

İSLÂM FIKİH DOKTRİNİNDE MÜŞTEREK MÜLKİYETİN TAKSİMİNDE MUHDESATIN DURUMU (İŞTİRAK VE MÜŞTEREK ARAZİLER ÖRNEĞİ)

Hadi SAĞLAM*

Özet

Müşterek mülkiyet, hukukî bir durum olmakla birlikte bu tür mülkiyetlerin tasarruf biçimlerinde problemler yaşandığından, müşterek mülkiyet paydaşlarının her birinde, bireysel hak sahipliğine geçiş yönünde sürekli bir eğilim bulunmaktadır. Zira bir hakkın, başkasının katılımı ile kullanılması mecburiyeti insanın özgür tabiatına ve ihtiraslarına uygun düşmemektedir. Bundan dolayı, müşterek mülkiyetin sürekliliğini gerekli kılan özel bir sebep yoksa genellikle müşterek hak sahipliği rejiminden bireysel hak sahipliği rejimine geçiş tercih edilmektedir. Bu geçişin teknik ve usulüyle ilgili temel kurallar, klasik fıkıh doktrininde kismet / taksim başlığı altında ele alınmıştır. Taksim, müşterek mülkiyetin sona erdirilmesi ve paydaşlardan her birinin kendi hissesi üzerinde bağımsız olarak dilediği şekilde tasarruf etmesi amacına yönelik hukukî bir işlemdir. Bu taksim işlemi, genellikle ya mahkeme kararı / kazâî olarak hükmen ya da taraflar arası rızâen / anlaşmayla gerçekleşir. Müşterek mülkiyetin sonlandırılması ise ya "aynen" ya "muhâyee" ya da "bedel" karşılığında olur.

Ülkemizde müşterek mülkiyetin taksimi konusu önemli bir yer işgal etmektedir. Pek çok bölgede müşterek mülkiyetin muhdesat (üst) hakkının taksimi konusunda ciddi problemler yaşanmaktadır. İslâm fıkıh doktrininde müşterek mülkiyetin taksimi konusunda yapılan çalışmalar da oldukça sınırlıdır. Müşterek mülkiyete konu olan arazilerin taksiminde muhdesat (üst araziye ait olur) hakkının durumuyla ilgili İslâm fıkıh doktrininde yapılan düzenlemelerin ne-

* Erzincan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi hadi-saglam1964@hotmail.com

ler olduğu hep merak konusu olmuştur. Bu nedenle "müşterek mülkiyet" kapsamındaki (iştirak veya müşterek) arazilerin taksimi ve muhdesatlarının durumu ile ilgili bir çalışma yapılması hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Birlikte Mülkiyet, Müşterek, İştirak, Taksim, Kismet, Muhdesat.

Assessment Of The Status Of Innovation In The Partition Of Joint Ownership In Islamic Fiqh Doctrine (The Sample Of Partnership And Joint Lands)

Abstract

As well as being a legal issue, joint possession ownership causes some problems by means of their right of disposal, so there exists a constant tendency of changing over to individual ownership for each of partners of joint ownership. As a matter of fact the obligation of using any right with intervention of another person is unsuitable by means of freedom and self-interest natures of human being. Thus it is generally preferred to change over to individual ownership system from joint ownership system unless there exists any special reason necessitating the solidity of joint ownership. The principles related to the techniques and procedures of this change are investigated under the topics of portion/partition in classical fiqh doctrine. Partition is a legal process which enables terminating joint ownership and allowing permissive right of disposal for each partner over his/her own stock. This process occurs generally either by a decree or by any agreement between the counterparties which occurs by common accord. Terminating a joint ownership occurs either by verbatim or by muhayye or in return for a charge.

The case of partition of joint ownership takes up a significant position. In many regions, there are serious problems on the partition of innovation (major) right of joint ownership. The studies conveyed in Islamic fiqh doctrine on the partition of joint ownership are rather restricted. In this context, the situation of the right of innovation (which belongs to major land/Superficies solo cedit) for those lands those are subject to joint ownership and the regulations of Islamic fiqh doctrine on this topic are always concerned about. In this study it is aimed at conveying an investigation on the situation of innovations on the partition of lands which are subject to joint ownership (partnership or jointly).

Key Words: Partition, Portion, Innovation, Joint, Partnership.

GİRİŞ

Mülkiyet, insanlık tarihi kadar eski, fitri olarak talep edilen iktisadi bir kavramdır. İnsanoğlu yeryüzüne ayak bastığı günden itibaren bu kavramla karşı karşıya kalmıştır. Mülkiyet hakkı meşru bir hak olup tartışmalara, çatışmalara ve çekişmelere her daim konu olmuştur. İslâm kültür tarihinde özel mülkiyet açıkca kabul edilmiştir. Klasik fıkıh doktrinleri de bu özel mülkiyet esasını temel almış ve mülkiyeti emeğe dayandırmıştır.¹ İslâm, diğer bir çok konuda olduğu gibi mülkiyet anlayışında da, mülkiyetin kazanılması ve kullanılmasyla ilgili ciddi değişiklikler getirmiştir. Ancak özel mülkiyetin temelini dokunmamıştır.² Kur'ân'da, mülk edinme duygusunun fitri olduğu, mal sevgisinin insanın temel hazlarından birini teşkil ettiği, bu hakkın meşru ihtiyaçlarını karşılama yanında "*toplum menfaatini tatmin*" edecek şekilde kullanılması yönünde tavsiyeler bulunur.³ Bazı ayetlerde "*mülkiyet*"⁴ ve "*mal*"⁵ kavramı insanlara izafe edilmiş, malın onların tasarrufunda olduğu bildirilmiş, bazılarında da fertlerin kazanç elde etmelerinden ve harcamalarından söz edilmiştir.⁶ Haksız yollardan mal edinmenin yasaklanması⁷ ve mala karşı işlenen suçların cezalandırılması da⁸ emeğe olan saygının bir göstergesi olarak algılanmıştır. Eşya üzerinde

¹ Özellikle Hanefi fıkıhında mülkiyetin temelini, emek unsuruna dayandığı vurgulanmıştır.

Kişinin ömür boyu verdiği emeğin yakınlarına miras yolu ile aktarılması benimsenmiştir. Emek ve mülkiyet dengesini bozacak şekilde mirasın bir ya da birkaç akrabaya aktarılması yolu kabul edilmemiştir. Örneğin İmam Şâfiî'de özel mülkiyetin temelinde insan emeğinin varlığına dikkat çeker. (Şâfiî, Muhammed b. İdris, el-Ümm, Mısır 1329, III, s. 265-266) İbn Haldun'da mülkiyetin emeğin mahsulü olduğunu, insanın emek sarfederek ele geçirdiği şey onun mülkü olup başkası ancak karşılığını vererek bundan faydalanabilir. (İbn Haldun, Abdurahman b. Muhammed, Mukaddime, Beyrut II, 320-332); Muhalled Bâkir es-Sadr'da mülkiyeti emek unsuruna dayandırmıştır. (Sadr, Muhammed Bakır, İslâm Ekonomisi Sistemi, I, (Ter. Mehmet Keskin-Sadettin Ergin), Rehber Yayınları, Ankara 1993, I, 352) İslâm hukukunda mülkiyet, insanın vazgeçilmez haklarından sayılmış, korunması gereken beş ana maslahat arasında kabul edilmiş bu hakka yapılan saldırılara da hukukî ve cezâî müeyyedeler öngörülmüştür.

² İbn Kayyım el-Cevziyye, Hikmetü'l-İbtîlâi, Dâru's-Selâm, Beyrut 1984, s. 42-50.

³ Âl-i İmrân 3/14; İsrâ 17/100; Fecr 89/20.

⁴ Mecelle'de "*mülk, insanın malik olduğu şeydir*" şeklinde tanımlanmıştır. Mecelle Md.125.

⁵ Ali Haydar, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Beyrut trs, I, s. 228.

⁶ Bakara 2/267-274-279; Âl-i İmrân 3/186; Nisâ 4/32; Nur 24/61.

⁷ Bakara 2/188-279; Nisâ 4/10-29.

⁸ Mâide 5/33-38.

doğrudan veya dolaylı olarak hâkimiyet sağlayan haklar, *aynî* veya *menfaat* haklarıdır.⁹ Bu hâkimiyet genellikle bir hakka dayanmaktadır. Eşya üzerindeki hâkimiyet bir hakka dayanıyorsa "*aynî ve menfaat hakları*", bir hakka dayanmayıp sadece fiili bir tasarruftan ibaret kalıyorsa buna da "*zilyetlik*" denmiştir.¹⁰ Bu bağlamda zilyetlik eşya üzerindeki hâkimiyet hakkından değil eşya üzerindeki tasarruftan yani emekten doğan bir hak olmaktadır. Zilyetliğin fonksiyonlarını ifa etmek üzere genellikle hukuk sistemleri, mülkiyeti korumak amacıyla tapu siciline yer vermişlerdir.¹¹

Mülkiyet, bireysel olabileceği gibi müşterek de olabilir. Müşterek mülkiyet konusu, *hukukî bir mesele* olup çeşitli hükümlere ihtiyaç duyar. İslâm fıkıh doktrininde, sadece *ferdi mülkiyet* ve "*müşterek mülkiyet*" kavramları kullanılmıştır. Ancak İslam fıkıh doktrininde müşterek mülkiyetin kapsamına günümüzdeki *birlikte mülkiyetin iştirak ve müşterek mülkiyet* çeşitleri de girmektedir. Günümüz hukukunda müşterek mülkiyet yerine *birlikte mülkiyet* üst kavramı kullanılmış, bu kavramın kapsamına ise *paylı ve elbirliği* mülkiyet taksimatı yapılarak sistematik bir yapı kazandırılmaya çalışılmıştır.¹² Günümüzdeki müşterek mülkiyet, genellikle İslâm hukukunun esaslarına uyumlu bir müessese olmasına rağmen; iştirak halindeki mülkiyet İslâm fıkıh doktrininin esaslarına uymadığı da ifade edilmiştir. İştirak halindeki mülkiyetin, müşterek mülkiyetin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, iştirak halindeki mülkiyete herhangi bir ihtiyaç da bulunmadığı bazı bilginler tarafından eleştirilmiş

⁹Arsal, Sadri Maksûdî, *Hukukun Umumî Esasları*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1937, s. 129; Kurtûbî, Muhammed b. Ahmet b. Reşid, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1988, II, s. 26; Zerâkâ, Mustafa Ahmet, *Medhalu'l-Fıkhıyyü'l-Âmir*, Dâru'l-Fıkr, Dimaşk 1968, I, s. 257.

