

İslâm Hukukunda Kazâî-Diyânî Hüküm Ayırımı

Davut YAYLALI*

ABSTRACT

In the Islamic law, the acts that have been ordered or been forbidden have two compensations. These compensations are rewords in obeyings or punishments in disobeyings. The rewords and punishments are two kinds as relating to the word and the hereafter. If compensations of the hereafter had been said in our judgements, They are called as "diyât hüküm", that is "religions judgement"; if compensations of the word had been said, they are called as "kazâî hüküm", that is "legal judgement". The religions judgement that the judge gined donit make any religionsly for bidden thing lawful or don't make any religionsly permitted thing unlawful, Because Hedonit know the inside of that event. But the judgement of Allah in the here oftere will be in resfeet of the inside of the event.

A- GİRİŞ

Hüküm kelimesi fıkıh İstilahında farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Şer'î bir meselenin açıklanması veya bir davanın halinde verilen karara hüküm denildiği gibi, Şârî'in mükelleften uymasını istediği emir ve yasaklara da şer'î hükümler denmektedir.

Şârî'in işlenmesini veya terk edilmesini istediği şer'î bir hükmün iki karşılığı vardır. Bu karşılık, hükme uyulması durumunda mükafat; ihlal edilmesi halinde ise cezadır¹. Mükafat ve ceza da dünyevî ve uhrevî olmak üzere iki kısımda mütalaa edilir.

Vicdanları terbiye ederek onları iyilikleri sevmeye, kötülüklerden kaçınmaya sevk eden İslâm, her fiile dünyevî ve uhrevî olmak üzere iki karşılık koymuştur. Dünyada yaptığının karşılığını görmeyen veya eksik görenin ahirette eksiksiz bir adaletle karşılaşacağı düşüncesini gönüllere yerleştirmiştir.

İşte İslâm hukukunun bu özelliği dikkate alınarak verilecek hükümde uhrevî karşılık yer alırsa buna "diyânî hüküm"; dünyevî karşılık (mükafat veya ceza) yer alırsa buna da "kazâî hüküm" denir. Başka bir ifade ile hüküm dünyevî sonuçları ihtiva ediyorsa kazâî hüküm; uhrevî sonuçları ihtiva ediyorsa diyânî hüküm diye isimlendirilir.

* **Prof. Dr.**, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Bu husus İslâm Hukukunu beşerî hukuktan ayıran özelliklerden biridir. Beşerî hukukta uymayana ceza verilmesi esas olmakla birlikte uyana mükafat verilmez.

Mesela; hırsızlık suçunda verilecek hüküm, hırsızın karşılaşacağı ilahî gazap ve ahirette göreceği cezayı ihtiva ediyorsa bu diyânî bir hüküm; dünyada verilecek tazmin ve el kesme cezasını ihtiva ediyorsa bu da kazâî bir hükümdür.

Yine mesela; çocuk düşürme veya aldırma (kürtaj)nın uhrevî cezasını ihtiva eden hüküm diyânî; dünyada verilecek ğurre² veya diyet cezasını ihtiva eden hüküm ise kazâî hükümdür.

Aynı şekilde farz olan bir namazı kılana ahirette verilecek sevabı, terkedenin karşılaşacağı cezayı belirten bir hükme diyânî; zahiri şartların yerine getirilip getirilmemesine göre sahih veya fasid olduğunu bildiren veya terk edene dünyada hakimın vereceği cezayı bildiren hükme ise kazâî hüküm denir.

Dünyevî (kazâî) ve uhrevî (diyânî) hükümler bazan paralellik arz eder, birbirine uygun düşer, bazen de farklılık arz eder. Bazen bir meselenin kazâî hükmü olumlu olduğu halde diyânî (uhrevî) hükmü olumsuz olabilir. Mesela; herhangi bir ibadet zahiri şartları yerine getirildiği için dünyevî hüküm itibariyle sahih olduğu halde batını yönüyle geçersiz sayılabileceğinden görünürde sevabı beklenirken azaba vesile olabilir. Bunun aksi de mümkündür. Mesela; zahirî delillere göre suçlu olduğu tespit edilen bir kişi, kazaen tazmin cezasına çarptırıldığı halde bu kişi uhrevî hüküm itibariyle suçsuz olabilir. Çünkü hakim zahirî delillere göre hüküm vermekle mükelleftir. Ama Allah için iç yüzünü bildiği için hükümünü buna göre verir. Bazı durumlarda da kazâî ve diyânî hüküm paralellik arz eder. Mesela; bir kişiyi sebepsiz olarak kasten öldüren insana zahirî şartlar tamam olduğunda kısas cezası uygulandığı gibi bu insan ahirette de cezalandırılabilir.

