İSLAM HUKUKUNDA

HAKKIN SUİSTİMALİ

MÜNTEHA MAŞALI

İSLAM HUKUKUNDA HAKKIN SUİSTİMALİ
Münteha Maşalı

ISBN 978-605-4487-08-0
1. Baskı: Mayıs 2011
Sertifika No: 21217

Mizanpaj: Tavoos
Sayfa Düzeni: Tavoos
Kapak: TN İletişim
Baskı: Bayrak Matbaası,
Davutpaşa Cd. No:14 K:2 Topkapı / İstanbul

EMİN YAYINLARI
Fethiye Mah., Kırlangıç Sok. No:2 16140 Nilüfer / BURSA
Tel: (0224) 242 28 98, Fax: (0224) 241 25 69
www.eminyayinlari.com

İSLAM HUKUKUNDA

HAKKIN SUİSTİMALİ

MÜNTEHA MAŞALI



İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR 9
ÖNSÖZ 11

GİRİŞ 13
I- KAVRAMSAL ÇERÇEVE 13
A- Subjektif Hüsnüniyet 14
B- Objektif Hüsnüniyet 15
C- Terminoloji 17
D- Tarifi ve Mahiyeti 19
II-HAKKIN SUİSTİMALİNİN TARİHÎ GELİŞİMİ 24
A- Ferdiyetçi Yaklaşım 25
B- İçtimaî Yaklaşım 26
C- Muhtelif Hukuk Sistemlerinde Hakkın Suistimalinin Tarihî Gelişimi 27
1- Dar Sistemler 27
1.1. Roma Hukuku 28
1.2. İngiliz Hukuku 33
1.3. Birleşik Amerika Hukuku 33
2- Geniş Sistemler 34
2.1. İslâm Hukuku 34
2.4. İtalyan Hukuku 41
2.5. İspanyol Hukuku 42

3- Mutavassıt Sistemler....42
3.1. Alman Hukuku....43
3.2. Avusturya Hukuku....45
3.3. Sovyet Rusya Hukuku....45
3.4. Yunan Hukuku....46
3.5. İsviçre Hukuku....47
3.6. Türk Hukuku....50

BİRİNCİ BÖLÜM
HAKKIN SUİSTİMALİNİN MENŞEİ ve ÖLÇÜLERİ....55
I- HAKKIN SUİSTİMALİNİN MENŞEİ....55
A- Ferdiyetçi Görüş....55
B- İçtimaî Görüş....61
II- HAKKIN SUİSTİMALİNİN ÖLÇÜLERİ....64
A-Subjektif Ölçü....64
1- İslâm Hukukunda Subjektif Ölçünün Dayandığı Deliller....68
2- İslâm Hukuk Doktrininde Subjektif Ölçü....75
B-Objektif Ölçü....77
1- İslâm Hukukunda Objektif Ölçünün Dayandığı Deliller....79
2- İslâm Hukuk Doktrininde Objektif Ölçü....79

İKİNCİ BÖLÜM
HAKKIN SUİSTİMALİNİN ŞARTLARI, ROLÜ, UYGULAMA ALANI ve UYGULANAMAYACAĞI HALLER....85
I-HAKKIN SUİSTİMALİNİN ŞARTLARI....85
A- Bir Hakkın Varlığı ve Kötüye Kullanılması....85
1- Modern Hukuklarda Hakkın Tarif ve Taksimi....85
2- İslâm Hukukunda Hakkın Tarif ve Taksimi....88
a) Allah Hakları....90
b) Kul Hakları:....92
c) Karma Nitelikli Haklar:....93
B-Hakkın Amacına Aykırı Biçimde Kullanılması....94
C- Hakkın Başkasına Zarar Verecek Biçimde Kullanılması....100
II- HAKKIN SUİSTİMALİNİN ROLÜ....102
A- Hakkın Suistimali Yasağının Talî Yol Olması....102
B-Kanunu Düzeltme Fonksiyonu....103

III- UYGULAMA ALANI 104
A- Haklar 104
B- Hürriyetler 106
C- Diğer Uygulama Alanları 107
IV. HAKKIN SUİSTİMALİNİN UYGULANAMAYACAĞI HALLER....108
A- Bir Hakkın Mevcut Olmaması....108
B- Kanuna Karşı Hile....109

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HAKKIN SUİSTİMALİNİN GÖRÜNÜMLERİ ve HAKKIN SUİSTİMALİ YASAĞINA BAĞLANAN SONUÇLAR.... 115
I- HAKKIN SUİSTİMALİNİN GÖRÜNÜMLERİ....115
A- Hakkın Başkasına Zarar Verme Kastı ile Kullanılması....115
B-Hakkın Kullanılmasında Meşru Menfaat Yokluğu....117
C- Hak Sahibinin Çelişkili Davranışları....121
D- Hakkın Kullanılmasının Sağlayacağı Menfaat ile Başkasına Vereceği Zarar Arasında Aşırı bir Nisbetsizlik Bulunması 123
E- Hakkın Kullanılması Sonucunda Umumî bir Zarar Meydana Gelmesi 126
F- Hakkın Kullanılmasının Fahiş bir Zarara Sebep Olması....129
II- HAKKIN SUİSTİMALİ YASAĞINA BAĞLANAN SONUÇLAR 131
A- Hakkın Suistimali Karşısında Hakimin Durumu 131
B- Hakkın Suistimalinin Müeyyideleri 132
1- İctinab Dâvası....133
2- İzâle Dâvası 134
3- Tazminat Dâvası 136
4- Tespit Dâvası....140
5-Ta'zir Cezası....140
6- Dînî Müeyyideler 142

SONUÇ.... 143

BİBLİYOGRAFYA.... 145

KISALTMALAR

a.g.e.	:	Adı geçen eser
a.mlf.	:	Adı geçen müellif
AÜHFM	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
b.	:	İbn
B.K	:	Borçlar Kanunu
bkz.	:	Bakınız.
c.	:	Cilt
H.	:	Hicrî sene
Hz.	:	Hazret-i
İÜHFM.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
krş.	:	Karşılaştırınız
mad.	:	Madde
M.K.	:	Medenî Kanun
mlf.	:	Müellif
mtrc.	:	Mütercim
no.	:	Numara
nşr.	:	Neşreden, neşir
s.	:	Sayfa
sa.	:	Sayı
thk.	:	Tahkik
T.M.K.	:	Türk Medenî Kanunu
trc.	:	Tercüme
ts.	:	Tarihsiz
v,	:	Vefat
v.b	:	Ve benzeri
v.d	:	Ve devamı

ÖNSÖZ

İnsanoğlu, tarihin derinliklerinden taşıdığı geleneksel mizacı sebebiyle, kendisine bahşedilen nimetlerle egosunu tatmin ederken bencilce davranmış; olumsuz hislerini önplana çıkarmak suretiyle toplumun düzen ve huzurunu bozmayı başarabilmiştir. Nitekim toplum düzenini sağlamayı hedef edinen hukuk kuralları, insanoğlunun süflî his ve arzularını, birtakım prensip ve yaptırımlarla dizginlemeyi amaç edinmiştir. Bu suretle kişiyi, hak ve hürriyetlerinin sınırsız olmadığı bilinci ile hareket ettiği, toplumsal huzur ve sükûnun teminine katkıda bulunma zorunluluğunu hissettiği bir atmosfere dahil etmiştir.

Bu noktada, "hakkın suistimali" kavramının hukuk açısından önem derecesi ortaya çıkmaktadır. Nitekim Arap dünyasında Fethî Derinî, Mahmud Fethî, Mustafa Ahmed ez-Zerkâ gibi alimlerin "teassuf" terimi altında yaptıkları değerli çalışmalar gibi konu hakkında müstakil eserlerin kaleme alınmış olması da bu önemi göstermesi bakımından kayda değerdir. Ancak İslam hukuk düşüncesindeki yeri ve önemi ile kıyaslandığında anılan çalışmaların yeterli olduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu noktadaki boşluğu bir nebze olsun gidermek amacıyla İslâm hukukunda "hakkın suistimali" mefhumunun tarihî gelişimini ve mahiyetini modern hukuk sistemleri ile mukayeseli olarak inceleyen ve bu yönüyle de İslam hukuk düşüncesi açısından önemli bir hukukî müesseseyi tarif ve tavsi-

fe çalışan böyle bir çalışma ile alana mütevazı bir katkı sunmayı amaçladık.

Bu çalışma bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde "hakkın suistimali" bir kavram olarak ele alınmakta ve hukuk sistemleri bünyesindeki tarihi gelişimi incelenmekte, bu çerçevede kavramsal gelişim sürecinde İslâm hukukunun konumu tespite çalışılmaktadır. Birinci bölümde hakkın mutlak bir karakter taşıması sebebiyle kullanımının sınırlanamayacağını, dolayısıyla suistimal edilemeyeceğini savunan ferdiyetçi görüş ile hakkın bazı durumlarda kötüye kullanılabileceğini kabul eden içtimai görüşün dayanağını teşkil eden deliller incelenmektedir. İkinci bölümde hak kavramı kısaca tanımlandıktan sonra hakkın suistimalinin hukuki fonksiyonu ve uygulama alanı ele alınmaktadır. Üçüncü bölümde ise hakkın suistimalinin söz konusu olduğu durumlar ve müeyyideleri izah edilmektedir.

Bu derecede önemli bir konuyu seçme hususunda teşviklerini, inceleme esnasında çok değerli mülahazalarını esirgemeyen hocam Prof. Dr. Hayrettin Karaman'a, ayrıca bu çalışmanın şekil ve muhtevasının inşasında büyük katkıları bulunan saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Mehmet Erkal ve Prof. Dr. Ali Bardakoğlu'na teşekkürlerimi sunarım.

Münteha Maşalı
Bursa-2011

GİRİŞ

I- KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Objektif ve genel olan hukuk kuralları, kişilere bir takım yetkiler tanımış ve bu yetkileri devlet gücüyle güçlendirmiştir. "Hukuk tarafından kişilere tanınmış olan yetkiler" şeklinde kısaca tarifi yapılan haklar, sahiplerine ancak kullanılmak suretiyle gerçek bir menfaat sağlarlar. Hakların kullanılması ise, eşya üzerindeki mutlak haklarda fiilî kullanma şeklinde olabileceği gibi, bu hakların başkasına devredilmesi veya bunlar üzerine bir yüküm yükletilmesi suretiyle hukukî kullanma şeklinde de olabilir. Şahsî hakların, meselâ borçlarla ilgili alacak haklarının kullanılması, bu hakkın borçludan istenilmesi suretiyle olabileceği gibi başkasına devredilmesi suretiyle de gerçekleşebilir[1].

Kişilerin, haklarını edinir ve kullanırken, hakların geçerli bir biçimde kazanılıp kullanılması ve toplumun yasal düzenini koruma amacı ile bir takım kurallara uymaları gerekmektedir[2]. Zira hak, kişilere ait menfaatlerin hukuk tarafından korunması ve bunlardan yararlanma iradesinin şahıslara tanınmasıyla doğar. O halde, hukuk düzeninin ve hukuk kurallarının bulunmadığı yerde hak da söz konusu olamaz[3].

1 Hıfzı V. Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, İstanbul 1969, s. 81.
2 Reşat Tesal, *Hukukun Temel Prensipleri*, İstanbul 1980, s. 68.
3 Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s. 56.

Kanunların, ne kadar geniş ve uzun olursa olsun, her hak kullanılırken ve her borç yerine getirilirken saygı gösterilmesi gereken bu kuralları ayrı ayrı belirtmesi ise imkansızdır. Bu yüzden, hukuka hakim bir ana prensip olarak, kişiler, haklarını kullanma ve borçlarını yerine getirme esnasında iyi niyet kurallarına riayet etmekle mükellef tutulmuş ve hakkın bir başkasına açıkça zarar verecek şekilde kötüye kullanılması yasaklanmıştır[4]. Bu noktada "iyi niyet" kavramını kısaca ele almak suretiyle "hakkın suistimali" mefhumuna ulaşmak mümkündür.

A- Subjektif Hüsnüniyet

Hakkın elde edilmesi ve kaybedilmesinde söz konusu olan subjektif hüsnüniyet, kişinin iç durumu ile alakalı olup, bir hakkın edinilmesine engel olacak bir durumu bilmemek veya bilecek halde olmamak demektir[5].

Subjektif açıdan, doğuşu iyi niyete bağlı hakların sahiplerinde hüsnüniyetin var olabilmesi için, bir kimsenin, bir hukukî eksikliği kusursuz olarak bilmemesi veya duruma göre bilmesinin gerekmemesi yeterli olup, ayrıca onun olumlu bir fikir veya inanca sahip olması zorunlu değildir[6].

T.M.K.nda (mad. 3) ana ilke olarak ifade edilse de, subjektif hüsnüniyet prensibinin, bütün hukuk biliminin kabul ettiği evrensel bir hukuk kuralı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim İslâm hukukunda da, subjektif hüsnüniyet bir kaide olarak zikredilmemekle beraber uygulamada nazar-ı itibare alınmıştır[7].

Mecelle'nin 906. maddesinde başkasına ait (mağsûb) bir arazi üzerine hüsnüniyetle yani arazinin kendi mülkü olduğunu zannetmek suretiyle fiilinin meşruiyetine inanarak ağaç diken veya bina yapan kimsenin durumu değerlendirilmektedir. Mecelle, bir kimsenin, babasından miras kalan arazi üzerine, arazinin değe-

4 Velidedeoğlu, s. *Medenî Hukuk*, s. 8I
5 Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, İstanbul 1987, I, 152; Velided - oğlu, *Medenî Hukuk*, s. 82.
6 Ergun Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1986, s. 291.
7 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, 153.

rinden daha fazla para harcayarak bir bina yaptıktan sonra, toprağın kendisine ait olduğunu ileri süren bir kişinin ortaya çıkması durumunda nasıl hareket etmesi gerektiğini izah etmek suretiyle bu maddeyi örneklendirmektedir.

B- Objektif Hüsnüniyet

Doktrinde, objektif açıdan iyi niyet kavramını karşılamak üzere objektif hüsnüniyet, hakkın iyiye kullanılması, dürüstlük kuralı[8], doğruluk prensibi[9] gibi terimler kullanılmıştır.

Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde "dürüstlük kuralı", tüm hukuk düzenlerinin, en eski ortak varlıklarından biridir[10]. Roma hukukunda, "bona fides" deyimiyle anılan dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde dürüst insanların davranış biçimini açıklamaktaydı. Bu kavram, tarihsel gelişimi içinde, genel olarak "müşterek hukuk"ta işlenmiş ve bugünkü anlamını, özellikle 19. yy. Pandekt hukukçularının çabaları sonucunda elde etmiştir[11].

Dürüstlük kuralının, "bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" şeklinde kaideleşen muhtelif hadisler ve dürüstlüğü emreden naslar çerçevesinde değerlendirildiğinde, İslâm hukukunun ruhuna ve hedef edindiği sosyal hayat nizamına uygun olduğu söylenebilir. Birçok fıkıh bilginine göre, kanun boşluğundan veya şekil şartlarından istifade ederek hile yoluna sapanların tasarrufları, bu prensip gereği geçersiz sayılmıştır. Doğruluk prensibi, aynı zamanda akitlerin tefsiri ve borcun tam olarak ifasında da işletilmiştir. Paranın değer kaybetmesi halinde borcun, muamele sırasındaki alım gücüne göre ödenmesi şeklindeki içtihat, yine bu kuralın tatbiki mahiyetindedir[12].

---

8 Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s. 81; Kemal Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, İstanbul 1978, s. 166.

9 Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1980, s. 287.

10 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 306; Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 166.

11 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 306; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 287.

12 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, 154.

Dürüstlük kuralı, kişilerin, hakların kullanılması veya borçların yerine getirilmesi esnasında, dürüst, namuslu, iyi niyetle, karşısındaki şahsın güvenini sarsmayacak biçimde davranmalarını emreder[13]. Bir hukukî ilişkide, dürüst, namuslu, normal bir zeka seviyesine sahip olan kişinin, hukuk, ahlâk ve örf kurallarına, hakları sağlayan ilişkilerin amacına uygun olarak göstereceği davranış biçimi[14] olma özelliği ile dürüstlük kuralı, objektif nitelikli olup özel yaşayış ve subjektif ahlâk ile ilişkisi bulunmamaktadır[15].

Hak süjelerinin, tasarruflarında dürüstlük kuralının sınırlarını aşacak şekilde haklarını kullanmaları ise hakkın suistimalini gündeme getirir[16]. Dürüstlük kuralı gereğince bir hak, amacına uygun biçimde kullanılmalıdır[17]. Her kişinin hakkını kullanma yetkisi vardır. Çünkü hak, kişilere tanınan ve kullanılması kişinin iradesine bağlı bulunan çıkardır. Ancak kişinin bu hakkını, amacını aşarak, bir menfaat bahis konusu olmaksızın münhasıran başkasını zarara sokacak şekilde kullanması, hukuk kuralı tarafından korunmaz[18]. Hak sahibinin hakkını kötüye kullanması sebebi ile zarara uğramak tehlike veya tehdidi altında bulunan veya zarar gören kimse, bu tehlikenin ortadan kaldırılmasını veya zararın giderilmesini isteme hakkına sahiptir[19].

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, toplumsal hayatta, bireyler arasında sosyal zorlukları birlikte göğüsleyebilme amacı ile toplumdaki çatışan karşılıklı çıkarlar arasında bir denge kurarak, dayanışma, birlik ve barış yaratmaya yöneliktir. Kişinin, hakkını sınırsız, dilediğince ve amacını aşacak biçimde kullanması sonucu başkalarının zarara uğramaya başladığı noktada dürüstlük

13 Aydın Zevkliler, *Medenî Hukuk*, Diyarbakır 1986, s. 130; Tesal, *Hukukun Temel Prensipleri*, s. 69.
14 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 307; Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 166.
15 Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s. 82.
16 Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 137; Tesal, *Hukukun Temel Prensipleri*, s. 71; S. Sulhi Tekinay, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul 1992, s. 170.
17 Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 167; Aytekin Atalay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul 1980, s. 420.
18 Y. Ziya Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medenî Hukuk*, Ankara 1970, s. 67-68; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 137; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 302.
19 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 303.

kuralı devreye girer ve hakkın amacını aşacak biçimde kullanılmasını yasaklar. Böylelikle hukukun şekilciliğinden doğan katı sonuçlar engellenmiş, "hakların mutlaklığı" esasına önemli istisnalar getirmek suretiyle, hakkaniyete aykırı durumların doğması önlenmiş olur[20].

Bu noktada, bir hakkın varlığının ve kullanılmasının genel olarak başkasının zararına olduğu hatıra gelebilir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, kullanılan hakkın, hukuka uygun olması şartı daima göz önünde bulundurulmalıdır .Meselâ, alacaklının alacağını elde etmek için borçlusunu dâva edip malları üzerine haciz koydurtma hakkı borçlunun aleyhinedir. Buradaki menfaat uyuşmazlıklarını çözümleyen hukuk biliminin gayesi, insanların serbest faaliyetinin sınırlarını çizmek, çerçevesini belirlemektir.

Anlaşılmaktadır ki, hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun hukuku (kanun kuralları) ile gerçek hukuk (doğru ve âdil hukuk) arasındaki çelişkiden doğmuş; hukukî hayatta herkesin gerçek hukuka uygun davranması gereğine ve buna ilişkin toplum telâkkisine dayanmıştır. İsviçreli hukukçu Merz'in dediği gibi, şeklî hukuktaki hakkı maddî adalet düşüncesi sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir; bu noktada gerçek hak korunur, şeklî ve görünen hak korunmaz[21].

C- Terminoloji

Hukuka hakim genel bir kural olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını ifade etmek üzere Fransız hukukçular, "de l'abus des droits", İngiliz hukukçular, "the abuse of rights" terimlerini kullanmaktadırlar. "Abus" kelimesinin Arapçadaki tam karşılığı olan "isâe" kelimesine ise fıkıh ve usûl bilginlerinin eserlerinde rastlanmamaktadır. Bu yüzden "hakkın suistimali" teriminin modem Batılı hukukçulardan alındığı kanaatine varılmaktadır[22].

---

20 Zevkliler, s.137; Fethî Derîni, *Nazariyyetü't-Teassuf fi İsti'mâli'1-Hakk*, Beyrut 1981, s. 26.

21 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 303-304; Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul 1985, s. 206.

22 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 45.

Birleşik Arap Emirlikleri ve Suriye'deki hukukçular hakkın suistimali kavramı yerine "teassuf kelimesini kullanmışlar; Lübnanlı hukukçular ise "isâe" kelimesini kullanmayı tercih etmişlerdir. Mısır M.K.na tabi olarak Ürdün ve Irak M.K.larında ise hakkın suistimali, "gayr-ı meşru veya gayr-ı caiz isti'mâl" şeklinde ifade olunmuştur[23].

Bazı usûl kitaplarında, hakkın kötüye kullanılması mefhumunun, modern hukukun anladığı tarzda "el-isti'mâli'1-mezmûm"[24], "el-mudârra fi'1-hukûk"[25] tabirleri ile ifade olunduğu görülmektedir. Bu hususta muasır hukukçulardan Ebû Zehra "el-mudârra" terimini kullanırken, Derînî, "teassuf" terimini kullanmayı tercih etmiştir[26]. Zira "teassuf", sözlük anlamı itibariyle " yoldan sapma, yol gösterici olmadan yürüme, yanlış yol edinme, zulüm ve insafsızlık" anlamlarına gelir ki[27]; hakkın konuluş gayesinden sapma durumunda ortaya çıkan hakkın kötüye kullanılması mefhumundan kastedilen manayı en açık bir şekilde ihtiva eden kelimedir.

Zerkâ da "teassuf" terimini kullanmayı tercih etmekle birlikte "isâe" kelimesinin de kullanılabileceğini ileri sürer; çünkü, "gayrı meşru veya gayrı caiz isti'mâlî" tabiri, "hakkın kötüye kullanılması "na ilâveten başka sebepleri de muhtevi olan geniş bir kavramdır. "Teassuf ve "isâe" terimleri ise sadece, bir hakkın kötüye kullanılmış olması için gerekli illete delâlet ettiği gibi "adem-i meşrûiyyet" vasfını da içermektedir[28].

---

23 Mustafa Ahmet ez-Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye li-Nazariyyeti't-Teassuf bi İsti'mâli'1-Hak*, Amman, 1987, s. 45.

24 Ebû İshâk İbrahim b. Mûsâ el-Gırnatî eş-Şâtıbî, *el-Muvâfakât fî Usûli'ş-Şerîa*, nşr. Abdullah Dırâz, Beyrut trs., III, 219.

25 Şemsüddîn Ebû Abdillah İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-Hukmiyye*, Be - rut trs., s. 310; İbn Kayyim el-Cevziyye, Semure b. Cündüb'ün, komşusunun bahçesi üzerindeki geçit hakkını suistimal etmesini bu tabirle ifade etmiştir.

26 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 46; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 44.

27 Ebû'l-Fadl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükrim İbn Manzûr, *Lisânü'1-Arab*, Bulak trs., IX, 245-246.

28 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 45.

D- Tarifi ve Mahiyeti

Hakkın suistimalini esaslı surette tarif ve tavsif etmek oldukça zordur ve basit bir formül ile bunu ifade etmek mümkün değildir. Nitekim hakkın kötüye kullanılması, çok çeşitli şekillerde tarif edilmiştir. Bu noktada, endividüalist hususî hukuk bakımından, her şeyden önce başkalarının menfaatini, dürüst insanların telâkkileri ile ve ahlâkî esaslarla telifi kabil olmayacak surette ızrar eden hakkın istimali halleri hatıra gelir. Bu ızrar açık, şüphesiz ve kat'î olduğu zaman kanun böyle bir hakkın istimalini himaye etmez[29].

İsviçreli hukukçu Egger'e göre, hakkın suistimali, "hakkın ekonomik ve sosyal amacına aykırı olarak kullanılması" demektir[30].

İslâm hukukunda "hakkın kötüye kullanılması" kavramının nasıl anlaşılıp, ne şekilde tarif edildiğini görmek üzere fıkıh usûlüne dair kitaplar tetkik edildiğinde Şâtıbî'nin *el-Muvâfakât* isimli eserinde hakkın ızrar kastı ile kullanılmasını yasaklayan âyet ve hadislerden hareketle, nehyedilen davranışların, "hükmün, vaz'olunuş gayesi doğrultusunda kullanılmayıp gayrı meşru maksatlara ulaşma amacı ile hileli olarak kullanılması"[31] şeklindeki tasviri ile karşılaşılmaktadır. Bu tarif, hakkın suistimalinin bugünkü anlamına oldukça yatan bir tarzda yapılmıştır.

Aynı şekilde modern hukukun vardığı sonuca göre hak, toplumda var olmasının görev ve amacı dışında, bu görev ve amaçtan saptırılmak suretiyle kullanılırsa, kötüye kullanılmış olur. Bu tanım, her hakkın bir sınırının olması yolundaki genel hukuk ilkesine, hak ve hak sahibi arasındaki ilişkiyi toplum yararında, onun sosyal ve ekonomik düzeni ve güvenlik ortamında arayan hukuk idesine ve en önemlisi teşrîdeki adalet esasına daha uygun düşmektedir[32].

---

29 Andreas B. Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, (trc. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu) İstanbul 1942, s.196.

30 İrfan Baştuğ, *Hukukun Temel İlke ve Kavramları*, İzmir 1975, s. 141.

31 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 382.

32 Bülent Köprülü, *Medenî Hukuk*, İstanbul 1984, s. 146; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 26; Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, Beyrut 1984, s.209; Tekinay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 170.

Şâtıbî'nin, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan naslardan yola çıkarak vardığı bu sonuca göre, kişilere Şâri' tarafından bahşedilen bir nimet mahiyetinde olan haklar[33], toplum menfaatini (mesâlih) gerçekleştirme gayesi ile vazolunmuşlardır. Hakkın meşru bir şekilde kullanılıp kullanılmaması, konuluş gayesi olan yararı temin edip etmemesi ile alakalıdır. Şâtıbî'ye göre fiilin şeklî olarak vazolunuş gayesine uygun olması yeterli değildir; aynı zamanda hak sahibinin kastı ve fiilin sebebinin de meşru olması gerekmektedir. O'nun bu görüşünden, hak sahibinin hakkı kullanma esnasındaki maksadı ile Şâri'in teşri" sırasındaki gayesinin muvafık olmasının gerekli olduğu neticesine varılmaktadır[34]:

"Zira şeriat, mutlak ve genel olarak kulların maslahatlarının temini için vazolunmuştur. Mükelleften istenilen de fiillerini, şeriat doğrultusunda işlemiş olması ve Şari'in kastına ters düşen bir şey amaçlamamasıdır. Çünkü mükellef, Allah'a kulluk için yaratılmıştır. Kulluk ise, şeriatın konuluşu sırasında dikkate alınan ilâhî maksatlar doğrultusunda hareket etmek anlamına gelir ki ibadetin temel esası bu noktadadır."[35] "Eğer, Şâri'in kastı dışında bir şey kastetmişse Şâri'in kastettiği şeyi ihmal etmiş, Şâri'in ihmal ettiği şeyi de muteber bir maksat kabul etmiş olur ki, bu şeriatla açık bir çelişkiden ibarettir."[36]

Şâtıbî'nin bu izahından, hakkın menşei olan şer'î hükmün finalist olup, belli bir gaye hedeflenerek vazolunduğu sonucuna varılmaktadır. Buna göre, Şâri'in kastı ile hakkı kullanan şahsın gayesi arasında çelişki bulunmaması için bu gayeden soyutlanması veya tatbikatta ona aykırı davranılması caiz değildir. Zira, tenakuz, hakkın suistimal edildiğinin en belirgin işaretidir[37]. Derîni, bu noktada hakkın kötüye kullanılmasını şu şekilde tanımlar: "Hukuk tarafından izin verilen bir tasarrufta bulunma esnasında Şâri'in muradına aykırı hareket etmektir."[38]

---

33 Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 212.
34 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 332.
35 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 333.
36 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 334.
37 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 28.
38 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 87.

Hakkın kötüye kullanılmasının, bu şekildeki tanımı, Ebû Sünne'nin, "insanın, hakkı şer'an alışılagelmeyen bir şekilde (gayrı mûtad) kullanması" şeklindeki tanımı ile uyum arzetmemektedir. Ebû Sünne, fıkıh bilginlerinin, insanın mülkü üzerinde mûtad tasarrufta bulunabileceği, bu durumda başkalarına zarar verse dahi sorumlu tutulamayacağı, ancak normal dışı tasarrufta bulunduğu takdirde verdiği zarardan mes'ul olacağı şeklindeki görüşleri ile tarifini delillendirmiştir.

Ebû Sünne, alışılagelenin dışında hareket etmeyi, hakkın suistimalinin illeti olarak kabul etmiştir. Derînî'nin tarifinde ise hakkın kötüye kullanılmış sayılmasının sebebi, hakkın konuluş gayesi ile çelişecek şekilde bir davranışta bulunulmasıdır[39]. Binaenaleyh hakkın suistimali, gayrı mûtad tasarruf ile değil, hakkın gaye ve neticesi ile bağlantılıdır. Zira menfaati icabı mülkü üzerinde tasarrufta bulunan kimsenin bir başkasına zarar vermesi veya mülkünden faydalanmasına engel olması örneklerinde olduğu gibi, mûtad olan bir tasarruf netice itibariyle gayrı meşru olabilir[40]. Bu yüzden hakkın suistimalinin gerçekleşmesi için mutlaka istimalin alışılagelenin dışında olması değil, neticenin mûtad olması gereklidir[41].

Hakkın kötüye kullanılmasını hakka dayanmayan davranış kategorisine koyarak, tanımı bu görüşe binaen yapanlar da olmuştur[42]. Nitekim Fransa Yargıtayı'nın içtihatları, hakkın suistimalini, haksız fiillerden doğan hukukî mesuliyet esaslarına dayandırmıştır[43]. Hatta bu çerçevede Fransız hukukçu Planiol'ün şu sözü meşhur olmuştur:

"Hakkın suistimali, haksız fiillerden ayrı bir grup teşkil etmez, kelimelerin zahirî manalarına kapılmayalım. Kötüye kullanmanın başladığı yerde hak sona erer ve bunun sebebi de pek açıktır: Tek bir hadisenin hem hakka uygun hem de hakka aykırı olması tasavvur edilemez."[44]

---

39 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 85.
40 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 85.
41 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 89.
42 Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 168.
43 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 305.
44 Bkz. Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 168.

Planiol meseleyi şu bakımdan tetkik etmektedir: Subjektif haklar umumiyetle mutlak değildir. Pek çok hakkın şümul sahası tahdit edilmiş ve kullanımı kayıtlanmıştır. Bu hudutlar tecavüz edilir ve bu kayıtlara riayet olunmazsa, hareket hakka istinat etmemiş olur. Demek ki suistimal hakkın icrasında değil; belki hududunu geçmekte tecelli eder. Şu halde suistimal, hakkın bulunmadığı sahalarda söz konusudur[45].

Senhûrî de, hakkın kötüye kullanılmasını, haksız fiil nazariyesinden ayrı, müstakil bir temel prensip olarak kabul etmeye gerek görmez. Fikrinin gerekçesi ise şudur; gerek hakkın kötüye kullanılması ve gerekse haksız fiil neticesinde, başkasına verilen zararın tazmin edilmesi gerekmektedir[46].

Hukukî mesuliyet, şahsın, kusurlu ve haksız fiil neticesi olarak bir başkasına verdiği zararı, cemiyet kuvvetiyle tazmine mecbur tutulduğu haldir[47]. Zarar veren fiilin, -ister bizzat fail tarafından işlenmiş(mübâşeret), ister bu fiile sebebiyet verilmiş(tesebbüb) olsun- meydana getirdiği zararın tazmin konusu olabilmesi için haksız olması; yani hukukî cevaza istinat etmemiş bulunması şarttır[48]. Meselâ Mecelle'nin 920. maddesine göre bir kimsenin, bir başkasının bahçesindeki ağaçları kesmesi halinde tazmine hükmedebilmek için fiilin "bigayri hakkın" yani haksız olarak yapılmış olması gerekmektedir. Yine Mecelle'nin 924. maddesinde: "Tesebbübün, ber vech-i bâlâ mûcib-i zaman olmasında teaddî şarttır. Yani mütesebbibin bir zararı zâmin olması ol zarara mufdî olan fiili haksız olarak işlemiş olması ile meşruttur" şeklinde umumî bir kaide mevcuttur.

Hakkın suistimalinde ise başkalarının menfaatlerine karşı hukuk kaidelerinin ihlali suretiyle yapılmış haksız bir tecavüz söz konusu değildir. Zarar bilâkis mevcut bir hakkın kullanılması,

45 Esat Arsebük, *Medenî Hukuk*, İstanbul 1938, s. 103.

46 Abdürrezzâk Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kanûni'l-Medeniyyi'l-Cedîd*, Beyrut 1970, I, 842-843; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf fi İsti'mâli'l-Hakk*, Musul 1984, s. 197.

47 Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1986, II, 469.

48 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 486; Jale Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, Ankara 1966, s. 174.

hem de kanun hükümlerine uygun olarak kullanılması neticesi meydana gelmiştir. Fakat kanun hükümlerine uygun olan bu kullanma, hakkın gayesine muhalif olma, dürüstlük kurallarına uygun bulunmama dolayısıyla hakkın suistimali mahiyetindedir[49].

Görülmektedir ki, hakkın kötüye kullanılması ve hakka dayanmayan(haksız) davranışların her ikisi de hukuka aykırı davranıştır, fakat haksız fiilde, görünüşte dahi, kullanılmış bir hak yoktur. Ya hiçbir hakka dayanamamıştır veya dayanılan hakkın -dürüstlük kuralı dışındaki- kendi sınırları aşılmıştır[50]. Zira bir fiile haksız(teaddî) vasfını verebilmek için onun hukuk tarafından yasaklanmış, izin verilmemiş ve hukuka muhalif bir davranış olması gerekir[51]. Nitekim haksız fiil, ademi meşruiyet dairesi içerisinde cereyan eder[52].

Şeklî açıdan hakkın suistimali nazariyesinin, haksız fiilin bir fer'i olarak kabul edilmesi durumunda, özellikle kanunların yapılmasında, hukuka hakim genel bir prensip olarak varlığından söz edilemez.

Derîni ayrıca, hakkın kötüye kullanılması yasağının koruyucu ve önlem alıcı(vikâî) bir rol üstlenerek, hak sahibinin meşru hakkını kullanmaya teşebbüs etmeden önce, istimalden doğacak zararın vukuunun kuvvetli ihtimalle sabit olması durumunda, hakkını kullanmaktan men'edilebileceğini de önemli bir fark olarak belirtir. Kusurlu sorumluluğun ise, ancak vukuundan sonra zararlı fiilden doğan mesuliyetin sınırlarını belirleme rolü bulunmaktadır[53].

Derînî, hakkın kötüye kullanılması yasağının İslâm hukukunda bulunan "sedd-i zerâi" prensibine, mahiyet itibariyle, kusurlu sorumluluktan daha yakın olduğunu ileri sürer. Halbuki sedd-i

49 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 174.

50 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 103.

51 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 486; Subhi Mahmasânî, *Nazariyye Âmme li'l-Mûcebât ve'l-Ukûd*, Beyrut 1948, s.174; Tesal, *Hukukun Temel Prensipleri*, s. 72.

52 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s.76; Örnekler için bkz. Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Tunus 1982, s. 336-339.

53 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 20.

zerâi'deki şer'î ölçüt objektiftir; fiilden beklenen sonuçların dışındaki neticeler, failin kastı göz önünde bulundurulmaksızın nazarı itibare alınmaktadır[54]. Kısaca belirtmek gerekirse, bu prensibin temelinde, failin hüsnüniyet sahibi olup olmaması dikkate alınmaksızın, kötülüğün önünü kapama hedefi mevcut bulunduğundan dolayı, failin niyetinin göz önünde bulundurulduğu hakkın suistimali yasağı ile benzerlik arzetmemektedir[55].

Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür: Hakkın suistimali nazariyesi, teşriî hedef bakımından aralarında benzerlik, tatbik şekilleri yönünden yakınlık bulunsa da, mesuliyet, sedd-i zerâi' kavramlarının bir alt başlığı olmayıp müstakil bir nazariyedir[56].

II-HAKKIN SUİSTİMALİNİN TARİHÎ GELİŞİMİ

Yeni olduğu kabul edilen ve modern bir tabirle "hakkın suistimali" denilen bu nazariyenin, tarihte köklerinin bulunduğunu inkar etmek mümkün değildir[57].

Hakkın suistimaline ait doktrin münakaşası Orta Çağdan gelmektedir. Orta Çağda malikin, mülkiyet hakkını başkasına zarar verme kasdı ile kullanmasına "aemulatio fiili" adı verilmekte idi. Bu kelime, klasik lâtincede, bir nevi müsabaka ve rekabet manası taşımaktadır. Bu tabiri Orta Çağ hukukçuları, Digesta'nın bir cümlesinde bulmuşlardır:

"Fertlerin, hükümdar müsaadesi olmadan da inşaat yapmaları caizdir, ancak bu, diğer şehirlerle rekabet gayesi ile (ad aemulationem) ve hasetlerini uyandırarak karışıklık çıkaracak şekilde olmamalıdır."

İşte hakikatte amme hukukunu alâkadar eden bu metindeki "aemulaîio" (ad aemulationem) kelimesine tanınan umûmî manaya göre malik, gayrimenkulu üzerindeki haklarını, başkasına kötülük etme amacı ile kullanamamaktadır. Demek oluyor ki

54 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 20.
55 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 21.
56 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 23; Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 136.
57 Ziya Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, İstanbul 1956, s. l; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 834-835; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. l22.

"aemulatio" ismi altında hakkın suistimalinin ilk yasağı sadece mülkiyet haklarının hatta daha hususi olarak gayrimenkullere müteallik mülkiyet hakkının kullanılmasına münhasırdır. Mefhumun diğer haklara teşmili ise modern hukukun son zamanlarında mümkün olmuştur[58].

Bundan dolayı hakkın suistimalinin, sonradan ortaya çıkmış, tamamen yepyeni bir nazariye olduğunu ileri sürmek tarihî gerçeklere aykırıdır. Zira İslâm hukukunda, Roma hukukunda, hakkın suistimalinin çeşitli tezahürlerine tesadüf olunmaktadır. Bu hukuklarda muayyen ve müşahhas bazı hususlarda hakkın suistimal edilemeyeceği veya edilmemesinin lâzım geldiği şeklinde hakkın suistimaline yer verilmişse de[59] bu mefhum umumi bir kaide, bütün hukuka hakim bir kaidei külliye haline getirilmemişti. Modern hukukta ise hakkın suistimaline geniş bir tatbik sahası sağlanmıştır[60].

Bu noktada, mahkeme içtihatlarından sonra modern kanunlaşma hareketlerinin de hakkın suistimalini kabul edip temellerini sağlam hale getirmelerinin[61] nedenini incelemek için, tarih boyunca birbirleri ile mücadele eden iki telâkkiyi kısaca göz önünde bulundurmak zorundayız.

A- Ferdiyetçi Yaklaşım

Hukukta eskiden beri yerleşmiş bulunan bir kanaate göre, subjektif haklar hiçbir kayıt ve şarta tâbi tutulmaksızın kullanılabilirler. Bu kullanmadan birçok kimsenin zarar görmesi mümkün olmasına rağmen, kişi, hakkını dilediği gibi kullanabildiği için mesul tutulamaz[62]. Hukuku riyazî bir ilim gibi kabul ederek[63], fertlere kanun tarafından tanınan hakların mutlak olduğunu ileri süren bu görüş, Fransız ihtilâlinin meşhur İnsan Hakları Beyannamesi ile de kuvvet kazanmıştır.

---

58 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 1-2.
59 Ferit Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", *İÜHFM*, XII(1945), s. 311; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 304.
60 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 312.
61 Senhûrî, *el-Vasît*, I, 835.
62 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 100.
63 Ferit Saymen, "Akit Yapmak Hakkının Suistimali", *İÜHFM*, VII(1941), s. 541.

