

da değerlendirilebilecek olan çalışma, bu alana dair bir altyapıyla daha anlamlı hâle gelecektir.

Ele alınan temel meselelere bakıldığında, Grace Davie'nin Anglo-Sakson geleneğini takip ederek din sosyolojisindeki diğer gelişmeleri ihmal ettiği söylenebilir. Konu başlıklarından hareketle bir değerlendirmede bulunulursa; inanç temelli organizasyonlara, dinsel örgütlere ve yeni dinî hareketlere dair çalışmalar görmezden gelinen meseleler arasında sayılabilir. Ancak Batı'nın dinî haritasının çizildiği ikinci kısmın ilk bölümünde bunlara kısmen değinildiği de belirtilmelidir. Eserdeki daha önemli bir eksiklik ise; yalnızca Batı Avrupa ve Amerika'daki oluşum ve problemlerin ele alınması; fakat din sosyolojisiyle ilgili küresel gelişmelere fazla yer verilmemesidir. Bir başka ifadeyle alanla ilgili genel bir problemin yansıması olarak Batılı olmayan toplumların dinlerine ve dine dair problemlerine kayıtsız kalınmış, yalnızca Danimarka'daki karikatür problemi yahut Salman Rüşdi olayı gibi Batı'yla irtibatlı meselelere dikkat çekilmiştir. Bu durumda, aydınlanmanın Avrupa merkezci ve tekdüze modernite algısına karşı çıkmak adına kitabın temel iddialarından biri kabul edilen çoklu modernite anlayışının bir yönüyle eksik kaldığı söylenebilir.

Bu eksiklere rağmen, XXI. yüzyılda dinin önemini kabul edip bunun hangi problemleri ortaya çıkardığını ve bu problemlere metodolojik olarak nasıl yaklaşmak gerektiğini göstererek din sosyolojisine aktif bir görev biçen eserin yakın zamanda tek bir yazar tarafından hazırlanan sınırlı sayıda ana kaynaklar arasına girecek bir değere sahip olduğu vurgulanmalıdır. Hem İngilizce hem de Fransızca konuşan bölgelerde iyi tanınan ve alanında "fil conducteur" kabul edilen bir araştırmacı tarafından yazılması hasebiyle ehemmiyeti daha da artan kitabın, zengin kaynak kullanımıyla ve mevcut teorileri tanıtarak alana dair geniş bilgi sağlama-sıyla günümüz din sosyolojisi literatürü açısından büyük bir kıymeti haiz olduğu inkâr edilemez.

Merve Betül Bayrak

### **Hak Zâil Olmaz: Roma, Türk ve İslâm Hukuklarında Eksik Borç**

Mustafa Demiray

İstanbul: Klasik Yayınları, 2009. 311 sayfa.

Düzen ve istikrarın hâkim olduğu, kişilerarası sosyal ilişkilerin sağlıklı yürütüldüğü bir toplumsal hayatın tesisinde ve bireylerin kanunlara riayetinin sağlan-

ması hususunda sadece devlet gücünün yeterli olmayacağı, ahlâkî ve dinî müeyyidelere de ihtiyaç duyulacağı açıktır. İşte tam bu noktada hukukî müeyyideden mahrum olduğu hâlde ahlâkî ve dinî bir temelden beslenen eksik borç müessesesi karşımıza çıkmaktadır. Kaynağını din ve ahlâktan, adalet, hakkaniyet ve istikrar düşüncelerinden alan, ifalarının geçerli sayılması ve söz konusu borcu düşürmesi cihetiyle hukukî nitelik taşıyan ve ahlâkî borçlarla hukukî borçlar arasında konumlandırılabilir olan eksik borçlar bu çalışmada ayrıntısıyla ele alınmış, ilgililere doyurucu mâlûmat sunulmuştur.