¹⁰Mecelle Md. 1679; Ali Haydar, IV, 373; Harun Reşit Paşa, *Ruhu'l-Mecelle*, İstanbul 1328, VIII, s. 9; Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay / Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kıtapevi, İstanbul 2006, s. 48-53.

¹¹Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmiyyü ve Edilletühü*, Dâru'l-Fıkr, V, Dimeşk 1989, s. 489-495; Demir, Fahri, *İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1988, s. 1-45; Karaman, MİH, III, s. 7-8; Oğuzman / Seliçi / Oktay / Özdemir, s. 117.

¹²Bkz. MK. 688-701.

tir.¹³ Mülkiyet hakkının konusu kural olarak eşyadır. Bu eşya menkul / taşınır veya gayrimenkul / taşınmaz olabilir.¹⁴

Roma hukuku, *birlikte mülkiyetin* sadece bir türü olan *müsterek mülkiyeti* tanımıştır.¹⁵ Roma'da mülkiyete ilişkin en eski dönemlerden beri bilinen temel kural, (*superficies solo cedit*) "*üst araziye aittir.*" Bu kurala göre her hangi bir arazi üzerindeki muhdesat (*inşa edilen binanın veya dikilen ağaçların mülkiyeti, binayı yapan veya ağacı diken kim olursa olsun*) arazinin sahibine ait olmaktadır.¹⁶ Cermen hukuku ise *iştirak halindeki mülkiyeti* esas almıştır. Cermen hukukunda ise temel kural *istihsal prensibi* olup bu da "*eken biçer*" sözü ile ifade edilmiştir.¹⁷ İştirak halindeki mülkiyet anlayışı, Cermen hukukundan öncelikle İsviçre'ye geçmiştir. Daha sonra Türk Medeni Kanunu da İsviçre'den alınmasıyla iştirak halindeki mülkiyet Türk hukukuna girmiştir.¹⁸ Günümüz Medeni Kanununun kabul etmiş olduğu toplu mülkiyet çeşitlerinden iştirak halindeki mülkiyetin menşeinin Cermen hukuku olduğu anlaşılmaktadır. Eski zorlar kanunumuz Mecellede ki esaslar ile Roma hukukundaki müsterek mülkiyete dair esaslar birbirine pek uzak değildir.¹⁹ Taksim konusu oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Ancak biz konuyu müsterek mül-

³Ayrıntı için bkz.Kuley, M. Muin, Toplu Mülkiyet, Müsterek Mülkiyet, İştirak Halindeki Mülkiyet, İzale-i Şuyû, İstanbul 1959, s. 6.

⁴Mecelle Md. 126; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku Mülkiyet, Mimoza Yayınları, Konya 2000, II, s. 8; Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhal Yayınları, Ankara 1990, s. 236.

⁵Kuley, s. 6.

⁶Tahiroğlu, B, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 1981, s. 43-51; T; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Tekinay Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1989, s. 796.

⁷Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 540.

⁸Kuley, s. 6-8.

⁹Bugünkü Medeni Kanunumuzun temeli İsviçre'den iktibas edilmiştir. İştirak halindeki mülkiyet başlangıçta faydasına pek inanılmamış ve hakkında tenkit yazıları yazılmış, bu mülkiyete ihtiyaç olmadığı, bu mülkiyet anlayışı pek çok karışıklıkları da beraberinde getireceği, mirasın taksiminde de buna ihtiyaç olmadığı, karı-koca malları içinde esasen kanunumuzun mal ayrılığı rejimini kabul ettiği gerekçelerle pek çok kimse tarafından tenkit etmiştir. İştirak halindeki mülkiyet anlayışının miras taksiminde de pek çok dağınıklık ortaya çıkacağını, her ülkenin kendi koşullarına göre yapılan bir düzenleme olduğunu, bizim hukuk sistemiyle bağdaşmayacağı konusunda ilk makale Lütfi Fikri tarafından yazılmıştır. İştirak halindeki mülkiyetin tanınması bir sistem değişikliğini de beraberinde getirmiş ve sonuçta iştirak halindeki mülkiyetin taksimi konusu fiiliyatta pek işlerliği görülmediğinden taksimi de zaten pek çok problemlerle karşılaşmaktadır. Tartışmalar için bkz. Kuley, s. 11-13.

kiyetin (*müşterek ile iştirak halindeki arazilerin*) taksimi ve muhdesatlarının durumu ile sınırlandırmış bulunmaktayız.

1. TAKSİM

"Ksm" kökünden türeyen *kısmet / taksim* kelimesi lügatt; "*pay etmek, kısım kısmı ayırmak, dağıtmak, bölüştürmek*" anlamlarına gelmektedir.²⁰ Pay anlamında "*kısım, nişem, kasîm*", paylaştırıcı anlamında ise "*kassâm, kâsım*" kelimeleri de kullanılmıştır.²¹ Yemin anlamına gelen "*kasem*" kalıbı da aynı kökten gelmektedir.²² Taksim istilahta "*şâyi hisseli mallarda ortakların hisselerinin muayyen hale getirilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır. Fakihler genellikle *kısmeti*, "*şâyi hisselerin tayin ve tahsis edilmesi*" şeklinde tarif etmişlerdir.²³ Mecelle ise, "*malın bütüne yaygın (şâyi) hisseyi belli hale getirmek*" şeklinde tanımlamıştır.²⁴

Fıkıh ekolleri taksimi çeşitli şekillerde tanımlamışlardır: Hanefiler'e göre taksim, "*şâyi malın her cüzüne dağılmış olan bir payı muayyen veya özel bir mekanda toplayıp bir araya getirmektir.*"²⁵ Şâfiîler ve

²⁰İbn Manzur, Cemâlüddin Muhâmmmed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, XIV, Dâru Sâdr, Beyrut 1968, s. 478-480; Firuzâbâdi, Mecduddin Muhâmmmed b. Ya'kûb, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, (tahk. Muhâmmmed Naim el-Arkasûsî), Beyrut 1987, "Ksm Md"; s. 1483; Zebîdî, Muhâmmmed Murtaẓâ, *Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, VII, "Ksm Md", (tahk. Ali Şeyrî), Beyrut 1994; İbn Âbidin, Muhammed b. Emin, *Reddül-Muhtar*, İstanbul 1964, VI, s. 253-273; Kâsânî, Alaeddin Ebu Bekir b. Mesud, *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi*, VII, Kahire 1910, s. 17; Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları*, İstanbul 1979, s. 1046; Kâsânî, VII, s. 17; Serahsî, Şemsüddin Muhammed b. Ahmet, *el-Mebsut*, Beyrut 1978, XV, s. 2; Mevsûlî, Abdullah b. Muhâmmmed, *İhtiyâr li Talî'il-Muhtâr*, İstanbul 1990, II, s. 72; Zühaylî, V, s. 656; Firmûz, Muhammed, *Dureru'l Hükkâm fi Şerhi Çureri'l Ahkâm*, II, Fazilet Neşriyat, İstanbul 1976, s. 420; Merğînârî, Ali. Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, IV, Fethu'l-Kadir ile Birlikte, İstanbul 1986, s. 41; İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmet, *Bidâyeti'l-Müctehid ve Ni-hâyeti'l-Muktesid*, Karaman Yayınları, II, İstanbul 1985, s. 222.

²¹Serahsî, XV, s. 2; İbn Âbidin, VI, s. 253-254; Kâsânî, VII, s. 17; Pakalın, M. Zeki, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, MEB Yayınları, İstanbul 1993, II, s. 274; Aktan, Hamza, "*Kismet Md*", *DİA*, XXV, s. 497-498.

²²İbn Manzur, "*Ksm Md*"; Firuzâbâdi, "*Ksm Md*"; Zebîdî, "*Ksm Md*".

²³İbn Âbidin, VI, s. 253-273; Kâsânî, VII, s. 17; Serahsî, XV, s. 2; Mevsili, II, s.72; Zühaylî, V, s. 656; Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar Yayınları, İstanbul 2010, s. 308.

²⁴İbn Kudâme Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah, *el-Muğni*, IX, Beyrut 1992, s. 112; Mecelle Md 1114.

²⁵Zeylâî, Abdullah b. Yusuf, *Tebyinü'l-Hakâik ala Kenzi'l-Dekâik*, Beyrut ts, V, s. 264; Tahtâvî, *Haysiyet'-Tahtâvî ale'd- Dürrü'l Muhtâr*, Beyrut 1975, V, s. 178, İbn Hümmâm,

Hanbeliler'e göre ise taksim, "ölçmek veya başka bir yolla payları kısımlara ayırmak suretiyle birbirinde ayırdetmek ve birini ötekenden ifraz etmektir."²⁶ Mâlikiler'e göre taksim, "paylaştırma (akar veya başka şeyde) ortak malda her ortağın malının tayin edilmesidir."²⁷ Bu tariflerden taksimin konusunun müşterek mülkiyet olduğu anlaşılmaktadır.²⁸ Anlaşıldığı kadarıyla taksim, payları birbirinden ayırmaktan (ifraz) ve birini öbürü ile değiştirmekten (mubâdele etmekten) ibarettir. Keza her bir müşterek mâlikin payı, paylaştırılan şeyin bütün cüzlerini kapsayacak vaziyettedir.

