

The Journal of Academic Social Science Studies

JASSS

International Journal of Social Science

Doi number:<http://dx.doi.org/10.9761/JASSS3154>

Number: 44 , p. 385-400, Spring II 2016

Yayın Süreci

Yayın Geliş Tarihi / Article Arrival Date - Yayınlanma Tarihi / The Published Date

04.11.2015

31.03.2016

ÖZEL HUKUK-KAMU HUKUKU VE ŞAHSÎ HAK-AYNÎ HAK AYIRIMINA GÖRE İSLÂM HUKUKUNUN SİSTEMATİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*EVALUATION OF ISLAMIC LAW SYSTEM ACCORDING TO SEPARATION
OF PRIVATE LAW- PUBLIC LAW AND PERSONAL RIGHT-REAL RIGHT*

Arş. Gör. Dr. Recep ÖZDEMİR

Adıyaman Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi

Öz

Hukuk düşüncesinin temelini oluşturan hak kavramının tanımı ve taksimi konusunda birçok görüş vardır. Toplumda sosyal adaleti ve ahengi sağlama hedefini güden hukukun sağlam bir felsefi altyapı üzerine tesis edilmesi için “hak” kavramının sağlıklı şekilde analiz edilmesi zorunludur. Bundan dolayı birçok hukukçu hak kavramını değerlendirmiş; hakkın temeli ve çeşitleri konusunda farklı tasnifler ortaya koymuştur. Bu tasniflerin en belirgin olanı özel hukuk-kamu hukuku ve şahsî-hak-aynî hak temelinde yapılan ayırmadır. Müslümanların davranışlarının dini değerini belirleyen fıkıh, temelde usûl ve fûru adı altında iki ayrı kategoride faaliyet yürütmüştür. Bu faaliyetler neticesinde oldukça zengin bir gelenek oluşmuş; fıkıh zamanla kendine özgü bir yapıya kavuşmuştur. Fûru fıkıh, kendi arasında çeşitli kısımlara ayrılır. Bu taksimlerin en bilineni ibâdât ve muâmelât temelinde yapılanıdır. Fıkıhın en eski kaynaklarında özel hukuk ve kamu hukukuyla ilgili bilgiler yer almakla birlikte İslâm hukukunda keskin bir özel hukuk-kamu hukuku ayırımından bahsetmek mümkün değildir. Aynı şekilde İslâm hukukunda hukuksal olaylar, hukuksal işlemler, hukuksal ilişkileri düzenleyen kurallar olmakla birlikte Roma hukukundakine benzer borçlar hukuku-eşya hukuku ayırımından bahsetmek de mümkün değildir. Sistematik bir ayırım yerine İslâm hukukunda şahsî ve aynî haklar, ilgili yerlerde dağınık bir şekilde ele alınmaktadır. Bunun en önemli nedeni İslâm hukukunun kazuistik bir yöntemle gelişmiş olmasıdır. Bu yöntemden dolayı, fikhî hükümler tek tek ve kendi bağlamında ele alınmış ve değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Hak, Yöntem, Fıkıh, Muâmelât, Kamu Hukuku, Özel Hukuk

Abstract

There are many views on the definition and distinction of the concept of right which forms the basis of legal thought. In order to establishment law which aims to provide social justice and harmony in society on a well-built philosophical ground, concept of right must be analyzed in a healthy way. Therefore, many jurists have evaluated concept of right and have pointed out different classifications and types of the basis of right. The most evident of these classifications is the one which relies on the distinction of private law-public law and personal right-real right. Fiqh, which determines the religious values of Muslims' behavior carried out the activities basically under the names of two categories; fiqh and usûl(procedures). As a result of these activities, a rich literature

has come out; fiqh has obtained its unique structure. Substantive fiqh is divided into itself in several parts. The best known of these distinctions is the one which is made on the basis of ibâdât (worships) and mu'âmalât (transactions). Although there is information about the private law and public law in the oldest sources of fiqh, in Islamic law it is not possible to talk about a sharp distinction between private law and public law. Likewise, although there are rules that organize legal transactions, legal relations, legal events in Islamic law, it is not possible to talk about the separation of law of obligations and property similar to that of Roman law. Instead of systematic discrimination, in Islamic law personal and real rights are evaluated in a disorganized way relevant to the subject matter. The most important reason is the development of Islamic law in a casuistic method. Because of this method, legal provisions discussed and evaluated individually in their context.

Keywords: Islamic Law, Right, Method, Fiqh, Mu'âmelât, Private Law, Public Law

1. Giriş

Hakların tanımlanması, birbirinden farklı olan özelliklerinin belirlenmesi ve en nihayetinde özelliklerine göre sınıflandırılması hukukî istikrara katkı sağladığı gibi hukukun öğrenilmesini/öğretilmesini de kolaylaştırmaktadır. Hukuk ilmi ulaştığı seviye bakımından birçok açıdan tasnife tâbi tutulmuş; içeriğine göre birçok hukuk dalı ihdas edilmiştir. İşte hukukî düzenlemelere ve hukuk öğretimine yön veren tasniflerin temelinde genel olarak "hak"ın birçok yönde tasnife tutulması gerçeği vardır.¹

Hukuk düşüncesi geliştikçe hukukun çeşitli şekillerde dallara ayrılması da buna paralel olarak artmıştır. Hukuk düşüncesinin ortaya çıkmasından itibaren dünyanın farklı yerlerinde farklı hukuk tasnifleri ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda bilinen ilk hukuk tasnifi Irak'ta ortaya çıkan Hammurabi kanunlarında görülür. Bunun yanı sıra, Eski Mısır'da, firavunlar dönemi hukuk kurallarında kamu hukuku-özel hukuk ayırımına benzer bir tasnif sistemi görülür. Musa'nın 10 emri ile birlikte hukukun kuramsallaştırılması çabaları yüzyıllar boyunca devam etmiştir. Hukukun dallara ayrılmasına yönelik çabalar Roma hukukunda nihai şeklini almış; Türk hukuk sisteminin de içinde bulunduğu günümüzdeki Kara Avrupa'sında cari olan bütün hukuk sistemlerinin tasnif sistemini oluşturmuştur.²

1. Genel Olarak Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayırımı

Menfaat/çıkar kuramı, ilişkinin tarafları kuramı, egemenlik yetkisi kuramı, irade özgürlüğü kuramı, eşitlik kuramı gibi farklı kuramlardan hareketle oluşturulan hukuk tasnifinin en belirgin olanı, özel hukuk-kamu hukuku teme-

linde yapılan ayırımdır. Bu tasnif hak sahiplerinin durumuna göre yapılmış olup Roma-Cermen hukuk ailesine dayanmaktadır.³ Bu ayırım Kara Avrupa hukuk sistemlerinin temel özelliğini oluşturmaktadır. Her ne kadar, özel hukuk-kamu hukuku ayırımının tam olarak nasıl yapılacağı, çizginin nereden itibaren çekileceği konusunda görüş birliği bulunmasa da özel hukuk toplumdaki bireyler ve grupları ilgilendirirken, kamu hukukunun vatandaşlarla devlet arasındaki ilişkileri düzenlediği söylenebilir.⁴

Ünlü Roma hukukçusu Ulpianus, devletin yapısını ilgilendiren hukuka "kamu hukuku"(jus publicum), bireyleri ilgilendiren hukuka da özel hukuk (jus privatum) adını vermiştir. Kamu hukuku, kamu gücüne sahip kuruluşların bu otoriteye tâbi şahıslarla veya birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarıdır. Kamu hukuku aynı zamanda devletin diğer devletlerle olan ilişkileri de düzenler. Tabiatı icabı kamu hukukunu ilgilendiren kurallar emredici niteliktedirler. Hukukun bu alanında taraflar arasında eşitsizlik vardır. Kamu gücüne sahip devletin, iradesini zorla karşı tarafı teşkil eden bireye kabul ettirme olanağı vardır. Kamu hukuku alanında, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Yargılama Hukuku, Devletler Hukuku, Genel Kamu Hukuku gibi hukuk dalları yer almaktadır.⁵

Hukukun en eski ve en önemli bölümü

¹ Aydın, Nurullah, *Hukuka Giriş*, (2. Baskı), Adalet Yay., Ankara 2009, s. 81.

² Aydın, s. 81.

³ David, René, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, Çev.: Argun Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985, s. 63, 78; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, (3. bası), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara 1958, s. 38; Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, (30. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 24.

⁴ Wacks, Raymond, *Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York 2008, s. 36; Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 6.

⁵ Aydın, s. 85; Gözübüyük, s. 13.

olan özel hukuk ise bireyler arasındaki ilişkileri düzenler. Özel hukuk alanındaki kurallar genel olarak, eşitlik ve özgürlük ilkesine dayanmaktadır. Bu alanda taraflardan birisi diğerine zorla bir şey yaptırma olanağına sahip değildir. Söz gelimi, kimse beğenmediği bir evi kiralamaya ya da satın almaya zorlanamaz. Kamu düzenini ilgilendiren bir durum olmadıkça bu alandaki bireysel özgürlükler kısıtlanamaz. Kamu hukuk gibi bu alanda Medeni hukuk, Ticaret Hukuku, Devletler Özel Hukuk şeklinde sınıflara ayrılmaktadır.⁶

İngiltere’de XI. yüzyıldan itibaren gezece yargıçlar tarafından geliştirilen Common Law’da özel hukuk-kamu hukuku ayrımı mevcut değildir. Common Law gelenek hukukuna dayanır. Bu hukuk sisteminin kuralları yasa koyucu tarafından değil yargıçlar tarafından konulmaktadır. Roma hukukunun etkisi dışında gelişen bu hukuk sistemi meseleci bir şekilde, yargıçların faaliyetleri neticesinden şekillenmiştir.⁷

XX. yüzyılın ikinci yarısında komünist devriminden sonra Rusya’da uygulanan Sosyalist hukukta özel hukuk-kamu hukuku ayrımı yoktur. Devrimci bir yapıda olan ve öz itibarıyla Roma hukukundan ayrılan sosyalist hukukta bireyler arası ilişkiler geri plana itildiği için genel olarak kamu hukuku uygulama alanı bulmuştur.⁸

2. Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayrımı ve İslâm Hukukunun Genel Sistematiği