Borçlar hukukunun dikkat çekmeyen bir ayrıntısı gibi gözükken eksik borç müessesesi, aslında doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkide bulunduğu mesâil açısından bütün hukuk düzenlerinde büyük önem taşımaktadır. Hukuk-ahlâk, adalet-istikrar, fıkıh-İslâm hukuku ve diyânî hüküm-kazâî hüküm ilişkisi bağlamında da eksik borç kavramı incelenmeye değer olduğunu ihsas etmektedir. *Hak Zâil Olmaz*'da yazar bu farkındalık sâikiyle konuyu Roma, Türk ve İslâm hukuk düzenleri açısından ele alarak hukuk araştırmalarıyla ilgilenenlere mukayeseli bir hukuk çalışması örneği sunmuştur. İslâm hukuku açısından daha önce incelenmemiş bir konu olan eksik borç kavramını ele alan ve kavramı tarihî seyri içerisinde üç farklı hukuk geleneği açısından inceleyen ilk eser olması çalışmayı daha da değerli kılmıştır.

Eser, “Önsöz”, “Giriş”, beş ana bölüm, “Sonuç”, “Kaynakça”, “Dizin” ve “Madde Dizini”nden oluşmuştur. “Birinci Bölüm”de eksik borç kavramının Roma hukukundaki tarihî seyri ele alınmış, eksik borcun tanımı, mahiyeti üzerinde durulmuş ve Roma hukukundaki eksik borç uygulamalarından örnekler sunulmuştur. Roma hukukunda ilk ortaya çıkan eksik borcun, kölenin borcu olduğuna işaret edilmiş ve eksik borçların doğuştan olabileceği gibi, sonradan ve muvakkaten de olabileceği örneklerle izaha çalışılmıştır. Son olarak da Roma hukukunda tabii borç (obligatio naturalis) olarak ifadesini bulan eksik borçların dava edilememe, ifası muteber olma gibi belli başlı hükümleri üzerinde durulmuştur. Aile reisinin hâkimiyetinin sonucu olarak kölelerin ve aile evlatlarının borçlarının eksik borç teşkil etmesi, Roma hukukundan gelen, “Adalet arayanın elleri temiz olmalıdır” kaidesi mucebince yalancı şahitlik parası, sus payı ya da rüşvet veren kişilerin yaptıkları ödemelerin iade edilmesini talep edememeleri, Roma hukukundaki tabii/eksik borç algısı hakkında fikir vermektedir.

Yazar, çalışmanın “İkinci Bölüm”ünde Kıta Avrupası hukuk geleneğinde eksik borç tasavvurunu genel hatlarıyla ortaya koymaya çalışmıştır. Fransa, Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuklarındaki başlıca eksik borçlar kısaca ifade edilmiştir. Çalışmanın hacim itibarıyla en küçük bölümünü teşkil eden bu bölüm, kitabın temelini oluşturan üç hukuk düzeninin dışındaki hukuklarda, özellikle Türk hu-

kununun tevarüs ettiği gelenek açısından eksik borcun konumu hakkında genel bir fikir verme ve karşılaştırma imkânı sunmayı hedef edinmiş olmalıdır. Zira, kitabın başlığında da ifade edildiği üzere, çalışma sadece Roma, Türk ve İslâm hukuklarını çerçeve edinmiştir.

Kitabın “Üçüncü Bölüm”ü, Türk hukukunda eksik borç telakkisini konu edinmektedir. Yazar eksik borçlar için sıklıkla kullanılan, “Ödenebilir, fakat dava edilemez” şeklindeki ifadeye -eksik borçların bir kere ifa edildiklerinde borç teşkil etmeyen bir şeyin ödemesinin yapıldığı itirazıyla geri istenemeyeceği ve sebepsiz zenginleşmeye bağlı iade taleplerine karşı dayanıklılığı olduğu gerekçesiyle-, “Ödendiğinde geri istenemez” şeklinde bir ilavenin yapılmasını önermektedir. Bu ilaveyle birlikte eksik borç, “Ödenebilir, fakat dava edilemez, ödendiğinde de geri istenemez” şeklinde ifade edilmiş ve kavramın mahiyetine ilişkin daha dakik bir tanım ortaya konulmuştur. Bu ifadeyle, ifa olunabilmeleri sebebiyle eksik borçların da gerçek anlamda borç oldukları, ifaya zorlanamayacakları bilindiği hâlde ödendiğinde başlama sayılmayacağı; ifaya zorlanamayacakları bilinmeden ödendiğinde de sebepsiz zenginleşme davasıyla geri istenemeyeceği anlatılmaya çalışılmıştır. Yazarın şu ifadeleri tam borçla eksik borç arasındaki farkı ortaya koymakta ve yazarın konuyu sunum tarzı ve üslubundaki karakteristik hakkında belli bir fikir de vermektedir:

