

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İLAHİYAT ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA HAKKIN DÜŞMESİ

(Doktora Tezi)

Fatih YAKAR

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İLAHİYAT ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA HAKKIN DÜŞMESİ

(Doktora Tezi)

Fatih YAKAR

Danışmanı
Prof. Dr. Celâl YENİÇERİ

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

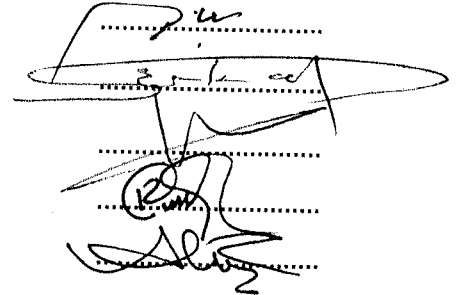
İLAHİYAT Anabilim Dalı İSLAM HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi
FATİH YAKAR'ın tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun
16.07.2009 tarih ve 2009-11/35 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy
çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 03.10.2010.

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. CELAL YENİÇERİ
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. MEHMET ERKAL
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. M.HÜSREV SUBAŞI
4) Jüri Üyesi : DOÇ.DR.RECEP CİCİ
5) Jüri Üyesi : DOÇ.DR.ALİ KAYA



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR	V
ÖNSÖZ	VI

GİRİŞ

I- KONUNUN MAHİYETİ VE ÇALIŞMANIN AMACI.....	1
II- KAYNAKLARIN TANITIMI	5

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM VE GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA HAK KAVRAMI

I- İSLÂM HUKUKUNDA HAK KAVRAMI	9
A- SÖZLÜKTE HAK	9
B- KUR'ÂN-I KERÎM VE HADİSLERDE HAK	10
1-Kur'an'da Hak.....	10
2-Hadislerde Hak	12
C- HAKKIN UNSURLARI VE SON DÖNEM İSLÂM HUKUKÇULARININ HAK KAVRAMIYLA İLGİLİ YAKLAŞIMLARI.....	13
1- Hakkın Unsurları.....	13
2- Son Dönem İslâm Hukukçularının Hak Kavramıyla İlgili Yaklaşımları	14
D- İSLÂM HUKUKUNDA HAKKIN ÇEŞİTLERİ	16
1- Allah Hakkı – Kul Hakkı	16
a-Allah Hakları	17
b-Kul Hakları	18
2- Karma Haklar	19
3- ‘Ayna İlişkin Haklar – Zimmete İlişkin Haklar	20

4- Milk – Hukuk – İbâha Ayrımı.....	21
II- GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA HAK KAVRAMI VE HAKKIN ÇEŞİTLERİ.	23
A- HAK KAVRAMIYLA İLGİLİ HUKUKÇULARIN YAKLAŞIMLARI	23
1- İrâde Nazariyesi ve Menfaat Nazariyesi.....	24
2- Karma Nazariye.....	25
B- KAMU HAKLARI-ÖZEL HAKLAR.....	26
C- GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA ÖZEL HAKLARIN ÇEŞİTLERİ.....	27
1- Mahiyetlerine Göre Haklar.....	28
a-Mutlak Haklar	28
b-Nisbî Haklar	30
2- Konularına Göre Haklar ve Yenilik Doğuran Haklar	31

İKİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA HAKKIN DÜŞMESİ

I-HAKKIN DÜŞMESİNİN MAHİYETİYLE İLGİLİ KAVRAMLAR.....	34
1- Hakkın Düşmesi ve Zaman Aşımı / Tekādûm.....	34
2- Hakkın Düşmesi ve İmkânsızlık	35
3- Hakkın Düşmesi ve Damân / Tazmîn.....	36
4- Hakkın Düşmesi ve Hukûkî Konum	37
5- Hakkın Düşmesi ve Rızâ.....	38
II-HAKKIN DÜŞMESİ ÖRNEKLERİNDE KULLANILAN İFADE VE İZAHLAR.....	39
1-Hükmün Kendisinin Düşmeyi Göstermesi.....	39
2-Hükmün Gereği Olarak Hakkın Düşmesi.....	40
III-HAKKIN DÜŞMESİ ÖRNEKLERİNE GENEL BİR BAKIŞ	42
1-İbadetlerde Hakkın Düşmesi	42
2-Münâkehât Bölümleriyle İlgili Konularda Hakkın Düşmesi	44
3-Müfârekât / Ayrılmalarda Hakkın Düşmesi.....	46
4-Mu‘âmelât Alanlarında Hakkın Düşmesi	49
5-‘Ukûbât.....	66

6-Ferâ'iz	72
IV-HAKKIN DÜŞMESİ ÖRNEKLERİYLE İLGİLİ HUKUK KAİDELERİ .74	
V-DÎNÎ HAK KAZÂÎ HAK AYRIMIYLA HAKKIN DÜŞMESİNİN İLİŞKİSİ.....	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM SEBEPLERİ AÇISINDAN HAKKIN DÜŞMESİ

I- HUKÛKÎ OLAY İLE HAKKIN DÜŞMESİ	81
A- ÖLÜM.....	81
1-Hakiki Ölüm İle Hakkın Düşmesi.....	81
a-Şüf'a Hakkı	81
b-Muhayyerlik Hakkı.....	89
c-İcâre Hakkı.....	94
d-İcâzet Hakkı	97
e-Ecel / Süre Hakkı	98
f-‘Âriyet Hakkı.....	101
g-Hibeden Rucû‘ Hakkı.....	103
h-Velâyet Hakkı	105
ı-Velâ Hakkı.....	108
2-Hükmî Ölüm İle Hakkın Düşmesi.....	112
a-Mefkûdun Haklarının Düşmesi.....	113
b-Mürtedin Haklarının Düşmesi	115
B- TELEF, HUKÛKÎ TEĞAYYÜR VE KARIŞMA.....	123
1-Telef	123
2-Hukûkî Teğayyur.....	126
3-Karışma ve Bitişme.....	130
C- EHLİYET ÂRIZALARI	132
D-ZAMANIN GEÇMESİ/TEKÂDÜM.....	134

II- HUKÛKÎ EYLEM VE EYLEMSİZLİK SEBEBİYLE	
HAKKIN DÜŞMESİ.....	139
A- HUKÛKÎ EYLEM	139
1- Öldürme.....	140
2- İkrâh / İcbâr	142
3- Çelişkili Davranışlar	145
4- Rızâya Delâlet Eden Fiiller	146
5- Yasaklık Sonucunu Doğuran Fiiller.....	150
B- HUKÛKÎ EYLEMSİZLİK SEBEBİYLE HAKKIN DÜŞMESİ.....	154
1-Sükût ile Hakkın Düşmesi.....	154
2-Hakkı Kullanmama ya da Kullanamama ile Hakkın Düşmesi.....	156
III- HUKÛKÎ İŞLEM İLE HAKKIN DÜŞMESİ	158
A- HUKÛKÎ İŞLEMİN TABÎÎ SONUCU OLARAK HAKKIN DÜŞMESİ..	159
B- İSKÂT NİTELİĞİ TAŞIYAN İŞLEMLERLE HAKKIN DÜŞMESİ.....	160
C-HUKÛKÎ İŞLEMİN DOLAYLI YOLDAN HAKKIN DÜŞMESİNE	
ETKİ ETMESİ	161
SONUÇ	162
KAYNAKÇA.....	163

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
b.	: İbn, bin
bak.	: Bakınız
by.	: Basım yeri yok
DİA	: Diyanet İslâm Ansiklopedisi
çev.	: Çeviren
haz.	: Hazırlayan
H.z.	: Hazreti
nşr.	: Neşreden
md.	: Madde
ö.	: Ölümü
r.a.	: Radıyallâhü anhum-anhumâ
s.	: Sayfa
s.a	: Sallallâhü aleyhi ve sellem
thk.	: Tahkik
ts.	: Tarihsiz
vb.	: Ve benzeri
v.dv.	: Ve devamı

ÖNSÖZ

Müslüman bireyin, Kur'ân ve Sünneti hayatının her aşamasında ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm üretmek amacıyla anlama ve tahlil etme çabası; *Hz. Peygamber* (s.a) döneminde başlamış, İslâm dininin sorgulamayı ve araştırmayı teşvik eden buyruk ve tavsiyeleriyle özellikle *Peygamber*'in ölümünü takip eden yüzyıllarda en üst seviyeye ulaşmıştır. Bu çaba sonucunda başta inanç alanı olmak üzere ibadetler ve hukûkî ilişkilere ilişkin bilim dalları teşekkül etmiş, bu zihnî açılimdan İslâm medeniyeti, sonrasında da Batı medeniyeti fazlasıyla istifade etmiştir.

İslâm Hukuku, sözü edilen anlama çabası çerçevesinde özellikle hicrî beşinci yüzyılda olgunluğa erişmiş, mezhepler ve mezheplere ait sistematik alt yapılar ve buna bağlı hüküm demetleri bilim tarihindeki yerini almıştır.

“*Hakkın Düşmesi*” İslâm Hukukunda, hukûkî olay, hukûkî eylem ya da hukûkî işlemlere bağlanan hukûkî sonuç olarak tanımlanabilir. Bu sonuç doğrudan hüküm şeklinde tezahür edebileceği gibi, hükmün tabîî bir gereği, zorunlu bir uzantısı olarak da ortaya çıkabilir. “*İslâm Hukuku'nda Hakkın Düşmesi*” ismini taşıyan bu çalışmamızda biz, az önce bahsedilen, gerek doğrudan hüküm şeklinde, gerekse hükmün gereği şeklinde gerçekleşen hakkın düşmesi örneklerini tespit ve tahlil etmeye çalıştık.

Çalışmamızın birinci bölümünde İslâm Hukuku ve günümüz hukukunda hak kavramını ve hakkın çeşitlerini ana hatlarıyla inceledikten sonra, hakkın düşmesiyle ilgili sistematik ve kavram odaklı izahlar yapmaya çalıştık. Bu çerçevede hakkın düşmesi örneklerinin, fıkıh kaynaklarında yer alan bahislere dağılımı ve hakkın düşmesi örneklerinin kaba bir haritası verilmeye çalışıldı.

İkinci bölümde hakkın düşmesinin sebepleri, hakkın düşmesi örneklerinin bağlı bulunduğu üst başlıklar altında ve bir nazariye görünümünde açıklandı. Bu açıklamalar sırasında dört mezhep mukayeseli tahlil ve izahlar, konuya farklı bakış açılarının getirilmesi açısından önem taşıyordu. Diğer taraftan böyle mukayeseli bir yaklaşım, mezheplerin hüküm üretirken dikkate aldıkları ölçütler, hukuk kaideleri, hükme varmada kullanılan usûl ve tekniklerin tespit edilmesine imkân sağladı. Bu bölümde

hakkın düşmesi örneklerine ait hükümlere kaynaklık eden gerekçeler, bizim yapacağımız tespitlerin de veri tabanını oluşturdu.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla hakkın düşmesiyle ilgili gerek *Türkiye*'de gerekse *Arap dünyasında* şimdiye kadar çalışma yapılmadığından, ortaya koyduğumuz bu eser bir ilk olma niteliği taşıyor olabilir. Bununla birlikte böyle bir başlangıç, hakkın düşmesinin mahiyetini, alt yapısı ve arka planını tespit etmek, tespit edilecek örnekleri fikhin bütün başlıklarında aramak, ulaşılan sonuçları düzenli olarak üst başlıklara bağlamak gibi çalışmaları gerekli kılmıştır. Bu mesaide hakkın düşmesi gibi görünen hakkın hiç olmaması ya da hiç doğmaması sonucunu ifade eden örneklerin ayıklanması da önemli paya sahip oldu.

Konuların anlatımında mutlak olarak nakledilen hükümler Hanefî mezhebine ait olup, diğer mezheplerin hüküm ve yaklaşımları sunulurken ilgili mezhep özellikle zikredildi. Hakkın düşmesinin sebeplerini dört mezhep mukayeseli olarak incelediğimiz ikinci bölümde hukûkî olay ve hukûkî eylem başlıkları hacim olarak bölümün tamamına yakın yer tutarken, hukûkî işlem ile hakkın düşmesi başlığını mezhepler arası mukayeselere gitmeden ana örneklerine değinerek aktarma yolunu seçtik. Hukûkî işlemle hakkın düşmesi, önemli ölçüde ıskât, yani hakkın düşürülmesi anlamını ifade ettiğinden, söz konusu bölümü, hakkın düşmesinin mütemmim bir cüz'ü niteliğinde göstermeyi uygun bulduk.

Mesele ve örneklerinin tespit, tahlil ve gerekçelerinin araştırılması sırasında mümkün olduğu kadar mezheplerin ana kaynaklarından yararlanmaya çalıştık. Anlatımlarımızda, danışman hocamın yönlendirme ve tavsiyeleri doğrultusunda mümkün mertebe *Türkçe* kelimelerin kullanılması, yalınlık ve sadelik esas oldu. Bununla birlikte teknik fıkıh meselelerinde ve özellikle gerekçelerin nakillerinde ana fikri verirken fikhin kavram çerçevesinden çok fazla çıkılmadı. *Arapça* ifadelerin yanına mümkün mertebe ayraç ile *Türkçe* karşılıkları verilerek konunun ve kavramların daha iyi anlaşılmasına çalışıldı. Diğer taraftan *Arapça* kelimelerin yazımında; mümkün mertebe transkripsiyon işaretleri konularak, kelimelerin asıllarına uygun yazılması ve okuyucunun yanlış algılamasının önüne geçilmesi hedeflendi.

Şimdiye kadar çalışma yapılmamış bir konuda, fıkıhın önemli bir kısmı esas alınarak ve ciddi ölçüde dört mezhep mukayeseli olarak yapılan bu çalışmanın, gerek alanının genişliği, gerekse ilk olarak yapılıyor olması hata ve eksikleri beraberinde getirebilecektir. Diğer taraftan zikredilen genişlikte yapılan bir çalışmada, teferruata girmekten mümkün mertebe kaçındık. Konunun anlaşılması için yeterli ölçüde izahlarla bölümleri işlemeye çalıştık. Bu çerçevede özellikle klasik fıkıh kitaplarındaki hükümler ve bunlara getirilen izahlar tespit ve tahlillerin kaynağını oluşturdu.

Çalışmalarım sırasında; katkı, yardım ve eleştirilerini esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Celâl Yeniçeri 'ye şükran borçluyum. Konu izleme heyeti toplantıları esnasında önemli uyarılarla yol gösteren Prof. Dr. Mehmet Erkal Bey ile Prof. Dr. Hüsrev Subaşı Bey'e de sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Yoğun programları içinde görüşme talebime olumlu yanıt veren ve çalışmama ilişkin fikir ve yaklaşımlarını samimiyetle dile getiren Doç. Dr. Recep Cici Bey ile Doç. Dr. Ali Kaya Bey'e çok teşekkür ediyorum. Gerek yüksek lisans danışmanlığımı yaptığı sırada, gerekse doktora çalışmamın altyapısını ve konuları işleme kurgusunu oluşturma noktasında ufuk açıcı yorum, izah ve yönlendirmelerinden dolayı Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez Bey'e çok minnettar ve müteşekkirim. Fıkıhın arka planını ve konuları kavrama noktasında, usûl ve furû' okumalarına katıldığım kıymetli üstad Mehmet Savaş Hoca'nın, bu çalışmanın oluşmasında önemli katkıları bulunduğu ondan da burada saygı ve şükranla anılması benim açımdan bir borç niteliğindedir. Bu vesileyle yetişmemde emeği geçen bütün hocalarıma, çalışmalarına imkân tanıyan, her bunalımda ruhumu ferahlatan ve beni tekrar masa başına oturtan fedakâr eşime çok teşekkür ederim. Bu çalışma, fıkha ilgi duyan ve bu ilgiye bağlı olarak kafasında soru işaretleri taşıyan insanların zihninde ufak da olsa bir ışık oluşturabilirse kendimi ziyadesiyle bahtiyar sayacağım.

Fatih YAKAR
Beylikdüzü / Ağustos 2010

GİRİŞ

I- KONUNUN MAHİYETİ VE ÇALIŞMANIN AMACI

Hükümler manzumesi görünümünde olan fikhın, vahiy kaynaklı ve dînî çerçeveli yapısı, üretilen her hükmün bu temele dayanmasını zorunlu kılar. Bununla birlikte *Kur'ân* ve *Sünnet* malzemesinin yorumlanması niteliğindeki fikhın içinde, yoruma etki eden âmillerle farklı hüküm kümeleri ve buna bağlı olarak farklı yaklaşımların ve yorum mezheplerinin bulunması, yorumun doğasında yer alan enfüsî/içsel yaklaşımla doğru orantılı kabul edilmelidir.

Özellikle mezheplerin teşekkülünden sonra hüküm üretme yöntem ve usûlleri belirginleşmiş, her mezhep kendi içindeki asıllara ve kaidelere bağlı kalarak meseleleri çözüme kavuşturmaya çalışmıştır. Üretilen hükümlerle insicamlı bir bütün oluşturma amacı güdülerek mezhep içi hüküm istikrarını korumak, temel hedeflerin başında gelmiştir.

Hakkın düşmesi hükmü de doğal olarak, yukarıda zikredilen süreç ve yaklaşımlardan payına düşeni almıştır. Bu yüzden “*İslâm Hukuku’nda Hakkın Düşmesi*” adını taşıyan bir çalışma aynı zamanda bu hüküm örneği üzerinden, mezheplerin hüküm oluştururken sergiledikleri tavrın ve kullandıkları usûlün de incelenmesi anlamına gelir. Bu çerçevede mezheplerin bilimsel niteliği ve yaklaşım tarzları bu çalışmanın içinde yer alan unsurlardan birini oluşturmaktadır.

Hakkın düşmesi her zaman açık bir hüküm görünümünde tezâhür etmez. Çoğu zaman bir hükmün altında gizli ve hükmün bir sonucu şeklinde varlık gösterir. Bu durum hükümlerin çözüme kavuşturduğu hukûkî ilişkinin mahiyetinden kavranabileceği gibi hakkın düşmesine işaret eden karînelerden de anlaşılabilir. Meselâ bir erkeğin, evlendiği kadının belli sınıflarından yakınlarıyla evlenememesi, nikâh sözleşmesiyle ortaya çıkan sıhrî karâbet müessesesinin bir sonucudur. Bu sonuç nikâh akdinden önce evlenilmesi mümkün ve meşru olan kadınların bir kısmını ebediyyen, bir kısmını da süreli olarak erkeğe haram kılmaktadır. Başka bir deyişle erkek kıydığı nikâhla, belli sınıftan kadınlarla evlenme hakkını kaybetmiştir. Aynı durum evlenen kadınlar için de geçerlidir. Sıhrî karâbet dolayısıyla evlenen kadınlar da belli sınıflardan erkeklerle nikâhlanma haklarını kaybederler. Fakat fıkıh kitaplarında bu durum “*hakkı düşer*” gibi sarıh bir ifade ve hükümle değil, “*haramlık hükmü sabit olur*” gibi bir ifadeyle izah edilir. Bu misalde hakkın düşmesi, hükmün altında gizli bir sonuçtan ibarettir. Diğer taraftan alışverişlerde muhayyer olan tarafın, sözleşmeye razı olduğunu gösteren bir fiil sergilemesi durumunda muhayyerlik hakkının düşeceği açık bir şekilde ifade edilir. Burada hükmün kendisi hakkın düşmesini ifade etmektedir. Emanetlerin tazmîn yükümlülüğünü gerekli kılmaması, zaruret hallerinin belli yasakları mübah hale getirmesi, insanların umumî ihtiyacının ferdin ihtiyacının önünde tutulması, gibi durumlar, başlık itibariyle hakkın düşmesine ilişkin kavramları içermemekle birlikte, hukûkî nitelikleri ve sonuçları itibariyle hakkın düşmesi kapsamında değerlendirilirler. Nitekim bu kavramlara bağlı örnekler çalışmanın çeşitli bölümlerinde gerekçeleriyle izah edilmiştir.

Hakkın Düşmesi örneklerinin tespitinde herhangi bir kayıt koymadığımızdan, fikhın bütün alanlarında ve özellikle ikinci bölümde ele aldığımız üst başlıklara giren örneklerde dört mezhep üzerinde mukayeseli incelemelerde bulunduk. Bu çerçevede, mezhepler arasında hakkın düşmesi hükmüne ulaşma noktasında, her meselede ortak payda ve hüküm birliğinin bulunmadığını belirtmeliyiz. Bir mezhebin hakkın düşmesi sonucuna ulaştığı meselede, diğer mezhep ya da mezhepler aksi sonuca varabildikleri gibi, konuya ilişkin açık olarak fikir bey'an etmedikleri de vâkîdir. Bu durum mezheplerin bakış açıları ve fıkıh üretme mantıklarıyla da yakından ilişkilidir. Bu izahtan hareketle *Hanefî mezhebi* hükümlerinin, mezhep fakihlerinin farazî yöntemi de kullanmaları sebebiyle, hakkın düşmesi hüküm ve sonucuna en çok rastlanan mezhep olmasının nedenidir denilebilir. Bu yüzden biz, hakkın düşmesine, fikhın başlıkları çerçevesinde sergilediğimiz genel bakışı, ağırlıklı olarak Hanefî hükümlerini esas almak suretiyle ortaya koyduk.

Fikhın ibadetler alanı çalışmamızda çok az yer aldı. *Allah haklarının* geçerli olduğu bu alanda daha çok ibadatlara dair hafifletici sebepler ve zekâtın düşmesine sebep olan telef gibi hukûkî olaylara yüzeysel olarak değinildi.

Muâmelât alanı, hakkın düşmesi örneklerini önemli ölçüde barındıran bir alan olması hasebiyle çalışmamızda bu alana ilişkin örnekleri çeşitli açılardan incelemeye çalıştık. Özellikle alış veriş hukuku ve bunun uzantısı niteliğindeki muhayyerlikler, kiralama hukuku, eşya hukukunun temel konularından olan şüf'a, Borçlar Hukuku meselelerinden vekâlet ve havale gibi konular, konuya ilişkin genel tespitlerimizin oluşmasında önemli rol oynadı.

Evlenme ve boşanma konularının işlendiği "*Aile Hukuku*", gerek nikâh sözleşmesinin sonuçları, gerekse nikâh bağının sona erdirilmesi anlamını taşıyan *talâk* mevzuu da inceleme ve tahlillerimize konu oldu. Hukuka aykırı fiil ve sözleşmenin yüklediği sorumlulukları yerine getirmemeye bağlı hak kayıpları, (mesela nâşize kadının nafaka hakkını kaybetmesi) eşin, çocukların ve ikinci dereceden yakınların nafakaları ile ilgili düşme hükümleri çeşitli açılardan incelendi.

‘*Ukûbât* alanında hadlerin çeşitli nedenlerle düşmesi, bu alana dair hakların *Allah hakkı* ya da *Kul hakkı* olmasının hakkın düşmesi hükmüne ulaşma noktasında taşıdığı değer ve önem, kişisel haklarda affın düşürücü etkisi gibi konular, hakların düşmesi sonuçlarını barındırdıkları için mahiyetlerine göre tasnif edilmek suretiyle dikkate alındı. Doğrudan *Ceza Hukukunu* ilgilendirmemekle beraber dinden dönen kimsenin hukûkî durumu da gerek hukûkî olaylardan hükmî ölüm bahsinde, gerekse fıkıh bahisleri çerçevesinde yapılan genel yaklaşımlarda incelendi.

Fıkıh kitaplarının son bölümlerini oluşturan *Ferâîz* bahisleri, içerdikleri az sayıda örnekle çalışmamızda yer aldı. Fıkıhın zikredilen başlıkları dışında mefkûdun hakları, ehliyet ârızalarının haklara etkisi, hakların düşmesine zamanın tesiri, hukûkî teğayyür/değişme ve sebepsiz zenginleşme gibi durumlarda gerçekleşen hak kayıpları, öldürme eyleminin sonuçları gibi konu ve kavramlar da hakkın düşmesi örneklerini ararken kullandığımız araç kavramlar olarak belirginleşti.

Bütün bu çalışma alanlarında yer alan örneklerin tamamını bulduk ve çalışmamıza ekledik diyemsek de, hakkın düşmesinin mahiyetini ve temel sebeplerini belirginleştirmeye yetecek kadar örneği tespit ve tahlil ettiğimizi düşünüyoruz. Fıkha dair üretilen bütün hükümleri incelemek bu çalışmanın değil, herhangi bir çalışmanın da harcı olmasa gerektir.

Yukarıdaki izahlar çerçevesinde çalışmanın amacı, öncelikle hakkın düşmesinin mahiyetinin tespit edilmesidir. Bunun ardından tanıma uyan örneklerin bulunması ve bunların üst başlıklar altına yerleştirilmesi ikinci ve üst bir amacı oluşturmaktadır.

Hakkın düşmesi örneklerinin gerekçelerinin tahlil edilmesi sonucunda ortaya çıkacak arka plan, fakihlerin hangi ölçütleri dikkate alarak böyle bir sonuca vardıklarını göstermesi açısından önemlidir. Biz bu sayede hem mezheplerin genel niteliğini, hem de hakkın düşmesinin gerçek neden ve arka planını tespit etmeyi de temel bir amaç edinmiş oluyoruz. Şu kadar var ki, ele aldığımız örneklerde mezheplerin tek bir

yaklaşımı olmadığından, ele aldığımız hüküm ve gerekçe üzerinden sonuçlara ulaşmaya çalıştık.

II- KAYNAKLARIN TANITIMI

Çalışmalarımız esnasında özellikle ve öncelikle temel ve birinci el kaynakları kullanmaya çalıştığımızı belirtmeliyiz. Bu çerçevede kaynak karmaşasına yol açmamak için mezheplerin temel kaynaklarında yeterli bilgi mevcutsa, günümüze yakın kaynaklardan aynı bilgiyi nakletmedik.

Haneî mezhebinin Furû‘u'l-fıkha dair öncelikle *İmam Muhammed*’in *Zâhiru’r-Rivâye* olarak kabul edilen eserlerinden faydalandık. Bu çerçevede *İmam Muhammed*’in *Kitâbü’l-Asl*, *El-Hucce ‘alâ ehl-i Medîne*, *Câmi‘u’s-Sağîr*, *Câmi‘u’l-Kebîr* ve *Siyer-i Kebîr* isimli eserlerinden faydalandık. Zikredilen kaynakların erken döneme ait olması, temel hükümlerin nakledilmesi çerçevesinde bu kaynaklardan faydalanmamıza imkân sağladı. Mezhebe ait ayrıntılı ve çok boyutlu gerekçeleri daha sonra kaleme alınan, fikhî malzemenin olgunlaştığı eserlerden elde etmeye çalıştık.

Serahsî’nin *Mebisûl* isimli eseri, özellikle *Haneî mezhebinin* temel yaklaşımlarını ve gerekçelerinin tespit edilmesinde en önemli kaynağımız niteliğindeydi. Bu önemli şerhin yanında metin niteliği taşıyan Kudûrî’nin *Muhtasar*’ının şerhi olan Meydânî’nin *Lübâb*’ı, Merginânî’nin *Hidâye* isimli eseriyle şerhleri, Mavsili’nin *İhtiyâr*’ı, Halebî’nin *Mültekâ*’sı, Nesefî’nin *Kenzü’l-Dekâik* isimli metnine Zeyleî’nin şerhi olan *Tebyînü’l-Hakâik* ile İbn Nüceym’in aynı esere şerhi olan *Bahru’r-Râik*, İbn Âbidin’in hemen hemen bütün temel *Haneî* kaynakları mezcedip yorumladığı *Reddû’l-Muhtâr*, Kâsânî’nin eşsiz sistematığa sahip ve tahlillerle

dolu *Bedâyi' u's-Sanâyi'*, *Hidâye*'nin özetine yazılmış bir şerh niteliğindeki Hereviyyü'l-Kârî'nin, *Feth-u Bâbi'l-Înâye* isimli eseri *Haneî mezhebine* dair incelemelerimizde kullandığımız temel kaynaklar olarak zikredilebilir.

Şâfi'î mezhebinin furû'una dair öncelikle Şâfi'î'nin *El-Ümm* isimli eserini kullandık. Bunun yanında Müzenî'nin *Muhtasar*'ını da kısmen kullandık. Mâverî'nin, *Müzenî*'nin Muhtasarına yazdığı hacimli şerhi *Hâvi'l-Kebîr*, Şâfi'î mezhebine ilişkin önemli kaynaklarımız arasında yer aldı. Şirâzî'nin, Şâfi'î mezhebinin görüşlerini muhteşem bir şekilde tasnif ettiği eseri *Mühezzeb* ile Nevevî'nin bu esere yazdığı hacimli şerh *Mecmû'* da kaynaklarımız arasında yer aldı. Nevevî'nin Şâfi'î mezhebinde kabul gören eseri *Minhâc*'a, Şirbînî'nin yazdığı *Muğni'l-Muhtac* isimli şerh, kendisinden sonra yazılan hemen hemen bütün Şâfi'î kaynaklara etki eden Gazâlî'nin *Vecîz* isimli eseri, Şâfi'î mezhebine dair temel görüşleri derli toplu bir şekilde elde etmemiz açısından önemli bir kaynağımız oldu. Son olarak Dimyâtî'nin *Î'ânetü't-Tâlibîn* isimli şerhi de Şâfi'î kaynaklarımız arasında yer aldı.

Mâlikî mezhebine dair furû' eseri olarak Sahnûn'un *Müdevvene* isimli eseri, Bâcî'nin, İmam Mâlik'in *Muvatta*'ına yazdığı şerh olan *Müntekâ*'sı, İbn Abdilberr'in Mâlikî fikhını ayrıntılı olarak incelediği *İstizkâr* isimli eserini de kullandık. Bu arada sistematik yaklaşım ve tahlilleriyle üst bakışlar sağlayan Karâfî'nin *Zehîra* isimli eserini de özellikle ve sıklıkla kullandık. Bunun yanında muhtasar ve sistematik olması hasebiyle İbn Cüzey'in *Kavânînü'l-Fıkhiyye* isimli eserini, Mâlikî mezhebinin temel yaklaşımlarını tespit etmede oldukça sık bir şekilde kullanmaya çalıştık.

Hanbelî fikhına dair Hırakî'nin *Muhtasarı*'na yazılmış en önemli şerhlerden olan İbn Kudâme'nin *Muğni* isimli eseri temel kaynak niteliğinde oldu. Bunun yanında son dönem Hanbelî fakihlerden Buhûtî'nin, İbn Kudâme Haccâvî kanalından gelen *Zâdu'l-Müstaknî* isimli eser üzerine yazdığı *Ravdu'l-Murbî* isimli şerhi de, Hanbelî mezhebinin temel hükümlerini içerdiğinden sıkça kullandık.

Mukâyeseli fıkha dair İbn Rüşd'ün *Bidâyetü'l-Müctehid*'i ile Şâ'rânî'nin beş mezhebin görüşlerini değerlendirdiği *Mîzânü'l-Kübrâ* isimli eserini de çalışmamızda kullandık.

Kavâ'id kaynağı olarak *Hanefî mezhebinden* İbn Nüceym'in *Eşbâh ve'n-Nezâir* isimli eseri, *Mâlikî mezhebinden* Karâfî'nin *Furûk*'u, *Şâfi'î mezhebinden* Süyûtî'nin *Eşbâh ve'n-Nezâir*'i, *Hanbelî mezhebinden* İbn Receb'in *Kavâ'id* isimli eserini temel kaynaklar olarak kullandık.

Çalışmamız esnasında ehliyet bahisleri ile hakkın çeşitli kısımlarına dair bahisler için Serahsî'nin *Usûl*'ü, Debûsî'nin *Takvîmü'l-Edille*'si, İbn Melek'in *Menâr Şerhi*, Seyyid Bey''in *Usûl-ü Fıkıh Dersleri* isimli eserlerini kullandık. Günümüz usûlüne dair Abdülkerim Zeydan'ın *Usûl*'ü de kullandığımız kaynaklar arasında yer aldı.

Günümüz hukukçularından Ahmed Fehmi Ebû Sünne'nin *Nazariyyetü'l-Hak*, İsmail Ömerî'nin *El-Hak*, Dîrînî'nin *Nazariyyetü't-Te'assüf*, Zerkâ'nın *Medhal*, Senhûrî'nin *Mesâdiru'l-Hak*, Ali el-Hafîf'in *El-Milkiyye* ile *Ed-Damân*, Kâmil Musâ'nın *Ahkâmü'l-Mu'âmelât* isimli eserleri, Mecelle ve Ali Haydar Efendi'nin şerhi *Düreru'l-Hukkâm* son dönemde yazılan eserlerden kullandıklarımızı oluşturdu.

Günümüz hukukuyla ilgili yazımlarımızda alanının ilklerinden ve hemen hemen kendinden sonraki bütün *Medeni Hukuk* eserlerini etkileyen Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun *Türk Medeni Hukuku*, Necip Bilge'nin *Hukuk Başlangıcı*, Kemal Oğuzman'ın *Medeni Hukuk Dersleri*, Mesut Önen'in *Hukukun Temel Kavramları* isimli eserleri ile Adnan Güriz'e ait *Hukuk Felsefesi* isimli makaleyi de kullandık. .

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM VE GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA HAK KAVRAMI

I-İSLÂM HUKUKUNDA HAK KAVRAMI

A-SÖZLÜKTE HAK

Arapça h-k-k kökünden mastar, sıfat ve isim olarak kullanılan hak kelimesi bu dilde; sabit olmak, gerekli olmak, batılın zıddı olan doğru, gerçek, adalet, ölüm, pay, hisse gibi anlamlara gelmektedir¹. Diğer taraftan hak kelimesi Allah'ın ismi ya da sîfâtlarından birisi, Kur'ân'ın ve İslâm'ın bir ismi olarak da kullanılmaktadır.²

Büyük fıkıh âlimi Ömer Nasuhi Bilmen *Hukuk-i İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu* ismini taşıyan hacimli eserinde hak kavramını ayrıntılı bir şekilde ve derinlemesine açıklamıştır. Ona göre hak kavramı birçok manaları ifade eder ve çeşitli bakış açılarıyla birbirinden farklı anlamlara gelir. Müellif bu konuda şunları söyler:

“Hak; sübût, tevâfuk, tahakkuk-ı vücût demektir. Ezhân ile ayan, enfüs ile âfâk, ilim ile ma'lûm arasındaki muvafakat ve mutabakat ile ifade olunur. Akvâle, akaide, edyân ve mezâhibe vasf olup sıdk ve savâp makamında kullanılır. Şu kadar ki, ezhânın a'yana, diğer ta'bîr ile hükmün vâkı'a, i'tikadın hârice, tavâfukuna sıdk denildiği halde ayanın ezhâna, vâkı'ın hükme hâricin, nefsü'l-emrin i'tikada mutâbakatına da hak denilmekte ve sıdk tabiri, bilhassa akvâlde şâyi' bulunmaktadır. Hak itikat, sadık, doğru söz denilmesi gibi. Bunların dışında hüküm, adalet, vacip ve lazım gibi manalara geldiği gibi mal ve mülke de ıtlâk olunur”³.

Hak kavramının anlambilim kökeniyle ilgili batılı bilim adamlarının da bir takım yaklaşım ve görüşleri vardır. Müsteşrik D. B. Macdonald, İbrânice'de benzer bir kökün (h-k-k'ye benzer bir kelime kökü) ağaç, taş veya metalin içini oymak; yazmak,

¹ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, h-k-k maddesi, XI, 332-342; Zebîdî, *Tâcü'l-Arûs*, h-k-k maddesi, VI, 315-319 ; Cevherî, *Sihâh*, s. 267-268

² Mukâtil, *el-El-Eşbâh ve'n-Nezâir* , s. 175; Râgıb el-İsfahânî, *el-Müfredât*, h-k-k maddesi, s. 179-180

kaydetmek, tasvir etmek; buyurmak, bir kanunla sabit hale getirmek; tanrı veya insanlara karşı bir ödev, hukuk, imtiyaz manalarına geldiğini belirterek hak kelimesinin bu dilden geldiğini ima ederse de aynı dil ailesinden gelen iki dil arasında böyle bir benzerliğin bulunması tabîidir ve bu durum herhangi bir kelimenin diğerinden geldiğini ispat etmeyi zorlaştırır.⁴

Hak kavramı özellikle, özel hukukun bel kemiğini teşkil etmesi sebebiyle ayrıntılı olarak incelenmesi gereken bir kavramdır. Bu çerçevede kavrama yüklenen anlamların belirlenmesinin yanı sıra, niteliklerine göre hakkın tasnif edilmesi ve buna bağlı nazariyelerin açıklanması zaruridir. İstılahta hak; “Bir kimseye muhtes olan manevi bir kudrettir ki, bununla tasarruf salahiyetini veya mâlikiyet vasfını hâiz olur. Başka bir tabir ile hak, bir iktidar-ı şer’îdir ki, insanlar bununla bazı şeyleri icrâ ve mütâlebeye salâhiyettâr olurlar.”⁵

B- KUR’ÂN-I KERÎM VE HADİSLERDE HAK

1.Kur’ân’da hak

İslâm dininin temel kaynağı olan Kur’ân-ı Kerîm çeşitli vesilelerle “hak” kavramını kullanmış, kavramın içeriğinin anlaşılması açısından önemli bir açılım sağlamıştır. Mukâtil bin Süleyman Kur’ân’da hak kelimesinin on bir şekilde kullanıldığını zikretmiştir. Bunlar:

³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, I, 12-13

⁴ Mustafa Çağrı, “Hak”, *DİA*, XV, 137

⁵ Ö. Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, I, 12

a- “O hak (Allah) onların arzularına uysaydı gökler ve yeryüzü düzensizliğe uğrayıp altüst olurdu.”⁶

b- “Hak (Kur’ân) kendilerine geldiğinde bu bir sihirdir ve biz buna tanımıyoruz dediler.”⁷

c- “Korkma, biz biri diğerinden davacı olan iki kişiyiz, aramızda hakça (adaletle) hüküm ver, taraf tutma ve bize doğru yolu göster.”⁸

d- “Hak (İslâm) geldi batıl yok olup gitti.”⁹

e- “Hayır, o size hakkı (tevîdî) getirdi ve daha önceki peygamberleri de doğruladı.”¹⁰

f- “Allah’ın vadi haktır (doğru ve gerçektir).”¹¹

g- “İşte onlar azap sözü kendilerine hak (gerekli) olan kimselerdir.”¹²

h- “Çünkü Allah’ın varlığı haktır (batıl değildir). Onların, O’nu bırakıp taptıkları ise batıldır.”¹³

j- “Üzerinde hak (borç) olan kimsenin eğer akli noksan ise veya çocuk ya da bunama derecesinde ihtiyar ise...”¹⁴

k- “O bize nasıl hükümdar olur ki, biz hükümdarlığı ondan daha çok hak ediyoruz (layıkız).”¹⁵

l- “Onların mallarında belirli bir hak (pay, hisse) vardır.”¹⁶

⁶ Mü’minûn, 23/71

⁷ Zuhurf, 43/30

⁸ Sa’d, 38/22

⁹ İsrâ, 17/81

¹⁰ Saffat, 37/37

¹¹ Yunus, 10/4

¹² Ahkâf, 46/18

¹³ Hacc, 22/62

Görüldüğü üzere hak kelimesi Kur'ân'da sırasıyla Allah, Kur'ân, adalet, İslâm, tevhit, doğru, gerekli, bâtıl olmayan, borç veya mal ve pay anlamlarında kullanılmıştır.

2.Hadislerde hak

Hadislerde hak kelimesi daha çok dünyevî yükümlülüklerin ifadesinde kullanılmıştır. Bununla birlikte Kur'ân'da ortaya konan daha geniş anlamda ve boyutlu hak içeriğine sahip kullanımlar da mevcuttur. Yukarıdaki açıklamalara dikkat edilirse Kur'ân'daki kullanımlarda İslâm dininin temel mefhumlarının bizzat kendileri hakkında ve yine onların sıfatları olarak yer alan hak kavramı, hadislerde daha çok insanlar arası ilişkilerde ortaya çıkan yükümlülükleri ifadede kullanılmıştır. Bunları sırasıyla zikredecek olursak:

a- *“Allah her hak sahibine hakkını (payını, hissesini) vermiştir.”*¹⁷

b- *“Kimin bir başkasında hakkı (alacağı) olur da onu istemeyi geciktirirse her bir gün için sadaka sevabı alır”*¹⁸. *“Birisinde hakkın (alacağın) olur da bu şahıs sana hediye verdiğinde onu alırsan bu ribâdır.”*¹⁹

c- *“Zekât malın hakkıdır (malın yükümlülüğüdür).”*²⁰

d- *“Hak sahibinin söz hakkı vardır.”*²¹

¹⁴ Bakara, 2/282

¹⁵ Bakara, 2/247

¹⁶ Mearic, 70/24

¹⁷ Ebû Dâvud, *Vesâyâ*, 6; Büyû, 88; Tirmizi, *Vesâyâ*, 5; İbn Mâce, *Vesâyâ*, 6; Dârimî, *Vesâyâ*, 28; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 186, 187, V, 268

¹⁸ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 443

¹⁹ Buhârî, *Menâkıbü'l-Ensâr*, 19

²⁰ Buhârî, *İ'tisam*, 2; *Zekât*, 1; *İstiabe*, 3; Müslim, *İman*, 32; Tirmizi, *İman*, 1; Neseî, *Zekât*, 2; *Cihâd*, 1; *Tahrîm*, 1; İbn Mâce, *Zekât*, 3

²¹ Buhârî, *Hibe*, 23, 25

e- “Kıyamet gününde haklar mutlaka sahiplerine verilecektir.”²²

f- “Hakkı olan bir malı alan kimseye o mal mübarek olsun, haksız olarak bir malı alan kimse ise yiyip de doymayan kimse gibidir.”²³

Yukarıda zikredilen son üç hadiste hak, aidiyet anlamında kullanılmıştır.

g- “Göz değmesi haktır (mevcuttur).”²⁴

h- “Cihadın en faziletlisi zorba idareciye karşı hakkı söylemektir.”²⁵

ı- “İnsanların korkusu bir kimsenin (bildiği takdirde) hakkı söylemesine engel olmasın.”²⁶

C-HAKKIN UNSURLARI VE SON DÖNEM HUKUKÇULARININ HAK KAVRAMIYLA İLGİLİ YAKLAŞIMLARI

1-Hakkın Unsurları

Hakkın unsurları denince, hakkı meydana getiren öğeler, kurucu unsurlar akla gelir. Zira hakkın meydana gelmesi birtakım süreçleri gerektirdiği gibi, gerçek ya da tüzel kişilikleri de zorunlu kılar. Bir haktan bahsedebilmek için bazı unsurların bulunması gerekir. Bu unsurların neler olduğu konusunda mevzuu ele alan bazı günümüz İslâm hukukçuları görüş ayrılığı içindedir. *Ahmed Fehmi Ebû Sünne* ile *İsmail el-Ömerî* hakkın dört unsurunun bulunduğunu söylemektedir. Bu anlayışa göre; “*sabit*

²² Müslim, *Birr*, 61

²³ İbn Mâce, *Fiten*, 18

²⁴ Buhârî, *Tıbb*, 36

²⁵ Nesei, *Bey’at*, 37

olan şey” (eş-şeyü’s-sâbit), bu şeyin kendisi için sabit olduğu kişi (hakkın sahibi), hakkın borçlusu (kendisi üzerinde bu şeyin sabit olduğu kimse), sabit olan şeyin meşruluğu (hukûkîlik) hakkın unsurlarını oluşturmaktadır.²⁷ *Kuveyt Evkâf Bakanlığınca* hazırlanmakta olan Fıkıh Ansiklopedisi ise hakkın üç unsuru üzerinde durmaktadır. Bunlar; hak sahibi, hakkın üzerinde bulunduğu kişi (mükellef), hakkın konusu olarak sıralanabilir²⁸. *Vehbe Zuhaylî*’ye göre ise hakkın iki unsuru vardır. Bunlar; hakkın sahibi ve hakkın konusudur.²⁹

Bu tanımlara bakıldığında hakkın daha çok dört unsurunun dikkate alınarak tanım yapıldığı görülmektedir. Bunlar; hakkın konusu, hakkın sahibi, hak borçlusu ve hakkın hukûkîliği olarak sıralanabilir.

Hakkın konusu denildiğinde maddi bir mal, menfaat veya bir şahıs üzerindeki yetki akla gelir. Hakkın sahibi de Allah veya kişilerdir. Hakkın borçlusu ise hakkın aktif/etkili bulunmayan tarafı olup hukuk dilinde genelde mükellef adıyla anılan kişi veya kişilerdir. Mesela mülkiyet hakkı, babanın çocuğu üzerindeki velâyet hakkı, kocanın hakları, eşitlik ve hürriyet gibi temel haklar çok defa üçüncü şahıslara pasif bazen de aktif yükümlülük yükler. Hakkın hukûkîliği ise hakkın meşruluğunun hukuk düzenince tanınmış ve yasaklanmamış olması anlamına gelir.³⁰

2-Son Dönem İslâm Hukukçularının Hak Kavramıyla İlgili Yaklaşımları

Bu başlığımızda muasır İslâm hukuku uzmanlarının hak kavramı ile ilgili görüş ve düşüncelerini aktarmaya çalışacağız. Mısırlı hukukçu *Abdürrezzak Senhûrî* hakkı:

²⁶ İbn Mâce, *Fiten*, 20

²⁷ Ebû Sünne, *Nazariyyetü’l-Hak*, 175-176, Kahire 1971; İsmail Ömerî, *el-Hak*, 28-29

²⁸ Mevsûatü’l-Fıkhiyye, “*Hakk*” XVIII, 12

²⁹ Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhi’l-islâmî ve Edilletühû*, IV, 10

³⁰ Ebû Sünne, *Nazariyyetü’l-Hak*, s. 175-176

“Hukukun himaye ettiği malî bir değeri sahip menfaat.”³¹ olarak tanımlar. İsevî Ahmed İsevî: “Kanun koyucu olan Allah’ın aidiyet ve tercih olarak tayin etmiş olduğu kişi için sabit olmuş bir menfaattir.”³² şeklinde bir yaklaşım ileri sürer. Özellikle *Borçlar Hukuku* ve bu hukuka ait kavramları İslâm hukuku açısından inceleyen bir uzman olan Muhâmmmed Yusuf Musa’ya göre hak: “Fert veya toplum, ya da her ikisi için sabit olmuş, kanun koyucunun tanıdığı bir menfaattir.”³³ Yine *Borçlar Hukuku* ve *Hukuk Nazariyesi* ile ilgili çalışmalarıyla tanınan Subhî Mahmesânî hakkı: “Dinin veya hukuk düzeninin tanıdığı ve kuvvetiyle himaye ettiği menfaattir.”³⁴ şeklinde tanımlar, Belhac el-Arabî: “Kanun koyucunun tanıması ve himayesiyle sabit olan şey”, Ahmed Fehmi Ebû Sünne: “Başkasına karşı insan veya Allah için dinde sabit olan şey” olarak hakkı tanımlarken Ali el-Hafîf ise: “Hukuken hak kazanılmış menfaat”³⁵, “Şâri’in kişiler için tanıdığı menfaat”³⁶, “Kanun koyucunun benimsemesiyle sabit olan ve onun himaye ettiği şeydir.”³⁷ şeklinde tanımlar getirir.

İsmail Ömerî: “Kaideye uygun olan şey”³⁸, Mustafa Ahmed ez-Zerkâ; “Hukukun bir yetki veya yükümlülük olmak üzere benimsediği bir aidiyet”³⁹, Zehâvî, “Kanunun himaye ettiği menfaat”⁴⁰, Fethi ed-Düreynî ise “Belli bir menfaati gerçekleştirmek için bir şey üzerinde ya da diğerinden bir edayı talep konusunda hukuk düzeninin bir yetki olarak tanıdığı aidiyettir.”⁴¹ şeklinde yaklaşım sergiler.

İslâm hukuku uzmanlarının ortaya koydukları tanımlara bakılırsa, her birinin farklı açılardan yaklaşarak hak kavramının içeriğini belirlemeye çalıştıkları görülür. Bunlardan bir kısmı hakkın bireye sunduğu menfaati ön plana çıkarırken diğer bir kısmı hakkın, kamunun yetkisi, gücü ya da vâzî’-ı kanun tarafından korunan ve yaptırma

³¹ Senhûrî, *Mesâdiru’l-Hak*, I, 9

³² İsevî, *Nazariyyetü’t-Teassüfî İstimâlî’l-Hak fî’l-Fıkhi’l-İslâmî*, s. 8

³³ Muhamed Yusuf Musa, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, s. 211

³⁴ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-Âmme li’l-Mücebât ve’l-Ukûd*, I, 135, Beyrut 1948

³⁵ Ali el-Hafîf, *el-Hak ve’z-Zimme*, s. 36

³⁶ Ali el-Hafîf, *Ahkâmü’l-Muâmelâti’s-Şer’iyye*, s. 28

³⁷ Ali El-Hafîf, *el-Milkiyye fî’s-Şerîati’l-İslâmiyye*, s. 9

³⁸ İsmail Ömerî, *el-Hak ve Nazariyyetü’t-Teassüfî İsti’malî’l-Hak*, s. 22

³⁹ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fıkhu’l-İslâmî fî Sevbihî’l-Cedid*, III, 10

⁴⁰ Said Emced Zehâvî, *et-Teassüfî İsti’malî’l-Hakki’l-Milkiyye fî’s-Şerîati ve’l-Kânûn*, s. 29-30

bağlanan bir yetki olduğunu belirtir. Bazı hukukçular, mesela *İsmail Ömerî*;*“Kaideye uygun şey”* tanımıyla kural merkezli bir yaklaşım sergilerken; *Zerkâ*, hakkın iki boyutunu da içine alan (yetki ve sorumluluk boyutları) bir tanım yapmıştır. Esasen tanımlara toplu olarak bakıldığında söz konusu açıklamaların, günümüz batılı filozof ve hukukçularının yaptığı tanımlamalardan çok da farklı olmadığı, ayrı kalınan noktanın, kanun koyucu irade açısından yaşandığı görülür. Bu durum, özellikle özel hukuk ilişkilerinden doğan yetki ve aidiyetlerin, farklı hukuk düzenleri nazarında (her ne kadar kaynaklar ve usûl farklı olsa da) aynı şekilde algılandığının açık bir ifadesi olması yanında, hukukun özellikle belirtilen alanının evrensel nitelikte olmasıyla da açıklanabilir. Aslında, yukarıda da belirtildiği üzere, birbirinden farklı niteliklerdeki hukûkî ilişkilere konu olan hak kavramının bu çok boyutluluğu ortak bir tanım yapmayı engellediğinden, kavramın bağlamında anlaşılması daha doğru olur. Bununla birlikte, hak dendiğinde, kabuğu ve hukûkî ilişkinin mahiyetine göre görünümü farklı olsa da öz itibariyle aynı kaynaktan beslenen hukûkî mefhumların söz konusu olduğu söylenebilir.

C- İSLÂM HUKUKUNDA HAKKIN ÇEŞİTLERİ

1- Allah Hakkı – Kul Hakkı

Allah Hakkı-Kul Hakkı tasnifi hakk için, hem usûl hem de furû‘ kitaplarında kabul edilen ve benimsenen en yaygın ayırım ve adlandırmadır.⁴² Özellikle fıkıh usûlü kitaplarında hükümlerin genel yapısı, sebepleri, ‘illet, şart ve alametler ile ilgili bahislerde Allah Hakkı-Kul Hakkı ve Karma Haklar ile ilgili bilgilere yer verilir.⁴³

⁴¹ Fethi Düreynî, *el-Hak ve Medâ Sultanü 'd-Devle fî Takyîdih*, s. 193

⁴² Söz konusu ayırımla ilgili bak. İbn Receb, *Kavâid*, s.245; Karâfî, *Furûk*, III,174

⁴³ bak. Serahsî, *Usûl*, II, 289-290

a- Allah Hakları :Hukûkullah

Allah hakları toplumun genel menfaatiyle alakalı haklardır. Bu hakların ihlali durumunda 'âmmenin selameti sekteye uğrayacaktır. Kâbe'nin, Müslümanlara kible olması sebebiyle muhterem olması, zinanın insanların soylarını korumak amacıyla haramlığı hep bu çerçevede düşünülmesi gereken haklardır.⁴⁴ Allah hakları 'âmme menfaatini gerektiren haklardır. Bir cemiyetin devam edebilmesi, düzen içinde yürüyebilmesi, yükselebilmesi ancak bu haklara riayetle mümkündür. Önemine binaen bu haklar Allah'a nisbet edilmiştir. Bu haklar düşürülemez, affedilemez,⁴⁵ Allah'ın da herhangi bir hakka sahip olması düşünülemez. Ta'zîm amacıyla bu haklar Allah'a nisbet edilmiştir.⁴⁶

Esasen Allah hakkı denildiğinde, Allah'ın emir ve yasakları anlaşılır. Kul hakkı ise kulların menfaat ve maslahatını ifade eder. Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer nokta, her bir kul hakkında mutlaka Allah hakkının bulunduğu⁴⁷.

Allah hakları *Haneî* fakihleri tarafından sekiz sınıfta değerlendirilmiştir. Buna göre; 1- Halis ibadetler, (iman, namaz, oruç, zekat ve hac gibi)⁴⁸, 2- Tam cezalar (hadler gibi), 3- Eksik cezalar (mirastan mahrumiyet gibi), 4- İbadetler yoluyla cezalandırmalar arasında bulunan haklar (keffaretler gibi), 5- Mâlî külfet ifade eden ibadetler (fıtır sadakası gibi), 6- İbadet niteliğindeki mâlî külfetler (öşür gibi), 7- Ceza niteliği taşıyan vergiler (harac vergisi gibi) 8- İbadet, vergi veya ceza manası taşımamakla birlikte bizzat Allah hakkı olarak gereken, kendine mahsus haklar(ganimet ve

⁴⁴ İbn Melek, *Şerhu'l- Menâr*, s. 313

⁴⁵ İsmail Ömerî, *el-Hak*, s. 30; Abdülkerim Zeydân, *el- Vecîz* , s. 62-63

⁴⁶ İbn Melek, *Şerhu'l- Menâr*, s. 314

⁴⁷ Karâfî, *Furûk*, I,161,162

madenlerden alınan beşte birlik vergi böyledir. Bunlar literatürde doğrudan ve kendiliğinden haklar, mükellefi bulunmayan haklar olarak tanımlanmaktadır.)⁴⁹ Bu sayılan hak türleri Allah haklarını oluşturmaktadır.