Feodalite devrinin mezaliminden, kralların hakimiyetine geçen Fransa, büyük ihtilâl neticesinde hakimiyet bağlarını kat'î surette kırıp, ferde, haklarını dilediği gibi kullanma selahiyetini bahşetmiş; bu geniş selahiyet ise ferdiyetçilik cereyanının doğmasına sebep olmuştur[64]. Bu cereyana göre, "hakkın suistimali fikri, kendi kendini hırpalayan, hatta imha eden bir tenakuzdur. Çünkü bir hakka kıymet izafe eden şey, o hakların kullanılmasından elde edilen neticedir. Kullanılmayan bir hakkın hiçbir kıymeti olamaz."[65] Hulâsa olarak, ferdiyetçilik cereyanına göre, bir hakkın suistimali tasavvur edilemez, denilebilir.[66]

B- İçtimaî Yaklaşım

XIX. asır hukuk ilminin genel yaklaşımı daha ziyade hakkın suistimali nazariyesini kabul etmeme yönünde olup subjektif bir hak halinde tezahür eden ferdî menfaatlerin himayesinin, başkalarının menfaatleri ile tahdit edilmesi kabul edilmemektedir[67].

Buna mukabil, XX. yy ın başlarında, muhtelif hususi hukukların oluşumunda değişik ölçülerde, hukukun insanlara suistimal edilmek üzere değil, yalnız istimal edilmek üzere hak bahşettiği, hakkın istimalinin de bir sınırı olduğu, bir hakkın kullanılışında ifrata gidilirse haksızlık doğabileceği düşüncesi hakim olmaya başlamıştır[68].

Ferdiyetçi cereyanın hemen hemen bir aksülâmeli olan ve içtimaî zaruretlerden doğan bu telâkki, hukuka içtimaî bir ilim nazarı ile bakmakta[69], hukukun sahip olduğu sosyal fonksiyondan dolayı, hakkını kullanan kişinin, bu hakkın, hukuk tarafından tanınmış olan sosyal amacını ihlal etmemesi gerektiğini kabul etmektedir[70]. Zira haklar, hukuk gibi cemiyet için ve cemiyet do-

64 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 100.
65 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 101.
66 Esin Örücü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Yaklaşımı-Mülkiyet Hakkının Sınılanması*, İstanbul 1976, s. 10.
67 Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 194.
68 Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 195.
69 Saymen, "Akit Yapmak Hakkının Suistimali", s. 541.
70 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s.316.

layısıyla mevcutturlar; her biri bir gayeye matuf olup, hak sahibi bunları o gaye haricinde kullanmak selahiyetini haiz değildir.

İçtimaî cereyana göre haklar, sahip oldukları izafî yapıdan dolayı ruh ve gayelerine uygun olarak kullanılmadıkları takdirde hakkın suistimali söz konusu olur ki, hak sahibi meydana gelecek zarardan mesul tutulur[71].

Görüldüğü üzere, hakkın suistimali nazariyesi, sosyal cereyanlı hukukun, ferdiyetçi cereyanlı hukuka karşı kullandığı en müessir silahlardan biridir. Bu iki görüş, şiddetli tenkitlere hedef olmasına rağmen, kısa zaman içerisinde çok yol almaya muvaffak olmuş[72]; bu iki telakkinin müntesipleri arasında vuku bulan şiddetli münakaşalar, sosyal görüşü temsil edenlerin galebesiyle sonuçlanmış[73] ve bilhassa XX. asrın başlarından itibaren bugünkü şümullü haline gelmiştir.

C- Muhtelif Hukuk Sistemlerinde Hakkın Suistimalinin Tarihî Gelişimi

Hakkın suistimali mefhumunun tarihî köklerine bu genel bakıştan sonra, eski ve yeni muhtelif hukukların, kronolojik sıraya göre değil de, temsil ettikleri cereyanlara göre, dar, geniş ve mutavassıt olarak üç grupta incelenmesinin, hakkın suistimali mefhumunu benimseme yönünden, hukuk tarihinde işgal ettikleri yerleri tesbit açısından daha açık bilgi vereceği kanaatindeyiz.

1- Dar Sistemler

İçtimaî bir temayül mahsulü olan hakkın suistimali yasağı, bireysel görüşün hakim bulunduğu bir çevrede revaç görecek bir müessese değildir. Bu yüzden, nadir istisnalar dışında, hakkın suistimalini asla kabul etmeyen Anglo-Sakson sistemi gibi dar hukuk sistemleri, bu gruba girmektedir. Nitekim Roma huku-

71 Saymen, "Akit Yapmak Hakkının Suistimali", s. 541;a.mlf., "Akdi Feshetmek Hakkının Suistimali", *Adliye Ceridesi*, XIV(1942), s. 880.

72 Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali", *İÜHFM*, c.12(1946), s. 1130.

73 Saymen, "Akit Yapmak Hakkının Suistimali", s. 541; a.mlf., "Akdi Feshetmek Hakkının Suistimali", s. 880; Derîni, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 328.

kunda, bazı istisnalar mahfuz olmak şartı ile, hakkını suistimal eden kimse, bir başkasına zarar verse dahi, fiil ve tasarrufundan mesul tutulmazdı. Bunun gibi ileri ferdiyetçi olarak tanına gelmiş olan Amerika devletleri hukukunda da hakkın suistimali müessesesine kaideten yer ayrılmamıştır[74].

1.1. Roma Hukuku

Roma hukuku hakkın suistimali meselesini doğrudan doğruya vazetmemiştir[75]. Roma hukukunda bu konu ile ilgili genel bir kural mevcut olmadığı gibi[76] hakkın suistimalini ifade eden bir tabir de yoktur. Gerçi bugün Avrupa neolâtin lisanlarında suistimal manasını taşıyan "abus" kelimesi, lâtince "abusus"tan gelir; fakat Romalılar nezdinde "abusus"un, "kötüye kullanma" şeklinde bir manası yoktur. "Abusus", tüketilmeye, sarf edilmeye elverişli bir malın normal kullanılışına veya hukukî işlemlere konu yapılabilmesine delalet etmektedir[77]. "İfratın ifade ettiği kötülük" manasım ise sonradan kazanmıştır.

Hakkın susistimali ile ilgili bir tabir mevcut olmamakla beraber, bizzat mefhumun bulunup bulunmadığı meselesi, modern romanistlerin aşırı derecede ilgisini çekmiş, son zamanlarda bir çok münakaşaların meydana gelmesine sebebiyet vermiş ve biri müsbet biri menfi olmak üzere, birbirine zıt iki cereyan uyandırmıştır. Bu akımların meydana gelmesinin sebebini aydınlatabilmek için, her şeyden evvel, bize Roma hukuku hakkında bilgi veren başlıca kaynağın yani Corpus Juris Civilis'in bir özelliğini göz önünde bulundurmak lazımdır[78]. Bu eser, Justiniaus'un tatbik etmek istediği hukukla beraber Oniki levha kanunundan Milâdın VI. asrına kadar, bütün Roma hukukunun oluşunu ve inkişafını içinde taşımaktadır. İşte muhtevanın tarihî ve dogmatik niteliğinden dolayı Corpus Juris Civilis içerisinde her hangi

74 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1130.
75 İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. l22.
76 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 304; Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 166.
77 Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, İstanbul 1981, s. 357-358.
78 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 2.

bir müessesenin mevcudiyeti tetkik edilmek istendiği vakit, tarihî unsurlarla dogmatik unsurları birbirinden ayırmak ve müessesenin seyrini takip etmek için de bu eski unsurları mümkün olduğu kadar tarih sırasına koymak lâzımdır[79].

Tarihi terkedemeyen bir zihniyetle derlenip toparlanmasından dolayı, Roma hukukunun bu belli başlı kaynağı içinde, hakkın suistimali mevzuunda da birbirine zıt görünen prensip ve kaideler mevcuttur: Bir kimsenin, hakkını kullanırken hiçbir tahdide tabi tutulamayacağını, hakkın mutlak ve sınırsız olduğunu en bariz bir şekilde ifade eden sarih ve kat'i kaidelerin yanısıra[80] hakkın suistimalinin bazı hallerde mümkün olamayacağını gösteren hüküm ve kararlar da bulunmaktadır[81]. Modern romanistleri birbirine zıt noktai nazarlara götüren tabii sebep budur.

Romada, hakkın suistimalinin yasak edildiğini reddedenlerin istinat ettikleri kaideler, metinlerde sık sık ve bir vecize şeklinde ifadelerini bulmuş olan cümlelerdir. "Kendi hakkını kullanan hile yapmış sayılmaz (suiniyet sahibi değildir)", "Bir kimse, yapmaya hakkı olduğu şeyden başka bir şey yapmamışsa zarar îkâ etmiş addolunamaz[82]", "Bana ait bir şeyi kullanmakla sana zarar vermiş olamam[83]" ifadeleri örnek olarak zikredilebilir. Bir kimsenin hakkını kullanmasında bu kadar serbest bırakıldığını gösteren kaideleri koyan bir hukuk sisteminin, aynı kaideleri tahdit etmiş olmasını imkansız kabul edenlere muhalif olanların iddiasına göre, bu kaidelerin yanında, bir çok fiilî hadiselerde fertlerin haklarını istimal hususunda bariz tahditler vardır ki, bunları istisna mahiyetinde kabul etmek mümkün değildir.

Bu iki yaklaşım arasında yol bulabilmek için, istisnaî mahiyette olduğu söylenilen hükümler, tarih sırası ile göz önünde bulundurulduğunda şöyle bir netice elde etmek mümkündür: Eski ve dar Quirites hukuku içerisinde hakların tahdit edildiğine dair herhan-

79 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 3.
80 Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 157.
81 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 296.
82 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 5.
83 Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 167.

gi bir emare mevcut değildir. Bu devirde, özellikle mülkiyet hakkı, devletin bile müdahalesinin mümkün olmadığı tam bir hakimiyetin ifadesidir. Hak sahibinin, başkasına zarar vermek niyeti ile hareket edip etmediğini araştırmak asla mümkün değildir. İşte burada câri olan prensip en kat'î manadaki, "hakkını kullanan kimse başkasına zarar vermiş sayılmaz" kaidesinin tam ifadesidir[84].

Ancak Roma hukukunun, statik bir yapıya sahip olmamasından dolayı, istisnalar koyarak tashih edilmek suretiyle inkişafı mümkün olmakta idi[85]. Özellikle Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren, içtimaî hayatın inkişafı ve felsefî cereyanların Romaya nüfuz etmeleri ile hukukî gelişim hız kazanmıştır. Milâdın ilk asırlarına gelindiğinde ise eski hukukun dar çerçevesi büyük bir nisbette kırılmış, hakların kullanılmasında hakkaniyet icaplarının göz önünde bulundurulması lüzumu bir hayli kuvvetlendirilerek, dar ve kat'î Roma hukuku, nısfet ve hüsnüniyet kaideleri ile yumuşatılmaya çalışılmıştır[86]. Bu eğilim, bilhassa mülkiyet hakkının kullanılması esnasında başkalarına zarar vermeme mecburiyeti ve bunun uygulanması için konulan sınırlamalarda ifadesini bulmaktadır[87].

Gerçi sistem olarak hakkın suistimalinden bahsetmek henüz mümkün değildir. Fakat artık hukukçular arasında, hakların kullanılmasının hudutları hakkında, ileride hakkın suistimali nazariyesi formüle edilirken istinat olunan çeşitli münakaşalara rastlamak mümkündür[88]. Hatta, bu devrin hukukçularından Gaius, "hakkımızı kötü bir şekilde kullanmamalıyız" demektedir. Şu halde, henüz hakkın suistimali kuramı yoksa da hukukî zihniyet bu yolda büyük bir adım atmıştır[89].

Klasik hukuk devrinde durum böyle iken, Roma hukuku üzerinde Hıristiyanlığın tesiri de görülmeye başlanmıştır. Bu dine

84 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 5.
85 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 5.
86 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 312.
87 Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 99.
88 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s s. 6; Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 194.
89 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 312.

göre, insanları idare eden sadece, kat'î ve mutlak olarak hukuk adaleti değil, daha üstün olarak telâkkî edilebilecek olan hakkaniyet, merhamet, birbirine yardım adaletidir. Bu zihniyetin tesiri altında meydana gelen Justinianus hukukunun temayülünü açıkça ifade eden bir misal olarak, şu hadise gösterilebilir:

"Justinianus, İstanbul'un denize olan nezaretinden azamî istifadeyi sağlamak için, deniz gören binaların önüne yüz kademden daha yakın bir yerde manzarayı kapatabilecek bir inşaatın yapılmasını yasak etmişti." Hile-i şer'iye vasıtası ile arsa sahipleri istedikleri binayı yapmak için şu çareyi buldular: "Madem ki yüz kadem uzakta inşaat yapmak caizdir, şu halde denize nezareti olan binanın yüz kadem uzağında gayet yüksek bir duvar yaparak bu nezareti kestikten sonra daha yakında inşaat yapmaya mani olacak bir sebep kalmaz." Bunun üzerine Justinianus aynı emirname ile bu şekilde hakkını kanundan kaçma ve başkalarına zarar verme maksadı ile kullanmak isteyen kimseleri cezalandıracağını bildirir[90].

Bu örnek, Justinianus hukukunda hakkın suistimalinin, bu isim altında olmasa bile, daha üstün ve amelî bir prensiple önlendiğinin göstergesidir. Justinianus, sert ve dar zihniyetli eski kaideleri müdevvenatında baki bırakmakla beraber, tatbik edilemez duruma getirmiş; hakkın suistimalini nazariye olarak kurmasa da hakkın başkasına zarar verecek şekilde kullanımını tamamen önlemiştir. Görüldüğü üzere, mülkiyetin sınırsız, keyfî kullanışına karşı ilk kısıtlama, bu hakkın, başkalarının haklarına karşı kullanılmasının engellenmesinde görülür[91]. Burada hakim olan prensip, meşhur "hakkımızı kötüye kullanmamalıyız" vecizesi ile ifade edilebilir[92].

Orta Çağda ise, hukuk bilginleri, gerek Corpus Juris civîis, gerek Hıristiyan etiğinin tesirleri altında, "ad aemulationem" ismini vermiş oldukları fiillerin yasak edilmesi prensibini gittikçe daha geniş mikyasta tatbik etmişlerdir. Bu devirde mülkiyet hak-

90 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 7.

91 Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 43.

92 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 8; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, s. 99.

kının istimalinde komşuya zarar vermenin yasak olduğu prensibine muhalefet eden pek müstesna bir iki hukukçudan başka kimse yoktur[93].

Fikirlerin birleşmesi neticesinde Corpus Juris Civilis'te dağınık halde bulunan hüküm ve prensiplerden tam bir aemulatio fiilleri yasağı sistemi kurulmuş ve bu sisteme göre umumî bir prensip bulma temayülü belirmiştir. Prensibin esası ise, "animus nocendi" yani "zarar vermek arzu ve niyeti" şeklinde tesbit olunmuştur[94]. Bununla beraber yapılan işin failine bir menfaat temin edip etmediğine de bakılmış; hakkı kullanan kimse bir menfaat elde ediyorsa "aemulatio" meşru, bir fayda elde etmiyorsa veya çok cüz'î bir menfaat temin ediyorsa, "aemulatio", gayrı meşru kabul edilmiştir[95].

Orta çağın, aemulatio fiillerinin yasak edilmesine dair prensiplerin çoğalması ve subjektif bir ölçü niteliğindeki zarar kastı üzerinde fazla durulması şeklindeki ifratına karşı, hukuku, tarihî ve tenkidî bir görüşten hareketle tetkik eden "Hümanist" mektebin itirazları yükselmiş ve bu mektebin çalışmaları ile Corpus Juris Civilis şârih ve müfessirlerinin kurmuş oldukları karışık ve subjektif sistem yıkılmıştır. Hümanist ekolün mümessilleri ve bilhassa Fransız hukukçu Cuiacius'un öncüsü olduğu objektif cereyan, büyük codificationlar devri olan XIX. asra kadar doktrinde hakim olmuştur[96].

Esasen XVII. asırda, hukuku, subjektif unsurlardan ayırmak suretiyle, din ve ahlâktan ayrı olarak, akla dayandıran bir hukuk sisteminin temelleri atılmaya başlanmıştır. Aemulatio fiillerinin temelinde bulunan ahlâkî ve dînî mülâhazalar, yeni

hukukta bulunmadığı için aemulatio yasakları sisteminin yıkılması doğaldır. Tabiî hukuk cereyanının başlangıcı olan bu devirde ferdiyetçi görüş temayülünün de gittikçe kuvvetlenecek bir şekilde başlamış olduğunu ilâve edersek, sosyal bir esasa da-

93 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 8.
94 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 50.
95 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 9.
96 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 10.

yanan aemulatio fiilinin yasak edilmesi nazariyesinin neden birdenbire çöktüğünü ve doktrinden kaybolduğunu anlamak daha kolay olur."[97]

1.2. İngiliz Hukuku

İngiliz telâkkisine göre, hak ya mutlak olmalı veya hiç olmamalıdır. Hakkını kullanan kimse, zarar verme kastı ile hareket etmiş olsa bile (maliciosly), hiç bir zaman mesul olmaz[98].

Spencer ve Danvin'in felsefe ve biyoloji sahasında yarattıkları mutlak ferdiyetçilik esasının İngiliz hukukundaki bu tezahür şeklinin bütün kuvveti ile devamının, en kuvvetlilerin üstün olup cemiyette sulh ve sükûnun ortadan kalkması şeklinde gayrı içtimaî bir durum meydana getireceğini anlayan İngilizler, sistemlerini sarsmaksızın, bir dereceye kadar yumuşatmak istemişler ve bu mutlak düstura bazı istisnalar koymuşlardır. İlk olarak kabul edilen ve çok geniş bir şekilde tatbik edilen istisna, dava ikamesi selâhiyetinin suistimali ile ilgilidir[99].

İngiliz hukuku, evvelâ "consideration" yani "illet" veya "saik" nazariyesi ve saniyen "public policy" yani "umumî intizam ve sükûn" nazariyesi ile akitlerden mütevellit hakların mutlakiyetini de bir dereceye kadar yumuşatmaya muvaffak olmuştur[100]. Bu nazariye ve istisnalar ile, mutlak hak nazariyesinin bir dereceye kadar yumuşamış olduğu iddia olunsa bile, İngiliz hukukunun, hakkın suistimali nazariyesini pek de benimsemediği ve ancak dağınık ve bazı ifrat hallerde, hakların tamamıyla mutlak olmadığını beyan ettiği söylenebilir[101].

1.3. Birleşik Amerika Hukuku

Amerikalıların hayatı, müesseseleri, felsefe ve âdetleri İngilizlerden daha ferdiyetçidir. "Hakimlerin hükûmeti"ne tâbi olan Amerika'da, hakların her türlü istimali caiz görülmekte ve hakkın

97 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 10.
98 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 41.
99 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1131.
100 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1131.
101 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1133; Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 166.

suistimali nazariyesi hiçbir surette kabul edilmemektedir. Ancak bu telâkkinin gayrı içtimaî ve bir dereceye kadar gayrı hukukî olmasından dolayı, zamanla bir takım değişikliklerin vuku bulması kaçınılmazdır.

Filhakika hakkın suistimali nazariyesi ancak hizmet akti sahasına bir dereceye kadar nüfuz edebilmiştir. Hakimler, sermaye ile emek arasındaki mücadeleyi sınırlandırmak için, akitlerden doğan hakların anormal bir tarzda kullanılması nazariyesine dayanmışlardır. Hizmet akdini feshetmek selâhiyetini ise, zarar verme kastını göz önünde bulundurmaksızın, takip edilen gayenin iktisaden zararlı olup olmadığını araştırmakla yetinmişler; zararlı olduğuna kanaat getirdikleri takdirde bu selâhiyetin suistimal edildiğini kabul etmişlerdir. İktisadî ihtiyaçların tazyiki ile kabul edilmiş olan bir kaç istisnaya rağmen, hakkın suistimali nazariyesi, Anglo-Sakson hukuk müesseselerine ve hukuk düşüncesine nüfuz edememiştir[102].

2- Geniş Sistemler

Bu başlık altında ele alınan sistemler, mevzuatlarında sarih bir kaide ve genel bir kural bulunmaksızın, hakkın suistimali nazariyesini gayet şümullü ve etraflı bir tarzda benimseyip tatbik etmiş olan sistemlerdir. İslâm hukukunun geniş sistemler arasında bulunduğu konumu kısaca belirleyip; örnekleme ve geniş izahatı, müstakil başlıklar altında incelemek üzere ilerideki bölümlere erteledikten sonra lâtin grubuna geçerek, sırasıyla, Fransız hukukunu ve bu hukukun tesiri altında kalmış olan diğer hukuk sistemlerini inceleyelim.

2.1. İslâm Hukuku

İslâm hukuk doktrininde, hakkın suistimali nazariyesinin ihtiva ettiği bütün temel prensipleri, ölçüt ve müeyyideleri nazarî ve tatbîkî olarak bulmak mümkündür. İslâm hukukunun temel kaynakları olan Kur'an ve Sünnette mevcut hükümlerin, sahabe, tâbiûn ve müctehid imamlar dönemindeki tatbiki neticesinde or-

102 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1133.

taya çıkan cüz'î meselelerden çıkarılan küllî prensipler, bu nazariyenin temel esaslarını ortaya koymaktadır[103]. Hakkın suistimali nazariyesinin, mezhep imamları tarafından nasıl kurulduğunu, tezimizin ilerideki bölümlerinde, imamların, muhtelif meseleler hakkındaki içtihatlarını tetkik etmek suretiyle, müşterek vasıflarını göz önünde bulundurarak umumî prensipler elde edecek şekilde incelemenin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İslâm hukukunda hakkın suistimali nazariyesinin genel olarak inkişafı göz önünde bulundurulacak olursa, usûl bilginlerinin, hakkın Allah ve kul hakkı olmak üzere çift karaktere sahip olmasından, mutlak olarak kullanılmayıp, bazı durumlarda istimaline sınır konulabileceği sonucuna ulaştıkları görülür. İslâm hukukunda hakkın kaynağı insan değil hukukun bizzat kendisidir. Hukuk düzeni, hakkı inşâ ettiği gibi onu bir takım kayıtlarla da sınırlandırmıştır. Bu yüzden fert, hukukun kendisine bahşettiği derecede tasarruf yetkisine sahiptir. Öte yandan haklar, İslâm hukukunun temel gayesi olan "mesâlihu'l-ibâd"ın gerçekleşmesi için vesile olarak vaz'olunduğundan dolayı zarurî, hâcî ve tahsînî maslahatlarla mukayyettir[104].

Görülmektedir ki, İslâm hukuku toplumsal ilişkileri düzenleme esnasında ferdin ve kamunun menfaatini temin etmeyi hedeflemektedir. Hakların mutlak olarak kullanılması ise menfaatler arasında çatışma meydana getireceğinden dolayı kamu menfaati, şahsî menfaatin önüne geçirildiği gibi üçüncü şahısların hakları da şer'an koruma altına alınarak menfaatler arasında denge kurulmuştur[105]. Hakkın suistimali nazariyesi ise birbiriyle çelişen kişisel menfaatler veya özel ve kamu menfaatleri arasındaki dengenin temini gayesiyle vücut bulmuştur[106].

Hakkın suistimali nazariyesi, "beşerî tekâmülün bir ifadesi" olarak kabul edilse de, her dindeki, ahlâkî açıdan hakkın suis-

103 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s.7; Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s.311.
104 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 80.
105 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 322, 348.
106 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 82.

timal edilmemesi fikrinin mevcudiyetinin ötesinde, günümüz modern hukukunun anladığı manada suistimal fikrinin tohumlarının İslâm hukukunda başlangıçtan itibaren bulunduğunu söylemek mümkündür[107]. Zira İslâm hukukunun ilk kaynağı olan Kur'an'da hakkın suistimali mevzuuna temas eden âyetler, hakkın suistimali mefhumunu bugünkü şekline çok yakın bir tarzda ifade etmiş, İslâm hukukçuları da bu mevzûya bazı meseleler bünyesinde temas etmişlerdir.

Esasen hak ve nasafet mefhumları üzerinde bilinçli olarak durmuş olan bir hukuk sisteminin karşılıklı menfaatlerin himayesinde diğerini zarara sokmamak ihtimalini göz önünde bulundurmamış olmasına imkan yoktur[108]. Bu yüzden İslâm hukukunda, VIII. asırdan beri, hakkın suistimaline müteallik prensipler, daha o zaman, çok vazıh bir şekilde ortaya konarak, başkasına zarar vermeye matuf olan bir hakkı kullanmak geniş ölçüde yasaklanmaktadır[109]. Bilhassa komşu münasebetlerinin bütün teferruatı ile tanzim edilmiş bulunması ve Sicilya yoluyla Arapların İtalyanlarla sıkı münasebette olması, Avrupa Orta Çağ hukuku üzerinde İslâm hukukunun tesirinin bulunması ihtimalini ortaya koymaktadır. Özellikle de, Kanonik hukukun bu meseleleri tanzim etmemiş olması, bu ihtimali daha da kuvvetlendirmektedir[110].

Hakkın suistimali nazariyesinin, İslâm dünyasındaki kanunlaştırma hareketlerinde aldığı mevkiin derecesini tespit edebilmek için evvelâ Mecelle'yi göz önünde bulundurmamız gerekmektedir. Mecelle, "hakkın suistimali nazariyesi" adı altında olmasa da, bu mefhumun ruhundan ilham alınarak, hakkın suistimaline set çekme gayesi ile vaz'olunan bir takım küllî kaide ve örnekler ihtiva etmektedir[111].

---

107 Fahri Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*, Ankara, 1988, s.258

108 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 110.

109 Mahmud Fathy , La Doctrin Musulmane de L'abus des Droits'e atfen Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 9; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 309.

110 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 9-10.

111 Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suistimali", s. 881.

Arap ülkeleri ise medenî kanunlarını tedvin esnasında, modern kanunlaştırma hareketlerinin etkisiyle bu nazariyeyi benimsemişler; kanun şarihlerinin ekseriyeti ise hakkın suistimalini ihtiva eden kaidelerin, İslâm hukukundaki şekli ile ele alınması gerektiğini ileri sürerek dakik inceleme ve araştırmalar neticesinde bu mefhum ile ilgili kıymetli eserler vücûda getirmişlerdir[112].

"Hakkın suistimali nazariyesi", Arap âleminde ilk olarak 1961 yılında, Şam Üniversitesi bünyesinde düzenlenen "İslâm Hukuku Haftası"nda Muhammed Ebû Zehra'nın tebliği neticesinde münazara konusu edilmiştir. Daha sonra bu mesele Fethî Derînî'nin kendisi ile doktora unvanını kazandığı risalenin konusu olmuştur. Dr. Derînî bu eserinde, hak ve kötüye kullanılması mefhumlarını bütün yönleriyle ele almış, Kitap ve Sünnetten delilleri ile bütün fıkıh mezheplerinin bu mevzu etrafındaki görüşlerini ortaya koymuştur. Bağdat Üniversitesi öğretim üyelerinden Saîd Emced ez-Zehavî de, hakkın suistimali meselesini ilmî platformda inceleyenler arasındadır. Ancak bütün bu değerli çalışmalar, hakkın suistimalinin İslâm hukukundaki dayanaklarına işaret ederken meseleyi, hukuk felsefesinin sınırları dahilinde incelemişlerdir[113].

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye li-Nazariyyeti't-Teassuf bi's-ti'mâli'1-Hakk fî Kanûnin İslâmiyyin* isimli eserinde hakkın suistimali nazariyesini, İslâm hukukunun temel kaynaklarına ve fıkıh mezheplerinin görüşlerine uygun bir tarzda, maddeler halinde kânûnî bir kalıba sokarak bu eksikliği gidermeyi hedef edinmiştir[114]. Zira, Arap ülkeleri içerisinde, bu nazariyeyi, medenî kanununda umûmî kaide ve prensipler çerçevesinde ilk olarak tanzim eden ülke Mısır'dır.

Mısır Medenî Kanunundaki hakkın suistimali ile ilgili olan iki madde, Suriye Irak, Tunus, Ürdün gibi Arap ülkelerinde yapılan modern medenî kanunların kaynağı olmuştur[115]. Bu kanunun

112 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 6.
113 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 7.
114 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 7.
115 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 9, 14.

vâzı' ve şarihlerinden olan Senhûrî, hakkın suistimali nazariyesinin Mısır Medenî Kanununa, Batılı hukuklardan değil, İslâm hukukundan alındığını ileri sürmektedir. Zira, bu maddelerde hakkın suistimali, subjektif ölçüte değil; İslâm hukukunda bulunan, hakkın kullanılmasının, meşru menfaat meydana getirmesi ve başkasına verilen zararın giderilmesi şartları ile kayıtlanması şeklindeki objektif ölçüte dayanmaktadır[116].

Bu noktada, Zerkâ, Senhûrî'nin bu fikrini, İslâm hukuk kaynaklarından herhangi birine dayandıramayıp naslar veya fıkıh mezheplerinin görüşleri ile delillendiremediğinden dolayı kabule şayan bulmamış; Mısır Medenî Kanunundaki hakkın suistimali ile ilgili maddelerin, İslâm hukuku ile Batılı hukuk sistemlerinin mezcedilmesinden ibaret olduğu sonucuna vararak, hakkın suistimali nazariyesini, bütün kısımları ile İslâm hukuk kaynaklarına dayandırmak suretiyle kanunî bir şekle büründürmeyi arzulamış; İslâm fıkıh ve usûlünün temel esasları ile sağlamlaştırılmış, bütün Arap ülkelerince ortak olarak yürürlüğe sokulacak bir kanun tasarısı meydana getirme ihtiyacını hissetmiştir[117].

2.2.Fransız Hukuku

Fransız hukukunda sık sık tatbikine rastlanmakla beraber, Fransız Medenî Kanununda, hakkın suistimali ile ilgili umumî bir esas bulunmamaktadır[118]. Zira, 1804 yılında bu kanunun, kuvvetli bir ferdiyetçilik cereyanının tesiri altında yapılmış olmasından dolayı, Napolyon ve yardımcılarının, hakkın suistimalini men'eden umûmî bir kaide vaz'etmelerini düşünmek mümkün değildir[119].

Bu kanunun tesiri altında, bilhassa lâtin memleketlerinde, fertlerin hakkına tahdit tanıma temayülü bulunmayan aynı ferdiyetçi cereyan bariz şekilde mevcuttur[120]. Fransız Medenî Kanunun

116 Senhûrî, *el-Vasît*, I, 836.
117 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 12.
118 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 318; Saymen, "Hakkın Suistimali", s.1134; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 175; Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 40.
119 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 312-313.
120 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 11.

yarattığı bu cereyana rağmen, örf ve adet hukukunu tatbik eden şimal memleketlerinde, hakkın bir takım kayıtlarla tahdit edilmesi düşüncesi Roma hukukundan miras olarak Fransız hukukuna intikal etmiştir[121]. Esasen tatbikat da, doktrin hareketlerini yakından takip edemediği için bir çok içtihat, özellikle komşuluk ilişkilerinde hakların başkasına zarar verecek şekilde kullanımını tahdit etmeye devam etmiş; oldukça kısa bir zaman içerisinde de, hakkın suistimali nazariyesini yeniden kuracak kadar malzeme toplanmıştır[122].

Nazariyenin kurulmasında en fazla rolü olan memleketlerden birisi ise, bir asır önce yapılmış olan Medenî Kanununa bu prensibi dahil etmemiş, ancak bu nazariyeyi, ilk önce ve geniş bir mikyasta tatbik etmiş olan Fransa olmuştur[123]. Zira, "Fransa'nın mağbut bir mazhariyeti vardır; temyiz mahkemeleri, şûrayı devletleri pek yüksek ve kıymetlidir. Bu güzide müesseseler, Fransa hukukunun muasır ilmî cereyanlardan geri kalmaması için azamî dikkat ve itinayı gösterirler, yüksek irfanları ile hukuklarının eksikliklerini sezdirmezler."[124]

Hukuku, hadiselerin cereyanına göre yorumlayarak kanunlarını daima modern çizgide tutmayı başaran Fransız mahkemeleri, hakkın suistimaline geniş bir tatbik sahası ayırmışlardır. Bu nazariyenin, en mutlak hak olan mülkiyet hakkından başlayarak, tamamıyla nisbî olan, çeşitli borç ilişkilerinden doğan haklara dahi tatbik olunabileceğini kabul eden Fransız hakimleri, hayatî zaruretlerden olan bu prensibi Fransız hukuku içine sokmaya muvaffak olmuşlardır[125]. Özellikle, Fransız Medenî Kanununun, haksız fiillerin umûmî kaidesini ihtiva ederek, başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu ifade eden

121 Derîni, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 299.
122 Derîni, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 300.
123 Ebu'1-Ulâ Mardin, *Hukuku Medeniye Dersleri*, İstanbul, 1929, II, 447; Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 11.
124 Mardin, *Hukuku Medeniye Dersleri*, s. 447.
125 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 175; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 835; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 123.

1382. maddesindeki hükmün esnekliğinden yararlanarak[126] hakkın suistimali kavramını haksız fiillerden doğan hukukî mesuliyet esaslarına dayandırmak suretiyle hakkın kötüye kullanılması teorisi ile bu hususta ki prensip ve kuralı koymuşlardır[127]. Fransız Medenî Kanunun bu maddesine göre, hakkın suistimali için, ızrar kastı ve hakkın gayesi haricinde kullanımı şeklinde iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir[128].

Her ne kadar Fransa'da, Planiol, Duguit gibi bazı müellifler benimsememiş olsalar da, doktrinin büyük bir kısmı hakkın suistimali nazariyesini benimsemiş; hatta, Josserand, Ripert gibi bazı hukukçular, bu kavram etrafında gayet geniş ve derin münakaşalar açarak bu nazariyeyi, medenî hukukun en mühim ve en esaslı temeli haline getirmişlerdir[129].

Hakkın suistimali nazariyesi, sendikalar ve grev, lokavt, boykot, teşhir gibi ihtilaflara çare olma hususunda da geniş bir tatbik sahası bulmuş; medenî hukuktan sonra ceza hukuku da uygulama alanı içine girmiştir[130].

2.3. Belçika Hukuku

Fransız hukuku ile benzerlik arzetmesinden dolayı, hakkın suistimali nazariyesinin Belçika hukukunda yer alması kolay olmuştur. Bilhassa, sanayi memleketi olması sebebiyle, akitlerden mütevellit hakların suistimali nazariyesi geniş tatbik sahası bulmuştur[131].

Belçika hukukunda, hakkın suistimalinde, ızrar şartı üzerinde çok durulmuştur. Meselâ, bir mağazanın yapmış olduğu bir elektrikli reklamı tamamıyla örtecek şekilde diğer bir rakip mağazanın elektrikli reklam kullanmasını, Belçika Temyiz Mahkemesi, 12 Temmuz 1917 tarihli karan ile bir hakkın suistimali

126 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1134; a.mlf., "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 312-313; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 318.
127 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 302-303.
128 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1134.
129 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1134-1135.
130 İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 124.
131 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1135.

olarak telâkki ederek, rekabetin ticaret serbestisinden mütevellit bir hak olması hasebiyle mülkiyet gibi bunun da hudutlarının bulunduğunu ve suistimal edilemeyeceğini bildirmiştir[132].

Belçika'da, 10 Mart 1900 tarihinde kabul edilen kanunun 22. maddesi, "muhik bir sebep olmaksızın ve muayyen müddeti zarfında akti feshedeceğini diğer tarafa ihbar etmeksizin, aktetmiş olduğu hizmet mukavelesini bozan tarafı diğer tarafa bir tazminat itası ile mükellef tutmaktadır." Belçika hukuku ile Fransız hukuku arasında benzerlik bulunsa da hakkın suistimali nazariyesini benimseme konusunda, Belçika hukukunun, Fransız hukuku kadar cüretli olmadığını söylemek mümkündür[133].

2.4. İtalyan Hukuku

Lâtin hukuk grubuna dahil olan İtalya'nın önceki hukuk mevzuatında sarih bir hüküm bulunmamakla beraber, hakkın suistimaline müteallik esaslar mahkeme içtihatları ve doktrin tarafından kabul edilmektedir. İtalyan Medeni Kanununda bu nazariyenin, ancak, bazı münferit tatbik şekilleri bulunmaktadır. İtalyan hukukunda hakkın suistimali nazariyesi, hakların istimalinin bir hududu olarak telâkki edilmektedir. Önceki mevzuatta kabul edilen nazariye, "emulazione" yani zarar verme kastı ile yapılan muameleler nazariyesidir[134].

16 Mart 1942 tarihli ve 2622 sayılı bir kral emirnamesi ile yürürlüğe giren yeni İtalya Medeni Kanunu ise "emulazione" nazariyesini kabul etmekle beraber hakkın suistimalini umûmî bir kaide olarak değil, sadece mülkiyetin tahdidine mahsus bir hal olarak düzenlemiştir. "Malik, başkasını ızrar veya rahatsız etmekten başka bir maksat gütmeyen fiillerde bulunamaz" şeklindeki 833. madde, İtalyan Medeni Kanunun, tamamen subjektif bir esasa bağlandığını göstermektedir[135]. Zira bu kanun, zarar verme veya rahatsız etme kastını aramakta ve failin bundan başka bir maksa-

132 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1135.
133 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1136.
134 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1136.
135 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 319.

dının bulunmaması gerektiğini bildirmektedir. Bu bakımdan İtalyan kanununun, Alman Medeni Kanunun tesiri altında kaldığını söylemek mümkündür. Ancak yeni İtalyan Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunundan daha müteredditt hareket etmiş ve bu müesseseyi sadece mülkiyet hakkının kullanılmasına hasretmiştir. Kanunun aradığı şartlar altında bu hükmün tatbik kabiliyeti pek fazla olmasa gerektir[136].

2.5. İspanyol Hukuku

İspanya'da, hakkın suistimali nazariyesi, kanunda vaz'edilmemiş olduğundan dolayı doktrin ve içtihatlar tarafından açıklığa kavuşturulmamış ve Fransa'daki, hatta Belçika'daki kadar geniş bir mahiyet alamamıştır. Doktrin, muhik sebep olmaksızın nişanın bozulması, velayet hakkının suistimali, şeriklerden birinin münasip olmayan bir zamanda şirketten ayrılması meseleleriyle ilgili maddelere dayanarak hakkın suistimaline dair bir nazariye tesis etmeye çalışmakta ve mahkemeler bu nazariyeyi yavaş yavaş tatbik etmeye başlamış bulunmaktadırlar[137].

3- Mutavassıt Sistemler

Kanunlarında, hakkın suistimali ile ilgili sarih bir hüküm bulunan mevzuat bu gruba girmektedir. Bu gruba dahil olan memleketlerde, hakkın suistimali ile ilgili, ne Anglo-Sakson Hukuku gibi dar, ne de mevzuatlarında sarih bir hüküm olmayıp umumî esaslardan istihraç edilen gayet geniş hükümler kabul eden memleketlerde olduğu gibi şümullü bir sistem mevcut değildir. Bu sistemlerde hakkın suistimalinin bahis mevzuu olabilmesi için, bazı şartların tahakkuku gerekmektedir[138].

Bu sisteme dahil olan kanunlar arasında tam bir benzerliğin bulunduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Alman ve Avusturya kanunları bilhassa subjektif ölçüye bağlı kalarak zarar verme kastını; İsviçre, Sovyet, Rusya ve Yunan kanunları ise objektif bir

136 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1137.
137 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1138.
138 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1141.

telâkkiyi kabul ederek hakların fonksiyonunu nazarı itibare almaktadırlar. Bu sistemler arasında Türk Medenî Kanunun aldığı yer ise ayrıca incelenecektir.

3.1. Alman Hukuku

Müellifler, eski Cermen hukukunda bulunan, komşusunu rahatsız edecek şekilde yapılan inşaatı meneden "neidbau" adındaki kaidenin çerçevesini genişletip diğer bazı hususlara da şâmil kılmışlardır. Aynı şekilde, XVII. asrın sonunda yapılmış olan (1794)[139] Prusya Devletleri Umumî Kanununun bir çok maddelerinde bu kaide Cermen hukukundan alınarak kabul edilmiş, yalnız mülkiyet hakkına değil, diğer bazı haklara da tatbiki mümkün kılınmış; fakat umumî bir kaide olarak vazolunmamıştır[140]. Prusya Devletleri Kanununun, XIX. asrın sonuna doğru alevlenmiş olan hakkın suistimali meselesi üzerindeki münakaşaların hareket noktasını teşkil etmesi bakımından büyük bir önemi vardır[141].