Tam borçlarda edim, davranışın türüne göre bir şey verme, bir işi yapma ve yapmama türlerinden birinde gerçekleşmektedir. Tesbitimize göre, eksik borçlarda yapma ve yapmama edimleri değil, genellikle verme edimleri söz konusudur. Eksik borçlarda müeyyide unsuru bulunmamaktadır, dolayısıyla borçlunun sorumluluğu da yoktur. Bu tür borçların ifası, borçlunun ihtiyarına kalmıştır. Hukuk düzeni sadece pasif bir müeyyide tanımak suretiyle, yapılan ifanın geri istenmesinin önünü kesmiştir (s. 108).

Devamında Türk hukukunda eksik borç örneklerini ayrı başlıklar altında inceleyen yazar, kumar ve bahisten doğan borç örneğini detaylı olarak ele almıştır. Türk hukukunda eksik borç olarak kabul edilen evlenme tellallığından doğan borç, ahlâkî vazifelerden doğan borçlar, biyolojik madde verme borcu, zaman aşımına uğramış borçlar, eşler arasındaki borçlar ve ana-babanın evladına borcu da ayrı ayrı incelenmiş ve önemli bilgi ve tespitlere yer verilmiştir. Yazar bu bölümü eksik borçların hükümleriyle sonlandırmıştır.

“Dördüncü Bölüm”de İslâm hukukundaki borç kavramını ve eksik borç tasavvurunu inceleyen yazar, eksik borcun temeli olarak kazâî hüküm-diyânî hüküm ayrımına işaret ediyor. Böylelikle yazarın daha evvel yüksek lisans tezinde (“Serahsi’de Kazai Hüküm-Diyani Hüküm Ayrımı”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001) incelediği konuyla bir süreklilik tesis ettiği de

anlaşıyor. Bu ayrımın sonucunda kazâî borç-diyânî borç ayrımının ortaya çıktığını ifade eden yazar, İslâm hukuku metinlerinde söz konusu edilen tabii/eksik borçların, ifası yönünde kazâî hüküm verilemese de, diyânî hükme göre ifası gereken borçların, yani diyânî borçların bir alt kümesini teşkil ettiğini göstererek, diyânî borçlarla eksik borçlar arasında bir işlem-kaplam ilişkisinin varlığını vurgulamıştır. Yani yazara göre, İslâm hukukunda eksik borçlar, diyânî borçların bir alt grubudur; diyânî borçların sadece bir kısmı eksik borç mahiyetindedir. Mesela, mâlikin hayvanına nafaka temin etme borcunda, bu borcun bir alacaklısı olmadığı için, eksik borç vasfında olmayan bir diyânî borç söz konusudur.

