

Geliş Tarihi | Received: 15.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 11.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

İSLAM HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ UNSURLARI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI OLARAK KABUL EDİLEN DURUMLAR

ELEMENTS OF THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHT IN ISLAMIC LAW AND SITUATIONS IN WHICH RIGHT IS CONSIDERED ABUSE

Mehmet Barutçu*

ÖZ

İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı, doğrudan bir norm tarafından düzenlenmiş olmakla beraber İslam hukukçularının içtihatları neticesinde İslam hukukunun kaynaklarından hükümler çıkarılarak tatbik edilmiştir. Bazı ilk dönem hukukçuları arasında hakkın bir kayıt ile sınırlanmaması gerektiği belirtilmişse de genel kabul gören ve uygulamada tatbik edilen hakkın kötüye kullanılabilmesi ve buna binaen de hakkın kullanımının sınırlanması gerektiğidir.

Bu makalede İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için gerekli olan unsurlar ve hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı durumlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla fetva kitapları, mahkeme kararları, fıkıh metinleri ve şerhleri ile beraber modern dönemde bu konuyu ele alan eserlerden faydalanılmıştır. Tespit edilen verilerin mukayesesi için yer yer dipnotlarda Türk hukuk doktrininde belirtilen görüşlere temas edilmiştir.

İnceleme nihayetinde, hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedebilmek için meşru bir hakkın varlığı, zarar kastı ve gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi muhakkak olan bir zarar tehlikesinin olması gerektiği neticesine varılmıştır. Hakkın konulduğu gayenin dışında kullanılması, menfaatler veya zararlar arası açık orantısızlığın olması, kamuya dönük bir zararın varlığı ve fahiş zararın mevcudiyeti durumlarında ise hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Hak, Hakkın Kötüye Kullanılması, Mecelle, Zarar

* Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000-0002-5502-3045 | E-mail: mehmet.barutcu@asbu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

Although the prohibition of abuse of right in Islamic law is not regulated by a direct norm, it has been implemented by extracting provisions from the sources of Islamic law as a result of the jurisprudence of Islamic jurists. Although it is stated among some early period lawyers that the right should not be limited with any reservations, the right that is accepted and applied can be abused and accordingly the use of the right should be limited.

In this article, it has been tried to determine the elements necessary to be able to talk about the abuse of the right by Islamic jurists and the situations where the right is considered abused. For this purpose, together with fatwa books, court decisions, fiqh texts and annotations, works dealing with this subject in the modern period were used. For the comparison of the determined data, the opinions expressed in the Turkish legal doctrine have been touched on in the footnotes.

As a result of the examination, in order to be able to talk about the abuse of the right, there must be a legitimate right, intent to harm, and a risk of harm that has occurred or is certain to occur; It has been concluded that the right is abused in cases where the right is used out of its intended purpose, there is a clear disproportion between the benefits or damages, there is a harm to the public and there is exorbitant damage.

Keywords: Islamic Law, Right, Abuse of Right, Mecelle, Damage

GİRİŞ

İslam hukuk literatüründe hak, Allah tarafından insanlara ihsan edilmiştir. Hikmet sahibi olan Allah'ın insanlara verdiği hakların bir amacının ve gayesinin olması lüzumiyeti, tevhid inancının da bir gereğidir. Hakkın amacı dışında kullanılmış olması şâriin maksadına aykırılık meydana getirir. Bu aykırılığın kabul ve tasdik edilmesi ise mümkün değildir. Binaenaleyh hakkın bazı sınırlarının olması kaçınılmazdır. Bazı ilk dönem İslam hukukçuları tarafından hakkın kötüye kullanımından bahsedilemeyeceği, şer-i şerif tarafından bir hak verilmiş ise hak sahibinin hakkını kullanmasına mâni olunulamayacağı belirtilmiştir. Ancak İslam hukukçularınca genel kabul gören ve muteber tutulan hakkın konulduğu gaye dışında kullanılmaması ve bir sınırının olması gerektiğidir. Bu sınırların tespit edilmesi noktasında ise başta ayetlerde ve hadislerde olmak üzere İslam hukukuna hâkim olan hukukun genel ilkeleri niteliğinde birçok külli kaide vardır.

Hakkın kötüye kullanımından bahsedebilmek için öncelikle mevcut bir hakkın varlığı gerekmektedir. Bir hakkın kullanılması neticesinde meydana gelmiş veya geleceği muhakkak olan bir zararın olması ve hak sahibinde zararı ika etme hususunda da bir kastın varlığı hakkın kötüye kullanılması yasağında göz önünde tutulması gereken diğer şartlardır. Ancak bazı durumlarda objektif kriter esas alınarak hak sahibinin kastına bakılmaksızın hakkın kötüye kullanılmış olduğundan bahsedilmektedir.

İslam hukukçuları, tevhid inancının bir gereği olarak hikmet sahibi yaratıcı tarafından bahsedilmiş olan hakların bir amaca matuf olması gerektiğini, bu amacın dışına çıkılmasının ise caiz kabul edilemeyeceğini zikrederler. İslam hukukuna hakim olan ve Mecelle'nin de birinci kitabında yer alan Zarar ve mukâbele-i bi'z-zarar yoktur, Zarar izâle olunur, Zarâr-ı âmî def için zarâr-ı hâs ihtiyâr olunur, Zarâr-ı eşed, zarâr-ı ehaf ile izâle olunur, İki fesâd teâruz ettikte ehaffını irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır, Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur, Def-i mefâsid celb-i menâfi'den evlâdır ilkeleri hakkın kötüye kullanılması yasağının teorik temelini oluşturan önemli kurallardır.

I. GENEL ÇERÇEVE

İnsan, fıtratı gereği tek başına hayatını idame ettiremeyip hemcinsleri ile bir arada bulunmak durumundadır. Nitekim insan kelimesinin 'ünsiyet' kökünden türetilmiş olması da bu hakikatin bir tezahürüdür.¹ Bir arada yaşama zorunluluğunun bir düzen içerisinde devam edebilmesi amacıyla² da Allah tarafından insanlara belirli haklar ihsan edilmiştir.³ Hakların esas unsurunu ve özünü oluşturan ise maslahat ve faydadır. Bu maslahatlar, kulun kendi irade ve ihtiyarına ihtisas edilmiştir, yani kul kendisine ihsan edilen haklar üzerinde müstakil olarak

¹ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhît Tercümesi Cilt 3*, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2013, s.2560-1.

² "Rabbinin rahmetini onlar mı bölüştürüyorlar? Dünya hayatında onların geçimliklerini aralarında biz paylaştırdık. Birbirlerine iş gördürmeleri için, (çeşitli alanlarda) kimini kimine, derece derece üstün kıldık. Rabbinin rahmeti, onların biriktirdikleri (dünyalık) şeylerden daha hayırlıdır (Zuhruf/32)."

³ "Bütün hakların esasında Allah'a ait olduğu ve O'nun bağıışı sonucu insanların çeşitli derecelerde hak sahibi kıldığı görüşü fıkıh usulündeki, sebeplerin ca'li olup bizzat kendiliklerinden değil Allah'ın etkili kılmasıyla sonuç doğurduğu ve müsebbeblerin şâriin hükmüyle olduğu fikriyle, hatta İslam'ın genel tevhid inancıyla uyum sağlamaya matuftur." TDV İslâm Ansiklopedisi, Ali Bardakoğlu, İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1997, "Hak".

hareket eder, hakkına tecavüz halinde üçüncü kişilere müdahalede bulunur.⁴ Bu haklar sebebiyledir ki kişi serbestçe sözleşme yapar ve sözleşmede karşı tarafı dilediği şekilde seçer; sözleşme esnasında veya sonrasında meydana gelen uyuşmazlıkların kesin hükme bağlanması için dava hakkına sahip olur; hakkına karşı bir saldırı meydana gelmesi durumunda tecavüzde bulunana mani olur. Binaenaleyh sosyal bir varlık olan insanın, haklarını kullanırken mutlak bir yetkiye mi yahut sınırlı bir yetkiye mi sahip olduğu hususunun tespiti önem taşımaktadır.

İnsanın haklarını kullanırken uyması gerektiği sınırlar hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır.⁵ Bu görüşlerden ilki şer-i şerif tarafından insana verilen hakkın mutlak olduğunu, kişinin bu hakkı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunacağını belirtir. Kişinin hukuk düzeni tarafından kendisine verilen hakka dayanarak tasarrufta bulunması asıldır, bu hakkının sınırlandırılması ise arızidir. Hakkın kullanılmasına bağlı olarak bir başkasının zarara düşürülmesi veya olmaması önemli değildir. Zira kişi, hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış hak içerisinde ve hakkın konusu üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Şer-i şerif tarafından verilen hak ve yetki sınırlandırılmaz.⁶ Hak üzerindeki tasarruf yetki ise, hak sahibinin ihtiyarına bağlıdır, zaruret olmadıkça kimsenin hak sahibi üzerinde bir cebir yetkisi

⁴ Hasan Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000, s.57.

⁵ Türk doktrininde hakkın kullanımı hususunda iki görüş olduğu belirtilmektedir. Bu görüşler bireyci (ferdiyetçi) görüş ve sosyal görüştür.

Bireyci görüş: Bireyci görüşe göre kişi, haklarını kullanırken mutlak serbestiyet içerisinde. Zira kanun tarafından bir hak tanınmışsa, kişi bu hakkını da dilediği gibi kullanabilmelidir. Kişi hukuk düzeni tarafından kendisine verilen bir hakkı kullanıyorsa, hak sahibinin zarar kastını araştırmak veya hakkını kullanması neticesinde bir zararın meydana gelip gelmediğine bakmak abestir. Kanunun kendisine verdiği hakları kullanan kişinin başkasına zarar verdiği iddia edilemez. Bu görüşün tarihi ve felsefi temelini incelediğimiz vakit, derebeylerin zulmünden kralların yönetimine geçen Fransa'da İhtilal neticesinde kralların tahakküm bağları kırılmak istenmiş ve fertlere haklarını diledikleri şekilde kullanma yetkisi verilmiştir. Ancak bu geniş yetki aksi bir olumsuzluğa sebep olarak ferdiyetçilik akımını doğurmuştur. Aynı şekilde İngiltere'de de bu görüş hakim olup medeni tekmülün gerçekleşmesi için zayıfların imhası gerektiği ve hukuk düzenince toplumda korunması gerekenlerin, çalışanlar olduğu inancı hakimdir. Buna bağlı olarak kanun koyucu fertlerin çalışma kudretlerini korumaya ve yaratıcılık kabiliyetlerini ortaya çıkarmaya çalışmalıdır. Kanunlar aciziyeti, tembelliği ve beceriksizliği değil, aktifliği ve başarılı olmayı teşvik eder. Çünkü bir hakka kıymet ilave eden şey, o hakkın kullanılmasından dolayı meydana gelen neticedir. Kullanılmayan bir hakkın ise hiçbir kıymeti olmaz. Öyleyse hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsetmek mümkün değildir.

Sosyal görüş: Bireyci teorisinin ferde tanıdığı hakların mutlaklığını kabul etmek olumsuz bir netice doğurmuş, kendini hesap verilemez kabul eden fert, toplum üzerinde tahakküm vasıtası olarak haklarını kullanmaya başlamıştır. İşte bu mutlakliyetinin önüne geçmek amacıyla sosyal görüş kavramı geliştirilmiştir. Bu görüşe göre bireylere tanınan haklarda, bireysel menfaatlerin korunmasından başka muhafaza edilmesi gereken sosyal menfaatler de vardır. Bu haklar şahsi menfaatlerin gerçekleşmesinin yanında sosyal menfaatlerin de gerçekleşmesi amacıyla tanınmıştır. Her hakkı ve hak sahibini kayıtsız şartsız olarak başıboş bırakmak toplum hayatının zaruri bir neticesi olan hukuk için mümkün olamaz. Hak, verilmiş amacına aykırı bir surette kullanılamaz, meşru ve sosyal maksatlarından saptırılmaz. Hakkın kullanımının kayıtsız ve şartsız mutlak olarak terk edilmesi toplum menfaatini de tehlikeye düşürmekte olup bazı sınırlar ile hakkı mukayyet kılmak gerekmektedir. Nitekim hakkın kullanımına mutlak bir serbestiyet tanıyan hukuk sistemlerinde dahi bu yönde yumuşamanın vaki olduğu müşahede edilmiştir. Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV, 1997, s.57-64; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul: Beta, 2013, s.178-80; Esat Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1938, s.100-8; Münteza Dikmen Maşalı, "İslam Hukukunda Hakkın Suistimali" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1995), s.19-20.