İslâm hukukunun klasik literatüründe Roma hukukunda olduğu gibi hukukun özel hukuk-kamu hukuku şeklinde sistematik bir ayırımı mevcut değildir. İslâm hukuku kendine özgü bir sistematiğe sahiptir. İslâm hukuku öncelikle usûlül-fıkh ve fûrûul-fıkh olmak üzere iki ana kola ayrılır. Bunlardan ilki olan usûlül-fıkh şer’î-amelî hükümlerin kaynaklarını ve bunların elde ediliş yöntemlerini konu edinir. Usûlül-fıkhın belirlediği kurallar çerçevesinde günlük hayatla ilgili olarak elde edilen amelî hükümleri ise fûrûul-fıkh konu alır. Esasen fıkıh ya da İslâm hukuk denilince ilk planda

akla gelen fûrûul-fıkh’dır.⁹

İslâm hukuku, birey ve toplum hayatının maddî ve manevî yönlerini kapsayan geniş bir çerçeveye sahiptir. Bireyin dünyevî ihtiyaçlarının karşılanması için hükümler vaaz etmesinin yanı sıra onun manevî hayatını, ruh âlemini ilgilendiren hükümler de vaaz etmektedir. İslâm hukukunun bu yapısı onun sistematik yapısını etkilemiştir. Bu sebepten dolayı fûrûul-fıkhla ilgili eserleri öncelikle genel olarak ibâdât ve muâmelât olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Hukukun muhatabı olan mükellefin uhrevî hayatına yönelik davranışları ibâdât (ibadetler); borç ilişkileri, şahsî-aynî haklar gibi sosyal/günlük hayatını ilgilendiren fiilleri muâmelât adı ana başlığı altında ele alınmaktadır.¹⁰

Beşerî hukuk sistemlerinde bireyin sosyal hayatıyla ilgili davranışlarını düzenleyen özel hukukla kapsam bakımından benzer olan muâmelât alanı, borç ilişkilerinden evliliğe, uluslararası ilişkilerden mirasa, eşya hukukundan ceza hukukuna, usul hukukundan ticaret hukukuna kadar çok çeşitli bir içeriğe sahiptir. Zamanla söz konusu geniş kapsam çeşitli başlıklar altında daraltılmıştır. Ceza hukukunun kapsamına giren konular ukûbât ana başlığı altında toplanmış ve nihayetinde fıkıhın ana yapısını ifade eden, ibâdât-muâmelât-ukûbât şeklinde üçlü bir ayırım ortaya çıkmıştır. Daha sonraları aile hukukuyla ilgili hükümler “münâkehat” ve “müfârakât”, yargılama ile ilgili olanları “mürâfaât” veya “mühâsemât”, miras hukukuyla ilgili hükümler “terikât” şeklinde isimlendirilmiştir. Son yüzyılda tercih edilen isimlendirmelere göre ise şahıs, aile ve miras hukuku bir bütün halinde ahvâl-i şahsiyye, borçlar hukuku “ukûd ve iltizâmât”, ceza hukuku “cinâyât”, anayasa hukuku “düstûr” veya “nizâmül-hüküm” kavramlarıyla ifade edilmeye başlanmıştır.¹¹

Özel hukuku ilgilendiren konular nikâh, talâk, radâ’, nafakât, iddet, hadâne gibi aile hukukuyla ilgili kavramlar; bey’, icâre, şûf’a, kısmet, ihyâu’l-mevât, rehn, şerike, kefâlet, havale gibi borçlar hukuku ve eşya hukukuyla ilgili kavramlar; edebü’l-kâdî, şehâdât,

⁶ Aydın, s. 96; Gözübüyük, s. 13.

⁷ Gözübüyük, s. 13.

⁸ Gözübüyük, s. 15.

⁹ Yaman, Ahmet – Çalış, Halit, *İslâm Hukukuna Giriş*, (8. Baskı), İFAV Yay., İstanbul 2014, s. 111-112.

¹⁰ Yaman-Çalış, s.112.

¹¹ Yaman-Çalış, s.112.

da'vâ, ikrâr, sulh gibi usul hukukunu ilgilendiren kavramlar; vesâyâ ve ferâiz gibi miras hukukunu ilgilendiren kavramlarla ilgili konular çok fazla işlenmesine karşın, devleti yönetenlere geniş bir takdir alanı sağlayan kamu hukuku alanına çok fazla yer verilmemektir.¹² Kamu hukukunu ilgilendiren konular, "kitâbü'd-dava, kitâbü edebü'l-kâdî" "kitâbü'l-cinâyât", "kitâbü'd-diyât", "ukûbât" "kitâbü'z-zekât", "kitâbü'l-harâc", "kitâbü'l-cizye" kitâbu's-siyer" "megazi" gibi bölümlerde sınırlı ve dağınık bir şekilde ele alınmaktadır. Özetle, anayasa, idarenin şekli, işleyişi; devletin kaynağı, oluşması, ve yetkileri gibi konuların ele alındığı genel kamu hukuku, klasik fıkıh literatüründe yeteri ölçüde yer almamaktadır.¹³

Klasik fıkıh müdevvenatını günümüz hukuk sistemlerinde geçerli olan özel hukuk-kamu hukuk ayrımına tâbî tutup yeniden ele alma eğiliminden kaynaklanan çalışmaların bir sonucu olarak klasik literatürün kapsamı günümüzde yapılan çalışmalarda daha geniş bir kavram çerçevesiyle ele alınmaktadır. İdare, anayasa, vergi konuları "ahkamu's-sultaniyye" ve "siyasetu's-şer'iyye"; devletler hukukunu ilgilendiren konular "siyer"; vergi hukukuyla ilgili konular "harac" "emval"; miras hukukuyla ilgili olanlar "ferâiz"; resmî ve hukukî yazışmaları, belgeleri "şurut"; mukayeseli hukuk ilmi "hilaf"; hukuk felsefesi "hikmetu't-teşrî" başlıkları altında ele alınmaktadır. On dokuzu yüzyıldan itibaren batıda yapılan hukukî düzenlemelerin etkisiyle İslâm dünyasında hukuk dallarına ayrılmış bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda şahsın hukuku ve aile hukuku "ahvalu's-şahsiyye", borçlar hukuku, "ukud ve'l-iltizamât"; ceza hukuku "cinâyât"; anayasa hukuku, ed-düstur", "nizamu'l-hüküm" başlığı altında ele alınmaktadır.¹⁴

İslâm hukukunda kamu hukuku alanındaki hükümlerin azlığının sebepleri, Roma hukukunun etkisiyle oluşan ve çağdaş hukuk sistemlerinde yer alan kamu hukukunun özel hukuka göre daha geç bir dönemde oluşmasında aranabilir. Uzun yıllar krallar tarafından yönetilen ve hiçbir kurala tâbi olmayan, kamu gücünü temsil eden devlet mekanizmasının işleyişini

düzenleyen hükümlerin ortaya çıkması, kralların baskısı altında yaşayan bireylerin direnişe geçmesiyle ortaya çıkmaya başladı. Bireylerin direnişi ve ayaklanmasıyla ortaya çıkmaya başlayan "insan hakları" kavramıyla birlikte kralın sınırsız yetkilerini birtakım hükümlere bağlayan kamu hukuku oluşmaya başladı. En başta sadece özel hukuk alanında yapılan kanunî düzenlemeler kamu hukuku alanında da yapılmaya başlandı.¹⁵

İslâm hukukunun sistematigi, günümüz hukuk sistemlerinden benimsenen özel hukuk-kamu hukuku ayrımından daha gerçekçidir. Özel hukuk-kamu hukuku ayrımı devlet eksenli bir bakış açısına sahip olmasın karşın, ibâdât ve muâmelat konularına ağırlık veren İslâm hukuku birey merkezli bir bakış açısına sahiptir.¹⁶ Diğer taraftan kamu hukuku-özel hukuk birbirinden ayırmak için bazı kriterler olmakla birlikte bu kriterler bu ayrımı ifade etmek için yeterli değildir. Söz konusu kriterler bu ayrımı yapmada sadece yardımcı olabilir. Günümüzde değişen sosyal hayatla birlikte hukuk kuralları çok karmaşık hale gelmiştir. Kamu hukuk ile özel hukuk arasındaki sınırlar, her yerde aynı şekilde olmayabiliyor. Bir ülkede belli bir zamanda kamu hukuk içinde sayılan bir hükmün, zamanla özel hukukun konusu olabilmektedir. Mesela, borçlar hukukunda düzenlenen hizmet sözleşmesi, zamanla, iş hukuku adı altında kamu hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Özel hukuk kurallarıyla kamun hukukunu ilgilendiren kurallar birbirine karışabilir. Bir kuralın, özel hukuk ya da kamu hukuku ile ilgili bir yasal düzenlemede yer alması o kuralın kamu hukuku ya da özel hukuk kuralı olmasını gerektirmez. Bu durum kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırın kesinlik ifade etmediğini göstermektedir.¹⁷

Beşerî hukuk sistemlerine kıyasen geniş bir içeriğe sahip olan İslâm hukukunun özel hukuk-kamu hukuk temelinde tasnif edilmesinin pratik bir faydası yoktur. Zira, İslâm hukuku amacı ve hükümleri bakımından çok farklı bir yapıya sahiptir. Öncelikle bireyin Allah'a karşı vecibelerini ifade eden ibadetleri kapsayan ibâdât kısmının hukukun hangi kısmına dâhil edileceği belirsizdir. İbadet etmenin bir kişilik hakkı olduğu varsayılsa bu kısmın özel hukuka;

¹² Yaman-Çalış, s.112; Ansay, s. 38; Koşum, Adnan, "İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülâhazalar" s. 124.

¹³ Koşum, s. 124.

¹⁴ Karaman, Hayreddin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, (6. Baskı), İz Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 43.

¹⁵ Zevkililer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 6.

¹⁶ Yaman-Çalış, s.113.

¹⁷ Gözübüyük, s. 24.

kişinin Allah'a karşı vecibesi şeklinde ifade edilse kamu hukukuna dâhil edilmesi gerekir. Kaldı ki bütün ibadetler zorunlu olarak yapılması anlamında farz hükmünde değildir. Bazı ibadetlerin kişinin tercihiyle bırakılması sebebiyle "vecibe" kapsamında olmaması ibâdât kısmının kamu hukuku kısmına dâhil edilmesi mantığına aykırıdır. Bunun yanı sıra kul haklarına yönelik olan hükümlerin özel hukuka; Allah haklarına yönelik olanların ise kamu hukukuna dâhil edilmesi de işlevsel değildir.¹⁸ Çünkü Allah ve kul hakları fıkhnın bütün konuları arasında dağınık halde bulunmaktadır. Söz gelimi, özel hukuka dâhil edilmesi gereken satım akdinde faizin olmaması Allah hakkıdır. Her iki taraf razı olsa dahi bir satım akdinde faiz şartı konulamaz. Keza, kısas, diyet, kazif gibi tamamen kul hakkı veya kul hakkı baskın olduğu hususlar özel hukuk değil kamu hukuku kapsamında ele alınmaktadır. Aynı şekilde kamu hukukunun bir bölümünü teşkil eden ceza hukuku kapsamında ele alınan kısas, kamu hukukunu ilgilendirmesine rağmen, mağdurun ya da varislerin kısıstan vaz geçmesiyle söz konusu olan diyet, özel hukuku ilgilendirmektedir. Zira şahsa karşı işlenen haksız fiilden doğan borç hükmünde olan diyet, özel hukukun konusudur.¹⁹ Sonuç itibariyle fıkhnın hem ibâdât hem muâmelât kısmında Allah-kul arası bir boyut hep vardır.²⁰

Hukukî ilişkilerde tarafların durumuna göre yapılmış olan özel hukuk-kamu hukuku şeklindeki tasnifin yanı sıra hukuk düşüncesi, hakların yapısı açısından da tasnife tâbi tutulmaktadır. En eski hukuk sistemleri bile, bireylerin günlük hayatta birbirleriyle olan münasebetleri ve eşya üzerinde ileri sürebilecekleri hakları incelemiş ve tespit etmiştir. Bireylerin birbirlerine karşı ve eşya üzerinde ileri sürdükleri haklar bakımından hukuk, bir takım tasniflere konu edilmiştir.²¹ Fakat bizi burada ilgilen-

diren husus, bütün hak çeşitlerini ele alıp incelemek değil; özel hukukun tasnifini şekillendiren hakların 'aynî-şahsî haklar şeklinde ikili bir tasnifini İslâm hukukunun yapısına göre incelemektir.

