, "Hak", XV, 148.

a. *Bizzat zarar veren durumun ortadan kaldırılması.* Sözelimi bir kimse kendisine ait olan mülkünde komşusunun güneşini kapatacak, rüzgârın esmesine engel olacak şekilde yüksek bir bahçe duvarı örerse, komşunun talebi üzerine bu duvarın yıkılmasına karar verilebilir. Aynı şekilde komşusunun mahremiyetlerini görecektarza açılan pencere kapatırılabilir. Şu var ki zarar veren durumun ortadan kaldırılması mahkeme kararıyla olabilmektedir. Şöyle ki hakkın kullanılması neticesinde zararın meydana gelmesine sebep olan duvar, pencere gibi şeylerin yok edilmesi için zarar gören şahıs mahkemeye müracaatta bulunur, zararın tespit edilmesi halinde zarar veren durumun ortadan kaldırılmasına hükmedilebilir.<sup>140</sup> Aynı şekilde apartmanlardaki üst daireden alt daireye veya yan dairelerden diğerk bir daireye su sızarsa dairesinden su sızan kişinin arızayı tamir etmesine karar verilir.<sup>141</sup> Meskûn mahalde bulunan fırın, atölye, tabakhane gibi yapıların tozu, dumanı ve kokusu orada oturanları tahammül edilemeyecek derecede rahatsız ederse bunların yıkılması yoluna gidilir.<sup>142</sup> Nitekim günümüzde bu gibi yerlerin şehir merkezinden uzak sanayi bölgelerinde açılması bu tür rahatsızlıklardan dolayıdır. Hatta sanayi bölgelerinde bile teknolojidenden yararlanılarak bunların insan sağlığına ve çevreye verebilecekleri zararın ortadan kaldırılması gerekir.

b. *Tasarrufun iptal edilmesi.* Bazı İslam hukukçuları, gayri meşru bir amaç elde etmek için yapılan tasarrufları bätül saymaktadırlar. Nitekim hüлле nikâhı, İne satımı ve sırf vârislere zarar verme kastıyla yapılan vasiyetler bu doğrultuda değerkendirilmiştir.<sup>143</sup>

c. *Meydana gelen zararın tazmin edilmesi.* İslam hukukuna göre haksız fiil neticesinde doğan zararın tazmin edilmesi gerekir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması halinde de ortaya çıkan zararın giderilmesi lazımdır. Prensip olarak zararlar aynî olarak giderilmeye çalışılır. Şayet zarar aynî olarak tazmin edilemiyorsa bu durumda zararın etkisinin ortadan kaldırılması ve ileride tekerrür etmemesi için adil bir şekilde nakdî olarak tazmin edilmesine hükmedilir.<sup>144</sup> Örneğin sürekli verdiğimiz arsa üzerindeki bahçe duvarı örneğinde zarar gören kişinin talebi üzerine oluşan zararın tazmin edilmesine karar verilebilir.

Şu hususun belirtilmesi gerekir ki, malum olduğu üzere İslam'da boşama yetkisi erkeğe verilmiştir ve koca istediği zaman hanımını boşayabilir. Her ne kadar sebepsiz boşama İslam dinine göre hoş karşılanmasa<sup>145</sup> da İslam hukukuna göre koca hiçbir gerekçe göstermeksizin eşini boşayabilir. Hukuk bakımından bunun önünde hiçbir engel yoktur.<sup>146</sup>

140) Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 250.

141) Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 822.

142) Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 822.

143) Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü't-te'assuf*, s. 288; Ebû Sünne, *Nazariyyetü't-te'assuf fi isti'mâli'l-hak*, s. 7-8.

144) Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 345; Fethî ed-Dirînî, *Nazariyyetü't-te'assuf*, s. 175, 290.

145) *أَبْعَضُ الْحَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقِ* Allah katında helâllerin en sevimsizi boşamadır. Ebû Davud, "Talâk", 3; İbn Mâce, "Talâk", 1.

