

I- GİRİŞ ve TANIM

İnsanların toplum halinde yaşadığı bilinen bir gerçektir. Her insan bir cemiyette dünyaya gelmekte, orada yetişmekte ve orada ölmektedir. Bu müşterek hayatı yaşamak zorunda olan her insan, malvarlığını oluşturan varlıkların bir kısmının başkasının mâmelekine geçmesine yol açan

çeşitli hukukî ilişkiler kurar. Malvarlıkları arasındaki bu geçişlerin bir kısmı hukuka uygun olduğu halde bir kısmı hukuka aykırı düşebilir. Hukuk, haklı bir nedene dayanmayan malvarlığı kaymalarının asıl sahiplerine iadesini gerekli görür. Diğer yandan başkasına ait bir hakkı zilyet veya zimmetinde bulunduranı da iade ile yükümlü tutar. Ancak iade ile yükümlü olanların bir kısmı zaman zaman, bu borçlarını tamamen veya gereği gibi yerine getirmeyebilirler. Hukuk tarafından himaye edilmeyen bu gibi davranışların söz konusu olduğu durumlarda hak sahipleri, başkasının malvarlığı veya tasarrufunda bulunan mal ve haklarını geri isteme hakkına sahiptir. Ancak söz konusu iadenin yetkili makamlar marifetiyle sağlanması, yine hukukun amir hükmüdür. Bu sebeple başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan hak ve değerlerin geri alınmasında devlet otoritesine başvurmak temel kuraldır. Zira devletin görevlerinden biri de, hukukun hâkimiyetini tesis ederek kamu düzenini sağlamak, fertler arasındaki anlaşmazlıkları hukuk düzeni içinde çözmek ve haksızlığa uğrayanların haklarının kendilerine iade edilmesini temin etmek suretiyle adaleti tesis etmektir.¹

Temel kural bu olmakla birlikte, devlet otoritesinin yeterli düzeyde işlemediği, idarî ve adlî mekanizmanın iyi çalışmadığı, faileri tarafından delillerin karartılıp haklarını ispat edilememesi riski bulunduğu gibi gerekçelerle birtakım kişiler, başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan haklarını bizzat almak zorunda kaldıklarını ileri sürebilirler. İşte ihkâk-ı hak ve benzeri terimlerle ifade edilen bu tür eylemlerin hukuka uygun olup olmadığı tartışılan bir konudur. Esasen hukuk

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK İHKÂK-I HAK

Ali KAYA

Yrd. Doç. Dr., Uludağ Ü. İlahiyat Fakültesi
İslam Hukuku Öğretim Üyesi

* Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Öğretim Üyesi

¹ bk. Mâverîdî, Ebu'l-Vefîd Ali b. Muhammed, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Mısır 1327/1909, 21; el-Ferrâ, Ebû Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Beyrut 1403/1983,15. Adaletin tevzînin bütün Müslümanlar için ifası gereken bir görev olduğunu gösteren ayetler için bk. en-Nisâ 4/26, 58; Sâd 38/26.

tarafından yasak kabul edilen bir eylemin, kendi hakkını almak gibi bir gerekçe ile hukuka uygun sayılması, hukukçuları meşgul eden konular arasında yer almaktadır. İşte biz de bu araştırmamızda, ihkâk-ı hakkın caiz olup olmadığını ve esasen hukuka aykırı bu eylemin hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağını İslâm hukuku açısından inceleyeceğiz.

Hukuk literatüründe ihkâk-ı hak, devlet güçlerinin zamanında işe el koymasının sağlanmadığı, hakkın yitirilmesi veya kullanılmasının pek çok güçleşmesine engel olmak için başka bir yolun kalmadığında, sahibi tarafından hakkın bizzat Almansı diye tanımlanmaktadır.² Bu anlamda, “*kendi hakkını cebren vikaye*”³, “*biz-zat ihkâk-ı hak*”, “*kendiliğinden hak alma*”⁴ ve “*hakkın istifası*” gibi terimlerle de ifade edilen ihkâk-ı hak, İslâm hukuku kaynaklarında, “*zufri bi'l-hak*” veya sadece “*zufri*” terimleri ile ifade edilmektedir.⁵ Biz bu çalışmamızda daha çok ‘*ihkâk-ı hak*’ terimini kullanacağız. Ancak belirtmeliyiz ki, ihkâk-ı hak Türk Ceza Kanunu’na göre de suç sayılmaktadır.⁶ Ancak biz bu araştırmamızda ihkâk-ı hak konusunu borçlar hukuku çerçevesinde ele alıp inceleyeceğiz.

II- HAK ALMA KONUSUNDA TEMEL KURAL

İslâm hukukunda, insanların mallarına dokunulmazlık ilkesi kabul edilmiştir.⁷ Kişilerin hukuka uygun yollarla kazandıkları malları ve hakları hukukun himayesi altındadır. Onlara yönelik her türlü tecavüz yasaklanmış ve vaki ihlâllere cezaî müeyyideler konarak teminat altına alınmıştır. Ayrıca ihlâl halinde ortaya çıkacak zararların telâfi edilmesi için de gerekli düzenlemeler yapılmıştır. “*İmkân ölçüsünde zararlar giderilir*”⁸ şeklindeki temel hukuk kuralı bu tür düzenlemelerin bir örneğini teşkil etmektedir.

Buna göre, bir malı haksız olarak başkasının zilyet veya zimmetine geçen bunun iadesini isteme ve geri alma hakkına sahiptir. Ancak iadenin sağlanmasında hukukun meşru saydığı yönetime başvurmak zorunluluğu vardır. Bu sebeple kişilerin kendi güçlerini kullanarak bizzat hak alma yolunu seçmeleri hukuk tarafından meşru bir davranış olarak kabul edilmez. Daha geniş bir ifade ile anlaşmazlıkların ve menfaat çatışmalarının hukuka bağlı kalınarak çözülmesi esastır. İhtilâfların

² Hüseyin Özcan, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Ankara 1985, 345.

³ *Türk Hukuk Lügati*, Ankara 1944, 198; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 1981, 106; M. Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, I, İstanbul 1989, 151.

⁴ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, I, İstanbul 1976, 436.

⁵ bk. Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezdâir*, Beyrut 1403/2983, 87; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezdâir*, Mısır 1405/1985, 88; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, III, c.I-VI, Kahire ty, 900.

⁶ bk. TCK md. 308.

⁷ bk. Buhârî, *Hudûd*; 9; Müslim, *Hacc*, 19.

⁸ Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Şerhu'l-Kavâidil-Fikhiyye*, Dimeşk 1409/1989, 207.

ortadan kaldırılmasında, fertlerin kendi güçlerini kullanmasına izin verilmez. Çünkü bu tür davranışlar, otoriteyi zaafa uğratar, asayiş sarsar, adaleti zedeler. Bu durum zulüm ve haksızlıkların yaygınlaşmasına neden olur ki, bundan hem toplum hem de bireyler zarar görür. İlkel hukuk anlayışı hariç tutulacak olur ise, ilâhî veya beşerî kaynaklı bütün hukuk sistemleri bu tür eylemlere izin vermediği gibi haksızlıkların giderilmesi ve anlaşmazlıkların ortadan kaldırılmasında hukuk yolunun takip edilmesini gerekli görmüş ve bunu bir ilke olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan temel kural, üzerinde hak iddia edilen ve başkasının zimmet veya zilyesinde bulunan bir mal veya hakkın devlet gücü marifetiyle alınması temel kuraldır.