3. "Şahsî Hak" ve Çeşitleri

"Şahsî hak", "hukukun bir şahıs lehine, diğer bir şahıs aleyhine kabul ettiği talep" şeklinde tanımlanmaktadır.²² Şahsî hak yapısı gereği iki şahıs arasındaki hukukî ilişkiyi zorunlu kılmaktadır. Bir hukukî ilişkide, şahıslardan biri diğerine karşı bir şeyi yapmayla ya da bir şeyden kaçınmayla mükellef olursa kendisine karşı edimle ifâ olunan şahıs şahsî hak sahibi olur. Bir edimi ifa etmek zorunda olan şahıs ise borçlu(mültezim) olur.²³

Şahsî hakkın birçok kaynağı vardır. Şahsî haklar akitlerden doğabildiği gibi haksız fiil veya doğrudan kanundan da doğabilir. Akitlerden kaynaklanan şahsî haklar akdî sorumluluk; mübaşeret ve tesebbübün oluşan haksız fiillerden doğan şahsî haklar ise cürmî sorumluk şeklinde ifade edilmektedir.²⁴

Akitlerde söz konusu olan akdî sorumluluk mahiyeti icabı bedellerin değişimi üzerinde kurulu olan akitlerde geçerlidir. Parasal olarak ifade edilebilen karşılıklı verme edimini gerektiren bütün akitlerde taraflar karşılıklı olarak şahsî hakka sahiptir. Söz gelimi satım akdinde müşteriye malı teslim eden satıcının semeni alması onun bir şahsî hakkıdır. Burada çift taraflı bir durum söz konusudur. Malı teslim etmesi açısından satıcı mültezim, semeni teslim alması açısından ise şahsî hak sahibidir. Satıcı için geçerli olan bu durum müşteri için de geçerlidir. Keza, icâre akdinde kiraya verenin kiracıdan alacağı ücret onun şahsî hakkıdır. Kiralayanın kiracıdan kiraladığı malı teslim alıp menfaatten yararlanması da onun şahsî hakkıdır.²⁵

Şahsî hakkın bir diğer kaynağı haksız fiildir. Başkasının malına, canına zarar veren bir kişi bu zararı tazminle mükelleftir. Zararın taz-

¹⁸ Krş.: Koçak, Muhsin-Dalgın, Nihat-Şahin, Osman, İslâm Hukuku İslâm Hukukuna Giriş/ Aile Hukuku/Miras ve Ceza Hukuku, Ensar Yay., İstanbul 2014, s. 46.

¹⁹ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku I-III*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012, II, s. 444.

²⁰ Aybakan, Bilal, "Fürû' Fıkhnın Sistematiği Üzerine", M. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 31 Cilt: 2,(5-32), 2006 İstanbul, s. 9.

²¹ Cansel-İnan, "Aynî Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21-01-04, (345-367), Ankara 1964, s. 345.

²² Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-Fikhiyyu'l-Âmm I-II*, (3. Baskı) Dâru'l-Kal', Dimeşk 2012, II, s. 879.

²³ Zerkâ, Medhal, II, s. 879.

²⁴ Zerkâ, Medhal, II, s. 878.

²⁵ Kâsânî, Alau'd-Dîn Ebî Bekr b. Suû'd el-Hanefî, *Bedâiyu's-Sanâyi' fî Tertîbi's-Şerâi' I-VI*, Dâru'l-İhyâi't-Turâsî'l-Arabî Beyrut 2010, IV, s. 15; Merğînânî, Burhanuddîn Ebî'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr el-Fergânî, *el-Hidaye Serhu Bidâyeti'l-Mubtedî I-IV*, Daru'l-Erkam b. Ebî'l-Erkam, Beyrut trs., III, s. 23.

minini gerektiren haksız fiil durumunda zarara uğrayan taraf şahsî hak sahibi olur. Zarar veren taraf ise mültezim konumunda bulunur. Diğer bir ifadeyle haksız fiil durumunda zarar veren borçlanmış, zarar uğrayan ise şahsî hakkın sahip olur.²⁶

İslâm hukuku meseleci bir yöntemle geliştiği için bütün haksız fiil çeşitlerini bir arada bulunduran haksız fiil nazariyesine sahip değildir. Bunun yerine mala ve şahsa yönelik haksız fiiller ayrı müstakil başlık altında ya da konuyla yakından ilgili bir başlık altında dağınık bir şekilde ele alınmaktadır. Mala yönelik haksız fiillerde önemli bir yere sahip olan gasp hükümleri, "Kitâbu'l-Gasb" veya "Kitâbu'l-Gasb ve'l-İtlâf" başlığı altında ele alınmaktadır.²⁷ Mala yönelik gaspta gasp edenin hukukî sorumluluğu gasb edilen mal aynen mevcutsa malı iade etmek, mal zayi olmuşsa malın değerini tazmin etmektedir. İşte burada malı gasbedilen tarafın şahsî hakkı, mal aynen duruyorsa malın kendisine iade edilmesi, zayi olması halinde ise malın değerinin tazmin edilmesidir.²⁸

Mala yönelik olan haksız fiilini bir diğer çeşidi hırsızlıktır. Hırsızlık yapana amme hukukunun bir gereği olarak had cezası verilmesinin yanında malın çalınanın bir şahsî hakkı olarak çalınan malın tazmini söz konusudur. Kural olarak mal aynen duruyorsa, mal sahibi malını geri alabilecektir. Şayet mal çeşitli sebeplerle değişikliğe uğramışsa kıymetinin veya mislinin tazmini konusunda mezheplere göre farklı hükümler söz konusudur. Hanefiler hariç diğer mezheplere göre –tazminin şekli ve miktarı farklı olmakla birlikte– tazmin hükümleri geçerlidir.²⁹

Mala yönelik haksız fiiller, kimi durumlarda mübâşeten(doğrudan) veya tesebbüben mala yönelik yapılan itlafalarda kendini gösterir. Mübâşeret itlaf halinde, failin zarar vermeyi hedefleyip hedeflemediğine bakılmaz. Her durumda mağdurun zararı tazmin edilir. Sebebiyet halinde ise zarara sebebiyet verenin müteammid olup olmadığına bakılır. Zararı hedefle-

mesi halinde mağdura tazminat öder.³⁰

Haksız fiili oluşturan itlaf, bir mesleği icra ederken meslek sahibinin kusurlu davranışından kaynaklanan maddî zararlarda ve bir malı korumakla görevli olanın malı korumada tedbirsiz davranması sonucunda malın telef olması durumunda ortaya çıkar. Meslek sahibi mesleğini icra ederken sebebiyet verdiği zararı tazminle mükelleftir. Mağdurun alacağı tazminat onun şahsî hakkıdır. Kendisine belli bir mal teslim edilen kişi bu malı itlaf ederse, malın mislini ya da kıymetini teslim etmek mecburiyetindedir. Emanet bırakanın burada kendisine mal emanet edilen kişi üzerinde şahsî hakkı vardır.³¹

İslâm hukukunda diyet, hem ceza, hem şahsî hakkı doğuran tazminat anlamı taşıyan bir ödemedir. Diyet, kisasın şartlarının olmadığı ya da kisas hakkı mağdurun ve ölünün varislerinin kısıstan vazgeçtiği durumlarda geçerli olan maddî bir ödemedir. Kısıstan vaz geçildiği durumlarda, diyet adı altında mağdura veya varislere yapılan ödeme, cana karşı yapılan haksız bir fiilden kaynaklanan şahsî hak olarak tecelli etmektedir.³²

Ölüm halinde ödenen diyet bütün varislerin şahsî hakkıdır. Bedenin bütünlüğüne karşı işlenen ve kısmî kisası gerektiren erş ile hakim taktir yetkisine bırakılan "hükümetu'l adl" denilen diyetlerde ise mağdurun şahsî hakkı söz konusudur. Varislere ve mağdura ödenen diyet, borcun kaynağını oluşturmakta ve tazminatı gerektirmektedir. Burada cana karşı işlenen haksız fiili, şahsî hak meydana getirmektedir.³³

Haklı/meşru bir sebebe dayanmadan bir hak veya mal elde etme olan sebepsiz zenginleşme, şahsî hakkın bir diğer kaynağıdır. Sebepsiz zenginleşme birçok sebepten kaynaklanmaktadır. Yanılarak, yanlışlıkla vermek, gerçekleşmemiş bir maksatla vermek; akdin uzaması sebebiyle yeni bir ücretin belirlenmesi; bedellerin değişimi üzerine kurulu akitlerde bedeller değiştirildikten sonra akdin batıl ya da fasit olması; bitişme ve karışma sebebiyle malların ayrılmayacak derecede birbirine karışması sebepsiz zenginleşmenin bilinen sebepleridir.

²⁶ Zerkâ, Medhal, II, s. 878.

²⁷ Nevevî, Ebu Zekeriyâ Muhayiddin b. Şeref, *Minhâcu't-Talibin*, (birinci baskı), Dâru'l-Feyhâ, Dimeşk 2013, s. 362; Mergînânî, II, s. 293; *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, Heyet, (Açıklamalı Mecelle, Metin Ve Açıklamaları Kontrol Eden Ali Himmet Berki), Ankara 1959, Mad. 881-940.

²⁸ Mergînânî, II, s. 293.

²⁹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, s. 441-442.

³⁰ Mecelle, Mad. 92, 93.

³¹ Mecelle, Mad. 912.

³² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, s. 441-442.

³³ Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî I-VI*, (ikinci baskı), Beyrut 1998, I, s. 52.