Allah hakları konusuna genellikle benimsediği dörtlü tasnifle yaklaşan *Debûsî*, bu tür hakları sıralarken, Allah'ın varlığına işaret eden delillere nazar ve tefekkür, delillerin gerektirdiği hususlara iman, ibadetler ve cezaları zikreder.⁵⁰ Burada zikredilen ilk iki hak türü diğer usûl kitaplarında iman ve tasdik olarak zikredilmiştir.⁵¹

b- Kul Hakları

Kul hakları münhasıran fertlere ait menfaat ve maslahatlara bağlı olarak ortaya çıkan haklardır.⁵² Satın alınan, telef veya gasp edilen şeylerin bedelleri gibi.⁵³ Bunlar şahıslara mahsus haklardır. Bu cihetle bunlarda ibâhe caizdir. Yani şahıslar bu haklarından vazgeçebilirler⁵⁴. Kul hakları, bakış açısına göre değişmek üzere genel ve özel kısımlarına ayrılır. Buna göre toplumun genel menfaati düşünülüp bireylerin faydalandıkları haklar –ki ‘âmme hizmetleri buna örnektir– umumî kul haklarını teşkil eder. Bu hizmetler herhangi bir birey esas alınarak üretilmez. Toplumun bütün bireyleri bu haklardan faydalanma hususunda eşittir. Bunun yanında fertlere has haklar vardır ki bunlar da barınma, çalışma hakkı gibi haklardır. Bu haklarda fertler istediği gibi

⁴⁸ Serahsî, *Usûl*, 290-291

⁴⁹ Serahsî, *Usûl*, 291-300; İbn Melek, *Şerhu'l- Menâr*, s. 314-315; Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV, 143

⁵⁰ *Debûsî*, *Takvîm*, II, 893; Allah haklarıyla ilgili farklı bir tasnif için bak. Karâfî, *Furûk*, I, 161-163

⁵¹ Serahsî, *Usûl*, 290; İbn Melek, *Şerhu'l- Menâr*, s. 314

⁵² İbn Melek, *Şerhu'l- Menâr*, s. 314; Karâfî, *Furûk*, I, 161

⁵³ İbn Melek, *Şerhu'l- Menâr*, s. 316; Serahsî, *Usûl*, s. 297

⁵⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, I, 225

tasarrufta bulunabilir. Bu çerçevede ıskât ve af hakkı mevcuttur.⁵⁵ Yukarıda zikredilen genel kul hakları sınıfında fertlerin böyle bir tasarruf hakkı yoktur.⁵⁶

2-Karma Haklar

Allah hakları ile kul haklarının özelliklerini bünyesinde barındıran haklar, karma haklar sınıfını oluşturur. Bununla birlikte bu tür haklarda, hak türlerinden birinin vasfı ağır basmaktadır. İki hakkın birleştiği, fakat Allah hakkının ağır bastığı hakka örnek, kazif(iftira) suçu haddidir. Bu haddin; yol kesicilik, zina ve hırsızlık haddinden farkı, bu sayılanların tamamen Allah hakkı olmasıdır.⁵⁷ Kazif haddinde⁵⁸ iki hak mündemictir. Kul hakkı; bu ayıbı def edip şerefini ve namusunu temizlemektir. Allah hakkı ise insanların genel manada ırzını, namusunu teminat altına almaktır ki bu daha üstündür.⁵⁹ Buna mukabil kısas hakkı, kul hakkının ağır bastığı haklara örnek teşkil eder.⁶⁰

Kul hakkının, Allah hakkından daha önde ve ağır olduğu örneklerden biri de boşanan kadının 'iddet beklemesidir. Bu durumda hem Allah hakkı hem de kul hakkı mevcuttur. Allah hakkı, neseplerin karışmasının önlenmesi, kul hakkı ise kişinin çocuklarının nesebini korumasıdır. Fakat bu örnekte Allah hakkı galiptir. Zira neseplerin korunması noktasında umumî kargaşanın önlenmesi, kişinin nesebinin korunmasından daha öncelikli ve önemlidir.⁶¹

⁵⁵ Karâfî bu farkın, Allah haklarıyla kul haklarını birbirinden ayıran en temel vasıf olarak zikrediyor. Bak. Karâfî, *Furûk*, I, 161

⁵⁶ İsmail Ömerî, *el-Hak*, s. 31

⁵⁷ Serahsî, *Usûl*, 296

⁵⁸ Kâsânî, *Bedayî'*, VII, 40; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 88

⁵⁹ İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 90

⁶⁰ Serahsî, *Usûl*, 297

⁶¹ Vehbe Zuhaylî, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi*, V, 17

Özel olarak kul haklarında kişinin aklını, bedenini ve şahsî menfaat ve maslahatlarını koruma amacı ön plana çıkarken, karma haklarda ağır basan hak türüne göre hukûkî sonuç ortaya çıkar. Buna göre, içinde kul hakkını barındırmakla beraber Allah hakkının galip olduğu hak türlerinde, kulun tasarruf ve ıskât yetkisi bulunmadığı gibi, hayatını tehlikeye atacak, bedenini tehdit edecek fiil ve davranışlarda bulunacak, malını telef edecek hal ve hareketlere de hak sahibi değildir.⁶²

3-‘Ayna İlişkin Haklar – Zimmete İlişkin Haklar

Bu tasnif, hakkın ta‘allük ettiği nokta açısından ortaya çıkan bir ayrım olarak nitelendirilebilir ve özellikle hakkın elde edilmesi noktasında hukûkî farklılıkları beraberinde getirir. Batı hukukundaki ‘aynî hak-şahsî hak ayrımıyla kısmen benzerlik gösteren bu tasnifin, İslâm hukukundaki ‘ayn-deyn ayrımıyla da ilgisi vardır. İslam hukukunda ‘ayn, ta‘ayyün(belirleme) ile vasıfları tespit edilen mal olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede ‘aynî hak, bizzat ‘ayna ta‘alluk edip, herhangi bir şahsın zimmetine ta‘alluk etmeyen hak olarak nitelendirilebilir. Rakabe ve menfaate hakimiyeti ifade eden tam mülkiyetle, rehin alan kişinin rehin üzerindeki hapis hakkıyla satıcının mal üzerindeki hapis hakkı örneklerinde olduğu gibi tebe‘iyyet sıfatını taşıyan ‘aynî haklar mevcuttur.⁶³ ‘Ayn, müşahhas ve muayyen maddî varlık demek olup meselâ bir ‘ayn üzerindeki mülkiyet hakkı, kiracının me‘cûru/kiralanan malı kullanım hakkı, rehin mal üzerindeki hapis hakkı, buluntu mal üzerinde bulanın, şirket malı üzerinde ortağın hakkı, ziraî mahsul üzerindeki Allah hakkı, velâyet ve hidâne hakları ‘ayna ilişkin haklar grubunda yer alır. Bu hakların varlığı herhangi bir borçlu şahsın varlığına bağlı değildir ve bütün insanların bu hakkı ihlal etmeme yükümlülüğü vardır. Bu haklardaki

⁶² İsmail Ömerî, *el-Hak*, s. 31, 32

⁶³ Muhammed Zeki Abdülber, *Ahkâmü’l- Muâmelâti’l-Mâliyye*, s.17

belirgin ilgi hak sahibiyle ‘ayn arasında olup, hak bu ‘ayn elinde bulunduran şahsın zimmetiyle değil doğrudan ‘ayn ile ilgilidir.⁶⁴

Zimmete ilişkin haklar ise kişiler arasındaki borç (hak ve sorumluluk) ilişkilerini ifade eder. Zimmet borcu da belli bir malı değil şahsı bağlayan bir borçtur. Bu hak bir malı imal etme, bir işte çalışma şeklinde mâlî karakterde bir iş olabileceği gibi karı koca arası ailevî haklar, sadakat borcu, çocuğun nesep hakkı veya bir borcun ödenmesi şeklinde de olabilir. Îfâ konusu olmaları bu tür hakların temel özelliği olup îfânın, ibadetlerde olduğu gibi bizzat mükellef tarafından yapılması da vekil, veli ve vasî gibi kanunî temsilciler tarafından yapılması da söz konusu olabilir. İslâm hukuk dilinde yer alan ‘ayna ta‘alluk eden hak-zimmete ta‘alluk eden hak şeklindeki bu ayrım, malî olmayan birçok hakkı da içerdiğinden batı hukukundaki ‘aynî hak-şahsî hak ayrımından daha kapsamlıdır.⁶⁵

4- Milk-Hukuk-İbâha Ayrımı

Eşya hukuku alanında kalan ve şahısların eşya üzerindeki hak ve yetkilerinin niteliğine göre yapılan bu ayrım ve adlandırma temelde İslâm hukukçularının milk-ibâha ayrımına dayanır. Milk, eşya üzerindeki en güçlü yetkileri, ibâha ise en zayıf yetkileri ifâde eder. Kadim dönem fıkıh kaynaklarında sıkça kullanılan bu ayrım, özellikle Hanbelî hukukçusu *İbn Receb*’den sonra milk-hukuk-ibâha şeklinde üçlü ayrımata tâbi‘ tutulmuş, eşya üzerinde milkten zayıf fakat ibâhadan güçlü birtakım yetkiler hukuk kavramıyla ifâde edilmiştir.⁶⁶ Milk, eşya ile şahıs arasındaki en güçlü hâkimiyet bağının hukûkî tasviri olup fakihler milki, bir engel olmadığı sürece şer‘an

⁶⁴ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, aynî hakkı anlatırken, hak sahibi ile ayn arasındaki belirgin ilgiden hareketle, bu hakların her yöne kullanım imkanı tanıdığını, ‘ayn kimdeyse ona karşı dermeyen edilebileceğini ifade ediyor. Şahsî hakta böyle bir nitelik bulunmayıp sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, I,209

⁶⁵ Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV, 144

sahibine tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen â‘idiyet bağı olarak tanımlarlar.⁶⁷ Eşya üzerine kurulu olması, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlaması ve herkese karşı dermeyan edilebilmesi özellikleri sebebiyle *milk* kavramıyla günümüz hukukundaki ‘aynî hak kavramı arasında büyük bir benzerliğin bulunduğu ve istisnâî bazı kullanımlar hariç tutulursa milkin genelde mülkiyet, irtifâk, intifâ‘, rehin gibi ‘aynî hak çeşitlerini kapsadığı görülür.⁶⁸

Fakihler arasında ilk defa hukuk ismini taşıyan yetkiyi kullanan⁶⁹ *İbn Receb*, hukuk olarak adlandırdığı hakları beş sınıfta ele alır. *Milk hakkı*; efendinin mükâteb kölesinin malı üzerindeki hakkı ile mûrisin kurduğu tuzaktaki av üzerinde henüz ihramda olan vârisin hakkı, bu tür haklara misal teşkil eder. *Temellük hakkı*; Mudârebe şirketinde dönem sonu oluşan kâr üzerinde ortakların paylaşım öncesi hakları, ganimet malında paylaşım öncesi gazilerin hakları bu tür haklara örnek teşkil eder. *İntifâ‘ hakkı*; Bir kimsenin, başka bir şahsın eşyası üzerinde, arada bir hukûkî işlem olmadan doğrudan hukuktan doğan haklarını ifade eder. Çeşitli sebeplerle hukuktan doğan komşunun duvarına yapacağı evin kirşlerini koyma hakkı komşunun arazisinden su geçirme hakkı böyledir. *İhtisas hakkı*; Kimsenin mülkü olmayan eşyadan hak sahibinin faydalanmasını mümkün kılan, fakat mu‘âvazalı ‘akitlerle devri mümkün olmayan haklardır. Avcılıkta kullanılan eğitilmiş köpek üzerinde sahibinin yetkisi, meytenin tabaklanmış derisi üzerindeki kullanma yetkisi gibi. *Ta‘alluk hakkında*, hak sahibi eşyanın ‘aynına da menfaatine de mâlik olmayıp sadece herhangi bir sebeple doğmuş olan bir hakkın elde edilmesi bu eşyaya bağlı kılınmıştır. Mesela mürtehinin rehin eşya üzerindeki hapis hakkı, hacr sonrası müflisin malı üzerindeki alacaklıların hakkı böyledir.⁷⁰

⁶⁶ İbn Receb el-Hanbelî, *Kavâid*, s. 423

⁶⁷ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 241; Ali Bardakoğlu, *Hak*, *DİA*, XV, 144

⁶⁸ Günümüz hukukunda yer alan bu ayrımlar için bak. Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, I, 225-233; Ayrıca bak. Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV, 145

⁶⁹ Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, XV, 145

⁷⁰ İbn Receb, *Kavâid*, s. 423-435

Fakihler ve usûlcüler tarafından farklı anlamlar yüklenen ve oldukça geniş bir kapsamı bulunan ibâha ve mübah kavramlarının eşya hukuku açısından daha dar bir anlam taşıdığı, milk ve hukuktan farklı olarak eşya üzerinde kurulan en zayıf yetkiyi ifadede kullanıldığı görülür.⁷¹

II- GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA HAK KAVRAMI VE HAKKIN ÇEŞİTLERİ

A- HAK KAVRAMIYLA İLGİLİ HUKUKÇULARIN YAKLAŞIMLARI

Hak kavramı, hukuk felsefesinin konuları arasında yer alır. Dolayısıyla burada hak kavramıyla ilgili ortaya konulan görüşler, hukuk felsefesi bağlamında ve hukuk felsefesiyle ilgilenen hukukçuların yaklaşımından ibaret olacaktır. Belirtilmesi gerekir ki hukuk felsefecilerinin bir kısmı hak kavramının varlığını kabul edip hakkın mahiyetine ilişkin açıklama ve izahlar yaparken diğer kısmı hak kavramının varlığını kabul etmemektedir. Biz burada, hak kavramını kabul edenlerin hakkın mahiyetine ilişkin yaklaşımlarını genel hatlarıyla aktarmaya çalışacağız.⁷²

Hak kavramının varlığını kabul edenler çeşitli nazariyeler şeklinde görüşlerini ortaya koyarlar. Biz şimdi bu nazariyeleri ana hatlarıyla tanıtmaya çalışacağız.

⁷¹ bak.*Mecelle*, madde 1045, 1248

⁷² Hak kavramının varlığını kabul etmeyen görüşler ve bunların sahipleriyle ilgili bak. Adnan Güriz, *Hak Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, s. 141-148; Haz. Hayrettin Ökçesiz.

1-İrade ve Menfaat Nazariyesi

a.İrade nazariyyesi

Bu nazariyeye göre hakkın mahiyeti ferdin iradesiyle izah olunmaktadır. Bu çerçevede hak, şahıslara hukuk düzeni tarafından tanınan irade gücü ve irade hâkimiyetidir.⁷³ Burada bir irade üstünlüğü söz konusudur.⁷⁴ Hak, Fransız hukukçu *Savigny*'ye göre bir kişiye ait irade kudretini ifade eder. *Savigny*, irade nazariyesinin temel savunucularından olsa da, nazariyenin en önemli temsilcisi *Windscheid*'dir. Ona göre subjektif/enfûsî hak, bir kişinin iradesinin başka bir kişiyi etkilemesidir. Bu çerçevede alacaklının iradesi borçluyu etkiler. Kişinin bu iradesiyle devletin iradesi birleştiğinde, mer'î hukuk düzeni, borçludan borcunu ödemesini ister.⁷⁵

b.Menfaat Nazariyesi

19. yy. hukukçularından *Jhering*'e göre irade nazariyesi hakkın mahiyetini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Hakkın mahiyetini izahta irade değil menfaat ön planda tutulmalıdır.⁷⁶

Sosyal faydacı ve müspet(pozitivist) hukukçu *Jhering*'e göre hakkın özü menfaattir. Hukuk düzeninin amacı bu menfaati güvence altına almaktır. *Jhering*, hakta iki unsurun varlığını kabul etmektedir. Bunlar hakkın özü ve hakkın korunmasıdır.

⁷³ Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku-Umûmî Esaslar*, I, 205

⁷⁴ Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 215

⁷⁵ bak.Adnan Güriz, *Hak Kavramı*, s. 135-136

⁷⁶ bak.Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku-Umûmî Esaslar*, I, 205

Hakkın özü, hak sahibinin menfaati, hakkın korunması ise hakkın gerektiğinde mahkeme tarafından korunmasıdır.⁷⁷

2-Karma Nazariye

Karma nazariyeye göre haklar, hukuk düzeni tarafından korunmuş ve bu korunmadan yararlanma, hak sahibinin iradesine bırakılmış menfaatlerdir.⁷⁸ Bu nazariyeye göre *Jhering*'in nazariyesini aynen kabul etmeye imkân yoktur. Çünkü hukukten himaye gören menfaatlerin hepsi hak kavramı içine konursa o zaman bu kavrama içinden çıkılmaz bir genişlik verilmiş olur. Mesela şehrin ağaçlanmasında herkesin menfaati vardır. Bu menfaat hukukten himaye edilmiştir. Zira bunu temin eden kanun ve nizamlar mevcuttur. Ancak bu menfaatler şahıslar için birer hak teşkil etmez.⁷⁹

Karma Nazariye, irade ve menfaat nazariyelerinin birleşmesinden meydana gelmiştir. Bu nazariyenin savunucusu Alman hukukçu *Jellinek*'tir. *Jellinek*, subjektif(enfüsî) hakkı, irade ve menfaati birbirini tamamlayan birer unsur sayarak insana irade kuvveti tanımak yoluyla korunan menfaat olarak tanımlamaktadır.⁸⁰

Yukarıda zikredilen üç nazariye dışında “Analitik Görüş”, “Beyan Teorisi”, “Tasarım Teorisi” gibi yaklaşımlar da mevcuttur.⁸¹ Biz, açıklamalarımızın yeterli olduğunu düşünerek bu kısma burada son veriyoruz

⁷⁷ Adnan Güriz, *Hak Kavramı*, s. 136-138

⁷⁸ Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, I, 215

⁷⁹ Velidedeoğlu, I, 205-206

⁸⁰ Adnan Güriz, *Hak Kavramı*, s. 138

⁸¹ Zikredilen yaklaşımlarla ilgili bak. Adnan Güriz, *a.g.m.*, s. 139-141

B-KAMU HAKLARI-ÖZEL HAKLAR

Günümüz hukukunda haklar, kamu hukuku-özel hukuk ayrımına bağlı olarak kamu hakları ve özel haklar olarak iki ana başlık altında incelenir.⁸²

Kamu hakları, kişi hakları ve özgürlükleri gibi kümelere ayrılır. Bu hakların bir başka görünümü de kişisel haklar, sosyal haklar ve siyasî haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸³

Kamu hakları, kişinin devlet karşısında sahip olduğu ve 'âmme hukukundan doğan hakları olarak tanımlanabilir. Bu haklar hususî haklardan eşitlik, vatandaşlık ve mükellefiyetler bakımından ayrılır. Buna göre özel haklardan faydalanma konusunda bütün vatandaşlar eşit olduğu halde kamu haklarını kullanma –mesela belli meclislere seçilme– belli kayıt ve şartlara bağlıdır. Diğer taraftan bir ülkede bulunan yabancıların, kamu haklarından, ülke vatandaşlarıyla aynı çerçevede yararlanması mümkün değildir. Hususî haklar konusunda taraflardan biri hakkın alacaklısı, diğer taraf hakkın borçlusu olurken kamu haklarında taraf olan devletin genellikle mükellefiyeti yoktur.⁸⁴

Kamu hakları ancak kanunla sınırlandırılabilirken⁸⁵ özel haklarda böyle bir düzenleme yoktur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 12-15. maddelerinde nitelikleri ve sınırları belirlenen temel hak ve ödevler kötüye kullanılamaz ve gerektiğinde kamu yararı ve üst ilkeler çerçevesinde sınırlandırılabilir. Bu haklar kişilerin maddî ve manevî varlığıyla ilgili düşünce ve inanç özgürlüğü, mülkiyet ve miras hakkı gibi kişisel kamu hakları⁸⁶, kişinin sosyal ve iktisadî faaliyetlerini ilgilendiren çalışma, öğrenim, sağlıklı yaşama

⁸² Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 175; Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 216-217

⁸³ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 175

⁸⁴ Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, I, 207-208

⁸⁵ Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 218

⁸⁶ Anayasa md. 17-40

gibi sosyal ve iktisadî kamu hakları⁸⁷ devletin siyasî kuruluş ve iradesine katılmayı ifade eden siyasî kamu hakları⁸⁸, devletin kişilere emretmesi şeklinde gerçekleşen hâkimiyet hakkı olarak sınıflara ayrılabilir.⁸⁹

Kamu hakları nazariyesi henüz oluşum halindedir. Bunların sınır ve kapsamaları tam olarak tespit edilmiş değildir. Hatta ferdin devlet karşısında haklara sahip olmadığını savunanlar bile vardır. Bu nokta, devlet yönetimlerinin ideolojik yapılanmasıyla alakalı olduğundan, kamu hakları anlayış ve telakkisinin devletten devlete ve hatta aynı devlette bir düzenden ötekine farklılık göstermesi tabîi karşılanmalıdır.⁹⁰

C-GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA ÖZEL HAKLARIN ÇEŞİTLERİ

Hususî hukuktan doğan haklara hususî haklar denir.⁹¹ Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kurallardan doğan bu hakların en belirgin özelliği herkese genel ve eşit biçimde tanınmış olmalarıdır.⁹²

Özel haklar mahiyetlerine, mevzularına, kullanacak şahsa ve gayelerine göre sınıflara ayrılmıştır.⁹³ Mahiyetlerine göre haklar, mutlak ve nisbî haklar olmak üzere ikiye ayrılır.⁹⁴ Biz şimdi mahiyetine göre hakların kısımlarını açıklayacağız.

⁸⁷ Anayasa md. 41-65

⁸⁸ Anayasa md. 66-74

⁸⁹ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 176-177

⁹⁰ Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku*, I, 208-209

⁹¹ Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku*, I, 209

⁹² Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 178

1- Mahiyetlerine Göre Haklar

a- Mutlak Haklar

“Mutlak hak, bir mal veya bir şahıs üzerinde inhisârî bir şekilde mevcut olan bir iktidar ve selahiyet olup, hak sahibi bu selahiyetini kendi hakkına müdahale ve tecavüz eden herkese karşı ileri sürebilir”.⁹⁵ Bu haklar fertlere maddî ve maddî olmayan mallar üzerinde en geniş yetkiyi veren haklardır. Bu hakların en önemli özelliği herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Eğer bir hak, herkese değil, belli kişi ya da kişilere karşı ileri sürülebiliyorsa bu hak nisbî bir haktır. Mülkiyet hakkı mutlak hak sınıfına girerken, alacak hakkı nisbî hak olarak kabul edilmektedir.⁹⁶

Mutlak haklar mallar üzerinde kurulabildiği gibi şahıslar üzerinde de kurulabilir. Mal kavramı maddî mallar ve maddî olmayan mallar olarak iki açıdan değerlendirilebilir. Maddî mallar üzerindeki mutlak haklar *sınırlı ‘aynî hak* ve *sınırsız ‘aynî hak* olmak üzere ikiye ayrılır.⁹⁷ Sınırsız ‘aynî hakların en önemli örneği mülkiyet hakkıdır ve sahibine malı kullanma, yararlanma ve tüketme gibi bütün yetkileri sunar.⁹⁸ Sınırlı ‘aynî haklara gelince bu haklar sahibine sadece belli bazı yetkileri, mesela sadece yararlanma hakkını verir. İrtifâk hakları ve rehin hakları bu tür hakların en temel örneklerini oluşturur.⁹⁹

Maddî olmayan mallar üzerindeki haklar, fikir ve sanat eserleri üzerindeki yetkileri ifade eder. Mal kavramı içine girmeyen, bir mimarın projesi, bir âlimin eseri,

⁹³ Velidedeoğlu, *a.g.e.*, s. 209

⁹⁴ Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 219

⁹⁵ Tanım için bak. Velidedeoğlu, I, 211

⁹⁶ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 179

⁹⁷ Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk Dersleri*, s. 81-82

⁹⁸ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 180

⁹⁹ Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, 220-230; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 180-181

bir bestekârın bestesi gibi eserler üzerindeki haklar da mutlak hak sınıfına girer.¹⁰⁰ Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile düzenlenmiş ve korunmuş bulunmaktadır.¹⁰¹

Mutlak haklar, mallar üzerinde kurulabildiği gibi şahıslar üzerinde de kurulabilmektedir. Bu tür haklar insanın kendi şahsı üzerinde ve başkalarının şahısları üzerinde iktidar sağlayabilir.¹⁰²

Şahıslar üzerindeki mutlak haklar öncelikle kişinin kendi şahsına ait haklar olarak tezahür eder. Bu çerçevede anayasal güvenceye kavuşturulmuş kişisel haklar, bireyin maddî ve manevî varlığını koruma amacını güder. Vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet, özgürlük gibi haklar bu çerçevede zikredilebilir.¹⁰³

Kişinin başka şahıslar üzerinde sahip olduğu mutlak haklar, eski hukuk düzenleriyle günümüz hukuk düzenlerinde farklı sonuçları barındırır niteliktedir. Mesela köleliğin ve insan alım-satımının mümkün olduğu dönemlerde kişinin kölesi üzerindeki hakkı mutlak bir mülkiyet hakkıdır.¹⁰⁴ Günümüzde, kölelik müessesesi bulunmadığından, kişinin şahıslar üzerindeki hakları, çeşitli nedenlerle (küçüklük ya da akıl yetersizliği gibi) ortaya çıkan ehliyet yetersizliklerini ortadan kaldırma, ehliyet sahibi olmayan kişileri koruma altına alma mahiyetindedir. Velâyet ve vesâyet hakları bu tür haklara örnektir.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Velidedeoğlu, I, 213

¹⁰¹ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 181

¹⁰² Velidedeoğlu, I, 213

¹⁰³ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 182

¹⁰⁴ Velidedeoğlu, I, 240

¹⁰⁵ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 183; Velidedeoğlu, I, 241; Kemal Oğuzman, s. 89

b- Nisbî Haklar

Nisbî haklar sadece belli bir şahıs ya da belli şahıslara karşı ileri sürülebilen haklardır. Bu haklara sadece ilgili şahıslar uymak zorundadır.¹⁰⁶ Nisbî hak, mutlak haklarda olduğu gibi mal ya da şahıslar üzerinde doğrudan kurulan haklar olmayıp, bir şeyin verilmesini, yapılmasını ya da yapılmamasını istemek şeklinde ortaya çıkar. Bu sebeple bu haklara, ‘aynî hakların aksine şahsî haklar da denilir.¹⁰⁷

Nisbî haklar, birbiriyle belli bir ilişki içinde bulunan iki kişi arasında ortaya çıkar. Bunlardan birine alacaklı, diğerine borçlu denir. Bu çerçevede nisbî hak niteliğindeki hakkını alacaklı sadece borçluya karşı ileri sürebilir.¹⁰⁸

Mutlak ve nisbî haklar arasındaki farklara değinilecek olursa şunlar söylenebilir: Mutlak hakların mahiyeti ve sayıları kanun tarafından tayin edilmiştir, nisbî haklarda böyle bir durum yoktur. Buna göre kendi başlarına mutlak hak ihdâs edemezler. Ancak, sözleşme hürriyeti çerçevesinde ihtiyaçlarını karşılamak üzere yeni borç ilişkileri kurabilirler. Mutlak haklar herkese karşı ileri sürülebilirken, nisbî haklar sadece hakkın borçlusuna karşı ileri sürülebilir. Mutlak hak, mal ya da şahıslar üzerinde doğrudan doğruya bir yetkiyi ifade ederken, nisbî hak bir hareket tarzını belirleme olarak gerçekleşir.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Kemal Oğuzman, s. 90

¹⁰⁷ Velidedeoğlu, s. 213-214

¹⁰⁸ Necip Bilge, s. 184

¹⁰⁹ Velidedeoğlu, I, 220-221

2- Konularına Göre Özel Haklar Ve Yenilik Doğuran Haklar

a. Konularına göre özel haklar

Hakların konularından maksat onların yöneldiği ve korumak istediği varlık ve çıkarlardır. Maddî varlıkları korumak isteyen haklara “*mâ-melek hakları*”, manevî varlıkları korumak amacını güden haklara da “*kişilik hakları*” denir.¹¹⁰ Bu haklara mal varlığı ve şahıs varlığı hakları da denir. Bir kimsenin mal varlığı üzerindeki mutlak ve nisbî hakları mal varlığı haklarını, gerek kendi şahsı, gerekse başkalarının şahsı üzerindeki mutlak aile hakları gibi hakları da şahıs varlığı haklarını oluşturur. Şahıs varlığı haklarının malî bir değeri yoktur.¹¹¹

b. Yenilik Doğuran Haklar

Bu tür haklar, hak sahibine kanundan veya anlaşmadan doğan, tek taraflı iradeyle yeni bir hukûkî sonuç meydana getirme yetkisi verir. Bu konuda şüf'a hakkı yaratıcı yenilik doğurucu hakka, vekâletten ‘azil veya istifâ, bozucu yenilik doğurucu hakka, bozuk çıkan malın değiştirilmesi de değiştirici yenilik doğuran hakka örnek teşkil eder.¹¹² Yenilik doğuran haklar, amaçlarına göre hakların alt başlığını oluşturur. Bu çerçevede yenilik doğurmayan yalın haklar da mevcuttur.

Yukarıda zikredilen hak türleri dışında şahsa bağlı haklar da mevcuttur. Bu hakkın temel vasfı şahsa bağlı olmak ve şahıstan ayrılmamak, devredilmemektir. Bu

¹¹⁰ Necip Bilge, s. 185-186

¹¹¹ Velidedeoğlu, I, 242-248

¹¹² Necip Bilge, s. 187-188; Velidedeoğlu, I, 250-251

çerçeve de şahıs varlığı hakları şahsa bağı haklar sınıfına girer. Şahsa bağı hakların bir de kullanılması ve medenî hakları kullanma ehliyeti bakımından daha özel bir ifadesi vardır ki o da münhasıran şahsa bağı haklardır. Bu haklar devredilemedikleri gibi kural olarak kanunî temsilciler tarafından da kullanılamazlar. Bu haklar, kazâî rüşd talebinde bulunma¹¹³, şahsiyetin himayesi için dava açma¹¹⁴, nişanı bozma¹¹⁵ gibi haklardır.¹¹⁶

¹¹³ MK. md. 84

¹¹⁴ MK. md 24

İKİNCİ BÖLÜM
İSLÂM HUKUKUNDA HAKKIN DÜŞMESİ

¹¹⁵ MK. md. 84

¹¹⁶ Velidedeoğlu, I, 249-250

I-HAKKIN DÜŞMESİNİN MAHİYETİYLE İLGİLİ KAVRAMLAR

Hakkın düşmesi, hukukun olay, eylem, ya da işlemlere bağladığı sonuçtur. Hukuk sistemi bu sonucu bağlarken hangi ölçülerden hareket etmektedir? Bu sonuçta etkili amiller nelerdir? gibi sorulara cevap verilmesi, hakkın düşmesine giden yolda gerek hukûkî süreçlerin tespit edilmesi, gerekse fakîhin ya da hukuk adamının tavrının belirlenmesi açısından son derece önem taşımaktadır.

Biz bu başlık altında hakkın düşmesi sonucunu çeşitli örnekler üzerinden, hukuka yansıyan farklı boyutlarıyla incelemeye çalışacağız.

1- Hakkın Düşmesi ve Zaman Aşımı (Tekādüm)

Günümüz hukukunun ve özellikle Batı hukukunun aksine zaman aşımı İslâm hukukunda hakların elde edilmesi ya da kaybedilmesinde etkili bir âmil değildir. Ancak hakkın ispat edilmesine yarayan davanın dinlenmesine engel teşkil eder.¹¹⁷

İslâm hukukunda zaman aşımını, ceza hukukunda hadlerin düşmesi, eşya hukukunda şüf'a hakkının düşmesi örneklerinde görebiliriz. Diğer taraftan şart muhayyerliğinin süreye bağlı olarak sona ermesi ile ihyâ edilen toprağın belli süre işlenmemesiyle ortaya çıkan hak kayıpları zaman aşımı değil, hak düşürücü süre olarak algılanmalıdır.

Kul hakkı niteliğindeki hakların zaman aşımından etkilenmemesi ve zaman aşımıyla düşmemesi İslâm hukukundaki kabul edilirken¹¹⁸ halis Allah hakkı niteliği taşıyan zina ve içki hadleri zaman aşımı (tekādüm) ile düşer. Böyle bir düşmenin sebebi araştırıldığında, hakkın düşmesinin aslında zamanın geçmesine dayalı olarak

¹¹⁷ Kâmil Mûsa, *Ahkâmü'l-Mu'âmelât*, 47

¹¹⁸ bak. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 263

gerçekleşmediği görülür. Zeylei‘nin “*Tebyînü’l-Hakâik*” isimli eserinde bildirdiğine göre, Allah hakkı niteliğindeki zina suçuna şehadeti geciktirmek dini anlamda bir günah ifade eder. Bu günahı işleyen kişi fâsık olacağından şehadeti kabul edilmez. Diğer taraftan şehadetin ertelenmesi töhmeti de barındırır.¹¹⁹ Bu ifadelerden anlaşılan, tekādüm ile haddin düşmesi, şüphe barındıran töhmet ve günah içeren fâsıklığa bağlıdır. Yoksa tekādüm, hakkın düşmesi için temel ve geçerli bir neden değildir. Burada suçun teşekkül etmemesi söz konusudur.

2- Hakkın Düşmesi ve İmkânsızlık

Hakkın elde edilmesinin çeşitli nedenlerle imkânsız hale gelmesi hakkın düşmesi sonucunu doğuracaktır. İcâre sözleşmesiyle kiralanan mülkün gasp edilmesi durumunda, icâre ile ulaşılması hedeflenen menfaati elde etmek imkânsızlaştırdığından kiraya verenin ücret hakkı düşer. Kira müddetinin bir kısmında gaspın gerçekleşmesi durumunda gasp süresince elde edilecek ücret sâkıt olur.¹²⁰

Hakkın, imkânsızlığa bağlı olarak ortadan kalkmasının bir diğer örneği Aile hukukuna dairdir. Kocasından izin almadan seyahate çıkan kadın, bu davranışıyla nâşize hükmüne gireceği gibi, kocasının kendisinden faydalanma hakkını da imkânsız hale getirecektir. Bu imkânsızlık, faydalanmaya bağlı olarak hak edilen nafaka hakkının düşmesi sonucunu doğuracaktır.¹²¹

Zikredilen iki örnekte hakkın bağlı olduğu menfaatlerin ortadan kalkması hakkın düşmesi sonucunu doğuracaktır. Burada hak kaybı, hakkı kaybeden tarafın karşı tarafa sunması gereken hizmeti sunamamasının sonucu olarak gündeme gelmektedir.

¹¹⁹ Zeylei‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, III, 292-293

¹²⁰ Mevsîlî, *İhtiyâr*, II, 66

¹²¹ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1742

3-Hakkın Düşmesi ve Damân/Tazmîn

Hakkın düşmesi konusunun ilgili olduğu temel alanlardan biri de tazmînat hukukudur. Bu noktada, tazmînatin gerekli olmadığı durum ve örneklerde hakkın düşmesi gündeme gelecektir.

Emânet hükümlerine tâbi‘ sözleşmelerde kusurlu sorumluluk söz konusudur. Kusursuzluk mevcutsa, emanet konumundaki malın telef olması halinde tazmîn yükümlülüğü bulunmadığından gerçek mal sahibinin hakkı düşecektir. Bu çerçevede vedî‘a olarak bırakılan mal müstevdi‘in (vedî‘a alan kişi) elinde emanet hükümlerine bağlı olarak bulunmaktadır. Vedî‘anın telef olması halinde müstevdi‘in kusuru yoksa tazmîn mükellefiyeti de yoktur.¹²² Aynı şekilde müste‘îrin (‘âriyet alan kişi) ‘âriyet mal üzerindeki eli¹²³, ortakların şirket malları üzerindeki eli¹²⁴ ve vekilin vekâlete konu olan mal üzerindeki eli¹²⁵ emanet hükümlerine tabîdir.¹²⁶ Helak olmaları durumunda tazmîn yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla gerçek hak sahibinin söz konusu mallar üzerindeki hakları düşer.

Emanetin konumuna bağlı olarak tazmîn yükümlülüğünün olmaması, insanların ihtiyaçlarının başka bir şekilde görülememesi ve sıkıntının doğmasıyla ilgilidir. Mesela müstevdi‘in kusuru olmadan vedî‘a telef olduğunda üzerine tazmînat yükümlülüğü lazım gelse herkes vedî‘ayı (emaneti) kabulden kaçınır. Bunun neticesinde insanlar için sabit olan birçok fayda ortadan kalkar.¹²⁷ Görüldüğü üzere insanların ihtiyacı ve insanî ilişkilerin niteliği gereği tazmîn yükümlülüğü devreden

¹²² Mavsîlî, *İhtiyâr*, III, 29; İbn Cüzey, *Kavâniü'l-Fıkhiyye*, s. 391

¹²³ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 449; İbn Cüzey, *Kavâniü'l-Fıkhiyye*, s. 390

¹²⁴ Mavsîlî, *İhtiyâr*, III, 19

¹²⁵ İbn Nüceym, *Bahru'Râik*, VII, 264

¹²⁶ ‘âriyet konusunda Şâfi‘î mezhebinin tazmin yükümlülüğünü kabul eden yaklaşımı burada dikkatten kaçmamalıdır.

¹²⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, IV, 155

çıkılmaktadır. Burada ufak bir hak kaybı olsa da, daha üst menfaatler uğruna zarureten bundan ferâğât edilmiştir.

4- Hakkın Düşmesi ve Hukûkî Konum

Kişilerin hukûkî konumlarının değişmesi, birtakım hakların düşmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun en bariz örneği dinden dönen kimsedir. İslâm hukukuna göre dinden dönen kimse erkekse, harbî konumuna geçtiğinden başta hayat hakkı olmak üzere birçok hakkını kaybeder. Erkek, muhtemel düşman ve düşmanın savaş gücü olarak algılandığından, dinden dönme fikrinden vazgeçmezse ölümle cezalandırılır¹²⁸, mülk ve miras hakları da sona erer.¹²⁹ Mürted olan şahsın öldüğü, öldürüldüğü ya da mürted olarak dâru'l-harbe iltihak ettiği hâkim kararıyla kesinleşirse bu kişinin malları üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer.¹³⁰

Mürted kimse tasarruf hürriyetini de belli sınırlar çerçevesinde kaybeder. Buna göre alış-veriş, kiralama, hibe, rehin, âzâd etme, tedbir ve kitâbet gibi tasarrufları mevkûf olarak gerçekleşir. İslâm'a dönmesi durumunda bu tasarruflar sıhhat kazanır. Ölür ya da öldürülürse tasarrufları geçersiz olur.¹³¹ Diğer taraftan ölüm hastalığında olan insanın yaşaması ile ölmesi arasındaki imkân ve ihtimal, burada da söz konusu edilmekte ve hukûkî sonuçları etkilemektedir.¹³²

Mürted, hukûkî konumu ve hukuk düzeninin bakış açısı değiştiği için önceki konumuna bağlı haklarını kaybetmektedir. Bu durumda irtidâd, hak kaybının temel nedenlerden biri olmaktadır.

¹²⁸ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 217

¹²⁹ Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 136

¹³⁰ Medânî, *Lübâb*, s. 628

¹³¹ Halebî, *Mültekâ*, s. 220

¹³² Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 136

5- Hakkın Düşmesi ve Rızâ

Rızâ ile hakkın düşmesi ilk planda ıskât niteliği taşıyan hukûkî işlemleri akla getirmektedir. Talâk, 'ıtak, ibrâ gibi işlemler, kişinin kendi iradesiyle hukûkî bir sonuç ortaya koymak üzere gerçekleştirdiği tasarruflardır ve hakkın birey tarafından düşürülmesi sonucunu doğurur. Bu çerçevede kölenin üzerindeki mülkiyet hakkının ıskâtı, âzâd etme; kadından faydalanma hakkının ıskâtı, talâk; alacağın ıskâtı da ibrâ görünümündedir.¹³³ Bütün bu örneklerde hakkın düşürülmesi, hak sahibinin rızâsıyla gerçekleşmektedir.

Rızâ, İslâm hukukçularının hakkın düşmesine hükmettikleri noktalarda en çok karşılaşılan durum olarak değerlendirilebilir. Bunun sarih olarak ifadesi de ıskât olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan rızâyâ delâlet eden eylemler ya da hak sahibinin rızâsının bulunduğu gösteren eylemsizlikler de rızâyâ delâlet yoluyla hakkın düşmesinde önemli etken olurlar.

Sükûtun, rızâyâ delâlet etmesi yoluyla hakkı düşürmesi¹³⁴ ve rızâyâ delâlet eden fiillerle hakkın düşmesi bu noktada önem taşır. Velinin, dengiyle evlenmeyen kızın nikâhına itiraz hakkını, mehri kabzetme, nafakayla ilgili tartışma gibi fiillerle kaybetmesi buna örnektir.¹³⁵

¹³³ Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 20

¹³⁴ Serahsî, *Mebsût*, V, 3; Karâfî, *Zehîra*, V, 103; Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr*, s. 198-199; İbn Kudâme, *Muğnî*, I, 1097

¹³⁵ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 31

B- HAKKIN DÜŞMESİ ÖRNEKLERİNDE KULLANILAN İFADE VE İZAHLAR

1- Hükümün Kendisinin Düşmeyi Göstermesi

Hakkın düşmesi hukukun, bireyin davranış ve tasarruflarına, eylemlerine ve ortaya çıkan olaylara bağladığı bir sonuçtur. Bu sonuç doğrudan hüküm ile ortaya konulabileceği gibi, hüküm cümlesinde hakkın düşmesini ifade eden bir kavram ya da kelime ile de ifade edilebilir. Böyle bir durumda hakkın düşmesi, hükümün tabîi bir gereği, zorunlu bir sonucu görünümündedir. Biz bu başlıkta, hüküm içinde ifade edilen hakkın düşmesi örneklerine temas edeceğiz. Bir sonraki bölümde ise hukûkî hükümün gereği görünümünde olan hakkın düşmesi örneklerini izah etmeye çalışacağız.

Hüküm cümlesi içinde hakkın düşmesi ifade ediliyorsa burada “*sakata*”, “*betale*”, “*inkata‘a*” gibi doğrudan düşmeyi ifade eden kelimelerin kullanıldığını görüyoruz. Bu tür misaller hakkın düşmesi örnekleri içinde hemen fark edilen kavramlar olarak algılanabilir.

Hüküm içinde hakkın düşmesinin ifade edildiği örneklerin başında şüf’a hakkının düşmesi örneği gelir. Kaynaklarda bu konuda “*mâ yebtulu bihî‘ş-şuf‘a*”¹³⁶, “*mubtûlâtü‘ş-şuf‘a*”¹³⁷, “*mâ yebtulu bihî hakku‘ş-şuf‘a*”¹³⁸, “*teslîmü‘ş-şuf‘a*”¹³⁹ gibi ifadelerle şüf’a hakkını düşüren durumlardan bahsedilir. Bu durumlar içinde ölüm gibi hukûkî olaylarla gerçekleşen sukût, sulh ve teslim¹⁴⁰ gibi hukûkî işleme dayalı ıskât ve rızâya delâlet eden fiillerle kısmî ıskât bulunmaktadır. Bazı kaynaklarda “*lem teskut*”

¹³⁶ Merginânî, *Hidâye*, IV, 37

¹³⁷ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 398

¹³⁸ Kasânî, *Bedâyi‘*, V, 19

¹³⁹ Serahsî, *Mebsût*, XIV, 181

¹⁴⁰ Serahsî'nin teslim kavramını, kulanması çeşitli şekillerde sarahaten veya delâleten rızâ ile şüf’a hakkının ıskâtına işaret etmektedir bak. Serahsî, *Mebsût*, XIV, 18

“*betalet şuf‘atühû*”¹⁴¹ gibi aynı anlam taşıyan farklı kelimelerin kullanıldığı da olmaktadır.

Hükmün içinde geçen ifadeyle hakkın düşmesi örneklerinin ikincisi “*Hıyâr-ı şart*”ın düşmesi örneğidir. Burada da muhayyerlik hakkının çeşitli şekillerde ve nedenlerde düştüğünü ifadede “*yebtulu*”¹⁴² “*betale*”¹⁴³ ifadeleri kullanır.

Yukarıda belirtildiği üzere bu bahislerde kullanılan ifadeler sarîh olarak hakkın düşmesine işaret eden, aynı ya da yakın anlamlı kelimelerden oluşmaktadır. Bunlar; kısas hakkını düşüren durumlar¹⁴⁴, nafaka hakkının çeşitli şekillerde düşmesi, cizye hakkının düşmesi¹⁴⁵ olarak sıralanabilir. Çoğunlukla “*sukût*”, “*iptal*” gibi kelimeler kullanılsa da, bunun genel bir ilke olduğu ve bütün kitaplarda böyle bir yolun takip edildiği söylenemez. Mesela kadının nüşûz sebebiyle nafaka hakkının düşmesi örneğinde “*ve lâ nafakate linâşizetin*”¹⁴⁶ “*felâ nefakate lehâ*”¹⁴⁷ gibi ifadeler de kullanılır. Bununla birlikte bu saydığımız örneklerde çeşitli kaynakların taranması sonucunda hakkın düşmesini ifade eden kavramlardan hareketle daha rahat sonuca ulaşılabilir.¹⁴⁸

2- Hükmün Gereği Olarak Hakkın Düşmesi

Sarîh ifade ve başlıklar, bir önceki bölümde belirtilen sınırlı sayıda konu için geçerli olduğundan, hakkın düşmesi sonucunu doğuran, “hükmün gereği ve zorunlu

¹⁴¹ Meydânî, *Lübâb*, s. 282

¹⁴² Zeyle‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, IV, 309

¹⁴³ Merginânî, *Hidâye*, III, 27

¹⁴⁴ Örnek olması için bak. Kâsânî, *Bedâyi‘*, VII, 246

¹⁴⁵ Merginânî, *Hidâye*, II, 161

¹⁴⁶ Halebî, *Mültekâ*, s. 158

¹⁴⁷ Meydânî, *Lübâb*, s. 443

¹⁴⁸ Mesela Gazâlî *Vecîz* isimli eserinde doğrudan “*muskitât-ı nafaka*” isimli başlık oluşturmuştur. Gazâlî, *Vecîz*, II, 116

sonucu” şeklindeki örneklerin sayısı çok fazladır ve algılanması ancak hukûkî ilişkinin niteliğinin anlaşılması ile mümkündür.

Şüf’ada, muhayyerlikte, nafakada, cizyede, kısasta doğrudan hakkın düşmesine işaret eden ifadeler kullanılırken, evlenme yasağını ortaya çıkaran ve bu yönüyle hak kaybına neden olan sıhrî karâbet müessesesinde “*haram kılınmıştır*”¹⁴⁹ hükmü veya bu hüküm ile aynı anlamı taşıyan farklı ifadeler kullanılmıştır.

Burada hakkın düştüğüne dair herhangi bir ifade ve kavram yer almamaktadır. Bununla birlikte nikâh sözleşmesi yapan kimse sıhri karâbet dolayısıyla, nikâh öncesi evlenebileceği kişi ya da kişilerle, muharremât ahkâmından dolayı evlenme hakkını kaybetmektedir. İşte bu tür örneklerde, hakkın düşmesine ilişkin yaklaşımların bulunmaması, hakkın düşmesi sonucunu, hukûkî ilişki ve buna ilişkin hükmün mahiyet ve gereklerinden çıkarmak gerekir.

Ölüme bağlı hakların düşmesine ilişkin başlıklarda “*irs cereyan etmez*”¹⁵⁰ gibi ifadelerin yanında mirasa konu olmaz, ölüm ile intikal etmez gibi ifadeler de kullanılır.

Mürtedin haklarının düşmesi, Mefkûdun haklarının düşmesi, zaman aşımına bağlı hak kayıpları, hukûkî işlemlerin niteliğine bağlı ıskât şeklindeki düşmeler, had görünümündeki Allah haklarının düşmesi, ibadetler alanındaki hak düşmeleri hep ilgili konular çerçevesinde ve gerekli kavramlarla ifade edilirken, hakkın düşmesi sonucu hükmün cümlesinden değil, mahiyetinden çıkarılmıştır denilebilir.¹⁵¹

¹⁴⁹ Örnek olması için bak. Buhûtî, *Ravdu’l-Murbi’*, s. 367; Halebî, *Mültekâ*, s. 105

¹⁵⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâîr*, s. 355

¹⁵¹ Bu konuda çalışmanın tamamında incelenen örneklerde hukûkî ilişkilerin nitelikleri ve hakkın düşmesinin yönü üzerinde durulmuştur. Hakkın düşmesinin hukûkî görünümüleri diyebileceğimiz izahlar için ilgili bölümlere müracaat edilebilir

III-HAKKIN DÜŞMESİ ÖRNEKLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

1- İbadetlerde Hakkın Düşmesi

Bu başlıkta; hakkın düşmesiyle ilgili örnekler araştırılırken, bu örneklerin hangi başlıklarda nasıl ortaya çıktığı, fıkıh şeması içinde bu örneklerin nerelerde yer aldığı, kısmen niteliklerine de işaret edilerek ortaya konulmaya çalışılacaktır.

İbadetler alanında teknik anlamda ve malî nitelik taşıyan bir hakkın düşmesi örneği mevcut değildir. Zira söz konusu olan Allah ile kul arasındaki ilişkiyi düzenlemekte, bunun hukûkî sonucu manevî ve diyânî düzlemde anlam ifade etmektedir. Bununla birlikte, fıkıh kitaplarında, Allah hakkı olarak kabul edilen ibadetleri düşürücü sebeplerden ve bunların sonuçlarından bahsedilir.

İbn Nüceym *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* isimli kitabında “*meşakkat teysîri celbeder.*” kaidesini açıklarken, ibadetleri hafifleten sebeplerden bahseder. Bu çerçevede yolculuk, hastalık, ikrâh, nisyân, cehâlet, umûmu'l-belvâdan kaynaklanan zorluk gibi sebeplerle ibadetlerle ilgili yükümlülükler, olması gerekenin altına çekilebilecektir. Yolculukta namazın kısılması, hastalıkta oruç ibadetinin kısmen ya da tamamen düşmesi, ikrâh altında bazı haramların düşmesi, Allah'a ait kabul edilen haklarda hafifleme şeklindeki düşmeleri gösterir.¹⁵²

Diğer taraftan zorlayan ve zaruret icabı yükümlülüğü bıraktıran sebeplerin ortadan kalkmasıyla birlikte dinin azimet hükümlerine dönmeyi emretmesi de, elde edilen ruhsatların ek haklar olarak kabul edilmesi durumunda, bu hakların düşmesi ve sona ermesi sonucunu doğuracaktır¹⁵³. Sefer sonrası namazların normal hale dönmesi¹⁵⁴,

¹⁵² İbn Nüceym, *El-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 84-85

¹⁵³ Meselâ hastanın namazında mükellefiyetlerin hafifletilmesi ve namazın erkânının belli ölçüde hafifletilmesi, hastalık sonrasında ise namazın olması gerektiği gibi kılınması buna örnek teşkil

mestler üzerine meshin süresinin düşmesi¹⁵⁵ hafifletici sebeplerin ortadan kalkmasıyla elde edilen hakların sona ermesini ifade eder.

İbn Receb el-Hanbelî, “*Kavâ'id* ” isimli eserinde ibadetleri yerine getirme noktasında ortaya çıkabilecek özür durumlarında, özrün niteliğine göre ibadetlerde fer’den asla doğru mükellefiyet hafifletmelerinin bulunabileceğini kaydetmiştir.¹⁵⁶ Aynı müellif, tekli (sorumluluğu) düşüren sebeplerden bahsederken mükellefte, namaz farz olduktan sonra, edâ etmeden mükellefiyeti düşürücü bir durum hâsıl olsa, iki görüşten birine göre kazanın gerekmeyeceği hükmüne yer verir. Aynı şekilde zekât mükellefi olan kimsenin nisâbı, edadan önce semâvî afetten dolayı telef olsa zekât mükellefiyeti düşecektir.¹⁵⁷ Bu gibi durumlarda Allah hakkı düşecektir.

Allah hakları Allah’ın emir ve yasakları görünümündedir.¹⁵⁸ Dolayısıyla emir ve yasaklara ilişkin mükellefiyetlerin ortadan kalkması doğrudan Allah hakkına müdahale sonucunu doğuracaktır. Çeşitli özürler sebebiyle düşmesi gündeme gelen¹⁵⁹ Allah haklarının kullar tarafından ıskâtı mümkün değildir. Zira o hak ile beraber kulun faydası mevcuttur. Faiz içeren sözleşmelerin haramlığı buna örnektir. Her ne kadar Allah’ın yasağı Allah hakkını oluşturmaktaysa da, bu yasakta ve haramlık hükmünde, kulun malını koruma amacı mevcuttur.¹⁶⁰

İbadetler konusunda hakkın düşmesiyle ilgili kitaplarda “*muskit*” gibi ifadelerin yanında¹⁶¹ “*esbâb-ı tahfif*” gibi ifadeler de mevcuttur.¹⁶² Her hâlükârda ibadetler alanında hakkın düşmesi denildiğinde, emir ve yasak görünümünde mükellefiyet olarak gündeme gelen hakkın, özre binaen tamamen kaldırılması ya da hafifletilmesi

etmektedir. bak. Merginânî, *Hidâye*, I, 77, 78; Meydânî, *Lübâb*, s. 109; Halebî, *Mültekâ*, s. 46; Karâfî, *Zehîra*, II, s. 356, 371; Şâfiî, *el-El-Ümm*, I, 80

¹⁵⁴ Merginânî, *Hidâye*, I, 80-82

¹⁵⁵ Meydânî, *Lübâb*, s. 40-42

¹⁵⁶ İbn Receb, *Kavâ'id*, s. 56-60

¹⁵⁷ İbn Receb, *Kavâ'id*, s. 108-109

¹⁵⁸ Karâfî, *Furûk*, I, 161

¹⁵⁹ Mesela özür durumlarında Cuma namazına ve cemaate katılmamak İslâm hukukunda meşru ve mümkündür. Konuyla ilgili bak. Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 107; Şâ'rânî, *Mizânü'l-Kübra*, I, 135

¹⁶⁰ Karâfî, *Furûk*, I, 162

¹⁶¹ Bu ifade için bak. Karâfî, *Furûk*, I, 135

¹⁶² Bak. İbn Nuceym, *Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 84

anlaşılmalıdır. Bununla birlikte bu şekilde bir hafifletmeye ya da tazmîn yükümlülüğüyle aynı bağlamda değerlendirilebilecek ibadetin kazasının gerekmemesi gibi tamamen düşmeye teknik olarak bir hak kaybı olarak bakmamak gerekir.

