

FIKHÎ BİLGİ VE İLKELER IŞIĞINDA
EŞYA VE ŞAHSIN HUKUKU

KİTÂBÎ YAYINLARI
FİKHÎ BİLGİ VE İLKELER İŞİĞİNDA
EŞYA VE ŞAHSIN HUKUKU

Prof. Dr. Hayreddin KARAMAN

Doç. Dr. Ahmet ÖZDEMİR

İstanbul, 2019

ISBN
978-605-7828-01-9

Sayfa ve Kapak Düzeni

B GRAFİK

Baskı- Cilt

Step Ajans

Göztepe Mahallesi Bosna Caddesi No.11 Bağcılar / İstanbul

Tel. 0212 446 88 46 Fax. 0212 446 88 24

Matbaa Sertifika No: 12266

kitâbî

Alayköşkü Cad. Zeynep Sultan Camii Sok. No: 2

Cağaloğlu- İSTANBUL

Telefon: 0212 512 45 43-512 51 66-512 90 40

web: www.bekakitap.com

e-mail: bekayay@hotmail.com

İnternet Satış: www.selamkitap.com

Yayıncılık Sertifika No: 16173

kitâbî Beka Araştırma Danışmanlık Reklamcılık Eğitim

Yayıncılık ve Tic. Ltd. Şirketi'nin tescilli markasıdır.

Prof. Dr. Hayreddin KARAMAN

Doç. Dr. Ahmet ÖZDEMİR

FIKHÎ BİLGİ VE İLKELER IŞIĞINDA
EŞYA VE ŞAHSIN HUKUKU

kitâbî

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	15
-------------	----

EŞYA HUKUKU / 19

GİRİŞ	21
Aynî Hak ve Şahsî Hak Kavramları	21
Aynî Hak Şahsî Hak Ayırımının Hukukî Neticeleri	22
1-Takip Hakkı:	22
2-Öncelik Hakkı:	23
3-İskat hakkı	23
4-Akdin Butlanı:	24
5- Aynî Hakkın Şahsî Hakka Dönüşümü:	24
MALIN TARİFİ VE KISIMLARI	27
A-MALIN TARİFİ	27
B-MALIN KISIMLARI	29
1. Mütekavvim Mal- Gayri Mütekavvim Mal	29
2-Mislî Mal- Kıyemî Mal	30
1-Tartılanlar (mevzûnât)	31
2-Hacim ölçüsüyle ölçülenler (mekîlât)	31
3-Uzunluk ölçüsüyle ölçülenler (mezrûât)	32
4-Sayılanlar (ma'dudât)	32
3-Tüketilen Mal-Kullanılan Mal	35
4-Taşınır (Menkul) Mal- Taşınmaz (Gayrimenkul) Mal	36
5-Bölünebilen Mal-Bölünemeyen Mal	36
6-Sahipli Mal-Serbest Mal-Kısıtlı Mal	37
7- Ortak Mallar	38

BİRİNCİ BÖLÜM ASLÎ AYNÎ HAKLAR	41
I- SINIRSIZ AYNÎ HAKLAR (MÜLKİYET)	43
Mülkiyet Kavramı	43
Mülkiyet Hakkının Meşruiyeti ve Dayanağı.....	45
Mülkiyet Hakkının Mevzûu (Konusu)	47
Mülkiyetin Kapsamı (Şûmulü).....	47
Mülkiyet Hakkının Özellikleri	49
Mülkiyetin Çeşitleri.....	52
A-Konusu Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri	52
B-Tam Olup Olmama Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri	53
C-Bağımsızlık Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri	53
Mülkiyetin Kazanılması.....	56
A- MÜLKİYETİ GENEL KAZANMA YOLLARI	56
1- Mülkiyeti Aslen Kazanma Yolları	57
2- Mülkiyeti Devren Kazanma Yolları.....	61
B-TOPRAK MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI	65
1- Arazinin Çeşitleri.....	65
2- Toprak Mülkiyetinin Kazanılma Yolları.....	67
C- MADEN MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI	70
A-Mülk Edinme İle İlgili Sınırlamalar	73
1-Genel olarak özel mülkiyete konu olmayan mallar	73
2-Müslümanların malik olmaları caiz olmayan mallar	73
B-Mülkiyet Hakkını Sürdürme (Devam Ettirme) İle İlgili Sınırlama	74
C- Malın Kullanılması İle İlgili Sınırlamalar.....	75
1-Allah Hakkı Kapsamındaki Sınırlamalar.....	75
2- Kul Hakkı Kapsamındaki Sınırlamalar	76
a-Komşu Hakkı Sebebiyle Getirilen Sınırlamalar	76
b-Kamu Menfaati Sebebiyle Getirilen Sınırlamalar	78
c- Şüf'a Hakkına Dayalı Olan Sınırlandırma	80
Şüf'a Hakkının Delili ve Hikmeti	81
Şüf'a Hakkına Konu Olan Mal	82

Şüf'a Hakkını Doğuran Sebepler	82
Şüf'a Hakkında Öncelik Sırası	83
Aynı Derecede Birden Fazla Şüf'a Hakkı Olanların Bulunması	83
Şüf'a Hakkının Kullanılabilme Şartları.....	83
Şüf'a Talebinin Uygulanması.....	84
Mülkiyet Hakkının Kaybedilmesi.....	86
II- SINIRLI AYNÎ HAKLAR (EKSİK MÜLKİYET)	87
EKSİK MÜLKİYETİN KISIMLARI	87
I- SADECE RAKABE MÜLKİYETİ	87
II- MENFAAT MÜLKİYETİ (İNTİFA HAKKI)	88
1-Şahsî İntifâ Hakkı.....	88
Şahsî İntifâ Hakkı Kazandıran Sebepler.....	90
Şahsî İntifânın Özellikleri	93
Şahsî İntifâ Hakkının Sona Ermesi.....	95
2-Aynî İntifâ Hakkı (İrtifak Hakkı).....	97
İrtifak Hakkının Özellikleri	97
İrtifak Hakkının Kazanılma Yolları	97
Başlıca İrtifak Hakları.....	99
İKİNCİ BÖLÜM FER'Î AYNÎ HAKLAR.....	105
I- REHİN	107
Tarifi, Rüknu ve Şümulü	107
Rehin Akdinin Şartları.....	109
Rehinin Masrafları.....	111
Rehinin Mürtebine Tesliminin Neticeleri.....	111
Rehin Üzerinde Tasarruf Hakkı.....	112
Rehin Akdinin Sona Ermesi.....	113
II-HAPİS HAKKI.....	116
Tanımı	116
Hapis Hakkının Şartları	116
Hapis Hakkının Hukukî Neticeleri.....	117
III-İPOTEK.....	117

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ZİLYETLİK VE TAPU SİCİLİ	121
I- ZİLYETLİK	123
Zilyet Kavramı	123
Zilyetliğin Hukukî Niteliği	124
Zilyetliğin Korunması	125
II- TAPU SİCİLİ	126

ŞAHSIN HUKUKU / 131

BİRİNCİ BÖLÜM HAKİKÎ ŞAHISLAR	133
Şahıs Kavramı	135
Şahsiyetin Başlangıcı	135
Şahsiyetin Sonu	136
Takdirî Ölüm Kararı Verilmeden Önce	
Mefkudun Hukukî Durumu	140
Takdirî Ölüm Kararı Verildikten Sonra	
Mefkudun Hukukî Durumu	140
Şahsiyetin Başladığının ve Bittiğinin Tespiti	141
EHLİYET	143
Tarifi	143
Ehliyet Çeşitleri	144
Vücup Ehliyeti:	144
Edâ ehliyeti:	145
EHLİYET BAKIMINDAN	
İNSAN HAYATININ DÖNEMLERİ	148
1- CENİN DÖNEMİ:	148
2- TEMYİZ ÇAĞI ÖNCESİ	
(GAYRİ MÜMEYYİZ) DÖNEMİ:	148
Gayri Mümeyyiz çocuğun hakları:	149
Gayri Mümeyyiz çocuğun borçları:	149
3- TEMYİZ DÖNEMİ:	150
Eksik Edâ ehliyetinin Hukukî Tasarruflara Etkisi	151
4- ERGENLİK (BULÛĞ) DÖNEMİ:	153

5- RÜŞD DÖNEMİ	154
Gelişim Dönemlerine Göre Ehliyetler:	156
EDÂ EHLİYETİNİ DARALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER (EHLİYET ÂRIZALARI).....	157
1- Akıl Hastalığı (Cünûn, Delilik)	158
2- Bunama (Ateh)	158
3- Uyku ve Baygınlık:	159
4- Maradu'l-Mevt (Ölümlle Sonuçlanan Hastalık):	159
5- Sarhoşluk	160
6- Sefihlik:	162
7- Borçluluk:	163
8- Unutmak:	163
9- İkra:	164
İkra'nın Tasarruflara Etkisi	165
10- Hata:	167
11- Hezl:	168
12- Ölüm:	169
HUKUKÎ TEMSİL	174
Velâyet:	174
Vesâyet:	174
Velâyet ve Vesâyet Hakkı	175
1- Baba veya Babanın Babasının Hayatta Olması:	175
2- Baba veya Babanın Babasının Hayatta Olmaması:	175
ŞAHSIN SOYU (NESEP)	176
Nesep Kavramı:	176
Nesebin Sübutu:	176
1- Sahih Evlilikte Nesep:	177
2- Fasit Evlilikte ve Evlilik Şüphesiyle Birleşmede Nesep:	178
3- İkrar ve Dava Yoluyla Nesebin Sübutu:	178
Nesebin Reddi:	178
ŞAHSIN YER İLE İLİŞKİSİ (İKAMETGÂH)	179
İkametgâh Kavramı	179

İkametgâh Belirleme Yetkisi.....	180
İKİNCİ BÖLÜM HÜKMÎ ŞAHISLAR.....	183
Hükmî Şahıs Kavramı	185
Hükmî Şahıs Çeşitleri	186
Hakiki Şahıs İle Hükmî Şahıs Arasındaki Temel Farklar.....	186
HÜKMÎ ŞAHIS NİTELİĞİNDEKİ	
BAŞLICA KURUM VE KURULUŞLAR.....	186
1- DEVLET.....	187
Devletin Hükmî Şahıs Olarak Kabul Edildiğini	
Gösteren Hükümlere Örnekler.....	187
2-BEYTÜLMAL.....	188
3- ŞİRKET:.....	189
4- VAKIF.....	189
EK : ETKİNLİKLER VE UYGULANMA ŞEKİLLERİ	193
1- Bilgi Notu:.....	193
2- Karşılaştıralım:	193
3- Tartışalım:	194
4- Bir Soru - Bir Cevap.....	194
5- Bir Soru:	195
6- Araştıralım:.....	195
7- Münazara Yapalım:	195
8- Dikkat Edelim:.....	195
9- Test Sorusu:.....	196
10- Yorumlayalım:	196
11- Değerlendirelim:	197
12- Okuma Parçası:	197
13- Pratik Çalışma:	197
KAYNAKÇA	199

“Çalışmanı gözden geçirdim, emek çekmişsin ve ortaya okuyanların daha kolay anlayıp istifade edebilecekleri bir eser çıkmış. Sa’yin meşkur olsun. Tebrik eder daha nice çalışmalarda Mevlâ’dan inayet ve nusret dilerim. Selam, muhabbet ve dualarımla.”¹

Prof. Dr. Hayreddin KARAMAN

1 Hazırlanan eserin eşya hukuku bölümü, değerli görüş ve değerlendirmelerini almak amacıyla Prof. Dr. Hayreddin KARAMAN hocamıza sunulduğunda beyan ettiği görüşleridir.



ÖNSÖZ

Allah Teâlâ sonsuz hamd ve senâlar olsun. Salat ve selamlar âlemlere rahmet olarak gönderilen Resulullah'a, onun âline ve ashabına olsun.

Fıkıh ilmi, geçmişten günümüze kadar Müslümanların fert ve toplum hayatına şekil vermektedir. Fıkıhın öğretilmesi, İlahiyat Fakültelerinin temel görevleri arasındadır. Bu amacı sağlamaya yönelik olarak İslam hukuku (fıkıh) dersleri, fakültelerin müfredat programlarında yer almaktadır. İslam hukuku derslerinde okutulmak üzere geçmişte yazılmış olanlara ilave olarak günümüzde yeni kitapların yazılıyor olması fıkıh ilminin gelişmesine katkı sunması bakımından mutluluk vericidir. Ancak mevcut kitaplar bilgiyi sunma ve değerlendirme yapma yönüyle faydalı olmakla birlikte, ders esnasında öğrencilerin ilgisini çekebilmek için farklı etkinliklerin olmaması bakımından geliştirmeye açık niteliktedir.

Mevcut haliyle fıkıh eğitimi öğrencilere elbette belirli bir fıkıh bilgisi kazandırmaktadır. Ancak ideal bir Müslümandan beklenen hep daha iyinin peşinde olmak ve verimi artırmanın yöntemlerini araştırmaktır. Fıkıh eğitiminde verimi artırmak için çaba sarf etmek günümüz fakihlerine düşen sorumluluklar arasındadır.

Temel İslâm bilimleri içinde önemli bir yeri olan fıkıh ilminin öğretilmesinde genellikle anlatım ve kısmen soru cevap yöntemlerinin uygulandığı bir gerçektir. Özellikle lisans seviyesindeki öğrencilerin derse hazırlık yaparak gelmemeleri ve kitaplarda ıstılahî kavramların yoğunluğu sebebiyle öğrencilerin kendi kendilerine konuları kavrayamamaları, hocaların yüzyıllardır devam edegelen anlatıma dayalı konu işleme metoduna alışkın olmaları gibi etkenler sebebiyle

umumiyetle fıkıh dersleri öğrencinin sadece dinleyici olduğu pasif öğrenim yolu ile devam etmektedir. İslam hukuku dersini başından sonuna kadar anlatım metodu ile işlemek, hukuk konularının zorluğu, öğrencilerin sürekli yeni kavram ve ıstılahlarla karşılaşması göz önüne alındığında istenilen verimi sağlayamayacağı ortadadır.

Fıkıh eğitiminde verimi artırmak için yapılması gereken öğrencinin aktif olarak derse katılımını sağlamaktır. Bunun sağlanabilmesi için anlatım metodunun yanında farklı öğretim metot ve yöntemlerine başvurulması gerekmektedir. Fıkıh ilminin öğrenilmesine ve öğretilmesine katkı sağlayabilmek için önerilen bu eğitim metodunda temel amaç, öğrencilerin dikkat ve ilgilerini derse vermelerini temin ederek fikhın etkili ve kalıcı bir şekilde öğrenilmesinin sağlanmasıdır.

Belirtilen hedefe ulaşabilmek için kitapta; bilgi notu, karşılaştırılma, tartışılma, bir soru-bir cevap, bir soru, araştırılma, münazara yapılma, dikkat edelim, test sorusu, yorumlayalım, değerlendirelim, okuma parçası ve pratik çalışma etkinliği bulunmaktadır. Etkinliklerin tanımı ve uygulanma şekilleri kitabın sonundaki “Ek” kısmında yer almaktadır.

Fıkıh ilmi, geniş bir muhtevaya sahiptir. İlahiyat müfredatında Fıkıh derslerinin sınırlı sayıda olması sebebiyle, fakihlerin bütün görüşlerinin beyan edilmesi ve konuların derinlemesine incelenmesi mümkün olamamaktadır. Bu sebeple derslerde istifade edilmesi amacıyla hazırlanan bu çalışmada, konular anahatlarıyla ve özet olarak ele alınmıştır. Konular işlenirken öğrencilerin daha kolay anlayabilmesi için kısa cümle kurulmasına özen gösterilmiştir. Uygun yerlerde şemalar hazırlanmıştır.

Türkiye’de fıkıh ilmi denildiğinde ilk akla gelen isim olan hocaların hocası Prof. Dr. Hayreddin KARAMAN’ın Mukayeseli İslam Hukuku ve Anahatlarıyla İslam Hukuku kitapları yıllardır başvuru eserleri olarak istifade edilen kitaplardır. Klasik fıkıh külliyatındaki bilgileri çağımızdaki hukuk sistematigi içinde sunan bu eserlerin fıkıh ilmi için dün olduğu gibi bugün de çok önemli bir yeri vardır. Bu çalışmada Kıymetli Hocamız Prof. Dr. Hayreddin KARAMAN’ın

bahsi geçen bu eserleri hem konuların başlık ve sistematığının oluşturulmasında, hem de muhteviyat bilgisi bakımından esas alınmıştır. Bu eserlerdeki mevcut bilgilerden farklı olarak bu kitapta yer alan bilgi, tasnif ve değerlendirmeler şahsî düşünce ve tercihlerimi yansıtmaktadır. Bu kitabın yaklaşık yarısının bahsi geçen kaynaklardaki bilgilerden teşekkül etmesi ve hocamızın kanaatinin de bu yönde olması sebebiyle kitap iki müellif ismi ile yayınlanmıştır.

Gayret ve çaba kuldan, muvaffakiyet Allah'tandır.

Doç. Dr. Ahmet ÖZDEMİR

EŞYA HUKUKU

GİRİŞ

Aynî Hak ve Şahsî Hak Kavramları

Hak kavramı, hukukun tanıdığı yetki ve yükümlülük doğuran bir aidiyet olarak tanımlanmaktadır.² Haklar çeşitli açılardan taksim edilmektedir. Hakkın mahalline göre yapılan taksimde şahsî hak ve aynî hak ayırımına gidilmektedir.

Şahsî hak, hukukun bir şahıs için, başka bir şahıs üzerinde varlığını kabul ettiği haktır. Aynî hak ise, hukukun bir şahıs için belirli bir eşya üzerinde tanıdığı haklardır.³ Aynî haklar eşya hukukunun ana temel konularından biridir.

Aynî hak, eşya üzerinde söz konusu olan, sahibine eşya üzerinde hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Eşya üzerindeki hâkimiyetin dış görünüşü, fiilî tasarruftur. Taşınır mallarda zilyetlik, taşınmaz mallarda ise tapu sicili eşya üzerindeki fiilî tasarrufu göstermektedir.

BİLGİ NOTU: Zilyet, bir nesneyi bilfiil elinde bulundurandır.⁴ Bir kimse kolundaki saatin, bindiği arabanın zilyedi olur.

2 Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-islâmiyyü ve edilletühü*, Dâru'l-Fıkr, Dimaşk, t.y., IV, 366; Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul 1998, s. 132.”

3 Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmiyyü ve edilletühü*, IV, 376.

4 Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lûgat ve Istılahlar*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1973, s. 502.

DEYN BORCU	AYN BORCU
Konusu nakit ya da misli eşyadır.	Konusu belirli bir mal borcudur. Malın temlik, teslimi ya da korunması borçlanılmıştır.
Zimmeti meşgul etmektedir.	

İslam hukukundaki ayn-deyn ayırımı, diğer hukuklardaki aynî hak- şahsî hak ayırımını tam olarak karşılamamaktadır. Deyn, şahsî hakkın tamamı değil, onun şekillerinden biridir. Ayn ise, aynî hakkı tamamen kapsadığı gibi şahsî hakkın mal borcundan ibaret olan kısmını da ihtiva etmektedir.

BİLGİ NOTU: Zimmet, insanları borçlanmaya ehil kılan, vücup ehliyetinin gerektirdiği, hukukun insanlarda varsaydığı manevi bir vasıftır. Her şahsın bir zimmeti vardır. Ne kadar çok olursa olsun bütün borçlarını içine alır.

Aynî Hak Şahsî Hak Ayırımının Hukukî Neticeleri

1-Takip Hakkı:

Aynî hak, sahibine hak konusu malı takip hakkı verir. Ayn ile ilgili dava ancak zilyede karşı açılır. Aynî hak konusu olan mal hangi sebeple olursa olsun ve kimin eline geçerse geçsin hak sahibi hakkını ondan talep eder.

Örnek: (A), (B)'nin atını gasbederek (C)'ye satsa, (B) atını geri almak için başvuracağı ve dava edeceği şahıs (C)'dir. (B)'nin at üzerindeki mülkiyet hakkı aynî bir haktır. Bu hakkın konusu olan at kimin eline geçerse (zilyet olursa) hak sahibi ona karşı hakkını ileri sürer ve talep eder.

Şahsî hak, borçlunun zimmetini meşgul eder. Bu sebeple şahsî haklarda zimmeti borçlanan kim ise borcun ödenme talebi ona yapılır. Alacaklı malı değil, borçluyu takip eder.

Örnek: (A), (B)'ye yüz kilo buğday ödünç verse, (B) de bu buğdayı (C)'ye satsa, (A) hakkını buğdayı elinde bulunduran (C)'den değil (B)'den talep edecektir. Çünkü (A) sahibi bulunduğu yüz kilo

buğdayı (B)'ye ödünç verince buğdayın mülkiyeti (B)'ye intikal etmiş, (A)'nın hakkı (B)'nin zimmetinde şahsî bir hak haline gelmiştir.

Takip hakkı bakımından bu farklılığın olmasının sebebi, aynı hakkın belirli bir mal üzerinde gerçekleşmesi, şahsî hakkın ise borçlunun zimmeti ile ilgili olmasıdır.

2-Öncelik Hakkı:

Aynı hak sahibinin imtiyaz ve öncelik hakkı vardır. Şahsî hak sahibinin ise genel olarak bir öncelik hakkı bulunmamaktadır.

Örnek: Alacağına karşı borçludan rehin alan alacaklı, alacağını tahsil edemezse, rehinsiz alacaklılardan önce, rehin konusu malın bedelinden alacağını tahsil etme imkânına sahiptir.

Örnek: Bir satım akdinde alıcı bedeli ödediği halde malı teslim almadan satıcı iflas etmiş olarak ölse, alıcının diğer alacaklılara nispetle o malda öncelik hakkı vardır.

Aynı haklarda öncelik hakkı umumî bir kaide olmakla birlikte şahsî haklarda öncelik hakkı sadece ölünün cenaze masrafları, nafaka alacağı gibi istisnâî durumlarda söz konusu olmaktadır.

3-İskat hakkı

İskatı mümkün olan aynı haklarda hak sahibinin tek tarafı iradesi iskat için yeterlidir.

Örnek: Bir aynı hak olan rehinde borçlu kabul etmese dahi alacaklı rehin akdini feshedebilir.

Şahsî haklarda iskat için karşı tarafın rızası aranır.

Örnek: Borçlunun ibrâ edilmesinde tek tarafı irade yeterli olmayıp, borçlunun bunu reddetmemesi şarttır.

BİLGİ NOTU: İbrâ, bir kimseyi bir davadan berî kılmak, onun hakkında davada ve hak talebinde bulunmaktan vazgeçmedir.⁵

4-Akdin Butlanı:

Aynî hak doğuran bir akdin hükmü yerine getirilmeden akit konusu mal zâyî olsa akit de batıl olur.

Örnek: Kullanılmış bir arabanın satımı halinde teslim ve tesellüm yapılmadan araba yandığı için teslimi imkânsız hale gelse akit batıl olur. Müşterinin malı teslim alma hakkı sâkıt olur.

Kiralanan ev yanarsa kira akdi iptal olur ve kiracının bu evden yararlanma hakkı sâkıt olur.

Şahsî haklarda ise bu durumda akit batıl olmayacaktır.

Örnek: Araba satım akdi fabrikada yeni üretilen araba gibi misli bir mal üzerinde yapılmış olduğunda arabalardan birinin fabrikada zâyî olmasıyla akit batıl hale gelmeyecektir.

Borçlunun bütün malları helak olsa, alacaklıların hakkı sâkıt olmaz. Çünkü borç belirli bir malı değil, zimmeti ilgilendirmektedir.

BİLGİ NOTU: Zâyî, yok olma, elden çıkma, işe yaramaz hale gelme anlamlarına gelmektedir.

5- Aynî Hakkın Şahsî Hakka Dönüşümü:

Aynî hak konusu malın zâyî olması aynî hakkın düşmesi sonucunu doğurur. Bu durumda malın zâyî olmasından sorumlu bir şahıs varsa hak sahibi ondan tazminat talep edebilir. Ancak bu durumda hak aynî olmaktan çıkmış şahsî hak olmuştur. Aynî hak, şahsî hakka dönüşmüştür.

Örnek: Gasbedilmiş mal zâyî edilirse aynî hak şahsî hakka dönüşür ve hak sahibi zâyî edene tazmin ettirir. Gasbedilen mal zâyî edilmeseydi aynî hak olarak devam edecek ve zilyet kim ise ondan talep edilecektir.

5 Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 172.

Şahsî haklarda ise, borçlunun mallarının zâyî olması, zimmet devam ettiği sürece hakkın düşmesi ya da başka hakka dönüşmesi neticesini doğurmayacaktır.

Örnek: (A) şahsının (B)'den 100 lira alacağı olsa, (B)'nin iflas etmesi ile (A)'ya olan borcu düşmeyecektir.

ARAŞTIRALIM: Mecelle'nin 293, 716, 729, 1568 ve 1635. maddelerini araştıralım.

PRATİK ÇALIŞMA Beş kardeş geçen ay aldıkları telefonların yerine başka bir telefon almak üzere çarşıya giderler ve her biri farklı dükkândan alışveriş yapar. Kardeşlerden (A) kullanılmış bir telefon satın alır. Ancak daha sonra aldığı telefonun çalıntı olduğu ortaya çıkar. (B) yeterli parası olmadığı için şemsiyesini rehin olarak verip yeni bir telefon alır. (C) satıcı ile yaptığı akitte markası ve modelini belirlediği yeni telefonu teslim almayı beklerken, telefon fabrikasında çıkan yangında bazı telefonlar yanmıştır. (D) parasını ödemediği telefonu teslim alacakken, satıcı iflas etmiş ve ölmüştür. (E) ise geçen ay aldığı telefon varken yeni telefon almanın doğru olmayacağını düşünerek yeni telefon almaktan vazgeçer.

Sorular:

1-(A)'nın elindeki telefonun gerçek sahibi telefonun teslimini kimden talep edecektir? Niçin?

2-(B) iflas etse, satıcının, elindeki şemsiyeyi satabilme hakkı bulunmaktadır. Bunun sebebini açıklayınız.

3-(C)'nin yaptığı akit için butlan söz konusu mudur? Niçin?

4-(D)'nin öncelik hakkı bulunmakta mıdır?

5-(E)'nin aldığı kararı İslam hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendiriniz.

PRATİK ÇALIŞMA Beraber yolculuğa çıkan kardeşlerden (A) bir koyununu, (B) iki koyununu amcaları (C) 'nin yanında emanet olarak bırakırlar. (C) eşkıyaların saldırısına uğrar. Evdeki üç koyundan birisini ve (C) 'nin arkadaşı (D)'den borç aldığı 100 lirayı eşkıyalar alıp giderler.

Sorular:

1-(A) ve (B) döndüklerinde kalan iki koyun nasıl taksim edilir? Niçin?

2- (D)'nin borç verdiği parayı (C) 'den istemesi meşru olur mu?

TEST SORUSU: 1-İnsanları borçlanmaya ehil kılan, vücup ehliyetinin gerektirdiği, hukukun insanlarda varsaydığı manevî vasfa ne denir?

a-Zilyet

b-Zimmet

c-Emanet

d-Aynî hak

e-Mülkiyet

2- Aşağıdakilerden hangisi aynî hakkın özelliklerinden değildir?

a-İskatı mümkün olan aynî haklarda hak sahibinin tek taraflı iradesi iskat için yeterlidir.

b-Aynî hak doğuran bir akdin hükmü yerine getirilmeden akit konusu mal zâyî olsa akit batıl olmaz.

c-Aynî hak konusu malın zâyî olması aynî hakkın düşmesi sonucunu doğurur.

d-Aynî haklar hak sahibine hakkını ve alacağını alma konusunda öncelik hakkı vermektedir.

e-Aynî hak, sahibine hak konusu malı takip hakkı verir.

OKUMA PARÇASI: Vehbe Zuhayli, el-Fıkhu'l-İslâmiyyü ve Edilletühü.

والحق العینی: هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادی معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العینی. مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه: وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله. وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور. وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين. وللحق العینی عنصران فقط هما: صاحب الحق، ومحل الحق.

MALIN TARİFİ VE KISIMLARI

A-MALIN TARİFİ

Hanefî mezhebine göre bir şeye mal denebilmesi için onun ayn olması yani maddî, fizikî bir varlığının bulunması gerekir. Haklar ve menfaatler mal kapsamında değildir. Mal, insanların eğilim gösterdiği ve ihtiyaç zamanı için biriktirdiği taşınır ve taşınmaz şeylerdir. Buna göre, insanların değer vermediği, eğilim göstermediği ve bir gün ihtiyacı olur diye muhafaza etmediği şeylere mal denilmeyecektir.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi Hanefî mezhebinde malın tanımında yer almaz?

- a- Muhafaza altına alınan
- b-İnsanların ihtiyaç zamanı için biriktirdiği
- c-Ayn olmayan
- d-İnsan tabiatının eğilim gösterdiği
- e-Fiziki bir varlığı bulunan

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplere göre mal, kıymeti olan ve telef edene tazmini lazım gelen her şeydir. Haklar ve menfaatler de mal kapsamındadır.⁶

KARŞILAŞTIRALIM: Hanefi mezhebine göre, menfaatler mal sayılmadığı için zâyi olması durumunda genel bir ilke olarak menfaatin tazmini söz konusu olmaz. Menfaati de mal olarak değerlendiren mezheplere göre, menfaat zâyi edilirse tazmini gerekli olur.

Hanefi mezhebi fakihleri, menfaatlerin tazmin edilmeyeceği şeklindeki ilkedен, ilk dönem yetim, vakıf ve devlet mallarını istisna etmişler, son dönemlerde ise menfaatin tazmin edileceğini söyleyen görüşe kısmen de olsa yaklaşmışlardır.⁷

İŞARETLEYİM: Aşağıdaki nesnelerden mal tarifine uygun olanları işaretleyiniz.

Bir-iki pirinç tanesi	
Kurutulmuş portakal kabuğu	
Çatıdan düşüp kırılan kiremit parçaları	
Hayvan leşi	
Fındıkkabuğu	
Çayırdağı hayvan pislikleri	

6 Hacak, Hasan, “Eşya”, *İslam’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İfav Yayınları, İstanbul 1997, I, 496.

7 Akgündüz, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, İstanbul 2012, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, III, 804.

Gübre ve yakıt olarak kullanılacak hayvan pislikleri	
Kuşun dökülen tüyü	
Yol kenarlarında biten otlar	
Zehirli mantar	

Bir nesnenin mal tarifine girmesi zamana ve bölgeye göre değişebilir. Birkaç fındığın yenildikten sonra çöpe atılan kabukları mal sayılmazken, yakıt olarak kullanılmak üzere biriktiren fındık kabukları mal kapsamında olacaktır.

Bir nesnenin mal sayılıp sayılmaması önemli hukukî neticelere temel teşkil etmektedir. Hava, güneş, hayvan leşi gibi mal sayılmayan şeyler bedelli veya bedelsiz temlik (mülkiyeti nakil) akitlerine konu olmaz. Mal sayılmamakla beraber mülkiyete konu olan haklar ve menfaatler de vardır. Mesela, insan, hayvan ve eşyadan elde edilecek menfaatler bedelli (kira) veya bedelsiz (âriyet) akit konusu olabilir.

BİLGİ NOTU: Âriyet akdi, bir kimseye bedelsiz olarak belli bir süre kullanmak üzere bir malın verilmesini konu alan bir sözleşme türüdür.⁸

B-MALIN KISIMLARI

Birçok hukuk sisteminde olduğu gibi İslam hukukunda da mal, hukukî bakımdan özelliklerine göre çeşitli kısımlara ayrılmıştır.

1. Mütেকavvim Mal- Gayri Mütেকavvim Mal

Mütেকavvim kelimesi fıkıh kitaplarında iki manada kullanılmıştır.

a-Müslümanların faydalanmaları helal ve serbest olan mallar.

Bu manaya göre; İslam dininde yenilmesi ya da kullanılması helal kılınan her türlü mal mütেকavvimdir. Domuz, şarap, usulüne

8 Bardakoğlu, Ali, "Âriyet", *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İfav Yayınları, İstanbul 1997, I, 157.

uygun boğazlanmamış hayvan eti ise bunları yemek içmek müslümanlara haram kılındığı için gayri mütekavvimdir.

b-Elde edilmiş, kazanılmış (ihraz edilmiş) ve tasarruf konusu olabilecek mallar.

Bu manaya göre; denizdeki balık, havada uçan kuş yakalanınca (ihraz edilince) mütekavvim olur. Yakalanmadan ise gayri mütekavvim maldır.

BİLGİ NOTU: İhraz, sahihsiz bir mal üzerinde malik olma iradesi ile fiili hâkimiyet (zilyetlik) tesis etmektir.⁹

Bir mal gayri mütekavvim ise Müslümanın onu satması caiz değildir. Malın mütekavvim olmaması akdin vücut bulmasına engel olur. Mütekavvim olmayan mala zarar verilmesi, yok edilmesi tazmin gerektirmez. Mütekavvim olma vasfı ile mülkiyet konusu olma vasfı birbirine bağlı değildir. Mesela bir Müslümanın üzüm şırası şarap haline gelse mütekavvim olmaktan çıkar, ancak mülkiyetinden çıkmaz. Mal sayılmadığı halde mütekavvim olan nesneler de vardır. Birkaç pirinç tanesi, bir avuç âdi toprak mal sayılmadıkları halde mütekavvimdir.

2-Mislî Mal- Kıyemî Mal

Mislî mal, birimleri arasında hesaba katılacak önemli fark bulunmadığı için biri diğerinin yerini alabilen maldır. Mislî mal çarşı-pazarda önemli fiyat farkını gerektirecek bir fark bulunmaksızın benzeri bulunan maldır.¹⁰ Fabrikalarda seri imalatı yapılan mallar, mislî mal sınıfına dâhildir. Mislî malların aynı cins ve vasıfta olanları, birimleri itibariyle eşittir. İnsanlar birini diğerinin yerine kabul eder.

Örnek: Katı ve sıvı yağlar, Tosya pirinci, Çorum leblebisi, tuz, kuru üzüm, ceviz, para, kâğıt.

9 Hacak, “İhraz”, *İslam’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, II, 365.

10 Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 305.

Kıyemî mal, çarşı-pazarda dengi bulunmayan, bulunsa da fiyat-ça farklı olan, biri diğerinin yerini alamayacak kadar birimleri arasında fark bulunan maldır.¹¹ Aynı cins ve vasıfta olsalar **dahî** arasında farklılıklar bulunan, insanların birini diğeri yerine kabul etmediği, her birine ayrı değer biçtiği mallardır.

Örnek: Araziler, hayvanlar, el dokuması ürünler, yazma kitaplar, antika eserler.

YAZALIM: Aşağıdaki malların misli/ kıyemî ayırımını yazınız.

Tedavülden kalkan paralar	
Standart bir plana göre yapılan evler	
Önemli yerleri çizilerek okunan bir kitap	
Cumhuriyet altını	
Kaşıkçı elması	
Öğrencinin kullandığı kalem	

Mislî mallarda bir sınıfın birimleri arasındaki kıymet farkı miktar farkına bağlı kalmaktadır. Mislî malların miktarları çeşitli ölçü ve ölçeklerle ifade edilir.

1-Tartılanlar (mevzûnât)

Tartılan malların aynı cinsten olanları kendi aralarında daima misli maldır. Tartı ile satılan mallarda fark vasıf değil, hacim ve ağırlık farkıdır. Tartılınca fark ortadan kalkmakta ve birimler arasında eşitlik sağlanmaktadır.

2-Hacim ölçüsüyle ölçülenler (mekilât)

Hacim ölçüsüyle ölçülen malların aynı cinsten olanları kendi aralarında daima misli maldır.

11 Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 247.

3-Uzunluk ölçüsüyle ölçülenler (mezrûât)

Uzunluk ölçüsüyle ölçülenlerden tezgâh veya fabrikalarda yapılan bez, kumaş, pencere camı, inşaat kerestesi gibi cinsinin birimleri arasında önemli farklar bulunmayanlar misli mallardır. El dokuma halı, kumaş ve araziler gibi birimleri birbirine eşit olmayanlar kıyemî mallar arasında sayılır.

4-Sayılanlar (ma'dudât)

Birimleri birbirine yakın olan aralarında önemli fark bulunmayan ceviz, yumurta vb. mallar sayılarak satılsa da, tartılarak satılsa da misli maldır.

Birimleri arasında önemli farklar bulunan karpuz, kavun, lahana vb. mallar sayılarak satılırsa kıyemî mal, tartılarak satılıyorsa misli mal sayılır. Çünkü sayılarak satılma sebebi birimleri arasında fark olmasıdır.

Günümüzde standartlara uygun üretilen ve sayı ile satılan cam bardak, sürahi gibi eşyalar ile makinalar misli mallar arasında yer alır. Çünkü bunların birimleri birbirine eşittir. Matbaada basılmış bir kitabın yeni nüshaları misli maldır. Ancak yazma kitaplar ile kullanılmış matbu kitaplar kıyemîdir.

OKUMA PARÇASI: Ebû Muhammed Gıyaseddin Ganim b. Muhammed Ganim el-Bağdadî (v. 1032/1623), Mecmaü'd-damânât fi mezhebi'l-İmami'l-A'zam Ebî Hanîfe en-Nu'man.

الدِّبْسُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَلَوْ أَتَلَفَ دِبْسٌ غَيْرُهُ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا كَانَ مِنْ صُنْعِ الْعِبَادِ لَا يُمَكِّنُ فِيهِ عَادَةُ الْمِثَالَةِ لِتَفَاوُثِهِمْ فِي الصَّنَاعَةِ انْتَهَى .وَالْمَاءُ قِيَمِيٌّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبَى يُوسُفَ مِثْلِيٌّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ، وَالْكَاغِدِ مِثْلِيٌّ ، وَالْخُبْزُ قِيَمِيٌّ هُوَ الصَّحِيحُ ، وَمِثْلِيٌّ بِإِطْلَاقِ لَفْظِ الطَّحَاوِيِّ . كُلُّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ ، وَلَيْسَ فِي تَبْعِيضِهِ مَضَرَّةٌ غَيْرُ الْمَصْنُوعِ فَهُوَ مِثْلِيٌّ ، وَكَذَا الْعَدْدِيُّ الْمُتَقَارِبُ كَجَوْزٍ وَبَيْضٍ وَنَحْوِهِمَا ذَكَرَهُ فِي الْفُصُولَيْنِ ،

Malların Misli-Kıyemî Ayırımının Hukuk Neticeleri

Misli Mal	Kıyemî Mal
Zimmeti bağlayan borçtur. Borç şahsî ya da aynî olabilir.	Sadece aynî hak ve borç söz konusu olur.
Zâyi olunca misli ile tazmin edilir.	Zâyi olunca kıymeti tazmin edilir.
Ribe'l-fadl gerçekleşir.	Ribe'l-fadl gerçekleşmez.

a- Bütün mislî mallar, para borcu gibi zimmeti bağlayan şahsî borç konusu olur. Cinsi ve vasfı belirlenerek yüz ölçek buğdayın satım akdi yapıldığında para da buğday da şahsî borçtur. Satın alan borcunu ister evindeki ister cebindeki para ile öder. Satan da belli bir buğday kümesini değil, cinsi ve vasfı uygun herhangi bir buğdayı teslim eder. Ancak satım akdinde belli bir buğday kümesi belirlenirse borç şahsî değil, aynî olur, kararlaştırılan buğdayın teslimi gerekir.

Buradan çıkan sonuca göre misli mal (örnekteki buğday) şahsî borca da aynî borca da konu olabilmektedir. Kıyemî mallar ise sadece aynî hak ve borç konusu olur. Ortada olmadıkça satım konusu olmaz.

ARAŞTIRALIM: Kıyemî mallar ortada olmadıkça satıma konu olmaz ise, siparişle ayakkabı yaptırmak (istisna' akdi) nasıl meşru olmaktadır?

Kıyemî mallarda zimmet borcu takası cereyan etmez ve bu mallar asla zimmet borcu olmaz. Bu sebeple ortada olmayan bir atın cinsi ve vasfı belirlenerek satılması, sonra da bu vasıflara uygun bir atın teslimi caiz değildir. Çünkü at, ata benzemez. At, kıyemî maldır.

Mislî mallarda henüz ortada olmadığı halde cinsi, vasfı, miktarı belirlenerek akit yapmak mümkündür.

TARTIŞALIM: Henüz inşası başlanmamış (toprakten) ev alım-satım işlemini verilen bilgiler çerçevesinde tartışınız.

BİR SORU- BİR CEVAP: Kıyemî mallar karz olarak verilebilir mi? Karz, bir kimsenin para ya da mislî malını daha sonra mislini almak üzere vermektir. Karz akdinde alınan mal, ödünç alanın zimmetinde bir borç haline gelir. Borçlu ödeme gününde o malın misli ile borcunu öder. Çarşı-pazarda misli olmadığı için kıyemî mallarda karz (ödünç) akdi gerçekleşmez. Kıyemî mallarda ödünç yerine âriyet akdi cereyan eder.

b-Mislî mallar zâyî edilmeleri halinde kıymetleriyle değil misilleri ile tazmin edilirler.

Örnek: Bir kişinin bir litre zeytinyağını yere döken kimse, tazmin olarak para değil bir litre zeytinyağı verir. Çünkü tazminde temel ilke, zâyî edilene en yakın ile zararın telafisidir.

Kıyemî malların misli bulunmadığı için zâyî edilmesi halinde kıymeti tazmin edilir.

Örnek: Bir kişinin atını öldüren bunun yerine at vermez, atın bedelini öder.

c-İslam'ın yasakladığı fazlalık faizi (ribe'l-fadl) kıyemî mallarda değil, mislî mallarda gerçekleşir. Bir ölçek buğdayı iki ölçek buğday karşılığında, bir lirayı iki lira karşılığında alıp verenler faizcilik yapmış olur. Buna karşı bir koyunu iki koyun ile değişen şahıs faizli muamele yapmış olmaz. Çünkü koyun mislî mallardan değildir. Bir koyun iki koyun değerinde olabilir.

BİLGİ NOTU: Ribe'l-fadl: Aynı cinsten ribevî malların birbiri ile mübadelesinde (değiş tokuşunda) birinin diğerinden fazla olmasıdır.¹²

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi malların mislî-kıyemî ayırımının hukukî neticelerinden biri değildir?

a- Mislî mal, zayî olunca misli ile tazmin edilir.

b- Kıyemî mal, zayî olunca kıymeti tazmin edilir.

12 Erdoğlan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 385.

c- Kıyemî mal zimmeti bağlayan borçtur.

d- Misli mallarda ribe'l-fadl gerçekleşir, kıyemî mallarda gerçekleşmez.

e- Misli mallarda henüz ortada olmadığı halde cinsi, vasfı, miktarı belirlenerek akit yapmak mümkündür.

3-Tüketilen Mal-Kullanılan Mal

Bir maldan maksada uygun olarak yararlanmak, ancak onu tüketmekle mümkün oluyorsa bu mala tüketilen mal denir. Yiyecek, içecek ve yakacak maddeleri gerçek manada tüketilen mallardır. Para da hukukî manada tüketilen maldır. Çünkü paranın sahibi ondan ihtiyaçları için elinden çıkararak istifade eder. Paranın başka ellerde varlığını koruması hukukî manada tüketim malı olmasına engel değildir.

Zaman içinde eskiyip yıpranmakla birlikte ilk kullanımdan itibaren tüketilmeye başlanmayan mallar kullanılan mallardır. Kitap, elbise, dayanıklı tüketim malzemeleri ve araba kullanılan mallara örnektir.