VIII, s. 2; Meydânî, Abdülğani el-Ğânîmî, *Lübab fi Şerhi'l Kitap*, Dersaadet, İstanbul trs, IV, s. 91; Zerkâ, *Medhal*, I, s. 262.

²⁶Kısmet kavramı için pek çok tarifi yapılmıştır. Kısmet, "şâyi (malın her cüzüne yayılmış) hisseyi belirli bir yerde toplamak", "birden fazla kimselerin bir şeydeki şâyi hisselerini bir kıstas (ölçü, birim) ile tayin ve tahsis etme, bir araya toplama işidir." (Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar Yayınları, İstanbul 2010.s. 308); İmam Şâfiî kâsımların hakimler gibi olduğunu söylemektedir. Yani kâsımların kaza fonksiyonunu icra ettiklerini söylemektedir. Malikilerde taksim, "iki veya daha fazla ortağın müşterek maldaki şâyi hisselerinin, o maldaki tasarruf hakkını paylaşırma şeklinde de olsa belirli hale getirilmesidir. Bu işlem kur'a veya karşılıklı rıza ile olur." İlk dönem miras davlarında bizzat dava mahalline giderek, gerekli tahkikatları yapıp ihtilaf hakkında bir neticeye vardıldıktan sonra davayı hükme bağlayan, ev, tarla ve arsa gibi gayri menkul veya menkul varisler arasında taksim eden memura bu ad verilmiştir. Bazılarına göre kasım icra memuru konumundadırlar. İbn Nüceyn, *Zeynülâbidin b. İbrahim el-Misrî, el-Bahru'r Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Mısır 1916, VIII. s. 168; Dâmad, Şehzâde Muhammed b. Süleyman, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Multekal Ebhûr*, İstanbul 1910, II, 487; İbn Âbidîn, VI, s. 269; Huraşi, *Haşiye*, VII, s. 183; Zürkânî, Muhammed b. Abdülbaki b. Yusuf, *Şerhu'l Zürkânî al'a Muvatta İmam-ı Mâlik*, IV, Beyrut 1990, VI, s. 193; Şâfiî, Hanbeli ve Caferilere göre payları birbirinden ayırd etmektir. Şirbînî Muhammed Hatûb, *Muğni'l Muhtaç ilâ Mârifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, Beyrut trs, V, s. 418; Heytemî, Şihâbuddin Ahmet İbnü'l Hacer, *Havâşî Tuhfetü'l Muhtaç Bi-Şerhi'l Minhâc*, X, İslâmî Kitaplar Nâşırı, Midyat trs, s. 193-210; Remli, Şemsuddin Muhammed b. Ahmet, *Nihayetü'l-Muhtaç ilâ Şerhi'l Minhâc*, Beyrut 1984, VIII, s. 283; Aktan, Hamza, "Kısmet Md", *DİA*, XXV, s.497-498; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul 1991, s. 7-47; İbn Kudâme, IX, s. 114; Behûfî, Mansur b. Yunus b. İdris, *Keşşâfu'l-Kinâ an Metni'l-İknâ*, (nşr. Halil Musaylihî Mustafa), Dâru'l Fıkr, Buyrut 1982, VI, s. 364.

²⁷Derdîr, *Şerhu's-Sağir*, Mısır trs, III, s. 359.

²⁸ Koşum, Adnan, *İslâm Hukukunda Taksim*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 12-15.

2.TAKSİMİN HUKUKİ DAYANAĞI

Taksimın hukukî dayanağı Kur'ân ve Sünnettir.

a) Kur'ân:

Kur'ân'da "ölenin terekesi taksim edilirken mirasçı olmayıp ölene yakınlığı bulunanlar, yetimler ve yoksullar hazır bulunurlarsa gönüllerini almak için bölünen maldan bir şey verin"²⁹ buyurulmuştur. Ayet her ne kadar miras taksimi konusunda gelmiş olsa de hüküm, yalnızca miras taksimine mahsus olmayıp bütün taksimleri içermektedir.³⁰ Öte yandan ganimetlerin paylaşılması ile ilgili "savaşta ganimet olarak aldığınız herhangi bir şeyin beşte biri Allah'a Peygambere, Peygamberin yakınlarına, yetimlere, fakirlere, yolda kalmışlara aittir..."³¹ buyruğu zımnen taksimın meşruiyetine delalet eder. Zira söz konusu olan ganimetlerin 1/5 – 4/5 (savaşa katılan gazilere) ayrılması ancak taksim ile bilinebilir. Buradaki ayetler; *aynî mülkiyetin* taksimine delildir.

Öte yandan Kur'ân-ı Kerim, "Onlara, suyun (deve ile) kendileri arasında (nöbetleşe) paylaştırıldığını, haber ver. İçme sırası kiminse o gelip suyunu alsın"³² buyurmuştur. Bu ayet Salih Peygamber ile kavmi arasındaki su ihtilafının çözümü hakkındaki haberi ifade etmektedir. Mucize deve ile Salih Peygamberin kavmi arasında nöbetleşe suyu kullanma (muhâyee) yoluyla paylaşmanın caiz olduğuna delildir. Buradaki ayet ise; *menfaat mülkiyetinin* taksimine delildir.

b) Sünnet: Taksim, sünnet ile sabittir. Bir hadiste "cahiliye döneminde taksim edilmiş her mal, taksim edildiği şekil üzeredir. İslâm döneminde yapılan taksimât, İslâm'ın taksim esaslarına göredir"³³ buyurulmuştur. Hz. Peygamber Hayber ve Huneyn'de alınan ganimetleri, savaşa katılanlar arasında paylaşması,³⁴ Sahâbiler arasında mirasları taksim etmesi³⁵ ve "her

²⁹Nisâ 4/8.

³⁰İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali, *Muhalla*, VI. Beyrut trs, VI, s. 419; Cessas, Ebu Bekir Ahmet b. Ali er- Râzî, *Ahkâm'ı Kur'ân*, (thk. Muhammed Sâdık el-Gamhâvî) Beyrut 1985, II, 368; Kurtûbî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmet b. Ebu Bekr, *el-Câmiu'l-Ahkâmu'l-Kur'ân*, V, Müessesetü'l-Risâle, Beyrut 2006, s. 49.

³¹Enfâl 8/41.

³²Suarâ 28/155.

³³Ebu Dâvûd, *Talak* 30; İbn Mâce, *Ferâiz* 14; Muvattâ, *Akâdiye* 35; Ahmet b. Hanbel, II, s. 219.

³⁴Ganimetlerin ve zekâtın dağıtımını konusunda bkz. Şirbînî, III, 92–106.

³⁵Zeylâi, IV, s. 178.

hak sahibine hakkını verin"³⁶ buyurması, taksimin sünnetteki hukukî dayanaklarından. Bu konuda pek çok hadis bulunmaktadır.³⁷ Bu hadisler hem *miras mülkiyetinin* hem de *müsterek mülkiyetin taksimine* şamildir. Yani günümüz hukukundaki iştirak halindeki mülkiyeti de ihtiva etmektedir.

c) Sahabe Döneminde: Kâsımlık müessesesi, İslâm'ın ilk yıllarından itibaren uygulanan bir müessesedir.³⁸ Nitekim Hz. Ali'nin döneminde kâsımlık görevini yapan ve kassâm olarak bilinen Abdullah b. Yahya el-Kindi olduğu, bu görev karşılığı olarak da devletten ücret aldığı söylenmektedir.³⁹ Keza Hz. Ömer döneminde bir topluluk, başkasının arazi sine hurma diker. Arazi sahipleri davayı (arazi kendilerinin olduğu için) Hz. Ömer'e götürürler. Hz. Ömer şöyle buyurur: "*Onlara araziyi teslim edip, ağaçların kıymetini size vereceğim.*"⁴⁰ Bu anlayış hem *aynî* hem de *men-*

³⁶Ebu Davut, *Buyu*, 88; Tirmizi, *Vesâyâ*, 5; İbn Mâce, *vesâyâ*, 6.

³⁷Hz. Peygamber, Sahâbenin izni olmadan başkasının malına el uzatılmaması gerektiği ilkesini sık sık vurguladığı gibi (Ahmet b. Hanbel, *Müsned*, V, s. 72) vedâ hutbesinde bu husus açık bir şekilde tekrarlanmış (Buhârî, *İlim* 9-37.) meşru müdafaa içinde malını korumaya çalışırken öldürülenin şehid mertebesinde olduğunu bildirmiş (Müslim, *İman* 226) emeği ve meşru kazancı teşvik etmiştir. (Buhârî, *Buyu*' 15) Öte yandan Hz. Peygamber (sav), işletilmeyen sahipsiz araziye ihya edenin ona sahip olacağını belirtmesi, araziye iktâ olarak verilmesi gibi söz ve uygulamaları da İslâm'da öze! mülkiyet anlayışının benimsendiğinin açık göstergesidir. Başkalarının malına el uzatmanın haramlığı ilkesi *mülkiyet hakkı* başta olmak üzere *kul haklarının* temelini oluşturur ve bu yönüyle mülkiyet hakkı Şâriin bir hükmüdür. Nitekim Peygamberimiz (sav), "*Her kim başkasına ait araziden bir karış yer gasp ederse Allah onu kıyamet gününde yedi katı ile gasp edenin boynuna geçirir*" buyurmuştur. (Buhârî, *Mezâlim*, 13; Müslim, *Müsâkât*, 142) Müsterek mülkiyette sınır işgalleri bu konuda düşündürücüdür. "*Kıyamet gününde, gasp edilmiş bütün haklar sahiplerine geri verilecektir.*" (*Riyazüssalihîn*,1/253) "*Bir kimse haksız olarak başkasının bir karış yerine tecavüz ederse, o yerin yedi katı da o kimsenin boynuna geçirilir.*" (*Riyazüssalihîn*,1/255) "*Bir kimse, kardeşinin haysiyetine veya malına tecavüz etmişse, altın ve gümüş bulunmayan kıyamet gününden önce ondan helâllik alsın. Aksi halde, o gün varsa iyilikler/sevapları alınıp yaptığı tecavüz ölçüsünde hak sahibine verilir. İyilikler/sevapları yoksa haksızlığa uğrayanın günahlarından alınıp ona yükletilir.*" (*Riyazüssalihîn*, 1/258)

³⁸Atar, *Fahrettin, İslâm Adliye Teşkilâtı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1979, s. 143.*

³⁹Serahsî, XV, s. 102; Atar, s. 144.