146) Aslan, *İslâm Aile Hukuku*, s. 162.

Ayrıca boşama için kadının rızasının alınması da zorunlu değildir. Talâkın geçerli olması için mahkemeye başvurma veya mahkemenin kararını alma zorunluluğu da yoktur.<sup>147</sup> Ancak günümüz İslam hukukçuların bir kısmı sebepsiz ve hiçbir gerekçe gösterilmeksizin meydana getirilen talâkta hakkın kötüye kullanıldığı görüşündedir.<sup>148</sup> Nitekim çağdaş İslam hukukçularından Eymen Mustafa, boşama hususundaki te'assufu "Esas itibariyle hukuken izin verilmiş olan talâkta şâriin maksadına aykırı davranmaktır" şeklinde tarif ederek sebepsiz ve gerekçesiz boşamalarda hakkın kötüye kullanıldığını ifade etmektedir. Çünkü sebepsiz boşamalar şâriin talâktaki kastına ters düşmektedir. Eymen Mustafa sözlerinin devamında da hayız halinde, bir temizlik içinde veya bir mecliste üç talâkla tahakkuk eden boşamalarda (*bîd'î talâk*) hakkın kötüye kullanılmasından ziyade haksız bir fiilin gerçekleştiğini belirtir.<sup>149</sup> Onun bu sözlerinden boşama hakkının kötüye kullanılmasının yalnızca makul bir gerekçeye dayanmayan sünnî talâkta söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır.

Çağdaş İslam hukukçularından Ali es-Senûsî, boşamanın makul bir sebebe dayanmamasının talâk hususunda hakkın kötüye kullanıldığına dair ölçü olduğunu söyler. Ayrıca boşamanın makul bir gerekçeye dayandığının ispat edilmesi erkeğin sorumluluğundadır. Dolayısıyla erkek boşama için hukuken geçerli bir sebep ispat edemezse bu durumda hanımını boşamakla talâk hakkını kötüye kullanmış sayılır.<sup>150</sup> Ancak sebepsiz boşamada hakkın kötüye kullanılması söz konusu olsa da talâkın tahakkuk edeceği hususunda ittifak olmakla birlikte erkeğin, boşamadan ötürü kadının gördüğü zarar tazmin etmekle sorumlu olup olmadığı hususu tartışmalara neden olmuştur. Abdurrahman es-Sâbûnî, Mustafa es-Sibâ'î malî tazminin gerektiğini savunurken Ebû Zehra, Muhammed ez-Zuhaylî, Nurreddin İtur ve Ömer el-Aşkar gibi İslam hukukçuları da gerekmediği görüşündedirler. Eymen Mustafa da malî tazminin gerektiğine dair görüşün tercihe şayan olduğunu söyler.<sup>151</sup> Erkeğe boşama hususunda mutlak yetki verilmiş olması ve kadının boşamadan dolayı zarar görüp görmeyeceğinin kesin olmaması sebepsiz boşamadan ötürü kadının gördüğü zararın tazmin edilmesinin gerekmediği görüşünü savunan İslam hukukçuların gerekçesi olarak zikredilebilir. Zira boşama yetkisi erkeğe hukuk tarafından verildiği için bu yetkinin kullanmasından dolayı tazminin gerekmesi düşünülemez. Üstelik kadın boşandıktan sonra daha iyi bir evlilik yapabilir.

147) Mehmed Akif Aydın, *İslâm - Osmanlı Aile Hukuku*, MÜİFV Yayınları, İstanbul 1985, s. 162.

148) Ali es-Senûsî, "et-Te'assuf fi isti'mâli hakkı't-talâk 'alâ dav'i'l-Kânûni'l-Usreti'l-Cezâiriyye," *Mecelletu'l-Fikhi ve'l-Kânûn*, 2014, S. 21, s. 86.