B- DİYÂNÎ-KAZÂÎ HÜKÜM DAYANAĞI

Diyânî hükümler genel olarak helal, haram, farz, caiz gibi teklifi hükümlerle ifade edilirken kazâî hükümler, sahih, fasid, batıl gibi vaz'î hükümlerle ifade edilirler. Kaza fonksiyonunu icra eden hakim kendisine getirilen delillere göre hüküm verir. Olayın gizlenen iç yönünü bilemediği için zahire göre hüküm vermekle mükelleftir. Onun kazâî hükmü, hiç bir zaman helali haram; haramı helal yapamaz. İşin iç yüzü farklı ise Allah'ın hükmü (diyânî hüküm) buna göre olur. Bu hususa dikkat çeken Hz. Peygamber "Siz bana gelip dava açıyorsunuz. Ben de bir beşerim. Belki sizin bazınız bazınızdan daha düzgün ve beliğ bir şekilde ifadeye bulunabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Şunu iyi bilin ki, zahir delillere istinaden kime hakkı olmadığı halde kardeşinin hakkını vermiş olursam, o bunu almasın. Zira bu durumda ben ona Cehennem'den bir ateş parçası vermiş olurum"³.

Hadis şarihleri bu hadisi açıklarken şu görüşlere yer verirler:

Bu hadis, hakimın zahire bakarak gösterilen delillere istinaden hüküm vermek mecburiyetinde olduğunu bildirmektedir. Fakat, zahirî delillere dayanılarak verilen bu kazâî hüküm helali haram, haramı helal yapmaz. Eğer hakim işin iç yüzünü bilemediği için hükmünde hata etmiş olursa, onun bu hükmü yine de zahiren geçerlidir. Batınen, ahiret hükmü (diyânî hüküm) itibariyle ise geçersiz-

2 Ğurre, düşürülen bir ceninden dolayı verilmesi gereken mâli bir tazminattır.

3 Buhârî, *Ahkâm*, 30; Müslim, *Akdiye*, 3; Ebû Davûd, *Akdiye*, 7; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 33; V, 41; 454.

dir. Bu sebeple, böyle bir durumu bilen kişiye hakimın hükmüyle olsa bile hakkı olmadan verilen şeyi alması helal olmaz. Hukukçuların çoğunluğunu teşkil eden şafîî, malikî, hanbelî ve zahirîler ile hanefîlerden Ebû Yûsuf, es-Sevrî, el-Evzaî, sahabe ve tabiûndan fukahânın çoğunluğu hüküm konusu olan şeyin hangi hususla ilgili olduğuna bakmaksızın, durumu bilen şahsın zahire istinden verilen kazâî hükümle değil, batını yönü olan diyânî hükümle amel etmesi gerektiğini söylerler.

Mesela; hakim yalancı olduklarını bilmeden iki şahidin beyanları ile bir şahsın lehine malî bir konuda hüküm verse, lehine hüküm verilen kişinin şahitlerin yalancılığını bilerek bu malı alması helal olmaz. Aynı şekilde davacının delili olmadığı için davalının yalan yemin ederek kazaen borçtan kurtulması mümkün olsa da diyaneten borçtan kurtulmuş olamaz. Yalan yere yemin ederek borcu ödemediği için günahkar olur.

Yine mesela; iki şahidin şahitliğine dayanarak bir şahsın katil olduğuna kazaen hükmedilmesi halinde, maktûlün velisi şahitlerin yalan söylediğini biliyorsa katilin kisasını talep etmesi veya ondan diyet alması diyaneten helal olmaz.