Çalışmanın temelini teşkil eden “Beşinci Bölüm”, İslâm hukukundaki eksik borçların çeşitlerine ve sonuçlarına hasredilmiştir. Bu bölümde öncelikle İslâm hukukunda eksik borcun varlığı meselesi tartışılmış, konuyla ilgili üç farklı yaklaşım tespit edilmiştir. Bu yaklaşımlar tam borç-eksik borç ayrımı ile İslâm hukukundaki kazâî borç-diyânî borç arasında belli bir ilişki kurmuştur. Mahmesânî ve Ali Bardakoğlu gibi İslâm hukukçuları bu borçlar arasında bir benzerliğe işaret ederken, fukahanın kazâî borç-diyânî borç ayrımı ile eksik borç mefhumuna ulaştıklarını ifade eden Hayreddin Karaman ile M. Âkif Aydın ise tam borç, eksik borç ayrımına karşılık İslâm hukukunda kazâî borç-diyânî borç ayrımı bulunduğunu söylemektedirler. Abdülkâdir el-Fâr ise bu iki ayrımın birbirinin tam olarak mukabili olduğunu düşünmektedir. Yazara göre ise tam-eksik borç ayrımı ile kazâî-diyânî borçlar arasında sebepler ve sonuçlar açısından “kısmî” yakınlıklar ve “kısmî” farklılıklar bulunmakta ve bu üç görüş, Roma, Kıta Avrupası ve Türk hukuklarında tabii eksik borç adıyla düzenlenen ilişkilerin İslâm hukukundaki diyaneten borç kavramıyla ilişkisine işaret etmektedir (s. 170). Dolayısıyla yazar, İslâm hukukunda, Roma-Türk hukuk geleneklerinde tabii/eksik borç kavramına tam olarak tekabül eden bir eksik borç kavramı olmadığını düşünmektedir. Fakat yazar, hukukun bir ölçüde şekilci davranmasının gerektiği ve hayatın bu şekilci tavra uymayan hâllerinin bulunduğu gerçeğinin her kültür havzası için geçerlilik taşımasına bağlı olarak İslâm hukukunda da dava edilemeyen; fakat ifa edildiğinde geçerli olan bazı borçlar bulunduğunu ve diyânî borçlarla aralarındaki işlem-kaplam ilişkisinden dolayı doğrudan diyânî borç olarak da ifade edilmeyen bu borçlar için yeni bir kavram kullanmak yerine, çalışmada dil birliğini sağlamak amacıyla eksik borç tabirini tercih ettiğini belirtmiştir.

Yazar eksik borçları kaynaklarına, sebeplerine, alacaklılarına ve verme borcu-yapma borcu olma, doğuştan-sonradan-muvakkaten eksik borç olma, zayıf-kuvvetli eksik borç olma gibi özelliklerine göre tasnif etmek suretiyle hem Roma-Türk hukuk geleneği doktrinindeki doğuştan-sonradan-muvakkaten eksik borç ayrımını aşan tasnif kriterleri geliştirmiş hem de İslâm hukukundaki eksik borçları

farklı açılardan sınıflamak suretiyle konuyu daha anlaşılır kılmıştır. Son olarak İslâm hukukundaki diyânî/eksik borç örneklerini inceleyen yazar, zaman aşımına uğramış haklara dair davaların dinlenmemesi, her ne kadar hakkı fiiliyatta elde edilemez hâle getiriyorsa da, “Hakkın asla zâil olmayacağını” belirterek bu veciz ifadeyle eksik borçların, dava imkânını ortadan kaldırırsa da, gerçek anlamda hiçbir zaman hakkı ortadan kaldıramayacağını ifade etmiş ve kitaba *Hak Zâil Olmaz* isminin hangi haklı gerekçeyle verildiğini de göstermiştir.

Bu kitap İslâm hukukundaki eksik borçlar ile Roma-Türk hukuk geleneğindeki tabii/eksik borçların birkaç hususta benzeştiklerini; fakat farklılaştıkları birçok noktanın da bulunduğunu göstermiştir. Benzeştikleri ilk husus, eksik borcun dava yoluyla elde edilememesi; ikinci husus, yapılan ifanın geçerli olması, yani sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesidir. Üçüncü benzerlik noktası, alacaklıya yapılan ifayı alıkoyma imkânı tanınmasıdır. Kitabın farklılık olarak nitelendirdiği noktaların ilki ve en önemlisi ise İslâm hukuku açısından borcun mevcudiyeti, yani zimmette sabit olmasıdır. Diğer hukuk geleneklerinde “sözde borç” olarak da ifade edilen eksik borcun gerçek anlamda borç olarak varlığı ise ihtilafıdır. İslâm hukuku açısından önemli ikinci farklılık “meşruiyet” kıstasıdır. Yani İslâm hukukundaki eksik borçlar sadece meşru kaynaklardan doğabilirken, diğer hukuk geleneklerinde kumar ve bahis gibi kaynaklardan da doğabilmektedirler. Yazar diğer bir farklılığın müeyyide unsuru olduğunu tespit etmiştir. Roma-Türk hukuklarında eksik borçların ifasının borçlunun iradesine/keyfine bırakıldığına, İslâm hukukunda ise din kaynaklı bir hukuk olmasına bağlı olarak öte dünya inancı gibi sâikler ve itikadî, diyânî veya uhrevî müeyyideler sayesinde eksik borcun ödenmesinin borçlunun keyfine bırakılmadığına, bilakis kuvvetini dinden alan müeyyidelerle borcun ifasının istendiğine işaret edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dördüncü farklılık olarak eksik borcun medenî/kazâî borca dönüşmesi çerçevesinde Roma hukukundaki kölenin borcu ile İslâm hukukundaki annenin çocuğunu emzirme borcunun özel durumlarını tartışmıştır. Yani Roma hukukunda kölenin -sahibinin hâkimiyeti sebebiyle dava edilemez olan- borcu, azat edildikten sonra da bu durumunu sürdürmektedir. Annenin emzirme borcu ise kural olarak eksik borç ise de, belirli şartlar altında annenin taayyün etmesi hâlinde kendiliğinden kazâî borca dönüşmektedir. Yazarın beşinci farklılık olarak takdim ettiği husus ise Roma-Türk hukuk geleneğinde eksik mahiyetteki alacağın dava edilemediği gibi, alacaklının kendi fiiliyle de elde edilemez oluşudur. Yazarın tespitlerine göre ise İslâm hukuku açısından özel şartlar çerçevesinde kişinin hakkını kendisinin elde etmesine imkân tanınmıştır.