⁴⁰Belazurî, *Füthü'l-Buldân*, I, Beyrut 1958, s. 54, 56; ibn Zenceveyh, *Kitabu'l-Emvâlden naklen*, Ali şafak, *İslâm Arazî Hukuku*, İstanbul 1977, s. 322, 323. Meselâ Hz. Ömer ölü araziye ihya için çeviren, üç yıl içinde ihya etmezse artık hak iddia edemeyeceğine hükmettiği gibi, ardi ardına üç yıl bir araziye işlemeyenin elinden, devlete ait bu arazi geri alınmakta idi. Diğer yandan miri arazinin tasarruf hakkını düşüren on yıllık hak düşürücü süre tanınmıştır. Mecelle'de zaman aşımı konusu on beş maddede düzenlenmiştir. (Arazi

faat mâlikine işaret etmektedir. Bu uygulama günümüzdeki üst hakkı⁴¹ olan irtifak hakkının ilk emâresi olarak görülebilir.^{42,43}

Öte yandan her bir ortağın müşterek mülkiyetteki menfaatinin tamamlanması için kendi payında bağımsız olarak tasarrufta bulunabilmesi gerekmektedir. Böyle bir taksime insanlar ihtiyaç hissetmişlerdir. Bu ihtiyaç ve zaruret, taksimin *istihsânen aklî* delillerindedir.⁴⁴

3. TAKSİM ÇEŞİTLERİ

Fıkıh ekolleri arasında taksimin çeşitleri farklı olmasına rağmen⁴⁵ genellikle taksim, rızâî ve kazâî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁴⁶

a) **Rızâî Taksim:** Müşterek mâlikler yargı yoluna başvurmadan kendi aralarında karşılıklı rıza ile yaptıkları veya paydaşlardan her birinin rızasıyla hâkimin yaptığı taksimdir.⁴⁷

b) **Kazâî Taksim:** Müşterek arazi taksiminde paydaşlardan hiç birinin zararı olmadan ve birine ivaz verilmesini gerektirmeyen paydaşların birinin veya bir kısmının isteği üzerine hâkimin cebren veya hükmen yaptığı taksime denilmektedir.⁴⁸ Taksimi ancak müşterek mâlikler talep

Kanunnamesi, madde, 20; Ali Haydar Efendi, *Arazi Kanunu Şerhi*, s. 109, 114; Mecelle, madde, 1660, 1675; Ali Şafak, s. 323, 324.

⁴¹Oğuzman, M. Kemal-Seliçi, *Özer, Eşya Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 822-823.

⁴²Oğuzman / Seliçi, s. 733-734.

⁴³İrtifak ve intifa hakları aynı haklardır. Arsal, s. 130.

⁴⁴İbn Kudâme, IX, s. 112; Meydânî, IV, s. 94.

⁴⁵Çünkü her mezhep paylaşmaya başka bir açıdan bakmıştır. Hanefiler cebren ve rızaen, bu taksimatı da "*tefrik veya fertlere tahsis yoluyla paylaşma ile cem yolu ile paylaşma*" yani her bir ortağın payının ayrı ayrı bir yere toplanması demektir. (Mecelle Md 1115); Malikilere göre, *rıza ve kura* yolu ile paylaşma, (Derdî, III, s. 662-664 İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, Beyrut 1989, s. 284) Şâfilere göre *ifraz, payların tadili ve red yolu ile paylaşma*, (Bâcûrî, İbrahim, *Hâsiyetü'l-Bâcûrî alâİbni Kasım*, Matbaatu Kutubi'l-Arabiyye, Mısır trs. II, s. 352-354) Hanbelilere göre *rıza ve mecburi* paylaşma türleri bulunmaktadır. Behûtî, VI, s. 364-369; Karaman, MİH, III, s. 46.

⁴⁶Kâsânî, VII, 19-22; Mecelle Md. 1121-1122; Ali Hafif, *el-Milkiyyefi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Beyrut 1990, s. 24; Oğuzman / Seliçi / Oktay / Özdemir, s. 316.

⁴⁷Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Beyrut trs, III, s. 343; Behuti, *Keşşafu'l-Kinâ*, VI, s. 378; Ayan, s. 65; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 614.

⁴⁸İbn Kudâme, XI, s. 119; İbn Âbidin, V, s. 184; Serahsî, XV, s. 4; Mevsilî, II, s. 73; Behûtî, VI, s. 378; Bilmen, VII, s. 170; Mecelle Md.1122.

edebilir.⁴⁹ Bu bağlamda müşterek mülkiyetin çeşitleri önem arz etmektedir.

4. MÜŞTEREK MÜLKİYET VE ÇEŞİTLERİ

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi mülkiyet, *bireysel ve müşterek (paylı)* mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılır. Bireysel mülkiyette eşya üzerindeki mülkiyet hakkı tek bir kişiye aittir; müşterek mülkiyette birden çok kişi aynı anda aynı eşyaya mâliktirler.⁵⁰ İslâm hukukunda konu daha çok “*şeriketü'l-mülk*” başlığı altında incelenmiştir. Modern hukukta birlikte mülkiyet, “*müşterek mülkiyet / paylı mülkiyet*” ve “*iştirak halindeki mülkiyet / elbirliği mülkiyeti*” şeklinde taksim edilmiştir.⁵¹ İslâm fıkıh doktrinde(modern hukuktaki gibi) iki tür birlikte mülkiyetten söz edilmeyip her biri *müşterek mülkiyet* altında ele alınmıştır. Ancak biz konuyu daha iyi anlayabilmek için bu makalemizde günümüzün mülkiyet taksimatını ele almış bulunuyoruz.

⁴⁹Ayan, s. 68; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 631; Oğuzman / Seliçi, s. 342.

⁵⁰Hacak, Hasan, “*Mülkiyet*”, DİA, XXXI, S. 546.) Bunun yanında toprağın en önemli üretim araçlarından bir kabul edilmesi sebebiyle bilhassa toprak üzerindeki özel mülkiyet geniş teorik tartışmalara konu olmuştur. İktisadi yapının tarıma dayalı olduğu toplumlarda birey ve toplumların geçim kaynağı toprak geliri olması hasebiyle toprağa bağlılıkları günümüz insanına göre daha çoktur. Bunun da üretim biçimi olarak toprağın algılanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bugün bu durum daha çok rant getiren şehirlere doğru bir gelişim göstermiştir. Mülkiyetin bir ayrımı da özel mülkiyet ve kolektif mülkiyet şeklindedir. Özel mülkiyetin fertlere, kolektif mülkiyetin ise topluma ait olmasını ifade eder. Karaman, MİH, III, s. 44.

⁵¹Mülkiyet kavramının tanımına Medeni Kanunda yer verilmediği gibi, Anayasada da mülkiyetin tanımı yapılmamıştır. Ancak, 4721 sayılı Kanunun 683 üncü maddesinin ilk fıkrasına göre; bir şey malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Medeni Kanundaki mülkiyet kavramına ilişkin düzenlemeler ve genel hükümlerden hareketle mülkiyet; maddi varlığı olan şeyler üzerinde tam egemenlik sağlayan bir hak olarak tanımlanabilir. Mülkiyet hakkının verdiği yetkileri, o şeyin malikinin rızası olmadan başkaları kullanamaz. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir (MK. Md. 683/2). Ancak, mülkiyet hakkının kullanımının da sınırları vardır. Akipek, s. 44; Aybay, Aydın / Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 127-146; Ayan, s. 28; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 564; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, Ankara 1989, s. 167; Velidedeoğlu, Hıfzı V, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, s. 705; Dural, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 65.

a) İştirak Halindeki Mülkiyet

İştirak halindeki mülkiyet, bir mal üzerinde birden fazla kimse arasında (miras gibi) hukukî bir münasebetten doğmuş olan iştiraktır. İştirak halindeki mülkiyette hisseler, muayyen olmadığından herbirinin ittifakı olmadan hissedarlar kendi hisselerinde münferiden tasarruf edemezler. Bu haliyle iştirak halindeki mülkiyet, müşterek mülkiyet kavramından ayrılmaktadır.⁵² Ayrıca bu tür mülkiyette arazilerin küçük parçalara ayrılması ve verimsizleştirilmesini önlemek amacıyla muhâyee olarak taksimine de imkan verilmiştir.⁵³ Miras halindeki mülkiyetin taksim edilmemesi yönünde rivayetler de bulunmaktadır.⁵⁴

İştirak halindeki mülkiyet, aralarında bireysel ilişki bulunan şahısların bu kişisel ilişki bağı dolayısıyla bir eşyanın mülkiyetine birlikte sahip olmalarıdır. İştirak halindeki mülkiyetin doğumundan önce bu ilişki bulunmaktadır. Müşterek halindeki mülkiyette bu ilişki (bağ) mülkiyetin doğumundan sonra ortaya çıkar. İştirak halindeki mülkiyette bu ilişki ancak kanunun öngördüğü şekillerde gerçekleşebilir. İştirak halindeki mülkiyette, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek paylar mevcut değildir. Eşyada tek bir mülkiyet söz konusudur ve mülkiyet fikri paylara ayrılmamıştır.⁵⁵

b) Müşterek Mülkiyet

Müşterek mülkiyet, birden fazla kişinin bir şeye kanun veya sözleşme ile (*1/3-1/5 gibi*) muayyen fakat şâyi olmak üzere mâlik olmaları ve müşterek mâliklerin payları fiilen bölünmemiş olması durundaki ortaklıktır.⁵⁶ Günümüz hukuk doktrininde "*müşterek mülkiyet birden ziyade kimselerin aynı eşya üzerinde bilfiil taksim edilmemiş hisselerine mâlik*

⁵²Akipek, s. 44; Oğuzman / Seriş / Oktay / Özdemir, s. 276; Erdoğan, s. 273; Erbay / Hatemi, s. 145; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 564; Oğuzman / Seliçi, s. 347.