İslâm hukukunda da, başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan bir hakkın alınmasında temel kural, kamu otoritesine başvurmak ve onu ancak devlet kuvveti vasıtasıyla geri almaktır. Buna göre alacaklı, kendi rızası ile borcunu yerine getirmeyen borçluyu, mahkemeye ve icra dairesine başvurarak ödeme yapmaya zorlama ve devlet kuvveti ile hakkını alma yolunu seçmekle yükümlüdür.⁹ Bu hükmün hukukî dayanaklarının başında, İslâm hukukunun birinci hüküm kaynağı olan Kur'ân gelmektedir. "*Rabbine andolsun ki, aralarında çekiştikleri hususta seni hakem tayin edip, sonra verdiğin hükmü içlerinde bir sıkıntı duymadan tamamen kabul etmedikçe inanmış olmazlar.*"¹⁰ ayeti anlaşmazlıkların çözümünde, aynı zamanda hukukî otorite konumunda bulunan Peygamber'i hakem tayin etmenin gerekli oluşuna ve bunu da Hz. Muhammed'i peygamber olarak kabul etme inancı ile ilişkilendirerek işaret etmektedir. "*Ey iman edenler! Allah'a, Peygambere ve sizden olan buyruk sahiplerine itaat edin. Eğer herhangi bir konuda ihtilâfa düşerseniz, Allah'a ve ahiret gününe iman ediyorsanız onu Allah'a ve Peygambere götürün. Bu hem hayırlı hem de netice bakımından daha iyidir.*"¹¹ mealindeki ayet ise, kitap ve sünnetin hükmünü uygulamakla görevli olan yetkililere (ulü'l-emr) itaati emretmenin yanı sıra, ihtilâfların yetkili merciler tarafından çözüme kavuşturulmasını öngörmektedir.¹²

İslâm hukukunun ikinci hüküm kaynağı olan sünnet ise "*İslâm'da zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur.*"¹³ beyanı ile konuya farklı bir açılım kazandırmaktadır. Hukukçularca "*zarar ve mukabele bizzarar yoktur*"¹⁴ şeklinde küllî kaide haline getirilen bu hadis, başkasının zimmet veya zilyesinde bulunan ve üzerinde hak iddia edilen bir malı almaya yönelik girişimin, genellikle haksız bir

⁹ Karafî, Şihâbüddîn Ahmed b. İdris, *el-Ihkâm fî Temyîz'il-Fetâvâ anil-Ahkâm ve Tasarufât'il-Kâdî ve'l-İmâm*, Halep 1967, 18.

¹⁰ Nisâ, 4/65.

¹¹ Nisâ, 4/59.

¹² Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1405/1985, III, 179.

¹³ İbn Mâce, *Ahkâm*, 17; *Muvatta'*, Akdiye, 31; Ahmed b. Hanbel, V, 327.

¹⁴ *Mecelle* md. 19.

eylem niteliği taşıyabileceği için, mahkemeye başvurmadan kendiliğinden almanın caiz olmayacağını göstermektedir.¹⁵ Dolayısıyla başkasının zilyet veya zimmetinde alacak olarak bir malı veya hakkı bulunan kişinin, bunu ihkâk-ı hak yoluyla alma hak ve salahiyeti yoktur. Böyle bir eylem hukuka aykırı olur. Kendi hakkını alma amacıyla hareket edilmiş olması, eylemin hukuka uygun sayılmasını sağlamaz.

Başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan hakkın geri alınmasında devlet otoritesini devreye sokma anlayışı çeşitli açılardan gerekçelendirilebilir. Bunlardan biri, kendi kendine hak almanın genellikle ölçüyü kaçırma riski taşımasıdır. Dolayısıyla bir haksızlığın giderilmesine yönelik eylem yeni haksızlıklara yol açabilir. Hâl-buki "zulme uğrayan kimsenin başkasına zulmetme hakkı yoktur."¹⁶ Bu nedenle hukukî bir işlem veya haksız bir fiil sonucu hak kaybına uğrayan, aynı şekilde karşılık verme hakkına sahip değildir. Hak elbette korunacak ve kişilerin gördüğü zararlar telâfi edilecektir. Çünkü İslâm hukukunda "zarar izale olunur"¹⁷ temel kaidesi bunu amirdir. Fakat bunun hukuk içinde kalınarak gerçekleştirilmesi icap eder.¹⁸ Bundan dolayı, bir haksızlığı gidermek için başvuru eylemin yeni bir haksızlığa neden olması, kendiliğinden hak almanın kural olarak hukuka aykırı sayılmasını gerektirmektedir.

Ayrıca kendi hakkını alma iddiası taşısaya da ihkâk-ı hak, toplumda çeşitli karışıklıklara yol açar ve toplum düzenini bozar.¹⁹ Bu nedenle hukuken korunan temel hak ve hürriyetlere yönelik saldırıları bertaraf etmek ve saldırı vaki olmuş ise ortaya çıkan zararları telâfi etmek için devletin yetkili makamlarına başvurmak şarttır. Aksi halde ortaya çıkacak zarardan daha çok sayıda kişinin etkileneceği ve zararın daha büyük ve istenmeyen boyutlara ulaşacağı kuvvetle muhtemeldir. İşte daha büyük bir zarara engel olmak için, kişiler birtakım hak kayıplarına göğüslemek zorunda kalabilirler. Çünkü genel zararı önlemek için özel zarara katlanmak,²⁰ bir başka ifade ile "ağır zarar hafif zararla ortadan kaldırmak"²¹ genel hukuk kaidesi olarak benimsenmiştir. Bunun gereği de yetkili makamlara başvurmaktır. İşte bu ve benzeri gerekçeleri ileri süren İslâm hukukçuları kendi hakkını kuvvet kullanarak almayı, belirtilen mahzurları nedeniyle de hukuka uygun bir davranış olarak kabul etmemişlerdir. Hakları korumak ve almakta devlet otoritesinin gücünü kullanmayı temel kural olarak kabul etmişlerdir. Bunun dışında kalan bir yöntem olarak kendiliğinden hak almak hukuka aykırı kabul edilmiştir.

¹⁵ bk. Ali Haydar, *Dürru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1330, I, 74-75.

¹⁶ *Mecelle* mad. 921. Hükmün delili olarak bk. Bakara 2/279.

¹⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 85.

¹⁸ Ali Haydar, *Dürru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 75-76.

¹⁹ Ahmed Muhammed Müleycî, *en-Nizâmü'l-Kadâi'l-İslâmî*, 38-42.

²⁰ Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâid*, 197.

²¹ Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâid*, 199.

O halde hak kayıplarını telâfi etmek için her ferdin kendi görüşü doğrultusunda hareket etmesi hukuka aykırı, klâsik ifadesi ile gayr-i meşru kabul edilir. Çünkü kendiliğinden hak alma amaçlı eylemden dolayı, kişilerin kanunlar tarafından korunan temel hak ve hürriyetlerine tecavüz söz konusu olduğu gibi, kamu düzeni ve asayişinin bozulma tehlikesi bulunmaktadır.

III- TEMEL KURALIN İSTİSNASI OLARAK İHKÂK-I HAK

Başkasının zilyet veya zimmetinde alacağı bulunan kişilerin, kendi rızası ile iade borcunu ödemeyen yükümlüden bu haklarını geri almak için devlet otoritesini devreye sokmak zorunda olduklarını ve bunun temel kural olduğunu belirtmiştik. Bununla birlikte hak kaybına uğrayanlar, özellikle kamu düzenini korumak ve tesis etmekle görevli devlet organlarının düzenli ve etkili bir şekilde çalışmadığı, adalet sisteminin yeterli düzeyde işlemediği, ya da yetkili makamların işin içine sokulmasının imkânsız hale geldiği durumlarda, kendi haklarını bizzat korumak ve almak zorunda kaldıklarını ileri sürebilirler. İşte hukuk sistemleri bu gibi durumlarda temel kuralın bir istisnası olarak ve aşağıda incelenecek şartların gerçekleşmesi koşuluyla hakların bizzat alınmasını caiz görmekte ve bu durumun fiildeki hukuka aykırılığı kaldıran bir sebep olarak kabul etmektedir.²² İslâm hukukunda da “zaruretler memnu’ olan şeyleri mubah kılar”²³ kaidesi çerçevesinde kendiliğinden hak almanın mubah sayılacağı ve hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edileceğini göstermektedir.

İhkâk-ı hakkın caiz sayılmasını gösteren delillerin başında, “Bir kötülüğün karşılığı, yine ona denk bir kötülüktür”,²⁴ “Eğer ceza vermek isterseniz, size yapılanı aynıyle mukabele edin”,²⁵ “Zulüm gördükten sonra hakkını alan kimselerin bundan dolayı mesul tutulmalanna bir yol yoktur”,²⁶ “Bir haksızlığa uğradıklarında, üstün gelmek için aralarında yardımlaşsınlar”,²⁷ “Hürmetler karşılıklıdır. O halde size tecavüz edene, size tecavüz ettikleri gibi tecavüz edin”²⁸ ayetleri gelmektedir.

Konu ile ilgili sünnet delillerin başında, Peygamber (sav)’in, Ebû Süfyân’ın hanımı Hind’in, ‘kocam cimri bir adamdır, verdikleri benim ve çocuğumun nafakası için kâfi gelmemekte’ diyerek, kocasının malından nafakasını almasının caiz olup olmayacağını sorması üzerine, “örfü uygun olarak kendine ve çocuğuna yete-

²² Geniş bilgi için bkz. Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, I, 436; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 106; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, I, 151.