Aynı şekilde hakim iki şahidin şahidliklerine binaen bir erkeğin hanımını boşanmış olduğuna hükmetse, şahidlerin yalan şahidlik yaptıklarını bilen şahısların bu hanımla evlenmesi kazaen geçerli olsa da diyaneten geçerli sayılmaz. Böyle bir evlilik diyaneten caiz değildir.

Ebu Hanîfe, İmam Muhamed ve eş-Şa'bi de malî konularda cumhur gibi düşünmektedir. Ancak bunlara göre nikah ve talak gibi konularda hakimın zahirî hükmü batınen de geçerlidir. Örneğimizdeki şahısların şahidlerin yalancılığını bildikleri halde o hanımla evlenebilmeleri kazaen geçerli olduğu gibi diyaneten de helaldir⁴.

Bu ikinci görüş sahipleri anılan hadisin malî konularla ilgili olduğunu ileri sürerek nikah-talak gibi konularda mülaane hadisi⁵ ile amel edileceğini söylerler. Onlara göre mülaane olayında erkeğin iddiasında haklı olma ihtimali bulunmasına rağmen Hz. Peygamber lanetlenen iki çifti ayırmıştır. Yani zahirî hükmü batınen de geçerli saymıştır. O halde mal temlikini gerektirmeyen konularda zahire göre verilen kazâî hüküm, batını farklı da olsa diyaneten de geçerlidir⁶. Nevevî, bu görüşün sahih hadis ve icmaa aykırı olduğunu söyler⁷.

Diyânî-kazâî hüküm ayırımının bariz örneklerinden biri de zaman aşımı sebebiyle bazı davaların dinlenmemesidir.

İslâm hukuku, hukukî emniyeti sağlamak gibi bazı düşüncelerle tesbit edilen muayyen sürelerin geçmesiyle bazı davaların dinlenmemesi prensibini kabul etmiştir⁸. Mesela; zaman aşımına uğramış bir alacağı olan kişi kazaen bu hak-

4 Bkz. Nevevî, *el-Minhâc fi Şerhi Müslim b. Haccâc*, XII, 6; Aynî, *Umdetü'l-Kârî*, XXIV, 256; Muhammed b. Emir, *Anu'l- Ma'bûd*, III, 328; Hattâbî, *Meâlimü's-Sünen*, IV, 13; Şevkanî, *Neylü'l-Eutâr*, VIII, 314-316.

5 Buhârî, *Tefsir* (Nûr Sûresi), 3; ayrıca bkz. *Tecrid*, XI, 139 vd.

6 *Cessâs, Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 315.

7 *Şerhu'l-Müslim*, XII, 6.

8 Geniş bilgi için bkz. Davut Yaylalı, *İslâm Hukukunda Zamanaşımı*, U.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı, 4, sayfa, 155 vd.

kını alamaz. Fakat diyaneten zaman ne kadar geçerse geçsin borçlu borcunu ödemedikçe borçtan kurtulamaz. Karşı tarafla helalleşmedikçe Allah indinde borçlu ve günahkar sayılır. İşte İslâm'ın insanlara verdiği bu diyânî hüküm duygusu, insanların hakikati itiraf etmelerini sağlar. Çünkü İslâmî eğitimle yetişmiş bir kişi iyi bilir ki, bu dünyada hakimden, insanlardan bazı şeyleri gizlese de, gizliyi de aşikarı da bilen Allah'tan hiç bir şeyi gizleyemez.

Burada şunu da belirtelim ki, ilahî kaynaklı olan İslam hukukunu beşerî hukuk sistemlerinden ayıran önemli farklılıklardan biri de İslâmî hükümlerin helal-haram gibi diyânî yönünün de bulunmuş olmasıdır. İslâm hukukunda muamelafla ilgili her fiil ve tasarruf, helal veya haram vasıflarından birini taşır. Dolayısıyla bu hususlarla ilgili hükümleri de iki kategoride ele almak gerekir: Kazâî hüküm-diyânî hüküm. Kaza-fetva ayırımının sebeplerinden biri de budur. Kadı hükmünü sadece zâhirî delillere dayandırır ve hükmü bağlayıcıdır. Müftü ise fetvasını, mahkemeden gizlenen ama kendisine açıklanan duruma göre verir. Verdiği hüküm hukuken bağlayıcı olmasa da dinen bağlayıcıdır.