Tüketilen mallarda kira, âriyet gibi malın kendinden değil de menfaatinden faydalanma amacıyla yapılan akitler yapılamaz. Çünkü tüketilen malın aslını koruyarak menfaatinden yararlanmak mümkün değildir. Para, hububat gibi tüketilen mallarda karz akdi yapılabilir.

TARTIŞALIM: Bir manav yeni açtığı dükkânın açılış töreninde dekoratif malzeme olarak kullanmak üzere başka bir manavdan bir kasa limonu bir günlüğüne kiralayabilir mi? Tartışınız.

Kullanılan mallarda kira, âriyet gibi akitler yapılabilir ancak amacı tüketme olan karz akdi gibi akitler yapılamaz. Mesela, binmek için bir at, karz alınmaz ancak âriyet alınabilir. Çünkü ödünç alan bu mal üzerinde istediği gibi tasarruf edebilir. Atı almaktan maksat burada onu kullanmaktır ve buna uygun akit âriyet akdidir. Tüketilen mal da, kullanılan mal da satım akdine konu olabilir.

4-Taşınır (Menkul) Mal- Taşınmaz (Gayrimenkul) Mal

Bir yerden başka yere taşınması mümkün olan mala taşınır mal denir. Para, ticarî eşya, hayvanlar, ölçülen ve tartılan eşyalar taşınır mallara örnektir.

Bir yerden başka yere bozmadan, tahrip etmeden taşınması mümkün olmayan mallara taşınmaz mal denir.

Hanefiler arazi üzerindeki bina ve ağaçlara iki yönden bakmışlar, tek başına olunca bunları menkul, arazi ile beraber düşünülünce ona tâbi olarak gayrimenkul saymışlardır. Mâlikîler böyle bir ayırıma gitmeden bunları her durumda gayrimenkul mal olarak kabul etmişlerdir.

Malların menkul, gayrimenkul olarak ayrılması bir takım hukukî hükümlerde farklılıklar doğurmaktadır. İrtifak ve şüf'a hakları sadece gayrimenkul mallarda söz konusu olur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre, müşterinin gayrimenkulü kabzetmeden önce satması caizdir. Menkulün kabzdan önce satımı caiz değildir.¹³

5-Bölünebilen Mal-Bölünemeyen Mal

Kıymetinde önemli bir azalma olmaksızın, amaca uygun kullanım vasfı bozulmadan parçalara ayrılabilen mallar bölünebilen mallardır. Yiyecek, içecek, yakacak bölünebilen mallara örnektir.

Bir mal parçalanınca kıymeti önemli ölçüde azalıyorsa ve faydasız hale dönüşüyorsa buna bölünemeyen mal denir. Kıymetli taşlar, gömlek, pantolon, araba bölünemeyen mallardandır.

Akar, ev ve dükkân gibi taşınmaz mallar bölündüğü takdirde bütünü gibi faydalanma imkânı veriyorsa bölünebilir maldır, aksi halde bölünemeyen maldır.

Eşya hukuku bakımından bölünebilen-bölünemeyen ayrımı, ortak mülkiyetin sona erdirilmesi durumlarında önem taşımaktadır.

13 Hafif, Ali, *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri* (trc. Rahmi Yaran), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2011, s. 68.

TEST SORUSU: 1-Kitapçının satış rafındaki kitap için aşağıdakilerden hangisi doğrudur?

- a-Mütekavvim, kıyemî, tüketilen, taşınır maldır.
- b-Gayri mütekavvim, mislî, tüketilen, bölünebilir maldır.
- c-Mütekavvim, mislî, kullanılan, bölünemeyen maldır.
- d-Mütekavvim, mislî, tüketilen, taşınır maldır.
- e-Gayri mütekavvim, kıyemî, kullanılan, taşınır maldır.

2-Öğrencinin kullandığı çanta için aşağıdakilerden hangisi doğrudur?

- a-Mütekavvim, kıyemî, kullanılan, taşınır maldır.
- b-Gayri mütekavvim, mislî, tüketilen, bölünebilir maldır.
- c-Mütekavvim, mislî, kullanılan, bölünebilen maldır.
- d-Mütekavvim, mislî, tüketilen, taşınır maldır.
- e-Gayri mütekavvim, kıyemî, kullanılan, taşınır maldır.

ARAŞTIRALIM: Türkiye’de tarım arazilerinin verimli kullanılabilmesi için getirilen bölünebilme sınırı hakkındaki mevzuatı araştırınız.

6-Sahipli Mal-Serbest Mal-Kısıtlı Mal

Sahipli mal, hakikî veya hükmi bir şahsın mülkiyeti altında bulunan maldır. Mülk sahibi malı üzerinde kullanma, faydalanma ve tüketme gibi tüm haklara sahiptir.

Serbest (mubah) mal, özel mülkiyete konu olabilen fakat henüz üzerinde mülkiyet tesis edilmemiş bulunan mallardır. Kaynağındaki su, av hayvanları, serbest sahadaki yabanî meyve ve ağaçlar serbest mallara örnektir. Bu malları kim ihraz ederse onun olur.

Kısıtlı (mahcur) mal, üzerinde mülkiyet tesis edilmesi hukukî olarak men edilen mallardır. Bunlar ferdin mülkiyeti altında olmayıp, kamunun yararlanmasına tahsis edilmiştir. Kamunun ihtiyacı olan bu tür malların aynına kimse el koyamaz. Herkes ondan yararlanabilir. Vakıf malları, meydanlar, parklar, yollar bu tür mal çeşitlerindendir.

BİR SORU-BİR CEVAP: Vakıf, gelir getirmez olursa veya gideri gelirinden fazla olursa satılabilir mi? Bu durumda hâkimin görüşü alınmak şartıyla vakıf satılır ve bedeli ile maksada uygun bir mal alınıp onun yerine konulur.

TEST SORUSU: Malların çeşitlerine göre hükümlerinde farklılıklar oluşmaktadır. Aşağıdaki hükümlerden hangisi yanlıştır?

a- Tüketilen mallarda kira, âriyet akitleri yapılabilir.

b- Bütün mislî mallar para borcu gibi zimmeti bağlayan şahsî borç konusu olur.

c- Mütেকavvim olmayan mala zarar verilmesi, yok edilmesi tazmin gerektirmez.

d- Kısıtlı (mahcur) mal üzerinde mülkiyet tesis edilmesi hukukî olarak men edilir.

e- Tartılan malların aynı cinsten olanları kendi aralarında daima mislî mal olarak kabul edilir.

7- Ortak Mallar

Hadis-i şerifte Müslümanların su, ot ve ateşte ortak oldukları bildirilmiştir.¹⁴ Buna göre Müslümanlar bu üç maldan ihtiyaçları kadar bedelsiz yararlanma hakkına sahiptirler.

a-Su:

Yeraltında veya kuyuda bulunan sudan herkes ihtiyacı kadar kullanma hakkına sahiptir. Suyun hususî mülk içinde bulunması, ortak

14 Ebû Dâvûd, İcâre, 26, 3479; İbn Mâce, Rehine, 16, 2473.

yararlanmaya engel değildir. Yakınlarda başka su yoksa kuyunun bulunduğu arazinin sahibi içme, yıkanma gibi ihtiyacı olanları sudan men edemez. Bir kimsenin havuzda, kapta, depoda toplayıp biriktirdiği sular kendi mülküdür. Başkalarının bunda hakkı yoktur.

ARAŞTIRALIM: Devletin içme su kaynaklarını belirli tahsis ücreti karşılığında ticarî işletmelere vermesinin meşruiyetini araştırınız.

Akarsular hususî mülkiyet konusu arazilerden geçerken bu arazi sahiplerinin mülküdür, diğer insanların içme hakkı vardır ancak sulama hakkı yoktur. Su umuma ait yerlerden akarken herkese aittir. İçme ve sulamada herkes eşittir.

TESPİT EDELİM: Tarlasından akarsu geçen kişinin sulama hakkının sınırlarını tespit edelim.

b- Ot:

İster sahipli arazide olsun, ister sahipsiz arazide bulunsun, kendiliğinden bitmiş otlardan herkesin eşit yararlanma hakkı vardır. Ancak kendiliğinden biten ot, sahipli arazide ise ve arazi sahibinin ota ihtiyacı var ise öncelikle yararlanma hakkı arazi sahibinindir. Sahipli arazilerdeki kendiliğinden yetişmeyip tarla sahibinin ektiği otlar şahsî mülküdür.

c- Ateş:

Sahipsiz arazide bir kimsenin yaktığı ateşten, başkalarının da ısınma, aydınlanma çıra tutuşturma hakları vardır. Yakıtını kendi temin etmiş olsa dahi ateş yakan bu tür faydalanmalardan insanları men edemez.

YORUMLAYALIM: “Müslümanlar şu üç şeyde ortaklırlar: Ot, su ve ateş” (Ebû Dâvûd, İcâre, 26, 3479) hadisini Müslüman ferdin, diğer insanlara karşı sorumlulukları bağlamında yorumlayınız.

BULALIM: Aşağıdaki tüm vasıfları taşıyan örnekler bulunuz.

Misli-Mütekavvim-Tüketilen:	
GayriMütekavvim-Bölünemeyen-Kıyamî:	

EŞYA HUKUKU KONULARI		
ASLÎ AYNÎ HAKLAR	FER'Î AYNÎ HAKLAR	ZİLYETLİK VE TAPU SİCİLİ
A- Sınırsız Aynî Haklar (Mülkiyet)		
B- Sınırlı Aynî Haklar (Eksik Mülkiyet) 1-SadeceRakabe Mülkiyeti 2-Menfeat Mülkiyeti a-Şahsî İntifâ Hakkı b-Aynî İntifâ Hakkı		

ARAŞTIRALIM: Fıkıh kitaplarının hangi bölümlerinde eşya hukuku konularının ele alındığını araştırınız.

BİRİNCİ BÖLÜM

ASLÎ AYNÎ HAKLAR

I- SINIRSIZ AYNÎ HAKLAR (MÜLKİYET)

Mülkiyet Kavramı

Arapça milk ve melk kelimeleri eşya üzerinde, mülk kelimesi ise insanlar üzerinde hâkimiyet ve tasarruf salahiyeti manasına gelmektedir. Türkçe’de mülk ve mülkiyet kelimeleri eşya üzerinde tek başına tasarruf salahiyeti manasında kullanılmaktadır.

Mülkiyetin ıstılâhî tanımları:

“Bir ayn veya menfaat üzerinde varlığı kabul edilen ve ait olduğu kimseye bizzat faydalanma, bundan vazgeçtiği takdirde karşılığını alma yetki ve iktidarını veren hukuki bir hükümdür.”

Yapılan bu tanımda geçen ifadeleri şu şekilde açıklamak mümkündür.

“Bir ayn veya menfaat üzerinde”: Mülkiyet, eşya (ayn) üzerinde olduğu gibi menfaat üzerinde de söz konusudur. Mesela, satın alan aldığı mala sahip ve malik olurken, kiralayan da kiraladığı malın menfaatine malik olmaktadır.

“Varlığı kabul edilen”: Eşya ve menfaat üzerindeki mülkiyet hakkı maddî bir varlık olmayıp, hukukî bir kavram, insan-eşya arası hukukî bir ilişki olduğu için tanımda “takdir edilen, varlığı kabul edilen” ifadesi bulunmaktadır.

“Hukukî hüküm”: Mülkiyetin sebep-sonuç ilişkisi hukuk tarafından ortaya konmuş bulunan bir hak olduğunu anlatmaktadır.

BİR SORU: Kiracının kiraladığı mülkü kira süresince başkasına kiralaması caiz olur mu? Mülkiyetin tanımından hareket ederek cevap veriniz.

Mülkiyet hakkında bir başka tanım şu şekildedir:

“Mülkiyet, bir engel bulunmadıkça hukuken yalnızca sahibine tasarruf imkânı veren, herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır.”

Bu tanımda geçen ifadeleri şu şekilde açıklamak mümkündür.

“Bir engel bulunmadıkça”: Bazen tasarrufu engelleyen durumlar bulunabilmektedir. Mesela ehliyetsizlik halinde mülkiyet hakkı vardır, fakat sahibinin tasarruf yetkisi yoktur. Veli ya da vasi onun adına tasarrufta bulunur. Aynı şekilde ortak malda ve rehnedilen malda başkalarının da hakkı bulunduğu için ortaklık ve rehin tasarrufa engel olur.

“Yalnızca sahibine”: Bu ifade, mülkiyet hakkında tekel (inhisar) bulunduğunu ifade eder. Bir malın bir kimseye ait olması, başkasının tasarruf etmesine manidir. Bunun istisnası, velayet, vesayet, vekâlet gibi bir gerekçenin bulunmasıdır.

“Herkese karşı ileri sürülebilir”: Buna göre, sahibi izin vermedikçe başkaları, mülkiyet konusu mal ve menfaat üzerinde tasarruf edemez. Mülkiyet, izinsiz tasarrufa engeldir, bu engel aşılsa malik, müdahaleyi men veya istihkak davası açabilir.

BİLGİ NOTU: İstihkak davası, taşınır ya da taşınmaz bir mal üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak malikin, zilyetliği haklı bir nedene dayanmayan kişiye karşı malın kendisine iadesi amacıyla açtığı davadır.

İslam hukukunda mülkiyet hakkının konusu sadece mallar olmayıp, bir kısım haklar ve menfaatler de aynı konu içinde yer almaktadır. Mülkiyet hakkı varlığını, hukukun tanıma ve kabulüne borçludur. Hukuk nerede bu ilişkiyi tanımış ve kabul etmişse orada mülkiyet vardır, hukukun tanımadığı yerde bu hak mevcut değildir.

Mülkiyet Hakkının Meşruiyeti ve Dayanağı

Bütün kâinatın sahibi ve gerçek maliki olan Allah Teâlâ'dır. İnsan ancak Yüce Yaratıcının izin vermesi ile ve belirlenen sınırlar içinde mülkiyet hakkı elde edebilecektir. Allah Teâlâ, dünyayı insanların istifadesine sunmuştur. Kur'an-ı Kerim'de hayvanların, bitkilerin, dağların, yolların insanlara nimet olarak sunulduğu,¹⁵ göklerde ve yerde olanların insanlara musahhar kılındığı bildirilmektedir.¹⁶ Bu durum insanlara belirli ölçülerde mülkiyet hakkının verildiğini göstermektedir.

Kur'an-ı Kerim'de insanların mülkiyet hakkına sahip olduğunu gösteren ayetler bulunmaktadır. Yetimlerin hakkının korunması emredilirken onlara mallarının verilmesinin beyan edilmesi,¹⁷ yetimin mal üzerinde hakkının olduğunu dolayısıyla da mülkiyet hakkının varlığını göstermektedir. Ayrıca "...Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin...",¹⁸ "...Ölçüyü, tartıyı adaletle tam yapın. İnsanların mallarının değerini düşürmeyin..."¹⁹ ayetleri insanların mal-mülk sahibi olabileceklerini ve mülkiyet haklarının olduğunu göstermektedir.

Bu bilgilere ilave olarak naslarda yer alan; zekât, sadaka, infak, karz-ı hasen, kurban, mehir, muhâlea, nafaka, miras, kefare, vasiyet ve ganimet kavramları şahsî mülkiyetin meşruiyetini gerektirmektedir.

İmtihan yeri olan bu dünyada insanlara mülkiyet hakkı tanınması, imtihanı kazananların ve kaybedenlerin ortaya çıkmasında bir araç konumundadır. Mülkiyet hakkı olmasaydı, insanların maddiyata düşkünlük bakımından denenmeleri mümkün olmazdı. Zekât, fitre, kurban gibi maddî sorumlulukları yerine getirme, elindeki parayı faizsiz ödünç verme, nafaka mükellefiyetinde hakkaniyetli davranma gibi olumlu davranışlar sergileyenler, sahip olduğu mülkiyet hakkını doğru kullandıkları için ebedî mükâfata ulaşacaklardır. Aksine davranış içinde olanlar ise uhrevî cezayı hak edeceklerdir.

15 Bkz. Enâm 6/142; A'râf 7/10; Tâhâ 20/53.

16 Bkz. Câsiye 45/13.

17 Bkz. Nisâ 4/2.

18 Bkz. Nisâ 4/29.

19 Bkz. A'râf 7/85; Hûd 11/85.

İslam hukukçularına göre iradesi, menfaati, emeği ve sahip olduğu zimmetiyle bir bütün halinde insan mülkiyet hakkının sahibi ve sebebidir. Her insanda doğumundan itibaren bir zimmet vardır. İnsanoğlu diğer varlıkların kabule yanaşmadığı “emaneti” üstlenerek²⁰ büyük bir sorumluluk almış, bu sorumluluğun yerine getirilebilmesi için insana birçok haklar verilmiştir. Mülkiyet hakkı da bu kapsamda verilen haklardandır.

İslam hukukuna göre mülkiyet bir hak olarak meşrudur. Elde edilen mal, meşru yoldan mülk olarak elde edilmiş ise hem dış görünüşü, hem de gerçekte meşrudur. Meşru olmayan yollardan elde edilen mal ise gasb mahiyetindedir, hak ve mülk değildir.

İslam dini insanlara mülkiyet hakkı verdiği gibi bu hakkın korunmasına da önem vermiştir. Bir adam Resûlullah’a gelerek “Bir adam malımı almak üzere gelirse ne yapmam gerekir.” diye sordu. Resûlullah (s.a.v) “Malını ona verme.” buyurdu. “Eğer benimle çarpışırsa ne yapmam gerekir” dedi. “Sen de onunla çarpış (mücadele et).” buyurdu. Adam “Beni öldürecek olursa ne olur?” dediğinde Hz. Peygamber (s.a.v) “Sen şehit olursun.” buyurdu. “Ben onu öldürürsem” diye sorduğunda “O, cehennemde olur.” buyurdu.²¹

YORUMLAYALIM: İnsanlara mülkiyet hakkı verilmesinin sebep ve hikmetleri nelerdir? Yorumlayınız.

ARAŞTIRALIM: Özel mülkiyete meşruiyet tanımayan yönetim sistemlerinin kısa ömürlü olmasının sebeplerini araştırınız.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi İslam’da şahıslara özel mülkiyet tanındığını gösteren konulardan değildir?

a-Miras

b- Karz-ı Hasen

c- Hidane

20 Bkz. Ahzab 33/72.

21 Müslim, İman, 64, 377.

d- Mehir

e- Ganimet

Mülkiyet Hakkının Mevzûu (Konusu)

İslam hukukunda mülkiyet hakkının konusu şu şekilde belirlenmiştir:

1-Mülkiyete elverişli tüm mallar

2-Menfaatler

3-Sırf sahibine ait olma (ihtisas) ve başkalarının tasarruflarına mani olma (hâciz) vasıfları taşıyan haklar: Şüf'a hakkı, iş sözleşmesi akdinden doğan işverene ait menfaat hakkı, alacaklının alacağı, evlenme akdinden doğan faydalanma hakkı, vakıflardan faydalanma hakkı.

Mülkiyetin Kapsamı (Şümulü)

Eşyanın basit tek bir parçadan ibaret olması mümkün olduğu gibi, birbirini tamamlayan parçalardan oluşması da mümkündür. Bazı mallar zaman içinde artış göstermekte semere (zevâid) denilen ilaveler mala eklenmektedir. Mülkiyetin şümulü başlığı altında, bir mala sahip olanın mülkiyet hakkının malın nelerini kapsadığı ve mala ilave olan hangi semerelerin mülkiyet hakkına dâhil olduğu sorularına cevap verilmektedir.

BİLGİ NOTU: Mütemmim cüz, bir eşyanın esaslı bir unsuru olan, o şey tahrip edilmeksizin veya niteliği değiştirilmeksizin asıl eşyadan ayrılmayan parçalara denir. Evin çatısı, arabanın motoru mütemmim cüzdür.²²

1- Malın parçalardan oluşması durumunda mülkiyetin şümulü

Bu konu Mecelle'nin küllî kâideler kısmında yer almıştır.

22 Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 495.

Madde 47- “Vücutta bir şeye tâbi olan hükümde dahi ona tâbidir.” Bir şeyin ayrılmaz parçası, hükümde de ona bağlıdır. Madde 48- “Tâbi olan şeye ayrıca hüküm verilemez.” Madde 49- “Bir şeye malik olan kimse ol şeyin zarûriyyatından olan şeye dahi malik olur.”

Bu kapsamda verilebilecek hükümler:

*Bir otomobil satın alınınca araca monte edilmiş radyoya da aynı akitle sahip olunur.

*Bir hayvanın karnındaki yavrusu ayrıca satılamaz.

* Bir gayrimenkulü satın alan kimse, ona ulaştırılan yola da malik olur.

*Cep telefonu satın alan bataryasına da sahip olur.

TARTIŞALIM: Bir inşaat şirketi, site içinde açık ve kapalı otopark alanları olması durumunda ev satarken kapalı otoparkı kullanma hakkını evlerden bağımsız ayrı bir ücret ile satabilir mi? Tartışınız.

2- Mala semereler (zevâid) ilave olması durumunda mülkiyetin şümülû

a-Semerelerin Mülkiyete Dâhil Olması

Canlı malların gelişim sürecinde ortaya çıkan büyüme ve artışlar mülkiyete dâhildir.

Örnek: Hayvanın etlenmesi, bitkinin büyümesi

Canlının doğum, meyve verme gibi yollarla ürettiği artışlar mülkiyete dâhildir.

Örnek: Ağacın meyvesi, hayvanın yavrusu

Asıl varlıklara bağlı olup ayrı olarak varlığını sürdüremeyen mallar mülkiyete dâhildir.

Örnek: Arazinin ağaçları, kitabın cildi

b- Semerelerin Mülkiyete Dâhil Olması İhtilafı Olan Durum

Asıl mala dâhil olmayan ve ondan doğmayan ilavelerin, hukukî semerelerin müstakil mülkiyet konusu olup olmayacağı tartışılmıştır.

Örnek: Kira gelirleri, menfaat bedelleri

BİR SORU: Kurbandan üç ay önce hamile olduğu bilinmeyen bir hayvan satın alınıp, bayrama kadar beslemesi için satıcının yanında bırakılsa, bayramdan bir hafta önce hayvanın yavrusu doğduğunda bunun mülkiyeti kime aittir?

Mülkiyet Hakkının Özellikleri

Mülkiyet hakkını diğer haklardan ayıran özellikler vardır. Mülkiyet hakkının başlıca özelliklerini şu şekilde açıklayabiliriz.

1-Ayn-Menfaat İlişkisinde prensip olarak ayn mülkiyeti, menfaat mülkiyetini gerektirir. Ayn kapsamına giren mala malik olan kişi onun menfaatine de malik olur.

Örnek: Evin mülkiyeti kimde ise oradan yararlanma hakkı da onundur.

Bir malın menfaat mülkiyetine sahip olmak, ayn mülkiyetini gerektirmez.

Örnek: Kiracı oturduğu evin sadece menfaat mülkiyetine sahiptir. Kiracı olmak evin ayn olarak mülkiyetine sahip olmayı sağlamaz.

Âriyet olarak alınan eşyanın sadece menfaatinden yararlanılır, eşyanın ayn mülkiyeti sahibine aittir.

2-Kimsenin mülkiyetinde bulunmayan eşya üzerinde sabit olacak ilk mülkiyet daima tam mülkiyettir. Tam mülkiyet eşyanın hem aslına hem menfaatine malik olmaktır.

Örnek: Ormandan toplanan odun, nehirden alınan su, imar edilen ölü arazi

3-Ayn mülkiyeti belli bir zamanla sınırlanamaz. Mülkiyeti devredilmedikçe bu hak varlığını devam ettirir.

Örnek: Geçici olarak satım akdi yapılamaz.

Menfaat mülkiyeti ise prensip olarak geçicidir. Müddet bitince faydalanma hakkı sona erer ve menfaat mülkiyeti de ayn sahibine döner.

Örnek: Kira, âriyet akitleri zamanla sınırlıdır.

Menfaatin kirada olduğu gibi bedelli olarak devredilmesi durumunda belirlenen süre bağlayıcıdır. Menfaatin âriyette olduğu gibi bedelsiz olarak devredilmesi durumunda belirlenen süre bağlayıcı değildir.

Örnek: Kiraya veren süre dolmadan kiracıdan evden çıkmasını isteyemez. Âriyet veren, istediği zaman malını geri talep edebilir.

BİR SORU-BİR CEVAP: Arazisini ekim için âriyet veren kişi ürün hasat edilmeden arazisini geri alabilir mi? Ürünler toplanmadan arazisini geri alamaz. Ancak arazisini talep tarihinden hasat zamanına kadar geçen süre için emsal kira bedeli alabilir.

4-Ayn mülkiyeti devri kabul eder, fakat iskati (düşürme) kabul etmez. Bir şahıs malını mülkiyeti devir yollarından birisi ile başkasına devredebilir. Ancak başkasına devretmeksizin mülkiyet hakkını düşürmesi, malın sahibi olmaktan vazgeçmesi hukukî netice doğurmaz. Mülkiyeti düşürülen mal yine sahibinin malı olmaya devam eder.

Örnek: Garajda çürümeye terk edilen arabanın vergisini ödememek için sahibinin on yıl önce mülkiyeti iskat ettiğini beyan etmesi hukukî bir gerekçe olmaz, tüm vergilerini ödemekle yükümlü olur.

5-Bir mala belli oranda ortak olan şahıs kendi hissesi üzerinde satım, vakıf, vasiyet gibi tasarrufla bulunabilir. Ancak Hanefiler ortak malın teslimindeki güçlüğü dikkate alarak kira, rehin ve hibe akdinin şâyi hisseli ortak mal üzerinde yapılamayacağını savunmuşlardır.

BİLGİ NOTU: Şâyi Hisse: Ortak mülkiyette ortaklardan her birinin hissesidir.

6-Zimmetteki alacak birden fazla şahıs arasında ortak mülk ise bölünemez.

Örnek: (A) ile (B)'nin (C)'den yarı yarıya ortak bin lira alacakları olsa, (A), (C)'den beş yüz lira alıp kendi hesabını kapatamaz. Çünkü zimmetteki alacak bölünme kabul etmez. Alınan miktarın yarısı diğer alacaklıya aittir.

İki kardeş arasında ortak olan evde dört yüz liraya kirada oturan kiracıdan kardeşlerden birisi iki yüz lira teslim aldığı anda, bu paranın sadece yüz lirasına malik olur. Diğer yüz lira kardeşinindir.

PRATİK ÇALIŞMA: Hâkimin masasında beş dava dosyası bulunmaktadır. Birinci dava dosyasında (A) arkadaşının ormandan topladığı odundan aynı köyde yaşadığı için kendisinin de yararlanma hakkı olduğunu iddia etmektedir. İkinci dava dosyasında (B) bozulduğu için otoparka çektiği ve beş yıl boyunca orada bıraktığı arabasının otopark ücretini, arabanın mülkiyetini düşürdüğü iddiası ile ödemeye yanaşmamaktadır. Üçüncü dosyada (C) geçen ay sattığı bilgisayar, satım akdinin süresi bittiğini iddia ederek geri teslim almak istemektedir. Dördüncü dosyada, bir dükkânda kiracı olan (D) ev sahibinin razı olmamasına rağmen dükkân içinde kalıcı değişiklikler içeren tadilatlar yapmıştır. Beşinci dosyada (E), üç ortaklı şirketin ortak hesabından üç yüz lira borç verdikleri (F)'den yüz lira tahsil ederek kendi hesabına yatırmıştır.

Soru: Hâkim her bir dosya hakkında hangi hukukî ilkeler çerçevesinde hüküm vermelidir? Yazınız.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi mülkiyet hakkının özelliklerinden değildir?

a-Bir malın menfaat mülkiyetine sahip olmak, ayn mülkiyetini gerektirmez.

b-Ayn mülkiyeti belli bir zamanla sınırlanamaz. Mülkiyeti devredilmedikçe bu hak varlığını devam ettirir.

c-Ayn mülkiyeti iskâtı (düşürme) kabul eder, fakat devri kabul etmez.

d-Zimmetteki alacak birden fazla şahıs arasında ortak mülk ise bölünemez.

e-Kimsenin mülkiyetinde bulunmayan eşya üzerinde sabit olacak ilk mülkiyet daima tam mülkiyettir.

Mülkiyetin Çeşitleri

Mülkiyet çeşitli açılardan kısımlara ayrılmıştır.

A-Konusu Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri

1-Ayn Mülkiyeti (Rakabe Mülkiyeti): Eşyanın maddî varlığına, bizzat kendisine sahip olmaktır.

Örnek: Gayrimenkuller, ev eşyası, araba, hayvan üzerindeki mülkiyet

2-Menfaat Mülkiyeti: Eşyanın kendisine değil, ondan yararlanma ve kullanma hakkına sahip olmaktır. Menfaat mülkiyeti kira, âriyet, vakıf gibi yollarla elde edilir.

Örnek: Kütüphaneden alınan kitaptan yararlanma hakkı, başkasına ait tarlayı ekme hakkı ve kiracının evde oturma hakkı

3-Deyn Mülkiyeti: Zimmetteki alacağa deyn denilmektedir. Deyn mülkiyeti zimmetteki alacağa malik olmaktır.

Örnek: Ödünç verilen para, ödünç alanın zimmetinde borç (deyn), bunun alacaklısı ise o paranın malikidir. Alacaklı talep ettiğinde borçlu para borcunu misli ile ödeyecektir.

DEĞERLENDİRELİM: Alacakların zekâtının verilmesi konusunu, deyn mülkiyetini göz önüne alarak değerlendiriniz.

B-Tam Olup Olmama Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri

1-Tam Mülkiyet: Hem ayn hem de menfaat mülkiyetine sahip olmaktır. Tam mülkiyet kişiye sahip olduğu şeyde tam salahiyet yetkisi, kullanma ve işletme hürriyeti kazandırır.

Örnek: Bir kişinin kendi evinde ikâmet etmesi, sahip olduğu arabayı kullanması

2-Eksik (Nâkıs) Mülkiyet: Bir şeyin ya sadece aynına ya da sadece menfaatine sahip olmaktır.

Örnek: Kiracının evde oturma hakkı (sadece menfaatine malik), Evini kiraya verenin ev üzerindeki mülkiyet hakkı (sadece evin aynına malik)

Hanevîlere göre bir şeyin mülkiyet konusu olması ile mal olması arasında fark vardır. Menfaat ve deyn mülkiyet konusu olur, fakat mal sayılmaz. Mal, fizikî varlığı olan şeydir. Mâlikîler ve Şafîîler ise menfaatleri de ayn gibi mal saymışlardır.

C-Bağımsızlık Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri

1-Müstakil Mülkiyet: Bir eşya üzerinde başkası ile ortak olmadan tek başına mülkiyet hakkına sahip olmaktır.

Örnek: Ev, araba, tarla... üzerinde bir kişinin tek başına mülkiyetinin olması

2-Şâyi Mülkiyet: Birden fazla kişinin bir eşya üzerinde belirli oranda mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Ortağın dörtte üç, sekizde bir gibi oranı belirlenmiş payına şâyi hisse denir. Bir tarlanın dörtte birine sahip olan şâyi hisse sahibi tarla üzerinde sınırları çizili dörtte bir miktara değil, sınırları çizilmemiş, belirlenmemiş bir şekilde eşyanın tümü üzerinde dörtte birine malikdir.

Örnek: Evin yarısına, tarlanın dörtte birine, demirin yirmide birine ortak olmak

Bir mülk üzerindeki ortaklıklar probleme yol açtığı zaman ortaklık sona erdirilir. Buna şüyûun izalesi denir. İslam hukukunda şüyûun izale yolları taksim, muhâyee ve cebri satışır.

a-Taksim (Kısmet): Taşınır ya da taşınmaz mal, bütününe önemli bir zarar verilmeden bölünebiliyorsa, mal bölünerek ortaklık sona erdirilir. Bunun iki yolu vardır. Taksimi taraflar aralarında anlaşarak yaparlarsa buna rıza taksimi denir. Ortakların anlaşamamaları durumunda tarafların müracaatı üzerine hâkimin malı taksim etmesine de kaza taksimi denir.

Taksimden sonra herkes eşya üzerinde kendi payına bağımsız olarak malik olur. Payı belli olan ortak sahip olduğu mutlak mülkiyet hakkı ile satış, kira, rehin gibi istediği akdi yapılabilir.²³

b-Muhâyee: Taksimın mümkün olmaması durumunda başvurulacak ikinci yol eşyanın menfaatinin bölüştürülmesidir. Bu durumda ortak mülkiyet devam etmekte fakat mülkiyete konu olan malın menfaati zaman ya da mekân itibarıyla paylaştırılmaktadır.

Muhâyee karşılıklı rıza ile yapılabileceği gibi, Hanefî mezhebine göre ortaklardan birisinin talebine dayalı olarak hâkim kararı ile de gerçekleşebilir. Diğer mezheplere göre ise, hâkimin hükmü ile muhâyee caiz değildir. Muhâyee zaman ve mekân bakımından olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Zaman muhâyeesinde sürenin tespit edilmesi şarttır. Mekân muhâyeesinde sürenin tayin edilme şartı yoktur. Muhâyee, tarafların ortak mallarını satmasıyla veya muhâyeyi sona erdirmek üzere anlaştıklarında sona erer.²⁴

Zaman itibarıyla paylaşmaya örnek: Bir evde bir yıl ortaklardan birisinin, ertesi sene diğer ortağın oturmasıdır.

Mekân itibarıyla paylaşmaya örnek: Ortak olan evin yarısında ortaklardan birinin, diğer yarısında da öteki ortağın oturmasıdır.

23 Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmiyyü ve edilletühü*, VI, 535.

24 Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmiyyü ve edilletühü*, VI, 545-551.

BİR SORU-BİR CEVAP: Ortaklardan biri taksimi, diğeri muhâyeeyi talep ederse hangi yol tercih edilir? Eşyanın aynının paylaşılması, menfaatinin paylaşılmasından daha kuvvetlidir. Bu sebeple hâkim taksime karar verir.

BİR SORU: Tüketilen mallardaki ortaklıklarda muhâyeeye yönüne niçin başvurulamaz?

DEĞERLENDİRELİM: “Onlara, suyun aralarında paylaştırıldığını haber ver. Her biri kendi içme sırasında gelsin.” Kamer Suresi, 28. ayetini muhâyeenin meşruiyeti çerçevesinde değerlendiriniz.

c-Cebrî Satış: Taksim ve muhâyeeye ile şüyûun izalesi mümkün olmadığında bazı fakihler ortaklardan birinin talebi ile cebren satılmasının caiz olacağını savunmuşlardır. Bu hüküm kıyasa değil istih-sana dayanmaktadır. Şüf’a hakkı ortağa öncelikle satın alma imkânı verdiği için satışa razı olmayan tarafın diğer ortağın hissesini kendisi için satın alma imkânı bulunmaktadır.

BİR SORU: Cebri satış, istimlak ve şüf’ayı diğer akitlerden ayıran temel fark nedir?

TEST SORUSU: 1-Aşağıdakilerden hangisi şüyûun izale yollarından değildir?

a-Cebri satış

b- Rıza taksimi

c- Kaza taksimi

d- Muhâyeeye

e- Mubâdele

2- Eşyanın menfaatinin bölüştürülmesine ne denir?

a-Muhâyeeye

b- Mubahale

c- Muhâkale

d-Müzayede

e- Muhâlaa

DEĞERLENDİRELİM: Devremülk uygulamasını bağımsızlık bakımından mülkiyet çeşitleri bağlamında değerlendiriniz.

Mülkiyetin Kazanılması

Mülkiyetin ilk olarak ve doğrudan elde edilmesi ile, daha önce elde edilmiş mülkiyet hakkının başkasına devredilmesinin hukukî yolları vardır. Bu yollara milk sebepleri (malik olma yolları) denir. Mülkiyeti kazanma yolları aralarındaki hüküm farklılıkları sebebiyle konuyu; mülkiyeti genel kazanma yolları, toprak mülkiyetinin kazanılması ve maden mülkiyetinin kazanılması olarak üçe ayırmak mümkündür.

A- MÜLKİYETİ GENEL KAZANMA YOLLARI

Bu başlık altında toprak ve maden mülkiyeti dışında kalan eşyanın kazanılma yolları ele alınmaktadır. Mülkiyeti genel kazanma yolları aslen mülkiyet kazanma ve devren mülkiyet kazanma olarak ikiye ayrılmaktadır. İhraz, lukata ve define bulmak, hukukî tağyir ile karışma-karıştırma mülkiyeti aslen kazanma yollarıdır. Akitler ve halefiyet ise mülkiyeti devren kazanma yollarıdır.

Mülkiyeti Aslen Kazanma Yolları				
İhraz	Lukatayı Bulmak	Define Bulmak	Hukukî Tağyir	Karıştırma ve Birleşme
Mülkiyeti Devren Kazanma Yolları				
Akitler		Halefiyet		

1- Mülkiyeti Aslen Kazanma Yolları

Mülkiyeti aslen kazanma yolları başlığı altında, sahihsiz malı ya da sahihsiz hale gelmiş malı bir şahsın mülkiyetine geçirmesi konuları ele alınmaktadır.

a-İhraz: Sahip olmak amacıyla sahihsiz bir mal üzerinde zilyetlik kurmak ve böylece ona malik olmaktır. Karadaki, havadaki veya denizdeki sahihsiz ve özel mülkiyete konu olabilecek mallara usulüne göre el koyan bu malların mülkiyetini kazanmış olur. İhraz, hiç kimsenin mülkü olmayan bir şey üzerinde mülkiyet kazandıran bir sebeptir.

Örnek: Nehirden kovasına su dolduran o suyun sahibi olur. Avlanan hayvanlar avcının mülkü olur. Yol kenarlarında kendiliğinden yetişen böğürtlenler toplayanların olur.

Hiçbir şahsın mülkiyetinde olmayan bir malı ihraz edebilmek için başka birisinin daha önce onu ihraz etmemesi lazımdır. Ayrıca kişinin mülk edinme kastının bulunması gerekir. Bu sebeple ağını avlanmak için yere seren kişi tuttuğu hayvanın sahibi olur, ağını kurutmak için yere seren kimse ağa takılan hayvana malik olamaz.²⁵

ARAŞTIRALIM: Mecelle'nin 1248-1253. Maddelerini araştırınız.

BİR SORU-BİR CEVAP: Avcının açtığı çukura düşen ancak avcı oraya gelmeden çukurdan çıkıp kaçan tavşan avcının mülkü olur mu? Hakikî ihraz gerçekleşmeden hayvan kaçtığı için avcının mülkü olmaz.

b-Lukatayı Bulmak: Lukata, kaybolmuş olarak bulunup da sahibi bilinmeyen mallardır. Hz. Peygamber (s.a.v) lukatayı bulanın şahit tutmasını istemektedir. "Kim bir lukata bulursa, bir veya iki adaletli kişiyi şahit tutsun, gizlemesin ve kaybetmesin..."²⁶

Sahibi çıktığında vermek amacıyla alınan lukatayı, alırken şahit tutan ve sahibini bulmak üzere ilan eden kişinin elinde bulunduğu mal emanet hükmündedir. Bu sebeple kusur olmaksızın zâyî olursa tazmin

25 Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmiyyü ve edilletühü*, IV, 427.

26 Ebû Dâvûd, Lukata, 9, 1709.

sorumluluğu yoktur. Buluntu mal, sahiplenmek amacıyla alınmışsa emanet hükümleri geçerli olmayacağı için telef ve zarardan malı alan kimse sorumlu olur.²⁷

Lukatanın sahibi geldiğinde ve o malın kendisine ait olduğu ortaya çıktığında malın ona teslim edilmesi gerekir. Bu konuda Resûlullah (s.a.v) lukata bulan hakkında şöyle buyurmuştur: “Birisi gelir sana sayısını, kabını, bağını bildirecek olursa, sen (o malı) ona teslim et.”²⁸

Sahibinin kaybettiği malını almaya gelmeyeceği kanaati oluşacak kadar bir zaman geçince, Hanefilere göre, bulan kişi bunu bir fakire verir ancak eğer ihtiyacı varsa kendisi o malı kullanabilir. Şâfiî ve Hanbelilere göre, fakir de olsa zengin de olsa bulunan mal bulanın mülkü olur.

ARAŞTIRALIM: Havalimanlarında kaybolmuş eşyaların ilan süresi bittikten sonra ihale ile satışa çıkarılmasının hükmünü araştırınız.

DİKKAT EDELİM: Terkedilmiş çocuklar lukata değil, lakit denir. Hiçbir zaman ihraz ile mülk haline gelmez.

OKUMA PARÇASI: Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd el-Mevsîlî (ö. 683/1284), el-Muhtar li'l-fetvâ

كِتَابُ اللَّقْطَةِ وَأَخْذُهَا أَفْضَلُ، وَإِنْ خَافَ ضَيَاعَهَا فَوَاجِبٌ، وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا، فَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ ضَمِنَهَا وَيَعْرِفُهَا مُدَّةٌ يَغْلِبُ عَلَى طَنِّهِ أَنْ صَاحِبِهَا لَا يَطْلُبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا إِنْ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، فَإِنْ جَاءَ وَأَمْضَى الصَّدَقَةَ فَلَهُ ثَوَابُهُ، وَإِلَّا لَهُ أَنْ يَضْمِنَهُ، أَوْ يَضْمِنَ الْمُسْكِينَ، أَوْ يَأْخُذَهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً، وَأَيُّهُمَا ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ، وَلَا يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى غَنِيِّ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا إِنْ كَانَ فَقِيرًا، وَإِنْ كَانَتْ شَيْئًا لَا يَبْقَى عَرَفُهُ إِلَى أَنْ يَخَافَ فُسَادَهُ، وَيَعْرِفُهَا فِي مَكَانِ الْإِلْتِقَاطِ وَمَجَامِعِ النَّاسِ.

27 Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmiyyü ve edilletühü*, VI, 615.

28 Müslim, Lukata, 1, 4605.

c-Define Bulmak: Define (kenz), insanlar tarafından yeraltına gizlenen veya deprem, heyelan, sel gibi afetler sonucu yer altında gömülü kalan altın, gümüş ve kıymetli taşlardır.

NOT ALALIM: Fıkıh kitaplarında geçen “rikaz” kavramı, hem defineyi, hem de madenleri ifade eden daha geniş anlamalı bir kavramdır.²⁹

Yer altında bulunan definenin üzerindeki işaretlerden Müslümanlara ait olduğu anlaşılırsa lukata hükümleri uygulanır. İslam’dan önceki zamanlara ait define bulunduğunda bazı müctehitlere göre beşte biri devletin, geri kalanı bulanındır. Buna göre defineyi bulmak da mülkiyeti aslen kazanma yolu olmaktadır.

TARTIŞALIM: Tarihin bir dönemine ışık tutan ve paha biçilemeyen kültür hazinesi sayılan tarihî eserlerin bulunması durumunda şahsî mülkiyetin sınırlarının ve kamu otoritesinin yetkisinin çerçevesini tartışınız.

d-Hukukî Tağyir: Tağyirin sözlük anlamı, değiştirmek, başkalaştırmaktır. Hukukî bakımdan tağyirin gerçekleşmesini fukaha isim değişikliğine bağlamıştır. Bir şeyin isminin değişmesi eşyanın mahiyet bakımından değişmesi demektir.

Hukukî tağyirin gerçekleşme şartları:

Birincisi, şeyin (aynın) ismi değişmelidir. Örnek: Buğdayın un, kumaşın elbise olması

İkincisi, eşyadaki değiştirme, başkasının malında ondan izin alınmadan yapılmış olmalıdır.

Üçüncüsü, değişme tabiî etkenlerle değil, bir şahsın fiili sonucu meydana gelmelidir. Bu sebeple meyvenin zamanla kuruması tağyir değildir.