²³ Süyûtî, *el-Eşbâh*, 84; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 85; Zerkâ, *Şerhu’l-Kavâid*, 185.

²⁴ eş-Şûrâ 42/40.

²⁵ en-Nahl, 16/126.

²⁶ eş-Şûrâ 42/41.

²⁷ eş-Şûrâ 42/39.

²⁸ el-Bakara 2/194.

cek kadar al"²⁹ hadisi gelmektedir. Yine bu konuda delil olarak ileri sürülen şu hadisler de bulunmaktadır: "Bir kimsenin yanında malının aynısını bulan kimse o mala daha çok hak sahibidir."³⁰ "Çalınan veya kaybolan malının aynısını bir başkasının elinde gören ona daha çok hak sahibidir"³¹

Bu ve diğer nasları delil alan bir kısım İslâm hukukçuları, aşağıda açıklanacak şartların bulunması halinde, bizzat hak almanın caiz görülebileceğini ileri sürmüşlerdir. Mesela, kendisine korunmak üzere bırakılan malı inkâr eden veya sahibine iade etmeyen kişinin aynı cinsten başka bir malının alıkonulabileceği söylenmiştir.³² Yine korunmak üzere bıraktığı (vedia) malını, korumayı kabul edenin (müstevda) izni ve bilgisi olmadan alan kimseye hırsızlık cezası tatbik edilmeyeceği kabul edilmiştir.³³ Borcunu ödemekten kaçınan borçlunun izni olmadan malına el koymanın caiz olacağı,³⁴ başkasının evine herhangi bir malı düşen kimsenin, ev sahibinin bunu itiraf etmemesinden veya malını ispat edecek delillerin yok olacağından korkarsa, bu kişinin evine girip malını alabileceği belirtilmiştir.³⁵ Yine müşterek malın taksim edilmesini isteyen ortak, diğer ortağın bu talebe uymak zorunda olduğu halde gereğini yapmadığında, mal misli mallardan ise, hâkim kararı olmadan hissesine düşeni alması caiz görülmüştür.³⁶

Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, İslâm hukukçuları ihkâk-ı hakkı istisnâ bir yöntem/izin olarak caiz görmüşlerdir. Yukarıda da değinildiği gibi hakkın bizzat istifası kural dışında kalan bir eylemdir. Çünkü kendiliğinden bir hakkın alınmasında, temel haklardan olan mal dokunulmazlığının ihlâli söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple böyle bir fiile, ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde başvurulur.

IV- ŞARTLARI

İhkâk-ı hakkın hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilebilmesi ile ilgili olarak ileri sürülen şartlardan biri, hakkın devlet eliyle alınamamış olmasıdır. Bu kendiliğinden hak almayı, temel kuralın istisnası niteliğinde bir izin olarak görülmesini sağlayan bir şarttır. Diğerisi ise, bir haksızlığı ortadan kaldırmanın yeni bir haksızlığa yol açmasını önlemeyi hedefleyen bir şart olarak eylemin hak alma

²⁹ Buhârî, Büyü', 95; Nesâî, Kadât, 31; İbn Mâce, Ticârât, 65; Dârimî, Nikâh, 54.

³⁰ Buhârî, İstikrâz, 14; Müslim, Mûsâkât, 25; Ebû Dâvûd, Büyü', 74; Nesâî, Büyü', 95; İbn Mâce, Ahkâm, 26; Muvatta', Büyü', 87; Ahmed b. Hanbel, *el-Mûsned*, II, 258.

³¹ İbn Mâce, Ahkâm, 12; Ahmed b. Hanbel, *el-Mûsned*, V, 13.

³² Serahsî, Muhammed b. Ahmed Ebû Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut 1398/1978, XI, 128.

³³ Sahnûn, Abdisselâm b. Sa'îd, *el-Müdevenetü'l-Kübrâ*, c.I-VI, Beyrut ty , VI, 296.

³⁴ Süyûtî, *el-Eşbâh*, 84.

³⁵ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 88.

³⁶ İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman, *el-Kavâ'id*, Kâhire 1391/1971, 32.

amacını aşmamasıdır. Üçüncü şart ise, yine bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olup ihkâk-ı hakka konu olacak hakkın sabit ve belirli olması ve cins birliği taşımasıdır. Buna göre ihkâk-ı hak yoluyla hak almanın hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilmesini sağlayan şartları üç başlık altında toplamak mümkün görünmektedir.

I- Hakkın Devlet Eliyle Alınmamış Olması

Yukarıda da belirtildiği üzere ihkâk-ı hak temel kuralın istisnası niteliğinde bir izindir. Dolayısıyla onun mubah bir eylem olarak kabul edilmesini sağlayan istisnâî durumun bulunması gerekir. Bu da ihlâl edilen hakkın devlet kuvveti ile alınmamış olmasıdır. Hakkın devlet otoritesi marifetiyle alınmaması, ilgili devlet organlarının zamanında devreye sokulamaması veya yetersiz kalması halinde söz konusu olur. Hanefi hukukçularından İbn Âbidîn'nin açıkça belirttiği gibi, borcunu ödemekten kaçınan borçlunun malına el koyabilmek için, olayın mahkemeye taşınmasına imkân verecek ortamın bulunmaması,³⁷ başka birinin evine bir malı düşen kimsenin, izin almadan eve girip onu alabilmesi için ev sahibinin delilleri yok ederek inkâr etme endişesinin bulunması³⁸ gibi kayıtlar, zaman ve mekân bakımından olayın yetkili makamlara taşınmasının mümkün olmadığında ihkâk-ı hak yoluna gidilebileceğini göstermektedir.

Devlet güçlerinin devreye sokularak hakkın alınmaması, yetkili organların düzenli çalışmaması ve yetersiz kalması halinde de söz konusu olabilir. Bu bakımdan adliye teşkilâtının hakkı ihlâl edilene yardım edemediği veya hakkın alınmasını sağlayamadığı ya da bu konuda ihmalkâr davrandığında kendiliğinden hak almanın mubah görülmesi³⁹ yine bu gerekçeye dayanmaktadır. Ayrıca iki zarardan biri diğerinden daha büyük olduğunda “*zarar-ı eşedd zarar-ı ehaf ile izale olunur*”⁴⁰ kaidesi uyarınca, hakkın yitirilmesi veya daha sonra ileri sürülemeyecek olması daha büyük bir zarar olarak kabul edilerek, bundan daha küçük bir zarar olarak görülen başkasının evine girip oraya düşen malı almak hukuka uygun bulunmuştur.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, yetkili makamların zamanında devreye sokulması mümkün olduğunda veya ihlâl edilen hakkın geri alınmasını sağlayabilecek duruma olduğunda, kendiliğinden hak alma hukuka uygunluk vasfını kaybeder. Çünkü bu durum zaruret hali olarak değerlendirilen ve esasen hukuka aykırı

³⁷ İbn Âbidîn, Muhammed Emin, *Reddü'l-Muhtâr*, İstanbul 1984, IV, 95.

³⁸ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 88.

³⁹ İbn Hacer Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, c. I-XIII, Beyrut ty, XII/190; Aynî, *Umdu'tü'l-Kâni*, c. I-XXXV, Beyrut 1348/1929, XXIV, 49.

⁴⁰ Hâdimî, Ebû Saîd Muhammed, *Menâfi'u'd-Dekâik fî Şerhi Mecâmi'l-Hakâik (el-Mecâmi)*, İstanbul 1305/1987, 190.

bir fiilin mubah sayılmasını sağlayan sebebin ortadan kalktığını gösterir. “Bir özür için caiz olan şey ol özrün zevaliyle batıl olur”⁴¹ hukuk kaidesi gereğince, istisnâ hallerde geçerli olan geçici hüküm (ruhsat) geçerliliğini yitirir ve “mâni zail oldukça memnû’ avdet eder”⁴² hukuk kuralına göre de, geçici bir süre için askıya alınan asıl hüküm tekrar yürürlük kazanır.