Ne var ki, bu müessesenin Alman Medenî Kanununda yer alması kolay olmamış; önce aynî haklar bahsinde kabul edilmiş ve münakaşalı ve zorlu aşamalardan sonra, son asra kadar Roma hukukunu "müşterek hukuk" ismi altında ana kanun olarak kabul eden Almanya, Medenî Kanununun 226. maddesinde şu umumî kaideyi vaz'etmiştir: "Mücerret gayri ızrardan başka sâiki olmayan bir hakkın istimaline mesağ yoktur."[142]

Böylece hakkın suistimali, ilk olarak mevzuata "Schikane-Pragraph" adı ile bilinen Alman Medenî Kanununun 226. maddesi ile girmiştir[143]. Ne var ki bu maddenin tefsir şekli, müellifler arasında büyük ihtilaflara yol açmıştır. Maddenin çerçevesi, zannedildiği kadar geniş ve umumi değildir; hatta o kadar dardır ki Almanya'da bugüne kadar maddenin çok az tatbik edildiğini söylemek mümkündür. Zira bu madde, ne ahlâk ve adaba mugayir ne de zarar

139 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 318.
140 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 312.
141 Umur, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, s. 11.
142 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 102.
143 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 175; Saymen," Hakkın Suistimalinin Müeyy - desi", s. 313; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s .317.

verici istimalleri kapsamaktadır. Göz önünde bulundurduğu nokta mücerret ızrar kastıdır[144]. Fiil veya tasarrufun diğer gayelerini araştırmaya cevaz verilmemektedir, ancak, maddenin tatbiki için zarar verme kastının objektif olarak tezahür etmesi lâzımdır[145].

Alman Medenî Kanunu, sistem itibariyle subjektif bir mahiyet arzetmesinden dolayı hakkın suistimali mefhumunun ancak bir unsurunu göz önünde bulundurmuş; nazariyeyi, hadiseleri tamamışla kapsaması mümkün olmayacak bir tarzda kabul etmiştir. Bu maddeden başka, Alman Medenî Kanununda hakkın suistimalini mevzuu bahis eden bir kaç dağınık madde bulunmaktadır. Fakat bu maddeler, hakkın suistimali ile ilgili bulunsa da, tam manasiyle bu nazariyeden ziyade, ihtilafta bulunan iki menfaatin sınırlarını tayin etmektedir[146].

Alman mahkemeleri, hakkın suistimalini takdir için failin, hakkını kullanma esnasında ne gibi bir sâikle hareket ettiğini araştırmışlardır. Herhangi bir menfaatin bulunması durumunda ise zarar verme kastının kâfi gelmediğini anlamış; bir menfaatin bulunmaması halinin, 226. maddenin muhakkak surette tatbikini gerektirmeyeceğini kabul etmişlerdir. Bu esaslara istinaden Alman mahkemeleri, hakkın suistimaline dayanan davaları kabulde fevkalâde zorlanmaktadırlar. Zira, kanun kuralının dar çerçeveli olarak vazedilmiş olması ve göz önünde bulundurulan şartın subjektif olup isbatının güç olmasından dolayı kanunun uygulanması imkansız hale gelmektedir. Bu maddeyi tatbik eden ve hakkın suistimaline mani olan kararların sayısı oldukça azdır. Mahkemeler âdab ve ahlâka muhalif fiilleri meneden 826. maddeyi, 226. maddeye tercihen tatbik etmektedirler[147].

Görülmektedir ki, Almanya hakkın suistimali nazariyesini, kanun halinde tedvin etmesine rağmen tatbikatta aynı başarıyı gösterememiş, dar bir sahaya hasretmiştir[148].

---

144 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 53.
145 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 329; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 305.
146 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1143; Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 104-105.
147 Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 195.
148 Mardin, *Hukuku Medeniye Dersleri*, s. 447.

3.2. Avusturya Hukuku

1811 tarihli Avusturya Medenî Kanununun, "haklarını kanun dairesinde kullanan kimse âharı ızrar ederse mesul olmaz" şeklindeki 1305. maddesi, ferdiyetçi görüşün benimsendiğini göstermektedir. Kanunun bu maddesi ile hakkın suistimaline hiçbir surette yer verilmediği görülmektedir. Buna rağmen, Avusturya hukukçuları ve bazı mahkeme içtihatları, bu maddenin mutlak ibaresine biraz elastikiyet vermeye çalışmışlarsa da pek fazla muvaffak olamamışlar; ancak bazı durumlarda, hakkın suistimaline sınırlı bir şekilde yer verebilmişlerdir.

Birinci Dünya Savaşından sonra ise bir İmparatorluk Kararnamesi ile 1811 tarihli Medenî Kanun tadil edilmiş ve 1295. maddenin 2. fıkrasında: "Âdaba mugayir bir tarzda ve açık bir surette âharı ızrar kastıyla bir hakkı istimal eden şahıs tazminat ile mesul olur" kaidesi vazolunmuştur. Bu madde, âdab gibi objektif bir unsurla, zarar verme kastı gibi subjektif bir unsuru cemetmiş; fakat bu ikinci kıstasın birinciden daha esaslı olduğu iddia edilerek maddenin tatbikine sınırlama getirilmiştir. Böylece, yeni maddenin de Alman hukukunun karşılaştığı çelişkili durumla yüz yüze geldiği görülmektedir [149].

3.3. Sovyet Rusya Hukuku

1923 tarihli Sovyet Medenî Kanununun birinci maddesinde hakkın suistimali ile ilgili olarak vazolunan hüküm şu şekildedir: "İctimâî ve iktisadî gayelerine muhalif bir tarzda istimal edildikleri haller müstesna olmak üzere, medenî haklar kanun tarafından himaye edilir." Görüldüğü üzere, bu maddede, zarar verme kastı gibi subjektif bir unsur yerine "hakların içtimaî ve iktisadî gayeleri" şeklinde geniş ve objektif bir unsur kabul edilmiştir. Bu kanuna göre, her hak bir içtimaî fonksiyona sahiptir. Hak, bu fonksiyondan -zarar verme kastı ile olmasa dahi- saptırıldığı takdirde kanun onu himaye etmez; zira hakkın bu şekilde kullanımı, cemiyet için faydasız ve lüzumsuz, hatta zararlı olabilir. Yani,

149 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1144; a.mlf.,, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 313.

Sovyetlere mahsus bir tabirle, fert kendisine bahşolunan hakları memleketin istihsal kudretini arttıracak şekilde kullanmağa mecburdur[150].

Bu anlayış, bugünkü hukuk düşüncesine uygun olmayan mahkeme kararlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Çünkü, Sovyet Rusya'da, devlet ve mahkemeler, ferdin faaliyet ve istihsal kudretini , amme menfaati için ve devletin istihsal kudretini arttıracak bir tarzda kullanmakta olup olmadığını kontrol etmektedirler[151].

Görülüyor ki hakkın suistimali mefhumu, Sovyet hukukunda Avrupa hukukundan tamamıyla farklı şekilde telâkkî edilmektedir. Avrupa hukukunda şahsî menfaatlerin tahdidi ve bir şahsın hakkını suistimal etmesi durumu karşısında diğer şahsın himaye edilip haklarının korunması söz konusu iken, Sovyet hukukunda hak, millî iktisadın menfaatleri ile sınırlandırılarak hakkın suistimali hususunda ideolojik bir ölçü benimsenmiştir[152].

3.4. Yunan Hukuku

23 Şubat 1946 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan yeni Yunan Medeni Kanununun, hakkın suistimali nazariyesini gayet geniş bir şekilde kaleme alan 281. maddesi şöyledir:

"Hakkın, doğruluk ve itimat, ahlâk kaideleri veya kendisinin sosyal veya iktisadî gayesi ile tayin edilen sınırları açıkça aşacak şekilde kullanılması yasaktır."[153]

Bu maddeye göre hak sahibi, doğruluk ve itimat, ahlâk kaideleri veya hakkın sosyal veya iktisadî gayesi ile tayin edilen sınırları, hakkını kullanırken aşmışsa, hakkını kötüye kullanmış sayılmaktadır[154].

---

150 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1145; a.mlf., "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 314.

151 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1145.

152 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 319.

153 Ch. N. Fragistas, "Yunan Medenî Kanununda Hakkın Kötüye Kullanılması", (çev. Ü. Doğanay), *İÜHFM*, XIII(1958), s.469.

154 Fragistas, "Yunan Medenî Kanununda Hakkın Kötüye Kullanılması", s. 480.

Yunan hukuk literatüründe, Medenî Kanundaki hakkın kötüye kullanılması mefhumunun objektif esasa dayandığı bilhassa belirtilmektedir. Yunan Medenî Kanununda hak sahibinin kötü niyeti, hakkın kötüye kullanılmasının zaruri unsuru değildir. Hak sahibinin, kötülük kastının bulunmadığı yani, bizzat kendi menfaatine veya karşı tarafın menfaatine uygun hareket ettiğine inandığı hallerde de hak, kötüye kullanılmış olabilir. Fakat bazen kötülük kastı yalnız başına veya diğer unsurlarla birlikte hakkın kullanılmasını, "kötüye kullanılmış" olarak vasıflandırabilir. İrade, hakkın suistimalinde daima rol oynar; ancak, failin şahsında bahis mevzuu olan iç vaziyetler objektif olarak kıymetlendirilecektir. Niyet ise bu kıymetlendirme için önem arzetmektedir[155].

Böylece, Medenî Kanunun, eski hukukun kabul ettiği, hakkın suistimali mefhumuna kötü niyeti ithal eden Roma hukuku görüşünü terkederek "hakkın kötüye kullanılması" etiketi altında birçok yenilikler getirdiğini söylemek mümkündür. Bilhassa tatbikatta, hakkın kötüye kullanılması mefhumunun sınırlarının genişletilip bazı hususî hallerde de hakkın suistimalinin yasaklanması, kanunun getirdiği başta gelen bir yenilik olarak kabul ve tasvip edilmektedir. Tatbikat, kanunun yürürlüğe girmesini müteakip 281. maddeyi taç maddeler seviyesine yükseltmiştir[156].

Yunan Medenî Kanununda, suistimal edilen hakkın ıskatı, hakkın kötüye kullanılmasına, hukukun bahşettiği bütün vasıtalarla mani olma ve tazminat, hakkın kötüye kullanılmasının müeyyideleri olarak kabul edilmiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki, mahkeme içtihatlarına göre, kötüye kullanılmış olan yenilik doğuran hakların hukuken muteber neticeler meydana getirmeleri imkansızdır[157].

3.5. İsviçre Hukuku

Medenî Kanunun taknîninden önce bazı İsviçre kantonları, mevzuatlarında hakkın suistimali ile ilgili, bazı yerde dağınık bazı

155 Fragistas, "Yunan Medenî Kanununda Hakkın Kötüye Kullanılması", s. 480.
156 Fragistas, "Yunan Medenî Kanununda Hakkın Kötüye Kullanılması", s. 470-471.
157 Fragistas, "Yunan Medenî Kanununda Hakkın Kötüye Kullanılması", s. 485-486.

yerde ise toplu ve umumî kaideler ihtiva ederken, bazıları bu mefhumu hiç tanımamakta veya haksız fiillerle ilgili hükümlerle müeyyidelendirmekte idiler. Federal mahkeme ise hakkın suistimalini hüsnüniyet kaidelerine göre yasaklamaya çalışmakta idi.

Medenî Kanunun tevhidi gündeme gelince, 1900 tarihli Adliye Vekâletinin ön projesi, en mutlak hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkını sınırlayan 664. maddesinde şu hükmü vazetmiştir:

"Bir şeye malik olan kimse o şeyde, kanunun hudutları dairesinde, serbestçe tasarruf etmek hakkını haizdir. Açık surette aharı ızrar etmek kastı olmadıkça o şeyden mutlak bir surette istimal edilebilir."[158]

Bu kanun maddesi, Alman Medenî Kanununun 226. maddesinden ilham alınarak vazolunmuştur. Zira İsviçre'de hakkın suistimali nazariyesi, Fransız ve Alman Medenî Kanunlarındaki hakkın suistimali ile ilgili nazariyelerin tesiri altında inkişaf etmiştir[159].

İsviçre hukukçuları ise, bu maddeye cephe alarak, bazıları bunun lüzumsuz olduğunu, diğer bir kısmı ise maddenin kapsamının dar bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Oluşturulan bir komisyonda bu itirazlar öne sürülerek oylama yapılmış; komisyon, hakkın suistimali lehine 24, aleyhine 4 reyle bu prensibi kabul etmiştir. Kanunun umumî prensiplerinin hazırlandığı komisyonda ise bu mesele tekrar ele alınmış; 644. maddenin 2. fıkrası mülkiyet bahsinden çıkarılarak zabıtalar bahsine girdirilmekle mefhumun kapsamı genişletilerek bilûmum haklara tatbiki mümkün hale getirilmiştir. Yeni maddede, hakkın suistimalinin, hüsnüniyet esasının bir neticesi olarak kabul edildiği görülmektedir:

"Herkes haklarını istimal ve borçlarını ifa ederken hüsnüniyet kaidelerine uymaya mecburdur. Haklarını açık bir şekilde suistimal eden kimse hiçbir hukukî himayeden istifade edemez."[160]

158 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1146; a.mlf., "Akit Yapmak Hakkının Suistimali", s.551.

159 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 105.

160 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1147.

Hakların suistimalinin hüsnüniyet kaidelerine aykırı olan hareketlerde tezahür edeceği şeklindeki telâkkî, İsviçre Medenî Kanununun 2. maddesinin vazolunmasına sebep olmuştur. Bu maddeye göre "Bir hakkın açık bir surette suistimalini kanun himaye etmez." Bu kaideye göre hakkın suistimali ızrar kastı gibi subjektif bir kıstasa değil, fakat hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir surette hakların istimali gibi tamamıyla objektif bir kıstasa bağlanmış bulunmaktadır[161].

Ayrıca bu suistimalin, yalnız faile göre değil, herkese karşı açık ve zahir olması gerekmektedir. Hakların istimali, yalnızca, suistimal karakteri doğrudan doğruya ayan ve zahir olan hallerde, kanunî himayeden mahrum bırakılmıştır. Bu bilgiler ışığında, hakkın suistimaline bu kadar geniş bir yer veren ilk kanunun, İsviçre Medenî Kanununu olduğunu söylemek mümkündür[162].

Bugün bu madde, usûl ve icra ile ilgili olanlar dışında bütün medenî haklara tatbik edilmektedir. Mahkemeler haklı olarak, bu hususta çok temkinli hareket etmekte ve maddeyi dikkatli bir şekilde tefsir etmeye çalışmaktadırlar. Nitekim, Federal Mahkeme, başlangıçta, zarar verme kastını hakkın suistimalinin karakteristik vasfı olarak benimserken, bugün yegâne objektif kıstas olarak "menfaatin ademi mevcudiyetini" kabul etmektedir[163].

Şunu da ilave etmek gerekir ki, İsviçre'de hakkın suistimali, Medenî Kanunun dürüstlük, sadakat, itimat ifade eden, "herkes haklarını istimalde ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir" şeklindeki 2. maddesinin 1. fıkrasındaki objektif hüsnüniyet kaidesine bağlanmıştır. İsviçre'de objektif hüsnüniyetin bir neticesi olarak hakkın suistimali de objektif bir şekilde düzenlenmiş ve böylece iki fıkra birbirine uyumlu hale getirilmiştir[164].

---

161 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 177.

162 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 105-106 Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 195; Sa - men, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 314.

163 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1148.

164 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. l 148; a.mlf., "Akit Yapmak Hakkının Suist - mal", s. 552-553.

3.6. Türk Hukuku

Türk Medenî Kanununun başlangıç hükümlerinden olan " bir hakkın sırf gayrı ızrar eden suistimalini kanun himaye etmez" şeklindeki 2. maddenin 2. fıkrası, kişilerin, karşılıklı ilişkilerinde yani haklarını kullanma, borçlarını yerine getirme veya bir hakkı devralma esnasında iyi niyet kurallarına uygun hareket etmek zorunda olduklarını, hukuku uygulayanların ise hakların kötüye kullanılmasını korumamaları gerektiğini ifade ederek birey ilişkilerinden başlayarak toplumsal adaletin sağlanması zorunluluğunu ortaya koymaktadır[165].

Türk Medenî Kanununun kaynağı olan İsviçre hukukunda "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk tarafından korunmayacağı bildirildiği halde, Türk Medenî Kanununda, hakkın sırf başkasına zarar verecek şekilde kullanılmasının kanunen himaye olunmayacağının kabul edildiği görülmektedir.

Bu sebepledir ki Türk Medenî Kanununun, hakkın suistimalini objektif bir kıstasa mı yoksa subjektif bir esasa mı dayanarak düzenlediği hususu doktrinde ihtilaflıdır[166]. Bu münakaşanın sadece nazarî değil pratik önemi de mevcuttur. Zira hakkın suistimalinin dayanağının objektif veya subjektif bir esası olması, maddenin muhtevasının genişliğini ortaya çıkaracaktır.

Maddenin subjektif bir kıstasa dayandığı kabul edilirse, hak sahibinin, başkasına zarar verme maksadıyla hareket edip etmediğinin her hadisede araştırılması gerekecektir. Izrar kastı bulunmayan veya varlığı isbat edilemeyen durumlarda ise hakkın kullanılması, objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı olsa bile, hakkın suistimali söz konusu olmayacaktır[167].

Medenî Kanunun hakkın suistimali prensibini subjektif bir esasa dayanarak düzenlediğini iddia eden Esat Arsebük'e göre hakkın suistimalinin mevcut olabilmesi için hakkın kullanılması

165 S. Serhat Coşkun, *Adalet Kavramı ve Medenî Hukuka Yansıması*, İstanbul 1990, s.75.

166 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 320.

167 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 179.

esnasında zarar verme kastından başka bir saik bulunmamalıdır; bu yüzden Türk Medenî Kanununda, hakkın suistimalinin ölçüsü ızrar kastından ibarettir[168].

Ferit Saymen'e göre ise, İsviçre Medenî Kanunu hakkın suistimalini tamamıyla objektif bir kıstasa tâbi tutarken, Türk Medenî Kanunu, zarar verme kastı gibi subjektif bir unsur ilave ederek hakkın suistimalini dar bir sahaya yani, başkasına zarar verme kastının bulunduğu hallere münhasır kılmıştır[169]. Bununla beraber, hakkın suistimalini hüsnüniyet kaidesine bağlı kabul ederek sistemi tamamıyla subjektif bir sistem olmaktan kurtarmış; Türk Medenî Kanununa subjektif ve objektif sistemler arasında bir mevki vermiştir[170]. O'na göre, İsviçre'de hüsnüniyet ve hakkın suistimali objektif bir şekilde tanzim edilerek ahenkli bir sistem oluşturulmuş iken, Türkiye'de bu iki mefhum birbirine bağlı olmakla beraber, hüsnüniyet objektif, hakkın suistimali ise subjektif bir unsur ihtiva ederek bir ahenksizlik meydana getirmektedir[171].

Velidededoğlu'na göre ise MK.daki ölçü subjektif değil, objektiftir. Zira, MK. hakkın kötüye kullanılması için "başkasına zarar verme kastı"nı aramamıştır.

Ergun Özsunay da MK.daki ikinci maddenin ikinci fıkrasının, hakkın sırf gayrı ızrar eden suistimali caiz olmadığı şeklindeki metnine bağlı kalarak, hükmün karşıt kavramından, hakkın başkasına zarar vermeyecek şekilde kötüye kullanılmasının caiz olacağı sonucuna varmıştır. Bu sonucun ise hakların kullanılmasında, herkesi dürüstlük kuralına uymaya mecbur kılan MK.nun ikinci maddesinin birinci fıkrası karşısında savunulabilmesinin imkansız olmasından yola çıkarak MK.nun ikinci maddenin ikinci fıkrasının hükmü ile MK.nun ikinci maddenin birinci fıkrasının hükmü arasında uyum sağlamak için, metinde yapılan değişikliğe rağmen, ikinci fıkrayı İsviçre hukukundaki gibi anlayıp o şe-

168 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 108.
169 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 53.
170 Saymen, "Akit Yapmak Hakkının Suistimali", s. 553-554; Saymen, "Akdi Fe - hetmek Hakkının Suistimali", s. 891.
171 Saymen, "Hakkın Suistimali", s. 1150-1151.

kilde yorumlamanın ve "bir hakkın açıkça kötüye kullanılması"nı hukuka aykırı saymanın yerinde olacağı kanaatine varmıştır. Bu görüşe göre, MK.da, hakkın kötüye kullanılması için objektif ölçünün kabul edildiği ileri sürülmektedir[172].

Bu farklı görüşler değerlendirilecek olursa, Medenî Kanunun tanzim tarzının ortalama bir esasa dayandığını kabul etmek imkansızdır. Zira, ortalama bir esasın kabul edilmesi, başkasına zarar verme kastı olmaksızın bir hakkın objektif hüsnüniyete aykırı olarak kullanılışına "hakkın suistimali" denilmesine engel teşkil eder. Bu ise ikinci maddenin birinci fıkrasına aykırı olur. Çünkü her hakkın suistimalinin hüsnüniyete muhalif olduğunu söylemek zorunludur. Bu telâkki ile mutavassıt bir sisteme ulaşmak için, Alman Medenî Kanununun 226. maddesi ile İsviçre hukukundaki hüküm mezcolunmak istenmiş fakat başarı ile sonuçlanamamıştır[173]. Subjektif bir telâkkinin mahsulü olma bakımından Alman Medenî Kanununun 226. maddesine yakınlığı olsa da Türk MK.da hakkın suistimali, Alman hukukundan farklı olarak, objektif hüsnüniyet prensibine bağlanmıştır[174].

Bu sebepten, maddenin, lâfzına göre değil de gaye ve ruhuna uygun tefsiri, kanunda kullanılan "sırf gayrı ızrar" ibaresine rağmen tamamıyla objektif bir esasa dayandığını gösterir. Zira bu ibareden kasıt, zarar verme iradesi olmayıp, bizatihi zarardır. Şu halde, hakkın kötüye kullanılmasında ızrar kasdı, öğe olarak aranmayıp; hak sahibinin önemli bir menfaati olmadığı halde başkası için bir zararı veya zarar tehlikesini meydana getirmiş olması göz önünde bulundurulmaktadır[175].

Bu madde, halen doktrinde hakim olan görüşe göre, hakkın objektif hüsnüniyete açıkça aykırı bir şekilde kullanılmasının hakkın suistimali demek olacağı şeklinde anlaşılmaktadır. Yargıtay da, "subjektif bir hakkın objektif hüsnüniyet kaidesine aykırı

172 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 321.
173 Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 196.
174 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 306.
175 Atalay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, s. 424-425; Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s. 83; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 140.

olarak dermeyanı hakkın suistimali mahiyetini alır" demek suretiyle maddeyi tamamen objektif kıstasa dayandırmıştır[176].

Görüldüğü üzere, hakkın suistimali MK.da çok genel bir kıstasa dayanarak düzenlenmiştir. Bu kıstas ise, hakkın, esas gayesine muhalif bir şekilde, meşru bir menfaat olmaksızın, dürüstlük, iş münasebetlerinde hakim olan karşılıklı güven ve itimada aykırı olarak kullanılması suretiyle, objektif hüsnüniyete aykırılıktır[177].

---

176 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 180; Atalay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, s. 423; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 303; Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri*, s. 274-275.

177 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 181; Atalay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, s. 419-420.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKKIN SUİSTİMALİNİN MENŞEİ ve ÖLÇÜLERİ

I- HAKKIN SUİSTİMALİNİN MENŞEİ

A- Ferdiyetçi Görüş

Hak, hukukun tanıyıp koruduğu bir aidiyeti (ihtisas) ifade etmektedir[1]. Bundan dolayı, hak sahibinin, hukuk düzeninin veya kanunun kendisine tanıdığı sınır içerisinde hakkını kullanması gerekmektedir. Bu yüzden bir hakkın, hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanılmasından bir komplikasyon meydana gelse bile, verilmiş olan hukukî müsaade, hak sahibinin sorumlu tutulmasına engel teşkil etmekte, bir başka ifadeyle hukukî sınırlar içerisinde hareket etmek, mesuliyeti ortadan kaldırmaktadır. Nitekim "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir", yani hukukî cevaz, meydana gelecek zarara ait sorumluluğu ortadan kaldırır, şeklindeki kaide bütün hukuk sistemleri tarafından benimsenen genel prensipler arasında yer almaktadır[2].

1 Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihi'l-Cedîd*, Dımaşk 1967-1968, III, 10; Sa - men, *Türk Medenî Hukuku*, I, 180-181.

2 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 35.

Romalı hukukçuların, " hakkını kullanan kimse zarar vermiş sayılmaz" şeklinde ifade ettikleri bu prensibi, daha sonra Fransız Medenî Kanunu ve ondan iktibasta bulunan diğer kanunlar benimsemişlerdir. Aynı şekilde İngiliz hukukçuları da hakkın kullanılmasından doğacak zararın tazmine konu olmayacağını, zira bu zararın bir tecavüzden doğmadığını ifade etmişlerdir[3].

İslâm hukukçuları ise, kişinin hukukun izin verdiği bir fiili işlemesinden dolayı sorumlu tutulmasının bir çelişki meydana getirdiğini başlangıçtan itibaren farketmiş; "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir" şeklinde umûmî bir kaide olarak ifade etmişlerdir[4]. Bu kaideye göre, hukukun müsaadesi ile işlenen bir fiilin neticesinde bir zarar meydana gelse bile, bu zarar tazmin konusu olamaz.

Bu kural, Mecelle'nin küllî kaideleri arasında da aynen yer almış; "meselâ bir adamın kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya birinin hayvanı düşüp telef olsa zaman lâzım gelmez" (mad. 91) şeklinde örneklendirilmiştir. Bu misalde, kuyuyu kazan kimse kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunduğundan dolayı hukuka uygun bir fiil işlemiştir. Bu hukukî cevaz, failden, kazılan kuyuya hayvanın düşüp ölmesinden meydana gelen zararın sorumluluğunu kaldırır[5]. Zira, 1192. madde mûcebince, "herkes mülkinde keyf-e mâyeşâ tasarruf eder."

Mecelle'de icâre, emanet, hibe, şirket ve vekâletle ilgili bir çok mesele, "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir" kaidesine dayandırılarak çözüme kavuşturulmuştur. Nitekim Madde 605'teki icare ile ilgili hüküm şu şekildedir: "Meşrutun mafevkine tecavüz ile müste'cirin kendi mezuniyetine muhalefeti zamânı mûcib olur. Amma misline yahut madununa udûl ile muhalefeti zamanı îcâb etmez. Meselâ şu kadar kıyye (okka) yağ yükletmek üzere istikra eylediği hayvana ol kadar kıyye demir yükletip de hayvan telef

3 Bkz. Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 35.

4 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 36; Ali Haydar Efendi, *Düreru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1912, I, 193.

5 Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî fi Sevbihi'l-Cedîd*, Dımaşk 1967-1968, II, 1032.

olsa zâmin olur. Amma mazarratta (zarar, ziyan) yağa müsavi yahut daha hafif bir cins hamule yükletip de hayvan telef olsa zaman lâzım gelmez." Yani, bir şahıs, kiraladığı bir hayvana, onun taşıyabileceği kadar veya daha az yük yüklediği takdirde, hayvan ölürse, hayvanın bedelini ödemez; çünkü bu durum, hakkını kullanma esnasında vuku bulmuştur.

Emanetle ilgili olmak üzere, Mecelle'nin 795. maddesi hükmünce, müstevda'ın vedîayı sahibine iade ederken bizzat veya emin olduğu kimse vasıtası ile red ve teslim etmesi caizdir ve emini ile red ve teslime tevessülü halinde sahibine ulaşmadan, kendi fiili ve kusuru ile olmayarak zayi olsa tazmin etmesi gerekmez. Zira "cevâz-ı şer'î zamana münâfîdir." 824. maddeye göre, müsteîrin ariyeti başkasına emanet etmesi caizdir. Binâenaleyh emanet edilen kimsenin elinde, onun fiili ve kusuru olmaksızın zayi ve telef olsa tazminat gerekmez. Mecelle'nin 822 ve 796. maddeleri de aynı konu ile ilgilidir.

1500. maddeye göre ise, vekil veresiye sattığı malın bedeli karşılığında rehin veya kefil alabilir. Fakat rehinin telef olması veya kefilin iflâs etmesi halinde vekil zâmin olmaz[6].

Mecelle'nin şirketle ilgili olan 1075. maddesinde bulunan örnekten anlaşıldığı üzere, müşterek hanede sahiplerden biri diğerinden izin almaksızın bir müddet haneyi terketse ve bu sırada ev yansa tazmin etmesi gerekmez[7].

Mecelle'nin 1288. maddesine göre;" bir kuyunun harimi haricinde bir kimesne kuyu kazıp da evvelki kuyunun suyu bu kuyuya gitse bir şey lâzım gelmez. Nitekim bir kimesne diğerin dükkanı yanında dükkan açıp da evvelki dükkanın ahz ve i'tası fâsid olsa ikinci dükkan seddolunamaz." Bu maddede, bir kimsenin, bir diğer dükkanın yanında dükkan açtığından dolayı, birinci dükkanın kazancının azalması durumunda, sonradan açılan dükkanın kapatılamayacağı belirtilmiştir.

6 Hilmi Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Küllî Kaideleri*, İstanbul 1965, s. 135.
7 Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 194.

965. maddeye göre ise, " bir kimse bir çarşıda sanat ya ticaret icra edip de ol sanat ya ticaret erbabı bizim kar ve kesbimize halel geliyor diye ol kimseyi sanat veya ticaretini icradan hacr ve men'ettiremezler." Çünkü her şahsın iş ve ticaret yapma hakkı vardır.

Mecelle'de olduğu gibi fıkıh kitaplarında da bu kaideyi açıklayan pek çok örnek mevcuttur. Nitekim mütekaddimûn Hanefîler, bir rivayete göre İmam Ahmed, Şafiîlerin ekseriyeti, Zahirîler, Zeydîler ve İmâmîlerin görüşleri, hukukî sınırlar içinde kalan hakkın mutlak karakterde olup hiç bir suretle kayıtlanamayacağı şeklindedir[8]. Bu mezheplere mensub olan hukukçuların, mülkiyet, tasarruf hakkı, komşu ilişkileri (hukuku civar) gibi konulardaki fetva ve içtihatlarından, "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir" kaidesini esas alan mutlak hak nazariyesini benimsedikleri neticesine varmak mümkündür[9]. Komşuya zarar vermemenin diyaneten gerekliliğini kabul etseler de, hak sahibinin buna yargı yolu ile zorlanamayacağını, kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf yetkisine sahip olup, başkası zarar görse de bu tasarruftan menolunmayacağını sayısız örneklerle ifade etmişlerdir[10]. Bu görüşte olan alimlerin dayandıkları delilleri şu şekilde özetlemek mümkündür[11]:

1- Malik, bizzat kendi mülkü üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hürriyetine sahip bulunduğundan dolayı, bu tasarrufu ile başkalarına zarar verse dahi, mülkiyet hakkını kullanmasına engel olunamadığı gibi, herhangi bir şekilde kayıt konması da imkansızdır. Zira, malikin mülkünden faydalanmasına engel ol-

8 Bkz. Ebû Muhammed Ali b. Ahmed İbn Hazm, *el-Muhallâ*, nşr. A - med Muhammed Şâkir, Kahire 1185, VIII, 241; Muhammed Sellâm Medkûr, *Nazariyyetü'l-İbâha inde'l-Usûliyyîn ve'l-Fukahâ Bahsen Mukârenen*, Beyrut 1984, s. 471; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s.185.

9 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 39.

10 Ebû Abdillah Muhammed b. İdris eş-Şâfiî, *el-Ümm*, Bulak 1903, III, 222; Ebû Bekr Alâüddîn b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'fi Tertîbi'ş-Şerâi'*, Beyrut 1986, VI, 264-265.

11 Abdüsselâm Dâvûd el-Abbâdî, *el-Mülkiyye fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye Tabîatuhâ ve Vazîfetuhâ ve Kuyûduhâ Dirâseten Mukâreneten bi'l-Kavânîn ve'n-Nuzumi'l-Vad'iyye*, Ürdün ts., s. 134.

mak, ona zarar vermeye neden olur ki, malike zarar vermek suretiyle başkasından zararı defetmek sahih değildir.

Nitekim İbni Hazm, " zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" hadisini, "başkasının menfaati göz önünde bulundurularak, kişinin kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunmasına engel olunmasından daha büyük bir zarar yoktur; asıl zarar bu durumda söz konusudur" şeklinde yorumlamıştır[12]. Nitekim mülkiyetin manası, malike mülkünde mutlak tasarruf yetkisini gerektirir. Malik evinde, dilediği şekilde ve yerde pencere açma[13], arazisine kuyu veya çukur kazma, değirmen, fırın, buzhane yapma hakkına sahiptir[14]. Bu tasarrufların komşuya veya binasına zarar verici olması, engellenmesini ve tazminini gerektirmez. Zira "hukukun izni tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırır."[15]

2-Rasûlullah (S.A.V.)'ın zarar ve mukabele bi'z-zararı yasaklayan hadisi ile amel ederek kişinin mülkünü başkalarına zarar vermek için alet edinmesini diyaneten haram kabul edilmiş; ancak bunun yargıya tesir etmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu yüzden komşuya verilen ezâ ve zararın, uhrevî sorumluluğu göz önünde bulundurularak, tazmini kişinin vicdanına ve dînî duygularına bırakılmıştır[16].

3- Tasarruf hürriyeti herkes için mutlak olduğu sürece, kişilerin karşılıklı olarak birbirlerine zarar verici davranışta bulunma kudretleri bulunduğundan dolayı, komşuluk ilişkilerindeki menfaat çatışması, komşuların birbirlerine zarar verici tasarrufta bulunmamaları sonucunu doğurur. Bu durumda, zarar, zararla defedilmek suretiyle ortadan kalkar.

Ebû Hanife, komşusunun kendi hanesinde kazdığı kuyudan şikayette bulunan bir kimseye, sen de kendi arsanda ve kuyunun yakınına foseptik çukuru aç, diyerek zararın zararla defi şeklinde bir

12 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 241.
13 Muhammed b. Ahmed b. Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut 1989, XV, 21-22.
14 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*,VI, 264-265; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 241.
15 Abbâdî, *el-Mülkiyye*, s. 134.
16 Muhammed Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, Kahire 1976, s. 410; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 242; İsmail Ömerî, *el-Hakk*, s. 237.

yol göstermiş, adam bunu yaptıktan sonra komşusunun kuyusunun kirlendiğini görmüş ve kendiliğinden kuyuyu kapatmıştır[17]. Bir başka rivayette, Ebû Hanife'ye bir adam gelerek, komşusunun, kendi duvarının yanına buzhane yaptığını söylemiş, Ebû Hanife de buzu eritmek için fırın yapmasını önermiştir[18].

Ebû Hanife, "bizzat kendi mülkünde tasarrufta bulunan kimseye, komşusuna zarar verse dahi, hükmen mâni olunamaz" sözü ile hakkın mutlak olduğunu açıkça ifade ettikten sonra bir kaç örnek vererek meseleyi aydınlatır ve şu ilavede bulunur: " Evet, malik bizzat kendi hakkı olan hususta mutlak tasarruf hürriyetine sahiptir. Şayet, komşusuna eziyet etmemeyi tercih ederse bu onun için daha hayırlı olur. Zira Hz. Peygamber, 'Cibril (a.s.), komşu hakkında bana o kadar çok tavsiyede bulundu ki neredeyse komşuyu komşuya mirasçı yapacak zannına kapıldım', buyurmaktadır. (Zarara uğrayan) komşu, kendi mülkü üzerinde, zararı defedecek şekilde tasarrufta bulunma yolunu tercih etmelidir ki komşusunun ızrar kastının önüne geçebilsin."[19] Zira malik, mülkü üzerinde tasarrufta bulunduğu sürece kazâî yönden sınırsız hürriyete sahiptir. Fakat bu mutlak yetki, dînî açıdan komşuya eziyet etmemenin gerekliliği ile kayıtlanmıştır[20].

Görülmektedir ki, alimler arasında hakkı kötüye kullanmanın uhrevî günahı hakkında ihtilaf yoktur. İhtilaf, hakkın kullanılmasının menedilmesi ve cezalandırılması şeklinde, hukukî müeyyide ile ilgilidir.

İmam Gazâlî de hakkın suistimalinin, diyaneten haram olduğunu öne sürerek bu hususta genel bir ölçü ortaya koymuştur: "Adalet, mümin kardeşine zarar vermemektir. Bunun genel prensibi, kendi nefsi için istemediğini kardeşin için de istememektir.

17 Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, Bulak 1897,V, 506.

18 Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 21-22; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 411.

19 Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 21-22.

20 Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 8-9; Fahruddîn Osman b. Ali Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik fî Şerhi Kenzi'd-Dekâik*, Bulak, 1895, III, 194-195; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 410.

Kişinin kendisine zor gelen, tahammül edemediği şeyleri başkasına yapmaması gerekir."[21]

Mezkûr müctehidlerin yaklaşımı, ferdiyetçi cereyan ile benzerlik arzetmektedir. Bu ekol, ferdi ve onun sahip bulunduğu hakkı, diğer fertlerin ve toplumun hakkından bağımsız kabul etmekte, hakkın konuluş gayesini, ferdin içinde yaşadığı toplumun menfaat ve zararını göz önünde bulundurmaksızın, hak sahibine mutlak tasarruf yetkisi tanımaktadır. Mutlak hak nazariyesine göre hakkın kullanılmasını sınırlayan tek kayıt, tasarrufun hukukî ve kanunî sınırlar içinde cereyan etmesidir. Eğer hakkın kullanılması bu sınırı aşar ve başkalarının hakkına tecavüz mahiyetini alırsa zarara uğrayanın müdahale hakkı bahis mevzuu olacaktır. Ancak hakkın sınırını aşmadan doğan tazminat meselesi haksız fiillere girer ki bu, "hakkın suistimali" konusunun dışında kalır[22]. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre, hukuk kuralları içerisinde, "hakkın kötüye kullanılması" kavramının yeri olmamalıdır. Bireyler, kanun tarafından kendilerine tanınan hakları, diledikleri gibi kullanma yetkisine sahiptirler. Bu nedenle, bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olamaz[23].

B- İçtimaî Görüş

Hakkın kullanılması hukukî açıdan caiz olduğundan ve haklar ancak kullanılmak suretiyle menfaat sağlayacağından dolayı sonuçlarının tazminat gerektirmemesi gerekir. Ancak bazı durumlar olabilir ki, hakkın kullanılması, büyük zararlara neden olabilir veya hak, bizzat zarar verme kasdı ile kullanılabilir. Bu durumda da hakkın mutlak karakterini savunmak mümkün olabilir mi? Izrar kastı bulunması halinde hakkın kullanılmasına mani olunabilecek ve hakkın kullanılmasından doğan zarar tazmin ettirilecek midir? Bir başka ifade ile, "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir " şeklindeki genel prensibe bir takım istisna ve kayıtlar getirmek mümkün değil midir?[24]

---

21 Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazâlî, *İhyâu Ulûmi'd-Dîn*, (Kahire 1332'den ofset) Beyrut 1983, II, 76, 211.

22 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, 156.

23 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 316.

24 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 37.

Bu sorulara verilen cevapların, müsbet veya menfiliğine göre bir takım nazariyeler ortaya çıkmıştır: Kiminin cevabı, bir önceki başlık altında incelediğimiz gibi, olumsuz olmuş; hakların mutlak olduğu ve bu yüzden tazminat gerektirmeyeceği savunulmuştur. Bu soruya, olumlu cevap veren, XIX. yy. hukuk doktrininin etkisi ile değişik biçim ve içeriklerle Kara Avrupası'nın büyük medenî kanunlarına girebilme imkanı bulan sosyal düşünceye dayanan görüş[25], hukukun sosyal bir fonksiyonu bulunduğunu ve herkesin, hakkını kullanırken, bu hakkın, hukuk tarafından tanınmış bulunan sosyal amacını ihlâl etmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bakımdan mutlak haklar bile, sosyal amaçlarına göre kullanılmaları zorunlu olduğundan dolayı nisbî sayılır. İşte bir hakkın sosyal amacından saptırılması ya da sosyal amacını aşacak biçimde kullanılması halinde, onun "kötüye kullanılması" söz konusudur[26].