29 Erkal, Mehmet, “Rikaz” *İslam’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV, 12.

Hukukî tağyirin hükmü:

Hukukî tağyir gerçekleştiğinde değişikliğe uğrayan mal, sahibinin mülkiyetinden çıkar. (A)'nın elindeki buğday onun izni olmaksızın (B) tarafından öğütölüp un yapılınca (A)'nın buğday üzerindeki mülkiyeti sona erer. (A)'nın mülkiyeti un üzerinde değil, haksız bir fiil ile tağyir edilmiş buğdayının tazmini üzerinde söz konusudur. (B)'nin mülkiyeti elde edip edemeyeceği hususunda iki görüş vardır.

Birinci ictihada göre, hukukî tağyir aynı zamanda mülkiyet kazanma yoludur. Bu sebeple eşyayı tağyir eden ona malik olur. Değişikliğe uğrattığı malın bedelini tazmin sorumluluğu devam eder.

İkinci ictihada göre, hukukî tağyir mülkiyet kazanma yolu değildir. Tazminat ödeme, hâkimin tazminata hükmü, tarafların bir bedel üzerinde anlaşmaları ve mal sahibinin ibrâsı yollarından birisi gerçekleşmeden mülkiyet kazanılmaz. Değişikliğe uğratılan maldan faydalanmak helal olmaz.

BİLGİ NOTU: Hukukî tağyir, karışma ve birleşme konuları fıkıh kitaplarında gasb ve şirket başlıkları altında ele alınmıştır.

e-Karıştırma ve Birleşme: İki mal birbirinden ayrılması mümkün olmayan ya da ayrılmaları çok zor ve zararlı olacak şekilde birbirine karıştırılır veya karışır ise aslen mülkiyet kazanma sebebi doğmuş olur.

Gayrimenkullerde Karışma-Birleşme:

Karıştırma amacı olmadan meydana gelen karışma ve birleşmelerde değeri az olan çok olan tâbi olur.

Örnek: Toprak kayması sebebiyle iki arazi birleşirse, daha kıymetli arazisi olan kıymeti az olana mülkünün kıymetini ödeyerek birleşmiş olan araziye sahip olur.

Tarafların rızası olmadan kasıtlı olarak karıştırma ve birleştirme yapılırsa, bu durum mülkiyet kazanma sebebi olamaz.

Örnek: (A), değeri beş yüz lira olan (B)'nin arazisini gasbedip üzerine bin lira değerinde bina yapsa, bedelini ödeyerek arsaya malik olamaz. Arazi sahibi (B) binayı yıktırma ve arazisini eski haliyle geri alma hakkına sahiptir.

Menkul Mallarda Karışma-Birleşme:

Menkul mallar, isteyerek ya da istemeyerek birbirine karışırsa bu durum ortak mülkiyete sebep olur. Çünkü bunların birbirinden ayrılması ya imkânsız ya da çok zordur.

Örnek: Buğday, buğday ile karışırsa sahipleri karışan miktarlar oranında ortaklaşa malik olurlar.

Birbirine karışan iki şey arasında kıymet bakımından önemli fark bulunursa değeri az olan çok olana tâbi olur.

Örnek: Tavuk inciyi yutarsa inci sahibi bedelini ödeyerek tavuğa sahip olur.

2- Mülkiyeti Devren Kazanma Yolları

Mülkiyeti devren kazanma yolları, sahibi bulunan bir malı, onun rızası veya salahiyetli makamın hükmü ile başkasının mülkiyetine geçirmektir. Bu şekilde mülkiyet kazanmak için akitler ve halefiyet olmak üzere iki yol bulunmaktadır.

a-Akitler

Borçlar hukukunun en önemli konusunu teşkil eden akitler, mülkiyet kazanmanın en önemli ve en yaygın şeklidir.

Akit, hukukî bir sonuç meydana getirmek amacıyla karşılıklı iki iradenin birbirine uygun olarak beyan edilmesi (icap-kabul) ile kurulur. İslam hukukunda akitlerin başlıca özellikleri şunlardır:

a-Usulüne uygun olarak kurulan akitler, yapıldığı anda mülkiyetin intikalini sağlar.

Örnek: Satım akdi tamamlanınca satın alan mala, satan da bedele malik olur.

b-Bedel karşılığı yapılan ıvazlı akitlerde akdin tamamlanması mülkiyetin intikali için yeterlidir. İvazsız (bedelsiz) akitlerde mülkiyetin intikali teslim etme ve teslim alma işleminin tamamlanmasından sonra gerçekleşir.

Örnek: Satım akdinde akit tamamlanınca mülkiyet intikal eder. Hibede malın tesliminden (kabz) sonra mülkiyet intikal eder.

c-Satıştan sonra ve teslimden önce satım konusu malda meydana gelen artışlar, semereler satın alana aittir.

Örnek: Bir hayvanın satışı yapıldıktan sonra teslim öncesinde hayvanın kilosundaki ortaya çıkan artışlar alana aittir. Satıcı ilave ücret isteyemez.

d-Alıcı veya satıcı teslimden önce iflas etmiş olsa bile bu durum akdin mülkiyeti nakletme fonksiyonunu engellemez. Satılan mal satın alana ait olur.

Satım akdi genellikle tarafların rızalarına ve irade beyanlarına bağlıdır. Ancak bazen satıcının rızasına bakılmaksızın satım akdi yapılabilir. Buna en açık iki örnek cebri satım ve cebri temellüktür.

BİLGİ NOTU: Cebir, zor kullanma ve zorlayış demektir. İrade ve ihtiyarın zıddıdır.

Cebri satım, malını satması gerekirken buna yanaşmayan şahıs namına satımı bizzat hâkimin yapması ile gerçekleşir. Akit, mal sahibini hâkimin cebri temsiline dayanmaktadır.

Örnek: Malı olduğu halde borcunu ödemeyen borçlu adına hâkim onun malını satar ve borcun ödenmesini sağlar. İhtikâr (stokçuluk) halka zarar veriyorsa hâkim stok malları satım kararı alabilir.

Cebri temellük, istemediği halde bir başkasının mülküne el koyma, malının mülkiyetini başkasına geçirme demektir. Şüf'a ve istimlak başlıca cebri temellük yollarındandır.

BİR SORU-BİR CEVAP: Cebri satımda mal sahibinin iradesi olmadığına göre, satım akdinin ana unsuru olan tarafların iradesinin mevcudiyeti nasıl sağlanmaktadır? Hâkimin hükmü ve yetkili makamın tasarrufu mal sahibinin iradesi yerine geçmektedir.

Sadece satım akdi değil, diğer birçok akit çeşidi de mülkiyetin devren kazanılmasını sağlamaktadır.

Taksim Akdi: Gayrimenkul ortaklar arasında taksim edilince, her biri arazinin belirli yerinde tek başına mülkiyet hakkı kazanmaktadır.

Sulh Akdi: Bir hak üzerinde anlaşmazlığa düşen taraflar anlaşmazlığı kaldıracak bir çözümde uzlaşıp sulh akdi yapmaları durumunda mülkiyetin intikali ve kazanılması söz konusu olmaktadır.

Vasiyyet: Ölüme bağlı, sözlü ve başlangıçta tek taraflı bir tasarruftur. Kendisine vasiyyet edilen kişi vasiyyet konusu olan malın mülkiyetini devren kazanmaktadır.

b- Halefiyet

Halef olma bir şeyin yerine geçme, onun yerini alma anlamına gelmektedir. Halefiyete dayalı olarak mülkiyeti devren kazanmanın başlıca iki yolu vardır. Bir kişinin başka birisinin yerine halef olması irs (mirasçı olma), bir şeyin başka bir şeyin yerine halef olması tazminattır.

a-İrs (Mirasçı olma): Vâris, ölüp mal bırakanın yerini almakta, onun malına halefiyete dayalı olarak devren malik olmaktadır. Vâris, teçhiz, borçların ödenmesi ve vasiyyetlerin yerine getirilmesinden sonra kalan mala miras hissesi oranında malik olur. Mirasçılık borçluluk değil, mülkiyet sebebidir. Bu sebeple terike ölünün borçlarını ödemeye yetmezse vâris bu borçlardan sorumlu olmaz.

BİLGİ NOTU: Terike, ölenin geride bıraktığı malvarlığıdır. Vâris, kendisine miras düşen kimse demektir.

b-Tazminat: Bir kimsenin haksız yere başkasının malına, canına verdiği zarar tazmini gerekli kılmaktadır. Tazminat, verilen zararın

yerini aldığı için halefiyete dayalı mülkiyeti devren kazanma yolu olmaktadır. Telef edilen malın yerine tazminat olarak ödenen bedel, zarar verilen malın yerini almaktadır.

KARŞILAŞTIRMA: Parasını ödeyerek at satın alanın at üzerindeki mülkiyet hakkı, devren mülkiyet kazanma yollarından akde dayalıdır. Bu kişinin atının çalınıp öldürülmesi durumunda kendisine ödenecek tazminat bedeli üzerindeki mülkiyet hakkı ise, devren mülkiyet kazanma yollarından halefiyete dayalıdır.

PRATİK ÇALIŞMA:

Uzun bir yolculuğa çıkan beş arkadaş yolculuğun daha rahat geçmesi için birbirlerine nasıl zengin olduklarını anlatmaya karar verirler. (A) tarlasından çıkan Roma dönemi altınları satarak zengin olmuştur. (B) aslan avlayarak ve avladığı aslanların postlarını satarak büyük bir servet elde etmiştir. Oto galerisi sahibi olan (C) ticarî yeteneğini kullanarak her ay çok miktarda araba satarak zengin olmuştur. (D) ise holding sahibi babasının vefatı üzerine ülkenin sayılı zenginlerinden birisi olmuştur. (E) yolda bulduğu para cüzdanını sahibine ulaştırmak için her türlü çabayı göstermesine rağmen kimse gelmemesi üzerine bu parayı sahiplenerek zengin olmuştur.

Soru: Olayda geçen her bir kişinin zengin olma şeklini mülkiyet-i kazanma yolları bakımından açıklayınız.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi mülkiyeti aslen kazanma yollarından biri değildir?

a-İhraz

b-Halefiyet

c-Lukatayı bulmak

d-Hukukî Tağyir

e-Karıştırma ve Birleştirme

B-TOPRAK MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

Toprak mülkiyetinin diğer menkul ve gayrimenkul mallardan farklı hükümleri ve özellikleri bulunduğu için ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır.

1- Arazinin Çeşitleri

Mülkiyet hakkının ait olduğu hakikî veya hükmî şahıslara ve bu hakkın el değiştirmesine göre toprak (arazi) kısımlara ayrılmıştır. İslam hukukunda toprak üzerinde devletin, kamunun veya şahısların mülkiyeti söz konusu olmaktadır. 1274/1858 tarihli Osmanlı Arazi Kanunu arazileri mülk arazi, devlet arazisi, vakıf arazisi, metruk arazi ve ölü topraklar olarak beşe ayırmıştır.

a-Mülk Arazi (Arazi-i Memlûke): Şahısların özel mülkiyet hakkı altında bulunan topraklardır. Bu arazi sahipleri arazileri üzerinde her türlü hukukî işlem yapma salahiyetine sahiptirler. Mülk araziler temelde eşya hukukundaki gayrimenkul mülkiyeti hükümlerine tâbidir. Mülk arazi dörde ayrılmaktadır.

a-Şehir, kasaba, köy gibi yerleşim merkezleri içindeki özel mülkiyet altındaki topraklar

b-Devlet arazisi iken gerekli işlemlerden sonra şahısların özel mülkiyetine girmiş topraklar

c-Öşür arazisi: Fetihden ve hazinenin beşte birlik hissesi alındıktan sonra geri kalanı, savaşa katılanlara ve diğer hak sahiplerine dağıtılan arazilerdir.

d-Harac arazisi: Sulh yoluyla ele geçirilen topraklar ile savaş sonucu elde edilip gayrimüslim yerli halkın elinde bırakılan topraklardır.

b-Devlet Arazisi (Mîrî Arazi): Mülkiyeti devlete ait olan arazilerdir. Fethedildiğinde mülkiyeti savaşa katılan Müslümanlara ya da gayrimüslim ahaliye bırakılmayıp devlet mülkiyeti altına alınan topraklardır. Mülk arazi iken zaman içinde sahipleri kalmayan araziler de bu kapsamdadır.

Eskiden göl veya nehir bulunan yerlerdeki suların çekilmesi ile ortaya çıkan arazilere mîrî arazilere ait hükümler uygulanır.

Devletin belirli bir maslahata dayalı olarak mülkünde olan toprakları iktâ' olarak vermesi mümkündür. İktâ', devletin mîrî arazinin kendisini ya da menfaatini bir şahsa tahsis etmesidir. Hz. Peygamber (s.a.v), Vâil b. Hucr'a Hadramevt'te bulunan bir araziye,³⁰ Bilal b. Hâris'e Kuds dağından araziye³¹ ve Zübeyr'e başka bir araziye iktâ' olarak vermiştir.³²

ARAŞTIRALIM: Devletin orman vasfını kaybetmiş arazileri satması meşru olur mu? Araştırınız.

c-Vakıf Arazisi (Arazi-i Mevkûfe): Mülk arazi iken, şartlarına uygun olarak vakfedilen topraklardır.

d-Kamu Yararına Ayrılan Arazi (Arazi-i Metrûke): Halkın yararına ayrılmış bulunan parklar, meydanlar, pazar yerleri, yollar namazgâhlar gibi yerlerdir. Belli bir yerleşim yerindeki halkın yararlanması için ayrılan yaylaklar, kışlaklar da bu kapsamdadır.

Metruk araziye herhangi bir şahıs, başkalarının yararlanmasına engel olup tek başına bu arazileri kullanamaz. Bu araziler özel mülkiyete konu olmaz. Metruk arazinin rakabesi devlete değil, kamuya aittir. Devletin bu topraklardaki fonksiyonu, umumî ve ortak istifadeyi sağlamaktır.³³

e-Ölü Topraklar (Arazi-i Mevât): Sayılan arazi çeşitlerinin dışında kalan, yerleşim merkezlerinden uzak, ziraata elverişli olmayan topraklardır.

ARAŞTIRALIM: 1858 tarihli şerî hükümlere uygun olarak hazırlanan Osmanlı Arazi Kanunu hakkında araştırma yapınız.

30 Bkz. Tirmizî, Ahkâm, 13, 1381.

31 Bkz. Ebû Dâvûd, el-Harac ve'l-İmâre, 34, 3062.

32 Bkz. Ebû Dâvûd, el-Harac ve'l-İmâre, 34, 3072.

33 Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, III, 824.

2- Toprak Mülkiyetinin Kazanılma Yolları

Arazi çeşitlerinden vakıf arazisi alınıp satılamayacağı için özel mülkiyete konu olamaz. Kamu yararına ayrılan arazi de (arazi-i metruke) tahsis edildiği amaçla kullanılır. Herhangi bir kişinin özel mülkiyetine girmeyecektir. Bu iki arazi çeşidi dışında kalan mülk arazi, mirî arazi ve ölü topraklar özel mülkiyete konu olabilmektedir.

a-Mülk Arazilerinin Mülkiyetinin Kazanılması

İslam hukukunda mülkiyetin kazanılması açısından taşınır mallar ile taşınmaz mallar arasında fark yoktur. Taşınır mallar hangi yollar ile mülkiyeti devren kazanılıyorsa, taşınmazlar da aynı yollardan mülkiyeti devren kazanılır.

b-Devlet Arazisinin (Mirî Arazi) Mülkiyetinin Kazanılması

Devlet arazisinin özel mülkiyete geçmesi satım akdi veya bedelsiz temlik yoluyla olmaktadır.

Satım akdi: Devletin maddî açıdan sıkıntıya düşmesi durumunda ya da arazinin satılmasının kamu menfaati için gerekli olması halinde devlete ait arazilerin şahıslara satılması mümkündür. Burada önemli olan yapılan satışın gerekli olması ve devletin bu işlemden zarara uğratılmamasıdır. Toprağın gideri gelirinden fazla olur ya da bakımsızlık yüzünden işe yaramaz hale gelmesi durumunda da devlet arazilerinin satılması caizdir.

Bedelsiz temlik: Kamu yararına yaptıkları hizmetler sebebiyle beytülmal den hakkı bulunan kimselere geçimlerini sağlamak üzere devlet arazisi bedelsiz verilebilir. İmam, müezzin, Kur'an öğreticisi gibi hizmet verdiği kişilerden ücret alması caiz görülmeyenlerin geçimlerini sağlamak devlete ait olmaktadır. Devlet, yapılan kamu hizmetine karşılık olarak kamu menfaatine dayalı olarak arazilerin bir kısmını bedelsiz temlik etme hakkına sahiptir.

DEĞERLENDİRELİM: Fakihler, devlete ait malları yetim mallarına benzetmiş ve aynı hükme tâbi kılmıştır. Bu yaklaşımda gösterilen hassasiyeti sebep ve sonuçları ile değerlendiriniz.

c-Ölü Arazinin (Arazi-i Mevât) Mülkiyetinin Kazanılması

Mevât arazinin ihya edilmesi demek, arazinin ıslah edilip ziraata elverişli hale getirilmesi ve bilfiil kullanılmaya başlanması demektir.³⁴

İslam hukukuna göre ölü topraklar üzerinde zilyetlik kurup ihya edilmesi durumunda özel mülkiyete konu olmaktadır. Bu konuda Resûlullah (s.a.v) şöyle buyurmuştur: “Kim ölü bir toprağı ihya ederse, o toprak onundur.”³⁵ Bu hadise göre, ölü toprakları ıslah eden, ziraata elverişli hale getirenler o toprağın sahibi olacaktır. Bu ihyanın devlet başkanının iznine tâbi olup olmaması hakkında ihtilaf vardır. Fakihlerin çoğunluğu devlet başkanının iznini şart koşmamış, Ebû Hanîfe ise ölü toprağın şahsî mülkiyete geçmesi için devlet başkanının iznini şart koşmuştur.

Bir arazinin ihya edilerek mülk edinilebilmesi için, hiç kimsenin mülkiyetinde olmaması ve belde halkı tarafından kullanılan bir yer olmaması gerekir.³⁶

Devletten izin alınarak deniz doldurularak arazi kazanılması durumunda ölü arazinin ihyası hükümleri geçerli olur ve denizi dolduran o arazinin sahibi olur. İzinsiz doldurulması durumunda mülkiyet hakkı kazanılmamaktadır.

Ölü toprak üzerinde sadece kısa duvar örmek, çit çekmek ihya değil tahcir kavramı ile ifade edilmektedir. Tahciri mülkiyet sebebi olarak görenler olmakla birlikte çoğunluğun görüşüne tahcir toprağın mülkiyetini kazanmak için yeterli değildir. Tahcir eden kişi, o toprak üzerinde üç yıl süreyle öncelikli ihya hakkı elde etmektedir. Üç yıl içinde ihya etmezse öncelik hakkını kaybetmektedir.

34 Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmiyyü ve edilletühü*, VI, 407.

35 Ebû Dâvud, Harac ve'l-İmâre, 37, 3074.

36 Zuhaylî, *a.g.e*, VI, 417.

Mecelle’de ölü topraklar hakkında müstakil bir fasıl açılarak 1281-1291. Maddelerinde ele alınmıştır. İhya ve tahcir sayılan durumlar ayrı ayrı zikredilmiştir.

Tohum ekmek	İhya
Fidan ve ağaç dikmek	İhya
Nadas etmek	İhya
Sulamak, su kanalı ve arkı açmak	İhya
Sel suyunu önleyecek yükseklikte duvar örmek	İhya
Çalı ve dikenden temizlemek	Tahcir
Otları ayıklamak	Tahcir
Arazinin etrafını taşlarla ya da kuru ağaçlarla çevirmek	Tahcir
Kuyu kazmak	Tahcir

PRATİK ÇALIŞMA: Hükümet tabii afetler sebebiyle can ve mal güvenliğini sağlayamadığı sahil kasabasını başka bir yere taşıma kararı almıştır. Bu amaçla orada yaşayanlar üç grup halinde evlerini terk etmişlerdir. (A)’nın mülk arazisi satmaya razı olmadığı halde piyasa değeri ödenerek elinden alınmış, ilk göç eden fakir yüz aileye arsa olarak kullanılmak üzere tahsis edilmiştir. İkinci gruba mîrî arazi statüsünde olan bin dönem arazi, piyasanın daha az değerinde bir rakamdan satılmıştır. Üçüncü grubun arazi-i metruke üzerinde ev yapmalarına izin verilmiştir. Yeni kurulan şehir halkı, arazi-i mevât statüsündeki toprakları kim-seden izin almadan ekip biçerek geçimlerini sağlamaya çalışmaktadırlar.

Sorular:

1- (A)’nın arsasını rızası olmadan devlet tarafından satın alınması meşru mudur? Niçin? İlk grubun topraklarının statüsü nedir?

2- İkinci grup için devletin yaptığı işlemi hukukî ilkeler açısından değerlendiriniz.

3- Üçüncü grup için devletin yaptığı işlemi hukukî ilkeler açısından değerlendiriniz.

4-Şehir halkının arazi-i mevât üzerindeki tasarruflarını müctehidlerin görüş farklılıklarını dikkate alarak değerlendiriniz.

C- MADEN MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

Madenler, Allah Teâlâ'nın yerin içinde yarattığı cevherlerdir. Madenlerin mülkiyetinin kazanılması konusunda madenin açık ya da gizli olması ile madenin bulunduğu arazi çeşidine göre fıkıh mezheplerinde farklı ictihadlar benimsenmiştir.³⁷

Açık madenler, yüzeye yakın fazla bir işleme ve masrafa gerek kalmadan ulaşılan madenlerdir. Gizli madenler, yerin derinliklerinde bulunup, çıkarmak için emek ve masraf gerektiren madenlerdir.

Açık madenler fakihlerin çoğunluğuna göre özel mülkiyete konu olmazlar. Bu tür madenlere herkes ihtiyaç duyduğu için toplumun ortak malıdır, bunlardan yararlanmada herkes eşit haklara sahiptir. Bu konudaki ihtilaf noktası açık madenin mülk arazi içinde olması durumunda şahsî mülkiyetin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususundadır.³⁸ Hanefî mezhebine göre sıvı açık madenler dışındaki madenlerin mülkiyeti arazi sahibine aittir.

Mülk arazideki gizli madenler, Hanefî, Şafî ve Hanbelî mezheplerine göre arazi sahibine aittir. Mâlikîler madenin çeşidine ve bulunduğu arazinin niteliğine bakmaksızın tüm madenlerin devletin mülkü olduğu görüşünü benimsemişlerdir.

Mîrî arazideki gizli madenlerin devlete ait olduğunda fakihler hem fikirdir. Devlet bunları kamu yararına uygun bir şekilde işletecektir.

37 Günay, H. Mehmet, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Kamu Malları*, Şûle Yayınları, İstanbul 2001, s. 225.

38 Günay, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Kamu Malları*, s. 225.

Ölü topraklardaki gizli madenler üzerinde Mâlikî mezhebine göre ihya ile mülkiyet hakkı kazanmak mümkün değildir. Hanefî mezhebine göre sahipsiz araziden çıkarılan madenler bunu çıkarana aittir. Şafîî ve Hanbelî mezhebinde ihya ile özel mülkiyet kurulup kurulamayacağına dair iki farklı görüş bulunmaktadır. Gizli madenlerin ihyasını caiz görenler devlet başkanı tarafından özel şahıslara iktâ'sını da meşru görmekteirler.

Osmanlı Arazi Kanunu 107. Maddesinde metruk arazideki madenlerin bulan kişiye ait olacağı şeklinde düzenlemeye gidilmiş olmakla birlikte, metruk arazideki madenlerin herkesin yararlanmasının sağlanması ve özel mülkiyete konu olmaması metruk arazi mefhumuna daha uygundur. Çünkü bu araziler kamunun yararlanması için tahsis edilmiş alanlardır. Şehrin meydanı ya da yolu özel mülkiyete geçirilmediğine göre, oradan çıkarılan madenin de özel mülkiyete geçirilememesi daha isabetli bir hüküm olacaktır.

Vakıf arazilerinden çıkarılan madenler vakfın mülkiyetindedir.

Fıkıh mezheplerinin gizli madenler konusundaki yaklaşımlarını şu şekilde özetlemek mümkündür. Hanefî, Şafîî ve Hanbelî müctehidlerine göre –ayrıntıda farklılıklar olmakla birlikte- gizli madenler arazinin bir cüzüdür. Mülkiyet durumu, bulunduğu arazinin hükümlerine tâbidir. Mülk arazisinde olunca özel mülk, devlet arazisinde olunca devlet malı, vakıf arazisinde olunca vakıf malı olmaktadır. Mâlikî mezhebine göre ise hangi çeşitten olursa olsun bütün madenler devlete aittir. Devlet, kamu menfaatine uygun şekilde tasarruf yetkisine sahiptir. Dilerse kendisi işletir, dilerse de belli bir ücret karşılığında şahıs ya da tüzel kişilere işletmesini verir.

Madenlerin işletilmesinin devletin önemli gelir kaynaklarından olması, stratejik yönünün bulunması, sanayinin birçok kolunun ham maddesinin madenler olması gibi etkenler sebebiyle çağımızda madenlerin devlet kontrolünde olmasının önemi daha da artmıştır. Bu sebeple günümüzdeki birçok İslam hukukçusu madenler konusunda

devletçilik ilkesini benimsemişlerdir. Bu yaklaşım Mâlikîlerin görüşle-ri ile büyük ölçüde uyum göstermektedir.³⁹

TEST SORUSU: Maden mülkiyeti konusunda hangi mezhep devlete geniş yetkiler vermektedir?

a-Hanefî b-Şâfiî c- Hanbelî d- Mâlikî e-Evzâî

MÜNAZARA YAPALIM	
A-Mülk arazilerde madenler özel mülke ait olmalıdır.	B- Mülk arazilerde madenler devlete ait kabul edilmelidir.

Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Mülk gerçekte Yüce Yaratıcı Allah Teâlâ'ya aittir. Mülkiyet hakkı insanlara diğer birçok nimet gibi imtihan için verilmiştir. İnsana verilen mülkiyet hakkı mutlak ve kayıtsız değildir. İslam dini, mülkiyet konusunda toplumun haklarını kabul ettiği gibi, fertlerin haklarını korumayı da ilke olarak benimser ve ikisi arasında bir dengenin sağlanmasını hedefler.⁴⁰

Mülkiyet hakkı kullanılırken ciddi bir zarara yol açıyorsa bu hak kötüye kullanılıyor demektir. Hakkın kötüye kullanılmasını önleyebilmek için mülkiyet hakkının sınırlandırılması gerekli olmaktadır.⁴¹

Mülke sahip olma, onu koruma, mülkiyet hakkından faydalanma ve mülkiyet üzerinde tasarrufta bulunma bakımından bir takım sınırlandırmalar söz konusudur. Bu konudaki sınırlandırmalardan bir kısmı ilgili naslardan, bir kısmı ise yapılan akitlerden kaynaklanmaktadır.

39 Günay, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Kamu Malları*, s. 225.

40 Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 372.

41 Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, III, 812.

A-Mülk Edinme İle İlgili Sınırlamalar

Her mal, özel mülkiyete konu olamamaktadır. Bu konudaki sınır-lamayı genel olarak mülkiyete konu olmayan mallar ve Müslümanların malik olmaları caiz olmayan mallar olarak ikiye ayırmak mümkündür.

1-Genel olarak özel mülkiyete konu olmayan mallar

Bütün halkın yararlanması için tahsis edilmiş taşınır ve taşın-maz mallar özel mülkiyet konusu olamaz. Her ferdin bu eşya ve mal-lar üzerinde hakkı vardır. Bu sebeple cami, yol, meydan, müze, deniz ve nehir üzerinde özel mülkiyet söz konusu olmaz.

Ortak mallar başlığı altında açıklandığı üzere ihraz edilenler haricinde su, ot ve ateş üzerinde herkesin hakkı bulunmaktadır. Ölü araziler ihya şartı yerine getirilinceye kadar kimsenin mülkü değildir. Madenlerin özel mülk olması konusunda madenin çıktığı arazinin çeşidine göre sınırlandırmalar bulunmaktadır. Hazineye (beytülmal) ait mallar ile vakıf malları meşru sebep ve şekiller olmadıkça özel mülkiyete konu olamaz.

Yaşanılan zaman, bölge ve şartların gerekli kılması durumunda devletin bazı malların belli miktardan fazlasının özel mülkiyet konu-su olmasını yasaklayabileceği de bazı müctehidler tarafından meşru kabul edilmiştir. Toplumlar, kıtlık dönemlerinde temel gıda mad-delerinin her ferde belirli sayıda satılmasını kararlaştırabilirler. Hz. Ömer'in hilafeti zamanında bir dönem et azaldığı için her ailenin haftada iki gün et yemesi yasaklanmıştır. Bu uygulamanın meşruiyet temeli, devlet otoritesine mubah alanı kamu maslahatı gereği geçici olarak yasaklama yetkisinin verilmiş olmasıdır.

2-Müslümanların malik olmaları caiz olmayan mallar

Şarap, domuz, murdar hayvan gibi Müslümanların kullanması ve tüketmesi haram olan mallara Müslümanlar sahip olamazlar. Bu mallar üzerinde mülkiyet kazandırıcı tasarruflar hükümsüzdür. Bun-lar Müslümanlar için gayri mütekavvim maldır ve hukukî kıymeti

bulunmamaktadır. Bu sebeple, bir Müslüman başka bir Müslümana ait domuzu öldürse tazmin etmesi gerekmez.

Müslüman olmayanların şarap ve domuz gibi mallarının hukukî durumu hakkında iki farklı görüş vardır. Şafîî ve Hanbelîlere göre Allah'ın helali ile haramı bakımından insanlar arasında fark yoktur. Bu tür mallar onlar için de gayri mütekavimdir, mülkiyet konusu olamaz. Hanefîlere göre ise, şarap ve domuz gayri müslimler için mütekavim maldır. İtlafî halinde tazmin edilmesi gerekir.

Domuz dışındaki hayvanların tabaklanmış derilerini, yün, kemik gibi kısımlarını kullanmak caiz olduğu için bunlar mülkiyete konu olur. Akmış kan, yeme içme dışında bir amaçla mesela tıbbî zaruret sebebiyle kullanılması durumunda mülkiyet konusu olabilecektir.

Kullanma ve B-Mülkiyet Hakkını Sürdürme (Devam Ettirme) İle İlgili Sınırlama

İstimlak, şahıslara ait gayrimenkullerin sahibinin rızası aranmaksızın tüzel kişilerce bedel ödenerek satın alınmasıdır. İstimlak, mal sahibinin rızasına bakmaksızın mülkiyet hakkının sona erdirilmesi sonucunu doğurduğu için mülkiyet hakkını sürdürme ile ilgili bir sınırlamadır. Hz. Peygamber (s.a.v) ve Hulefâ-yi Râşidîn dönemi uygulamaları istimlakın caiz olduğunu göstermektedir. İstimlakın caiz olabilmesi için mülkün değerinin adalet ve hakkaniyet ile belirlenip sahibine verilmesi gerekir.

Kavâid kitaplarında ve Mecelle'nin ilk yüz maddesi içinde yer alan “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı has ihtiyar olunur.”, “Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur.”, “Def-i mefâsîd, celb-i menâfiden evladır” fikhî kâideleri istimlak uygulamasının meşruiyetinin dayanaklarındandır.

Mecelle'nin 1216. maddesinde istimlak uygulaması şu şekilde düzenlemiştir: “İhtiyaç bulunduğu devletin eliyle bir kimsenin mülkü, değeri fiyatına alınıp, umumî yola katılabilir. Fakat bedeli ödenmedikçe mülkü elinden alınamaz.”

Mürşidü'l-Hayran'da istimlak konusu şu şekilde düzenlenmiştir: “Kamu maslahatı, umumî bir yolun genişletilmesi için bir malın istimlakini gerektiriyorsa, kıymeti verilerek istimlak edilir. Ancak adaletine güvenilen bilirkişi tarafından takdir edilecek olan semen mal sahibine ödenmedikçe sahibinin elinden alınmaz.”⁴²

İhtikâr, halkın temel ihtiyaçlarını ucuza alıp pahalancaya kadar piyasaya sürmemek, stokçuluk yaparak arz-talep dengesini fiili müdahale ile bozarak vurgunculuk yapmaktır.

İhtikâr yapanların (karaborsacılar) ellerindeki mallar hakkında cebri satış uygulaması da mülkiyet hakkını sürdürme ile ilgili sınırlamaya bir başka örnektir. İslam'da ihtikâr yasaklanmıştır. İnsanların muhtaç oldukları malları stok edip satmayanların ellerinde tuttukları malları -malların piyasadan çekilmesi halka zarar vermesi durumunda- devletin piyasa fiyatından cebren sattırma hakkı vardır. Bu hak, kamu menfaati gereği mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamadır.

G. Malın Kullanılması ile İlgili Sınırlamalar

Bu konuda getirilen sınırlamaların bir kısmı Allah hakkı, bir kısmı da kulların hakkı sebebiyle meydana gelmektedir.

1-Allah Hakkı Kapsamındaki Sınırlamalar

Allah Teâlâ yarattığı bazı eşya ve malların kullanılmasını kullarının bazen bir kısmına bazen de tamamına yasaklamıştır. Bu yasakların fert ve toplum hayatı için birçok hikmeti bulunmaktadır. Belirli malların edinilmesi ya da kullanılmasının mekruh veya haram kılınması malın kullanılması ile ilgili bir sınırlamadır.

Müslüman erkeklere halis ipekli kıyafet yasak kılınmıştır. Elbisenin yarıdan fazlası ipekli olması durumunda aynı yasak söz konusudur. Yasaklanan ipekli kumaşları giyinmek caiz olmadığı gibi bu amaçla satın almak da caiz değildir.

42 Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayran ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insan*, Bulak, 1891, (madde:165).

Altın ve gümüşün mutfak ve ev eşyası olarak kullanılmasını Müslüman erkek ve kadınlara yasaklamıştır. Altın ve gümüşün süs eşyası olarak kullanılması erkeklere yasaklanmış, kadınların altın ve gümüşü süs eşyası olarak kullanmalarına izin verilmiştir.

Evde altın tabak, gümüş tepsi kullanılması, erkeklerin altın takı, bilezik takmaları malın kullanılmasına getirilen sınırlandırmalara örnektir.

ARAŞTIRILIM: Erkeklerin gümüş süslemeli tesbih kullanmalarının hükmünü araştırınız.

İnsanlar sahip oldukları mal varlıkları üzerinde sınırsız yetkili değildirler. İnsanların harcamada bulunurken her şeyin gerçek mâliki olan Yüce Yaratıcının izin verdiği sınırlar içinde hareket etmeleri gerekmektedir. Sahip olunan tüm nimetlerin yerli yerinde ve israfa düşmeden kullanılması hem ahlâkî, hem de hukukî bir sorumluluktur.

Malın kullanılması hakkındaki bir başka sınırlama malî ibadet ve yükümlülüklerle ilgilidir. Dinen zengin sayılan kişiler mallarının tamamı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayıp, malın bir kısmını zekât, fitre, kurban ibadetleri için harcamakla ve bakmakla yükümlü olduklarının nafakasını karşılamakla sorumlu olmaktadırlar. Bu durum kişinin mülkünün bir kısmı üzerinde, dinen belirlenen şekilde hareket etme mükellefiyeti getirdiği için malın kullanılmasına getirilen sınırlamalar kapsamındadır.

2- Kul Hakkı Kapsamındaki Sınırlamalar

a-Komşu Hakkı Sebebiyle Getirilen Sınırlamalar

Kur'an-ı Kerim ve hadislerde komşu hakları ile ilgili birçok nas bulunmaktadır. Komşuya zarar veren uygulamalar yapılması durumunda günah kazanmanın yanında hukukî yaptırım da söz konusudur. Fakihler, mülkiyet hakkının kullanılması komşuya zarar vermesi durumunda kişinin tasarruflarının sınırlandırılacağını söylemişlerdir. Kişinin mülkünde yaptığı bir iş az ya da çok mutlaka komşusunu etkiler. Az zararlara karşılıklı olarak komşuların tahammül göstermesi

beklenir. Mülkiyet sınırlandırmasını gerektiren durumlar komşuya fâhiş (çok) zarar verilmesinde söz konusu olur.

Mecelle 1199. Maddesinde fâhiş zarar hakkında, binaya zarar vermek, binanın yıkılmasına yol açacak şekilde yapıyı zayıflatmak ve binadan hedeflenen menfaatten yararlanmaya engel olmak şeklinde genel bir tanım yaptıktan sonra bir sonraki maddede fâhiş zarar şu şekilde örneklendirilmektedir. “Binaya bitişik demirci dükkânı veya değirmenin binayı zayıflatması, fırının dumanından, harmanın tozundan, bezirhanenin kötü kokusundan evde oturulmayacak ölçüde rahatsız olmak, bitişik arsadan geçen değirmen suyunun veya duvar dibine yığılan çöpün binanın temelini zayıflatması, komşu evine akan kanalizasyon, komşunun ışığını tamamen kesen duvar.” Bu tür zararlar, mülkiyet hakkını sınırlandıran fâhiş zarar olarak kabul edilmekte, şahısların mülklerinde hukukun belirlediği çizgiyi aşmadan tasarrufta bulunmaları gerekmektedir.

Mürşidu’l-Hayran’da konu şu şekilde tespit edilmiştir. “Komşunun ışığını tamamen kapatmak fâhiş zarar sayılır. Komşunun ışığını engelleyecek şekilde pencerelerini kapatan bir inşaatın sonradan yapılmasına asla müsaade edilmez. Böyle bir şey yapıldığı takdirde komşu zararın def edilmesi amacıyla, yapılan inşaatın kaldırılmasını talep edebilir.”⁴³

TESPİT EDELİM: Aşağıdaki maddelerden komşuya fâhiş zarar verme sebebiyle mülkiyet hakkını sınırlandıranları tespit ediniz.

Çöpü belirlenen saatten erken dışarı çıkarmak	
Evde balık kızartmak	
Komşunun yatak odasının penceresinin karşısına pencere açmak	
Apartmanda spor salonu açmak	
Evde yüksek sesle konuşmak	

43 Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidu’l-hayran ilâ ma’rifeti ahvâli’l-insan*, (madde:61).

Dairedeki su sızıntısına çözüm bulmamak	
Kumaş çarşısında kalaycı dükkânı açmak	
Gece çamaşır makinasını çalıştırmak	

Komşuluk hukukundan gelen bir başka sınırlama da intifâ ve irtifak hakları ile ilgilidir. Bu haklar, bir şahsa veya akara diğer akardan çeşitli şekillerde faydalanma imkânı vermektedir. Bu hakkın temelinde Resûlullah'ın (s.a.v) "Sizden biri duvarına komşusunun ağaç koymasına engel olmasın."⁴⁴ hadisi bulunmaktadır. Komşuya tanınan bu haklar ile, şahıslar komşu araziden kendi arazisine geçebilmekte, su geçirmekte, fazla suyu tahliye edebilmekte, komşu binanın duvarına başka türlü çatı yapma imkânı yoksa çatı kirişinin ucunu koyabilmektedir.

Hem komşuya zarar vermeme kuralı hem de komşuluk hukukundan doğan intifâ ve irtifak hakları, şahısların mülkiyet haklarını kullanmada hukukun belirlediği çerçevede sınırlandırmayı gerektirmektedir.

b-Kamu Menfaati Sebebiyle Getirilen Sınırlamalar

Halkın umumî menfaati ile şahısların hususî menfaatleri çatıştığında kamunun menfaatine öncelik verileceği ilkesi, şahısların mülkiyet haklarını halkın geneline zarar verecek şekilde kullanamayacaklarını göstermektedir. Çoğunluğun zararına yol açan durumlarda şahıslar mülklerinde istedikleri gibi davranmamakta, mülkiyet hakkı çeşitli açılardan sınırlandırılmaktadır.

Mecelle'de bu konuda iki örnek bulunmaktadır. Yolun iki tarafında evi olan kişi, gelip geçenlere zarar verecek şekilde bir evinden diğerine köprü yapamaz. (Madde 1213), Umumî yol üzerinde alçak çıkıntı yapan balkon vb. yapılara izin verilemez. (Madde 1214)

Her insan vücup ehliyetine sahip olmakla birlikte, edâ ehliyeti gelişim süreci içinde tamamlanmaktadır. Temyiz öncesi dönemde edâ ehliyeti olmadığı için çocuk, malı üzerinde tasarrufta bulunamazken, temyiz sonrasında aleyhine olan tasarruflar geçersiz, hem

44 Müslim, Müsâkât, 29, 4215.

lehine hem aleyhine olabilecek işlemleri velisinin izni ile gerçekleştirebilmektedir. Buluş döneminden sonra edâ ehliyeti tam olmakla birlikte, akıl hastalığı, bunama, sefihlik gibi ehliyet arızaları kişinin mülkü üzerinde tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır.

Müslümanların birbirlerine karşı, aynı inancı paylaşmaları ve birbirlerinin kardeşleri olmaları sebebiyle zekât ve fitre gibi malî ibadetlerin yanında başka da sorumlulukları vardır. Bu sorumluluklar bazen şahsî mülkiyet hakların sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Fakihler, özel mülkteki kamu adına söz konusu olan hakları ve kısıtlamaları şu şekilde tespit etmişlerdir.

Her şahıs, başkasına ait bina duvarına yaslanmak, gölgelenmek ve ışığından yararlanmak hakkına sahiptir.

Umumî yoldan gelip gidenler sıkıntı yaşamaları durumunda şahsa ait yolu da kullanabilirler.

Toplumda giyinme, yeme-içme ve barınma gibi temel ihtiyaçlarını karşılayamayanlar var ise, ihtiyacından fazlasına sahip olanların sorumluluğu söz konusudur.

Su, ot ve ateş ortak mal olarak tanımlanmakta ve ayrıntısı daha önce açıklandığı üzere ortak yararlanma sağlanmaktadır.

Giderlerin karşılanabilmesi için gerekli olması durumunda devletin vergi toplaması da bu kapsamdadır.

Şahıslar mülkiyetleri altında bulunan malları ve hakları, halkın ihtiyacına rağmen işletmesini durduramazlar. Gerekirse devlet, bu malların kamu menfaatini temin edecek şekilde işletilmesini sağlar. Halkın maslahatı için gerekli görülmesi durumunda devlet, toprak sahiplerini arazilerini işlemeye zorlayabilir. Bunu yapmadıkları takdirde onlar adına kiraya vererek veya başka yollarla toprağın işletilmesini sağlar.

İslam hukukundaki ihtikâr (karaborsacılık) yasağı da kamu menfaatini sağlama adına getirilen mal üzerindeki tasarruf sınırlandırılmalarındandır. Üreticiden tüketiciye malların veya

eşyaların ulaşmasını önleyen ve fiyatların sunî olarak artmasına sebep olan karaborsacıların, mallarını şahsî çıkarları doğrultusunda kullanmalarına hukuk izin vermemektedir. Gerekli şartların oluşması durumunda devletin fiyatlara müdahale edip narh koyması da kamu yararı için getirilen tasarruf kısıtlamalarına örnektir.

Kamu otoritesine istimlak yapma hakkı verilmesi de şahsî mülkiyetin kullanılmasına getirilen bir sınırlamadır. İstimlak, kamu ihtiyacı ve menfaatinin gerekli kıldığı durumlarda şahıslara ait akarların rayiç bedelleri (piyasadaki değeri) ödenerek cebren satın alınmasıdır. Cami, okul, hastane, yol gibi halkın ihtiyaç duyduğu yapıların inşası için gerekli olması durumunda şahıslara ait akarlar devlet tarafından cebren temellük edilebilir. İstimlak uygulamasında mülkiyetin intikali varsayılan bir cebri satım akdine dayanmaktadır.