C- DİYÂNÎ-KAZÂÎ HÜKÜM AYIRIMINI ORTAYA ÇIKARAN ESASLAR

İslâm hukukuna mahsus diyânî-kazâî hüküm ayırımının temelinde şu esas ve ilkeler bulunmaktadır:

I- Fillerin Murakabesi Esası

Beşerî hukuk sistemlerinde fertlerin yaptığı işleri murakabe edip hesaba çekecek olan sadece devleti temsilen mahkemelerdir. Yani murakabe tek yönlüdür. Halbuki İslâm hukukuna göre kişi, iki taraftan murakabeye tabidir.

a- Sınırsız kuvvet ve kudret sahibi olan, bütün gizlilikleri bilen Yüce Şari'nin murakabesi,

b- Sınırlı kudreti olan dünyevî yargının murakabesi.

Dünyada yargı görevini yürüten insanlar, kendi güçleri ölçüsünde delillere, belgelere, yapılan yeminlere dayanarak hükümlerini verirler. Kişi, dünyadaki mahkemeleri aldatabilse, onlardan bazı hakikatleri gizlese bile ilahî yargıyı aldatması, O'ndan bir şeyler gizlemesi mümkün değildir.

İşte İslâm hukukunun dinamiğinde bu inancın rolü büyüktür. Beşerî sistemlerin eksiği de esas olarak buradadır. Bugün kanundan kaçabilen, ona karşı hileli yollara başvuran insanlar, başka bir murakabe ile karşılaşmamacaklarını zannettikleri için suçlar ve haksızlıklar çoğalmaktadır. Ama İslâmî terbiye ile yetişen toplumlarda suç işleme oranı da azdır, haksızlıklar da asgarî seviyededir.

Her hukuk sistemi, hükümlerini çiğneyenleri, hukuka aykırı harekette bulunanları cezalandırır. Ancak beşerî sistemlerde bu cezalar sadece dünya ile sınırlıdır. Uhrevî yönü yoktur. Çünkü bu sistemlere göre devletin ahiretle ilgili sorumluluğu söz konusu değildir. İslâm hukukunda ise her iki çeşit ceza vardır. Asıl olanı da Uhrevî cezadır⁹. Fakat cemiyetin nizamı, istikrarı, fertler arası

9 Mesela bkz. Kur'ân, Nisâ, 10,13-14; Mâide. 33; A. İmrân, 30.

münasebetlerin haksızlıklardan korunması ve hakların garantiye alınabilmesi için uhrevî ceza yanında dünyevî müeyyideler de konmuştur.

2- Fiillerin Zahirî-Batınî Yönü Esası

Yukarıda belirttiğimiz gibi dünyada hüküm zahire göre verilir. İşin iç yüzünü, hakikatini ise ancak Allah bilir. İnsanın gücü, ancak zahiri sebeplere dayanarak, sahih-batıl, geçerli-geçersiz, haklı-haksız şeklinde hüküm vermeye yeter. Fakat bu zahiri sebepler her zaman Allah'tan başkasının bilemeyeceği gizli yönleri ve hakikati ifade etmez. Bu sebeple dünyada verilen hükümler, Allah katında da değişmeyecek nihaî kararlar değildir. İşin gerçek yönü orada meydana çıkacaktır. Dünyevî hükümle bazen aynı bazen farklı olabilecektir.

3-Allah Hakkı-Kul Hakkı Esası

İslâm hukukunda haklar genel olarak Allah hakkı ve kul hakkı diye iki kısımda mütalaa edilir. Bu ayırımın neticesi olarak genellikle kul hakkını ilgilendiren hususlarda kazâî hüküm, Allah hakkı ile ilgili olanlarda da diyânî hüküm söz konusu olur.