Yanılarak ödemede bulunanın ödediğini geri alması; sütanne kiralamak v.b. gibi bir maksat için ücret ödeyenin maksat gerçekleşmemesi durumunda ödediğini talep etmesi; belli bir süreye kadar tarla kiraya verenin, kira müddeti dolduğu halde ürünün hasada yetişmemesi sebebiyle kiracının yeni bir süre talep etmesi halinde yeni süreye karşılık kiracıdan ücret talep etmesi ve karışma ve bitişme nedeniyle iki mülkiyetin birbirine karışması nedeniyle maliklerden birisinin malını karşı tarafa terk edip bedelini istemesi birer şahsî haktır.³⁴

Şahsî hakkın bir diğer kaynağı kanundur. Hısımlık ve evlilik nafakası kanundan kaynaklanan şahsî hakkın tipik bir örneğidir. Sahih bir nikah akdiyle evlenmiş bir kadının kocasına ait olan evlilik nafakası, mehri ve iddet nafakası onun şahsî bir hakkıdır. Kur'ân-ı Kerîm'de kendileriyle evlenilen kadınlara mehirlerinin verilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁵ Sahih bir nikâh akdiyle evlenmiş bir kadının mâlî bir hakkı olan ve "kocanın karısının geçimini üstlenmesi, yiyecek, giyecek ve mesken temin etmesi" şeklinde tanımlanan evlilik nafakası, İslâm hukukçularına göre, evlilik akdinin hukukî sonuçlarındandır. Nikâh bağı devam ettiği süre zarfında bu yükümlülük devam eder. Fakihler, sahih bir nikâhla evlenilen kadına, müslüman olsun, fasık olsun, koca tarafından nafaka verilmesinin vacip olduğunda ittifak etmiştir. Kadının bu şahsî hakkı kazanabilmesinin asgari şartı kocasıyla arasında sahih bir nikâh akdinin bulunması, kocasıyla birlikte aynı evde oturması ve evliliğin tabii gereklerini yerine getirmekten kaçınmamasıdır.³⁶ Diğer taraftan kocanın ölümü ya da boşamasıyla kadının beklemesi gereken süre olarak ifade edilen iddet süresinde kadına verilen ve zorunlu ihtiyaçları kapsayan nafaka çeşidi olan iddet nafakası da tıpkı mehir ve evlilik nafakası gibi şahsî bir hak olarak izah edilmektedir.³⁷ İslâm hukukunda kadına tanınan bu haklar, hiçbir şekilde kısıtlanamaz, tamamen yok edilemez

Kadınla ilgili olarak saydığımız bu hak-

lar yanında ayrıca, fakir akrabaların zengin akrabalar üzerindeki hısımlık nafakası kanundan kaynaklanan şahsî bir haktır.³⁸

4. "Aynî Hak" Kavramı ve Çeşitleri

Hukukun muhatap olarak kabul ettiği iki taraf arasındaki hukukî ilişkiyi gerektirmeyen 'aynî hak ise kişiyle muayyen maddî bir şey arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bir şahsın, malî değeri olan maddî ve ferden belirlenen bir mal üzerindeki hakkı 'aynî hak(dingliche rechte/droits réels) olarak tanımlanmaktadır. Buna göre bir borç ilişkisinde malî değeri olan maddî bir mal üzerinde bir şahıs lehine kurulan ihtisas, o şahsa diğer insanlara karşı dermeyeran edilebilen bir talep yetkisi verebiliyorsa burada eşya üzerinde sabit olan 'aynî haktan söz edilir. 'Aynî hak başka bir şahsın varlığını gerektirmiyor. Bu hak doğrudan ferden belirlenebilen maddî bir mal üzerinde tecelli ediyor. Kişilerin sınırsız mülkiyet hakkı, bir alacak hakkını teminât altına almak için belli bir mal üzerinde kurulan rehin ve ipotek hakkı, irtifak hakları 'aynî hakları oluşturmaktadır.³⁹

Bir mal üzerinde aynî hakkın var olması için o şeyin zatiyla dış dünyada var olması gerekir. Yani hakkın konusu olan muayyen mal zatiyla değil(ferden)miktarı belli buğday, şeker gibi neviyle muayyen bir mal üzerinde sabit olursa aynî hak meydana gelmez. Burada şahsî hak söz konusudur.⁴⁰

Aynî hakkın meydana gelmesi için bireyin mal üzerindeki zilyetliği haklı zilyetlik olması gerekir. Gâsıbın, gasp ettiği mal üzerinde aynî hak mevcut değildir. Söz konusu malın üzerindeki aynî hak, malın gerçek sahibine aittir. Aynı şekilde vedia olarak bırakılan malın üzerinde vedia alanın değil, malın sahibinin aynî hakkı vardır. Gâsıbın ya da vedia alanın elindeki mal teslim alınmadan zayi olursa bu durumda mal sahibinin aynî hakkı şahsî hakka dönüşmüş olur.⁴¹

'Aynî hakkın tanımı noktasında üç farklı görüş oluşmuştur. Klasik görüş "aynî hakkı "bir şey üzerinde doğrudan doğruya

³⁴Mecelle, Mad. 443,526, 209; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, s. 428, 432.

³⁵ el-Bakara 2/236-237; en-Nisâ 4/4, 24, 25; el-Mâide 5/5.

³⁶ Kâsânî, Bedâi'u's-Sanâi, IV, s. 16; Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebûbekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1406, V, s. 181.

³⁷ Kasanî, III, s. 419; Nevevî, *Minhac*, s. 515-516.

³⁸ Zerkâ, *Medhal*, II, s. 878.

³⁹ Zerkâ, *Medhal*, II, s. 879; Oğuzman, M. Kemal- Seliçi, Özer-Oktay, Saibe, *Eşya Hukuku*, (10. Baskı), Filiz Yayınevi, İstanbul 2004, s. 1.

⁴⁰ Zerkâ, *Medhal*, II, s. 881.

⁴¹ Zerkâ, *Medhal*, II, s. 878.

hâkimiyet sağlayan hak" olarak tanımlamaktadır. Bu tanım, eşya ile insan arasında hukukî ilişki olamayacağı noktasında eleştiriye uğramıştır. Hukukî ilişkilerin sadece şahıslar arasında olabileceği fikrî zemininde ve "klasik görüş"e muhalif olarak oluşan "şahısçı görüş"e göre 'aynî hak, "bir şey üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen hak" şeklinde tanımlanmaktadır. Burada 'aynî hak sahibiyle onun dışında kalanlar arasındaki bir hukukî ilişki söz konusudur. Bir kişinin mülkiyet hakkı sebebiyle diğer bütün insanların borçlu olmasını ya da hukukî bir ilişkiye muhatap olmasını gerektiren bu tanım da eleştiriye uğramıştır. Her iki tanıma birleştirilen ve Türk hukukunda da esas alan birleştirici görüşe göre 'aynî hak, "bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen hak" şeklinde tanımlanmaktadır.⁴²

Aynî hakkın birçok çeşidi vardır. Sınırsız bir 'aynî hak olan mülkiyet dışında kalan 'aynî hak olan, sınırlı 'aynî haklar (mülkiyetin gayri 'aynî haklar/droit reel restreints), mâlikin mülkiyet hakkına sınırlama getiren ve eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerinden biri veya ikisini sağlayan hak anlamında kullanılmaktadır. Sınırlı 'aynî haklar, mülkiyette olduğu gibi hak sahibine, eşya üzerinde doğrudan doğruya bir egemenlik sağlıyor. Bununla birlikte eşya üzerinde tanınan bu egemenlik içerik bakımından mülkiyetteki kadar geniş tutulmuyor. Sınırlı 'aynî hak sahibi kişi, ancak hakkının içeriğini oluşturan yetkiler ölçüsünde eşya üzerinde hak sahibi olabiliyor. Sınırlı 'aynî hak sahibi, hakkının türüne göre ya eşyayı kullanma ya eşyadan yararlanma ya da belirli sınırlara dâhilinde eşya üzerinde tasarruf edebilme yetkisine sahiptir. Bu açıdan bakıldığında sınırlı 'aynî hakların, mâlikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerinin sınırlı 'aynî hak sahibi lehine daraltıldığı görülmektedir. Modern hukuk sistemlerinde genel olarak sınırlı 'aynî haklar irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakları olarak 3'e ayrılmaktadır.⁴³

İslâm hukukunda 'aynî haklar temelde sınırsız 'aynî haklar (tam mülkiyet/aslî 'aynî haklar) ve sınırlı 'aynî haklar olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Hem rakabe hem intifa mülkiyetini ifade eden ve bir engel bulunmadıkça herkese karşı ileri sürülebilen sınırsız 'aynî haklar tam mülkiyet olarak değerlendirilmektedir. Tam mülkiyette mülk sahibinin hakları hem süre bakımından hem de tasarruf bakımından sınırsızdır. Mülk sahibi, mülkiyeti hakkının devredici sınırlayıcı tasarruflarda bulunabilmektedir. Sınırlı 'aynî haklar da ise hak sahibinin tasarruf yetkisi mutlak ve sınırsız değildir. Modern hukuku sistematığına uygun olarak ya mülkiyet nazariyesi ya da eşya hukuku bölümünde ele alınan sınırlı 'aynî haklar, bir malın ya sadece rakabe ya da menfaat mülkiyetine sahip olmayı ifade eden nakis mülkiyet olarak değerlendirilmektedir. Buna göre bir aynın üzerinde sınırlı 'aynî hakka sahip olan kişi sınırlı 'aynî hak çeşitlerinden olan ya irtifak ya intifa ya da rehin haklarına sahiptir. Bir kimse, başkasına ait bir mal üzerinde ancak kullanma hakkını mutlak olarak elde etmişse irtifak haklarından; bir kimse başkasına ait malların semerelerinden yararlanma hakkını elde etmişse intifa hakkından; bir kimse alacağını elde edebilmek için, bir başkasına ait mal üzerinde teminât elde etme, borç ödenmediği takdirde söz konusu malı satıp paraya çevirme selâhiyetine sahip olursa rehin haklarından⁴⁴ bahsedilebilmektedir. İslâm hu-

⁴² Oğuzman-Seliçi-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 2-3.

⁴³ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, s. 108-109; Ertaş, Şeref, *Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Eşya Hukuku*, (7. Baskı), Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 60-61; Esener, Turhan-Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, (4. Baskı), Yetkin Yay., Ankara 2008, s. 48; Oğuzman, Seliçi ve Oktay, s. 18-19; s. 135; Akipek, Jale G., *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) I-III*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1974, s. 5-7; Erdoğan, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, (5. Basım), Der Yay., İstanbul 2012, s.2.