Burada zikredilen örneklerin ortak noktası, çoğunluğun menfaatinin sağlanması amacıyla, şahsî mülkiyet hakkına sınırlamalar getirmek ve kişilere kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunmasına engel olmaktır. Dolayısıyla burada kamu menfaati sebebiyle getirilen sınırlamalar söz konusudur.

BİR-SORU: Devletin sit alanı olarak belirlediği yerlerde yapılaşma konusundaki sınırlamaları niçin meşrurdur?

c- Şüf'a Hakkına Dayalı Olan Sınırlandırma

Şüf'a kelimesi sözlükte bir şeyi başka şeye katmak, eklemek demektir. Satılmış akarı müşteriye mal olduğu bedel karşılığında mülkiyete geçirme yetkisi veren bir hakkı ifade etmektedir.⁴⁵

Satılmış akarı satın alandan maliyetini ödeyerek cebren satın alma hakkı olan şüf'a hakkı da malın kullanılmasına getirilen bir sınırlamadır. Bu hak ile, malın sahibi malını kendi satmak istediği kişiye değil de komşuluk veya ortaklık gibi bir sebebe dayalı olarak şüf'a hakkı kazanana satmak zorunda kalmaktadır.

45 Hacak, Hasan, "Şüf'a", *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV, 209.

Şüf'a işleminde mülkiyetin intikali varsayılan bir cebri satım akdine dayanmaktadır. Buna göre, bir kimse evini bir kişiye satsa, ortağı veya komşusu aynı satım bedelini ödeyerek bu evi satın alma hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılması için önceden o evi satın alanın rızası şart değildir.

NOT ALALIM: Şüf'a hakkı sahibine şefi', şüf'a hakkı ile alınan mala meşfu' denir.

Şüf'a Hakkının Delili ve Hikmeti

Şüf'a hakkının varlığını beyan eden birçok hadis bulunmaktadır. "Resûlullah (s.a.v) taksim edilmedikçe ev ya da bahçede (akarda) şüf'a hakkına hükmetti. Bir kişinin ortağından izin almadan satması helal olmaz. Ortağı isterse alır, isterse vazgeçer. Ortağından izin almadan satarsa ortağı diğer kişilerden daha ziyade oraya hak sahibidir."⁴⁶ "Komşu, komşusunun şüf'a hakkına başkalarına nazaran daha sahiptir. İkisi de aynı yolu kullanıyorlarsa gıyabında satış yapmaz, bekler".⁴⁷

Şüf'a hakkının akitlerdeki rıza prensibine aykırı gibi görünmekle birlikte hukuken meşrû kabul edilmesinin sebep ve hikmetleri vardır. Fıkıhta ilke olarak zararı ortadan kaldırmak faydalıyı elde etmekten öncelikli olduğu için, satın alanın menfaatine değil, ortak veya komşunun bu satım akdinden dolayı karşılaşılabileceği zararın önlenmesine öncelik verilmiştir.

Komşuluğa dayalı olarak tanınan şüf'a hakkı ile kişi, istemediği ve kendisine zarar vereceğini düşündüğü insanlarla komşu olmayarak muhtemel sıkıntılardan, zararlardan kurtulmaktadır. Ortaklığa dayalı olarak tanınan şüf'a hakkı sayesinde de, kişiye belli bir kısmı kendisine ait arazinin diğer kısımlarına sahip olma imkânı tanınmakta ve tanımadığı kişi ile yapacağı ortaklıktan dolayı uğraması muhtemel zararlardan korunmaktadır.⁴⁸ Şüf'a hakkı, akar üzerindeki hisselerin

46 Müslim, Müsâkât, 28, 4213.

47 Ebû Dâvûd, İcâre, 39, 3520.

48 Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s.148.

diğer ortaklar tarafından alınmasını sağladığı için gayrimenkulün fazla bölünmesine engel olması açısından da önemlidir.

Hukukun temel görevi ortaya çıkan anlaşmazlıkları çözmek olduğu gibi, muhtemel problemleri daha ortaya çıkmadan önleyici tedbirler almak da hukukun bir misyonudur. Şüf'a hakkını, ileride çıkması muhtemel anlaşmazlıkları önleyen bir tedbir olarak görmek mümkündür.

Şüf'a Hakkına Konu Olan Mal

Zahirîler dışındaki cumhur fukahaya göre şüf'a hakkı gayrimenkul mallarda söz konusudur. Menkul mallarda şüf'a geçerli değildir. Mecelle 1017. maddesinde cumhurun görüşünü kanunlaştırmıştır. Şüf'anın dayandığı hikmete bakarak zahirîlerin görüşünü tercih eden fakihler bulunmaktadır.

Hanefîler, hem bölünebilen, hem de bölünemeyen akarda şüf'a hakkı olduğunu savunurken, diğer mezhepler sadece bölünebilen akarda şüf'a hakkı olduğunu benimsemişlerdir. Arazide ekili olan mahsul İmam Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik'e göre şüf'aya dâhildir. İmam Şâfiî ve İmam Ahmed b. Hanbel'e göre ise dâhil değildir.

Şüf'a Hakkını Doğuran Sebepler

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre şüf'a hakkı sadece bir akar üzerinde ortak olmaktır. Hanefî mezhebi göre ise şüf'a hakkının üç sebebi vardır.

a-Akarda ortaklık: Akarda şâyî hisseli ortaklardan biri hissesini satınca diğer ortaklar şüf'a hakkına sahiptir. Akarı satın alan şahıstan maliyetine alıp eşit miktarlarda ortak olurlar.

b-İrtifak haklarında ortaklık: Başlıca irtifak haklarından olan şîrb (sulama hakkı), mürûr (geçiş hakkı) ve mecra (suyu başkasının arazisini kullanarak geçirebilme hakkı) mevcut olması durumunda bitişik komşu olmadan da şüf'a hakkı mevcut olmaktadır. Herkesin kullanımına açık olan umumî yol ve nehirlerdeki birlikte kullanım şüf'a sebebi değildir.

c-Bitişik komşuluk: Satılan akara, herhangi bir sınırında bitişik olan tüm komşular için eşit şüf'a hakkı vardır. Evin alt ve üst komşuları da şüf'a hakkı olan birbirinin bitişik komşusudur.

Şüf'a Hakkında Öncelik Sırası

Şüf'a hakkı sahipleri aynı derecede değildirler. Şüf'a sebebi daha güçlü olduğu için bu hakkı kullanan varsa diğerlerinin bu hakkı kullanmaları mümkün olmayacaktır. Sıralamada öncelik hakkı, ortaklık sebebiyle şüf'a hakkını elde edenlerindir. İkinci sırada irtifak hakkı sebebiyle şüf'a hakkını elde edenler gelmektedir. Bunlar da kendi içinde şirb, mürûr ve mecra hakkı sırası ile öncelik kazanırlar. Üçüncü sırada ise bitişik komşular gelir ve bunlar kendi aralarında eşit olarak bu hakkı kullanırlar.

Aynı Derecede Birden Fazla Şüf'a

Hakkı Olanların Bulunması

Şüf'a hakkı aynı dereceden olursa Hanefi mezhebine göre hisse nispetlerine bakılmaksızın malı eşit olarak alır ve paylaşırlar veya ortak olurlar. Diğer mezheplere göre aynı derecedeki şüf'a hakkı sahipleri malı hisseleriyle orantılı olarak alırlar.

Şüf'a Hakkının Kullanılabilme Şartları

Şüf'a hakkının kullanılabilmesi için belli şartların mevcut olması gerekmektedir.

a-Şüf'a hakkına konu olan mal akar olmalıdır.

b-Şüf'a konu olan mal sahibinin mülkiyetinden ıvazlı olarak (bedel ödenerek) çıkmalıdır. Mal, hibe, miras, vasiyet gibi bir yol ile el değiştirirse fukahanın çoğunluğuna göre şüf'a hakkı kullanılamaz.

c-Akar, sahibinin mülkiyetinden sahih bir akitle kesin olarak çıkması gerekir.⁴⁹ Bu sebeple fasit akit ile satılırsa ya da satıcının muhayyerlik hakkı bulunuyorsa şüf'a hakkı kullanılamaz.

49 Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 667.

Satıcının şart muhayyerliği bulunması durumunda muhayyerlik sona erip akit lâzım oluncaya kadar şüf'a hakkı söz konusu olmayacaktır.

d-Akar mülkiyet değıştirdiği esnada, şüf'a hakkını kullanacak olan şahıs kendi akarının mülkiyetine sahip olmalıdır. Akarını ya da akardaki hissesini önceden satmış bulunan kişi, şüf'a hakkını kullanamayacaktır.

e-Şüf'a hakkı sahibi, akarın başkasına satımına açık veya üstü kapalı razı olması durumunda şüf'a hakkını kullanamayacaktır.

e-Hanefi mezhebine göre şüf'a hakkını kullanacak olanın hayatta olması gerekir. Haklar miras kalmayacağı için kişinin vefatı ile şüf'a hakkı sona erer. Diğer mezheplere göre şüf'ayı talepten sonra kişi ölürse bu hak miras olarak alınır.

Şüf'a Talebinin Uygulanması

Şüf'a hakkını kullanmak isteyen kişi, ortağının ya da komşusunun akarı ıvazlı bir akitle başkasına devrettiğini duyduğunda gecikme göstermeden hemen ilgili akarı alma talebini beyan etmelidir. Talebin ispatlanmasının gerekli olacağı durumlarda şahit tutulmalıdır. Bu aşamadan sonra tarafların rızası ile akar kendisine teslim ediliyorsa işlem tamamlanmış olacaktır. Akar teslim edilmezse mahkemeye başvurulup kaza yoluyla şüf'a hakkı elde edilecektir.

Şüf'a hakkı sahibi, akarı satın alandan alırken, satın alma dolayısıyla yapılan masraflar (komisyon, tapu masrafı gibi) dâhil olmak üzere ortaya çıkan maliyeti ödeyecektir. İvaz olarak verilen mal misli ise mislini, kıyemî ise değerini ödeyecektir.

BİR SORU-BİR CEVAP: Şüf'a davasında davalı kimdir? Şüf'a davasında davalı akarı elinde bulunduran zilyettir.

PRATİK ÇALIŞMA:

İstanbul Bağlarbaşı'nda meskûn olan (A) yüz dönüm arsasını asker arkadaşı olan (B)'ye yüz bin lira karşılığında satmıştır. Bunu duyan arsanın bitişik komşularından (C) satın alana hayırlı olsun

demıştır. Diğer bitişik komşusu (D) satımı haber alır almaz şüf'a hakkını kullanmak istediğini beyan etmiş ve iki kişiyi şahit tutmuştur. Aynı arsa ile daha önce bitişik komşu olmasına rağmen nakit ihtiyacı sebebiyle daha önce arsasını satmış bulunan (E) şüf'a hakkını talep etmektedir. (B) tüm bu talepleri görmezden gelerek arsayı kullanmaya devam etmektedir.

Sorular:

- 1- Hanefî mezhebine göre (C)'nin şüf'a hakkı var mıdır? Niçin?
- 2- Hanefî mezhebine göre (D)'nin şüf'a hakkı var mıdır? Niçin?
- 3- Hanefî mezhebine göre (E)'nin şüf'a hakkı var mıdır? Niçin?
- 4- Olayda şüf'a hakkına sahip olan/olanlar için nasıl bir süreç işleyecektir?
- 5- Şâfiî ve Mâlikî mezheplerine göre şüf'a hakkına sahip olan var mıdır? Niçin?

BİLGİ NOTU: Narh, fiyatların kontrol altına alınması, belli mallara sabit fiyatların belirlenmesi, üst sınır konulmasıdır.

OKUMA PARÇASI: Ebû Muhammed Muvaffakuddîn İbn Kudâme (v.6220/1223), el-Mugnî.

ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده ، أيهما كان .وقال أبو الخطاب : يتخرج أن تثبت الشفعة ؛ لأن الملك انتقل ، فتثبت الشفعة فى مدة الخيار ، كما بعد انقضائه .وقال أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع ، أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضى ؛ لأن فى الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ ، وإلزام البيع فى حقه بغير رضاه ، ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ، ولم ينتقل الملك إليه .وإن كان الخيار

للمشتري ، فقد انتقل الملك إليه ، ولا حق لغيره فيه ، والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك ، فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى ، وعامة ما يقدر ثبوت الخيار له ، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، كما لو وجد به عيبا .

TESPİT EDELİM: Aşağıdaki maddelerden hangileri kamu menfaati sebebiyle mülkiyet hakkını sınırlandırmayı gerektirir? Tespit ediniz.

Egzoz muayenesinden geçmeyen aracı kullanmak	
Bahçede su kuyusu açmak	
Uçakta cep telefonu kullanmak	
Şehir içinde arazi aracı kullanmak	
Kamyonda belirlenen sınırdan daha ağır yük taşımak	
Araç kullanırken hız limitlerini aşmak	
Garaj içinde radyoaktif sızıntı yapan tesis kurmak	

Mülkiyet Hakkının Kaybedilmesi

Mülkiyet hakkı yeni bir mülkiyet tesis edilerek kaybedilebileceği gibi yeni bir mülkiyet kurulmadan da kaybedilebilir.

Satış, hibe, vasiyyet gibi hukukî işlemler ile mülk başkasına devredildiğinde önceki sahibinin mülkiyet hakkı sona ermiştir. Bu örneklerde malikin iradesi ve rızası söz konusudur. Hukukî taşıyır, karışma ve birleşme, lukatada önceki mülkiyet hakkı sona erip yeni bir mülkiyet kurulmakla birlikte, malın önceki sahibinin mülkiyet intikalinde iradesi ve kastı bulunmamaktadır.

Allah rızası için vakfedilen mal üzerinde yeni bir özel mülkiyet kurulmadan mülkiyet hakkı sona ermektedir. Çünkü bazı müctehidlere göre vakfedilen malın mülkiyeti Allah'a dolayısıyla da kamuya intikal etmektedir.

Sahip olunan malın yanması, arabanın pert olması ve yiyecek maddesinin tüketilmesi durumunda mülkiyet hakkı yeni bir mülkiyet kurulmadan sona ermektedir. Yakalanmış hayvanın kaçması halinde de –bazı müctehitlere göre- onun üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecektir. Şahsın ölümü diğer hak ve sorumluluklarını düşürdüğü gibi mülkiyet hakkını da düşürmektedir.

II- SINIRLI AYNÎ HAKLAR (EKSİK MÜLKİYET)

Sınırsız aslî aynî hak olan mülkiyet sahibine ayn üzerinde malik olmanın yanında onu kullanma, tüketme ve semerelerinden yararlanma hakkı tanımaktadır. Bu özelliği sebebiyle sınırsız aynî hak olarak tanımlanmıştır. Sınırlı aynî haklar da ise yetki sınırlı olmakta, mülkiyette tanınan hakların sadece bir kısmı verilmektedir. Sınırlı aynî haklarda mülkiyet hakkının tamamının değil sadece bir kısmının elde edilmesinden hareketle sınırlı aynî hakları nâkıs (eksik) mülkiyet kavramı içinde kabul etmek gerekmektedir.

Eksik Mülkiyet, eşyanın sadece aynı ya da sadece menfaati üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Rakabe mülkiyeti ve menfaat mülkiyeti olarak iki kısımdan oluşmaktadır.⁵⁰

EKSİK (NÂKIS) MÜLKİYET		
I-Sadece Rakabe (Ayn) Mülkiyeti	II-Menfaat Mülkiyeti (İntifa Hakkı)	
	1-Şahsî İntifâ Hakkı	2-Aynî İntifâ Hakkı (İrtifak Hakkı)

EKSİK MÜLKİYETİN KISIMLARI

I- SADECE RAKABE MÜLKİYETİ

Eşyanın kendisine (aynına) sahip olmakla birlikte menfaat mülkiyeti başkasında olduğu zaman eksik bir mülkiyet söz konusu olur.

50 Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s.76.

Bu durumda sadece ayn (rakabe) mülkiyeti mevcuttur. Sadece rakabe mülkiyetine sahip olmak demek eşyanın menfaatinin başkasına bırakıldığı anlamına gelmektedir. Menfaat mülkiyeti kira gibi belirli bir ücret karşılığında başkasına devrediliyorsa aynın semeresinden yararlanma devam etmektedir.

Aynın semeresinden yararlanmanın mümkün olmayıp sadece rakabe mülkiyetine sahip olmak da mümkündür. Bu şekildeki mülkiyet durumuna özellikle malın vasiyet edilmesinde karşılaşılmaktadır. Bir kimse maliki olduğu bir malın menfaatini başkası lehine vasiyet etmesi durumunda şahsın ölümünden sonra malın sadece rakabe mülkiyeti mirasçılarının olurken, menfaat mülkiyeti kendisine vasiyet edilen şahsa ait olmaktadır. Bu örnekte vasiyet süresince mirasçılar sadece rakabe mülkiyetine sahip olmakta malın menfaatinin kullanma veya tüketme şeklinde yararlanamadıkları gibi semerelerinden de yararlanamamaktadırlar.

BİR SORU: Bir evi olan (A), evin menfaatini (B)'ye, evin kendisini (rakabesini) (C)'ye vasiyet ederse (B) ve (C) için nasıl bir mülkiyet hakkı doğacaktır?

NOT ALALIM: Sadece rakabe mülkiyeti malikin ölümü ile vârislerine intikal eder.

II- MENFAAT MÜLKİYETİ (İNTİFA HAKKI)

Menfaat mülkiyeti (intifâ hakkı) bir şahsa tanınan hak olabileceği gibi bir ayn üzerinde tanınan hak da olabilmektedir. Bu sebeple şahsî intifâ ve aynî intifâ diye ikiye ayrılmaktadır.

1-Şahsî İntifâ Hakkı

Mâlikî mezhebine göre menfaat mülkiyeti ile intifâ hakkı kavramı arasında fark vardır. Menfaat mülkiyeti sahibine malı bizzat kullanma hakkı vermesinin yanında başkasına devir ve temlik etme hakkı da tanımaktadır. İntifâ hakkı ise kişiye özel olarak tanınan bir hak olup başkasına devri mümkün değildir. Buna göre bir evi

kiralayan kişi menfaat mülkiyetine sahip olduğu için isterse kira süresi içinde başkasına kiralayabilir. Ancak bir kişi başkasına evinde bir müddet oturması için izin vermesi durumunda evde oturan intifâ hakkı sahibi evi bir başkasına devredemez.

Hanefî mezhebi menfaat mülkiyeti ile intifâ hakkı kavramı arasında bir fark görmemekte, intifâ hakkı sahibine de malı bir başkasına devretme hakkı tanımaktadırlar. Ancak intifâ hakkı, belirli bir şahsa tanınması durumunda hakkın devri ve temliki caiz olmayacaktır. Buna göre başkasının evinde kira akdi yapmaksızın ev sahibinin izni ile oturan şahıs başkasına devretmeyip bizzat kendisinin kullanması şartıyla orada oturuyorsa intifâ hakkını devredemeyecektir. Böyle bir şart ileri sürülmemişse intifâ hakkını devretmesi mümkün olacaktır.

Örnek:

A-Bir kişinin arabasını arkadaşına kayıt koymadan kullanması için vermesi

Hanefî Mezhebi: Kayıtsız (sınırsız) menfaat mülkiyeti/ İntifâ Hakkı

Mâlikî Mezhebi: Kayıtsız (sınırsız) menfaat mülkiyeti

B-Bir kişinin arabasını arkadaşına sadece kendisi kullanması için vermesi

Hanefî Mezhebi: Kayıtlı (sınırlı) menfaat mülkiyeti/İntifâ Hakkı

Mâlikî Mezhebi: Mülkiyet hakkı yoktur. İbahâ kapsamındadır. Buna intifâ hakkı denir.

BİR SORU-BİR CEVAP: Bir yemeğe davet edilen kişi yerine bir başkasını vekil olarak gönderebilir mi? Oradaki yiyeceklerden evine götürebilir mi? Davet edilen kişi yemekten istifadesi izin verilen kişi olduğu için ibâha hükümleri geçerlidir. Mülkiyet hakkı söz konusu olmadığı için kendi yerine başkasını göndermesi de, oradaki yiyeceklerden evine götürmesi de caiz değildir.

OKUMA PARÇASI: Muhammed b. Abdillâh el-Huraşî, Şerhu Muhtasarı Halil.

تَقَدَّمَ أَنَّ مَالِكَ الْمَنْفَعَةِ لَهُ أَنْ يُعِيرَهَا وَأَمَّا مَالِكُ الْإِنْتِفَاعِ وَهُوَ مَنْ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ لِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَ كَسَكْنَى بَيْتِ الْمَدَارِسِ وَالزَّوَايَا وَالرُّبُطِ وَالْجُلُوسِ فِي الْمَسَاجِدِ وَالْأَسْوَاقِ وَيُسْتَشْتَنَى مِنْ ذَلِكَ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ مِنْ أَنْزَالِ الصَّيْفِ الْمَدَارِسَ وَالرُّبُطَ الْمُدَّةَ الْيَسِيرَةَ فَلَا يَجُوزُ إِسْكَانُ بَيْتِ الْمَدَارِسِ دَائِمًا وَلَا إِيجَارُهُ إِذَا عَدِمَ السَّاكِنُ وَلَا الْخَزْنُ فِيهِ وَلَا بَيْعُ مَاءِ الصَّهَارِيحِ وَلَا هَبْتُهُ وَلَا اسْتِعْمَالُهُ فِيمَا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ وَيُسْتَشْتَنَى مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءُ الْيَسِيرُ وَلَيْسَ لِلصَّيْفِ بَيْعُ الطَّعَامِ وَلَا إِطْعَامُهُ وَلَا يَبَاعُ زَيْتُ الْإِسْتِصْبَاحِ وَلَا يَتَغَطَّى بِبُسْطِ الْوَقْفِ وَنَحْوِ ذَلِكَ

KARŞILAŞTIRALIM: Mülkiyet hakkı, eşya üzerindeki en geniş yetkiyi ifade etmekte olup, sahibine mülkü üzerinde hukukî bir engel olmadıkça istediği gibi davranma salahiyeti vermektedir. İbâha ise, sınırlı bir hak olup, bir şeyden bedelsiz yararlanılmasına izin ve ruhsat verilmesi demektir.

KARŞILAŞTIRALIM: Mülk, sahibine malik olduğu şeyde bir engel bulunmadıkça tasarruf hakkı kazandırır. İbâha ise, bir izne bağlı olarak insanın bizzat bir şeyden yararlanma hakkıdır. Kendisine bir şey mubah kılınan kişi ona ve menfaatine malik olamaz. Ancak kendisine bir şey temlik edilen şahıs ona malik olur.⁵¹

Şahsî İntifâ Hakkı Kazandıran Sebepler

a-Kira Akdi:

Kira, bedel karşılığında bir menfaati temlik etmektir. Bir yeri kiralayan şahıs, oranın menfaat mülkiyetine malik olur. Kiracı menfaate malik olduğu için dilerse kira ya da âriyet yoluyla menfaati başkasına temlik edebilir.

NOT ALALIM: Kira akdi yapılırken kişinin bizzat kendisinin kullanması kararlaştırılırsa kiracı malı başkasına kiralayamaz.

b-Âriyet Akdi:

Âriyet, eşyanın menfaatinin bedelsiz olarak kullanılmasına izin verilmesidir. Bunu ibâha olarak kabul edenler olduğu gibi, eşyayı kullananın malın menfaatine malik olacağını kabul eden fakihler de bulunmaktadır.

Âriyet akdini sadece ibâha kapsamında görüp, menfaat mülkiyeti doğurmayacağını kabul edenlere göre, malı âriyet alan sadece kendisi kullanabilir, başkasına bedelli ya da bedelsiz devredemez.

Hanefî mezhebine göre âriyet akdi menfaat mülkiyeti doğurur. Âriyet alan kişi, isterse malı bir başkasına âriyet olarak verebilir. Ancak kira akdi yoluyla menfaati temlik edemez.

BİR SORU-BİR CEVAP: Âriyet alınan mal niçin başkasına kiralanamaz? Âriyet akdi bağlayıcı değildir. Âriyet alınan bir şeyin kiraya verilmesi asıl malik için bir zarardır.⁵² Malın sahibi istediği zaman malını geri isteyebilir. Kira akdi ise müddeti içinde bağlayıcıdır. Rücû imkânı yoktur.

c-Vakıf:

Vakıf, bir mülkün menfaatini hayır amacıyla kullanmak üzere tahsis edip, malın aynını temlik ve temellükten men etmek demektir. Bir mal, vakıf yoluyla bir şahsa tahsis edildiğinde bu şahıs malın menfaatine malik olması sebebiyle bizzat yararlanabileceği gibi bedelli ya da bedelsiz olarak menfaatini başkasına devredebilir. Ancak vakfeden işletilmemesini açıkça ifade etmiş veya örf buna engel oluyorsa vakfedilen kişi hakkını başkasına devredemez.⁵³

52 Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 415.

53 Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 416.

d-Vasiyyet:

Vasiyyet, bir malı ya da menfaati ölümden sonraya izafetle bedelsiz olarak temlik etmek demektir. Vasiyyet hem malın aynını hem menfaatini kapsıyorsa tam mülkiyet, bunlardan birisini kapsıyorsa eksik (nâkıs) mülkiyet söz konusudur. Ele alınan konu eksik mülkiyet olduğu için burada kastedilen malın aynının değil, menfaatinin vasiyyet edilmesidir. Bu şekilde vasiyyet edilen şahıs malın menfaatine malik olmakta ve bizzat kendisi yararlanabileceği gibi, başkalarına bedelli ya da bedelsiz temlik edebilmektedir.

e- Kamu Yetkilisinin Verdiği İzin:

Yetkili makam tarafından kamu menfaatini sağlama amacıyla eşyanın kullanılmasına dair verilmiş olan genel izinlerdir. Ortak yollar, hastaneler, parklar ve okullardan yararlanma hakkı umumî izne dayanmaktadır. Bu izin herkese tanındığı için bir şahsın başkasına bedelli ya da bedelsiz devri söz konusu olmayacaktır.

f- Bir Şahsın Verdiği İzin:

Eşyanın sahibi belli bir kişi belirleyerek veya belirleme yapmaksızın genel olarak mülkünün kullanılmasına izin verebilir. Âriyetten farkı akitsiz olarak eşyadan yararlanmaya izin verilmesidir. Herkes için umumî bir izin verilmişse bu durumda malın devri gündeme gelmeyecektir. Belirli şahıslar için izin verilmişse bunun devrinin mümkün olup olmayacağı hususunda fakihler ihtilaf etmişlerdir.

DİKKAT EDELİM: Bir eşyadan yararlanma hakkı, belirli bir şahsın kendisine bağlı ve ona mahsus ise bu hakkın başkasına devir ve temliki mümkün değildir.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi şahsî intifâ hakkı doğuran hukukî işlemlerden değildir?

a-Kira b-Âriyet c-Rehin d- Vasiyyet e-Vakıf

PRATİK OLAY: Apartmanda beş daire bulunmaktadır. Birinci katta oturan (A), bir yıllığına kiraladığı daireyi yedi ay süre ile daha yüksek fiyata başkasına kiralamıştır. İkinci kattaki dairenin sahibinin âriyet olarak oturmasına izin verdiği (B), oturduğu daireyi başkasına kiralamıştır. Üçüncü katta (C) şahsının bizzat kullanması için tahsis edilip vakfedilmiş dairede okul arkadaşı (D) oturmaktadır. Dördüncü katta herhangi bir akit yapmadan şehir dışından kütüphanede çalışma yapmaya gelenler kalmaktadır. Beşinci katta ise, dairenin menfaati kendisine vasiyyet edildiği için (E) oturmaktadır.

Sorular: 1-Her bir daire için şahsî intifâ kazanma yolu nedir? Yazınız.

2- (A)'nın kiraladığı daireyi başkasına kiralaması meşru mudur? Niçin?

3- (B)'nin oturduğu daireyi başkasına kiralaması meşru mudur? Niçin?

4- Üçüncü katta (D)'nin oturması meşru mudur?

5- (E)'nin oturduğu daireyi başkasına oturmak üzere bedelli temlik yapması caiz midir?

Şahsî İntifânın Özellikleri

Şahsî intifâ eksik mülkiyet çeşidi olduğu için tam mülkiyette olmayan bazı farklılıklara ve özelliklere sahiptir.

a-Zaman, mekân ve vasıf bakımından sınırlandırılabilir (takyid edilebilir).

Örnek: Arabasını âriyet olarak veren kişi, bir hafta süre ile sınırlandırabilir. Asfalt yolda kullanmasını isteyerek mekân olarak sınırlandırabilir. Hız limitini geçmemesini isteyerek vasıf olarak sınırlandırabilir. Kütüphane bir kitabı âriyet verirken, iki saat içinde kütüphane içinde fotoğrafını çekmeden kullanılmasını talep ederse süre, mekân ve vasıf bakımından bir sınırlandırma mevcut olur.

b- Şahsî intifâ ve menfaat mülkiyeti Hanefîlere göre mirasçılara intikal etmez. Bu tür mülkiyetler malikinin ölümü ile sona erer. Mûris vefat ettiğinde mevcut olan mallar mirasa konu olur. Bu tür haklar ve menfaatler mal olmadığı için miras olarak intikal etmez.

Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelilere göre ise, şahsî intifâ hakkının ve menfaat mülkiyetinin miras olarak intikali mümkündür. Çünkü menfaatler mülkiyet altına girmiş mallardır.

KARŞILAŞTIRALIM: Kira süresi bitmeden kiracının ölmesi durumunda Hanefî mezhebine göre kira akdi sona erer. Diğer mezheplere göre ise, kira akdinden yararlanma hakkı geri kalan süresi içinde mirasçılara intikal eder.

c-İntifâ hakkı sebebiyle elde bulundurulanan mal emanet hükümündedir. Bu sebeple kasıt, ihmal, tedbirsizlik olmaksızın malın telef olması durumunda tazmin sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak haksız bir fiil veya kusur sebebiyle mal helak olmuşsa kıyemî mal ise kıymeti, misli mal ise misli tazmin edilir. Malın kısmen zarar görmesi durumunda da eksilen değeri tazmin edilir.

BİR SORU: Âriyet olarak alınan bir araba ile ilgili hangi davranışlar haksız fiil sayılır ve verilen zararın tazmini gerekli olur?

d-Vasiyyet, âriyet gibi bedelsiz olarak şahsî intifâ hakkına sahip olunan mallara yapılacak harcamalar o maldan yararlanana aittir. Arkadaşının arabasını âriyet olarak alan şahıs benzin, otopark gibi ücretleri kendisi ödemekle sorumludur.

Kira gibi ıvazlı (bedelli) bir akitle menfaat mülkiyeti elde edilmişse maldan yararlanmak için gerekli olan masrafları malın aynına (rakabesine) malik olan karşılayacaktır.

e-Şahsî intifâ hakkında, belirlenen sürenin tarafları bağlayıcı olması durumunda malın sahibi, menfaati kullanandan izin almadan onu mülkiyetinden çıkaramaz. Bu sebeple evini kiraya veren, kiracının iznini almadan kira konusu malı satamaz.

PRATİK OLAY: Arabada ailesi ile seyahat etmekte olan (A), karşı taraftan gelen sarhoş sürücünün direksiyon hâkimiyetini kaybetmesi sebebiyle, ciddi bir trafik kazası geçirerek arabası kullanılamaz hale gelir, resmi müracaatını yaparak arabanın trafik tescilinden düşülmesini sağlar. İki arabası olan (B) arabasından birisini arkadaşı (A)'ya yeni araba alıncaya kadar binmesi için verir. (A) âriyet aldığı arabanın benzinini de (B)'den talep eder. Buna sinirlenen (B) arabasını geri talep eder, ancak (A) yeni araba alıncaya kadar vermişti, henüz araba almadığım için bu talebin hukukî değil diyerek arabayı teslim etmez. (A) arabanın kapısını açık ve anahtarı içinde bıraktığı bir gün araba hırsızlar tarafından çalınır. Bütün bu olaylara sinirlenen (B) kalp krizi geçirerek vefat eder. Oğlu (C) arabayı (A)'dan talep etmeye devam eder.

Sorular:

- 1- (A)'nın kaza yaptığı aracının mülkiyetinin durumu hakkında bilgi veriniz.
- 2- (A)'nın arkadaşından benzin talep etmesi meşru mudur? Niçin?
- 3- (B) arabasını geri talep edebilir mi? Niçin?
- 4- Çalınan arabada (A)'nın sorumluluğu var mıdır? Niçin?
- 5- (C)'nin arabayı talep hakkı var mıdır?

Şahsî İntifâ Hakkının Sona Ermesi

Eşyadan faydalanma hakkı sona erince malın sahibine iadesi gerekir. Ancak sahibi geri istediği anda malın iadesi, menfaati kullanan için zarara sebep olacak ise zararın önlenebilmesi için emsal kira bedeli ödenerek mal bir süre daha elde tutulabilir.

Örnek: Faydalanılan şey tarım arazisi olup, henüz ekin olgunlaşmadan şahsî intifâ hakkı sona ererse o tarla ekin olgunlaşınca kadar emsal kira bedeli ödenerek elde tutulabilir.

Şahsî intifâ hakkının sona erdiren durumlar:

a-Şahsî intifâ hakkı sahibinin ölmesi: Bu durumda Hanefî mezhebine göre intifâ hakkı sona erer, diğer mezheplere göre ise bu hak vârislere intikal eder.

b-Kira ve âriyet ile elde edilen şahsî intifâda mal sahibinin ölmesi.

c-Belirlenen intifâ süresinin dolması.

d-Menfaat konusu malın kasıt, ihmal veya tedbirsizlik bulunmaksızın helak olması ya da ondan faydalanmanın imkânsız hale gelmesi.

Örnek: Bir kimse tarım yapmak üzere bir tarla kiralasa kira süresi içinde arazi çorak hale gelse, yapılan kira akdi batıl olur. Kiracının oradan yararlanma hakkı sona erer.

Malın zarara uğramasında kusur, ihmal varsa intifâ hakkı sona ermez. Malı itlaf eden tazminle sorumludur. Bu durumda menfaati sağlayacak başka bir mal satın alarak yararlanmaya devam eder.⁵⁴

TEST SORUSU: Şahsî intifâ hakkı ile ilgili verilen bilgilerden hangisi yanlıştır?

a- Mâlikî mezhebine göre intifâ hakkı kişiye özel olarak tanınan bir hak olup başkasına devri mümkün değildir.

b- Şahsî intifâ ve menfaat mülkiyeti Hanefîlere göre mirasçılara intikal etmez.

c- İntifâ hakkı sebebiyle elde bulundurulmuş mal emanet hükmündedir.

d- Bedelsiz olarak şahsî intifâ hakkına sahip olunan mallara yapılacak harcamalar o maldan yararlanana aittir.

e- Şahsî intifâ hakkı zaman, mekân ve vasıf bakımından sınırlandırılmaz.

54 Şahsî intifâ kavramının tanımı, kapsamı ve özellikleri hakkında bkz. Hafif, a.g.e., s. 78-87.

2-Aynî İntifâ Hakkı (İrtifak Hakkı)

Bir gayrimenkul üzerinde, başkasına ait bir gayrimenkul yararına (lehine) kurulmuş olan aynî haktır. Kendisinden yararlanan akara hâdim akar, başka akardan yararlanan akara hâkim akar denir. İrtifak hakkı, malın kimin mülkü olduğuna bakılmaksızın bizzat o malın kendisi ile birlikte bulunan haklardır.

İrtifak Hakkının Özellikleri

a-İrtifak hakkı, bir gayrimenkul lehine sabit olan haktır.

b-İrtifak hakkı devamlıdır, hâkim akarın el değiştirmesi ile sona ermez. Bu haklar bulundukları yere tâbi haklar olduğu için gayrimenkulün sahibi değişinde bu haklar da intikal eder. Arazinin yeni sahibi irtifak haklarının da sahibi olur.

c-İrtifak hakkı miras yoluyla intikal eder.

d-İrtifak hakkı, üzerinde bu hak bulunan gayrimenkul maliki açısından bağlayıcıdır. İptal etme yetkisi bulunmamaktadır.

e-İrtifak hakkını kullanırken başkalarına zarar vermemek gerekir. Hz. Peygamber (s.a.v) “Zarar vermek yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur.”⁵⁵ buyurmuştur.

İrtifak Hakkının Kazanılma Yolları

a-Kamu ortaklığı irtifak hakkı kazanmaya sebep olmaktadır. Bütün halkın yararlanması için ayrılmış olan alanlar halkın ortak malıdır. Herkesin buralardan yararlanma hakkı bulunmaktadır. Kapısının önünde cadde bulunan her evin o cadde üzerinde irtifak hakkı vardır. Bu hak orayı kullanarak eve geçme hakkı ile sınırlıdır. Evlerin, mahalleden geçen kanalizasyonu gerekli bağlantıları yaparak kullanma hakkı vardır. Nehir kıyısındaki tarlaların o nehirde su alma hakkı veya fazla suyu tahliye etme hakkı kamu ortaklığına dayalı olarak kazanılan irtifak haklarındandır.

55 Mâlik, *el-Muvatta'*, Buyu', 28, 2758.

b-Akit esnasında ileri sürülen şartların geçerliliği ve akitlere etkisi konusunda fakihlerin farklı görüşleri bulunmaktadır. Örf-adet olmuş hususların şart koşulması genelde caiz ve bağlayıcı olarak görülmüştür. Buna göre bir kimse tarlasını kendisine ait diğer tarlaya geçmek üzere kullanmak üzere satsa, o bölgede böyle bir örfün bulunması durumunda satılan tarla üzerinde irtifak hak çeşitlerinden olan geçme hakkı doğacaktır. Bu hak akit yaparken kabul edilen şart ile elde edilmektedir.

c- İhya edilen ölü arazinin etrafının başka kişiler tarafından ihya edilmesi durumunda, ortada kaldığı için kendi tarlasına geçemeyen kişi geçiş hakkına sahip olmaktadır.

d- İrtifak hakkının elde edilmiş sebebi bilinmiyorsa eskiden beri devam ediyor olmasına dayalı olarak irtifak hakkının var olduğuna karar verilir. Ancak bâtıl bir sebebe dayalı olduğu ortaya çıkarsa bu hakka son verilir. Buna göre; bir kişinin evinin çatısının suyu eskiden beri başkasının arsası kullanılarak tahliye ediliyor ve bunun hangi hukukî sebebe dayalı olduğu bilinmiyorsa, uzun zamandır devam etmesine binaen –bâtıl bir sebebe dayandığı ortaya çıkmadıkça- bu hakkın varlığı kabul edilir.

e-Komşu olmak, karşılıklı olarak komşuluk hakkının doğması için sebeptir. Her evin komşu eve karşı irtifak hakkı vardır. Bitişik arsada bina yapan şahıs başka çaresi yoksa komşusunun duvarı üzerine giriş başlarını koyabilir.

f-İrtifak hakkı üzerinde bulunan hâdim gayrimenkulü bu hakla birlikte satmak caizdir. Aynı şekilde irtifak hakkı lehine tesis edilmiş bulunan hâkim gayrimenkulü de bu hakla birlikte satmak caizdir.

TESPİT EDELİM: Mecelle’de yer alan “Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.” “Kadim, kıdemi üzere terk olunur.” madelerinin irtifak hakkı elde edilme yollarından hangisi ile bağlantısı olduğunu tespit ediniz.

İrtifak hakkının bağlı bulunduğu akardan bağımsız olarak tek başına satılması konusunda, Mâlikî ve Şâfiî mezhepleri hak ve menfaatleri mütekavvim kabul edip ıvazlı olarak devredilebileceğini benimsedikleri

için irtifak haklarının tek başına satılmasını caiz görmüşlerdir. Hanefî mezhebinde ise bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır.

g- Bir akar sahibi, diğer bir akarın sahibine su geçirme, su akıtma gibi bir irtifak hakkını kullanması için izin verse –izin devam ettiği sürece- irtifak hakkı kurulmuş olur. İzin verenin vefatı ile bu hak sona erer.

Başlıca İrtifak Hakları

a-Su Hakkı (Şirb Hakkı ve Şefeh Hakkı)

Şirb hakkı ile kastedilen ziraî mahsulleri sulama hakkıdır. Şefeh hakkı ise, insanların başta içme olmak üzere yemek, temizlik gibi temel ihtiyaçları için gerekli olan su hakkını ifade etmektedir.

Sular, şirb ve şefeh hakkı bakımından üçe ayrılır:

Birincisi, hiç kimsenin özel mülkiyetinde olmayan umuma ait akarsular, nehirlerdir. Bu sulardan herkes başkasına zarar vermeksizin şirb ve şefeh hakkını kullanabilir. Bu sularla arazileri sulamak, hayvanlara içirmek, ev ihtiyaçlarında kullanmak mümkündür. Suyu taşıyabilmek için akarsuyun kenarından ağızlar ve menfezler açılabilir. Su kanalları yarılabilir. Ancak bu tür faaliyetlerin meşruiyeti için suyu tüketmeyip, başkalarının zarara uğratılmaması şarttır. Zarar ortaya çıkması durumunda bu sular üzerindeki tasarruf hakkı sınırlandırılır.

İkincisi, özel mülkiyet altındaki kuyu ve kaynaklardır. Bu sular üzerinde bütün insanların şefeh hakkı bulunmaktadır. Umumî olarak şirb hakkı (sulama hakkı) ise bulunmamaktadır.

Üçüncüsü, su kabı, depo, sarnıç gibi yerlere alınarak ihraz edilen sulardır. Bu sular, onu ihraz edenin mülküdür. Başka insanların şirb hakkı da, şefeh hakkı da bulunmamaktadır. Bu sudan ancak sahibinin izni ile yararlanmak mümkün olur.

Şirb ve şefeh hakkına sahip olanların bu haklarını başkalarına zarar vermeden kullanmaları gerekir. Hem umumî yol, hem de özel mülkiyetten geçerek su kanalına ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda umumî yol kullanılmalıdır. Umumî yol olmaması durumunda

özel yola sahip olan kimsenin suyun oradan geçirilmesine izin vermesi gerekir.⁵⁶

Birden fazla kişinin sulama hakkının bulunması durumunda adaletli bir paylaşım yapmaları gerekir. Sulama hakkı, bütün fukahaya göre miras yoluyla intikal eder.

b-Kullanılacak Suları Geçirme Hakkı (Mecrâ Hakkı)

Mecrâ hakkı, sulama hakkına sahip olan kişinin, su ile kendi arazisi arasındaki başkasına ait olan araziye suyu geçirebilmek için kullanabilmesidir. Mecerâ hakkı, hâkim arazinin, hâdim arazi üzerindeki bir irtifak hakkıdır. Bu hakkı kullanırken, hâdim akara zarar verilmemesi gerekir. Akarsu veya dere ile sulanacak tarla arasındaki arazi sahibinin bu hakka engel olma yetkisi yoktur. Mecerâ hakkına sahip olan kişi suyun aktığı yolu ıslah etmek, temizlemek gibi amaçlarla kenarından geçme (mürûr) hakkına da sahiptir. Suyolunun masrafları, bundan yaralananlara aittir.

Akarsu, Dere, Nehir	(A) Şahsına ait arazi	Sulama Hakkı Bulunan Arazi
	Mecra hakkı	

c- Fazla ve Kullanılmış Suları Geçirme Hakkı (Mesil Hakkı)

İhtiyaç fazlası ya da kullanıma elverişli olmayan suyun oluklarla, kanallarla veya borularla başkasının akarı üzerinden akıtma hakkıdır. Mesil hakkı, çatı, tuvalet, mutfak akıntılarının tahliyesini de içine almaktadır. Bir gayrimenkul üzerinde mesil hakkı sübut bulunca açık bir zarar olmadıkça o gayrimenkul sahibinin buna engel olma hakkı yoktur. Arazinin vasıf değiştirmesi mesil hakkını iptal etmez. Ev üzerindeki mesil hakkı, sahibinin orayı bahçe yapmasıyla ortadan kalkmaz. Suyu tahliye için kullanılan kanalı, boruyu tamir masrafları ondan faydalanan kişiye aittir.