2- Münâkehât Bölümleri İle İlgili Konularda Hakkın Düşmesi

Münâkehât bölümleri nikâh sözleşmesiyle başlayan ve evlenme hukukundan bahseden bölümlerdir.¹⁶³ Nikâh bir yönüyle muamele olduğu kadar diğer yönüyle ibadet olarak kabul edilir.¹⁶⁴ Bu özel niteliğinden dolayı nikâh sözleşmesinin, diğer sözleşme türlerinden farklı şartları ve sonuçları mevcuttur. Bu sonuçlardan, hakkın düşmesi sonucunu doğuran kısım, evlenme ile ortaya çıkan sıhrî karâbetin evlenme yasaklarını meydana getirmesiyle ilgili olan kısımdır. Buna göre evlenen kişi, bu evlenmeyle, belli sınıf kadınları müebbeden, belli sınıf kadınları da muvakkaten kendisine haram kılmış, bu konudaki hakkını kaybetmiştir.¹⁶⁵

Nikâh ile ortaya çıkan yasaklık *Hanefî mezhebinde* daha geniş tutulmakla beraber, diğer mezhepler daha dar çerçevede hak kayıpları öngörürler. Meselâ zina ile *Hanefî mezhebinde* hurmet-i musâhere sabit olurken *Şâfiî mezhebinde* zina ile bu sonuç gerçekleşmemektedir.¹⁶⁶ *Mâlikî mezhebi* de bu konuda *Şâfiî mezhebiyle* aynı doğrultuda görüş bildirir.¹⁶⁷ Münâkehât bahislerinde nikâh ‘akdi dışında, mukârenet veya ona götüren fiiller de hakkın düşmesi neticesini doğuran haramlık hükmünü meydana getirir. Bu konuda mezhepler arası farklı yaklaşımlar mevcuttur. *Hanefîler*

¹⁶³ Bakınız. Şeybânî, *Câmiu'l-Kebîr*, s. 92; Şeybânî, *el-Hucce alâ Ehli Medîne*, II, 64 vd.; Meydânî, *Lübâb*, s. 377; Merginânî, *Hidâye*, I, 189; Bâcî, *Müntekâ*, V, 3; Karafî, *Zehîra*, IV, 188; Şâfiî, *El-Ümm*, VII, 156; Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 360

¹⁶⁴ Nikâhın muamele kabul edilmesine ilişkin örneklerle ilgili bak. Serahsî, *Mebisût*, IV, 216

¹⁶⁵ Bu konuyla ilgili bak. Serahsî, *Mebisût*, IV, 221, 222; Merginânî, *Hidâye*, I, 191; Bâcî, *Müntekâ*, V, 82, 83; Şâfiî, *El-Ümm*, V, 4, 5; Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 367

¹⁶⁶ Zeyleî, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 459; Merginânî, *Hidâye*, I, 192; Şâfiî, *el-El-Ümm*, VII, 346

¹⁶⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l- Müctehid*, III, 70

mukârenet dışı fiilleri –bakma, dokunma– haramlığın oluşmasına gerekçe sayarken Şafi’î, ‘aynı fikirde değildir.¹⁶⁸

Evlenme manilerinden hemen sonra süt emmenin hukûkî sonuçlarıyla ilgili bahislerde, süt kardeşliğinin neseb kardeşliğiyle aynı sınıfta değerlendirildiği görülür. Burada süt emme ile ortaya çıkan haramlık, hakkın düşmesiyle ilgili sonuçlar meydana getirmekte, süt emen kişi, belirli sınıflara mensub kadınlarla evlenme hakkını kaybetmektedir.¹⁶⁹

Nikâhın şartları çerçevesinde yapılan değerlendirme ve hükümlerde, velinin nikâhtaki konumu, denk olmayan nikâhlara yapabileceği itirazlar gündeme getirilir. İşte bu noktada velinin, çeşitli nedenlerle itiraz hakkının düşmesi hükmü, hakkın düşmesiyle ilgilidir. Veli, denk olmayan evlilik sonucunda, razı olduğunu gösteren fiiller sergilerse itiraz hakkını kaybedecektir.¹⁷⁰ Evlilikle ilgili muhayyerlikler de, hakkın düşmesi konusuna ilişkin örnekleri barındırmaktadır. Bülûğ muhayyerliğine sahip olan kızın bu hakkını kullanmaması, susması muhayyerliğini düşürücü nitelikte olacaktır.¹⁷¹

Evlilikten beklenen menfaatlerin elde edilmesi kadın ve erkek açısından önem taşımaktadır. Beklenen menfaatlerde sorun olması durumunda erkeğin boşama yetkisini kullanarak evliliği sonlandırma imkânı vardır. Fakat rahatsızlık erkekteyse o zaman hâkim bir sene müddet verir. Erkekte mukârenete engel olan hastalık devam ederse kadın muhayyerdir. Ayrılmayı seçerse hakim birlikteliği sonlandırır, kocasıyla kalmayı tercih ettiğinde ise evliliği sonlandırma hakkını kaybeder.¹⁷²

Evlilik hukukuyla ilgili bir diğer örnek ise, evlenecek kadının, evlenme aşamasında ve arzulanan vasıflar noktasında erkeği aldatması halinde birtakım haklarını kaybetmesi durumudur.¹⁷³ Diğer taraftan kadının kendini öldürmesi de, mehir hakkının

¹⁶⁸ Merginânî, *Hidâye*, I, 192

¹⁶⁹ Meydânî, *Lübâb*, s. 397; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l- Müctehid*, III, 71,72; Müzenî, *Muhtasar*, s.168; Mâverdî, *Hâvi'l-kebîr*, XI, 196,197

¹⁷⁰ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l- 'Înâye*, II, 31

¹⁷¹ Merginânî, *Hidâye*, I, 199

¹⁷² Serahsî, *Mebsût*, V, 95-98; Şâfiî, *el-El-Ümm*, V, 275; Karâfî, *Zehîra*, IV, 428-433

¹⁷³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 41

düşmesi sonucunu doğuracaktır.¹⁷⁴ Bu hüküm, evlilik bağının kadın tarafından ve ma‘siyet yoluyla sonlandırılmasının, kadına dönük kayıplara neden olmasıyla açıklanabilir.¹⁷⁵

Evlilik, kadın ve erkeğe belli haklar verdiği gibi belli sorumluluklar da yüklemektedir. Bu çerçevede sorumluluğunu yerine getirmeyen taraf, karşı taraftan elde etmesi gereken menfaati kaybedecektir. Mesela kadın, kocasından izin almadan seyahate çıktığında erkeğin istimtâ‘ (faydalanma) hakkı ortadan kalkacağından, nafaka hakkı ve eşler arası gündeme gelen kasm (bölüşme) hakkı düşer.¹⁷⁶ Aynı şekilde erkeğin, kadına mehrini vermemesi durumunda kadından faydalanma hakkı ve kadını, bulundukları şehrin dışına götürme hakkı düşer. Zira erkek verdiği mehirle kadından faydalanmayı hak edecektir. Bunu yapmadığı takdirde kadının faydalanmaya engel olma hakkı doğacaktır ki bu da erkeğin hakkının düşmesi demektir.¹⁷⁷

3- Müfârakât / Ayrılmalarda Hakkın Düşmesi

Müfârakât, evlilik sonrası boşanma, nikâhın feshedilmesi ve hâkim tarafından ayırma / furkat gibi meselelerin ele alındığı bölümdür.

Boşanma İslâm hukukunda ıskât niteliği taşıyan hukûkî tasarruflardandır.¹⁷⁸ Bu işlem erkeğin boşama yetkisini kullanması, bilinçli olarak hakkını düşürmesi anlamına gelir.

Boşama, ıskât niteliği taşıyan bir işlem olarak hakkın ıskâtını ilgilendirir. Diğer taraftan boşamayla ‘iddet beklemeye başlayan kadının durumu, hakkın sürelerle bağlı olarak düşmesi konusunu ilgilendirmektedir. Boşama ric‘î ise ‘iddet sonunda erkeğin

¹⁷⁴ Kâsânî, *Bedâyi‘*, II, 294

¹⁷⁵ Şeybânî, *Câmiu’l- Kebîr*, s.220

¹⁷⁶ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1742; Bâcî, *Müntekâ*, V, 437,438; Mâverdî, *Hâvi’l-kebîr*, XV,27

¹⁷⁷ Merginânî, *Hidâye*, I, 211

geri dönme hakkı düşerken, ‘‘iddet süresi boyunca nafaka alan kadının, ‘iddetin bitmesiyle nafaka hakkı sona erer.¹⁷⁹ Bu görüş *Haneî mezhebine* aittir. *Mâlikî mezhebine* göre ‘iddet bekleyen kadının nafaka hakkı düşer. Ancak hamileyse nafaka hakkı, doğuma kadar devam eder. Bu, evliliğin devamına değil, çocuğa bağlı bir haktır.¹⁸⁰ Mâlikî mezhebinin bu görüşüne göre talâk, nafaka hakkının düşmesine sebep olan bir işlem niteliğine bürünmektedir.

Eşler arasındaki ilişkilerin aile hukukuna dair etkisi dışında, eşlerin bireysel olarak ortaya koyduğu birtakım davranış ve tasarruflar da haklarını kaybetmeleri sonucunu doğurabilmektedir. *Dinden dönme (riddet)* , buna örnek olarak gösterilebilir. İrtidâd eden kadın ve erkeğin aile hukuku ve evlilik sözleşmesinin gerektirdiği hakları sona erer. Taraflardan birinin, yani kadın ya da erkekten birinin dinden dönmesi durumunda, erkeğin faydalanma hakkı da düşer.¹⁸¹ Diğer taraftan mürted olan bir erkeğin mürted bir kadınla, Müslüman ya da kâfir bir kadınla evlenme hakkı yoktur. Yani nikâh ‘akdi yapma hakkını kaybetmiştir. Zira nikâh dinî bir işlemdir. Mürtedin de dini olmadığından bu hakkı kaybetmiştir.¹⁸²

Boşanma hukukunun önemli başlıklarından olan “*tefvîzü’-t-talâk*”, yani boşama yetkisinin kadına devredilmesi de, boşama hukukunun içinde yer alan hak düşmesi örnekleri arasındadır.¹⁸³ Erkek bu yetkisini çeşitli kelimelerle devredebilir.¹⁸⁴ Bu devir sonrasında erkek boşama hakkını kaybeder.

¹⁷⁸ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, VI, 27

¹⁷⁹ Boşama ve sonuçlarıyla ilgili bak. Serahsî, *Mebûsât*, V, 191, 192; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 64; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 430

¹⁸⁰ İbn Abdilber, *İstizkâr*, VI, 164; Bâcî, *Müntekâ*, V, 388; 437

¹⁸¹ Müzenî, *Muhtasar*, s.173; Mâverdî, *Hâvi’l-Kebîr*, XI, 292, 293

¹⁸² Serahsî, *Mebûsât*, V, 47

¹⁸³ Bu konuyla ilgili bak. Meydânî, *Lübâb*, s. 411, 412; Merginânî, *Hidâye*, I, 243-250

¹⁸⁴ Bu çerçevede kullanılan kelimelerle ilgili bak. Şeybânî, *Câmiu’s-sağîr*, s.204-207

a.Nafaka konusunda hakkın düşmesi

Münâkehât bahislerinden olan nafaka konusunda da hakkın düşmesi sonucunu doğuracak hüküm ve buna dair örnekler mevcuttur. *Mâlikî mezhebine* göre râic sanatı, kazanma kudreti bulunan evladın bu özellikleri nedeniyle nafaka hakkı düşer. Diğer taraftan babanın musir (yoksul) olması da evladın nafaka hakkını düşürür. Kız çocuklarının nafakası evlendiğinde sâkit olur. Evladın nafakası zamanın geçmesiyle de sâkit olur. Evlat, erkek ise bülüğa ermesi, yani baliğ olması ile nafaka hakkı düşer. Mecnun, âmâ, kazanmaya engel olacak derecede hasta olarak baliğ olursa nafaka hakkı sâkit olmaz. Kız çocuk, evlendikten sonra boşanıp geri gelirse sâkit olan nafaka hakkı iade olunmaz. Ancak gayr-i bâliğ olarak dönerse nafaka hakkını geri alır.¹⁸⁵

b.Muhâla'a konusunda hakkın düşmesi

Kadının bedel karşılığında erkekten boşanma anlaşması yapması da “Aile Hukuku”na ilişkin hak düşümü örneklerinden birini teşkil etmektedir. Böyle bir anlaşmaya “*hul'*” ya da “*muḥâla'a*” denir. Erkek, “*muḥâla'a*” bedelini şarap ya da domuz gibi İslâm hukukuna göre ‘aynı pis olan bir mala bağlarsa, “*muḥâla'a*” sahih olur ama erkek söz konusu bedelleri alamaz.¹⁸⁶ Burada anlaşmaya gayr-i mütekavvim malların dâhil edilmesi, normal şartlarda bedel alabilecek erkeğin hakkını düşürmüştür.

“*Hul'*”, kadın ile erkek arasında bâîn talâk hükmünü meydana getirir.¹⁸⁷ Erkek, *hul'* sözleşmesinde nafaka ve barındırma yükümlülüğünü de kadına şart koşarak

¹⁸⁵ Bütün bu görüşler için bak. İbn Cüzeyy, *Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 248; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 498-499

¹⁸⁶ Şeybânî, *Câmiu's-Sağîr*, s. 214

¹⁸⁷ Serahsî, *Mebûsât*, VI, 199

düşürebilir.¹⁸⁸ “*Hul*”, İslâm hukukunda genel olarak nüşûz kapsamında ve mahiyetinde değerlendirilir.¹⁸⁹ Diğer taraftan ayrılık talebinin kadından gelmesi de hakkın düşmesinin temel sebepleri arasında yer almaktadır.¹⁹⁰

Anlaşmalı boşanmayı ifade eden *hul* işleminde, kavramın ifadesiyle hukûkî sonuç da değişmektedir. “*Hul*”, karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan ifadedir ve hak düşürücü niteliği yoktur. Karşı tarafın kabulünü gerektirecek ve buna bağlı müfâ‘ale bâbında kullanılan ifade, hakları düşürücü niteliktedir. İşlem ve anlaşma, müfâ‘ale babında ifade olunduğunda, kadının da kabulüyle mehir hakkı düşer.¹⁹¹

4-Mu‘âmelât Alanlarında Hakkın Düşmesi

Mu‘âmelât hukuku, hukûkî işlem ve tasarrufların ele alındığı alanı ifade eder. Bu alanda alım-satım, kiralama, havale, vekâlet, kefâlet vs. gibi sözleşmeler incelenir ve hükme bağlanır.

a.Bey‘ ‘akdi ve muhayyerlikler

Bey‘ (alım-satım) bahisleri mu‘âmelât hukukunun ilk ve en önemli bahisleridir. Bey‘ ve onun devamı niteliğindeki muhayyerlik bahisleri hakkın düşmesi açısından önemli ve temsil edici örnekleri içerir. Öncelikle bey‘ (alım-satım) sözleşmesi alana ve satana çeşitli sorumluluklar yükler. Taraflardan biri sorumluluğunu ya da üzerine düşen hukûkî edimi yerine getirmediğinde karşı tarafın, edimi durdurma hakkı vardır. Alım

¹⁸⁸ Serahsî, *Mebûsât*, VI, 201, 202

¹⁸⁹ İbn Âbidîn, *Reddû‘l-Muhtâr*, V, 83

¹⁹⁰ Şeybânî, *Câmiu‘l-Kebîr*, s.220

¹⁹¹ İbn Âbidîn, *Reddû‘l-Muhtâr*, V, 86

satımında müşteri malın bedelini vermese satıcının malı elde bulundurma hakkı (hapis hakkı) mevcuttur. Bâyi‘ ya da onun vekili semeni(bedeli) almadan malı teslim ederse hapis hakkı düşer. Burada, hakkının ıskâtına rızâ göstermiş kabul edilir.¹⁹²

Satım sözleşmesinin hukûkî hüküm ifade edip etmemesi, bağlayıcı olup olmaması gibi durumlar muhayyerliklerden bahseden bölümlerde incelenir. Muhayyerliklerin en temel örneklerinden birini şart muhayyerliği oluşturur. Şart muhayyerliği mezheplere göre değişen sürelerle taraflara akdi fesih ya da geçerli kılma hakkı tanımaktadır. Bu sürelerin geçmesiyle muhayyerlik hakkı sâkıt olacaktır.¹⁹³

Süreye bağlı muhayyerlikte sürenin geçmesiyle birlikte muhayyerlik hakkı düşer. Diğer taraftan muhayyer olarak alım-satım yapan taraflar, sözleşmeye rızâ gösterdiklerini ifade eden bir takım fiil ya da tasarruflarda bulunurlarsa yine muhayyerlik hakları düşecektir. Bu çerçevede muhayyer tarafların mâlik sıfatıyla tasarrufta bulunmaları rızâyâ delâlet etmesi hasebiyle muhayyerlik hakkını düşürür.¹⁹⁴ Diğer taraftan görme muhayyerliği ile ilgili bahislerde görme ya da malın vasfını anlamaya yarayan fiillerin sergilenmesi de muhayyerlik hakkını düşüren örnekler olarak zikredilebilir.¹⁹⁵

Özellikle *Şâfi‘î mezhebinin* kabul edip düzenlediği meclis muhayyerliği, tarafların birbirinden ayrılmasıyla sona erer.¹⁹⁶ Bu hüküm muhayyerlik haklarının düşmesiyle ilgili değişik bir örneği teşkil etmesi açısından önem taşımaktadır.¹⁹⁷

Muhayyerlik çeşitlerinden ayıp muhayyerliği, malın kusursuz ve sağlam olması gerektiğinden doğan bir muhayyerlik türüdür. Buna göre sağlam zannıyla alınan malın ayıplı çıkması durumunda satın alan kimse malı geri verme hakkına sahiptir. Bu hakkın

¹⁹² Merginânî, *Hidâye*, III, 140

¹⁹³ Bu konuyla ilgili bak. Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, V, 117, 118; Şeybânî, *Câmiu's-Sağîr*, s. 343; İbn Rüşd, *Bîdâyetü'l-Müctehid*, III, 271, 272; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 494; Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 240

¹⁹⁴ İbn Cüzey, *Kavânînu'l-Fıkhîyye*, s. 295

¹⁹⁵ Bak. Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-İnâye*, II, 315; Serahsî, *Mebsût*, XIII, 84; Zeyleî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 322; Merginânî, *Hidâye*, III, 34; İbn Â‘bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 160

¹⁹⁶ Şâfiî, *el-El-Ümm*, III, 4; Dimyâtî, *Îâ‘netü't-Tâlibîn*, III, 54-58

çeşitli nedenlerle düşmesi söz konusudur. Mal, müşterinin elinde ikinci defa ayıplandığında, ayıp muhayyerliğiyle malı geri verme hakkı düşer.¹⁹⁸

b. İkâle ve havale

Tarafların anlaşmasıyla sözleşmenin bütün hukûkî sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını ifade eden “*ikâle*”, hakkın düşmesine ilişkin tersinden bir etkiye sahiptir. *Haneî mezhebine* göre ikâle, taraflar açısından fesih, üçüncü şahıslar açısından yeni bir sözleşme niteliğindedir. Bu çerçevede düşen bazı haklar ikâle ile geri dönmektedir. Şüf’a hakkını kaybeden şüf’adâr, satım üzerine yapılan ikâleyle, kaybettiği hakkını yeniden kazanır. Zira ikâle, şeff’ hakkında yeni bir sözleşme niteliğindedir. İkâle ile hakkın düşmesine diğer bir örnek, bir malı satın aldıktan sonra başkasına satan, ardından ikâle yapan kişi, ayıp muhayyerliğine dayanarak malı geri verme hakkını kaybeder. İkâle, onun için yeni bir sözleşme niteliğindedir. ikâle, hibeden rucû’ hakkını da, mevhûbun leh(kendisine hediye edilen) ile gerçekleştirilen satım ve ikâle sonucunda düşürür.¹⁹⁹

Hukûkî yetkiye sahip olmayan şahsın satımı (fuzulî’nin bey’i) konusunda “*icâzet*” kavramı merkezde yer alır. İcâzet, yetki sahibinin, izni olmadan kendi malı üzerinde yapılan hukûkî işleme sonradan izin vermesidir. Bu hak, özellikle *Haneî mezhebinde* ölüm ile düşmektedir. *Şâfi’î mezhebi* fuzûlî’nin satımını kabul

¹⁹⁷ Bu konuda Mâlikî mezhebinde, Şâfi’î mezhebinin bedenen ayrılma ile meclis muhayyerliği hakkının sona ermesi hükmüne mukabil, sözle ayrılmanın meclis muhayyerliğini sona erdireceği görüşü hakimdir. Bu hüküm ve yaklaşımlarla ilgili bak. Bâcî, *Müntekâ*, VI, 429, 430

¹⁹⁸ Meydânî, *Lübâb*, s. 217-219; Merginânî, *Hidâye*, III, 35, 37; Halebî, *Mültekâ*, s. 245, 246

¹⁹⁹ İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, VI, 172

etmediğinden²⁰⁰ fuzûlî'nin satımına verilecek icâzetin ölüm olayıyla ortadan kalkması ya da kalkmaması gibi bir mesele bu mezhepte incelenmez.²⁰¹

Havale işleminde teknik anlamda bir hak düşümü örneği bulunmaz. Ancak burada *İmam Şafi'î* 'nin “*T e v â*” yaklaşımı konumuz açısından izahı gerekli bir durumdur. Havale, teknik anlamda borcun bir zimmetten diğerine geçmesi durumudur.²⁰² Havale işlemi tamamlandığında muhîl(havale eden) borçtan kurtulur. Bu durumda ödemediği sonra muhtel (borç kendisine havale edilen kişi) ilk borçluya rucû' edemez. Ancak tevâ gerçekleşirse rucû' edebilir.²⁰³ Tevâ; havale edilen borcun, muhâlün 'aleyhten alınmasının imkânsız hale gelmesidir. Bu da *Ebû Hanîfe* 'ye göre iki sebeple gerçekleşir. Birincisi muhâlün aleyhin havaleyi, yemin ederek inkar edip muhîl ile muhâlün lehine ispat edememeleridir. İkincisi ise muhâlün aleyhin müflis olarak vefat edip, muhâlün bihe kefil bulunmamasıdır.²⁰⁴ *İmam Şafi'î* 'ye göre, ölen ya da iflas yoluyla gerçekleşen tevâ sonucunda muhtalin (havaleyi alan) muhîle rucû' hakkı sâkıt olur.²⁰⁵

Havale ile borcun intikali söz konusu olduğundan alacaklının mutâlebe hakkı da sona erecektir.²⁰⁶

²⁰⁰ Şâfi'î'nin kadim görüşü Hanefîler'le aynı doğrultudadır. Buna göre fuzûlî'nin satımı mevkûf olarak geçerlidir. Yetki sahibi izin verdiğinde nâfiz hale gelir. Bu görüş ile ilgili bak. Şâ'rânî, *Mizânü'l-Kübrâ*, s. 203

²⁰¹ İcazet hakkının ölümle düşmesi ve fuzûlî'nin satımıyla ilgili bak. İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, X, 498; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 199; İbn Nuceym, *Bahru'r-Râik*, VI, 24; Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 373

²⁰² Merginânî, *Hidâye*, III, 99

²⁰³ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 508-509

²⁰⁴ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 74, 75

²⁰⁵ Şâfiî, *el-El-Ümm*, III, 228, 229; VII, 118

²⁰⁶ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 72

c.Şehadet, şahitlik hakkının düşmesi

Şehadetlerle ilgili bahislerde şehadetleri kabul edilmeyen kişilerden bahsedilen bölümler, şehadet hakkının düşmesi ile ilgili örnekleri barındırmaktadır.

Serahsî'nin belirttiğine göre şehadetin reddedilmesi, kabul edilmemesi töhmetten²⁰⁷ kaynaklanır. Zira bu, doğruya da yalana da ihtimali olan bir haberdır. Doğruluk kısmı tercihe şayan olursa şehadet hüccet olabilir. Töhmaetin bulunması durumunda haberin doğruluğu tercih edilemez.²⁰⁸

Körlük, dilsizlik, delirme, fâsıklık şehadet hakkını düşürür. Bu kimselerin şehadeti kabul olmaz. Tavır ve davranışlarıyla kadınlaşan, kadın gibi süslenen kişilerin, insanlar arasında yüksek sesle şarkı söyleyen, başkasının ölüsünün arkasından ücret karşılığı ah edip inleyen, kebâir denilen büyük günahları işlemekte ısrar eden, tavlâ, satranç gibi oyunları oynamak suretiyle boş işlerle meşgul olan, mürüvvete aykırı davranışlar sergileyen kişilerin şehadetleri makbul değildir. Ayrıca kazif haddi vurulmuş kişinin şehadeti de kabul edilmez.²⁰⁹

Yukarıda zikredilen örneklerde Serahsî'nin de belirttiği töhmaetin gündeme gelmesi şehadet hakkını düşürmektedir. Diğer taraftan kazif haddine mahkûm olan kişinin haddi infaz edilmedikçe şehadet hakkının düşmeyeceği kaynaklarda kaydedilir. Buna göre ilk sopanın vurulmasıyla şehadet hakkı düşecektir.²¹⁰ Bu yaklaşım, yargılama hukukunda infazın, hükmün bir parçası kabul edilmesiyle ilgilidir.²¹¹

²⁰⁷ Bu kavram fıkıh kitaplarında, özellikle birbiriyle kan bağı olan kimselerin birbirleri lehine şehadetleri sözkonusu olduğunda gündeme getirilerek tartışılır.

²⁰⁸ Serahsî, *Mebûsût*, XVI, 142

²⁰⁹ Burada sayılan durumlar ârızî durumlardır. Bunların gerçekleşmesi durumunda şehadet hakkı düşecektir. Zikredilen örneklerle ilgili bak. Serahsî, *Mebûsût*, XVI, 146-164; Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 168-192; Meydânî, *Lübâb*, 575-578; Merginânî, *Hidâye*, III, 121-124; Halebî, *Mültekâ*, s. 301-303

²¹⁰ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 172-173

²¹¹ Merginânî, *Hidâye*, II, 105, 108, 128

Şehadetlerle ilgili bahislerde, şehadetin dava ile ve çoklu şahitlik durumlarında birbiriyle uyumlu olması makbul olması için önem taşımaktadır. Dava ile şehadet çelişirse, şahitler farklı ifade ve tanıklıkta bulunursa şehadet hakkı düşer.²¹²

d. Vekâlet

Vekâlet ile ilgili bahislerde vekilin belli durumlarda hakkı düşer. Bey‘ ve şirâya (alım satım) vekil olan kişi hakkında şehadeti kabul edilmeyen babası ve dedesi gibi şahıslarla –normal zamanda kendi adına alış-veriş yapabilirken– vekâletten sonra alış veriş hakkını kaybeder. Bu görüş Ebû Hanîfe’ye aittir. Zira böyle bir satımda töhmet vardır. Şehadetin kabul olunmaması da bunun delilidir.²¹³ Ebû Hanîfe’nin bu görüşü, vekâlet sözleşmesiyle kişinin belli haklarının töhmete bağlı olarak düşmesine örnek gösterilebilir. *İmâmeyn* bu konuda malın kıymetiyle satımının caiz olduğu görüşündedir.²¹⁴

Vekâlet, başkası adına iş yapma yetkisidir. Bu yetki bir hak görünümündedir ve belli durumların gerçekleşmesiyle sona erer.

Müvekkilin vekili azletmesi, vekâlet yetkisini sona erdirecektir. Aynı şekilde müvekkilin ölmesi, delirmesi, mürted olarak dâru’l-harbe iltihak etmesi de vekâleti sona erdirir.²¹⁵ Zira vekâlet gayr-i lâzım (bağlayıcı olmayan) bir sözleşmedir. Varlığını devam ettirebilmesi için kuruluşunda gerçekleşmesi şart koşulan maddelerin varlığı gerekir.²¹⁶

²¹² Serahsî, *Mebsût*, XVI, 204; 205; Merginânî, *Hidâye*, III, 126-127; İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, VII, 174-184; Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, V, 192-195

²¹³ Merginânî, *Hidâye*, III, 145

²¹⁴ Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-Înâye*, II, 516

²¹⁵ Merginânî, *Hidâye*, III, 153; İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, VII, 320

²¹⁶ İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, VII, 317; Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, V, 311; 313

Vekâlet hakkının düşmesiyle ilgili kadın ile erkeği birbirinden ayıran değişik bir örnek de vekilin irtidâd etmesine (dinden dönmesine) dairdir. Buna göre erkek dinden dönerse nikâha vekâlet hakkı düşer. Zira böyle bir erkek kendisi nikâh akdetme hakkına sahip değildir ki başkasına vekil olabilsin. Dinden dönen kadın ise nikâha vekâlet hakkını kaybetmez. Zira o, dinden dönse de kendisi hakkında tasarruf yetkisini kaybetmediğinden başkasına vekâlet de edebilir.²¹⁷

Vekilin ölmesi ya da delirmesi, mürted olarak dâru'l-harbe iltihâk etmesi de vekâlet hakkını düşürür. Diğer taraftan müvekkil vekiline devrettiği işi kendisi yaparsa vekâlet yine sona erer. Burada müvekkilin tasarrufuyla vekilin aciz kalması şarttır.²¹⁸

e.Sulh

Sulh, müdde'î ile müdde'â aleyhin (davacı ile davalının), kendi rızâlarıyla aralarındaki nizayı ortadan kaldıran bir 'akittir.²¹⁹

Câmiu's-Sağîr'de nakledildiğine göre bir adamın bin dirhem alacağı olduğu kişiye “yarın bana beş yüz lira getir, kalanından muaf ol” dese ve borçlu da bunu yapsa borcun kalanından kurtulur.²²⁰ Burada sulh sözleşmesi, tarafların rızâsıyla alacaklının hakkının bir kısmını düşürmektedir. Bu bir ıskâttir.

Sulha bedel olacak malın kabzedilmesi gerekiyorsa malum olması sözleşme açısından önemlidir. Eğer sulh bedelinin kabzedilmesi gerekmiyorsa malum olması da şart değildir. Zira sâkıt olanın cehaleti münâza'aya götürmez. Böyle bir işlemin sonucu müdde'înin davasından berâattir²²¹. Bu örnekte sulh ile sâkıt olan hakkın niteliğinden

²¹⁷ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 312

²¹⁸ İbn Â'bidin, *Reddü'l-Muhtâr*, VIII, 283

²¹⁹ Meydânî, *Lübâb*, s. 323; Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 467; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VIII, 5

²²⁰ Şeybânî, *Câmiu's-Sağîr*, s. 419

²²¹ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 467

bahsedilmektedir. Esasen sulh ile hakkın düşmesi bir nevi haktan ferağat olarak da algılanabilir.

Sulhte mübâdele mahiyetinde olan değişimlerde iki tarafın rızâsı yani îcâp ve kabul şarttır.²²² Mübâdele mahiyetinde olmayıp kısmen hakkın ıskâtı mahiyetinde olan sulh, yalnız davacının icabıyla mün‘akid olur.²²³ Sulh bedeli üzerinde davacının hakkı sabit olurken, davalının da istirdâd(geri isteme) hakkı düşer.²²⁴ Bu durum sözleşmede ortaya konulan rızâ ile tarafların hak kazanma ve hak kaybetme sonuçlarına muhatab olmalarını ifade eder.

Kasten ya da hatâen işlenen cinayetlerden dolayı da sulh yapılabilir. Bu işlem af esasıyla bağlantılıdır ve meşrudur. Mağdurun yakınları, kısâsen öldürme yerine uygun bir bedelle sulh olabilirler.²²⁵ Bu durum *Kur’ân*’da bildirilen affa ilişkin ayetle meşruiyet kazanmıştır.²²⁶ Öldürme suçlusuyla sulh yapıldığında, istîfâ-i kısas (kisas cezasının uygulanmasını isteme) hakkı doğal olarak düşecektir.

Yukarıdaki örnekte belirtilen kul hakkının bedel karşılığında düşürülmesi mümkün ve meşru iken Allah hakkının bu şekilde düşürülmesi mümkün değildir. Bu bağlamda had davasından sulh caiz değildir. Zira hak Allah’a aittir, sulh yapan kişiye ait değildir. Başkasının hakkına dayalı i‘tiyaz (bedellendirme) caiz değildir.²²⁷ Aynı şekilde bedellendirilmesi mümkün olmayan haklarla ilgili sulh yapılamaz. Şûf’a hakkından vazgeçmek üzere yapılan sulh caiz değildir. Böyle bir girişim şûf’a hakkını düşürür.²²⁸

Borca ilişkin sulh muamelesiyle ilgili *Merginânî*’nin değerlendirmesi, hakkın düşmesi ile sulh ilişkisini daha açık ortaya koyacak niteliktedir. Müellife göre karşılıklı borç sözleşmeleri üzerine yapılan sulh mu‘âvaza (karşılıklı olarak bedellerin el değiştirmesi) olarak algılanamaz. Böyle bir sulh, hakkın bir kısmının alınıp, kalan

²²² Şeybânî, *Câmiu’s-Sağîr*, s. 419; Meydânî, *Lübâb*, s. 323; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VIII, 7

²²³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VIII, 7

²²⁴ Meydânî, *Lübâb*, s. 323

²²⁵ Zeyleî‘, *Tebyînu’l-Hakâik*, V, 478

²²⁶ bak. *Kurân-ı Kerîm*, II, 178

²²⁷ Merginânî, *Hidâye*, III, 194

kısımının ıskât edilmesi anlamına gelir. Burada hakkın bir kısmının ibrâsı söz konusudur.²²⁹ Bu izahta sulhun ibrâ ile iç içeliği ve bağlantısı gündeme gelmekte, ibrâ ile ıskâtın sulh sözleşmesinde hak düşümüne neden olduğu belirtilmektedir.

f. Vedî'a, 'âriyet ve hibe

Fıkıh kitaplarında korunması için birine bırakılan mal (vedî'a) ile ilgili bahislerde, emanet konumuna bağlı olarak tazmîn mükellefiyetinin bulunmaması şeklinde hak kayıpları ve müstevdi'in (vedî'ayı alan kişi), vedî'ayı kendi malıyla, ayrıştırılması mümkün olmayacak şekilde karıştırmaması sonucunda hakkın düşmesi gündeme gelmektedir.²³⁰

Vedî'a(emanet bırakılan şey), emanet hükümlerine tâbî' olduğundan, telefî halinde müstevdi'in kusuru yoksa tazmîn mükellefiyeti yüklemes.²³¹ Sözleşme öncesinde vedî'ayı alan kişiye tazmînât şartı konulamaz. Konulursa bu şart batıldır.²³² Tazmîn yükümlülüğünün bulunmaması, hak sahibinin telef olan malı üzerindeki hakkını düşürecek. Aynı durum, emanet hükümlerinin cârî olduğu bütün hukûkî işlemler için geçerlidir. Müste'îrin ('âriyet alan kişi) 'âriyet mal üzerindeki eli²³³, ortakların şirket malları üzerindeki eli²³⁴, vekilin vekâlete konu olan mal üzerindeki eli²³⁵ emanet hükümlerine bağlı olarak aynı sonucu doğurur. Söz konusu

²²⁸ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l- 'Înâye*, II, 398; Halebî, *Mültekâ*, s. 403; Merginânî, *Hidaye*, IV, 37

²²⁹ Merginânî, *Hidaye*, III, 197

²³⁰ Vedî'a bahisleri için bak. Serahsî, *Mebsût*, XI, 116; Halebî, *Mültekâ*, s. 351; Merginânî, *Hidaye*, III, 215; Mavsîlî, *İhtiyâr*, III, 29; İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VII, 464; İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VIII, 453; Hereviyyü'l-Kârî, II, 456; Meydânî, *Lübâb*, s. 348; Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 17; İbn Cüzey, *Kavânîü'l-Fıkhiyye*, s. 391

²³¹ Mevsîlî, *İhtiyâr*, III, 29; İbn Cüzey, *Kavânîü'l-Fıkhiyye*, s. 391

²³² İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VIII, 456

²³³ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l- 'Înâye*, II, 449; İbn Cüzey, *Kavânîü'l-Fıkhiyye*, s. 390

²³⁴ Mavsîlî, *İhtiyâr*, III, 19

²³⁵ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VII, 264

kişiler emin kabul edildiklerinden, kusurlu sorumluluk müessesesi gündemdedir. Kusursuz telefte tazmîn yükümlülüğü doğmaz, dolayısıyla mal sahibinin hakkı düşer.

Vedî'ayı alan kişi, vedî'a mal ile kendi malını, ayrıştırılması mümkün olmayacak şekilde karıştırırsa, vedî'ayı tazmîn eder.²³⁶ Bu durumda mülk sahibinin mal üzerindeki hakkı sona ermiş olur.

‘Âriyet (ödünç) de tıpkı vedî'a gibi emanet hükümlerine tâbi‘ olması sebebiyle, kasıt ve kusura bağlı olmadan telefi halinde tazmîn yükümlülüğü gerektirmez.²³⁷ Bu durumda da mal sahibinin hakkı düşer. *Şâfi‘î mezhebinde* bu konuda ‘âriyetin tazmîne bağlı bir hukûkî konuma sahip olduğu, dolayısıyla hakkın düşmeyeceği yönünde bir hüküm mevcuttur.²³⁸

Menfaatin bedelsiz temlîkini ifade eden ‘âriyet bahisleriyle hukûkî mahiyeti itibariyle benzeşen hibe sözleşmesi ve buna dair bahislerde, hibeden rucû‘ hakkını düşüren başlıklar, hakkın düşmesi örneklerini içermektedir.²³⁹

Özellikle *Haneî mezhebinde* hibeden rucû‘ etmeye mani durumlar maddeler halinde sıralanır, hatta bu manilerin baş harfleriyle kelimeler oluşturulur. “*Dem‘in Haze*” kelimeleriyle her harf bir engeli teşkil edecek şekilde ifadelendirilir.²⁴⁰

Hibe edilen maldaki bitişik artış, akdi yapan taraflardan birinin ölümü, hibe edilen malın (mevhûbün leh) kendisine hibede bulunan kişinin mülkünden çıkması, hibe edilen mal telef olduktan sonra, mevhûbün lehe istihkak talebiyle gelen kişiye mevhûbün lehin tazmîninde bulunması gibi durumlarda hibeden rucû‘ edilemez.²⁴¹ Bütün bu durumlarda hibeden rucû‘ hakkı düşer.

²³⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XI, 119

²³⁷ Merginânî, *Hidâye*, III, 220

²³⁸ Gazalî, *Vecîz*, I, 376; Şâ‘rânî, *Mizânü'l-Kübrâ*, II, 218, 219; Müzenî, *Muhtasar*, s 116; Mâverdî, *Hâvi'l-kebîr*, VIII, 291

²³⁹ Hibe bahisleriyle ilgili bak. Şeybânî, *Câmiu's-Sağîr*, s. 435; Serahsî, *Mebûsât*, XII, 56; İbn Cüzey, *Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 384

g.İcâre

Mu‘âmelât hukukunda bey‘den sonra en önemli bahislerden birini de icâre (kiralama) ve işçi tutma ile ilgili bölümler oluşturur. İcâre bahislerinde çeşitli nedenlerle ücret hakkının düşmesi söz konusu olabilir ve bu örnekler çalışmamızı ilgilendirir.

İcâre sözleşmesiyle kiralanan mülk gasp edilse, icâre ile hedeflenen menfaati elde etmek imkansızlaştığından kiraya verenin ücret hakkı düşer. Kira müddetinin bir kısmında gaspın gerçekleşmesi durumunda, gasp süresince hak edilecek olan ücret sâkıt olur.²⁴²

Yaptığı iş ile malda değişiklik meydana getiren işçinin malın bedelini alana kadar malı elinde tutma hakkı (hapis hakkı) mevcuttur. Boyacı, terzi bu tip işçiye örnektir. Hapis hakkını kullanırken mal elinde zayi olursa kusuru bulunmadığından tazmîn yükümlülüğü yoktur. Ayrıca mal elinde emanet hükümlerine tâbi‘ olarak bulunmaktadır. Bununla birlikte makûdun aleyhi (malı) teslimden önce mal helak olduğundan ücret hakkı yoktur. Bu hüküm *Ebû Hanîfe*’ye aittir.²⁴³

İcâre bahislerinde işçilerin, verdikleri zararları tazmîn edip edemeyecekleri meselesi de hakkın düşmesiyle yakından ilgilidir.

Yaptığı iş ile (boyama gibi) ücreti hak eden işçiye ecir-i müşterek denir. Bu tür işçiler Ebû Hanîfe’ye göre emin kabul edilir ve ellerindeki malların helâk olması durumunda tazmîn mükellefiyeti yoktur. *İmam Züfer* de bu görüştedir. *İmâmeyn*’e göre ecir-i müşterek tazmîn sorumluluğuna sahiptir. Ancak helak olayının önlenemez afet (yangın gibi) ile gerçekleşmesi durumunda tazmîn mükellefiyeti bulunmayacaktır²⁴⁴. Kiralanan evin yıkılması, değirmenin suyunun kesilmesi, kiralama sözleşmesini

²⁴⁰ Harflerin işaret ettiği anlamlar ve aktarılan bilgiler için bak. Halebî, *Mültekâ*, s. 357, 358

²⁴¹ Merginânî, *Hidâye*, III, 227, 228

²⁴² Mavsîlî, *İhtiyâr*, II, 66

²⁴³ Merginânî, *Hidâye*, III, 233, 234; Mavsîlî, *İhtiyâr*, II, 67; Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-‘Înâye*, II, 425

yapanlardan birinin ölmesi gibi durumlar icârenin feshini gerektirir.²⁴⁵ Gerek tazmîn yükümlülüğünün bulunmamasında, gerekse icâre sözleşmesinin fesholunmasında hakkın düşmesi mevcuttur. Tazmînatin bulunmaması, helake konu olan malın sahibinin hakkını düşürürken, meselâ icâreyi yapan taraflardan birinin ölümüyle de icâre hakkı sona erer.

Kendini belli bir süre hizmete tahsis eden ecîr-i has/özel işçi, hizmetçi de, tıpkı ecîr-i müşterek gibi emindir, tazmîn yükümlülüğü yoktur²⁴⁶.

h.Kölelik

Kölelik hukukuna dair ortaya konulan hükümlerde hukûkî işleme dayalı hak kayıpları mevcuttur.

Efendi, köleleriyle kitâbet ya da tedbîr sözleşmesi imzaladığında, bu anlaşma gereği köleler hürriyete kavuşma hakkı elde ederler. Yapılan bu sözleşmeler efendinin köleleri satma hakkını düşürür. Böyle bir satımı gerçekleştirirse satım bâtıl olur. El-Ümmü veledin durumu da aynıdır. Zira bu köleler hürriyeti hak etmişlerdir.²⁴⁷ Şu kadar var ki kitâbet sözleşmesi efendi açısından bağlayıcı, mükâteb köle açısından gayri lâzım (bağlayıcı olmayan) bir nitelik arz eder. Kitâbet sözleşmesinden sonra mükâteb köle satılmayı kabul ederse, hürriyet hakkı sona ermiş olur. Burada mükâtebin tavrı, sözleşmenin feshine razı olduğuna işaret eder.²⁴⁸

Cariyelerin evlendirilmesinde efendinin istihdâm (hizmetinde kullanma) hakkı bâki olmakla beraber faydalanma hakkı, cariyeyle evlenen kocaya geçeceğinden

²⁴⁴ Meydânî, *Lübâb*, s. 270; Merginânî, *Hidâye*, III, 244

²⁴⁵ Mavsîlî, *İhtiyâr*, II, 73

²⁴⁶ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 441

²⁴⁷ Merginânî, *Hidâye*, III, 42

²⁴⁸ Meydânî, *Lübâb*, s. 221

efendinin cariyesinden faydalanma hakkı sona ermiş olur.²⁴⁹ Burada cariyesini evlendiren efendi, faydalanma hakkını kaybetmiştir.

Köleliğin anlaşmaya bağlı olmadan ortadan kaldırılması, âzâd etme işlemiyle gerçekleşir. Köleyi âzâd eden efendi, bu işlemiyle köle üzerindeki haklarını ıskât etmiş olur. Âzâd etme, köle üzerindeki hakkın ıskâtı; talâk, kadın üzerindeki hakkın ıskâtı; ibrâ deyn üzerindeki hakkın ıskâtıdır. Bu işlemler gerçekleştiğinde kişinin söz konusu hakları düşer. Bununla birlikte ‘ayn üzerindeki hakkın ıskâtı mümkün değildir. Zira ıskâtтан sonra ‘ayn, herhangi bir kişiye intikal edemeyeceğinden amaçsız bir şekilde ortada kalacaktır. Bu yüzden ıskâtı mümkün değildir.²⁵⁰

Kölenin satın alınmasıyla birlikte köle üzerinde mülk hakkı ortaya çıkar. Ancak satın alınan köle, satın alanın zevi’l-erhâm cinsinden yakınıysa köle üzerindeki mülkiyet hakkı doğar doğmaz sona erecektir. Bu çerçevede zevi’l-erhâmını satın alan kişi, bunlar üzerinde mülkiyet tesis edemediğinden satın alınan kişiler âzâd olacaklardır.²⁵¹ Bu özgürlük *H z. P e y g a m b e r’in* (s.a) “*Her kim zevi’l-erhâmına malik olursa (bu yakınlıktan dolayı) zevi’l-erhâm hürdür.*”²⁵² hadisine dayanır. Burada mülkiyet hakkı oluşur oluşmaz karâbet nedeniyle son bulmaktadır. Şafi’î mezhebinde usûl ve furû hakkında hüküm böyleyken bunların dışında kalan yakınlarda bu hüküm geçerli değildir.²⁵³

İskât mahiyetinde olan âzâd etme işlemi kısmî gerçekleşirse, meselâ bir efendi kölesinin bir kısmını âzâd ederse, âzâd etme işlemi tecezzi (bölünme) kabul etmediğinden kölenin tamamı âzâd olur. Bu görüş İmâmeyn’e aittir.²⁵⁴ Ebû Hanîfe kısmî âzâdı kabul eder. Âzâd dışında kalan kısmı kazanarak efendisine ödeme yapar.²⁵⁵ Her iki durumda da hak kaybı söz konusudur. İmâmeyn, âzâd işleminin bölünemeyeceğinden hareket ederek kölenin özgürlüğüne hükmederken, kölenin âzâd

²⁴⁹ Hereviyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l- ‘Înâye*, II, 68

²⁵⁰ Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 20

²⁵¹ Merginânî, *Hidâye*, II, 53

²⁵² Ebû Davud, *Sünen*, 3949; İbn Mâce, *Sünen*, 2525

²⁵³ Gazâlî, *Vecîz*, II, 272

²⁵⁴ Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 27

²⁵⁵ Merginânî, *Hidâye*, II, 55

edilmeyen kısımdaki hakkın düşmesinin gerektiğini savunmaktadır. Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre hürriyeti hak eden köle artık satım işlemine konu olmayacağından efendinin hakkı düşecektir.

Efendinin ölümüne bağlı olarak hürriyet imkânı tanıyan tedbîr, efendinin satma, bağışlama gibi haklarını düşürürken, istihdâm, işçi olarak çalıştırma gibi haklara tesir etmez. Tedbîr anlaşması cariyeyle yapılıyorsa efendinin ondan faydalanma hakkı ve onu evlendirme hakkı düşmez.²⁵⁶

Kölelikle ilgili bahislerde hakkın düşmesi konusunu ilgilendiren bir diğer örnek âbık (efendisinden kaçan köle) ile ilgilidir. Hanefî mezhebinde, kaçan köleyi üç günlük mesafeden efendisine getiren kimse bunun karşılığında kırk dirhem ödül almaya hak kazanır.²⁵⁷ Kaçan köleyi bulan kimse ödülünü alana kadar köleyi sahibine vermeme hakkına (hapis hakkı) sahiptir.²⁵⁸ Bu noktada teslim gerçekleştiğinde bâyi'in, malı teslim etmekle hapis hakkı nasıl sona eriyorsa bulan kişinin de hapis hakkı düşer.²⁵⁹

Hanefî kaynaklarında âbık (kaçak köle) bahislerinden hemen sonra mefkûd bahisleri yer alır. Bu bahislerde mefkûdun gerek kendisiyle ilgili, gerekse geride bıraktığı kişilerle ilgili hakları tartışılarak hükme bağlanır. Mefkûdla ilgili temel mesele hâkimin, hangi koşullarda ölümüne hükmedeceğidir. Hâkim ölümüne hükmettiği anda, mefkûdun şahıs varlıkları ve mal varlıkları üzerindeki hakları sona erecektir. Hâkimin, mefkûdun ölümüne hükmetme noktasında hangi durumları dikkate alması gerektiği mezhepler arasında tartışmalıdır. Bu çerçevede *Hanefî mezhebinin* görüşü, mefkûdu; *Mâlikî mezhebinin* görüşü ise mefkûdun karısını koruma amacını taşıdığı söylenebilir.²⁶⁰ *İbn Rüşd* bu noktada, ıstışâb kaidesiyle zarar kaidesinin karşılıklı

²⁵⁶ Merginânî, *Hidâye*, II, 67; Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 398; 399; Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 32, 33

²⁵⁷ Serahsî, *Mebûsât*, XI, 18

²⁵⁸ Meydânî, *Lübâb*, s. 364

²⁵⁹ Bu konuda mültekit / bulan kişinin rızâsıyla teslimi sonucunda, harcamaları isteme hakkını kaybetmesi ile zikredilen konu örtüşmektedir. bak. Mevsîlî, *İhtiyâr*, III, 35; Mültekit ile Âbık karşılaştıran bir yaklaşım için bak. Merginânî, *Hidâye*, II, 179

²⁶⁰ Mefkûdun haklarının düşmesiyle ilgili bak. Serahsî, *Mebûsât*, XI, 35-42; İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 277; Meydânî *Lübâb*, s. 362; Buhûfî *Ravdu'l-Murbî'*, s. 352; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VII, 222, 223

kullanıldığını nakleder.²⁶¹ Hanefiler, ıstışâb kaidesini işletirken, Mâlikîler zarar prensibinden hareket etmektedir.

ı.İkrâh, hacr ve gasp

İkrâh ve icbâr ile ilgili bahislerde, mülcî(altından kalkılamayan) bir ikrâhın zaruret doğuracağı, bunun da haram olan belli durumları helal hale getireceği fıkıh kitaplarında kaydedilir.²⁶² İkrâh, kul haklarının değil, Allah haklarının (emir ve yasaklar) düşmesine neden olan hukûkî bir fiildir. Meselâ domuz eti, ölü eti, kan yemek, şarap içmek haramdır. Öldürme ve uzuv kesme ikrâhı karşısında bu haramların işlenmesi helal hale gelir.²⁶³ Burada: “*Zaruretler memnû‘ olan şeyleri mübah kılar.*”²⁶⁴ kaidesi işletilmiştir. Diğer taraftan böyle bir durumla karşılaşan kişinin haramı işleme ölçüsü de, “*Zaruretler, kendi miktarlarında takdir olunur.*”²⁶⁵ kaidesiyle sınırlandırılmıştır.

Hacir bahislerinde, ehliyetin ortadan kalkmasına bağlı olarak sefih kişinin ve akıl hastasının yetkilerinin düşmesi gündeme geldiğinde hakkın düşmesi de ortaya çıkmaktadır. Küçüklük ve kölelik hacir sebebi olsa da, bu iki örnekte hakkın düşmesi değil, hakkın doğmaması söz konusudur. Hâlbuki akıl hastalığı ve sefeh, ‘ârizî olarak ortaya çıktığında, normalde var olan hak yani mâlî tasarruflarda bulunma yetkisi ortadan kalkmaktadır.²⁶⁶ Diğer taraftan alacaklıların talebiyle borcunu ödeyemeyen

²⁶¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, III,90,91

²⁶² Merginânî, *Hidâye*, III, 277; Kudûrî, *Muhtasar*, s. 604, 605 (*Lübâb* içinde)

²⁶³ Zeyleî‘, *Tebyinü'l-Hakâik*, VI, 239, 240

²⁶⁴ Mecelle md. 21

²⁶⁵ Mecelle md. 22

²⁶⁶ Hacir ile ilgili bak. Zeyleî‘, *Tebyinü'l-Hakâik*, VI, 251; Meydânî, *Lübâb*, s. 251; Merginânî, *Hidâye*, III, 281; Halebî, *Mültekâ*, s. 385, 386

kişiyi hâkim hapseder.²⁶⁷ Borcundan dolayı hapsedilen kişi dışarıya işini görmeye gidemez, herhangi bir topluluğa katılamaz, cenâzeye, hasta ziyaretine, ziyafete gidemez. Bunun amacı sıkışıp borcunu ödemesidir.²⁶⁸ Bu durumda borçluluk kişinin özgürlük hakkını düşürmektedir.

Gasp bahislerinde de hakkın düşmesi örnek ve hükümlerine rastlamak mümkündür. Öncelikle gasp fiilinin hukûkî niteliği, bazı görüşlere göre hakkın düşmesine neden olabilmektedir. *Ebû Hanîfe* ve *Ebû Yusuf*'a göre gasp, bir malı mâlikinin izni olmadan kahren ve tağallüb yoluyla, mâlikinin mülkiyetini izâle edecek şekilde almaktır.²⁶⁹ Bu tanımda bir fiil olarak gasp, mâlikin mülkiyet hakkını izâle eden, ortadan kaldıran bir nitelik arz etmektedir.

Gaspın, mâlikin mülkünü sona erdirmesi dışında, gâsıbın (malı gasp eden kişi), gasp ettiği malda değişiklik meydana getirmesi de hakkın düşmesi durumunu ortaya çıkarır. Buna göre gâsıb, koyunu kesmek ve pişirmek, buğdayı un yapmak, unu ekmek yapmak, demiri kılıç yapmak gibi malın ismini ve faydalanma şeklini değiştirecek faaliyetlerde bulunursa o mal kendine ait olur; fakat mal sahibine tazmîninde bulunur.²⁷⁰ Burada hukûkî teğayyür ile mal sahibinin mal üzerindeki hakkı düşmektedir. Şu kadar var ki gâsıbın, malın 'aynı üzerindeki hakkı düşmüş olsa da tazmîn ettirme hakkı bâkidir. Belirtilmesi gereken bir başka nokta da, söz konusu değişikliklerle mala sahip olan gâsıbın, malın bedelini tazmîn etmeden mal üzerinde tasarrufta bulunamamasıdır.²⁷¹

²⁶⁷ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, III, 413; Merginânî, *Hidâye*, III, 286, 287

²⁶⁸ Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 174

²⁶⁹ Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 314; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 143; Merginânî, *Hidâye*, IV, 11; Zebîdî, 'Ukûdü'l-Cevâhiri'l-Münîfe, II, 98-99

²⁷⁰ Mavsîlî, *İhtiyâr*, III, 77

²⁷¹ Merginânî, *Hidâye*, IV, 15

i.Şüf'a

Şüf'a bölümlerinde, doğrudan şüf'a hakkını düşüren sebeplerin anlatıldığı başlıklar mevcuttur. Bu başlıklar “Teslimü’ş-şüf’a”²⁷², “Mâ yehtulu bihi’ş-şüf’a”²⁷³, “mubtılâtü’ş-şüf’a”²⁷⁴. “mâ yehtulu bihî hakku’ş-şüf’a”²⁷⁵ gibi aynı anlamı taşıyan ifadelerle başlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında şüf'a, hakkın düşmesi denildiğinde başlık olarak göze çarpan konulardandır.