Aslında İslâmî hükümlerin hepsinde Allah hakkı söz konusudur. Müslüman bir kişi hayatının her safhasında yapacağı işlerde Allah'ın rızasını kazanmak ve O'nun emirleri doğrultusunda hareket etmek durumundadır. İhlal edilen her kul hakkı aynı zamanda Allah'ın koyduğu bir esası çiğnemek olduğundan, Allah hakkının söz konusu olmadığı bir kul hakkı düşünmek de imkânsızdır. Ancak Allah'ı anmak, dua etmek ve bazı ibadetleri ifa etmek gibi sadece Allah hakkı olarak kulun Allah'a karşı vazifelerini yapması niteliğinde olan haklar da vardır. Hz. Peygamber bir hadislerinde¹⁰ kulun Allah'a karşı vazifesinin, kendisine verdiği nimetlere karşılık olarak O'na ibadet etmesi ve hiç bir şeyi O'na ortak koşmaması olduğunu; Allah üzerindeki hakkının ise, kendisine hiç bir ortak koşmayana azap etmemesi olduğunu bildirerek Allah hakkının önemini belirtmiştir.

İbadetlerin büyük kısmı ise, kulların kulluk görevini yerine getirmeyi sağladığı gibi ferde ve topluma da bir çok yarar sağlar. Bu yönüyle de kul hakkını ilgilendirir. Muamelatla ilgili hükümlerde de hem başkalarının hem de Allah'ın hakkı söz konusudur. Bu gibi hakları ihlal eden kişi, hem Allah'ın hükmüne uymayıp kulluğun gereğini yapmadığı için ahirette bir cezaya çarptırılacak, hem de başkalarının hakkını ihlal ettiği için dünyada cezalandırılacaktır. İşte ahiret ile ilgili olan hükme diyânî, dünya ile ilgili olanına kazâî hüküm denmesinin sebebi budur.

Mesela, başkasının malını itlaf eden kişi, hem Allah'ın yasağına uymadığı, O'nun koyduğu esasların dışına çıktığı için Allah'ın hakkını ihlal etmiş olacağından diyânî (uhrevî) hükümle muhataptır, hem de insanların hakkına tecavüz ederek toplumun emniyetini, istikrarını bozduğundan hakkı ihlal olunan kişiye karşı sorumludur. İnsanların hakkına yönelik bu hareketin karşılığında uygulanacak müeyyide de kazâî (dünyevi) hüküm olur.

4-Hukuki Müeyyide Esası

Hükümlerin diyânî-kazâî hüküm olarak ayrılmasına paralellik arzeden hakların başka bir taksimi de hukuki müeyyidesi olup olmaması bakımındandır.

10 Buhârî, Tevhîd, I; Müslim, İman, 48.

Bu itibarla haklar da diyânî ve kazâî hak diye iki kısımda mütalaa edilir.

Diyânî hak, mahkeme ile ilgili olmayan, hakimin huzurunda ispat edilmediği için kişinin ancak Rabbi huzurunda ve vicdanında mesul olduğu haktr. Mesela mahkemede ispat edilemeyen bir alacak davasında davacının bu alacağı (kazaen) talep etmesi mümkün değildir. Fakat bu alacak borçlunun üzerinde diyânî bir hak olarak vardır. Uhrevî sorumluluk taşıyan kişinin bunu ödemesi gerekir.

Yine mesela, şeri mahkemelerde kaydettirilmemiş örfî-dînî bir nikah, hukuken olmasa bile diyaneten geçerli sayılır. Bu nikahla mihir, nafaka ve nesebin sübutu gibi haklar diyaneten sabit olur.

Kazâî hak ise hakimin huzurunda ispat edilebilen haktr. Diyânî haklar niyete, vakıya, olayın iç yüzüne dayanırken, kazâî haklar işin zahirine göre elde edilen haklardır. Mesela bir kişi, alacağı olduğu bir insanı ibra ettiği halde bu durumu borçluya bildirmeyip tekrar bu alacağını almak için hakime başvurursa, hakim zahire göre onun hakkı olduğuna hükmeder. Fakat bu hak kazâî bir hak olmuş olur. O kişinin diyânî yönden bu hakkı alma imkânı yoktur. Çünkü daha önce ibra etmiştir.