⁶ Cevaz-ı şerî damâna münafidir (MAA/91).

yoktur.⁷ Hiçbir kimse, zarara uğramış olduğu gerekçesine dayanarak hakkını kullanmakta olan hak sahibine mani olamaz.⁸

Bazı klasik kaynaklarda bu görüşte olan İslam hukukçularına ait olarak kişinin mülkiyetindeki arazide su kuyusu açması, tandır yapması veya kehriz (yer altında çirkef ve kirli suların aktığı yol) inşa ettirmesi durumunda, çevredekilerin, zarara uğradıkları iddiasıyla hak sahibini kullanmaktan men etmelerinin söz konusu olamayacağı zikredilir.⁹ Hakeza ev sahibi, mülkiyet hakkına dayanarak kira sözleşmesi akdedebilir. Akit serbestliği gereğince akdin diğer tarafını seçerken hürdür. Buna binaen evini bir demirciye veya çamaşırcıya kiraya verebilir. Komşuların bu durumda hak sahibini rızası dışında bir şeye icbar etme imkanları yoktur.¹⁰ Keza iki katlı bir evde, her bir katın mülkiyeti ayrı kişilerdeyken evin yıkılması durumunda alt kat maliki evini yeniden yapmak istemeyebilir. Bu durumda üst kat malikinin, diğer maliki evini yapmaya icbar etmeye hakkı yoktur. Zira kimse kendisine ait mülkiyet üzerinde bir tasarrufta bulunmaya zorlanamaz.¹¹ Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bahsi geçen görüşte olan hukukçular bu durumlardaki hak sahibinin diyaneten sorumluluğunun devam edeceğini, sadece kazaî, yani hukuki yaptırım olarak bir mesuliyetinin olmayacağını belirtirler.¹²

İslam hukukçuları tarafından kabul edilen ikinci görüş ise, kişinin haklarını kullanırken mutlak bir tasarruf hakkına sahip olmadığıdır. Bu durumu vurgulamak üzere kişinin şer-i şerif tarafından kendine verilmiş hakkındaki tasarrufu, bir başkasına zarar ika etmedikçe geçerlidir,¹³

⁷ Zeyd İbânî ve Muhammed Selâme Sencelfî, *Şerhu Mürşidi'l-hayrân ilâ-marifeti Ahvâli'l-insân fi'l-muâmeleti's-şerîyye alâ-mezhebi Ebî Hanîfete'n-numân Mülâimen li-sâiri'l-ektâri'l-islâmiyye Cilt 1*, Bağdad: Matbaatü'l-maârif, 1955, s.66-7; Ebû Bekir bin Mesud Kâsânî, *Bedâiu's-senai fi-tertibi's-şeraî Cilt 8*, haz. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdulmevcud, Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2002, s.509.

⁸ Burada kaynaklarımızda zarurete dayalı olarak hakkın kullanımına sınır getirilen şu istisnaya işaret etmekte fayda vardır:

Hamam, kuyu, su çarkı ve değirmen gibi müşterek bir mal üzerindeki hakların bazı durumlarda sınırlandırılması zarurete mebnidir. Zira bu gibi eşyalarda kismet, yani maliklerin hisseleri miktarınca eşyanın paylaşılması durumunda eşyadan hasil olacak fayda ortadan kalkacaktır. Bu ise iki taraf için de mahza zarar olup hakların tamamen yok olması neticesini doğuracaktır. Mesela müşterek bir hamamın yıkılmış olması varsayımında yapının tamirinden kaçınan hak sahibi tamire cebredilebilir. Zira tamirin terk edilmesi iki tarafın da sahip olduğu hakkının tamamen ortadan kalkmasına sebep olur. Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.510; İbânî ve Sencelfî, *Şerhu Mürşidi'l-hayrân Cilt 1*, s.67.

⁹ Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.509. Muhammed bin Ahmed bin Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme Serahsi, *el-Mebsût Cilt 15*, Beyrut: Dâru'l-marife, 1993, s.21.

¹⁰ Serahsi, *el-Mebsût Cilt 15*, s.21; Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.509.

¹¹ Ancak üst kat maliki bu durumda masraflarını kendisi karşılamak üzere binayı yapar ve alt kata ait yaptığı masrafları karşılayıncaya kadar alt kat malikine engel olur. Bu süreçte üst kat maliki, hakim kararı olmak zorundadır. Hakim kararıyla alt katı kiraya verebilir ve masraflarını kira gelirinden tesviye edebilir. İbânî ve Sencelfî, *Şerhu Mürşidi'l-hayrân*, s.66; Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.509.

“Süflü (alt katı) Zeyd'in mülk dükkanı ve ulvü (üst katı) Amr'ın mülk odası olan ebniye (binalar) muhterika (yanmış) olup Amr Zeyd'e "Dükkanını bina eyle, ben dahi odamı bina edeyim!" dedikde, Zeyd binadan imtina eylese Amr re'y-i hakimle ol dükkan ile odayı kendi malından bina edip Zeyd'i dükkanın binasının kıymetini eda edinceye dek intifadan mene kadir olur mu?

el-Cevab: Olur. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, İstanbul: Klasik, 2009, fetva no: 2493, s.427.

¹² “Mümin o kimsedir ki komşusu onun felaketlerinden emindir.” Ahmed bin Hanbel, *Müsned* hadis no: 12561-12562.

¹³ Muhammed bin Mahmud Ekmeleddin Bâbertî, *el-İnâye Şerhu'l-hidâye Cilt 7*, Beyrut: Dâru'l-fikir, ts., s.508; Kemaleddin Muhammed bin Abdulvahid es-Sivasî İbni Hümâm, *Fethu'l-kadir Cilt 7*, Dâru'l-fikir, s.508; Vehbe Zuhayli, *Nazarriyyetu'd-damân*, Beyrut: Dâru'l-fikir, 2012, s.179.

kaidesi vaz edilmiştir. Öyle ki, en mukaddes hak kabul edilen mülkiyet hakkında¹⁴ dahi malikin mutlak bir tasarruf yetkisi söz konusu değildir. Hak sahibinin tasarrufları hakkın verildiği amaca uygun kullanılması, başkasına karşı fahiş ve açık zarar verilmemesi, umumi bir zararın meydana gelmemesi ve hakkın kullanılması neticesinde hasil olacak menfaat ile meydana gelecek zarar arasında ciddi bir orantısızlığın olmaması ile kayıtlıdır.¹⁵ İslam hukukçuları arasında genel kabul gören ve uyuşmazlıklar hususunda esas teşkil eden de bu görüştür. Her ne kadar kıyas,¹⁶ şer-i şerif tarafından verilen hakkın herhangi bir kayıt ile mukayyet olmamasını gerektirse de istihsan¹⁷ gereğince hakkın kullanımında sınırlamaya gitmek gerekmektedir.¹⁸ Zira ferdin mutlak sınırsızlığı bir noktadan sonra toplum için bir tehlike haline gelecektir. Kanunun ise bu durumu görmezden gelmesi mümkün değildir. İşte bu noktada, şer-i şerif tarafından tanınmış olan bazı hak ve yetkilerinin mutlak kabulüne bağlı olarak meydana gelecek olumsuz neticelerin önüne geçmek amacıyla İslam hukukçuları tarafından kurumsallaştırılmış olan istihsan kavramının işlevini görmekteyiz.¹⁹ Bu kavram vasıtasıyla hukukçular, meydana gelen uyuşmazlıklara ve sorunlara çözüm üretme noktasında şer-i şerifin canlılığını muhafaza

¹⁴ Mülkiyet hakkı, İslam hukukunda kişiye verilmiş hakların en kapsamlısıdır. Bundan dolayıdır ki, fıkıh kaynaklarında mülkiyet kelimesi, hak kelimesine izafe edilmeksizin, yani tamlama yapılmaksızın kullanılır ve bu kullanımın da “mutlakın, kemale sarf edilmesi” kaidesi iktizasınca en üst düzey yetkiyi ifade ettiği vurgulanır. Bkz. Hasan Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi", s.41-42.

¹⁵ Ebu'l-meâli Burhânuddîn İbnî Maze, *el-Muhîtu'l-burhânî fi'l-fikhi'n-numânî Cilt 7*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 2004, s.388; Bedreddin Aynî, *el-Binâye Şerhu'l-hidâye Cilt 12*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 2000, s.334-335; Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 5*, Beyrut: Daru'l-fikir, 1992, s.448; Osman bin Ali Fahrüddin Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik fi-şerhi Kenzi'd-dekâik Cilt 4*, Kahire: Bulak, H.1313, s.196; Mehmet Selim Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", *EKAV Akademi Dergisi*, Sayı 67 (Yıl 2016), s.209; Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.83-107. Bu hususlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Fethi ed-Düreynî, *Nazariyyetu't-teassüf fi's-timali'l-hak fi'l-fikhi'l-islami*, Beyrut: Müessesetu'r-risale, 1988, s.242-269.

¹⁶ Buradaki kıyastan maksat, şerî bir hükmü ortaya çıkarma esnasında başvurulan yöntem değildir. Kıyasın bir diğer manası genel ilke ve kaideler demektir, ki burada kullanılan mana da budur. TDV İslâm Ansiklopedisi, Yunus Apaydın, İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2002, "Kıyas"; Zekiyyüddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Ankara: TDV Yayınları, 2019, s.236.

¹⁷ Kıyası, yani hukukun genel kurallarını bırakarak insanlar için uygun olan çözümü seçmektir. Bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002, s.38. İmam Serahsî birkaç istihsan tanımı verdikten sonra bu tanımların zorluğunun terk edilmesi ve kolaylığın tercih edilmesinde birleştiğini ve kolaylığı seçmenin dinde genel bir kaide olduğunu söylemiştir. Bu tanımlar: a) Kıyası bırakıp insanlar için en uygun olanı almak, b) Herkesin karşı karşıya kaldığı hususlar için hüküm verirken kolaylığı öncelemek, c) Sıkıntı vereni bırakıp, genişlik temin eden almak ve d) Müsamahayı esas almak, şeklindedir. Akt. Yunus Apaydın, *İslam Hukuk Usulü*, Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018, s.113.

¹⁸ İbn-i Âbidin, *Reddü'l-muhtar Cilt 5*, s.448; Zeylâi, *Tebyîn Cilt 4*, s.196.

¹⁹ İslam hukukunda genel kaideler evrensellik arz etmekle beraber bu kaidelerin somut vakıada tatbiki hususunda farklı tercihlerle gidilebilmiştir. Bu durum daha çok somut vakıadaki olayın, mekanın, zamanın ve tarafların farklılığına bağlı olarak vaki olmuştur. Genel kurallar ile somut vakıalar arasında meydana gelen uyuşmazlık, İslam hukukçularını oldukça meşgul etmiş ve genel kurallara bağlılığın zaman zaman doğurduğu olumsuz sonuçlar istihsan adı altında daha geniş ve serbest bir zeminde ele alınmıştır. İstihsanda nasslar (normlar) ile getirilmiş olan çözüm, somut bir olaya uygulanırken adalete, şeriatın amacına ve hakkaniyet düşüncesine bağlı olarak istenmeyen neticelerin önüne geçmek istenmiş, nassların normatif yapısından kaynaklı olan şekilcilik ve katılık yumuşatılmaya çalışılmıştır. Böylelikle İslam hukukçuları İslam hukukunun genel prensiplerini somut vakıaya tatbik ederken şeriatın genel amaçlarına aykırı bir duruma sebebiyet vermemek için genel kuralları bırakarak daha kuvvetli bir gerekçeden hareketle başka bir çözüme başvurmuşlardır. Bu çözümlerle adaletin temini, müslümanların maslahatlarının sağlanması, kamu vicdanının tatmin edilmesi gibi siyaset-i şeriyeye ile de kesişmekte olan bir zemin oluşturulmuştur. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.174; TDV İslâm Ansiklopedisi, Ali Bardakoğlu, İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2001, "İstihsan"; Apaydın, *İslam Hukuk Usulü*, s.120-1.

etmekte, yani şer-i şerifin toplumdan bağımsız sayısal bir bilim alanı gibi değişmez bir kalıpta olmadığını sağlamakta ve böylelikle de toplumun hukuk dairesi içerisinde kalmasını temin etmektedirler. Hakkın suistimal edilmesinin, yani kötüye kullanılmasının korunamayacağı da bu çabanın bir neticesidir.²⁰

Hakkın kullanımının mutlak olmayıp sınırlarının olması gerektiğini savunan ikinci görüşteki hukukçular ayet ve hadislerden de görüşlerini teyit edecek deliller zikretmektedirler. Bu minvalden olmak üzere bazı ayetleri açıklamak faydalı olacaktır. Cahiliye devri Arap toplumunda talak (boşama) ve nikah konusunda herhangi bir sınır yoktu.²¹ Koca, karısını dilediği kadar boşama hakkına sahip olup iddet müddeti bitmeden karısına geri dönebiliyordu. Böylelikle koca, talak hakkını kullanarak karısını boşuyor, karısının başkası ile evlenip yeni bir düzen kurmaması için iddet süresi içerisinde tekrardan karısına dönüyordu. İslam'ın ilk yıllarında da bu uygulama toplumda devam etmekteydi. Ensar'dan bir sahabe karısını boşayıp iddeti bitmeden tekrardan nikahına almıştı. Bunun üzerine karısı "Aile hayatımız devam etmeyecekse beni boşla!" dedi. Karısının bu talebine kocası "Allah'a yemin ederim ki seni ne alırım ne de boşarım!" şeklinde olunca, Bakara sûresi 229. ayeti²² nazil oldu.²³ Böylelikle şer-i şerif "Kadınların haklarına tecavüz edip zarar vermek için onları tutmayın!" emriyle kocanın sadece kariya zarar vermek kastıyla talak hakkını kullanmasını nehyetmiştir.²⁴

Hakkın kötüye kullanılması yasağını teyit eden bir diğer ayet vasiyet sözleşmesiyle alakalı olan Nisâ sûresi 12'inci ayettir. Vasiyet sözleşmesi İslam öncesi cahiliye toplumunda da

²⁰ Bu noktada Saymen'in (ifadelerin bazı kelimelerini sadeleştirerek) zikretmekte fayda vardır: "Asırlar boyunca hukuk hakkında iki görüşün sürekli çarpıştığı görülmektedir. Bunlardan biri hukuku matematiksel bir ilim gibi telakki ederek, ortaya koyulan kuralların mutlak olduğunu kabul eder. Eski Roma hukuku ve Fransız Medeni Kanunu'nun ilk dönem yorumcuları bunlar arasındadır. Nitekim Paris Üniversitesi rektörlüğünde bulunmuş olan filozof Louis Liard şunları yazmıştır:

"Kanunun her maddesi, aralarındaki ilişkiyi ispat ve genel olarak neticelerini ortaya çıkarmayı gerektiren bir teoridir. Hukukçu sadece bir mühendistir. Hukuki terbiye tamamıyla skolastik bir terbiyedir."