⁵³İştirak halindeki mülkiyet ortakların birinin ölmesiyle müşterek mülkiyete dönüşmesi gibi problemlere karşılaşıldığı da bir gerçektir. Arazi parçası çok küçük maliklere pay edildiği takdirde verimlilik ve menfaat konusu ihlale gireceğinden bu arazilerin belli metre kare altına düşüldüğünde taksime kabil olamayacağı bazı hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Bu hususta izlenecek genel politikaların olması elbette önem arz eder. Taf. bkz.Akipek, s. 44.

⁵⁴İbn Rüşd, II, s. 222-223.

⁵⁵Ayan, s. 77-78; Sayman / Elbir, s. 323; Akipek, II, s. 45; Aybay / Hatemi, s. 147; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 432-433.

⁵⁶Erdoğan, s. 435.

lunmalarından husule gelen bir birlikte mülkiyet şeklidir” diye tarifmişlerdir.⁵⁷ Bu özelliğten dolayıdır ki, müşterek mâliklerden şâyi hisse hibi, kendi hissesi kadar bir yer veya parçayı belirleyerek o yere sahip amaz. Çünkü, o ayırdığı kısımda yine aynı nispetlerde diğer müşterek iy sahiplerinin de mülkiyet hakkı vardır.⁵⁸ Müşterek mülkiyette iştirak, azinin bütün cüzleri va bütünleyici parçaları üzerinde tahakkuk eder.⁵⁹ ı kuralın kanundan doğan istisnaları da bulunmaktadır.

Nitekim klasik İslam hukuku kaynaklarında kavram ve müesseselerin, net bir şekilde birbirinden ayrıldığı da söylenemez. Nitekim ecelle, iştirak ve müşterek kavramları arasında ayırım yapmaz ve her i haldeki mülkiyeti de *“hisse-i şâia”* olarak vasıflandırır.⁶⁰ Zira Mecelle 45–1059 *Kitabu’ş-Şirket* başlığı altında fıkıh ıstılahlarını izah etmiş ve i ketin bir tarifini yapmış ki bu tarif aynı zamanda müşterek mülkiyetin ecelledeki tanımı olarak algılanmıştır.⁶¹ *“Şirket, fil’asıl birden ziyade kimse e bir şeyin ihtisası ve onların ol şey ile imtiyazıdır”* maddesini takip eden rasında *“fakat öyle bir ihtisasa sebep olan akdi şirket manasında dahi örf ve ilah olarak müstağmeldir”* demek suretiyle terminoloji bakımından muhnel bir karışıklığı önlemek hedeflenmiştir. Mecelledeki, 1060–1197 asında maddeler, müşterek mülkiyet hükümlerini ihtiva etmektedir. ecelle 1069. Maddede *“bir mülkte müstakilken sahip olan kimse nasıl ki şfe mâyeşâ tasarruf ederse, mülki müşterekte dahi sahipleri bil ittifaq ol vech tasarruf ederler.”* Müşterek mülkiyet kullanma bakımından kabili takn ise ve diğer hissedarlar da gaip değilse,⁶² müşterek mülkiyet paydaşın arasında taksim edilir. Müşterek mülkiyet kullanma bakımından

unaboylu, *Müslim, Ortaklığın Giderilmesi Davları*, Adil Yayınevi, Ankara 1997, s. 17; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 566; Sayman, F. H, Elbir, H, K, *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul 1958, s. 257; Velidedeoğlu, H, Esmer, G, *Gayri Menkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*, İstanbul 1956, s. 190; Kuley, s. 19.

araman, III, s. 45; Oğuzman / Seliçi, s. 292–315; Akipek, II, s. 21; Ayan, s. 29.

bozcalı, Ö. L, *Müşterek Mülkiyet ve İştirak Halindeki Mülkiyet Hükümleri*, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1945, s. 553–592; Akipek, J.G, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1971, s. 21; Oğuzman / Serici, s. 237–241; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 527.

[K 623/688-628/699; Erdoğan, s. 435.

ız. Gözübenli, Beşir, *“Şirket Md”*, DİA, XXXIX, s. 198.

leydâni, IV, s. 97.

kabili taksim değilse, paydaşlar arasında nöbetleşe *muhâyee* yoluyla bölüşürler.⁶³

Müşterek mülkiyetin hukukî niteliği tartışmalıdır.⁶⁴ Bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte genellikle müşterek paydaşların sahip oldukları paylar eşyanın maddi varlığına ilişkindir. Yani mülkiyet hakkı değil bizzat eşyanın kendisi fiziki parçalara ayrılmıştır.⁶⁵ Diğer bir görüş ise, eşya değil eşya üzerindeki mülkiyet hakkı müşterek mâlikler arasında payları oranında bölünmüştür. Her paydaşın eşya üzerinde kısmi bir mülkiyet hakkı vardır, bu hakların toplamı müşterek mülkiyeti ortaya çıkarır.⁶⁶ Diğer bir görüş ise müşterek mülkiyette tek bir mülkiyet hakkı olduğu yönündedir. Bu hak bazı yetki ve ödevlerden meydana gelmektedir. Müşterek mâliklerin sahip olduğu paylar gerçek bir bölünmeyi değil, fikri bir bölünmeyi ifade eder. Diğer bir ifade ile müşterek mülkiyet payı, bölünebilen ve muayyen bir oran dâhilinde paydaşlara tek tek ait olan yetkileri ve ödevleri kapsar.⁶⁷ Medeni Kanun'da, müşterek mülkiyet düzenlenirken paylar için ayrı, eşyanın bütünü için ayrı esaslar öngörmüştür. Her müşterek mâlik kendi payı üzerinde kural olarak mâlike tanınan bütün hak ve yetkilere sahiptir. O payı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Müşterek mâliklerden biri payını üçüncü şahsa temlik ettiği takdirde diğer müşterek mâliklere söz konusu payı öncelikle satın alabilme (*kanun-i şufa*) hakkı tanınmıştır.⁶⁸ Şimdi de müşterek arazilerin taksiminin niteliği hakkındaki görüşlere yer verelim.

5. MÜŞTEREK ARAZİLERDE TAKSİMİN NİTELİĞİ

Fakihlere göre taksimin niteliği, "*ifraz / temyiz*" ile "*satış / müba-dele*" arasında değişmektedir. Hanefilere göre taksim, mutlak manada, misli veya kıyemi olarak ölçülebilen mallarda iki nitelik taşır.⁶⁹ Bunlar,

⁶³Mecelle Md. 1174-1176; Mecelle, hissedarları yekdiğerinin hissesinde yabancı telakkî eylemiş, birbirinin vekili olmadıklarını da açıkça beyan etmiştir. Hissedarlardan birinin hissesi diğèrinin yedinde vedia hükmündedir. Hissedarlar hissesini serbestçe satabilirler. Mecelle Md 1075-1087-1088.

⁶⁴Akipek, s. II, s. 22-23; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 401; Hatemi / Serozan / Arpacı, 98-99.

⁶⁵Akipek, s. II, s. 22-23; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 401.

⁶⁶Akipek, s. II, s. 22-23; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 402.

⁶⁷Akipek, s. II, s. 22-23; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 401.

⁶⁸MK.659.

⁶⁹Ali Haydar, I, s. 235-236.

“*ifraz ve mübadele*” dir.⁷⁰ İfraz, müşterek mâlikin hakkını ayrı ile alması, mübadele ise, hakkına karşılık ivazı (bedel) almasıdır. İfraz daha çok misli mallarda görülen bir özelliktir. Misliyattan kasıt ise ölçülüp tartılabilen ve bu hükümde çarşı ve pazarda misli bulunan şeylerdir. Esasen misli malın parçaları arasında büyük bir farklılık da bulunmaz. Mübadele ise çoğunlukla misliyattan olmayan şeylerde geçerlidir. Çünkü bu gibi şeylerin birbirleri arasında farklılık vardır.⁷¹ Öte yandan ortak olan şeyler, tür itibariyle aynı ise kıymet itibariyle farklı olup bu tür mallar da zorunlu olarak taksim caiz olur. Şayet müşterek olan şeyler, farklı türden ise mecburi olarak taksim caiz olmaz.⁷² Bu tür müşterek mallarda, adaleti sağlama imkânı olmadığından hâkim paydaşları taksime mecbur tutamaz.⁷³

Taksim, hukukî olarak payların ifraz edilmesi ve hakların birbirinden ayırt edilmesi işlemidir. Ancak taksimde bir red yani bir bedel verme veya paylaştırılanın dışında bir malın reddi (verilmesi) söz konusu ise o vakit bu taksim bir ifraz olmayıp bir “*satıştır*.” Mesela müşterek arazinin bir tarafında bulunan kuyu veya ağacın paylaşılmasına imkân yoksa kura yolu ile paylaşılır⁷⁴ ve kura yoluyla onu alan kişi, kuyunun veya ağacın kıymetinin pay bedelini karşı tarafa öder. Aynı şekilde paylar arasında dengeyi sağlamak söz konusu olduğu takdirde de, kıymet ödemek suretiyle taksim bir *satış* olmaktadır.⁷⁵ Sonuçta taksim bir red değilse “*ifrazdır*.” Yani birinin ötekine hakkı olan bedeli verdiği, (reddettiği) ivazlı bir satış gerçekleşmiş olur. Taksimin geri kalan diğer kısmında ise ifrazdır. Netice olarak taksim bir ifraz işidir. Eğer red varsa o redde tekabül eden miktar bir satıştır.⁷⁶ Buradaki red ara bir akçe gibi durmaktadır. Müşterek mâliklerin taksiminde kıymetler arasındaki teadülü sağlamak için zorunlu olarak devreye giren bir çözümdür. Bu manada mübadele bir yönüyle *ifraz* demektir. Taksim ölçülebilen / tartılabilen

⁷⁰İbn Âbidin, VI, s. 254; Meydânî, IV, s. 91; Merğînânî, IV, s. 41; Mevsili, II, s. 73; Zühaylî, V, s. 656; Firmûz, II, s. 420-421.