İslâm hukuk doktrininde de "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir" şeklindeki umûmî kaide, "şer'î cevaz"ın mutlak cevaz olması şartı ile kayıtlanmıştır. Cevazın mukayyet olması halinde ise tazmin söz konusu olmaktadır. Bu yüzden, ölümden kurtulmak için başkasına ait bir yiyeceği yemek zorunda kalan kimsenin, bu durumda yemesi vacib olmakla birlikte, yiyeceği tazmin etmesi gerekir[27]. Zira buradaki cevaz, hukuken, başkasının hakkını koruma kaydı ile kayıtlanmıştır.

Yine aynı şekilde kamuya ait bir yolda hayvanın verdiği zararı, binici veya çobanın tazmin etmesi gerekir. Umûmi yolda gitmek caiz ise de mümkün olduğunca zarar vermeme kaydı ile sınırlıdır. Bu kaidenin, "mutlak cevâz-ı şer'î damana münâfîdir" şeklinde ifade edilmesi gerekir[28].

Getirilen kayıt ve istisnalar, bu kuralın mutlak olmadığının ve dolayısıyla hukuk tarafından ferde tanınan hakların mutlak bir

25 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 317.
26 İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 235-236; Atalay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, s. 423.
27 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 352; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 89, 194.
28 Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî* , II, 1032.

yetki kaynağı olmayıp, bir başkasına veya topluma zarar verme kaydı ile sınırlı olduğunun göstergesidir[29]. Zira, İslâm hukuku, insanı sosyal çevresi ile birlikte ele aldığından dolayı, hakları, kamu maslahatını temin etme gayesi ile birer vesile olarak fertlere bahsetmiştir. Bu yüzden, hak sahibi de hakkını kullanma esnasında Şâri'in maksadına uygun hareket etmek zorundadır[30].

Hak, Şâri'in, hakkın meşrûiyyeti ile gerçekleşmesini murad ettiği bir maslahattan dolayı bahşedilmiş bir nimet ise, hakkı ile tasarrufta bulunan ferd, bu maslahatı gerçekleştirme kaydı ile sınırlıdır ki hakkını kullanmadaki maksadı ile Şâri'in maksadı muvafık olsun[31]. İşte, hakkın, konuluş sebebi olan maslahatı temin etmeyecek şekilde, hukukun ruhuna ve genel prensiplerine aykırı olarak kullanılması durumunda, "hakkın suistimali" söz konusu olmaktadır[32].

"Mutlak cevâz-ı şer'î damana münâfîdir " kaidesine bir takım istisna ve kayıtlar getirilebileceğini, başka bir ifade ile hakkın suistimal edilebileceğini kabul eden bu nazariyenin sahipleri ise hakkın suistimalinin dayandığı esaslar ve bunu tayin eden kıstaslar hakkında bir sistem birliğine ulaşamamış ve iki gruba ayrılmışlardır:

1- Hakkın suistimalini subjektif bir esasa dayandıran görüş

2- Hakkın suistimalini objektif bir esasa dayandıran görüş

Birinci görüş, hakkın suistimalini, başkasına zarar verme niyet ve kastına dayandırır: Bir hakkın münhasıran başkasına zarar verme kasdıyla kullanılması halinde, hakkın suistimali mevcuttur. Zira kanun, hakları, insanların hayatları için lüzumlu olduğundan dolayı onlara bahsetmiştir; yoksa onların kötü ihtiraslarını tatmine âlet ederek başkalarına zarar vermeleri için değil.

---

29 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, IV, 195.

30 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 385-387.

31 Ebü'l-Abbâs Ahmed b. İdris el-Karâfî, *Envâru'l-Burûk fî Envâi'l-Furûk*, Kahire, 1928, II, 141; Ebû İshâk İbrahim b. Mûsâ eş-Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, Mısır ts., II, 129; Derîni, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 72,158-162; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 83.

32 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 40.

İmam Mâlik, meşhur bir rivayetinde Ahmed b. Hanbel ve bazı Şâfiîler, komşuya verilen zararın malikin uğrayacağı zarardan daha fazla olması halinde, komşuya zarar verme kastı ile yapılan tasarrufun engelleneceği görüşünü savunurlar[33]. Müteahhirûn Hanefîler ve bazı Şâfiîler, fahiş zarar ile fahiş olmayan zarar arasında ayırım yapmışlar; malikin niyetine bakmaksızın, fahiş olmayan zarar verici tasarrufun menolunamayacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir[34].

Görülmektedir ki, gerek subjektif, gerekse objektif nazariye, hakkın, sosyal yönünü göz önünde bulundurarak, mutlak değil nisbî olduğunu ve bundan dolayı kötüye kullanılmasının caiz olmadığını savunmaktadır. Yine her iki nazariye, hak sahiplerinin hürriyetlerinin kısıtlanabileceğini ve esasen kişiye hukuk tarafından tanınan hakkın vazolunuş gayesinin göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmekte, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağını savunan "mutlak hak nazariyesi"ne karşı çıkmakta, ancak, hakkın suistimalinin tarifini yapma noktasında farklı kıstasları dikkate almaktadır[35].

II- HAKKIN SUİSTİMALİNİN ÖLÇÜLERİ

A-Subjektif Ölçü

Subjektif ölçü, zarar kastı, gayr-ı meşru bir maslahatı gerçekleştirmeye yönelik motiv gibi, hakkını kullanan kişinin iradesini harekete geçiren subjektif amilleri dikkate almaktadır. Bu ölçüyü esas alan görüşe göre, kişi hakkını iyi niyetle kullanıyorsa, hakkın kullanılmasından doğacak zarar "fahiş" bile olsa, hak sahibinin bu tasarrufuna mani olmak anlamsızdır. Ancak hakkını sırf baş-

33 Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Beyrut 1972, c. 4, s. 388; c. 3, s. 339-340; Ebü'l-Ferec Abdurrahman İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm ve'1-Hikem fi Şerhi Hamsîne Hadîsen min Cevâmii'l-Kelim*, Beyrut, ts., s. 268-269; Ebü'1-Vefâ Burhânüddîn İbrahim b. Ali İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm*, Beyrut 1883, II, 358; Abbâdî, *el-Mülkiyye*, s. 132.

34 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, III, 339; İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 506; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 196.

35 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 49.

kasına zarar verme maksadı ile kullanan kimsenin, bu tasarruftan doğacak zarardan sorumlu ve onu tazminle mükellef olması gerekir.[36]

Subjektif ölçüye göre, bir fiilin mubah veya memnu' olmasının ve bir hakkın iyiye veya kötüye kullanılmasının ayırıcı özelliği, kişinin niyeti olmaktadır. Meselâ, bir kişi, hırsız ve eşkıyadan korunmak veya gözlerden ırak bir köşede inzivâî bir hayat sürmek gibi defi mefsedet, celbi menfaat amacıyla kendi mülkünde çok yüksek bir duvar yapsa, komşusunun aydınlığına, rüzgar almasına engel olsa dahi, bu tasarrufu caizdir. Fakat, bu duvarı, bir yararın sağlanması ya da bir zararın ortadan kaldırılması gayesiyle değil de, sırf komşusuna zarar verme maksadı ile yaparsa, hak sahibinin bu tasarrufunun yasaklanması ve doğacak zarardan sorumlu tutularak zararı tazmini gerekir[37].

Bazı İslâm hukukçuları bu ölçütü açık bir ifadeyle dile getirmişlerdir. Nitekim İmam Şâtıbî, yükümlülükler hususunda mükellefin niyetini inceleme esnasında, başkasına zarar verme kasdı ile hakkın kullanılmasının haram olduğu ve buna sebebiyetin engellenmesi gerektiği sonucuna ulaştığını şu şekilde ifade eder:

"Maslahatın temini veya mefsedetin def i, şer'an izin verilen (mübah) türden ise, iki kısma ayrılır:

1- Bir başkasına zarar vermeyen kısım.

2- Bir başkasına zarar veren kısım.

İkinci çeşit de kendi arasında ikiye ayrılır:

a) Geçimini temin etmek için ticaret mallarının fiyatını düşüren ve bunun yanında başkalarına zarar vermeyi kasteden kimsenin durumunda olduğu gibi, maslahatı celbetmek veya mefsedeti defetmek isteyen kimsenin, zarar kastı ile hareket etmesi.

a) Kişinin zarar kastı ile hareket etmemesi: Bu da iki kısma ayrılır:

---

36 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 49; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 242.

37 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 49; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 844.

u) Verilen zararın genel olması: Malların pazar yerine ulaşmadan alınması, şehirlinin köylü için simsarlık yapması, kişinin, geniş bir cami vb. kamu ihtiyacının gereği istimlâk edilmek istenen evini veya bahçesini satmaktan kaçınması örneklerinde olduğu gibi.

u) Zararın özel olması: Bu da iki çeşittir:

1- Bizzat maslahatı temin veya mefsedeti defetmek isteyen kişinin kendisine de zarar dokunmasına rağmen fiili işleme ihtiyacı duyması. Meselâ, uzaklaştırdığı takdirde, başkasına dokunacağını bile bile kendisine dokunacak bir zulümden korunması, ihtiyacı olan yiyecek, içecek almaya, avı başkalarından önce kendisinin avlamaya, odun, su vb. serbest mallara bir an önce el koymaya çalışması esnasında başkalarının o malların yokluğundan zarar göreceği bilinci ile hareket etmesi, kendi elinden alınması durumunda da zarar görecek olması.

2- Kendisine bir zararın dokunmaması: Bu da üçe ayrılır:

1- Fiili işleme sonucunda doğacak zararın âdeten kesin olması: Evin kapısının arkasına karanlıkta giren kişinin kesinlikle düşeceği şekilde bir çukur kazmak gibi.

2- Zarara nadiren sebebiyet veren fiiller: Genel olarak kimsenin düşmeyeceği bir yere çukur kazmak, hiç kimseye zararı olmayan türden yiyecekleri yemek gibi.

3- Zarara, nadiren değil de çoğunlukla sebebiyet veren fiiller: Bu da iki şekilde teşekkül eder:

a) Gâliben zarara sebebiyet verir: Düşmana silah satmak, şarapçıya üzüm satmak, insanları aldatmayı âdet haline getirmiş kimselere, insanların kolayca aldanabileceği bir şeyi satmak gibi.

b) Gâliben olmasa da çoğunlukla zarara sebeb olur: Buyûu'1-âcâl gibi."

Şâtıbî, hakkın zarar verme kasdı ile kullanılmasını ele aldığı sekiz bölümü teker teker, geniş izâhât vererek incelemeye tâbi tutmuştur. Şâtıbî'nin, bu açıklamalarını dört maddede özetlemek mümkündür[38]:

38 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 349-351.

1- Hukuken caiz olan bir fiili işleme, başkalarına zarar verme şeklinde bir netice meydana getirmiyorsa, bu fiil, hukuk tarafından izin verildiği üzere caizdir. Cevazı için bir başka delil aramaya gerek yoktur.

2- Bir fiil hukuken caiz olmasına rağmen işlenmesi başkalarına zarar veriyor ve fiili işleyen başkalarına zarar verme niyeti taşımıyorsa bakılır: Şayet, doğacak zarar umûmî ise, o takdirde niyeti ne olursa olsun, umûmun zararı yerine hususî zarar tercih edilir ve fiile izin verilmez. Doğacak zarar kamu zararı değil de meydana gelmesi kati olan, ferdi bir zarar ise ve bu fiili terketmek ona bir zarar vermiyorsa, fiil yine caiz olmaz.

3- Hukuken meşru olan bir fiili işlemekten maksadı sırf başkalarına zarar vermekse bu fiil hiçbir surette caiz olamadığı gibi bu kastın engelleneceğine dair de bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira, İslâmda, başkasına zarar vermek ve bu zarara zararla mukabelede bulunmak yasaktır.

4- Hem zarar verme hem de kendisine yarar sağlama kasdı ile fiil işliyorsa, meselâ bir taraftan kendisine yarar olsun diye malı ucuzlatarak satarak bir an önce paraya çevirmek isterken, diğer taraftan da başkalarını zarara sokma niyetini taşıyorsa, bakılır: O işten elde ettiği yararı başka yoldan da sağlayabilecekse, işine mâni olunur. Çünkü zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur. Başka bir yolla bu menfaati temin etme imkanı yoksa hakkını kullanmasına mani olunmaz.

Şâtıbî'nin görüşlerini, bir kimse, hukuken sahip olduğu hakkını kullanırken başkasına zarar vermekten başka bir gaye taşımıyorsa, hakkını böyle bir maksatla kullanması hukuken korunmaz, şeklinde özetlemek mümkündür[39].

Bir çok müellif "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" hadisini, Peygamber (sav)'in başkasına zarar verme kastı ile tasarrufta bulunmaktan nehyettiği, şeklinde izah etmişlerdir[40]. Nitekim, İbn Receb el-Hanbelî, mezkur hadisi şerhederken, başkasına za-

39 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 51-52.
40 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 52.

rar vermenin iki şekilde meydana gelebileceğini ve bunlardan birincisinin, hakkın zarar verme kasdı ile kullanımı olduğunu ifade etmek suretiyle, bu hadisin, subjektif ölçünün temeli sayılabileceğini ortaya koymuştur[41].

Bu düşüncenin dayanağını ise, başkalarına zarar verme maksadı ile hakkın kullanımını açıkça yasaklayan âyet ve hadisler teşkil etmektedir.

1- İslâm Hukukunda Subjektif Ölçünün Dayandığı Deliller

a- Bazı müellifler, Nisâ 4/12. âyetteki, "gayra mudârr" ifadesini, İbn Abbas'tan rivayet edilen "vasiyette ızrar, büyük günahlardandır" şeklindeki hadise dayanarak, murisin vasiyet hakkını, mirasçılara zarar verme maksadı ile kullanamayacağı şeklinde yorumlamışlardır[42].

Murisin, vârislerine çeşitli şekillerde zarar vermesi mümkündür:

aa- "Vârise vasiyet yoktur" hadisi ile murisin mirasçılardan bir kısmına hisselerinden daha fazlasına sahip olacak şekilde vasiyette bulunması nehyedilmiş[43]; bu suretle, diğer mirasçıların, haklarına düşen payın azalmasından dolayı zarara uğramaları engellenmiştir. Bu hadise istinaden, Mâlikîler, Zahirîler ve bazı Şâfiîler, vârise vasiyetin, caiz olmadığını, diğer varisler kabul etseler dahi hibe hükümlerine tâbi olacağını kabul ederken, Hanefî, Hanbelî, bazı Şafiî ve Mâlikîler, sahih olduğunu, ancak diğer vârislerin kabulüne bağlı bulunduğunu, kabul etmemeleri halinde hükümsüz (bâtıl) olacağını ileri sürmüşlerdir[44].

ab) Vasiyetin, vâris olmayan bir kimseye yapılması durumunda ise, vasiyet hakkı, malın üçte biri ile sınırlandırılmıştır. Murisin,

41 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 288.

42 Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1986, I, 213; Muhammed b. Ömer ez-Zemahşerî, *el-Keşşâf an Hakâiki Ğavâmizi't-Tenzîl ve Uyûni'l-Ekâvîl fi Vücûhi't-Te'vîl*, Beyrut ts., I, 355; Ebû Abdillah Muhammed b. Ahmed Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, nşr. Ebû İshak İbrahim, Kahire 1966-67, V, 81; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 288.

43 Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 205; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 382.

44 Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 208; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 143, 176.

malının üçte birinden fazlasını yabancı bir kimseye vasiyette bulunmasının, vârisleri zarara uğratacağı muhakkaktır; bu yüzden, muris, mirasçılarına zarar verecek şekilde hakkını kullanmaktan menedilmiştir[45]. Bu hususta ızrar kastının bulunması şart koşulmamış[46]; sadece Mâlikî ictihadındaki bir görüşe ve Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre, "ukûdda itibar makâsıd ve meânîye göredir" prensibince, hukukî ilişkilerde niyet ve maksat göz önünde bulundurularak, üçte birden az olsa dahi, ızrar kastı ile yapılan vasiyete itibar edilmeyeceği ileri sürülmüştür[47]. Diğer mezhepler ise, zarar verme kastı ile yapılan vasiyetin malın üçte birini veya daha azını kapsaması halinde, bu vasiyeti muteber kabul etmişlerdir.

Hanefî, Hanbelî ve Şafiî fıkıhçılar, malın üçte birinden fazlasının vasiyet edilmesi halinde, vasiyetin icrasının, vârislerin kabulüne bağlı olduğu görüşündedirler. Vârisler kabul ederlerse, vasiyet yerine getirilir; etmezlerse terikenin üçte birine tekabül eden kısım îfâ edilir, gerisine ait vasiyet hükümsüz hale gelir. Mâlikî ve Zahirîlere göre ise, malın üçte birini geçen vasiyet baştan hükümsüzdür[48].

ac) Yine aynı şekilde, müteveffanın ölüm döşeğinde iken bazı mirasçılar lehine borç ikrarında bulunması da ızrar sayılır ve bu ikrara itibar edilmez[49].

b- Bakara 2/228,231. âyetlerde, kocanın, ric'at hakkını, hanımına zarar verme maksadı ile kötüye kullanması yasaklanmıştır.

İslâmın ilk yıllarında boşama, belli bir sayı ile sınırlanmamıştı. Bir kişi karısını boşar ve iddetin bitimine yakın bir zamana kadar kadının yanına uğramazdı. İddet müddetinin bitmesine az bir zaman kala hanımına dönmek suretiyle onu tekrar nikahı altına alır ve iddeti uzatmak maksadı ile yeniden boşardı. Hanıma za-

45 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 290.
46 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 288.
47 Şemsüddîn Ebû Abdillah İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemîn*, Beyrut, 1973, III, 172 vd.
48 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 176.
49 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, VII, 223; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 290.

rar verme kastı ile yapılan bu hareket nihayete ermeksizin devam eder; talâka bir adedle sınır konulmadığından dolayı, hanım ne evli ne de boşanmış kadın statüsünü kazanabilirdi.

Allah Teâlâ, "boşanma iki defadır" âyeti ile, kocanın talâk hakkını, üç kez kullanabilme kaydı ile sınırlandırmaktadır. Bu âyetle birlikte inen "kadınlara verdiklerinizden bir şey almanız size helal değildir" ayeti ile de hanıma işkence etmek suretiyle onu fidye karşılığında kendisini kurtarması gibi bir yola başvurma mecburiyetinde bırakma niyetini taşıyan erkeklere karşı bir uyarıda bulunulmuş ve evlilik hayatına yeniden başlamak üzere verilen ric'at hakkını, kocanın, iddet müddetini uzatarak hanıma zarar verme kastı ile kullanması engellenilmiştir[50].

Izrar kastı ile ric'at hakkını kullanan kimsenin günahkar olduğu hususunda fukaha arasında ittifak hasıl olmasına rağmen[51] ric'atın hükmünde görüş birliğine varılamamıştır:

İmam Mâlik, iddetin bitiminden önce rücû[1] edip, temasta bulunmadan hanımını boşayan kimsenin kastına göre iddetin başlama müddetinin tayin edilebileceğini; koca ızrar kastı ile iddet müddetinin bitmesinden önce hanımını boşamışsa, hanımın iddete baştan başlamayıp, kaldığı yerden devam edeceğini, ızrar kastı bulunmuyorsa iddete yeniden başlanacağını ileri sürmüştür.

Ebû Kalâbe, Sevrî, Zührî, Ebû Hanîfe, yeni içtihadında Şafiî, bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel, İshâk, Ebû Ubeyd, her halükârda hanımın iddete baştan başlayacağı, Atâ', Katâde, kadîm mezhebinde Şâfiî ve bir başka rivayete göre Ahmed, hanımın iddete kaldığı yerden devam edeceği görüşündedirler[52].

c- Kur'an, hanımına dört ay ve daha fazla bir süre içinde yaklaşmamaya Allah üzerine yemin etme (îlâ) âdetini bir takım kayıt ve şartlara bağlayarak kötüye kullanılmasını yasaklamıştır[53].

---

50 Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 399; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, I, 140; Ebû'l-Kâsım M - hammed b. Ahmed İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Tunus 1982, s. 232; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 2; Ali Ahmed Nedvî, *Kavâidü'l-Fıkhiyye*, Dımaşk 1986, s.253.

51 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 103; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 29.

52 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 288-289.

53 Bakara 2/226-227.

Fukahâ îlâ yoluyla, evliliğin nasıl sona ereceği konusunda farklı görüşlere sahiptir. Nitekim erkeğin, bu müddet zarfında yemininden dönmeyip hanımına yaklaşmamakta ısrar etmesi halinde, Ebû Hanife'ye göre, müddetin sona ermesiyle bâin talâk ile boşanmış olurlar. Mâlik, Şafiî ve Ahmed'e göre ise, müddetin bitiminde koca ya kendisi hanımını boşar veya hanım hakimden tefrikini talep eder. Her iki durumda da talâk ric'îdir.

Koca, yemin etmeksizin, sırf hanımına zarar verme maksadı ile dört ay yaklaşmamışsa, Hanbelîlere göre bu durumda îlâ hükümleri geçerli olur; herhangi bir mazereti bulunmadığı halde bu dört ay içerisinde münasebette bulunmayıp, boşanmayı talep eden kimsenin bu talebi dikkate alınır. Çünkü Hanbelî mezhebinde, bu müddet içerisinde münasebette bulunmak vâcibtir.

Ancak bu konuda, ızrar kastının muteber olup olmaması hususunda ihtilaf edilmiştir. Mâlikî hukukçular, müddeti tespit hususunda fikir birliğine varamasalar da özürsüz olarak hanımına yaklaşmayan kimsenin nikahını feshettiği görüşündedirler. Nitekim, Ahmed b. Hanbel ve İmam Mâlik, hanımı dönmesini istediği halde özürsüz olarak seferden dönmeyen kimsenin, hakim tarafından hanımından ayrılacağını ileri sürmüşlerdir[54].

d- Bakara Sûresi, 233. âyetinde, "radâ"' hakkının şefkat ve merhametinin fazla olmasından dolayı öncelikle anneye ait olduğu, anne razı olduğu takdirde yabancı bir kadının da çocuğu emzirebileceği ve emzirenin ücret ve nafakasının keyfiyeti ifade edilmektedir[55]. Zira, âyetin, "emzirmeyi tamamlatmak isteyen (baba) için, anneler çocuklarını tam iki yıl emzirirler. Onların örfe uygun olarak beslenmesi ve giyimi baba tarafına aittir" şeklindeki bölümü, emzirme hakkının öncelikle anneye ait olduğunu ifade eder ve bu husus şu şekilde teyit edilir: " Hiçbir anne, çocuğu sebebiyle, hiçbir baba da çocuğu yüzünden zarara uğratılmamalıdır."

Âyet, babanın çocuğu üzerindeki velayet hakkını kötüye

54 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 288-289.
55 İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, I, 142; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 29.

kullanmak suretiyle anneye zarar vermesini, annenin de radâ' hakkını kötüye kullanarak babaya zarar vermesini sarih bir şekilde nehyetmiştir. Çocuğu karşılıksız olarak emzirmek istemesi[56] veya çocuğun alışık olduğu birisinin emzirmesine razı olmasına rağmen[57], babanın, velayet hakkına binaen çocuğu annesinin elinden alması caiz değildir[58].

Müctehidlerin tamamı, âyette radâ' hakkının öncelikle anneye ait olduğunun ifade edilmesinden dolayı, çocuğu emzirmenin anneye diyaneten vacib olması gerektiği sonucuna varmışlardır[59]. Hukukî açıdan, annenin bu vazifeyi ifaya mecbur olup olmaması hususunda ise görüş ayrılığı mevcuttur:

Hanefî mezhebi, genel kural olarak, anneye çocuğunu emzirmesinin hukukî açıdan vacib olmadığını benimserken, bu serbestinin kötüye kullanılarak çocuğa zarar verilmesine engel olma maksadıyla bir takım kayıtlar getirmiş; bu durumlarda hukuken de vâcib olduğunu ileri sürmüştür. Bu noktada, kadın emzirmeden dolayı zarar görse dahi, çocuğun, emzirilmediği takdirde uğrayacağı zarardan daha az zarara mağdur kalacağı muhakkaktır[60].

İmam Mâlik kadının içtimaî durumunu göz önünde bulundururken[61], diğer fakihler, kadının emzirmeye kazaen de mecbur olduğu görüşündedirler. Hanefîlerin de kabul ettiği üzere, bütün mezheplerde, şu şartlarda anne, çocuğu emzirmeye hukuken de mecburdur: Çocuğun annesine alışıp başkasını emmemesi, çocuğu emzirecek bir başka kadın bulunamaması, babanın yahut çocuğun, süt anneye ücret verecek kadar mallarının bulunmaması[62].

Görülmektedir ki, radâ' hakkından doğan menfaat, hakkın

56 Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* II, 107.
57 Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd el-Kurtubî İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesıd*, İstanbul 1985, II, 47; Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, III, 167; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 216.
58 Sahnûn b. Abdisselâm b. Saîd, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Kahire 1324, II, 417; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 289; Nedvî, *Kavâid*, s. 253.
59 Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* II, 106.
60 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 95.
61 Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 417.
62 Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* II, 106; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, I, 142.

sahibi olan anneye değil, çocuğa aittir. Bu yüzden annenin radâ' hakkını, çocuğuna zarar verme maksadı ile veya zarar verecek şekilde kullanması nehyedilmiştir[63].

Evlilik hayatı içerisinde, annenin emzirmeye karşılık ücret taleb etme hakkı olmayıp, boşanmış ve iddeti bitmiş veya vefat iddeti bekleyen annenin, emzirmeye karşılık ücret taleb etme hakkı vardır. Ancak karşılıksız olarak veya ondan daha az ücretle emzirecek bir kadının bulunması halinde ücret isteyemez. Ecr-i misilden daha fazlasını taleb etmediği müddetçe, çocuğu emzirmek annenin hakkıdır, baba da bu durumda ücreti ödemeye mecburdur. Ancak, başkalarından daha fazla ücret isterse çocuğu emzirmesine engel olunabilir. Zira bu durumda babaya zarar verme kastı bulunmaktadır[64].

Hakkın bu şekilde kötüye kullanımını önleme maksadı ile hidâne hakkı öncelikle anneye ait olmak üzere[65], çocuk başkasına verilir. Zira âyette, kadının sırf babaya zarar verme maksadı ile çocuğu emzirmekten kaçınması veya ecr-i misilden fazlasını talep etmesi haram kılınmıştır[66].

Görüldüğü üzere, bu âyetlerde, ebeveynin, çocuklardan dolayı kendilerine tanınan hakları, birbirlerine ve çocuklara zarar vermeye vesile edinmeleri yasaklanmaktadır.

e- Sahabe fıkhında da, maradu'l- mevt halinde kocanın talâk hakkını kötüye kullanmasından dolayı, sırf hanımını mirastan mahrum bırakarak ona zarar verme kastıyla bâin talâkla boşaması durumunda,fakihlerin çoğunluğu tarafından talâkı geçerli sayılmakla birlikte,- ölümcül hastanın bu kötü maksadına bir red mahiyetinde- hanımın miras alacağı hükmüne varıldığı görülmektedir[67].

---

63 Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 418; Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 106.

64 İzzüddîn Abdülazîz İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-Enâm*, Beyrut 1990, II, 294; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 289.

65 Ya'kûb b. İbrahim Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Âsâr*, Kahire 1936, s. 159; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, I, 140-141.

66 Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, III, 167; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 289.

67 İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 233; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 136-137.

İmam Şafiî bu şekilde boşamanın mirasçılığı ortadan kaldırdığı, gizli maksada itibar edilmeyeceği, zira hükümlerin zahire göre olduğu ve gizli maksatlara ancak Allah'ın muttali olacağı gerekçesiyle, zevcenin miras alamayacağı görüşündedir[68]. Varis olabileceğini savunanlar ise kendi içlerinde üç gruba ayrılmaktadır[69]:

ea- İddet süresi içerisinde iken Ebû Hanife, talebeleri ve Sevrî varis olabileceğini kabul ederler.

eb- Ahmed b. Hanbel, İbn Ebî Leylâ başka biriyle evlenmediği takdirde, mirasçı olabileceğini kabul ederler[70].

ec-Malik ve Leys, her halükârda kadının mirasçı olabileceğini ileri sürerler[71].

İhtilaf etmelerinin sebebi sedd-i zerîa ile amel etmenin vücûbiyeti konusunda farklı görüşlere sahip olmalarındandır. Şeddi zerîayı kabul edenler, mirasçı olacağını ileri sürerken, kabul etmeyenler ve talâkın vücûbiyetini göz önünde bulunduranlar ise mirasçı olamayacağı hükmüne varmışlardır.

Hz. Ömer ve Hz. Aişe, ric'î talâk şeklinde düşünmek suretiyle, iddetin evliliğin bazı hükümlerini taşıdığına inanarak iddet içerisinde iken varis olacağını kabul etmişlerdir."[72] Hz. Osman da aynı şekilde, marad-ı mevt halinde boşanan kadının mirasçı olacağı görüşündedir[73].

Subjektif nazariyenin, İslâm hukukundaki temeli sayılan delilleri özetledikten sonra doktrinde, hakkın zarar verme maksadı ile kullanılmasının yasaklandığına dair görüş ve örneklere de kısaca temas etmek yerinde olur kanaatindeyiz.

---

68 Şâfıî, *el-Ümm*, V, 235-236.

69 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 68; İbn C - zey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 233.

70 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkîn*, III, 296.

71 İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 151-152.

72 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 68-69.

73 Ebü'l-Ferec Abdurrahman İbn Receb, *el-Kavâid fı'l-Fıkhi'l-İslâmî*, nşr. Tâhâ Abdurrauf Sa'd, Kahire 1972, s. 161.

2- İslâm Hukuk Doktrininde Subjektif Ölçü

Hocası Ebû Hanife, hukuk tarafından tanınan hakkın mutlak olup başkalarına zarar verme kastı ile kullanılsa dahi engellenemeyeceği görüşünde olmasına rağmen, Ebû Yusuf, *Kitâbu'l-Harâc* isimli eserinde, bu konudaki bakış açısını şöyle ifade etmiştir:

"Bir kimsenin, zarar verme maksadı ile, sahibi müslüman veya zımmî olsun, herhangi bir araziye su salması caiz değildir. Zira, Hz. Peygamber, bir başkasına zarar vermeyi yasaklamış ve " bir müslümana veya gayri müslime kasden zarar veren mel'ûndur" buyurmuştur."

" Kanal sahibi olan kimsenin, kanalı, komşularına zarar vermek ve ekinlerini telef etmek maksadı ile açacağı yani bu niyetle su salacağı anlaşılırsa, zarar vermesine mani olunur."[74]

Komşusuna zarar verme maksadı ile kendi arazisinde ateş yakan kimse, bu ateşten dolayı komşunun ekinleri ve pamukları yansa, zararı tazminle mükelleftir. Böyle bir maksat ve gaye taşımadan yakılan ateş sebebiyle aynı sonuç meydana gelse, tazmin etmesi gerekmez[75].

Kezalik bir kimse, komşusunun duvarını yıkma ve tahrip etme maksadı ile kuyu kazarsa, kuyu kapatılarak onun hakkını, başkasına zarar verme maksadı ile kullanmasına engel olunmuş olur[76].

Görülmektedir ki, burada hakkın kullanılmasına engel olan ölçü, zararın büyüklüğü veya küçüklüğü değil, subjektif unsur olan ızrar kastıdır[77].

Mâlikî mezhebinde bu konu ile ilgili olarak şu örnek zikredilir: Hakim önüne çıkarak sırf aşağılanıp küçük düşmesi maksadıyla, şerefli, onurlu bir insanın, hırsızlık, gasb vb. şekilde suçlanması durumunda davaya bakılmaz, müddeî ise te'dib olunur[78].

---

74 Ya'kûb b. İbrahim Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc*, Kahire, 1382, s. 99, 161.

75 Ebû Muhammed b. Ganîm b. Muhammed Bağdadî, *Kitâbu Mecmei'd-Damânât fi Mezhebi'l-A'zam Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân*, Beyrut 1987, s. 390.

76 Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 196.

77 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. ll5.

78 İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 119.

Bu sonuç, kazaen, zararın, bir başka ifade ile hakkın suistimalinin defi, önlenmesi olarak kabul edildiğinden dolayı "beyyine müddeîye, yemin münkire aittir" hadisinin maslahat ile tahsisinden ibarettir[79].

Mecelle de, hakkın suistimali konusunda prensip olarak objektif ölçüyü benimsemiş olsa da, hakkın sırf başkalarına zarar verme maksadı ile kullanılması halinde, hakkın istimaline mani olunacağı şeklindeki subjektif ölçüyü de, birçok hukuki muamele ve yükümlülükleri kapsayan umumi bir prensip olarak kabul etmiştir[80].

Mecelle'nin 19. maddesinde "zarar ve mukabele-bizzarar yoktur" şeklini almış bulunan bu kıstas, bilhassa mülkiyet ve kazâî takibat sahalarında tatbik olunmuştur. Meselâ, iki kişi arasında müşterek bir mülk farzedilse ve şeriklerden biri mezkûr mülk üzerinde, ufak bir hisseye ve diğeri de büyük bir hisseye malik olsa, ortaklardan biri sırf diğerini ızrar kastıyla şuyûun izalesini istese, hakim davayı reddeder; zira taksim edilecek maldan maksûd olan menfaatin taksim şeklinde ortadan kalkmaması veya değişmemesi gerekir. Şerikin, ızrar kasdı ile vâki olan izale-i şuyû talebi, müşterek mülkteki menfaati değişikliğe uğratacağından, bu talep göz önünde bulundurulmaz. Zira bu, müşterek mülkiyetin taksiminde göz önünde bulundurulması gereken en esaslı şarttır[81].

Filhakika Mecelle'nin 1139. maddesi, "taksimi kabil olmak" mefhumunu, müşterek olan bir malın parçalara ayrılması halinde sahiplerinden hiçbirine zarar gelmemesi şeklinde izah etmiştir. Buna göre, taksim şeriklerden bazısı için zararlı, bazısı için faydalı olursa, kendisi için zararlı olan kimsenin davası üzerine hakim o malı taksim etmez[82]. Ayrıca, "bir işte maksat ne ise hü-

79 Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd İbn Rüşd, *el-Mukaddimâtü'l-Mümehhidât*, Beyrut 1988, II, 190-192.

80 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 54.

81 Mansûr b. Yûnus b. İdris Behûtî, *Keşşâfü'l-Kınâ' an-Metni'l-İknâ'*, nşr. Hilâl Musaylihi Mustafa, Beyrut 1982, III, 342; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, III, 339.

82 İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 290-291; Behûtî, *Keşşâfü'l*-Kınâ', III,

küm ona göredir" ve "ukûdda itibar makâsıd ve meâniyedir, elfaz ve mebâniye değildir" şeklindeki esaslara göre, hüküm ızrar kastına göre verileceğinden, hakkın suistimalinin himaye edilmemesi gerektiği ortaya çıkar[83].

Görülmektedir ki, hakkın sırf başkasına zarar verme maksadı ile kullanılmasına cevaz vermeyen subjektif nazariye, prensip olarak İslâm hukukunun, özellikle müteahhir Mâlikîlerin ve zamanımızdaki bir çok Avrupa kanunlarının görüşlerini temsil etmektedir.

B-Objektif Ölçü

Hakkın suistimalini, objektif bir esasa dayandıran görüş, hakkın suistimalinin şahsın ruhi davranışına, yani subjektif esaslara istinat ettirilemiyeceğini müdafaa eder. Hakkın münhasıran başkasına zarar verme maksadıyla kullanılmasının yegâne ölçü olduğunu ileri sürmek imkansızdır. Bu itibarla, subjektif görüş, hakkın suistimalinin şümulünü daralttığı gibi, ispat zorlukları da pratik kıymetini azaltmaktadır[84].

Bu sebeple, objektif kıstası benimseyen görüşe göre, hakkın suistimalinin esasını hak sahibinin başkasına zarar verme kastında aramak doğru değildir. Bunu, hak sahibinin haricinde cereyan eden objektif esaslara istinat ettirmek gerekir[85].

Ancak, hakkın suistimalinin dayanacağı bu objektif kıstasın ne olduğu hususunda da değişik görüşler ileri sürülmüştür. Modern hukukçulardan bazılarına göre, bu kıstası, hakkın meşru bir menfaatin temini için kullanılmış olup olmadığında aramak gerekir[86]. Bazılarına göre, hakkın suistimali, hakkın, sosyal ve ekonomik gayesine muhalif bir şekilde kullanılmasıdır. Bazı hu-

342, 414; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, III, 380.

83 Saymen, "Akit Yapma Hakkının Suistimali", s. 544; a.mlf., "Akdi Feshe - mek Hakkının Suistimali", s. 882; a.mlf., "Hakkın Suistimali", s. 1139.

84 Binatlı, *Hukukun Genel İlkeleri*, s. 68.

85 Atalay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, s. 423; Nurullah Kunter, *Hukuk Umumî Nazariyesinde "Fiil" ve Bir Suç Unsuru Olarak "Netice"*, İstanbul 1955, s.17-18.

86 Bkz. Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 176.

kukçulara göre ise, hakkın ahlâk kaidelerine aykırı bir şekilde kullanılması hakkın susitimalinin objektif ölçüsü olmalıdır[87].

İslâm hukukçuları ise hakkın suistimali nazariyesini, "netice"ye bağlayıp hakkın kullanılmasından "fahiş" bir zararın doğması söz konusu ise maksada bakılmaksızın hakkın kullanılmasına mani olunacağı şeklinde bir görüş ileri sürmüşlerdir. Bu itibarla, objektif görüş, Hanefîlerin istihsânî görüşleri ile İmam Malik'in, Mecelle'nin ve bir çok İslâm hukukçusunun bakış açısını ifade etmektedir[88].

İslam hukukçuları, bu ölçütü benimserken, özellikle komşuluk ilişkilerinde birbiri ile çelişen menfaatler arasında denge kurma gayesini göz önünde bulundurmuşlardır. Malikin mülkü üzerinde komşusuna zarar verecek şekildeki tasarrufu menfaatler arasındaki dengeyi bozar. Ferdî menfaatten dolayı kamu menfaatinin ihlali ise hakkın konuluş gayesinden saptırılmasıdır ki bu hakkın suistimalinden başka bir şey değildir[89]. Zira, hakkın suistimali nazariyesi, hakkın gayesi ile ilgilidir. Hak ise insanlara fahiş zarar vermeye veya bir topluluğa umumi bir zarar vermeye vesile olsun diye vazolunmamıştır. Hukukun dayandığı ilkeler, genel olarak insanlara yarar sağlama ve zararı önleme (def'i mefâsid ve celb-i mesâlih) veya her ikisi arasında denge kurma gayesine yöneliktir[90].

Hukuk kaynakları arasına katılan, Hanefîlerin "istihsan"ı[91], Mâlikilerin "mesâlih"i, Şâfiîlerin "ıstıslah"ı da def'i mefâsid ve celb-i mesâlih kuralının amaçlarına yönelik hukukî gelişmelerdir. Haklara sosyal açıdan bakarak, hakların kamu yararını sağlama gayesi ile sınırlı olması, yine def'i mefâsid ve celb-i mesâlih kuralının savunduğu gerçekler arasındadır[92].

---

87 Bkz. Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 177.

88 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 241; Karâfî, *el-Furûk*, II, 13; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 196; Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 243; Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 118.

89 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 269.

90 İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, I, 12-16, 41-57, 74, 110; II, 199, 207; Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 45; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 847.

91 Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145; Ebû Muhammed Cemâleddîn Abdurrahim b. el-Hasan İsnevî, *Nihâyetü's-Sûl fî Şerhi Minhâci'l-Usûl*, Beyrut ts., IV, 398-403.

92 Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, II, 113-115.

1- İslâm Hukukunda Objektif Ölçünün Dayandığı Deliller

"... Yakın komşuya, uzak komşuya iyi davranın" şeklindeki Nisa 4/36. âyet ile "bir kimse, komşusu onun kötülüklerinden emin olmadıkça gerçek mü'min olamaz"[93] , "Cebrail durmadan bana komşu hakkında o kadar çok tavsiye ve uyarılarda bulundu ki komşuyu komşuya vâris olacak sandım"[94] şeklindeki hadislere ve maslahat prensibine istinaden İslâm hukukçuları, hakkın kullanımını, özellikle komşuluk ilişkilerinde, komşuya fahiş zarar vermeme kaydı ile sınırlayarak hakkın suistimaline dair bir ölçü ortaya koymuşlardır[95].