İkinci görüş ise bu mutlak ve katı görüşün aksine olarak hakların, hatta en mukaddes olarak kabul edilenlerin dahi kötüye kullanılabileceklerini kabul etmektedir. Zira haklar, hukuk gibi sosyal bir kavram olarak toplum için ve toplum sebebiyle vardır. Hakların herbiri bir amaca bağlı olup, hak sahibi bunları o gaye dışında kullanma yetkisine sahip değildir. Bu sebeptir ki, haklar mutlak değil, nisbidir. Yani haklar, bu kavramın ruhuna ve amacına uygun bir şekilde kullanılmalıdır. Aksi halde meydana gelecek olan zararlardan hakkı kötüye kullananlar sorumlu tutulurlar." Ferit Hakkı Saymen, "Akid Yapmak Hakkının Suiistimali", *İÜHFMCilt 7 Sayı 2-3* (1941), s.543-544; Ferit Hakkı Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", *Adliye Ceridesi Cilt 33 Sayı 7* (1942), s.879-880.

Aynı hususun Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na ait bir kararda şu şekilde vurgulandığını görmekteyiz:

"...hakkın kötüye kullanımı kurumu hukukun şekilciliklerinden doğan sertliği gidermek maksadıyla ortaya çıkmıştır. Zira teknik gerçekler dolayısıyla belli kalıplara sokulmuş olan hukuk kuralları tarafından kişilere tanınan yetkilerin olduğu gibi kullanılması, diğer kişiler ve toplumlar için çoğu kez katlanılması güç olan sonuçlar doğurabilecektir. İşte bu noktada TMK un 2/II. maddesi önem taşımakta olup, bu hüküm hukukta ortaya çıkabilecek bu gibi gerçek olmayan kanun boşluklarının giderilmesi amacını gütmektedir." YHGK, E: 2011/4-410 K: 2011/511, 13.07.2011.

²¹ İlmî Heyet, *Mevsûatü't-refsiri'l-me'sûr Cilt 4*, Beyrut: Daru İbni Hazm, 2017, s.173.

²² "(Dönüş yapılabilir) boşama iki defadır. *Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır.* (Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız, sizin için helâl olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta kendileridir."

²³ Muhammed bin Ali Şevkânî, *Fethu'l-kadir Cilt 1*, Dimeşk: Dâru'l-kelimi't-tayyib, 1998, s.275.

²⁴ Fethi ed-Düreynî, *Nazariyyetu't-teassüf*, s.102-103.

mevcut olup hak sahibinin tasarrufu bir kayıt ile sınırlı değildir. Kişi, malvarlığında dilediği miktarda tasarrufta bulunabiliyor, varislerini mirastan mahrum bırakıp tamamen yabancı olan üçüncü kişiler lehine kazandırmalar yapabiliyordu. İslam hukuku ise kişinin vasiyet hakkını kötüye kullanarak varislerini hak kaybına uğratarak mağdur duruma düşürmemesi için belirli kurallar koymuştur. Bu noktadan olmak üzere İslam hukukunda kişinin malvarlığı üzerindeki ölüme bağlı tasarruf miktarı üçte bir ile sınırlandırılmıştır.²⁵ Hakeza varisler arası adaletin temini amacıyla mirasçının vasiyet alacaklısı olamayacağı²⁶ kabul edilmiştir.²⁷ Nisa süresi 12'inci ayeti²⁸ de kişinin vasiyet hakkını kullanırken mirasçılara zarar kastıyla bu hakkını kötü kullanmayacağını belirtmektedir.²⁹ Nitekim bir hadiste Hz. Peygamber (sav):

Muhakkak ki bir erkek veya bir kadın Allah'a itaat ile altmış sene amel işler ve sonra ölüm döşegine düşer. (Bu hallederken) Vasiyetlerinde (verese) zarar vermek isterler. Böylelikle o ikisi için cehennem vacip olur.³⁰ buyurmuştur.

Hakeza hadisler arasından da hakkın kötüye kullanımının yasaklandığını gösterecek rivayetler vardır: Zarar ve mukabele-i bi'z-zarar yoktur;³¹ Binanı onun binasından daha yüksek yapıpta

²⁵ İlmî Heyet, *Mevsûatü't-tefsîri'l-me'sûr*, 6:122; Ahmed bin Muhammed Ebu'l-hüseyn Kudûri, *Muhtasarü'l-kudûri*, Beyrut, 2014, s.376; Ebü'l-Berekât Hâfîzüddîn Abdullah bin Ahmed bin Mahmûd Nesefî, *Kenzü'd-dekâik*, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2011, s.668; Alâüddîn Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2002, s.732.

²⁶ "Varise vasiyet yoktur." Ebu Davud, *Vesâyâ*, 2870; İbn-i Mâce, *Vesâyâ*, 2714, Tirmizî, *Ebvâbü'l-vesâyâ*, 2120.

²⁷ Buradaki düzenlemeler emredici nitelikte değildir. Varislerin onay vermesi halinde üçte bir miktarı aşan tasarruflar ve vasiyet alacaklısının mirasçı olması geçerli olacaktır. Kudûri, *Muhtasarü'l-kudûri*, s.376; Nesefî, *Kenzü'd-dekâik*, s.668; Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, s.732.

"Zeyd şu kadar akçesini oğlu Amr'a vasiyet ettikten sonra Zeyd fevt olup Amr'ı ve sair veresesini terk eylese sair verese vasiyeti mücizler olmayacak Amr vasiyet-i merkumeye binaen terekeden ol kadar akçeyi almaya kadir olur mu?"

el-Cevab: Olmaz." *Ceride-i İlmîye Fetvaları*, Haz. İsmail Cebeci, İstanbul: Klasik, 2009, fetva no:1459, s.255.

²⁸ "Eğer çocukları yoksa, karılarınızın geriye bıraktıklarının yarısı sizindir. Eğer çocukları varsa, bıraktıklarının dörtte biri sizindir. (Bu paylaşırma, ölen karılarınızın) yaptıkları vasiyetlerin yerine getirilmesi, yahut borçlarının ödenmesinden sonradır. Eğer sizin çocuğunuz yoksa, bıraktığınızın dörtte biri onlarındır. Eğer çocuğunuz varsa, bıraktığınızın sekizde biri onlarındır. (Yine bu paylaşırma) yaptığımız vasiyetin yerine getirilmesinden, yahut borçlarınızın ödenmesinden sonradır. Eğer kendisine varis olunan bir erkek veya bir kadının evladı ve babası olmaz ve bir erkek veya bir kız kardeşi bulunursa, ona altıda bir düşer. Eğer (kardeşler) birden fazla olurlarsa, üçte birde ortaklırlar. (Bu paylaşırma varislere) zarar vermeksizin yapılan vasiyetin yerine getirilmesinden, yahut borcun ödenmesinden sonra yapılır. (Bütün bunlar) Allah'ın emridir. Allah, hakkıyla bilendir, halîmdir (hemen cezalandırmaz, mühlet verir)." Vasiyet edenin hakkını kullanırken yakınları zarar sokmaması hususunda bir diğer ayet-i kerime de şöyledir:

"Sizden birinize ölüm gelip çatdığı zaman, eğer geride bir hayır (mal) bırakmışsa, anaya, babaya ve yakın akrabaya meşru bir tarzda vasiyette bulunması -Allah'a karşı gelmekten sakınanlar üzerinde bir hak olarak- size farz kılındı (Bakara/180)."

²⁹ Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.123-5. Hakkın kötüye kullanımına örnek ayetler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.123-44; Fethi ed-Düreynî, *Nazariyyetu't-teassüf*, s.92-114.

³⁰ Ebu Davud, *Sünen*, *Vesâyâ*, hadis no: 2867.

³¹ İbn-i Mâce, *Sünen*, *Ahkâm*, hadis no: 2341.

onun rüzgarına engel olma³² ve Semure bin Cüdeb hadisleri bu babdan olmak üzere zikredilebilir.³³

Bu örneklerin somutlaşması adına Mecelle'de de bir külli kaide olarak yer alan ilk hadiste geçen 'zarar' ve 'zırar' kelimeleri hakkında açıklama yapmakta fayda mülhaza edilecektir. Şöyle ki, iki kelime de aynı kökten gelmekle beraber ilki, kişinin kendisine bir menfaat sağlayacak şekilde bir başkasına zarar vermek anlamında kullanılırken, ikincisinde ise hiçbir menfaati olmaksızın bir başkasına zarar vermek söz konusudur. Hadiste ise her iki fiil de yasaklanmaktadır. Binaenaleyh kişinin menfaati olmakla beraber bir başkasına zarar verme saiki daha baskın oluyorsa bu durumda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilecektir.³⁴ Bu durumda vaki olan zarar zulümdür. Zulüm ise bütün dinlerde ve hukuk düzenlerinde kesin olarak yasaktır.³⁵

Keza Semure hadisinin içeriğinde de mülkiyet hakkına sahip olan bir kişinin bu hakkını kullanması neticesinde vaki olacak menfaatin diğer bir kişi için meydana gelecek zarara nisbetle çok az sayılıyor olması durumunda da hakkın kötüye kullanılması yasağının gündeme geldiğini anlamaktayız. Mevzubahis hadiste Semure adlı sahabe ve bahçe sahibi sahabe arasındaki uyumsuzlukta bir menfaat çatışması ve bu menfaatler arasında dengesizlik hali vardır. Bu uyumsuzluğun iki tarafın da lehine olacak şekilde kesin hükme bağlanması uğraşlarının Semure tarafından mülkiyet hakkına dayanarak reddedilmesine binaen Hz. Peygamber (sav) bahçe sahibine, gidip o ağacı sökmesini söylemiştir.³⁶

³² "Hasta olursa ziyaret edersin. Ölürse cenazesine katılırsın. Borç isterse verirsin. İhtiyaç içinde olursa onun ihtiyacını giderirsin. Bir hayra kavuşursa tebrik edersin. Bir musibete düşerse teselli edersin. *Binanı onun binâsından daha yüksek yapıp da onun rüzgarına engel olma!* Tencerenin kokusu ile ona eziyet etme. Ancak pişirdiğinden ona verirsen başka." Münzirî, *et-Terğîb ve't-terhîb*, el-Birr ve's-sıla ve ğayrihima hadis no: 3870. Hadisin bir diğer lafzı ise şu şekildedir:

"Bir kişi, ehline ve malına gelecek kötülükten korktuğu için kapısını komşusuna kapalı tutmak zorunda kalıyorsa, o komşu, gerçek mümin değildir. Aynı şekilde şerrinden emin olunmayan komşu da gerçek mümin değildir. Komşu hakkının ne olduğunu biliyor musun? Senden yardım dilediğinde yardım etmen, borç istediğinde vermen, muhtaç olduğunda ihtiyacını görmen, hastalandığında ziyaret etmen, bir hayra kavuştuğunda tebrik etmen, musibete uğradığında taziyede bulunman, öldüğünde cenazesine katılman, *izni olmadıkça binânı onun binâsından daha yüksek yapıp rüzgarına mâni olmaman*, çorbandan az da olsa ona da göndermek suretiyle tencerenin kokusuyla onu rahatsız etmemendir. Bir meyve satın aldığına ona da hediye et, eğer bunu yapamazsan meyveyi evine (komşuna göstermeden) gizlice getir. Onu çocuğun da dışarı götürüp, komşunun çocuğunu özendirmesin!" Beyhâkî, *Şuabu'l-İman*, İkrâmü'l-câr, hadis no: 9113.

³³ İslam hukukçularının hakkın kötüye kullanımı yasağını temellendirdikleri hadisler hakkında detaylı bilgi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.144-162; Fethi ed-Düreynî, *Nazarîyyetu't-teassüf*, s.117-161.

³⁴ Fethi ed-Düreynî, *Nazarîyyetu't-teassüf*, s.122-123.

³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 3*, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017, s.78; Süleyman Hasbî Efendi, *Tafsîl li-tavzihi'l-kavâidi'l-fikhiyyeti ve'l-usûliyyeti fi-evveli Mecelleti'l-Ahkâmî'l-Adliyye*, İstanbul: Matbaa-yı Osmanî, H. 1299, s.59.

³⁶ "Ensar'dan bir zatın bahçesinde Semure'ye ait bodur bir hurma ağacı vardı. O zat ailesiyle beraber o bahçede vakit geçirirdi. Semüre de kendi ağacına gitmek üzere bahçeye girerdi. Bu girişten bahçe sahibi (haremlikten dolayı) rahatsız oluyordu. Semüre'den o ağacı (bir başka yerdeki ağaçla) değiştirmeyi talep etti. Ama Semüre kabul etmedi. Bunun üzerine Ensari (ra) Resulullah (sav)'a gelip durumu anlattı. Resulullah Semüre'den o ağacı satmasını talep etti; fakat o kabul etmedi. Bu sefer (bir başka yerdeki ağaçla) değiştirmeyi teklif etti, o bunu da kabul etmedi. Resulullah: "Ağacı ona bağışla!" dedi ve buna râğbet emesi için "Şöyle şöyle ecir var!" buyurdu. Semüre yine kabul etmedi. Bunun üzerine Resulullah (sav): "Sen zarar veren birisin!" dedi. Sonra Ensari zata dönüp: "Git, onun hurmasını söki!" buyurdu." Ebu Dâvud, *Sünen*, Akziye, hadis no: 3636.