⁴⁴ 'Aynî hakların bir bölümünü oluşturan rehin hakları, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, hak sahibine bir taşınmaz veya taşınır mülkiyetini veya başka bir hakkı yetkili organlar vasıtasıyla paraya çevirtmek ve elde edilen meblağdan öncelikle alacağını alma yetkisi veren sınırlı bir 'aynî haktır. Rehin hakları, bir 'aynî hak olup, rehin alan tarafa rehni alacağını elde edinceye kadar elinde tutma yetkisi verir. 'Aynî hak sahibi, borç ödenmediği takdirde rehni satıp bedelinden alacağını elde etme selâhiyetine sahiptir. Kural olarak borçlu alacaklılarına karşı bütün mal varlığıyla sorumludur. Alacaklılar borçlunun bütün mameleki üzerinden alacaklarını tahsil bakımında eşit konumdadırlar. 'Aynî bir hak olan rehin hakkı bu eşitliği ortadan kaldırarak, rehin alan tarafa rehni semeninden alacağını öncelikli olarak elde etme yetkisi bahşetmektedir. Hatta Hanbelîlere göre rehin hakları, adı borçlarla birlikte ölünün teçhiz ve tekfin hakkına da tekâdüm eder. Hanefîlere göre rehin hakkı, garantiye bağlanamış alacaklara ve ölünün tekfin-teçhiz haklarına tekâdüm edemez. Hanefîler rehin ahalarının önceliğini, adı borçlarla sınırlı tutmaktadırlar. Geniş bilgi için bkz.: Kâsânî, V, s. 210; İbn Receb, Zeynuddin Abdurrahman b. Ahmed el-Hanbelî, *Tekrîru'l-Kavâid ve Tahîru'l-Fevâid I-III*, Dâru'l-İbn Affân, y.y., trs., II, s. 276; Zerkeşi, Bedruddin Muhammed b. Bahadır, *el-Mensûr fi'l-Kavâid I-III*, (2. Baskı), Kuveyt 1982, I, s.364; Oğuzman-Seliçi-Oktay, *Eşya Hukuku*, s. 676; Kurtoglu, Serda,

kukunda beşerî hukuklarda bulunan “taşınmaz yükü” şeklinde sınırlı bir ‘aynî hak çeşidi mevcut değildir. Ayrıca Mâlikîlere göre diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, sınırsız sayıda “sınırlı ‘aynî hak” düzenlenebilir.⁴⁵

5. Şahsî Hak ile Aynî Hak Arasındaki Farklar

‘Aynî hak ile şahsî hak arasında esaslı farklar vardır. ‘Aynî hakkın varlığı başka bir şahsın varlığına bağlı değildir. Fakat şahsî hakkın sabit olması için başka bir şahsın olması gerekir. Çünkü çoğunlukla şahsî haklar borç ilişkilerinden doğar. Borç ilişkileri ise birden fazla kişinin varlığını gerektirmektedir.⁴⁶ Diğer bir ifadeyle ‘aynî haklar mallar üzerindeki haklar olup hak sahibi olmayan herkese karşı ileri sürülebilir. Şahsî haklar ise iki şahıs arasında olup, sadece borçluya karşı dermeyeran edilebilen haklardır.⁴⁷

Aynî hak ile şahsî hak arasındaki farklar çeşitli açılardan değerlendirilmektedir. Hakkın ileri sürülmesi bakımından aynî haklar mutlak haklar sınıfına girdiği için herkese karşı ileri sürülmesine karşı, nisbî hak olma özelliğine haiz şahsî haklar ise sadece borç ilişkisine taraf olana karşı ileri sürülebilir. Söz gelimi, bir gayr-ı menkulün üzerine kurulu olan mecra hakkı, bu gayr-ı menkul el değiştirse bile mecra hakkı onunla birlikte malın yeni sahibine geçer. Mecra hakkına sahip olanlar yeni mâlike karşı bu hakkını ileri sürebilirler. Fakat aynı tarla kiralandıktan sonra mâlik tarafından başkasına satılırsa, kiracı yeni mâlike karşı kira akdinden doğan hakkını ileri süremez.⁴⁸

Hakkın ihlali bakımından aynî hak herkes tarafından ihlali mümkün olmakla birlikte şahsî hak sadece borç ilişkisine dâhil olan taraflar açısından ihlali mümkündür. A tarafından B’ye satılmış otomobil teslimden önce C tarafından çalınması halinde, A zilyet olması hasebiyle otomobili C’den alabilir. B’nin ise C’ye karşı hiçbir talep hakkı doğmaz.⁴⁹

Takip hukuku bakımında, aynî hak sahibi şahsî hak sahibine göre daha iyi durumdadır. Borçlunun iflası halinde öncelikle aynî hak sahibi olanlar hakkını alabilirler. Aynî hak, sahibine diğer alacaklılara kıyasen rüçhan hakkı ve takip hakkı bahşetmektedir.⁵⁰

6. Genel Olarak ‘Şahsî Hak-‘Aynî Hak Ayırımı

Kara Avrupa hukuk sistemlerinin tertibinin temelini oluşturan hakların ‘aynî ve şahsî hak olarak iki farklı kategoride ele alınması XIX. yüzyılda oluşan Romanist Alman hukukunun teşkil ettiği “Modern Pandekt Hukuku”na dayanmaktadır. Söz konusu sisteme göre Medenî hukuk; Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku şeklinde beş kısma ayrılmaktadır. Bu sistem tamamen Roma hukukuna ait değildir. Roma hukukçuları teoriden çok tatbikata önem verdikleri için hukuku dallara ayırıp ele almamışlardır. Fakat onlar hukuku daha sistemli bir şekilde öğretmek için genel hükümleri içeren bazı el kitapları hazırladılar. Bu eserlerde hukuk faydacı ve kazuistik bir yöntemle ele alınmaktaydı.⁵¹ İşte onların “Institutiones” adı altında hazırladıkları el kitaplarında bu sistemin izlerine rastlamak mümkündür. Bugün elimizde bulunan MS. II. yüzyılda yaşamış Gaius ile imparator Iustinianus’un bu kabil eserlerinde Pandekt hukuk sisteminin temel esaslarını görmek mümkündür. Buna göre, hukuk üç bölümden ibarettir: Hukuk ya şahıslara ya eşyaya ya da davalara taalluk eder. Modern medenî kanunlarının temelini oluşturan bu ayırma göre şahıslara taalluk eden kısım şahsın ve aile hukukunu, eşyaya taalluk eden kısım “mâmelek hukuk olarak bilinen eşya, borçlar ve miras hukukunu; davalara taalluk

İslam Hukuku Dersleri I- II, Filiz Kitabevi, İstanbul 1972, II, s. 131; Ertaş, 505; Akipek, s. 159.

⁴⁵ İbn Receb, *Kavâid*, II, s. 283-289; İbn Nüceym, *Zeynu’l-‘Âbidîn b. İbrâhîm, el-Eşbâh ve’n-Nezâir ‘Âlâ Mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu’mân*, Tahkik: Abdu’l-Kerîm Fudayl, Mektebetu’l-Asriyye, Beyrut 2011, s. 387; Zeydân, *Medhal*, s. 212-270; Senhûrî, *Mesâdiru’l-Hak*, I, s. 30-38 Ebû Zehre, Muhammed, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetu’l-Akd fi’ş Şerîa’ti’l-İslâmiyye*, Dâru’l-Fikri’l-Arabiyye, 1976, s. 67; Yûsuf Mûsâ, Muhammed, *el-Emvâl ve Nazariyyetu’l-Akd fi Fikhi’l-İslâm*, Dâru’l-Fikri’l-Arabî, 1987, s. 167-180; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, s. 135-136; Kurtoglu, s. 127-136; Hacak, *İslâm Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kaeraminin Analizi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı İslâm Hukuk Bilim Dalı, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 141-142, 234-258.

⁴⁶ Zerka, III, s. 880; Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, (3. Baskı), Beta Yay., İstanbul 1999, s. 294.

⁴⁷ Umur, s. 295.

⁴⁸ Cansel-İnan, s. 352.

⁴⁹ Cansel-İnan, s. 352.

⁵⁰ Zerkeşi, *Kavâid*, I, s.364; Meydânî, Abdulğani el-Çanimî ed-Dimeşkî, *el-Lübâb fi Şerhi’l-Kitâb I-II*, Dâru’l-Kutubi’l-Arabiyye, Beyrut 2012, II, s. 6.

⁵¹ David, 46.

eden kısım ise usûl ve icra hukukunu oluşturmaktadır.⁵²

Çağdaş hukuk sistemlerinde uygulanan branşlaşmanın temeli Glossatör olarak adlandırılan Postglossatör ekolüne mensup Alman Roma hukukçularının Roma hukuku üzerinde yaptığı çalışmalara dayanmaktadır. 16. yüzyıl ile 19. yüzyıl arasında Alman hukukçular Roma hukukunu çağın ihtiyaç ve koşullarına göre ele alma ve değerlendirme çabasından sonra "*Usus Modernus Pandectarum*" hukuku oluştu. Tabii hukuk akımının etkisiyle Pandekt hukukunda Gaius'un belirlediği üçlü ayırmada ikinci derecede ayırmalara gidildi. İkinci derecedeki ayırımların sonucu olarak mameleke ilişkin hukuk, eşya hukuku, borçlar hukuku ve miras hukuku olmak üzere üç bölüme ayrıldı.⁵³

Gerçekten Roma hukukunda eşya hukuku için teknik bir kavram mevcut değildir. Bunun nedeni mâlî hakların mâmelek hukuku içinde bir arada ele alınmasıdır. Zira Roma hukukunda 'aynî hakları da ifade eden "res" kelimesi geniş bir anlam çerçevesine sahiptir. Res kelimesi sadece maddî malları değil hak konusu olabilen her şeyi ifade etmektedir. Geniş bir anlama sahip olan res kelimesi alacak haklarını, mirası, dava konusu olabilen şeyleri içerir.⁵⁴ Bundan dolayı, Gaius'un Instituones'nin mallarla ilgili hukukî konulara ayrılan 2. ve 3. kitabında eşya hukuku, borçlar hukuku ve miras hukuku mamelek hukuku üst başlığı altında bir arada ele alınmaktadır.⁵⁵

Şahsî haklar, borçlar genel teorisiyle akitlerin muhtelif çeşitlerini kapsamaktadır. Eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan haklar olan 'aynî haklar ise, mallar-eşya teorisi yani eşya hukuku olarak bilinmektedir.⁵⁶ Bu ayırımdan dolayı, Kara Avrupası hukuk sisteminde kefâlet akdi gibi şahsî teminâtların borçlar hukukunda incelenmesine karşılık rehin akdi ve bu akidden doğan rehin hakkı, sınırlı bir 'aynî hak olarak eşya hukukunda ele alınmaktadır.⁵⁷

7. İslâm Hukukunda Şahsî Hak-Aynî Hak Ayırımı

İslâm hukukunun ilk dönemlerinde, tek tek somut meselelere getirilen çözümler şeklinde geliştiği için, İslâm hukukunun ilk dönem kaynaklarında genel olarak hak kavramıyla özel olarak 'aynî hak kavramıyla ilgili doktriner bilgilere ve ayırımlara derli toplu bir şekilde ve bir başlık altında rastlamak mümkün değildir. İlk dönemlerden itibaren İslâm'ın farklı bölgelerde farklı kültür ve medeniyetleri bünyesine katması sonucu meydana gelen yeni meseleler karşısında üretilen çözümlerin çokluğu ve farklılığı, fıkıhın kazuistik bir yöntemle ve meselelerin dağınık bir şekilde kendi bağlamında ele alınmasını gerekli kılmıştır. Fakat modern dönem İslâm hukuku eserlerinde hak kavramı biraz daha farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Son dönemlerde özellikle beşerî hukuk sistemin etkisi ve klasik kaynaklarda yer alan dağınık bilgilerin derlenip toplanması sonucu oluşan kavram hukukçuluğu sebebiyle, hakların özellikle 'aynî hakların tasnifiyle ilgili Batı hukuk sistemlerinde geçerli olan tasniflere rastlanmaktadır. Yapılan bu tertipler sonucunda 'aynî hakların İslâm hukuk düşüncesinde çeşitli açılardan birtakım tasniflere tâbi tutulduğu görülmüştür.