Günümüz hukukunda düzenlenen eksik borç kavramını ve tarihî kökenlerini incelemeyi ve eksik borçların İslâm hukukundaki tezahürlerini ortaya çıkarmayı hedefleyen çalışmanın konuyu başından sonuna kadar bir bütünlük içinde

incelediği, başlığıyla muhtevasının uyumlu olduğu ve böylece hedefine ulaştığı belirtilmelidir. Yazarın bu hedefi gerçekleştirirken tasnif ve muhteva açısından Roma-Türk hukuk geleneğindeki tabii/eksik borç müessesesi ile İslâm hukukundaki benzer düzenlemeler arasında bir “aynılık” arama gayreti içinde olmaması, yazarın akademik tavrını göstermesi açısından dikkate değerdir. Zira yazarın da ifade ettiği gibi, bu kitabın nihaî gayesi Roma, Kıta Avrupası ve Türk hukukundaki tabii/eksik borç düzenlemelerini çerçeve edinerek İslâm hukukundaki benzeri borç ilişkilerini ve hükümlerini tasnif etmeye ve açıklamaya çalışmaktır.

Yazarın eksik borç kavramını tam borçla birlikte değerlendirerek daha dakik bir tarzda ele alması, eksik borcun mahiyetini, genel yapısını ve ayırıcı özelliklerinin kavranabilmesi adına okuyucuya önemli imkânlar sunmuştur. Konu, başından sonuna kadar bir bütünlük içinde açık ve güncel bir Türkçe’yle ele alınmış, Arapça ve Latince kökenli olan kavramlardan izaha muhtaç olanlar satır aralarında veya dipnotlarda teşrih edilmiştir. Eksik borç kavramını üç ayrı hukuk düzeni açısından inceleyen bu özgün çalışmada, İslâm hukuku açısından hem klasik dönem metinlerine hem de Osmanlı dönemine ait eserlere müracaat edilmesi ve her hukuk düzeninin birincil kaynaklarının kullanılması yazarın konuya ve kaynaklara vukufiyetini göstermektedir. Konu ele alınırken teorik kaynakların yanında fetva mecmualarına, *Mecelle* ve *Nafaka Kanunu* gibi kanunlaştırma faaliyetinin ürünlerine de atıfta bulunulması, konunun uygulamadan örnekler sunularak incelenmesi gibi bir avantaj da sağlamıştır.