2- Fiilin Amaca Uygun Olması

İhkâk-ı hak yoluyla hakkını alan, kendine ait olsa da, izni olmaksızın başkasının zimmet veya zilyesinde bulunan bir mala veya hakka el koymuş olmaktadır. Bu yüzden hak alma eylemi ‘mal veya kişi dokunulmazlığı’ yahut ‘toplum düzenini’ ihlâl olarak değerlendirilebilir ki, bu durumda haksızlığı ortadan kaldırmayı amaçlayan eylem yeni bir haksızlığa yol açmış olur. Sözü edilen mahzurun önlenmesi için, ihkâk-ı hak için başvuru eylemin ve kullanılan kuvvetin, elde edilmek istenen amaçla sınırlı olması gerekir. Çünkü asıl kuralın dışına çıkılarak, ancak istisnâ hallerde ve zaruret sebebiyle mubah sayılan bir eylem zaruret miktarıyla sınırlı olmak zorundadır.⁴³ İslâm hukukçuları, kamu düzeninin bozulması, eylemin suç niteliği kazanması ve failin ağır bir itham altında kalması gibi durumlarda amacın aşıldığı kanaatine ulaşmışlardır. Sözü edilen durumlarda kendiliğinden hak alma eyleminin, sonuçları itibariyle başka ihlâllere yol açacak boyutlara ulaşması nedeniyle hukuka aykırı sayılacağını kabul etmişlerdir.

Bunlardan kamu düzeninin bozulması tehlikesi bulunan durumlarda kendiliğinden hak alma eylemi, daha ağır sonuçlara yol açacağı için onunla elde edilmek istenilen amacı aşan durum olarak değerlendirilmiş ve hukuka aykırı bir eylem olarak görülmüştür. Mâlikî hukukçularından Karafî'nin ifadesiyle *fitneye* yol açma endişesi olarak nitelenen böyle bir durumda, hak sahibinin mahkemeye başvurmak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁴⁴ Diğer şartların bulunması koşulu ile mala ilişkin haklarda ihkâk-ı hak hukuka uygun bir eylem olarak görülürken kişinin can ve bedenine ilişkin haklarda caiz görülmemesinin gerekçesi bu düşüncedir.⁴⁵ Bunun dayanağı ise, eylemin toplumda karışıklığa neden olabilecek türden can, mal ve toplum güvenliğini sarsacak nitelik taşıyor olması, ayrıca bu sonucun, hak kaybının neden olacağı mağduriyetten daha büyük olmasıdır. Nitekim yakınlarından biri kasten (amden) öldürüldüğü için katilin kısas edilmesini isteme hakkı

⁴¹ Mecelle md: 25.

⁴² Mecelle md: 24.

⁴³ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 86.

⁴⁴ Karafî, *el-Fürûk*, IV, c. I-IV, Beyrut ty , 77.

⁴⁵ Aynî, *Umdetü'l-Kâri*, XXIV, 49; İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, XII, 190.

tanınan kişilere, bizzat kısas cezasını infaz etme izin ve yetkisi tanınmamıştır.⁴⁶ Çünkü böyle bir yetkinin kullanılması kamu düzenini bozar ve toplumda çeşitli karışıklıklara neden olur.

Amacın aşıldığı diğer durum, ihkâk-ı hak için başvuru eylemin suç niteliği kazanması ve kendiliğinden hak alanın, cezaî müeyyide gerektiren bir suçla itham edilmesi halidir. Bu halde de hak kaybindan daha kötü sonuçlar ve daha büyük mağduriyet ortaya çıkacağı için, elde edilmek istenen düzeyin üstüne çıkmış olur ve bu sebeple eylemin hukuka uygunluk vasfı düşer.⁴⁷ Mesela, aksini ispat etme imkânı olmadığı için hak alma eyleminin hırsızlık olarak değerlendirilecek olması böyledir. Çünkü söz konusu halde, eylem mal güvenliğini sarsacağı ve sosyal düzen bundan zarar göreceği için, kendiliğinden hak alanın hırsız muamelesi görüp cezaî takibata uğrar. Sonuç itibarıyla bu hak kaybının neden olacağı zarardan daha büyüktür. Bu sebeple sözü edilen kötü (mefsedet) sonuçla karşılaşmamak için hak sahibi, bizzat hak alma girişiminde bulunmayıp davayı mahkemeye taşımaktadır.⁴⁸ Zira hakları koruma gibi bir maslahatı gerçekleştirmeyi amaçlayan eylemden mefsetet (kötülük) ortaya çıkar ki, "*mefsedetin defî maslahatın celbinden önce gelir*"⁴⁹ temel kaidesi göz önünde bulundurularak ihkâk-ı hak yoluna başvurmak hukuka uygun düşmez.

Filil amaca uygun bulunmadığı bir diğer durum ise, ihkâk-ı haktan dolayı failin ağır bir itham altında kalacak olmasıdır. Örneğin ihkâk-ı hak yoluyla hak alan kişinin emanete ihanet ile itham edilecek olması böyledir. Sözü edilen durumda daha ağır sonuçların önlenmesi için, zarar görenin bizzat hak alma yoluna gitmeyip yetkili makamları harekete geçirmesi öngörülmüştür. Bu sebeple korunmak üzere bırakılan vediayi itiraf etmeyen ve ispat edecek bir delil de bırakmayan vedia'nin başka bir malını alıkoymak, emanete ihanet ile ithama neden olması halinde, hukuka aykırı bir eylem olarak kabul edilir.⁵⁰ Çünkü "*Emaneti sana güven*

⁴⁶ Muhammed Ali, *Tehzîbü'l-Fürûk, el-Fürûk'un kenarında*, c. I-II, Beyrut ty IV, 123. Adam öldürme ve yaralama eylemlerinde Allah hakkı ihlâl edilmekle birlikte ağırlıklı olarak kul hakkı ihlâl edildiği için, kısas veya diyet müeyyidelerinden birinin tercih edilebileceği belirtilmiştir. Hayatta ise maktul, değilse yakınları böyle bir hakka sahip olmakla birlikte, hakkın icrası mahkeme kararına bağlıdır. Hak sahipleri bizzat kendileri cezayı infaz edemezler. Aksi halde hukuka aykırı davranmış sayılırlar ve adam öldürme (katl) fiili işlemiş olurlar ve bundan dolayı cezalandırılırlar. En azından, suçun diğer unsurları bulunmadığı için tazir cezasına mahkûm edilirler. Geniş bilgi için bk. Kâsânî, *Alâüddîn Ali b. Mes'ûd, Bedâi'*, VII, Beyrut 1394/1974, 365; İbnü'l-Bezzâz, *Hâfizuddîn Muhammed b. Şihâb, el-Fetâvâ'l-Bezzâziye, Fetâvâ'l-Hindiyye kenarında*, 1393/1973, VI, 283; Remîî, *Şihâbüddîn Muhammed b. Ahmed, Gâyetü'l-Beyân*, Mısır 1379/1959, 289; Huraşî, *Hâşîye*, c. I-VIII, Beyrut 1318/1900, VIII, 4, 24.

⁴⁷ Karafî, *el-Fürûk*, IV, 77.

⁴⁸ Muhammed Emin, *Tehzîbü'l-Fürûk*, IV, 125.

⁴⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 90.

⁵⁰ Karafî, *el-Fürûk*, IV, 77.

veren kişiye bırak, sana ihanet edene sen ihanet etme"⁵¹ hadisi, haksızlığa uğranılmış olsa bile haksızlık yapılmamasını ön görmektedir.

Görüldüğü gibi ihkâk-ı hakkın hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilebilmesi için başvuru eylem, elde edilmek istenen amaçla sınırlı olmak zorundadır. Amacın aşılması halinde hukuka aykırılık ortaya çıkar. Amacın aşılmaması için, ihkâk-ı hakka konu olan hakkın mahalli insanın can ve bedeni olmamalıdır. Diğer yandan ihkâk-ı hakk bir maslahatı gerçekleştirirken, sosyal düzenin bozulmasına yol açması gibi bir kötülüğe neden olmamalıdır. Bir başka deyişle hak alma eylemi, hakkın mahiyeti ve kapsamı bakımından haklı görülmeyen ihkâk-ı hak hukuka aykırı sayılır, mubah kabul edilmez.