149) Eymen Mustafa ed-Debbâğ, "et-Te'assuf fi'l-talâk", *Mecelletu Câmi'atu'l-Aksâ*, 2014, sy.1, c. 18, s. 68-69.

150) Senûsî, "et-Te'assuf fi isti'mâli hakkı't-talâk," s. 89-90. Talâkta hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin ölçütlerle ilgili daha fazla bilgi için bk. Suad Bilhurâbî, *Nazariyetu't-te'assuf fi isti'mâli'l-hak ve tatbîkühâ fi'l-fikhi'l-İslamî ve'l-Kânûni'l-vaz'î* (Yüksek Lisan Tezi), Câmi'âtu Mevlûd Ma'merî, 2014, s. 35.

151) Eymen, *et-Te'assuf fi'l-talâk*, s. 88-90.

d. *Hakkın kullanılmasına engel olunması.* Hakkın kötüye kullanılmasından zarar gören taraf, hakkın bu şekilde kullanımını durdurma davası açma hakkına sahiptir. Mesela bir koca, hukukun kendisine tanıdığı, hanımıyla birlikte seyahate çıkma hakkını ona zarar vermek kastıyla kötüye kullanırsa yolculuğa çıkarmasına engel olunur.<sup>152</sup> Ölüm döşeğinde olan kimsenin mirastan mahrum etmek kastıyla hanımını boşaması geçerli kabul edilmekle birlikte kötü kastını göz önünde bulunduran Hanefîler iddet sürecince; Hanbelîler kadın bir başkasıyla evlenmediği ve Mâlikîler kadın hayatta olduğu süre içerisinde koca ölürse kadının mirasçı olacağı görüşündedirler.<sup>153</sup> Aynı şekilde hidâne hakkı elinde bulunan kimse çocuğun bakım ve terbiyesini gerektiği şekilde yerine getirmese hâkim, bu kimsenin hidâne hakkını kötüye kullanmasını göz önünde bulundurarak bakım hakkını elinden alabilir.<sup>154</sup>

e. *Hakkını kötüye kullanan kişiye ta'zir cezasının uygulanması.* İslam hukukuna göre hakkını kötüye kullanan kimse bazen ta'zir cezasıyla cezalandırılır. Mesela bir kimse insanların ihtiyaç duyduğu bir malı stoklarsa sıkıntının giderilmesi için bu malı satması emredilir. Ancak bu kimse stokladığı malı satmazsa hâkim ona nasihat eder, şayet aynı duruma devam ederse bu defa hapse mahkûm edilir, hatta ta'zir cezasıyla da cezalandırılabilir.<sup>155</sup> Nitekim İslam hukukçuları, özellikle topluma zarar veren, hakkını kötüye kullanma hususunda ısrar eden ya da başkasına zarar vermeyi kasteden kişinin hâkimin takdir edeceği bir ceza ile cezalandırılacağı kanaatindedirler.<sup>156</sup> Hak kötüye kullanıldığında malî sorumluluğun yanı sıra cezaî bir sorumluluğun da öngörüldüğünü görmekteyiz.

f. *Kişinin kötüye kullandığı işi yapmaya zorlanması.* Mesela bir malı piyasadaki değerinden daha yüksek bir fiyatla satan kimse bu malı belli bir fiyatla satmaya zorlanabilir. Aynı şekilde çalışmayan işçiler emsal ücretle çalışmaya mecbur edilebilirler.<sup>157</sup> Keza bir malı elinde bulunduran kimse insanların ihtiyacına rağmen bu malı satmazsa bu kimsenin onu satmaya mecbur edilmesi şeklinde hüküm verilebilir. Zira bu mesele karaborsa olarak değerlendirilir ve dolayısıyla insanların ihtiyacı göz önünde bulundurulurken hüküm verilebilir.<sup>158</sup>

## Sonuç

İslam hukukuna göre her insanın kendisine ait mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilme ve mubahlardan yararlanabilme hakkı vardır. Ancak hukukun tanıdığı herhangi

152) Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 47.