Sıklıkla ifade edildiği üzere, hukukî borçları ahlâkî borçlardan ayıran en önemli husus, alacaklının borçluya karşı cebir ve tazyik kullanma imkânıdır. Dolayısıyla bu imkânın bulunmadığı borçlar ahlâkî borç kabilinden sayılır. Fakat eksik borç ne tam anlamıyla hukukî borç ne de tam anlamıyla ahlâkî borçtur; bu ikisi arasında bir mahiyet arz etmektedir. Ahlâk gereği edim yerine getirildiğinde, sanki hukukî bir hakkın ifası yapılmış gibi kabul edilmiş olması da, eksik borcun hukukî borçlardan olduğunu ihsas etmektedir. Böylece eksik borçlar başlangıcı itibarıyla ahlâkî iken, sonu itibarıyla de hukukîlik kazanmaktadırlar. Aynı şekilde eksik borçlar dava ile desteklenememesi yönüyle ahlâkî borçlara; bazı hukukî sonuçlar doğurması cihetiyle de hukukî borçlara benzemektedir. Dava edilemeyen, fakat ifada bulunmuş olan borçlunun iade talebini himaye etmemek, eksik borcun doğurduğu sonuçlardan biridir. Davası kabil olmadığı gibi, herhangi bir hukukî sonuç da doğurmayan mânevî borçlar/ahlâkî borçlar, hukuk alanının dışında kalırken, eksik borçlar hukuka aidiyetlerini bir ölçüde devam ettirir. Yani eksik borçlar, borçlunun ifasının hukuken geçerli sayılmasıyla ahlâkî borçlardan ayrılır. Çalışmada belli ölçüde ahlâkî borç-hukukî borç ayrımı gündeme getirilmiş, eksik borcun bir hukuk bağı değil, bir hakkaniyet bağı teşkil ettiği söylenmiş; fakat bu

ayrım ve ayrımın ortaya çıkardığı tartışma üzerinde yeterli ölçüde odaklanılmamıştır. Oysa eksik borç kavramı ve eksik borç algısı ve tartışması doğrudan bu ayrımdan zuhur etmektedir.

Hukuk literatüründe “eksik borç” konusunu üç hukuk düzeni açısından karşılaştırmalı olarak ele alan ilk eser özelliğine sahip olan söz konusu çalışma, alanında bir başlangıcı temsil etmesi ve hukuk alanına sağladığı katkı açısından da önemlidir. Ayrıca kitap bizce ele aldığı tema itibarıyla, bilhassa günümüz özel hukukunun borçlar hukuku alanında çalışanların, İslâm hukukundaki borç ilişkileri üzerinde araştırma yapanların ve genel olarak hukuk-ahlâk ilişkisi üzerine kafa yoran herkesin okuması ve zikredilen eksik borç örnekleri üzerinden imali fikirde bulunması gerektiği fikrini uyandırmıştır. Akitten doğan eksik borçlardan olan annenin çocuğunu emzirme borcu, bu iş için babadan ücret alıp alamayacağı, kadının ev işlerini yapma borcunun tam borç mu yoksa eksik borç mu teşkil edeceği gibi meseleler, haksız fiilden doğan eksik borçlardan olan had uygulanmış hırsızın çaldığı malı iade borcunun bir eksik borç olup olmadığı, kanundan doğan zaman aşımı ve ebeveyne hizmet borçlarının mahiyeti bu çalışmadan hareketle okunması, daha sonra üzerinde düşünülüp tartışılması gereken önemli meselelerdendir.

Çalışmanın detay denilebilecek bazı zayıf yanları olduğu da söylenebilir. Mesela eksik borcun mahiyetine ilişkin kısımda, eksik borcun mümeyyiz vasfının dava edilememe mi, yoksa yapılmış ifanın iadesinin istenememesi mi olduğu hususunun ihtilaflı olduğu söylenmekle yetinilmiştir. Oysa eksik borcun mahiyetine ilişkin söz konusu tartışmaya birkaç paragrafta değinilmesi daha isabetli olabilirdi.

Çalışmanın sonunda kullanışlı ve zengin bir “dizin” ve kanun maddelerinin bulunduğu geniş bir “madde dizini” yer almaktadır. Son derece kapsamlı olan “Kaynakça” da konuyla detaylı olarak ilgilenenlere geniş bir literatürü bir arada görme imkânı sunmaktadır.

Sevinç Bildik

### **İbn Teymiyye'nin Düşünce Metodolojisi ve Kelâmcılara Eleştirisi**

M. Sait Özervarlı

İstanbul: İSAM, 2008. 192 sayfa.

*Kelâmda Yenilik Arayışları* adlı eserinde kelâmın yeni bir metot üzerine inşasının gerekliliğini vurgulayan M. Sait Özervarlı, tanıtacağımız eserin “Önsöz”ünde