3- Hakkın Sabit, Belirli ve Aynı Cinsten Olması

İhkâk-ı hakkın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için üzerinde hak iddia edilen hakkın birtakım özellikleri bulundurması gerekir. Bizzat hakkın kendisi ile ilgili olan bu özellikler, hakkın sabit, belirli ve aynı cinsten olmasıdır. Kendiliğinden hak almanın hukuka uygun olmasını sağlayan bu özellikler aynı zamanda haksızlığı giderme amacına yönelik bir eylemin yeni bir haksızlığa yol açmasına engel bir nitelik taşımaktadır.

a) Hakkın Sabit Olması

Üzerinde hak iddia edilen bir mal veya hakkın kendiliğinden alınabilmesi için bahse konu olan hakkın öncelikle sabit olması icap eder. Ancak böyle bir hak, yetkili makamlara başvurmadan kendiliğinden alınabilir. İslam hukukçuları bir hakkın sabit oluşunu farklı özelliklere göre belirlemeye çalışmışlardır. Mâlikî hukukçularından Karafî, hakkın sabit olduğuna karar verebilmek için onun, bütün İslâm hukukçuları tarafından tanınan (mecma'un aleyh) bir hak olmasını aramıştır.⁵² İslâm hukukçularının bir hakkın sabit oluşunda ihtilâf etmiş olmaları onun sabit bir hak sayılmasında tartışmaya neden olur ki, bu durumda bahse konu olan hakkın yetkili makamlara başvurmadan alınması caiz olmaz.⁵³ Dolayısıyla söz konusu halde diğer şartlar bulunsa da kendiliğinden hak almaya yönelik eylem hukuka aykırı düşer. Örneğin hacr altına alınmadan önce iflas eden borçlunun malından alacaklıların, haklarına karşılık olarak bir şey almaları böyledir. Zira alacaklıların böyle bir haklarının olduğu müçtehitler arasında tartışmalı bir konudur.⁵⁴ Nitekim Şâfiî böyle bir hakkı tanımazken⁵⁵ Mâlik, alacaklıların bu tür haklarının

⁵¹ Ebû Dâvûd, Büyû', 79; Tirmizî, Büyû', 38; Dârimî, Büyû', 58; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsne'd*, III/414.

⁵² Karafî, *el-Fürûk*, IV, 76.

⁵³ Karafî, *el-Fürûk*, IV, 77.

⁵⁴ Muhammed Ali, *Tehzîbü'l-Fürûk*, IV, 123.

⁵⁵ Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, c. I-VIII, Beyrut ty, III, 189.

bulduğunu ileri sürmektedir.⁵⁶ Yine hibe yapılmasına rağmen bunu kabul etmeyen bir kişinin daha sonra, önceki hibeye dayanarak o malı kuvvet kullanarak alması halinde de aynı durum söz konusu olmaktadır. Çünkü Ebû Hanîfe, Şâfiî ve Ahmet b. Hanbel hibe işleminin tamamlanması için kabzı (hibeyi kabul edip teslim almak) şart koşarken Mâlik böyle bir koşul aramamaktadır.⁵⁷ Buna göre, borçlandırıcı işlemin yanı sıra ayrıca tasarruf işlemini gerektiren kazandırmaların bizzat kendiliğinden alınması hukuka aykırı kabul edilir.

Hanbelî hukukçuları hakkın sabit olmasını, ona varlık kazandıran hukukî sebebe bakarak belirlemektedirler. Örneğin İbn Receb hukukî sebebi 'zâhir' (açık) olan hakların sabit bir hak olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir.⁵⁸ Örneğin satılan malın bedeli, ödünç (karz) olarak verilip iadesi gereken mal, gasp edilen malın bedeli, tahakkuk eden kira bedeli, kefil olunan veya miras olarak intikal eden mal, zevcenin, çocukların ve ebeveynin nafakası böyledir. Bunların hukukî sebebi güçlüdür. Buna karşılık bağışlanan malın hibe edilenden geri alınması, eş, çocuk ve ebeveynin dışındaki diğer hısımların nafakaları ise, hukukî sebebi *hafî* (kapalı) olan haklardandır.⁵⁹ Dolayısıyla böyle bir hakkın yetkili makamlara başvurmadan alınması caiz değildir; diğer şartlar bulunsa da kendiliğinden hak almaya yönelik eylem hukuka aykırıdır.

Günümüz hukukçularından Zerkâ' ise, hukukî sebebi *güçlü* (*kavî*) olan hakların sabit sayılacağını belirtip konuyu hemen hemen yukarıdaki örneklerle açıklar ve ancak bu tür hakların mahkeme kararı olmadan alınabileceğini ifade eder.⁶⁰ Bütün bu bilgiler göstermektedir ki, İslâm hukukçuları bir hakkın sabit sayılmasını sağlayan kriter konusunda farklı ifadeler kullanmış olsalar da, ancak hukuken sabit olan hakların ihkâk-ı hak yoluyla alınabileceğinde görüş birliğine varmışlardır.

b) Hakkın Belirli olması

İhkâk-ı hakkın hukuka uygun bir eylem olarak görülebilmesi için, üzerinde hak iddia edilen hakkın *belirli* olması da gerekmektedir. Ancak bu nitelikteki haklar

⁵⁶ Huraşî, *Hâşîye*, V, 276.

⁵⁷ Geniş bilgi için bk. Şener, Abdülkadir, *İslâm Hukukunda Hibe*, Ankara 1984, 40-42. Aynı durum hibe edilen malın, bizzat hibe eden tarafından geri alınması (hibeden rücu) halinde de söz konusu olmaktadır. Zira bu da tartışmalı bir konudur. Hanefîler bunu caiz görürken diğer İslâm hukukçuları caiz görmemektedir. (Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1986, II, 41.)

⁵⁸ bk. İbn Receb, *el-Kavâid*, 17.

⁵⁹ Civar hısımlar veya havâşî de denilen eş, usul ve fûru dışındaki yakınların nafaka alacaklısı olması tartışmalıdır. Nitekim Mâlikî, Şâfiî ve Ca'ferî hukukçularına göre bu yakınlar arasında nafaka cereyan etmez. Hanbelîler ile Zeydîler ise çok dar kapsamda da olsa civar hısımlar arasında nafaka hukukunun tatbikini kabul eder. Bu tür nafaka uygulamasını daha çok Hanefî hukukçuları kabul etmektedir. Geniş bilgi için bk. Celal Erbay, *İslâm Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, Bakü 1995, 127-133.

⁶⁰ Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâid*, 466.

mahkeme kararı olmadan kendiliğinden alınabilir.⁶¹ Belirli olmaktan kastedilen, hakkın içtihat ve araştırmaya ihtiyaç duyulmayacak düzeyde miktar ve vasfının belirli olması demektir. Kendisinin veya çocuklarının nafakası ödenmeyen kadının, hâkim kararı olmadan varlıklı kocasının malından nafakasını alabilmesi⁶² ve böyle bir eylemin hukuka aykırı sayılmaması için nafaka borçlusunu kocanın zengin olmasının şart koşulması, örfe göre kocanın ödeyeceği nafaka miktarının belirli kabul edilmesi düşüncesine dayanır. Kocanın fakir olması halinde ise, bireylerin varlık düzeylerinin farklı olmasının nafaka yükümlülüğünün miktarını etkileyeceği için nafakanın miktarının yargı yoluyla belirlenip kesinleşeceğinden, bu durumda kendiliğinden hak alma hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilmemektedir.⁶³ İslâm hukukçularınca, hak sahibi olmakla birlikte evli eşin kendi nafakasını, hâkim kararı olmadan fakir olan kocasının malından bizzat almasının caiz görülmemesi⁶⁴ bu gerekçeye dayanmaktadır.

Hakkın belirli olması, hakkın ilişkin olduğu malın mislî veya kıyemî olmasıyla da yakından ilgilidir. Mislî mallar ölçü ve tartı ile mübadele edildiği için, hâkim kararı olmadan ihkâk-ı hak yoluyla alınabilirken kıyemî mallar böyle değildir. Çünkü mislî nitelikteki mallardan ihkâk-ı hakka konu olacak miktar başka bir işleme gerek kalmadan belirlenebilir. Fakat kıyemî mallar ölçü ve tartı ile mübadele edilmeyip değer üzerinden işlem görürler ki, bu da değişkenlik arz eder. Bu nedenle bu tür malların ihkâk-ı hakkı caiz görülmemiştir. Mesela, mislî nitelikteki müşterek bir malın taksimini isteyen ortaklardan biri, diğer ortağın kasten ifraza yanaşmaması durumunda, hissesine düşen kısmı hâkim kararı olmadan alabilir.⁶⁵

c) Aynı Cinsten Olmak

Başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan bir hakkın ihkâk-ı hak yoluyla alınabilmesi konusunda, İslâm hukukçularının en çok üzerinde durdukları hususlardan biri, zarar gören ile ona karşılık olmak üzere borçlu veya sorumlu mâmeleketten alınacak mal veya hakkın aynı cinsten olup olmaması hususudur. İslâm hukuku kaynaklarında konu ile ilgili tartışmaların daha çok bu noktada odaklaştığı ve problemin sözü edilen özellik üzerinden çözülmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu husus ihkâk-ı hakka konu olan hakkın aynen mevcut olmadığı durumda önem kazanmaktadır. Zira asıl hakkın aynı ile mevcut olduğu durumlarda cins

⁶¹ Karafî, *el-Fürûk*, IV, 76.