⁵⁶ Hafif, *a.g.e.*, s.98.

Umumi Kanalizasyon Borusu	(A) Şahsına Ait Arazi	Mesil Hakkı Bulunan Arazi
	Mesil Hakkı	

KARŞILAŞTIRALIM: Mesil hakkı, elverişli olmayan suyu tahliye etmek için kullanılır. Mecerâ hakkı ise, elverişli suyu getirmek için kullanılır.

d-Geçiş Hakkı (Mürûr Hakkı)

Geçiş hakkı hem umuma ait yolun kullanılabilmesini, hem de başkasına ait bir gayrimenkulün üzerinden geçiş yapabilme hakkını ifade etmektedir.

Bütün halkın yararlandığı yollardan herkesin geçme hakkı vardır. O yol üzerindeki ev sahipleri istedikleri kadar yola bakan pence-re, kapı yapabilirler. Bu hakkı kullanırken başkalarına zarar vermemek esastır. Bu sebeple gelip geçenleri rahatsız eden yola doğru ilave çıkıntılara izin verilmez, yapılmışsa da yıktırılır.

Hususî mülkiyet konusu olan arazilerde de geçiş hakkı bulunmaktadır. Hâdim araziden geçiş hakkı, bunu ortadan kaldıran hukukî bir sebep bulunmadıkça devam eder. Özel yoldan yararlanma hakkı bir kişiye ait olabileceği gibi birden fazla kişiye de ait olabilir.

e-Komşuluk Hakkı

Fakihlere göre, komşuların birbirlerine karşı hak ve sorumlulukları bulunduğunda, komşuya zarar verici davranışlardan kaçınmanın gerekliliği konusunda ittifak olmakla birlikte bu sorumluluğun ahlakî mi, hukukî mi olduğu konusunda ihtilaf vardır. Şâfiî, Hanbelî ve ilk dönem Hanefî fakihlerine göre komşuluk hakları ahlakî niteliktedir. Kişinin mülkü üzerinde tasarruf etme hakkı bulunduğundan, komşusundan zarar gören mahkemeye başvurup bu tasarrufu engelleyemez. Mâlikî mezhebine ve sonraki dönem (müteahhirün) Hanefî fakihlere göre komşunun sorumlulukları hukukî niteliktedir.

Komşuya aşırı zarar veren davranışlara hukuken engel olunur. Mahkemeye başvurup zararın kaldırılması sağlanır.

Mülk üzerindeki tasarruf yetkisi, başkasına zarar verme hürriyeti içermez. Küçük ve az sayılan zararlara ise karşılıklı olarak anlayış ve tahammül gerekir.

TESPİT EDELİM: Aşağıdakilerden hangileri komşuya verilen fazla(fâhiş) zarar kapsamında yer alır?

Evi demir atölyesine çevirmek	
Baca borusunu komşunun camının hizasına yerleştirmek	
Güneşi engelleyecek yüksek duvar örmek	
Evde evcil hayvan beslemek	
Evde kondisyon aletleri kullanmak	
Evde müzik aleti çalışmak	
Duvara çivi çakmak	
Bina kolonlarının birisini kesmek	

ARAŞTIRALIM: Mecelle’de Hanefî mezhebindeki komşuluk hakkı ile ilgili iki farkı görüşten hangisinin kanunlaştırıldığını araştırınız.

Çok katlı binalarda katlardan birinin yıkılması, alt veya üst kat malikinin irtifak ve intifâ hakkını ortadan kaldırmaz. Bu kişiler aynı haklarını kullanarak binalarını yeniden kurabilirler. Üst hakkına sahip olan şahıs bu hakkını, kat ile birlikte satabilir. Kat ile birlikte üst hakkını da satın almış bulunan yeni malik katın yıkılması halinde yeniden yapma hakkına sahiptir. Çünkü alt katın üstüne bina yapma (karar) hakkı bir irtifak hakkıdır ve hâkim akarın yıkılması bu hakkı ortadan kaldırmaz.

TEST SORUSU: İhtiyaç fazlası ya da kullanıma elverişli olmayan suyun oluklarla, kanallarla veya borularla başkasının akarı üzerinden akıtma hakkına ne denir?

a-Komşuluk Hakkı

b-Mürûr Hakkı

c-Mecrâ Hakkı

d-Mesil Hakkı

e-Şefeh Hakkı

NOT ALALIM: Fıkıhta, binanın bir katı üzerine yeni kat çıkma, üst kat yapma hakkına hakku't-teallî denilmektedir.

Hanefîlere göre, üst hakkı bulunan şahıs bu hakkını (kat çıkma hakkını) tek başına satım konusu yapamaz. Kat çıkılmadan çıkma hakkı satılamaz. Mâlikî ve Hanbelî müctehidlere göre, arsa üzerinde hiçbir bina yapılmamış iken dahi üst hakkı satım konusu olabilmektedir.⁵⁷

57 İrtifak haklarının tanımı, niteliği ve çeşitleri hakkında bkz. Hafif, *a.g.e.*, s. 88-104.

İKİNCİ BÖLÜM

FER'Î AYNÎ HAKLAR

Fer'î aynî haklar başlığı altında bir alacağın temin gayesi ile bu alacağa bağlı olarak tahsil edilen taşınır ya da taşınmaz mal üzerinde, bu tahsisten doğan haklar ele alınmaktadır. Bu haklar sahibine sınırsız yetki vermemektedir.

Fer'î aynî haklar, teminat hukukunun bir kısmını teşkil etmektedir. Teminattan kasıt, borçlunun borcunu ödememesi tehlikesine karşı alacaklıya tanınan garantilerdir. Alacaklı kredi verirken alacağının şahsî ve aynî teminat olmak üzere iki şekilde teminata bağlama imkânına sahiptir. Kefalet ve havale şahsî teminatın örnekleridir. Rehin ise aynî teminattır. Alacak, doğrudan doğruya kendisi için tahsis edilen bir malın kıymeti ile garanti altına alınıyorsa aynî teminat söz konusu olur ve konu eşya hukukunun çerçevesine dâhil olur.

FER'Î AYNÎ HAKLAR		
REHİN	HAPİS HAKKI	İPOTEK

I- REHİN

Tarifi, Rüknu ve Şümulü

Rehin, bir malı alınması mümkün olan bir hak karşılığında alıkoymak ve hapsedmektir. Rehin verene râhin, rehin alana mürtehin, rehin verilen mala merhûn, karşılığında rehin verilen hakka merhûnun bih denir. Borçlunun alacaklıya, borcunu ödemediği takdirde satılıp bedelinden borcun ödenmesi mümkün olan bir malı teslim etmesi ile rehin gerçekleşmiş olur. Rehinin hak sahibinin yanında hapsedilmesi zorunlu değildir. Tarafların üzerinde hemfikir oldukları güvenilir bir kişi (yed-i emin) yanında da durabilir.

Rehin, icap ve kabul ile kurulmakla birlikte, kabz olmadan rehin tamam olmaz. Kabz şartının inikad şartı mı yoksa lüzum şartı mı olduğu konusunda fakihler arasında ihtilaf bulunmaktadır. Mecelle'ye

göre, kabz lüzum şartıdır ve rehin konusu mal teslim edilmedikçe akit lâzım (bağlayıcı) değildir. Teslimden önce rehin veren rücû edebilir. Rehini alan için akit bağlayıcı değildir, teslimden sonra akdi feshetme ve rehini sahibine verme hakkı vardır.

ARAŞTIRALIM: Rehini akdinin meşru olduğunu gösteren nasları araştırınız.

BİR SORU-BİR CEVAP: Rehini akdinin sağladığı faydalar nelerdir? Rehini veren bu sayede daha kolay borç bulabilmektedir. Alacaklı ise alacağını garanti altına almakta ve diğer alacaklılar karşısında öncelik hakkı elde etmektedir.

TEST SORUSU: Rehini verene ne denir?

a-Mürtehin

b-Râhin

c-Merhûn

d-Merhûnun bih

e- Merhûnun fih

Eşyanın tamamlayıcı cüzleri, eşyaya bağlı ve bitişik şeyler rehin dâhildir. Arsa rehin verildiğinde üzerindeki ağaçlar, etrafındaki çitler rehine dâhil olur. Ebû Hanîfe'ye göre hukukî semereler rehine dâhil olmaz. Ahmed b. Hanbel rehini şümulünü geniş tutarak hem tabîî, hem de hukukî semerelerin rehine dâhil olacağını söylemiştir. İmam Şâfi'ye göre rehin akdi yalnızca rehin verilen malın aslı ile ilgili olduğu için tabîî ve hukukî semereler rehine dâhil olmaz. İmam Mâlik'e göre ise koyundan doğan kuzu örneğinde olduğu gibi sadece rehinden doğan ve aynı cinsten olan şeyler rehine dâhil olur.⁵⁸

58 Atar, Fahrettin, "Rehin", *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, III, 580.

TEST SORUSU: Rehin akdinde eşyanın cüzleri ve semereleri bakımından rehinin şümulünü en geniş tutan müctehid imam kimdir?

- a-İmam Ebû Hanîfe
- b-İmam Mâlik
- c-İmam Şâfiî
- d-İmam Ebû Yusuf
- e-İmam Ahmed b. Hanbel

Rehin Akdinin Şartları

Bir rehin akdinin hukukî geçerlilik kazanabilmesi için akdin unsurlarının taşınması gereken şartlar bulunmaktadır.

1-Râhinde ve Mürtehide Bulunması Gereken Şartlar

Edâ ehliyeti tam olanların yaptıkları rehin akdi geçerlidir. Temyiz dönemindeki çocuk ve sefihler gibi eksik edâ ehliyetlilerin yaptıkları rehin verme işlemleri veli/vasi onayı ile geçerli olacaktır. Mahcur kişilerin rehin verme işlemi mevkuftur, diğer alacaklıların onayı ile geçerlilik kazanır. Edâ ehliyeti hiç olmayanların yaptıkları rehin işlemi ise batıldır.

2-Rehin Verilen Malda (Merhûn) Bulunması Gereken Şartlar

Rehin verilen mal; mütekavvim, akit anında mevcut, teslim edilmesi mümkün, özel mülkiyete konu olabilen, belli (muayyen) ve satılabilir bir mal olmalıdır.

Hanefî mezhebine göre, rehin konusu malın müstakil olması şarttır. Diğer mezheplere göre, şâyi hisseli ortak mal da rehnedilebilir. Bu görüş ayrılığının sebebi rehin konusu şâyi hisseli malın tesliminin mümkün olup olmadığı hakkındaki farklı değerlendirmelerdir.

3-Karşılığında Rehin Verilen Hakta (Merhûnun Bih) Bulunması Gereken Şartlar

Merhûnun bih, zimmet borcu veya helak olduğu takdirde misli ile ya da kıymeti ile tazmin edilmesi gereken bir mal olmalıdır.

Rehin İle Teminat Altına Alınamayanlar	Rehin İle Teminat Altına Alınabilenler
Kıyas hakkı	Gasbedilen mal
Rüşvet ve kumar borcu	Diyet, erş gibi cezaî tazminatlar
Şüf'a hakkı	Selem akdinde misli borçlanılan mal
Şahsa kefil olmak	Kira bedeli
Âriyet ve emanet konusu mal	Karz vermekten doğan alacaklar
Satılıp henüz teslim edilmemiş mal	Mehir olarak tayin edilen mal
Ayn borcu	Deyn borcu

TESPİT EDELİM: Rehin verilmesi sahih olmayan mallara örnekler tespit ediniz.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi rehin malda bulunması gereken özelliklerden değildir?

- a- Mütেকavvim olmak
- b-Teslimi mümkün olmak
- c-Satılabilir olmak
- d-Kıyemî olmak
- e-Belirli (muayyen) olmak

Rehinin Masrafları

Rehin olarak elde tutulan malın korunması ve varlığının devam ettirilebilmesi için çeşitli masraflarının olması mümkündür. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre tüm masraflar rehin veren borçluya aittir.

Hanefî mezhebi rehin verilen mal üzerindeki masrafların bir kısmının alacaklıya bir kısmını ise borçluya ait olacağını benimsemiştir. Rehinin korunması için gerekli harcamalar alacaklıya aittir. Rehini elinde tutma hakkı, onu koruma sorumluluğunu gerektirmektedir. Bu sebeple yer kirası, bekçi ücreti mürteherine (alacaklı) aittir. Bunun dışında kalan, rehinin ıslahı ve varlığını devam ettirmek için gerekli olan masraflar ise râhine (borçlu) aittir. Çünkü rehin onun mülküdür.

MÜNAZARA YAPALIM	
Rehin alınan arabanın otopark ücreti râhine ait olmalıdır.	Rehin alınan arabanın otopark ücreti mürteherine ait olmalıdır.

BİR SORU- BİR CEVAP: Rehın olarak verilen arabanın motorlu taşıt vergisini kimin ödemesi gerekir? Vergi mülkiyete dayanan bir yükümlülük olduğu için rehin ile ilgili vergiler borçluya aittir.

Rehinin Mürteherine Tesliminin Neticeleri

Alacağını teminat altına almak üzere rehin alan kişinin sahip olduğu belli başlı haklar bulunmaktadır.

1-Hapis Hakkı

Mürtehin alacağını tahsil edinceye kadar rehin aldığı malı elinde tutma (hapse etme) hakkına sahiptir. Borçlu, borcun tamamı ödemediğinde rehinin tamamının veya bir kısmının iadesini isteyemez. Alacaklı kendi rızası ile rehini borçluya teslim ederse hapis hakkını iptal etmiş olur. Borç ödendikten sonra hapis hakkı sona erer.

BİR SORU-BİR CEVAP: Borçlu, satıp borcunu ödemek üzere rehin malı talep edebilir mi? Alacaklı bu teklifi kabul etmek zorunda değildir. Hapis hakkının devam etmesini talep edebilir.

Borcun ödenmemesi halinde rehin konusu mal, alacaklının mülkiyetine geçmez. Alacaklının hakkı rehin konusu malın satılıp bedelinden alacağın ödenmesini istemekten ibarettir.

2-Öncelik Hakkı

Mürtehin diğer alacaklılara göre rehin üzerinde öncelik hakkına sahiptir. Borcun ödenmemesi veya borçlunun vefat etmesi durumunda rehin mal satılarak öncelikle rehin alanın alacağı ödenir. Borç ödenmedikçe diğer alacaklılar ve vârisler bu mal üzerinde herhangi bir hak iddia edemezler. Rehın bedeli borcu karşılayamazsa geriye kalan alacak, rehinsiz alacaklara dâhil olur.

3-Talep Hakkı

Rehin, mürtehinin vadesi gelmiş alacağını isteme hakkına engel değildir. Borçlunun verdiği rehini ileri sürerek alacaklının talebini geri çevirmesi mümkün değildir.

4-Rehinin Telefi Halinde Borcun Düşmesi

Rehin konusu mal, rehin alan tarafından kasten telef edilirse rehın malın tazmin edilmesi gerektiği hususunda fakihler ittifak etmişlerdir. Tedbirsizlik ve ihmâl sebebiyle malın telef olması durumunda Hanefî mezhebinde malın kıymeti kadar borcun düşeceği görüşü vardır. Şafî ve Hanbelî müçtehitlere göre ise kasıt ve kusur olmaksızın malın telef olması, tazmini de borcun düşmesini de gerektirmez.

Rehin Üzerinde Tasarruf Hakkı

Rehin malı üzerinde, tarafları bağlayıcı olmadığı için tek taraflı irade ile sona erdirilebilen akitler yapmak mümkündür. Bu sebeple rehin, âriyet ve emanet olarak verilebilir.

Rehin konusu malın satılması ancak tarafların rızası ile geçerli olur. Borç ödenmediği halde rehin satılmış ise bedeli rehin olarak kalır.

Hanefîler kira akdinin bağlayıcı olduğunu ve kiraya verilen malın teslim edilmesinin gerekliliğini göz önüne alarak rehin konusu malın kiraya verilmesi durumunda rehin akdinin sona ereceğini söylemişlerdir. Hanbelîlere göre ise, rehin konusu malın kiraya verilmesi caizdir, rehin akdine zarar vermez.

Rehin veren, rehin alana; rehin alan da rehin verene malın kullanılmasına izin verebilir. İslam hukukuna göre, alacak sebebiyle elde edilen menfaatler faiz sayıldığı için başlangıçta yararlanmayı şart koşarak rehin akdi yapmak caiz olmayacaktır. Ancak akitten sonra borçlunun serbest iradesi ile vereceği izne dayalı faydalanma mümkün olabilir. Bu konuda faizli işleme düşmemek için doğrudan veya dolaylı yollarla, açık veya kapalı ifadelerle akit öncesi faydalanmanın kararlaştırılmaması gerekir. Bir toplulukta rehin alınan eşyanın kullanılması yaygınlık kazanmış ise rehin akdinde şart koşulmasa bile, rehin alanın niyetine göre faiz şüphesi ortaya çıkacaktır.

Resûlullah (s.a.v) “Binit hayvanı rehin olunca binilir. Sağım hayvanı da rehin olunca sütü içilir. Rehın edilen hayvanın nafakası ona binen ve sütünü içen kimseye aittir.”⁵⁹ buyurmuştur. Hadiste hayvandan yararlanacak kişi açık olarak zikredilmediği için râhin olarak da mürtehin olarak da anlaşılmıştır. Çoğunluk rehin malın sahibi olarak anlamıştır. Ahmed b. Hanbel ise alacaklı taraf olarak mana vermiştir.⁶⁰ Bu sebeple Hanbelî mezhebine göre, yük taşıyan veya sağılan hayvanlar gibi masraf gerektiren rehinlerden yararlanmak, rehin verenin iznine bağlı değildir. Rehın alan gerekli masrafları yaparak bunlardan yararlanabilir.

Rehin Akdinin Sona Ermesi

Rehin akdi, rehinin fekki, akdin feshedilmesi veya rehin malın satılıp alacağın ödenmesi yollarından birisi ile sona ermektedir.

59 İbn Mâce, Ruhûn, 2, 2440.

60 Hatipoğlu, Haydar, *Sünen-i İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1992, VI, 575.

1-Rehinin Fekki

Fekk, sözlük anlamı olarak açmak, kurtarmak, kesmek demektir. İstilahî olarak, rehin verenin, borçtan kurtulması sonucunda rehini kurtarması demektir. Borçtan kurtulmak rehini geri almayı dolayısıyla rehin akdinin sona ermesini sağlayacaktır.

Borçlunun, borcundan kurtulmasının başlıca yolları;

a-Rehin alanın rehin vereni ibrâ etmesi veya alacağını hibe etmesi, borçlunun da bunu kabul etmesi sonucunda rehin kurtulur.

b-Rehin veren borçlunun, borcunu ödemesi durumunda rehin kurtulur. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v) “Rehin (borç ödendikten sonra) geri alınabilir.”⁶¹ buyurmuştur.

c-Rehin alan alacaklı, borçlu bulunduğu üçüncü şahsı rehin veren üzerine havale ederse (alacağın temliki) rehin kurtulur. Borcun nakli durumunda rehinin kurtulup kurtulmayacağı konusunda ihtilaf vardır. İmam Muhammed’e göre kurtulmuş olmaz, İmam Ebû Hanîfe ve İmam Ebû Yusuf’a göre rehin kurtulmuş olur.

2-Rehin Akdinin Feshi

Rehin akdi taraflardan sadece rehin veren için bağlayıcıdır. Rehlin alan için bağlayıcı değildir, istediği zaman akdi feshederek rehini sahibine iade edebilir. Karşılıklı anlaşma yoluyla da rehin akdinin feshedilmesi mümkündür. Rehlin alanın veya rehin verenin vefatı rehin akdini sona erdirmez. Rehlin alan vefat etmişse mal vârislere rehin olarak intikal eder. Rehlin veren vefat etmişse, vârisleri borcu ödeyerek rehini kurtarabilirler.

3-Rehin Malın Satılıp Borcun Ödenmesi

Rehin mal, rehin akdi ile teminat altına alınan borcun belirlenen vadesinde ödenmemesi durumunda doğrudan doğruya alacaklının mülkü olmaz. Borcun vadesi geldiğinde borçlu, borcunu ödemezse

61 İbn Mâce, Ruhûn, 3, 2441.

rehin alan alacaklı mahkemeye başvurur. Hâkim borçluya rehini satıp borcu ödemesini emreder. Borçlu bunu yapmazsa hâkim veya onun görevlendirdiği şahıs rehin malı satarak borç ödenir.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi rehin ile teminat altına alınamayan hak ve alacaklardandır?

a-Karz vermeden doğan alacaklar

b-Deyn borcu

c-Ayn borcu

d-Kira bedeli

e-Diyet, erş gibi cezaî tazminatlar

OKUMA PARÇASI: Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Müri en-Nevevi (v. 676/1277), Minhâcû't-tâlibîn ve umdeti'l-müftin fi'l-fıkh.

کتاب الرهن لا یصح إلا بإيجاب وقبول فإن شرط فيه مقتضاه کتقدم المرتهن به أو مصلحة للعقد كالإشهاد أو ما لا غرض فيه صح العقد. وإن شرط ما یضر المرتهن بطل الرهن، وإن نفع المرتهن وضر الراهن کشرط منفعته للمرتهن بطل الشرط، وكذا: الرهن فی الأظهر. ولو شرط أن تحدث زوائده مرهونة فالأظهر فساد الشرط، وأنه متى فسد فسد العقد. وشرط العاقد كونه مطلق التصرف فلا یزهن الولی مال الصبی والمجنون، ولا یرتبن لهما إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة. وشرط الرهن كونه عینا فی الأصح.

II-HAPİS HAKKI

Tanımı

Hapis hakkı, kanunî şartların gerçekleşmesi halinde alacaklıya, zilyetliğinde bulunan ve iadesi gerekli olan, borçluya ait menkul malları iade etmeyip alacağın teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir aynî haktır.

Hapis hakkı karşılıklı borç doğuran akit ve tasarruflardan doğabilir.

Örnek: Satım, kira, vekâlet, emanet akitlerinden doğan hapıs hakkı

Kanundan doğan hapıs hakları da mevcuttur.

Örnek: Kayıp eşyayı bulup, gerekli izinleri alarak bulduğu eşya için harcama yapan kişi, yaptığı masrafları eşyanın sahibinden alıncaya kadar hapıs hakkına sahiptir.

Taksimi mümkün olmayan ortak akar için ortaklardan birisi, hâkimden izin alarak zarurî harcamalar yaparsa, diğer ortaklar hisselerine düşen masrafı ödemedikçe hapıs hakkını kullanır ve bunları ortak maldan istifade ettirmeme hakkına sahip olur.

Hapis Hakkının Şartları

1-Hapis hakkına konu olan mal, borçlunun rızası ile hak sahibine geçmiş ve onun zilyetliğinde olmalıdır.

2-Vadesi gelmiş bir alacak mevcut olmalıdır. Borçlu, borcunu ödemekten aciz hale gelmiş ise borcun vadesi beklenmeden hapıs hakkı derhal gerçekleşmektedir.

3-Alacaklının elindeki mal ile alacak arasında bir bağlantı bulunmalıdır. Bu konuda Hanefiler kuvvetli bir bağ bulunması gerektiğini söylerken, Mâlikîler daha geniş çerçeveden konuya yaklaşmışlardır.

Örnek: Her iki mezhebe göre, malı üreten işçi, ücretini alıncaya kadar hapis hakkına sahiptir. Mâlikî mezhebine göre, taşımacı alacağına karşılık taşıdığı mal üzerinde hapis hakkına sahiptir.

4-Hapis hakkı, alacaklı veya mal sahibinin bir tasarrufu sonucu ortadan kalkmamalıdır.

Örnek: Malı satan, peşin olan bedeli almadan malı teslim ederse, satın alan malı alırken satıcı görüp de sükût ederse hapis hakkı sona erer.

Hapis Hakkının Hukukî Neticeleri

1-Alacak ödenmedikçe hak sahibinin malı iade etmeme hakkı vardır. Bu durumu defi hakkı olarak kullanabilecektir.

2- Borçlunun iflas etmesi veya borçlu olarak ölmesi durumunda hapis hakkına konu olan mal, yetkili makam tarafından alacaklının talebi üzerine satılarak bedelinden borcun ödenmesi sağlanır.

NOT ALALIM: Defi Hakkı, borçlunun yerine getirmesi gereken edimi, geçerli bir gerekçeye dayalı olarak ifadan kaçınma hakkıdır. Satıcının malı teslim etme görevi vardır, ancak peşin olan ödemenin gerçekleşmesine kadar defi hakkını kullanıp, malı teslim etmeyebilir.

III-İPOTEK

İpotek, şahsî bir borç karşılığında borçlunun ortaya koyduğu bir gayrimenkul üzerinde alacaklı lehine tapu siciline işlenen kayıttır. Halen mevcut veya ileride vücut bulması beklenen herhangi bir alacağın temini için ipotek tesis edilmektedir.⁶²

İpoteğin gayesi, alacağın teminat altına alınmasıdır. İpoteği diğer gayrimenkul rehininden ayıran en önemli fark, ipotekte malın alacaklıya teslim edilmemesi, sadece tapuya tescil edilmesidir. İpotek

62 Türkmen Salih vdğr., *Türk Gayri Menkul Hukuku*, Ankara 1956, I, 710.

tapuya tescil edildiği için fiilî olarak kabz gerçekleşmese de alacağı garanti altına alma amacına ulaşılmaktadır.

İpotekli mal, borç ödenmediği için paraya çevrilmesi durumunda alacağı karşılamaya yetmemesi durumunda borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğu devam edecektir.⁶³

İpotekli malın alacaklıya haber verilmeden satımının muteber olması, İslam hukukundaki rehin hükümlerine aykırı olduğu için ipoteğin gayri meşru olmasını gerektirmez. İpotekli mal, başkasına satılsa bile, tapudaki ipotek kaydı kaldırılmadıkça alacaklının hakkının korunmasına ve alacağın garanti altında bulunmasına engel olmamaktadır. İpotekli mal, borçludan başkasının mülkiyetine geçtiğinde borcun ödenmemesi durumunda gayrimenkul nakde çevrilip borcun ödenmesi sağlanır.

Klasik dönemde fukaha, rehin malın teslimine ayrı bir önem vermiş ve rehin akdinde kabzın gerçekleştirilmesinin gerekliliği üzerinde hassasiyetle durmuştur. İpotek işleminde her ne kadar dar manada bir kabz gerçekleşmemekle birlikte, tapuya tescil teminat fonksiyonu bakımından teslimin ve kabzın yerini tutmuştur. İslam hukukunda genel kural olarak gayrimenkul rehininin tescili şart koşulmamıştır. Ancak böyle bir tescil işlemi yapılmasının önünde fikhî bir engel de bulunmamaktadır. Burada yapılan açıklamalardan çıkan sonuca göre, tapuya tescil teslim yerine konmak suretiyle İslam hukukunda ipotek akdi caizdir ve geçerlidir.

TEST SORUSU: Şahsî bir borç karşılığında borçlunun ortaya koyduğu bir gayrimenkul üzerinde alacaklı lehine tapu siciline işlenen kayda ne denir?

a-Rehin

b-Zilyetlik

c-İpotek

63 Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, s. 697.

d-Hapis Hakkı

e-İrtifak Hakkı

PRATİK OLAY: Şehrin varlıklı kişilerinden olan (A) kendisinden borç isteyen (B)'ye arabasını rehin alarak yirmi bin lira borç vermiş, (C)'ye de evine ipotek koyarak elli bin lira borç vermiştir. (A) rehin olarak aldığı arabayı günlük kiralamaktadır. (C) ipotek konulan evini asker arkadaşı (D)'ye satmıştır.

Sorular:

1- Rehın olarak verilen arabanın masrafları kime aittir? Mezhelerin görüş farklılıklarını dikkate alarak açıklayınız.

2- (C)'nin evini satması meşru olur mu? Niçin?

3- (A) rehinli olarak aldığı arabayı kiraya verebilir mi? Akit öncesi bu şekilde anlaşma ile sonradan tarafların razı olması arasında hüküm bakımından fark var mıdır?

4-(B)'nin arabasının üzerindeki rehin akdi hangi durumlarda sona erer?

5-(A)'nın borç verirken rehin talep etmesi alacağını hangi tür teminat ile garanti almak istediğini gösterir?

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZİLYETLİK VE TAPU SİCİLİ

I- ZİLYETLİK

Zilyet Kavramı

Sözlük anlamı, el sahibi anlamına gelen zilyet, malın sahibi kendisi olsun ya da olmasın, uzun süre bir malı elinde bulunduran ve onu kullanan kimsedir. Mecelle zilyedi; bir şeyi fiilen elinde bulunduran yahut şeyin sahibi gibi onun üzerinde tasarrufta bulunan kimsedir diye tanımlamıştır. (madde 1679) Buna göre, bir kişi saate, arabaya, deftere, cekete fiilen elinde bulundurarak zilyet olmaktadır.

Tarla, ev, bahçe gibi gayrimenkullere ise üzerinde ağaç dikmek, ekin ekmek, içinde meskûn olmak gibi tasarruf yaparak zilyet olmaktadır.

Zilyetlik bir hakka dayanabileceği gibi, herhangi bir hakka dayanmayan zilyetlik de söz konusu olabilir. Mal sahibinin, kiracının rehin alanın elindeki mal haklı zilyetliktir. Hırsızın, gaspçının zilyetliği haksız zilyetliktir. Haksız zilyetlik kişinin haksızlığı bilip bilmesine göre hüsnüniyetli ve suiniyetli kısımlara ayrılır.

Hüsnüniyetle bir mal üzerinde zilyet olan kimsenin, kayıp ve zarardan mesul olmayacağı görüşü,⁶⁴ fikhî ilkeleler bakımından da uygundur.

İslam hukukunun tanıdığı zilyetlik, dava esnasındaki fiilî zilyetlik değil, daha önce sabit olan haklı zilyetliktir. Zilyetlikte esas olan fiilî hâkimiyet değil hakka dayanan fiilî hâkimiyettir. Hakka dayanmayan zilyetlikler korunmaz. Bu sebeple (A), (B)'nin saatini gasbedip elinde bulundursa (B) mahkemeye başvurduğunda zilyet (B) kabul edilir. Saat fiilî olarak (A)'nın elinde olduğu halde hukuken (B)'nin zilyet kabul edilmesi, fıkıhta zilyetlikte hakka dayanan fiilî hâkimiyetin esas alındığını göstermektedir.

64 Bkz. Türkmen Salih vdğr., *Türk Gayri Menkul Hukuku*, I, 742.

BİR SORU: Zilyetlikte hakka dayanan filî hâkimiyetin esas alınması fıkıh ilminin hangi özelliğini göstermektedir?

BİLGİ NOTU: Suiniyetli zilyet, mal üzerindeki zilyetliğinin geçerli ve meşrû bir hakka dayanmadığını bilen kimsedir.

Zilyetliğin Hukukî Niteliği

Bir mal üzerinde filen hâkimiyet kurmuş kişinin zilyetliği ispat ve tescil için açtığı dava kabul edilir.

Zilyetliğin en önemli fonksiyonu menkul mallarda aynî haklar için aleniyeti sağlamasıdır. Zilyetlik, başlı başına bir hak olmayıp, kişinin elindeki mal üzerinde iddia ettiği hakka sahip olduğu hususunda bir karine olarak kabul edilmektedir.

Zilyetlikten doğan mülkiyet karinesinden yararlanılabilmesi için eşya üzerindeki zilyetliğin şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde tespit edilmesi gereklidir.⁶⁵

Zilyetlik, mülkiyet davasında bir delildir ancak bu delil, aksini ispat eden bir delil bulunmadıkça geçerlidir. Zilyet olmak mülkiyetin sübutunu gerektirmez. Bir kimse bir malı uzun süre elinde bulundurup malik gibi tasarruf etse bile sırf buna dayalı olarak mal üzerinde aynî hak kazanmış olmaz. İslam hukuku, zamanaşımına hak kazandırma fonksiyonu vermemiştir.

Mülkiyet hakkının başka bir ispat delili bulunmadığı durumlarda aleniyet vasıtası olarak zilyetlik, mülkiyetin delili kabul edilir.

Mülkiyet davasında mahkemede, zilyet davalı, zilyet olmayan ise davacı kabul edilir ve delil, beyyine davacıdan talep edilir.

Bir mal üzerinde iki kişinin tasarrufu sabit ise, tasarrufların eşit olması durumunda ikisi de zilyet sayılır. Eşitlik yoksa vasıf ve nitelik olarak daha baskın ve kuvvetli tasarruf sahibi zilyet sayılır.

65 Reisoğlu, Sefa, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 56.

Hakka dayanan fakat bu hakkın delili bulunmayan zilyetlik davalarında tarihi daha sonra olan zilyetlik tercih edilir.

Zilyetliğin Korunması

Meşru bir sebebe dayalı olan zilyetliğin korunması için ferde tanınan yetkiler ve idarî olarak alınması gereken tedbirlerin yanında, zilyetlik davaları açarak hukukî yollara başvurmak da mümkündür.

Zilyetliği gasp ve saldırıya uğrayan kimse şahsî gücüne dayanarak bunu engellemesi meşrûdur. Malın korunması zarurî maslahatlar arasındadır. Ayet-i Kerimede saldırıda bulunanlara karşı misliyle karşılık vermeye izin verilmiştir.⁶⁶ Resûlullah (s.a.v) “Malını müdafaa ederken öldürülen kimse şehittir...” buyurmuştur.⁶⁷ Malına haksız saldırı yapılan fertler, zilyetliğini korumak üzere gerekirse kuvvete başvurarak bunu engelleme hakkına sahiptir. Zilyetliği korurken güce başvururken saldırıyı önleme amacını aşmamak esastır. Hukukun müdahale için çizdiği sınırlar aşılmamalıdır.

Zilyetliğin bir başka koruma yolu, idarî yünden gerekli önlemlerin alınmasıdır. Devlet, polis, zabıta, hisbe gibi teşkilatlar kurup idarî yoldan zilyetliğin korunması için gereken önleyici tedbirleri almakla sorumludur. Zilyedin müracaatı üzerine yöneticiler gerekli araştırmalar sonucunda haksız zilyetlik tespit etmeleri durumunda, mal gerçek zilyede teslim edilir.⁶⁸

Zilyetliği mahkemeye başvurarak da korumak mümkündür. Dava yoluyla korunacak zilyetlik ya hakka dayalı olmalı ya da zilyetlik karinesini çürütecek bir delil ileri sürülmemiş olmalıdır.

Zilyetliğin iadesi ve zilyetliğin ispatı şeklinde iki farklı zilyetlik davası bulunmaktadır. Zilyetliğe hüküm, mülkiyet ve istihkaka hüküm anlamına gelmemektedir. Hakkın usulüne uygun ispatı gerekir. Hakkı kim ispat ederse zilyet olsun ya da olmasın istihkak hükmünü o elde eder.

66 Bkz. Bakara Suresi, 2/194.

67 Nesâî, Tahrîmu'd-Dem, 24, 4080.

68 Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku*, s. 54.

TARTIŞINIZ: Bir kimse bahçesindeki ürünleri korumak amacıyla zilyetliğini koruma gerekçesi ile bahçe çevresini elektrikli tellerle çevirebilir mi? Tartışınız.

BİR SORU-BİR CEVAP: Hüsnüniyetli zilyedin hakları ile suiniyetli zilyedin sorumlulukları nelerdir? Hüsnüniyetli zilyet, mal üzerinde yaptığı gerekli masrafları talep etme hakkına sahiptir. Suiniyetli zilyet, mala gelen zararlardan kusuru olmasa bile tazmin ile sorumludur.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi zilyetliğin hukukî niteliklerinden birisi değildir?

- a- Zilyet olmak mülkiyetin sübutunu gerektirmez.
- b- Hakkında delili bulunmayan zilyetlik davalarında tarihi önce olan zilyetlik tercih edilir.
- c- Zilyetliğin en önemli fonksiyonu menkul mallarda aynî haklar için aleniyeti sağlamasıdır.
- d- Mülkiyet davasında mahkemede, zilyet davalı, zilyet olmayan ise davacı kabul edilir.
- e- Zilyetlik, aksini ispat eden bir delil bulunmadıkça geçerlidir.

II- TAPU SİCİLİ

Tapu sicili, gayrimenkuller üzerindeki aynî hakların durumunu belirtmek üzere Tapu idarelerince düzenlenen defterlere geçirilen kayıtlardır.⁶⁹ Tapu sicili, taşınmaz mallar üzerinde bir aynî hakkın bulunduğunu herkese açıklayan, aynî hakkın aleniliğini sağlayan bir yöntemdir.

Osmanlı devletinde fethedilen araziler, tescil ve tespit gayesi ile resmî görevliler tarafından muntazam bir şekilde resmî koruma altındaki defter-i hâkanî denilen defterlere kaydedilmiştir. Arazinin

69 Ergüney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar*, s. 440.

bu şekilde yazım işlemine tahrir denilmiştir.⁷⁰ Bu defterlerde kayıtlı gayrimenkuller kamuya ve vakıf kurumlarına ait arazilerdir. Mülk araziler bu defterlere kaydedilmemiştir.

Zilyetlik, gayrimenkullerdeki aynî hakların aleniyetini yeterli miktarda sağlayamadığı için, gayrimenkuller üzerindeki aynî hakların tapu siciline kayıt yoluyla aleniyet kazanması günümüzde gerekli hale gelmiştir. Mülkiyet, irtifak ve rehin hakları tescil edilen tapu sicili alenidir. İlgili olan herkes tapudaki bilgilere ulaşabilir⁷¹

Tapu sicilindeki bilgilere hüsnüniyetle güvenerek aynî hak elde eden kimselerin bu kazanımları korunur. Tapu sicili, gayrimenkul üzerindeki aynî hakların durumunu göstermek amacıyla açıklık sistemine göre, devletin sorumluluğu altında tutulur.⁷² Tapu sicilinin yanlış tutulmasından doğan tüm zararlardan devlet sorumludur. Gerekli şartların oluşması durumunda zararı tazmin etmesi gerekir.⁷³

Tapu sicili, gayrimenkulün sahibinin bilinmesini sağlamasının yanında gayrimenkulü, alacaklıya teslim etmeden rehnedilmesini mümkün hale getirmektedir.

Tapu siciline dayalı olarak hukukî bir işlem yapılabilmesi için tutulan kayıtların sağlam ve güvenilir olması gerekir. Geçmiş dönemde fertlerin gayrimenkul mülkiyeti hakkında yazdığı kayıtlar, yazılı evraklar güvenilir bulunmadığı için delil olup olmayacağı tartışılmış olmakla birlikte günümüzde devlet otoritesinin ilgili mevzuat ile tesis ettiği tapu sicili bilgileri güvenilir nitelikte olduğu için hukukî olarak muteber kayıtlardır.

Devlet nizamı tapu sicilini gerekli görmesi halinde gayrimenkulün alım-satımının resmî muamele ile yapılmaması durumunda mahkeme önünde davanın dinlenmesi ve hakkın ispatı mümkün olmayacaktır.

70 Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, III, 840.

71 Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku*, s. 93-94, 165.

72 Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, s. 547.

73 Akkanat Halit vdğr., *Medeni Hukukta Olay Çözüm Tekniği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 143, 155.

İslam hukukunda bir malın mülkiyetini elde edebilmek için tescil ve resmî memurun orada hazır bulunması şart değildir. İcap ve kabul yapılarak mülkiyetin intikalini sağlamak mümkündür. Yapılan işlemin tescil edilmesinin önemi, hile ve sahtekârlığı önlemek ve mülkiyet hakkının ispatını kolaylaştırmaktır. Akitlerle ilgili genel kural bu şekilde olmakla birlikte, yaşanan toplum düzeninde kamu otoritesi gayrimenkulleri kayıt altına alma yönünde karar almışsa bu karara uygun hareket etmek fikhın genel ilke ve hedefleri açısından bir sakınca taşımamaktadır.

NOT EDELİM: Osmanlı Devletinde Fatih Sultan Mehmed döneminde hazırlanan “**Kanunnâme-i Kitâbet-i Vilâyet**” dünya hukuk tarihinin ilk tapu kanunu olarak kabul edilmektedir.⁷⁴

ARAŞTIRILIM: Türkiye’de yürürlükte olan Tapu Sicili Tüzüğü’nün içeriği hakkında bilgi araştırınız.

PRATİK ÇALIŞMA:

Ticaret hayatına genç yaşta başlayan (A) kısa sürede büyük bir zenginliğe ulaşmıştır. Açtığı alışveriş merkezinde kuruyemiş, kırtasiye malzemeleri, içki, sigara, domuz eti, el dokuması ürünler, ceket, gömlek, elma, armut ve cam bardak satmaktadır. Liseden mezun olmuş dört çocuğundan her ~~bir~~ birisinin ayrı bir çalışma alanı ve görevi vardır. Çocuklarından (B) ailenin sahip olduğu toprakları işletmekle sorumludur. Çok hırslı olan (B) toprak mülkiyetini artırmak için metruk ve ölü arazileri mülkiyetine katmaktadır. Çayırbaşı semtindeki tarlada dört bir taraftaki arazileri satın alarak komşusunun arazisi üzerine geçiş yapmasına fırsat tanımamaktadır. Diğer çocuğu (C), aileye ait beş kattan oluşan apartmanın menfaat mülkiyetinin idaresinden sorumludur. Dairelerden birisinde kiracı oturmaktadır. Diğer dairede asker arkadaşının ücret vermeden kalmak istemesi üzerine onu kırmamış ve bir yıl süre ile oturması konusunda anlaşmışlardır. Üçüncü kat ise İlahiyat Fakültesi öğrencilerinin kalması için vakfedilmiştir. Son iki katta henüz kimse oturmamaktadır. Küçük yaştan beri babasının yanında yetişen diğer çocuk (D)

74 Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, III, 840.

askerden döndüğünde kendi dükkânını açmıştır. Dükkânın yanındaki şehir parkına ait alandan iki metre alarak dükkânı genişletmiştir. Köylünün ürettiği malları toplayarak piyasada arz-talep dengesini kendi lehine bozarak büyük kazanç elde etmeye başlamıştır. Müşterilerinin karşısına ipekli gömlekle çıkmayı adet edinen (D), misafirlerine altın tepsi ile ikramda bulunması ile ve canının istediği her şeyi sınır ve ölçü tanımadan satın alması ile meşhur olmuştur. Devletin o bölgeden yol geçirme kararı sebebiyle dükkânını istimlak etmesine mülkiyet hakkına müdahale gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. En küçük çocuk (E) Hukuk Fakültesini bitirerek hâkim olmuş, kendine gelen davaları çözüme kavuşturmaya çalışmaktadır. Bu davaların birinde, ortak tarla sahibi (F), ortakların ve komşularına haber vermeden tarlasını kuzenine satmıştır. Bunu duyan komşularından birisi hayırlı olsun diyerek karşılık vermiş, diğer komşusu ise şüf'a hakkını kullanmak istediğini bildirmiş, ortaklardan ikisi de şüf'a hakkını kullanmak istediklerini haber vermişlerdir.

Sorular:

1- (A)'nın alışveriş merkezinde bulunan mallarını, malların kısımları bakımından tasnif ediniz.

2- (B)'nin toprak mülkiyetini artırmak için yaptığı işlemi hukukî olarak değerlendiriniz. Komşusunun tarlasına geçiş hakkı bulunmakta mıdır? Böyle bir hak var ise bu hakkın ismi nedir? Bu hak sadece geçiş ile mi sınırlıdır? Bu hususta komşuya başka haklar da tanınmakta mıdır?