Bu bakış açısına göre, komşuya verilen fahiş zararın önüne geçmek, hak sahibinin sağlayacağı menfaatten daha önemlidir. Normal zarara, katlanmak ve müsaade etmek gerekir; çünkü, fahiş olmayan zarar yasaklandığı takdirde, mülkiyet haklarının kullanılmaması gerekir ki bu mülk üzerinde tasarruf yetkisi ile ilgili vârid olan naslara, mutlak olarak mülkiyet hakkının kullanımının imkansızlığı sonucuna varıldığından dolayı icmaya ve akla da aykırıdır[96].

2- İslâm Hukuk Doktrininde Objektif Ölçü

İmam Mâlik'in, "maslahat" prensibinden hareketle, mülkiyet hakkını kullanmayı, zarar-ı fahiş ile sınırlayan ilk hukukçu olduğu söylenebilir[97]. İmam Malik'ten sonra, Ebû Yusuf, sosyal hayatın zorunlulukları icabı "istihsan" prensibine dayanarak bu ölçüyü benimsemiş, çağdaşları ve ondan sonraki Hanefî hukukçular da aynı kıstası kabul etmişlerdir[98].

---

93 Ebû Abdillah Muhammed b. İsmail el-Buhârî, *el-Câmiu's-Sahîh*, "Edeb", 29; Ebü'l-Hüseyin el-Kuşeyrî Müslim b. Haccâc, *el-Câmiu's-Sahîh*, "Îmân", 73.

94 Buhârî, "Edeb", 28; Müslim, "Birr", 140-141; Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî Ebû Dâvûd, *es-Sünen*, "Edeb", 123.

95 Ebû Abdillah Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *İrşâdü'l-Fuhûl ilâ Tahkîki İlmi'l-Usûl*, Beyrut 1992, s. 218.

96 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 46; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 270.

97 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 307; Muhammed Ebû Zehra, *Mâlik Hayâtuhû ve Asruhû- Ârâuhû ve Fıkhuhû*, Kahire 1947, s. 293-323.

98 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, III, 339-340.

Kaynak niteliğindeki Hanefî fıkıh kitaplarının hemen hepsinde nakledildiğine göre Ebû Hanife, komşusunu, açtığı kuyudan dolayı şikayet eden kişiye, kendi mülkünde foseptik çukuru açmasını önermesine mukabil, Ebû Yûsuf ve İmam Mâlik, bu ve buna benzer durumlarda zarar verici tasarruflara engel olunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[99]. Nitekim, Hanbeli mezhebinde de, malikin mülkü üzerindeki tasarrufu, komşusuna fahiş zarar vermeme kaydı ile sınırlanmaktadır[100].

Mâliki ve Hanbeli mezhebinde, bir kimse, herhangi bir menfaati bulunmadığı halde bir duvar veya bina yaparak komşusunun ışığına, rüzgarına engel oluyorsa bu tasarrufa mani olunur. Zira bu davranış onlardan elde edilecek menfaati yok etmektedir[101]. Yine bu iki mezhebe göre, kadınların oturduğu yeri gözetlemek için delik vb. şeyler açmak gibi ahlakî veya manevî zarar verici tasarruflara da mani olunmalıdır[102].

Görülmektedir ki, başlangıçta, Hanefî içtihadında mülk sahibi kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf serbestisine sahip kabul edilirken Ebû Yûsuf, mülkiyet hakkının kullanılmasını, başkasına zarar vermeme kaydı ile kayıtlandırmaktadır. Halbuki mütekaddimûn Hanefi ulemâsı, başkasına zarar verse bile malikin, mülkü üzerinde dilediği gibi tasarruf etme selahiyetinin bulunduğunu genel bir kural olarak (kıyas) kabul etmişlerdir[103].

Bu genel kaidenin mutlak olarak kabulü başkasına fahiş zarar verilmesine neden olur ki bunun adaletle ve şeriatin ruhu ile bağdaşması imkansızdır. Bu yüzden Ebû Yûsuf, kıyas yoluna gitmeyerek maslahat sebebiyle istihsân metodunu kullanmak suretiyle, malikin mülkü üzerindeki tassarruf hakkını komşusu için önemli (fahiş) bir zarara sebebiyet verecek şekilde kullanımına mani olunacağını ileri sürmüştür[104]. Zira bu asra gelindiğinde,

99 Sahnûn, *el-Müdevvene*, XV, 197; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 251; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 411.

100 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, III, 339-340.

101 Sahnûn, *el-Müdevvene*, VI, 197; XIV, 235; Behûtî, *Keşşâfü'l-Kınâ'*, III, 409.

102 İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 252-256.

103 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 127-140, 277.

104 Ebû Yusuf , *Kitâbu'l-Harâc*, s. 99; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, VI, 263-264; Zeylaî,

önceki hukukçuların kişilerin dinî duygularına ve vicdanlarına bıraktığı komşuya eza ve zarar vermeme hususuna dikkat edilmeyip, komşuluk haklarının çiğnenmesi durumu söz konusu olduğundan dolayı bir takım problemler ortaya çıkmış; komşuya zarar vermenin hukuken de yasaklanması gerektiği kanaatine varılmıştır[105]. Fakat kişinin mülkü üzerinde tasarrufta bulunurken başkasına verdiği her zararın, mutlak olarak tasarrufun engelleneceği sonucunu doğurmayacağını, ancak "fahiş zarar" sebebiyle önceki kıyâsî kaideye istisna getirilebileceğini de ısrarla belirtmişlerdir. Zira, "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" hadisini mutlak manada ele almak, kişilerin kendi mülklerinden istifadesini imkansız hale getirir. Bu telâkki, kimseye zarar verilmemesi istenirken, herkesin haklarını kullanmaktan mahrum etme neticesini doğurur.

İbnu'l-Hümâm, bu noktada, hakkın kullanılmasına mani olacak zararı, mülk sahibinin havâic-i asliyyesine mâni olacak nitelikte ciddi bir zarar, şeklinde tanımlarken, "havâic-i asliyye"den olan komşunun, duvarının çürümesi veya yıkılmasına sebep olan veya bütünüyle faydasız hale getiren, aydınlık ve hava almasına tamamen mani olan tasarrufların "fahiş zarar" sayılacağını kabul etmiştir[106].

Anlaşılmaktadır ki, Ebû Hanife'den sonraki hukukçular, tasarruf serbestisinin istisnası olmak üzere, mutazarrır olanın kendi mülkünden beklediği havâic-i asliyyeden mahrum edilmesi olarak takdir edilen "fahiş zarar"ı ölçü olarak kabul etmişlerdir. Böylece hakkın susitimali için ölçü tesbit etme hususunda orta bir yol tutularak basit bahaneler "zarar" adı altında hakkın kullanılmasına engel kabul edilmemiş; zarar tamamen görmezlikten gelinerek mutlak olarak tasarruf serbestisi fikrine de imkan tanınmamıştır[107].

Tebyînü'l-Hakâik, IV, 196.

105 Ebû Zehra, *Ebû Hanife*, s. 411; Abbâdî, *el-Mülkiyye*, s. 135; Yusuf Musa, *el-Emvâl ve Nazariyyetü'l-Akd*, s. 182-185; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 185-186.

106 İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 506; Mecelle, mad.1199,1200-1212.

107 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 252.

Ebu's-Suud İmâdî'den itibaren ise, istihsan metoduna dayanan bu görüş, kuralın istisnası olarak, kaide ile birlikte zikredilir olmuştur[108]. Fıkıhta, "bir kimse kendi mülkünde, komşusunu, açık, kaçınılmaz ve daimi bir şekilde mutazarrır edecek şekilde tasarrufta bulunursa, zarara uğrayan kişi, komşusunun bu tasarrufuna mani olabilir"[109] şeklinde ifade edilen bu düşünce, Mecelle'de, "hiç kimse mülkinde tasarruftan men'olunamaz. Meğer ki âhara zarar-ı fahişi ola. Ol halde men'olunabilir" (mad. 1197) şeklinde kaideleştirilmiştir. Esasen fahiş zarara engel olunması, "zarar izâle olunur" (mad. 19) ve "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" (mad. 20) kaidelerinin bir fer'i durumundadır[110].

Nitekim Mecelle, bu maddeden sonraki fasılda ilgili hükümleri çeşitli örneklerle açıklığa kavuşturmuştur (mad. 1197-1212): "Herkes kendi mülki olan hait üzerine dilediği kadar çıkar ve istediği şeyi yapar, zarar-ı fahişi olmadıkça komşusu mani olamaz." (mad. 1198) Zira, zarar-ı fahiş her ne şekilde olursa olsun def ettirilir. (mad. 1200).

Mecelle'nin, "zarar-ı fahiş" kavramını ne şekilde anladığı meselesi, 1200. maddeden sonra verilen örnekler sayesinde açıklığa kavuşmaktadır. Bu misallerle varılan hükümlere diğer fıkıh kitaplarında da rastlamak mümkündür. Meselâ, bir evin bitişiğinde, demirci dükkanı, değirmen, lokanta yahut fırın yapıp, gürültü, duman veya çirkin kokularla, hane halkına, o evde oturulamayacak şekilde zarar verilmesi durumunda, bu zarar, fahiş addolunarak, def ve izâle ettirilir. Yine aynı şekilde bir evin bitişiğine değirmeni için su getirmek maksadı ile kanal yapan kimsenin bu tasarrufu, komşunun duvarının yıkılmasına sebep olursa engellenir. Birinin harman yerinin yakınında, yüksek bir bina veya duvar yaparak, harmanın rüzgârına engel olmak ta fahiş zarar sayılır ve mani olunur.

"Bir kimsenin su kuyusu kurbunda komşusu bir kenef ya kârîz yapıp da ol kuyunun suyunu ifsad eylese zararı defettirilir.

---

108 Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, III, 463-464.
109 Sahnûn, *el-Müdevvene*, XV, 197; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 196.
110 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, I, 46.

Ve bir veçhile def-i zararı kabil olmazsa o kenef ya kârîz kapattırılır." (mad. 1212)

Kadınların bulunduğu mekanları görme maksadı ile pencere vb. delikler açmak suretiyle verilen manevî zarar da fahiş zarardır; defedilmesi gerekir. (mad. 1202) Ancak bu maksatla açılmayan, kadınların arada sırada görünme ihtimali bulunan bahçeye bakan pencere kapattırılamaz. Zira tevehhüme itibar olmadığı (mad. 74) gibi fahiş olmayan zarara da mani olunamaz:

" Ve eğer odanın iki penceresi olup da birisi bervech-i bâlâ bina ihdasıyla seddedilmiş olsa zarar-ı fahiş addolunmaz." (mad. 1201) Yine aynı şekilde "birinin insan boyundan yüksek yerde penceresi olup da ihtimal ki nerdübân (merdiven) vaz'ı ile komşusunun makarr-ı nisvan olan mahalline nazar eyler deyu komşusu ol pencereyi seddettiremez." (mad.1203)

Mecelle, bu noktada şu hususu da açıklığa kavuşturma ihtiyacı hisseder: "Bir kimse meşru olarak mülkünde tasarruf etmekte iken başkası anın yanında bina ihdası ile kendisi mutazarrır olsa zararını ancak kendi defetmek lâzım gelir.

Meselâ, bir hanenin kadimi pencerelerinden diğer kimesnenin muhdes hanesinin makarr-ı nisvan olan mahalli görünür olsa muhdes hane sahibi mazarratını kendi defetmek lâzım gelir. Hane sahibinden iddiaya salahiyeti yoktur. Nitekim bir kimse demirci dükkanına muttasıl arsasında bir hane ihdas eylese demir darbundan haneme zarar-ı fahiş terettüp ediyor diye dükkanı ta'til ettiremez. Ve keza eskiden harman yeri olan bir mahallin kurbunda biri hane ihdas ettikde harmanın tozu hanem üzerine geliyor diye harman sahibine burada harman döğme diyemez."

Görüldüğü üzere, Mecelle, havâic-i asliyyeye yani oturma gibi binadan beklenilen aslî menfaatlerin elde edilmesine mani olan veya binanın sarsılması yahut çürüyüp yıkılmasına sebep olan her şeyi zarar-ı fahiş olarak kabul etmiştir. Nitekim Mecelle'nin, bu esası açıklamak üzere verdiği misallerden anlaşıldığı üzere, zarar-ı fahişi ikiye ayırmak mümkündür[111]:

111 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, I, 46-47.

1- Hakkını kullanan kişinin kendi sahasında kalmayıp duman, koku, gürültü, sarsıntı vb. şekillerde başkasının haklarına haksız yere tecâvüz niteliğinde olan zarar.

2- Mecelle'nin, 1200, 1201, 1202. maddelerinde görüldüğü üzere hakkın normal sınırları dışına çıkmadan komşuya verilen zarar.

Özetle ifade etmek gerekirse, Mecelle'nin hakkın kullanılması ile ilgili kabul ettiği nazariye, "zarar-ı fahiş olma durumlarının dışında, cevâz-ı şer'î zamana münâfîdir" şeklindedir.

Mecelle, zarar-ı fahişte niyete itibar etmemektedir. Yani hakkını kullanırken zarara yol açan kimsenin taşıdığı niyete ve maksada değil, objektif olarak meydana gelen maddi neticeye bakmaktadır. Netice açık ve önemli bir zarar ise, iyi niyetle de olsa hakkın kullanımı yasaktır. Meydana gelecek zarar fahiş değilse, söz konusu olan hak, sırf ızrar kastı ile kullanılmış olsa da hakkın kullanımı yasaklanamaz[112].

Netice olarak şunu belirtmek gerekir ki; İslâm hukukçularının, hakkın suistimalinde göz önünde bulundurdukları "fahiş zarar" ölçütü, duman, gürültü, kuyu suyunu necis şeyler veya çerçöple kirletme, sıhhate zararlı kokular, ışık ve havaya engel olma gibi akardan yararlanmaya mani olan veya bozulmasına, yıkımına sebep olan maddî zararla, bitişik evde kadınların oturduğu yeri gözetleme gibi manevi zararla ilgili misallerin hepsini çerçevesi içerisine alan genel bir kıstastır.

---

112 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, I, 48.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKKIN SUİSTİMALİNİN ŞARTLARI, ROLÜ, UYGULAMA ALANI ve UYGULANAMAYACAĞI HALLER

I-HAKKIN SUİSTİMALİNİN ŞARTLARI

A- Bir Hakkın Varlığı ve Kötüye Kullanılması

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için her şeyden önce kullanılması söz konusu olan bir hakkın var olması gerekir. Ortada bir hak olmadıkça, hakkın kullanılmasından da söz edilemez[1].

1- Modern Hukuklarda Hakkın Tarif ve Taksimi

Hakkın mahiyetini açıklayarak tanımını yapma hususunda eskiden beri hukukçular arasında derin münakaşalar vuku bulmuş ve değişik ölçü ve unsurlardan hareketle, hakkın tanımı ile ilgili çeşitli nazariyeler ileri sürülmüştür:

1 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 146; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 141; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 182.

a-İrade nazariyesi: Alman hukukçu Savigny ve Gierke tarafından ortaya atılıp Windscheid tarafından geliştirilen bu nazariyeye göre hak, hukuk tarafından bahşedilip himaye edilen bir irade hakimiyeti ya da irade kudretidir[2]. Hakkı belirleyen önemli unsur irade olduğuna göre, bir kişinin iradesi başkaları üzerinde egemen olduğu, onları zorladığı oranda haktan söz edilebilir.

Tabiî hukuktan ve XIX. yy. felsefesinden etkilenen bu görüş taraftarlarınca, hukukun amacı birey özgürlüğünü korumak, ferdin özgür iradesinin sonuçlarına etki ve değer kazandırmaktır[3]. Ancak bu görüş, hakkın sadece dış görünüşü ile ilgilendiği gerekçesi ile eleştiriye tâbi tutulmuş, fazla şekilci bulunmuştur. Zira hakkın dış görünümünün yanında muhtevasının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

b-Menfaat nazariyesi: Jhering'in temsilciliğini yaptığı bu teori, irade nazariyesine karşı ortaya atılmıştır. Bu nazariyeye göre hak, hukukun himaye ettiği bir menfaattir. Bu tanımla, irade sahibi olmayan akıl hastaları, küçük çocuklar ve diğer özürlülerin de hak sahibi oldukları kabul edilmiş ve onların hakları da korunmuş olmaktadır[4].

Bu nazariye de, irade unsuruna gereken önemi vermemiş olması nedeniyle eleştiriye tâbi tutulmuştur. Aynı zamanda, hukukla korunan her çıkarı hak olarak nitelemek mümkün değildir. Bir çıkardan yararlanmak, hak sahibinin iradesine bağlı olduğu takdirde, bu menfaatin hak olduğu iddia olunabilir. Hak sahibinin böyle bir iradesi olmadığı sürece, başlı başına bir çıkarı hak saymak doğru olmaz[5].

c-Karma nitelikli (muhtelit) nazariyeler: Jeilinek ve Michoud'un temsil ettiği karma kuramlar, hem irade, hem de menfaat öğesini göz önünde tutarak hakkı tanımlamaya çalışmışlardır. Bu nazariyeyi benimseyenler de kendi aralarında farklı gruplara ayrılmışlardır:

---

2 Saymen, *Türk Medenî Hukuku*, I, 181; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 94.
3 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 235; Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 15.
4 Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 94; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 235.
5 Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 95; Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 15-16.

Bunlardan menfaat öğesine daha çok önem verenlerin tanımına göre, "hak, tahakkuku sahibinin iradesine bırakılmış hukuken himayeye mazhar olan maddî ve manevi menfaatlerdir."[6]

İrade öğesine daha çok önem verenler ise, hakkın tanımını şu şekilde yapmışlardır: "Hak, kişilerin hukukça korunan çıkarlarının sağlanması için, hukuk düzeninin onlara tanıdığı egemenlik ve yetkilerdir."[7]

Hakkın mahiyetini bu şekilde özetledikten sonra, hakların türlerine de kısaca değinmek yerinde olacaktır:

Modern hukuk doktrininde, haklar, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğmaktadır. Bu yüzden, kamu hakları ve özel haklar olmak üzere iki büyük kategoriye ayrılmaktadır[8]:

a- Kamu Hakları: Kamu hakları, âmme hukukunun kişilere tanıdığı çıkar ve yetkiler olup, bunları kullanma konusunda kişiler arasında eşitlik bulunması zarurî değildir.

b- Özel Haklar: Özel haklar, özel hukukun kişilere tanımış olduğu çıkarlarla ilgili yetkilerdir. Bu haklarda temel ilke eşitliktir. Yani, herkes ana rahmine düştüğü andan itibaren, hak yeteneğine (medenî haklardan faydalanma ehliyetine) sahiptir. Özel haklarda, her hakkın karşısında bir ödev, mükellefiyet belirir: Meselâ mülkiyet hakkına sahip olan bir kişinin bu hakkına diğer bütün kişilerin saygı göstermesi gerekir. Alacak hakkı sahibinin bu hakkı karşısında, borçlunun bir yüküm, yani alacaklıya karşı olan borcunu yerine getirme ödevi vardır.

Özel haklar niteliklerine göre mutlak haklar - nisbî haklar, konularına göre malvarlığı hakları - kişi varlığı hakları, kullanışlarına göre, şahsa bağlı haklar - şahsa bağlı olmayan haklar, gayelerine göre yenilik doğuran haklar olmak üzere çeşitli türlere ayrılmışlardır.

6 Saymen, *Türk Medenî Hukuku*, I, 183.
7 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 16; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 235.
8 Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s. 56-57.

2- İslâm Hukukunda Hakkın Tarif ve Taksimi

İslâm hukukçularının"hak" mefhumunu tarif ihtiyacını duymaya başlamaları, Hicrî 7. yüzyıldan daha geriye gitmemektedir. Bu tarihten sonra da hakkın tarifi ile meşgul olan alimlerin sayısı fazla olmadığı gibi, yapılan tarifler de felsefî ve lugavî olmaktan öteye geçememiştir. Zeylâî (ö. 743/1342)[9] ve Leknevî (1304/1886)[10] gibi hakkın hukuki tarifini vermeye çalışan alimlerin tanımları ise çok mutlak ve müphem mahiyettedir[11].

Muasır İslâm hukukçuları da hakkın tarifi ile meşgul olmuşlar, çeşitli tanımlar ortaya koymuşlardır. Meselâ Yûsuf Mûsâ hakkı, "kişi veya toplum lehine sabit olan ve hukuk tarafından benimsenen bir maslahattır" şeklinde tanımlamış; Ali el-Hafîf, "hukuken istihkak olunmuş bir maslahattır", "Şâri'in benimsemesi ile sabit olan ve yine O'nun himaye ettiği şeydir" [12] tariflerini ortaya koymuştur.

Senhûrî'ye göre hak, "kanunun ferde tanıdığı malî maslahattır." Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın tarifine göre ise, "hukukun, bir yetki veya yükümlülük olmak üzere benimsediği bir aidiyettir (ihtisas)".[13]

Ne var ki, hak için yapılan bu tariflerde ifade edilen "maslahat" ve "menfaat", hakkın bizzat kendisi değil konusudur. Hakkın, aynı kökten gelen "istihkak" terimi ile tarifi ise açık değildir.[14] Bu bakımdan daha tatminkâr olması sebebiyle, Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın tarifi ışığında, hakkı şu şekilde tanımlamak mümkündür:

" Hak, hukuk tarafından korunan ve bu korunmadan faydalanılması kişinin iradesine bırakılan yetki veya yükümlülük şeklindeki bir aidiyettir."[15]

---

9 Zeylaî'ye göre "hak, insanın istihkak ettiği şeydir.": Bkz. Ali el-Hafîf, *el-Mülkiyye fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1966, I, 6.

10 Leknevî'nin tanımına göre "hak, sabit olan bir hükümdür.": Bkz. Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî* , III, l3.

11 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 68.

12 Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, I, 6.

13 Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, III, 10.

14 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 69.

15 Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s. 56; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 95.

Bu tanıma göre Arapçada, hukukî anlamda "hak" kavramını ifade eden "leh ve aleyh" edatlarından "leh" için kullanılan "lâm" harf-i ceri, "ihtisas" anlamı taşımaktadır. "İhtisas" kavramı ise, hakkın hukukî manada doğuşunu izah eder. Zira, kimseye ait olmayan bir şeyi ele geçiren, onu mülkiyetine geçirerek kendisine mal etmiş olur. Birisinin kendisine mal ettiği şeyi ise bir başkası haklı olmayan sebeplerle alamaz. Bu noktada görülen "ihtisas" yani "aidiyet" şeklindeki bariz özelliğin hukuk tarafından benimsenmesi durumunda bir "hak"kın doğumu söz konusu olur[16].

Kişinin üzerindeki zimmet borçlarında gündeme gelen mâlî, vekâlet ve velayette bahis mevzuu olan şahsî yetkileri, "ihtisas"ın mevzuunu oluşturmaktadır[17].

- Söz konusu aidiyetin ve ona bağlı olarak yetki ve menfaatlerin hak olabilmesi için hukuk nizamı tarafından tanınıp korunmaları gerekmektedir[18]. Nitekim, İslâm hukuku, sahipsiz bir domuzu avlayan müslümanın, bu ihtisasını kabul ve himaye etmemektedir[19].

Bir kimse, hukuk düzeni tarafından korunmuş ve kullanılması kendi iradesine bırakılmış bir çıkar (hak) söz konusu olmaksızın, kendisine bahşedilmemiş olan yetkileri kullanıyor ve bu davranışıyla, başkalarının hukuk alanlarına etkide bulunarak zarar veriyorsa, bir hakkın kötüye kullanılmasından değil, yetkisiz bir iş görme veya hukuka aykırı fiilden (haksız fiil) söz edilebilir[20].

- Hak, bazen "yetki", bazen de "yükümlülük" ifade eder. Yetki de şahıs ve muayyen bir şey üzerinde olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Bir şey üzerinde kişinin mülkiyet hakkı yine bir yetki mahiyetindedir; ancak buradaki yetki, velayet hakkında ol-

16 Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 182; Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 70.

17 Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, III, 10.

18 Ahmed İbrahim Bey, "el-Hak", *Mecelletü'l-Kânûn ve'l-İktisâd*, y.6 (1936), sy.604, s. 403; Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, III, 11; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 96; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 241.

19 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 71.

20 Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 141; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 321; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 182.

duğu gibi bir şahıs üzerinde değil, bir mal üzerinde söz konusudur. Malı ve eşyayı bir şeyle yükümlü tutmak imkansız olduğuna göre, bunlar üzerindeki hak daima yetki mahiyetindedir.

Şahıslar üzerindeki haklar, velayet hakkı, birine iş veya para borcu bulunan şahıs örneklerinde olduğu gibi mükellefiyet şeklinde de olabilir[21]. Buradaki yükümlülük birinci şahsın hakkı, ikinci şahsın borcudur[22].

- Yetki ve yükümlülük mahiyetinde olduğu için kamu hakları; Allah'a ait ibadet hakkı; çocuğun babaya itaat, hanımın kocaya sadakat hakkı gibi sosyal haklar; toplum düzeninin korunması, kötülüklerin önlenmesi, iyiliğin emredilmesi, cihad gibi haklar da bu tarifin içine girmektedir[23]. Zira, bunlar hukuk düzenince ya bazı şahıslara sırf kendilerine ait olmak üzere tanınan yetkilerdir veya mükelleflere yönelik yükümlülüklerdir[24].

Şunu da belirtmek gerekir ki, kamu menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda, kişilerin iradeleri etkili değildir. Bu nedenle kişilerin hakları, kamu maslahatı ile sınırlıdır[25].

İslâm hukukçuları ise hakkın taksimi esnasında daha çok hakkın sahibini göz önünde bulundurmuşlar; Allah'a ait hakları "hukûkullah", fertlere ait hakları "hukûku ibâd" terimleri ile ifade etmişlerdir. Pezdevî (ö. 482/1089) ve Serahsî (ö. 490/1097)'den itibaren hemen bütün fıkıh usûlüne dair eserlerde, "istikrâ" metodu ile yapılan bu tasnife yer verilmiştir:

a) Allah Hakları

Allah'a ait haklar, birinci planda Allah'ın rızasını kazanma veya kamu menfaatini koruma amacının hedef edinildiği haklardır[26].

---

21 Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, III, 11-12.

22 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, 140.

23 Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Basrî el-Bağdâdî Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye*, Kahire, 1386/1966, s. 394-411; Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, III, 12; Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 182.

24 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 72.

25 Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 96.

26 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 80.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, Allah haklarının bir bölümü, iman ve ibadetler gibi sadece Allah'ın rızasını kazanma maksadı ile îfa edilen hakları, diğer bir bölümü de, modern hukuk doktrininde "kamu hakları" şeklinde ifade edilen, toplumun menfaatini ilgilendiren hakları kapsamaktadır. Bu hakların, Allah'a izafe edilmesinin nedeni, ibadetler başta olmak üzere, kamu karakterli hakların, toplumun düzenini sağlama hususunda taşıdıkları öneme işaret etmek içindir[27].

Hanefî müctehidlerinin tasnifine göre, Allah hakları sekiz grupta incelenmektedir:

1- Katkısız Allah hakkı bulunan fiiller: İbadetlerin esasını taabbudîlik oluşturur. Bu kısıma giren fiiller, Allah'ın emrine tam olarak uygunluk gösterirlerse sahih olurlar; aksi takdirde sahih kabul edilemezler[28].

2- Meûnet[29] manası taşıyan ibadetler: Mükellef, fıtır sadakasını vermekle Allah'ın hoşnutluğunu kazanma maksadı ile bir ibadeti yerine getirmiş olur. Ancak başkası sebebiyle vâcib kılınan bu ibadet, mâlî bir yükümlülük de içermektedir[30].

3- İbadet manası taşıyan meûnetler: Öşür, bir arazi vergisi olması hasebiyle mâlî bir sorumluluk olmakla birlikte sırf müslümanlara ait bir mükellefiyet olmasından dolayı ibadet manasını da ihtiva etmektedir. Zira, öşür, araziden elde edilen ürünün zekâtıdır[31].

4- Ceza manası taşıyan meûnetler: Haraç ve cizye gibi. Buradaki "ceza" manası, haraçla mükellef olan kimselerin gayrimüslim olmasından ziyade, nemanın hükmî (îtibârî) olmasından kaynaklanmaktadır[32].

---

27 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 83.

28 İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, I, 110; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 318.

29 Sözlükte azık, doyumluk, günlük yiyecek, geçim masrafı, geçimlik gibi anlalara gelen 'meûnet' kelimesi terim olarak doyumluk vergi, mâlî yük, mâlî külfet gibi manaları ihtiva eder. Meûnet manası taşıyan yükümlülüklerle, fakirlerin, askerlerin ihtiyaçlarının giderilmesi hedeflenmektedir. Bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*,II, 2-8; İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, II, 256; Şâfiî, *el-Ümm*, II, 2-24.

30 İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, I, 110.

31 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, II, 53; İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 31.

32 İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 42; Ahmed Fehmi Ebû Sünne,

4- Tam cezalar: Kamu menfaati icabı, zina, hırsızlık, yol kesme ve şarap içme gibi suçlar için konulmuş, "hudûd" şeklinde ifade edilen cezalar. Bu cezaların, af, sulh vb. bir yolla ıskatı caiz değildir[33].

5- Eksik cezalar: Bedenî ve mal varlığını eksiltici olmadığı için katilin, murisi öldürmesinden dolayı mirastan mahrumiyeti gibi.

6- İbadet anlamı taşıyan cezalar: Keffaretler bu gruba girmektedir.

8- Kendiliğinden mevcut olan haklar: Bir mükellefiyeti bulunmayan, fertlerin zimmetinde sabit olmayan haklar bu gruba girer. Ganimet ve madenlerden alınan beşte bir nisbetindeki devlete ait haklar bu niteliktedir. Devlet bu geliri elde etmeden önce de bu hakkın sahibi mevcut değildir. Bunlar ortaya çıktığı, çıkarıldığı veya ordu tarafından ele geçirildiği zaman kamu hakkı söz konusu olmakta; devlet, ganimet ve madenlerin beşte birinden alınan vergiyi, gerekli yerlere sarfetme hususunda sorumlu tutulmaktadır.

b) Kul Hakları:

İnsanların menfaatleri ile ilgili olan haklardır. Bunlar da genel ve özel niteliklidir:

Genel haklar, intifa hakları gibi, toplumun ortak olarak meydana getirip, sahip bulunduğu imkânlardan faydalanma haklarıdır[34]. Bu manası ile umûmî kul hakları, kamu karakterli olup, ıskatı yine kamu yararı icab ederse söz konusu olabilir[35].

Husûsî kul hakları ise, kişinin şahsî menfaat ve ihtiyacı sebebiyle sahip bulunduğu haklardır. Bu haklarda tasarruf yetkisi, sadece hak sahibine aittir. Özetle genel haklar ortak, özel haklar ise şahsîdir[36].

Nazariyyetü'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Kahire 1971, s.179.

33 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 375.

34 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, 144; Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 85.

35 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 375.

36 Demir, *İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 85.

Görülmektedir ki, İslâm hukukunda, kul haklarına ait olan çıkar tamamen ferdî değildir; aynı zamanda içtimaî bir yapıya da sahiptir. Bundan dolayı, özel hakların, âmme menfaatini gerçekleştirmeye vesile olması gayesiyle konulduğunu söylemek mümkündür. Binaenaleyh özel bir hakkın kullanımından elde edilen menfaat, bir başkasının çıkarı[37] veya kamu menfaati[38] ile çelişki arzederse hakkın meşruiyetinden söz etmek imkansızlaşır. Zira bu durumda, İslâm hukukunun öğretileri ve genel prensiplerine aykırılık söz konusudur ki hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanmasının püf noktası bundan ibarettir[39].

c) Karma Nitelikli Haklar:

1- Allah hakkının ağır bastığı haklar: Hakkullahın ağır bastığı haklarda tasarruf ve bunları ıskat caiz değildir. Bunun için, fertler, mallarını boş yere sarf edemez (Nisâ 4/5), sağlık ve hayatlarını tehlikeye atamaz (Bakara 2/195, Nisâ 4/29), siyâsî haklarını ortadan kaldıramazlar. Aile müessesine saygıyı ve neslin korunmasını hedef edinen "iddet mecburiyeti"nin, "kazf' yani zina isnadı şeklindeki iftira cezasının ve ta'zir cezalarının ıskat edilmesi caiz değildir[40].

2- Kul hakkının ağır bastığı haklar: Bu tür hakların esasını, illetleri akılla kavranabilen fiiller oluşturur. Bu fiillerin, gelen emir ya da yasağa uygun olarak işlenilmesi halinde sahih olacakları konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Çünkü kulun dünya ve ahiretteki maslahatı bu şekilde gerçekleşecektir[41].

Nitekim kısas hayatın korunması için alınması gereken tedbirlerin toplumu ilgilendirmesi itibariyle Allah hakkı sayılmaktadır. Bununla birlikte, kısasta, maktulün yakınlarının karşılaşacağı zarar ve acı itibariyle kul hakkı ağır basmaktadır. Bu sebeple,

37 Arazi sahibinin, mülkiyet hakkını komşusuna fahiş zarar verecek şekilde kullanması gibi.

38 Köylünün malını pazara gelmeden satın alma, ihtikâr, mala cebrî fiyat koyma örneklerinde olduğu gibi.

39 Bkz. Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 192-193.

40 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 319.

41 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 320.

mağdur ve mirasçılar, katili affedip diyet talep etmek suretiyle kısası ıskat etme hakkına sahiptirler[42].

B-Hakkın Amacına Aykırı Biçimde Kullanılması

Hakkın varlığının, onu kullanma serbestisini de beraberinde getireceği muhakkaktır. Aksi takdirde hakkın varlığının herhangi bir kıymeti olamaz. Zira bir hakkı ortaya koyup sonra da kullanılmasının yasaklanmasının, hikmet-i teşrî ile bağdaşması düşünülemez[43]. Nitekim İslâm hukukunda hak, tabiî yani insan olmanın gerektirdiği zatî bir sıfat değil, muayyen bir maslahatın gerçekleşmesi gayesi ile hukukun bir yetki veya yükümlülük olmak üzere, benimsediği bir aidiyettir[44]. Hakkın sahip bulunduğu bu gâî yapı, hakkın ancak konuluş maksadına uygun bir şekilde kullanılmasını gerektirir. Hakkın mutlak surette kullanımı, vazolunuş gaye ve amacından sapmasına sebep olur ki; bu durum hakkın İslâm hukukunda kabul edilen finalist yapısına aykırıdır[45].

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, varolan hakkın, meşru kılınış amacına aykırı bir şekilde kullanılması ve bu kullanma ile başkasına zarar verilmesi gerekir[46]. Bu şartın kapsamına, hakkın hukuken himayeye lâyık bir menfaati sağlama maksadı olmadan kullanılması dahil olduğu kadar, sosyal fonksiyonunun dışında kullanılması da girmektedir[47]. Bilindiği üzere, bir menfaatin hak haline gelebilmesi için ilk şart, hukuk düzeninin bu menfaati korunmaya değer bulmasıdır. Hukuk, bir menfaati korunmaya değer kabul ederken, sosyal ve ekonomik bir amacı gerçekleştirmek ister. Meselâ, mâlike, mülkiyet hakkının tanınması, her şeyden önce kişisel mülkiyetin verdiği

42 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, 145.
43 Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 214.
44 Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 192-193; Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî* , III, 10.
45 Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 214.
46 İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 138; Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 146; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 141; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 321; Baştuğ, *Hukukun Temel İlke ve Kavramları*, s. 142.
47 Senhûrî, *el-Vasît*, I, 847; Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 215; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s.182-183.

güvenlik duygusundan doğan sosyal huzuru sağlama amacına yöneliktir[48].

Kişi mülkiyet hakkının, ürünlerden yararlanma, harcama ve yoketme gibi bütün unsurlarını ilk bakışta dilediği gibi kullanabilir; meselâ dilediği yükseklikte inşaat yapabilir. Ancak, malikin bu düşünce ile komşusunun manzarasını tamamen önleyecek yükseklikte bir duvar (iz'aç (taciz) veya kıskançlık duvarı) yapma hakkına sahip bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu duvarın inşasında güdülen amaç, komşunun hava ve manzarasını kesmek olduğundan, malikin arsasına duvar yapma hakkı, bu hakkın tanınmasına etken olan sosyal, ekonomik görev ve amacından saptırılmış bulunmaktadır. Bu sebeple duvarın yıkılması talebi, malikin hakkını kötüye kullanması durumunda kabul edilmelidir[49]. Zira menfaatler, mülkiyet hakkını tanıyan hukuk kuralının amacına uygun olduğu oranda yasal sayılır[50].

Nitekim, İslâm hukukunda sefih, şeriatın bir mal üzerinde tanıdığı mülkiyet hakkını, ihdas ediliş gayesine muhalif olarak kullanan kimse, olarak tanımlanmıştır[51]. Zira servet, ihtiyaçların tatmini için bir vasıtadır. Sefih ise, kendi normal ihtiyaçlarını tatmin etmek yerine malını boşuboşuna sarf eden kimsedir[52]. Bu yüzden, Şafiî, Hanbelî, Mâlikî hukukçular ile Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed sefihin hacr altına alınması konusunda görüş birliği içerisindedirler[53]. Zira bir hakkın sahibi o hakkı, başkalarına olduğu gibi, kendine de zarar verecek şekilde ve kendi aleyhine kullanamaz. Şu halde, bir hakkın konulmasını ve kullanılması-

48 Tekinay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. l71-172.

49 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 148; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 322.

50 Tekinay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. l71-172.

51 Muhammed Alâüddîn İbn Abidîn, *Reddü'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, Kahire 1984, V, l26.

52 Mecelle, mad. 946; Ahmed b. Muhammed Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu Kitâbi'l-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut 1985, I, 281; Nedvî, *Kavâid*, s. 253.

53 Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 366; İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, I, 79; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 211; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, I, 107; Abdurrahman Cezîrî, *Kitâbü'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, İstanbul 1986, II, 367-371; Abdülkerim Zeydan, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Beyrut 1990, s. 119.

nı icab ettiren sebeplerden (mekâsıd) büsbütün ayrılmak, yani o hakkı mutlak olarak kullanmak hakkın suistimaline imkan vermektedir[54].

Borcunu ödemeyen borçlunun hapsi, malını gizleyip gizlemediğinin ortaya çıkması için bir vesiledir. Malının bulunduğuna, yani muktedir ve mümâtil olduğuna zannı galip ile kanaat getirmek şartıyla, alacaklının talebi üzerine borçlu hapsolunur; borçlunun malının olmadığı isbat edildiği takdirde alacaklının talebi dikkate alınmaz[55]. Zira bu durumda alacaklının borçlunun hapsini talep hakkını kullanması, asıl amaç olan alacağını elde etme maksadına değil, borçluya sırf zarar verme kastına yöneliktir.

Filhakika İslâm hukuku, babaya, çocukları üzerinde bir cebir hakkı tanır. Bu hakkına istinat eden baba, kendi kızını, onun muhalefet etmesine rağmen evlendirme hakkını haizdir. Fakat babaya tanınmış olan bu hak, kızına münasip bir talib çıktığı zaman bu fırsatı kızının tecrübesizliği yüzünden kaçırtmamak yani onun menfaatini korumak içindir. Şu halde kızın menfaatlerini ihlâl eden bir evlenme akdi iptal ettirilebilir[56]. Çünkü baba, şeriatın kendisine tanımış olduğu bir hakkı iyi kullanmamak suretiyle suistimal etmiştir. Bu gibi hallerde baba şefkatine istinat eden hüsnüniyet karinesi tesirini göstermez.

Yine aynı şekilde, boşama, mutlak surette erkeğe ait olan bir haktır. Bununla beraber, İslâm hukukçuları boşama hakkının meşru bir şekilde kullanılması ile suistimal edilmesi arasında açık bir tefrik yapmışlar[57], ölümle sonuçlanan hastalık halinde hanımını, mirastan mahrum bırakma gayesi ile boşayan erkeğin boşama hakkını suistimal etmesinden dolayı, hanımın mirasa hak kazanacağı sonucuna varmışlardır[58].

---

54 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 505; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 326.

55 İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, I, 88; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 322-323; İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-Hukmiyye*, s. 73-74.

56 Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, II, 131; Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 164; Karâfi, *el-Furûk*, II, 40; Ebû Abdillah Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*, Kahire 1938, VI, 136-139; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 393.

57 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. ll3.

58 İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 233; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 42.