⁶² İbn Receb, *el-Kavâid*, 147.

⁶³ Eşin nafaka miktarını belirlerken her iki tarafın da durumunun dikkate alınması gerekmele birlikte Şâfiî ve Hanefîlerden Kerhî gibi bir kısım İslâm hukukçuları yalnız kocanın ekonomik durumuna bakılarak tespit yapılması taraftandır. bk. Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 23-24.

⁶⁴ Karafî, *el-Fürûk*, IV, 76.

⁶⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 32.

birliği tartışması yapılmamakta, diğer şartların bulunması şartına bağlı olarak hak sahibinin hak veya malını ihkâk-ı hak yoluyla alması caiz görülmektedir.⁶⁶ Hatta ihkâk-ı hakkın haksızlığa yol açmaması, hedeflenen amacı aşma riskinin bulunmaması, hak kaybının ortaya çıkardığı zaruret ile hakların kolayca geri alınabilmesini temin gibi gerekçeler ile konuya doğrudan hükme bağlayan nasların bulunması bu hükümde görüş birliğinin oluşmasını sağlamıştır.⁶⁷ Buna göre haksız olarak bir başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan hakkının aynısını bulan kimse onu hâkim kararı olmadan alabilir ve böyle bir eylem için hukuka aykırılık iddiası ileri sürülemez. Örneğin iflas eden müşterinin elinde bedeli ödenmeyen malının aynısını bulan satıcı, mahkeme kararı olmadan sattığı malı geri alabilir.⁶⁸ Korunmak üzere bırakılan malı inkâr eden veya geri vermek istemeyenin elinde vediaı aynen bulan için de aynı hüküm geçerlidir.⁶⁹

Yukarıda da belirtildiği gibi, mal veya hakkın aynı ile mevcut olmayıp başka bir malın veya değerın alınacağı durumda ise cins birliği konusu önem kazanmakta, asıl tartışma bu noktada odaklaşmaktadır. Şâffiler, “*bir kötülüğün karşılığı yine onun gibi bir kötülüktür*”⁷⁰ ve “*eğer ceza verecekseniz, size verilen cezanın misliyle cezalandırın*”⁷¹ gibi ayetleri delil olarak cins birliğini belirleyici yapmamakta, asıl hak yerine farklı cinsten başka bir malın alınabileceğini caiz görmektedirler.⁷² Hanefiler ise *misli ile mukabelede* bulunmayı öngören ayet⁷³ ile Peygamber’in (sav) Ebû Süfyân’ın hanımı Hind’e hitaben söylediği hadisi delil alırlar ve hakkın konusunun aynı cinsten olması halinde başka bir değerın ihkâk-ı hakkın caiz olacağını; farklı cinsten olması durumunda ise caiz olmayacağını ileri sürmektedirler.⁷⁴ Dolayısıyla Hanefi hukukçularına göre, aynı cinsten olan malın ihkâkı mubah; farklı cinsten olan malın bizzat istifası ise hukuka aykırı düşmektedir. Bununla birlikte Hanefi hukukçuları arasında da tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Nitekim Ebû Yûsuf (ö.182/798), selef âlimlerinden İbn Ebî Leylâ (ö.148/765)’dan nakledilen

⁶⁶ İbn Kudâme, Muvaffukuddîn el-Makdîsî, *el-Muğnî*, c.I-IX, Mısır ty, VIII, 257.

⁶⁷ Konuya doğrudan temas eden nasların başında “*Bir kimsenin yanında malının aynısını bulan kimse ona, başkalarından daha çok hak sahibidir*” mealindeki hadis gelmektedir. bk. Buhârî, İstikrâz, 14; Müslim, Mûsâkât, 25; Ebû Dâvûd, Büyû’, 74; Nesâî, Büyû’, 95; İbn Mâce, Ahkâm, 26; Muvatta’, Büyû’, 87; Ahmed b. Hanbel, *el-Mûsned*, II, 258.

⁶⁸ Şâfiî, *el-Ümm*, III, 199; İbn Rüşd, *el-Bidâye*, II, 288. Hanefiler ise bu konuda farklı düşünmektedir. Onlara göre böyle bir durumda satıcı ‘baş alacaklı’ olacağını kabul etmektedirler. bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 285.

⁶⁹ Sahnûn, *el-Müdevvene*, VI, 296; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 178; İbn Rüşd, *Bidâye*, İstanbul 1985, II, 376; Ensârî, Zekerîyyâ b. Muhammed, *Fethu’l-Vehhâb*, Mısır 1367/1948, II, 160.

⁷⁰ eş-Şûrâ, 42/40.

⁷¹ en-Nahl 16/126.

⁷² Ensârî, *Fethu’l-Vehhâb*, II, 160

⁷³ en-Nahl 16/126.

⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 128; Kâsânî, *el-Bedâi’*, VII, 72.

görüşü benimseyen hukukçulara tâbi olarak, farklı cins malın kendiliğinden ihkâkını da caiz görmektedir.⁷⁵

Mâlikî hukukçularının bu konuda farklı kanaat taşıdıkları anlaşılmaktadır. Örneğin el-Huraşî (ö.1022/1594) Hanefîlerle aynı görüşü paylaşırken el-Karafi (ö.664/1285) farklı cinsten bir malın ihkâk-ı hakkı caiz bulmadığı gibi aynı cinsten olanların da kendiliğinden alınmasını caiz görmemektedir.⁷⁶ Mâlikî mezhebinde yaygın olan bu görüşe göre, haksız olarak bir başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan bir malın geri alınabilmesi için mahkemeye başvurmak gerekmekte olup ihkâk-ı hak yoluyla alınması hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilmemektedir. Adı geçen hukukçuların dayandıkları delil, aksi görüşte olanların da delil olarak gösterdikleri hadiste Peygamber (sav)'in Ebû Süfyân'ın hanımı Hind'e hitabının hâkim sıfatıyla söylemiş olmasıdır. Rasulüllah'ın bu sıfatla irat ettiği kavî sünnete göre her fert kendi başına amel edemez. Çünkü bu tür sünnet ancak otorite gücü ile delil olma niteliği kazanır.⁷⁷ Diğer delilleri ise, “*mallannızı aranızda batıl yolla yemeyin*”⁷⁸ mealindeki ayetin zahiri anlamı itibariyle, farklı cinsten malların ihkâk-ı hakkına imkân vermemesidir. Bununla birlikte Karafi gibi bu görüşün savunucusu olan Mâlikî hukukçuları bazı şartların gerçekleşmesi halinde aynı cinsten olan malların ihkâk-ı hakkının caiz olacağını kabul etmektedirler.⁷⁹

Hanbelî hukukçular ise her iki durumda da kendiliğinden hak almayı caiz bulmazlar. Onların gerekçesi böyle bir eylemin, insanlar arasında ihtilâfa yol açabileceği tehlikesidir. Dayandıkları nakli delil ise “*Emaneti, sana güven verene bırak, sana ihanet edene sen ihanet etme*”⁸⁰ hadisidir. Dolayısıyla adı geçen mezhep hukukçularına göre, başkası tarafından haksız olarak el konulan veya iade edilmeyen hakların, ister aynı cinsten olsun, isterse farklı cinsten olsun hâkim kararı olmadan kuvvet kullanarak bizzat almak caiz değildir.⁸¹

Zâhirî ekolünün en başta gelen isimlerinden İbn Hazm (ö.656/1063), böyle bir hakkı bizzat almanın vacip olduğunu ileri sürer. Hatta uğranılan bir haksızlığa göz yummanın Allah'ın emrine muhalefet olacağını söyler.⁸² Adı geçen hukukçu bu görüşüne “*Zulüm gördükten sonra hakkını alan kimselere, bundan dolayı onların aleyhine bir yol yoktur*”,⁸³ “*Bir haksızlığa uğradıklarında üstün gelmek*

⁷⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, c. I-IX, Beyrut 1315/1897, V, 139; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 94-95.

⁷⁶ Karafi, *el-Fürûk*, IV, 77.

⁷⁷ Karafi, *el-Fürûk*, I, 208.

⁷⁸ el-Bakara 2/188.

⁷⁹ Karafi, *el-Fürûk*, IV, 76-77.

⁸⁰ Ebû Dâvûd, *Büyû'*, 79; Tirmizî, *Büyû'*, 38; Dârimî, *Büyû'*, 58; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, III, 414.

⁸¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 257.

⁸² San'ânî, *Sübü'lü's-Selâm*, III, 900. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 83.