Hakkın kötüye kullanma yasağının İslam hukukundaki kaynakları sadece ayet ve hadislerdeki delillerden müteşekkil olmayıp İslam hukukçuları tarafından kabul edilmiş sahabe tabikası, istihsan, maslahat, sedd-i zerai ve kıyas gibi delillerle de bu kurumun temellendirilmesi yapılmıştır.³⁷

II. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ UNSURLARI

İslam hukukunda hakkın kötüye kullanımı yasağına ait unsurların birlikte zikredildiği bir norm yoktur.³⁸ Ancak teşekkül ettiği dönemden beri hakkın kötüye kullanılması yasağına İslam hukukunda geniş bir tatbik alanı verilmiştir.³⁹ İslam hukukçuları vesayet, karı-koca arası

³⁷ Bu kavramlar doğrultusunda hakkın kötüye kullanılması yasağının temellendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.162-190; Fethi ed-Düreyni, *Nazariyyetu't-teassüf*, s.163-241.

³⁸ Doktrininde hukuk sistemleri hakkın kötüye kullanılmasına dair normlara yer verip vermelerine göre üçe ayrılmaktadır. Bunlar dar sistem, geniş sistem ve mutavassıt sistemdir.

Dar sistem: Ferdietçi düşüncenin ön planda olduğu bu sistemde sosyal yönü ağır basan hakkın suiistimali kurumunun uygulanması, bazı nadir istisnaları olmakla beraber çok da mümkün değildir. Bu sisteme sahip ülkelerden olan İngiltere'de "Bir hak kullanırken başkasının zarara uğramış olmasından bahsedilmez; Failin kastı ve niyeti araştırmayacağı gibi sosyal açıdan da fiilin neticeleri dikkate alınmaz. Yeter ki fiil veya tasarruf hukuka uygun olsun." vecizeleri hakimdir. Ferit Hakkı Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", *İÜHF*, Cilt 12 Sayı 4 (1946), s.1130-1; Aynı durum Roma hukukunda da "Kendi hakkını kullanan kötü niyetle hareket etmiş sayılmaz; Sadece hakkı olmadığı bir şeyi yapan başkasına zarar vermiştir; Hakkını kullanan kimse zorlamada bulunmuş sayılmaz; Hakkını kullanmış olduğum yerde sana hiçbir zarar vermiş değilim." ilkeleri ile kabul görmüştür. Salvatore Riccobono, "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", *İÜHF* Cilt 22 Sayı 1-4 (1956), s.352-353; Ziya Umur, "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali", *İÜHF* Özel Sayı: Ord. Prof. Tahir Taner'e Armağan (1956), s.561.

Bütün bunlarla beraber bu sistemlerde dahi yumuşamalar olmuştur. Bu babdan olmak üzere İngiltere kanun uygulayıcıları "saik (consideration)" ve "kamu düzeni ve sükunu (public policy)" teorilerini geliştirerek sistemlerini yumuşatmışlardır. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1131.

Roma hukuku açısından bakacak olursak da aynı durumu görürüz. Hatta doktrinde cumhuriyet devri ve klasik hukuk devrinden itibaren hakkın mutlakiyeti yerine hakkın kötüye kullanımı yasağının artık Roma hukuk düzeyine hakim olduğu savunulmuştur. Riccobono, "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", s.380; Umur, "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali", s.561-563.

Geniş sistem: Bu sisteme dahil olan hukuk düzenlerinin mevzuatlarında sarıh bir hüküm olmamakla beraber bazı külli kaidelere dayanarak hakkın kötüye kullanımı yasağına büyük ve geniş bir uygulama alanı verilmiştir. Bu sistemde en mutlak hak olan mülkiyet hakkından başlayarak nisbi nitelikte olan sözleşmeden doğan haklara kadar sair hakların, hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamına gireceği savunulmuştur. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1134.

Mutavassıt sistem: Bu gruptaki hukuk düzenlerinde hakkın kötüye kullanımına dair mevzuatta sarıh bir hüküm mevcuttur. Bu sistem ne Anglo-Sakson hukukundaki gibi son derece kısıtlı ne de geniş sistemde olduğu gibi şümulüdür. Bu sistemde hakkın kötüye kullanımından bahsedebilmek için mevzuatta gösterilen bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu sistemdeki bazı ülke kanunlarında subjektif anlayışa bağlı kalarak zarar kastı, bazılarında ise objektif anlayışa bağlı kalarak hakların işlevi dikkate alınmıştır. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1141.

Bu sistemler hakkında detaylı bilgi için bkz. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1130-1151.

³⁹ Ziya Umur bu konuya dair şöyle bir açıklamada bulunur:

"Bu devirlerde ve hatta çok daha öncelerinden, yani VII'inci asırdan beri İslam hukuku, başkasına zarar vermeye matuf olan bir hakkı geniş miyasta yasak etmekte idi. Hakikaten İslam hukukunda hakkın suiistimaline müteallik prensipler daha o zaman çok vazih bir şekilde ortaya konmuştu. Bilhassa komşu münasebetlerinin İslam hukukunda bütün teferruatı ile tanzim edilmiş bulunması ve Sicilya yoluyla Arapların İtalyanlarla sıkı münasebete olması, komşunun evine bakmak ve saire gibi hususlarda Avrupa ortaçağ hukuku üzerinde İslam hukukunun bir mukabil tesiri olmuş olması ihtimalini ortaya koymaktadır. Hele Kanonik hukukun bu meseleleri tanzim etmemiş olması bu ihtimali daha da kuvvetlendirmektedir." Umur, "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali", s.565-566.

ilişkiler ve komşuluk ilişkileri, özellikle de hak sahibine en geniş yetkiler veren mülkiyetten kaynaklı tasarruflar ve uyuşmazlıklar üzerinde değerlendirmeler yaparak hakkın kötüye kullanımını yasağı kurumunu uygulamışlardır. Bu uygulamalar neticesinde varılan çözümlerden yola çıkarak hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için gerekli unsurların neler olduğu tespit edilebilir.

Kanaatimizce İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılmış olmasından bahsedebilmek için mevcut bir hakkın varlığı, zarar verme kastı ve bu hakkın kullanılmasına mebni meydana gelmiş veya muhakkak surette meydana geleceği tasavvur edilen bir zararın olması şartları gerekmektedir.

A. MEVCUT BİR HAKKIN VARLIĞI

Hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedebilmek için ortada bir hak mevcut olmalıdır. Kişinin kendisine ait olmayan bir hakkı kullanması hakkın kötüye kullanımını değil, haksız fiili⁴⁰ teşkil eder. İki kurum, zararın neticesi hususunda birleşmiş olsa da haksız fiilde hukuken tanınmamış bir tasarruf söz konusu iken hakkın kötüye kullanımında kanun tarafından verilen bir hakkın kullanımı mevzubahistir. Bu durum, yani hakkın kötüye kullanımının görünüşte hukuk düzeni tarafından verilmiş bir yetki dahilinde istimal edilmesi kendisini diğer haksız davranışlardan ayırmaktadır. Hiçbir hak söz konusu olmaksızın gerçekleştirilen haksız davranışlarda ise sınırları aşılmış, amacı dışında kullanılmış ve bu şekilde kötüye kullanılmış bir hak dahi bulunmamaktadır.⁴¹

B. ZARAR VERME KASTI

Bu unsuru, hakkın kötüye kullanılmasında müstakil olarak mihver kabul etmeyip üçüncü unsur olarak tespit edilen “meydana gelmiş veya geleceği muhakkak bir zararın varlığı” ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira kasıt kalbe ait bir ameldir. Kalpte olan niyetlerin ve saiklerin ise mücerret olarak bilinmesi mümkün değildir.⁴² Karineler yardımı ile kişinin kalbindeki niyetin tespit edilmesi yoluna gitmek gerekmektedir. Mecelle'nin, Bir şeyin umûr-ı bâtınada delili ol şeyin makamına kâim olur (MAA/68), kaidesi bu durumu ifade etmektedir. Zira tamamen subjektif nitelikte olan zarar kastının tespit edilmesi, uygulamada fazlasıyla zorluk meydana getirecektir. Binaenaleyh, bu maddenin zarar unsuru ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Zira bu durum objektif bir nitelik arz ederek uygulama için de kolaylık temin edecektir.

Zarar kastının şart koşulmasıyla İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı kurumunun tatbikinde subjektif kıstasın esas alındığı düşünülebilir. Ancak bunu kabul etmek mümkün değildir. Zira umumi veya fahiş bir zararın mevcut olması durumunda kişinin kastına bakılmaksızın hakkını kullanmasına engel olunur. İslam hukukçuları bu durumlarda doğrudan

⁴⁰ İslam hukukunda haksız fiiller müstakil bir başlık altında ele alınmış olmamakla beraber kendi sistemine özgü olarak gasp, itlaf ve cinayat gibi müstakil başlıklar altında işlenmiştir. Bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.72-73.

⁴¹ Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s.256-2577.

⁴² Süleyman Hasbî Efendi, *Tafsîl*, s.182-184.

hakkın kötüye kullanıldığını kabul etmişlerdir.⁴³ Nitekim fahiş zararın her halükarda (bi-eyyi vechin kân) izale edilmesi gerektiği⁴⁴ ifade edilirken de bu noktaya vurgu yapılmıştır. Binaenaleyh, somut vakıtlara göre hakkaniyet ve nesafetin iktizasıyla objektif kıstasa dayanarak da hareket etmek gerekebilir. Yani İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının tatbiki hususunda subjektif ve objektif kıstaslar birlikte kullanılabilir.

Mesela kişi bahçesindeki ağacı budarken dalların, bahçe duvarının dış kısmında park edilmiş olan komşusunun aracına düşüp ona zarar vermesi durumunda zarar kastından bahsetmek mümkün değildir. Keza aynı damardan beslenen kuyulara sahip komşulardan birinin, ihtiyacına binaen kuyudan fazla su kullanması sebebiyle komşusunun kuyusundaki suyun azalmış olması durumunda da zarar verme kastı yoktur. Hakeza malik, hırsızlardan korunmak amacıyla evinin duvarlarını yüksek yaptığı için komşusunun manzarasını kapattığı için ona zarar verme kastıyla hareket etmiş olmaz.⁴⁵ Tüm bu durumlarda, zarar verme kastının, yani subjektif ölçünün ve objektif kıstasın tatbikini gerektiren bir vaziyetin yokluğuna binaen hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir. Zira Bir işten maksat ne ise, hüküm ona göredir,⁴⁶ külli kaidesi de bunu iktiza etmektedir.

Burada şuna da işaret etmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilmek için asıl saikin zarar kastı olması ve hakka konu menfaatin temininin arka planda kalmış olması lazımdır.⁴⁷ Zira kişi bazen hakka konu menfaati elde ederken karşı tarafın zarara

⁴³ Bardakoğlu, "Hak"; Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.91; Maşalı, "İslam Hukukunda Hakkın Suistimali", s.103; Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", s.227-228.

⁴⁴ "Zarar-ı fahiş bi-eyyi vechin kân def ettirilir (MAA/1200)."

⁴⁵ Doktrinde Alman hukukuna göre hakkın kötüye kullanılması yasağının tatbik edilmesi için zarar kastının şart olduğu belirtilmektedir. Bu durum Alman Medeni Kanunu'nda "Bir hakkın kullanılması yalnızca bir başkasına zarar vermek amacıyla güdüyorsa caiz değildir (BGB/226)." şeklinde belirtilmiştir. Alman Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Nâmi Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", *İÜHFMC* Cilt 55 Sayı 3 (1997), s.197-199.

İsviçre kanun koyucusu da Alman Medeni Kanunu'nun etkisinde kalarak ilk olarak "Bir şeye malik olan kimse o şey üzerinde kanunun sınırları dairesinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahiptir. Açık bir şekilde başkasına zarar verme kastı olmadıkça o şeyi mutlak bir surette kullanabilir." diyerek zarar kastını kabul etmişti. Ancak bu maddede yapılan itirazlar neticesinde maddenin son hali "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kaidelerine uymaya mecburdur. Hakkını açık bir şekilde kötüye kullanan kimse hiçbir kanuni korumadan faydalanamaz." şeklini aldı. Bkz. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali", s.1146-1148; Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suistimali", s.890-891.

Eski TMK da "...sırf gayrı ızzar eden suistimali..."nden bahsederek hakkın kötüye kullanılması yasağını subjektif ölçüte bağlamıştı. Kanunun bu açık ifadesine rağmen doktrinde mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi hakkın kötüye kullanılmasında zarar kastı aranmaksızın objektif kriterin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüşte olanlar maddenin sehven yanlış çevrildiği veya lafza bağlı olarak değil, kanunun ruhuna bağlı olarak hareket edilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Nihayetinde 75 yıl gibi uzunca bir müddet süren bu tartışma yeni TMK'nın kabulü ile sona ermiştir. Bu husustaki tartışmalar için bkz. Akipek, Akıntürk, ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, s.183-186; M. Kemal Oğuzman ve Nâmi Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s.285-288; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951, s.22-24; Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali", s.1148-151; Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suistimali", s.884-885.

⁴⁶ MAA/2.