5-Hakkın İstifası Esası

Hükümlerin diyânî ve kazâî olarak taksiminin bir tezahürü de hakkın istifası (elde edilmesi), yerine getirilmesi sırasında bahis konusu olmaktadır.

Bilindiği gibi hakkı ihlal olunan hak sahibinin hakkını meşru yollarla yani kanuni yollarla alması gerekir. Kendiliğinden, bizzat ihkakı hak yoluyla hakkın alınması caiz değildir. Ama bazı durumlarda bizzat ihkakı hak yoluyla hakkın alınması diyânî yönden caizdir¹¹.

Hakkın elde edilmesi, yerine getirilmesi, mevzuun Allah hakkı veya kul hakkı oluşuna göre farklılık arz eder. Şöyle ki,

a- Allah Hakkının Yerine Getirilmesi

İbadetlerle ilgili Allah hakkının yerine getirilmesi, onu Allah'ın emrettiği şekilde eda etmekle olur. Mükellefin zekat gibi bir hakkı yerine getirmemesi halinde hakim onu cebren alarak mahalline harcanmasını sağlar. Malî olmayan ibadetlerde de hakim mükellefi uygun yöntemlerle edaya yöneltir. Bu mümkün olmadığı takdirde Allah ona dünyada bazı sıkıntılar, acılar, ahirette de azap verir. Burada cebrilik ve zorlama söz konusu değildir. İrşad, tebliğ, eğitim yoluyla bu ibadetlerin yerine getirilmesi mükellefe benimsetilir. Bu hususta İslâm hukukunda önemli yeri bulunan hisbe teşkilatının yeri büyüktür.

Yine Allah hakkı olarak değerlendirilen O'nun yasakladığı suçlar ve kötülükler de insanların bunlardan uzak kalmaları tarzında yerine getirilmiş olurlar. İnsanlar da yasaklara uymazsa, toplumun nizamını sağlamak, kargaşayı önlemek, haksızlıkların önüne geçmek için yargılamadan sonra Allah hakkı olarak suçlulara dünyevî ceza verilir. Ayrıca tevbe edip affedilmedikçe uhrevî ceza da söz konusudur.

11 Modern hukukta da bazı durumlarda bizzat ihkakı hak caiz görülmektedir. Bkz. Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 379.

b- Kul Haklarının Yerine Getirilmesi, Elde Edilmesi

Kullarla ilgili haklar, üzerinde olan kişilerden kendi rızalarıyla, istekleriyle alınır. Üzerinde başkasının hakkı bulunan kişi rızasıyla bunu ödemeyip imtina ederse, hak sahibi hakkını onun yanında aynen bulduğu takdirde hakimin hükümüne gerek olmaksızın alabilir. Bunda fukaha ittifak etmiştir. Çünkü Hz. Peygamber "Malını başkası nezdinde bulan onda öncelikli olarak hak sahibidir."¹² buyurarak bu hususta net bir ifade kullanmıştır¹³.

Gasbedilen, çalınan veya emanet bırakılan mallarda bu hüküm geçerlidir. Hadiste mutlak geçen bu hususta Maliki hukukçulardan el-Karafi görüşlerini şöyle açıklar. "Hak kesin olarak belli olur ve onu almak her hangi bir fitneye, ihtilafa, fesada sebep olmayacaksa, mahkemeye başvurmaksızın bizzat ihkakı hak yoluyla hak alınabilir. Mesela, bir kimse gasbedilen malının aynını yahut satın aldığı ya da varis olduğu malın aynını birinin yanında bulunca o malı bizzat ihkakı hak yoluyla alması her hangi bir ihtilaf veya zarara yol açmayacaksa bu yola başvurulabilir. Ancak şu durumlarda bizzat, kendiliğinden hak alınmaz:

a-Hakkın sübutu ihtilafı ise

b-Hakkın sabit olup olmadığı ictihad ve araştırmayı gerektiriyorsa

c-Kıyas hakkında olduğu gibi hak sahibinin bizzat infazı bir fitneye yol açacaksa