Şüf'a öncelikle, şüf'adârın hukûkî işlemleri gerçekleştirmemesi meselâ şüf'aya özürsüz ve muktedir olmasına rağmen tâlib olmamasıyla düşer. Yine şüf'a hakkından ferağat etme karşılığında sulh sözleşmesi yaparsa, şüf'a hakkı düşecektir.²⁷⁶ Şüf'a hakkı sarih bir şekilde düşebileceği gibi, gayr-i menkulü satın alan kişiyle pazarlık yapmak gibi satıma rızâyı gösteren fiillerle de düşebilir.²⁷⁷ Şüf'a hakkını tamamen veya kısmen ıskât (düşürme) yanında, şüf'a hakkını elde etmeye yarayan gayr-i menkulü satma gibi fiiller de şüf'a hakkını düşürür.²⁷⁸ Şefî‘in ölmesi de hakkı düşürür.²⁷⁹ Özetlemek gerekirse şüf'a hakkı, hak sahibinin rızâsını gösteren fiil²⁸⁰, açık ıskât,²⁸¹ sulh ve şefî‘in ölmesiyle düşer.²⁸²

²⁷² Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 181

²⁷³ Merginânî, *Hidâye*, IV, 37

²⁷⁴ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 398

²⁷⁵ Kasânî, *Bedâi‘*, V, 19

²⁷⁶ Merginânî, *Hidâye*, IV, 37

²⁷⁷ Serahsî *Mebûsât*, XIV, 181

²⁷⁸ Mevsîlî, *İhtiyâr*, II, 57

²⁷⁹ Merginânî, *Hidâye*, IV, 38; Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 398

²⁸⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 181

²⁸¹ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 398

²⁸² Zeyle‘î, *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 385, 387

5- ‘Ukûbât

‘Ukûbat bölümlerinde başlıca hak kayıpları; kısasın çeşitli nedenlerle düşmesi, hadlerin şüpheye ve zamana bağlı olarak düşmesi ve mürted olan kişinin haklarının düşmesi şeklinde sıralanabilir.

a. Hadler ve kısas

İslâm hukukunda zina, içki içme ve hırsızlık haddi, tekâdüm(zaman aşımı) ile düşerken kazif ve kısas haddi düşmez.²⁸³ Had cezalarına ve ta‘zir cezalarına tövbenin etkisi yoktur ve bunlar tövbeyle düşmez.²⁸⁴

Had cezalarının uygulanması sırasında şahitler, cezayı uygulamaktan kaçınırlarsa had cezası düşer. Zira bu, şehadetten rucû‘ etmeye işaret eder.²⁸⁵

‘Ukûbât kısmına dair hak kayıpları –kısasta olduğu gibi– kul hakkını ilgilendirebileceği gibi hadlerde ortaya çıkan Allah haklarının düşmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Hadlere dair hükümler fıkıh kitaplarında “*Hudûd*” başlığı altında incelenir.²⁸⁶ Hudûd başlığı içinde yer alan hırsızlıkla ilgili bahislerde de gerek kul hakkı, gerekse Allah hakkına dair kayıplar söz konusu olabilmektedir.²⁸⁷

²⁸³ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 494

²⁸⁴ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 218

²⁸⁵ Meydânî, *Lübâb*, s. 503

²⁸⁶ Söz konusu bölümler için bak. Serahsî, *Mebûsât*, IX, 41; İbn Â‘bidin, *Reddû’l-Muhtâr*, VI, 3; Zeyle‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, III, 538; İbn Hümam, *Fethu’l-Kadîr*, V, 2; İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, V, 3; Meydânî, *Lübâb*, s. 501; Merginânî, *Hidâye*, II, 94; Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-Înâye*, III, 194; Mavsılî, *İhtiyâr*, IV, 93; Halebî, *Mültekâ*, s. 189

²⁸⁷ Serahsî, *Mebûsât*, IX, 155; İbn Â‘bidin, *Reddû’l-Muhtâr*, VI, 146; Meydânî, *Lübâb*, s. 514

Kul hakkının ağır bastığı kısas cezasının düşmesiyle ilgili şartlar cinayetlerle ilgili bahislerin konusunu oluşturur ve bu bahislerde kısası düşüren durumlar incelenir.²⁸⁸

Hadler, Allah haklarını oluşturduğundan kulların ıskâtıyla düşmez.²⁸⁹ Bununla birlikte şahitlerin rucû'a delâlet eden fiilleriyle, ölmeleriyle veya kaybolmalarıyla had sâkıt olur.²⁹⁰ Şahitlerin rucû'uyla zina haddi sâkıt olduğu gibi, kişinin ikrârıyla sabit olan zina haddi, ikrardan rucû' ile de sâkıt olmaktadır.²⁹¹

Hadlerin sâkıt olmasında, şüpheyi meydana getiren haller önemli bir etki ve işleve sahiptir. Buna göre mahzurlu fiillerin (özellikle zina ile ilgili) milk ve milk şüphesinden uzak olarak gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde suç teşekkül etmeyecektir.²⁹² Şüphe ile hadlerin düşürülmesi *H z. P e y g a m b e r'in* (s.a): "*Hadleri şüphe ile düşürün.*"²⁹³ hadisine dayanır.

Hadleri düşüren şüphe çeşitleri kısımlara ayrılır. *Mahalde şüphe, fiilde şüphe, 'akitte şüphe* ve *şüphe-i ıstibâh* olmak üzere toplam dört çeşit şüphe vardır. Mahalde şüphe kişinin, oğlunun karısı ya da babasının cariyesi ile ilişkiye girmesi ile gündeme gelir. Bu durumda had cezası uygulanmaz.²⁹⁴ *Merginânî* şüpheyi incelerken *şüphe-i fiil* ile *şüphe-i ıstibâhın* aynı anlama geldiğini, *şüphe-i mahallin* de *şüphe-i hükmiyye* olarak adlandırılabilirliğini ifade eder. Her iki şüpheyi de had düşer.²⁹⁵ Bu surette müellif şüpheyi iki kısma ayırmaktadır.

Bir kimsenin bilmeden, kendisine haram olan bir kadın ile evlenip mukârenette(cinsel ilişki) bulunması *şüphe-i 'akdi* meydana getirir ve bu durum haddi

²⁸⁸ Halebî, *Mültekâ*, s. 462; *Merginânî, Hidâye*, IV, 167, 168

²⁸⁹ *Merginânî, Hidâye*, II, 98

²⁹⁰ *Meydânî, Lübâb*, s. 503

²⁹¹ *Hereviyyü'l-Kârî*, III, 201

²⁹² *İbn Hümâm, Fethu'l-Kadîr*, V, 30, 31

²⁹³ *Tirmizî, Sünen*, 1424

²⁹⁴ *Mavsîlî, İhtiyâr*, IV, 106; *Serahsî, Mebsût*, IX, 61

²⁹⁵ *Merginânî, Hidâye*, II, 100

düşürür.²⁹⁶ Fiilde şüphe ise üç talâkta boşadığı eşini helal sanan kişinin durumudur.²⁹⁷ Bu durumda da had sâkıt olmaktadır.

Halis Allah hakkı niteliğini taşıyan hadler, zaman aşımıyla sâkıt olur. Hanefilere ait olan bu görüşü *Şafi'î* kabul etmez.²⁹⁸ Bununla birlikte kul hakkının ağır bastığı kazif haddi zaman aşımıyla (tekādüm) sâkıt olmaz.²⁹⁹ Had cezasın çarptırılan kişi, hüküm verildikten sonra kaçıp, zaman aşımından sonra geri döndüğünde had cezası, zaman aşımına bağlı olarak düşecektir.³⁰⁰

Zina fiilinin dâru'l-İslâm'da yapılması haddi gerektirir. Dâru'l-harbde işlenen zina fiili haddi gerektirmez.³⁰¹ Bu çerçevede, fiilin yapıldığı yer, had cezasını düşürmektedir.

Mülcî(üstesinden gelinemez) bir zorlama şeklinde ortaya çıkan ikrâh/icbâr da zina haddini düşürür.³⁰²

Hadlerin düşmesine etki eden zaman aşımının süresi *Hanefî mezhebi* içinde tartışmalıdır. Altı aylık bir süreyi savunanlar olmakla birlikte, *Ebû Hanîfe*, hakim, dönem koşullarını dikkate alarak süreyi belirlemesi gerektiğini söyler. İmam Muhâmmed ise bir aylık süreyi uygun görmüştür. İçki haddinde ise zaman aşımı (tekādüm) alkol kokusunun geçmesi olarak belirlenmiştir.³⁰³

Hadlerden, kul hakkının ağır bastığı kazif haddinde, makzûfun (iftira edilen kişi) ölmesi haddi düşürür. Zira kazif haddi mirasa konu olamaz. Bu hüküm, kazif haddinde Allah hakkının ağır basmasıyla ilgilidir. Allah hakkını kul sahiplenemez.³⁰⁴

²⁹⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, III, 205

²⁹⁷ Zeylei', *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 569

²⁹⁸ Merginânî, *Hidâye*, II, 105

²⁹⁹ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 33

³⁰⁰ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 34

³⁰¹ Mavsılî, *İhtiyâr*, IV, 108

³⁰² Serahsî, *Mebsût*, IX, 67

³⁰³ Merginânî, *Hidâye*, II, 106

³⁰⁴ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 59, 60

Hatta bir kısmı uygulandıktan sonra ölse kalanı üzerindeki hak düşer.³⁰⁵ Kazif haddiyle ilgili diğer bir mesele de, kazif haddi ile şehadet hakkının düşmesidir.³⁰⁶

b.Hırsızlık

Hırsızlık haddinde cezanın imkânsız hale gelmesi, haddin düşmesi sonucunu doğurmaktadır. İki kere hırsızlık yapan kimsenin, ilk hırsızlığında sağ eli, ikinci hırsızlığında sol ayağı kesilir. Üçüncü kere hırsızlık yapması durumunda başka bir uzvu kesilmez. Çünkü bu durumda hükmî itlâf gerçekleşir. Hâlbuki cezanın amacı caydırmaaktır.³⁰⁷ Burada kesilecek uzvun bulunmaması haddi düşürmektedir. Diğer taraftan el kesme hükmünden sonra malı çalınan kimse, malı hırsıza hibe etse ya da satsa yine had düşecektir.³⁰⁸

Hırsızlık haddi, zaman aşımına uğrayan şehadetle düşer; ancak hırsız çaldığı malı geri vermek zorundadır. Çünkü zaman aşımı, haddi ispat eden şehadete engeldir. Mâlî bir hakkın düşmesine engel olmaz. Şüphe ile şehadet sâkıt olsa da mal sâkıt olmaz.³⁰⁹

Hırsız, çaldığı malın kendi mülkü olduğunu iddia ederse, delil getirememesi durumunda bile şüpheye dayalı olarak had düşer.³¹⁰

Hırsızın çaldığı mal, el kesme cezası uygulandıktan sonra helak olmamışsa sahibine geri verilir. Eğer helak olmuşsa hırsızın bu malı tazmîn yükümlülüğü yoktur. Zira el kesme tazmîn yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır. Hırsız, çaldığı malı tazmîn ederse, çalma esnasından başlamak üzere mal, hırsızın mülküne geçecektir. Bu

³⁰⁵ Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 113

³⁰⁶ Merginânî, *Hidâye*, II, 116

³⁰⁷ Bu konudaki muhtelif görüşler için bak. Serahsî, *Mebsût*, IX, 166-167

³⁰⁸ Konuya ilişkin ayetle ilgili bak. Kur'ân-ı Kerîm, 24/4; Ayrıca bak.Merginânî, *Hidâye*, II, 128

³⁰⁹ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, III, 229

³¹⁰ Meydânî, *Lübâb*, s. 511

durumda mal, hırsızın mülkü olduğu için el kesme cezası ortadan kalkacak³¹¹, malı çalınan kişinin mal üzerindeki hakkı da düşecektir. Diğer taraftan birden fazla hırsızlığın gerçekleşmesi durumunda bir tek ceza bütün hırsızlıklar hakkında yeterli olacak ve tazmîn yükümlülüğü bulunmayacaktır.³¹²

Hırsızın, cezasını çektikten sonra tazmîn yükümlülüğünün bulunmaması *H z. P e y g a m b e r'in*: “*Hırsızın eli kesildiğinde, kendisine tazmîn yükü yüklenmez.*” hadisine dayanır.³¹³ El kesme şüphe ile ortadan kalkan bir ceza iken tazmîn, şüphe ile birlikte sabit olan bir hükümdür. Bu iki farklı sonuç tek fiil ile ortaya çıkmaz. Kısas ile diyetin bir arada bulunmaması örneği bu konuyla örtüşmektedir.³¹⁴ Bu hüküm “*Ücret ile zaman(tazmîn) müctemi ‘ olmaz.*”³¹⁵ kaidesiyle ilgili görünmektedir.

c.Kısas

Kısas cezasının uygulanması hakkı; katilin ölmesi, velilerin katili affetmesi, velilerin tamamının ya da bir kısmının bir mal üzerine sulh yapması veya velilerin bir kısmının sulh yapması gibi sebeplerle düşer.³¹⁶ Velilerden birinin katili öldürmesi de diğer velilerin kısas hakkını düşürür. Zira kısasın uygulanacağı mahal ortadan kalkmıştır.³¹⁷

Katil, öldürme fiilini gerçekleştirdikten sonra sürekli bir delilik ile delirirse kısas cezası düşer.³¹⁸ Bu durumda kısas diyete dönüşür; çünkü öldürme esnasında deli olan kişinin kısasla öldürülmesi mümkün değildir. Ancak diyet cezası verilebilir.³¹⁹

³¹¹ Merginânî, *Hidâye*, II, 130

³¹² *Hidâye*, II, 130

³¹³ Neseî, *Sünen*, VIII, 85

³¹⁴ Serahsî, *Mebûsât*, IX, 186

³¹⁵ Mecelle md. 86

³¹⁶ Halebî, *Mültekâ*, s. 462

³¹⁷ Mavsîlî, *İhtiyâr*, V, 37

³¹⁸ İbn Â‘bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, X, 163

³¹⁹ Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, VII, 234

c.Harp hukuku

Harp hukuku da hakkın ortadan kalkması ile ilgili örnekleri barındırmaktadır. Özellikle mürtedin haklarının düşmesi önem taşımaktadır. Biz harp hukukuna dair örneklere geçmeden önce kısas cezasını düşüren sebepleri kısaca inceleyeceğiz.

Bir savaş esnasında, gayr-i Müslimler Müslümanlara galip gelip mallarını ele geçirseler, Müslümanların o mallar üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer.³²⁰ Burada ihraz yoluyla iktisab söz konusudur ve bu durum karşı tarafın mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaktadır.

Harp hukukunda müste'men statüsüne bağlı olarak İslâm devletine gelen kimsenin mal ve can güvenliği söz konusudur. Bu şekilde İslâm ülkesine gelen kimse, İslâm ülkesinde vedî'a ve alacak bırakıp dâru'l-harbe dönerse emân sona erer ve bu durumda İslâm ülkesinde bıraktığı vedî'a ve alacak ihtimalli olarak bekler. Bu kişi esir alınırsa ya da kendi ülkesinde öldürülürse alacak hakkı düşer, vedî'ası da fey'e dönüşür.³²¹

İslâm ülkesinde zimmî konumunda yaşayan gayr-i Müslimler cizye vergisiyle mükelleftir. Belli durumlarda bu vergi düşer. Cizye mükellefinin Müslüman olması, ya da ölmesi cizyeyi düşürecektir.³²²

³²⁰ Merginânî, *Hidâye*, II, 150

³²¹ Merginânî, *Hidâye*, II, 155

³²² İbn Humâm, *Fethu'l-Kâdir*, V, 295-297

d.Mürted

Son olarak mürted (dinden dönen kimse) dinden dönme eylemiyle belli hukûkî sonuçlarla karşı karşıya kalır. Bu sonuçların hemen hemen tamamı hak kaybı niteliği taşımaktadır.

Dinden dönen kimse ilk olarak yaşam hakkını kaybeder. Zira mürted olmakla harbî statüsüne geçmiştir.³²³ İrtidâd eden kadınsa öldürülmez.³²⁴ İrtidâd eden kimsenin malları üzerindeki mülkiyet hakkı mevkûf olarak ortadan kalkar.³²⁵ İslâm'a dönerse malları kendisine geri verilir, dönmezse öldürülür. Dâr-ı harbe girmesi durumunda müdebber ve el-Ümmü veled köleleri âzâd olur, süreli borçları peşin hale gelir, Müslümanken kazandığı malları vârislerine dağıtılır.³²⁶ Mürtedin dini yetki gerektiren nikâh gibi tasarrufları yapma yetkisi de düşer.³²⁷ Nikâhın medeni bir sözleşme olmasının yanında ibadet hükümlerini de barındıran bir işlem olması bu ortaya konulan bu hükümde etkili görünmektedir.

6- Ferâ'iz

Ferâ'iz bahislerinde başlıca iki noktada hakkın düşmesi örneklerine rastlanır. Bunlardan birincisi, irse (mirasçı olmaya) mani durumlar³²⁸, diğeri ise daha çok *Kavâ'id* ve *Eşbâh ve'n-Nezâir* kitaplarında yer alan mirasa konu olmayan haklardan bahseden bölümlerdir.³²⁹ Miras hukukunda yer alan hacb müessesesi de hakkın düşmesi

³²³ Şeybânî, *Siyer-i Kebîr*, V, 166

³²⁴ Meydânî, *Lübâb*, s. 628

³²⁵ Halebî, *Mültekâ*, s. 220

³²⁶ Merginânî, *Hidâye*, II, 165-166; Halebî, *Mültekâ*, s. 220; Meydânî, *Lübâb*, s. 628

³²⁷ Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 180

³²⁸ Mavsîlî, *İhtiyâr*, V, 139

³²⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 355-356

sonucunu içeriyor gibi görünse de, burada bir düşme değil, hakkın olmaması, hiç doğmaması söz konusudur.³³⁰

İrse mani sebepler rıkk (kölelik), katl (öldürme), ihtilâf-ı din ve ihtilâf-ı dâr olarak sıralanabilir.³³¹ Burada kölelik, hakkın düşmesi değil, hakkın doğmaması ve olmamasıyla ilgilidir. Öldürme ve din değişikliği ise var olan hakkı düşürücü niteliktedir. Öldürme, mûrisini öldüren vârisin miras hakkını kaybetmesi sonucunu doğurur. Öldürmenin kasten ya da hataen olması sonucu değiştirmez.³³²

Öldürme ile hakkın düşmesi *H z. P e y g a m b e r'in* (s.a): “*Katile mirastan pay yoktur.*”³³³ hadisine dayanır.

Din farklılığına dayalı hak kaybı irtidâd (dinden dönme) ile gerçekleşir. Buna göre dinden dönen kimse Müslüman yakînlarına vâris olma hakkını kaybeder.³³⁴

Ölümle vârislere geçmeyen haklar ile ilgili *İbn Nüceym* Ferâ'iz bahsinde bilgiler verir. Buna göre ‘ayn niteliği taşıyan mallar miras olarak vârislere geçer. Mal niteliği taşımayan hakların bir kısmı ölüm ile sona ererken, bir kısmı vârislere intikal eder. Bu çerçevede şuf'a hakkı, hıyâr-ı şart ve kazif haddi ölümle vârislere intikal etmezken, mebîi (malı) hapsedme hakkı, rehin hakkı vârislere intikal etmektedir.³³⁵

Yukarıdaki görüşler değerlendirilecek olursa, ölümle intikal etmeyen haklar düşmekte, intikal eden haklar ise vârisler tarafından kullanılabilmekte, dolayısıyla düşmemektedir.

³³⁰ Söz konusu bahisler için bak. Meydânî, *Lûbâb*, s. 655-656; Halebî, *Mültekâ*, s. 505; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 356; Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, VII, 477

³³¹ Mavsîlî, *İhtiyâr*, V, 139

³³² Serahsî, *Mebsût*, X,55; Bu konuda mezhepler arasında öldürmenin şekline göre değişen hükümler mevcuttur. Bu hükümler, hukûkî eylem ile hakkın düşmesi başlığında ele alınmıştır.

³³³ Tirmizi, *Kitâbü'l-Ferâ'iz*, 2109

³³⁴ Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 180-181; Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 176

³³⁵ İbn Nüceym, *el-El-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 355

IV-HAKKIN DÜŞMESİ ÖRNEKLERİYLE İLGİLİ HUKUK KAİDELERİ

*1. Sâkite söz isnad olunmaz, lakin ma‘riz-i hacette sükût beyandır.*³³⁶

Bu madde, sükûtun rızâya delâlet ettiği hallerde hakkın düşmesi ile ilgili olarak konumuzu ilgilendirmektedir.

İbn Nüceym “*el-Eşbâh ve’n-Nezâir*” isimli eserinde sükûtun rızâya delâlet etmesiyle ilgili otuz üç maddeden bahseder. Bu noktaların bir kısmında sükût eden kişinin, hakkının düşmesine rızâ gösterdiğinden veya sükûtu böyle yorumlandığından hakkı düşmektedir. Buna göre bâkire kızın velisine karşı evlenme teklifi konusunda susması, şüf‘adârın satım sözleşmesini duyunca susması, kocanın çocuk doğduğunda nefyde(ret) bulunmayıp susması, alıcının satım öncesinde, maldaki ayıbı görüp susması rızâ yerine geçer.³³⁷ Bu örneklerde bâkire kız evliliğe itiraz hakkını, şefi‘ şuf’a hakkını, baba çocuğu inkâr etme hakkını, alıcı ayıp muhayyerliğine dayanarak malı geri verme hakkını sükût nedeniyle kaybetmiştir.

*2.Kim bir şeyi vaktinden evvel isti‘câl eyler ise mahrumiyetle mu‘âteb olur.*³³⁸

Bu kaidenin işletildiği temel hak kaybı örneği, mûrisini öldüren vârisin miras hakkını kaybetmesidir. *Haneфіlere* göre haksız yere mûrisini öldüren kimse miras hakkını kaybeder. Öldürmenin kasten ya da hataen olması sonucu değiştirmez.³³⁹

³³⁶ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 178; Mecelle md. 67

Mâlikî mezhebi kasten öldürmeyi mahrumiyet sebebi sayarken hataen öldürmeyi mirastan mahrumiyet sebebi saymaz.³⁴⁰

Şafî 'î mezhebi töhmet barındıran ve tazmîn yükümlülüğünü beraberinde getiren öldürmeyle hakkın düşeceğini ifade eder.³⁴¹ *Hanbelî mezhebinde* de, mûrisini tek başına ya da müşterek, mübâşeretle ya da tesebbûben öldüren kişi miras hakkını kaybeder.³⁴²

Öldürmeyle hak mahrumiyeti İslâm hukukunda cezaî nitelik taşımaktadır.³⁴³ Bu yönüyle ortaya çıkan hakkın düşmesi hükmü, müeyyide kapsamında değerlendirilebilir.

3. “*Tekâdüm-i zaman ile hak sâkıt olmaz*”³⁴⁴.

Bu kaide zaman aşımına bağlı olarak hakkın kaybedilemeyeceğini ifade eder. İslâm hukukunun genel felsefesi dikkate alındığında zamanın geçmesi, hak kaybının sebebi olamaz. Ancak İslâm hukuku, zamanın geçmesini dava hakkının düşmesine sebep olarak kabul etmiştir. Meselâ şahsın olsun, devletin olsun, deyn ve ‘ayna dair mülk davalarında, miras davalarında icâreteyn ve mukātaa ile tasarruf davalarında zaman aşımı on beş senedir.³⁴⁵ Arazi-i emiriyye ve vakıf arazisinin rakabesine dair davanın zaman aşımı 36 yıldır ve bu süre zarfında her hangi bir özür bulunmadan terk edilen dava dinlenmez. Zira, özürsüz olarak yapılan 36 yıllık terk hakkın yokluğuna delâlet eder.³⁴⁶

³³⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve 'n-Nezâir*, s. 178-180

³³⁸ Mecelle md. 99

³³⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XXX, 55

³⁴⁰ İbn Cüzey, *Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 411

³⁴¹ Şirâzî, *Muhezzeb*, II, 655-656

³⁴² Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi'*, s. 355

³⁴³ Bu mahrumiyetin niteliğiyle ilgili bak. Serahsî, *Usûl*, II, 291; İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr*, s. 314-315

³⁴⁴ Mecelle md. 1674

³⁴⁵ Mecelle md. 1660

³⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hukkâm*, IV, 334, 335

İslâm hukukunda şüf'a hakkı, davası bir ay içinde açılmadığı takdirde düşer.³⁴⁷

4. “Mütesebbib, müte‘ammid olmadıkça zâmin olmaz”³⁴⁸.

Bu kaide, özellikle telef olayına bağlı olarak hakkın düşmesiyle yakından ilişkilidir. Buna göre telef olayı mübaşeretle ya da tessebbüben bir kimseye nisbet edilemiyorsa bu durumda telef edilen malın sahibinin, mal üzerindeki hakkı düşecektir. Bu noktada, kaçınılması mümkün olmayan felâketler tazmîn sorumluluğunu düşürür.³⁴⁹

5. “Şek ile yakîn zâil olmaz”.³⁵⁰

Bu kaidenin hakkın düşmesine etkisi, mefkûdun haklarının, öldü kabul edilerek düşürülmesi meselesinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle *Hanefîler*, ıstışâb-ı hal kaidelerini işleterek kişinin karısının boş olmaması, mallarının dağıtılmaması gibi sonuçlara varırlar.³⁵¹ Bu çerçevede mefkûdun durumundan haber alana kadar mefkûdun ölümüne hükmedilmez. Dolayısıyla mefkûdun hakları düşmez. Zira kesin olarak varlığı bilinen nikâh, gaybet haliyle ortadan kalkmaz. Şüphe, kesin bilgiyi ortadan kaldıramaz.³⁵²

³⁴⁷ bak. Halebî, *Mültekâ*, s. 400; Merginânî, *Hidâye*, IV, 28

³⁴⁸ Mecelle md. 93

³⁴⁹ Serahsî, *Mebûsât*, X, 90

³⁵⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr*, s. 60

³⁵¹ Serahsî, *Mebûsât*, XI, 37

³⁵² Merginânî, *Hidâye*, II, 181

V- DÎNÎ HAK- KAZÂÎ HAK AYRIMIYLA HAKKIN DÜŞMESİNİN İLİŞKİSİ

İslâm hukukunun, diğer hukuk düzenlerinden ayrı olarak, kişiler arasında ortaya çıkan hukûkî ilişkileri, dünyevî ve zâhirî ölçülerle sonuca bağlaması yanında, ahiret inancı ile bağlantılı olarak sevap, günah ve kazâî olanla birlikte diyânî hükümlere ulaşma kaygısı da mevcuttur. Bu anlayış ve zihniyet doğal olarak hükümlerin ve buna bağlı olarak hakların kazâî ve diyânî olarak ikiye ayrılması sonucunu beraberinde getirmiştir.³⁵³

Hakkın kazâî olarak düşmesiyle birlikte, diyâneten düşmemesi ve bâki olması esasen dünya sonrası hayatla ilgili ve müşahhas(objektif) hukuk ölçüleriyle ispat edilemez niteliktedir. Bu çerçevede İslâm hukuku hükümleri, tahlil edici bir gözle incelendiğinde, zaman aşımıyla hakkın ispat gücünü yitirmesi ile mahekemede hâkim önünde savunulmak suretiyle elde edilmesi hakkı diyâneten düşecektir. Bununla birlikte İslâm hukukunda “*Tekâdüm-i zamanla hak sâkıt olmaz*”³⁵⁴ kaidesiyle hakkın düşmesinde asılda zaman aşımının etkisinin bulunmadığı kabul edilmekte, dolayısıyla zaman aşımı sebebiyle hakkın kazâen düşmesi gündeme gelse de, diyâneten sâkıt olmayacağı vurgulanmıştır. Bu çerçevede belli dava türlerinde ortaya konulan zaman aşımı süreleri özellikle mülk davalarında kargaşayı önlemeye yönelik ve hukûkî istikrarı sağlama amacına ma‘tûf görünmektedir.³⁵⁵ Bu yaklaşımlar hakkın düşmesi değil, devlet başkanının, genelin menfaati gereği ortaya koyduğu sınırlamalar olarak algılanmalıdır³⁵⁶.

Yukarıdaki izahlardan anlaşılabacağı üzere, kazâen etkisini yitiren hakkın, zamana bağlı olarak diyâneten kaybedilmeyeceği ilkesi İslâm hukukunda genel manada kabul görmüştür denilebilir. Ancak İslâm hukuku hükümleri içinde, diyânî sebeplerle hukûkî ve kazâî hakların kaybedildiğini gösteren örnekler münferit örnekler halinde mevcuttur.

³⁵³ Söz konusu ayırım için bak. Ahmet Fehmi Ebu Sünne, *Nazariyyetü'l-hak*, s.182. Ayrıca bu ayırımın fıkıh kitaplarında geçen örnekleri için bak. Serahsî, *Mebisûl*, XVI, 149; Merginânî, *Hidâye*, I,233,234; II,79,89.

³⁵⁴ Mecelle madde 1674

³⁵⁵ Söz konusu davalar için bak. Mecelle madde 1660,1662,1670

³⁵⁶ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, s.143

Fâsık kişinin şehadet hakkını kaybetmesiyle, ihramlı kimsenin nikâh akdi gerçekleştirme hakkını kaybetmesi, diyânî hakkın, kazâî hakka etki etmek suretiyle düşmesine yol açması olarak değerlendirilebilir. Biz şimdi bu örnekleri ana hatlarıyla incelemeye çalışacağız.

Haneî mezhebinde kazif haddine çarptırılan kişinin şehadet hakkını kaybetmesi, fâsıklık günahının bir neticesi olarak değerlendirilir. Bu durumda olan bir kimse tövbe etse de şهادeti kabul edilmez. Bu husus: “*Onların şهادetini ebediyen kabul etmeyin.*”³⁵⁷ âyetine dayanır. Bir kimse, iffetli bir insan iftira atmakla adalet vasfını kaybedecek ve bu vasfın kaybedilmesiyle de şهادet hakkı düşecektir. Bu durum kazif haddini gerektirir. Şهادet hakkının düşmesi de, ceza niteliğindeki haddin bir uzantısı, zorunlu bir gereği mahiyetindedir.³⁵⁸ Bu şekilde düşen bir hakkın tövbe etmekle geri gelmesi de mümkün değildir.³⁵⁹ Bu örnekte, diyânî nedenlerle hukûkî hak vasfını taşıyan şهادet hakkının düşmesi söz konusudur. Bu hüküm, bir yönüyle münferit nitelik taşısa da, İslâm hukukunda kazâî alanla diyânî alanın karşılıklı etkileşime açık olduğunu göstermesi açısından önem taşımaktadır.

Şâfi’î mezhebinde büyük günah niteliği taşıyan gasp, hırsızlık, iftira ve içki içmek; kişinin fâsık olması sonucunu doğuracağından, Haneî mezhebiyle aynı çerçeve ve bağlamda şهادet hakkını düşürücü bir nitelik taşımaktadır.³⁶⁰ Yine *Şâfi’î mezhebinde*, mürüvvete aykırı davranışlar sergileyen ve bu yönüyle ahlaka aykırı tutumlar içinde bulunan insanların, güvenilirlikleri kalmadığından şهادet hakları düşer. Bu hükmün gerekçesi, insanlardan utanmayan kişinin şهادet konusunda da titiz davranmayacağı düşüncesidir.³⁶¹ Burada ahlakî alanın hukûkî alana etki etmek suretiyle hakkı düşürmesi söz konusudur ve bir yönüyle diyânî alanı ilgilendirmektedir.³⁶²

³⁵⁷ Kur’an-ı Kerim, 24/4

³⁵⁸ Serahsî, *Mebisûl*, XVI,149

³⁵⁹ Serahsî, *Mebisûl*, XVI,150

³⁶⁰ Şirâzî, *Mühezzeb*, III,684

³⁶¹ Şirâzî, *Mühezzeb*, III,685

³⁶² Haneî mezhebinde de mürüvvete aykırı davranışlar adalet vasfını ortadan kaldırması sebebiyle şهادet hakkını düşürür. Bu çerçevede içki içmek, örtülmesi gereken yerleri örtmemek gibi günahların yanı sıra, tıpkı Şâfiîlerde olduğu gibi ahlaki olmayan davranışları sergileyen kişilerin şهادet hakkını kaybedeceği kaynaklarda kaydedilir. Bu konuda bak. Zeyleî‘, *Tebyinü’l hakaik*, V,177-179; İbn Â‘bidin, *Reddü’l-muhtâr*, VIII,198,199

Diyânî hakkın kazâî hakka etkisini gösteren bir diğer örnek fıkıh kitaplarının hac bahislerinde yer alan, ihramlı kişinin tasarruflarına ilişkindir. İhramın normal hayat şartlarını değiştiren yasakları bir yana³⁶³ Şâfi'î mezhebine göre ihramlı kişinin nikâhı batıldır.³⁶⁴ İmam Mâlik, böyle bir nikâhın sahih olmakla birlikte fesholunmasının gerekli olduğunu savunurken Ebu Hanîfe nikâhın cevazına kâildir.³⁶⁵ Nikâhın bâtil olmasının nedeni, ihramın nikâh akdi gerçekleştirme yetkisini ortadan kaldırmasıdır.³⁶⁶ Şâfi'î mezhebine göre ihramın, tasarruf yetkisini ortadan kaldıran niteliği söz konusudur ve bu noktada hac ihramıyla umre ihramı arasında fark yoktur.³⁶⁷ Burada Şâfi'î mezhebinin hükmü, diyânî bir hak niteliğindeki haccın gereği olan ihramın, kazâî hak olan nikâhlanma yetkisini ortadan kaldırması ile ilgilidir. Şu kadar var ki Şâfi'î ler bu hükümde yalnız kalmış görünmektedir.³⁶⁸

Buraya kadar anlatılanlar özetlenip sonuca varılacak olursa; diyânî hak, hakkın uhrevî boyuta taşınması yoluyla her zaman sabittir denilebilir. Fâsıkın hakkını kaybetmesinde, hukûkî hayatta ispat vasıtası niteliğindeki şahadet hakkının dini nedenlerle, yani günahkâr olma nedeniyle düşmesi sonucu mevcuttur. Diğer taraftan mürüvvete aykırı davranışlar sergileyen kişilerin haklarını kaybetmeleri ahlaki nedenlerle hakkın kaybedilmesi anlamını taşır. Bununla birlikte her iki örnekte de hakkın kaybedilmesinin temel nedeni adalet vasfının kaybedilmesi olarak görünmektedir.³⁶⁹

İhramlı kişinin yetki kaybı ise Hz. Peygamber'in (s.a), ihramlıyken nikâhı yasaklayan ifadesine dayalı olarak Şâfi'î mezhebinin ortaya koyduğu bir hüküm niteliğindedir. Burada ibadetin yerine getirilme şartı olan ihramın, hukûkî alana tesiri açık olarak görünmektedir.

³⁶³ Nevevî, *Mecmû'*, VII,164,168

³⁶⁴ Müzenî, *Muhtasar*, s.175, Maverdî, *Hâvi'l-kebîr*, XI,326

³⁶⁵ Maverdî, *Hâvi'l-kebîr*, XI,326

³⁶⁶ Nevevî, *Mecmû'*, VII,189

³⁶⁷ Nevevî, *Mecmû'*, VII,186

³⁶⁸ Şâfi'î mezhebinde nikâhın batıl olması sadece erkeğin ihramlı olmasına bağlı değildir. Kadının ihramlı olması, velinin ya da vekilin ihramlı olması da aynı sonucu doğuracaktır. Bak. Şâfiî, *el-Ümm*, II, 120;V,177,178; Maverdî, *Hâvi'l-kebîr*, XI,326,327

³⁶⁹ Adalet vasfının kaybedilmesiyle ilgili bak, ibn Abidin, *Reddû'l- Muhtâr*, VIII,189,190

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SEBEPLERİ AÇISINDAN HAKKIN DÜŞMESİ

I- HUKÛKÎ OLAY İLE HAKKIN DÜŞMESİ

A) ÖLÜM

1- Hakikî Ölüm ile Hakkın Düşmesi

a-Şüf'a Hakkı

Şüf'a hakkı, hak sahibinin mülkü üzerindeki tasarrufunu sınırlayan haklardan biridir. Mâlikin şahsî durumundan kaynaklanan sınırlamalar (ehliyet ârızaları), başkasının hakkının ta'alluk etmesinden kaynaklanan sınırlamalar (ortak mal ve rehinli mal gibi) yanında, komşu hakkının gerektirdiği tasarruf sınırlaması da, hakkı kullanma ve edâ ehliyetinde sınırlama getirmektedir.³⁷⁰

Şüf'a, "tek" in zıddı anlamına gelen "şef" kökünden gelmekte³⁷¹, satılan akarı, şefî'in zimmetine eklediği için eklemek anlamını taşıyan şüf'a kelimesiyle ifade edilmektedir.³⁷² Sözlük anlamı bu olmakla birlikte şer'î (hukûkî) anlamda şüf'a, bir malı, satın alana kaç mal olduysa o miktar karşılığında ve hâkim kararıyla (cebren ya da rızâyı) mülkiyete geçirmektir.³⁷³ Şüf'a'nın, başkasının malı üzerinde cebrî etkiyle hukûkî sonuç edilmesi niteliği ile rızâyı devre dışı bırakması özelliği bu kavramın gasp

³⁷⁰ Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fıkhiyyü'l-Âm*, I, 334, Dimeşk, 2004

³⁷¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 109

³⁷² Merginânî, *Hidâye*, IV, 24

³⁷³ İbrahim Halebî, *Mültekâ*, s. 399; Merginânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitab*, s. 280, Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s.424

bahislerinden sonra ve söz konusu bahislerle ilişkili olarak incelenmesi sonucunu doğurmuştur.³⁷⁴

Hanefîlere göre şüf'a hakkı öncelikle satılan gayr-i menkulde ortak olana, daha sonra su hissesi ve yol hissesi gibi mülke ait olan haklarda ortak olan kimseye, en son da bitişik komşuya aittir.³⁷⁵ *Şâfi'î mezhebine* göre bitişik komşunun (câr-i mûlâsık) şüf'a hakkı yoktur.³⁷⁶ *Mâlikî mezhebine* göre de bitişik komşu şüf'aya hak sahibi değildir. Hatta bir gayr-i menkulün alt kısmı bir kimseye, üst kısmı da diğer bir kimseye ait olsa bu durumda bile tarafların birbirine şüf'a hakkı oluşmaz.³⁷⁷ *Hanbelî mezhebine* göre şüf'a hakkı, tıpkı *Hanefîlerde* olduğu gibi satılan mülkte ortaklık, mülkün hukukunda ortaklık ve üçüncü olarak da bitişik komşuluk ile sabit olur.³⁷⁸

Şüf'a'ya konu olan malın bölünebilir olup olmaması³⁷⁹, şüf'a hakkını elde edecek olan kimselerin maldaki ortaklı hisselerine göre hak sahibi olmaları durumu³⁸⁰ ve benzeri meseleler şüf'a ile ilgili bölümlerde yer alsada, konumuzla doğrudan ilgili olmadığından burada ayrıntıya girmiyoruz.

Şüf'a hakkı, satım sözleşmesinden sonra doğan bir haktır. Burada şeffî'in/şüf'adârın cebrî temellük hakkı ortaya çıkar. Bu hakkın, karşı tarafın rızâsını temin ve tahsil etmeden ortaya çıkması esasen caiz olmadığı gibi kıyasa da aykırıdır.³⁸¹ Bununla birlikte kötü komşulukla ortaya çıkabilecek zararları ortadan kaldıracı için, ihtiyaca binaen meşru kılınmıştır. Gayr-i menkul çevresindeki duvarları yükseltmek, ateş tutuşturmak, ışığı kesmek, toz oluşturmak gibi kötü muameleler –özellikle komşular arasında anlaşmazlık ve kötü geçim mevcutsa– zarar

³⁷⁴ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, VIII, 228; İbn Â'bidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IX, 313; Halebî, *Mültekâ*, s. 399

³⁷⁵ Merginânî, *Hidâye*, IV, 24; Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 350

³⁷⁶ Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 387

³⁷⁷ Ömer Nasuhi Bilmen *Fıkhiyye Kamusu*, VI, 134

³⁷⁸ Buhûtî, *eRavdu'l-Murbî'*, s. 280

³⁷⁹ Bu konuda bakınız Serahsî, *Mebûsût*, XIV, 114; Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 350; İbn Cüzeyy, *Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 309; Gazâlî, *Vecîz*, I, 387; Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî'*, s. 306

³⁸⁰ Bak.Serahsî, *Mebûsût*, XIV, 118, 119

³⁸¹ Serahsî, *Mebûsût*, XIV, 109

meydana getirecektir. Bu çerçevede: “*En daraltıcı ve sıkıcı hapis, geçinemeyen insanların yan yana gelmesiyle ortaya çıkan hapistir.*” sözü konuyu izahta yeterlidir.³⁸²

Şüf'a hakkı satım sözleşmesinden sonra ortaya çıkmakla birlikte bu hakkın sebebi satım sözleşmesi değildir. Meselenin bu boyutuna işaret eden *Hidâye* müellifi, satım sözleşmesinin sebep olarak algılanamayacağını, asıl sebebin ortaklık ve komşuluk olduğunu vurgular.³⁸³

Şüf'a hakkı sabit olduktan sonra; şefî'in/şüf'adârın, şüf'a talebinde bulunması ve bunu söz ile ortaya koyması gerekir ki buna “*taleb-i müvâsebe*” denir.³⁸⁴ Şefî‘, ortaya koyduğu bu talepten sonra şahitlerin huzurunda ve satılan gayr-i menkulün ya da zilyedin yanında bu talebini tekrar eder. Bu talebe “*taleb-i işhâd*” denir. Son olarak şefî‘ bu talebini hâkimin huzurunda beyan eder ki buna da “*taleb-i husûmet*” denir.³⁸⁵ Ortaya konulan bu işlemlerle esasen zayıf olan hak güçlenir ve şefî'in bu hakka tâlip olduğunu gösterir.³⁸⁶

Şüf'a ile ilgili ortaya koyduğumuz bu genel bilgilendirmeden sonra şüf'a hakkının önce ölüm olayıyla düşmesini, daha sonra da çeşitli hukûkî durumların gerçekleşmesiyle sona ermesini inceleyeceğiz. Böyle bir giriş yapmamızın nedeni, şüf'a hakkının düşmesiyle ilgili meseleleri izah ederken gerekli bilgi alt yapısını sağlamaktır.

Hanefî mezhebine göre ölüm ile şüf'a hakkı düşer. Buradaki ölüm, şüf'a'ya sebep olan akar satıldıktan sonra ve hâkim şüf'aya hükmetmeden önce gerçekleşen ölümdür. Böyle bir durumda ölen kişinin vârislerinin, şüf'a talebinde bulunup, ‘ıvaz karşılığında satılan ya hibe edilen akarı cebren (hâkim kararıyla) temellük etme hakları düşer.³⁸⁷ Burada mücerred olarak görüş ve tercih ifade eden bir hak mevcuttur. Kişinin ölümüyle tercihte bulunma hakkı da doğal olarak düşecek, vârislere intikal

³⁸² Zeyleî‘, *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 349

³⁸³ Merginânî, *Hidâye*, IV, 26

³⁸⁴ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VIII, 233

³⁸⁵ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-İnâye*, II, 392

³⁸⁶ Merginânî, *Hidâye*, IV, 26

³⁸⁷ Serahsî, *Mebisât*, XIV, 139

etmeyecektir.³⁸⁸ Şüf'a'ya sebep olan mülk ölümle sona ermiştir. Hâlbuki şüf'anın cebri temellüğe götüren süreçte devam edebilmesi mülkün, şefi'in mülkiyetinde bulunmasına bağlıdır. Ölüm ile bu şart ortadan kalktığından hak da sona ermektedir.³⁸⁹

Ölüm ile şüf'a hakkının düşmesi, yani vârislere intikal etmemesi, dolayısıyla satılan gayr-i menkulün, satın alanın mülkiyetine geçmesi konusunda *Şâfi'î mezhebi Hanefî mezhebinden* farklı görüşe sahiptir. *Şâfi'î mezhebine* göre şüf'a hakkı, şefi'in ölümüyle vârislere intikal eder. Zira şüf'a hakkı, kişinin malından zararın giderilmesi için meşru kılınmış bir seçim ve tercih hakkı niteliğindedir. Bu yönüyle, ayıp muhayyerliğiyle aynı hükme tâbidir.³⁹⁰

Mâlikî mezhebine göre şüf'a hakkı, mirasa konu olan haklardandır ve ölümle sona ermez.³⁹¹ *Hanefî mezhebiyle* diğer mezhepler arasındaki temel ihtilaf noktalarından birini teşkil eden şüf'a hakkının mirasa konu olup-olamaması durumu, mukayeseli fıkıh kitaplarında da zikredilir. Meselâ *İbn Rüşd*, çeşitli bölgelerin fakihleri arasındaki meşhur ihtilaf noktalarından biri olarak şüf'ada mirasın cârî olup olması konusunda: “*Kûfeliler, şüf'a hakkının satımına izin vermedikleri gibi mirasını da kabul etmezler. Mâlik, Şâfi'î ve ehl-i Hicaz şüf'a hakkının normal mallara kıyasla mirasa da konu olabileceği görüşündedirler.*”³⁹² ifadelerini kullanır.³⁹³

Şüf'a hakkının ölümle düşmesi konusunda *Hanefî mezhebinin* yaklaşımı, daha çok hukûkî işlem ve gereklerin yerine gelmemesi esasına dayanmaktadır. Buna göre şefi'in ölümüyle, şüf'a hakkını elde etmeye yarayan mal üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer ve vârislerine intikal eder. Fakat vârislere intikal, şüf'a hakkının başlamasını ve sübûtunu sağlayan satım sözleşmesinden sonra gerçekleştiği için vârisler hakkında şüf'a hakkı sabit olmaz. Vârisler, şüf'aya sebep olan gayrimenkule, satım sözleşmesi sırasında mâlik olmadıklarından şüf'a hakkı düşmektedir.³⁹⁴ Burada şüf'a hakkının

³⁸⁸ Zeylei', *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 387

³⁸⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 139

³⁹⁰ Şirâzî, *Mühezzeb*, II, 362

³⁹¹ İbn Cüzeyy, *Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 309

³⁹² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, IV, 55

³⁹³ Bu konuda Maliki mezhebinin yaklaşımları için bak. İbn Abdilber, *İstizkâr*, VII, 74;

³⁹⁴ Meydânî, *Lübâb*, s. 285

kazanılmasını sağlayan şart gerçekleşmediğinden hak düşmüştür. Diğer taraftan şüf'a hakkının hak türü olarak niteliği de, ölüm olayıyla düşmesinde etkili olmuştur. Mesele bu çerçevede değerlendirildiğinde, şüf'a hakkının mücerred rey ifade eden bir hak olduğu ve böyle bir hakkın bedel ile değişmeyeceği gibi, miras yoluyla da vâislere geçemeyeceği görüşü *Haneî mezhebinin* temel gerekçesi olmaktadır.³⁹⁵ *Haneî mezhebi* dışındaki üç mezhep, çeşitli mübâdele ve mu'âvaza örneklerinden hareket ederek ve şüf'a hakkını normal mallarla mukayese ederek hükme varmaktadır.³⁹⁶

Şâfi'î kaynaklarında, şüf'a hakkının ölümle intikal etmesine değinilirken, şüf'a hakkına sahip olan kişinin, bu hakkı ıskât etmek anlamını taşıyan affi gerçekleştirmemiş olması gerekçe olarak ortaya konulur. Buna göre ölen kimse şüf'a'yı iptal ederse şüf'a hakkı vârise intikal etmeyecektir.³⁹⁷

Şüf'a hakkının ölüm ile düşmesi konusunda temel yaklaşımlar bu çerçevede özetlenebilir. Biz şimdi şüf'a hakkının diğer bazı nedenlerle düşmesini izah etmeye çalışacağız. Burada daha çok *Haneî mezhebinin* görüş ve yaklaşımlarını esas alırken, mukayese imkânı taşıyan mezhep görüşleri mevcutsa onları da aktarmaya çalışacağız. Şüf'a hakkına sahip kişinin bu hakkı talep etmesi hakkın sabit olması için gereklidir. Şefi'î'nin bu talebini ertelemesi durumunda şüf'a hakkının sâkit olup olmayacağı meselesi, hakkın düşmesi açısından önem taşımaktadır.

Ebû Hanîfe'ye göre talebin ertelenmesiyle şüf'a hakkı düşmez. *Ebû Yusuf* da aynı görüştedir. *İmam Muhâmmmed* ve *İmam Züfer'e* göre şefi'î, taleb-i işhâddan sonra bir ay süreyle talepte bulunmazsa şüf'a hakkı düşer.³⁹⁸ Taleb-i te'hîrin özürsüz olması, şüf'a hakkının düşmesi için temel şarttır.³⁹⁹

Ebû Hanîfe'ye göre, gerekli talep işlemlerinin müvâsebe ve işhâd kısımlarını gerçekleştiren şefi'î'nin başlangıçta zayıf olan hakkı kuvvetlenmiştir. Dolayısıyla hak

³⁹⁵ Zeyleî, *Tebyînu'l-Hakâik*, VI, 387

³⁹⁶ Şirâzî, *Mühezzeb*, II, 362

³⁹⁷ Mâverdî, *Hâvi'l-Kebîr*, IX, 30-31

³⁹⁸ Merginânî, *Hidâye*, IV, 28

³⁹⁹ Halebî, *Mültekâ*, s. 400

sahibi, diğer haklarda olduğu gibi sarıh bir şekilde ıskâta bulunmadıkça hakkı düşmez. Buna mukabil *İmam Muhâmmed*'in görüşü, taleb-i husûmetin bir aydan daha fazla bir süre uzatılmasının müşteriye zarar vereceği esasına dayanır. Buna göre müşteri, mülkiyeti ortadan kalkacak korkusuyla mülkü üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır. Bir aylık süre de kısanın uzununu, uzunun kıyası niteliğindedir.⁴⁰⁰

Yukarıdaki görüşlerde *Ebû Hanîfe* şüf'a sahibinin hakkını korumak maksadını dikkate alarak hüküm verirken *İmam Muhâmmed*, müşterinin zarara uğraması ihtimalini dikkate alarak sonuca varmıştır.

Konuya ilişkin bir başka mesele de hâkimin durumuyla ilgilidir. Buna göre şüf'a talebinin yapılacağı belde hâkim bulunmazsa, *Haneî mezhebinde* ittifâkla talebin ertelenmesi şüf'a hakkının düşmesine sebep olmaz. Zira talep hâkimin huzurunda gerçekleşir. Bu çerçevede hâkimin bulunmaması özür hükmündedir.⁴⁰¹ Aynı şekilde ikrâh altında taleb-i te'hîr eden ve susan kimsenin de şüf'a hakkı düşmez.⁴⁰² Talebin te'hîr edilmesiyle şüf'a hakkının düşmesi konusunda *Ebû Hanîfe*'nin görüşü mezhebin zâhir görüşüdür, fetva da buna göre verilmiştir.⁴⁰³

Hâkim şüf'a'ya hükmettikten sonra şefi'in bedeli teslim etmemesinin, şüf'a hakkını düşürüp düşürmeyeceği meselesi de özellikle *Haneî* kaynaklarında tartışılmıştır. Bu konuda müşteriye meb'î hapsetme hakkı verilmiş, ancak şüf'anın sukûtuna hükmedilmemiştir. Zira zayıf bir hak olan şüf'a, hâkimin kararıyla güçlenmiştir.⁴⁰⁴ Hak sahibinin, gayr-i menkulün satımından haberdar olduğu halde talepte bulunmamasının hakkı düşürmesi, bunun haktan yüz çevirme (i'râz) ve rızâ anlamında görülmesine dayanır.⁴⁰⁵

Haneî mezhebinde şüf'a bölümünde ortaya konulan görüş ve hükümler, şüf'a hakkının düşmesi örneklerini barındırırken, ayrıca şüf'ayı düşüren sebepler başlığı

⁴⁰⁰ Meydânî, *Lübâb* s. 282

⁴⁰¹ Merginânî, *Hidâye*, IV, 28

⁴⁰² İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VII, 234

⁴⁰³ Halebî, *Mültekâ*, s. 400

⁴⁰⁴ Merginânî, *Hidâye*, IV, 29

⁴⁰⁵ Kâsânî, *Bedâyi'*, V, 18

altında müstakil bir başlık açılarak şüf'a hakkının düşmesinden ve sebeplerinden bahsedilir.