⁴⁷ "Fakat acaba ızzar (zarar vermek) kastı sair kasıt ve saiklerle müterafik (birlikte) olunca hakkın suistimali mevzu bahis olmayacak mı? Şayet zarar kastını bu şekilde anlarsak hakkın suistimalinin saha-yı tatbiki kalmaz. Çünkü hiç kimse mücerret (salt) diğer âkid tarafı (sözleşmenin diğer tarafını) ızzar etmek için işe giriştiğini itiraf

uğramasını istemiş olsa da bu tasarrufu onun için asıl saik olmadığı müddetçe hakkın kötüye kullanılmış olduğundan bahsetmek mümkün değildir. İşte burada zarar kastının asıl ve üstün saik olduğunun tespiti sorunu gündeme gelmektedir.

Bu noktada ise, Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izale olunur (MAA/27); İki fesad tearuz ettikte ehaffi irtikab ile azamının çaresine bakılır (MAA/28); Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur (MAA/29); Def-i mefasid celb-i menafiden evladır (MAA/30) kaideleri ölçü alınarak asıl ve üstün saikin ne olduğu tespit edilebilir. Binnettece daha az zararlı bir seçenek varken, karşı taraf için daha ağır bir durum doğuracak tercihte bulunmak hakkın zarar kastıyla kullanıldığını, dolayısıyla da hakkın kötüye kullanıldığını gösterecektir.⁴⁸

C. MEYDANA GELMİŞ VEYA GELECEĞİ MUHAKKAK BİR ZARARIN VARLIĞI

Hakkın kötüye kullanılması kurumundan bahsedebilmek için ortada bir zararın olması gerekmektedir. Bir zarar olmaksızın hakkın kötüye kullanımı yasağına başvurmak, kişilerin haklarını kullanmalarının önünde bir engel oluşturacaktır. Gerçekten de bir zarar vaki olmaksızın salt zarar kastının varlığını kabul ederek hakkın kötüye kullanılması yasağını tatbik etmek uygulayıcılar için ispat zorlukları yaratacağı gibi hak sahiplerinin de haklarını kullanmaları hususunda sorunlara sebep olacaktır. Bu durum aynı zamanda kamu düzeninin temini hususunda dahi sıkıntılara yol açacaktır. Şöyle ki, ortada herhangi bir zarar olmaksızın kişilerin kasıtlarına göre hüküm vermek ciddi manada suistimalleri doğuracaktır ve bu suistimler gerek kanun uygulayıcıları tarafından olsun gerekse kişilerce olsun sistemin tıkanıklığı neticesini ortaya çıkaracaktır.

Keza hakkın kötüye kullanılması yasağının hukuk düzeni tarafından müeyyideye tabi tutulmuş olması⁴⁹ da bu kuruma başvurmak için yeterli bir delil olmasını gerektirmektedir. Bu delil de zahiren tespiti mümkün olan zarar unsurudur. Ortada bir zarar yokken bu kurumu işletmek mümkün olmadığı gibi kanunen fertlere tanınmış olan hakların da gerekçesiz olarak sınırlandırılması neticesini doğuracaktır. Bu ise hukuk düzeninin yapısı ile bağdaştırılabilecek bir vaziyet değildir.

Hakkın kullanılması yasağının zarar ile kayıtlanması genel kabul görmekle beraber hangi tür ve ölçüdeki zararın hakkın kötüye kullanımını doğuracağı hususuna yukarıda temas edilmişti. Bu konuda hak sahibinin hakkını kullanması neticesinde elde edeceği fayda ile başkasına vereceği zarar arasında açık bir dengesizliğin mevcudiyeti, başkasına vereceği zararın fahiş olması veya umumi bir zararın meydana gelmesi ölçü alınabilir.⁵⁰

etmeyeceği gibi kendisine hiçbir menfaat temin etmeyen bir âkid de (sözleşmenin tarafı) düşünmek çok müşküldür. Hakikat-i halde aranılması icap eden hususun, ızrar kastının akitte fâik (üstün) bir rol oynamış olup olmasındır. ... İzzar kastının hakkın suiistimaline mesnet teşkil edebilmesi için esaslı olması ve hakime arz edilen ihtilafı meselede birinci planda bir rol oynamış olması lazımdır." Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", s.885-886.

⁴⁸ Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.86; Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", s.227.

⁴⁹ Hakkın kötüye kullanılması yasağı için öngörülen müeyyideler için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.248-62; Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", s.231-234; Maşalı, *İslam Hukukunda Hakkın Suistimali*, s.106-114; ed-Düeynî, *Nazarıyyetu't-teassüf*, s.288-291.

⁵⁰ Bardakoğlu, "Hak".

Zararın somut olayda vaki olmasının yanında muhakkak surette meydana geleceğinin tasavvur edilmesi durumu için de hakkın kötüye kullanılması yasağı tatbik edilebilir. Zira “Vaki olacağı kesin görülen şey vaki olmuş gibidir.” kaidesi ve sedd-i zeraî⁵¹ iktizasınca meydana gelecek zararların da önünün alınması gerekmektedir. Bu minvalden olmak üzere icare (hizmet) akdinin taraflarından birinin başka bir yere taşınması durumunda sözleşmeden kaynaklı hakka dayanarak sözleşmenin devamını talep etmek hakkın kötüye kullanımını doğuracaktır.⁵² Her ne kadar sözleşmeden doğan borçların talep edilmesi hakkı kullanılmış ve halihazırda bir zarar meydana gelmemiş olsa da sözleşmeye bağlılık hususunda ısrarcı olmanın meydana getireceği zarar izahtan varestedir.

Netice itibariyle İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedebilmek için ortada meşru bir hak, zarar verme kastı ve meydana gelmiş veya gelmesi muhakkak bir zararın olması gerekmektedir. Bu unsurlar mevcut olmaksızın hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak mümkün değildir. Bu unsurların varlığı tespit edildikten sonra hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı durumlar, yani hakkın konulduğu maksadın dışında kullanılması, hakkın kullanılması neticesinde umumi veya fahiş bir zararın meydana gelmesi ve hakkın kullanılması neticesinde elde edilen menfaat ile meydana gelen zarar arasında bariz bir orantısızlığın olması incelenebilir.

III. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMIŞ SAYILDIĞI DURUMLAR

Hakkın kötüye kullanıldığı sayılan durumları incelediğimiz vakit, hakkın yapısından kaynaklanan ve zarar kavramını içeren küllî kaideler doğrultusunda tatbik edilen uygulamaların olduğunu görürüz. Böylelikle somut vakiyaya göre subjektif ölçü kabul edilerek zarar kastına ve zarar varlığına dayanarak hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulduğu gibi hakkını kullanan kişinin iyi niyetli veya kötü niyetli olmasına bakılmaksızın, umumi veya fahiş sayılacak derecede bir zarara yol açılmış olması durumunda olduğu gibi objektif kriter esas alınarak da hakkın kötüye kullanımını yasağı tatbik edilmiştir.⁵³

Aşağıda zikredeceğimiz hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı durumlar dışında “hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin yokluğu” da doktrinde bu kapsama dahil edilmektedir.⁵⁴ Kanaatimizce bu ifade kendi içerisinde çelişkilidir. Zira haktan bahsedebilmek için hukuk düzenince tanınmış bir menfaatin varlığı gerekmektedir. Yani hakkın konusu meşru bir menfaat olmalıdır. Aksi halde icra edilen tasarruf hak olarak değil, haksız fiil olarak nitelendirilecektir.⁵⁵

⁵¹ Şer'an yasaklanmış bir sonuca götüren vasıtayı engellemek manasını ifade eden bir usul terimidir. İçki fabrikasına üzüm satmamak, ribaya kapı açacağı düşüncesiyle alacaklının borçludan hediye almaması gibi durumlarda sedd-i zeraî kavramının işlevi görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.269-276.

⁵² Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1140-1141; Ebu'l-Hasen Burhanuddin Merğînânî, *el-Hidâye fî-şerhi'l-bidâye Cilt 3*, Beyrut: Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabi, ts., s.238-239.

⁵³ Bardakoğlu, "Hak".

⁵⁴ Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.101-6; Bardakoğlu, "Hak"; Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, s.118-121.

⁵⁵ Şener Akyol tarafından da bu hususa şu ifadelerle değinilmektedir;

"Her ne kadar "mademki hak kötüye kullanılıncaya kanun tarafından korunmuyor, o halde kötüye kullanılan hak, hak olmaktan çıkar" yolunda bir düşünce var ise de çekirdek hak, kötüye kullanılmayan hak yine hak olarak kalır ve korunmaya devam eder."

Eğer yapılan tasarrufun konusu meşru bir menfaat değilse artık hakkın kötüye kullanılması yasağından da bahsedilmeyecektir.

Mezkur fikirde olan yazarların belirttikleri “hakkın kullanımında meşru menfaatin olmaması” ifadesinin yerine “hakkın kullanılmasının meşru kabul edilememesi” ifadesini tercih etmek daha yerinde olacaktır.⁵⁶ Bu yazarların getirdikleri örnekler incelendiğinde de kanaatimiz teyit edilmektedir. Mesela maraz-ı mevt⁵⁷ halindeki kocanın karısını mirastan mahrum etmek için boşaması durumunda kocanın meşru bir menfaatinin olmadığından bahsetmek mümkün değildir. Zira koca böyle yaparak çocuklarına ait menfaati arttırmayı amaçlamış olabilir. Bu durumda olsa olsa kocanın hakkını kullanmasının meşru olamayacağından bahsedebiliriz. Keza hacr altına alınmış borçlunun, mallarını kıymetinden aşağı bir değerde satması durumunda menfaat yokluğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu durum için de kullanacağımız ifade hacr altındaki kişinin, kendisine ait eşya üzerindeki mülkiyet hakkını kullanması meşru değildir, olmalıdır.

A. HAKKIN KONULDUĞU GAYENİN DIŞINDA KULLANILMASI

İslam hukukunda hakim olan genel kabule göre hakkın kaynağı ve gerçek sahibi Allah olduğundan dolayı kişilere tanınan haklar, onlara belirli yetki ve aidiyetler sağlayacağı gibi şâri-i hakîmin belirlediği ölçü ve sınırlar içerisinde bu hakların kullanılması yükümlülüğünü de yükler.⁵⁸ Hakların hikmet sahibi olan Allah tarafından ihsan edildiği inancına bağlı olarak hikmete aykırı hareket etmek müslümandan beklenecek bir fiil değildir. Müslüman, Allah'ın koyduğu hikmet dairesinde hakkını kullanmalıdır, aksi halde zulmetmiş olur. Zira zulüm bir şeyi olması gereken yere değil de özgülendiği gayenin dışına koymaktır.⁵⁹ Zulmün ise gerek Allah ve kişi arasında gerek kişi ve toplum arasında gerekse kişi ve nefsi arasında olsun kabul edilmesi mümkün değildir.⁶⁰ Binaenaleyh, kişi hakkını kullanırken kendisine ihsan edilmiş olan hakkın yapısına ve maksadına en uygun şekilde hareket etmelidir. Bir hakkın konulmasını veya

"Bu tartışma sırasında ortaya çıkan "görünüşte hak" (scheinbares Recht) ve "gerçek hak" (wirkliches Recht) ayrımının esası şudur: Yasal sınırlar içinde kullanılan ve başkasını gereksiz yere zarara sokmayan hak gerçek hak, kötüye kullanılan hak ise görünüşte hak olarak adlandırılmıştır. Hukuk edebiyatı bakımından bu çarpıcı ayırım, yukarıda açıklandığı üzere, kötüye kullanılan hakkın özünün korunması sebebiyle önemini aynı çarpıcılıkta korumamaktadır."

"Hakim, kötüye kullanılan hakkın kötüye kullanılan bölümünü dikkate almayacak, görünüşte hak oluşturan kötüye kullanılmış olan bölümüne hukuki himaye tanımayacak, buna karşılık gerçek hakkı sonuna kadar hukukun bütün imkanları ile koruyacaktır. Şu halde, hakkın kötüye kullanılması yasağı bir hakkın kullanılmasında hak sahibine hiç yararı olmadığı veya çok az ve sınırlı yararı olduğu hallerde mevcuttur." Akt: Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.52-53.

⁵⁶ Bu noktada bazı yazarlar şahsi menfaat ve meşru menfaat ayırımına giderek de bu hususu izah etmeye çalışmaktadırlar. Bkz. Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", s.887; Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1150; Saymen, "Akid Yapmak Hakkının Suiistimali", s.549.

⁵⁷ Maraz-ı mevt, ol hastalıktır ki ekseriya anda ölüm korkusu olduğu halde hasta zükürdan (erkek) ise hanesi haricinde ve inâstan (kadın) ise hanesi dahilinde olan mesalihini (işlerini) görmekten aciz olup bu hal üzere bir sene müdür etmeden (geçmeden) vefat eyleye; gerek sahib-i firaş (yatalak) olsun gerek olmasın (MAA/1595).

⁵⁸ Bardakoğlu, "Hak".

⁵⁹ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhîr Tercümesi Cilt 6*, s.5096.