153) Aslan, *İslâm Aile Hukuku*, s. 188.

154) Eşref, Mahmud Akle Benî Kenâne, “*et-Te'assuf fi isti'mâli hakkı'l-hidâne ve eseruh*”, *Nedve Eseru Mutegayyirâti'l-'Asr fi Ahkâmi'l-Hidâne*, Câmîâtu Ummi'l-Kurâ, Mekke h. 1436, s. 34.

155) Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, VI, 517.

156) Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 253.

157) Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IX, 47.

158) Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, VI, 517.

bir hak başkalarına zarar verecek şekilde kötüye kullanılamaz. Zira İslam'a göre haklar asıl gaye değil, dünyevî ve uhrevî yararları elde etmek için belirlenmiş birer vasıttır. Başka bir ifade ile hak bizzat amaç değildir. Tersine hakkın amacı, kişinin menfaatlerini korumak, ihtiyaçlarını karşılamaktır. Şayet haklar bu amaç dışında başkalarına zarar vermek için kullanılırsa ya da zarar verme kastı olmadığı halde hak kullanımı zarar verirse hak kötüye kullanılmış olur. Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hukuken izin verilmiş olan bir tasarrufta şâriin amacına aykırı davranması veya insanın hakkını mutad olmayan bir tarzda kullanması demektir.

Hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili yaklaşımlar klasik dönem fıkıh eserlerinde yer almaktadır. Bu eserlerde hakkın kullanılmasıyla ilgili yer alan fikhî meseleler, bunlara getirilen çözümler, hakkın kullanımıyla ilgili getirilen ölçü ve kısıtlamalardan hareketle İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır. Fukahânın yaklaşımından hareketle hakkın şâriin kastına ters düşecek şekilde kullanılması veya fâhiş bir zarar doğurması ya da mutadın dışında kullanılması halinde hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilir. Hakkın kötüye kullanılması nazariyesinin tatbik alanı hem hakları hem de mubah işleri kapsar. Şöyle ki hakların kötüye kullanılmaması gerektiği gibi mubahlar da kötüye kullanılamaz. Ayrıca bu nazariye zararları defettiği gibi hakları da korur.

Genel olarak ilk dönem fukahâsı, hak sahibinin hakkını dilediği gibi kullanabileceği görüşünü savunurken daha sonraki dönem fakihleri, kişinin hakkını kullanması yetkisini komşuya fâhiş zarar vermemesi, zarar verme kastı bulunmaması veya hak kullanılması mutad olması gibi şartlarla sınırlandırmayı benimsemişlerdir. Her ne kadar İslam hukukçularının bir kısmı hakkın kötüye kullanılması meselesinde başkasına zarar verme kastı gibi sübjektif bir kriteri ölçü almışlarsa da bundaki ispat zorluğunu göz önünde bulunduran fukahânın kâhir ekseriyeti ise hak sahibinin kastını değil, hak kullanılması başkalarına herhangi bir zarara yol açıp açmadığına ya da mutad olup olmadığına itibar etmiştir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek için hakkını kötüye kullanan kişinin mutlaka başka birisine zarar verme kastıyla hareket etmiş olması şart değildir. Onun hakkını amacına aykırı bir şekilde kullanmış olması ve bundan bir zararın gerçekleşmiş olması yeterlidir.

İslam hukukuna göre hakkın kötüye kullanılması yasaktır. Bundan ötürü bu nazariye ile hak sahibi hakkını kötüye kullanacaksa hakkı kullanmasına önceden engel olunur, kötüye kullanması neticesinde herhangi bir zarar meydana gelmişse zararın telafi cihetine gidilir. Böylece bu nazariye vasıtasıyla zarar vuku bulmadan önce önlenir; gerçekleşmişse tazmin ettirilir. Öte yandan hakkın kullanımı hukukî sınırlar içinde kaldığı ve başkasına zarar vermediği sürece kısıtlanamaz.