Şüf'adâr, şüf'aya neden olan gayr-i menkul satıldığında hakkını teslim (hakkından ferağat) etmesi durumunda ıskât işlemi gerçekleşir ve şüf'a hakkı düşer.⁴⁰⁶ Şüf'adâr hakkı sabit olduktan sonra –önce değil, zira oluşmayan hak ıskâta konu olmaz– hakkını düşürmüştür.⁴⁰⁷ Şefî'in taleb-i müvâsebe ve taleb-i işhâdı terk etmesi⁴⁰⁸, şüf'a hakkından vazgeçmek üzere bedel karşılığı sulh, şüf'a hakkını ortadan kaldırır.⁴⁰⁹ Bedel karşılığı sulh ile hakkın düşmesi şüf'a hakkının ortadan kalkmasını gerektirdiği gibi sulh bedelini de geri ödemeyi gerektirir. Böyle bir bedel rüşvet hükmündedir.⁴¹⁰ Sulh ile hem bedel hakkının hem de şüf'a hakkının bulunmaması, şüf'a hakkının bedel karşılığında satıma uygun nitelik taşımayan mücerred hak olmasıyla ilgilidir.⁴¹¹ Şefî'/şüf'adâr bu hak karşılığında bedel alamaz. Mallar ancak bir milk karşılığında hak edilir. Şüf'a hakkı böyle bir istihkâkın sonucunda değil, milk niteliği taşımayan mücerred bir temellük hakkı olarak ortaya çıkmıştır.⁴¹² Böyle bir işlemde fâsit şarta bağlı bir ıskât gerçekleşir. Şart (sulh) hükümsüz olur, bu şarta bağlı olan ıskât yani şüf'a hakkından vazgeçme gerçekleşir.⁴¹³

Şüf'a hakkını düşüren durumlar ile ilgili başlığı düzenli bir tarzda ele alan *Kâsânî*, şüf'a hakkını düşüren durumların zarurî ve ızdırârî olarak ikiye ayrıldığını belirtir. İhtiyârî durumlar, sarîh ve sarîh yerine geçen (delâlet) işlemleri içerir. Şefî'in doğrudan “*şüf'a hakkımı iptal ediyorum*” ifadesi sarîh bir şekilde hakkın ıskâtını içerir.⁴¹⁴ Delâlet yoluyla hakkın iptaline gelince, şefî'in, şüf'a hakkını ortaya çıkaran satıma rızâ gösterdiğine delâlet eden bir davranış sergilemesidir. Malın satıldığını duyduğunda özürsüz olarak talepte bulunmaması, delâleten rızâ gösterdiğine işaret

⁴⁰⁶ Serahsî, *Mebsût*, XIV, 181

⁴⁰⁷ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l- 'Înâye*, II, 398

⁴⁰⁸ İbn Â'bidin, *Reddü'l-Muhtar*, IX, 349, 350

⁴⁰⁹ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VIII, 255

⁴¹⁰ İbn Â'bidin, *Reddü'l-Muhtar*, IX, 351

⁴¹¹ Merginânî, *Hidâye*, IV, 38

⁴¹² Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l- 'Înâye*, II, 398

⁴¹³ Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 385, 386

⁴¹⁴ Kâsânî, *Bedâ'î*, V, 19

eder.⁴¹⁵ Şüf'a hakkının zarurî olarak düşmesi de şefî'in ölmesi ile gerçekleşir. Taleb-i müvâsebe ve taleb-i işhâdı gerçekleştirdikten sonra, hâkim şüf'a'ya hükmetmeden ölen kimsenin şüf'a hakkı düşer ve vârislere intikal etmez.⁴¹⁶

Mâlikî mezhebinde şüf'anın vücûbu için gerekli şartlar zikredilirken şüf'ayı düşüren durumlara da değinilmiştir. Buna göre şefî'in, şüf'ayı ıskâta söz, fiil, ya da sükût ile teşebbüsü şüf'a hakkını düşürür. Şefî'in satılan hisse hakkında müşteri ile pazarlık yapması, hisseyi kiralamak istemesi ya da hisseyi satın alan kimsenin ekmek, bina yapmak gibi bir fiil ortaya koyana kadar sükût etmesi şüf'a hakkının düşmesine neden olur.⁴¹⁷

Şâfi'î mezhebinde, şefî'in(şüf'adâr) şüf'a talebinde bulunma imkânı mevcutsa bunu ifadesi gerekir. Talepte bulunmazsa şüf'a hakkı düşer. Bu konuda üç temel görüş vardır. Birinci görüşe göre şüf'a hakkını talep fevrî (hemen yapılması gereken) bir işlemdir. Gayr-i menkulün satım haberi ile talep yapılmazsa hak sâkıt olur.⁴¹⁸ İkinci görüşe göre talepte bulunma imkânı doğduktan sonra üç gün içinde talep yapılmazsa şüf'a hakkı düşecektir. Üçüncü görüş ise *İmam Şâfi'î* 'nin kadim görüşü olup süresiz talep imkânı sunar.⁴¹⁹

Şâfi'î'lerde tıpkı *Hanefîlerde* olduğu gibi şüf'a sahibi müşteri ile sulh yaparsa, şüf'ada rızâ değil de terk yolunu seçtiği için şüf'a hakkı düşer. Sulh ile temin etmeyi düşündüğü bedeli de alamaz. Şâfi'î mezhebindeki bir diğer görüşe göre de şüf'a'yı terk, bedele bağlı olarak kabul edildiğinden, bedel alınmazsa şüf'ayı terk de ortadan kalkar, yani hak sâkıt olmaz.⁴²⁰ Şüf'adâr ortak mülkteki hissesini, şüf'ayı sağlayan satımı öğrendikten sonra satarsa şüf'a hakkını kaybeder. Satımın yapıldığını bilmeden hissesini satarsa bu konuda iki görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre şüf'aya neden olan

⁴¹⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, V 21

⁴¹⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 22

⁴¹⁷ İbn Cüzey, *Kavânî'nü'l-Fıkhîyye*, s. 309

⁴¹⁸ Mâverdî, *Hâvi'l-Kebîr*, IX, 13, 14

⁴¹⁹ Mâverdî, *Hâvi'l-Kebîr*, IX, 15

⁴²⁰ Nevevî, *Mecmû'*, XV, 79

mülkü sattığı için hakkı düşer. İkinci görüşe göre ise şüf'adârın şüf'a hakkı düşmez. Zira bilmeden yaptığı satım işlemi şüf'a hakkını teslim ve affettiğini göstermez.⁴²¹

Hanbelî mezhebi, şefî'in(şüf'adâr) satımı öğrenir öğrenmez şüf'a talebinde bulunmasını şart koşar. Özür bulunmadan bu talep terk edilirse hak düşecektir. Diğer taraftan şefî'in müşteriye “*Bu malı bana sat*”, “*Bu mal ile ilgili sulh yapalım*” demesi durumunda da şüf'a düşecektir. Şefî'i adalet sahibi şahidin yalanlaması da aynı sonucu doğurur.⁴²²

Görüldüğü üzere şüf'a hakkının düşmesi konusunda şüf'adârın sarîh ya da zımnî rızâsı hakkın sona ermesi sonucunu doğururken, söz konusu tavırlara belli süreler de tayin edilmiştir. Buna göre belli süreler içinde hak talebinde bulunmayan kişilerin hakları düşecektir. Diğer taraftan sadece *Hanefî mezhebi* tarafından kabul edilen ölüm ile şüf'a hakkının vârislere intikal etmemesi görüşü, diğer üç mezhep tarafından kabul görmemiştir. Fakihlerin, hakkın düşmesi sonucuna ulaşırken dikkat ettikleri nokta iki tarafın da zarara uğramasını önleme düşüncesidir. Tarafların rızâsının alınması ya da rızâyâ delâlet eden karinelerin ince ince sorgulanmasının nedeni bu olmalıdır.

Şüf'a hakkının düşmesinde hakkın niteliği, mal hükmünde olup-olmaması ve şüf'a hakkının sübûtunun şartları gibi hukûkî unsurların da hakkın düşmesi hükmüne sebep teşkil ettiği görülmektedir.

b- Muhayyerlik Hakkı

İslâm hukukunda sahih sözleşmelerin beklenen sonuçlarından olan nefaz ve ilzâm⁴²³ yanında lüzûm (bağlayıcılık) sonucu da mevcuttur. Lâzım (bağlayıcı) olan

⁴²¹ Mâverdî, *Hâvi'l-Kebîr*, IX, 19

⁴²² Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 307

⁴²³ Zerkâ, *el-Medhâl*, I, 513

sözleşmeler sonucunda taraflardan herhangi biri sözleşmeyi feshetme hakkına sahip değildir. Ancak, iki tarafın ittifâkıyla ikâle (eski sözleşmeyi fesih) ve yeni bir sözleşme üzerine anlaşma sağlanırsa, bağlayıcı olarak gerçekleşen eski sözleşme hükümsüz kalır. Başka bir ifadeyle bütün hukûkî sonuçlarıyla ortadan kalkar.⁴²⁴

Sözleşmelerde lüzûm (bağlayıcılık) ile ilgili sonucun tam karşı noktasında duran sonuç, bağlayıcılık durumunun bulunmaması, sözleşmenin gayr-i lâzım olarak gerçekleşmesidir. Taraflardan her birinin, ‘akıt bağını mücerred iradesiyle ve karşı tarafın rızâsını beklemeden ortadan kaldırma yetkisinin bulunduğu sözleşmeler gayr-i lâzım sözleşmelerdir.⁴²⁵

Sözleşmelerde bağlayıcılık unsuru, ya akdin tabiat ve muktezâsının gereği olarak gerçekleşen bir durumdur ya da taraflara çeşitli nedenlerle ‘akdi feshetme imkânı tanıyan haklar gündeme gelmiştir. Vedî‘a, ‘âriyet, mudârebe şirketi vb. sözleşmelerde ‘akdin tabiatı gereği bağlayıcılık bulunmadığı gibi; fesat, ikrâh ve tarafların şart koştuğu muhayyerlik durumlarında da bağlayıcılık yoktur.⁴²⁶

İslâm hukukunda birbirinden mahiyet ve nitelik itibariyle ayrılan çok çeşitli muhayyerlikler mevcuttur.⁴²⁷ Bununla birlikte ölüm, muhayyerlik haklarının bir kısmını düşürür. Bu konuda mezheplerin farklı yaklaşım ve hükümleri mevcuttur.

Sözleşmelerde aslolan lüzûm yani bağlayıcılıktır.⁴²⁸ Bununla birlikte aldanmayı önlemek amacıyla ihtiyaca binâen muhayyerlik de meşru kılınmıştır. Bu yönüyle, semenin (mal bedeli) te‘cîl edilmesi durumuna benzer.⁴²⁹

Muhayyerlik, iki şeyden en hayırlısını seçmek özgürlüğü olarak tarif edilir. *Haneî mezhebinde* muhayyerlik haklarının bir kısmı ölümle birlikte sona erer.⁴³⁰

⁴²⁴ Zerkâ, *el-Medhâl*, I, 521

⁴²⁵ Zerkâ, *el-Medhâl*, I, 524

⁴²⁶ Zerkâ, *el-Medhâl*, I, 525-530

⁴²⁷ İbn Â‘bidin, muhayyerliklerin sayısını on dokuz olarak vermiştir. bak. İbn Â‘bidin, *Reddü’l-Muhtâr*, VII, 101-108

⁴²⁸ İbn Â‘bidin, *Reddü’l-Muhtâr*, VII, 101

⁴²⁹ Merginânî, *Hidâye*, III, 27

⁴³⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 355

Muhayyerlik bir iç irade ve seçim (meşî'et) niteliğindedir. Kişinin iç iradesini ilgilendiren bir hak, onun dışında bulunan kişilere tasarruf yetkisi tanımayacağından o kişinin ölümüyle vârislerine intikal etmez ve düşer.⁴³¹

Muhayyerlikler çeşitli sınıflara ayrılır ve her birinin niteliği ve sözleşmelere etkileri farklıdır.⁴³² *Kâsânî*, muhayyerlikleri *hıyâr-ı ta'yin*, *hıyâr-ı şart*, *hıyâr-ı 'ayb* ve *hıyâr-ı ru'yet* olarak sıralamıştır.⁴³³ *Hıyâr-ı ta'yin* birkaç mebî' (mal) içinde seçme muhayyerliği; *hıyâr-ı şart*, mezheplere göre değişen sürelerde malı teftiş muhayyerliği; *hıyâr-ı 'ayb*, akdin başında şart koşulmamakla beraber akdin muktezâsına uygun olarak ayıplı çıkan malın geri verilmesi muhayyerliği; *hıyâr-ı ru'yet* ise görülmeden alınan malın görüldükten sonra *vasf-ı merğûb*unda (beklenen nitelikler) sorun ya da farklılık olması durumunda gerçekleşen muhayyerlik olarak tanımlanabilir.⁴³⁴ Yukarıda gerekçesi ifade edilen bir iç irade ve seçim hakkı olarak tanımlanan dolayısıyla da ölümle sona eren muhayyerlik *hıyâr-ı şart*'tır. *Hanefî mezhebinde hıyâr-ı şart* ölümle düşmektedir.⁴³⁵ *İbn Nüceym*'in belirttiğine göre *hıyâr-ı 'ayb* konusunda ihtilaf vardır. Bu tür muhayyerliği, fakihlerin bir kısmı vârise intikal eden bir hak olarak algılamak diğer bir kısmı ibtidâen elde edilen bir hak olarak algırlar.⁴³⁶ Burada miras ile intikal eden ve ibtidâen sahip olunan hak ayrımı yapılmıştır. Zira *hıyâr-ı 'ayb*'da maksat sözleşmeyi feshetme ya da sözleşmeye onay vermek değildir. Burada maksat 'akıt ile hak edilen malı teslim alabilmektir.⁴³⁷

Hıyâr-ı şart'ta ölüm ile hakkın düşmesine hükmeden *Hanefî mezhebi*, ta'yin muhayyerliğinde aynı sonucu öngörmez. Buradaki hukûkî nitelik, *Hanefî mezhebine* göre şart muhayyerliğinden farklıdır. Diğer muhayyerliklerde kişinin ölümüyle birlikte, muhayyer olarak satın alınan mal mülkiyetine geçecek, akıt bağlayıcı hale gelecektir ve bu noktada mülkiyet vârisler için sabit olacaktır. *Hıyâr-ı tayine* gelince, burada, seçim yapmadan ölen kimsenin hakkının hangi mala ta'alluk edeceği meselesi muallâktır. Bu

⁴³¹ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 309-310

⁴³² İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 402

⁴³³ Kâsânî, *Bedâiyî*', 228

⁴³⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VI, 55-70

⁴³⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 53

⁴³⁶ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 355

durum açıklığa kavuşmadan da mülkiyet gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla ta'yin muhayyerliğinin kullanılmadığı durumda kişinin malının bir başkasıyla karışması sakıncası doğacaktır. Bu sakıncadan dolayı ta'yin muhayyerliği ölümle vârislere intikal eder.⁴³⁸

İbn Â'bidin, muhayyerlik hakkının ölümle sukûtu konusunda, *Haneî mezhebi* içinde hükümlere kaynaklık eden temel bir kaideyle bağlantılı açıklamalar yaparak konunun anlaşılmasına hizmet eder. Buna göre muhayyerlik, mebî'deki evsâf (vasıf) hükmündedir. *Haneî mezhebine* göre malın vasıflarının semenden (malın bedeli) hissesi (karşılığı) yoktur. Vasıflara semenden hisse tayin edildiği takdirde ribâ (faiz)gündeme gelecektir. Bu çerçevede muhayyerlik hakkı da, evsâf hükmüne tâbi olarak ölümle sona ermek durumundadır. Şurası açık ki, *hıyâr-ı ta'yinde* olduğu gibi *hıyâr-ı nakd'de* de ölüm olayıyla hak düşmemektedir. Zira malın bedelinin ödenmesi bir vasıf değil, bir fiildir.⁴³⁹

Haneî mezhebinde hüküm üretme noktasında sıkça kullanılan ve diğer mezheplerle ve özellikle *Şâfi'î mezhebiyle* olan ihtilafların temelinde yer alan: “*Vasıfların semenden hissesi yoktur.*”⁴⁴⁰ kaidesi bu örnekte işletilerek sonuca ulaşılmıştır. Bu kaide yukarıda belirtilen mebî'-sıfat ilişkisini tayin ettiği gibi aynı zamanda ‘ayn ve menfaat ilişkisini de düzenleyici niteliktedir. Özellikle gasp edilen malın menfaatinin tazmîne konu olup olmaması⁴⁴¹ ve kiralama sözleşmesinde ma'kûdün aleyh konumunda olan menfaatin, ‘akde doğrudan değil de, ‘ayna bağlı olarak konu olabilmesi⁴⁴² hükümleri, *Haneî mezhebinde* kabul edilen bu temel ilkeye bağlı olarak üretilmiştir.

⁴³⁷ Serahsî, *Mebsût*, XIII, 54

⁴³⁸ Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 310

⁴³⁹ İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 133

⁴⁴⁰ Bir çok Haneî kaynakta mesele çözümlerinde ve konu anlatımlarında yer alan bu kaide için örnek olması açısından bak. Merginânî, *Hidâye*, III, 32

⁴⁴¹ Bu konuda tahlil edici açıklamalar için bak. Seyyid Bey, *Usûlü Fıkıh Dersleri*, s. 23

⁴⁴² Şâfi'î mezhebiyle temel bir ihtilaf noktasında değinilerek yapılan izahlar için bak. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 902

Hanefî mezhebinin ayıp ve ta‘yin muhayyerliği konusundaki yaklaşımları; müverrisin, ‘akdin muktezâsına uygun olarak meb‘in sağlam bir şekilde elde edilmesi hakkının vâriste de bulunduğunu kabul etmesiyle alakalı bir durumdur. Burada bir vasıf değil, akdin muktezâsı söz konusudur. Ta‘yin muhayyerliğinde ise, vârisin mülkünün, başkasının mülküyle karışmasının ibtidâen (halefiyet ve intikal yoluyla olmadan) bu hakkı tanıdığı anlayışı hakimdir.⁴⁴³

Mâlikî mezhebinde, mallar gibi, mallara bağlı haklar da, ölüm ile birlikte vârislere intikal eder. Muhayyerlik, ‘akdin sıfatı olması hasebiyle akitle birlikte vârise geçer. Hanefî mezhebinde muhayyerlik, ‘akdin değil, ‘akdi yapanın (‘âkid) sıfatıdır. Dolayısıyla ‘âkidin ölümüyle o sona erer.⁴⁴⁴

Şâfi‘î mezhebinde şart muhayyerliği, ölümle birlikte vârislere intikal eder, sona ermez.⁴⁴⁵ Diğer taraftan alıcı ya da satıcıdan herhangi birinin ölüm dışında, örneğin delirme suretiyle ehliyetini kaybetmesi de muhayyerlik hakkının vârise intikal etmesi sonucunu doğuracaktır.⁴⁴⁶ Meseleyi *Şâfi‘î* mezhebinin temel görüşü olan meclis muhayyerliği çerçevesinde ve onun devamı olması itibarıyla şart muhayyerliği açısından değerlendiren *Mâverdî*, ‘akitlerin hükümlerine etkileri açısından sözleşme çeşitleriyle muhayyerlikleri inceledikten sonra⁴⁴⁷ şart muhayyerliğiyle ilgili mezhebin görüşünü açıklar. Buna göre *hıyâr-ı şart* konusunda, vâris olan kimsenin, tıpkı *hıyâr-ı ‘ayb*’da olduğu gibi mûrisinin yerine geçmesi gerekir. Muhayyerlik hakları, delirme olayında olduğu gibi ölüm olayında da sâkıt olmaz. Ölüm ile birlikte mülkiyet nasıl intikal ediyorsa, ona bağlı haklar da intikal eder.⁴⁴⁸

Ölüm olayıyla muhayyerlik hakkının düşmesi konusunda *Hanbelî mezhebindeki* yaklaşım, *Şâfi‘î* mezhebinin meclis muhayyerliği anlayış ve kabulünün tekrarı ve devamı mahiyetindedir. Buna göre muhayyerlik, şahsî olarak ayrılma (furkat)

⁴⁴³ İbn Â‘bidin, *Reddû‘l-Muhtâr*, VII, 133

⁴⁴⁴ Karâfi, *Zehîra*, V, 36; İbn Abdilber, *İstizkâr*, VI, 487

⁴⁴⁵ Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 5

⁴⁴⁶ Şirbînî, *Muğni‘l-Muhtâc*, II, 491

⁴⁴⁷ Mâverdî, *Hâvi‘l-Kebîr*, VI, 24-25

⁴⁴⁸ Mâverdî, *Hâvi‘l-Kebîr*, VI, 49

gerçekleşmedikçe sona ermez. Meclis muhayyerliği bu temel yaklaşıma dayanır. Ölümle birlikte kesin bir ayrılık gerçekleştiğinden kişinin muhayyerlik hakkı da sona erecektir.⁴⁴⁹

Fıkıh mezheplerinin muhayyerlik haklarıyla ilgili görüşleri incelendiğinde *Hanefîlerin* birçok fıkıh meselesinde olduğu gibi daha ince ölçütlerden hareket etmek suretiyle sonuca vardıkları, bunun devamında mezhebin temel kabulleri çerçevesinde hüküm ürettikleri söylenebilir. Muhayyerliklerin nitelik olarak ayrılıp, normal alım-satım işlemlerinde sözleşmelerin sıhhatine tesir edecek noktaların muhayyerliklerde de dikkate alındığı, hüküm üretilirken insicamlı ve tutarlı bir bütün oluşturma çabasının ortaya konulduğu görülmektedir. Diğer taraftan *Şâfi'î mezhebinin* konuyu, bağlayıcı hale gelen akit ile alakalı haklara indirgediği, mülke bağlı vasıfların da mülk gibi değerlendirilmesine vurgu yaptığı söylenebilir.

b- İcâre Hakkı

İcâre hakkı, gayr-i menkulü, icâre (kiralama) sözleşmesine bağlı olarak kullanma hakkıdır. Ölüm olayıyla icâre hakkının düşmesi, icâre sözleşmesinin fesholunması (bütün hukûkî sonuçlarıyla ortadan kalkması) demektir. Konu bu yönüyle icârenin infisâhı (kendiliğinden fesholunması) başlıklarında incelenir. Bu başlıklarda özellikle ‘akdin hukûkî semeresi olan menfaatin ortadan kalkmasına dair misaller önemli yer tutar.⁴⁵⁰

Hanefî mezhebine göre; kişinin ölümüyle birlikte yaptığı kiralama sözleşmesi de fesholunacağından, kiralamaya konu olan gayr-i menkulü kullanma hakkını tanıyan icâre hakkı düşer. Aynı şekilde, kiralama sözleşmesini yapan kimsenin, sözleşmeyi kendi adına yapması durumunda icâre sözleşmesi ölüme bağlı düşer. *Hanefî mezhebinin*

⁴⁴⁹ İbn Kudâme, *Muğnî*, I, 798

⁴⁵⁰ Örnek olması açısından bak. Merginânî, *Hidâye*, III, 249-251; Halebî, *Mültekâ*, s. 370-372

bu konudaki gerekçesi, icâre sözleşmesine konu olan ma'kūdün aleyhin ('akde konu olan menfaat) an be an ortaya çıkması özeliğiyle ilgilidir. Buna göre mucîrin (kiraya veren kimse) ölmesi durumunda ma'kūdün aleyh konumundaki menfaatin elde edilmesi hakkı da sona erer. Zira menfaati kiraya verilen mülkün rakabesi (bizzat kendisi) vârislere intikal eder. Menfaat, vârislerin mülkünde oluşmaya, her an yenilenmeye devam eder. Bununla birlikte, ölüm olayına dayalı olarak kiralanan mülkün 'aynına mâlik olan vârisler, kira sözleşmesini yapan ve bunun sonuçlarına razı olan -sözleşme gereği olan rızâ- tarafı oluşturmamaktadır.⁴⁵¹ Bu örnek ve değerlendirmede menfaatin hukûkî niteliği kadar, sözleşmelerin rızâ ilkesine göre gerçekleştirilmesi gereği de ulaşılan sonuçta etkili olmuştur denilebilir.

Mâlikî mezhebinde 'akdi yapan taraflardan her hangi birinin ölümüyle ya da sözleşme sonrasında ortaya çıkan bir özür nedeniyle kiralama sözleşmesi fesholunmaz. Sözleşme bütün hukûkî neticeleriyle varlığını devam ettirir.⁴⁵² Meseleye dair bir başka örnek ile ilgili izahlar yapan *Kârâfî*, süt emzirme için tutulan kadın ile imzalanan icâre sözleşmesinin, çocuğun ölümüyle sona ereceğini, belirtir.⁴⁵³ Burada ölüm olayıyla, ölen kimsenin hakkının sona ermesiyle birlikte konu daha çok kiralama ücretinin, menfaati sarfetmeyi imkânsız hale getirmesi sonucu düşmesi söz konusudur.

Kiralama sözleşmesine dair görüşlerin zikredilmesi bağlamında *İbn Rüşd*; *Mâlik*, *Şafi'î*, *Süfyân-ı Sevrî* ve *Ebû Sevr* gibi mezhep imamlarının aynı doğrultuda hüküm ürettiklerini ve 'akdin ölümle hükümsüz olmayacağını belirttikten sonra cumhûr olarak adlandırdığı bu gurubun gerekçesini şöyle izah eder; "*Cumhûrun dayandığı delil "Sözleşmelerinizin gereğini yerine getirin."*⁴⁵⁴ *ayetidir. Kiralama sözleşmesi tıpkı nikâhta olduğu gibi menfaat üzerine kurulan bir akittir. Temelinde bey' sözleşmesi bulunduğundan fesholunmaz*".⁴⁵⁵

⁴⁵¹ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 158

⁴⁵² İbn Cüzey, *Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 300

⁴⁵³ Karâfî, *Zehîra*, X, 379

⁴⁵⁴ Kur'ân-ı Kerîm, V, 1

⁴⁵⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, IV, 16-17

Mâlîkî mezhebinin müteahhir ulemasından bir kısmına göre bu konu ihtilaflı bir konudur. Eğer menfaatin elde edildiği muayyen mahallin bizzat ‘aynı (kendisi) kiralama sözleşmesiyle hak ediliyor ve kastediliyorsa o zaman icâre sona erer. Çocuk emzirme karşılığında kadın tutulması durumunda çocuğun ölmesi bu duruma örnektir. Kiralama sözleşmesiyle ‘ayn (rakabe) değil de menfaat kastediliyorsa o zaman kiralama hukuku devam edecektir. Çobanın koyun otlatmak için kiralanması örneği bu duruma örnektir.⁴⁵⁶

Şâfi‘î mezhebinde kiraya konu olan menfaatin bütünüyle ortadan kalkmasının fesih sebebi olacağı ifade edilirken, ‘akdi yapan taraflardan herhangi birinin ölümüyle kiralama fesholunmaz ve vârislere intikal eder.⁴⁵⁷ *Mâverdî*, kiralama sözleşmesinin lâzım (bağlayıcı) bir sözleşme olmasını vurgulayarak kiraya veren ya da kiralayanın ölümü durumunda ‘akdin bütün hukûkî sonuçlarıyla vârisler için devam edeceğini belirtir. Şu kadar var ki kiralanan gayr-i menkulün ‘aynen kâim(yerinde duruyor) olması şartı vardır.⁴⁵⁸

Hanbelî mezhebinde kiralanan ‘aynın telef olması durumunda icârenin feshinden bahsedilirken tıpkı *Şâfi‘î mezhebinde* olduğu gibi kiralama sözleşmesinin bağlayıcılık taşımasına vurgu yapılır ve taraflardan birinin ölümüyle icâre hakkının düşmeyeceği ve vârise intikal edeceği belirtilir.⁴⁵⁹

Konuya ilişkin görüş ve açıklamalar *Hanefî mezhebinin*, rakabe mülkiyetinin başkasına geçmesi ile menfaatin satımı konusunda ikinci bir muhatab olan vârisin devrede olduğunu, ilk sözleşme hakkının devam etmeyeceğini savunduğu görülür. *Hanefî* dışındaki mezheplerde ‘akdin bağlayıcılığına vurgu yapılarak, ‘akitten elde edilen menfaatin ortadan kalkması ya da sürenin bitmesi gibi gerekçe ve özürler bulunmadıkça akdin bütün hukûkî sonuçları ile devam edeceği düşüncesi hakimdir.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, IV, 17

⁴⁵⁷ Gazâlî, *Vecîz*, I, 413

⁴⁵⁸ Mâverdî, *Hâvi'l-Kebîr*, IX, 162-163

⁴⁵⁹ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, 295

⁴⁶⁰ Şâfi‘î mezhebinde bu görüşe aykırı bir yorum için bak. Şirâzî, *Mühezzeb*, II, 428

d- İcâzet Hakkı

İcâzet, yetki sahibi olmayan bir kişinin gerçekleştirdiği hukûkî bir işleme, yetkili olan şahsın, işlem gerçekleştikten sonra izin vererek o işlemi mevkûf durumdan kurtarıp nâfiz (geçerli) hale getirmesi durumudur. İcâzet, özellikle fuzûlînin satımı ve kısıtlının veli ya da vasîden izin almadan gerçekleştirdiği tasarruflarda ortaya çıkan meseleler incelenirken ele alınan bir hukûkî işlemdir.

Fuzûî, şer‘î bir izin olmaksızın, diğer bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir. Fuzûlî’nin sözleşmesi Hanefî mezhebine göre mevkûf (askıda) olan bir hüküm ifade eder. Bu açıdan mevkûf ‘akid, başkasının hakkının ta‘alluk ettiği sözleşmedir. Bu yönüyle o, nâfiz sözleşmenin tam karşısında yer alır.⁴⁶¹

Hanefî mezhebinde fuzûlî’nin satımı, hak sahibinin icâzet verme ve feshetme seçenekleriyle muhayyer kılınır. Bu noktada ma‘kûdün aleyh(‘akde konu olan şey) ile tarafların önceki hallerini korumaları şarttır. Bu şart gerçekleştikten sonra mal sahibi hukûkî işleme icâzet verirse bu, önceden verilmiş bir vekâlet hükmünde algılanır. Bu çözümleme “*İcâzet-i lâhika, vekâlet-i sâbika hükmündedir.*”⁴⁶² kaidesine dayanır.

İbn Â‘bidin, *Reddü’l-Muhtâr* isimli eserinde mirasa konu olan haklardan bahsederken, *Hanefî mezhebinde* ‘ayn mesâbesinde olan mallarda tevârüsün cârî olacağını, ‘ayna bağlı olarak maddi değer ifade eden ve bu yönüyle hukûk kabîlinden olan vasıflarda mirasın geçerli sayılamayacağını belirten temel ilkeyi aktardıktan sonra, kabul muhayyerliğinde olduğu gibi, fuzûlînin satımında ortaya çıkan icâzet hakkının da miras olarak vârislere geçmeyeceği hükmünü kaydeder.⁴⁶³

Hanefî mezhebinde görüş bildirilen bir diğer mesele, fuzûlînin satımıyla elde edilen malda ortaya çıkabilecek bir ölüm olayının icâzet hakkına etkisiyle ilgilidir. Buna

⁴⁶¹ Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, s. 42; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VI, 6

⁴⁶² Merginânî, *Hidâye*, III, 68, 69

⁴⁶³ İbn Â‘bidin, *Reddü’l-Muhtâr*, X, 498

göre fuzûlînin sattığı köleyi elinde bulunduran müşteri köleyi satmadan köle ölse ya da öldürülse icâzet hakkı sona erecektir. Burada ölüm, icâzetin şartı olan ma'kûdün aleyhin ilk halini korumasını engelleyen bir olay olması hasebiyle icâzet hakkı düşmektedir.⁴⁶⁴

Hanefîlerde özel bir başlık olarak ele alınıp incelenen fuzûlînin satımı konusu⁴⁶⁵ *Hanefî* dışındaki üç mezhep kaynaklarında inceleme konusu yapılmaz.⁴⁶⁶ Şu kadar var ki *İmam Şafi'î* 'nin özellikle fuzûlînin satımına getirdiği eleştiri ve böyle bir satımı kabul etmediği görüşü kaynaklarda zikredilmektedir. Ona göre satım işlemi şer'î(hukûkî) yetkiye sahip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilmiştir. Zira bir hukûkî işlemin geçerli olabilmesi için ya mülkiyet ya da mâlikin izni gerekir. Zira şer'î(hukûkî) yetki bulunmadan 'akdin teşekkülü / in'ikâd gerçekleşmez.⁴⁶⁷ *Hanefîler* ise temlik ifade eden bu tasarrufun ehliyet sahibi bir kişi tarafından gerçekleştirildiğini, böyle bir satımın taraflar açısından bir zarar içermediğini savunur. Zarar şöyle dursun, malı satılan kişi talep külfeti, semen belirleme, müşteri bulma gibi işlerden kurtulmakla fayda elde ederken, malı satan da yaptığı işlemde ortaya koyduğu irade beyanının boşa gitmemesi açısından kârlı durumdadır.⁴⁶⁸

e- Ecel / Süre Hakkı

Ecel, meb'î'in (mal) ya da semenin(bedel) teslimini hemen gerçekleştirmeyip süre koymak, teslimi ertelemek anlamına gelir. Ecel hakkı ise özellikle semenin talep edilmesi konusunda te'hîr ve te'cîl esasının sözleşmede kabul edilmesi demektir. Esasen kıyas, bedel ya da malın tesliminin te'cîl edilmesine manidir. Zira ecel, 'akdin muktezâsını değiştirici niteliktedir. Mu'âvazalı 'akitler (iki tarafa mâlî sorumluluk yükleyen 'akitler), temlike karşı temlikî, teslime karşı teslimi gerektirir. Te'cîl ise

⁴⁶⁴ İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 199

⁴⁶⁵ bak. İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VI, 245; Merginânî, *Hidâye*, III, 68; İbn Hümam, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 188; Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 373

⁴⁶⁶ bak. Gazâlî, *Vecîz*, 277-320; İbn Cüzey, *Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 270, 297; Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 228-257

⁴⁶⁷ Merginânî, *Hidâye*, III, 68

⁴⁶⁸ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 374; Merginânî, *Hidâye*, III, 68

hemen teslimi engellediğinden ‘akdin muktezâsını değıştirici niteliktedir. Ancak, yokluk zarureti çeken kişinin, öngörülen sürede semeni iktisâbı için, malın bedelini elde etmesine yönelik olarak terfihen (rahatlatma maksadıyla) meşru kılınmıştır. Bununla birlikte ‘ayn mesâbesinde olan malların tesliminde te’cîl ‘akdin fesadını gerektirir. Bu konudaki tek istisna selem sözleşmesidir.⁴⁶⁹ *Haneî mezhebinde* ecele(süre) bağı satımların hukûkî netice ve şartları daha çok fâsit sözleşmelerden bahsedilen bölümlerde ele alınır.⁴⁷⁰

Ecel hakkıyla ilgili en kısa süre bir aydır. Bir aydan önce yapılacak teslim, peşin hükmündedir.⁴⁷¹ *Haneîlerde* müftâ bih olan görüş bu olmakla birlikte bu süre için üç gün esasını kabul edenler de vardır. Bir aylık sürenin tespitinde, selem sözleşmesinin şer‘an belirlenen şartları de etkili olmuştur.⁴⁷²

Haneî mezhebinde mü’eccel(te’cîlli olan) her borç ilişkisinde, borçlunun ölmesi te’cîli iptal eder ve borç peşin hale gelir. Alacaklının ölmesi böyle bir sonuç doğurmaz. Zira süre borçlunun hakkıdır, alacaklının hakkı değildir. Dolayısıyla ölüm olayı, borçluyu ilgilendiren bir hüküm meydana getirmektedir.⁴⁷³

Mâlikî mezhebinde, mallara bağı hakların ölümle sona ermemesi, mallarla birlikte tereke hükmünde vârislere intikal etmesi esastır. *Kârâfî* konuyla ilgili olarak *Haneî mezhebinin* yaklaşımlarını muhayyerlikler bağlamında ve gerekçeleriyle ortaya koyar. Buna göre *Haneî mezhebi*, hukûk kabilinden olan hakların vârislere intikal etmesini kabul etmez ve ecel hakkının ölümle düşmesini de kabul muhayyerliğiyle birlikte zikreder. Zira bağlayıcı olmayan sözleşmelerde, muhatabını muhayyer kılan kimse bu hakkı bir kişiye tanımıştır. Hâlbuki muhayyerlik hakkının vârise intikal ettiği kabul edilirse, bir kişi yerine bir cemaate, büyük bir gruba muhayyerlik hakkı tanınmış olur ki bu duruma satıcının rızâsı yoktur.⁴⁷⁴ Müellif, *Haneîlerin* görüşlerini ve

⁴⁶⁹ Kâsânî, *Bedâî’*, V, 174

⁴⁷⁰ Örnek olması için bak. Zeyleî, *Tebyînu’l-Hakâik*, IV, 360397; İbn Â‘bidin, *Reddü’l-Muhtâr*, VII, 52-59

⁴⁷¹ Kâsânî, *Bedâî’*, VII, 47

⁴⁷² İbn Â‘bidin, *Reddü’l-Muhtâr*, VII, 53

⁴⁷³ Kâsânî, *Bedâî’*, VI, 213

⁴⁷⁴ Kârâfî, *Zehîra*, V, 36

gerekçelerini bu şekilde sıraladıktan sonra mezhep görüşünü aktarır: Buna göre ecel, mutâlebe (karşı edimi talep) hakkının te'hîri anlamına gelir. Bu çerçevede, borcun sıfatı olan bu te'hîrle vârisin alakası ve bağı yoktur. Zira intikal eden, bütün sıfatlarıyla birlikte borçtur. Hiç şüphesiz borç vârise intikal ettiğinde mü'eccel olarak intikal edecektir.⁴⁷⁵

Şâfi'î mezhebi ecel hakkı konusunda *Haneî mezhebiyle* aynı doğrultuda yaklaşım sergilemiştir. Hacir altına alınan kişinin müeccel/te'cilli borçlarının vadesinin ortadan kalkıp peşin olacağı konusundan bahsedilirken, hacir bir nevi ölüme benzetilerek ölüm durumunda da ecel hakkının ortadan kalkacağı ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde riddet(dinden dönme) de borcun vadesini iptal edici nitelik taşımaktadır.⁴⁷⁶

Hanbelî mezhebinde bu konuda iki görüş mevcuttur. Borcun vadesinin sona ermeyeceğini ifade eden hüküm, borcun vârisler tarafından çeşitli şekillerde teminat altına alınmasına bağlıdır. Vârisler borcu tevsik ederlerse ecel devam eder, sâkıt olmaz. Eğer tevsik edemezlerse o zaman terekeye peşin alacaklılar müdahale edeceğinden hakkın sâkıt olma tehlikesi gündeme gelir, dolayısıyla ecel hakkı ortadan kalkar. Müeccel alacaklılar da, mu'accel(peşin) alacaklılarla birlikte terekeden haklarını istifâ ederler. Ecel hakkını ibtidâen ortadan kaldırdığımızda borç ya ölünün ya da vârislerin zimmetinde sabit olacak ve yahut doğrudan mala ta'alluk edecektir. Ecel hakkının, meyyitin (ölü) zimmetinde sabit olması mümkün değildir. Zira ölüm olayıyla zimmet ortadan kalkmıştır. Ayrıca borcu ölüden istemek de imkânsızdır. Diğer taraftan vârislerin zimmetine ta'alluku da mümkün değildir. Zira vârisler borcun doğumu esnasında ödemeyi taahhüt ve iltizâm etmemişlerdir. Alacaklının da böyle bir iltizâma rızâsı yoktur. Bütün bu izahlardan anlaşılacağı üzere ecel hakkının şartsız düşmesinin kabulü, ihtilafları ve çelişkili durumları beraberinde getirecektir.⁴⁷⁷

Ecel hakkının sukûtu konusunda en ayrıntılı ve hukûkî tahlili *Hanbelî mezhebi* yapmıştır denilebilir. Bu çerçevede ecel hakkının iflas örneğiyle bağlantılı olarak ölüm

⁴⁷⁵ Karâfî, *Zehîra*, V, 36

⁴⁷⁶ Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 79

⁴⁷⁷ İbn Kudâme, *Muğni*, I, 1003

olayında da şartsız ve koşulsuz kaldırılmasının muhtemel zararlarına değinilmiş, bu sorunun ancak alacağı teminat altına alma yöntemlerinden herhangi biriyle aşılabileceği vurgulanmıştır.

f- ‘Âriyet Hakkı

‘Âriyet, menfaatin ‘ıvaz(bedel) karşılığı olmaksızın temlik edilmesidir.⁴⁷⁸ Menfaatin temlik, ‘aynın temlikini ifade eden bey‘ ve hibe gibi sözleşmelerden farkı ortaya çıkardığı gibi, menfaatin ‘ıvazsız olarak temlik edilmesi, ‘ıvazlı temlik ifade eden kiralama sözleşmesiyle olan farkı da gösterir.⁴⁷⁹

Kerhî’ye göre ‘âriyet, faydalanmanın mübah olması şeklinde tanımlanır. Menfaatin temlik yanlış bir ifadedir. *Şâfi’î ve Ahmed b. Hanbel* de bu görüştedir. Müste‘îr (‘âriyet alan kimse) faydalanmak üzere aldığı malı başkasına kiraya verme hakkına sahip değildir. Hâlbuki bir mala sahip olan kimse bu mülkiyete bağlı olarak o malı başkasına ‘ıvaz karşılığında temlik edebilmelidir. *Kerhî*’nin bu yaklaşımı istisnâî bir değer ifade etmektedir. *Hanefî mezhebindeki* genel yaklaşıma göre müste‘îr, ‘âriyet aldığı malı bir başkasına icâre sözleşmesi yoluyla devredemez. Böyle bir işlem mu‘îre (‘âriyet veren kişi) zarar verecektir. ‘Âriyette bağlayıcılık olmadığından ‘âriyet veren kişi her an malını geriye isteyebilecektir. Hâlbuki ‘âriyet alan kişinin ‘âriyet malını kiraya vermesi durumunda ‘âriyet verenin geri isteme hakkı kalmayacaktır.⁴⁸⁰

Hanefî mezhebinde ‘âriyet hakkı, ‘âriyet alanın ölümüyle sona erer. Çünkü mal sahibi ‘âriyet malın menfaatini müst‘eîre temlik etmiştir, başkasına temlik etmemiştir.

⁴⁷⁸ Serahsî, *Mebûsût*, XI, 142

⁴⁷⁹ Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-‘Înâye*, II, 448

⁴⁸⁰ Serahsî, *Mebûsût*, XI, 142 dipnot; Hereviyyü’l-Kârî, *Feth-u Bâbi’l-‘Înâye*, II, 448

Dolayısıyla müste‘îrin (‘âriyet alan kişi) ölmesiyle ‘âriyet hakkı sona erer, onun vârislerine intikal etmez.⁴⁸¹

‘Âriyet alanın ölmesiyle ‘âriyet hakkının sona ermesi, *Haneî mezhebi* kaynaklarında, kendisine herhangi bir malın menfaati vasiyet edilen kimsenin durumuyla mukayeseli ve bağlantılı olarak incelenmiştir. Buna göre kendisine menfaat vasiyet olunan kişi öldüğünde, ‘ayn(mal) sahibine intikal eder. Bu kimsenin ölümüyle vasiyet edilen maldan onun faydalanma hakkı da sona erer. Çünkü menfaatin ‘ıvaz karşılığında olmadan temlikî ‘âriyet hükmündedir. ‘âriyet de ‘âriyet alanın ölümü ile sona erer. Menfaatler, tek başlarına mirasa konu olamazlar. Menfaatin bedel karşılığında temlikinde bile irs cereyan etmezken –icâre hakkında olduğu gibi– bedelsiz temlikte evleviyetle hak düşer. Ancak bir kimse bir evinin gelirini ya da bir ağacının meyvesini birine vasiyet ederse, lehine vasiyette bulunulan kimsenin ölümü durumunda söz konusu gelir ya da meyveler ölen kişinin vârislerine intikal eder. Zira mûsâ leh (lehine vasiyette bulunulan kişi), vasiyet edilen malların ‘aynına mâlik olmuştur. ‘Ayn hükmündeki mallar da *Haneî mezhebine* göre mirasa konu olabilir.⁴⁸²

Haneîlerin bu yaklaşımının altında, menfaatlerin tek başına mütekavvim olmayıp ‘ayna bağlı olarak bir değer ifade ettiği yönündeki temel anlayış yatmaktadır. Bu anlayış doğrultusunda ‘ayn dışındaki haklar ve menfaatler tek başlarına satıma konu olamayacakları gibi miras da bırakılamazlar.

Mâlikî ve *Hanbelî* fakihler burada ölümü hakkın düşmesi için bir neden olarak kabul etmezler.⁴⁸³

⁴⁸¹ Kâsânî, *Bedâî’*, VII, 387

⁴⁸² Kâsânî, *Bedâî’*, VII, 352

⁴⁸³ Beşir Gözübenli, *Âriyet, DİA*, III, 380

g- Hibeden Rucû‘ Hakkı

Hibeden rucû‘, vâhibin (hibe eden) hibesinden dönmesi anlamına gelir ve bu hak, belli durumlar gerçekleştiğinde düşer. Hibeden rucû‘ etmeyi engelleyen durumlara “rucû‘a mâni ‘arızâlar” denir. Bu konu, *Hanefî* kaynaklarında özel bir bölüm olarak incelenir.⁴⁸⁴

Hibeden rucû‘ sebeplerinin başında mevhûbun (hibe edilen mal) helak olması yer alır. Bu durumda, hibe konusu mal helak olduğundan hibeden rucû‘ imkânsız hale gelecek ve dolayısıyla düşecektir. İkinci sebep, hibe edilen malın, vâhibin mülkünden her hangi bir meşru sebeple çıkmasıdır. Bu sebep bey‘, hibe ve benzeri hukûkî işlemler olabileceği gibi, ölüm gibi tabîî bir olay da olabilir. Ölüm ile birlikte hibeden rucû‘ hakkı da kendiliğinden düşer. Çünkü vârislerin mevhûbun lehe bedelsiz temlik işleminde yani hibede herhangi bir etkisi olmamıştır. Hibe yapanın ölümüyle de vârisler, hibeden rucû‘ hakkına sahip değildirler.⁴⁸⁵ Diğer taraftan mülkün tebeddülü (el değiştirmesi), hükmen ‘aynın da tebeddülü anlamına gelir. Bu durumda hibe edilen ‘ayn(mal) başkalaşacağından, önceki ‘ayna bağlı hak da düşer.⁴⁸⁶

Mâlikî kaynaklarında, vâhibin ölümüne bağlı hukûkî sonuçlardan bahsedilirken daha çok bir sözleşme olarak hibe ‘akdinin, hibe edenin ölümüyle uğrayacağı durum tartışılır ve buna dair hükümler üretilir. Bu çerçevede iç içe geçmiş hukûkî ilişkiler esnasında hibe yapanın ölmesinin hibe ‘akdine tesiri incelenir. Mesela bir kimse bir malını, başka kimseye vedî‘a (emanet) olarak bıraktıktan bir süre sonra, emanet sahibi vedî‘ayı emanet bıraktığı kişiye hibe etse ve bu kişi bu hibeyi kabul etmeden ölse hibe ‘akdinin sıhhat ve geçerliliği konusunda butlân hükmü verilmiştir.⁴⁸⁷ Bu örnekte, hibede bulunan kimsenin ölmesiyle hibe sözleşmesinin ortadan kalkması, lehine hibe yapılan kişinin hibe üzerindeki hakkını düşürmektedir.

⁴⁸⁴ bak. Halebî, *Mültekâ*, s. 357; Merginânî, *Hidâye*, III, 227

⁴⁸⁵ Kâsânî, *Bedâi‘*, VI, 129

⁴⁸⁶ Zeyle‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, VI, 65

⁴⁸⁷ Sahnun, *Müdevvene*, VI, 128

Mâlikî mezhebinde konuya ilişkin bir diğer mesele de, ‘ıvaz (bedel) karşılığı yapılan hibede hibe eden ve kendisine hibe yapılan kişinin durumudur. Vâhib, mevhûbün leh hibeyi kabzetmeden ölse ve hibede ‘ıvaz şartı sarahaten (açık bir şekilde) şart koşulmamakla birlikte, vâhibin hibeyi karşılık için yaptığı düşünülse bile, bu durumda hibe bozulur ve hibe konusu mal vârislere intikal eder. Dolayısıyla, kabz öncesinde hibe üzerinde zayıf bir mülkiyete sahip olan kendisine hibe yapılan kişinin hakkı düşer.⁴⁸⁸

Mâlikî mezhebinde hibe sözleşmesinin bağlayıcı ve hüküm ifade edici noktaya gelmesinden sonra gerçekleşecek bir ölüm olayı ile hibenin ortadan kalkması sonucuna hükmedilirken, hibe edenin hasta iken yaptığı hibe de mevkûf (askıda) geçerlilik hükmüne tâbi‘ olur. Hibe eden söz konusu hastalıktan ölürse hibenin butlânına hükmolunur, dolayısıyla kendisine hibe yapılan kişinin hakkı sâkıt olur.⁴⁸⁹

Şâfi‘î mezhebinde hibe edenin kabızdan önce ölmesi durumunda bir görüşe göre vârisler, hibe konusu malı kabzedip-kabzetmeme konusunda muhayyerdir. Vekâlet sözleşmesiyle bağlantılı olarak hibenin münfesihi olacağını (kendiliğinden fesholunacağını) savununlar da vardır.⁴⁹⁰

Hanbelî mezhebinde hibe sahibinin ölümü halinde ortaya çıkacak hukûkî hükümler maraz-ı mevt çerçevesinde ve vasiyet ahkâmı bağlamında ele alınır. Buna göre ölümünden korkulan kişinin hibesi vasiyet hükmünde olmak üzere bağlayıcılık kazanır.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ İbn Cüzey, *Kavânînü’l-Fıkhîyye*, s. 386

⁴⁸⁹ Bâcî, *Müntekâ*, VII, 517-518

⁴⁹⁰ Gazâlî, *Vecîz*, I, 430

⁴⁹¹ Buhûtî, *Ravdu’l-Murbi*, s. 329, 330

h- Velâyet Hakkı

Ömer Nasuhi Bilmen'in tanımına göre velâyet, bir kimsenin başkası hakkında sözünü tenfize (geçerli kılmak) yetkili olmasıdır.⁴⁹² Hakkında işlem yapılan kişinin bu yetki kullanımına razı olup olmaması sonucu değiştirmez.⁴⁹³

Velâyet, mal ve şahıs üzerinde gerçekleşebilir. Şahıs üzerinde gerçekleşen velâyet, “*velâyet-i nedb*” ve “*velâyet-i icbâr*” olarak ikiye ayrılır. *Velâyet-i icbâr*, üç sebepten biriyle gerçekleşir. Bunlar küçüklük (sığâr), delilik (cünûn) ve bunama (‘ateh) dır. *İmam Şafî’î*, dul olan küçüğün üzerinde *velâyet-i icbârın* gerçekleşmeyeceğini savunur. Yine ona göre bâliğa olmuş bâkire kız hakkında da *velâyet-i icbâr* gerçekleşebilir.⁴⁹⁴

Velâyet hakkının kime ait olduğuyula ilgili fıkıh kitaplarında mezheplere göre farklılıklar gösteren kademeli sıralamalar yer alır. Bu çerçevede, mirasçı sıralamasına uygun olarak ‘asabe ilk sırada yer alır.⁴⁹⁵ Bunlardan sonra, binefsihî ‘asabe olmayan bir kısım yakınlar, veliyyü’l-emr ve onların nâibleri olan hâkimler sıralanırlar.⁴⁹⁶

Haneî mezhebinde velâyet hakları ölümle sona erer.⁴⁹⁷ Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla mezhebin temel ve muteber kaynaklarında velâyet hakkının ölümle düşmesinin nedenine ilişkin ta’lîl ve gerekçelendirme yapılmamıştır. Konuya müstakil bir bakış sergilenmemekle birlikte mürtedin haklarının düşmesi bahsinde şu açıklamalara yer verilmiştir; “*Şurası bilinmeli ki, mürted şahıs dârü’l-harbe iltihâk ettiğinde harbî konumuna geçer ve bu konumda olan kişiler İslâm ahkâmı hususunda ölü hükmündedirler. Bunun iki sebebinden birincisi velâyetin inkıtâ’ı, ikincisi ise*

⁴⁹² Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 45

⁴⁹³ MuhammedMuhyiddin Abdülhamid, *el-Ahvâlü’ş-Şahsiyye*, s. 68

⁴⁹⁴ MuhammedMuhyiddin Abdülhamid,a.g.e., s. 68; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, III, 192

⁴⁹⁵ İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, III, 208

⁴⁹⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 45

⁴⁹⁷ İbn Â‘bidin, *Reddü’l-Muhtâr*, X, 498

*sorumluluğun ortadan kalkmasıdır. Tıpkı hakikî ölümde velâyetin inkıtâ'ı gibi".*⁴⁹⁸ Ölümle birlikte kişinin gerek şahıs varlıkları, gerekse mal varlıkları üzerindeki tasarruf yetkisi sona erdiğinden velâyetin ortadan kalkması zaruri bir sonuçtur. Bu konuda mürted bağlantılı açıklamalar mürtedin hakikaten olmasa da hükmen ölü sayılmasındandır. Diğer taraftan ilgili metinde düşme ya da ortadan kalkma gibi ifadeler yerine inkıtâ' ifadesinin kullanılması ise mürted (dinden dönen kimse) tâbi' olduğu hukûkî durumla ilgilidir. Zira mürtedin İslâm'a yeniden girme ihtimali dolayısıyla haklarını elde etme imkânı mevcuttur. Dolayısıyla mürtedde ortaya çıkan hak kaybı bir sukût değil de, devamı muhtemel bir inkıtâ' olarak değerlendirilmiştir.⁴⁹⁹

Hanbelî mezhebinde velinin ölümüyle ilgili muhtemel sonuçlar değerlendirilirken; veli, küçüğün malı ya da kendisiyle ilgili bir tasarruf yaptıktan sonra ölse ya da azledilse ve bunun sonucunda velâyet yetkisi bir başkasına intikal etse yaptığı tasarrufların geçerli olacağı belirtilir. Zira söz konusu tasarruflar tasarrufa ehil olan kimse tarafından ve yetkili olduğu alanda gerçekleştirilmiştir. Ölüm ya da 'azil yoluyla geçersiz kılınması doğru değildir.⁵⁰⁰

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılaçağı üzere velinin ölmesiyle birlikte velâyeti altında bulunan şahıs üzerindeki tasarruf yetkisi yani velâyet hakkı sona ermektedir. Velâyet konusunda İslâm hukukunda belirlenen sınıflar ve sınırlar çerçevesinde yakından uzağa doğru yetki sahibi kimse velâyetini kaybeden kişinin yetkisini devralmaktadır. Bu anlamda ölüm ile velâyet hakkının vârise geçememesi, dinin bu konuda vârisler dışında bir takım kimseleri de duruma göre yetkili kılmasıyla ilgilidir. Dolayısıyla yetki görünümündeki hak vârise değil, belirlenen sıradaki yetki sahibine geçecektir.

Konuya ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, ölüm ile velâyet hakkının sona ermesinin şahıs açısından bir evleviyet gereğı olmasıdır. Buna göre ölümle kendi şahsî haklarını kaybeden kişi, başkası üzerindeki haklarını evleviyetle

⁴⁹⁸ Mavsîlî, *İhtiyar*, IV, 180

⁴⁹⁹ bak. Serahsî, *Mebsût*, X, 107-110

⁵⁰⁰ İbn Kudâme, *Muğnî*, I, 126

kaybedecektir. Diğer taraftan, ölüm ile hakların düşmesi denildiğinde genellikle vârislere intikal etmeyen haklar ya da mukâbili olarak vârislere intikal eden haklar gündeme alınırken, velâyet müessesesinde vârislerle ilgili izah ve yorumların yapılmaması; dinin, hakkın intikal ettiği kişi ya da kurumları açıkça belirlemesiyle ilgilidir denilebilir.