Her şeyden önce İslâm hukukunda 'aynî hak ile şahsî hak arasında keskin bir ayırımın, müstakil ve mükemmel bir teorinin olmadığı açıktır. Batı menşeli hukuk sistemlerinin tasnifinin temelini oluşturan aynî hak-şahsî hak ayırımı İslâm hukukunda kısmen ayn-deyn ayırımıyla sağlanır. İslâm hukukunda maddi bir varlığa sahip olan mala taalluk eden haklar aynî hak, zimmete taalluk eden haklar ise genel olarak şahsî hak görünümündedir. Maddi bir eşyanın üzerindeki mülkiyet hakkı, kiracının kira konusu maldan yararlanma hakkı, rehinli mal üzerinde rehinli alacaklı lehine kurulan hapis hakkı, buluntu mal bulanın malın korunması için yaptığı masrafları geri alıncaya kadar buluntu mal üzerindeki defi hakkı, şirket malı üzerinde ortakların hakkı, ziraî mahsul üzerinde zekat olarak tecelli eden Allah hakkı, velâyet ve hidâne hakları ayna taalluk eden haklar grubunda yer alır.⁵⁸

İslâm hukukunda şahsî hak-aynî hak ayırımına dayanan bir branşlaşma mevcut değildir. İslâm hukukuyla batı menşeli hukuk sistemleri arasındaki bünye farkı aslında hakla-

⁵² Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, Beta Yay., İstanbul 1999, s. 71; Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 11.

⁵³ David, s. 46.

⁵⁴ Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 1-2.

⁵⁵ Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 2.

⁵⁶ Oğuzman-Seliçi-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 1.

⁵⁷ Zekî Abdülber, s. 10; Rado, s. 85; Umur, s. 346.

⁵⁸ Bardakoğlu, "Hak", s. 144.

rın keskin bir şekilde iki ayrı kategoride değerlendirilmesinden ileri gelmektedir.⁵⁹

İslâm hukukunda şahsî hak-aynî hak ayırımına dayanan bir tasnif sisteminin olmaması, İslâm hukukunda herhangi bir tasnifin gözetilmediği anlamına gelmez. Zira İslâm hukukunun ilk dönemlerinde fikhî konular, modern beşerî hukuklarındaki tasnif sistemine benzer şekilde tasnif edilmediği halde, klasik fıkıh kitaplarının tasnifinde bazı noktalara dikkat edildiği görülür. Fıkıhın tasnifinde Müslümanların amelî hayattaki günlük ihtiyaçları esas alınmıştır. Fûruya dair eserlerin tasnifinde öncelikle temizlik ve ibadet konularına yer verilmektedir. Genel olarak "ibâdât" kavramıyla ifade edilen ibadetle ilgili konulardan sonra "mu'âmelât" şeklinde bir üst kavramla ifade edilen borç ilişkilerini ilgilendiren konulara yer verilmektedir. Borç ilişkilerinin genel ilkeleri, akit teorisi, akdî hükümler, akdın sınırları ve yorumu model akit olarak ifade edilen bey' akdi(satım akdi) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bey' akdinden sonra akdın muhtelif tiplerine yer verilmektedir. Satım akdiyle hükümleri belirlenen akit teorisi mâlî nitelikli bütün akitlerin genel esaslarını belirlemektedir. Akdın muhtelif tipleri sıralamasında mâlî olması dikkate alınmakla birlikte bu akitlerin borçlar hukukunu ve eşya hukukunu ilgilendiren şekilde tasnif edildiği söylenemez. Zira aile, borç ilişkileri, 'aynî hakları ilgilendiren bütün konular fıkıh kitaplarında genel olarak birbiri ardına ele alınmaktadır. Fakat şahsî ve 'aynî haklar ilgili yerlerde dağınık bir şekilde içiçe ele alınmaktadır.

Borç ilişkileri ve 'aynî haklardan sonra cinâyât, ukûbât konularına yer verilmektedir. Suçların maddî unsurlarını, genel şartlarını; cezaların miktarını, infaz şeklini içeren bu kısım bugünkü hukuk sisteminde ceza hukukunda ele alınmaktadır. Klasik fıkıh kitaplarında son olarak mükellefin ölümüyle ilgili olan miras taksimini ilgilendiren genel esaslara yer verilmektedir.⁶⁰

Klasik literatürün tasnifinde İslâm hukukunun dünyevî olandan ziyade uhrevî olana

önem verdiğini; vaaz ettiği hükümlerle muhatapın ibadet hayatını düzenlediği; kişiyi sadece hukukî nosyonla mücehhez bir birey olarak değil aynı zamanda uhrevî sorumluluğunun bilincinde olan bir birey olarak kabul ettiğini göstermektedir.

İslâm hukukunda konuların ele alınış biçiminde kısmi bir sistematik göze çarpsa da bugünkü modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi eşya hukuku-borçlar hukuku şeklinde sınırları kesin olarak belirlenmiş bir ihtisaslaşma mevcut değildir. Bu durum, İslâm hukukunun kendine özgü tertibinden ve teşekkül ettiği dönemin şartlarından kaynaklanmaktadır. Konuyla ilgili olarak Kurtoglu şöyle bir izahta bulunur:

*"İslâm hukukunda kazuistik bir metod takib edildiği için borçlar hukuku ile eşya hukuku alanları birbirinden esaslı şekilde tefrik edilmiş değildir. Tapu sicili sistemi teessüs etmemiştir. Bu hukuk menkul ve gayri menkul ayırımı üzerine de müesses değildir. Böyle olunca mahdud 'aynî hakları ayrı bir bölümde sistematize etmek hemen hemen imkansızdır."*⁶¹

Ansary da aynı konuda şunu söyler:

*"İslâm ülemâsı, bilhassa hanefîler, vâhi ve acze mahkûm, kazuist denilen bir yolda giderek retb ve yabis vukubulmuş veya bulabilecek hayat tezahürleri hakkındaki münferit hükümlerle işin içinden çıkılacağını ve çıkmış olduğunu sanmışlar ve bundan dolayı pek dağınık ve bazen bizlere mütenakız görünen hal suretleri vermeye koyulmuşlardır."*⁶²

İslâm hukuku müdevvenatının tertibi-ne etki eden en önemli sebep İslâm hukuk sisteminin başlangıçta kazuistik/meseleci yöntemle gelişmiş olmasıdır. İslâm hukukçuları karşılaştıkları her somut meseleyi, beşerî hukuktaki gibi iki farklı kategoride ele alıp düzenlemek yerine, her meseleye kendi bağlamında tek tek çözüm üretmiş; nasların yorumundan ya da kendi şahsî akıl yürütmesiyle elde ettiği verileri fıkıh kitaplarına kaydetmişlerdir.⁶³

"İslâm hukukçuları, hukuku, zamanın özel ihtiyaçları göz önünde bulundurularak günü gününe verilmiş vaka çözümlerinden oluşan bir sistem olarak düşünürler. İslâm hukukunda, kendisinden daha sonra somut çö-

⁵⁹ Senhûrî, *Nazariyetü'l-Akd*, I, s. 6; Zekî Abdülber, s. 10; Rado, s. 85; Umur, s. 346.

⁶⁰ Karaman, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, s. 43; Orhan Çeker, *Fıkıh Desleri I*, (6. Baskı), Ensar Yayıncılık, Konya 2013, s. 32.

⁶¹ Kurtoglu, II, s. 117.

⁶² Ansary, s.40.

⁶³ Bardakoğlu, Ali, "Hak", *DİA*, cilt: 15, (139-151), İstanbul 1997, s. 140; Köse, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, Hikmet Yay., İstanbul 2012, s. 66.

zümelerin çıkarılabileceği genel soyut ilkeler bulunmaz. İslâm hukukçuları, soyutlamaya, sistemleştirmeye ve kodifikasyona karşıdır. Bu sistem genellemeye ve hatta tanımlamaya yer vermez.⁶⁴

İslâm hukukunun başlangıçta, meseleci bir yöntemle ele alınması ‘aynî hakların ve şahsî hakların ele alış yöntemine de etki etmiştir. Kavram hukukçuluğunun gelişmediği fıkıh ilminin ilk safhalarında, kazuistik yöntemle ele alınan meseleler, fūrû’ fıkına dair yazılan eserlerde gruplandırılarak toparlandı; ancak, hak kavramının tanımı ve nazarî boyutundan ziyade doğrudan insanî ilişkilere yansıyan yönü ve uygulamalar üzerinde durulmuştur.⁶⁵ Bundan dolayı ‘aynî haklar rehin, hakku’l-haps gibi kısımlarda; şahsî haklar ise satım, kira, kefâlet gibi mâlî akitler kapsamında dağınık bir şekilde ele alındı. Ancak, doktriner tartışmaların ve kavram hukukçuluğunun literatüre yansıdığı sonraki dönemlerde ‘aynî hak-şahsî hak kavramı etrafında yapılan tartışmalar neticesinde ‘aynî haklar-şahsî haklar ayırımına dayanan bir tertip sistemi benimsendi.