Erkeğin, nikah akdinin gereği olarak evlilik hayatına yeniden başlamak üzere kendisine tanınan ric'at hakkını, iddet müddetini uzatmak suretiyle hanıma zarar verme maksadı ile kullanması, hakkın konuluş amacı dışında kullanılarak suistimal edilmesinin bir başka örneğidir[59]. Zira ric'at hakkı, kocaya, hatalarını anlayıp aile hayatını yeniden başlatması gayesiyle bahşedilen bir fırsattır. Bu hakkın evliliğe yeniden adım atma gayesi ile değil de sırf hanıma zarar verme maksadı ile kullanılması, hakların konuluş amacına aykırı bir hareket tarzıdır[60].

Kocanın hanımı üzerindeki, tedibî yönden velayet hakkı Nisa 4/34.ayetle sabittir: "...Onlara evvelâ öğüt verin, vazgeçmezlerse kendilerini yataklarında yalnız bırakın, yine kâr etmezse dövün..."

Peygamber (sav) de veda hutbesinde şöyle buyurmuştur:

"Kadınlar hakkında Allah'tan sakınınız; zira onlar sizin yanınızda emanettirler. Onları Allah'ın emaneti olarak aldınız; O'nun izniyle helâl kabul ettiniz. Yatağınızı başkasına çiğnetmeme hakkınız vardır. Böyle bir şey yaparlarsa, rencide etmeden dövebilirsiniz. Onların da sizin üzerinizde yiyecek ve giyeceklerini temin hakları vardır."

Şâri', dövme ve tedib hakkını kocaya, hanımın "nüşûz"u[61] halinde terbiyesi, itaata sevk ve isyankârlığının ıslahı gayesiyle kullanmak üzere bahşetmiş ve acıtmama şartı ile sınırlamıştır. Koca hakkını, bir başka gaye ile veya sınırı aşacak şekilde kullanırsa hakkın konuluş gayesinden saptığı için, hakkını suistimal etmiş olmaktadır[62].

İzz b. Abdisselam, bu konuda şunları kaydeder: "Tedib hafif olan fiil ve söz ile meydana geldiği takdirde daha ağırına geçil-

59 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 288.

60 İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 232.

61 Bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, II, 334; İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 46; İbn C - zey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 217-218; Behûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, V, 467; Medkûr, *Nazariyyetü'l-İbâha*, s. 456; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 255.

62 Abdülkâdir Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâiyyu'l-İslâmî Mukârinen bi'l-Kânûni'l-Vaz'î*, Beyrut 1993, I, 516.

mez. Zira bu, bir başka gayenin oluşmasından dolayı faydası bulunmayan bir mefsedetten ibarettir."[63]

Aynı şekilde babanın, evlâdı üzerindeki tedib hakkını, gayrı meşru bir maksadı gerçekleştirme gayesi ile kullanması caiz değildir[64]. İzz b.Abdisselam, bu hususta da şöyle söylemektedir:

"Şayet çocuğun ancak acı veren dayak ile ıslah olması halinde, menfaatine olan terbiyenin temini için dövülmesi caiz olur mu, denilirse biz de şunu söyleriz: Bu caiz olmadığı gibi acı vermeyecek şekilde dövülmesi de caiz değildir. Zira acı vermeyen dayak da mefsedettir; ancak tedib maslahatına vesile olması halinde caiz olur. Bu şekilde de terbiye olmazsa şiddetli dayak gibi hafif dayak da ıskat olur, çünkü vesileler maksatlarının ıskatı ile ıskat olunur."[65]

Fukahâ, hakkın muayyen bir gaye için konulmuş bir vesile olduğunu kabul etmiştir. Bundan dolayı hakkın gayesinin dışında, yani gayrı meşru bir maslahatı gerçekleştirmek için kullanılması caiz olmadığı gibi hafifi ile meydana geldiği takdirde daha ağırı ile tedib de caiz değildir[66].

Şafiî'ye göre her halükarda, küçüğün ölümüne veya sakatlanmasına sebep olan terbiyeci bu davranışının cezası ile mesul tutulur. Zira çocuğu terbiye onun vazifesi değil hakkıdır. Yapıp yapmama serbestisi bulunduğundan dolayı, hakkını kullandığı vakit neticeden sorumlu olur[67].

Mâlik ve Ahmed'e göre, tedib hukukî sınırlar içerisinde cereyan ettiği müddetçe terbiyede bulunan kimse mesul tutulamaz; ancak dövmenin şiddetli olup sınırı aşması halinde terbiyeci o fiilden cezaî bakımdan sorumludur.

Ebû Hanife'ye göre ise, kocanın karısının maruz kaldığı zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunduğu gibi, baba, dede ve vasî de küçüğün ölmesi veya bir yerinin sakat kalması halinde taz-

63 İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, II, 79.
64 Medkûr, *Nazariyyetü'l-İbâha*, s. 457; Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 470.
65 İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, I, 90.
66 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, VII, 305; İbn Abidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 375.
67 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 518.

minatla yükümlüdür. Ancak Hanefî mezhebinde tatbik ve amel edilen görüş, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşüdür ki, bu görüşe göre, baba, dede ve vasî tedib fiili ile izinlidirler; bu yüzden yapılmasına izin verilen fiilin meydana getirdiği neticeden de mesul değildir. Ancak Ebû Hanife ve talebeleri, velîsinin izni olmaksızın talebesini döven öğretmenin zaruretten dolayı sorumlu tutulamayacağını, izinsiz olarak dövüp sınırı aşması halinde mesul olacağını ileri sürmüşlerdir. Görülmektedir ki Ebû Hanife ve talebelerinin çocukların terbiyesi ile ilgili görüşleri neticede Mâlik ve Ahmed'in mezhepleri ile birleşmektedir[68].

Gayenin gerçekleşmeyeceği veya Şâri'in vazederken hedeflediği neticenin meydana gelmeyeceği zannı galip ile sabit olursa, hakkın kötüye kullanılmasına engel olunur. Çünkü maksat olmadığı veya düştüğü takdirde vesileye itibar olunmaz. Nitekim velayet maslahata menûttur. Devlet başkanı toplumun[69], baba çocuğunun, vasî yetimin, kefil kefil olduğu kimsenin menfaatini gözetmekle emrolunmuştur[70]. Velayet hakkının sahibi bu hakkı gayrı meşru maksatları gerçekleştirmek için vesile edinirse hakkını kötüye kullanmış olur ki velayet hakkının elinden alınması vâcib olur[71].

Çoğaltılması mümkün olan bu örneklerden anlaşılmaktadır ki, bir hak, kendisine hukuk düzeni tarafından takdir edilen amaç ve gayelerden saptırılarak kullanıldığı takdirde, bu kullanma ile başkasına zarar verilmemiş olsa dahi, yine bir "kötüye kullanma" söz konusudur ve hakkın bu şekilde kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır[72].

---

68 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 519.

69 İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*, II, 252; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, I, 369-378; Mahmud Abdülmecid Hâlidî, *Nizâmu'l-Hukm fi'l-İslâm*, Kuveyt 1980, s. 61; Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 561.

70 Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, II, 122; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, I, 146; Nedvî, *Kavâid*, s. 280; Medkûr, *Nazariyyetü'l-İbâha*, s. 455.

71 Nihat İnal, *Medenî Hakların Kullanılması*, Ankara 1994, s. 422.

72 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 322; Velidedeoğlu ve Akipek, bir hakkın kullanılması sonucunda, başkası bir zarar görmedikçe veya bir zarara uğraması tehlikesi söz konusu olmadıkça bir 'kötüye kullanma'nın söz konusu olamayacağını savunmuşlardır. Bkz. Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s. 341; Aki-

C- Hakkın Başkasına Zarar Verecek Biçimde Kullanılması

Modern hukuk doktrininde, bu üçüncü şartın aranmasının gerekli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, başkasına zarar verme maksadı ile yapılan ya da böyle bir kasıt olmasa bile başkasına aşikâr bir şekilde zarar veren kullanmaları, hakkın kötüye kullanılmasından ibaret gören hukukçuların varlığından sözetmek mümkündür[73].

İslâm hukukunda ise, hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, genellikle hakkın kullanılması sonucunda, başkası için bir zarar veya zarar tehlikesi meydana getirilmiş olması gerekmektedir.

"Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" şeklindeki genel kural, ister meşru, ister gayrı meşru bir fiil neticesi meydana gelmiş olsun, zararı vukuundan önce ve sonra mutlak olarak nefyetmektedir. Aynı zamanda fukahâ, "zarar bikaderil imkan def olunur" kaidesini muhtemel zararı önleme maksadı ile koymuştur[74] Nitekim sedd-i zerâi[1] prensibi, zararın, kendisine sebep olan unsurun haram kılınması suretiyle, defedilmesi esasına dayanır[75].

İslâm hukukçularının verdikleri izahlara göre, "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" kaidesindeki "zarar" kelimesinin kapsamı oldukça geniştir[76]. Nitekim bu prensibi şu cephelerden ele alarak tetkike tâbi tutmuşlardır[77]:

1-Bazı alimler, "zarar" ve "zırâr" terimlerinin aynı anlamda olup te'kid için peşpeşe geldiklerini ileri sürmüşlerdir[78].

---

pek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 156-157.

73 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 147; Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 142; Atalay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, s. 424; Tesal, *Hukukun Temel Prensipleri*, s.71; Baştuğ, *Hukukun Temel İlkeleri*, s. 142.

74 İsnevî, *Nihâyetü's-Sûl*, IV, 352; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 360; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 87; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 231.

75 Ebü'l-Abbâs Ahmed b. İdris el-Karâfî, *Şerhu Tenkîhi'l-Fusûl fî İlmi'l-Usûl*, Mısır 1307, s. 200; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 361-364; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 267-270; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 202; Ebû Zehra, *Mâlik*, s. 323-335.

76 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 265; İbn Ferhun, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 253; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, V, 261.

77 Abbâdî, *el-Mülkiyye*, s. 138.

78 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 168.

2-Meşhur olan görüşe göre, her iki kelimenin anlamları farklıdır. Ancak, bu farkı belirleme hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür[79]:

a- "Zarar" isimdir; "zırâr" ise "zarar"ın eyleme (fiile) dönüşmüş şeklidir. Bu bakış tarzına göre, "İslâmda zarar ve zırâr yoktur" kaidesinden, bizzat zararın hukuk tarafından nefyedildiği, başkalarına haksız yere zarar verme fiilinin de yasaklandığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

b- "Zarar", bir çıkar maksadı ile bir başkasına verilen zararı, "zırâr" ise herhangi bir menfaat söz konusu olmaksızın verilen zararı ifade eder. İbn Abdi'1-Berr ve İbn Salâh bu görüşü tercih etmişlerdir[80].

c- "Zarar", bidâyeten yani ilk olarak verilen zarar, "zırâr", buna karşılık olarak ve cezâen verilen zarar anlamlarına gelir ki her ikisi de caiz değildir[81]. "Zırâr" kelimesinin mufâale babından oluşu, "zarara karşılık verme" anlamını kazanmasına sebep olmaktadır[82]. Bu izaha göre, bu kaide iki hüküm ihtiva etmektedir:

Birinci hüküm, ilk defa zarar meydana getirmek, yani bir kimsenin, bir başkasının malına veya şahsına zarar vermesi caiz değildir.

İkinci hüküm, zarara karşı zararla mukabele olunmamasıdır. Meselâ, bir kimse diğerinin gerek malına gerek nefsine karşı bir zarar meydana getirdiğinde, zarar gören kimsenin zarara zararla karşılık vermeğe hakkı yoktur. Zararını ancak hakime müracaat etmek suretiyle kanun hükümleri icâbınca izâle ve tazmin ettirmesi gerekir[83]. Nitekim Mâlîkîler, komşuların birbirlerine verdikleri zararın izahını bu şekilde yapmışlardır.

d- "Zırâr", insanın kendi nefsine zarar vermek suretiyle başkalarına da zarar vermesidir.

---

79 Bkz. Seyyid Mirza Hüseyin Bocnurdi, *el-Kavâidü'l-Fıkhiyye*, Kum 1969, I, 174-189.

80 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 214.

81 Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Basâir*, I, 274; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 73.

82 Nedvî, *Kavâid*, s. 252; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 40.

83 Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 73.

e- Şafiî, "zarar yoktur" ifadesinin, kişinin vâcib olmadığı sürece malî mükellefiyetle sorumlu tutulamayacağı, "zırar yoktur" nehyinin ise zarar maksadı ile kişinin malı üzerinde tasarrufuna mani olunamayacağı anlamlarını ihtiva ettiğini ileri sürmüştür[84].

f- İbn Receb, "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" kaidesinin, sırf başkasına zarar verme kastıyla ile tasarrufta bulunma ile kişinin mülkünde menfaati icabı tasarrufta bulunup, başkasının zarara uğramasına sebep olması veya başkasının mülkünden istifade etmesine engel olarak zarar vermesi hallerini kapsadığı görüşündedir[85].

İbn Receb ve diğer alimlerin, bu kaidenin şerh ve izahı esnasında zarar ile ilgili olarak zikrettikleri misallerden anlaşıldığı üzere, hakkın bir başkasına zarar verecek veya zarar tehlikesi meydana getirecek şekilde kullanılması, hakkın suistimali sisteminin esas temelini teşkil etmektedir. Bu itibarla, hakkın, başkalarına zarar verecek şekilde kullanılmasının haram olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

II- HAKKIN SUİSTİMALİNİN ROLÜ

A- Hakkın Suistimali Yasağının Talî Yol Olması

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı, ancak kanuna dayanılarak hakkın kötüye kullanılmasının önlenememesi halinde, kanunda buna karşı hukukî bir korunma hükmünün bulunmadığı yerlerde uygulanır. Bu husus, İsviçre Federal Kurulunun Medenî Kanun tasarısını İsviçre Millet Meclisine gönderirken yayınladığı 1904 tarihli mesajında şu sözlerle açıklanmıştır: "Bir hakkın kullanılmasının açıkça bir kötüye kullanma (adaletsizlik) teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukukî yolların kapalı bulunduğu hallerde, hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibinin amacı, zaruretten doğan bir çıkış yolu ve olağanüstü bir imkan ve çare sağlamaktır."[86]

Gerçekten, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı, hakim için tehlikelerle dolu bir problem haline gelebilir. Bu prensibin ge-

84 Şafiî, *el-Ümm*, III, 222.
85 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 267-269.
86 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 307.

niş bir mikyasta uygulanması, hukukî ilişkilerde hukuk güvenliğini (hukukî emniyeti) ortadan kaldırabilir; böylece hakimin keyfî kararlar vermesi sonucu kanun hukukunun temelleri sarsılabilir. Diğer taraftan, mahkemelerdeki davalarda, taraflardan her birinin hakların kötüye kullanıldığını ileri sürmeleri çok görülen hallerdendir. Bu tehlikeyi önlemek için hakkın, doğru kullanılması ile kötüye kullanılması hallerini ayırdeden kriterleri tespit etmek suretiyle, dikkat, ihtiyat ve bilgi ile hareket etmek, takdir yetkisini kullanma esnasında hakime düşen en önemli görevdir[87].

Anlaşılmaktadır ki, hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun hükümlerinin katı uygulamasının götüreceği, adalete ve hakkaniyete aykırı, hayat ihtiyaçlarına uymayan gayri ahlâkî sonuçları önleyecek genel kural niteliğindedir[88].

B-Kanunu Düzeltme Fonksiyonu

Modern hukuk doktrininde, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı, kanundaki boşluklar çerçevesinde kanunu düzeltme görevi görmektedir. Bu noktada, özellikle, kanun kuralındaki eksik ve yanlışlarla, kanun kuralının yetersiz ve adalete aykırı olması söz konusu olmaktadır[89].

Kanun kuralının yetersizliği veya tatmin edici olmaması, toplum hayatındaki iktisadî ve sosyal değişmeler ve gelişmeler sebebiyle sonradan da meydana gelebilir. Burada, olayların gerçeğine ve belirli bir hukuk anlayışına yerleşilmek suretiyle, bu eksikliklerin giderilmesi ve kanunun düzeltilmesi gerekmektedir.

Bu anlayışa göre, belirli olaylar hakkında, kanun koyucu açıkça yanılmışsa veya kanunun yürürlüğe girmesinden sonra durumun değişmesi sonucunda, kanun koyma politikası, sosyal ve ahlâkî gerçekler açısından söz konusu kanun kuralı aşikâr olarak yetersiz bir hale girmişse, bunun uygulanmasını istemek veya uygulamak hakkın kötüye kullanılmasıdır[90].

87 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 146; Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 184.
88 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 348; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 20.
89 Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 175.
90 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 308.

III- UYGULAMA ALANI

Dürüstlük kuralı genellikle çağımızda bir hakkın toplumsal ve ekonomik özünü, görevini ve amacını güvenlik ve sosyal adalet sınırları içerisinde olmak üzere tayin etmekte, hakkın suistimali yasağı ise, uygulama yönünden, bunlara aykırı olan davranışları izlemekte ve bunları korumamaktadır[91].

A- Haklar

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının uygulama alanı oldukça geniştir. Bazı hakların kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği yolundaki fikir kabule şayan olmadığından dolayı, mutlak ve nisbî her hakkın kötüye kullanılma imkanının bulunduğunu ileri sürmek mümkündür[92]. Meselâ, sahibine sınırsız bir şekilde tasarruf etme yetkisi tanımak suretiyle en geniş aynî hak niteliğinde olan mülkiyet hakkının[93], nisbî haklardan sayılan miras ilişkilerinden doğan vasiyet hakkının[94], aile ilişkilerinden doğan erkeğin boşama hakkının suistimalinin[95] yasaklandığına dair Kur'an ve Sünnetten deliller mevcuttur.

İslâm hukukunda hakkın, "ibâha" kavramını da içine alacak anlamda, gayrı meşru bir gaye veya maslahat için kullanılması caiz değildir[96]. Nitekim fıkıh usûlü bilginleri, "berâet-i zimmet" şeklinde ifade ettikleri aslî olmayan yani mubah olduğuna dair nas bulunmayan ibahanın sebepleri arasında hakkın kullanımını da zikretmişlerdir. Zira hakkın suistimali, asl itibariyle şer'an izin verilen bir tasarrufta bulunma esnasında Şâri'in muradına aykırı hareket etmektir. İbâha ise, ihtisas (aidiyyet) söz konusu olmaksızın, faydalanmak üzere Şâri' tarafından verilen izindir[97].

---

91 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 145.
92 Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 168.
93 Genel kaide olarak kabul edilen "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" şeklindeki hadis, hak sahibinin mülkü üzerinde bir başkasına zarar verecek şekilde tasarrufta bulunmasını yasaklamaktadır.
94 Nisâ 4/12.
95 Bakara 2/231, 228.
96 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 27.
97 Muhammed Sellâm Medkûr, *Nazariyyetü'l-İbâha,* Beyrut 1984, s.113.

Hak, ibâhadan "ihtisas (aidiyyet)" özelliği ile ayrılsa da, her ikisi de sahiplerine, faydalanma gücü veya önce ihtisas daha sonra da kamu ortaklığı (şerike âmme) yoluyla şer'î bir faydalanma yetkisi bahşeder. Yani, hukuk düzeni içerisinde, ferde muayyen bir gayenin gerçekleşmesi için bahşedilmişlerdir. Bu gerçeğe göre hakkın suistimali nazariyesi ile uygunluğu ortaya çıkar ki, hakkın suistimali, hukuk tarafından tanınan bir hakkın, konuluş gayesinin dışında kullanımıdır. Bu durum, hak hususunda söz konusu olduğu gibi ibâha için de geçerlidir.

Hakkın mutlak olmadığına dair Kur'an'da, Sünnette, sahabe tatbikatında deliller mevcuttur. Fukahanın çoğunluğu da bu delillere dayanarak hakkın sınırlanması sonucuna ulaşırken, hakkın suistimalinin haram olduğunu benimsemişler ve bu hükmün kapsamına girme bakımından hak ve ibâha arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin örnekler vermişlerdir[98]. Nitekim, Şâtıbî'nin, maslahatın temini ve mefsedetin defi gayesi ile şer'an izin verilen fiilin sonucunda meydana gelen zararın mertebeleri ile ilgili izahı, bizi bu sonuca götürmektedir.

Bu bağlamda Şâtıbî malikin, arazi veya arsasından, caminin ihtiyacı bulunan kısmı satmaktan kaçınması gibi mülkiyet hakkının olumsuz bir şekilde kullanımı ile malı pazar dışında karşılayıp alma arasında da kamu menfaati açısından hüküm bakımından fark gözetmemiştir[99].

Hz. Ömer'in Muhammed b. Mesleme hakkında verdiği hüküm, ehl-i kitaptan olan yabancı kadınlarla evlenmeyi yasaklaması örneklerinde olduğu gibi, sahabe, fetvalarında ferd veya toplum gibi bir başkasına zarara sebep olduğu takdirde hakkın takyidi ile ibâhanın takyidini ayrı görmemişlerdir. Burada, ferde bahşedilen yetki göz önünde bulundurulmuştur. Zira bu yetki, ister mülkiyet hakkının ister ibahanın muktezâsı olsun, meşrudur. Her ikisi de asıl itibariyle hukuk tarafından yapılmasına izin verilmiş fiil mahiyetindedirler; fakat konuluş gayelerinin dışında

98 Behûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 104.
99 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 348.

kullanılmışlardır ki suistimal nazariyesinin muhtevası da bu çelişkiden ibarettir.

Bu noktada, aslen meşru bir tasarrufla, aslen gayrı meşru bir tasarruf arasındaki tabiat farkı şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ortaya çıkmaktadır. İkincisinin sırf i'tidâ ve tecavüz olduğunu incelemeye gerek yoktur. Hakkın suistimalinde aslen meşru olan tasarrufu incelemek gerekir. Şer'î rükün ve şartlarının mevcut olmasından dolayı tasarruf dış görünüş itibariyle meşru iken nasıl haram kılınabilir? Bu tahrim hangi fıkhi esasa dayanır? Bütün bu sorular, hak için olduğu gibi ibâha için de söz konusudur.

B- Hürriyetler

Hak ve ibâhanın tahlili ışığında, suistimal nazariyesinin tatbik sahası içerisine, özel ve kamu hürriyetlerinin de dahil olduğunu söylemek mümkündür. Batılı ve Arab hukukçular arasında bu konuda görüş birliği mevcut değildir. Fransız hukukçu Josserand, suistimal nazariyesinin, haklar gibi hürriyetlere de şamil olduğunu benimsemiştir. Enver Sultan, İsmail Ganim gibi bazı Arap hukukçuları, suistimal nazariyesinin, hak ve ibâha gibi hürriyetlere de şümulünü benimserken, Senhûrî, Abdu'l-Mun'im, Süleyman Merkıs gibi bazı hukukçular da nazariyenin kapsamının, kanunî anlamda muayyen haklara has kılınabileceğini ileri sürmüşlerdir[100].

Kamu ve özel (şahsî) hürriyetler, hakkın suistimali nazariyesi ile özellikle hayat hakkı konusunda örtüşmektedir[101]. Kârâfî, hayat hakkının, intihar gibi gayrı meşru bir maksatla ölüme neden olacak şekilde kullanımını, mal üzerinde onu zayi edecek şekilde tasarrufta bulunma gibi haram kabul etmiştir[102].

Nitekim, bazı fıkıhçılar, bey'ul-îneyi, sene sonuna yakın malın, zekattan kaçma gayesi ile hibesini ve hülle nikahını yasaklamışlar, hiçbir netice meydana getirmediğini öne sürmüşlerdir. Zira bu tür tasarruflar, evlilik ve ticaret hürriyetinin, konuluş gayesinin dışında kullanımıdır yani suistimalidir.

---

100 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 286-287.
101 Medkûr, *Nazariyyetü'l-İbâha*, s. 371,449.
102 Karâfi, *el-Furûk*, II, 140; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 323.

Görülmektedir ki, kişi malı ve kendisi ile ilgili tasarrufta bulunma hürriyetine sahiptir. Ancak her ikisi de toplumun menfaatini temin için birer vasıtadır. Meselâ, insanın, bu hürriyet sayesinde toprağı işleyip ürün elde etmesi, bir zanaatı icra etmesi, ticarî faaliyetlerde bulunması, muhtaç olanların ihtiyaçlarını gidermesi tamamen toplumsal menfaati temin niteliğindedir[103].

Hayat hakkı da, Allah (kamu) haklarındandır ki hiç bir suretle ıskatı caiz değildir. Bundan dolayı, aslen mubah olsa bile, Allah hakkını düşürmeye sebep olan her fiil gayrı meşru olur; zira bu durumda hakkın suistimali söz konusudur. Şâri[1], mubah kılınan hususların suistimalini önlemek için muhayyerliği, ibâhanın aslında değil nev' ve zamanlarında mümkün kılmıştır. Meselâ, Allah hakkı olmasından dolayı insanın hayatını korumak için yemesi görevidir. Hayatı korumak talep olunan bir durumdur, bu hususta herhangi bir muhayyerlik söz konusu değildir. Bu yüzden kişinin intihar etmek suretiyle hayatına son vermesi caiz değildir.

Aynı şekilde, erkek, kendisine helal olduğu takdirde, dilediği kadınla evlenme hürriyetine sahiptir. Ancak ondan talep olunan, sıhhat ve geçim yönünden muktedirse evlenmesidir. İnsanın iyi eğlencelerle oyalanma hürriyeti vardır. Fakat bütün vaktini eğlencede geçirmesi mubah sayılamaz.

Görülmektedir ki, suistimal ibâhanın bizzat aslında değil, türünde ve zamanlarında söz konusudur[104].

C- Diğer Uygulama Alanları

Hukukun bütününe hakim olan hakkın suistimali yasağı kuralı, bir hakkın fiilen kullanılmasında olduğu gibi, borç ilişkilerindeki irade beyanlarının yorumlanmasında ve tamamlanmasında da uygulanmasından anlaşılmaktadır ki[105], medenî huku-

103 Muhammed Selim Muhammed Gazevî, *el-Hürriyyâtü'l-Âmme fi'l-İslâm mea'l-Mukârene bi'l-Mebâdii'd-Düstûriyyeti'l-Ğarbiyye ve'l-Mârikîsiyye*, İskenderiyye ts., s. 134.

104 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 203-204.

105 Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk*, s.82.

ku, borçlar hukuku, icra ve iflâs hukuku, hatta idare hukukuna hakim, çok önemli bir umûmî prensiptir. Bu suretle, sözleşmenin ifası, talep ve dava hakları, iş hukukundaki uyuşmazlıklar, irtifak hakları, şayi' hisseli malın idaresi, basın serbestliğinin sınırları ve diğer bir çok haller bu nazariyenin tatbik sahasına girebilmektedir[106]. Özellikle ticaret hukukunda, sadece haklara münhasır kalmayıp, başkalarının ticarî unvan, işaret ve ihtira beratlarını kullanma, herhangi bir işverenin işçilerini, ticarî kuruluşların sırlarını yaymaya veya işten ayrılmaya teşvik etmek gibi alanlara da yayılmıştır[107].

IV. HAKKIN SUİSTİMALİNİN UYGULANAMAYACAĞI HALLER

A- Bir Hakkın Mevcut Olmaması

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için öncelikle, bir hakkın varlığı ve bunun kullanılması gerekmektedir. Bir kimsenin, herhangi bir hakka sahip olmaksızın bir tasarrufta bulunarak başkasına zarar vermesi durumunda hakkın suistimali söz konusu değildir; zira ortada bir hak mevcut değildir. Bu tür durumlarda, şartları gerçekleştiği takdirde, ancak haksız fiilden söz etmek mümkündür[108]. Nitekim Derînî, vârise veya malın üçte birinden fazlasının bir yabancıya vasiyette bulunulmasının, hakkın suistimali nazariyesinin çerçevesi içerisine giremeyeceğini ileri sürmüştür. Zira, vasiyet hakla, Şâri' tarafından belirlenen miktar olan, malın üçte biri dahilinde kullanılabilir. Bu sınırın aşılması durumunda, hakkın sınırları dışına çıkılmış olunur.

Vârise vasiyet de haddizatında bâtıl, asıl itibariyle nehyedilen bir tasarruftur ki aslen bâtıl olan bir fiilde hakkın mevcut olması imkansızdır. Hakkın suistimali yasağı ise hakkın bulunduğu durumlarda söz konusudur[109].

---

106 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 306; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassüf*, s. 224.

107 İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 227-232.

108 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 309.

109 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 106.

Hakkın suistimali nazariyesi, ancak, vâris olmayan bir kimseye, malın üçte birinin veya daha azının, mirasçılara zarar verme kastı ile vasiyette bulunulması durumunda gündeme gelir. Zira vasiyet, Şâri' tarafından aslen meşru ve mubah kılınmıştır. Meşru olan bir hakkın, zarar verme kastı ile kullanılmasının, o fiilin gayrı meşru sayılmasına sebep teşkil etmesi durumunda ise hakkın suistimali yasağı söz konusu olmaktadır[110].

B- Kanuna Karşı Hile

Bir emredici hukuk kaidesine aykın bir fiil veya hukukî muameleye uygulanacak müeyyideyi bertaraf etmek için hukuken caiz olan başka yollara başvurarak aynı sonuca ulaşmağa, "kanuna karşı hile" denilmektedir[111]. Bir başka ifade ile, "kanuna karşı hile", aslında zahiren meşru bir fiilin, kanunun nehyettiği neticeyi elde etme kasdıyla işlenmesi demektir[112]. Bu tanıma göre, "kanuna karşı hile"nin üç unsuru bulunmaktadır[113]: Muamelenin şekil itibariyle kanuna uygun yani meşru olması, şer'î esası ortadan kaldırmak ve şer'î maslahatla ters düşmek suretiyle kanuna aykırı netice elde edilmesi, hile kastı.

Bu tanımın ihtiva ettiği unsurları, İslâm hukukunda münakaşa konusu olan hülle, bey'u'1-îne, teverruk, şufa hakkının ıskatı gibi bazı kanuna karşı hile halleri üzerinde kısaca örneklendirmek mümkündür:

"Hülle" veya "tahlil", üç talâkla boşanmış bir kadının ilk kocasına helâl olmasını sağlamak amacıyla yapılan şeklî bir evlilik akdinden ibarettir[114].

Hülle nikahında, kanuna karşı hilenin bütün unsurlarını görmek mümkündür: Şekil bakımından hukuka uygun bir evlilik[115],

110 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 107.
111 Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 176.
112 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, IV, 201.
113 Saffet Köse, *İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hile (Hile-i Şer'iyye)*, (basılmamış doktora tezi), İstanbul 1993, s.105.
114 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 388.
115 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 388.

kanun koyucunun maksadına aykırı bir netice ve eski kocaya dönebilme maksadı yani hile kasdı[116].

Kur'ân-ı Kerîm, sahih hadisler ve sahabe tatbikatında, üç talâkla boşanmış bir kadının eski kocası ile evlenebilmesi için, bir başka erkekle sahih bir evlilik yapıp ikinci kocası onu boşadıktan sonra, iddet müddetini doldurması sonucunda eski kocasına helâl olacağı hükmüne varılmıştır[117].

Nitekim fukahânın çoğunluğuna göre, evlenip beraber yaşama niyeti ile değil de sırf eski kocası ile tekrar evlenmelerini mümkün kılmak maksadıyla, üç talâkla boşanmış bir kadınla mücerret bir nikah akdi yapmak dînî açıdan günah ve yasaktır[118]. Ancak fakihler, haram olmakla beraber, böyle bir akdin sahih ve bu evlilikten sonra boşanıp ilk kocaya dönmenin helal olup olmadığı hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir:

Evlenme akdi sırasında "helâl kılıncaya kadar" veya "bilâhere boşamak şartıyla" gibi bir şart açıkça ifade edilmiş olursa cumhura göre bu evlilik muteber değildir. Bu şekilde evlenen kadın boşansa da ilk kocasına helal olmaz. Ebû Hanîfe'ye göre ise, nikah akdi sahihtir, ancak şart hükümsüzdür. Bu yüzden ikinci kocanın kadını boşaması gerekmez. Zira, bu şartlar nikahın beraber yaşama, çoğalma ve iffeti koruma gibi maksatlarına aykırı olsa da akdi tamamlayan unsurlardan biri değildir. Bu yüzden fasit olan bu tür şartlar akdi bâtıl kılmaz[119].

Helâl kılma veya sonradan boşama şartını akit esnasında açıkça söylememekle beraber önceden bu hususta anlaşma yaparak

---

116 Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 106.

117 Bakara 2/230; Müslim, "Talâk", 1.

118 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 646; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkıîn*, IV, 349.

119 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 178; Muhammed b. Ahmed b. Sehl es-Serahsî, *el-Usûl*, Beyrut 1973, I, 130-131; a.mlf, *el-Mebsût*, VI, 9-10; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 48; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, III, 187-188; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 327 Muhammed b. Ömer Fahreddîn er-Râzî, *Mefâtîhu'l-Ğayb (et-Tefsîru'l-Kebîr)*, Kahire 1934, VI, 106; Kurtubî, *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'*ân, III,148; İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, IV, 32-35; İbn Abidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, II, 537-538.

bu niyeti taşıyan tarafların evliliği de cumhura göre bâtıldır; bu şekildeki akit kadını önceki kocasına helâl kılmaz. Ebû Hanîfe ve Şafiî akdin, dış görünüşünü göz önünde bulundurarak sahih olduğu görüşünü benimsemiş olsalar da bu maksatla yapılan akitlerin mekruh olduğunu kabul etmişlerdir[120]. Zira hülle, nikahın maksatlarına aykırı, hukuk politikası açısından zararlı bir akit olmasından dolayı, İslâm'ın tasvip etmediği, Hz. Peygamberin yasakladığı bir tasarruftur[121].

Kişinin hem faizin haramlığı ile ilgili hükme uyar gözükmek hem de istediği fazlalığı elde edebilmek maksadıyla ihdas edilen hilelerden biri de "bey'u'l-îne"dir. Bey'u'1-îne faiz yasağını aşmak ve faize ulaşabilmek maksat ve niyetiyle kişinin veresiye sattığı bir malı peşin olarak, sattığı fiyattan daha ucuza geri satın almasıdır. Bu tasarruf görünüş itibariyle sahih olsa da ribaya ulaşma maksadı ile hareket edildiğinden dolayı kanuna karşı hile mahiyetindedir[122].

Abdullah b. Abbâs ve Enes b. Mâlik, b'ey'u'l-înenin faiz yemek için ortaya konulmuş bir hile olduğunu ve Allah ve Resulü tarafından haram kılındığını ifade etmektedirler. İmam Muhammed de, bey'u'l-îneyi, faiz yiyenlerin ortaya attığı bir akit olarak tavsif etmektedir[123]. Nitekim İslâm hukukçularının çoğunluğu, böyle bir akdin İslâmın ruhuna aykırı olduğunu ileri sürmekle birlikte[124], cevazına dair de ferdî mahiyette içtihatlarda bulunmuşlar, özellikle Şâfiî, hukukî açıdan geçerli bir akit olduğunu ileri sürmüştür[125].

---

120 Ebü'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr Merginânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Beyrut 1990, II, 289-290; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkıîn*, III, 315; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, IV, 202; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 417; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 327; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 138-139, 141, 143; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 259-260; a.mlf., *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 223.

121 Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Âsâr*, s. 236-237; Şah Veliyyullah ed-Dihlevî, *Huccetullâhi'l-Bâliğa*, Beyrut 1990, II, 370.

122 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 390.

123 Şâfiî, *el-Ümm*, III, 68; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 40-47; İbn Abidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 269.

124 Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 420.

125 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkıîn*, III, 323.

Teverruk ise paraya ihtiyacı olan bir kişinin, borç para verecek birisini bulamaması halinde, bir kişiden -maksadı bu mal olmadığı halde- veresiye bir mal satın alıp, aldığı kişinin dışında birisine daha ucuza peşin olarak satmasıdır. Cumhur, riba kastı ve şekli bulunmadığından dolayı teverrukun mubah olduğu görüşündedirler[126].

Şufa, satılan bir gayrimenkulu veya gayrimenkul hükmünde olan bir yeri müşteriye mal olan bedel karşılığında, müşteri veya satıcısından alıp mülkiyetine geçirmek demektir. Şufa hakkı, sahibine satılan gayrimenkulu öncelikli olmak üzere cebren satın alma selâhiyeti vermektedir[127]. Ancak, zayıf bir hak olmasından dolayı, şufa hakkını çeşitli tasarruflarla düşürmek mümkündür. Şufa hakkını ıskat edebilmek için hile yoluna gitmenin caiz olup olmadığı konusu ise doktrinde münakaşa konusu olmuştur: Hanefi mezhebinde, Ebû Yûsuf, şufa hakkını, sabit olmadan önce hileye başvurmak suretiyle düşürmenin mekruh olmadığını ileri sürerken, İmam Muhammed tahrîmen mekruh olduğu görüşündedir. Hanefîler ise Ebû Yûsuf un görüşünü tercih etmişlerdir[128].

Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in bu konudaki görüşlerine gerekçe olarak ortaya koydukları sebep "zarar"dır. Ebû Yûsuf, kişinin kendi mülkiyetindeki bir malı başka birisine satmak zorunda olmasını mal sahibine verilen bir zarar olarak telâkki etmek suretiyle, şufa hakkına sebebiyet veren komşuluk, mülkiyet ve irtifak haklarında ortaklığın sabit olmadan hile ile düşürülmesinin mekruh olmadığı kanaatindedir.

İmam Muhammed ise şufa hakkının, hak sahibinden zararı defetmek için meşru kılındığından hareketle, şufa hakkının düşürülmesinin tahrimen mekruh olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna göre şufa hakkını hile ile düşürmek bu hakka sahip olana verilen

126 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkıîn*, III, 170.

127 Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, III, 20; Muhammed Ebû Zehra, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire ts., s.150; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 92; Mecelle, mad. 950.

128 Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 240; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, V, 35; İbn Abidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 156; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 432.

bir zarar mahiyetindedir. Zira, böyle bir davranış, İslâm hukukunun ruhu ve genel prensipleri ile bağdaşmamaktadır[129].

Örneklerde de görüldüğü üzere kanuna karşı hile, hakkın kötüye kullanılması kavramı ile bazı yönlerden benzerlik arzetse de, bu iki mefhumun aynı mahiyette olduğunu kabul etmek mümkün değildir[130]. Hakkın suistimali ile kanuna karşı hile arasındaki mukayeseyi şu şekilde özetlemek mümkündür[131]:

1- Benzerlik Ebû Zehra, Ebû Hanîfe, s.42arzeden yönleri:

a- Her iki muamele de şeklen meşru, fakat ruhen hukuka aykırıdır. Bu yüzden, öz itibariyle hukuka aykırı birer fiil teşkil etmek bakımından her iki mefhum da ortaktır[132].

b- Her iki kavram da hukukî açıdan, ciddiyetle tahakkuk ettirilecek muameleleri ifade ederler ve zaten bizzat bu hukuki neticeleri elde etmek için yapılmışlardır. Bir kanunun tatbik sahasının dışına çıkmak veya komşuya zarar verme gayeleri ancak bu muamelelerin gerçekten hukuki neticelerinin meydana gelmesiyle gerçekleşebilir.

c- İki muamele de aşikar olarak ve ciddi bir niyetle yapılır. Birisinde muayyen bir kaideye ötekinde muayyen bir hakka dayanıldığı ısrarla ilan ve iddia edilir.

d- Her iki muamelenin sâiki de gayrı meşru hedeflere müteveccihtir[133].

2- Farklılık arzeden yönleri:

a- Hakkın suistimalinde bir subjektif hakkın varlığı şarttır. Kanuna karşı hilede, muamelenin yapılması için mutlaka bir hakka istinat şartı aranmaz.

Kanuna karşı hilede, başka bir hukuk kaidesinin hükmünden kaçma gayesi ile, gayesinden inhiraf ettirilen hukukî bir prensip

129 Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 394.
130 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 310.
131 Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 132-134.
132 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 387; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 263.
133 Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile*, İzmit 1950, s. 228-229.

söz konusudur. Halbuki hakkın suistimalinde amacına aykırı bir şekilde kullanılan, şahıslara tanınmış olan haklardır.

b- Hakkın suistimalinde, failin ciddi bir menfaatinin temininden ziyade başkalarının ızrarı söz konusudur. Kanuna karşı hilede ise aslolan bizzat failin ciddi bir menfaatinin teminidir. Başkasına zarar verme maksadı umumiyetle bulunmaz[134].

c- Hakkın suistimalinde muayyen bir subjektif hakkın sosyal hudutlarının dışına çıkıldığı halde tamamen içinde kalındığı iddia edilir. Kanuna karşı hilede ise ruhu ihlal edilen normun sosyal gayesi bakımından yani vazettiği memnûiyet bakımından tamamen tatbik sahası içinde bulunulduğu halde dışına çıkıldığı iddia edilir[135].