⁷¹Kâsânî, VII, s. 200; Serahsî, XI, s. 51; İbn Rüşd, II, s. 224; Ebu Zehra, s. 51; Oğuzman / Seliç / Oktay / Özdemir, s. 12; Demir, s. 38.

⁷²Zerkâ, Medhal, I, s. 265.

⁷³Zerkâ, Medhal, I, (116 Md), s. 265.

⁷⁴Meydânî, IV, s. 101.

⁷⁵Serahsî, XV, s. 32.

⁷⁶Meydânî, IV, s. 91; Kâsânî, VII, s. 26; Şirâzî, Ebû İshak İbrahim, Mühezzeb, Matbaatu'l-Bâbî el-Halebî, Mısır trs, II, s. 306; İbn Kudâme, V, 114; Behûti, VI, S. 365.

şeylerde, arada bir fark bulunmadığından dolayı buhakikattebir taksim olup zahir manada bir ifrazdır. Taksime konu olup ta ölçülmeyen / tartılamayan şeylerde ise, arada farklılık olduğundan dolayı açık olarak görülen mecaz manada mübâdeledir.⁷⁷ Görüldüğü gibi taksim kavramı, hem terekenin mirasçılar arasında paylaşılması hem de müşterek mülkiyetin taksimi için birlikte kullanıldığı anlaşılmaktadır.⁷⁸

Nitekim Mecellede (md: 1116) "paylaştırma bir bakıma ifraz, bir bakıma da mübâdeledir..." denilmektedir. Aynı şekilde 1117. Maddede de "misliyatıta ifraz yönü ağır basmaktadır..." ifadesini kullanırken, 1118. Maddede de "kuyemiyatta mübâdele yönü ağır basmaktadır..." demektedir. Görüldüğü gibi müşterek mülkiyette asıl olan ifrazdır. Şayet müşterek mâlikler arasında teadülü sağlamak için ivaz gerekliyse bu takdirde sadece o bölümde bir satış söz konusudur. Eğer müşterek mülkiyet ivazsız taksim edilemiyorsa satış yoluyla ortaklığın giderilmesine imkân tanınmış olduğu da anlaşılmaktadır. Ancak bu satış tarafların karşılıklı rızaları ile gerçekleşecek bir durumdur. Her ne kadar klasik fukaha genellikle taksimi kabil olmayan malların muhayee yapılmasını isteseler de ihtiyaç veya zaruretten dolayı istihsânen satışı da caiz görmüşlerdir.⁷⁹ Sonuçta taksim (izâle-i şüyû), müşterek mülkiyet ilişkisinin, paydaşlardan birinin talebi üzerine anlaşmayla veya mahkeme kararına istinaden sona erdirilmesidir.⁸⁰ Taksim ifraz veya satış olup olmaması meselesini yukarıda ele aldık şimdi müşterek mülkün taksim türleri mevzusuna geçebiliriz.

6. MÜŞTEREK MÜLKİYETİN TAKSİM TÜRLERİ

Müşterek mülkiyet, *aynen taksim* ile nihayet bulabileceği gibi İslâm hukukuna özgü *muhâyee sistemi* ile de taksim edilebilir. Sonraki

⁷⁷Kâsânî, VII, s. 17; Meydânî, IV, s. 92.

⁷⁸Ölenin bıraktığı mallar (tereke), ölenin üzerindeki alacak hakkı olan varsa öncelikle bu terekeden ödenir, borçların ödenmesinden sonra mal kalmışsa bu mal üzerinden ölenin vasiyetinin yerine getirilmesi taksim kapsamına giren işlemlerdendir. Vasiyette yerine getirilmesinden sonra geriye kalan mal mirasçılara taksim edilir. Aktan, Hamza, "Kismet Md", XXV, s. 497-498; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, Nesil Yayınları, İstanbul 1991, s. 7-47; Hacak, Hasan, "Kismet Md", İslâm'da İnanç ve İtikat Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, III, s 41-43.

⁷⁹Zerkâ, I, s. 266.

⁸⁰Aybay / Aydın, Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966, s. 5; Ayan, Mehmet, s. 60.

ulema, müşterek mâliklerin rızalarıyla bedelli taksimine de cevaz vermiştir.

a) Aynen Taksim:

Müşterek mülkiyetin aynen taksiminin yapılabilmesi için hukukî olarak bu taksim yapıp yapılamayacağını araştırılması ve incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme sonunda taksime konu olan müşterek mülkiyetin ifrazının mümkün olduğu sabit olursa hâkim de müşterek mülkiyetin aynen taksimine karar verir.⁸¹ Aynen taksimde müşterek mâliklerin hisselerinin *teadülü* temin edilemezse ivaz ilavesiyle *tadil* olur.⁸² Ortaklığın giderilmesi istenen taşınmazın sayısı birden fazla ise her biri için ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutularak taksim mümkün olup olmadığı araştırılır. Böyle bir durumda taksimi kabil olanların taksimine, taksimi kabil olmayanların *muhtâyesine* karar verilir. Ancak paydaşlarının istekleri halinde ihtiyaç veya zaruret durumunda istihsânen satışına da karar verilebilir.⁸³ Günümüz hukukunda müşterek arazinin nitelikleri bakımından taşınmazın aynen taksime kabil olduğu yapılan inceleme ve tapu uygulaması sonunda anlaşılması halinde bilirkişi (uzman) tarafından ifraz krokisi tanzim olunur. Taksim krokisi eğer yetkili mercilerce onay görürse aynen taksime karar verilir. Günümüzde krokiye onay verecek makam, *belediye encümenleri ve il idare kurullarıdır*.⁸⁴

Payların Eşitlenmesi: Aynî şeylerin taksimindeki mallar, vasıflarına göre iki metot uygulanarak paylaşılır. Klasik fıkıh eserlerinde bunlar, *kısmet-i cem ve kısmeti tefrik* terimi ile ifade edilmiştir.⁸⁵ *Kısmet-i cem* (tevhit etme/hisseleri bir araya toplama), müşterek malların kısımlara ayrılmasına ve bölünen malın her ferdinde şâyi olan hisselerin birer kısımda toplanmasına denilmektedir. Yani her bir paydaşın farklı yerlerde olan hisselerinin arazinin bir bölümüne toplanması, tevhit edilmesidir. *Kısmet-i tefrik veya kısmet-i ferd* ise kıymetleri birbirine eşit olmayan mâlaların taksimi, malın her cüzüne şâyi olan ortaklık hisseleri malın belli

¹Aybay / Hatemi, s. 142; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 620–622; Oğuzman / Şireci, s. 342–346.

²Serahsî, XV, s. 48; Kâsânî, VII, s. 27–28; Kurtûbî, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, s. 266–267; İbn Kudâme, IX, s. 116.

³Zühaylî, V, s. 686–694; Karaman, III, s. 46.

⁴Tunaboğlu, s. 503; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 616–619.

⁵Kâsânî, VII, s. 17–32; İbn Âbidîn, VI, s. 262; Mecelle Md.1115.

kısımlarına taayyün ettirilerek yapılması anlamına gelmektedir.⁸⁶ İster kazâi ister rızâi olsun, taksimin adil olması gerekir. Paydaşlardan her birine isabet eden payın, müşterek maldan ayrılırken kıymet itibariyle kişinin gerçek payı oranında olması işin mahiyeti icabıdır. Bu bakımdan taksim payların ifrazında uzmanlar, özel bir teknik kullanırlar.

Öte yandan paydaşlar arasında şeklen eşit gibi görünen ancak kıymet itibariyle farklı olan paylar arasında denklik sağlanır. Bu işlem, paydaşların eksiklik veya fazlalık olmaksızın tam olarak paylarını almalarını sağlamaya yöneliktir. Denkleştirme işlemine ivaz ilavesi dâhil edilmeksizin bizzat müşterek malın kendi içinde sağlanır. Faraza arazinin yarısı hurmalık diğer yarısı üzüm bağı olsun, bu arazinin suya yakın veya uzak olma durumu ile verimlilik durumu sebebiyle parçalarının kıymeti birbirinden farklı olan bir arazide bu tür taksim söz konusudur.⁸⁷ Taksim işleminde dikkate alınması gereken temel kural "*her paydaşın payını tam olarak aynıyla almasıdır.*"⁸⁸ Şu kadar var ki bu kuralı gerçekleştirmek her zaman mümkün olmaz. Taksimi yapan bölüşülen parçalar ile pay oranları arasındaki dengesizliği giderebilmek için *ivaz* ilavesine bazen mecbur kalınabilir.⁸⁹ İşte paydaşlardan birinin diğerine, paylar arası dengeyi sağlamak için müşterek maldan farklı bir mal vermesi suretiyle meydana gelen taksime *kısmet-i red* denilir.⁹⁰ Bundan sonra paydaşlardan her birinin payının belirlenmesi için aralarında anlaşma varsa anlaşmanın gereği yapılır yoksa paylar arasında *kura* çekilir.⁹¹ Taşınmazdaki, bir kısım "*payın*" ortaklığının giderilmesi mümkün değildir. Gerek MK gerekse usul hükümlerine göre bir malın ancak, "*bütününde*" ortaklığın giderilmesi istenebilir.⁹² "...müşterek mülkiyette, belirli "*payların*" ortaklığının giderilmesi için karar verilemez".⁹³

Yüzölçümü Düzenlemesi: Taksim edilecek müşterek arazinin sınırlarının kesin ve net olarak belirlenmesi gerekir. Bunun için öncelikle

⁸⁶İbn Âbidin, VI, s. 262; Zühayli, V, s. 659.