İslâm hukukunun tertibi ve ifadeleri, hakların ve borçlanmaların kaynaklarını ortaya koyan, bölümlerini ve her kaynağın durumuna göre, her kaynaktaki neticeleri izah eden bir esas üzerine kuruludur. Yani, İslâm hukukunda şahsî ve ‘aynî haklar, ilgili yerlerde sırası geldikçe yer verilmekte; hakların taalluk ettiği hükümler konular arasında dağınık bir halde bulunmaktadır. İslâm hukukçularının iki hak arasını net olarak ayırıp, ona göre beşeri hukukunda yapıldığı gibi ikili bir tasnife gitmemesi, onların bu hakları tanımaması anlamına gelmemektedir.⁶⁶

İslâm hukukunun klasik literatüründe, haklar ‘aynî ve şahsî şeklinde keskin bir ayırıma tâbi tutulmadığından dolayı, beşeri hukukta tertibinde görülen borçlar hukuku, eşya hukuku şeklinde bir ayırım söz konusu değildir. Bundan dolayı, ‘aynî haklar borç ilişkilerinin genel esaslarının ortaya konulduğu bazen bey’ akdinde bazen bey’ akdinden sonra, muâmelat konularının işlendiği bölümlerde akitlerin hukukî sonu-

cunda oluşan şahsî haklarla birlikte dağınık bir şekilde ele alınmaktadır. Bunu bir örnek üzerinde değerlendirmek mümkündür. Şöyle ki, klasik fıkın bazı eserlerinde كتاب الرهن bazılarında ise باب الرهن başlığı altında ele alınan rehin bölümünde hem bir akit olarak rehinin kuruluşu, şartları, rükünleri hakkında hem de rehin akdinden sonra rehin konusu mal üzerinde alacaklı lehine oluşan ve eşya üzerinde ‘aynî nitelikli yetkiler vermesi bakımından ‘aynî bir hak olmakla birlikte kapsamı bakımından sınırlı, varlığı bir alacağın varlığına bağlı olması bakımından da fer’î bir ‘aynî hak olan rehin haklarından bahsedilmektedir.⁶⁷

Aslında rehin hakları, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm hukukunda da ayna bağlı hak ya da ‘aynî hak olarak değerlendirilmektedir. Buna bağlı olarak İbn Receb, “hukuk” olarak adlandırdığı hak ve yetkileri beş guruba ayırarak, rehin haklarını, “taalluk hakkı” şeklinde bir aynın üzerinde sınırlı olan bir hak şeklinde ele almaktadır.⁶⁸ Senhûri, rehin haklarını hayâzî(normal rehin) ve resmî(gayri-menkul rehni/ipotek) olarak, “hakku’l-haps”, “hakku’l-ihstisâs”, “hukûku’l-imtiyâz” hakkıyla birlikte, “el-Hakku’l-‘ayniyye” ana başlığı ve “el-Hukuku’l-‘ayniyyetu’t-Tebaiyye” şeklinde alt başlık altında ele almaktadır.⁶⁹ Mustafâ Ahmed Zerkâ, rehin haklarını “irtihan hakları” olarak farklı şekilde isimlendirerek, mülkiyet hakkı, intifa’ hakkı, ihtibas hakkı, vakfetme hakkı, vakıflar üzerinde karar hakkı şeklinde sıraladığı ‘aynî haklar arasında zikretmektedir.⁷⁰ Hayrettin Karaman ise rehin haklarını hapis hakkı, ipotek ve bey bi’l vefayla birlikte “fer’î ‘aynî haklar” adı altında değerlendirmeye tâbi tutmaktadır.⁷¹ Karaman’ın tasnifine benzer şekilde Zekî Abdülber de rehin haklarını hapis hakkıyla birlikte

⁶⁴ Milliot, Luis, La pensée Juridique de l’Islam, 1954 Sayı: 6 No: 3 s. 441-454; David, s. 423.

⁶⁵ Bardakoğlu, Ali, “Hak”, s. 140.

⁶⁶ İslâm hukukçularının hakların ‘aynî ve şahsî hak olarak ayrılması hususunda ortaya koyduğu hükümlerin örnekleri için Mustafâ Ahmed Zerkâ’nın *Fıkhu’l-İslâm fî Sevbihi Cedîd* adlı eserine bakılabilir. Zerkâ, Mustafâ Ahmed, *Fıkhu’l-İslâm III*, s. 890.

⁶⁷ Krş.: Kâsânî, V, 195; Heytemî, Şihâbuddîn Ebî Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Alî İbn Hacer, *Tuhfetu’l-Muhtâc bi Şerhi’l-Minhâc I-IV*, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut 2010, II, s. 213; Desûkî, Şemsuddîn Muhammed b. Arafâ, *Hâşiyetu’d-Dusûkî Alâ Şerhi’l-Kebîr I-IV*, Dâru’l-İhyâu’l-Kutubi’l-Arabiyye, Halep trs., III, s. 331; İbn Rüşd, Ebu’l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidâyetu’l-Müçtehid ve Nihâyetu’l-Muktesid*, Müessesetu’r-Risâle Nâşirûn, Beyrut 2010, s. 715; Meydânî, *Lûbab*, II, s. 5; İbn Nüceym, Zeynuddîn, *Bahru’r-Râik Şerhu Kenzi’d-Dekâik I-VIII*, Beyrut 1993, VIII, s. 263; Merginanî, IV, s. 415.

⁶⁸ İbn Receb, s. 208.

⁶⁹ Senhûri, *Mesâdiru’l-Hak*, I, s. 30-38.

⁷⁰ Zerkâ, Mustafâ Ahmed, *Fıkhu’l-İslâm fî Sevbihi Cedîd*, III, s. 893.

⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, s. 135-136.

tebeî yani bir şeye bağlı olarak ele almaktadır.⁷² Çağdaş İslâm hukukçularından Ahmed Fehmî Ebû Sünne ayna ilişkin hakları beş gruba ayırarak rehin haklarını, "borca karşı temînât hakkı" şekline ifade etmektedir. Yusûf Mûsâ da mürtihin rehinin aynı üzerindeki hakkını hakkul'imtiyâz olarak ifade etmektedir.⁷³

Burada birçok tasnifin olmasının sebebi İslâm hukukunda rehinin hem bir akit olması hem de aynî bir hak niteliğinde olmasıdır. Rehinin bu iki özelliği, müellifleri rehni farklı şekillerde ele alıp, farklı hukuk dalları arasında zikretmesine sebebiyet vermektedir. Çağdaş yazarların eserlerinde görüldüğü kadarıyla rehinin tasnifinde Roma hukukundan kaynaklanan şekliyle eşya hukuku bölümünde tasnif edilmesi şeklinde bir eğilim görülmektedir. Fakat hemen şunu belirtelim ki bu ne klasik litaratürün ne de rehinin yapısına uymaktadır. Rehni yapısı gereği bağımsız bir hukuk dalında ele alınması daha isabetlidir. Kaldı ki, Rehni, roma hukukunda "rehin hakları" adı altında eşya hukukunda bir akit olması açısından ise borçlar hukukunda ele alınmaktadır.⁷⁴ Bu durum İslâm hukukunun sistematiğine benzemektedir.

Görüldüğü üzere, İslâm hukukçuları sınırlı aynî bir hak olan rehin haklarını rehin haklarını eşya hukuku bölümünde ele alan çağdaş hukuk sistemlerine benzer şekilde ifade etmektedir. İslâm hukukçuları, özel olarak aynî haklarına dikkat çekmemekle birlikte, ayna taalluk eden haklarla taalluk etmeyen hakların arasını ayırarak aslında zımnen bu haklardan haberdar olduğunu ortaya koymuşlardır. Onlar, rehin haklarının rehinli alacaklıya bir öncelik ve takip hakkı verdiğinin farkındadırlar.⁷⁵

Hukukî işlemler bakımından aynî hak ile şahsî hakkı kesin sınırlarla birbirinden ayırmak mümkün değildir. Şahsî hak ile 'aynî hak

arasında yapı itibariyle farklılıklar olmakla birlikte bazı durumlarda her iki hak türü aynı işlemde söz konusu olabilir. Söz gelimi, rehin akdinin temelini oluşturan alacak hakkı, alacaklı için şahsî bir haktır. Alacaklının bu hakkı garanti altına almak için borçludan aldığı rehinin aynı üzerindeki hakkı ise 'aynî hak niteliğindedir. Burada şahsî hak ile 'aynî hak aynı işlemde birleşmiş durumdadır. Aynı şekilde gasp edilmiş bir malda da şahsî hak ile 'aynî hak bir arada bulunmaktadır. Kendisinden malı gasp edilenin gâsıbın üzerindeki hakkı şahsî bir haktır. Diğer taraftan bizzat gasp edilen mal üzerindeki hakkı ise 'aynî hak niteliğindedir. Yani gasp bizzat gasp ettiği malı sahibine iade etmek zorundadır.⁷⁶ Keza, satım akdi, satıcı açısından alacak hakkı doğurur. Diğer taraftan sonucu itibariyle mülkiyeti naklettiği için "'aynî hak" doğurmaktadır. Kira akdi kiraya veren açısından alacak hakkı doğurduğu gibi kiracı açısından 'aynî hak doğurmaktadır. Zira kiracının kira konusu mal üzerinde süknâ ya da intifa hakkı vardır.⁷⁷

Aynî hak ile şahsî hak arasındaki sınırın belirsiz olması sebebiyle hukuk sisteminde 'aynî hak-şahsî hak temelinde yapılan tasnif eleştiriye uğramıştır. İslâm hukukunun tasnifini bu ayırımı üzerinde değerlendirdikten sonra bu ayırımın İslâm hukukuna uymadığını dahası bu ayırımın kendi içinde bir takım tutarsızlıkları barındırdığını belirten Karaman bu ayırımı şu şekilde karşı çıkmaktadır:

"Rehin hususi akitler bahsinde geçmesi gerekirken, bir fer'î 'aynî hak(merhûn malı hapis hakkı) doğurduğu ileri sürülerek 'aynî haklar bahsinde zikredilmekte, buna karşı, satın alan için mülkiyet hakkı meydana getiren alım-satım akdi, 'aynî haklar bölümünde değil, hususi akitler bölümünde ele alınmaktadır. Şahsî haklar ve borçlar bölümünde ele alınan akit v.b. birçok bahis aslında 'aynî haklarla ortaktır; çünkü akit her iki nevi hakkın da kaynağıdır; işte bu durumda borçlar nazariyesinin bünyesinde tutarsızlıklara sebep olmaktadır. Bütün bunlardan dolayı hareket noktası olarak hak ve borçları değil, hukukî hâdise ve hukukî tasarruf ikilisi halinde kaynakları alan sistem tutunma bakımından daha şanslı görünmekte ve İslâm hukuku bu sistematiğe daha

⁷² Zekî Abdülber, s. 17.

⁷³ Bkz. Zerkeşi, *Kavâid*, I, s.364; Bardakoğlu, "Hak", s. 145; Havlî, Ahmed Mahmûd, *Nazaraiyatü'l-Hak beyne Fıkhî'l-İslâmî ve Kânûnî Vad'î*, (birinci baskı), Dâru's-Selâm, Kahire 2003, s. 115; Yusûf Musâ, s. 449; İbrahim Sa'd, Nebil, *el-Hukûk'l-'ayniyetü'l-Asliyye fi'l-Kânûnî'l-Misrî ve'l-Lübânî*, Dâru'l-Nahdati'l-Arabiyye, Beyrut 1995, s. 7; Hacak, *İslâm Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, s. 253.

⁷⁴ Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 118; Rado, *Roma Hukuku Dersler-Borçlar Hukuku*, s. 88-89; Tahiroğlu, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yay., İstanbul, s. 175; Umur, *Roma Hukuku*, s. 494.

⁷⁵ Zerka, *Medal*, II, s. 890.

⁷⁶ Zerka, III, s. 880.

⁷⁷ Umur, s. 295.