Özetle ifade etmek gerekirse, hakkın suistimalinde gayesinden inhiraf ettirilen şey bir hak veya yetkidir. Kanuna karşı hilede ise inhirafı bahis mevzuu olan şey bir kanun hükmüdür ve bu inhiraf bir başka maddeden kaçmak için yapılmıştır[136].

---

134 Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. l84.

135 Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile,* s. 230; Reşit Belgesay, *Devletler Hususi Hukuku - da Adliye*, İstanbul, 1937, s. 54; Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 398-399.

136 Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile,* s. 236.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKKIN SUİSTİMALİNİN GÖRÜNÜMLERİ ve HAKKIN SUİSTİMALİ YASAĞINA BAĞLANAN SONUÇLAR

I- HAKKIN SUİSTİMALİNİN GÖRÜNÜMLERİ

A- Hakkın Başkasına Zarar Verme Kastı ile Kullanılması

Bir hakkın sırf başkasına zarar verme kastı ile kullanılması halinde, bir "kötüye kullanma"nın söz konusu olacağı kuşkusuzdur[1]. Bu yüzden, ızrar kastı, hakkın suistimal edilme hallerinin en vazıhıdır. Zira hakların konuluş amacı, insanlara zarar vermek değil, onların ihtiyaçlarının giderilmesi, menfaatlerinin yerine getirilmesidir (mesâlihu ibâd). Hakkını başkasına zarar verme maksadı ile kullanan kimse ise, Şâri'in hakları vaz'etmekle hedeflediği gayeye aykırı hareket etmiş olmaktadır. Nitekim ızrar kastı, "İslâm'da zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" kaidesine göre, def edilmesi gereken bir mefsedet mahiyetindedir[2].

1 Senhûrî, *el-Vasît*, I, 844; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 323.

2 Abbâdî, *el-Mülkiyye*, s.141; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 137.

İslâm hukukunda, genel olarak, hükümler, faillerin maksadına göre tesis edilir. "Ameller niyetlere göredir", "bir işten maksad ne ise hüküm ona göredir" (mad. 2) şeklindeki kaideler gereğince, hakkını kullanan kimsenin bu esnada hedeflediği gaye ile "makâsıd-ı şerîa" arasında uygunluk bulunması gerekmektedir[3].

Hakkın başkasına zarar verme kastı ile kullanımının tipik örneklerini komşuluk ilişkilerinde görmek mümkündür: Meselâ, bir kimsenin kızdığı ya da hoşlanmadığı bir komşusunun manzara görmesini önlemek ya da evinin güneş almasını engellemek maksadıyla, kendi arsasının sınırında komşu evin yüksekliğince bir duvar diktirmesi halinde "mülkiyet hakkının kötüye kullanılması" söz konusudur[4].

Aynı şekilde, komşusunun, sınırına yakın bir yere, kuyusunun suyunu çekmesi maksadı ile bir kuyu kazmak, oturmasını imkansız hale getirecek şekilde kötü kokular yaymak gibi davranışlar mülkiyet hakkının başkasına zarar verme maksadı ile kullanılması mahiyetindedir[5].

Allâh Teâlâ "zarara uğratılmaksızın edilen vasiyetten veya borçtan sonra" buyurmak suretiyle, hukukî tasarruflarda bulunma esnasında başkalarını zarara uğratma kasdı ile hareket etmeyi istisnaî olarak ifade etmiştir. Meselâ, ölüm halinde olan kimsenin, bir mâni ortaya koyma hakkı olduğu düşüncesiyle, vârislerin mahrumiyetini ya da haklarının azalmasını kastederek, onlardan biri lehine borç ikrarında bulunması veya mirasçı olmayan birine üçte birden fazla vasiyette bulunması, ızrar kastı bulunduğundan dolayı ittifakla menedilmiştir[6].

Şunu da ilave etmek gerekir ki, bir hakkın kötüye kullanıldığını kabul etmek için, failin zarar verme kastı ile hakkını kullanması zarurî bir unsur değildir. Hakkın kötüye kullanılmasına dair bir çok olayda böyle bir kastın varlığının müşahede edilmesi, bu-

3 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 331-332; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 5; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 140.
4 İbn Cüzey, el-*Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 346; Behûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 409.
5 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 290.
6 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 290.

nun zarurî bir unsur olduğunu ifade etmez. Bundan sonraki başlıklarda görüldüğü üzere, zarar verme kastı olmadan da hakkın kötüye kullanıldığının kabul edildiği haller mevcuttur[7].

B-Hakkın Kullanılmasında Meşru Menfaat Yokluğu

Bir hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığı tesbit edilirken, çıkar durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Hakkını kullanmakla başkasını, zarar veya zarar tehlikesiyle yüzyüze bırakan hak sahibinin, hakkını kullanmakta hukuk düzeni tarafından korunmağa değer, bir başka deyişle meşru bir çıkarı bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Meşru bir menfaatin bulunması halinde, hakkın kötüye kullanılmış olduğu sonucuna ulaşılmaz[8]; ancak hak, sahibine kullanma sonucu hiçbir yarar sağlamıyor, hakkın kullanılması herhangi bir çıkarın korunmasını öngörmüyorsa, böyle bir durumda hak kötüye kullanılmış olarak kabul olunmalıdır[9].

Bir hakkın, hak sahibine yararlı olmayacak bir tarzda kullanılmasının klasik örneği, kıskançlık duvarıdır. Bu durumda, (A)'nın manzara görmesini önlemek isteyen malik (B)'nin, kendi arsasına yaptıracağı yüksek duvar, aslında mülkiyet hakkının, hak sahibine yarar sağlamayacak bir biçimde kullanılması olup, bir "kötüye kullanma"dan ibarettir[10].

Vasiyet, emzirme ve ric'at hakkının kötüye kullanılmasını yasaklayan deliller, başkasına zarar sonucu doğurduğu takdirde sahibine bir menfaat vermeyen hakkın kullanımına mani olmaktadır[11]. İslâm hukukunda, bu kural, gasb, kazâî tatbikat, icâre ve irtifak hakları gibi hususlarda tatbik edilmiştir[12]:

Bir kimsenin, başkasına ait bir arsa üzerinde, arsa sahibine ait malzemeleri kullanarak bir bina inşâ etmesi durumunda, gâsıbın

7 Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 170.
8 Senhûrî, *el-Vasît*, I, 847.
9 Köprülü, *Medeni Hukuk*, s.147; Baştuğ, *Hukukun İlke ve Kavr*amları, s. 142; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 314; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 324.
10 İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 264; Behûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 413.
11 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 248.
12 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 288.

binayı yıkarak mal sahibine arsasını ve malzemesini gasb gününde olduğu gibi aynen iadesine izin verilemez.

Yine aynı şekilde, başkasına ait bir kumaşı gasbedip kıymetli bir boya ile boyayan kimsenin, kumaşı satarak, boyasız haldeki kıymetini sahibine verip üstünü alması adalete daha uygundur[13]. Zira gâsıbın dahi malını gasb etmek caiz değildir. Şu halde gâsıbın, gasbettiği mal üzerinde kendi fiili ile meydana gelmiş olan kıymet fazlasından hakkını alabileceği kabul edilmektedir. Aynı zamanda, malı gasbolunan kimsenin de bu malı aynen geri isteme hakkı vardır. Fakat, her iki hakkın, sahiplerine bir menfaat temin ettikleri takdirde kullanılabilmesi mümkündür[14]. İslâm hukukçuları, bu meseleyi çözüme kavuştururken nasafet esasından ilham almışlardır[15].

Bir kimsenin, vakfa ait olan bir evi kiraladıktan sonra yıkmak veya eski halini değiştirmek suretiyle fırın veya değirmen inşâ etmesi durumunda, şayet yapılan bu değişiklik vakfa faydalı yani vakfın gelirini arttıracak nitelikte ise, yeni yapılan yer vakıf için alıkonulur, kendisinden bu fazla kıymet nisbetinde kira bedeli istenilir. Bu yapının vakfa herhangi bir faydası dokunmuyorsa, gâsıb, binayı önceki haline dönüştürmeye icbar olunduğu gibi, vakıf malını değiştirdiği için ta'zir cezası ile cezalandırılır.

Yine bu kabilden olarak, bir kimse ağaç dikmek veya bina yapmak üzere muayyen müddetle mütevellisinden bir tarlayı kiraladıktan sonra, eğer vakıf için bir zarar söz konusu değilse, kira müddetinin sona ermesi halinde, kiracı bu tarlanın ecri mislini vererek ağaçları ve binayı ibkâ ettirebilir. Kendi lehlerine vakıf yapılmış olan kimselerin bunu istemelerinin hükmü yoktur[16].

Aynı esasın, muhakeme usûlünde de tatbik edildiği gözlenmektedir. Nitekim müşterek mülkiyette, diğer şerikleri zarara sokma kastı ile açılan taksim davalarının reddi icab edeceğinde İslâm hukukçuları müttefiktir[17].

---

13 İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 336; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, I, 283.

14 İbn Rüşd, *el-Mukaddimât*, II, 495-499; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 45.

15 Bkz. *Mecelle* mad. 881-911.

16 İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 181; Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 119.

17 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 291; Celâlüddîn b. Abdirrahman b. Ebî Bekr

Aynı şekilde, İslâm hukukunda, alacaklı hakim huzurunda, alacağının miktarını ispat ettikten sonra borçlusunun hapis ile tazyik olunmasını ve onun aciz halde bulunduğunun ilan edilmesini istemek hakkını haizdir. Fakat eğer borçlunun malı olmadığı anlaşılırsa hakim müddeînin hapis hakkındaki talebini reddetmeye mecburdur. Çünkü, İslâm hukukçularına göre borçlunun hapsinden maksat ona ceza vermek değil; belki borcun ödenmesini sağlayacak miktarda malı olduğunu itiraf ettirmektir. Hiçbir malı olmadığı anlaşılan bir kimsenin hapsen tazyiki durumunda hapis talebi hakkı, alacaklıya hiçbir fayda temin etmediğinden dolayı suistimal edilmiş bir hak mahiyetini alır ki buna cevaz yoktur. Bu yüzden borçlunun hacri konusunun da hakkın suistimali ile ilgili esaslara göre tanzim edildiğini söylemek mümkündür[18].

Nitekim borçlu, hacrolunmak suretiyle, alacaklılarını ızrar etmesini önlemek için satış, ikrar gibi gerek kavlî ve gerek fiilî tasarruflarda bulunmaktan men'olunur. Borçlunun hacrolunma sebebi, alacaklılarını zarara sokmamak ve bu suretle onların haklarını iptal etmemek olduğu gibi, hacrolunan kimsenin menfaatlerini de korumaktır. Haciz sebebinin bulunduğu ve fakat hacir kararının verilmediği bir zamanda malını tam kıymeti ile satmış olan bir kimsenin yapmış olduğu bu muamele iptal edilemez. Şu halde hacrin istihdaf edindiği gayeyi ihlâl etmeyen bir hukukî muamelenin iptalini istemek hakkın suistimali olur[19].

Hakim, -bütün mezheb imamlarının ittifakı ile- mahkemede davacının, beyyine mevcut iken davalıdan yemin talebini kabul edemez. Zira böyle bir hakta herhangi bir menfaat mevcut değildir; menfaatin bulunmaması da zarar kastına karine olarak kabul edilmiştir[20].

---

es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûi Fıkhi'ş-Şâfiiyye*, Kahire 1959, s. 85; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, I, 286; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 39.

18 İbn Rüşd, *el-Mukaddimât*, II, 318.

19 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 495, 505; Karâfî, *el-Furûk*, III, 2; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, I, 281; İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 180, 189-191; Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 120-121.

20 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 294-295; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, I, 137; İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 154; Şevkânî, *İrşâdü'l-Fuhûl*, s. 217.

Komşuluk ilişkilerinde, malikin mülkiyet hakkına binaen, bir menfaat elde etmediği gibi kendisine herhangi bir zararı da dokunmadığı halde, komşusunun irtifak haklarını kullanmasına mani olması durumu, hakkın suistimali kavramının çerçevesi içerisine girmektedir.

İbn Rüşd bu meseleyi şu şekilde örneklendirmiştir:

Bir kimsenin, komşusundan, zarar vermemek üzere, bir ihtiyaçtan dolayı kazık çakmak için duvarını ariyet olarak istemesi hususunda ihtilaf olunmuştur. Yani bu durumda ariyet alanın menfaati bulunmakta, veren ise herhangi bir zarara uğramamaktadır. Ariyetin yapısından dolayı, Mâlik ve Ebû Hanîfe böyle bir davranışın caiz olmadığını ileri sürerlerken; Şafiî, Ahmed, Ebû Sevr ve Dâvûd cevazına hükmetmişlerdir[21]. Caiz olduğunu kabul edenlerin delili şu hadistir:

Mâlik İbn Şihab'dan, İbn Şihab A'rec'den, A'rec Ebu Hureyre'den Rasulullah'ın şöyle buyurduğunu rivayet eder: "Sizden biri komşusunu, duvarına kazık çakmaktan menetmesin."[22]

Ayrıca Mâlik'in şu rivayetini de delil olarak kullanırlar: Dahhak b. Kays, el-Urayd isimli bir nehirden kendisi için bir su kanalı açar ve suyu Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçirmesi gerekir. Muhammed b. Mesleme buna izin vermeyince Dahhak şöyle der: "Bana neden mani oluyorsun? Buradan geçecek suyun başında ve sonunda yararlanacak olan sensin." Muhammed yine kabul etmeyince Dahhak durumu Hz.Ömer (r.a.)'a anlatır. Hz. Ömer, bunun üzerine Muhammed b. Mesleme'yi huzuruna çağırıp Dahhak'a izin vermesini emreder. Muhammed b. Mesleme yine razı olmayınca Hz. Ömer "kardeşini, sana zarar vermeyen, onun da menfaatine olan bir şeyden menetme" der. Muhammed yine reddedince Hz. Ömer," Allah'a yemin ederim ki, karnının üstünden bile olsa bu suyu oradan geçirecek" diyerek Dahhak'a izin verir[23].

---

21 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 263.

22 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 292; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 345.

23 Muvatta, "Akdiye", 25; Ebü'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd el-Bâcî, *el-Müntekâ Şerhu Muvattai'l-İmâm Mâlik*, Kahire 1913, VI, 45-46; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 292; Behûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 412.

Amr b. Yahya el-Mazenî'nin babasından naklettiği şu olay da bu görüşü destekler mahiyettedir:

"Babamın duvarında Abdurrahman b. Avfın su arkı vardı. İkisi de bunu duvarın bir tarafına nakletmek istediler. Diğer duvarın sahibi buna engel olunca Abdurrahman b. Avf durumu Ömer'e anlattı. O da suyun nakledilmesi şeklinde Abdurrahman b. Avf'ın lehine hüküm verdi."

Ebû Hanîfe ve Mâlik bu fetva ile amel etmemiş, "bir müslümanın malı(nı kullanmak) rızası olmaksızın helâl olmaz" şeklindeki hadisi esas kabul edip diğer delillerin nedb ifade ettiklerini ileri sürmüşlerdir. Diğer iki alime göre ise bu rivayetin genel ifadesi, diğer hadislerle, özellikle de Ebû Hureyre'nin hadisi ile tahsis edilmiştir. Mâlik'e göre bir delilin hem muhassıs hem de mendub olması mümkün olduğunda nedbe hamli evlâdır. Zira âmmın hâssa bina olunması, aralarında cem'in mümkün olmayıp tearuz vâki olduğu durumlarda söz konusu olur[24]. Nitekim, malikin mülkiyet hakkını herhangi bir zarara maruz kalmadığı halde suistimal ederek, irtifak haklarının kullanılmasına mani olmasından dolayı Hz. Ömer bu hükme varmıştır[25].

Bu uygulamalardan anlaşıldığı üzere, hakkın kullanımının sahibine yarar sağlamayıp başkasına zarar sonucu doğurması "ızrara tesebbüb" olarak kabul edilmiştir. Bu tesebbübe izin verilmesi ise Şâri'in hakkı vazediş maksadına aykırıdır. Zira hakkın zarar kasdı ile kullanılması, "hükümlerde mesâlihe itibar edilmesi" prensibine aykırıdır; "münâkaza" ise hakların suistimalinin özüdür[26].

C- Hak Sahibinin Çelişkili Davranışları

Prensip olarak bir kimsenin önceki davranışlarında tutarlılık bulunmasını gerektiren genel bir kural mevcut değildir[27]. Zira

24 Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 99; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 263-264; Behûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 311.
25 Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s.42; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 250.
26 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 244.
27 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 326.

insanlar doğuştan değişik hareket etme hürriyetine sahiptirler. Buna karşılık, bir hukukî ilişki esnasında, karşı tarafta haklı bir güven uyandırılmış olabilir. Bu durumda bu güvene aykırı ve değişik bir tutum veya davranış hakların kötüye kullanılması niteliğini taşıyabilir[28].

Bir sözleşme veya bir hukukî muamele ile açık veya zımnî yükümlülükler altına giren şahsın davranışlarının, gerek bu yükümlülüklerle çelişkiye düşmesi, gerek sözleşmenin diğer tarafının veya üçüncü şahsın bundan haklı olarak beklediği hususlarda bu yüzden aldanması, hakkın kötüye kullanılması sonucunu meydana getirebilir[29].

Nitekim İslâm hukuk doktrininde Şafiî ve Hanbelî hukukçuların kabul ettiği "meclis muhayyerliği" kavramı, tarafların birbirlerine zarar vermelerini, dolayısıyla hakkın kötüye kullanılmasını önleme amacıyla, akitlerde rızailik esasına getirilen bir kayıt niteliğindedir[30].

Yine aynı şekilde, akdin konusunun eksik veya kusurlu olduğu ifade edilmemiş veya "eksik ve kusurdan sorumlu değilim"[31] gibi bir şart ileri sürülmemiş ise, karşı taraf akdin mevzusunu eksiksiz, kusursuz, sağlam biliyor ve bu şekilde kabul ediyor demektir. Bu neticeye, insanların adet haline gelen davranışları ile eşyanın tabiatından yola çıkılarak ulaşılmaktadır[32].

Nitekim bu husus, Mecelle'nin 337. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Bey'i mutlak ile satılan bir malın ayb-ı kadîmi tebeyyün ettikte müşteri muhayyerdir; dilerse reddeder ve dilerse semen-i müsemmâ ile kabul eder; yoksa malı alıkoyup da aybı için pahasını tenkis edemez; işte buna hıyâr-ı ayb denir."

521 Hanefî hukukçular, müşterinin fesh hakkını kullanmadan önce aybın giderilmesi, yok olması durumunda satıcının rızası

28 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 315; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 327.
29 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s.315-319; Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 173.
30 Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. 146.
31 İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 290.
32 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 130.

olmaksızın muhayyerliğin söz konusu olmayıp akdin bağlayıcı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Zira müşteriye akdi fesh hakkının tanınmasının sebebi, akdin mevzûsunun kusurlu olmasından dolayı uğrayacağı zararı bertaraf etmektir. Kusur ortadan kalkınca, herhangi bir zarar da bahis mevzuu olamaz. Nitekim bu husus "mâni zail oldukta memnu' avdet eder" (mad. 24) şeklinde kaideleştirilmiştir. Bu durumda müşterinin, pişmanlık, fiyatı düşürme gibi nedenlerle fesih hakkında ısrar etmesi, bu hakkın konuluş amacına aykırı bir surette kullanımı niteliğinde olduğu için hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır[33].

D- Hakkın Kullanılmasının Sağlayacağı Menfaat ile Başkasına Vereceği Zarar Arasında Aşırı bir Nisbetsizlik Bulunması

Hakkın kullanılması, karşılıklı edimlerin îfâsında önceden kestirilemeyen durumlar sonucu, kullanan lehine ve diğer taraf aleyhine olmak üzere çok önemli bir nisbetsizlik, dengesizlik meydana getirmişse ve bu şekilde kullanmada ısrar edilmesi diğer tarafı iktisaden çok güç bir duruma sokacaksa, hak kötüye kullanılmış olarak kabul edilmelidir. Bu yüzden bir hakkın kullanılması çeşitli yol ve imkanlarla gerçekleşebildiği takdirde, hak sahibi bunların kendisine yüklediği gider ve yükümlerde belirli bir fark olmamak kaydı ile başkalarına en az zarar veren yolu seçmelidir. Aksine davranışta bulunulması halinde hakkın kötüye kullanılmış olarak nitelendirilmesi mümkündür[34].

İslâm hukukunun en köklü ve en genel kaideleri arasında yer alan "defi mefâsid ve celb-i mesâlih" şeklindeki prensip, daha önce de belirttiğimiz üzere, ya yarar sağlama, ya zarara engel olma veya her ikisini aynı anda gerçekleştirmeyi hedef edinmektedir. Şayet, hakkın kullanılmasından doğacak zarar, hakkın kullanılmasından elde edilecek yarara eşitse, yarar tercih edilerek hakkın kullanımına mani olunamaz[35]. Meselâ, Hanefî mezhebinde komşusunun

33 İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 151-153; Zerkâ, *Sıyâga Kânûniyye*, s .47-48.

34 Köprülü, *Medeni Hukuk*, s. 147; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 314; Oğu - man, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 171-172.

35 Senhûrî, *el-Vasît*, I, 844; Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, I, 48.

kuyusundaki suyu çekse bile kişi, kendi mülkünde kuyu açabilir. Zira burada ikinci malikin kendi mülkünde kuyu açmakla sağladığı menfaat ile birinci malikin uğradığı zarar eşit değerdedir. Bu durumda kişinin hakkını kullanmasına engel olunmaz[36].

Şayet, hakkın kullanılmasından doğacak zarar, hakkın kullanılmasından elde edilecek yarardan fazla ise, "defi mefâsid celb-i menâfı'den evlâdır" (mad. 30), "zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur"(mad. 26), "zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur"(mad. 27) kaidelerince verdiği zarar, faydasından daha çok olan fiilin tazmini gerekir[37].

"Celb-i menâfi' ve defi mefâsid" prensibinin alt başlıkları konumunda olan, bu kaideler, özel hukukun kendi içindeki çelişkileri, özel menfaat ile kamu menfaati arasındaki dengesizlikleri yok etmektedir[38]. Nitekim bu mevzunun sünnetteki temeli, Hz. Peygamberin şu uygulamasıdır:

Semure b. Cündüb'ün, ensardan birinin bahçesinde bir hurma ağacı bulunur. Adam, bahçesinde, eşi ile birlikte oturmaktadır. Semure'nin, hurma ağacının yanına girip çıkmasından dolayı bahçenin sahibi rahatsız olur ve Semure'den bu ağacı kendisine satmasını ister. Semure adamın teklifini reddedince, adam durumu Hz. Peygamber'e anlatır. Bunun üzerine, Hz. Peygamber, Semure'den, ağacı bahçe sahibine satmasını taleb eder. Semure yine kabul etmeyince, Hz. Peygamber ağacı söküp bir başka yere nakletmesini ister. Bunu da kabul etmeyince, Allah'ın kendisine vereceği ecir karşılığında ağacı hibe etmesini teklif eder. Semure buna da razı olmayınca, Hz. Peygamber, " sen ızrar ediyorsun" buyurarak, ensârîye, hurmayı dibinden sökmesini emreder[39].

Hz. Peygamber'in, verdiği bu hükmün illeti şüphesiz ki "zarar"dır. Zira, Semure, Hz. Peygamber'in iki hak arasında denge kurma maksadı ile sunduğu teklifleri reddetmiştir. Bahçe sa-

36 *Mecelle*, mad. 1291.
37 İsnevî, *Nihâyetü's-Sûl*, IV, 101.
38 Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 84-87; Nedvî, *el-Kavâidü'l-Fıkhiyye*, s. 276; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 233.
39 Ebû Davûd, "Akdiye", 31; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 290-291.

hibinin hurma ağaçlarının kendi bahçesinde kalması sonucunda uğrayacağı zarar, hurmaların sökülmesinden meydana gelen zarardan daha ağır nitelikte olduğundan dolayı, hurmaların sökülmesi hükmüne varılmıştır[40]. Nitekim fıkıh, kıyas ve maslahatın gereği de budur[41].

Yine aynı şekilde bir kimsenin başkasının ağacını gasbederek inşa etmekte olduğu binanın bir tarafında kullanması durumunda, şayet binanın kıymeti gasbolunan ağacın kıymetinden çok ise, gasbeden ağacın kıymetini vererek ağaca sahip olur. Her ne kadar sahibinin rızası olmadan ağaca sahip olması bir zarar meydana getirmiş olsa da binayı yıkmak suretiyle ağacın sahibine iade edilmesi, bina sahibi olan gâsıbın daha büyük zarara uğramasına neden olacağından zarar-ı eşeddin zarar-ı ehaf ile izâlesinin gerekli olduğunu ifade eden kaide gereğince gâsıb gasbettiği ağacın kıymetini vererek temellük eder[42].

Verilen örneklerden anlaşılmaktadır ki, ferdin hakkını, hukukî açıdan gözetilmeye daha layık olan bir çıkar ile çelişecek bir şekilde kullanması genel esaslarla uyum arzetmemektedir. Bu yüzden, kişinin, Şâri' tarafından himaye edilen bir menfaate, kendi menfaatini tercih ederek hakkını kullanması durumunda bir suistimal söz konusudur. Zira hakkın konuluş gayesi, mücerret olarak ferdî menfaatin temini değildir.

İslâm hukuku, hakkın temel prensipleri ile çelişecek şekilde, yani başkalarına zarar verecek şekilde kullanılmasına müsaade etmemektedir. Bu noktada hak, kullanılması sonucunda sahibine sağlayacağı yarar, başkalarına verdiği zarardan daha önemsiz olması itibariyle konuluş gayesine aykırı olarak kullanılmasından dolayı kötüye kullanılmış olarak kabul edilir[43]. Zira başkasının, hakkın kullanımından dolayı meydana gelen zarara tahammül etme zorunluluğu adaletin temel esasları ile bağdaşmamaktadır[44].

---

40 Nedvî, *Kavâid*, s. 255; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 234.
41 İbn Kayyim el-Cevziyye, *Turuku'1-Hukmiyye*, s.310; Zerkâ, *Sıyâğa Kânûniyye*, s. 37.
42 Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle*, s. 51.
43 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 266.
44 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 350.

E- Hakkın Kullanılması Sonucunda Umumî bir Zarar Meydana Gelmesi

Hakkın, sosyal ve ekonomik düzene ilişkin bir yarar ve çıkarı sarsacak veya ortadan kaldıracak bir şekilde kullanılması, kötüye kullanma olarak dikkate alınmalıdır[45]. Bu durumda hakkın sosyal fonksiyonundan inhiraf ettirilmesi söz konusudur. Zira bir hak, kullanıldığı sosyal çevreden ayrı olarak düşünülemez[46]. Toplum tarafından fertlere verilen haklar bizzat toplum zararına olarak kullanılamazlar. Şüphesiz, haklar hak sahiplerine, kendi menfaatleri icabı verilirken toplumun menfaatini temin gayesi de güdülmektedir[47].

Hakların sosyal fonksiyonu, hukuk nizamı tarafından bunlara konan birtakım sınırlamalarla ve hakkın kullanılması sosyal açıdan tatmin edici değilse hukuk nizamının buna müdahale etmesi ile gerçekleşir. Şu halde, hakların kullanılması sosyal menfaate ve kamu kuvvetinin kontrolüne sıkı bir şekilde bağlıdır[48]. Bu noktada, hakkın kötüye kullanılması teorisi, yakın komşunun toplum sayıldığı düşünülerek, mülkiyet hakkının nisbîleştirilmesi suretiyle, toplum yararına uygun biçimde ve toplumsal sınıflar arasında denge kurma amacına yönelik bir biçimde kullanılmasını sağlamakta önemli bir fonksiyona sahiptir[49]. Nitekim hakların en kuvvetlisi ve en genişi olan mülkiyet hakkı konusunda, gerek kamu menfaatına ve diğer şahısların lehine olarak önemli sınırlamalar konmuştur.

Haklar sosyal menfaat ile sınırlı olduğu gibi kamu kuvvetinin de kontrolü altındadır. Mecelle bu fikri "zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur" (mad. 26) şeklinde kaideleştirmiştir. İslâm hukukunda bu kaidenin birçok tatbikatı vardır. Kamu maslahatları özel maslahatlardan önce geldiğinden dolayı ammenin zararının söz konusu olduğu durumlarda kişinin hakkını kullanmasına mani olunmaktadır[50]. Meselâ, malların pazar dışında kar-

45 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 147.
46 Akipek, *TürkMedenî Hukuku*, s. l83.
47 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 241.
48 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 241.
49 Sahnûn, *el-Müdevvene*, VI, 196-198; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 25; Esin Örücü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul 1976, s. 81-82.
50 İsmail Ömerî, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf*, s.179.

şılanarak pazara arzedilmeden alınması, şehirlinin köylü adına simsarlık yapması[51], selefin, zanâatkarların emin kimseler olmakla birlikte tazmin sorumluluğu ile mes'ul tutulmaları konusunda ittifak etmeleri, Hz. Peygamberin mescidini genişletme gayesi ile sahiplerinin rızası olsun olmasın gerekli yerleri istimlâk etmeleri ve benzeri uygulamalar bu kaidenin gereğidir[52].

Aynı şekilde insanlara hile öğreten müftü, cahil doktor ve müflis tüccar kendi sahalarındaki faaliyetlerinden menedilirler[53]. Çünkü bu durumda bulunan kişilerin verecekleri zararlar bütün topluma yöneliktir: Cahil doktorun zararı sağlığa, bilgisi bulunmayan müftünün zararı dine, müflis tacirinki ise maladır[54].

Keza, piyasadaki malı bir elde toplayarak fiyatların yükselmesine çalışan tüccarın, memleketi kaplayan açlığa rağmen mahsulünü satmaktan kaçınarak fiyatın yükselmesini bekleyen esnafın (muhtekir) elinde bulunan yiyecek mallarını devlet başkanı, bedelini ödemek suretiyle sahibinin elinden zorla alma veya sahibini bu malları satmaya icbar etme hakkına sahiptir. Zira karaborsacının malları elinde tutması, insanlara zarar vermektedir[55]. Devlet başkanının ise onu zarara sokmadan insanlara verilen zararı bertaraf etmesi gerekmektedir. Aynı zamanda, kamu yararı için özel zararlara katlanmak caizdir[56].

Cumhur ihtikârı yalnız gıda maddeleri ve hayvanların yemlerine tahsis ederken Mâlik ve Ebû Yûsuf, satılmaması halka zarar veren her türlü malda ihtikârın (stokçuluk) söz konusu olup, bu

51 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 162; Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, II, 118-121; İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 239-240; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, V, 188; Abdürrezzâk Senhûrî, *Mesâdiru'1-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâse Mukârene bi'l-Fıkhi'l-Ğarbî*, Kahire 1960, II, 90-91.

52 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 350, 352, 353; İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm*,II, 89.

53 Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 157; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, VII, 169; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 93.

54 Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 83; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, I, 281; Nedvî, *Kavâid*, s. 386.

55 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, V, 129; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 352; *el-Fetâvâ'1-Hindiyye*, (Bulak 1310'dan ofset) Beyrut 1400/1980, III, 214.

56 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 353; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, I, 369; el-Abbâdî, *el-Mülkiyye*, s. 147-148.

durumun umuma zarar vermesi sebebiyle yasak olduğunu belirtmişlerdir[57].

Hakim, malını satmayıp depolayan şahsa, kendisi ve aile fertlerinin ihtiyaçlarını ayırdıktan sonra kalan malları piyasaya arzetmesini emreder. Eğer satmamakta direnirse hakim onu ikinci defa uyarır. Yine kararında ısrar ederse hakim ona nasihatte bulunur, ikaz eder, hapseder, buna rağmer direnirse malları satmaya icbar eder[58]. Hatta, hakim, halkın helak olmasından endişe edilen bir durum ortaya çıktığında stokçuların malını elinden alıp halka dağıtabilir. Daha sonra halk imkan bulduğunda bu malları misliyle geri öderler. Çünkü bu durumda ızdırar söz konusudur ki; İslâm, ihtikârı haram kılmak suretiyle, hayatın zarurî unsurlarının elde edilememesinden dolayı toplumun maruz kalacağı zararı bertaraf etmeyi hedeflemektedir[59].

Hz. Peygamber (s.a.s.) müslümanların su, ot ve ateşten oluşan üç şeyde ortak olduklarını belirtmiştir[60]. Bu sebeple su çıktığı kuyuda veya yeraltındaki kaynaklarda olduğu müddetçe ondan istifade ve ihtiyaç duyduğu miktarına sahip olma hususunda herkes ortaktır ve eşit hakka sahiptir. Bu suyun bir mülk içerisinde bulunması ortak istifadeye engel teşkil etmez. Toprak sahibi, insanları bu suyu içmek, hayvanına içirmek, yıkanmak vb. şekildeki kullanmalardan alıkoyamaz. Yakınlarda başka su yoksa buna ihtiyacı olanları toprağına girmekten de menedemez. Bir arazide bulunan kaynaktan çıkıp başka arazilere doğru akan su, suladığı arazi sahiplerinin mülküdür. Ancak bu suda da insanların, arazi sulama değil, içme ve kullanma hakları vardır.

Sahipli ve sahipsiz arazide kendiliğinden biten ottan da herkes istifade edebilir. Fakat sahipli arazide, arazi sahibinin de ota ihti-

57 Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 16; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, V, 129; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 255; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 214; Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd Mevsılî,*el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul 1986-88, III, 115-116.

58 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, V, 129.

59 İbn Kayyim, *Turuku'l-Hukmiyye*, s. 284-285.

60 Ebû Dâvûd, "Buyû", 60; *Mecelle*, mad.1234; Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 97.

yacı varsa ve bunu yakınlardan karşılayamazsa başkasını bundan menedebilir. Yine sahipsiz arazide ateş yakan birisi, ısınmak, aydınlanmak isteyen kimseye mani olamaz[61]. Aksi takdirde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur.

Yıkılmak üzere olan bir duvarın umuma ait bir yola doğru eğrilmesi durumunda, ikaz edilen duvar sahibi, bunu yıkmaya icbar olunmasına rağmen duvarı yıkmaktan kaçınmasından dolayı duvar birisinin üzerine düşerse bundan sorumlu olur. Amme hukukuna taşan bu tür misallerden, hakkın topluma zarar verecek şekilde kullanılmasının hukuken yasak olduğu sonucuna varılmaktadır[62].

Özel maslahatın kamu maslahatı ile çelişmesi durumunda, malların pazar dışında karşılanarak pazara arzedilmeden alınması, şehirlinin köylü adına simsarlık yapması, âmm bir zarara sebebiyet vermesi halinde kitabî kadınlarla evlenme ve ihtikâr örneklerinde olduğu gibi ferd, hakkın konuluş sebebi olan meşru bir maslahatı kastetmiş olsa bile, hakkın kullanılmasına mani olunur. Zira kamu zararının takdirinde kast veya subjektif amillere bakılmaz.

Özetle ifade etmek gerekirse, İslâm hukukunda, adaletin en kuvvetli temsilcisi kamu maslahatıdır. Bu yüzden, ferdin hakkını ammenin menfaatlerini sarsacak şekilde kullanmasına müsaade edilmemiş; toplum düzenini sağlamak için kamu menfaati, şahsî çıkarların önüne geçirilmiştir.

F- Hakkın Kullanılmasının Fahiş bir Zarara Sebep Olması

Tafsîlî hükümlerin mevzularından veya vârid olan naslardan çıkarılan fıkhî kaideler, bize fıkıh mezheplerinin çoğunluğunun, arazi üzerindeki mülkiyet hakkını, komşu hakkına riayet hakkında Kitab ve Sünnette vârid olan naslara ve maslahata istinaden, fahiş zarar vermeme kaydı ile sınırladıklarını göstermektedir.

61 Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 96; Sahnûn, *el-Müdevvene*, VI, 189-196; İbn Receb, *Câmiu'l-Ulûm*, s. 292; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 21-22; *Mecelle*, mad. 1248-1261.

62 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 236-237; Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 121.

Zira, hakkın suistimali nazariyesi hakkın gayesi ile ilgilidir; hak ise insanlara fahiş zarar vermeye vesile olsun diye konulmamıştır. Bu durum İslâm hukukunun ferdin ve gayrın hakkını birlikte koruyan ruhu ve temel gayeleri ile bağdaşmamaktadır[63]. Bu yüzden İslâm hukukunda, hakkın başkasına fahiş bir zarar verecek şekilde kullanılmasına cevaz verilmemiştir.

Mecelle, bu konuya, aynî haklar dolayısıyla temas etmekte ve 1200. maddesinde, fahiş zararın, her ne şekilde olursa olsun engellenmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir.

Fahiş zararın mahiyetini ise "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" kaidesi ile ilgili verilen misallerden yola çıkarak açıklığa kavuşturmak mümkündür. Şöyle ki binaya zarar veren, binanın yıkılmasına sebep olan bir maldan elde edilmesi beklenilen esas menfaatleri ihlâl eden herşey fahiş zarardır[64].

Şu halde, etrafına duvar çekerek havasına, rüzgarına, ışık almasına engel olmak suretiyle bir binayı oturulamaz hale getirmek, bir evin bahçesini seyretmek için pencere açmak gibi davranışlar, fahiş bir zarara sebep olmasından dolayı hakkın suistimali olarak nitelendirilebilir.

Şunu da ilave etmek gerekir ki, fahiş zarar ölçütü sadece akarlar üzerindeki mülkiyet hakkının kullanılması esnasında söz konusu değildir; aynı zamanda akdî ilişkilerde de göz önünde bulundurulmaktadır. Meselâ, gabin halinde yani taraflardan biri, diğer tarafın, müzayakada bulunmasından veya bilgisizliğinden istifade ederek fahiş bir zarara sebep olan bir muamelede bulunmuş ise bu muamelenin butlanına hükmolunur[65].

Nitekim Hanefîler, özür nazariyesini, icâre akitlerinde de ele almışlar; Mâlikî ve Hanbelîler cevâihle ilgili akitlerin, beklenmeyen fahiş zarar meydana getirmesi durumunda, nafiz olmayacağına hükmetmişlerdir[66]. Zira özre mâruz kalmak suretiyle zarara

63 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 270.
64 İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 506.
65 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 122; Saymen, "Akit Yapmak Hakkının Suistimali", s. 556.
66 Sahnûn, *el-Müdevvene*, V, 25-39; Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 280.

uğrayan tarafın akdin neticesini uygulamaya zorlanması halinde, karşı taraf akit sayesinde elde ettiği hakkı elinde tutar. Bu durum, özre mâruz kalan tarafın zarara uğramasına sebep olacağından aralarındaki âdil dengenin bozulması sonucunu doğurur. Dengenin bozulması, netice itibariyle hakkın suistimalinin söz konusu olduğunun göstergesidir[67].

Bu itibarla, özür ve satın alma aktinden sonra ürünlere isabet eden âfet nazariyeleri, yükümlülüklerin yerine getirilmesinde karşılıklı menfaatler arasındaki dengeye riayet edilmesinin gerekliliği açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının fer'i sayılırlar. Zira, her iki nazariye de, hakkın suistimalini önlemek suretiyle adaletin temini maksadıyla, akitlerdeki rızailik prensibini bir takım kayıt ve şartlarla sınırlandırmaktadır[68].

Özetle ifade etmek gerekirse, hakkın kullanımı, kişilere ya da topluma yönelik olarak başkalarına fahiş zarar verme vesilesi olsun diye meşru kılınmamıştır. Aynı şekilde, sonuç olarak meydana gelen ağır bir zarara nisbetle önemsiz bir menfaati gerçekleştirmeye vesile edinilmesi için de meşru kılınmamıştır. Haklar bu gayeler için konulan vesileler olmadığına göre konuluş gayesi olan maslahatların dışında kullanımının, Şâri'in teşrîdeki maksadına aykırı olduğunu ifade etmek mümkündür.