3-(C) menfaat mülkiyetini(şahsî intifâ) hangi yollarla devretmektedir? Kullanım yetkisi bakımından katlar arasında hangi farklar vardır? Son iki kat için başka hangi şahsî intifâ kazandıran yollar bulunmaktadır?

4-(D)'ye mülkiyet hakkının sınırlandırılması kapsamında hangi ilkelerin öğretilmesi gerekmektedir?

5-(E)'nin çözmesi gereken şüf'a davasında kim ya da kimler şüf'a hakkına sahiptir? Birden fazla şüf'a hakkı sahibi var ise olay

nasıl çözümlenmelidir? Fıkıhta şüf'a hakkının tanınmasının sebebi ve hikmeti nedir?

PRATİK OLAY

Taşlıtarla köyünde, köylüler arasında sürekli anlaşmazlıklar çıkmaktadır. Bu problemler genelde muhtar ve ihtiyar heyetinin araya girmesi ile çözüme kavuşmaktadır. Köylülerden (A), 500 lira borç aldığı (B)'ye rehin olarak verdiği tırmığı, borcun yarısını ödediği gün geri istemektedir. Köylülerden (C) Kızılırmak'ın suyundan komşusu (D)'nin tarlasını kullanarak yararlanmakta, hatta fazla suyu da yine aynı komşusunun tarlası üzerinden tahliye etmektedir. (E) traktörünü hasat zamanında sadece bir tarlayı sürmek üzere, taşlı yollarda kullanmamak şartıyla yan komşusu (F)'ye vermiştir. Köyde marangoz olarak çalışan (G), masa siparişi veren (H)'nin anlaşlıkları ücreti ödememesi üzerine yaptığı masayı ona teslim etmemektedir. Köyün en değerli bostanını yıllardır ekip biçen (K)'nın karşısına çıkan (L) bostanın kendisine ait olduğunu iddia etmektedir.

Sorular: 1- (A)'nın rehini geri talep etme hakkı var mıdır? Niçin? Tırmık üzerindeki rehin akdi hangi durumlarda sona erer?

2- (C)'nin yararlandığı haklara ne ad verilmektedir? (D)'nin (C)'ye engel olma hakkı var mıdır?

3-(F)'nin elde ettiği hakka ne denir? (E)'nin olayda belirtildiği gibi verdiği hakkı sınırlandırma yetkisi var mıdır? Niçin?

4- (G)'nin masayı teslim etmeme hakkı var mıdır? Böyle bir hakkı varsa bu hakkın ismi nedir? Hukukî neticeleri nelerdir?

5-(K) ile (L) arasındaki anlaşmazlıkta davalı ve davacı kimdir? Niçin? Bostanı uzun yıllardır (K)'nin ekmesi mülkiyet hakkı kazanır mı? (L) hangi durumda bostanın sahibi olur?

ŞAHSIN HUKUKU

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKİKÎ ŞAHISLAR

Şahıs Kavramı

Şahıs, hak sahibi olabilen ve haklardan faydalanabilen varlıktır. Hak sahibi olmak ile şahıs kavramı arasında doğrudan bir irtibat bulunmaktadır. Sahibi olmayan hak yoktur ve haklar şahıslar içindir. Şahıs kavramı yerine kişi kavramını kullanmak da mümkündür.

Her insan bir şahıstır. Şahıslar, haklardan yararlanma ve borç yüklenme ehliyetine sahiptirler. Şahıs kavramı insanlarla sınırlı değildir. Hukukun öngördüğü şartlara uygun olarak meydana getirilen insan ve mal toplulukları da şahıs sayılır. Buna göre hukukta iki türlü şahıs bulunmaktadır. İnsanlar hakikî şahıstır. Müstakil varlığı olan ve hak sahibi olabilen topluluklar ise hükmi şahıslardır.

ŞAHISLAR		
Hakikî Şahıslar: İnsanlar	Hükmi (Tüzel) Şahıslar: Topluluklar	
	Kamu Hukuku Tüzel Şahısları	Özel Hukuk Tüzel Şahısları

BİLGİ NOTU: Fıkıh kitaplarında farklı konular ve başlıklar altında ele alınıp müstakil bir başlık altında işlenmeyen şahsın hukukunu ilk defa Mısırlı Kadri Paşa “el-Ahkâmü’ş-Şeriyye fi’l-Ahvâlî’ş-Şahsiyye” adlı eserinde maddeler halinde müstakil olarak tertip etmiştir.

Şahsiyetin Başlangıcı

Bir insanın şahsiyeti sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar. Sağ olarak doğma hakikî ve takdirî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hakikî sağ doğma, çocuğun canlı olarak doğmasıdır. Takdirî sağ doğma ise, ana rahminde canlı olan çocuğun anneyi korkutma, dövme, itip düşürme gibi sebeplerle kadının düşük yapması durumunda gerçekleşir.

Hız. Peygamber'in (s.a.v) "Çocuk doğarken hayat belirtisi gösterir sonra ölürse onun cenaze namazı kılınır ve o mirasçı olur."⁷⁵ beyanı sağ doğmak şartıyla ceninin şahsiyetinin başladığını; "Çocuk doğarken hayat belirtisi göstermezse, o mirasçı olmaz, ona mirasçı olunmaz ve onun cenaze namazı da kılınmaz."⁷⁶ beyanı da sağ olarak doğmayan ceninin şahsiyetinin başlamayacağını ortaya koymaktadır.

Şahsiyetin başlangıcı olarak cenin halinin esas alınması fikhî birçok hükme tesir etmektedir:

*Anne karnındaki çocuk sağ doğmak şartıyla mirastan pay sahibi olur.

*Çocuğun ana rahminde olduğu kesin olarak tespit edilmesi durumunda henüz doğmamış çocuk lehine yapılan vakıf ve vasiyet geçerlidir. Fakihler anne karnında çocuğun kesin olarak tespit edilebilmesi için asgarî hamilelik süresi olan altı ayı esas almış ve altı aydan fazla zaman geçmesi durumunda vakıf veya vasiyet yapıldığı esnada çocuğun anne karnında olmasının kesin değil ihtimalli olduğunu gerekçe göstererek altı aydan sonra doğan çocuklara yapılan vakıf ve vasiyetin geçerli olmadığını söylemişlerdir. Günümüzde tıp alanındaki gelişen teknolojilerden yararlanarak çocuğun anne karnında var olduğu kesin olarak tespit edilmesi durumunda süreye bakmaksızın çocuğun cenin olarak varlığına ve lehine yapılacak işlemlerin meşruluğuna hükmetmek gerekir.

*Anne rahminde bulunan çocuk için hak ikrarı geçerlidir.

*Cenin hukukî bir varlık kabul edildiği için çocuk düşürme suçunu işleyenlere diyet olarak çocuğun mirasçılarına malî tazminat "gurre" ödenmesi gerekir.

Şahsiyetin Sonu

İnsanın şahsiyeti ölüm ile son bulmaktadır. Ölüm, hakikî ve takdirî ölüm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

75 İbn Mâce, Cenâiz, 26, 1508.

76 Tirmizî, Cenâiz, 43, 1032.

Hakikî Ölüm: İnsanın tıbbî olarak yaşam süresinin sona ermesidir. Hakikî ölüm, biyolojik hayatın sona erdirilmesi olarak da tanımlanabilir.⁷⁷

Ölünün şahsiyeti sona ereceği için yeni bir hak elde etmesi, hukukî tasarrufta bulunması söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple ölüye yapılacak hibe, vasiyyet sahih olmaz. Ölü, kendisinden sonra ölenin mirasında pay sahibi olamaz. Ancak ölmeden önce yaptığı bir işlemin neticesi ölümünden sonra gerçekleşirse hukukî sonuç doğuracaktır. Mesela, denize attığı ağı toplamadan ölen kişinin ağında biriken balıklar onun mülkiyetinde kabul edilir. Yaşarken izin almaksızın kamuya açık alanda açtığı çukura vefatından sonra bir hayvan düşüp telef olsa zarar ölünün mirasından ödenir.

Bir kişi öldüğünde geride bıraktığı malından önce tekfin ve tec-hiz işlemleri için harcama yapılır. Daha sonra borçlarının ödenmesine sıra gelir. Borçlar Allah hakkı olan borçlar ve kul hakkı olan borçlar olmak üzere ikiye ayrılır.

Zekât, keffaret, adak gibi Allah emri ile sabit olan borçlar Allah hakkı olan borçlar olarak tanımlanır. Hanefî mezhebine göre bu borçlar ölüm halinde düşer, terikeden ödenmez. Uhrevî sorumluluğu ise devam etmektedir. Bu görüşün temelinde bu tür borçların ibadet yönünün olması ve ibadetlerin mükelleflerin niyet ve iradeleri ile geçerli olmasıdır. Mirasçıların iradesi ölünün iradesinin yerini alamayacağına göre, bu borçların ödenmesi mümkün olmayacaktır. Ancak kişi ölmeden önce bu borçların ödenmesini vasiyet etmişse terikenin üçte biri kadar ödeme yapılır.

Diğer mezhepler konuya farklı açıdan bakmaktadırlar. Müctehidlerin çoğunluğuna göre, Allah hakkı olan borçlar, nimetin külfeti ve malvarlığının bir çeşit vergisi olduğu için niyete ihtiyaç yoktur. Borçlarda önemli olan borcun ödenmesidir. Borçlunun bizzat ödemesi

77 Yaman, Ahmet- Çalış, Halit, *İslâm Hukukuna Giriş*, MÜİF Vakfı Yayınları, İstanbul 2012, s. 206.

gerekli değildir. Bu sebeple mirasın mirasçılara dağıtımına geçmeden önce bu borçların ödenmesi gerekir.

DİKKAT EDELİM: Buradaki görüş ayrılığı fikhî hükümlere yansımaktadır. Nitekim “Küçük çocukların mallarından zekât verilir mi?” sorusuna mezhepler farklı cevaplar vermektedir. Hanefi mezhebine göre bu mallar zekâta tâbi değildir. Diğer mezheplere göre ise ergen olmayan çocukların mallarından zekât verilmesi gerekir.

Kul hakkı kapsamındaki borçlar, alacaklısı insanlar olan borçlardır. Ebu Hanife’ye göre geride mirasından daha fazla borç bırakan kişinin borçları ödeme imkânı ortadan kalktığı için dünyevî bakımdan düşmüş kabul edilir. Ölünün borcuna kefalet de sahih olmaz. Asilin olmadığı yerde kefil de olmaz. Hanefi mezhebinden İmameyn (İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed) ve diğer mezhep müctehidlerine göre ise bu borçlar dünya hayatı bakımından da düşmez. Ölünün zimmetini işgal eder. Ölü hukuken borçlu olmaya devam ettiği için bu borca kefil olunabilir. Cumhurun bu görüşünü destekleyen rivayetler vardır. Resûlullah (s.a.v), mirasından daha fazla borcu olduğu halde ölen kişinin cenaze namazını Ebû Katâde’nin “Borcu ben üzerine alıyorum.” demesi üzerine kıldırmıştır.⁷⁸ Bu durum ölünün borcuna kefil olunabileceğini göstermektedir.

Takdiri Ölüm: Kaybolmuş ve hayatta olup olmadığı bilinmeyen şahıslara mefkud denir. Mefkudun ölümüne hükmedilince takdiri ölüm gerçekleşmiş ve şahsiyet sona ermiş kabul edilir.

Mefkud hakkında ne zaman takdirî ölüm kararının verileceği konusunda fıkıh mezheplerinde farklı ichtihadlar vardır. Hanefiler mefkudun sağ olarak geri dönme ihtimali ve bu durumda doğabilecek problemleri göz önüne aldıklarından⁷⁹ mefkudun hayatta kabul edilme süresini uzun tutmuş ve toplumdaki ortalama ömür süresini

78 Buhârî, Havâlat, 3, 2168.

79 Şener, Mehmet, “Mefkud”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, III, 164.

doldurduktan sonra, bu tespit edilemiyorsa doksan yaşını dolduruncaya takdiri ölüm kararının alınacağını savunmuşlardır.

Mâlikî mezhebine göre mefkud hakkında en son haber alındığı tarihten itibaren dört yıl beklenir. Savaş, deprem gibi ölüm riskinin arttığı durumlarda bu süre bir yıl ile sınırlandırılır. Sonra hâkim, kişinin öldüğüne hükmeder.

Hanbelî mezhebine göre, ticaret, ilim gibi bir amaçla yola çıkıp kendisinden haber alınamayan kimseler hakkında takdiri ölüm kararı almak için doksan yaşını beklemek gerekir. Savaşa gitme, battığı haber alınan gemide seyahat etme gibi ölüm ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda dört yıl beklendikten sonra takdiri ölüm kararı alınır.

Şafîî fakihlerine göre, mefkudun vefatı beyyine ile sabit olursa ya da zann-ı galip ile daha fazla yaşamayacağı anlaşılırsa takdiri ölümüne hükmedilir. Bu hususta belirlenmiş bir süre yoktur. Hâkimin icthadı ile karar verilir.⁸⁰

Kadının uzun süre mefkud kocasının nikâhı altında kalması ve başkası ile evlenememesi büyük sıkıntılara yol açtığı için Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Hanefî icthadı yerine süreyi dört yıl ile sınırlandıran Mâlikî icthadını tercih etmiştir.

DEĞERLENDİRELİM: Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesinde mefkud konusunda Mâlikî mezhebinin tercih edilmesini, kanunlaştırmalarda farklı mezheplerden yararlanma imkânı açısından değerlendiriniz.

TEST SORUSU: Savaşa katılan bir mücahidden bir daha haber alınamaz ise Mâlikî mezhebine göre ne zaman öldüğüne hükmedilir?

a-Bir Yıl Sonra

b- İki Yıl Sonra

80 Bilmen, Ömer Nasuhî, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1992, VII, 223-224.

c- Dört Yıl Sonra

d- Akranları Ortalama Ömür Süresini Doldurunca

Takdirî Ölüm Kararı Verilmeden Önce Mefkudun Hukukî Durumu

Mefkud, kazanılmış haklar bakımından sağ, kazanılacak haklar bakımından ölü kabul edilir. Kaybolmadan önce elde ettiği hakların korunması bakımından mefkud sağ sayıldığı için malları üzerindeki mülkiyet hakkı devam eder, malı vârislerine dağıtılmaz, hanımı başkası ile evlenemez. Kaybolmadan önce vekil var idiye mallarını bu vekil idare eder yoksa hâkim vekil tayin eder.

Kazanılması hayatta olmaya bağlı bulunan haklar bakımından mefkud ölü sayıldığı için vefat eden yakınına mirasçı olamaz, kendisine vasiyet edilen şeye mâlik olamaz. Miras kalan ve vasiyet edilen mallar ayrılarak muhafaza edilir. Hâkim, takdirî ölümüne hükmettiğinde bu mallar sahiplerine intikal eder.

Takdirî Ölüm Kararı Verildikten Sonra Mefkudun Hukukî Durumu

Takdirî ölüm kararı, şahsiyetin sona ermesi anlamına geleceği için mülkiyet hakkı sona erer. Mirası taksim edilir. Kadının talebi üzerine hâkim onu kocasından ayırır. Kadın iddet bekledikten sonra başkası ile evlenebilir. Hüküm verildikten sonra koca sağ olarak ortaya çıksa kadının başkası ile yaptığı nikâh bozulmaz. Bu durumda mirasçılara intikal eden malların elde bulunanları mirasçıların geri alma hakkı vardır, tüketilen mallar ise geri istenemez.

TEST SORUSU: Aşağıdaki durumların hangisinde yapılan vasiyet hukuken geçerlidir?

a-Ölmüş olan teyzeye yapılan vasiyet

b-Ölü olarak doğan cenine yapılan vasiyet

c-Kişinin çok sevdiği köpeğine yaptığı vasiyet

d-Hayır kurumlarına yapılan vasiyet

e-Bir hasta hakkında doktorların beyin ölümü kararı verdikten sonra yapılan vasiyet

Şahsiyetin Başladığının ve Bittiğinin Tespiti

Bir insanın hakikî ya da takdirî olarak sağ olduğunun, hakikî ya da takdirî ölümünün ispatlanması elde edilebilecek haklar ve eda edilmesi gereken sorumluluklar bakımından önem arz etmektedir. Bu hak ve sorumluluklar kişinin sadece kendisini ilgilendirmemekte, mirastan pay ayrılması ve kul borçlarının ödenmesi gibi birçok meselede diğer insanları da doğrudan alakadar etmektedir. Erkek kardeşi ölen bir kişi, ölenin çocuğunun sağ doğduğu tespit edilince mirastan pay alamazken, ölü olarak doğduğu tespit edilirse asabe olarak mirasçı olmaktadır. Mirasçılar, miras üzerinde ancak murisin ölümü ile hak sahibi olabileceklerdir. Kadın kocasının ölümünden sonra başkası ile evlilik yapabilecektir. Buradaki örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Şahsiyetin başlangıcı ve bitişinin tespiti birçok hukukî meselede önemli sonuçlar doğurduğu için kesin olarak belirlemek ana hedeftir. Çocuğun hakikî sağ olarak doğduğuna karar verilmesinde, doğum yaptıran şahısların şahitliklerinin yeterli olacağı kabul edilmiştir. Takdirî sağ doğma kararı verilebilmesi için annenin korkutma, dövmeye, itip düşürme gibi sebeplerle düşük yapmadan önce kesin hamile olduğunu gösteren tıbbî bilgi ve kayıtlar yeterli görülmelidir.

Hakikî ölüm olayının gerçekleştiğine ölenin yanında bulunanların tereddüt taşımayacak ölçüde ölüme şahit olmaları durumunda yeterli olacaktır. Ancak kişinin tıbbî durumu koma halinde olma veya sadece kalbin makine ile çalıştırılması gibi tıp alanında uzmanlık isteyen bir durum olması durumunda doktorların kişinin öldüğüne karar vermesi gerekecektir.

Takdirî ölüm, hâkimin kararına bağlı olduğu için hâkimin verdiği kararın resmi kayıtları takdirî ölümün gerçekleştiğini ispat için yeterli olacaktır.

BİLGİ NOTU: Mecelle Madde 1821: “Usulüne muvafık ve şüphe-i tezvîr ve tasnî’den salim olarak bir mahkeme hâkimi tarafından verilen ilâm ve senedin bilâ beyyine mazmunu ile amel ve hüküm caizdir.”

PRATİK OLAY:

Makine imalat sanayiinde çalışan (A)’ya akşam eve geldiğinde eşi (B) ikiz çocukları olacağı müjdesini vermiş ve ultrason görüntülerini göstermiştir. (B) doğacak çocukları için çarşıya kıyafet almak için gittiğinde kapkaççıların saldırısına uğrar ve yaralanır. Hastanede çocuklarından birisini kaybettiğini öğrenir. Aile, hayatta olan çocuklarının doğmasını beklemektedir. (A) işyerinde iken hastaneden gelen telefon ile çocuğunun doğduğu haberini alır. Bu haber karşısında dikkati dağılan (A) vücuduna makine parçası isabet etmesi sonucu yaralanır ve komaya girmiş vaziyette hastaneye kaldırılır. Kardeşinin hastaneye kaldırılmasına çok üzülen (C) yola çıkar ancak karısı ve çocukları bir daha kendisinden haber alamaz. Hâkim öldüğüne karar verdikten sonra mirası taksim edilemez. Çünkü insanlara olan borçlarının mirasından daha fazla olduğu ortaya çıkar.

Sorular

1- (B)’nin hayatını kaybeden çocuğu için şahsiyet başlamış mıdır? Ölen babasının mirasından pay sahibi midir?

2-Doğan çocuğun şahsiyetinin başlangıcı ne zamandır? Çocuğun elde edeceği mirastan zekât mükellefiyeti bakımından fıkıh mezheplerinin görüşleri nedir?

3- (A)’nın öldüğünün tespiti nasıl sağlanabilir? Bu ölüm, hukukî olarak nasıl isimlendirilmektedir?

4-(C)'nin durumu hukukta hangi kavram ile tanımlanmaktadır. (C)'nin öldüğüne dair karar ne zaman verilir? Bu konudaki mezheplerin görüşleri nedir?

5- (C)'nin öldüğüne hâkimin karar vermesine ne denir? (C)'nin karısı bu karardan sonra iddetini tamamlayıp başkası ile evlense eski kocası döndüğünde hangi nikâh geçerli olur?

6-(C)'nin insanlara olan borçları konusunda Hanefi müctehidler arasında nasıl bir görüş ayrılığı bulunmaktadır.

EHLİYET

Tarifi

Ehliyet sözlük anlamı olarak yeterlilik, elverişlilik ve liyâkat sahibi olmaktır. Hukuk ıstılahı olarak ise, kişinin hukukî haklara sahip olup onları kullanmaya elverişli olması, görev ve sorumluluk yüklenmeye yeterli bulunmasıdır. Kişi ehliyet sahibi olmakla, dinin ve hukukun muhatabı olmaya uygun konumda olmaktadır.

Şahıs ile ehliyet arasında sıkı bir irtibat bulunmaktadır. Kulun gerek Allah'a karşı görev ve sorumluluklarında gerekse de insanlar arasında gerçekleşen akitlerin sahih bir şekilde kurulabilmesinde ehliyetin varlığı önem arz etmektedir.

Ehliyet insanda bulunan bir vasıftır ve bedenlen gelişim aşamalarına göre gelişim göstermektedir. Bu süreci tablo halinde şu şekilde gösterebiliriz:

1. Aşama	Şahsın lehine olan haklar sübut bulur.
2. Aşama	Şahsın hem lehine, hem de aleyhine olan haklar sübut bulur.
3. Aşama	Şahsın yaptığı bazı muamele ve tasarruf geçerlilik kazanır.
4. Aşama	Şahsın bütün hukukî tasarrufları geçerli, yaptıklarından sorumlu ve borçlanmaya ehil hale gelir.

Ehliyet Çeşitleri

Ehliyet, medeni haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma yeterliliği esas alınarak vücup ve edâ ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Vücup Ehliyeti:

Vücup ehliyeti, kişinin hak sahibi (alacaklı) ve borçlu (yükümlü) olmaya ehil olmasıdır.

Hak Sahibi Olmasına Örnek: İhtiyaç içinde ise nafakası temin edilir. Satın aldığı şeyin mülkiyeti kendisine ait olur. Malı telef edilirse bedeli tazmin edilir.

Borçlu Olmasına Örnek: Zengin ise fakir akrabasının nafakasını ödemekle borçlu olur. Satın aldığı malın bedeli ödemek borcudur. Başkasının malını telef ederse onu tazminle borçlu olur.

Vücup ehliyeti insan olarak hayatta olmaya bağlıdır ve sağ doğmak şartıyla ana rahminde başlar, kişi ölünceye kadar vücup ehliyeti varlığını sürdürür. Vücup ehliyeti insana özgüdür ve hayat sahibi her insanın vücup ehliyeti vardır. Vücûb ehliyeti insaniyet vasfı ile sabit olduğu için kişi hayatta olduğu sürece ne eksilir ne de yok olur.⁸¹

Vücup ehliyeti tam ve eksik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ceninin vücup ehliyeti eksik, dünyaya gelmiş ve hayatını sürdüren her insanın vücup ehliyeti tamdır. Tam vücup ehliyeti olmak hem alacaklı hem de borçlu olmaya ehil kılarken, eksik (nâkıs) vücup ehliyeti sadece alacaklı (hak sahibi) olmayı sağlamaktadır. Bu sebeple doğmamış çocuk miras, vasiyet gibi lehine olan hususlarda hak sahibi olabilirken, herhangi bir borcu ve yükümlülüğü söz konusu değildir.

Zimmet kavramının, vücup ehliyeti ile doğrudan irtibatı bulunmaktadır. Zimmet, borçlanma ehliyetinin zarurî kılmasından dolayı hukukun kişide varsaydığı manevi, itibari bir vasf ve kapasitedir.

81 Ferfur, Salih-Abdüllatif, Muhammed, *el-Veciz fî usûli istinbatî'l-ahkâm* Dımaşk, 1985, s. 386.

Zimmet kişinin mal varlığı ile sınırlı değildir. Bu sebeple şahıslar mal varlıklarından daha fazla borçlanma imkânına sahiptirler.

Edâ ehliyeti:

Edâ ehliyeti, kişinin hukuken muteber sayılacak şekilde fiiller ortaya koyabilme yeterliliğini ifade etmektedir. Edâ ehliyeti, günümüzde “medeni hakları kullanma ehliyeti” ve “fiil ehliyeti” olarak da isimlendirilmektedir.

Edâ ehliyetinde ölçü, akli yeterlilik olduğu için temyiz öncesi çocukların ve akıl hastalarının edâ ehliyeti bulunmamaktadır. Diğer şahıslar için ise akli melekelerini kullanabilme yeterliliğine bağlı olarak eksik (nakıs) veya tam (kâmil) edâ ehliyeti söz konusu olmaktadır.⁸² Mümeyyiz dönemindeki çocuklar, sefihler ve bunama (ateh) durumunda olanlar eksik edâ ehliyetine sahiptir. Rüşd döneminden sonra her insan ehliyet arızalarından birisi bulunmadığı sürece tam edâ ehliyetine sahiptir.

Eksik edâ ehliyeti olanlar, tamamen menfaatlerine olan bir tasarruf yaptıklarında geçerli olur. Menfaatlerine aykırı bir tasarrufta bulunduklarında geçersiz kabul edilir. Fayda ve zarar ihtimali taşıyan tasarruflar ise mevkuf olup, veli/vasi onayından sonra geçerli olur.

Tam edâ ehliyetine sahip olanlar, şerî tüm hükümleri uygulamakla sorumludur ve yaptıkları tüm hukukî tasarrufları geçerlidir.

BİR SORU-BİR CEVAP: Edâ ehliyetinde yok, eksik, tam şeklinde peyderpey gelişim aşaması benimsenmesinin hikmeti nedir? Edâ ehliyeti olmayanların başkaları tarafından istismar edilmesine engel olmak, edâ ehliyeti tam olmayan kişinin hukuk kurallarını ihlali durumunda onu sorumlu tutmama veya sorumluluğunu hafifletme, hareketlerinin bilincinde olanla olmayanı aynı kurallara tâbi tutmanın sebep olacağı adaletsizliğe engel olma ve sorumluluklarda dengeyi sağlamadır.⁸³

82 Atar, Fahrettin, “Ehliyet”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, I, 458.

83 Yaman, Ahmet- Çalış, Halit, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 211.

DİKKAT EDELİM: Vücup ehliyetinin dayanağı insan olma vasfı, edâ ehliyetinin dayanağı ise akıldır.

BİR SORU-BİR CEVAP: Akıl hastası ya da mümeyyiz olmayan çocuk başkasına ait olan bir mala zarar verdiği zaman edâ ehliyeti olmamasına rağmen bunu tazminle niçin sorumludur? Aklın varlığına bakılmaksızın yapılan işin sonucunu sırf maddi fiile bağlı bulunan hukukî fiiller, edâ ehliyetine değil vücup ehliyetine dayanır. Hayatta olan her insanın vücup ehliyeti tam olduğundan verilen bu zararların tazmini gerekir.

TEST SORUSU: Mümeyyiz bir çocuğun yaptığı hibe ile ilgili olarak hangi hüküm verilir?

a-Hibe geçerlidir.

b-Hibe mevkuftur.

c- Hibe velinin onayı ile geçerli olur.

d-Hibe geçerli değildir.

e-Hibe miktar bakımından çok olursa geçersiz, az miktarda olursa geçerlidir.

TEST SORUSU: Aşağıdaki cümlelerden hangisi yanlıştır?

a- Vücup ehliyeti, kişinin hak sahibi ve borçlu olmaya ehil olmasıdır.

b- Eksik edâ ehliyeti olanların fayda ve zarar ihtimali taşıyan tasarrufları mevkuftur.

c- Takdirî ölüm kararı ile şahsiyet sona ermez, mülkiyet hakkı devam eder.

d- Zimmet, hukukun kişide varsaydığı manevi, itibari bir vasıf ve kapasitedir.

e- Bir insanın şahsiyeti sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar.

OKUMA PARÇASI: Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed es-Serahsî (v. 483/1090), Usulü's-Serahsi, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut t.y., II, 333.

فنبداً ببيان أهلية الوجوب. فنقول: أصل هذه الاهلية لا يكون إلا بعد ذمة صالحة لكونها محلاً للوجوب، فإن المحل هو الذمة، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال، ولهذا اختص به الآدمي دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة صالحة. ثم الذمة في اللغة هو: العهد، قال تعالى: * (لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة) * وقال عليه السلام: وإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله فلا تعطوهم ومنه يقال أهل الذمة للمعاهدين، والمراد بهذا العهد ما أشار الله تعالى في قوله: * (وإذ أخذ ربك من بنى آدم) * والجنين ما دام مجنناً في البطن ليست له ذمة صالحة، لكونه في حكم جزء من الأم ولكنه منفرد بالحياة معد ليكون نفساً له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، ولا اعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه، فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامناً له، ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه، وهذه حقوق تثبت شرعاً.

EHLİYET BAKIMINDAN İNSAN HAYATININ DÖNEMLERİ

İnsanın fizikî ve aklî gelişimi belirli bir süreç sonucunda aşama aşama olarak tamamlanmaktadır. Bu sebeple insan hayatı ehliyetin varlığı ve niteliği bakımından cenin, temyiz öncesi çocukluk, temyiz sonrası çocukluk, ergenlik ve rüşd dönemi olarak beş ayrı başlık altında ele alınmaktadır.

1- CENİN DÖNEMİ:

Çocuğun ana rahmine düşmesinden doğuncaya kadar geçen süre cenin dönemi olarak isimlendirilmektedir. Ceninin sadece eksik vücup ehliyeti vardır. Edâ ehliyeti ise bulunmamaktadır. Eksik vücup ehliyetine dayalı olarak ceninin lehine olan haklar sabit olurken, aleyhine olan hak ve sorumluluklar söz konusu olmayacaktır.

Cenin sağ olarak doğması durumunda sahip olacağı haklar şunlardır:

a-Nesep: Baba, anne ve diğer akrabaları ile soy bağı sabit olur.

b-Miras: Vâris olması gereken bir yakını vefat ettiğinde çocuğa düşmesi muhtemel en büyük pay ayrılır ve doğuncaya kadar muhafaza edilir.

c-Vasiyet: Cenine yapılan vasiyet geçerlidir.

d-Vakıf: Cenine yapılan vakıf geçerlidir.

2- TEMYİZ ÇAĞI ÖNCESİ (GAYRÎ MÜMEYYİZ) DÖNEMİ:

Bu dönem, çocuğun doğması ile başlar, temyiz çağına ulaşması ile sona erer. Sözlük anlamı; ayırt etme, anlama, tercih etme, inceleyip seçme anlamlarına gelen temyiz, bir şahsın, iyi ile kötüyü, faydalı ile zararlıyı, lehine ve aleyhine olan durumları ayırt edebilmesidir.⁸⁴

84 Heyet, *Dinî Terimler Sözlüğü*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara 2009, s. 306.

Vücup ehliyeti insan olma vasfına bağlı olduğu için, çocuk sağ olarak doğmasından itibaren ölünceye kadar tam vücup ehliyetine sahip olacaktır. Edâ ehliyeti aklî yeterliliğe dayalı olduğu için bu dönemdeki çocuğun henüz edâ ehliyeti bulunmamaktadır.

Vücup ehliyeti bu dönemde tam olduğu için gayri mümeyyiz çocuk hem alacaklı hem de borçlu olabilmektedir. Edâ ehliyeti olmayan bu dönemde çocuk adına hukukî işlemleri velisi yürütecektir.

Gayri Mümeyyiz çocuğun hakları:

Cenin dönemi için tanınan nesep, miras, vasiyyet ve vakıf hakları gayri mümeyyiz çocuk için de geçerlidir. Bunlara ilave olarak, velisinin onun adına yaptığı satım, karz, rehin, icare gibi akitlerin semere ve neticesi çocuğa ait olur. Çocuğa yapılan hibe, hediye ve bağışlar muteberdir.

Gayri Mümeyyiz çocuğun borçları:

Çocuk adına velisi tarafından alınan veya kiralanan bir malın bedeli çocuğun borcu olur ve malvarlığından ödenir.

Çocuk yaptığı bir davranışla başkasına malî bir zarar verirse verilen zararı tazmini çocuğun borcu olur. Çocuk bir kişiyi öldürür veya yaralarsa temyiz kabiliyeti olmadığı için bedenî ceza ehliyeti olmamakla beraber diyet, erş gibi maddî tazminat bedellerini ödemekle sorumlu olur.

Devletin, mal ve servet üzerine koyduğu vergileri ödeme mükellefiyetine gayri mümeyyiz çocuklar da dâhildir. Zekât konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Hanefiler zekâtın ibadet yönüne ağırlık verdikleri için çocukların diğer ibadetleri edâ mükellefiyetleri olmadığı gibi zekât ile de mükellef olmayacaklarını savunmuşlardır. Buna karşılık müctehidlerin çoğunluğu zekâtın malî ve sosyal adaleti sağlama fonksiyonunu esas aldıkları için çocuğun malından velisi tarafından zekât verilmesi gerektiği görüşünü benimsemişlerdir.

Akrabalar arasında nafaka mükellefiyeti bakımından nafaka verecek olanın zengin, nafaka alacak olanın fakir olması, karşılıklı nafaka mükellefiyeti doğuracak hısımlığın olması gibi nafaka vermek için gerekli şartların bulunması durumunda gayri mümeyyiz çocuğun nafaka ödeme borcu olabilecektir.

BİR SORU- BİR CEVAP: Cenin dönemi ile temyiz öncesi çocukluk dönemi arasındaki temel fark nedir? Cenin döneminde vücup ehliyeti eksik olduğu için sadece lehine olan haklar söz konusu olurken, gayri mümeyyiz çocuğun vücup ehliyeti tam olduğu için haklar elde ettiği gibi, borçlu da olabilmektedir.

BİLGİ NOTU: Aklî yeterliliği olmayan deli ve mecnunlar ehliyetler bakımından gayri mümeyyiz çocuklarla aynı konumdadır.

3- TEMYİZ DÖNEMİ:

Doğruyu yanlış, iyiyi kötüyü, faydalıyı zararlıyı birbirinde ayıracak aklî yeterliliğe sahip olan çocuk için temyiz dönemi başlamış kabul edilir. Temyiz yeteneği, kişiye, bölgeye ve genetik yapıya göre kişiden kişiye değişen farklı yaşlarda ortaya çıkabilmektedir. Ancak objektifliğin sağlanıp hukukî istikrarın temin edilebilmesi için genellikle yedi yaşında olmak gayri mümeyyizlik döneminin sona erip temyiz çağının başladığı zaman olarak kabul edilmiştir.

Hz. Peygamber'in çocukların yedi yaşına geldiğinde namaz kılmaya yönlendirilmesinin gerektiğini beyan etmesi⁸⁵ yedi yaşından itibaren temyiz başladığına işaret etmektedir. Bu hadis aynı zamanda temyiz çağındaki çocuğun yaptığı ibadetlerin sahih ve geçerli olduğunu göstermektedir.

Temyiz dönemindeki çocuğa mümeyyiz çocuk denilmektedir. Temyiz dönemi, ergenlik (bulûğ) döneminin başlaması ile sona erer.

Temyiz dönemindeki çocuğun vücup ehliyeti tamdır. Vücup ehliyetine dayalı olan tüm hak ve borçlara ehil durumdadır. Mümeyyiz

85 Ebû Dâvud, Salat, 26, 495.

çocuk, hukukî işlemler ve ekonomik faaliyetler ile ilgili faydalı ve zararlı işlemleri kısmen kavramaya başladığı için edâ ehliyeti bakımından eksik edâ ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Tam edâ ehliyetine sahip olamamasının sebebi müstakil sorumluluğu alabilecek yetkinliğe henüz ulaşamamasıdır. Mümeyyiz çocuğa tam edâ ehliyeti tanınmamasının sebebi hukukun koruma ve himayesinde olmasını sağlamak içindir.

Eksik Edâ ehliyetinin Hukukî Tasarruflara Etkisi

Temyiz döneminde olduğu için eksik edâ ehliyetine sahip olanların hukukî tasarruflarını sıhhat bakımından üçe ayırmak mümkündür.

a-Mümeyyiz çocuğun zararına olan tasarruflar sahih değildir. Kendileri bu tür tasarruflarda bulunamayacakları gibi velileri de çocuğun zararına olan hukukî işlemlerde bulunamazlar. Bu sebeple çoğun malından hibe ve bağışta bulunmak, malı vakfetme, âriyet verme, borca kefil olma gibi işlemler yapılması mümkün değildir.

b-Çocuğun tamamen faydasına olan tasarruflar geçerlidir. Kimsenin iznine de muhtaç değildir. Çocuğa yapılan hibe ve bağış tamamen onun menfaatine yönelik olduğu için geçerlidir.

c-Mümeyyiz çocukların kâr ve zarar ihtimali taşıyan tasarrufları mevkuftur. Velisinin onayı ile geçerli (nâfiz) olacaktır. Alım-satım, kiralama, rehin, ortaklık kurma gibi hukukî tasarruflar kanunî temsilcinin (veli) onayı ile geçerlilik kazanacaktır. Onay vermemesi durumunda akıt geçerli olmayacaktır.

DİKKAT EDELİM: Mümeyyiz çocuğun edâ ehliyetinin eksik olmasının tasarruflara etkisi sadece hukukî ve malî tasarruflar ile ilgilidir. İbadet mükellefiyeti açısından mümeyyiz çocuk yükümlü olmakla birlikte, yapılan ibadetler geçerli olup, çocuğa sevap kazandıracaktır. İbadetlerin yapılabilmesi için veli onayı söz konusu değildir.

PRATİK OLAY: İnşaat mühendisi olarak çalışmakta olan (A), eşi (B)'den telefonda beşinci çocukları olacağı müjdesini alınca hemen

eve gitmek üzere yola çıkar. Acele ile emniyet kemerini bağlamayı unutan (A) yolda geçirdiği trafik kazasında hayatını kaybeder. Hamile olan (B), üç ve dört yaşında iki kız çocuk, sekiz ve dokuz yaşlarında iki erkek çocuk ile birlikte hayatını sürdürmeye çalışır. Üç yaşındaki çocuk (C) arkadaşları ile top oynarken park halindeki arabaya zarar verir. Dört yaşındaki çocuk (D) ekmek almak için bakkala gittiğinde bakkal ona ekmeği verdikten sonra çikolata hediye eder. Erkek çocuklar teravih namazı dönüşünde bahçede oturup aileye maddi açıdan faydalı işler yapma kararı alırlar. Bu amaçla sekiz yaşındaki çocuk (E) miras hissesi olarak kendisine kalan daireyi daha önce âriyet olarak verdiği kişiden geri alıp başkasına kiraya verir. Dokuz yaşındaki çocuk (F) babasının mirasından payına düşen para ile hisse senedi almaya karar verir. İlkokul çağındaki yetim çocuklara yardım etmek amacıyla kurulan yetimlere yardım vakfı, çocukların eğitim masraflarını üstlen-diği için öğrenim hayatlarına sıkıntı yaşamadan devam etmektedirler.

SORULAR:

1-(A)'nin mirasından kimler hisse sahibidir?

2- Arabaya verilen maddi zararı kimin tazmin etmesi gerekir? Niçin?

3- (D)'nin ekmek satın almasını ve ona çikolata hediye edilmesini hukukî açıdan değerlendiriniz.

4- Teravih namazı kılan çocukların namazı sahih olur mu? Niçin?

5- (E)'nin yaptığı âriyet ve kira akdini sıhhat ve geçerlilik bakımından değerlendiriniz.

6- (F)'nin hisse senedi alması hangi durumda geçerli olacaktır? Niçin?

7- Yetimlere yardım vakfının eğitim masraflarını üstlenmesinin önünde bir engel bulunmakta mıdır?

4- ERGENLİK (BULÛĞ) DÖNEMİ:

Bir çocuğun ergenlik dönemine ulaşmasının biyolojik ve yaşa bağlı iki ölçüsü vardır. Biyolojik ölçüye göre, ergenliğe giriş için belirlenen alt yaş sınırından sonra erkekler ihtilam olmaya başlamakla, kızlar ise âdet olmaya başlama veya hamile kalma ile ergenlik dönemine girdikleri kabul edilir. Ergenliğin alt yaş sınırından önce bu belirtiler görülse ergenlik çağına girilmiş olmaz.

Yaş ölçüsüne göre ergenliğin başlangıcının kız çocuklarda 9 yaşını tamamlayınca olduğu konusunda ittifak vardır. Erkek çocukların ergenlik döneminin alt sınırı Şâfiî ve Mâlikî mezhebine göre 9 yaşın sonu Hanefîlerde 12 yaşın sonudur.⁸⁶ Fıkıh bilginlerinin çoğunluğuna göre her iki cins için de ergenlik yaşının üst sınırı 15 yaştır. Ebu Hanife'ye göre üst sınır kızlarda 17, erkeklerde 18 yaştır. Ergenlik için belirlenen üst sınıra ulaştıktan sonra ihtilam olma, âdet döneminin başlaması gibi biyolojik ölçünün gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın herkes ergen kabul edilmektedir.

BİLGİ NOTU: Yaş olarak ergenliğin alt ve üst sınırları arasında olmasına rağmen henüz kendisinde ergenlik alametleri görünmeyen erkeklere mürâhik, kızlara mürâhika denir.

ARAŞTIRALIM: Mürâhik olan bir çocuğun temyiz dönemindeki çocuktan farklı hükümlere tâbi olduğu durumlar var mıdır? Araştırınız.

Ergenlik dönemindeki bir kişi sorumluluk alma bakımından yeterli gelişim seviyesine ulaştığı için vücup ve edâ ehliyeti tamdır. Bu kişi hukukî, dinî ve ahlâkî sorumlulukları üstlenebilecek durumdadır. Ergenlik dönemi ile birlikte iman ve ibadet mükellefiyeti başlamıştır. Mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi dünyevî, uhrevî ceza ve yaptırımını gerektirecektir.

86 Dalgın, Nihat, “Mürâhik”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamsanklopedisi.org.tr/murahik> (08.02.2019).

Ergenlik dönemindeki şahıs, hukukî tasarruf yapabilme ehliyetine sahip olmakla birlikte malî tasarruflarında reşid olmadıkça dileği gibi hareket edemez.

5- RÜŞD DÖNEMİ

Rüşd kelimesinin sözlük anlamı, doğru yolda gitmek, makul davranmaktır. Hukukî kavram olarak rüşd, kişinin sahip olduğu malları savurganlıktan uzak bir şekilde kendisi, ailesi ve yaşadığı toplum yararına kullanabilme halini ifade etmektedir. Rüşd vasfına sahip olana reşid denir. Reşidin zıddı sefihtir. Sefih, aklı ve temyiz kudreti olmasına rağmen akılsızca davranıp malını ölçsüz harcayan, saçıp savuran kimsedir. Burada yapılan tarifler de göstermektedir ki, rüşd kavramı irade ile ilgilidir ve malî tasarruflara aittir. Reşid, malî tasarruflar bakımından ehliyetli ve yaptıkları hukuken geçerli iken, sefihin malî tasarruf ehliyeti yoktur ve yaptığı işlemler hukuken muteber değildir.

Ergen olan şahıs edâ ehliyeti bakımından malî tasarruflar dışındaki tüm hukukî işlemlerde yetkili ve mükellefiyetlerle sorumludur. Reşid olduğu tespit edilince malî tasarruflar da dâhil olmak üzere edâ ehliyetini bütünüyle elde etmiş olur. Buna bağlı olarak, üzerinden vesayet kalkar ve malı kendisine teslim edilir ve istediği gibi tasarruf edebilir.