⁸⁷Şirbini, IV, s. 422-423; Bilmen, VII, s. 168.

⁸⁸Ali Hafif. S. 244.

⁸⁹Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 622.

⁹⁰Serahsî, XV, s. 18; Heyet, Fetavâ'l Hindîye, V, s. 205; Firûz, II, s. 424.

⁹¹Şirbini, Muğni'l-Muhtaç, IV, s. 418.

⁹²HGK 05. 06. 1996 T. E: 1996/6-350, K: 1996/450.

⁹³HGK 08. 11. 1985 T. E: 1985/6-371, K: 1985/892.

taksim edilecek arazinin yüzölçümü düzenlemesi yapılmalıdır.⁹⁴ Çünkü taksimin gayesi, ortaklardan birisinin kendi hissesinden dilediği bir şekilde müstakil olarak istifade etmesini sağlama amacına yöneliktir. Yüzölçümü düzenlemesi yapıp her paydaşa tasarruf edeceği zemin, mahallinde (*lokalde*) gösterilmeden ifraz tamamlanmış olamaz. Sınırları belirtilmeden yapılacak taksim geçerli değildir.⁹⁵ Taksim işlemi sona erdikten sonra paydaşlardan her birinin payı belirlenmiş dolayısıyla hisseli mülkiyet ferdi mülkiyete dönüşmüş olur. Her paydaş kendi mülklerinde bağımsız olarak dilediği gibi tasarruf edebilme imkânı elde etmiş olurlar.⁹⁶ Ancak müşterek araziler taksimi kabil değilse bu takdirde muhâyee yöntemine gidilir.

b) Muhâyee

İslâm fıkıhında muhâyee menfaatlerin pay edilmesine denilmektedir. Bir başka ifadeyle muhâyee; taksimi kabil olmayan bir şeyin satışı yapılmaksızın müşterek mâlikler arasında o şeyin kullanılmasını ifade eden bir kavramdır.⁹⁷ Menfaatin paydaşlar arasında *tahsis* edilerek taksimini içeren bir terimdir.⁹⁸ Menfaatlerin mal olup olmaması tartışmaları⁹⁹

⁹⁴Ancak bu taksimin yapılabilmesi için tapu üzerindeki yüzölçümünün her zaman doğruyu yansıtmadığı bunun için de öncelikle lokal de yüz ölçümü düzenlemesi yapılarak zeminine tatbikinin yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde müşterek malikler hatalı yüz ölçümü nedeni ile taksimde ciddi problemlerin ortaya çıkması da muhtemeldir. Ayrıca müşterek arazinin taksiminde tarafların hazır bulunmasının gerektiği, kâğıt üzerinde yapılan taksimatın tarafların huzurunda zemininde uygulanması, her bir paydaşın tasarruf edeceği mahallin sınırlarının belirlenerek gösterilmesi birçok husumeti de ortadan kaldıracığı anlaşılmaktadır. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 794.

⁹⁵Mecelle Md. 1124; Ali Haydar, III, s. 346-347; Ali Hafif, s. 258.

⁹⁶Kâsânî, VII, s. 28; Mecelle 1162; Ali Haydar, s. 414-415.

⁹⁷Kâsânî, VII, s. 31; İbn Rüşd, II, 226; Merğînânî, IV, s. 51; Mevsîfî, II, s. 79; Zühaylî, V, s. 694; Firmûz, II, 425; Heyet, *Fetevâ'l-Hindîyye*, V, s. 229.

⁹⁸Özel olarak menfaat, fıkhıta kabul edilen mülkiyet şekillerinden biridir. Menfaat mülkiyeti, eşyanın aynuna değil de bunlardan istifade etmeye, faydalanmaya ait olan ve bunu sağlayan mülkiyettir. Evde oturma, tarlayı ekme gibi mülkiyettir. Menfaat mülkiyeti, şahsa bağlı menfaat mülkiyeti ve ayna bağlı menfaat mülkiyeti üzere ikiye ayrılır. Menfaat mülkiyeti, sahibi veya salahiyetli kişi tarafından izin verilmesiyle, kiralama suretiyle, ariyet akdiyle, vakf veya vasiyet yoluyla elde edilir. Menfaat mülkiyeti, zaman, mekân ve vasıf bakımından sınırlandırılabilir. Üç ay süreyle evde oturma, dört kişiden fazla binmemek kaydıyla arabayı kullanma gibi kayıtlar konulabilir. Kullanım süresi dolduğunda menfaat konusu mal sahibine iade edilir. Menfaat konusu mal, kullananın elinde emanet hükümündedir; bir kusuru olmaksızın telef olması halinde kullanan tazmin etmez. Menfaat, kiralama akdinde olduğu gibi bir bedel karşılığı elde edil-

bir yana, Hanefîlerin görüşlerine temel olarak düzenlenen Mecelle'de menfaatin mali metekavvim olmadığı gerekçesine dayanarak mal sayılmayacağını ifade etmişse de¹⁰⁰ pek çok meselede, (gasp, birinin evinde bir müddet oturmak gibi) özel durumların dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim Hanefîler de bir akde konu olduğu takdirde menfaatin hükmen mal sayılacağını birçok konuda kabul etmişlerdir.¹⁰¹ Hanefîler dışında Şâfiî ve Hanbelîler, menfaatin mal sayılmasına bir engelin olmadığını ileri sürmüşlerdir.¹⁰² Bu bakımdan Mecelle'yi bu hususta tadil edenler "gerek âyân gerek menâfi gerek hukuk olsun halk arasında tedâvül edile gelen şeyler alelîtlak mal sayılır"¹⁰³ diye tarif etmişlerdir.

Günümüzde olduğu gibi müşterek malın taksiminin mümkün olmaması halinde fakihler *cebri satış yoluna gitmemiş*, bunu mülkiyet hakkına tecavüz saymış ve *muhâyee usulünü* benimsemişlerdir. Bu usulde ortak mülkiyet devam etmekte fakat mülkiyet konusu malın menfaati taksim edilmektedir. Muhâyee mülkiyet hakkı bakımından bir şüyu kaldırma yolu değildir. Mecelle 1174–1191 maddelerinde tanzim edildiği muhâyee kazâi ve rızâi kısımlara ayrılır. İki kişi arasında müşterek bir araziye, bir sene biri, bir sene diğeri ekse, keza ortak evde, bir yıl biri, bir yıl diğeri otursa, zamana bağlı muhâyee gerçekleşmiş olur. Tarlanın yarısını biri diğeri yarısını da diğeri ekse, evin bir katında biri, ikinci katında da diğeri otursa mekâna bağlı muhâyee olur. Ortak malın bölünmeye müsait olmaması halinde fakihler *zorunlu satış* yerine *muhâyee*tercih etmişlerdir. Ancak taraflardan birinin hissesini satmak istemesi, diğeri ortağın buna razı olmaması gibi problemler çıkabilir. İşte bu sebepten *cebri satış* bazen *ihtiyaç ve zaruret* bulunduğu gerekçesiyle İslâm hu-

mişse, malın masrafları mal sahibinedir; menfaat ariyet akdinde olduğu gibi ücretsiz olarak elde edilmişse, masraflar eşyadan istifade eden kişiye aittir. Taf. bkz. Merğînânî, IV, s. 51; Mevsilî, II, s. 79; Kâsânî, VII, s. 31; İbn Rüşd, II, 226; Semerkandî, li' Alâiddin, Tuhfetü'l-Fukahâ, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, III, Beyrut 539h, s. 283.

⁹⁹ Ali Haydar, I, s. 227.

¹⁰⁰ Serahsî, XI, s. 78; İbn Âbidin, IV, s. 502; Ali Haydar, I, s. 228; Molla Hüsrev, Düreru'l-Hukkâm fi Şerh-i Ğureri'l-Ahkâm, II, İstanbul 1318, s. 168; Kurtûbî, Bidâyetü'l-Müctehid, II, s. 269; Demir, s. 18.

¹⁰¹ Serahsî, XI, s. 78; Demir, s. 17.

¹⁰² Heytemî, X, s. 204–205.

¹⁰³ Taf. bkz. Zerkâ, Mustafa Ahmet, el-Fıkhü'l-İslâmi fi Sevbihî'l-Cedid, el-Medhalu' Fıkhî'l-Âmm, Dimeşk 1964, III, s. 127; Ebu Zehra, Muhammed, el-Mülkiyye ve Nazariyyetü'l-Akdi fi Ş-Şeriatü'l-İslâmiyye, Mısır 1939, s. 43.

kukçularının bazıları *kıyas* yoluyla olmasa da *istihsân* yoluyla müşterek malın ortaklardan birinin talebiyle cebren satışının caiz olacağı kanaatine varmışlardır.¹⁰⁴ Böyle bir durumda şufa hakkı ortağa öncelikle alım imkânı sağladığı için dolaylı olarak şüyuun kaldırılmasına da hizmet etmektedir. Bu haktan faydalanarak ortağının hissesini satın alan böylece mülkiyet ortaklığını ve şâyi hisseyi ortadan kaldırmış olmaktadır.