⁶⁰ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhîr Tercümesi Cilt 6*, s.5096.

tanınmasını gerektiren sebeplerden büsbütün ayrılmak, yani hakkı mutlak olarak kullanmak hakkın kötüye kullanımına yol açar.⁶¹

İbn-i Âbidin'in sefih kavramı tanımında da aynı vurguyu görmekteyiz: Sefih, şer-i şerifin veya hakkaniyetin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunamayan kimsedir.⁶² Ali Haydar Efendi de aynı hususa, Şeran malını beyhude yere, yani şer' veya aklın muktezası hilafına olarak sarf ile masarifinde tebzir ve israf ile izaa ve itlaf eden kimsedir. İsrâf ile tebzir arasındaki fark şudur: Tebzir bir şeyi layık olmayan mahalde sarfa denilir. Ama israf bir şeyi layık olan mahalde layıkından ziyade sarfa itlak olunur. Bu halde tebzir, mevzi-i hakkı tecavüz ve mevazi ve mevaki-i hukuka cehl iken, israf kemiyette tecavüz olarak mekadiri hukuka cehl olur, cümleleri ile işaret etmiştir.⁶³

Bundan dolayı İslam hukukunda sefih, gerek kendisine gerekse toplumuna karşı hakkını kötüye kullanabileceğinden dolayı önleyici bir tedbir olarak hacr (kısıtlama) altına alınmıştır.⁶⁴ Hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamında hacr müessesesinin bir diğer görünümünü borca batık kişinin tasarruflarında görmekteyiz. Borca batık olan kişi alacaklılara olan borcu miktarınca hacr altına alınmıştır.⁶⁵ Borca batık olan kişi, alacaklıların hakkını ihlal etmemek şartıyla mülkiyet hakkına dayanarak hakka konu eşya üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunabilir. Örneğin eşyayı satabilir, bağışlayabilir veya vakıf sözleşmesine⁶⁶ konu edebilir. Ancak bu durumlarda borca batık olan malik, hakkını alacaklıları aleyhinde kullanırsa hacr altına alınmış ve alacaklıların hakkını ihlal eden miktardaki tasarrufları nafiz kabul edilmemiş sayılır.

Keza veliler,⁶⁷ velayet hakkına dayanarak küçükleri evlendirebilir.⁶⁸ Velilere tanınan bu hak, hakkaniyet gereği velilerin küçükler aleyhine davranmayacağı, onların maslahat ve hayrını temin gayesiyle hareket edecekleri düşüncesiyle verilmiştir. Buna binaen velisi tarafından küçüğün menfaatlerine aykırı olacak bir nikahın kıyılması durumunda bu nikahın iptal edilmesi

⁶¹ Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, s.112.

⁶² İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 1*, s.562.

⁶³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 1*, s.1772.

⁶⁴ Merğınâni, *el-Hidâye fi-şerhi'l-bidâye Cilt 3*, s.278; Haskefi, *ed-Dürri'l-muhtâr*, s.605.

⁶⁵ İslam hukukçuları arasında borç sebebiyle kişinin hacr altına alınması meselesinde ihtilaf vardır. Ebu Hanife'ye göre borç sebebiyle kişiyi hacr altına almak caiz değildir. Zira borç sebebiyle kişiyi hacr altına almak kişi ile malları üzerindeki tasarruf hakkının arasına girmek, kişinin ehliyetini ortadan kaldırmaktır. Bunda ise kişi için zarar söz konusudur, borçluların uğrayacağı hususi zarara itibar edilmez. İmameyn ise, borç sebebiyle kişinin hacr altına alınabileceği görüşündedir. Bu görüşe göre ise, alacaklıların hakkı ön planda tutulmuş ve borçlunun alacaklılar aleyhinde yapacağı tasarrufların önüne geçilmek istenmiştir. Serahsi, *el-Mesûr Cilt 24*, s.163; Merğınâni, *el-Hidâye fi-şerhi'l-bidâye Cilt 3*, s.282.

⁶⁶ Kişinin borç sebebiyle hacr altına alınması için alacaklıların talebi gerekmektedir. Kadı alacaklıların talebine bağlı olarak hacr kararı verir. Ancak Osmanlı döneminde vakıf uygulamasında farklı bir tercihe gidilmiştir. Ebussuûd Efendi'nin fetvası iktizasınca borca batık olan kişi sultanın emriyle doğrudan hacr altına alınmıştır. Kadıdan hacr kararı almaya gerek olmadığı gibi kadının buna aykırı karar vermesi de mümkün değildir. Zira kadı sultanın vekilidir, onun kararına aykırı bir karar verirse hükmü batıldır. İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 4*, s.499; Burhanuddin İbrahim bin Musa Trablusî, *el-İs'âf fi-ahkâmi'l-evkâf*, Amman: Merkezü Envârî'l-ulemâ, 2020, s.133.

⁶⁷ İslam hukukunda baba ve dedenin velayetini diğer velilerden ayırmak gerekmektedir. Baba ve dede, küçükleri evlendirmeden önce hayasızlık ve fısık şeklinde kötü ihtiyarlarıyla meşhur değillerse, küçükler için akdettikleri nikah sözleşmesi geçerlidir. Bu durumda küçük için verilen veya alınan mehirde gabn-i fahiş olması veya sözleşmede kefaet şartının tahakkuk etmemesi gibi sebeplerle evlenme sözleşmesinin iptaline gidilemeyecektir. Ancak baba ve dede sözleşmeden önce hayasızlık ve fısık şeklinde tercihleri ile meşhur olmuşlarsa küçükler için akdettikleri evlenme sözleşmeleri batıldır. Kadri Paşa, *el-Ahkâmu ş-şer'iyye fi-ahvâli ş-şahiyye*, Beyrut: Dâru İbni Hazm, 2007, s.37 (46.madde).

⁶⁸ Kudûri, *Muhtasarü'l-kudûri*, s.221; Merğınâni, *el-Hidâye fi-şerhi'l-bidâye Cilt 1*, s.193; Haskefi, *ed-Dürri'l-muhtâr*, s.174; Neseî, *Kenzü'd-dekâik*, s.254.

söz konusu olacaktır.⁶⁹ Aynı şekilde velinin küçüğün hayrına ve menfaatine olan nikahı kıymaktan imtina etmesi durumunda da mahkeme kararıyla çocuğun evlendirilmesi sağlanacaktır.⁷⁰

İslam hukukunda boşama hakkı kocaya tanınmıştır.⁷¹ Bu noktada Bakara sûresi 229. ayetinde “... *ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir.*” buyru- larak kocanın boşama hakkını suistimal edip karısına zarar vermemesi belirtilmiştir.⁷² Hakeza kocanın talak hakkını kötüye kullanmasının önüne geçmek için mehir uygulaması, boşama hakkı için bir üst sınır tayin edilmesi ve bu üst sınırın aşılması durumunda kocanın artık aynı kadın ile evlenebilmesi için o kadının başka biriyle nikahlanmış ve yeni eşiyile bir aile hayatı yaşadıkdan sonra boşanmış olması gerektiği⁷³ gibi caydırıcı kurumlar da kabul edilmiştir.⁷⁴

B. GENEL ZARAR

Bu durum Mecelle’de “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur (MAA/26)” şeklinde düzenlenmiştir. Binaenaleyh bir yerde ferdin hakkına konu olan menfaat kamuya yö- nelik bir zarar doğuracaksa ferdin hakkını kullanması engellenir veya sınırlandırılır. Zira hak- kın ferde dönük bir yönü olduğu gibi topluma karşı da bir işlevi vardır. Fert, kendisine tanınan hakları kullanırken bunların sosyal işlevini de göz önünde tutmak zorundadır. Dolayısıyla sos- yal düzeni bozacak şekilde hakkını kullanmaktan geri durmak zorundadır. Somut olaya göre hakkın kullanılması veya kullanılmaması⁷⁵ durumunda kamu aleyhine bir zarar meydana

⁶⁹ İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 3*, s.67.

⁷⁰ Bir belde ahalisinden Zeyd, kızı Hind-i sağireyi küfüv-i hatıbu Amr'a tezvicden imtina eylese Zeyd ol belde de hazır iken Hind'in velayet-i tezvici veli-yi eb'adı olan li-ebeveyn karındaşı Bekir'e mi intikal eder yoksa ol belde kadısı Beşir Amr'a tezvic eder mi?

el-Cevab: Ol belde kadısı Beşir Amr'a tezvic eder. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, İst- anbul: Klasik, 2011, fetva no: 300, s.75.

⁷¹ “Baba, dede ve diğer veliler, şartlarına riayet ederek küçük erkek veya kız çocuğunu, dul dahi olsalar, cebren evlendirme yetkisine sahiptirler. Bizzat baba veya dede küçüklerin ve bunların hükümlerine tabi gayr-i mükellef kimselerin evlendirilmesinde velayet sahibi olsalar, evlenme akdi yapılmadan evvel bunlar (baba ve dedeler) haya- sızlık ve fisık şeklinde kötü tercihleriyle meşhur olmamak şartıyla evlenme akdi lazım (bağlayıcı) olur. Küçüklerin bülüğa erdikten sonra seçim hakkı (hıyârü'l-bülüğ) kalmaz. Küçük erkek çocuğun verdiği mehirin emsâl mehir- lerden fazla olması, küçük kız çocuğa verilen mehirin aşırı bir aldanma (gabn-i fâhiş) sayılabilecek kadar mehir-i mislinden eksik olması veya kocanın karısına denk olmaması akdin bağlayıcılığına menfi tesir etmez.” Kadri Paşa, *el-Ahkâmü ş-şeriyye fi-ahvâli ş-şahsiyye*, s.36-37 (44 ve 45. madde).

⁷² Eski Medeni Kanun’un 134. maddesinin son fıkrasında “Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir.” ifadesi mevcuttu. Yargıtay 2. Hukuk dairesinin 09.05.1996 tarihli bir kararında bu maddeye atıf yapılarak “*Açtığı boşanma davası reddedilen kocanın, karısı ile bir süre birlikte olduktan sonra, red kararını kesinleştirip -ve MK.134/son'daki üç yıllık sürenin geçmesini bekle- yip- tekrar boşanma davası açmasının 'hakkın kötüye kullanılması' (MK.2) sayılacağını*” belirtmiştir. 2.HD. 12.4.1996 T. E:3014, K:4080. Akt. Talih Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük Kuralı” ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası”, s.449.

Bu durum İslam hukukunda kocanın boşama hakkını kötüye kullanarak karısına zarar vermek amacıyla iddet sûresi içerisinde tekrardan karısıyla evlenmesi durumuyla benzerlik arz etmektedir.

⁷³ Zeyd zevcesi Hind'i üç talak ile tatlik ettikten sonra Hind ba'de inkızai'l-idde nefsinin akd-i sahih ile Amr'a tezvic edip Amr dahi Hind'i vat' edip tahlil-i şer'i hasıl oldukdan sonra Amr Hind'i tatlik eylese Zeyd ba'de inkızai'l- idde Hind'i tezevvic etmek caiz olur mu?

el-Cevab: Olur. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, fetva no: 300, s.58.

⁷⁴ “Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran-ı Kerim”, <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/236/229-ayet-tefsiri>.

⁷⁵ İslam hukukçuları hakkın kötüye kullanılması noktasında bir ayrıma giderek aktif ve pasif olarak ikili bir taksim yapmışlardır. Modern doktrinlerde ise hakkın kötüye kullanılması hususu sadece aktif olarak değerlendirilirken

gelecekse burada hakkın kötüye kullanıldığı varsayılır. Ferdin menfaati ile kamuya ait bir menfaatin çatışması durumunda, kamu menfaati öne alınacak ve ferdin kastına bakılmaksızın kamu için zarar doğuracak nitelikteki tasarrufu engellenecektir.⁷⁶ Mesela tüccarlar mülkiyelerindeki eşya üzerindeki tasarruf hakkına mebni ihracat yapabilirler. Ancak bölge halkının ihtiyacı söz konusu olduğunda idare, tüccarların ihracat yapmalarına mani olabilir.⁷⁷

Malikinin izni olmaksızın bir kimseye ait mülkiyete girilemez. Mülkiyet hakkının bu hususta engelleyici işlevi vardır. Ancak malik, kamuya ait bir su kanalının ıslah edilmesi için kendi mülkiyetindeki araziye kullanmak isteyenlere karşı mülkiyet hakkının sağladığı herkese karşı ileri sürülebilirlik yetkisini kullanamaz.⁷⁸ Keza bir mahallede yangın meydana geldiğinde önünü almak için bazı evlerin yıkılması gerekebilir. Bu durumda ev sahiplerinin mülkiyet haklarına dayanarak evlerinin yıkılmasına mani olmaları mümkün değildir.⁷⁹

İslam hukukunda kâr haddinin bir üst sınırı yoktur. Malik, malını dilediği fiyattan satma hakkına sahiptir. Ancak şartların gerektirmesine bağlı olarak idare, bilirkişiler ile görüşerek eşyalar için bir narh tayin edebilir. Böylelikle mülkiyet sahipleri eşyalarını narh miktarından yüksek fiyatlara satamayacaklardır.⁸⁰

Keza sefih olan kişinin ve alacaklılar tarafından talep edilmesi durumunda borçlunun kısıtlama altına alınmasının fertlere dönük bir yönü olduğu gibi kamuya yönelik bir tarafı da vardır.⁸¹ Hacr müessesesi vasıtasıyla sefih kabul edilen kişi kendi aleyhine olacak şekilde hakkını kullanamayacağı gibi hakkını topluma aleyhine de kullanamayacaktır. Böylelikle ilk durumda hakkın vaz edilmiş gayesi, ikinci durumda ise hakkın içtimai yönü önplanda tutulmuştur.

Mülkiyet hakkının umumi zarara sebep olduğu gerekçesiyle Filistin Ramallah İstinaf Mahkemesi'nden 29 Ocak 2019 tarihinde sadır olmuş bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

Mahkemece incelenen delillere göre fabrikanın yerleşim bölgesinde bulunduğu ve mesai saatlerinde duman, yoğun toz ve gürültüye sebep olduğu; teknik raporlara göre bu duman ve tozların çevre ve sağlık üzerinde zararlı bir etkiye sahip olduğu; Mecelle'nin 20. maddesi hükmüne göre zararın kaldırılmasının gerekli olduğu ve ilk derece mahkemesinin vardığı sonucun bilgiye veya sağlam ve malum temellere dayanmadığı için istinaf talebinin kabul edilmesine ...⁸²

pasif olarak hakkın kötüye kullanılmasına dikkat edilmemektedir. İşte İslam hukukçuları hakkın pasif olarak da kötüye kullanılabilceğini kabul ederek temeyyüz etmişlerdir. Bu husus hakkında detaylı bilgi için bkz. Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.76-79.