BİR AYET:

وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا (٦)

“Yetimleri deneyin. Evlenme çağına (bulûğa) erdiklerinde, eğer reşid olduklarını görürseniz, mallarını kendilerine verin. Büyüyecekler (ve mallarını geri alacaklar) diye israf ederek ve aceleye getirerek mallarını yemeyin. (Velilerden) kim zengin ise tenezzül etmesin.

Kim de fakir ise, aklın ve dinin gereklerine uygun bir biçimde yesin. Mallarını kendilerine geri verdiğiniz zaman da yanlarında şahit bulundurun. Hesap görücü olarak Allah yeter.” (Nisâ Suresi, 4/6).

Rüşd dönemi cinsel gelişim süreciyle doğrudan irtibatlı olmadığı için rüşd, bulûğdan farklıdır. Zaman, mekân, yetişme şartları, şahsî kabiliyet gibi etkenlere bağlı olarak bir kişinin reşid olması bulûğ ile birlikte olabileceği gibi sonra da gerçekleşebilmektedir. Ergenlik çağına ulaştığı halde reşid olmayan şahısların durumu hakkında müctehidler arasında görüş farklığı bulunmaktadır.

Ebu Hanife’ye göre, bulûğa eren şahıs reşid olmasa bile üzerindeki velayet ve vesayet kalkar, ehliyetleri tamamlanmış olur. Sefih olması onun hukukî tasarruflarının kısıtlanmasını (hacrini) gerektirmez. Ancak malı ihtiyat ve tedbir amacıyla reşid oluncaya veya yirmi ^{bes} yaşını dolduruncaya kadar kendisine teslim edilmez. Yirmi beş yaşından sonra reşid olmasa da malı kendisine teslim edilir.

ARAŞTIRALIM: Ebu Hanife’nin sefihlerin hacrini kabul etmemesinin gerekçesi nedir? Araştırmınız.

Müctehidlerin cumhuruна göre, reşid olmadan bulûğa eren şahıs hukukî işlem yeterliliği bakımından kısıtlıdır. Rüşd çağına ulaşuncaya kadar malı kendisine teslim edilmez. Kaç yaşına gelirse gelsin reşid olmayanlar malî tasarruflarda mahcur hükmünde olur. Mecelle’de “Bir çocuk gayri reşid olarak bâliğ olursa rüşdü tahakkuk etmedikçe malı kendisine verilmeyip kemafissabık tasarruftan men olunur.” (Madde 982) şeklinde kanunlaştırmaya gidilerek bu konuda cumhurun görüşü tercih edilmiştir.

ARAŞTIRALIM: Müctehidlerin cumhurunun sefihlerin hacrini kabul etmesinin gerekçesi nedir? Araştırmınız.

BİR SORU-BİR CEVAP: Sefih olmak ile gayri mümeyyiz olmak arasında hangi farklar vardır? Gayri mümeyyizden farklı olarak sefihlin aklı yeterliliği vardır. İyiyi ve kötüyü ayırabilmektedir. Ancak iradesine hâkim olamadığı için malî tasarruflarında makul

davranmamaktadır. Gayri mümeyyizler için hukukî tasarruflarda umumî kısıtlılık bulunurken, sefihlerin sadece mal üzerindeki tasarruflarında kısıtlanma söz konusudur.

Rüşd çağının başladığının tespiti için her bir şahsın malî konulardaki tutumunun tecrübe edilmesinin zorluğu, yeterliliğin tespitiinde takdir hakkının kullanılması, kişinin reşid olup olmadığı konusunda lehde ve aleyde görüşlerin ortaya çıkabilme ihtimali hukukî istikrar için isabetli olmadığından kanunlarda belirli bir yaşın rüşd başlangıcı olarak benimsenmesi yoluna gidilmiştir. Günümüzde İslâm hukukuna göre hazırlanan kanunlarda rüşd yaşı 18 ila 21 yaş arasında değişmektedir.⁸⁷ Rüşd döneminin tespiti kamu otoritesinin salahiyeti kapsamında olup, yetkililer fert ve toplumun menfaatini gözетerek yaşanan zamana ve bölgeye göre en uygun yaşı rüşd başlangıç yaşı olarak tespit edebilecektir.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangi dönemde şahıs her türlü hukukî ve malî işlemi yapabilecek tam edâ ehliyetine sahip olur?

a-Temyiz çağı öncesi dönem

b-Temyiz çağı dönemi

c-Rüşd dönemi

d-Ergenlik dönemi

TEST SORUSU: Sefih kavramının zıddı hangisidir?

a-Temyiz b- Reşid c- Bulûğ d- Zimmet e- Müsrif

87 Atar, Fahrettin, “Rüşd”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV, 28.

Gelişim Dönemlerine Göre Ehliyetler:

	Vücup Ehliyeti	Edâ Ehliyeti
Cenin	Eksik	Yok
Gayri Mümeyyiz	Tam	Yok
Mümeyyiz	Tam	Eksik
Ergen (Bâliğ)	Tam	Tam (Malî Tasarruf Hariç)
Reşîd	Tam	Tam

EDÂ EHLİYETİNİ DARALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER (EHLİYET ÂRIZALARI)

Ehliyetin daralması veya tamamen ortadan kalkması edâ ehliyeti için söz konusudur. Vücup ehliyeti insan olma vasfına bağlı bulunduğundan dolayı hayatta olan herkesin vücup ehliyeti tamdır ve ölüm gerçekleşinceye kadar bu hal üzere devam etmektedir. Ölüm ile şahsiyet sona erdiği için tüm ehliyetler de sona ermektedir.

Edâ ehliyeti insanın akli gelişimine bağlı olduğu için süreç içinde tamamlanmakta ve rüşd dönemi ile birlikte tam edâ ehliyeti ortaya çıkmaktadır. Ancak reşîd olan bir kişinin aklını kullanıp kullanamamasına bağlı olarak sonradan ortaya çıkan bir etken sebebiyle edâ ehliyetinde azalma ya da ortadan kalkma durumu da söz konusu olabilmektedir.

Ehliyet ârizalarından kişinin istek ve iradesi dışında meydana gelenler semavî ârıza, kişinin istek ve iradesi ile meydana gelenlere müktesep ârıza denilmektedir.

Başlıca Ehliyet Ârizaları: Akıl hastalığı, bunama, bayılma, uyku, maradu'l-mevt, sarhoşluk, sefeh, borçluluk, unutmama, ikrah, hata, hezl

DİKKAT EDELİM: Klasik dönemde edâ ehliyetini kısıtlayan ârizalardan olarak sayılan hata, ikrah, sefer, hezl ve unutmama çağdaş bazı İslâm hukukçularının eserlerinde ehliyet ârizası olarak değil rızayı bozan sebepler ve hükümlerde ruhsatlara yol açan durumlar olarak değerlendirilmektedir.

DİKKAT EDELİM: Edâ ehliyetini tamamen ortadan kaldıran ârızalar şahsı, gayri mümeyyiz çocuk seviyesine, ehliyeti daraltan ârızalar ise mümeyyiz çocuk seviyesine indirmektedir.

1- Akıl Hastalığı (Cünûn, Delilik)

Akıl ve ruh sağlığının bozulması ve aklî melekenin bulunmaması durumudur. Akıl hastaları muhakeme yeteneğinden ve iyiyi kötüyü ayırabilecek temyiz gücünden yoksundur. Akıl hastalığı edâ ehliyetini tamamen kaldıracağı için gayri mümeyyiz çocuklarla aynı hüküm geçerlidir.

Aklî etkileyen hastalığın sürekli olmayıp nöbet şeklinde aralıklarla gerçekleşmesi durumunda hastalık dönemlerinde edâ ehliyeti bulunmazken, sağlıklı geçirilen süreçlerde ehliyet bulunduğu için yapılan hukukî tasarruflar geçerlidir.

Akıl hastaları hâkimin kararına bağlı olmaksızın mahcurdurlar. Akıl hastalarının şahıs ve mallarını kanunî temsilcileri idare eder. Cezaî ehliyetleri yoktur. Başkasının mallarına zarar vermeleri durumunda malî sorumlulukları vardır. Verdikleri zarar mallarından tazmin olunur.

İbadetlerle mükellef değildirler. Ancak bir günden kısa süren cünûn (delilik) durumunda kılınmayan namazların kazası kılınmalıdır. Bir günden uzun süren delilik durumunda ileriki zamanda kişi sağlığına kavuşursa geçmiş namazların kaza mükellefiyeti yoktur.

2- Bunama (Ateh)

Bunaklık, bir tür beyin hastalığı olduğu için bu durumda olan kişiler aklî melekelerini yerli yerinde kullanabilme gücüne sahip değildirler. Bunaklık hukukî tasarrufta bulunabilme ehliyetini olumsuz yönde etkileyerek eksik edâ ehliyeti olma sonucunu doğurmakta ve şahsı temyiz dönemindeki çocuk seviyesine indirmektedir.

Mâtuh durumunda olan kişi ibadetle mükellef olmamakla birlikte, ibadet yaparsa sahih olur. İşlediği suçlara karşılık bedenî ceza uygulanmaz. Ancak malî yönden sorumlu tutulur. Telef ettiği şeyleri tazminle mükelleftir.⁸⁸

BİLGİ NOTU: Akıl hastaları ve bunaklar (mahcur) hacr altındadırlar.

3- Uyku ve Baygınlık:

Uyku ve baygınlık hali şahsın akıl ve iradesini kullanmasını geçici olarak engelleyen bir durumdur. Uyku ve baygınlık edâ ehliyetini ortadan kaldırır. Bu halde temyiz kudreti bulunmayacağından muamelata ilişkin tasarruflar ve söylenen sözler hükümsüzdür. Bu kişilerin fiillerinden dolayı başkasına zarar veren bir sonuç ortaya çıksa bedenî cezaya çarptırılmazlar, ancak verilen zararın tazmin edilmesi gerekir. Uyku halinde kılınamayan namazların kazasının kılınması gerekir.

4- Maradu'l-Mevt (Ölümlle Sonuçlanan Hastalık):

Maradu'l-mevt, bir kişinin ağır bir hastalığa yakalanıp hiç iyileşmeden bu hastalık sebebiyle ölmesi ile neticelenen hastalıkları ifade etmektedir.

Hastalık hali normal şartlarda ehliyetleri ortadan kaldırmayıp sadece güç yetirilemeyen hususlarda ruhsat hükümlerin uygulanmasını sağlamaktadır. Ancak fakihler ölümle sonuçlanan hastalığı diğer hastalıklardan ayırarak şahsın tasarruflarını kısıtlayan bazı kaideler benimsemişlerdir.

Maradu'l-mevt durumunda olan hastanın vârisler ve alacaklılar aleyhine tasarrufta bulunmasını engellemek amacıyla hukukî tasarruf ehliyetinde kısıtlamaya gidilmiştir. Buna göre,

Borcu ile malvarlığı eşit olan hasta, hibe ve vakıf gibi teberru nitelikli akitler yapma bakımından mahcurdur. Alacaklılar razı olmadıkça bu tasarruflar geçerli değildir.

88 Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İstanbul 1992, s. 150.

Borcundan fazla olan malından yaptığı teberrular ise malının üçte biri kadarı oranda geçerlidir. Daha fazla miktardaki teberruların sıhhati vârislerin rızasına bağlıdır.

5- Sarhoşluk

Sarhoşluk, akıllı ve temyiz gücünü ortadan kaldıran bir durumdur. Edâ ehliyetine tesiri bakımından sarhoşluğu iki ayrı başlık altında ele almak gerekir.

a-Edâ ehliyetini ortadan kaldıracakı konusunda fukahânın ittifak ettiği sarhoşluk:

Sarhoşluk veren içki, ikrah altında ya da zarurete dayalı içilmişse veya içki olduğu bilinmeden yanlışlıkla içilmişse bu durumdaki şahıs yaptıkları bakımından baygınlık geçiren kişilerle aynı hükümdedir. İbadetlerini kaza eder, kavli tasarrufları muteber değildir. Fiili tasarruflarından dolayı bedenî ceza verilmemekle birlikte, başkalarına verdiği zararı tazminle mükellef olur.

b- Edâ ehliyetini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusunda fukahânın ihtilaf ettiği sarhoşluk:

Sarhoşluk veren bir içkinin bilerek içilmesi sebebiyle meydana gelen sarhoşluğun edâ ehliyeti üzerinde tesiri konusunda müctehidler iki farklı görüş ortaya koymuşlardır.

Birinci görüşe göre, bu kişinin edâ ehliyeti ortadan kalkmıştır. Çünkü akıllı ve iradesini sağlıklı bir şekilde kullanabilecek durumda değildir. Sarhoşun, evlenmesi, boşanması, alış-verişi, hibesi, irtidadı muteber değildir. Ancak verdiği zararlar malından tazmin edilir. Tahavî, Kerhî, Ebu Yusuf, Müzenî, Osman Elbettî, Leys, İbn Kayyım bu görüşü benimsemişlerdir.

İkinci görüşe göre ise, sarhoşun bütün tasarrufları hukuken muteberdir. Fukahânın çoğunluğu, sarhoşu cezalandırma gayesiyle bu görüşü benimsemişlerdir. Ancak Hanefiler sarhoşun irtidadını muteber kabul etmemişlerdir.

MÜNAZARA YAPALIM	
a- Sarhoşun edâ ehliyeti vardır.	b- Sarhoşun edâ ehliyeti yoktur.

PRATİK OLAY: Şehir hastanesinin doktoru (A)'ya, ölmek üzere olan hastası (B) odada bulunan çocuklarından gizlice bir zarf vermiştir. Zarfın içindeki mektupta malının yarısını Kızılay'a bağışladığını, diğer yarısının da Yeşilay'a verilmesini vasiyet ettiğini yazmıştır. Doktor, olayın şaşkınlığı içinde hastanenin koridorunda yürümekte iken akıl hastası (C)'nin kantindeki tüm bardakları kırdığına şahit olmuştur. Güvenlik görevlilerinin müdahalesi ile olay sükûnete kavuşmuşken üst kattan gelen büyük bir gürültü ile herkes endişe yaşamıştır. Sesin ortaya çıkma sebebinin uyumakta olan hasta (D)'nin yataktan düşerek hastanenin görüntüleme cihazını kırması olduğu anlaşılmıştır. Olaylar ile dolu geçen günün ardından eve gelen doktoru, evde iki büyük problem beklemektedir. Ateh durumunda olan babası (E) evden ayrılmış ve bir daha kendisinden haber alınamamıştır. Oğlu (F), işlettiği dükkânı sarhoş iken yan komşusuna hibe etmiştir. Tüm bu problemler karşısında gücünü ve direncini kaybeden doktor baygınlık geçirmiş iki gün sonra kendisine gelebilmiştir.

Sorular:

1- (B)'nin yaptığı hibe ve vasiyet işlemini hukukî ehliyet teorisi çerçevesinde değerlendiriniz.

2- (C)'ye, verdiği zarar karşısında müeyyide uygulanacak mıdır? Niçin?

3- (D) görüntü cihazını tazmin ile yükümlü müdür? Niçin?

4- (E)'nin mirasını taksim zamanı hakkında mezheplerin görüşleri nedir?

5- (F)'nin yaptığı hibenin geçerliliği hakkında müctehidler hangi görüşleri benimsemişlerdir?

6- Baygınlık geçiren doktor kılamadığı namazları kaza ile mükellef midir? Niçin?

6- Sefihlik:

Sefih, akli melekeleri yerinde olmakla birlikte malı üzerinde akla ve mantığa uygun hareket edemeyen, malını saçıp savuran kişi demektir.

“Allah’ın geçiminize dayanak kıldığı mallarınızı sefihlere vermeyin; o mallarla onları besleyin, giydirin ve onlara güzel söz söyleyin.”⁸⁹ ayetinin açık delaleti sebebiyle sefih olarak bulûğa eren şahıslara mallarının rüşdünü ispatlayınca kadar teslim edilmeyeceğinde ittifak vardır. Ancak Ebu Hanife’ye göre, bu kısıtlanmanın azamî süresi 25 yaştır. Bu yaştan itibaren sefih olsa bile şahıslara mallarının teslim edilmesi gerekir.

Sefihlerin edâ ehliyeti sadece malî tasarruflarda kısıtlanmaktadır. Diğer hukukî işlem yapabilmek yetkileri mevcuttur. Sefihler tüm ibadetlerle mükellef oldukları gibi yaptıkları hukuka aykırı fiillerden dolayı sorumlu tutulurlar. Evlenme ve boşamaları geçerlidir. Sefihler malî sonuçları olan hukukî işlemlerde mümeyiz çocuklarla aynı hükme tâbidir.⁹⁰

KARŞILAŞTIRALIM: Sefih, yaşı kaç olursa olsun hacr altında olur diyen müctehidler malların zayi olmamasını ve kamu menfaatinin sağlanmasını esas alırken, Ebu Hanife 25 yaşından sonra sefihlere malları teslim edilir derken, aklı başında olan insanın mahcur olması malının zayi olmasından daha kötüdür düşüncesinden hareket etmektedir. Her iki yaklaşımı fayda-zarar denkleminde karşılaştırınız.

BİLGİ NOTU: İmam Muhammed’e göre, hacr için sefahetin olması yeterli iken İmam Ebu Yusuf’a göre sefih ancak hâkimin hükmüyle hacr altına alınabilir.

PRATİK OLAY: Kısa zamanda zengin olması ile tanınan (A) bu zenginliği nasıl elde ettiğini anlattığı kitabında şu bilgilere yer vermektedir: “Ben, dört farklı insan ile yakınlık kurarak zengin oldum. Ölmek üzere olan ağır hastaları tespit edip onlarla yakınlık kurarak mirasının büyük kısmını bana vasiyet etmesini sağladım.

89 Nisâ Suresi, 4/5.

90 Atar, Fahrettin, “Sefeh”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV, 83.

Sarhoşların hep yakınında yer aldım. Sarhoş iken kendime hibe yapmalarını sağladım. Parasının hesabını bilmeyip har vurup harman savuran kişilerle dostluklar kurdum, onların eline para geçtiği günü hiç kaçırmayıp onun verdikleri ile ihtiyaçlarımı karşıladım. Nerede bir bunamış insan görsem, hemen onunla yakınlık kurarak şahsıma hibe ve vasiyet yapmasını sağladım.”

Soru: (A)’nın zengin olmak için başvurduğu yolları ehliyet teorisini göz önünde bulundurarak hukukî literatüre uygun ve müdellel olarak tahlil ediniz.

7- Borçluluk:

Borç kişinin malına değil, zimmetine bağlı olduğu için borçlu malında bir kısıtlamaya uğramadan istediği gibi hareket edebilir. Genel hüküm bu şekilde olmakla birlikte insanların bu serbest tasarruf hakkını kötüye kullandığını gören fakihler alacaklıların haklarını koruyabilmek amacıyla borçluluğu edâ ehliyetini daraltan ehliyet arızası olarak kabul etmişlerdir.

Borcu mal varlığından fazla olan şahıslar, malî tasarruflarda mahcur değildirler. Ancak bu şahısların mallarını alacaklılardan kaçırma ihtimali taşıyan hibe, vakıf, malı piyasa değerinin altında fiyat ile satış gibi tasarruflarının alacaklılar razı olmadığı sürece geçersiz olacağı kabul edilmiştir.

Borçluluk edâ ehliyetini daraltan bir durum olarak kabul edilerek hileli iflasların, alacaklılardan mal kaçırmak için yakın akrabaya yapılan hibelerin, bedava sayılabilecek fiyatlarla muvazaalı işlemlerle malların satılmasının önüne geçilmiş olmaktadır.

8- Unutmak:

Unutmak, akılda var olan bir bilginin hatırlanamamasıdır. Unutma, kişinin sorumluluğunda olup yapması gereken fiilin vücutbiyetini ortadan kaldırmadığı için vaktinde eda edilemeyen yükümlülüğü kaza olarak yerine getirme mükellefiyeti vardır.

Unutma, kul hakkı ihlallerinde ve ceza hukukuna aykırı davranışlarda özür ve mazeret değildir. Bu sebeple bir kimse arkadaşına ait olduğunu unutarak onun malını telef etse veya ona ait olan bir yiyeceği yemiş olsa onu ödemek zorundadır. Bu durumda unutma mazeret olarak ileri sürülemez.⁹¹

Mali sorumluluklarda unutma, mükellefiyeti düşürmez.⁹² Yiyecek maddesi satıp da unutarak bu sattığı maldan yiyen kimseye bu davranışından dolayı günah yoktur. Ancak başkasına ait olan hakkı tazmin mükellefiyeti vardır. Çünkü tazminat mükellefiyeti unutma ile sâkıt olmaz.⁹³

Unutma, Allah hakları kapsamındaki sorumluluklarda, insana hatırlamayı sağlayacak şartların ve durumların olmaması halinde mazerete neden olabilmektedir. Hz. Peygamber (s.a.) “*Şüphesiz Allah ümmetinden hata, unutma ve ikrah altında kalarak yaptıklarından sorumluluğu kaldırmıştır.*”⁹⁴ buyurarak unutarak yapılmayan mükellefiyetlerden dolayı uhrevî sorumluluğun doğmayacağını bildirmiş; farz namazı kılmayı unutma hakkında da “*Kim namaz kılmayı unutursa hatırlayınca kılsın. Bu kişiye bundan başka keffâret (sorumluluk) yoktur*”⁹⁵ buyurmuştur. Bu sebeple unutmanın günahı düşüreceği fikhî ilke olarak kabul edilmiştir.⁹⁶

9- İkraḥ:

İkraḥ, sözlükte zorlamak ve kişiyi istemediği işi yapmaya itmek anlamına gelmektedir. Hukukî terim olarak ikrah, bir kimseyi tehdit ederek ve korkutarak rızası olmaksızın bir sözü söylemeye veya bir işi

91 Uzunpostalcı, “İslâm Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 9, s.71; Ceburî, *Avârızü'l-ehliyyeinde'l-usûliyyin*, s.217.

92 Sîbâî, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s. 21.

93 İbn Abdisselâm, *el-Kavâidu'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*, II, 3.

94 İbn Mâce, *Talak*, 16, 2045.

95 Buhârî, *Mevâkıtu's-Salât*, 597; Ebû Dâvud, *Salât*, 11, 442.

96 Suyûtî, Celâleddin Abdurrahman, *el-Eşbâḥ ve'n-nezâir*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrût, 1990, I, 188.

yapmaya haksız olarak sevk etmek demektir.⁹⁷ İkrahin hukukî sonuç doğurabilmesi için mükrihin tehdidi gerçekleştirebilecek güce sahip olması gerekir.

DİKKAT EDELİM: Bir kimsenin üzerine şer'an/hukuken vâcip olan bir işe, meselâ hacizli borçlunun malını satmaya zorlanması literatürde genelde "icbar" terimiyle karşılaşılır ve ikrah kapsamına girmez.⁹⁸

BİLGİ NOTU: Mükrih: Bir kişiyi istemediği bir işi yapmaya zorlayan ve korkutan kimsedir. Mükreh: Bir iş yapmaya zorlanan kimsedir.

Hanefî fakihler ikrahı, hukukî işlemlere tesiri bakımından mülci ve gayr-ı mülci olmak üzere ikiye ayırmışlardır.

Mülci İkrahi: Öldürme veya ölüme yol açacak şiddette dövme ya da bir organını kesme, servetinin tümüne el koyma gibi şiddetli tehdit ile bir iş yapmaya zorlamadır. Tehdit, kişinin ailesinin bir ferdi üzerinden yapılmasa da aynı kapsamda değerlendirilir.

Gayr-ı Mülci İkrahi: Ölüme ya da organ kaybına yol açmayacak ölçüde dövme, hapsetme gibi sadece elem ve üzüntüye sebep olacak bir tehdit ile yapılan ikrahtır.

İkrahin Tasarruflara Etkisi

İkrahi altında yapılan tasarrufların geçerliliği bakımından Hanefî mezhebi ile diğer mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Şafîî, Mâlikî ve Hanbelî Mezheplerine göre ikrahi altında yapılan hukukî işlemler kural olarak geçersizdir. Zorlanan kimsenin sözünün hiçbir hukukî değeri yoktur; boşaması, alım satımı ve diğer sözlü tasarrufları hüküm doğurmaz.

Hanefî Mezhebine göre; kavli tasarruflarından mükreh sorumlu tutulur. Talak, nikâh, yemin, nezir, gibi feshi kabil olmayan kavli

97 Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar*, İstanbul 1973, s. 212.

98 Bardakoğlu, Ali, "İkrahi", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/ikrah> (31.01.2019).

tasarrufları ikrah halinde geçerli olup, hüküm ifade eder. Alım-satım, kiralama gibi feshi kabil olan kavli tasarruflar ise fasiddir. İkrah altında yapılan hukukî işlem ikrar türünden ise hüküm ifade etmez, batıldır. Mülci ikrah altında işlenen fiillerin üç farklı hükmü bulunmaktadır.⁹⁹

a-İçki içme, domuz eti yeme gibi zaruret durumunda müsaade edilen haram fiiller ikrah durumunda işlenmesi gerekir. Dinin verdiği bu ruhsatı kullanmayan günahkâr olur.

b-Dinden irtidat ettiğini söyleme gibi fiiller ikrah durumunda işlenebilir. Ancak ölüm veya yaralama gibi olabilecek sonuçlara katlanarak fiili işlemeyi reddetmek de mümkündür.

c-Hiçbir şekilde ikrah ile sâkıt olmayan fiiller vardır. Mesela haksız yere başkasını öldürme gibi bir fiili işlemek hiçbir şekilde caiz olmayacaktır.¹⁰⁰

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisini ikrah altında işlemek caiz değildir?

a-İçki İçmek

b-Domuz eti yemek

c-Kalbi ile inandığı halde dili ile inkâr ettiğini söylemek

d-Adam öldürmek

e-Ramazân orucunu bozmak

BİLGİ NOTU: Fesih, hukukî bir muamelenin irade ile veya meşru sebeplere dayalı olarak ortadan kaldırılmasıdır. Akitler feshi kabil olan ve olmayan diye ikiye ayrılmaktadır. Alım-satım ve kira akdi feshi kabil akitlere örnektir. Nikâh ve talak ise feshi kabil olmayan akitlere örnektir.

99 Atar, *Fıkıh Usulü*, s. 154.

100 Güleç, Hasan, "İkrah", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, II, 376-377.

TARTIŞALIM: İkrahin tasarruflara etkisi konusunda Hanefî mezhebinin görüşüne göre kanunî düzenlemeler yapılması durumunda toplumda karşılaşılabilecek muhtemel problemler nelerdir? Tartışınız.

BİLGİ KUTUSU: Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi 105. Maddesinde mükrehin talakının muteber olmadığı benimsenmiştir.

BİR SORU-BİR CEVAP: Oruçlu bir kişi mükrihin tehdidi ile yemek yese orucu bozulur mu? Hanefî mezhebine göre ikrah halinde yeme-içmeyle oruç bozulur. Şafîî ve Hanbelî mezhebine göre oruçlu iken ikrah sebebiyle yemek yiyenin orucu bozulmaz.¹⁰¹

10- Hata:

Sözlükte yanlış, yanılma gibi anlamlara gelen hata hem doğrunun (savâb) hem de kasd (amd) karşıtı olarak kullanılmaktadır. Fıkıhta kasdın karşıtı olarak hata, insanın istediğinden farklı bir söz söylemesi veya fiil işlemesi olarak tanımlanır.¹⁰²

Hata, Allah haklarının düşmesinde bir mazeret olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, ictihadda hata yapan müctehid ya da kıble araştırması yaparken hata ile başka yöne dönerek namaz kılan musallî günah işlemiş olmaz.

Hata, kısas ve had cezalarında cezayı düşürücü veya hafifletici bir sebep olarak kabul edilmektedir. Hateaen adam öldürmede kısas cezası uygulanmaz, diyet gerekli olur.

Hata, kulların malî hakların düşmesinde geçerli bir mazeret olmaz. Bu sebeple başkasının malını hata ile telef eden kişi malın bedelini tazminle sorumlu olur.

Hanefilere göre hukukî muamelelerde hata, akdin kurulmasına engel olmaz. Şâfililere göre ise, hataen söylenen sözlü tasarruflar geçerli değildir.

101 Akyüz, Vecdi, *Mukayeseli İbadetler İlmihali*, İz Yayıncılık, İstanbul 1995, II, 402.

102 Atar, “Hata”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, II, 187.

KARŞILAŞTIRALIM:

Hanefiler	Şâfiler
Hata ile yemek yiyen kişinin orucu bozulur ve kazası gerekir	Unutarak yiyenin orucu bozulmadığı gibi hata ile yemek yiyenin de orucu bozulmaz.
Koca karısını hata ile boşasa talak gerçekleşir.	Hataen söylenen bir sözle talak gerçekleşmez.
Hata ile yapılan alım-satım, kira gibi akitler hukukî sonuç doğurur.	Hataen söylenen bir sözle alım-satım, kira gibi akitler meydana gelmez.

11- Hezl:

Hezl sözlükte, şaka, espri, mizah anlamına gelmektedir. Fıkıh terimi olarak hezl, kişinin kendi rızası ve ihtiyarı ile bir söz söylemesi ancak bu sözüne hukukî sonuç bağlanmasını istememesidir.¹⁰³ Hezl yapan kişiye hâzil denir.

DİKKAT EDELİM: Hatada, kişinin iradesi ile beyanı arasındaki uyumsuzluk kasdi değildir. Hezilde ise irade ile beyan arasında kasdi uyumsuzluk vardır.

Hanefiler hezlin tesir ettiği konuları itikad, ihbar ve inşâ şeklinde üç kısımda değerlendirirler.

a-İnançla ilgili konularda şaka ile söz söyleyenin küfre düşmesi söz konusu olabilecektir. Kutsal değerlerin alay ve eğlence konusu olması mümkün değildir.

b-Hukukî bir olayın gerçekleştiğini hezl yoluyla haber veren ya da çeşitli ikrarlarda bulunan kişinin sözünün hukukî bir değeri yoktur. Bu sebeple “Cemil’e evi sattım.”, “Cemile ile evlendim.” gibi şaka yoluyla yapılan haber vermeler hukukî bir netice doğurmaz.

103 Atar, “Hezl”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, II, 238.

c- Alım-satım, kira gibi feshi kabil tasarruflarda hezl olması, akdi batıl değil, fasid kılar. Ancak evlenme, boşanma, yemin, nezir gibi feshi kabil olmayan hukukî muamelelerde hezl olsa bile yapılan işlem geçerli kabul edilir.

Hâzilin boşanma konusundaki irade beyanının geçerliliği konusunda müctehidler arasında ihtilaf vardır. İmam Ebu Hanîfe ve İmam Şâfi'ye göre gayri ciddi bir şekilde boşama lafzı kullanılmış ise talak gerçekleşir. İmam Mâlik ve İmam Ahmed b. Hanbel'e göre ise, boşama niyeti yoksa şaka yoluyla söylenen sözlere hüküm bağlanmaz. Çünkü Kur'an-ı Kerim'de talak hakkında "Eğer boşanmaya kararlı iseler, bilsinler ki Allah şüphesiz işitir ve bilir."¹⁰⁴ buyrulmuştur.

TEST SORUSU

Verilen bilgi ve hükümlerden hangisi yanlıştır?

a- Hata, Allah haklarının düşmesinde bir mazeret olarak kabul edilmektedir.

b- Hanefi mezhebine göre feshi kabil tasarruflarda hezl olması, akdi batıl kılar.

c- Hata, kulların malî hakların düşmesinde geçerli bir mazeret olmaz.

d- Mülci ikrah, öldürme veya ölüme yol açacak şiddette dövme ya da bir organını kesme şeklinde yapılan ikrahtır.

e- Unutma, kul hakkı ihlallerinde ve ceza hukukuna aykırı davranışlarda özür ve mazeret değildir.

12- Ölüm:

Ölüm, kişinin edâ ehliyetini ortadan kaldıran bir durumdur. Ölümlün tüm mükellefiyetleri sona erer. Vücup ehliyetinin zimmetle

104 Bakara Suresi, 2/227.

doğrudan bağlantısı vardır. Ölünün zimmetinin devam edip etmediği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır.

a- Ölünün zimmeti derhal sona erer. Bu sebeple ölünün vücup ehliyeti tam olarak bulunmadığı gibi nâkıs olarak da bulunmaz. Ölünün borçları mallarından ödenir. Malı yoksa borcu düşmüş olur.

b- Ölünün zimmeti tam olarak hemen sona ermez, ancak zayıflamış olur. İflas ederek ölen bir kişiye başkasının kefil olması mümkün değildir. Ölünün zimmeti borçlarının ödenmesi ve mirasının taksiminden sonra tamamen ortadan kalkar.

c- Ölünün zimmeti sona ermez devam eder. Borçlar, ölüm ile düşmüş olmaz. Ölünün borçlarına kefil olmak mümkündür. Borçlar ödenip terikenin taksiminden sonra vücup ehliyeti sona erer.¹⁰⁵

BİR SORU-BİR CEVAP: Ölünün zekât borçları düşer mi? Hanefî mezhebine göre ölü uhrevî sorumluluğunu taşımakla birlikte dünyevî hükmü olarak zekât borcu düşer, terikeden ödenmesi gerekmez. Şâfiî mezhebine göre, zekât borcu ölümle sona ermez. Terikeden zekât borcu ödenir.

ARAŞTIRALIM: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin hangi maddelerinde ehliyet ârızaları konularının ele alındığını araştırınız.

LİSTELEYELİM: Yakın aile ve akraba çevremizde bulunanları edâ ehliyetleri bakımından listeleyiniz.

YORUMLAYALIM: Fıkıhta, şahısların ehliyetlerinin mevcudiyeti ve ehliyet ârızaları ile ilgili ayrıntılı hükümlerin mevcudiyeti fıkıhın en çok hangi niteliğini göstermektedir? Yorumlayınız.

BİR SORU: Ehliyet ârızalarının hangilerinde şahısların ibadet mükellefiyeti düşmektedir?

105 Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkh*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut t.y., s. 110-111.

OKUMA PARÇASI: Muhammed Mustafa ez-Zuhaylî, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dımaşk 2006, I, 496-497.

عوارض الأهلية: بما أن أهلية الأداء تساوى المسؤولية التى تقوم على العقل، وبما أن أحوال الإنسان وقدراته العقلية معرضة لطوارئ ونقص وتغيير، فإن قدرته على الفهم وصلاحيته للالتزامات تتغير، وبالتالي فإن أهلية التكليف تختلف بحسب الطوارئ، وأطلق العلماء على هذه العوامل التى تؤثر فى أهلية الأداء اسم عوارض الأهلية، لأنها تمنع الأحكام التى تتعلق بأهلية الوجوب، أو بأهلية الأداء، عن الثبوت؛ لنقص فى العقل أو فقدانه. وهذه العوارض إما أن تكون سماوية، وهى التى تثبت من قبل الشارع، ولا كسب للإنسان فيها، ولا اختيار له فى وقوعها، وأهمها الجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء، وإما أن تكون عوارض كسبية تقع بفعل الإنسان وكسبه واختياره، وأهمها الجهل والسكر والسفه والخطأ والإكراه. وهذه العوارض تؤثر على الأهلية، ولكن تأثيرها يختلف من حالة إلى أخرى، فبعضها يزيل الأهلية، وبعضها ينقصها، وبعضها يغير فى الأحكام فقط

PRATİK ÇALIŞMA

Kumaş ticareti ile meşgul olan (A), terzilik yapan ilkökul arkadaş (B) ile ortak hazır giyim mağazası açmaya karar verirler. (A)'nın sattığı elbiselerin terzilik işçiliğini (B) yapmaktadır. Başlangıçta iyi giden ortaklık (B)'nin sorumsuz davranışları sebebiyle günden güne bozulmaya başlamıştır. Müşterilerden (C)'nin kısaltması için verdiği ceketin bir kolunu dükkândaki sobaya sürerek yakmıştır. Pantolonunu teslim almak için gelen (D)'ye terzi (B) pantolonun yerini unuttuğunu bu sebeple teslim edemeyeceğini söylemiştir.

Ciddiyetsizlik bakımından da (B) şöhret bulmuştur. Bir gün takım elbisesini almak üzere gelen müşteri (E)'ye elbisenin yanında bir mendil uzatmış, müşterinin şaşırıldığını görünce “Elbise mendil doğurdu. Bugün elbisenin doğurduğunu kabul ettirebilirsem bir dahaki gelişinde öldüğüne de ikna edebilirim”. diye gülererek karşılık vermiştir. Babasının iş ortağı sebebiyle yaşadığı problemlere üzülen (F), (B)'nin dükkânına giderek öldürmekle tehdit ederek 10.000 tı borç ikrarında bulunmasını sağlamıştır. Bununla da yetinmeyerek arabasını yarı fiyatına kendisine satmasını sağlamıştır. İş ahlâkı ve disiplini olmadığı için malî durumu kötüleşen (B) müflis olarak ve geçmiş yıllarda biriken zekâtını borcunu ödemedi ölmüştür.

SORULAR:

1-(C)'nin ceketini hata ile yaktığını bu sebeple tazmin etmeyeceğini söyleyen (B) haklı mıdır? Niçin?

2- (D)'nin pantolonunun yerini unuttuğu için sorumluluk kabul etmeyen (B) haklı mıdır? Niçin?

3- (E) mendile sahip olmuş mudur? Niçin?

4- (B)'nin ölüm tehdidi altında borç ikrarının ve alım-satım akdinin geçerliliği var mıdır?

5- (B)'nin zekât borçlarının öldükten sonra ödenmesi konusunda mezheplerin görüşleri nedir?

PRATİK ÇALIŞMA:

Tarihi yerleri görmek üzere Bursa'ya doğru yola çıkan okul gezisi ekibi sabah namazında mola vermeyi planlayarak yola çıkmıştır. Ancak tüm yolcuların uyuması ve şoförün de unutması sebebiyle sabah namazı kılınamadan güneş doğmuştur. Mola yerinde durduklarında öğretmen (A) dükkâna girerek buradan alış-veriş yapmak istiyoruz dediğinde dükkân sahibi (B) “Elbette dükkân sizin.” diyerek karşılık vermiştir. İlkokul ikinci sınıf öğrencisi (C) dükkândan bir çikolata satın almıştır. Yolculuk devam ederken anaokulu öğrencisi (D)

uyurken farkında olmadan arkadaşının kulaklığının kırılmasına sebep olmuştur. Hedeflenen yere gelince şoför aracı yol kenarına park etmeye çalışırken, yanlarına gelen bir kişi (E) park parası istemiş ödememeleri durumunda döndüğünüzde otobüsün aynasını yerinde bulamazsın diyerek tehdit etmiştir. Buna sinirlenen otobüs şoförü otobüsü otoparka çekmeye karar vermiştir. Otoparkın kapısı dar olduğu için girişte yanlışlıkla bir araca çarparak aracın zarar görmesine sebep olmuştur. Tarihi çarşı gezisinde bir öğrenci, okul gezi grubunu kaybetmiş ve bir ara dinlenmek üzere kahvehaneye girip oturmuş ancak yanına gelen kahvecinin burada oturduğun için çay-kahve içmek zorundasın aksi takdirde sonucuna katlanırsın demesi üzerine istemediği halde çay içmek zorunda kalmıştır. Gezi grubunun karşılırlarına çıkan bir sarhoş, öğrencilerin tarihe meraklı olmasından etkilenerek cebindeki tüm parasını öğrencilere dağıtmıştır.

Sorular:

1- Gezi ekibinin sabah namazını kılamamalarını ehliyet arızaları bakımından değerlendiriniz.

2- Dükân sahibi (B)'nin “Elbette dükkan sizin.” sözü ile hibe hükümleri geçerli olur mu? Niçin?

3- (C)'nin yaptığı akdi sıhhat bakımından değerlendiriniz.

4- (D)'nin tazmin sorumluluğu var mıdır? Niçin?

5- (E)'nin tehdidi sebebiyle bir kişi para vermek zorunda kalsa bu işlem meşru olur mu? Niçin?

6- Otobüs şoförü park yerinde diğer araca verdiği zarardan mesul müdür?

7- Sarhoşun verdiği para meşru bir hibe akdi olarak kabul edilebilir mi? Mezheplerin görüşleri nedir?

HUKUKÎ TEMSİL

Doğan çocuğun vücup ehliyeti tam olmakla birlikte, edâ ehliyeti gelişim süreci içinde tamamlanmaktadır. Ayrıca edâ ehliyetine sahip olan bir kişi ehliyet ârızaları olarak nitelenen bir durumla karşılaştığında ya tamamen ya da kısmen edâ ehliyetinden yoksun hale gelebilmektedir. İşte hem çocukların hem de yetişkin olmakla birlikte edâ ehliyeti tam olarak bulunmayanların haklarının korunması ve işlerinin yürütülmesi için velâyet ve vesâyet (hukukî temsil) müessesesi gerekli hale gelmiştir.

Velâyet:

Sözlük anlamı; yardım, otorite, salahiyet ve bir işi üzerine alıp yürütmektir. Fukaha velâyeti şu şekilde tarif etmişlerdir: “Reşid olan bir şahsın malî ve şahsî işleri gözetip yürütmek üzere, kâsır olan diğer bir şahsın yerini tutmasıdır.” Tariften de anlaşılacağı üzere velî reşid bir kişidir ve kâsır üzerindeki velâyet hakkı hem şahsî işleri hem de malî işleri idare etmeyi kapsamaktadır.

BİLGİ NOTU: Kâsır; tam edâ ehliyetine sahip olmadığı için medenî haklarını kullanmakta kısıtlı olan kimse demektir. Velî; velâyet hakkına sahip kimse demektir.

Velâyet, hukukî tasarrufta bir başkasının yerini almaktır ve hukukî temsilin bir çeşididir. Hukukî temsil, temsil olunan şahsın isteği ile oluyorsa vekâlet, edâ ehliyetinin olmaması ya da eksik olmasından dolayı onun isteğine bakılmadan yapılıyorsa velâyet ve vesâyet söz konusu olmaktadır.

Hukukî Temsil		
1- İhtiyarî	2- İcbarî	
Vekâlet	a- Velâyet	b- Vesâyet

Vesâyet:

Sözlükte “eklemek, bitişmek; birinden bir işi üzerine almasını istemek” anlamındaki vasy kökünden türeyen vesâyet, fıkıhta edâ

ehliyeti bulunmayan veya eksik olanlarla ehliyeti sonradan kısıtlananların mallarını koruma ve işletme, onlar adına mallarında tasarrufta bulunma yetki ve sorumluluğunu ifade eder.¹⁰⁶ Vesâyet yetkisine sahip olan kimseye vasî denir.

Vasînin veliden farkı, salâhiyetinin daha sınırlı olmasıdır. Veli temsil ettiği şahsın, evlenme, boşanma, terbiye, tahsil gibi şahsî işlerini de yürüttüğü halde vasînin temsil salâhiyeti yalnızca malî-hukukî işlere ait bulunmaktadır.

Velâyet ve Vesâyet Hakkı

1- Baba veya Babanın Babasının Hayatta Olması:

Ehliyeti tam olmayan şahsın babası ya da babasının babası hayatta ise şahsî ve malî bütün tasarruf hakkı bunlara aittir.

2-Baba veya Babanın Babasının Hayatta Olmaması:

Bu durumda velâyet hakkı ile vesâyet hakkı birbirinden ayrılır.

Velâyet hakkı; binefsihi asabe denilen akrabaya aittir. Bunlar; oğul, oğlun oğlu, erkek kardeş, amca gibi temsil olunan şahsa erkek akraba vasıtasıyla bağlı bulunan erkek akrabalarıdır. Binefsihi asabeden kimse yoksa velâyet hakkı anneye intikal eder.