Şâfi‘î mezhebinde velâyet hakkını düşüren nedenlerden (sevâlibü’l-velâye) bahsedilirken kölelik, fîsk (fâsıklık), ihramlı olmak durumu ve hukûkî ehliyeti ortadan kaldıran durumlar zikredilir. Bu meyanda çocukluk, delilik bunama, sefîhlik ve şiddetli hastalık gibi durumların velâyeti ortadan kaldırıp sıralamada bir sonrakine verdiği vurgulanır.⁵⁰¹ Bu örnekler içinde zikredilen şiddetli hastalık hükmen ölüm gibi kabul edilmiştir.

Mâlikî mezhebinde velâyet manileri çerçevesinde, *Şâfi‘î mezhebine* yakın başlıklar altında velâyeti ortadan kaldıran sebepler incelenir. Bu çerçevede çocukluk, delilik ve sefîhlik gibi sebepler yanında velinin kaybolması (gâib) durumunda da velâyetin yakından uzağa doğru intikal edeceği, dolayısıyla kaybolan kişinin velâyet hakkının düşmesinin ölüm olayıyla bağlantılı olduğu ifade edilir.⁵⁰²

Velâyet hakkının düşmesiyle ilgili buraya kadar zikredilen hususlardan ulaşılabilecek sonuç, velâyet hakkının ölümle düşmesinin, bir intikal olarak algılanması gereğidir. Hakka sahip olan kişinin vârisleri intikal sürecinde pasif olarak algılanmaktadır. Nitekim velâyet ile ilgili sıralama şer‘îdir.⁵⁰³

⁵⁰¹ Gazâlî, *Vecîz*, I, 12

⁵⁰² Bak. Karâfî, *Zehîra*, IV, 244-245

⁵⁰³ Velayet hakkının sahipleriyle ilgili sıralamalar için bak. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 356 v.d.; Karâfî, *Zehîra*, IV, 246-249

1- Velâ Hakkı

Lügatte yardım ve sevgi anlamlarına gelen velâ şer‘î ıstılahta yardımlaşma anlamına gelir.⁵⁰⁴ Sebeplerine bağlı olarak iki tür velâdan bahsedilebilir. Birincisi âzâd etmeye dayanan velâdır. Buna “*velâ-i ‘itâka*” ya da “*velâ-i ni‘met*” denir. İkincisi akit yani sözleşme ile gerçekleşen velâdır. Buna da “*velâ-i müvâlât*” denir.⁵⁰⁵

Bir kimse -velev ki tedbîr (ölüme bağlı âzâd), istîlâd (cariyeyi eş edinme) ve kitâbet(köleyle özgürlük anlaşması yapma) yoluyla olsun- bir kölesini hürriyetine kavuşturursa⁵⁰⁶ onu bir nevi ihya etmiş olacağından, âzâd ettiği kişinin ölümüyle ona vâris olur. Bu yüzden âzâd etmeye dayanan velâyâ “*velâ-i ni‘met*” de denir.⁵⁰⁷

Haneî mezhebindeki zâhir rivayete göre velâ hakkı mirasa konu olmaz. Bu konuda *Ebû Yusuf* farklı görüş beyan eder. Ona göre velâ hakkı irse konu olabilir. Erkek ile kız arasında ikili birli taksim edilir. *Ebû Yusuf*’un bu muhalif görüşüne karşılık *Haneî mezhebindeki* hakim görüşe göre bir kimse vefat etse, geride de âzâd edenin kızından başka mirasçısı kalmasa mirası *Bey‘tü’l-mâle* intikal eder. Dolayısıyla mu‘tikın (âzâd eden) ‘asabesinden olmayan yakını bu hakkı elde edemez.⁵⁰⁸ Mirasta hacb meselesinde incelenen bu yaklaşıma göre velâ hakkı ölenin en yakınlarından başlamak üzere intikal eder. Fakat ölen kişi tek başına ‘asabe olabilecek nitelikte bir mirasçı bırakmamışsa yukarıda da belirtildiği üzere *Haneî mezhebindeki* zâhir rivayete göre hak düşecektir. Burada şartlı bir düşmeden bahsedilebilir.

⁵⁰⁴ Meydânî, *Lübâb*, s. 471

⁵⁰⁵ Merginânî, *Hidâye*, III, 271

⁵⁰⁶ Halebî, *Mültekâ*, s. 380; İbn Nüceym, *Bahru’-Râik*, VIII, 117

⁵⁰⁷ İbn Nüceym, *Bahru’-Râik*, VIII, 117

⁵⁰⁸ İbn Nüceym, *Bahru’-Râik*, IX, 365

Miras hukukundaki mirasçı sıralamasında *Haneî mezhebinde* “velâ-i ı’tâka” yani köle âzâd etmeye dayanan velâ, ‘asabeden sonra, zevi’l-erhâmdan önce yer alır.⁵⁰⁹ Bu durum ‘asabeden sonrasının miras hakkını ıskât edici niteliktedir.

Ömer Nasuhi Bilmen ‘asabe-i sebebiyye’nin mirası bahsinde konuya ilişkin şu bilgilere yer verir: “ Bir şahıs sahip olduğu köle veya cariyeyi bil-ihityâr (isteyerek) veya bil-ıztırâr(istemeyerek) bir mal mukâbilinde veya bilâ ‘ıvaz âzâd etmiş olsa onun velâsını hâiz olur. Binâen aleyh âzâd edilen köle ya da cariyenin ‘asabe-i nesebiyye tarîkinden karîbi bulunmadığı takdirde ashâb-ı Ferâ’izden bâkî kalan terekesine kendisi âzâd etmiş olan şahıs müstehk olur. Bu şahıs gerek erkek olsun ve gerek olmasın. Fakat bu şahıs, o köle veya cariyenin hîn-i vefatında ber-hayat olmazsa, onun yerine binefsihî ‘asabesinden olan karîbleri ‘asabe-i nesebiyyede beyan edildiği tertib dairesinde vâris olurlar. Nisâ tâîfesinden olan evlâdı ve sâir karîbleri vâris olamazlar.⁵¹⁰

Mâlîkî mezhebinde velâ hakkı *Haneî mezhebiyle* aynı doğrultuda ve bağlamda değerlendirilmiştir. Velâ müessesesi neseb ile aynı sınıfta değerlendirilip, sabit nesebin doğuracağı sonuçların velâ ile de ortaya çıkacağı kabul edilmiştir. Yine *Haneîlerle* aynı çerçevede olmak üzere ölen kimsenin erkek yakınları bulunmadığı takdirde velâ hakkının *Bey’tülmâl’e* intikali kabul edilmiştir.⁵¹¹

Velâ hakkının düşmesi meselesinde ilk planda, mirası hak eden şahıs bulunmadığında velâ *Bey’tülmâl’e* geçmektedir. Burada kademeli ve çetrefilli olmayan bir düşme söz konusudur. Özellikle *Haneî mezhebinde* konunun daha teferruatlı örnekleri üzerinde miras hukuku tahlilleri yapılır. Buna göre bir kimse bir kölesini âzâd etse ve ölse, ardında iki oğul bıraksa, iki oğuldan biri de vefat etse, ardından, âzâd edilen köle ölse, velâ, efendinin geride kalan tek oğluna aittir. Ölen oğlunun oğullarına geçmez. Zira âzâd edenin oğlu, köleye, torunundan daha yakındır. Mirasta da hak sahibi olan odur.⁵¹² Bu örnekte velâyı hak eden evlad ölünce, ona ait olan hak kendi oğluna geçmemekte ve düşmektedir. Velâ hakkının erkek olan ‘asebeye intikalinin kabul

⁵⁰⁹ Serahsî *Mebûsât*, VIII, 83

⁵¹⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, V, 227

⁵¹¹ Sahnûn, *Müdevvene*, III, 371-372

edilmesine karşın kadın vârislere intikal etmemesi ve düşmesi⁵¹³ İslâm hukukunda velâ müessesinin niteliği ve doldurmak istediği hukûkî boşluk ile ilgilidir. Velâ İslâm hukukunda *hükmi karâbet*⁵¹⁴ olarak tanımlanır ve yardımlaşma müessesesi⁵¹⁵ olarak algılanır. Buna göre birbirlerine, âzâd etme ya da sözleşme nedeniyle mirasçı olan kimselerin velâ müessesesi çerçevesinde menfaatleri bulunduğu gibi sorumlulukları da mevcuttur. Ölen bir kölenin, efendisinden daha yakın bir vârisi yoksa efendi kölesine, âzâd etmeye bağlı olarak mirasçı olacaktır.⁵¹⁶ Ama aynı efendi, kölenin cinayet işlemesi durumunda da kölenin âkilesi sıfatıyla diyet ödemeye mecburdur⁵¹⁷ Burada karşılıklı bir nimet-külfet dengesi mevcuttur. Bu yüzden *Hanefî* kaynaklarında konunun izahı çerçevesinde nimet-külfet dengesini ifade eden “*el-ğurmü bi'l-ğunmî*” kaidesiyle bağlantılı açıklamalara yer verilir.⁵¹⁸ Bu kaide “*el-harâcu bi'd-damân*” ifadesiyle de dile getirilir.⁵¹⁹ Bu kaidenin, velâ hakkının düşmesiyle bağlantısı, külfete giren kimsenin bu külfeti karşılığında şahsî bir hakkının ortaya çıkması, şahsa ait olmasından dolayı mirasçılara intikal etmemesi, şeklinde açıklanabilir. Diğer taraftan kızların velâya hak sahibi olmamaları meselesinde, velânın yardımlaşma boyutu önem arz eder. Velâ, taraflarının karşılıklı yardım taahhüdünde hakim bireyler velâ hakkına sahip olan kişinin erkek ‘asabesi olduğundan hak, ölen kişinin ‘asabesi için de ibtidâen (miras yoluyla değil) halefiyet yoluyla sabit olur.⁵²⁰

Şâfi’î mezhebinde, velânın, mu‘tık (âzâd eden) hayattayken vârisler için de ibtidâen sabit olması anlayışını eleştiren fakihler olmakla birlikte hâkim ve muteber görüş, velânın mu‘tık hayattayken özellikle erkek ‘asabe için gerekli olduğudur.⁵²¹ Velâya sebep olan kölenin ölümüyle velâ ‘asabeye intikal eder. Onun dışındaki vârislerin bu noktada hakkı yoktur. Zira velâ, neseb hükümlerini beraberinde getirir.

⁵¹² Serahsî, *Mebsût*, VIII, 85

⁵¹³ Burada Beytül mâl’e intikal, varisler açısından bir hak kaybıdır

⁵¹⁴ Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, VI, 219

⁵¹⁵ Serahsî, *Mebsût*, VIII, 83

⁵¹⁶ Merginânî, *Hidâye*, III, 271 v.d.

⁵¹⁷ Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, VI, 219

⁵¹⁸ bak. Meydânî, *Lübâb*, s. 471

⁵¹⁹ bak. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 175-176

⁵²⁰ bak. Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, VI, 219, 220; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, IV, 65-66

⁵²¹ bak. Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâc*, IV, 34

Neseb de ‘asabe ile kâimdir.⁵²² Şâfi‘î mezhebinde zevi’l-erhâm mirasçı olamadığından⁵²³, *Hanefilerde* olduğu gibi velâ sahibinin zevi’l-erhâma takdimi ile ilgili izahlar da bulunmaz. Diğer taraftan efendinin iki oğul bırakıp ölmesi durumunda, oğullardan birinin ölümüyle velânın sağ kalan oğula intikali ile ölen oğulun velâ hakkını kaybetmesi hükmü de⁵²⁴ tıpkı *Hanefilerde* olduğu gibi kaynaklarda yer almıştır.

Hanbelî mezhebinde Ahmed b. Hanbel’in, velâ hakkının ölümle intikal edip etmemesiyle ilgili birbirine zıt iki görüşü vardır. *Hanbelî mezhebinin* temel kaynaklarından olan *Muğnî*’de belirtildiğine göre cumhûr, velâ hakkını milk kategorisine almadığından ölümle intikalini kabul etmemektedir. Bu çerçevede *Hanefi*, *Şâfi‘î* ve *Mâlikîler* aynı noktada yer almaktadır. *Ahmed b. Hanbel*’in ise konuya ilişkin iki görüşü mevcuttur.⁵²⁵ Yine *Hanbelîlerde* velâ sahibi ile köle arasında din farkı bulunması, hakkı elde etmeye engel teşkil etmez. Kadınların velâ hakkından faydalanması ise âzâd işlemini yapan kişinin kadın olmasına bağlanmıştır.⁵²⁶ Yani köleyi kadın âzâd ederse ancak o zaman velâ hakkı sabit olur.

Özellikle *Muğnî*’de yapılan açıklamalardan hareketle fakihlerin, ölümle intikal eden haklar konusunda milk niteliği aradıkları, milk niteliği taşımayan yetki ve haklarda düşme hükmüne vardıkları söylenebilir. Aynı yaklaşımlar ölümle düşen hakların hemen hemen tamamında gözlemlenmektedir. Mezheplerin temel yaklaşımları ‘ayn-menfaat, milk-hukuk-ibâha gibi ayrımlarda nasıl şekillenmişse, bunun bir uzantısı niteliğinde olan hakkın düşmesinde de aynı felsefe ve çözüm metodları ile şekillenmiştir. Meselâ *Hanefi mezhebiyle Şâfi‘î mezhebi* arasında temel ihtilaf noktalarından biri olan menfaatlerin hukûkî konumları (mal kabul edilip edilmemeleri) meselesinde, ihtilafa sebep olan temel mezhep ilkeleri ve gerekçeler hakkın düşmesi konusunda da aynen kullanılmıştır. Mezheplerin ürettiği çözüm mantıkları ve usûlleri mezhep içi çözümleme ve hüküm çıkarmada temel rolleri üstlendiği gibi, söz konusu mesai, mezheplerin ortak aklını ve çözüm mantığını oluşturmuştur.

⁵²² Şîrâzî, *Mühezzeb*, II, 646, 647

⁵²³ bak. Dimyâtî, *Îlâ‘netü’t-Tâlibîn*, III, 418

⁵²⁴ bak. Şîrbînî, *Muğnî’l-Muhtâc*, IV, 34

2- Hükmi Ölüm İle Hakkın Düşmesi

Ölüm, bedenî varlıkla beraber şahsiyetin sona ermesini ifade ettiğinden günümüz hukukunda şahsın hukuku alanını ilgilendirir. Diğer taraftan öldüğü bilinmeyip ölüsü bulunmamakla beraber hayatta olmadığı düşünülen kimseler için de çeşitli durum ve şartlara bağlı olarak belli hukûkî hükümler vaz' edilmiştir. Gâiplik kararı ve ölüm karinesi kararının alınması hükmi ölüm için örnek teşkil eder.⁵²⁷

İslâm hukukunda hükmi ölümle ilgili bahisler daha çok mefkûd⁵²⁸ ve mürted (dinden dönen kimse) ile ilgili bahislerde incelenir.⁵²⁹

Hükmi ölüm, biyolojik olarak hayatın son bulması şeklinde değil de kaybolma sonucunda geri gelme ihtimalinin kalmayacağı bir süre sonunda ölüme hâkim tarafından hükmedilmesi şeklinde gerçekleşir. Dolayısıyla gerek mefkûdda ve gerekse mürtedde ortaya çıkabilecek hak kayıpları hâkimin bu kararına bağlı olarak gerçekleşecektir. Diğer taraftan mefkûdun ölümüne hükmedildikten sonra geri gelmesi durumunda haklarıyla ilgili hukûkî sonuçları mürtedin irtidâdından geri dönmesiyle meydana gelebilecek hak kayıpları da konumuz açısından önem taşımaktadır. Biz şimdi ilk olarak mefkûdun haklarının düşmesini, ardından mürtedin haklarının düşmesini inceleyeceğiz.

⁵²⁵ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1542

⁵²⁶ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 356

⁵²⁷ Bakınız. Oğuzman-Seliçi-Oktay, *Kişiler Hukuku*, s. 14

⁵²⁸ Örnek olması için bakınız. Meydanî, *Lübâb*, s. 362; Merginânî, *Hidâye*, II, 180; Halebî, *Mültekâ*, s. 227

⁵²⁹ Mürted bahisleriyle ilgili örnek olması için bak. Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 171; Serahsî, *Mebsût*, VIII, 179; Halebî, *Mültekâ*, s. 220; Dimyâtî, *Îlâ'netü't-Tâlibîn*, IV, 233

a- Mefkûdun Haklarının Düşmesi

Mefkûd, kaybolup yeri bilinmeyen, yaşayıp öldüğü konusunda hakkında bilgiye ulaşılamayan kişidir. Bu durumda olan kişiye hâkim, mallarıyla ilgili tasarruf ve koruma işlerini görmek üzere bir vasî tayin ederek mefkûdun haklarını koruma altına alır.⁵³⁰ Kaybolmadan önce hakkında vekil tayin ettiği malları vekilin tasarrufunda kalır. Bozulmasından korkulan malları satılır, geride bıraktığı mallardan ailesinin nafakası temin edilir.⁵³¹

Mefkûdun, kaybolmakla kendine ait haklarının hukûkî hükümleriyle, geride bıraktığı yakınlarına ait hakların hukûkî durumları, hakkın düşmesi açısından iki farklı durumu meydana getirir. Buna göre mefkûdün kaybolmasıyla, hâkimin hükmü (kazâ) gerekmeden nafakasını teminle yükümlü olduğu fûrû‘ ve usûlû hakkında nafaka hükümleri geçerliliğini korur. Bu şahısların nafaka hakkı düşmez. Diğer taraftan amca, kardeş gibi *zevi’l-erhâm* sınıfından olan ve nafaka temini için hakimın hükmüne ihtiyaç duyulan kişiler, muhtemel nafaka haklarını, kayboluş olayıyla yitirirler. Zira gâib kişinin aleyhine kazaî işlem ve karar geçerli değildir.⁵³² Bu örnekte mefkûdun ikinci derecede yakınlarının, gerçekleşmesi ve ortaya çıkması muhtemel hakları hâkimin hükmüne bağlı olduğundan, hâkimin hükmünün bu konudaki imkansızlığı hakkı düşürmektedir.

Mefkûdun temel anlamda mal varlıkları ve şahıs varlıkları üzerindeki hakları kendisiyle ilgili sâkıt olmaktadır. Bu sukûtun gerçekleşmesi için mefkûdun ölümüne hakimın hükmetmesi gerekmektedir.⁵³³ Bu noktada önemli olan mesele, mefkûdun hakkının düşmesine neden olan hâkimin hükmüne hangi gerekçe ve sürelerle ulaşılacağıdır ki, mezhepler bu noktada farklı yaklaşım ve görüşleri benimsemişlerdir.

⁵³⁰ Merginânî, *Hidâye*, II, 180

⁵³¹ Halebî, *Mültekâ*, s. 227

⁵³² Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, IV, 230; Merginânî, *Hidâye*, II, 180, 181

⁵³³ Serahsî, *Mebûsât*, XI, 35-42; Meydani, *Lübâb*, s.362; İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, V,277

Hanefiler mefkûdla ilgili hüküm üretirken ıstışâb-ı hal kaidesini işleterek sonuca ulaşırlar. İstışâb delili, mevcut durumun bekâsını gerekli kılar. Bu durumda mallarının dağıtılamaması, karısının boş olmaması açılarından mefkûdun yaşıyor kabul edilmesi, mefkûd hakkındaki istihkâkı def edici niteliktedir. Bununla birlikte başkasına mirasçı olma hakkını elde etmesi mümkün değildir.⁵³⁴ Yine Hanefilere göre mefkûdun durumundan haber alınana kadar ölümüne hükmedilemez, dolayısıyla hakları düşmez. Kesin olarak varlığı bilinen nikâh, kaybolma haliyle ortadan kalkmaz. Şüphe, kesin bilgiyi ortadan kaldıramaz.⁵³⁵ Bu süre içinde kadın beklemekle ve bu ağır imtihana sabretmekle mükelleftir. Bu çerçevede yol olarak sınır koymak gerekirse Hanefî mezhebindeki zâhir görüşe göre mefkûdun akranının ölmesi ile mefkûdun da ölümüne hükmedilir. Bir diğer görüş de müsbet bilimler ışığında yüz yirmi yıllık bir ömür takdir edilerek ölümüne hükmedilmesi ve hakların düşürülmesidir.⁵³⁶ Mefkûdun ölümü, hâkimin buna hükmetmesiyle sabit olur. Bu hüküm anından itibaren mefkûdun malları vârislerine intikal eder, karısı boş olur.⁵³⁷

Mâlikî mezhebinde mefkûdun haklarını kaybetmesi sonucunu doğuracak ölüm kararı, mefkûd şahsın kaybolma şekliyle yakından ilişkilidir. Buna göre savaş olmaksızın *dâru'l-harbde* kaybolan kişi, doğumundan yetmiş ve bir rivayete göre seksen yıl geçmedikçe ölü kabul edilmez. Savaş esnasında kaybolan kimsenin durumu değerlendirildikten sonra bir yıl beklenir, ardından mal ve şahıs varlıkları üzerindeki hakları düşer.⁵³⁸ *Mâlikîlerin* bu yaklaşımında kadının uğraması muhtemel zararı önleme ve def etme düşüncesi yer almaktadır.⁵³⁹

Şâfi'î mezhebinde mefkûdun eşi dört yıl bekledikten sonra dört ay on günlük vefat 'iddetini bekler. 'Akabinde başka biriyle evlenebilir. Bu uygulama Hz. Ömer ile Hz. Osman'ın (r.a) mefkûd kimselerin eşleriyle ilgili hükümlerine dayanır. Mefkûd, eşi başkasıyla evlendikten sonra sağ olarak geri dönerse nikâh hakkı ölüm ile sona

⁵³⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XI, 37

⁵³⁵ Merginânî, *Hidâye*, II, 181

⁵³⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XI, 38

⁵³⁷ Kâsânî, *Bedâ'î*, VI, 197

⁵³⁸ *Mâlikî mezhebinde mefkûdla ilgili hükümler için bak. İbn Rüşd, Bidâyetü'l- Müctehid*, III, 90, 91; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VII, 222

ermediğinden, isterse eşiyle nikâhını devam ettirir ve bu konudaki hakkı düşmez. Zira mefkûdun geri dönmesiyle ikinci nikâhın hükümsüzlüğü sabit ve zâhir olmuştur.⁵⁴⁰

Hanbelî mezhebinde ticârî seyahat gibi bir sefer sırasında kaybolan kişinin doksan yaşına gelene kadar diri kabul edilmesi gerekir. Doksan yaş, âzami ömür süresidir. Bu süre sonunda hâkim karar verir. Mefkûd şahıs, ölüm tehlikesi olan bir haldeyken kaybolduğu takdirde dört yıl beklenir. Süre tamamlanıp ölümüne hükmedildikten sonra sağ olarak geri dönen mefkûd, telef olmamış mallarını geri alır, telef olanları da talep hakkı vardır. Ölüm hükmü bu hakları kaybetmesine sebep teşkil etmez.⁵⁴¹

Mefkûdun haklarının, hâkimin ölümüne hükmetmesiyle düşmesi konusunda *Hanevî mezhebi* “*Şek ile yâkîn zâil olmaz.*”⁵⁴² kaidesini işleterek sonuca ulaşmıştır. Mezhebin uzun süre beklemeyi öngörmesi, geride kalan eşi değil de mefkûdu koruma amacına matuftur ve yukarıdaki kaide çerçevesinde şekillenmiştir. Diğer taraftan özellikle *Mâlikî mezhebinin*, kadının uğrayacağı zararları dikkate alarak mefkûdun haklarını daha kısa sürede ve daha kolay gerekçelerle düşürmesi söz konusudur.

b- Mürtedin Haklarının Düşmesi⁵⁴³

İslâm hukukuna göre hükmî ölümün bütün hukûkî sonuçlarıyla ortaya çıktığı olaylardan biri de irtidâd (dinden dönme) olayıdır. İrtidâd, İslâm’dan sonra başka bir dine geçmeyi veya İslâm’dan sonra dinsizliği seçmeyi ifade eder⁵⁴⁴ İrtidâd eden, eğer bu tercihinde ısrar ederse, irtidâd öncesinde sahip olduğu bir takım haklarını kaybeder. Biz

⁵³⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XI, 37

⁵⁴⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VII, 223

⁵⁴¹ Buhûtî, *Ravdu’l-Murbi*, s. 352

⁵⁴² bak. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâîr* s. 60 v.dv.

⁵⁴³ İrtidâd suçu esasen siyasi bir suç olarak kabul edilir. Bu noktada verilen ceza da siyasi bir ceza niteliğindedir. Biz bu başlığımızda klasik kaynaklarda ele alınan hükümlerden yola çıkarak sonuçlara ulaşmaya çalışacağız.

bu başlık altında dinden dönmenin hukûkî sonuçlarıyla beraber bu durumun, hakların kaybedilmesine etkilerini incelemeye çalışacağız.

Hanefî kaynaklarında irtidâd *Siyer* (Devletler ve Harp Hukuku) bahislerinin devam ve uzantısı niteliğinde ele alınıp incelenmiştir.⁵⁴⁵

Mürted, İslâm'dan dönen kimsedir.⁵⁴⁶ Riddet (dinden dönme) “*küfr-ü târî*” olarak değerlendirilip sözlükte, mutlak manada dönmek anlamını ifade eder.⁵⁴⁷ Riddetin rüknü, İslâm'dan sonra küfür sözünü lisan ile ikrâr etmektir. Sıhhat şartı ise öncelikle akıldır. Bu çerçevede çocuğun ve akıl hastasının dinden dönmesi sahih değildir. Zira akıl özellikle i'tikadî alanda ehliyetin ön şartıdır.⁵⁴⁸ Aynı şekilde aklını yitirmiş olan sarhoşun riddeti de sahih değildir. *İmam-ı Âzâm* ile *İmam Muh'âmmed*'e göre riddet için buluş şartı aranmaz. *Ebû Yusuf* ise karşı görüştedir.⁵⁴⁹

Bir kimse irtidâd ettiğinde kendisine İslâm arz olunur, şüphesi varsa giderilir. Bu durumda üç gün hapsedilir, İslâm'a dönmezse öldürülür.⁵⁵⁰

Mürted kimse irtidâd etmekle can dokunulmazlığını (*ismet-i dem*) kaybettiğinden öncelikle yitirdiği hakkı hayat hakkıdır. Yaşam hakkının kaybedilmesi, *Hanefî mezhebinde* erkek ve hür olma şartına bağlanmıştır ve bu kayıp mürtedin doğrudan kendisini ilgilendirir.⁵⁵¹

Mürtedin yaşam hakkı ortadan kalktığı için, devlet kanalıyla olmayan şahsî bir öldürme ile ölse, haksız yere ölüm ile ortaya çıkan kısas ve diyet gibi haklara da sahip

⁵⁴⁴ bak. Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 173

⁵⁴⁵ bak. Serahsî, *Mebsût*, X, 107-132; Halebî, *Mültekâ*, s. 206-223; Merginânî, *Hidâye*, II, 135-173

⁵⁴⁶ Meydânî, *Lübâb*, s. 627

⁵⁴⁷ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 201

⁵⁴⁸ Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 134

⁵⁴⁹ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 202

⁵⁵⁰ Serahsî, *Mebsût*, X, 107; Merginânî, *Hidâye*, II, 164; Meydânî, *Lübâb*, s. 627; Halebî, *Mültekâ*, s. 220; Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 171-172

⁵⁵¹ Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 134

olmamakta, dinden dönmekle bu haklarını kaybetmektedir. Şu kadar var ki, devletin öldürmesi dışında böyle bir öldürme müstehabın terki anlamında kerih görülmüştür.⁵⁵²

Hanefî mezhebine göre dinden dönen kimsenin yaşama hakkını kaybetmesi, erkek olmasına bağlıdır. Dinden dönen kimse kadınsa öldürülmez, İslâm'a dönene kadar hapsedilir. Bu durumda mürtedde (dinden dönen kadın) yaşama hakkını değilse de özgürlük hakkını kaybetmektedir.⁵⁵³ Bu konuda aslolan imtihanın gereği olarak cezanın ahirete bırakılmasıdır. Bununla birlikte dinden dönen kimsenin cezasının ertelenmesi ve ahirete bırakılması, İslâm Devletine karşı savaş gücünün bir parçası olması sebebiyle erkek hakkında iptal edilmiştir. Dinden dönen erkek, o haliyle yaşaması durumunda devlete karşı bir güç teşkil edecektir. Kadının savaş gücü olmaya bünye olarak müsait bulunmaması, hayat hakkını devam ettirmektedir. Bu konuda tek istisna, sihir yoluyla dinden dönen kadındır ki böyle bir kadın öldürülür.⁵⁵⁴

1.Mürtedin mal varlıklarıyla ilgili hukûkî hükümler

Mürted olan kimsenin mülkiyeti ile ilgili hukûkî hükümler de hak kaybı ile ilgili sonuçları barındırmaktadır. Mürtedin kendi şahsıyla ilgili hak kayıpları dışında mallarıyla ilgili hak kayıpları da gündeme gelecektir. Bu çerçevede malına ilişkin kayıplar mülk, miras ve borçlarıyla ilgili olacaktır.⁵⁵⁵ Mürted kimse öldüğünde, öldürüldüğünde, yahut *dâru'l-harbe* iltihak ettiği hâkim kararıyla kesinleştiğinde malları üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer.⁵⁵⁶

Ancak, mülkiyet hakkının kesin olarak düşmesi ölüm ya da öldürülme durumunda gerçekleşirken, *dâru'l-harbdan* geri dönüp tekrar İslâm'a giren mürtedin

⁵⁵² Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 173

⁵⁵³ Merginânî, *Hidâye*, II, 165

⁵⁵⁴ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 217

⁵⁵⁵ Kâsânî, *Bedâyi'*, VII, 136

⁵⁵⁶ Kâsânî, *Bedâyi'*, VII, 136; Meydânî, *Lübâb*, s. 628

haklarının durumu, *Haneî mezhebi* içinde tartışmalıdır. *Ebû Hanîfe*'ye göre mülk hakkı geri dönme ihtimaline bağlı olarak askıda bekler, İslâm'a dönme ile birlikte eski halini alır. *İmâmeyn*'e göre mürtedin hakları öldürülene kadar zâil olmaz, onun öldürülene kadar mala ihtiyacı vardır. Tıpkı kısas ve recm cezasına çarptırılan kişiler gibi mülkü üzerindeki hakları ortadan kalkmaz.⁵⁵⁷

Mürted kimse, riddet halinde iken ölse ya da öldürülse, Müslüman iken kazandığı miras olarak vârislerine geçer. Ancak, dinden döndükten sonra elde ettiği kazancı fey' olarak devlete aittir.⁵⁵⁸ Bu durumda vâris olan üçüncü şahısların, riddet olayıyla ortaya çıkan hak kayıpları söz konusudur. Zira mürtedin, irtidâd sonrası elde ettiği mallar vârislere intikal etmemektedir.

2.Mürtedin tasarruf hürriyetinin durumu

Mürted kimse tasarruf hürriyetini de belli sınırlar çerçevesinde kaybeder. Buna göre alış-veriş, kiralama, hibe, rehin, âzâd etme, tedbîr, kitâbet gibi hukûkî tasarrufları mevkûf olarak gerçekleşir. İslâm'a dönmesi durumunda bu tasarruflar sıhhat kazanır, ölür ya da öldürülürse tasarrufları geçersiz olur.⁵⁵⁹ Burada mürted şahsın, tasarruf yetki ve hakkını kaybetmesi söz konusudur. Diğer taraftan ölüm hastalığında olan insanın yaşaması ile ölmesi arasındaki imkân ve ihtimal burada da söz konusu edilmekte ve bu durum hukûkî sonuçları etkilemektedir.⁵⁶⁰

Mürtedin tasarruf hakkının ve yetkisinin düşmesiyle ilgili *Haneî mezhebinde* çeşitli tasnif ve sınırlamalar yer alır. Bunlar geçerlilik (nefâz), mevkûf ve hükümsüzlük (butlân) olarak üç sınıfa ayrılır.

⁵⁵⁷ Merginânî, *Hidâye*, II, 165

⁵⁵⁸ İbn Nüceym, *Bahru'-Râik*, V, 219

⁵⁵⁹ Halebî, *Mültekâ*, s. 220

⁵⁶⁰ bak. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 136

Birinci sınıfa giren tasarruflar ittifâkla geçerlidir. Bunlar cariyei eş edinme (istilâd) ve talâk gibi işlemlerdir. Bu tasarruflar hakiki mülkiyet ve tam yetki gerektirmediklerinden ittifâkla geçerlidir. İkinci sınıfa girenler mevkûf olanlardır. Bunun örneği mufâvada şirkettir. Bu tür şirketler, ortaklar arasında her konuda olduğu gibi din konusunda da eşitlik aradığından, müfâvada şirketine ortak olan mürtedin bu tasarrufu mevkûf hükmüne tâbi'dir. İttifâkla hükümsüz (bâtıl) olan üçüncü tasarruf da nikâh sözleşmesi yapma ve kurban kesmedir. Bu işlemler gerçek bir dine mensûbiyeti gerekli kıldığından, mürtedin bu tasarrufları ittifâkla batıldır, hüküm ifade etmez.⁵⁶¹

Mürtedin mal ve şahıs varlıklarıyla ilgili yetki kayıplarına dair önemli yaklaşımları içeren bu hükümlere göre mürted, tasarruflarının bir kısmı hakkında tam yetki kaybına uğramakta, bir kısmında yetki sınırlamasıyla karşılaşmakta, bir kısmında ise eski haline devam etmektedir. Bu hüküm ayrılıkları irtidâdın hukûkî konuma etkileri ve tasarrufların gerektirdiği ehliyet özelliklerinin mürtedde bulunup bulunmamasıyla ilgilidir.⁵⁶²

Hakların sınırlandırılması ve düşmesi konusunda irtidâd eden erkek ile kadını birbirinden ayrı değerlendiren *Hanefîler*, mürteddenin (dinden dönen kadın) mülk hakkını kaybetmeyeceği görüşünü ittifâkla kabul ederler. Aynı şekilde tasarrufları da geçerlidir. Zira, mülkün zevâlini gerektiren sebep yani ölüm veya öldürülme söz konusu değildir.⁵⁶³ Diğer taraftan dinden dönen kadın ile ilgili başka bir farklılık da mirasa dairdir. Mürtedde olan kadına kocası mirasçı olamaz. Zira riddetin sonucunda mürtedde ölümü hak etmediğinden, erkeğin miras hakkı mala ta'alluk etmeyecektir. Bu durumda erkeğin miras hakkı düşer. Ancak, *maraz-ı mevtinde*, erkeği mahrum etmek amacına ma'tuf olarak irtidâd eden kadının kocası miras hakkını kaybetmeyecek ve kadına mirasçı olabilecektir.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Bütün bu görüşler için bak. Merginânî, *Hidâye*, II, 167; Halebî, *Mültekâ*, s. 221; Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 180-181

⁵⁶² Ehliyet ve milk ile ilgili bak. Merginânî, *Hidâye*, II, 167

⁵⁶³ Kâsânî, *Bedâiyü'*, VII, 137

⁵⁶⁴ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 178

Mürtedin sahip olduğu haklardan biri de borçlarını ödemede sahip olduğu süre hakkıdır. İrtidâd etmesiyle süreli borçlarının süresi iptal olur ve borç mu‘accel hale gelir.⁵⁶⁵

Mâlikî mezhebine göre mürted, *dâru’l-harbe* iltihâk ettiğinde hakikaten öldüğü bilinene kadar malları, vârisleri arasında taksim edilmez. Mürted gelene kadar bekletilir. İslam’a dönerse mallarını olduğu gibi geri alır. Ancak mürted olarak ölürse malları Müslümanlar için fey hükmündedir.⁵⁶⁶ *Mâlikî mezhebinde* yer alan farklı bir yaklaşıma göre mürtedin mallarına Müslüman vârisleri mirasçı olamadığı gibi kâfir olan mirasçıları da vâris olamaz. Malları Müslümanlara aittir. Ancak mürted olan kişi köleyse malları efendisine kalır.⁵⁶⁷

Müdevvenetü’l-Kübrâ’da kaydedildiğine göre mürtedin irtidâdı ile ilgili ihtilaflı haberler haklarının düşmesine etki eder. Mürted, isteyerek dinden çıkmışsa karısı bâin talâkla boş olur. Mürtedin gönüllü olup olmadığı bilinmiyorsa ve ikrâh altında mürted olduğu ağır basıyorsa karısı boş olmaz.⁵⁶⁸

Şâfi‘î mezhebinde irtidâd hukuku, konuyla ilgili ayetler ve çeşitli hukûkî şartlar çerçevesinde değerlendirildikten sonra konunun hüküm boyutu özellikle *el-Ümm*’de ayrıntılı olarak incelenir.⁵⁶⁹ Dinden dönen kimse ile eşinin arası *Şâfi‘î mezhebine* göre hemen ayrılmaz. Ancak, mürted şahıs tövbe etmeden önce karısının ‘iddeti biterse bu durumda ayrılık gerçekleşir. Bu bir fesihtir, talâk hükmü taşımaz.⁵⁷⁰ Burada ıskât niteliğinde bir talâktan değil, sözleşmenin feshiyle ortaya çıkan bir ayrılıktan söz edilebilir.

⁵⁶⁵ Bâbertî, ‘*Înâye*, V, 316

⁵⁶⁶ Sahnûn, *Müdevvene*, III, 388

⁵⁶⁷ İbn Cüzey, *Kâvânînü’l-Fıkhîyye*, s. 381

⁵⁶⁸ Sahnûn, *Müdevvene*, III, 388

⁵⁶⁹ Bakınız. Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 156-160

⁵⁷⁰ Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 160

Mürtedin karısının nafaka hakkı 'iddeti devam ettiği müddetçe devam eder. İddet sona erdiğinde nafaka hakkı düşer.⁵⁷¹

Mürtedin, mevkûfiyeti kabul eden tasarrufları mevkûftur. Âzâd etme ve tedbîr(müdebber köle haline getirme) buna örnektir. Bu tasarrufları İslâm'a geri dönme durumunda geçerlilik kazanır. Zira mevkûfluk bu tasarruflara etki etmez, zarar vermez. Ancak bey', hibe, rehin ve kitâbet gibi mevkûfen geçerliliği kabul etmeyen tasarrufları bâtıldır, hükümsüzdür.⁵⁷² Bu durumda mürted alış-veriş, hibe, rehin ve kitâbet gibi hukûkî tasarrufları gerçekleştirme hakkını kaybedecektir.

Mürtedin haklarını kaybetmesiyle ilgili Şâfi'î mezhebinin, özellikle Hanefî mezhebinden ayrıldığı temel noktalardan biri, irtidâd eden erkeğin hayat hakkını kaybetmesi hükmünü dinden dönen kadına da teşmîl etmesidir. Şâfi'î mezhebine göre irtidâd eden kadının cezası da ölümdür. Bu durumdaki bir kadın, tıpkı erkek gibi hayat hakkını kaybeder.⁵⁷³

Şâfi'î mezhebinde mürtedin, irtidâdıyla birlikte malları üzerindeki haklarının ortadan kalkıp-kalkmaması (*izâle-i milk*) konusunda temel anlamda üç görüş vardır. Birinci görüşe göre malları üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermez. Bu görüş Müzenî'nin tercihidir. İkinci görüşe göre malları üzerindeki hakkı sona erer. Mezhep içinde sahih olan görüş budur. Üçüncü görüş, iki ihtimali içeren sonuca bağlı olarak beklemektir. Buna göre mürtedin durumunun neticesi beklenir. İslâm'a girerse hakları bâkidir. Eğer riddeti üzere ölürse hakları düşer.⁵⁷⁴

Hanbelî mezhebinde İslâm'dan sonra dönen ve irtidâd eden kimse üç gün boyunca İslâm'a davet edildikten sonra İslâm'a dönmeyi kabul etmediği takdirde Şâfi'î mezhebinde olduğu gibi kadın da olsa öldürülür.

⁵⁷¹ Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 161

⁵⁷² Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, V, 434

⁵⁷³ Bu konuyla ilgili mezheplerin gerekçeleri ve İmam Şâfiî'nin gerekçeli itirazları için bak. Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 167-171

⁵⁷⁴ Şîrâzî, *Mühezzeb*, III, 414

Hanbelî mezhebinde mürtedin yaşam hakkını kaybetmesi dışında Allah’a ya da Peygamber’e sebbetmek (sövmek) suretiyle mürted olan kimse ile riddeti tekrar eden kimsenin tövbe hakkı da yoktur. Geri dönüş hakkını ortadan kaldıran bir durum söz konusudur ve böyle bir insan her halde öldürülür.⁵⁷⁵ Riddetin şekline göre tövbe hakkının sâkıt olması, son örnekte kendini göstermektedir.

Mürted kimse *dâru’l-harbe* iltihâk ettiğinde ise *Hanbelî mezhebine* göre malları askıda bulunur. Müslüman olması durumunda kendisine iade edilir. Ölmesi durumunda ise fey olarak *Bey ‘tûlmâl’e* intikal eder.⁵⁷⁶

Mürted şahsın; kendine, kendi dışındaki şahıslara, mallarına ve yetkilerine dair haklarının belli durumlarda sınırlandırılması, belli durumlarda kısmen, belli durumlarda da tamamen düşmesi çeşitli nedenlere bağlıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere mülkiyetin ortadan kalkması, ehliyet ve yetkinin ortadan kalkması, can dokunulmazlığını kaybetme gibi nedenler, mürtedin haklarının düşmesinde etkili olan unsurlar olarak göze çarpmaktadır. Fıkıh kitaplarında zikredilen muhârib düşmana güç verme tehlikesinin bertaraf edilmesi ve kırılması, küfürde ısrarın engellenmesi gibi gerekçeler, özellikle hayat hakkına son verme cezasında siyâsî mülâhaza ve tedbirlerin de etkili olduğunu göstermektedir.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Buhûtî, *Ravdu’l-Murbi*, s. 474

⁵⁷⁶ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1516

⁵⁷⁷ Bu konuda bak. Serahsî, *Mebsût*, X, 118

B- TELEF, HUKÛKÎ TEĞAYYÛR VE KARIŞMA

1- Telef

Eşyanın telef olması, hukûkî bir olay niteliğindedir ve belli şartların gerçekleşmesi sonucunda hakkın düşmesi sonucunu doğurur. Hukûkî olarak bir malın telef olması söz konusu ise, hak sahibinin karşı karşıya olduğu iki sonuç vardır. Bunlardan birincisi, eski halin iadesi veya zararın tamiri işlevlerini gören tazmînat talebiyle hukûkî mercilere başvurmak; ikincisi ise çeşitli nedenlerle tazmînat hakkından mahrum olmaktır. İşte bu ikinci durumda hakkın, malın veya hakka konu olan şeyin telef olmasıyla sona ermesi ve düşmesi söz konusudur. Bu noktada *kasıt*, *kusur* ve *ihmal* kavramları da devreye girmekte, ortaya çıkan durumu, hak sahibinin lehinde veya aleyhinde şekillendirmektedir.

Hukuken değer taşıyan bir mal (mütekavvim mal), şahısların elinde iki konuma bağlı olarak bulunur. Bunlardan birincisi emanet konumu, diğeri damân (tazmînat) konumudur. He iki konum da hukûkî yetki (velâyet) ile yakından ilişkilidir. Hukûkî ilişkinin niteliğine göre tazmîn mükellefiyeti gündeme gelir ya da gelmez. Meselâ satıcının mal üzerindeki eli tazmîn mükellefiyetini beraberinde getirirken⁵⁷⁸ âriyet alan kişinin (müşteri) ‘âriyet mal üzerindeki eli emanet hükümlerine tâbi’dir. Tazmîn mükellefiyeti yüklemes.⁵⁷⁹ Bu ikinci durumda ‘âriyet verenin hakkı düşer. Telef olan malı elde bulundurma şekli, hukûkî izne dayanmayıp gasp gibi, mal sahibinin rızâsı hilafına gerçekleşiyorsa bu durum da tazmînatı gerekli kılacaktır.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ İbn Nüceym, *el- Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 244

⁵⁷⁹ Ali el-Hafif, *ed-Damân fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, I, 102-103

⁵⁸⁰ Ali el-Hafif, *ed-Damân fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, I, 103

Bu izahlardan sonra telef olayıyla hakkın düşmesi için; tazmînat müessesesinin gündeme gelmediği, dolayısıyla emanet hükümlerinin cârî olduğu durumlarda hak kaybı gündeme gelecektir denilebilir.

Telef olayında hukûkî sonuçlara etki eden bir takım unsurlar vardır. Telefin bir kimse tarafından mübâşeret yoluyla (doğrudan) ya da tesebbüben (dolaylı) gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi durumudur.⁵⁸¹ Eğer telef olayı doğrudan ya da dolaylı bir kimseye nisbet edilemiyorsa bu durumda telef edilen malın sahibinin hakkı düşecektir. Bu noktada kaçınılması mümkün olmayan felaketler (fırtına, yangın vs.) tazmîn sorumluluğunu düşürür⁵⁸²

Sözleşmeler hukukuna göre ‘akitler belli sınıflara ayrılır. Vedî‘a(emanet), ‘âriyet, icâre(kiralama), şirket gibi sözleşme türleri, emanet ‘akitleri olma noktasında müşterektir. Bu çerçevede, mustevdi‘ (vedî‘a alan kişi), müste‘îr (‘âriyet alan kişi)⁵⁸³ müste‘cir (kiralayan kişi) ve şirket malları hususunda ortak olan kimse, kasıt ya da kusuru yoksa ortaya çıkan teleften sorumlu değildir, tazmîn yükümlülüğü yoktur.⁵⁸⁴

Eşyanın telef olmasıyla ilgili hükümler İslâm hukukunda daha çok kiralama ve şahsın işçi tutulması mahiyetinde olan hizmet sözleşmesi sırasında ortaya çıkan telef durumlarının hukûkî sonuçları tartışılırken ele alınır.⁵⁸⁵ Bu bahislerde ecîr-i has(özel işçi) ile ecîr-i müşterekin(herkese iş gören) ellerinde bulunan malların telefî ile tazmîn yükümlülüğü arasında değerlendirme yapılır. *Ebû Hanîfe*’ye göre hem ecîr-i has hem de ecîr-i müşterek elindeki ‘ayn telef olduğunda ecîrin tazmîn yükümlülüğü yoktur. Telefin, sakınılması mümkün bir olay ya da sakınılması imkânsız bir olayla gerçekleşmesi, sonucu değiştirmez. *İmâmeyn*’e göre ise ecîr-i has, verdiği zarardan ve ortaya koyduğu hukûkî fiille gerçekleşen telef olayından sorumlu değilken, ecîr-i

⁵⁸¹ Bu konuda “*Mübâşir, müteammid olmasa da zâmin olur*” Mecelle, md. 92 ile “*Mütesebbib, müteammid olmadıkça zâmin olmaz*” mecelle md. 93 kaideleri temel kurallar niteliğindedir.

⁵⁸² Serahsî, *Mebûsût*, XV, 90

⁵⁸³ Bu noktada Şâfi‘î mezhebi farklı bir yaklaşımla ‘âriyet konusu malı tazmîne tabî‘ mallar sınıfına koyar. Buna göre ‘âriyeti telef eden kişi tazmînle mükellef olacaktır. bak. Gazâlî, *Vecîz*, I, 376

⁵⁸⁴ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhâl*, I, 631

⁵⁸⁵ Örnek olması için bak. İbn Â‘bidin, *Reddû’l-Muhtâr*, IX, 87-95; Merginânî, *Hidâye*, III, 244-246; Halebî, *Mültekâ*, s. 367-368

müşterek, kendisinden kaynaklanan telef olayından sorumludur ve zararı tazmîn mükellefiyeti vardır.⁵⁸⁶

Ecîr-i müşterek, bir kimseye özel çalışmayıp, yaptığı işle ücreti hak eder. Çobanın koyunları bir ay süreyle otlatması işi, terzinin genele yönelik terzilik faaliyeti, bu çalışmaya örnek teşkil eder. Dolayısıyla bu kişi, işlemi yapmadan ücreti hak etmez.⁵⁸⁷

Ecîr-i hâs, belli kişi ya da kişilere süreli ve kişiye özel işler yapan şahsa verilen isimdir. Ecîr-i hasta, ecîr-i müşterekin aksine ücret bizzat amel ile değil, kendini hizmete tahsis etme ile gerçekleşir. Hiç iş yapmasa da iş yapmaya hazır beklemesi, ücreti hak etmek için yeterlidir. Bununla birlikte ecîr-i has, hizmete tahsis edildiği süre zarfında başkasına hizmet edemez, ederse ücret hakkını kaybeder.⁵⁸⁸

Mâlîkî mezhebinde doğrudan tazmînât müessesesiyle ilişkilendirilen telef, mezhebin önde gelen hukukçularından *Karâfî*'nin *Zehîra* isimli eserinde “*Bâbü'd-damân*” başlığında inceleme konusu yapılmış, telef olayının niteliği enine boyuna tartışılıp hangi durumlarda tazmîn gerekip hangi durumlarda gerekmeyeceği hükme bağlanmıştır. *Karâfî*, damân (tazmînât) sebeplerini sayarken mübâşeret, tesebbüb ve emin olmayan el sıralaması yaparak tazmîn yükümlülüğü olmayan, yani malı telef olan kişinin hakkının düşmesi sonucunu doğuracak temel bir noktaya temas etmiştir. Buna göre emanet konumu tazmîn hükümlerine tâbi⁵⁸⁹ olmayacak ve malı telef olan kişinin hakkı düşecektir.⁵⁸⁹

Şâfi'î mezhebinde, kiralanan mal, müste'cirin (kiralayan) elinde kendi fiili dışında telef olsa tazmînât gerekmez. Çünkü söz konusu ‘ayn, kendisinden faydalanılmak üzere kiralanmıştır. Tıpkı kocanın eşinden faydalanmak üzere nikâh kıyması sonucunda elde ettiği hak gibi. Telef, kiralayanın fiiliyle gerçekleştiğinde te'addî(düşmanlık) kastı olmadan yapılıp yapılmadığına bakılır. Hayvana vurulması

⁵⁸⁶ Serahsî, *Mebsût*, XV, 89

⁵⁸⁷ İbn Â'bidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IX, 88, 89

⁵⁸⁸ İbn Â'bidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IX, 95, 96

⁵⁸⁹ Bütün bu yaklaşımlar için bak. *Karâfî*, *Zehîra*, VIII, 259

örneği bu konuyla örtüşmektedir. Bu durumda da, hayvanın yük altında telef olmasında olduğu gibi telef, tazmîni gerektirmeyecektir. Ancak, düşmanca ve gereksiz bir fiil ile – mesela hayvanı gereksiz dövmek buna örnektir– telef gündeme gelmişse o zaman başkasının malına karşı işlenmiş bir cinayet söz konusudur ve tazmîn gerekir.⁵⁹⁰ Burada kasıt ve kusur, tazmîn mükellefiyetini etkilemekte ve mal sahibinin hakkına sirayet etmektedir. Tazmînin olmadığı yerde mal sahibinin hakkı düşecektir.

Telefin, hakkın düşmesine etki eden diğer bir boyutu da, kira sözleşmesinin sona ermesiyle gündeme gelmektedir. Kiraya konu olan ‘ayn telef olduğunda, icâre (kiralama) sözleşmesiyle tahsili arzulanan menfaat sona erdiğinden sözleşme sona erecektir. Bu noktadan sonra faydalanmak imkânsızlaşınca ücret hakkı da sâkıt olacaktır.⁵⁹¹

Hanbelî mezhebinde ecîr-i müşterek, kendi fiiliyle ortaya çıkan teleften sorumlu tutulurken, kendi fiili dışında ortaya çıkan teleften sorumlu değildir. Fakat ücret hakkını kaybeder.⁵⁹² Burada tazmîn yükümlülüğünün bulunmaması, işi yaptıranın hakkını düşürdüğü gibi, telef olayı da ecîr-i müşterekin ücret hakkını düşürmektedir.