⁷⁶ Maşalı, *İslam Hukukunda Hakkın Suistimali*, s.103.

⁷⁷ Muhammed Said el-Muhasini, *Şerhu Mecelleti'l-ahkâmi'l-adliyye Cilt 3*, Dimeşk: Matbaatu't-terakki, 1927, s.56.

⁷⁸ Ahmed bin Muhammed Zerka, *Şerhu'l-kavâidi'l-fikhiyye*, Dimeşk: Daru'l-kalem, 1989, s.198

⁷⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 1*, s.86.

⁸⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 1*, s.57.

⁸¹ Süleyman Hasbî Efendi, *Tafsîl*, s.84.

⁸² <https://maqam.najah.edu/judgments/5311/> Erişim tarihi: 21 Mart 2022.

C. FAHİŞ ZARAR

Hiç kimse kendi mülkünde tasarruftan men olunamaz. Meğer ki ahara zarar-ı fahiş ola (MAA/1197).⁸³ Hak sahibinin hakkını kullanmasından dolayı bir fahiş zarar meydana gelecekse hak sahibin hakkını kullanmaktan men edilir. Bu durumda hakkın kötüye kullanılmış olduğu kabul edilir.⁸⁴ Zira diğer tarafın uğrayacağı fahiş zarara karşısında hak sahibinin hakkını kullanmasından kaynaklı menfaat önemini yitirdiği gibi hak sahibinin kastına da itibar edilmez.⁸⁵ Ancak bir hak ne zaman fahiş zarar gerekçesine dayanılarak kötüye kullanılmış sayılır? İslam hukukçuları fahiş zararın tespiti için üç ölçüt tespit etmişlerdir. Bu durum Mecelle ve Müşşidü'l-hayran'da aynı şekilde düzenlenmiştir:

Binaya zarar veren, yani binaya vehn getiren ve inhidamına sebep olan yahut havâyic-i asliyeyi, yani sükna gibi binadan maksut olan menfaat-i asliyeyi men eden şeyler, zarar-ı fahiştir (MAA/1199). Bir hanenin havasını yahut nezaretini kesmek yahut güneşin dühulünü men etmek gibi havâyic-i asliyeden olmayan menafie mani olmak zarar-ı fahiş değildir. Fakat ziyayı bi'l-külliyette seddetmek zarar-ı fahiştir (MAA/1199).

Fahiş zarar, yapının zayıflamasına veya yıkılmasına ya da zaruri ihtiyaçların, yani yapıdan beklenen menfaatlerin karşılanmasına mani olan zarardır. Zaruri ihtiyaç sayılmayan menfaatlerin kullanımına mani olan zarar, fahiş değildir (MH/59).

Maddelerden çıkan neticeye göre bir hakkın kullanımını neticesinde fahiş zararın meydana gelmiş sayılması için:

- a) Yapının zayıflamasına,
- b) Yapının yıkılmasına ve
- c) Eşyadan beklenen esaslı menfaatleri ihlal eden şeyler fahiş zarardır.

Maddede zikredilen son unsur, yani eşyadan beklenen esaslı menfaatlerin ihlalini doğurmak hususu uygulamada sadece komşuluk ve mülkiyet ilişkilerinde değil sair hak kullanımlarında da fahiş zararın meydana geleceğini gösterir. Binnetice fahiş zarara bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı da geniş bir alanda tatbik edilmiş olur. Mecelle 1199. madde fahiş zararı zikrettikten sonra fahiş zarar kabul edilen durumlara örnekler verir:

Bir evin yanında demirci dükkanı yahut değirmen yapıp demirin dövülmesinden veya değirmenin dönmesinden kaynaklı o evin yapısına zarar gelecekse; bir yerde fırın yaparak dumanınin çokluğundan veya bezirhane inşa ederek kötü koku yayılmasından dolayı o evde oturulamayacak duruma gelinecekse, fahiş zarar meydana gelmiştir ve fahiş zarar da her halde kaldırılmalıdır (MAA/1200); Bir eve giren güneş ışığını, o evde yazı okunamayacak derecede tamamen kapatmak fahiş zarardır (MAA/1201); Mutfak, kuyu başı ve evin avlusu gibi kadınların sürekli buldukları mekanların görülecek olması fahiş zarardır (MAA/1202).

⁸³ Ali Haydar Efendi bu maddenin şerhinde "Buradaki 'mülkünden' maksud, mülk-i rakabe ile mülk-i menfaatten eamm olmakla sükna yahut istiğlale mevkufların akarat dahi dahil olur." ifadelerini zikreder. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Cilt 3*, s.2158. Yani hakkın kötüye kullanılması yasağına mesnet oluşturan fahiş zarar sadece mülkiyet hakkı ile sınırlı değildir.

⁸⁴ Esat Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, s.121-122.

⁸⁵ Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.92.

Mülkiyet ve komşuluk ilişkisine ait tasarruflarda kural böyle olmakla birlikte hukuki ilişkilerde de durumun aynı olduğuna işaret edilmiştir.⁸⁶ Bu minvalden olmak üzere tam ehliyetli iki kişi arasında meydana gelen satış işleminde taraflardan biri diğer tarafın zor durumda olmasından veya bilgisizliğinden istifade ederek fahiş bir zararın meydana gelmesine sebep olmuşsa, bu işlem iptal ettirilir.⁸⁷ Gabn-i fahiş ile aldatıldığını öğrenen kişinin fesih hakkını kullanmayarak sözleşme konusundan faydalanmaya devam ettikten sonra gabin iddiası ile sözleşmeyi feshetmek istemesi de hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁸

Müşterek bir mala sahip olan maliklerin izale-i şüyu istemeleri takdirinde fahiş bir zarar meydana gelecekse bu yola gidilmez. Bunun yerine mümkünse mekan olarak, değilse zaman olarak menfaatlerin taksimi yoluna gidilir ki, buna muhayee⁸⁹ denir. Ortaklar fahiş zarara rağmen malın paylaşılmasını isterse davaları dinlenmez ve hakim ortakların bu yoldaki tasarruflarına mani olur. Zira bu durumda sefeh halinin ortaya çıktığı kabul edilir. Ancak fahiş bir zarar olmamakla beraber o maldan beklenen menfaatte eksilme olacaksa davaları dinlenmemekle beraber kendi iradeleri ile yapacakları işleme engel olunmaz.^{90,91}

Filistin Ramallah İstinaf Mahkemesi, davalı komşunun evinde açtığı üç adet pencerenin, davacının yatak odasını ve kızlarına ait odayı görebilecek yakınlıkta ve mesafede olmasından dolayı kapatılması talebini içeren 27 Aralık 2016 tarihli karara konu davada şu ifadelere yer vermiştir:

Yapılan tedkikat ve müzakere neticesince ve evin avlusu, mutfak ve kuyu başı gibi kadınlara ait hususi mekanların görülmesini fahiş zarar olarak kabul eden Mecelle'nin 1202. maddesi gereğince, bir kimse mülkiyetindeki yapıda, diğer yapıdaki kadınlara ait mekanları görebilecek şekilde bir pencere veya yeni bir bölüm inşa ederse, yapıların bitişik olması veya aralarından yol geçecek şekilde ayrı olmasına bakılmaksızın inşaat sahibi bu zararın kaldırılması ile emrolunur ve o mekanların görülmesine mani olacak bir duvar örmeye veya bir paravan yapmaya icbar edilir. Ancak pencereleri tamamen kapatmaya icbar edilmez.⁹²

⁸⁶ Maşalı, İslam Hukukunda Hakkın Suistimali, s.104.

⁸⁷ Mora Ceziresi'ni kefare yedlerinden padişah-i İslam istihlas ve fethettikde cezire-i mezburede beytü'l-mal için i'dad olunan yerlerden bir miktar yerleri cezire-i mezbure defterdarı ba-emr-i şerif bey'a me'mur oldukda semen-i mislinden noksan-i fahiş ile Amr'a bey' ve teslim eylese halen baş defterdar olan Bekir ol yerleri ba-ferman-i Ali şer'an Amr'ın yedinden nez' edip beytü'l-malde muzayaka olmakla def-i kıymeti ile şiraya talib olanlara bey' ve teslim etmek meşru mudur?

el-Cevab: Meşrudur. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, fetva no: 1087, s.204.

⁸⁸ Zeyd kulu Amr'ı Bekir'e semen-i maluma bey' ve teslim ettikten sonra Amr bey'-i mezburda tağrır ve gabn-i fahişe muttali olup ba'dehu Amr'ı birkaç sene istihdam ettikten sonra Bekir "Amr'ı tağrır ve gabn-i fahiş ile almışdım" deyu Zeyd'e redde kadir olur mu?

el-Cevab: Olmaz. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, fetva no:1584, s.306.

⁸⁹ Mecelle'nin 1174-1191. Maddelerinde geniş olarak ele alınmıştır.

⁹⁰ Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.93-94.

⁹¹ Zeyd ve Amr'ın alel-iştirak malik oldukları menzil sağır olup kısmet olmamakla her biri menzilde birer sene müstakillen sakin olmak üzere hükmi-i hakimle muhayee ettiklerinden sonra Zeyd nöbetini ba'de't-tasarruf, nöbet Amr'a gelmekle Amr menzilde sükna murad ettikde Zeyd "Razı olmam" deyu Amr'ın izninsiz muhayeyeyi fesh ve nakza kadir olur mu?

el-Cevab: Olmaz. es-Seyyid Ahmed Elendi, es-Seyyid Hafız Mehmed bin Ahmed el-Gedüsi, *Neticetü'l-fetava - Şeyhülislam Fetvaları-*, fetva no: 1770, s.380-381.

⁹² <https://maqam.najah.edu/judgments/3318/> Erişim tarihi: 22 Mart 2022.

İstanbul'da 1670-1671 tarihleri arasındaki bir mahkeme kaydına ait belgede vasinin fahiş bir noksan ile küçük miras kalan evi satış olduğu iddiasına dayanarak hakkın kötüye kullanıldığı ve buna binaen de küçük tam ehliyetli olduktan sonra vasinin işlemini iptal ettirmiştir:

Babam müteveffâ-yı mezbûr hâl-i hayâtında vakf-ı mezbûrun malından iki yüz elli esedî guruş istidâne ve kabz edip deyn-i mezbûr mukâbelesinde mahalle-i mezbûrede vâkî inde'l-ahâlî ve'l-cîrân ma'lûmü'l-hudûd büyût-ı adideyi hâvî mülk menzîlini mütevellî-i mezbûr Şa'bân Odabaşı yedine ba'de't-tahliyeti'sher'iyye bi-tarîkı'l-istiğlâl irhân ve teslim eyledikten sonra meblağ-ı mezbûru kable'l-edâ babam mezbûr Hüseyin Çavuş fevt oldukda ben sagîr bulunmağla tesviye-i umûruma savb-ı şer'i-i mergûbdan vasî nasb olunan Abdurrahman Çelebi menzil-i merkûmu mesûğ-ı şer'i boşken [yoğiken] semen-i mislinden noksân gabn-ı fâhiş ile bey' etmiş idi. Hâlâ ben bâliğ ve reşid olup bey'-i mezbûru mücüz olmadığma binâen menzil-i mezbûru mütevellî-yi mezbûrdan da'vâ ve taleb eylediğimde ...⁹³

1685-1686 tarihleri arasında meydana gelmiş bir diğer mahkeme kaydında ise, gabn-i fahiş iddiasının sabit olması ile satış sözleşmesinin iptal edildiğini görmekteyiz:

Mahmiye-i İstanbul'da Şikk-ı evvel defterdârı vekili olan Mehmed Efendi sagîrân-ı mezbûrânın velileri ve cedd-i sahihleri mezbûr el-Hâc Süleyman ma'rifetiyle müteveffâ-yı mezbûrun cânib-i mîriye olan deyni için çiftlik-i mezbûru cemî' müstemilâtı ile yüz yirmi bin akçeye Mehmed Ağa b. Mehmed nâm kimesneye bey' ve teslim ve kabz-ı semen edip ol dahi ba'de'l-iştirâ sene-i mezbûre Ramazân-ı mübâreki'nde mezbûr Mehmed Bey'e bin yetmiş esedî guruşa bey' ve teslim ol dahi iştirâ ve tesellüm-i semen eyledikten sonra çiftlik-i mezbûrun kıymet-i misli bin beş yüz guruş olup bey'-i mezbûr gabn-i fâhiş ile bey' olunmağla kibel-i saltanat-ı aliyyeye arz-ı hâl olundukda bey'-i mezbûrun gabn-i fâhiş ile olduğu sâbit olursa semen deyû verilen meblağ geri red ve teslim ve çiftlik-i mezbûr sagîrân-ı mezbûrân için ahz ve hıfz oluna deyû yedime emr-i şerif-i âlişân verilmeğın...

Şahitlerin ve bilirkişilerin de dinlenmesi neticesinde iddia ispat edilmiş ve satış işlemi iptal edilmiştir.⁹⁴

D. ZARARLAR ARASI ORANTISIZLIK

Bu başlık altında ise hakkın kullanılmasına bağlı olarak meydana gelen zararlar arası veya menfaatler arası orantısızlık durumları incelenecektir. Hakkını kullanan kişinin elde edeceği menfaat bir diğer kişinin maruz kalacağı zarara nisbeten önemsiz kalacaksa bu durumda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilir.