d-Namus ve şerefe dokunacaksa

e-Emanete hıyanet telakki edilecekse."¹⁴

Hak edilen malın aynısı değil de, onun cinsinden başka bir mal varsa Malik ve Hanbelîlerin meşhur görüşüne göre bu hak ancak mahkeme yoluyla alınabilir¹⁵. Çünkü Hz. Peygamber "Emaneti sana güven verene bırak. Sana hıyanet edene sen de hıyanet etme"¹⁶ diye buyurmuş; Ebu Süfyan'ın hanımı kocasındaki nafaka hakkını kendiliğinden almamış meseleyi Hz. Peygambere getirmiş O da; "Sana ve çocuğuna yetecek kadarını örfe uygun olarak al."¹⁷ diye hüküm vermiştir¹⁸.

Şafiîler ise aynı cinsten veya farklı cinsten olsa da hak sahibinin bulduğu maldan kendi hakkı kadarını bizzat ihkakı hak yoluyla alabileceğini söylerler¹⁹. "Bir kötülüğün cezası ona denk bir kötülüktür."²⁰, "Eğer ceza verecekseniz, size yapılan işkencenin misli ile ceza verin."²¹ ayetleri ve "Malını bir başkasının

12 Nesâî, *Buyu'*, 96; Ebu Davud, *Buyu'*, 74.

13 Serahsi, *Mebcut*, IX, 156; İbn el-Hümmam, *Fethu 'l-Kadir*, IV, 263; el-Karafi, *el-Furuk*, IV, 76-77; ez-Zuhayli, *el-Fikhu 'l-İslâmi*, IV, 25.

14 el-Karafi, *el-Furuk*, IV, 76-77.

15 İbn Kudâme, el-Muğnî, VIII, 254; el-Karafi, *el-Furuk*, IV, 76-77.

16 Tirmizî, *Buyu'*, 38; Ebu Davud, *Buyu'*, 7, 9.

17 Buhari, *Buyu'*, 95; İbn Mace, *Ticaret*, 65.

18 Bu meselenin fetva mı hüküm mü olduğu tartışmalıdır.

19 eş-Şirâzi, *el-Mühezzeb*, II, 282; ez-Zuhayli, *Age*, IV, 26.

20 Şürâ, 40.

21 Nahl, 126.

nezdinde aynen bulan kişinin onu almaya herkesten daha fazla hakkı vardır”²² hadisini delil gösterirler.

Hanefiler de alınacak şeyin hak edilenin cinsinden olması halinde Şafiiler gibi düşünürler. Başka cins mal olması halinde ise ancak mahkeme yoluyla alınabileceğini söylerler²³. Fakat İbn ‘Âbidîn zamanında borcu ödemede temellüdde bulunulduğu gerekçesiyle malın farklı cins olması halinde bile bizzat ihmâki hak yoluyla hakkın alınabileceğini söyler²⁴.

Netice olarak diyebiliriz ki, hakkını başkası yanında aynen bulan kişi, eğer karşı taraf borcunu ödemeyi geciktiriyorsa veya büsbütün inkar ediyorsa diyaneten bizzat ihmâki hak yoluyla onu alabilir. Ama hukukî emniyeti sağlamak için mahkeme yoluyla alınması daha uygundur. Mecelle’nin “Zarar ve mukabele bizzarar yoktur.”(Md.19), “Zarar izale olunur.”(Md.20), “Bir zarar kendi misliyle izale olunmaz.”(Md.25) maddeleri bu konuda genel prensipleri koymuştur. Ancak mahkeme yolu ile hakkını alamayacağını kesin olarak bilen kişinin zarar ve fesada yol açmadan bizzat kendisi hakkını alırsa bu da dinen caizdir. Hatta mahkemelere güvenilmemesi halinde hakeme başvurulması da mümkündür.

22 Buhari, *İstikraz*, 14; Müslim, *Müsâkat*, 25; Ebu Davud, *Buyu*, 74.

23 İbn el-Hümmam, *Age*, V, 139; İbn Abidin, *Reddül-Muhtâr*, IV, 94-95.

24 İbn Abidin, *Age*, III, 200.