*müsaait bulunmaktadır.*⁷⁸

Temelde ‘aynî hak-şahsî hak ayırımına dayanan eşya hukuku-borçlar hukuku şeklindeki tasnifin hukukî ilişkiler bakımından pratik bir faydasının olmadığı aşikârdır. Zira İslâm hukukunda borç ilişkilerini oluşturan hukukî tasarruflarda aynı anda hem ‘aynî hem şahsî haklara rastlamak mümkündür. Buna bağlı olarak klasik literatürde daha çok şahsî hakları ilgilendiren hususların ele alındığı satım(bey’) akdinde “*ba-bu’l-hukuk*” başlığı altında irtifak haklarına yer verilebilmektedir.⁷⁹

Hukukun belli ilkeler temelinde dallara ayrılması sürekli değişen, gelişen ve yeni hakların ortaya çıkmasına zemin hazırlayan günlük hayatın gerçeğine aykırıdır. Hukukun dalları sürekli çoğalmaktadır. Hukuk sürekli değişen, başkalaşan hayata ayak uydurmak için yeni hukuk dalları oluşturmakta; ortaya çıkan sorunların üstesinden gelmek için yeni hakları tanımlamakta, sınırlarını çizmektedir. Hayatın sürekli değişen yapısından dolayı, uzay hukuku, spor hukuku, cinsiyet hukuku, çevre hukuku, ticaret hukuku, sigorta hukuku, iş hukuku, fikri mülkiyet hukuku, vergi hukuku, menkul kıymetler hukuku, bankacılık hukuku, deniz hukuku, refah hukuku, insan hakları hukuku gibi yeni hukuk dalları ortaya çıkmış durumdadır.⁸⁰

Aslında ‘aynî hak-şahsî hak temelinde mâmelek hukukunda yapılan sınıflandırmanın gerekçesine yönelik yapılan değerlendirmelere bakıldığında yapılan eleştirilerin sağlam bir zemine dayandığı söylenebilir. Söz konusu tasnifin iktisadî ve amelî bakımından değil hukuk bakımından olduğunun belirtilmesi ve gerekçe olarak zikredilen; “Pratik hayatta ve iktisadî bakımından birbirine çok yakından bağlı münasebetler, sırf hukuk bakımından birbirinden ayrılırlar.” şeklindeki bir izahın mantığı anlaşılamamaktadır.⁸¹

Aynî hak-şahsî hak ayırımını temellendirmeye çalışan bazı nazariyeler bu konuda tam ittifak halinde değillerdir. Bu ayırımı temellendirmeye çalışan tekçi nazariyeye göre, bu ayırımı red edilmelidir. Çünkü aynî hak da tıpkı şahsî hak gibi bu hakkı ihmal etmemeyle mükellef bulunan diğer bütün bireyleri içine alan bir alacak hakkından ibaret olup, herkese karşı ileri

sürülme selâhiyetini hak sahibine verir.⁸²

“Bu ayırımın Roma Hukukundan beri yapılan ilmî bir ayırım olması, bu ayırımın toplumsal ihtiyaçlara uygun düşmesi” şeklinde ifade edilen ve tekçi nazariyeye karşı ileri sürülen düşünceler bu ayırımı temellendirmeden uzaktır.⁸³ Zira, bu ayırımın Roma Hukukunda yapılmış olması onu ilmî yapmaz. Toplumların servet biriktirmesi bu ayırımı sosyal ihtiyaç haline getirmez.

SONUÇ

İslâm hukukunun başlangıçta, meseleci bir yöntemle ele alınması genelde hak kavramının özelde aynî hakların ele alınış biçimine etki etmiştir. Kavram hukukçuluğunun gelişmediği İslâm hukukunun ilk dönemlerinde, kazuistik bir yöntemle ele alınan meseleler, fûrû’ fıkhnına ilişkin yazılan eserlerde gruplandırılarak tasnif edildi; ancak, hak kavramının tanımı ve soyut boyutundan ziyade doğrudan sosyal ilişkilere yansıyan somut uygulamalar üzerinde duruldu.

Her hukuk sistemi gibi İslâm hukuku da kendine özgü bazı özelliklere sahiptir. Hukuk sistemlerinin doğması ve gelişmesi bir yönüyle doğduğu kaynak ve beslendiği çevresel faktörlere bağlı olduğu göz önüne alındığında bunun normal bir durum olduğu düşünülebilir. İslâm hukuku kaynağı ve doğduğu çevre bakımından diğer hukuk sitemlerinden farklıdır. Bu farklılığın en belirgin olduğu nokta ise İslâm hukukunun genel olarak kazuistik bir yöntemle gelişmiş olmasıdır. İslâm hukukunun bu şekilde gelişmesi onun sistematizmini etkilemiştir. İslâm hukukunda Roma hukukun etkisiyle oluşan hukuk sistemlerindeki benzer özel-hukuk-kamu hukuku şeklinde bir ayırım mevcut değildir. Aynı şekilde hakların şahsî hak-aynî hak ayırımına dayanan borçlar hukuku-eşya hukuku şeklindeki bir ayırım da mevcut değildir. Branşlaşmanın olduğu hukuklarda geçerli olan bütün hak çeşitleri İslâm hukukunda yer almakla birlikte bu haklar ilgili yerlerde dağınık bir şekilde bulunmaktadır. Esasen İslâm hukukun klasik literatürüyle günümüze ulaşan birikimden yararlanarak bu tasniflere ulaşmak mümkündür. Fakat bu tasniflerin ne kadar işlevsel ve gerekli olduğu tartışmalıdır. Dolayısıyla yapılması gereken şey İslâm hukukunu kendi yapısı bağlamında anlamaya çalışmaktır. Kaldı ki İslâm

⁷⁸ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, s. 41.

⁷⁹ Mergînânî, III, 68.

⁸⁰ Wacks, s. 36.

⁸¹ Umur, s. 295.

⁸² Cansel-İnan, s. 348.

⁸³ Cansel-İnan, s. 348-349.

hukukunun ilkelerinden hareketle oluşturulan hukukî düzenlemeler İslâm hukukuna alternatif olarak sunulduğu bilinen bir husustur.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G., *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) I-III*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1974.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, (3. bası), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara 1958.
- Aybakan, Bilal, "Fürû' Fıkhın Sistematiği Üzerine", M. Ü. İlâhiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 31 Cilt: 2,(5-32), 2006 İstanbul.
- Aydın, Nurullah, *Hukuka Giriş*, (2. Baskı), Adalet Yay., Ankara 2009.
- Bardakoğlu, Ali, "Hak", DİA, cilt: 15, (139-151), İstanbul 1997.
- Cansel-İnan, "Aynî Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21-01-04, (345-367), Ankara 1964.
- Çeker, Orhan, *Fıkıh Desleri I*, (6. Baskı), Ensar Yayıncılık, Konya 2013.
- David, René, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, Çev.: Argun Köteri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985.
- Desûkî, Şemsuddîn Muhammed b. Arafâ, *Hâşiyetu'd-Dusûkî Alâ' Şerhi'l-Kebîr I-IV*, Dâru'l-İhyâu'l-Kutubi'l-Arabiyye, Halep trs.
- Erdoğan, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, (5. Basım), Der Yay., İstanbul 2012.
- Ertas, Şeref, *Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Eşya Hukuku*, (7. Baskı), Seçkin Yay., Ankara 2006.
- Esener, Turhan-Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, (4. Baskı), Yetkin Yay., Ankara 2008.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, (30. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Hacak, *İslâm Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Ana Bilidalı İslâm Hukuk Bilim Dalı, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2000.
- Havlî, Ahmed Mahmûd, *Nazaraiyatı'l-Hak beyne Fıkhi'l-İslâmî ve Kânûnî Vad'î*, (birinci baskı), Dâru's-Selâm, Kahire 2003.
- Heytemî, Şihâbuddîn Ebî Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Alî İbn Hacer, *Tuhfetu'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc I-IV*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 2010.
- İbn Nüceym, Zeynu'l-Âbidîn b. İbrâhîm, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir 'Âlâ Mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, Tahkik: Abdül-Kerîm Fudayl, Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut 2011.
- İbn Nüceym, Zeynuddîn, *Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik I-VIII*, Beyrut 1993.
- İbn Receb, Zeynuddin Abdurrahman b. Ahmed el-Hanbelî, *Tekrîru'l-Kavâid ve Tahrîru'l-Fevâid I-III*, Dâru'l-İbn Affân, y.y., trs.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, Müessesetu'r-Risâle Nâşirûn, Beyrut 2010.
- İbrahim Sa'd, Nebil, *el-Hukûk'l-'ayniyyetu'l-Asliyye fi'l-Kânûnî'l-Mısri ve'l-Lübnânî*, Dâru'l-Nahdati'l-Arabiyye, Beyrut 1995.
- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku I-III*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Karaman, Hayreddin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, (6. Baskı), İz Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Kâsânî, Alau'd-Dîn Ebî Bekr b. Suû'd el-Hanefî, *Bedâiyu's-Sanâyi' fî Tertîbi's-Şerâi' I-VI*, Dâru'l-İhyâi't-Turâsi'l-Arabî Beyrut 2010.
- Koçak, Muhsin-Dalgın, Nihat-Şahin, Osman, *İslâm Hukuku İslâm Hukukuna Giriş/ Aile Hukuku/Miras ve Ceza Hukuku*, Ensar Yay., İstanbul 2014.
- Köse, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, Hikmet Yay., İstanbul 2012.
- Köse, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, Hikmet Yay., İstanbul 2012.
- Kurtoğlu, Serda, *İslam Hukuku Dersleri I- II*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1972.
- Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Heyet, (Açıklamalı Mecelle, Metin Ve Açıklamaları Kontrol Eden Ali Himmet Berki), Ankara 1959 .
- Mergînânî, Burhanuddîn Ebî'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr el-Fergânî, *el-Hidaye Serhu Bidâyeti'l-Mubtedî I-IV*, Daru'l-Erkam b. Ebî'l-Erkam, Beyrut trs.

- Meydânî, Abdulğani el-Çanimî ed-Dimeşkî, *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb I-II*, Dâru'l-Kutubi'l-'Arabiyye, Beyrut 2012.
- Milliot, Luis, La pensée Juridique de l'Islam, 1954 Sayı: 6 No: 3 (441-454), Paris.
- Nevevî, Ebu Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref, *Minhâcu't-Talibîn*, (birinci baskı), Dâru'l-Feyhâ, Dimeşk 2013.
- Oğuzman, M. Kemal- Seliçi, Özer-Oktay, Saibe, *Eşya Hukuku*, (10. Baskı), Filiz Yayınevi, İstanbul 2004.
- Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *Mesâdiru'l-Hak fi'l- Fıkhi'l-İslâmî I-VI*, (ikinci baskı), Beyrut 1998.
- Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebûbekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût, I-XXX*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1406.
- Tahiroğlu, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yay., İstanbul.
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, (3. Baskı), Beta Yay., İstanbul 1999.
- Wacks, Raymond, *Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York 2008.
- Yûsuf Mûsâ, Muhammed, *el-Emvâl ve Nazariyetu'l-Akd fî Fıkhi'l-İslâm*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1987.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm I-II*, (3. Baskı) Dâru'l-Kal', Dimeşk 2012, II, s. 879.
- Zerkeşî, Bedruddîn Muhammed b. Bahadır, *el-Mensûr fi'l-Kavâid I-III*, (2. Baskı), Kuveyt 1982.
- Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Zeydân, *Medhal*, s. 212-270; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak I*, s. 30-38 Ebû Zehre, Muhammed, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd fi'ş Şerâ'it'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabiyye, 1976.