2- Hukûkî Teğayyür/Değişiklik

Hukûkî teğayyür, hak sahibinin hakka konu olan malında, malın ismini değiştirecek şekilde ortaya çıkan başkalaşma durumunun adıdır. Bu olay sonucunda mal, eski sahibinin elindeki durumunu koruyamayıp değiştiği için, eski mâlikin, eski mal üzerindeki hakkı sona erer. Şu kadar var ki hukûkî teğayyürle hak sahibinin soyut düzlemde hakkı bâki ve gerekli tamir vasıtasıyla hakkın geri alınması mümkün olmakla birlikte, teğayyürün gerçekleştiği mal üzerindeki hak sâkıt olur. Bu açıdan bakıldığında

⁵⁹⁰ Şîrâzî, *Mühezzeb*, II, 429

⁵⁹¹ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 295

⁵⁹² Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 296

hukûkî teğayyür kalıcı bir sukût sebebi olmamakla birlikte, ‘aynî hakkı sona erdiren bir nitelik taşır.⁵⁹³

Hanefî mezhebinde, mal üzerinde, malın ismini değiştirecek şekilde meydana gelen değişiklik, mülkiyet hakkını düşürür. Bu değişikliği gâsıbın meydana getirmesi de sonucu değiştirmez. Diğer taraftan çalınan veya gasp edilen malın, gerçek mâlikinin hakkını düşürecek nitelikte bir işleme ve değişikliğe uğraması şart değildir. Çalınan malın satılması da mâlikin hakkını düşürücü niteliktedir. Bu hüküm *Hanefîlerde* geçerli olan: “*Bir malda mülkiyet sebebinin değişmesi ‘aynînin değişmesi hükmündedir.*” ilkesine dayanır.⁵⁹⁴ Hukûkî değişiklik ve değişim gerçekleştiğinde mâlikin ‘aynî hakkı, zimmeti bağlayan hak haline dönüşür. Gasp örneğinden hareket edersek gâsıbın, malın ‘aynîni değil kıymetini vermesi gerekir.⁵⁹⁵

Gasp konusunda hak sahibinin hakkını düşürücü nitelikteki değişiklikler -ki bunlar, koyunun kesilmesi, et haline gelmesi ve pişirilmesi, demirin kılıç haline getirilmesi, buğdayın un haline getirilmesi gibi işlemlerdir- hukûkî teğayyür ifade ettiği kadar, hukûkî bir fiil olarak hukûkî tağyîr de içerir. Bu tağyîr⁵⁹⁶ sonucunda gasp edilen malın ismi ve esaslı ölçüde kendisinden elde edilen menfaat değişmektedir. Bu değiştirme, mâlikin hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu, Hanefî mezhebinin kabul edilen görüşüdür. *Şafi’î, Mâlik* ve bir rivayete göre *Hanefîlerden Ebû Yusuf* ise aksi görüştedir. Zikredilen şahıslara göre bu durumda hak düşmez.⁵⁹⁷

Hukûkî teğayyür, mebî‘de (satılan mal) ortaya çıkan fazlalık sonucunda da ortaya çıkabilir. Alış-veriş sonucunda çeşitli nedenlerle satın alınan malın geri verilmesi mümkündür ve bu bir haktır. Satın alınan malda artış meydana geldiğinde geri verme hakkı düşer. Mebî‘de, kendisi dışında gerçekleşip kendisine bitişik fazlalıklar iade hakkını düşürür. Tarladaki ekin ve inşa edilen bina, buğdayın un haline getirilmesi, etin

⁵⁹³ Konunun vasiyetten rucû ve dolayısıyla vasiyet hakkını düşüren örnekleri için bak. Merginânî, *Hidâye*, IV, 235

⁵⁹⁴ İbn Nüceym, *Bahru’r-Râik*, V, 95

⁵⁹⁵ Merginânî, *Hidâye*, IV, 12

⁵⁹⁶ Hukûkî tağyîrin nitelik ve örnekleriyle ilgili bak. Ali Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s.206

⁵⁹⁷ Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-‘Înâye*, II, 467

kıztarılması, hep hukûkî teğayyür niteliğindedir ve malın eski haliyle iadesi imkânsız hale geldiğinden iade hakkını düşürmektedir.⁵⁹⁸

Mâlîkî mezhebinde de konu, mebî'deki değişimin geri verme hakkına etkisi ve buna bağlı olarak münâza'a (tartışma) durumunda, tehâlûf (yeminleşme) sırasında öncelik ve geçerlilik gibi konu başlıklarında incelemeye tâbî tutulur. *Karâfî*'nin belirttiğine göre, mebî'de ortaya çıkan ziyade ya da noksan ile 'ayn, başka bir 'ayna dönüştüğünden tıpkı helâk olduğunda 'aynın sahibinin ayn üzerindeki hakkı nasıl düşüyorsa bu durumda da düşmektedir.⁵⁹⁹ Bu yaklaşımdan anlaşılan, fukahânın hukûkî teğayyürü adeta bir helak (yok olma) gibi algıladıkları ve buna göre hüküm ürettikleri gerçeğidir. Bu çerçevede hak sahibi, hakkın konusunu oluşturan mal yok olduğu için hakkını kaybetmektedir. Şu kadar var ki, böyle bir hak kaybında tazmînât ile telafi müessesesi gündeme geleceğinden, hakkın başka bir yolla, aynen değilse de kıymetiyle tamir edilmesi mümkün olmaktadır. Bu durumda aynî hak, zimmeti bağlayan bir hakka dönüşmek suretiyle düşmektedir.

Maliki mezhebinde ele alınan başka bir teğayyür de, gasp edilen malın, niteliğini bozacak şekilde ayıplanması şeklinde ortaya çıkar. Bu durumda da yerine göre misliyle ya da kıymetiyle tazmîn gündeme gelir.⁶⁰⁰

Şâfi'î mezhebine göre gasp edenin elindeki mal telef olsa, telef olan mal misli mallardan değilse kıymetiyle tazmîn gerekir.⁶⁰¹ Diğer taraftan yine *Şâfi'î mezhebine* göre mebî'de ortaya çıkan teğayyür, ayıp muhayyerliğine bağlı geri verme hakkını düşürür.⁶⁰²

Hanbelî mezhebinde, gaspedilen bir malda artış meydana geldiğinde bu artış muttasıl (bitişik) olsun, munfasıl (ayrı) olsun gaspedilen malın iade edilmesi hakkını

⁵⁹⁸ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, V, 95

⁵⁹⁹ Karâfî, *Zehîra*, V, 7, 8

⁶⁰⁰ İbn Cüzey, *Kavânînü'l- Fıkhiyye*, s.349

⁶⁰¹ Şîrâzî, *Mühezzeb*, II,319

⁶⁰² Şîrâzî, *Mühezzeb*, II,81

düşürmez. Gasp edilen araziye ev yapılması ya da zirâ'î ürün ekilmesi de aynı sonucu doğurur.⁶⁰³

Gasp eden kimse, gasp ettiği malda hukûkî teğayyürü kendi fiiliyle gerçekleştirip, mala artı değer yüklese de geri verme mükellefiyeti vardır. Yünü iplik haline getirmesi, elbiseyi boyaması, odunu kereste haline getirmesi gibi işlemler hukûkî teğayyür olduğu halde geri verme mükellefiyetini ortadan kaldırmaz. Gâsıp bu fiilleriyle mal sahibine teberruda bulunmuş olur. Yaptığı işlerden dolayı her hangi bir karşılık alamaz.⁶⁰⁴ Görüldüğü üzere Hanbelî mezhebinde, diğer mezheplerin aksine, özellikle gasp edilen malda ortaya çıkan tağyîr ve teğayyür mâlikin hakkını düşürücü nitelikte değildir. Aksine gâsıp gasp ettiği mala yüklediği değerler hakkında, hak kaybına uğramaktadır.

Hukûkî teğayyür örneğinde ortaya konulan yaklaşımlar değerlendirildiğinde, teğayyür ya da tağyîre uğrayan malın mâlikinin hakkının düşmesi temelde, malın başkalaşması ve bu başkalaşmadan dolayı yok olmuş hükmünde sayılmasıdır. Bu durumda hakkın konusunu oluşturan malın 'aynını îfânın imkânsızlığı, 'aynı üzerindeki hakkın düşmesine neden olmaktadır. Diğer taraftan ayıplı çıkan malın geri verilmesi muhayyerliği de hukûkî teğayyür ile düşmektedir. Bu durum, gayri lâzım (bağlayıcı olmayan) sözleşmeyi mecburen bağlayıcı hale getirdiği için muhayyer tarafın hakkı düşmekte, bununla birlikte ayıp miktarı değerın malın fiyatında düşürülmesi (noksân-ı semen) hakkı bâki kalmaktadır.⁶⁰⁵

⁶⁰³ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 301

⁶⁰⁴ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 302

⁶⁰⁵ Muhayyerlikle ilgili bak. Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 323

3) Karışma ve Bitişme⁶⁰⁶

Karışma ve bitişme durumu, iki kişiye ait malın, ayrılması mümkün olmayacak şekilde birbirine girmesiyle ortaya çıkar. Karışma olayında hakkın düşmesi için, karışmanın, malların birbirinden ayrılması mümkün olmayacak şekilde, ayrıştırılması mümkün olmayan mallarda gerçekleşmesi gerekir. Mesela buğdayın buğdayla, eritilmiş halde bulunan gümüşün gümüşle karışması durumlarında karıştıran kişi, mülk sahibinin iznini almadan bu fiili gerçekleştirdiği için, karışan malı helâk etmiş sayılarak tazmînle yükümlü olur. Tazmîn sonrasında da karışan malın mâliki olur. Tazmînden önce gerçek sahibin mal üzerindeki müstakil mülkiyet hakkı sona ermekle birlikte karıştıran kimse, karışan mal üzerinde mâlik sıfatıyla tasarrufta bulunamaz. Tasarrufta bulunabilmesi için tazmîn yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Başka bir ifadeyle mâlikin mülkiyet hakkının kesin bir surette sona ermesi ve mal konusunda susması için tazmîn şarttır.⁶⁰⁷ Karışan malların buğday ile arpa gibi farklı cinsten olması da mal sahibinin mal üzerindeki hakkının düşmesini engellemez. Karışım kendi kendine gerçekleşmişse bu durumda iki mülk sahibinin ortaklığı söz konusudur. Bu durumda kasıt olmadıkça tazmîn gerekmez.⁶⁰⁸

Karışma, her durumda, karıştıran kişinin tazmîn mükellefiyetini doğurmaz. Hukûkî ilişkinin niteliğine göre hak tamamen de düşebilir.⁶⁰⁹ Meselâ yetimin malının gözetiminden sorumlu olan vasî, yetim malını kendi malıyla karıştırdıktan sonra malın tamamı zayî olsa tazmîn mükellefiyeti olmaz. Zira vasînin, yetimin malını dilediği şekilde koruma hakkı ve yetkisi mevcuttur.⁶¹⁰ Bu durumda mal sahibinin, tazmîn

⁶⁰⁶ Karışma ve bitişme, sebepsiz zenginleşme türlerinden olup, hukuk dilinde “edim dışı zenginleşme” olarak tanımlanır. Bunun dışında da sebepsiz zenginleşme şekilleri mevcuttur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Ali Kaya, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, s.205

⁶⁰⁷ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VII, 469

⁶⁰⁸ Bu konu vedî'ayı elinde bulunduran kişinin tasarruflarıyla ilgili bölümde geçmektedir. Tazmîn ile yükümlü olmayan kişi, vedî'ayı elinde bulunduran kişidir. Bakınız. Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 21-22

⁶⁰⁹ *Tazmîn mükellefiyetinin olduğu durumlarda 'ayn hakkı deyn hakkına dönüşmek suretiyle düşmektedir. Bu durumda hak şekil değiştirerek sahibine iade edilmektedir.

⁶¹⁰ İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, IX,323

ettirme yetkisi bulunmadığından hakkı tamamen düşmektedir. Bu noktada “*Cevâz-ı şer‘î zamâna münâfîdir*”⁶¹¹ kaidesinin işletilmesi, hukûken yetki sahibi olan bir kimsenin yetkisi dâhilinde bulunan bir fiilinden dolayı sorumlu olmaması, söz konusudur. Bu mesele, hukûkî ilişkilerde emanet esasının tazmîn yükümlülüğünü ortadan kaldırmasıyla da yakından ilgilidir.⁶¹²

Hanefî mezhebinde karışmanın haklara etkisiyle ilgili meşhur örneklerden biri, tavuğun inciye yutması misalidir. Bu durumda kıymet olarak fazla olan malın sahibi, kıymeti düşük malı satın almak suretiyle zorunlu karışmayı müstehil mülkiyet haline getirecektir.⁶¹³

Mâlikî mezhebinde vedî‘anın(emanet mal) tazmîni sebeplerinden bahsedilirken, *Hanefîlerle* aynı çerçevede yaklaşımlar sergilenir. Buna göre vedî‘a, ayrıştırılması mümkün olmayacak şekilde ve karşıt cinslerle karıştığında, karıştıran kimse tazmînle yükümlü olacaktır.⁶¹⁴

Şâfi‘î mezhebinde, müstevdi‘ (emanet alan kimse), emanet olan paraları kendi paralarıyla karıştırırsa tazmînle mükellef olur. Zira bu karışmada mal sahibinin rızâsı yoktur.⁶¹⁵ Bu tazmîn ile mâlikin mülkü üzerindeki hakkı da sona erecektir.

Hanbelî mezhebinde vedî‘a malla ilgili kusurlu fiiller incelenirken, ayrılması mümkün olmayan karıştırmanın malı tümü ile zâyî‘ edeceği, bunun da te‘addîye(kasdî fiil) dayalı tazmîni beraberinde getireceği vurgulanır. Diğer taraftan malın bir kısmının zâyî‘ olması durumunda da aynı sonuç ortaya çıkacaktır.⁶¹⁶

Karışma durumunda hak düşümü, mal sahibinin rızâsına dayalı olmadan tazmînâtı alarak mülk hakkını kaybetmesi şeklinde gerçekleşir. Konu vedî‘a ile ilgili

⁶¹¹ Mecelle md. 91

⁶¹² Hatırlanacak olursa telef meselesinde, emânet esasına dayalı sözleşmelerde kasıt ve kusurun bulunmaması, tazmîn mükellefiyetini devreden çıkarıyordu. Halt yani karışma ve bitişmeyi bir istihlak olarak değerlendiren fukahânın yaklaşımı dikkate alınırsa bu konuda ortak paydalı bir düşünce sistemi oluşturdukları söylenebilir. Karışmanın itlaf olarak kabulüyle ilgili bak. Karâfî, *Zehîra*, VIII, 323

⁶¹³ Bu konuyla ilgili farklı örnekler için bak. İbn Nüceym, *Eşbâh*, s. 97

⁶¹⁴ İbn Cüzey, *Kavânînü’l-Fıkhiyye*, s. 391

⁶¹⁵ Şîrâzî, *Mühezzeb*, II, 301

bahislerde ağırlıklı olarak incelenmekle birlikte, karışmanın dış müdahale gerçekleşmeden ortaya çıkması şirket hukuku meselelerini ilgilendirmektedir.

C- EHLİYET ÂRIZALARI

Hukuk düzenleri, birey olarak kabul edip hak ve sorumluluk yükledikleri kişilerde bir takım özelliklerin bulunmasını öngörürler. Ehliyet kavramıyla ifade edilen bu özellikler kişinin haklara sahip olabilmesini ve hakları kullanabilmesini sağlar. Bireyin haklara sahip olmasının belli şartları olduğu gibi, bir takım tasarruflarda bulunabilmesi için de şartlar öngörülmüştür. Haklara sahip olma ehliyeti günümüz hukukunda “*hak ehliyeti*” olarak isimlendirilmiştir.⁶¹⁷ İslâm hukukunda ise bu ehliyet “*vücub ehliyeti*” adı verilir.⁶¹⁸ Diğer taraftan bireyin kendisine fayda sağlaması, zarar vermesi, muhtemel iş ve işlemleri yapabilmesi de fiil ehliyetine bağlıdır. “*Fiil ehliyeti*” bir kimsenin irâdî bir davranışla hukûkî bir sonucu meydana getirebilmesini ifade eder. Söz konusu sonuç borç ya da hak olarak gündeme gelerek hakkı kullanan şahsın arzuladığı ya da arzulamadığı bir durumu ifade edebilir.⁶¹⁹ Günümüz hukukunda fiil ehliyeti olarak adlandırılan ehliyet türü İslâm hukukunda “*edâ ehliyeti*” olarak isimlendirilir.⁶²⁰

İslâm hukuku, diğer hukuk düzenlerinin aksine, kişinin yaratıcı ile olan ilişkisini de düzenler. Bu alanda Allah hakları ile insan karşı karşıyadır. Şu kadar var ki, Allah haklarının yerine getirilmesi öncelikle insanın akıl sağlığının yerinde olmasına bağlıdır. Akıl sağlığını kaybeden kişinin -mesela deliren kişinin- Allah ile olan hukuku değişir. Devam eden bir delilik Allah hakkı niteliğindeki ibadetleri yerine getirme

⁶¹⁶ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 312

⁶¹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay; *Kişiler Hukuku*, s. 29

⁶¹⁸ İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr*, s. 333

⁶¹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay; *Kişiler Hukuku*, s. 36

⁶²⁰ İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr*, s. 333

sorumluluğunu düşürür.⁶²¹ Diğer taraftan mâlî ilişkiler ile ortaya çıkan tasarruf yetkisi de delirmek suretiyle ehliyetini kaybeden kişinin hakkını düşürür. Buna göre sürekli mecnûn olan kimsenin tasarrufları, velisi izin verse de geçerli değildir. Zira, kişinin sözünün sıhhati, temyiz yeteneğiyle ilişkilidir. Akıl hastasının temyiz yeteneği yoktur. Ancak kişi, belli zamanlarda kendine geliyorsa o zamanlarda ortaya koyduğu tasarrufları geçerlidir.⁶²²

İbn Nüceym *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* isimli eserinde zaruretlerle ilgili kaidelerden bahsederken, akıl hastası olan erkeğin birden fazla eşle evlenmesinin caiz olmadığı hükmüne yer verir. Gerekçe olarak da tek eş ile ihtiyacın ortadan kalktığını belirtir.⁶²³ Burada akıl hastasının ibadetler ve mâlî tasarruflar dışında *Aile Hukukuna* dair hakkının da düştüğü görülmektedir.

Kişinin tasarruf yetkisinin düşmesine neden olan temel ehliyet ârızalarından biri de sefehîr.⁶²⁴ Sefîhlik hacr altına alınma, yani kavî tasarrufların geçersiz kılınmasının temel nedenlerinden biridir.⁶²⁵ Delilik semâvî ârızalar sınıfında değerlendirilirken sefeh, mükteseb ârıza⁶²⁶ olarak kabul edilir.

Sefîhin tasarruf yetkisinin elinden alınması konusunda *Hanefî mezhebi* imamları arasında görüş ayrılığı vardır. *Ebû Hanîfe*'ye göre sefeh, hacr sebebi değildir. Ona göre sefîh kişinin tasarruf yetkisinin düşürülmesi onun, insanlığını ortadan kaldırıp hayvan sınıfına sokmak anlamına gelir ki bu da tebzîrden(onun saçıp savurgan olması) daha büyük bir zarardır. Daha ufak bir zarar varken büyüğünü tercih etmemek gerekir.⁶²⁷ *İmâmeyn* ve *Şafiî*'i, sefîhin tasarruf yetkisinin düşürülmesi ve hacir altına alınması gereğini savunurlar.⁶²⁸ Bu noktada *Ebû Hanîfe* birey menfaatini düşünerek hakkın düşmesine izin vermezken *İmâmeyn* ve *İmam Şâfiî*'i, kamu yararı düşüncesiyle

⁶²¹ Abdülkerim Zeydan, *Vecîz*, s. 79

⁶²² İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VIII, 142, 143

⁶²³ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 95

⁶²⁴ Abdülkerim Zeydân, *Vecîz*, s. 94

⁶²⁵ Zeyleî', *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 254

⁶²⁶ Mükteseb ârızaların fiillere etkisi ile ilgili bak. Semerkandî, *Mîzânü'l-usûl*, s. 188-190

⁶²⁷ Merginânî, *Hidâye*, III, 281

⁶²⁸ Halebî, *Mültekâ*, s. 386; Merginânî, *Hidâye*, III, 281

sefihin hakkını düşürmektedir. Şu kadar var ki, *Ebû Hanîfe* reşit olmadan bülüğa eren çocuğun yirmi beş yaşına kadar mallarıyla ilgili tasarruf yapamayacağını, ancak yirmi beş yaşından sonra rüşdü elde etmese de mallarının kendisine verilmesi gerektiğini belirtir. *İmâmeyn, İmam Mâlik ve Şâfi'î* aksi görüştedir.⁶²⁹

Ehliyet ârızalarında, hukûkî olayların bireyin yetkilerini düşürmesi konusunda *Hanevî mezhebi* dışındaki mezheplerin yaklaşımları *Hanevîlerle* aynı doğrultudadır.⁶³⁰

Ehliyeti kaybetme sebebiyle hakkın düşmesi, hukûkî işlemlerde söz konusu olan in'ikad şartlarından 'âkid (akdi yapan) ile ilgili sorunun oluşması, dolayısıyla tasarrufun geçerlilik yerine geçersizlik sonucuna yürümesini engelleme amacına ma'tuftur. Hukûkî tasarruflarda bulunmaya ehil olmayan kişinin tasarruf yetkisinin düşmesi, zaten sonuç alınamayacak bir işlemi engelleme, böyle bir tasarrufla ortaya çıkabilecek bireysel ve toplumsal zararların önüne geçme düşüncesine dayanır.⁶³¹

C- ZAMANIN GEÇMESİ/TEKÂDÜM

1.Genel olarak zaman aşımının tanımı

Haklara etki etmesi bakımından zaman geçmesi, İslâm hukukunda "tekâdüm" kavramıyla ifade edilir.⁶³²

⁶²⁹ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l- 'Înâye*, III, 412

⁶³⁰ Bu konuda bak. İbn Cüzey, *Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 341; Gazâlî, *Vecîz*, I, 344, 345; Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 278-280

⁶³¹ Burada Ebû Hanîfe'nin birey özgürlüklerini ve insanın manevî şahsiyetini korumaya dönük olarak ortaya koyduğu, sefihin hacrolunmaması hükmü istisnâî nitelik taşıyor denilebilir bak. Mergînânî, *Hidâye*, III, 281

⁶³² Kavramla ilgili bak. Serahsî, *Mebûsât*, IX, 43; Karâfî *Zehîra*, X, 164; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, VI, 335

Zamanın geçmesi, temel itibariyle Batı hukukları çerçevesinde olmak üzere Türk hukukunda da çeşitle sonuçlarıyla ele alınmıştır. Zaman aşımı, Türk hukukunda iki çeşit olarak yer alır. Bunlardan birincisi “*İktisap mürûr-u zamanı*”dır. Bu, özellikle mülkiyet ve diğer bazı ‘aynî hakların elde edilmesi şeklinde ortaya çıkar. Başkasına ait bir malı, belirli bir süre hüsnü niyetle nizâ’sız elinde bulunduran kimse o şeyin mülkiyetini elde eder. Söz konusu mülkün sahibinin hakkı bu durumda düşer.⁶³³ *Dava mürûr-u zamanına* gelince, burada talep ve dava hakkının kanunda tayin edilen müddet içinde kullanılmaması neticesinde bu hak kaybedilmektedir.⁶³⁴

Zaman aşımı dışında bir de hak düşürücü süreler vardır. Bu süreler genellikle zaman aşımı ile karıştırılmaktadır. Hak düşüren süreden maksat, bir hakkın belirli bir süre kullanılmaması halinde tamamen düşüp ortadan kalkması durumudur.⁶³⁵

İktisâbî mürûr-u zaman hukûkî olarak bir hak kazanmayı ifade ederken⁶³⁶ dava mürûr-u zamanı bir külfetten kurtulmayı ifade eder ve bu yönüyle “*ıskâtî mürûr-u zaman*” adını alır. Türk Borçlar Kanunu, zaman aşımını borcun sukûtu sebepleri arasında zikretmekle beraber, zaman aşımına uğramış bir borcun ödenmesi halinde yapılan ödemeyi muteber saymaktadır.⁶³⁷

Hakkı düşüren sürelerde durum, zaman aşımından farklıdır. Hak düşüren süreler sonunda hak tamamen ortadan kalkmaktadır. Meselâ bir cemiyetin kanuna aykırı olarak aldığı kararlara üyelerin itirazı için konulan bir aylık müddet, zina sebebiyle açılacak boşanma davasına konulan süre, nesebin reddi ve nesebin tashihine itiraz için konulan süreler, nesebin tanınmasına itiraz ve bunun reddi, babalık davası için belirlenen süreler hep hak düşürücü sürelerdir.⁶³⁸ Bu sürelerin sona ermesiyle, sürelerin bağlandığı haklar sona erecektir. Diğer taraftan mürûr-u zamanda dava hakkı düşerken, hak düşürücü sürelerde hakkın kendisi düşmektedir.

⁶³³ Bu konuyla ilgili bak. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lugatı*, s. 257-258

⁶³⁴ Hıfzı Veldet, Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, I, 274, 275

⁶³⁵ Velidedeoğlu, *a.g.e.*, I, 276

⁶³⁶ *Burada, kazanan kişinin karşısındaki şahsın hakkını kaybettiğini dikkatten kaçırmamak gerekir

⁶³⁷ *Türk Hukuk Lugatı*, s. 257, 258

⁶³⁸ Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku*, I, 277

İslâm hukukunda iktisâbî mürûr-u zaman yoktur.⁶³⁹ Iskâtî mürûr-u zamana gelince, *Mecelle*'de yer alan “*Tekâdüm-i zaman ile hak sâkıt olmaz.*”⁶⁴⁰ kaidesi geçerli olup, borçlu mahkeme huzurunda kazâen mesuldür. Ancak tezviri davalara engel olmak için belli süreler tayin edilmiştir.⁶⁴¹ *Mecelle*'de dava türlerine göre zaman aşımı süreleri belirlenmiştir. Buna göre arazi-i emiriyye ve vakıf arazilerinin rakabesine dair mürûr-u zaman 36 yıldır. Bu, ictihada dayalı mürûr-u zamandır. Bu süre zarfında özürsüz terk edilen dava dinlenmez. Dava açma gücü bulunup, özürsüz olarak otuz altı yıl bunu terk etmek, hakkın yokluğuna delâlet eder.⁶⁴²

Şahsın olsun, devletin olsun deyn ve ‘ayna dair mülk davalarında, miras, icâreteyn ve mukâtaa ile tasarruf davalarında süre on beş yıldır.⁶⁴³

Arazî-i emiriyyede tasarruf davalarında on yıldır⁶⁴⁴. Yol (mürûr hakkı), su akıtma, su alma (şirb hakkı) mülk akarda ise on beş yıl, mîrî arazide ise on yıl, vakıf akarda ise otuz altı yıllık zaman aşımına tâbi‘dir.⁶⁴⁵ Yine *Mecelle*'de beyan edildiğine göre küçüklük, delilik, bunama, sefer müddeti, uzaklıkta başka bir belde bulunmak gibi nedenler mürûr-u zamanın işlemesine manidir.⁶⁴⁶

2. Şüf‘a hakkında zaman aşımı

Zamanın geçmesiyle hakkın düşmesi konusunda, şüf‘a hakkının zamana bağlı olarak düşmesi ile muhayyerlik türlerinden hıyâr-ı şartın tâbi‘ olduğu süreler örnek olarak verilebilir. *Haneî mezhebinde İmâmeyn’e* göre şüf‘adâr, şüf‘a hakkını talep

⁶³⁹ İslâm hukukunda zaman aşımının haklar etkisiyle ilgili bir değerlendirme için bak. Davut Yaylalı, *İslâm Hukukunda Zaman aşımı*, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 156-162

⁶⁴⁰ *Mecelle* md. 1674

⁶⁴¹ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk tarihinde İslam Hukuku*, s. 142, 143

⁶⁴² Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hukkâin Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, IV, 334, 335

⁶⁴³ *Mecelle* md. 1660

⁶⁴⁴ *Mecelle* md. 1662

⁶⁴⁵ *Mecelle* md. 1662

etmeyi terk ederse bir ay sonra şüf'a hakkı düşer. *Züfer* de aynı görüştedir. Talebi terk etmek özürsüz gerçekleşmelidir. *Ebû Hanîfe* böyle bir te'hîri şüf'a hakkının düşmesi için sebep olarak kabul etmez.⁶⁴⁷ *Halebî*, *Ebû Hanîfe'nin* görüşünü mezhebin zâhir görüşü ve fetvaya esas görüş olarak kaydeder.⁶⁴⁸ *Ebû Yusuf'a* göre şüf'adâr, şüf'a hakkını talep etmiyorsa bu, onun bu haktan vazgeçtiğini ve şüf'a hakkını teslim ettiğini gösterir. *İmam Muhâmmed* ise bu hakkı ebediyen bâki kılmanın şüf'a konusu malı alan müşteriye zarar vereceği, tasarrufuna engel olacağı düşüncesiyle sukût sonucuna varır.⁶⁴⁹

Mâlikî mezhebinde şüf'a'nın sabit olması için gereken şartlar izah edilirken, şeffî'in(şüf'adar) bir yıl veya daha fazla bir süre satımdan haberdar olduğu halde talepte bulunmamasının şüf'a hakkını düşüreceği hükmüne yer verilir.⁶⁵⁰

Şâfi'î mezhebinde şüf'ayı talep fevrîdir. Özür olmaksızın terk edilmesi durumunda şüf'a hakkı sâkıt olur. Özürsüz terk şüf'adan yüz çevirme (i'râz) olarak algılanır.⁶⁵¹

Hanbelî mezhebinde, şüf'adâr, taleb-i işhâdda bulunup, imkânı olduğu halde mahkemeye gitmezse *Hırakî'nin* zâhir kavline göre şüf'a düşmez. *Hanbelî mezhebindeki* diğer bir görüşe göre, imkân ve kudreti bulunduğu halde şüf'a talebini erteleyen kimsenin şüf'a hakkı düşer.⁶⁵²

⁶⁴⁶ Mecelle md. 1663

⁶⁴⁷ Merginânî, *Hidâye*, IV, 28

⁶⁴⁸ *Halebî*, *Mültekâ*, s. 400

⁶⁴⁹ Merginânî, *Hidâye*, IV, 28

⁶⁵⁰ İbn Cüzey, *Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 309; Karâfî, *Zehîra*, VII, 371

3.Şart muhayyerliğinde zaman aşımı

Sürelerin geçmesiyle hakkın düşmesine verilebilecek ikinci örnek, muhayyerlik türlerinden olan şart muhayyerliğidir. *Hanefî mezhebinde*, hıyâr-ı şart ile muhayyer olan kişi *Ebû Hanîfe*'ye göre üç gün içinde tercihinı beyan etmek durumundadır. Sürenin tamamlanmasıyla bey' lazım (bağlayıcı) hale gelir, muhayyerlik hakkı düşer.⁶⁵³ İmâmeyn, muhayyerliğin, muayyen müddet olmak kaydıyla üç günden daha fazla şart koşulabileceğini savunurken, *Ebû Hanîfe*'ye göre böyle bir sözleşme fâsit olacaktır⁶⁵⁴.

İmam Mâlik, hakkın sona ermesi sonucunu doğuran muhayyerlik müddetinin belirli olmasını şart koşmaz. Şart muhayyerliğinde süre, malın cinsine göre ve ihtiyacın gerektirdiği kadar şart koşulmalıdır. Buna göre elbise seçiminde bir ya da iki gün, cariye seçiminde beş gün, ev seçiminde bir aylık süre öngörülür.⁶⁵⁵ Söz konusu sürelerin geçmesiyle muhayyerlik hakkı düşecektir.

Şâfi'î mezhebinde şart muhayyerliği, bey'in genel hükümlerine aykırı olmakla beraber *H z. P e y g a m b e r'in* (s.a) bu konudaki hadisine dayalı olarak⁶⁵⁶ meşru kılınmıştır. Dolayısıyla ancak belirli süreler ile sınırlandırılmalıdır. Bu süre üç günü geçemez.⁶⁵⁷ Şâfi'îlerin bu konudaki yaklaşımı Hanefî mezhebiyle aynı kabul edilebilir.

Hanbelî mezhebinde şart muhayyerliği, uzun da olsa belirli bir süre ile meşrudur. Ancak bu, 'akıt bağlayıcı hale geldikten sonra, ya da meçhul bir süreyle

⁶⁵¹ Şîrâzî, *Mühezzeb*, II, 354

⁶⁵² İbn Kudâme, *Muğnî*, I, 1204

⁶⁵³ Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, V, 118, 119

⁶⁵⁴ Merginânî, *Hidâye*, III, 27, 28; Şeybânî, *Câmiu's-Sağir*, s. 343

⁶⁵⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, III, 271, 272

⁶⁵⁶ Hadisin metni şöyledir "Ensar'dan bir zat alışverişlerinde aldanıyordu. Durumu *H z. P e y g a m b e r* 'e arzetti. *H z. P e y g a m b e r* ona 'alışveriş yaptığında aldatma yok diyeceksin' dedi" Buhârî, *Kitâbü'l-büyû*, 2117

⁶⁵⁷ Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, III, 494

gerçekleştirilemez. Belirlenen muhayyerlik süresi bittiğinde ‘akıt bağlayıcı hale gelir.⁶⁵⁸ Bu suretle muhayyerlik hakkı düşer.

Sürelerin geçmesiyle ilgili verilen şüf'a ve muhayyerlik örneklerinin, zaman aşımı ve hak düşürücü süre açısından değerlendirilmesi gerekirse şüf'ada, dava hakkının iptali söz konusu olduğundan zaman aşımı müessesesinin geçerli olduğu söylenebilir. Muhayyerlik örneğinde ise, tayin edilen süre içinde, hak sahibi ya da hak sahipleri haklarını kullanmadıklarından hak tamamıyla düşmektedir. Burada da hak düşürücü süre gündemdedir.

II- HUKÛKÎ EYLEM VE HUKÛKÎ EYLEMSİZLİK SEBEBİYLE HAKKIN DÜŞMESİ

A- HUKÛKÎ EYLEM

Hukûkî eylem, gerçekleşmesi durumunda hukukun kendisine sonuç bağladığı fiildir. Bu fiil, hukuka aykırı olabileceği gibi hukukun meşru kabul ettiği bir fiil de olabilir. Mesela haksız yere öldürme ve nüşûz, hukuka aykırı fiiller olarak ortaya çıkarken, belli durumlarda elde bulundurulanan malın teslimi hukuka uygun olarak meydana gelmektedir. Biz bu başlıkta hakkın düşmesi sonucunu doğuran hukûkî eylemleri ele alıp incelemeye çalışacağız.

⁶⁵⁸ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbi*, s. 240

1) Öldürme

Öldürme ile hakkın düşmesi denildiğinde ilk anda akla gelen örnek, mûrisini öldüren vârisin miras hakkının düşmesi olacaktır. Hatta genel anlamda hakkın düşmesi denildiğinde, fıkıhla ilgisi olan bir kimsenin zihninde bu örnek canlanacaktır.

Hanefî mezhebine göre haksız yere mûrisini öldüren kimse miras hakkını kaybeder. Öldürmenin kasten ya da hataen olması sonucu değiştirmez.⁶⁵⁹ Hanefî mezhebinin bu konudaki gerekçesi, mirastan mahrumiyet cezasının mahzurlu bir öldürmeye dayanmasıdır. Bu çerçevede hatâen öldürmede de mahzurlu bir durum mevcuttur. Ölen kimse ölümü hak etmediğinden, ölümün her türlü cezayı gerektirecektir. Mahzur, mübahın zıddıdır ve öldürülen kişi, bir suç işleyip de sonucunda cezayı hak etmediğinden, öldürülmesi mübah kabul edilemez.⁶⁶⁰

Hanefî mezhebinde irse (mirasçı olma) mani sebepler çerçevesinde; kölelik, haksız yere öldürme, din farklılığı, *ihtilaf-ı dâr(ülke farklılığı)* ve belli mirasçı sınıflarının bir arada bulunması zikredilir.⁶⁶¹ Öldürme ile hakkın düşmesi, *H z. P e y g a mber'in* (s.a): “*Katile mirastan pay yoktur.*”⁶⁶² hadisine dayanması sebebiyle bütün mezheplerin konuyla ilgili görüşleri aynıdır. Bununla birlikte, öldürmenin şekliyle hakkın düşmesi arasındaki illiyet râbitası mezhepler arası farklı yaklaşımları beraberinde getirmiştir. *Hanefî mezhebi* hem kasten hem de hatâen öldürmeyi mirastan mahrumiyet sebebi sayarken *Mâlikî mezhebi*, hatâen öldürmeyi hirman (mirastan) mahrumiyet sebebi saymaz.⁶⁶³

Şâfi‘î mezhebinde öldürme şekliyle, hakkın düşmesine ilişkin hüküm değişmektedir. Mezhep içinde bu konuyla ilgili üç temel görüş vardır. Birinci görüşe göre öldürme, tazmîni gerektiren bir öldürmeysen hak düşer, değilse düşmez. İkinci

⁶⁵⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XXX, 52

⁶⁶⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XXX, 56

⁶⁶¹ Halebî, *Mültekâ*, s. 502

⁶⁶² Tirmizî, *Kitâbü'l-Ferâ'iz*, 2109

⁶⁶³ İbn Cüzey, *Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 411

görüŖ; öldürme, töhmet barındıran bir öldürmeyle –mirasa erken ulaşmak gibi– hak düşer, zina ikrarı sonucu ceza olarak öldürmek gibi töhmet barındırmıyorsa hak düşmez. Üçüncü görüş ise her halde mirastan mahrumiyeti gerektirir yönündedir.⁶⁶⁴

Hanbelî mezhebinde mûrisini tek başına ya da başkalarıyla ortak olarak mübâşeretle ya da tessebbüben(sebep vererek) öldüren kişinin miras hakkı düşer. Öldürmenin kısas, diyet ya da kefarete gibi cezaları gerektirecek nitelikte olması şarttır. Bu konuda mükellef şahıslarla mükellef olmayan çocuk, akıl hastası aynı konumdadır. Bunun dışında kısas, meşru müdafaa vb. şer‘î izin bulunan konumlarda öldürme, hakkı düşürmez.⁶⁶⁵

Öldürme ile hakkın düşmesi; “*Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti‘al eyler ise mahrumiyetle mu‘âteb olur.*”⁶⁶⁶ kaidesiyle sistemleştirilmiştir.

Miras hukukunda, vârisin müverrisini öldürmesi sebebiyle hakkının düşmesi dışında, aile hukukunu ilgilendiren bir takım bahislerde de öldürme, hakkın düşmesine neden olmaktadır. Buna göre bir kadın kendini öldürürse, hür olması durumunda Hanefî mezhebinin çoğunluğuna göre mehir hakkı sâkıt olmazken, *Şâfi‘î* ve *Hanefîlerden Züfer*’e göre kadın bu eylemiyle mehir hakkını kaybeder.⁶⁶⁷ Zira bu eylemiyle, erkeğin bedel karşılığı sahip olduğı bedenini yok etmiştir. Bedenin karşılığı olan mübdel(bedel karşılığında elde edilen) yok olunca da, bedel üzerindeki hak düşmektedir. Bu iki fakihe göre, kadın mürted olunca ya da eşinin oğlunu ya da babasını şehvetle öptüğünde nasıl mehir hakkını kaybediyorsa, bu durumda da hakkı düşmektedir.⁶⁶⁸

Öldürme eylemiyle hakkın düşmesi konusunda olayın faili ve gerçekleşme şekliyle ilgili *Hanefî mezhebinde* farklı görüşlerin sergilendiğı bir başka mesele, bir adamın karısını ya da cariyesini öldürdüğünde mehir hakkının düşüp düşmeyeceğidir. *İmâmeyn* bu durumda mehrin sâkıt olmayacağını bilakis te‘ekküd edeceğini(daha da

⁶⁶⁴ Şîrâzî, *Mühezzebe*, II, 655, 656

⁶⁶⁵ Buhûtî, *Ravdu‘l-Murbî*, s. 355

⁶⁶⁶ Mecelle md. 99

⁶⁶⁷ İslâm hukukunda kadının mehir hakkını kaybetme nedenleriyle ilgili dört mezhep mukayeseli izahlar için bak. H.İbrahim Acar, *İslâm Hukukunda Kadınlara Tanınan Mali Haklar*, s.74-76

⁶⁶⁸ Kâsânî, *Bedâiyî*, II, 294

güçleneceğini) savunur. *İmâmeyn*'in bu yaklaşımı; “*Bir şey nihâyet bulduğunda o şeye bağlı hükümler takarrur eder.*” kaidesine dayanır. Bu çerçevede ölüm olayı, bütün sonuçlarıyla nikâh sözleşmesini kuvvetlendirici niteliktedir. Bu ölümün yabancı ya da koca tarafından gerçekleştirilmesi veya kadının kendini öldürmesi sonuca etki etmez. *Ebû Hanîfe* ise kadının kendini öldürmesi olayında, kendisinden faydalanacak olan kocanın hakkını telef ettiğiinden, faydalanmaya konu olan menfaatin bedelinden mahrum olması gerektiğini söyler. Bu durum tıpkı malı kabzdan önce telef eden bayiiin(satıcı) semen hakkının düşmesi gibidir.⁶⁶⁹

Öldürmeyle hakkın düşmesi hükmüne varılması konusunda fakihlerin, haksız yere cana kıymaya ceza olarak bu hükme ulaştıkları söylenebilir Usûl-ü Fıkıh âlimlerinin, mirastan mahrumiyeti eksik ceza niteliğinde Allah hakkı olarak tanımlamaları bunu göstermektedir.⁶⁷⁰

2- İkrâh/İcbâr

İkrâh sözlükte; “*Bir kimseyi istemediği bir işi yapmaya, istemediği bir şeyi söylemeye zorlamaktır.*” şeklinde tanımlanır. Bu fiille kişinin rızâsı ortadan kalkar, ehliyeti bâki olmakla birlikte ihtiyarı (seçim özgürlüğü) ifsâd edilmiş olur.⁶⁷¹

İkrahın tasarruflara etkisi konusunda mezhepler birbirinden farklı görüşlere sahiptir. Aynı şekilde ikrahın, kişinin tasarruflarına olumlu ya da olumsuz etkilerde bulunabilmesi için, ikrahın taşınması gereken özellikler ve zorlayan kişinin nitelikleri konusunda da mezhepler farklı görüş sergilemişlerdir:

⁶⁶⁹ Bütün bu yaklaşımlar için bak. Kâsânî, *Bedâî*‘, II, 294

⁶⁷⁰ Bakınız Serahsî, *Usûl*, I, 291-300; İbn Melek, *Şerhu’l-Menâr*, s. 314-315

⁶⁷¹ Bak. Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-İnâye*; Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, V1, 232; Merginânî, *Hidâye*, III, 275; Halebî, *Mültekâ*, s. 382

Haneî mezhebine göre ikrâhın tahakkuk edebilmesi (var kabul edilebilmesi) için, mükrihin (ikrâhda bulunan kişi), tehdidini gerçekleştirecek güçte olması gerekir. Bu kişinin devlet başkanı ya da hırsız olması bu konuda fark etmez. Mühim olan onun gerçekleştirme gücüne sahip olmasıdır. *Ebû Hanîfe*'ye göre ikrâh hükümlerinin geçerli olabilmesi için ikrâhın, devlet başkanından gelmesi şarttır. Bu görüş mezhep içinde zamanın şartlarına bağlı olarak verilmiş bir hüküm olarak algılanmış, *Ebû Hanîfe*'nin yaşadığı dönemde devlet başkanından başka bir gücün ikrâha yeterli olmamasıyla izah edilmiştir.⁶⁷²

İkrahın bağlandığı tehdidin konusunu teşkil eden unsurlar, ikrâhın mahiyetini ve etkisini belirleyici niteliktedir. Buna göre öldürme, bir uzuv kesme ya da bunlara neden olacak şekilde bir darp ile ikrâh, fıkıh kaynaklarında “*mülcî ikrâh*” olarak adlandırılır. Böyle bir ikrâh rızâyı ortadan kaldırır, ihtiyarı ifsâd eder; fakat ortadan kaldırmaz.⁶⁷³

Mülcî ikrâhla alış-verişe zorlanan kişi, ikrâhtan sonra muhayyerdir. Dilerse mükreh olarak yaptığı sözleşmeyi fesheder, dilerse geçerli hale getirir. Çünkü alış-verişlerde rızâ sıhhat şartıdır. Ancak mülcî olmayan, sopayla dövmek, bir gün hapsedmek gibi ikrâhlar tasarruflara etki etmez.⁶⁷⁴ Bu, *Haneîlerin* görüşüdür.

Buraya kadar anlatılanlar değerlendirilecek olursa *Haneî mezhebinde* ikrâhın tasarruf yetkisini düşürme etkisinin bulunmadığı söylenebilir. Şu kadar var ki, rızânın ortadan kalkması muhayyerlik sebebi sayılmakta, bu olumsuz durum muhayyerlik ve fesih müesseseleriyle aşılmaya çalışılmaktadır.

⁶⁷² Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, VI, 233; Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-‘Înâye*, III, 400; Halebî, *Mültekâ*, s. 382

⁶⁷³ Halebî, *Mültekâ*, s. 382, 383; Zeyleî‘, *Tebyînü’l-Hakâik*, VI, 233; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, VII, 270

⁶⁷⁴ Merginânî, *Hidâye*, III, 275

Mâlikî mezhebinde ikrâh, fiili gerçekleştiren kişinin fiilini yok hükmüne sokar. İkrâh, kavli tasarrufları⁶⁷⁵ ortaya koyma yetkisini ittifâkla ortadan kaldırır. Ancak öldürme gibi kul hakkının gündeme geldiği durumlar bunun dışındadır.⁶⁷⁶

Şâfi‘î, Hanbelî ve Câferî mezheplerinde, mükrehin kavli tasarrufları batıldır, bunlara dair yetkisi düşer, bu çerçevede talâkı geçerli değildir, alış-verişleri batıldır.⁶⁷⁷ İkrâh ile olan nikâhın ikrarı, âzâd etme gibi tasarruflar da *Şâfi‘î mezhebine göre* geçerli değildir.⁶⁷⁸

İkrâh, tasarruflara etki etmekle birlikte mükreh (zorlanan) dışındaki kimselere de tesir edebilir. Bu tesir belli durumlarda hakkın düşmesi sonucunu doğurur. Buna göre ‘amden (kasıtlı) veya şibh-i ‘amd yoluyla ikrâha bağlı öldürmelerde de mükrehe kısas cezası uygulanmaz, mücbire uygulanır. *Ebû Yusuf* a göre mücbire de uygulanmaz.⁶⁷⁹ Burada, ikrâh sebebiyle kısas cezasını uygulama talebini ifade eden hak (istifâî kısas) hakkı düşmüştür.

İkrâhın tasarruflara etkisi konusunu mezheplerin yaklaşımları çerçevesinde değerlendiren *Abdülkerim Zeydân*, cumhûrun görüşünün yani *Haneî mezhebi* dışındaki mezheplerin görüşünün doğru ve tercihe şayan olduğunu ifade etmektedir. Buna göre gerek nikâh, talâk gibi feshi kâbil olmayan tasarruflarda, gerekse alış-veriş, kiralama gibi feshi kâbil olan tasarruflarda mükrehin (zorlanan kimse) tasarruflarının batıl olması yani tasarruf ehliyetinin düşmesi daha uygun görünmektedir.⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ Kavli ve fiili tasarrufların niteliğiyle ilgili bak. Karâfi, *Furûk*, I,219

⁶⁷⁶ Karâfi, *Zehîra*, X, 300

⁶⁷⁷ Abdülkerim Zeydân, *Vecîz*, s. 113, 114

⁶⁷⁸ Şâfiî, *el-Ümm*, III, 236

⁶⁷⁹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, III, 64

⁶⁸⁰ Abdülkerim Zeydân, *Vecîz*, s. 115

2- Çelişkili Davranışlar

Çelişkili davranışlar, hak sahibinin veya hak sahiplerinin, gerek hakkı arama ve gerekse hakkı kullanma sırasında çelişkili davranışlar sergilemesidir. Bu durum, belli noktalarda hakkın kaybedilmesi sonucunu doğurur. Çelişkili davranışların hakkı düşürmesiyle ilgili temel örneklerden biri ceza hukukuna aittir. Buna göre öldürülen bir kimsenin velilerinden bir kısmı ‘amden (kasten) öldürme iddiasında bulunurken diğer kısmı hataen öldürme iddiasını öne sürerse, hataen öldürmenin diyetine hükmedilir. Kısasen öldürme hakkı, çelişkili davranışların meydana getirdiği şüpheden dolayı düşmüştür.⁶⁸¹

Kasâme ile ilgili hükümlerde, öldürülen kimse ölüm öncesinde, ölüm şekliyle ilgili bilgi verebilir. Bu noktada velilerin hem kendi aralarında, hem de öldürülen kimsenin sözleriyle ittifâk halinde olması gerekir. Eğer veliler, öldürülen kimse ile kasten ya da hataen öldürülme konusunda söz birliğini sağlayamamış iseler, hem kısas hem de diyet hakları düşer.⁶⁸²

Çelişkili davranışların hakkın düşmesi sonucunu doğurduğu bir diğer örnek de şüf'a hakkıyla ilgilidir. Şüf'adârın, şüf'a hakkının yarısını ıskât edip yarısını ıskât etmemesi durumunda hakkının düşüp düşmeyeceği meselesi *Haneî fakihleri* arasında tartışmalıdır. Bu çerçevede *Ebû Yusuf* şüf'a hakkının düşmeyeceğini savunurken, *İmam Muh'âmmed*'e göre şüf'a hakkı düşer. Zira böyle bir kişinin, hakkın yarısından ferağat etmekle satıma rızâsı var demektir.⁶⁸³ Şüf'a örneğinde ortaya konulan çelişkili davranış fakihler tarafından rızâyâ karine olarak kabul edildiğinden sukûta hükmedilmiştir. Diğer taraftan böyle bir çelişkinin, müşteriye vereceği zarar da bu hükme varılmasında önemli bir ölçü olmuştur.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ Karâfi, *Zehîra*, XII, 290

⁶⁸² Karâfi, *Zehîra* XII, 300

⁶⁸³ Kâsânî, *Bedâ'î*, V, 21

⁶⁸⁴ Şüf'a hakkının bölünerek talebinin müşteriye zararı konusunda bak. İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VIII, 263; İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, IX, 359

4-Rızâya Delâlet Eden Fiiller

Rızâya delâlet eden fiillerle hakkın düşmesi konusuna geçmeden önce, konunun ıskât müessesesiyle farkına işaret etmenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

Rızâ ile hakkın düşmesi, hakkın sükûtundan çok, hakkın bilinçli olarak düşürülmesi anlamına gelen ıskât kelimesiyle ifade edilir. Kişi, çeşitli şekillerde ortaya koyduğu irade beyanlarıyla, sahip olduğu haklarından vazgeçebilir. Böyle bir durumda kişi, bilinçli olarak hakkının düşmesini irade ve ihtiyar etmektedir. Bu durumda rızâya dayalı ıskât ortaya çıkmakta ve bu da hukûkî işlemle hakkın düşmesi kapsamına girmektedir.⁶⁸⁵

Rızâya delâlet eden fiillerle hakkın düşmesine gelince, rızâya zımnen işaret ve delâlet eden fiiller kastedilmektedir. Bu fiilleri hüküm verme konumundaki fakihler rızâya karine saymakta ve buna bağlı olarak hakkın düşmesine hükmetmektedir. Bu çerçevede, doğrudan bir irade beyanı ile değil, dolaylı yoldan karinelerle hakkın düşmesi söz konusu olduğundan biz bu konuyu hukûkî işlemle hakkın düşmesi başlığında değil, hukûkî eylemle hakkın düşmesi başlığı altında incelemeyi uygun bulduk.

Rızâya delâlet eden fiillerle hakkın düşmesine dair temsil edici örnekler daha çok ve özellikle *Borçlar Hukuku* ve *Aile Hukuku* alanlarına aittir. *Borçlar Hukukunda* muhayyerlik hakkının düşmesine sebep olan davranışlar⁶⁸⁶, *Aile Hukukunda* da özellikle velinin, kendisinden izin almadan ve dengi olmayan biriyle evlenen kızının nikâhına itiraz etme ve fesih hakkının düşmesi sonucunu doğuran davranışlar⁶⁸⁷ bu konuya dair hak kaybı örneklerini ve hükümlerini barındırır.

⁶⁸⁵ Iskât örnekleri için bak. İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VI, 27

⁶⁸⁶ bak. Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 329

⁶⁸⁷ Serahsî, *Mebisât*, V, 25, 26

Konunun Borçlar Hukuku'na ilişkin örneği, görme muhayyerliğiyle ilgilidir. Görme muhayyerliği müşteri için sabit olan bir haktır.⁶⁸⁸ Bâyi'in (satıcının) görmeden sattığı malda muhayyerlik hakkı yoktur.⁶⁸⁹ Satın alma dışında icâre (kiralama), kismet ve sulh gibi hukûkî işlemlerde de görme muhayyerliği geçerlidir.⁶⁹⁰ Görme muhayyerliği süreye bağlı değildir. Görmeden satın alan kimse alış-verişten sonra ne kadar süre geçerse geçsin, satın aldığı malı gördüğünde muhayyerdir.⁶⁹¹

Alışverişlerde karşılıklı rızânın bulunması, sözleşmeler hukukunda temel bir kaidedir. Bu bağlamda, görme muhayyerliği hakkına sahip olan kimse malı görmeden bu hakkını ıskât edemez.⁶⁹² Ancak, sözleşmenin feshini imkânsız kılan bazı tasarruflar gerçekleşirse muhayyerlik hakkı sona erer.⁶⁹³

Fıkıh kitaplarında görme muhayyerliğiyle ilgili meseleler incelenirken⁶⁹⁴ görme muhayyerliğinin niteliğine ilişkin açıklama ve izahlardan sonra, satın alınacak malın vasfını tespit etmeye yarayan fiillerle görme muhayyerliğinin sona ereceği hükmüne yer verilir. Buna göre, mahiyeti ve vasıfları dokunmayla tespit edilebilecek mallarda –küçükbaş hayvanların satın alınmasında– dokunma fiili, yenilen mallarda tatma fiili, görme yerine geçen fiiller olarak rızâyâ delâlet etmesi açısından satın alan kişinin muhayyerlik hakkını düşürür.⁶⁹⁵

Esasen görme muhayyerliğinde, muhayyerliğin niteliği gereği, görme fiili muhayyerlik hakkını sona erdiren aslî fiildir. Bununla birlikte, her cins malda görme fiiliyle malın vasıfları tespit edilemediğinden, onun yerine kâim olan fiiller hukûkî sonuca etki etmektedir. Bu çerçevede köle ve câriye satın alınırken yüze, hayvanların

⁶⁸⁸ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 315

⁶⁸⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 84; Zeleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 322

⁶⁹⁰ İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 149

⁶⁹¹ İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 152

⁶⁹² İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 532, 533

⁶⁹³ Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 323

⁶⁹⁴ Konuyla ilgili örnek olması açısından bak. Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 82; Merginânî, *Hidâye*, III, 32, 35; İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 149

⁶⁹⁵ Merginânî, *Hidâye*, III, 34; İbn Â'bidin, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 160

satın alınmasında arka kısma ve kaba ete, evin satın alınmasında içine bakmak ve kabul, muhayyerlik hakkını düşürür.⁶⁹⁶

Mâlikî mezhebinde, rızâya delâlet eden fiillerle hakkın düşmesi konusunda iki uçlu sonuç öngörülür. Şöyle ki, eğer müşteri muhayyer olarak satın aldığı köleyi âzâd etmek, kitâbete kesmek, cariyeyi evlendirmek ya da kendisinden faydalanmak gibi rızâya delâlet eden fiiller sergilerse bu, satımın bağlayıcı hale gelmesini sağlar ve muhayyerlik hakkı düşer. Rızâya delâlet eden fiilleri sergileyen şahıs bayi‘ ise bu durumda ‘akit feshedilir, fesih suretiyle muhayyerlik hakkı düşer. Bu arada satın alınan hayvana kontrol maksadıyla binmek, elbiseyi giymek, gibi fiiller rızâya delâlet etmez, dolayısıyla hak sona ermez.⁶⁹⁷ Burada muhayyer olarak satın alan kişinin –burada şart muhayyerliği söz konusudur– rızâya delâlet eden fiiller sergilemesi sonucunda hakkının düşmesi söz konusudur.