Bir sütanne hizmet sözleşmesinin feshini gerektirecek bir durumun ortaya çıkması ile fesih hakkına sahip olur. Ancak çocuk henüz yemek yiyecek durumda değilse ve başka bir sütanneden süt ememiyorsa, bu durumda sütannenin fesih hakkını kullanması hakkın kötüye kullanımı olarak kabul edilerek sözleşmeye devam etmeye icbar edilir.⁹⁵

Hakeza taraflar arasında vaki olan kira sözleşmesinin müddeti sona ermeden taraflardan birinin ölmesi veya başka bir yere taşınması ya da akdin konusundan beklenen menfaatin

⁹³ Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil, Hüküm no: 164, Cilt 53, s.179.

⁹⁴ Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil, Hüküm no: 413, Cilt 19, s.366.

⁹⁵ Vehbe Zuhayli, *el-Kavaidü'l-fikhiyye ve Tatbikatuhu fi'l-mezahibi'l-erba Cilt 1*, Dımeşk: Daru'l-fikr, 2006, s.202-203.

ortadan kalkması ile kira sözleşmesi sona erer. Gerekli kiraya veren gerekse kiracı sözleşmeden kaynaklanan borcun ifasını talep etme haklarını bu durumda kullanamazlar.⁹⁶

Kişi, bir kimsenin arsasına varis olması gibi şeri bir sebebe dayandığını düşünerek bir arsada ev yaptıktan veya ağaç diktikten sonra arsa için istihkak iddiası ile karşılaşırsa şöyle hareket edilir: Binanın veya ağacın değeri arsanın değeri ile birlikte belirlenir. Hangisinin değeri fazla ise o, cebren dahi olsa hepsine malik olur.⁹⁷ Böylelikle tarafların sahip oldukları haklar korunmaya çalışılmış, hakkaniyete aykırı davrananın ise cebre maruz kalacağı kabul edilmiştir.

Keza kişi mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkiye dayanarak evinde balkon veya pencere inşa edebilir. Ancak komşusunun evinin mahrem yerlerini görecektir şekilde olması durumunda bu hakkını kullanmaktan men edilir.⁹⁸ Burada şu da unutulmamalıdır ki komşu, zarar talebinde haklı olmalıdır. Mesela komşusunun inşa ettiği yapının veya diktiği ağacın gölgesinden zarar gördüğünü iddia ederek ağacın kesilmesini talep edemez.⁹⁹

Mecellede'ki Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur (MAA/27); İki fesad tearuz ettikte ehaffı irtikab ile azamının çaresine bakılır (MAA/28); Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur (MAA/29); Def-i mefasid celb-i menafiden evladır (MAA/30), maddeleri menfaatler veya zararlar arasındaki çatışmada hakkın kötüye kullanıldığını gösterecek kurallardır. Bu kurallar vasıtasıyla hakkın kötüye kullanımına engel olunmaya çalışılmıştır.¹⁰⁰

SONUÇ

Bu çalışma neticesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının İslam hukukçuları tarafından kabul edildiği ve uygulamada geniş bir şekilde tatbik edildiği görülmüştür. İslam hukuk kaynaklarında her ne kadar hakkın kötüye kullanılması yasağını doğrudan düzenleyen bir hüküm yoksa da, teşekkül döneminden itibaren İslam hukukçularının içtihatları neticesinde, en mukaddes hak kabul edilen mülkiyet hakkına dayanan tasarruflarda dahi bu yasak uygulanmış ve hakkın kullanılmasının sınırlarının olması gerektiği kabul edilmiştir.

İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının oluşması için öncelikle hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş meşru bir hakkın varlığı, zarar verme kastı ve meydana gelmiş

⁹⁶ Zeyd mülk değirmeni bir sene tamamına dek ücret-i malume ile Amr'a icar ve teslim Amr dahi değirmeni üç ay zabtettikten sonra değirmen muhterik olup arsa-i sıfı kalmakla Amr icareyi fesh eylese Amr ecr-i müsemmadan üç aya isabet eden mikdarı Zeyd'e verirken Zeyd razı olmayıp "Akd-i mezbur binaen bir senenin ücretini tamamen alırım" demeye kadir olur mu?

el-Cevab: Olmaz. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fezziye*, fetva no: 2227, s.373.

Zeyd dükkanını bir sene tamamına dek Amr'a şu kadar akçeye icar ve teslim, Amr dahi altı ay zabtettikten sonra Amr sefer murad eylese Amr meblağ-i mezburdan altı aya isabet eden mikdarı Zeyd'e teslim edip icareyi fesh kadir olur mu?

el-Cevab: Olur. Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fezziye*, fetva no: 2226-7, s.373.

⁹⁷ Zerka, *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhiyye Cilt 1*, s.199.

⁹⁸ Zeyd menziline ihdas ettiği fevkanî odasının pencerelerinden zükak aşırı menzili olan Amr'ın makarr-ı nisvanı olan mevazı'ı görünüp havalesi olsa Amr Zeyd'e havalesini defettirmeye kadir olur mu?

el-Cevab: Olur. *Ceride-i İlmiye Fetvaları*, fetva no: 208, s.48-49.

⁹⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 3*, s.2166. "Komşu taşınmaza yakın dikilen ağaçların kök ve dalları geçmemesine rağmen, sadece gölgeleriyle zarar veriyor olmaları halinde, tahammül sınırlayan bir zararın bulunup bulunmadığının MK'deki 'dürüstlük kuralı' çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceğini".14.HD. 5.3.1993 T. E:1992/7105, K:1983

¹⁰⁰ Ferit Hakkı Saymen, "Hakkının Suiistimalinin Müeyyidesi", *İÜHFİM Cilt 11 Sayı: 1-2*: s.311-2; Ferit Hakkı Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1138.

ya da gelmesi muhakkak bir zarar tehlikesinin söz konusu olması gerekmektedir. Zarar verme kastının yokluğu ve meydana gelmiş veya geleceği muhakkak bir zarar tehlikesinin olmaması durumunda hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak, uygulayıcılar açısından ispat sorununa yol açacağı gibi kişilerin de haklarını kullanmalarında kısıtlamaya sebep olacaktır. Binaenaleyh tespit edilen unsurlar oluştuktan sonra Şâri-i hakîm tarafından hak için vaz edilmiş amacın dışına çıkmış olması, hakkın kullanılması neticesinde elde edilen menfaat ile karşı tarafın maruz kalacağı zarar arasında bariz bir orantısızlığın varlığı, hakkın kullanılmasında umuma yönelik bir zararın oluşması ve fahiş zararın mevcudiyetinde hakkın kötüye kullanılmış olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle sübjektif ve objektif ölçüye bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı tatbik edilmiştir.

Doktrinde “hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin olmaması” durumu ise kanaatimizce kendi içerisinde çelişkili bir ifadedir. Biz bu ifade yerine “hakkın kullanılmasının meşru olmaması” yargısının kullanılmasını tercih etmekteyiz. Bu yargıyı da “hakkın kullanılması neticesinde menfaatler veya meydana gelen zararlar arasında bariz bir orantısızlığın olması” durumunun altında değerlendirmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku. İstanbul: Beta, 2013.
- Ali Haydar Efendi. Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002.
- Apaydın, Yunus. İslam Hukuk Usulü. Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018.
- . "Kıyas." TDV İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2002.
- Arsebük, Esat. Medeni Hukuk. Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1938.
- Aslan, Mehmet Selim. "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi". EKAV Akademi Dergisi, Sayı 67 (Yıl 2016): 205-35.
- Aynî, Bedreddin. El-Binâye Şerhu'l-Hidâye. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2000.
- Bardakoğlu, Ali. "Hak". TDV İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1997.
- . "İstihsan". TDV İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2001.
- Barlas, Nâmi. "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı Ve Eleştirisi". İÜHF M Cilt 55 Sayı 3 (1997): 191-208.
- Ceride-i İlmiye Fetvaları. Hazırlayan: İsmail Cebeci. İstanbul: Klasik, 2009.
- "Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran-ı Kerim". <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/236/229-ayet-tefsiri>.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- ed-Düeynî, Fethi. Nazariyyetu't-teassüf fi's-timalî'l-hak fi'l-fikhi'l-islami. Beyrut: Müessesetu'r-risale, 1988.
- el-Muhasini, Muhammed Said. Şerhu Mecelleti'l-Ahkami'l-Adliyye. Dımeşk: Matbaatu't-terakki, 1927.
- es-Seyyid Ahmed Efendi ve es-Seyyid Hafız Mehmed bin Ahmed el-Gedüsi, Neticetu'l-fetava -Şeyhülislam Fetvaları-.
- Hacak, Hasan. "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi". Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000.
- Haskefi, Alâüddîn. Ed-Dürrü'l-Muhtâr. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2002.
- <https://maqam.najah.edu/judgments/3318/> Erişim tarihi: 22 Mart 2022.
- <https://maqam.najah.edu/judgments/5311/> erişim tarihi: 21 Mart 2022.
- İbânî, Zeyd ve Muhammed Selâme Sencelfî. Şerhu Mürşidi'l-hayrân ilâ-marifeti Ahvâli'l-insân fi'l-muâmeleti's-şer'iyye alâ-mezhebi Ebi Hanifete'n-Numân Mülâimen li-sâiri'l-ektâri'l-İslâmiyye. Bağdad: Matbaatü'l-maârif, 1955.
- İbni Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz. Reddû'l-muhtar alâ-Dürri'l-muhtar. Beyrut: Daru'l-fikir, 1992.
- İbni Mâze, Ebu'l-meali Burhanuddin. El-Muhitu'l-Burhanî Fi'l-fikhi'n-Numânî. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2004.
- İlmi Heyet. Mevsûatü't-Tefsiri'l-Me'sûr. Beyrut: Daru İbni Hazm, 2017.
- Kadri Paşa. el-Ahkâmu's-şer'iyye fi-ahvâli's-şahsiyye. Beyrut: Dâru İbni Hazm, 2007.

- Kâsânî, Ebû Bekir bin Mesud. Bedai'u's-senai fi-tertibi's-şerai. Hazırlayan: Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdulmevcud. Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2002.
- Köse, Saffet. İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması. İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV, 1997.
- Kudûrî, Ahmed bin Muhammed Ebu'l-hüseyn. Muhtasaru'l-Kudûrî. Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2014.
- Maşalı, Münteha Dikmen. "İslam Hukukunda Hakkın Suistimali." Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1995.
- Merğînânî, Ebu'l-Hasen Burhanuddin. el-Hidâye fi-şerhi'l-Bidâye. Beyrut: Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabî, ts.
- Mütercim Asım Efendi. Kâmusu'l-muhît Tercümesi. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2013.
- Neseî, Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn 'Abdullah bin Ahmed bin Mahmûd. Kenzû'd-Dekâik. Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2011.
- Oğuzman, M. Kemal, ve Nâmi Barlas. Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Riccobono, Salvatore. "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi". Çeviren: Ziya Umur. İÜHFM Cilt 22 Sayı 1-4 (1956): 350-97.
- Saymen, Ferit Hakkı. "Akid Yapmak Hakkının Suiistimali". İÜHFM Cilt 7 Sayı 2-3 (1941): 541-63.
- . "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali". İÜHFM Cilt 12 Sayı 4 (1946): 1129-51.
- . "Hakkının Suiistimalinin Müeyyidesi". İÜHFM Cilt 11 Sayı: 1-2 (1945): 311-27.
- . "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali". Adliye Ceridesi 33 Sayı 7 (1942): 879-902.
- Serahsi, Muhammed bin Ahmed bin Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme. el-Mebsût. Beyrut: Dâru'l-marîfe, 1993.
- Süleyman Hasbî Efendi. Tafsîl li-tavzîhi'l-kavâidi'l-fikhiyyeti ve'l-usûliyyeti fi-evveli Mecelleti'l-Ahkâmi'l-Adliyye. İstanbul: Matbaa-yı Osmanî, H. 1299.
- Şaban, Zekiyyüddin. İslam Hukuk İlminin Esasları. Çeviren: İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2019.
- Şevkânî, Muhammed bin Ali Fethu'l-Kadîr. Dımeşk: Dâru'l-kelimi't-tayyib, 1998.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi. Fetâvâ-yı Fezziye. İstanbul: Klasik, 2009.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. Behcetü'l-fetâvâ. İstanbul: Klasik, 2011.
- Trablusî, Burhanuddin İbrahim bin Musa. el-İs'âf fi-ahkâmi'l-evkâf. Amman: Merkezü Envâri'l-ulemâ, 2020.
- Umur, Ziya. "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali". İÜHFM Özel Sayı: Ord. Prof. Tahir Taner'e Armağan (1956): 557-67.
- Uyar, Talih. "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük Kuralı" ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (2000): 439-467. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/T.Uyar-3.pdf>.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. Türk Medeni Hukuku Başlangıç ve Şahsın Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951.
- Zerka, Ahmed bin Muhammed. Şerhu'l-kavaidi'l-fikhiyye. Dımeşk: Daru'l-kalem, 1989.
- Zeylâî, Osman bin Ali Fahrüddin. Tebyînü'l-Hakâik Fi-Şerhi Kenzi'd-Dekâik. Kahire: Bulak, H.1313.
- Zuhayli, Vehbe. el-Kavaidu'l-fikhiyye ve Tatbikatuha fi'l-mezahibi'l-erbea. Dımeşk: Daru'l-fikr, 2006.
- . Nazarriyyetu'd-damân. Beyrut: Dâru'l-fikir, 2012.