II- HAKKIN SUİSTİMALİ YASAĞINA BAĞLANAN SONUÇLAR

A- Hakkın Suistimali Karşısında Hakimin Durumu

Yargıç, bir hakkın, vazediliş amacından saptırılıp saptırılmadığına ya da kullanılmasının başkasına zarar verip vermediğine, her olayın özel koşullarını inceleyerek, takdir yetkisi çerçevesinde, hakkaniyet esaslarına göre karar vermelidir. Ancak, hakimin hüküm verme esnasında, son derece özenle hareket etmesi gerekir[69].

---

67 Derînî, *el-Hakk ve Medâ Sultâni'd-Devle*, s. l43.

68 İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 267-268.

69 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 329 330; Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 184.

Hakkın suistimali ne geniş ne de dar bir şekilde tatbik edilmelidir. Geniş bir surette tatbik edilmesi halinde birçok haksızlıklara sebebiyet verilebilir; hukukî münasebetlerde mevcudiyeti zarurî olan istikrar haleldar olur ve netice itibariyle haklı olan ızrar edilir. Dar olarak tatbike kalkışılması halinde ise bu müessese bir silah haline gelebilir. Şüphesiz ki hakkın suistimali yasağı kuralına müracaat tâli bir şekilde olacak; yani kanunda hakkın suistimalini önleyecek veya husule gelen zararı tazmin ettirmeye yarayacak sarih bir ifade bulunmadığı zaman bundan istifade olunacaktır. Fakat bu takdirde sistemi bütün kapsamı ve neticeleri ile tatbik etmek gerekecektir[70].

B- Hakkın Suistimalinin Müeyyideleri

Hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı muhakkaktır[71]. Ancak, İslâm hukukunda bir olay veya işlemde hakkın kötüye kullanılması halinde, meydana gelecek sonucun ne gibi bir müeyyide ile karşılaşacağına ilişkin hususlar genel bir kural halinde düzenlenmemiştir. Buna rağmen İslâm hukukunda bütün suçları kapsayan genel cezalar mevcut bulunmakla birlikte, bazı hakların suistimali ile ilgili özel hükümlere de rastlamak mümkündür.

Şunu da belirtmek gerekir ki, hakkın suistimali mefhumu muğlâk ve şümullü bir mefhum olmasından dolayı, buna tatbik edilecek müeyyidenin de tek bir müeyyide olması mümkün değildir. Suistimali kabil olan bütün hakların mahiyetine uygun düşebilecek kadar umumî ve şümullü, zarara veya zarar tehlikesine maruz kalan tarafı azamî şekilde tatmin edebilen, üçüncü şahısları da himayeye müsait olan bir sistem kabul etmek hem adalet, hem de umumî ihtiyaçlar bakımından faydalı, hatta lüzumludur[72].

Hakkın kötüye kullanılması durumunda, hakkın kullanılmasını men', meydana gelen zararın izâlesi, aynî ve nakdî tazminat

70 Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suistimali", s. 902.
71 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş* s. 327; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 187.
72 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 327; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 184.

gibi hukukî müeyyidelerle bazı dînî müeyyideler ve ta'zir gibi cezaî müeyyideler söz konusu olmaktadır[73].

1- İctinab Dâvası

İctinab dâvası, gelecekte meydana gelme ihtimali bulunan bir zararın vukuuna mani olma gayesi ile alınan tedbirlerle ilgili olmasından dolayı, zararı önleyici bir dâva niteliğindedir. Zarar husule gelmeden dâva ikame edilebilmesi bu müeyyidenin bariz vasfını teşkil etmektedir[74]. Ancak ictinab dâvasını, "ihtiyatî tedbir" kavramı ile karıştırmamak gerekir. Filhakika ihtiyatî tedbir hak sahibini muvakkaten adlî himayeye mazhar kılmak gibi bir gaye güttüğünden dolayı asıl hakka bağlı ve onun tamamlayıcısı konumundadır. Anlaşılmaktadır ki, ihtiyatî tedbir daima muvakkat ve değişken bir mahiyettedir, kati değildir[75].

Şunu da belirtmek gerekir ki, ihtiyatî tedbir ittihazı da ictinab dâvasından farklıdır; ihtiyatî tedbir talebi asıl hakka bağlı ve onun mütemmimi olan bir dâvadır. Halbuki ictinab dâvası, böyle tâli mahiyeti haiz değildir; asıl hakkı doğrudan doğruya korumaya matuf bir müeyyide şeklinde tezahür eder.

Binaenaleyh zarar imkan veya tehlikesinin mevcudiyeti bakımından iki dâva arasında bir benzerlik varsa da, şümul ve gaye açısından farklıdırlar. Zira ihtiyatî tedbir hakların esası ile ilgili olmayıp fiilî bir vaziyeti muvakkaten muhafaza ve idame ettirmek gibi bir gaye gütmesine mukabil, ictinab dâvası hakkın esasına taallûk eden ve daimî bir müeyyidedir. Meselâ, komşusunun suyunu kesmek için inşaat veya tesisat yapmaya başlamış olan kimse aleyhinde zarar tehlikesi belirir belirmez inşaat veya tesisatı durdurmak üzere derhal ihtiyat tedbirine başvurulur. Fakat bu ihtiyat tedbiri namütenahi devam edemeyeceğinden, yapılan bu fiillerin hakkın suistimali mahiyetinde olduğu ve bir zararın söz konusu olduğu isbat edilerek inşaat ve tesisata devamlı bir tarzda mani olunur[76].

---

73 Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 330; Saymen, "Hakkın Suistimali", s.1141.
74 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 320.
75 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 321.
76 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 321-322.

İctinab dâvasının açılabilmesi için, hakkın suistimalinde aranan şartlara ilaveten zararın meydana gelme ihtimalinin yüksek olması gerekmektedir[77].

İslâm hukukunda bazı durumlarda, bir hükmün tatbiki, kendisi için konulan maslahattan doğan bir mefsedete yol açıyorsa, kasıt iyi olsa bile, hakkın suistimalini önlemek için hükmün uygulanmasına mani olunur. Zira sonuca itibar edilmesi esastır[78].

Sefih olan kimsenin hacr altına alınmasında veya başkalarını zarara sokmak için kullanılan haklarda bu müeyyideye tesadüf edilir. Aynı şekilde, fahiş zararı mûcib olan hallerde dahi bir hakkın kullanılmasına müsaade edilmez[79].

Mâlik, kendi arazisinde yaptığı hamam, fırın, demirci dükkanı vb. yapılarla komşusuna zarar verdiği takdirde, onun bu tür zarar verici tasarruflarına mani olunur[80]. Yine aynı şekilde, komşusunun kuyusunun suyunu çekmek üzere kazılan kuyu yıktırılır; komşu kadınların oturduğu yeri gözetleme maksadı ile açılan pencere veya delikler kapattırılır[81].

Görülmektedir ki, bu dâva, hakkın kötüye kullanılmasının durdurulması(men'i), bu türlü davranışlardan sakınılması (ictinab) ve bununla meydana gelen haksız durumun ortadan kaldırılmasını gaye edinmektedir[82].

2- İzâle Dâvası

İzâle dâvası, mevcut olup devam eden bir zararı def için ikame olunan bir dâvadır. Hakkın suistimaline klasik misal teşkil eden duvar yükseltme hali göz önünde bulundurulacak olursa, lüzumsuz ve faydasız olarak yapılan bu duvarla havası, güneşi veya manzarası kapatılan komşunun, bu duvarı yıktırmak için ikame edeceği dâva, bir izâle davasıdır[83].

---

77 Derîni, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 289.
78 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 149.
79 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 289; Arsebük, *Medenî Hukuk*, s.123.
80 İbn Ferhun, *Tebsıratü'l-Hukkâm*, II, 251.
81 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 289.
82 İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 326.
83 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s.152.

Hakkın suistimali yalnız bir fiille değil bir ictinabla da meydana gelebilir. Meselâ, normal olarak hiçbir kimse bir diğeriyle akit yapmaya icbar edilemez, zira akitlerin serbestisi esası câridir. Bununla birlikte bu prensibi bu kadar kati bir şekilde tatbik etmek istemek, akit yapma hakkının suistimal edilmesine yol açmak olur[84]. Yine aynı şekilde cemiyetin ihtiyacını tatmine yarayan şeyleri satmaktan imtina eden kimse satışa cebredilir[85].

İzâle dâvası ikame edebilmek için hakkın suistimali için gerekli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Ayrıca, meydana gelen zararın devamlı olması da göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi takdirde, zarar meydana geldikten sonra bunun izâlesi yoluna gidilemez.

Bir gayrimenkul sahibinin lüzumsuz olarak arazisi üzerinde bir duvar yükseltmesi, komşusunun ziraatine mani olmak için müştereken istifade edilen bir su tabakasından suyun çekilip boşa akıtılması, sebepsiz olarak akit yapmaktan imtina olunması gibi örnekleri devamlı zarar olarak nitelendirmek mümkündür[86].

Hakkın kötüye kullanılması, bazen elde edilen hakkın, hak sahibinden kısmen veya tamamen esirgenmesi sonucunu doğurabilir. Meselâ, velayet hakkından doğan yetkilerin suistimal edilmesinin müeyyidesi, velayet hakkının velîden alınmasıdır. Yine aynı şekilde vasilik sıfatının suistimal edilmesinin müeyyidesi, vasilikten azildir[87].

Hakkın kötüye kullanılması sonucunda meydana getirilen maddî sonuç, bunu meydana getiren işlem veya eylemin giderilmesi suretiyle eski durumuna getirilir[88]. Mecelle bu hususu "zarar izâle olunur"[89] şeklinde kaideleştirmiştir ki bu prensibin temeli, "zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur" kuralıdır[90]. Yani,

84 Saymen,"Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 318.
85 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 289.
86 Saymen,"Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 320; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 187.
87 Zevkliler, *Medenî Hukuk*, s. 143.
88 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s.152.
89 *Mecelle*, mad. 20.
90 Nedvî, *Kavâid*, s. 252.

zarara zararla mukabele caiz olmayınca yapılmış olan zararın hukukun öngördüğü şekilde kaldırılması ve telâfi edilmesi zarurî olmaktadır[91]. Nitekim akdi kabul ve ifada muhayyer olmanın her nev'i, hacr müesesesi, şufa hakkının sübûtu zararın izâlesi gayesi ile vaz'olunmuşlardır. Şartları gerçekleştiği takdirde vâris ve şeriklerin taksim ve mühâyeeye cebrolunması, hakimlerin nasbı, telef edilmiş malların tazmini "zarar izâle olunur" kaidesinin pratiğe yansımalarıdır[92].

Aynı şekilde, Mecelle'nin 1200. maddesi hükmünce, zarar-ı fahiş herhalükârda defettirilir. Meselâ, bir evin yanında demirci dükkanı veya değirmen yapılıp ta demir döğülmesinin veya değirmen dönmesinin tesiriyle evin yapısının zayıflaması yahut fırın veya bezirhane inşası ile bunların duman veya ağır kokusundan evde oturulamayacak kadar sahibinin rahatsız edilmesi gibi haller fahiş zarar addedilmekle "bieyyi vechin-kân ref ve izâle ettirilir[93].

"Zarar izâle olunur" kaidesinde her türlü zararın meşru bir şekilde giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Mecelle'nin 25. maddesinin hükmü gereği, zararın, kendisinden daha büyük bir zarar ile izâlesi caiz olmadığı gibi kendi misliyle yani aynı suretle giderilmesi de hukuka uygun değildir.Bu yüzden zarar, "zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur" (mad.27) kaidesince, kendisinden çok az ve hafif bir zarar ile "zarar bikaderil imkan def olunur" (mad. 31) kaidesi gereğince de imkan nisbetinde izâle olunur[94].

3- Tazminat Dâvası

Zarar meydana geldikten yani mamelekte bir eksilme vâki olduktan sonra, bu eksilmeyi telâfi yoluna gitmek yani tazmin ettirmek lâzımdır. Hakkın suistimali ile meydana gelen zarar, haksız

91 Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 213.
92 Karâfî, *el-Furûk*, II, 208-209; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 341; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, I, 274; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 75.
93 Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle*, s. 41.
94 Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I, 81; Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 214.

fiil ile husule gelen zarar gibi aynen tazmininin imkansız olduğu durumlarda nakdî bir meblâğın ödenmesi suretiyle tazmin olunabilir[95]. Nitekim Mecelle'nin 31. maddesi bu fikrin kaideleşmiş şeklidir: " Zarar bikaderil-imkan izâle olunur."

Aynî ve nakdî tazminat çeşitlerini, suistimal edilen hakların mahiyetiyle üçüncü şahısların menfaati ve içtimaî ihtiyaçlar bakımlarından incelemek lâzımdır[96]:

1- Hakların mahiyeti bakımından**:** Bazı haklar suistimal edildikten sonra meydana gelen zararın, ancak nakdî bir meblâğ ile telâfisi mümkündür. Nitekim fesih hakkını suistimal eden âkide karşı nakdî tazminatla hükmolunması gerekir. Zira akit serbestisi esastır ve hiç kimsenin normal olarak bir akde zorla bağlı olması istenemez. Bilhassa emniyet ve itimada müstenit olan vekâlet ve hizmet gibi akitlerde bu esasın büyük etkisi görülmektedir. Bu gibi akitlerden mütevellit hakların suistimali ancak nakdî bir müeyyideyi tazammun eder[97].

2- Üçüncü şahısların menfaati bakımından**:** Bazı hallerde üçüncü şahısların mükteseb haklarını korumak için nakdî tazminata tevessül etmek lâzımdır. Zira hak sahibi tarafından irtikâb olunan suistimal üçüncü şahıslara zarar vermek gibi bir gaye güdebilir ve bunun için hakkın suistimalinin uzak tesirlerini de önlemek gerekir[98].

3- İçtimaî ihtiyaçlar bakımından: Hakim hakkın suistimalinden mütevellit zararın tazminine hükmederken içtimaî ihtiyaçları göz önünde bulundurmalıdır. Zira hakkın suistimali ile husule gelen zararın ibkâ edilmesi umumî menfaat bakımından faydalı olabilir.

Muhakkak surette aynî tazminata hükmetmek için zararın izâle edilmesini tercih etmek, meydana gelen içtimaî faydayı haleldar etmeye sebep olur. Buna mani olmak için hakimin nakdî tazminatı

95 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 290; İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 326; Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, s. 187.
96 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 323.
97 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 323.
98 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 324.

tercih etmesi gerekmektedir[99]. Meselâ, sırf komşusuna zarar verme gayesi ile kendi arazisi üzerinde bir mezbaha açan bir kimsenin bu fiili bir hakkın suistimalini teşkil edebilir. Burada eski halin iadesi hiç şüphesiz en mâkul tazmin şeklidir. Fakat o beldede bir başka mezbahanın bulunmadığı düşünülürse, böyle bir karar umumî sağlık bakımından zararlı olur; bu sebeple zararın ibkâsı içtimaî bakımdan bir fayda teşkil eder. Bunun için zarar verici unsurun kalmasına izin verilirken, zarara maruz kalan taraf, hakkını suistimal eden taraftan nakdî tazminat talep edecektir. Bu suretle hem şahsî menfaat, hem de kamu menfaati himaye edilmiş, hakkın suistimali de müeyyidesiz bırakılmamış olmaktadır[604].

Hakkın suistimalinin husule getireceği zararı telâfi etmek için hakimin tayin ve takdir edeceği nakdî bir meblâğ, mağduru daima tatmin etmeyebilir. Meselâ tedavi etmekte olduğu hastasını sırf üzmek veya bazı zararlara sokmak için tedaviden kaçınan doktoru nakdî tazminat tediyesine mahkûm etmek kâfi değildir. Menfaatler arasında bulunması icab eden muvâzenenin temini için eski hali iade etmek lâzımdır.

Şu halde görülüyor ki, tazminatın birçok hallerde aynen vâki olması, yani eski halin iade edilmesi maslahata daha uygun olmakta, tarafları korumaya ve hakkın suistimali ile daha şiddetli bir şekilde mücadeleye müsait bulunmaktadır[100]. Nitekim cumhur, zararın mümkün olduğunca aynen izâle edilmesinin gerektiğini ileri sürmüşlerdir[101].

İslâm hukuku, bazı ta'zir suçlarını tazminat cezası ile cezalandırmıştır. Asılı meyveyi çalma üzerine hırsızlık cezasına ilâveten, çalınan meyvenin bedelinin iki katını tazmin etmek ta'zir cezasıdır. Bu uygulamanın temeli, "kim bir malı alırsa iki mislini tazmin ve çalma cezası gerekir" şeklindeki hadistir. Kaybolan malı bulup gizleyenin cezası da bu şekildedir[102].

---

99 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 325.
100 Saymen, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", s. 327.
101 Bağdadî, *Mecmeu'd-Damânât*, s. 147; Mahmasânî, *Nazariyye Âmme*, s. 215.
102 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 704.

Bununla birlikte fukahâ, tazminatın her suça uygulanabilecek nitelikte genel bir ceza olması konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir:

Mâlî tazminatı kabul etmeyenler şu hususu delil gösterirler: Tazminat, Hz. Peygamber zamanında konulmuş ve suçlarla mücadele vasıtası olmaya müsait olmadığından dolayı kaldırılmıştır. Zira mâlî tazminatın mubah kabul edilmesi halinde zalim hakimlerin insanların mallarına haksız yere el koymaları tehlikesi ortaya çıkar[103].

Bazı fıkıhçılar ise tazminatın umumî ceza oluşuna cevaz vermekle birlikte, mâlî tazminatın tehdit edici ceza şeklinde olması şartını ileri sürmüşlerdir. Bu durumda mal toplanır, mahkum adına durumunu düzeltinceye kadar bir yerde muhafaza edilir; ıslah olursa malı kendine iade edilir, halini düzeltmezse mal hayır sahalarından birine sarfedilir.

Tazminatın her halükarda genel bir ceza niteliğinde olduğunu kabul eden İslâm hukukçuları, onun sadece basit cürümlere uygun bir ceza olduğunu ileri sürmüşler; miktarının tespitini devlet reisinin takdirine bırakmışlardır. Bugünkü hukuk sistemleri ise ağır cürümlerde tazminatı esas ceza olarak kabul etmişler; mahkumun malının bulunmaması halinde bedenî zorlama veya hapsen tazyik yoluna gitmişlerdir. Bir başka deyişle, modern kanunlar, hapis cezasını tazminattan daha ağır bir ceza olarak telâkkî etmelerine rağmen mahkumun fakir olması durumunda tazminat hapisle sona ermektedir.

Modern hukukçulara göre tazminat cezası, hapis cezasının kötü sonuçlarını hafifleten tedbirlerden biridir. İslâm hukukunda ise malı olmayan mahkumun hapsedilmesi doğru değildir; zira borç karşılığı hapis yalnızca borçluyu borcunu ödemeye zorlamak için hukuk tarafından kabul edilmiştir. Ödemekten aciz kaldığında, sebep ortadan kalktığı için hapsi de imkansız hale gelir[104].

---

103 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 706.
104 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 707.

İslâm hukukunun bu hususta genel prensibi şu şekildedir: Ta'zir suçları için hafif veya ağırlığına göre değişebilen cezalardan ibaret bir yekûn mevcuttur. Hakim, suç ve suçluya münasip gördüğü bir veya daha fazla ceza ile suçluyu tecziye eder.

Tazminat cezasını umumî bir ceza olarak telâkkî etmek isteyen bazı fakihler, tazminatı da ta'zir cezaları topluluğuna dahil etmeyi kastetmişlerdir. Bu durumda hakim suçu ve suçluyu münasip gördüğünde tazminatla cezalandırır. Uygun bulmaması halinde tazminata karar vermek zorunda değildir[105].

4- Tespit Dâvası

Hakkın kötüye kullanıldığının tesbiti mahkemeden istenebilir. Tesbit dâvasının amacı, hakkın kullanılmasının, kötüye kullanmayı teşkil edip etmediğinin tesbitidir[106]. Meselâ mûsînin, vasiyeti ile vârislerine zarar verme kastı bulunduğu ortaya çıkarsa vasiyet bâtıl olur. Zira varislere zarar vermek büyük günahlardan sayılmıştır. Izrar kastının tesbiti için, mûsîyi vasiyette bulunmaya iten sebepler tetkik edilir; şart koştuğu hususlara, sözlerine ve tasarrufu ile ilgili diğer karinelere bakılır. Sebep şer'î maksada aykırı olursa vasiyet hükümsüz kabul edilir[107].

5-Ta'zir Cezası

"Ta'zir", hakkında had ve keffaret konulmamış suçlarda miktar ve keyfiyeti naslarla tesbit edilmemiş olan cezadır[108]. Hukuk tarafından cezası tesbit edilmemiş olan her türlü suçun bir yaptırıma bağlanması gayesi ile vazedilmiş olan ta'zir cezası çeşitli cezalardan müteşekkildir. Nasihatta bulunmak gibi cezaların en hafifi ile başlar; hapis ve dövme gibi en ağır cezalarla nihayet bulur. Ağır cürümlerde bazen öldürme ile cezalandırmaya kadar gidebilir. Suça, suçlunun durumuna, ruhî haline ve sabıkasına

105 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 708; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 144.
106 Köprülü, *Medenî Hukuk*, s. 154.
107 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 224.
108 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*,VII, 63; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 141; Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 685; Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s. 103.

uygun cezanın seçimi hakimin takdir yetkisine bırakılmıştır[109].

Had, kısas ve diyet suçları hariç diğer bütün cürümler ta'zir ile cezalandırılır. İslâm ceza hukuku bugünkü kanunların yaptığı gibi ta'zir cürmünden herbirine önceden ceza tesbit etmemiştir. Zira hakimi belirli ceza ile sınırlamak cezanın fonksiyonunu ifâsına, adaleti gerçekleştirmesine engel olur. Çünkü suçların ve suçluların durumları değişkenlik arzeder. Bir suçluyu ıslah eden ceza bir başka suçluya aksi tesir yapabilir; bir şahsı suçtan uzaklaştıran diğerini uzaklaştırmayabilir. Bu sebeplerden dolayı İslâm hukuku ta'zir suçlarına, en hafifinden en ağırına kadar teselsül eden çeşitli cezalar koymuştur; suçlunun ıslahı ve cemiyetin suçlardan arınması için uygun olan cezayı seçebilmesi için hakimi serbest bırakmıştır[110].

İslâm hukukunun belli cezaları ta'zir cezası olarak tesbit etmesi, suçluyu ıslah ve tedib eden, cemiyeti suçlardan koruyan diğer cezalara imkan tanımaması anlamına gelmez. Zira İslâmda genel kaide şudur: Suçlunun tedibini, ıslahını, cemiyetin suç ve suçlunun kötülüklerinden korunmasını sağlayan her ceza hukukîdir. Asıl prensip bu olmakla birlikte, fiilen tatbik sahasına konulan, her suça tatbiki mümkün, umumî nitelikteki ta'zir cezalarının en önemli türlerini ismen zikretmek yerinde olacaktır: Ölüm cezası, sopa cezası, muvakkat ve müebbed hapis, sürgün ve uzaklaştırma, asmak, öğütte bulunma, terk, kınama, tehdit ve teşhir cezası[111].

İslâm hukuk sistemine mahsus olan bu müeyyidenin doktrinde ve tatbikatta hakkın suistimali sahasında da çok sayıda örnekleri mevcuttur. Meselâ muhtekir, stok ettiği malları ecr-i misil ile satmaya icbar edilmesine ilâveten ta'zir cezası ile cezalandırılır. Yine aynı şekilde, mahkeme huzurunda küçük düşürme maksadı ile toplumda saygın yeri olan bir kimse hakkında asılsız iddialarla davacı olan kimse ta'zir" cezası ile cezalandırılır[112].

---

109 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 685; Ebû Zehra, *el-Cerîme*, ts. (Dâru'l-Fikri'l-Arabî), s. 104.

110 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 685-686.

111 Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâî*, I, 687-704.

112 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 290.

6- Dînî Müeyyideler

İslâm hukukunda birçok mesele "kazaen caiz ise de diyâneten caiz değildir" tarzında bir sonuca bağlanmıştır. İslâm hukukçuları, fertlerin dinî kanaatlerine dayanarak bir takım muamelelerin muteber olamamasının fert için ihdas edebileceği uhrevî vaziyet üzerinde durmuşlardır. Bu mesele ise bugünkü hukuk telâkkisinden tamamen farklı bir bakış tarzıdır[113]. Zira "helâl ve haram" fikrini odak noktası kabul eden İslâm hukuku, ızrar kastı, kanuna karşı hile gibi gayrımeşrû maksatlarla yapılan tasarruflar için takdir ettiği dünyevî cezaya ilâveten, bu davranışı günah addederek asıl olan uhrevî cezayı gündeme getirmektedir[114]. Buna göre İslâm hukukunda cezanın iki çeşit olduğunu söylemek mümkündür: Dünyevî ceza, uhrevî ceza.

"Dünyevî ceza" olarak ifade edilen cezalar, yargı sahasında isbatı mümkün olan suçlara ait yaptırımlardır. Bu tür cezalar İslâm hukuku tarafından belirlenmiştir. Gıybet, haset gibi kazaen isbatı mümkün olmayan suçların cezaları ise ahirete bırakılmıştır. Bu yüzden, kişilerin tasarrufta bulunurken niyet ve duygularından sorumlu olduklarının bilinci ile hareket etmeleri gerekmektedir[115].

---

113 Arsebük, *Medenî Hukuk*, s. 124.
114 Derînî, *Nazariyyetü't-Teassuf*, s. 290
115 Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s. 1-12.

SONUÇ

Sahibinin, ancak kullanmak suretiyle yararlandığı haklar, hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan birtakım yetki ve yükümlülüklerdir. Bu yüzden, kişinin hakkını, konuluş amacını aşacak, bir menfaati bulunmaksızın başkasını zarara sokacak şekilde kullanmasının hukuk tarafından himaye edilmesi düşünülemez.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı da, kişinin hakkını sınırsız, dilediğince ve amacını aşacak tarzda kullanmasından dolayı başkalarının zarara uğramaya başladığı noktada devreye girer; sosyal hayatta fertlerin kendi aralarındaki, bireyle toplum arasındaki çatışan karşılıklı çıkarlar arasında denge kurmayı başarır. Zira, hakkın suistimali yasağı, hukukî istikrarı baltalayan bir sistem değil; hukukî münasebetlerin içtimaî ihtiyaçlara intibakını temin eden yapıcı bir sistemdir.

İslâm hukukunda muayyen ve müşahhas birçok meselede hakkın suistimal edilemeyeceği belirtilmiş; ancak bu mefhum bütün hukuka hakim umumî bir prensip haline getirilmemiştir. Bununla birlikte İslâm hukuk doktrininde, bu kavramın ihtiva ettiği bütün temel prensipleri, ölçüt ve müeyyideleri nazarî ve tatbîkî olarak bulmak mümkündür. Dolayısıyla hakkın suistimali nazariyesi "beşerî tekâmülün bir ifadesi" olarak kabul edilse de, her dinde mevcut bulunan ahlâkî açıdan hakkın suistimal edilmemesi düşüncesinin ötesinde, günümüz modern hukuk sistemlerinin ulaştığı manada suistimal fikrinin tohumlarının İslâm hukukunda başlangıcından itibaren var olduğunu ileri sürmek

mümkündür. Zira asıl kaynak olan Kur'ân-ı Kerîm'de hakkın suistimali mevzuuna temas eden âyetler, Hz. Peygamberin hadisleri ve İslâm hukukçularının komşuluk ilişkileri başta olmak üzere, bazı meseleler bünyesinde temas ettikleri bu konu çerçevesinde ortaya koydukları görüşler, hakkın suistimali kavramının bugün taşıdığı anlama çok yakın bir tarzda ifadesini içermektedir.

Son asra kadar modern hukuk sistemlerinde hakimiyetini sürdüren "hakların mutlaklığı" esası, İslâm hukuk doktrininde "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir" şeklinde kaideleştirilmiş, Ebû Hanîfe, hukukî açıdan hakkın kullanımına herhangi bir sınır konulmasının mümkün olmaması şeklindeki görüşün temsilcisi olmuştur.

Buna mukabil, Ebû Hanîfe'nin talebeleri de dahil olmak üzere hukukçuların çoğunluğu "celb-i mesâlih def'i mefâsid" prensibinden hareketle "cevâz-ı şer'î damana münâfîdir" kaidesinin bir takım istisnâları olması gerektiğini, hak sahibinin hakkını yine hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kullanabileceğini ileri sürmüşlerdir .Ne var ki bu görüşün sahipleri, hakkın suistimalinin var olabilmesi için farklı kıstasların gerekliliğine inanmışlardır.

Şâtıbî başta olmak üzere, bazı fıkıhçılar, hakkın başkasına zarar verme kastı ile kullanımının hakkın suistimali anlamını taşıdığını, bir başka deyişle ızrar kastının, hakkın suistimali için yegâne ölçüt olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Bazı İslâm hukukçuları ise subjektif yapıda olmasından dolayı isbatının zor olacağı düşüncesiyle bu ölçütü yegâne kıstas olarak benimsemeyip, neticeyi göz önünde bulundurarak, hakkın kullanılmasında fahiş bir zararın doğması söz konusu ise maksada bakılmaksızın hakkın kullanılmasına mani olunacağını kabul etmişlerdir. Objektif mahiyette olan bu görüş, Hanefîlerin istihsânî görüşleri ile, İmam Mâlik'in, Mecelle'nin ve bir çok İslâm hukukçusunun bakış tarzını ifade etmektedir.

Özetle belirtmek gerekirse, İslâm hukukunda VIII. asırdan beri, hakkın suistimali ile ilgili prensipler çok vâzıh bir şekilde ortaya konmuş; hakkın vazolunuş amacına aykırı veya başkasına zarar verecek şekilde kullanımı mutlak olarak yasaklanmış ve müeyyidesiz bırakılmamıştır.

BİBLİYOGRAFYA

Abbâdî, Abdüsselâm Dâvûd, *el-Mülkiyye fı'ş-Şerîati'l-İslâmiyye Tabîatuhâ ve Vazîfetuhâ ve Kuyûduhâ Dirâseten Mukâreneten bi'l-Kavânîn ve'n-Nuzumi'l-Vad'iyye*, Ürdün ts.

Ahmed İbrahim Bey, "el-Hak", *Mecelletü'l-Kânûn ve'l-İktisâd*, y.6 (1936), sy.604

Akipek, Jale, *Türk Medenî Hukuku*, Ankara 1966.

Ali Haydar Efendi, *Düreru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1912

Arsebük, Esat, *Medenî Hukuk*, İstanbul 1938.

Atalay, Aytekin, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul 1980

Bâcî, Ebü'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd, *el-Müntekâ Şerhu Muvattai'l-İmâm Mâlik*, Kahire 1913

Bağdadî, Ebû Muhammed b. Ganîm b. Muhammed, *Kitâbu Mecmei'd-Damânât fî Mezhebi'l-A'zam Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân*, Beyrut 1987.

Baştuğ, İrfan, *Hukukun Temel İlke ve Kavramları*, İzmir 1975.

Behûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdris, *Keşşâfü'l-Kınâ' an-Metni'l-İknâ'*, nşr. Hilâl Musaylihi Mustafa, Beyrut 1982

Belgesay, Reşit, *Devletler Hususi Hukukunda Adliye*, İstanbul, 1937

Binatlı, Y. Ziya, *Hukukun Genel İlkeleri ve Medenî Hukuk*, Ankara 1970.

Bocnurdi, Seyyid Mirza Hüseyin, *el-Kavâidü'l-Fıkhiyye*, Kum 1969.

Buhârî, Ebû Abdillah Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahîh*,

Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1986

Cezîrî, Abdurrahman, *Kitâbü'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, İstanbul 1986

Coşkun, S. Serhat, *Adalet Kavramı ve Medenî Hukuka Yansıması*, İstanbul 1990

Demir, Fahri, *İslâm Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*, Ankara, 1988, s.258

Derînî, *el-*Hakk *ve Medâ Sultâni'd-Devle*, Beyrut 1984

_____, Nazariyyetü't-Teassuf *fi İsti'mâli'1-Hakk*, Beyrut 1981.

Dihlevî, Şah Veliyyullah, Huccetullâhi'l-*Bâliğa*, Beyrut 1990.

Ebû Sünne, Ahmed Fehmi, *Nazariyyetü'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1971

Ebû Yûsuf, Ya'kûb b. İbrahim, *Kitâbu'l-Âsâr*, Kahire 1936

_____, *Kitâbü'l-Harâc*, Kahire, 1382.

Ebû Zehra, Muhammed, *el-Cerîme*, ts. (Dâru'l-Fikri'l-Arabî).

_____, *Ebû Hanîfe*, Kahire 1976

_____, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire ts.

_____, *Mâlik Hayâtuhû ve Asruhû- Ârâuhû ve Fıkhuhû*, Kahire 1947

el-Fetâvâ'1-Hindiyye, (Bulak 1310'dan ofset) Beyrut 1400/1980.

Ergüney, Hilmi, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Küllî Kaideleri*, İstanbul 1965.

Fahreddîn er-Râzî, Muhammed b. Ömer, *Mefâtîhu'l-Ğayb (et-Tefsîru'l-Kebîr)*, Kahire 1934

Fragistas, Ch. N., "Yunan Medenî Kanununda Hakkın Kötüye Kullanılması", (çev. Ü. Doğanay), *İÜHFM*, XIII(1958)

Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *İhyâu Ulûmi'd-Dîn*, (Kahire 1332'den ofset) Beyrut 1983

Gazevî, Muhammed Selim Muhammed, *el-Hürriyyâtü'l-Âmme fi'l-İslâm mea'l-Mukârene bi'l-Mebâdii'd-Düstûriyyeti'l-Ğarbiyye ve'l-Mârikîsiyye*, İskenderiyye ts.

Hafîf, Ali, *el-Mülkiyye fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1966

Hâlidî, Mahmud Abdülmecid, *Nizâmu'l-Hukm fi'l-İslâm*, Kuveyt 1980

Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu Kitâbi'l-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut 1985

İbn Abidîn, Muhammed Alâüddîn, *Reddü'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, Kahire 1984.

İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Tunus 1982.

_____, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Tunus 1982

İbn Ferhûn, Ebü'1-Vefâ Burhânüddîn İbrahim b. Ali, *Tebsıratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm*, Beyrut 1883.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ*, nşr. Ahmed Muhammed Şâkir, Kahire 1185

İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillah Şemsüddîn, *İ'lâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemîn*, Beyrut, 1973

_____, *et-Turuku'l-Hukmiyye*, Beyrut trs.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, Beyrut 1972

İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükrim, *Lisânü'1-Arab*, Bulak trs.

İbn Receb, Ebü'l-Ferec Abdurrahman, *Câmiu'l-Ulûm ve'1-Hikem fî Şerhi Hamsîne Hadîsen min Cevâmii'l-Kelim*, Beyrut, ts.

_____, *el-Kavâid fı'l-Fıkhi'l-İslâmî*, nşr. Tâhâ Abdurrauf Sa'd, Kahire 1972

İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd el-Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesıd*, İstanbul 1985

İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd, *el-Mukaddimâtü'l-Mümehhidât*, Beyrut 1988

İbn Saîd, Sahnûn b. Abdisselâm, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Kahire 1324

İbnu'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-Kadîr*, Bulak 1897.

İmre, Zahit, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1980.

İsnevî, Ebû Muhammed Cemâleddîn Abdurrahim b. el-Hasan, *Nihâyetü's-Sûl fî Şerhi Minhâci'l-Usûl*, Beyrut ts.

İzzüddîn Abdülazîz İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm*, Beyrut 1990

Karâfî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. İdris, *Envâru'l-Burûk fî Envâi'l-Furûk*, Kahire, 1928

_____, *Şerhu Tenkîhi'l-Fusûl fî İlmi'l-Usûl*, Mısır 1307

Karaman, Hayrettin, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, İstanbul 1987

_____, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1986.

Kâsânî, Ebû Bekr Alâüddîn b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi'fî Tertîbi'ş-Şerâi'*, Beyrut 1986

Köprülü, Bülent, *Medenî Hukuk*, İstanbul 1984

Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hile (Hile-i Şer'iyye)*, (basılmamış doktora tezi), İstanbul 1993

Kunter, Nurullah, *Hukuk Umumî Nazariyesinde "Fiil" ve Bir Suç Unsuru Olarak "Netice"*, İstanbul 1955.

Kurtubî, Ebû Abdillah Muhammed b. Ahmed, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, nşr. Ebû İshak İbrahim, Kahire 1966-67

Mahmasânî, Subhi, *Nazariyye Âmme li'l-Mûcebât ve'l-Ukûd*, Beyrut 1948

Mardin, Ebu'1-Ulâ, *Hukuku Medeniye Dersleri*, İstanbul, 1929

Mâverdî, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Basrî el-Bağdâdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye*, Kahire, 1386/1966.

Medkûr, Muhammed Sellâm, *Nazariyyetü'l-İbâha inde'l-Usûliyyîn ve'l-Fukahâ Bahsen Mukârenen*, Beyrut 1984

_____, *Nazariyyetü'l-İbâha*, Beyrut 1984.

Merginânî, Ebü'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Beyrut 1990

Mevsılî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd,*el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul 1986-88.

Müslim b. Haccâc, Ebü'l-Hüseyin el-Kuşeyrî, *el-Câmiu's-Sahîh*.

Oğuzman, Kemal, *Medenî Hukuk Dersleri*, İstanbul 1978.

Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul 1985

Ömerî, İsmail, *el-Hakk ve Nazariyyetü't-Teassuf fi İsti'mâli'l-Hakk*, Musul 1984.

Örücü, Esin, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul 1976.

_____, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Yaklaşımı-Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul 1976

Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1986.

Saymen, Ferit, "Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi", *İÜHFM*, XII(1945)

_____, "Akdi Feshetmek Hakkının Suistimali", *Adliye Ceridesi*, XIV(1942).

_____, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali", *İÜHFM*, c.12(1946).

Schwarz, Andreas B.;, *Medenî Hukuka Giriş*, (trc. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu), İstanbul 1942.

Senhûrî, Abdürrezzâk, *el-Vasît fî Şerhi'l-Kanûni'l-Medeniyyi'l-Cedîd*, Beyrut 1970

_____, *Mesâdiru'1-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâse Mukârene bi'l-Fıkhi'l-Ğarbî*, Kahire 1960.

Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut 1989.

_____, *el-Usûl*, Beyrut 1973

Sicistânî Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as, *es-Sünen*.

Suyûtî, Celâlüddîn b. Abdirrahman b. Ebî Bekr, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûi Fıkhi'ş-Şâfiiyye*, Kahire 1959

Şâfiî, Ebû Abdillah Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Bulak 1903

Şâtıbî, Ebû İshâk İbrahim b. Mûsâ el-Gırnatî, *el-Muvâfakât fî Usûli'ş-Şerîa*, nşr. Abdullah Dırâz, Beyrut trs.

_____, *el-İ'tisâm*, Mısır ts.

Şevkânî, Ebû Abdillah Muhammed b. Ali, *İrşâdü'l-Fuhûl ilâ Tahkîki İlmi'l-Usûl*, Beyrut 1992

_____, *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*, Kahire 1938

Tahiroğlu, Bülent, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, İstanbul 1981.

Tekinay, S. Sulhi, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul 1992, s. 170.

Tesal, Reşat, *Hukukun Temel Prensipleri*, İstanbul 1980.

Topçuoğlu, Hamide, *Kanuna Karşı Hile*, İzmit 1950

Udeh, Abdülkâdir, *et-Teşrîu'l-Cinâiyyu'l-İslâmî Mukârinen bi'l-Kânûni'l-Vaz'î*, Beyrut 1993

Umur, Ziya, *Roma Hukukunda Hakkın Suistimali*, İstanbul 1956.

Velidedeoğlu, Hıfzı V., *Medenî Hukuk*, İstanbul 1969.

Zemahşerî, Muhammed b. Ömer, *el-Keşşâf an Hakâiki Ğavâmizi't-Tenzîl ve Uyûni'l-Ekâvîl fî Vücûhi't-Te'vîl*, Beyrut ts.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihi'l-Cedîd*, Dımaşk 1967-1968

_____, *el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihi'l-Cedîd*, Dımaşk 1967-1968.

_____, *Sıyâğa Kânûniyye li-Nazariyyeti't-Teassuf bi İsti'mâli'l-Hak*, Amman, 1987.

Zevkliler, Aydın, *Medenî Hukuk*, Diyarbakır 1986

Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Beyrut 1990.

Zeylaî, Fahruddîn Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik fî Şerhi Kenzi'd-Dekâik*, Bulak, 1895.