Şâfi‘î mezhebinde, hıyâr-ı meclis, öncelikle tarafların birbirlerinden ayrılmasıyla sona erer.⁶⁹⁸ Burada ayrılma fiili muhayyerlik hakkını kullanmama iradesine, ‘akde rızâya delâlet etmesi açısından sukûta neden olmaktadır. Yine Şâfi‘î lerde satın alınan malı kabul anlamına gelen fiiller, şart muhayyerliğinin süresi içinde gerçekleşirse muhayyerlik hakkı düşer, ‘akit bağlayıcı hale gelir.⁶⁹⁹

Hanbelî mezhebinde, Şâfi‘î mezhebiyle aynı doğrultuda olmak üzere⁷⁰⁰ hıyâr-ı meclis (meclis muhayyerliği), muhayyerlik haklarıyla ilgili bahislerde ilk olarak incelenen konuyu oluşturur.⁷⁰¹ Muhayyer olan kimse, mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin gereği olan fiilleri sergilerse –ki bunlar, yolculuk için hayvana binmek, evde

⁶⁹⁶ Meydânî, *Lübâb*, s. 215-216; Merginânî, *Hidâye*, III, 34; İbn Â‘bidin, *Reddû‘l-Muhtâr*, VII, 157, 158

⁶⁹⁷ İbn Cüzey, *Kavânînü‘l-Fıkhiyye*, s. 295

⁶⁹⁸ Dimyâtî, *Îâ‘netü‘t-Tâlibîn*, III, 54

⁶⁹⁹ Dimyâtî, *Îâ‘netü‘t-Tâlibîn*, III, 58

⁷⁰⁰ Şâfiî mezhebinin meclis muhayyerliğiyle ilgili temel yaklaşımları için bak. Şâfiî, *el-Ümm*, III, 4; Müzenî, *Muhtasar*, s.75; Mâverdî, *Hâvi‘l-kebîr*, VI,24,25

⁷⁰¹ Bak. Buhûtî, *Ravdu‘l-Murbî‘*, s. 239, 240

oturmak gibi fiillerdir– bu durumda rızâya delâlet eden bu fiillerle muhayyerlik düşer.⁷⁰²

Rızâya delâlet eden fiillerle hakkın düşmesi konusunda ikinci temel örnek *Aile Hukuku'na* aittir:

Hanefî mezhebine göre dengi olmayan bir erkekle evlenen kadının nikâhına velisinin, itiraz etme, hâkim kanalıyla ayrılmayı talep etme hakkı vardır. Zira denk olmayan erkek, evlilik hukuku gereği sıhrî karâbetle velinin ailesiyle akraba olacak, bu durum veli için utanç sebebi haline gelecektir. Bu durumda olan velinin nikâhı feshetme hakkı mevcuttur. Ancak veli, kızın mehrini kabzederse ya da nafakasıyla ilgili muhâsamada bulunursa, söz konusu fiiller rızâya delâlet ettiğinden fesih hakkı düşer.⁷⁰³ Burada, mahkemeye başvuru yerine, nikâh sözleşmesinin gerekleriyle ilgili uğraşlar içine giren veli, ‘akdedilen nikâha rızâ göstermiş sayılır.

Kadının ‘akdini feshetme hakkına sahip olan veli, ‘asabedir. Bu ayırma işlemi, zararı def etme amacına ma‘tuftur. Belirtilmesi gerekir ki velinin nikâhı feshetme hakkı, evlenen kadının çocuk doğurmamasına bağlıdır. Kadın çocuk doğurmuşsa velinin fesih hakkı düşer.⁷⁰⁴

Mâlikî mezhebinde veli olmadan nikâh sahih olmadığından kadın bakire olsun dul olsun, soylu ya da düşük tabakadan olsun, reşide olsun sefihe olsun, hür olsun, cariye olsun, velisi izin versin ya da vermesin, tek başına nikâh ‘akdedemez. ‘Akdederse fesholunur. Evlilikle birlikte mukârenetin(cinsel ilişki) bulunması veya kadının çocuk doğurması sonuca etki etmez.⁷⁰⁵ Böyle bir yaklaşım sonradan itiraz gibi bir ihtimali barındırmadığından, mezhep kaynaklarında konuyla ilgili izahlara girilmemiştir. Bununla birlikte kefâet(denklik) konusu çeşitli açılardan incelenmiştir.⁷⁰⁶

⁷⁰² İbn Kudâme, *Muğnî*, I, 800

⁷⁰³ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-‘Înâye*, II, 31

⁷⁰⁴ Meydânî, *Lübâb*, s. 383

⁷⁰⁵ İbn Cüzey, *Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 225

⁷⁰⁶ Karâfî, *Zehîra*, IV, 211; IV, 436; X, 334, 335

Şâfi'î mezhebinde veli, sorumlu olduğu kızı dengi olmayan biriyle rızâsı olmadan evlendiremez. Veli, denk olmayan biriyle evlendirirse nikâh batıldır.⁷⁰⁷

Hanbelî mezhebinde kadının, dengi olmayan biriyle yaptığı nikâh sözleşmesinin bâtil olduğunu ifade eden görüş yanında, denkliğin şart olmadığını bildiren görüş de mevcuttur.⁷⁰⁸

Yukarıdaki izahlardan anlaşılacağı üzere, Hanefiler dışındaki üç mezheb genel çerçevesi itibariyle denkliğin olmadığı bir nikâhı sahih kabul etmemektedir. Sözleşmeye böyle bir yaklaşım, itiraz hakkını gündeme bile getirmemektedir. Şu kadar var ki, Mâlikîlerin, butlân yaklaşımları açık değildir.

5- Yasaklılık Sonucunu Doğuran Fiillerle Hakkın Düşmesi

Yasaklılık (hurmet) sonucunu doğuran fiillerle hakkın düşmesi, *Aile Hukuku*'nda yer alan, evlenilmesi haram olan kadınlarla ilgili bahislerin yer aldığı “*muharremât*” konusuyla ilgilidir. Burada incelenecek olan nokta, hangi fiiller sonucunda, hangi kişi ya da kişilerle “*hurmet-i musâhere*”(evlilikle ortaya çıkan evlenme engelleri) gerçekleşecek, dolayısıyla evlenme hakkı düşecektir. İslâm Hukukunda *hurmet-i musâhere* temelde nikâh sözleşmesine dayalı olarak gerçekleşir. Bu yasağın oluşması için mukârenet(cinsel ilişkiye girme) şartı aranmaz.⁷⁰⁹

Hukûkî eylem sebebiyle hakkın düşmesi başlığına konu olacak sıhrî hurmet, süt emme, mukârenet ve mukârenet yerine geçen fiillerle ilgilidir.

Hanefîler, sıhrî karâbete dayalı hurmetin, yani belli kişilerle evlenme yasaklarının gerçekleşmesi için, mukârenet ya da onun yerine geçen fiillerde meşrû ile

⁷⁰⁷ Şîrâzî, *Mühezzeb*, II, 692

⁷⁰⁸ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1597

gayri meşrû ayrımı yapmazlar. Buna göre bir kişi bir kadınla zina yapsa, o kadının annesi ve kızıyla evlenmek kendisine haram olur.⁷¹⁰ Bu durumda kişi, bahsedilen kişilerle evlenme hakkını zina fiili ile kaybetmiş olur.

Sihriyyet yoluyla haram olan sınıflar dört kümede ele alınır. Bunlar; babaların ve dedelerin zevc ya da zevceleri, çocukların ve torunların eşleri, kayınvalide ve kayınpederler ve kendisiyle mukârenet vuku bulmuş eşlerin kızlarıdır.⁷¹¹

Evlenme yasağının oluşması için mukârenet(cinsel ilişki) şart değildir. Bir kimse yabancı bir kadına şehvetle dokunsa o kadının annesi ve kızı kendisine haram olur. Aynı şekilde edep yerlerine şehvetle bakmak da aynı hurmet(haramlık) sonucuna götürür.⁷¹² Burada bakma ve dokunma fiilleriyle evlenme hakkı sona ermektedir.

Mâlikî mezhebinde ‘akıt ve şüphe-i ‘akıt dışında gerçekleşen gayri meşru mukârenetler kısmî musâheret meydana getirir. Buna göre bir kadının zinadan doğan kızı, zina yapan adama, onun usul ve furû‘una haram olur.⁷¹³

Şâfi‘î mezhebine göre zina yapan kimsenin nesebi sabit olmadığı gibi,⁷¹⁴ hurmet-i musâhere de sabit olmaz. Allah’a itaat sonucu gerçekleşen hurmet, haram bir fiil işlemek suretiyle, yani ma‘siyetle gerçekleşmez.⁷¹⁵ Bu durum erkeğin, zinadan doğan çocuğu ve zina ettiği kadının annesiyle evlenmesinin yasak olmamasını ifade eder. Diğer taraftan zina eden kadının, zinadan doğan oğluyla evlenemeyeceği konusunda bütün müctehidler fikir birliği içindedir. Çünkü bu çocuk zina eden kadından bir insan olarak ayrılmış, onun bir parçası olmuştur. Zina eden adamın nutfesi böyle değildir.⁷¹⁶

⁷⁰⁹ Hürmet-i müsâhere ve sonuçlarıyla ilgili bak. Merginânî, *Hidâye*, I, 191-192; İbn Cüzey, *Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 231; Dimyâtî, *İâ'netü't-Tâlibîn*, III, 531; Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 367

⁷¹⁰ Merginânî, *Hidâye*, I, 192

⁷¹¹ Zeyleî, *Tebyînü'l-Hakâik*, II, 459; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 92

⁷¹² Merginânî, *Hidâye*, I, 192; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 93

⁷¹³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 94

⁷¹⁴ Şâfiî, *el-Ümm*, VII, 346

⁷¹⁵ Şâfiî, *el-Ümm*, V, 155

⁷¹⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkhiyye Kamusu*, II, 94

Hanbelî mezhebine göre zina ile hurmet sabit olduğu gibi ölü ile mukârenet de zina hükmündedir. Diğer taraftan şehvetle bakma ve dokunma fiilleri bir görüşe göre hurmeti gerektirirken diğer bir görüşe göre gerektirmez. *Şafi'î'nin* söz konusu fiillerle (dokunma ve bakma) ilgili hükmü de budur. *Hanbelî mezhebinde*, dokunma ve bakma fiilleri –tıpkı *Hanefîlerde* olduğu gibi– kadın ile erkek arasında farklı sonuç doğurmaz. Bu fiilleri hangisi sergilerse hurmet sabit olur.⁷¹⁷

-Süt emme

Hukûkî eylemle hakkın düşmesi konusunun içine giren bir diğer eylem de süt emmedir. Süt emme, neseb itibariyle mevcut karâbetin haram kıldığı sınıfları haram kılma, evlenme engeli oluşturma sonucunu doğuran bir eylemdir.⁷¹⁸

Hanefîler, haram kılıcı karâbeti (yakınlık ve akrabalık) meydana getirecek emme eylemini her hangi bir kayıtle sınırlandırmazlar. Bu konuda tek koşul, sütü emenin, sütten gıda alacak ve sütle gelişecek çağda olmasıdır ki bu da en fazla otuz aylık çocuklar için geçerlidir.⁷¹⁹ Bu çağda olan bir çocuk velev ki bir kere olsun süt emdiği kadınla ve onun çocuklarıyla süte bağlı karâbet kurmuş olur. Otuz aylık süreden sonra yapılan emme tahrîm gerektirmez.⁷²⁰ Bu konuda *Zâhiriyye mezhebi* farklı bir yaklaşım sergiler. Onlara göre sütü emen kişinin yaşı önemli değildir. Yaşlı bir insan bile emse haramlık sabit olur.⁷²¹

Süt emme ile usûl, furû', usûlün furû'u ve cedlerin furû'u haram olur.⁷²² *Hanefîlerde* “leben-i fahl” ile de hurmet sabit olur. Buna göre süt sahibi babanın başka

⁷¹⁷ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1641, 1642

⁷¹⁸ bak. Zeylei', *Tebyînü'l-Hakâik*, II, 630; Müzenî, *Muhtasar*, s.168; Mâverdî, *Hâvi'l-Kebîr*, XI,196,197; İbn Abdilber, *İstizkar*, VI,241-252; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, III,71

⁷¹⁹ Merginânî, *Hidâye*, I, 223

⁷²⁰ Meydânî, *Lübâb*, s. 397-399

⁷²¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, s.1657

⁷²² Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 85

eşten olan çocuklarıyla, süt emen kişi sütkardeş olmaktadır. Bu kardeşlik, leben-i fahl den doğmaktadır. “*Leben-i fahlden*” maksat, bir erkeğin cinsel ilişkisi sonucu olarak bir kadında meydana gelen süttür.⁷²³ Dolayısıyla çocuk sütü emdiğinde, süt hangi erkekten meydana gelmişse o erkeğin süt çocuğu olur.⁷²⁴

Mâlikî mezhebinde süt emmenin haram kılıcı ve hak düşürücü nitelikte olabilmesi için çocuğun iki yaşında veya iki yaşını iki ay geçmiş olması ve emziren kişinin kadın olması şarttır. Bu çerçevede erkek sütü ya da hayvan sütü haram kılıcı(muharrim) değildir. İçilen sütün karna gitmesi yeterlidir. Sütün ağızdan mideye ulaşması ittifâkla haram kılıcı kabul edilirken burundan ya da şırıngayla verilen sütün haram kılıcı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Yine tek emme, haramlık için yeterlidir. Mâlikî mezhebinde de *leben-i fahl* haram kılıcı özelliğe sahiptir.⁷²⁵

Şâfi‘î mezhebinde de hurmet-i radâ‘dan (sütkardeşliği) kaynaklanan haramlık, hurmet-i neseb (nesebten doğan haramlık) ile aynı bağlamda değerlendirilir.⁷²⁶ Diğer iki mezhepte de olduğu gibi hayvan sütüyle haramlık meydana gelmez. Hanefî ve Mâlikîlerin aksine Şâfi‘î mezhebinde ayrı ayrı beş kere emme ile hurmet sabit olur. Çocuğun Mâlikî mezhebinde de olduğu gibi iki yaşından büyük olmaması gerekir.⁷²⁷

Hanbelî mezhebinde de ufak istisnalar hariç olmak üzere süt emme, haramlık hükmünü gerektirir.⁷²⁸

Mezheplerin sütkardeşliği konusunda birbirine yakın görüşler ortaya koymaları H z. P e y g a m b e r’in (s.a) :“*Süt, nesebin haram kıldığını haram kılar.*”⁷²⁹ hadisinin ittifâk edilen bir hadis olmasıyla ilgili görülmektedir. Şartlarını taşıyan bir süt emme fiiliyle, fiil öncesi serbest olan evlenme hakkı sona ermekte ve hak düşmektedir.

⁷²³ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s.259

⁷²⁴ Meydânî, *Lübâb*, s. 398; Merginânî, *Hidâye*, I, 224; Hereviyyü’l-Kârî, *Fethu Bâbi’l-‘Înâye*, s. 84

⁷²⁵ İbn Cüzey, *Kavânînu’l-Fıkhiyye*, s. 232, 233

⁷²⁶ Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 97

⁷²⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, V, 26, 28; Dimyâtî, *Îâ‘netü’t-Tâlibîn*, III, 520-525

⁷²⁸ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1638, 1639; Buhûtî, *Ravdu’l-Murbî*, s. 367

⁷²⁹ Buhârî, *Nikâh*, 2645; Müslim, *Radâ*, 1447; Neseî, *Radâ*, 3306; İbn Mâce, *Nikâh* 1937; Ahmed b .Hanbel, *Müsned*, 3035; Mâlik Muvatta, *Radâ*, 1391; Dârimî, *Nikâh*, 2247

B-HUKÛKÎ EYLEMSİZLİK SEBEBİYLE HAKKIN DÜŞMESİ

Hukûkî eylemsizlik sebebiyle hakkın düşmesi, hukukun, hak sahibi bireyden etki ve müdahale beklediği durumlarda tepkisizliğe bağladığı sonuç olarak ifade edilebilir. Bu konuya sükût ve hakkın kullanılmaması ya da çeşitli nedenlerle kullanılmaması ile ilgili örnekler girmektedir.

1-Sükût İle Hakkın Düşmesi

Sükût ile hakkın düşmesi, sükûtun rızâya delâlet ettiği durumlarda gerçekleşir. Sükûtun rızâya delâletiyle ilgili; “*Sâkite söz isnad olunmaz. Lakin ma‘rız-i hacette sükût beyandır*”⁷³⁰ kaidesi, İslâm hukukunun konuya bakışını özetler mahiyettedir. Bu çerçevede her sükût rızâya delâlet etmeyecek, dolayısıyla susan kişinin hakları bâki kalacaktır. Meselâ bir kimse, yabancı birinin, malını sattığını görse ve sussa bu susma ile malını satanı vekil tayin etmiş olmaz. Aynı şekilde hâkim, çocuğun ya da bunağın alışveriş yaptığını görüp sussa bu sükût izin ve rızâ anlamı taşımaz.⁷³¹

İbn Nüceym, el-Eşbâh ve’n-Nezâir isimli kitabında sükûtun rızâya delâlet ettiği durumları sıralarken otuz üç noktadan ve hukûkî ilişkiden bahsederek konuya açıklık getirir. Bu örneklerden, bakire kızın velisine karşı evlenme teklifi konusunda susması, şefî‘’in(şüf‘âdar) satımı öğrenince susması, kocanın çocuk doğduğunda nefyde(rette) bulunmayıp susması, alıcının satım öncesi maldaki ayıbı görüp susması rızâ yerine geçer ve bu rızâ hakları düşürür.⁷³² Velisine susan kız, evlilik sözleşmesine itiraz edip evliliği sonlandırma hakkını, şüf‘a hakkının doğmasına neden olan satımı öğrenen şefî‘, şüf‘a hakkını, ayba itiraz etmeyen alıcı ayıp muhayyerliği hakkını, çocuğu nefyetmeyen

⁷³⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 178; Mecelle md. 67

⁷³¹ Bu örnekler ve konuya dair diğer örnekler için bak. İbn Nüceym, *el-Eşbâh, ve’n-Nezâir*, s. 178

⁷³² İbn Nüceym, *el-Eşbâh, ve’n-Nezâir* s. 178-180

baba çocuğun kendisinden olmadığını iddia etme ve bunu hukûkî sonuçlara ulaştırma hakkını kaybedecektir. Zira bu örneklerde susma, mevcut duruma itiraz etmeyip, durumu kabullenmeyi ifade eder.

Sükût ile hakkın düşmesi, hukûkî eylemlerden, rızâya delâlet eden fiillerle hakkın düşmesi durumunun, hukûkî eylemsizlik türünü oluşturur denilebilir. Sükûtta, rızâya delâlet eden eylemsizlik söz konusudur.⁷³³

Ali Haydar Efendi Dürerü'l-Hukkâm isimli eserinde altmış yedinci maddenin yorumunda maddenin, iki fıkra üzerine kurulduğunu ifade eder. Maddenin birinci bölümü *Eşbâh* 'ta geçen: “*Sâkite söz isnad olunmaz.*”⁷³⁴ kısmıdır. Maddenin ikinci kısmı ise usûl-i fıkıhtan alınmış olup konuşma ve olaya müdahale etme durumunda olan kişinin susmasının beyan ifade etmesi durumudur. Burada birbirinden ayrılması gereken iki nokta, konuşmakta olan kişinin susması beyanın zıttını ifade eder. Konuşma durumunda olan kişinin susması beyanı ifade eder. Bu yaklaşım usûl-i fıkıhın ilgili meselesiyle ilgili ve oradan alınmıştır.⁷³⁵ Konuyla ilgili olarak, bir kimse yabancı bir kimsenin malını başkasına satarken mal sahibi onu görüp de sükût etse yani nehyetmese bu sükût ile o yabancı olan kimse mal sahibi tarafından bey'e vekil olmuş veya mal sahibi bey'e icâzet vermiş olmaz. Aynı şekilde bir kimseye senin filan malını fuzûlen filan şahıs sattı diye haber verildiğinde o kimse sükût etse bey'i fuzûliye izin ve icâzet vermiş olmaz.⁷³⁶ Bu örnekler bey'e bahislerine aittir.

İcâre bahislerinde bir kimse, izinsiz olarak diğer bir kimsenin mu'addün li'l-istiğlâl(faydalanma amacıyla hazırlanmış) olmayan hanesinde sakın olsa da hane sahibi sükût etse söz konusu hane o kimseye kiralanmış sayılmaz ve mal sahibi bu oturmaya mukâbil ücret talep edemez.⁷³⁷

⁷³³ Serahsî, *Mebsût*, V,3; Karâfî, *Zehîra*, V,103; Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr*, s.198,199; İbn Kudâme, *Muğnî*, I,1097

⁷³⁴ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr*, s. 178; Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr*, s. 198

⁷³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hukkâm*, I, 144

⁷³⁶ Mecelle md. 1659

⁷³⁷ Mecelle md. 596

Yukarıdaki durumlarda, sükût izin yerine geçmediğinden, buna bağlı olarak hak kayıpları yaşanmamıştır. Ancak, mesela müşteri mebî'î kabzederken kendisi için hapis hakkı bulunan satıcı, onu görüp de kabz etmekten men etmezse kabza ruhsat vermiştir. Burada malın teslimi söz konusudur.⁷³⁸ Bu teslim de satıcının hapis hakkını düşürmektedir.⁷³⁹ Diğer taraftan bir kimse, bir arsa ya da evi, mülkumdür diye diğer bir kimseye satıp teslim ettiğini ve müşterisinin o arsada bir müddet bina yapma, ağaç dikme gibi mülk sahiplerinin yapabileceği tasarrufta bulunduğunu bir şahıs görüp de özürsüz sükût etse o şahıs, o arsanın kendisinin olmadığını ikrar etmiş sayılıp, *Mecelle*'nin 1659. maddesi gereğince o arsayı dava edemez. Ancak müşteri, arsa üzerinde tasarruf etmemişken yalnız satın ve teslim zamanında hazır bulunup sükût etmekle dava hakkı sâkıt olmaz.⁷⁴⁰ Şefî'in(şüf'adâr) satıma vakıf ve muttali' olmuşken susmasının şüf'a hakkını düşürmesi de aynı çerçevede değerlendirilebilir.⁷⁴¹

2- Hakkı Kullanmama ya da Kullanamama İle Hakkın Düşmesi

Hakkı kullanmama; şüf'a hakkında dava açmama, hakkı kullanamama, evlilikle elde edilen hakların çeşitli nedenlerle kullanılamaması örneklerinde hakkın düşmesine neden olmaktadır.

Haneî mezhebinde şefî', şüf'a'ya konu olan mal satıldıktan sonra, satımı öğrendiği mecliste şüf'aya talib olduğunu şahitle kanıtlamak zorundadır. Bu, ilk aşamadır. Bu aşamadan sonra mahkemeye başvurması gerekir. *İmam Muhâmmed*'e göre bir ay içinde mahkemeye başvurmayan şefî'in şüf'a hakkı düşer.⁷⁴² Bu terk ya da hakkı kullanmama fiilinin özürsüz gerçekleşmesi gerekir.⁷⁴³ *İmam Züfer*'in görüşü, *Kerhî*'in

⁷³⁸ Mecelle md. 271

⁷³⁹ Bu konudaki izah ve yaklaşımlar için bak. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hukkâm*, I, 145

⁷⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hukkâm*, I, 148

⁷⁴¹ Mecelle md. 1023, 1029

⁷⁴² Meydânî, *Lübâb*, s. 282

⁷⁴³ Halebî, *Mültekâ*, s. 400

tercihi de bu yöndedir.⁷⁴⁴ *İmam Muhâmmed*'e göre şüf'a davasını bir ay terk ile hak düşmezse müşteri zarar görecektir. Zira her an satımın bozulması tehlikesi vardır ve bu durum müşterinin tasarrufta bulunmasına engel olur.⁷⁴⁵

Aynı şekilde şefî', satımı öğrendiği mecliste özürsüz olarak şüf'a talebinde bulunmazsa şüf'a hakkı düşer. Zira bu durum şefî'in şüf'adan yüz çevirdiğine işaret eder.⁷⁴⁶ Gerek dava açmama, gerekse şüf'a talebinde bulunmama durumları hakkı kullanmama yoluyla hakkın düşmesi sonucunu doğurmuştur.

Mâlîkî mezhebinde, şüf'adâr bir seneden daha fazla bir süre, bir görüşe göre üç günlük sürede şüf'a hakkını kullanmazsa hakkı düşer. Bu hüküm şüf'a hakkını doğuran satımı bilmesiyle ve buna rağmen hakkı kullanmamasıyla alakalıdır.⁷⁴⁷

Gazâlî, Şâfi'î mezhebinin konuya dair üç görüşünü aktarır. Birinci görüşe göre şüf'a fevrîdir, ara verilmeden talep edilmesi gerekir. Terki durumunda hemen düşer. İkinci görüşe göre üç günlük mühlet sonunda düşer. Üçüncü görüşe göre şüf'a hakkı süresizdir. Talep olmasa da düşmez. *Gazâlî*, ilk görüşün yani şüf'a hakkının, hakkı kullanmama durumunda hemen düşeceğini belirten yaklaşımın sahih olduğunu kaydeder. Ayrıca şüf'ayı talep konusunda kusur sayılacak her durum da şüf'ayı düşüreceklerdir.⁷⁴⁸ *Hanbelî mezhebi* de şüf'ayı talep hakkının kullanılmaması durumunda, tıpkı *Şâfi'î'ler*de olduğu gibi hakkın hemen düşeceği fikrini savunmaktadır.⁷⁴⁹

Hakkı kullanamama bir imkânsızlık durumunu ifade eder. Bu durumda hak kendiliğinden düşer. *Hanefî mezhebine* göre kadın, kocasının evinden ayrılmak suretiyle nâşize olduğunda nafaka hakkı düşer. Zira erkek, ev içinde elde edeceği menfaatleri elde edememektedir.⁷⁵⁰

⁷⁴⁴ Hereviyyü'l-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Înâye*, II, 392-393

⁷⁴⁵ Merginânî, *Hidâye*, IV, 28

⁷⁴⁶ Mavsîlî, *İhtiyâr*, II, 54

⁷⁴⁷ İbn Cüzey, *Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 309

⁷⁴⁸ *Gazâlî, Vecîz*, I, 392

⁷⁴⁹ Buhûtî, *Ravdu'l-Murbî*, s. 307

⁷⁵⁰ Mavsîlî, *İhtiyâr*, IV, 5

Mâlikî mezhebinde kadın, kocasıyla gecelemezse nafaka hakkı düşer. Zira nafaka, hür kadınlarda faydalanmanın imkânıyla ilgilidir.⁷⁵¹

Şâfi'î mezhebinde, kadın erkeğe sunması gereken faydalanma hakkını sunmazsa nafaka hakkı düşer.⁷⁵²

Hanbelî mezhebinde, kadın kocasından izin almak şeklinde bile olsa sefere çıksa, kocası kendisinden faydalanamadığından nafaka hakkı düşer.⁷⁵³

Bütün bu örneklerde kocanın hakkını kullanamaması, hakkını kullanmasına bağlı olarak terettüb eden nafaka hakkını düşürmektedir. Diğer bir ifadeyle sorumluluğunu yerine getirmeyen kadın, söz konusu sorumluluğa bağlı hakkını kaybetmektedir.

III- HUKÛKÎ İŞLEM İLE HAKKIN DÜŞMESİ

Hukûkî işlemle hakkın düşmesi temel olarak üç şekilde gerçekleşir. Bunlardan birincisi hukûkî işlemin taraflara yüklediği edimin, hakkın düşmesi sonucunu içermesidir. Burada işlemin doğası, hakkın düşmesini gerekli kılmaktadır. İkincisi, ıskât niteliği taşıyan hukûkî işlemle hakkın düşmesidir. Üçüncüsü ise, hukûkî işlemin dolaylı yoldan hakkın düşmesi sonucunu doğurmasıdır.

⁷⁵¹ Karâfî, *Zehîra*, IV, 239

A- HUKUKİ İŞLEMİN TABİİ SONUCU OLARAK HAKKIN DÜŞMESİ

Hukûkî işlemler, sağlıklı bir şekilde ve ehliyet sahibi insanlar tarafından gerçekleştirildiğinde hüküm ortaya çıkarıcı nitelikte sahih ve nâfiz olarak hukuk sahasına çıkarlar. Mu‘âvazalı(bedelli) ‘akitlerde, hukûkî işlemlerin sonucu, yani hükmü, temlik ve temellükün gerçekleşmesidir. Buna göre malını satan satıcı, alım-satım sözleşmesinin hükmü gereğince mal üzerindeki mülk hakkını kaybedecek, bununla birlikte malın bedeli üzerinde hakkı doğacaktır. Burada satılan malı temlik ederken, bedeli de temellük etme söz konusudur. Sözleşmenin kendisiyle gerçekleşen bu hüküm ifâ ile kesinlik kazanır ve taraflar karşılıklı olarak temlik ettikleri malların üzerindeki haklarını kaybederler.⁷⁵⁴

Sabri Şakir Ansay, “*Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*” isimle eserinde, “*Borç Münasebetinin Zevâli*” başlığı altında, borç münasebetini ortadan kaldıran sebepler arasında ifâyı da zikreder. Burada ifâ, yani tarafların her birine düşen edimin yerine getirilmesi, borç münasebetini sona erdirecektir.⁷⁵⁵ *Ali Bardakoğlu*, *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*’nde yer alan “*Hak*” maddesinde hakkın sona ermesi başlığında hemen hemen *Sabri Şakir Ansay* ile aynı hukûkî sebepleri sıralayarak konuya izahlar getirmiştir.⁷⁵⁶ *Kemal Oğuzman*, *Medenî Hukuk Dersleri* isimli eserinde ifâ ile ilgili: “*Hakların devren iktisâbına yol açan olaylar ve hukûkî muameleler, hakkın eski sahibi açısından hakkı kaybettirici rol oynarlar.*” ifadelerini kullanır.⁷⁵⁷ Bu nakiller yorumlanacak olursa, ifânın, hakkın düşmesi değil de, hakkın bir başka hak ile değiştirilmek suretiyle sona ermesi niteliği taşıdığı söylenebilir.⁷⁵⁸

⁷⁵² Gazâlî, *Vecîz*, II, 116

⁷⁵³ İbn Kudâme, *Muğnî*, II, 1742

⁷⁵⁴ Satımın, satıcının mülkünü ortadan kaldırmasıyla ilgili bir değerlendirme için bak. Kâsânî, *Bedâyî*’, IV, 73

⁷⁵⁵ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, s. 136

⁷⁵⁶ Ali Bardakoğlu, “*Hak*”, *DİA*, XV, 150

⁷⁵⁷ Kemal Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 162

⁷⁵⁸ Esasen bu konu, Roma Hukukundan gelen, borcun sukutunu doğuran ifa, ibra, takas, tecdit, ifanın imkânsızlığı, ölüm, zaman aşımı gibi nedenlerin, günümüz hukuk şablonlarında ortaya konulması

B- İSKÂT NİTELİĞİ TAŞIYAN İŞLEMLERLE HAKKIN DÜŞMESİ

İskât niteliği taşıyan işlemler, hakkın düşmesinden çok hakkın bilinçli olarak düşürülmesini ifade eder. Bununla birlikte her ıskât da neticesi itibariyle hakkın sükûtunu intâc ettiğinden burada kısaca ıskât niteliği taşıyan işlemlerden bahsedeceğiz.

Köle âzâd etmek, talâk, borçtan ibrâ gibi işlemler İslâm hukukunda yer alan temel ıskât örneklerini oluşturur.⁷⁵⁹ Bu işlemlerin dışında ibrâ niteliği taşıyan sulh⁷⁶⁰, hakkın bir kısmından ferağat etmeyi içerdiğinden hakkın düşmesi sonucunu doğuran ıskât nitelikli bir işlemdir.

Kısmî âzâd işlemi niteliğindeki kitâbet sözleşmesi⁷⁶¹ ile tedbîr sözleşmesi, hukûkî işlem olarak haklara düşürücü etkide bulunur. Söz konusu işlemlerden sonra kölelerin satılması bâtıldır. Zira kitâbet ve tedbir sözleşmesini yapan köleler, efendiye bağlayacak şekilde hürriyeti hak etmişlerdir.⁷⁶² Dolayısıyla efendinin anlaşma ve sözleşme yaptığı köleleri satma hakkı düşmüştür.

Kasten ya da hataen işlenen bir cinayet ile ilgili sulh, yine ıskât niteliği taşıyan af ile bağlantılı olarak, kısas cezasının uygulanmasını talep etme hakkını

olarak değerlendirilebilir. Son dönem Arap dünyası müellifleri de aynı yolu takip etmişler ve borç münasebetini ortadan kaldıran nedenleri, tıpkı Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda olduğu haliyle incelemişlerdir. Onlar bu inceleme esnasında borcun sona ermesi değil de, hakkın sona ermesi başlığını kullanmayı tercih etmişlerdir. Bu durum hakkın düşmesi ile hakkın sona ermesinin birbirine karışması sonucunu doğurmaktadır. Borcun sona ermesi de bir nevi hakkın sona ermesi olarak kabul edilip hakkın düşmesi kapsamında değerlendirilse de, konumuz açısından sadece bir örnek teşkil eder. Diğer taraftan son dönem İslâm hukukçuları, sona erme ile ilgili “*inkidâ*” kavramını kullanmaktadırlar. Bu kavram, özellikle Medenî Hukuka ilişkin incelemelerde bulunan eserlerde, herhangi bir borç ilişkisinin sona ermesi için de kullanılmaktadır. Mesela kefalet sözleşmesinin sona ermesinde de bu kavram kullanılır. Sonuç olarak hakkın sona ermesiyle hakkın düşmesinin birbirine karıştırılmaması için bu ayırım ve değerlendirmelerin bilinmesi gerekir denilebilir. Konunun Roma Hukuku ve günümüz hukuku ile ilgili boyutları için bak. Salvatore Dî Marzo, *Roma Hukuku*, 380-400; Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*, s.223-243; Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku*, 139-153 İslâm hukuku kaynaklarındaki örnekler için bak. İsmail Ömerî, *el- hak*, s.173; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, s.114-126; Ali Bardakoğlu, “*Hak*”, DİA, XV, 150

⁷⁵⁹ Bu işlemler için bak. Mavsilî, *İhtiyâr*, IV, 20

⁷⁶⁰ Şeybânî, *Câmiu's-Sağîr*, s. 419

⁷⁶¹ Serahsî, *Mebsût*, IX, 57

⁷⁶² Medânî, *Lübâb*, s. 221

düşürecektir.⁷⁶³ “*Velıyyü’l-katıl*” diye isimlendirilen velilerin, katili her hangi bir bedel karşılığında olmaksızın affetmesi de hukûkî bir işlem olarak ıskât niteliği taşır. Bu ıskât ile had düşer.⁷⁶⁴

C- HUKÛKÎ İŞLEMİN DOLAYLI YOLDAN HAKKIN DÜŞMESİNE ETKİ ETMESİ

Hukûkî işlemin dolaylı yoldan üçüncü şahısları da ilgilendiren boyutu, bu başlıkta hakkın düşmesiyle ilgili hükümleri barındırmaktadır. Hukûkî işlemin dolaylı yoldan hakkı düşürmesinin temel örneği, nikâh sözleşmesiyle ortaya çıkan evlenme yasaklarıdır. Buna göre evlenen erkek, bu evlenmeyle belli sınıfa mensup kadınları müebbeden, belli kadınları da muvakkaten kendisine haram kılmış olur.⁷⁶⁵ Bu haramlık, evlenme öncesinde sahip olunan hakkın kaybedilmesi anlamına gelir.

Hukûkî işlemlerle hakkın düşmesi denildiğinde, ilk iki başlıkta izah edilen durumların ıskât niteliği taşıdığı, nikâh ile ortaya çıkan haramlığın hakkın ıskâtı değil, sükût olduğu sonucuna varılabilir.

Hakkı düşüren bir sebep olarak hukûkî işlemlerin, niteliklerine göre tasnifler yaparak sadece konunu özünün anlaşılmasına hizmet etmek üzere kaleme aldığımız bu bölümü, hakkın düşmesinin doğal bir uzantısı, mütemmim bir cüzü olarak gördüğümüzden bu kadar bilgiyle yetiniyoruz.

⁷⁶³ Zeyleî‘, *Tebyîynü’l-Hakâik*, V, 478

⁷⁶⁴ Halebî, *Mültekâ*, s. 462

⁷⁶⁵ Serahsî, *Mebsût*, IV, 221; *Bâcî Müntekâ*, IV, 82-83; Şâfiî, *el-Ümm*, V, 415; Buhûtî, *Ravdu’l-Murbî’*, s. 367

SONUÇ

Hakkın düşmesi konusunu araştırdığımız bu çalışmada, hakkın düşmesinin temel sebeplerinin; hukûkî olay, hukûkî eylem ve hukûkî işlem olduğunu söyleyebiliriz.

Hakkın düşmesinin hukûkî mahiyetine gelince, birbirinden farklı özellikler taşıyan hakkın düşmesi durumlarından bahsetmemiz gerekir. Buna göre ibadetler alanındaki Allah haklarının düşmesi ruhsat, muhayyerliklerde rızâ ya da rızâ yerine geçen fiil, Allah hakkı niteliğindeki hadlerde şüphe ve zaruret durumları, şehadetten ya da ikrardan rucû' ile şahidin adalet vasfını kaybetmesi gibi durumlarda, suçun teşekkül etmemesi, ölüm olayında şahsiyetin sona ermesi, zamanın geçmesinde hakkın ispat gücünü yitirmesi, vârisin mûrisini öldürmesinde ceza, ıskât niteliğindeki hukûkî işlemlerde doğrudan rızâ, ehliyet ârızalarında hukûkî işlem gerçekleştirme ehliyetinin ortadan kalkmasına bağlı olarak yetki kaybı, mürted olmada hukûkî konumu değiştirme, zarurete bağlı durumlarda haramların mübahlığı, telef olayında kusursuzluğa bağlı kayıp ve genelin ihtiyacını gözetme, mefkûdun haklarının düşmesinde ölüm karinesi, ceza hukukuna dair kul haklarında af ve ceza mahallinin yok olması, şehadetlerde adalet vasfını kaybetme ve mürüvvete(ahlâk) aykırı davranışlar sergileme, sükûtta rızâyâ delâlet eden eylemsizlik, gaspta hukûkî değişim ve gasp fiilinin hukûkî niteliği, hakkın düşmesinin mahiyetini ifade eden durumlar olarak zikredilebilir.

Bütün bu anlatımlardan fakihlerin rızâ, ceza, af ve ferâğât, hukûkî imkânsızlık, zamanın geçmesi gibi durumları dikkate alarak hakkın düşmesine hükmettikleri söylenebilir. Burada önemli olan nokta, cezâî nitelik taşıyan münferit örnekler dışarıda tutulursa, hak kaybına uğrayan kişinin rızâsının ya da rızâ yerine geçen fiil ya da sükûtunun, hak kayıplarında ön planda olmasıdır. Diğer taraftan imkânsızlık ve şahsiyetin sona ermesi de, hukûkî açıdan yapılacak bir şeyin kalmamasından dolayı hakkın düşmesine hükmetmek anlamını ifade edecektir.

KAYNAKÇA

Kur'ân-ı Kerîm

Acar, Halil İbrahim, *İslâm Hukukunda Kadınlara Tanınan Mâlî Haklar*, (Doktora Tezi)
Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, danışman: Hamza Aktan,
Erzurum 1994

Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) *el-Müsned*, I-VI, Bulak 1313

Ali el-Hafîf, *Ahkâmü'l-Mu'âmelâti's-Ser'iyye*, Kahire, t.s.

----- *ed-Damân fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1971

----- *el-Milkiyye fi's-Ser'ati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-fikri'l-'Arabî, 1996, by.

Ali Haydar Efendi (ö. 1936), *Dürrü'l-Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul
1330

Ansary, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi Yayınları 1958

Bâbertî, Muhammed b. Muhammed Ekmelüddîn (ö. 786/1384), *el-İnâye fî Şerhi'l-
Hidâye*, I-IX, (İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr* kenarında) Beyrut, ts

Bâcî, Ebû'l-Velîd Süleyman b. Halef el-Endülûsî, (ö. 478/1081), *el-Müntekâ Şerhu
Muvatta'-i Mâlik*, I-IX, Beyrut 1999

Bardakoğlu, Ali, "Hak", *DİA*, XV, 139-151

Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbî*, (thk. Beşir Muhammed Uyûn), Lübnan 1999

Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi (Gözden geçirilmiş 12. baskı),ts.

Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1971), *Hukuk-i İshlâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*,I-
VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1976

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhâmmad b. İsmail (ö. 256/869), *el-Câmi'u's-Sahîh*, I-VIII,
İstanbul 1315

Cevherî,(ö.400/1009) Ebî Nasr İsmail b. Hammad, (ö. 398) *es-Sihâh*, Dâru'l-Hadis,
Kahire 2009

Çağrı, Mustafa, "Hak", *DİA*, XV,137-139

Dârekutnî, Ali b. Ömer (ö. 385/995) *es-Sünen*, I-IV, Kahire 1966

Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah (ö. 255/868), *es-Sünen*, I-II, Beyrut 1991

- Debûsî**, Ebû Zeyd Ubey‘dullah b. Ömer (ö. 430/1038), *Takvîm-ü Usûli‘l-Fıkh*, I-II, Dâru‘l-İmâm Ebû Hanîfe, 2005
- *el-Esrâr fî‘l-usûl ve‘l-furû‘*, I-II, (nşr. Salim Özer) (Erciyes Üniversitesi S.B.E. Basılmamış Doktora tezi), Kayseri 1997
- Dimyâtî**, *Î‘â‘netü‘t-Tâlibîn*, I-IV, Dâru‘l-feyhâ, Dımaşk 2006
- Düreynî**, Fethi, *Nazariyyetü‘t-Te‘assüf fî isti‘mâli‘l-Hak fî‘l-Fıkhî‘l-İslâmî*, Dımaşk, 1988
- *el-Hak ve Medâ Sultanü‘d-Devle fî Takyîdih*, Bey‘rut 1984
- Ebû Sünne**, Ahmed Fehmi, *Nazariyyetü‘l-Hak*, Kahire 1971
- Erdoğan**, Mehmet, *Fıkh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1998
- Gazâlî**, *el-Vecîz, fî Fıkhî‘l-İmami‘ş-Şafi‘î*, (thk. Ali Muavvaz-Âdil Abdü‘l-Mevcud), Beyrut 1997
- Gözübenli**, Beşir, “‘Âriyet”, *DİA*, III, 380
- Güriz**, Adnan, Hak Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, s. 141-148; (Haz. Hayrettin Ökçesiz)
- Halebî İbrahim**; (ö.956/1549), *Mülteka‘l-Ebhur*, Temel Neşriyat, İstanbul ts.
- Hereviyyü‘l-Kârî**, Nûru‘d-Dîn b. Hasan Ali b. Sultan Muhâmmmed (ö. 930), *Fethu Bâbi‘l-‘Înâye bi Şerhi‘n-Nükâye* (Muh‘âmmmed Nezzar Temim- Heysem Nezzâr Temim), Dâru‘l-Erkâm, Beyrut ts.
- İbn Abdilber**, Ebû Ömer Yusuf b. Abdillâh b. Muhammed (ö. 463/1071), (Sâlim Muhammed Ata-Muhammed Ali Muavvaz), *el-İstizkâr*, Dâru‘l-Kütübî‘l-İlmiyye, Beyrut 2006
- İbn Âbidin**, Muhammed Alâuddîn (ö. 1252/1836), *Minhâtü‘l-Hâlik ‘ale‘l-Bahri‘r-Râik*, I- IX,(el-Bahru‘r-Râik kenarında) (thk. Zekeriya Umeyrât), Beyrut 1997
- *Reddû‘l-Muhtâr Aleddürri‘l-Muhtâr Şerhu Tenvîri‘l-Ebsâr*, (thk. Âdil Ahmed Abdü‘l-Mevcud-Ali Muhammed Muavvaz), Beyrut 2003
- İbn Cüzey**, Ebû‘l-Kâsım Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1310), *Kavânînü‘l-Fıkhîyye*, (thk. Abdülkerim Fudaylî), Beyrut 2005
- İbn Hazm**, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, (ö. 456/1064), *el-Muhallâ*, (Yayına hazırlayan Hasan Abdü‘l-Mennâr), Bey‘tü‘l-Efkârî‘d-Düveliyye ts., by.

- İbn Kudâme**, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed (ö. 620/1223), *el-Muğnî*, I-II, (thk. Râid Sabri b. Ebî Ulfe), Beytü'l-Efkâri'd-Düveliyye, ts.,by.
- İbn Mâce**, Ebû Abdillâh Muhammed el-Kazvîni (ö. 273/886), *es-Sünen*, I-II, (nşr. M. Fuad Abdülbâkî), Kahire 1952'den İstanbul 1981
- İbn Manzûr**, Ebu'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem (ö. 771/1369), *Lisânü'l-'Arab*, I-XV, Bulak 1299-1308
- İbn Melek**, İzzüddîn Abdüllatîf (ö. 801/1398), *Şerhu Menâri'l-Envâr*, Salah Bilici Kitabevi, İstanbul ts.
- İbn Nüceym**, Zeynüddîn b. İbrahim (ö. 970/1562) *Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-IX, (thk. Şeyh Zekeriya Umeyrât), Beyrut 1997
- *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (İbn Âbidin'in "Nüzhetü'n-Nevâzir 'ale'l-Eşbâh ve'n-Neâiz" ile birlikte) (thk. Muhammed Mutî Hâfız), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1986
- İbn Receb**, Ebü'l-Ferec Abdurrahman (ö. 795/1393) *el-Kavâ'id fi'l-Fıkh*, (thk. İyad b. Abdillatif b. İbrahim el-Kaysî), Bey'tü'l-Efkâri'd-Düveliyye, Lübnan 2004
- İbn Rüşd**, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd el-Kurtubî (ö. 595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-IV, (thk. Abdülmecid Tume Halebî), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1997
- İbnü'l-Hümâm**, Kemâlüddîn Muh'âmmmed b. Abdülvâhid (ö. 861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, I-IX, Dâru ihyâi't-Türâsi'l-'Arabî, Beyrut ts.
- İmam Muh'âmmmed** b. Hasan eş-Şeybânî (ö. 189/805), *Kitâbü'l-Asl*, I-V, (Tashih ve Ta'lîk Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), Beyrut 'âlemü'l-Kütüb, Beyrut ts.
- *el-Câmiu's-Sağîr* (Leknevî'nin Şerhi en-Nâfi'u'l-Kebîr ile birlikte), 'Âlemü'l-Kütüb, Beyrut ts.
- *el-Câmi'u'l-Kebîr*, ta'lîk Muhammed Muhammed Tâmir, Beyrut 2000.
- *es-Siyerü'l-Kebîr*, I-III, (Serahsî'nin şerhiyle birlikte) (thk. Abdullah Muhammed Hasan İsmail eş-Şafi'î), Beyrut 1997

- *Kitâbü'l-Hucce 'alâ Ehl-i Medîne*, I-II, (Seyyid Mehdi Hasan el-Kiyânî el-Kâdirî'nin ta'likleriyle birlikte) 'Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 2006
- Îsevî**, Ahmed Îsevî. *Nazariyyetü't-Te'assüf fî İsti'mâli'l-Hak fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*, "Mecelletü'l-'Ulûmi'l-Kânûniyye ve'l-İktisâdiyye", Kahire 1963
- Kâmil Mûsa**, *Ahkâmü'l- mu'âmelât*, Lübnan 1991
- Karâfî**, Şihâbü'd-Dîn, *el-Furûk*, I-IV, (thk. Abdü'l-Hamid Hündâvî), Mektebetü'l-'Asriyye, Beyrut 2007
- *ez-Zehîra*, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994
- Kâsânî**, Ebû Bekir Alâüddin b. Mes'ud (ö. 587/1191) *Bedâ'iu's-Sanâyi' fî Tertîbi's-Şerâyi'*, I-VII, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1986
- Kaya**, Ali, *İslâm Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, Bursa 2005
- Kudûrî**, Ebü'l-Hüseyin Muhammed (ö.428/1036), *el- Muhtasar*, Dimeşk 2002
- Mâverdi**, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed, (ö. 450/1058) *Hâvi'l-kebîr*, I-XXII, (thk. Abdullah Muhammed Necib Avame), Beyrut 2009
- Mavsîlî**, Abdullah b. Mahmud (ö. 683/1284), *Kitâbü'l-ihyâ li ta'lîli'l-Muhtar*, I-IV, (Halid Abdurrahman el-Ak'ın ta'likıyla birlikte), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 2002
- Mehmesânî**, Subhi, *en-Nazariyyetü'l-'Âmme li'l-Mûcebât ve'l-'Ukûd fî's-Şer'iati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1948
- Merginânî**, Burhânüddin (ö. 593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, I-IV, Kahraman yayınları İstanbul 1986
- Mevsûatü'l-Fıkhiyye**, "el-Hakk" I-XXXXV, Vizâratü'l-Evkâf ve's-Şu'ûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1989
- Meydânî**, Abdülgâniy el-Ğuneymî ed-Dimeşkî, (ö.1298/1881), *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb*, Mektebetü'l-'İlm 2002
- Muhammed Yusuf Mûsâ**, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, Dâru'l-Kitâbi'l-'Arabî, Kahire ts.
- Mukâtil b. Süleyman** el-Belhî, (ö. 150/767) *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî'l-Kur'âni'l-Kerîm*, (nşr. Abdullah Mahmud Şehhâte), Kahire 1994
- Muhammed Zeki Abdülber**, *Ahkâmü'l- mu'âmelâti'l-mâliyye*, Kahire 1997

- Müslim b. Haccâc**, Ebü'l- Hüseyin el- Kuşeyrî, (ö.261/874) *el- Câmi'u's-sahîh*, I-V, (nşr. M.Fuad Abdülbâkî), Kahire 1955-1956
- Müzenî**, *Muhtasar*, Dâru'l-ma'rife, Lübnan ts.
- Nesâî**, Ebû Abdîrrahman b. Şuayb (ö. 303/915), *es-Sünen*, I-VIII, Kahire 1312
- Nevevî**, Ebu Zekeriya Muhyiddin (ö.676/1272) *Kitâbü 'Mecmû' Şerhu'l-Mühezzebe li'ş-Şîrâzî*, I-XXV, (thk. Muhammed Necib el-Mufî), Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, Beyrut ts.
- Oğuzman, Kemal**, *Medeni Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994
- Oğuzman-Seliçi-Oktay**, *Kişiler Hukuku*(Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 1999
- Ömerî**, İsmail, *el-Hak ve Nazariyyetü't-Te'assüf fî İsti'mâli'l-Hak*, Musul 1984.
- Öztürk**, Osman, *Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973
- Rado**, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri* (Borçlar Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 2001
- Râgıb el-İsfahânî**, Ebu'l-Kâsım, Hüseyin b. Muh'âmmmed (ö. 502/1108), *el-Müfredât fî Garîbi'l-Kur'ân*, İstanbul 1986
- Sahnûn** b. Abdi's-Selâm b. Saîd (ö. 240/854), *el-Müdeveeneti'l-Kübrâ*, (Dâru Sadr), Mısır ts.
- Salvatore Di Marzo**, *Roma Hukuku*, (çev. Ziya Umur), İstanbul 1959
- Semerkindî**, Alâüddin Şemsü'n-Nazar Ebî Bekir Muhammed b. Ahmed (ö. 539), *Mizânü'l-Usûl*, (thk. Muh'âmmmed Zeki Abdülber), Katar 1984
- Senhûrî**, Abdürrezzak, (ö. 1971), *Mesâdiru'l-Hak fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I-VI, Beyrut 1998.
- Serahsî**, Şemsü'l-E'imme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (ö. 483/1090) *el-Mebsût*, I-XXX, (thk. Ebî Abdillâh Muh'âmmmed Hasan eş-Şafi'î), *Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye*, Beyrut 2001
- Usûl, (thk. Ebü'l-Vefâ el-Afgânî), *Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye*, Beyrut 1993
- Seyyid Bey**, *Usûl-ü Fıkıh Dersleri*, Matba'a-i Hukûkîye, İstanbul 1328
- Süyûtî**, Celâlüddîn b. Abdîrrahman (ö. 911/1505) *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâ'id -i Furû'-i Fıkhi'ş-Şafi'îyye*, Bey'tü'l-Efkâri'd-Düveliyye, Lübnan 2006

- Şafi'î**, Ebû Abdrillah Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *el-Ümm*, I-VIII, Yayına hazırlayan Muhmmmed Zührî Neccâr, Beyrut ts.
- Şâ'rânî**, Ebû'l-Mevâhib Abdülvehhâb b. Ahmed el-Ensârî, *el-Mîzânü'l-Kübrâ*, I-II, Dâru'l-Fikr, Beyrut 2001
- Şenyüz**, Doğan, *Borçlar Hukuku*, Bursa 2003
- Şîrâzî**, Ebû İshak İbrahim b. Ali el-Fîrûzâbâdî (ö. 476/1083) *el-Mühezzeb fî Fıkhi'l-İmâmi's-Şafi'î*, I-III, (thk. Âdil Ahmed Abdülmevcud-Ali Muhmmmed Avas), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 2003
- Şîrbînî**, Muhamed b. Ahmed el-Hatîb (ö. 977/1570) *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifet-i Me'ânî elfâzi'l-Minhâc*, I-VI, (thk. Muhammed Muh'âmmmed Tâmir-Şeref Abdullah), Dâru'l-Hadis, Kahire 2006
- Tirmizî**, Ebû İsa Muhamed b. İsa b. Sevre (ö. 279/892), *el-Câmi'u's-Sahîh*, (nşr. Ahmed Muhammed Şâkir-İbrahim Utve İvad M. Fuâd Abdülbâkî), Kahire 1981
- Türk Hukuk Kurumu**, *Türk Hukuk Lügati*, Ma'ârif Matbaası, Ankara 1944
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet, *Türk Medenî Hukuku*, I-III, İstanbul 1959
- Yaylalı**, Davut, İslâm Hukukunda Zamanaşımı, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s.156-162, Bursa 1991
- Zebîdî**, Muhibbüddîn Ebu'l-Fazl Muh'âmmmed Murtezâ el-Hüseynî (ö. 1205/1790), *Tâcü'l-'Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2007
- *Ukûdü'l-Cevâhiri'l-Münîfe*, (thk. Vehbi Süleyman Ğavcî el-Elbânî), Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1985
- Zerkâ**, Mustafa Ahmed, *el-Fikhü'l-İslâmî fî Sevbîhi'l-Cedîd*, Dîmeşk 1967-1968
- *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, I-II, Dîmaşk 2004
- Zeydân**, Abdülkerim, *el-Veciz fî Usûli'l-Fıkh*, Dâru'l-Ravza, ts.,by.
- Zeyleî**, Fahrüddîn Osman b. Ali (ö. 740/1342), *Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VII, Beyrut 2000
- Zuhaylî** Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edillütühû*, I-VIII, Dîmeşk 1985
- İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, Risale Yayınları, İstanbul 1994