Vesâyet hakkı; Vasî tayin bakımından babanın hakkı vardır. Ölmeden önce bir kişiyi vasî tayin etmişse öncelik o şahsa aittir. Baba vasî tayin etmemişse bu hak babanın babasına geçer ve onun tayin etmiş olduğu vasî olur. Bu ikisinin önceden belirlediği vasî olmaması durumunda vasî belirleme yetkisi hâkime geçer. Hâkimin tayin ettiği vasîye “vasiyyu'l-kâdi” denir.

TEST SORUSU: Aşağıdaki ifadelerden hangisi yanlıştır?

a- Vesâyet yetkisine sahip olan kimseye vasî denir.

106 Bardakoğlu, Ali, “Vesâyet”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/vesayet> (04.02.2019).

b-Vasînin velîden farkı, salahiyetinin daha geniş olmasıdır.

c- Velâyet hukukî temsilin bir çeşididir.

d-Vekâlet, temsil olunan şahsın isteğine dayalı olarak ortaya çıkan bir hukukî temsil çeşididir.

e- Baba veya babanın babasının hayatta olmaması durumunda velâyet hakkı, binefsihi asabe denilen akrabaya aittir.

ŞAHSIN SOYU (NESEP)

Nesep Kavramı:

Nesep geniş anlamda, kişinin soyu ile münasebetini, dar anlamda çocuğun ana-babasıyla olan hısımlık münasebetini, örfî ve hukukî bağlamda ise daha çok, baba tarafından olan akrabalık bağını ifade etmektedir.¹⁰⁷ Şahsın hısımlık ilişkisi, miras, nafaka, hukukî temsil ve evlenme engelleri gibi konularda önemli roller oynamakta, birçok hüküm ve meseleye esas teşkil etmektedir.

Nesebin Sübutu:

Çocuğun annesi ile nesep ve hısımlık bağının sübutu için doğum yeterli bir sebep olduğundan başka delil ve ispat vasıtalarına başvurulmaz. Çocuğu doğuran kadının çocuğun nesep bağını red-detmesi mümkün değildir.

İslâm hukukunda evlat edinme yoluyla nesep bağının kurulması hukuken mümkün değildir. Evlat edinen ile çocuk arasında hısımlık söz konusu olmayacaktır.

107 Şener, Mehmet, “Nesep”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, III, 471.

Çocuğun babasıyla olan nesep bağının kurulabilmesi için evlilik, evlilik şüphesiyle birleşme ve ikrar yollarından birisinin bulunması gerekir.¹⁰⁸

1- Sahih Evlilikte Nesep:

Hz. Peygamber (s.a.v) “Çocuk (nesep olarak) yatak sahibi olan erkeğe aittir.”¹⁰⁹ buyurmuştur. Hadiste geçen “fıraş”tan maksat nikâh ve evlilik bağıdır. Dolayısıyla evlilik birlikteliğinde doğan çocuk, kadının evli olduğu erkeğe aittir. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk, biyolojik olarak babası durumunda olan adama hukuken ait olmamakta ve baba-çocuk arasında nesep bağı kurulmamaktadır.

Evlilik bağı ile nesebin sübut bulması için çocuğun asgarî hamilelik süresinden sonra doğması şarttır. Müctehidler asgarî hamilelik süresinin altı ay olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Çünkü bir ayette “...çocuğun rahimde taşınması ve sütten kesilmesi otuz aydır...”¹¹⁰ Diğer ayette “onun sütten kesilmesi iki yıldır...”¹¹¹ buyrulmuştur. Otuz aydan yirmi dört ay çıkarıldığında geriye altı ay kalmaktadır.

Kocası vefat eden veya boşanan kadının doğurduğu çocuğun nesebinin sübut bulması için azamî hamilelik süresi dolmadan doğumun gerçekleşmesi gerekir. Hamileliğin azamî süresi hakkında fakihler ihtilaf etmişlerdir. Bu konuda belirleyici bir nas bulunmamaktadır. İlmî verilerden elde edilen bilgilere dayalı bir süre belirlemek mümkündür.

Fukahanın cumhuruna göre, evlilik ile nesebin sübutu için karı-kocanın cinsel birlikteliklerinin önünde bir engel olmayıp, imkân dâhilinde olması gerekir. Ebu Hanife ise sadece nikâh akdini yeterli görmüştür.

108 Şener, “Nesep”, III, 472.

109 Buhârî, 18, 6750.

110 Ahkâf Suresi, 46/15.

111 Lokman Suresi, 31/14.

2- Fasit Evlilikte ve Evlilik Şüphesiyle Birleşmede Nesep:

Fasit evlilik ya da evlilik şüphesi ile birleşme durumuna, hukuk müdahale ederek bu birlikteliği sona erdirecektir. Ancak fiili birleşmeden itibaren altı ay geçtikten sonra doğan çocuğun nesebi babasına ait olur. Taraflar ayrıldıktan sonra azamî hamilelik süreci dolmadan doğan çocuk da nesep bakımından ayrılan babaya aittir.

3- İkrar ve Dava Yoluyla Nesebin Sübutu:

Nesebin ikrar ve dava yoluyla ~~nesebin~~ sübutu mümkündür. Ancak hâkimin böyle bir davada nesebin sübutuna hükmetmesi için şartlar vardır.

- a- Baba ile çocuk arasındaki yaş farkı uygun olmalıdır.
- b- Çocuğun nesebi belli olmamalıdır.
- c- Çocuk temyiz çağında ise bu ikrarı kabul etmelidir.
- d- Çocuğun zinadan doğduğunun söylenmemesi gerekir.

DİKKAT EDELİM: İslâm Hukukuna göre, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların nesebi sübut bulmayacağı için evli olmayan şahısların sadece DNA testine dayalı olarak tespit edilen benzerlik ile hukuken baba-çocuk arasında nesep sübut bulmayacaktır.

Nesebin Reddi:

Nesep sabit olunca yani bir kimsenin babası tespit edilince tarafların irade ve rızalarına bakılmaksızın hısımlık bağı kurulur. Bu bağın reddedilmesi veya ortadan kaldırılması imkânsızdır. Evlilik birlikteliği içinde doğan çocuğun nesebi ancak mülaane yoluyla reddedilebilir. Nesep bağı, mülaane yoluyla baba tarafından reddedilince çocuğun nesebi anneye ait olur. Mülaane; kocanın karısına zina isnadında bulunması ve dört şahit getirememesi durumunda karı ile kocanın hâkim huzurunda dörder defa şehadette bulunduktan sonra beşincide kendilerine lanet ve gazap okumalarıdır.¹¹²

112 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları,

YORUMLAYALIM: Konu ile ilgili hadise dayalı olarak evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk ile biyolojik olarak babası olan kişi arasında hukuken nesep bağının kurulmamasının sebep ve hikmetleri nelerdir? Yorumlayınız.

ŞAHSIN YER İLE İLİŞKİSİ (İKAMETGÂH)

Bir kişinin bulunduğu yer hukukî hükümler üzerinde etkili olmaktadır. Bu sebeple ikametgâh kavramının açıklanması önem arz etmektedir. Fıkıh kitaplarında; kadının iddetini bekleyeceği yer, kocanın ikametini terk eden kadının durumu, hidane hakkını kullanan kadının ikamet yeri, seferilik hükümleri, borcun ödenme mahalli, şuf'a hakkı gibi pek çok başlık altında şahsın yer ile ilişkisine ve buna dayalı olarak ortaya konulan hükümlere yer verilmiştir.

İkametgâh Kavramı

İkametgâh, bir şahsın yerleşip hayatını sürdürmek niyetiyle oturduğu yerdir. Mesken ile ikametgâh kavramları arasında fark vardır. Şahsın meskeni aynı zamanda ikametgâhıdır. Ancak ikametgâh ile meskenin ayrı olması da mümkündür.¹¹³ Devamlı oturduğu yerin dışında bir de yazlığı olan kişinin ikametgâhı devamlı oturduğu yerdir. Meskeni ise mevsime göre değişebilmektedir. Mesken fiilî bir durumu gösterir. İkametgâh ise hukukî bir kavramdır. İkametgâh, bir kimşenin hayat faaliyetlerinin ve şahsî ilişkilerinin merkezi olan yerdir.¹¹⁴ Şahıs için bu vasfı taşınamaması durumunda doğum yeri, çalışma yeri, nüfusa kayıtlı olunan yer ikametgâh olarak kabul edilmeyecektir.

İkametgâhın mevcudiyeti hem hakikî şahıslar, hem de hükmi şahıslar için gereklidir. Hukukî düzen ve istikrarın sağlanabilmesi ve hukukun tatbiki için herkesin bir ikametgâhının olması zorunludur.

İstanbul 1998, s. 260.

113 Doğanay, Ümit, *Medeni Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1971, s.93.

114 Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 253.

İkametgâh Belirleme Yetkisi

İkametgâh belirleme hukukî bir fiil olduğu için şahsın edâ ehliyetine sahip olması gerekir. Çocukların ikametgâhı babasının ikametgâhıdır. Ehliyet ârızası sebebiyle vasî tayin edilen kişiler ikametgâh belirleme bakımından vasîye tâbidirler. Evli olan kadınların ikametgâhı kocalarının ikametgâhıdır.

PRATİK OLAY:

Şehirlerarası nakliyat işinde çalışmakta olan (A), şehrin varlıklı ailesinin tek kızı olan (B) ile evlenmiştir. Bu evlilikten dört erkek çocukları olmuştur. Kastamonu'da yaşamakta olan aile her yaz mevsiminde yazlık olarak satın aldıkları evde kalmak üzere İnebolu ilçesinde kalmaktadır. Çocuklarından (C) üniversiteyi bitirdikten sonra evlenmiş ve bir erkek çocuğu olmuştur. Diğer çocuk (D) ailesine sürekli problem çıkarmaktadır. İşlediği çeşitli suçlar sebebi ile cezaevindedir. Onun evlilik dışı ilişki yaşadığı bir kadın (K) doğum yapmış ve doğan çocuğun (D)'nin çocuğu olduğunu iddia etmektedir. Yapılan DNA testi de bu iddiayı desteklemektedir. (A), tüm uyarı ve ikazlarına rağmen istediği düzgün davranışları göstermeyen (D)'yi evlatlıktan reddetmeyi düşünmektedir. Ailenin üçüncü çocuğu (E) ilkokula gitmektedir. Dördüncü çocukları olan (F), (G) ile evlenmiş ve beş ay sonra bir çocuk (L) dünyaya gelmiştir. (F), iki ay sonra geçirdiği trafik kazası sebebi ile vefat etmiş ve geride hamile bir eş bırakmıştır.

Sorular:

1- Temmuz ayında (A)'nın ikametgâhı neresidir?

2- (B)'nin ikametgâhı neresidir? Niçin?

3- (K)'nin iddiasını DNA testi ile ispatlaması çocuk ile (D) arasında hukuken nesep bağı kurmayı sağlar mı?

4- (A)'nın (D)'yi evlatlıktan reddi mümkün müdür?

5- (F) ile (L) arasında hukuken baba-çocuk nesep bağı var mıdır? Niçin? (F)'nin vefatından sonra dünyaya gelen çocuk ile (F) arasında hukuken baba-çocuk nesep bağı var mıdır? Doğan bu çocuğun velâyet hakkı kime aittir?

6- (E)'nin ikametgâhı neresidir? Niçin?

7-(C)'nin erkek çocuğunun velâyet hakkı kime aittir?

İKİNCİ BÖLÜM

HÜKMÎ ŞAHISLAR

Fıkıh kitaplarında hükmî şahıs kavramı kullanılmamakla birlikte, günümüzde hükmî şahıs olarak kabul edilen müesseseler Müslüman toplumlarında var olmuş ve fakihler bu kurumların iş ve işlemleri hakkında hükümler ortaya koymuşlardır. Bu nedenle her ne kadar hükmî şahıs diye isimlendirme yapılmamış olsa da mahiyet ve vasıfları itibariyle hükmî şahıslar fıkıh tarafından kabul edilmiş ve bu müesseselerle ilgili gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

Hükmî Şahıs Kavramı

Hükmî şahıs, belli bir ortak amaca ulaşmak için devamlı olarak teşkilatlanmış, organlara sahip kişiler veya mallar topluluğudur. Hükmî şahıslar kendilerini meydana getiren hakikî şahıslardan ayrı bir şahıs olma vasfına sahiptir.¹¹⁵ Hükmî şahıslar, şahsın hukukundan doğan haklara sahip olup, bu hakları kanun ve tüzüklerde belirlenen şekilde kullanma ehliyetleri mevcuttur.

Hükmî şahısların dört temel özelliği bulunmaktadır.

a- Hükmî şahıslar teşkilatlanmış yapılarıdır.

b- Hükmî şahısların belirli bir ortak gayesi vardır.

c- Hükmî şahıslar kendilerini kuranlardan bağımsız bir şahsiyete sahiptir.

d-Hükmî şahıslar geçici ve kısa süreli topluluklar değildir.¹¹⁶

BİR SORU-BİR CEVAP: Mecidiyeköy otobüs durağında bekleyenlerin hükmî şahıs kabul edilmeleri mümkün müdür? Hükmî şahsiyetin ortaya çıkabilmesi için görev ve yetkileri tespit edilmiş organlara sahip olması gerekir. Teşkilatlanmamış insan ve mal toplulukları hükmî şahıs değildir.

115 Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul 1973, s. 113.

116 Doğanay, *Hükmî Şahıslar*, s.5

BİR SORU: Bir konferans tertip eden heyetin hükmi şahıs sayılmamasının sebebi nedir?

Hükmi Şahıs Çeşitleri

Hükmi şahıslar çeşitli açılardan tasnif edilmiştir. Hükmi şahıslardan şirketler, ticarî gelir elde etme amacıyla kurulurken; vakıf ve dernekler hayrî hizmetler yapma amacıyla kurulmaktadır.

Devletler, vasıf itibarı ile hükmi şahsiyete sahiptirler. Devletin idarî cüzleri, devlet tarafından kurulan iktisadî, sosyal ve kültürel kurum ve kuruluşlar da hükmi şahıslardır.

Hakikî Şahıs İle Hükmi Şahıs Arasındaki Temel Farklar

1- Hükmi şahısların yaratılış icabı olarak sadece insanlara has evlenme, nesep bağı, miras gibi haklarla alakası yoktur.

2- Hükmi şahıs ölmez. Kurumu idare edenin vefatı veya değişmesinden şahıs olma vasfı etkilenmez.

3- Hakikî şahıslar sağ olarak doğması şartıyla şahıs vasfı kazanır. Hükmi şahıslar hukukî düzenin kabul etmesi ile şahsiyet elde eder.

4- Edâ ehliyetinin kısıtlanma durum ve sebepleri bakımından hakikî şahıslar ile hükmi şahıslar arasında fark vardır.

5- Hakikî şahısların edâ ehliyeti doğumla başlayan süreçte zaman içinde tamamlanır. Hükmi şahısların ehliyetleri ise kuruluş aşamasında tespit edilir.

6- Hükmi şahıslara bedenî cezalar verilemez, ancak hukukî ve idarî ceza ile cezalandırılabilirler.

HÜKMÎ ŞAHIS NİTELİĞİNDEKİ BAŞLICA KURUM VE KURULUŞLAR

Bugünkü hukuk sistemlerinin hükmi şahıs olarak tanımladığı devlet, vakıf, şirket gibi bazı müesseseler fakihler tarafından da müstakil

bir şahıs olarak kabul edilmiş ve buna göre hükümler verilmiştir. Bu durum, İslâm hukukunda lafız olarak hükmî şahıs kavramına yer verilmemekle birlikte fakihlerin mana ve muhteva itibariyle hükmî şahsiyeti kabul ettiklerini göstermektedir.

1- DEVLET

Belirli sınırlar (ülke) içindeki insan topluluğuna (millet) ait teşkilatlanmış siyasi egemenlik olarak tanımlanan devlet,¹¹⁷ hükmî şahsiyeti olan bir müessesedir. Fakihlerin devlet başkanının tasarrufları, devletin görev ve sorumlulukları hakkındaki görüşleri incelendiğinde devleti hükmî şahıs olarak kabul ettikleri görülmektedir.

Devletin Hükmî Şahıs Olarak Kabul Edildiğini Gösteren Hükümlere Örnekler

*Devlet başkanının yaptığı sulh ve anlaşmalar bağlayıcıdır. Şartlar gerçekleşmedikçe hiçbir kimse bunları bozamaz ve değiştiremez. Devletlerarası ilişkileri belirli şahıslar yürütmüş olsalar bile taraflar devletlerdir ve devlet burada bir hükmî şahıs olarak devrededir.

*Devlet başkanının yaptığı, tayin, atama, nakil gibi tasarrufları görev süresinin bitmesinden sonra da geçerli olacaktır. Başkanın tasarrufları kendi adına değil, temsil ettiği hükmî şahsiyeti olan devlet adınadır. Bu sebeple, bir devlet başkanının atadığı vali ve hâkimlerin görevleri yeni bir devlet başkanı iş başına geçince sona ermez.

*Devletin topladığı vergiler, devlete intikal edince belirli bir şahıs veya grubun değil bütün milletin olur. Maliye alacaklı, borçlu, davacı ve davalı olabilir.

* Devlet adına hareket eden, devletin menfaati için yetki sahasında bir tasarrufta bulunan devlet memuru kasıtsız olarak bir zarara sebep olursa zararı devlet tazmin eder. Mesela, hâkimin kasıtsız olarak hükmünde hata ettiği sonradan ortaya çıkar ve bu arada

117 Bardakoğlu, Ali, "Devlet", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, I, 405.

mahkûmun bir uzvu ceza infaz aşamasında zarar görmüş olursa tazminatı ödeyecek olan hâkim değil devlettir.

Bu hüküm ve ifadelerden çıkan sonuca göre, fakihler devleti, onu temsil eden görevlilerin şahsiyetinden ayrı, müstakil ehliyet ve zimmet sahibi bir hükmi şahıs kabul etmişlerdir.

2-BEYTÜLMÂL

Beytûlmâl, devlete ait her türlü mal varlığının ve gelirlerin toplandığı, harcamaların yapıldığı, haklara ve borçlara ehil bağımsız bir kurumdur. Beytûlmâl adına borçlanıldığı durumlarda bu borca muhatap olan, borçlanmayı yapan kamu görevlisi değil doğrudan doğruya beytûlmâldir. Aynı şekilde beytûlmâl gelirlerinin mülkiyeti de doğrudan beytûlmâl için sabit olmaktadır. Devlet başkanının beytûlmâl üzerindeki yetkisi de bir kamu görevlisi yetkisidir; dolayısıyla harcamaları kendi isteğine bağlı olmayıp kamu yararıyla sınırlıdır.¹¹⁸

Beytûlmâl müstakil bir kurum olarak kabul edilmiş ve beytûlmâl ile devlet başkanının şahsî servetinin ayrılması esası benimsenmiştir. Bu sebeple, devlet başkanları beytûlmâlden kendi şahsî işleri için tasarrufa yetkili görülmemişlerdir. Devlet başkanının alacağı maaş dışında beytûlmâl üzerinde bir hakkı yoktur.

Beytûlmâl, müstakil bir hukukî varlıktır. Alacaklı, borçlu, mülk sahibi, vârisi bulunmayan terikenin vârisi ve kendisi ile ilgili davalar da taraf olur.

Beytûlmâlin çeşitli kısımları da müstakil şahsiyete sahiptir. Bunların hak ve masrafları ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bütçeleri birbirine karıştırılmaz, birbirinden borçlu ve alacaklı olabilirler.

Bütün bu hükümler, beytûlmâlin hükmi şahsiyeti olan bir müesese olduğunu göstermektedir.

118 Erkal, Mehmet, "Beytûlmâl", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/beytulmal> (06.02.2019).

3- ŞİRKET:

İnsanlar ticarî faaliyetlerini sürdürürken ortaklık yaparak iş yapmaya ihtiyaç duymuşlar ve bu ihtiyaç tarih boyunca çok farklı şirket türlerini ortaya çıkarmıştır. Şirketler hükmî şahsiyet kazanıp kazanmama bakımından iki farklı yapıda olmaktadır. Fıkıh kitaplarında yer alan şirket türleri “âdî şirketler” olarak isimlendirilen şirket çeşitlerinden olup hükmî şahsiyeti bulunmayan şirketlerdir. Ancak bu durum hükmî şahsiyete sahip şirketler kurulmasının önünde bir engel değildir.

Geçmiş dönemlerde fakihler toplumda mevcut olan şirketleri kendi yaşadıkları zamanın ticarî ihtiyaçlarına yönelik olarak fikhî ilkelere çerçevesinde değerlendirip hukukî niteliklerini beyan etmişlerdir. O dönemde şirketler için müstakil bir hükmî şahsiyet tanımaya ihtiyaç duyulmadığı için buna yönelik bir düzenlemeye gidilmemiştir.

İslâm hukukunda isimsiz akit anlayışı hâkim olduğundan belirli ilkelere uymak, muamelat sahasındaki mevcut yasakları ihlal etmemek kaydıyla insanların farklı yapı ve işleve sahip ortaklıklar kurması tabii karşılanmış hatta teşvik edilmiştir.¹¹⁹ Bu sebeple ticaret hayatında hükmî şahsiyete sahip yeni şirket çeşitlerinin kurulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Hâlihazırda kurulmuş olan hükmî şahsiyet sahibi şirketler, İslâm'ın yasakladığı ve gayri meşru kabul ettiği bir faaliyet icra etmediği sürece fıkıh ilmi nazarında meşru olarak görülmelidir.

4- VAKIF

İslâm hukuku vakıf müessesesine farklı bir önem vermiş ve hükümlerini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Yapılan hayır ve hasenattan istifade edildiği sürece sevap kazanmaya devam edeceği müjdesi verildiği için Müslümanlar malvarlıklarını Allah rızası için vakfetmişlerdir. Hz. Peygamber (s.a.v) döneminde başlayan vakıf faaliyeti zamanla müesseseleşmiş, çeşitlenmiş ve kanunî düzenlemelere konu olmuştur.

119 Bardakoğlu, Ali, “Şirket”, , *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV, 205.

Vakfın çoğunlukla benimsen~~en~~ tanımı; bir mülkün aynını (kö-künü) Allah'ın mülkü haline getirip başkasının mülkiyetine geçme-sini engellemek ve menfaatini halka bırakmaktır. Ebu Hanife'ye göre ise, vakfedilen malın mülkiyeti sahibinin mülkiyetinde kalmaya de-vam etmekte, sadece malın menfaati tasadduk edilmektedir.

DİKKAT EDELİM: Bir malın mülkiyetinin Allah'a ait olması demek, o malın kamu malı statüsünü alması demektir.¹²⁰

İslâm hukukunda vakıf işlemi sözlü bir hukukî tasarruftur. Bir vakfın kurulabilmesi için rükünlerinin bulunması gerekir. Vakfın rükünleri (unsurları); vâkıf (vakfeden), mevkuf (vakfedilen şey), mevkufun aleyh (vakıftan yararlananlar) ve malın vakfedildiğini ifa-de eden irade beyanıdır.

Vakfın işlerini vakfiye şartlarına uygun biçimde yönetmek ve gözet-mek üzere tayin edilen kişiye “mütevellî” veya “kayyim” denilmektedir. Vakfedenin talep ve şartlarını içeren ve yazılı belge olarak hazırlanan “vakfiye” ile vakıflar yönetilmektedir. Vakfiyeler vakıfların tüzüğü nite-liğindedir. Mütevelliler bu esasa uygun hareket etmekle sorumludurlar.

Mütevellilerin vakıf üzerindeki tasarrufları vakfi koruyup gözet-me şartıyla geçerlidir, vakfın yararına aykırı uygulamaları ise geçerli değildir. Meselâ mütevellî vakıf malı tamir için rayiç fiyatın üstün-de bir ücretle işçi çalıştıramaz veya bir malzeme satın alamaz. Bunu yaptığı takdirde fazla kısmı kendisinin ödemesi gerekir.¹²¹ Bir kişi kendi malını istediğine hibede bulunabilir veya rayiç fiyatın üzerinde para vererek mal satın alabilir. Mütevellinin böyle bir hakkının ol-maması vakıf malı üzerinde kendi adına değil vakfın hükmi şahsiyeti adına hareket etmesi sebebiyledir.

120 Bardakoğlu, Ali, “Vakıf”, ”, *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV, 434.

121 Günay, Hacı Mehmet, «Vakıf», TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/vakif#1> (07.02.2019).

Mütevelli vakıf mal üzerindeki tüm tasarruflarını vakfiyyede belirlenen şartlara uygun olarak vakıf adına yapmaktadır. Bu durum vakıflara hükmî şahsiyet tanındığını açık bir şekilde göstermektedir.

ARAŞTIRILIM: Günümüzde mevcut olan hükmî şahıslar nelerdir? Araştırınız.

TEST SORUSU: Aşağıdakilerden hangisi vakfın rükünlerinden değildir?

- a-İrade beyanı
- b-Vakıf
- c-Mevkuf
- d-Mevkufun Aleyh
- e-Bitiş Süresinin Tayini

OKUMA PARÇASI: Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl el Buhârî, Sahihu'l-Buhârî, eş-Şurût, 19, 2532.

حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري حدثنا ابن عون قال أنبأني نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخیبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال يا رسول الله إني أصبت أرضا بخیبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به قال إن شئت حبست أصلها وتصدق بها قال فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها في الفقراء وفي القريب وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ولا يطعم غير متمول

PRATİK ÇALIŞMA:

Yaptığı hayır ve hasenatla güzel bir hayat süren (A)'nın vefat haberi tüm halkı hüznlendirmiştir. (A) geride iki erkek çocuğu bırakmıştır. Çocuklarından (B)'nin bindiği uçak üç yıl önce radardan kaybolmuş ve bir daha haber alınamamıştır. Diğer çocuğu (C), (D) ile evlenmiş ve bir erkek bir kız çocukları olmuştur. Erkek çocukları (E) kısa yoldan zengin olma gayreti içindedir. Bu amaçla şehrin ileri gelen zenginlerinden olan 90 yaşındaki (G)'nin kendi babası olduğunu iddia etmektedir. 5 yaşındaki kız çocukları (F) mahallede oynarken attığı taş ile komşunun arabasının camını kırmış, bu durumu balkondan izleyen çocuğun annesi (D) telaş ile hareket ettiği için elindeki vazoyu yere düşürerek aşağıda oturan şahısların yaralanmasına sebebiyet vermiştir. (C) babasının kurduğu vakfın mütevellisi olarak faaliyetlerine devam etmektedir. Vakıf binasının tadilatı için vadeli olarak satın aldığı boyanın ücretini vakıf hesabında nakit olmadığı için ödeyememektedir. Boya satıcısı boyanın ücretini (C)'nin şahsî hesabından ödemekle yükümlü olduğunu söyleyerek ücretin hemen ödenmesini talep etmektedir.

Sorular:

1- (B)'ye fıkıhta ne denir? (A)'nın mirasından hissesi var mıdır? Niçin?

2- (E)'nin, kendi babasının (G) olduğu iddiası niçin geçerli kabul edilemez?

3- (F)'nin verdiği zararı tazmin sorumluluğu var mıdır?

4- (D)'nin verdiği zararı tazmin sorumluluğu var mıdır?

5-(C)'nin boya ücretini şahsî hesabından ödeme sorumluluğu var mıdır?

EK :

ETKİNLİKLER VE UYGULANMA ŞEKİLLERİ

1- Bilgi Notu:

Her ilimde olduğu gibi fıkıh ilminde de bir konu açıklanırken zorunlu olarak ıstılahların kullanılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Öğrencinin cümle içinde geçen bir kavram ve ıstılahı bilmemesi konuyu kavrayabilmesinde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Bu problemin çözümü için bilgi notu etkinliğinden yararlanmak mümkündür. Cümle ya da paragrafın sonundaki bilgi notu etkinliğinde konu anlatımında geçen bir kavram fazla ayrıntıya girmeden sadece sözlük anlamı ile verilir. Her yeni geçen kavramın paragraf içinde açıklanması mevzuun konu bütünlüğü içinde işlenilebilmesine engel olabilecektir. Bu dezavantajı aşmak için yapılması gereken konunun bir bütünlük içinde anlatılıp, yeni kavramların ayrı bir şekilde sunulmasıdır. Bunu sağlamanın en etkili yollarından birisi bilgi notu etkinliği olacaktır.

2- Karşılaştıralım:

Fıkıhî bilgiye ulaşmanın temel yollarından olan ictihad, müctehidin belirli ilkeler çerçevesinde aklı muhakemesi ve yorumu ile ulaştığı sonuçları ifade etmektedir. Fıkıhî hükümlerin çoğu, nassın açık delâletinden değil, kapalı delâletinden istinbat ve kıyas yoluyla elde edildiği için ictihadî niteliktedir.¹²² Tüm sosyal bilimlerde olduğu gibi fıkıh ilminde de bir mesele ile ilgili farklı görüş ve yorumların olması mümkündür. Dolayısıyla müctehidlerin farklı hükümler vermesini tabîi olarak görmek gerekir.

Fıkıh mezhepleri kendilerinden sonraki nesillere zengin fıkıhî miras bırakmıştır. Öğrencilerin tek bir mezhep bakışı ile fıkıhı öğrenmeleri yerine, farklı mezhep görüşleri hakkında bilgi sahibi olmaları temin edilerek fıkıhın zenginliğinin gösterilmesi daha isabetli olacaktır. Bunu sağlamanın yollarından birisi de görüşler arasında

122 Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukukunda İctihad*, MÜİF Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, s. 31.

mukayese yapılmasıdır. Bu amaçla karşılaştıralım etkinliğinde bir mesele hakkındaki farklı icthadlar sunularak görüşler arasında mukayese yapma imkânı sağlanabilir.

Bazı hukukî ıstılah –aralarında ayrıntıda farklılıklar olmakla birlikte- birbirine yakın manada kullanılabilmektedir. Öğrencinin zihninde kavram kargaşasına yol açmamak için bu kavramlar arasında benzeyen ve ayrılan hususlara vurgu yapmak gerekmektedir. Bu amaçla da karşılaştıralım etkinliğinin kullanılması faydalı olacaktır. Bu sayede her kavramın yerli yerinde kullanılması sağlandığı gibi, öğrencilerin kavramlar arasındaki farklara dikkat ederek konuları öğrenmeleri mümkün olabilecektir.

3- Tartışalım:

Fakihlerin benimsedikleri görüşlerin bir kısmı farklı bakış açılarına göre tartışma zeminine oturabilmektedir. Fayda-zarar dengesi- nin sağlanması, çağdaş ihtiyaçların karşılanabilmesi, deliller arasında tercihte bulunulması gibi hususlar göz önünde bulundurularak öğrencilerden mevcut tartışmalı konular hakkında fikir yürütmelerine fırsat sunmak için tartışalım etkinliği kullanılabilir. Bu sayede hem öğrenciler tartışmalı mevzular hakkında bilgi sahibi olabilecektir, hem de “Barika-i hakikat müsâdeme-i efkârdan çıkar.” vecizesi ile ifadesini bulan önemli bir ilkeyi tatbik etmiş olacaktır.

4- Bir Soru- Bir Cevap

Bir Soru-Bir Cevap etkinliğinin temel amacı, ele alınan konudaki ana fikrin soru-cevap yöntemi ile öğrencinin dikkati çekilerek öğretilmesidir. Bu etkinlikte, bir paragrafta anlatılabilecek bir mesele soru-cevap formatında sunulmaktadır. Burada sorulan sorunun temel niteliği muhteva hakkında bilgi sahibi olmadan cevaplanamayacak olmasıdır. Bu özelliği sebebi ile cevaplandırılması öğrenciye bırakılmadan kitapta cevabı verilmektedir.

5- Bir Soru:

Bir bölümün sonunda bir soru etkinliği düzenlenebilir. Buradaki soruların temel amacı öğrenilen bilgilerin tekrarlanması ve öğrencinin meseleler üzerinde yorum yapabilme kabiliyetinin geliştirilmesidir. Sorular bu amaca yönelik olarak hazırlanacağı için cevabının verilmesi öğrenciye bırakılacaktır.

6- Araştırılmalı:

Derste işlenen konular derin araştırma yapmaya ihtiyaç duyduğu halde ders kitabı formatının gereği olarak konular yüzeysel işlenmektedir. Bu eksikliği gidermek üzere zaman zaman araştırılmalı etkinliği yapılarak özellikle fıkıh ilmine merakı ve ilgisi olan öğrencilere rehberlik yapmak mümkün olacaktır.

Araştırılmalı etkinliğinin öğrenci değerlendirmelerinde kullanılması da mümkündür. Dönem sonunda tüm araştırma etkinliğinin hazırlayıp gelen öğrencilere ders geçme notuna ilave puan verilerek bu etkinliğin birçok öğrenci tarafından ciddiyle yapılması sağlanabilir.

7- Münazara Yapalım:

Derse öğrencinin aktif bir şekilde katılmasını sağlamanın yollarından birisi de üzerinde farklı görüş ve bakış açılarının bulunduğu, nasların delaletinin zannî olduğu meseleler üzerinde münazara yapılmasını sağlamaktır. Münazara yapacak öğrenciler taraf oldukları görüşü savunabilmek için önceden kapsamlı bir çalışma yapmak zorunda kalacaktır. Münazarayı izleyen öğrenciler de arkadaşlardan hangi grubun daha ikna edici olduğunu tespit etmekle sorumlu tutulabilir. Bu sayede sınıfta olan tüm öğrenciler münazara yapılan mesele hakkında bilgi sahibi olacaktır.

8- Dikkat Edelim:

Uzun bir paragraf içinde gözden kaçabilecek fakat önemli görülen bir bilgiye vurgu yapmak istenildiğinde dikkat edelim etkinliği kullanılabilir. Bu sayede öğrencinin dikkati çekilerek hedeflenen

amaca ulaşılabilir. Bu etkinliğin bir başka kullanım alanı ise, söylenişleri aynı, anlamları farklı eş sesli kavramlar arasındaki farkı belirtmek ya da bir-iki harf farklılığı dışında aynı harflere sahip kavramlar arasındaki farka dikkat çekmektir.

9- Test Sorusu:

Hukuk ilminin vasfı gereği öğrencide yorumlayabilme ve olayları tahlil edebilme yeteneğinin geliştirilmesi beklenir. Bu sebeple sadece test metoduna dayalı öğrenci bilgilerinin ölçülmesi isabetli olmayacaktır. Ancak, öğrencinin bilgisini ölçüm araçlarından olan test tekniğinin, diğer ölçüm yöntemlerine ilave olarak kullanılması, test hazırlama tekniklerine uygun hareket edilmesi durumunda bilgilerin öğrenilmesinde faydalı olacaktır. Derslerde test sorularının da kullanılması, öğrencilerin mezuniyet sonrası girecekleri çeşitli test sınavlarında başarılı olmaları bakımından da yararlı olacaktır. Ders Kitabında, etkinlik olarak bulunan test soruları öğrenilen konuların tekrarını yapmayı, gözden kaçabilecek ayrıntılı konu ve kavramların farkına varmayı, sınavlarda sorulabilecek sorulara önceden hazır olmayı sağlayacağı için yararlı ve kullanışlı bir etkinlik olacaktır.

Test sorularının bölüm sonlarında bulunması tercih edilebileceği gibi, bir konunun hemen peşinden birkaç test sorusu sorma yöntemi de tercih edilebilir.

10- Yorumlayalım:

Öğrencinin yorum kabiliyetinin artırılması için yoruma açık mevzularda yorumlayalım etkinliğine yer verilebilir. Yorumlanması istenilen konu doğru tespit edilirse; hukukî bilgi içeren nasların fert ve toplum üzerindeki etkilerinin, hukukî kural ve esaslarla ulaşılacak istenilen temel hedeflerin ve insanlar arasındaki ilişkilerde normların olmasının öneminin kavratılması mümkün olabilecektir.

11- Değerlendirelim:

Kitapta yer alan bilginin öğrenci tarafından kavrandığının ve özümsemişliğinin en önemli göstergelerinden birisi konu ile ilgili değerlendirme yapılabilmesidir. Çünkü değerlendirmelerde şahsî mülahazalar esastır. Bunu yapabilmek için de konuya hâkim olmak, mevzu hakkında geniş çaplı bilgi sahibi olmak gerekir. Öğrencinin yetişmişlik seviyesini ölçmek ve tikel önermelerden tümel sonuçlara ulaşabilme kabiliyetini geliştirmek amacıyla zaman zaman değerlendirilim etkinliği yapmak mümkündür.

12- Okuma Parçası:

Kitabın ele aldığı her bir ana başlığın sonunda klasik fıkıh kitaplarından ve çağdaş İslâm hukukçularının eserlerinden birer bölümün eklenmesi faydalı olacaktır. Okuma parçası olarak seçilecek metinlerde fıkıh mezheplerinin tamamına ait eserlerin ve zaman itibarıyla farklı dönemlerde kaleme alınmış eserlerin seçilmesi öğrencilerde literatür bilgisinin artmasına sebep olacaktır. Bu durum, derste hedeflenen kazanımlara ulaşma bakımından faydalı sonuçlar verecektir.

Okuma parçası olarak konu ile doğrudan bağlantısı olan Arapça metinlerin seçilmesi işlenen konunun metin çözümü yolu ile tekarrüfüne imkân sunacaktır. Konu hakkında bilgi sahibi olduktan sonra aynı konuları işleyen Arapça bir metnin anlaşılması öğrenciler için kolay olacaktır. Bu durum Arapça fıkıh kitabını okuyup anlayabilme bakımından özgüveni ve cesareti olmayan öğrenciler için bu eksikliğin giderilmesinde yararlı olacaktır.

13- Pratik Çalışma:

Hukuk eğitiminde pratik çalışma vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Kavram ve kuralların öğretildiği teorik ders anlatımının yanında, bu bilgilerin somut olaylara nasıl uygulanacağını kavratılması gerekmektedir. Teorik bilgilerin hayatta karşılaşılan olaya başarıyla uygulanabilmesi için pratik çalışma yapılmasına ihtiyaç vardır.¹²³ Pratik

123 Akkanat, Halil vdğr., *Medenî Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 1-2.

çalışmalar ile öğrencilerin nazari bilgilerini hukukî olaylara uygulama kabiliyetleri gelişeceği gibi, hukukî bakış açısı kazanmalarına da yardımcı olacaktır.¹²⁴

Pratik çalışmaları kısa ve kapsamlı olmak üzere iki farklı türde hazırlamak mümkündür. Sadece bir başlık altında işlenen konuların hayata tatbik şeklini göstermek üzere kısa bir olay örgüsünü ele alan pratik çalışmalar hazırlanırken, bölüm sonunda birden çok hukukî olay ve konuyu kapsayan daha karmaşık olay örgüsüne sahip bir pratik çalışma hazırlanması faydalı olacaktır.

124 Oğuzman, M. Kemal, Aybay, Aydın, *Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 1.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2012.

Akkanat, Halil vdğr., *Medenî Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

Akyüz, Vecdi, *Mukayeseli İbadetler İlmihali*, İz Yayıncılık, İstanbul 1995.

Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İFAV Yayınları, İstanbul 1992.

Atar, "Rehin", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Atar, "Ehliyet", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Atar, "Rüşd", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Atar, "Sefeh", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Atar, "Hata", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Atar, "Hezl", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Bardakoğlu, Ali, "Devlet", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Bardakoğlu, "Âriyet" *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Bardakoğlu, “Şirket”, *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Bardakoğlu, “Vakıf”, *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Bardakoğlu, “İkrah”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/ikrah> (31.01.2019).

Bardakoğlu, “Vesâyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/vesayet> (04.02.2019).

Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle-i Ahkâmı Adliyye*, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.

Bilmen, Ömer Nasuhî, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1992.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil, *Sahîbu'l-Buhârî*, Beyrut 1987.

Ceburi, Hüseyin Halef, *Avarızü'l-ehliyye inde'l-usuliyin*, Mekke 1988.

Dalgın, Nihat, “Mürâhik”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/murahik> (08.02.2019).

Doğanay, Ümit, *Medeni Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1971.

Doğanay, *Hükmi Şahıslar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, t.y.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as, *Sünen-i Ebû Dâvûd Tercüme ve Şerhi*, (haz. N. Yeniel-H. Kayapınar), Şâmil Yayınevi, İstanbul 1991.

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul 1998.

Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1973.

Erkal, Mehmet, “Beytûlmâl”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/beytulmal> (06.02.2019).

Erkal, “Rikaz” *İslam’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Ferfur, Salih-Abdüllatif, Muhammed, *el-Veciz fi usûli istinbatî’l-ahkâm* Dimaşk, 1985.

Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul 1973.

Ganim el-Bağdadî, Ebû Muhammed Gıyaseddin, *Mecmaü’d-damânât fi mezhebi’l-İmamî’l-A’zam Ebî Hanîfe en-Nu’man*, Âlemü’l-Kütüb, Beyrut 1987.

Güleç, Hasan, “İkrah”, *İslâm’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Günay, Hacı Mehmet, “Vakıf”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://İslâmansiklopedisi.org.tr/vakif#1> (07.02.2019).

Günay, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Kamu Malları*, Şule Yayınları, İstanbul 2001.

Hacak, Hasan, “İhraz”, *İslam’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Hafif, Ali, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, (trc. Rahmi Yaran), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2011.

Heyet, *Dinî Terimler Sözlüğü*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara 2009.

Huraşî, Muhammed b. Abdillâh, *Şerhu Muhtasarı Halil*, Dâru’l-Fıkr, Beyrut t.y.

İbn Abdisselâm, Ebû Muhammed İzzeddin Abdülaziz, *el-Kavâidu’l-ahkâm fi mesâlihî’l-enâm*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Kahire 1991.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah, *el-Muğnî*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1405.

İbn Mâce, Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, *Sünen-i İbni Mâce Tercümesi ve Şerhi*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1992.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul 1996.

Karaman, *Anabatlariyla İslâm Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2000.

Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, İFAV Yayınları, İstanbul 1996.

Malik b. Enes, *el-Muvatta'*, Müessesetu Zâyed b. Sultan Âl-i Neheyân, Abudabi 2004.

Mevsilî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd, *el-Muhtar*, Beyrut 2012.

Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidül-bayran ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insan*, Bulak, 1891.

Müslim, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. Haccac el-Kuşeyrî, *el-Câmiu's-Sahib*, Dârü'l-Cil, Beyrut, t.y.

Nesâî, Ebû Abdirrahman Ahmed b. Şuayb, *es-Sünen*, Matbaâtü'l-İslâmiyye, Haleb, 1986.

Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî, *Minhacü't-talibin ve umdeti'l-müftin fi'l-fikh*, Dâru'l-Fikr, y.y., 2005.

Oğuzman, M. Kemal, Aybay, Aydın, *Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.

Özek, Ali vdğr, *Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meâli*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1993.

Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.

Reisoğlu, Sefa, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.

Sibâî, Mustafa, *el-Ahvâlüş-şahsiyye fi'l-ehliyye ve'l-vasiyye ve't-terikat*, Dimaşk 1970.

Suyûtî, Celâleddin Abdurrahman, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrût, 1990.

Şener, Mehmet, “Mefkud”, *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Şener, “Nesep”, *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1997.

Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa, *Sünen*, Beyrut t.y.

Türkmen Salih vdğr., *Türk Gayri Menkul Hukuku*, Ankara 1956.

^{Mustafa} Uzunpostalcı, “İslâm Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 9, s. 67-100.

Yaman, Ahmet- Çalış, Halit, *İslâm Hukukuna Giriş*, İFAV Yayınları, İstanbul 2012.

Zeydan, Abdülkerim, *el-Veciz fi usûli'l-fıkh*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut t.y.

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhul-islâmiyyü ve edilletübü*, Dâru'l-Fıkr, Dimaşk, t.y.