⁸³ eş-Şûrâ 42/41.

için aralarında yardımlaşır”,⁸⁴ “Hürmetler karşılıklıdır. Size saldıranı, size saldırdıkların gibi saldıran.”⁸⁵ mealindeki ayetleri delil olarak göstermektedir.

Yukarıda sıralanan görüşlerden tartışmaya en açık olan ve haklı olarak taraftar da bulamayan İbn Hazm'ın görüşüdür. Çünkü delillerinden ilk ayet, yapılması istenen fiilin mubah olabileceğini göstermektedir. İkinci ayette geçen yardım etme emri 'vücûb' değil 'ibâha' hükmüne işaret ettiği söylenebilir. Çünkü lâfzın vücûba delâletine engel karine bulunmaktadır.⁸⁶ Bu sebeple ayette yapılması istenenin 'görev' değil bir 'hak' niteliği taşıdığı söylenebilir. Durum böyle olunca ileri sürülen görüşün, 'hak' ile 'görev' arasındaki farkı dikkate almadığı görülür. Zira hakkın temel özelliklerinden biri, hakkı kullanma veya kullanmama tercihinde bulunma seçeneğinin olmasıdır. Görevde ise bu şekilde bir tercih söz konusu değildir. Mükellef emredileni yerine getirmekle yükümlüdür. 'Vacip' de bir 'görev' teşkil ettiğine göre yükümlüsü, üzerine düşen vazifeyi yerine getirmek mecburiyetindedir. Diğer yandan ihkâk-ı hakka başvurmayan hak sahibi, hakkından bütünüyle feragat etmiş sayılmaz. Bu sebeple başkasının zilyet veya zimmetinde bulunup iadesi gereken bir hakkı kendiliğinden almanın bir görev olarak kabul edilmesini isabetli bulmuyoruz. Nitekim İslâm hukukçularının çoğunluğu bunu hak kapsamında değerlendirmişlerdir. İhkâk-ı hakkı bir hak olarak gören İslâm hukukçularından Şâfiiler kendiliğinden hak alma yetkisinin hem aynı cinsi hem de farklı cinsi kapsadığını ileri sürüp her iki durumda da hakkın bizzat ihkâkının caiz olduğunu, Hanbelîlerin ise her ikisinin de caiz olmadığını ileri sürdüklerini yukarıda belirtmiştik. Şâfiilerin görüşü, bir haksızlığı gidermenin yeni bir haksızlığı yol açma riski taşıyacağı, Hanbelîlerin görüşü ise, zarar izale edilir genel kuralı ile bağdaşmayacağı için tercih edilmeyebilir. Çünkü farklı cinsten hakların bizzat ihkâkı, hak kaybını giderme boyutunu aşarak karşı tarafı mağdur duruma düşürebilir. Hanbelîlerin görüşü ise, hak kayıplarına yol açabileceği gibi, hukuk dışı davranışların teşvikine sebebiyet verebilir. Burada bizce en isabetli olan görüş Hanefîler ile Mâlikîlerin bir kısmı tarafından benimsenen görüştür. Çünkü hukukçuların çoğunluğu tarafından da kabul gören bu görüşe göre ihkâk-ı hak, hukuka uygun sayılması yani mubah olması birtakım şartlara bağlanarak ancak fevkalâde hallerde başvurulabilir olması nedeniyle hakların zayı olmasını önlediği gibi ancak aynı cins malın alınabilir olması nedeniyle de muhtemel anlaşmazlıkları ve haksızlıkları önlemiş olmaktadır.

Bütün bunlara ek olarak ayrıca, belirtilen esaslar çerçevesinde ihkâk-ı hakkın hukuka uygun sayılabilmesi için, eylemin bizzat hak sahibi tarafından icra edil-

⁸⁴ eş-Şûrâ 42/39.

⁸⁵ el-Bakara 2/194.

⁸⁶ Takip eden ayette aften bahsedilmesi ve bunun daha uygun bir davranış olduğuna işaret edilmiş olması bir karine teşkil etmektedir. Bk. Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, VIII, Kâhire 1423/2002, 358.

miş olması icap eder. Bir başka deyişle, kuvvet kullanarak kendi hakkını almak durumunda kalan kimse bizzat hakkın sahibi olmalıdır. Başkasına ait bir hakkı almak veya korumak üzere kuvvet kullanan kişinin fiili ihkâk-ı hak kapsamı içinde değerlendirilemez. Çünkü böyle bir fiil hukuka aykırı ve zulüm olarak kabul edilmektedir. Başkasının hakkını kuvvet kullanarak alma hak ve yetkisi, hak sahibinin genel vekili olması sıfatıyla yalnız devlete aittir. Hatta kamuyu ilgilendirmeyen durumlarda, devlet otoritesini elinde bulunduran görevliler, şahıslara ait hakların alınması yönünde kendiliğinden tasarrufta bulunamazlar. Buna göre, başkasının zilyet veya zimmetindeki bir hakkı kuvvet kullanarak almanın ihkâk-ı hak niteliği taşıması için, söz konusu hakkın mutlaka kuvvete başvuran kişinin kendisine veya velâyeti altındaki küçük çocuk gibi kanunen sorumluluğunu taşıdığı kişiye ait olması gerekir.

Bu bilgilerden de anlaşılacağı üzere, ihkâk-ı hakkın, asıl itibariyle hukuka aykırı bir fiil olmakla birlikte, zaruret dolayısıyla, bazı şartların bulunması halinde hukuka uygun yani mubah olabileceği kabul edilmektedir. Bu yönüyle İslâm hukuku yürürlükteki Türk hukuku ile örtüşmektedir. Zira yürürlükte olan da ihkâk-ı hak, asıl itibariyle hukuka aykırı sayılmaktadır. Ancak kuvvet kullanmayı gerektirecek hakkın bulunması, hükümet güçlerinin işe karıştırılmaması, bizzat alınmadığı takdirde hakkın tamamen yitirilecek veya daha sonra ileri sürülemeyecek olması ve bunun önüne geçecek başka bir yolun da bulunamaması gibi şartlarla hukuka aykırılığın kalkacağı kabul edilmektedir.⁸⁷

V- HUKUKİ SONUÇLARI

İhkâk-ı hak, esasen hukuka aykırı bir eylem iken, belirlenen şartların tahakkuk etmesi koşulu ile meşru kabul edilmektedir. Bir başka deyişle asıl olarak suç veya haksız fiil olarak görülen eylemin bu niteliğini kaldırarak onun hukuka uygun sayılmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan, delillerin yok edilme kuşkusuna kapılarak hakkı ispat edecek vasıtaları kaybetme riski bulunduğu mülkin, vediaı inkâr edenin evine girip malını alması, hırsızlık suçu olarak nitelendirilmemektedir. Yine borçludan, alacağının cinsinden bir değeri gizlice almak hırsızlık olarak kabul edilmemesi, eylemin ihkâk-ı hak kapsamında görülmesinden ileri gelmektedir.⁸⁸

İhkâk-ı hak kapsamındaki bir eylemden dolayı fail cezaî takibat ile sorumlu tutulmaz. Örneğin hırsızın evine izinsiz girerek çalınan malını alan kişiye hırsızlık cezası (sirkat haddi) uygulanmaz. Bütün İslâm hukukçuları bu hükümde ittifak

⁸⁷ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 436; Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, I, 152.

⁸⁸ Sahnûn, *el-Müdevvene*, VI, 296; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 178; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 70; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 376; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 139; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 95; Ensârî, *Fethu'l-Vehhâb*, II, 160.

etmişlerdir. Hanefî,⁸⁹ Şâfiî⁹⁰ ve Mâlikîlere⁹¹ göre had cezasının uygulanmamasının sebebi, fiilin mubah, yani hukuka uygun sayılmasıdır. Hanbelfilere göre ise, kişinin kendi malını almış olmasının veya böyle bir malı ihkâk-ı hak yoluyla almanın hükümünde âlimlerin ihtilâf etmiş olmalarının ortaya çıkardığı şüphedir.⁹²

İhkâk-ı hakkın meşruluğunu sağlayan şartlardan birinin bulunmaması halinde eylem aslî niteliğine döner ve hukuka aykırı bir eylem halini alır. Eğer başkasına zarar verilirse, ihkâk-ı hak yoluyla hakkını alan sorumlu tutulur ve yaptığı zarar kendisine tazmin ettirilir. Çünkü İslâm hukukuna göre “zarar zararla izale edilmez”.⁹³ Diğer yandan daha önce de belirtildiği üzere ihkâk-ı hakka, zaruret nedeniyle izin verilmektedir. Eylemin caiz oluşu zaruret ölçüsü ile sınırlıdır. Bu sınır aşıldığında fiil mubah olmaktan çıkar ve sorumluluk gerektirir. İhkâk-ı hakkın sınırı da, yitirilen hakkın belirlenen şartlar dâhilinde kalmasıdır. Başkasına zarar verildiğinde meşru çizginin dışına çıkmış olacağından sorumluluk söz konusu olur. Yine yanılma sonucu da olsa, şartların bulunduğu zannedilerek başkasına zarar verilmesi halinde, ihkâk-ı hak fiilinin faili bundan sorumlu olur. Çünkü “mazlumun başkasına zulmetme hakkı yoktur”.⁹⁴ Hakkını alırken başkasına zarar vererek başkasına zulmetmiş olacağı için, hakkını bizzat almak zorunda kalan kimse, neden olduğu zararlardan sorumlu olur. Bununla birlikte şartların gerçekleştiği zannıyla haksız bir şekilde kuvvet kullanarak hakkını alanın sebep olacağı zarardan ve eyleminden sorumlu olması, hukuk sistemleri arasında tartışmalı bir konudur.⁹⁵ Ancak İslâm hukukunda buna cevaz verilmemiştir.

İslâm hukukunda olduğu gibi, beşerî hukuk doktrininde de, aranan şartları taşıması halinde, hakkını korumak için kuvvete başvuran kimsenin eylemi hukuka uygun sayılır. Mağdur, ihkâk-ı hak eylemi ile karşı tarafın malına veya şahsına verdiği zarardan sorumlu olmaz.⁹⁶ Hatta yanılarak şartların gerçekleştiği zannıyla hakkını istifa edenin, sebep olacağı zarardan sorumlu olması tartışmalıdır. Bu yönüyle, iki hukuk sistemi arasında fark göze çarpmaktadır. Çünkü İslâm hukukunda, ihkâk-ı hak yoluyla başkasına verilen zarardan hak sahibi sorumlu tutulmaktadır.

⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 178; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 70; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 139; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 95.

⁹⁰ Ensârî, *Fethu'l-Vehhâb*, II, 160.

⁹¹ Sahnûn, *el-Müdevene*, VI, 296; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 376.

⁹² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 256-257.

⁹³ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 87.

⁹⁴ *Mecelle Mad*: 921.

⁹⁵ bkz. Karahasan, *Tazminat ve Sorumluluk Hukuku*, I, 153.

⁹⁶ Birsen, Kemalettin, *Borçlar Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 1067, 106.

VI- SONUÇ

İslâm hukukunun genel prensipleri itibariyle, başkasının zilyet veya zimmetinde bulunan ve geri verilmesi gereken bir hakkın iadesi devlet otoritesinin gücü ile sağlanmak zorundadır. Temel kural hak sahibinin öncelikle mahkemeye başvurması ve hakkını ancak bu suretle almasıdır. Yargı yoluna başvurmaksızın bizzat hak almaya kalkışmak hukuk tarafından himaye görmez ve böyle bir eylem hukuka aykırı kabul edilir. Dolayısıyla ihkâk-ı hak prensip itibariyle hukukun yasak saydığı bir eylemdir.

Bununla birlikte hak kaybına uğrayan kişi, hakkını hukuk yolu ile alamadığı veya alamayacağı kesin olarak ortaya çıktığı ve de başka bir çare kalmadığında ihkâk-ı hak yoluyla hak alma teşebbüsünde bulunabilir. Ancak bu istisnaî bir hükümdür ve hukuka uygunluğu birtakım şartlara bağlıdır. Hakkın devlet gücü ile alınamaması, eylemin amacı aşmaması, hak almanın yeni bir haksızlığa yol açmaması ve aynı cinsten olması gibi şartların bulunması halinde ihkâk-ı hak hukuka uygunluk nedeni sayılır. Bunlardan birinin eksik olması eylemin önceki hüviyetine dönmesine ve hukuka aykırı bir eylem halini almasına neden olur. Böyle bir durumda da fail, eylemin niteliğine göre hukukî takibata uğrar.

Asıl itibariyle kuvvet kullanarak hak almak caiz değilken ancak zaruret nedeniyle ve zaruret miktarını aşmamak şartıyla mubah sayılan ihkâk-ı hak yalnız hak sahibine tanınan bir haktır. Dolayısıyla günümüzde 'mafya' diye isimlendirilen oluşumlar vasıtasıyla başkasına ait bir hakkın kuvvet kullanılarak alınması caiz değildir.

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE

HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK İHKÂK-I HAK

ENFORCEMENT OF A RIGHT AS A LAWFUL REASON FROM THE PERSPECTIVE OF ISLAMIC LAW

Ali KAYA

SÜİFD / 23

132

Some of rights and assets in one's property can unlawfully pass to another's. Jurisprudence stipulates giving back these assets that were gained unjustly to its real owners. Meanwhile, the holder or owner who possesses another's asset unlawfully is responsible for giving back that thing to its real owner. However, the liable for restitution may never pay or not pay precisely his debt.

In such cases where the rights couldn't be defended by law, the owners of the right can provide the returning of their rights or assets at other's disposal through the agency of competent authorities, and this is the mandatory provision of the law. For this reason, while regaining of the rights and assets in another's property, applying the Supreme Power is the basic principle.

But, some conditions such as the bad function of the Supreme Power, insufficient performing of the administrative and legal authorities, the risk to cover up the evidence by perpetrators can hinder the proof and regaining of the rights. Also, the owners of the

right can be obliged to returning of their rights at other's disposal in person. However, it is under discussion whether such conducts that seem to conflict the fundamental rule would be lawful or not. Whether the persons have right to regain their rights at other's disposal in person and -if needed- by force, and whether they will be guilty for their illegal actions for the sake of their captured rights are still being discussed by scholars.

In this study, we will try to explore whether enforcement of a right (ihkâk-ı hak) is legal, and whether this fundamentally illegal action can be regarded as lawful from the perspective of Islamic Jurisprudence.

"İhkâk-ı hak": enforcement of a right, "kendi hakkını cebren vikaye": to regain one's own right by force, "bizzat ihkâk-ı hak": enforcement of a right in person, "hakkın istifası": to waive one's own right.

إحقاق الحق كسب مشروع للوصول إلى الحق في الفقه الإسلامي

قد ينتقل بعض الحقوق والقيم التي هي في ملكية شخص، إلى ملكية شخص آخر بطريقة غير شرعية. فالشرع يوجب رد هذه القيم إلى مالكيها الأصلي لكونها مقتناة بسبب غير حقوقي. ويجب على من وضع هذه القيم تحت ملكيته أو جعل في ذمته بطريقة غير مشروعة أن يعيدها إلى المالك الأصلي. إلا أن المسؤول ربما لا يؤدي ما يجب عليه أن يؤديه أو يؤديه ناقصا. وعند ظهور هذه التصرفات غير الشرعية، يتطلب الشرع من أصحاب الحقوق أن يستردوا حقوقهم وقيمهم التي وقعت تحت ملكية أحد أو تصرفه بواسطة السلطات المصرح بها. وهذا أمر شرعي. ولهذا، يعتبر الرجوع إلى السلطة الإدارية في استعادة الحقوق والقيم التي انتقلت إلى يد أو ذمة شخص آخر، والتي هي من القواعد الأساسية. فمع هذا، قد لا يتم رد الحقوق إلى أصحابها لعدم إقامة الدليل لهم، بسبب تعطل في قيام السلطة الحكومية على المستوى مطلوب، أو قصور في أداء الآليات العدلية أو الإدارية، أو تواجد خطر تعميم الأدلة من قبل الخصوم. وهكذا ربما يضطر أصحاب الحقوق إلى استعادة حقوقهم التي وقعت تحت يد أو ملكية شخص آخر من بينهم. إلا أن مثل هذه الممارسات التي تخالف القواعد الأساسية قد اختلف فيها من حيث شرعيتها أو عدمها. ومن المباحث التي يناقشها الحقوقيون هل لأصحاب الحقوق أن يأخذوا حقوقهم التي تحت يد أو ذمة شخص آخر بأنفسهم وباستخدام القوم إن اقتضت الظروف إلى ذلك؟ وهل هم مسؤولون عما ينجزون من عمليات تنصف بما يعتبرها الشرع محظورا مبررين باسترداد الحقوق. ونحن نبحث في هذا المقال، هل يجوز إحقاق الحق أم لا، و هل يعتبر هذا الفعل الذي يخالف الشرع في الأصل، سببا مشروعيا من وجهة نظر الفقه الإسلامي؟