Mülkiyetin satışına genellikle sıcak bakılmaz. Bu bakımdan muhâyee sistemi, bir yönüyle mükemmel bir taksim yöntemidir. Zira mallarda asıl gaye menfaattir. Muhâyee yöntemi ile hem arazilerin küçük parçalara bölünerek verimsizleşmesinin önüne geçilmesi hem de paydaşlardan biri diğer paydaşların hisselerini satın alması ile de ortaklığın giderilmesi açısından önemli bir tekniktir. Bu sistemin, devletin tarım politikalarının düzenlenmesine de imkân sunacağı kanaatindeyiz. Zira müşterek mülkiyetin belli metre kareler altında satışına izin verilmemesi, bu hususta uygulanacak devlet politikasına da uygun düşmektedir. Gerek arazilerin küçük parçalar haline bölünmesi ve tarımı bilmeyen insanların bu toprakları verimsiz kullanması gerekse küçük parçacıklar haline bölünmüş arazi parçalarında geçimini temin edemeyen paydaşların bu toprak parçalarını çoğunlukla atıl bırakmaları arazinin toplum yararına kullanılmasına da engel teşkil etmektedir. Muhâyee, arazinin toplum yararına kullanılmasını sağlamak için devletin izleyeceği tarım politikasında isabetli bir sistemdir.

c) Bedelli Taksim (Satış Yolu)

Müşterek mülkiyette kural olarak satış yoluyla ortaklık giderilemez. Gerekçe olarak da taksimi kabil olmayan mallarda taraflar arasında doğabilecek zarar ile özel mülkiyete vurgu yapılır. Keza Peygamberimiz (sav),’in “*zarar vermek ve zarara zararlar karşılık yoktur*”¹⁰⁵ hadisini de delil olarak gösterirler. Bu durumda, müşterek mâlik paydaşlarının rızasıyla ancak taksim caiz olur.¹⁰⁶

Yukarıda da ifade edildiği gibi eğer muhâyee yapılarak problem aşamıyorsa, müşterek arazilerin de taksimi kabil değilse *paydaşların rızaları kaydıyla*, satış yoluyla ortaklığın giderilmesi istenebilir. Bu tak-

¹⁰⁴Zerkâ, I, Medhal, s. 248.

¹⁰⁵İbn Mâce, *Ahkâm*, 17; Muvatta’, *Akıye*, 31.

¹⁰⁶Serahşî, XV, s. 44–45; Kâsânî, VII, s. 25–26; Firmûz, II, s. 425.

dirde müşterek arazilerin üzerindeki muhdesatın durumu günümüzde daha önem arz etmektedir. Müşterek arazi satış yoluyla ortaklığın giderilmesine hüküm verilirse müşterek mâlikler veya üçüncü kişilere yapılacak ödemenin bu satışın bedeli hisseleri oranına göre paydaşlar arasında taksim edilir.

Nitekim günümüz hukuk uygulamalarına bakıldığında benzer bir yol takip edildiği görülmektedir. Nitekim günümüz Medeni Kanun'da satış yoluyla ortaklığın giderilmesi için şu şekilde bir yol izlenilmektedir. Satış yoluyla ortaklığın giderilmesi istenilen taşınmaz üzerinde bina, ağaç gibi muhdesat varsa bunlar M.K.'nın 619. maddesi uyarınca arzın mütemmim cüz'ü sayıldığından arzla birlikte satışına karar verilir. Ancak bunların bir kısım paydaşlara aidiyetine ilişkin tapuda şerh varsa veya bu hususta tüm paydaşlar ittifak ediyorsa o takdirde değerlere göre oran kurulması ve satış parasının bu oran esas alınarak dağıtılması gerekir. Oran kurulurken muhdesatın ve arzın dava tarihi itibarıyla ayrı ayrı değeri takdir edilir. Bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri saptanır. Bulunan tüm değer muhdesat bedeline ve arzın kıymetine ayrı ayrı oranlanarak yüzde itibarıyla ne kadarının muhdesat ne kadarının arza isabet ettiği belirtilir. Muhdesata isabet eden kısmın *sadece muhdesat sahibine* veya payları nisbetinde sahiplerine, arza isabet eden kısmın da payları oranında tüm paydaşlara verilmesi icap eder.¹⁰⁷Muhdesat sahibi paydaş, *hem muhdesat* bedelini ve *hem de arzın bedelinden* kendisine isabet eden yüzde oranını alır. Davaya konu yapı, taşınmazın mütemmim cüz'ü olduğundan taşınmaz mâlikleri, bu yapının da mâlikidirler. Yapının bulunduğu taşınmazın tapusunda "*muhdesat şerhi*" yoksa veya paydaşların aralarında yapılan rızâ bir paylaşım söz konusu değilse ve mahkemece yapılan araştırmada yapının aidiyeti konusunda bir tespit yapılamıyorsa; yapı bedelinin tüm zemin mâliklerine paylaştırılması gerekir.¹⁰⁸Görüldüğü gibi muhdesat sahibi emeğinin karşılığını almaktadır. Bir hak kaybı söz konusu değildir. Şayet muhdesatların kime ait olduğu tespiti yapılmadan müşterek mâlikler arasında taksim yapılırsa bu takdirde muhdesatı olmayan paydaşlardan birinin haksız zenginleşmesi söz konusu olabilecektir.

¹⁰⁷ Y6.HD.11.04.1996-3402-3692; taf. bkz.Tunaboşlu, Müslim, Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 1997, s. 788-796.

¹⁰⁸Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, Esas: 2010 / 9486, Karar: 2010/14399.

Öte yandan müşterek arazi taksiminde arazi üzerindeki ekinler ve ağaçlarda bulunan meyveler zikir ve tasrih edilmedikçe taksime dâhil olmayıp yine müşterek kalır.¹⁰⁹ Taksimde muhdesat kimin nasibine düşerse onun mülkü olur, aralarında fark olursa kıymet takdiri edilerek ödenir.¹¹⁰ Ancak bu genel hükmün, istisnaları da bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bu durum, mülkiyet kavramının yorumundaki farklılıklardan kaynaklandığı sanılmaktadır. Müşterek arazilerde genel kural haline gelen "*üst araziye aittir*" veya "*eken biçer*" anlayışı gerek müşterek arazilerin satışında, gerekse taksimdeki cem ve tefrik olayında paydaşların muhdesatlarının durumu hep tartışılmıştır. Şimdi de arazi üzerindeki muhdesatın (üst hakkının) paydaşların mülkiyet hakkı olup olmadığını inceleyelim.

7. MÜŞTEREK MÜLKİYETİN TAKSİMİNDE MUHDESATIN DURUMU

1. Muhdesat (Zevâid) Anlayışı

Muhdesat, başlangıçta arazi üzerinde olmayan, sonradan ortaya çıkan ve genellikle tarafların emeklerinin mahsulü olan bina veya ağaçlar gibi araziye bitişik bulunan gayrimenkul mallardır.¹¹¹ Modern hukukta *mütemmim cüz'*, teferruat ve semere denilen şeyler; İslâm fıkıhında "*zevâid*" adıyla mülkiyetin şümulüne dâhildirler. Nitekim Mecelle "*vu-cudda bir şeye tâbi olan hükümde dahi ana tâbi olur*" demektedir.¹¹² "*Tabi' olan şeye ayrıca hüküm verilmez*"¹¹³ Klasik eserlerde malların muhdesatı (zevâidi) hakkında genellikle şu dört durum ele alınmıştır:

¹⁰⁹ Bilmen VII, s. 149

¹¹⁰ Feteva'l Hindiyeye, V, s. 215.

¹¹¹ Muhdesat kelimesi sözlük anlamıyla sonradan meydana gelmiş, eski olmayan, yeni yapılmış, ortaya konulmuş şeyler demektir. Muhdesatın geçici ve taşınabilir olmaması, taşınmaz mala sıkı sıkıya bağlı bulunması gerekir. Muhdesat, mütemmim cüz niteliğindedir. MK. nun 619. maddesi gereğince taşınmaz malın maliki taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın da malikidir. MK. Taşınmaz malın zemini ile üzerindeki muhdesatın malikinin tek olmasını ilke olarak kabul etmiş, bu ilkeye 634 sayılı kat Mülkiyeti Kanunu ile üst hakkının düzenlenmesine ilişkin 3678 sayılı Kanunla istisna getirilmiştir. Eski hukukumuzda, taşınmaz malın zemini için ayrı, üzerinde bulunan muhdesat için ayrı tapular oluşturulması kabul edilmiş, özellikle zeytin ağaçları için ağaçların sayısını belirtir zeytinlik tapuları oluşturulmuştur.

¹¹² Mecelle Md. 47.

¹¹³ Mecelle Md.48.

a) **Ziyâde-i muttasıla-i mütevellide:** Maldan doğan ve onun esaslı fazlalıklarıdır. Carlı hayvanların kilolarının artması ile meydana gelen mülkiyet gibi. Bu fazlalık *mütemmim cüz'* mahiyetindedir.¹¹⁴

b) **Ziyâde-i muttasıla-i gayri mütevellide:** Maldan doğmayan fakat ona dâhil ve bitişik olan parçalara denir. Arsa üzerine *ağaç dikilmesi ve bina yapılması* gibi ilaveler asıl maldan doğmamıştır. Fakat asıl mala dâhildirler. Ondandırılarak varlıklarını devam ettiremezler. Ayrırlarsa mahiyetleri değişir ve değerleri düşer. Bu türden zevâidin asıl mala muttasıl ona dâhil ve tâbi oluşu mülkiyet hakkının onlara da dâhil olması neticesini doğurmaktadır.¹¹⁵

c) **Ziyâde-i munfasıla-i mütevellide:** Bir şeyin esaslı unsurunu teşkil etmediği halde ondan doğan fazlalıklara denir. Hayvanın yavrusu, ağacın meyvesi böyledir. Yani bunlar asıl mala muttasıl bitişik değildir. Fakat asıl maldan doğmuşlardır. Günümüzde buna *tabi semereler* denilmektedir. Fakihlere göre bunlar mülkiyetin şümütlüdüdür. Hayvana sahip olan yavrusuna, ağaca sahip olan meyvesine de sahip olur.¹¹⁶

d) **Ziyâde-i munfasıla-i gayri mütevellide:** Asıl maldan doğmayan ve onun esaslı unsuru da sayılmayan şeylerdir. Günümüz hukukunda buna *hukukî semereler* denilmektedir. Evin veya arazinin kira bedeli veya çeşitli *menfaat bedelleri* gibi zevâidlerdir. Bu asıl malın bir parçası olmadığı gibi ondan doğmuş da değildir. Onun sağladığı gelirler mahiyetindedir.¹¹⁷

Görüldüğü gibi bu dört maddede mala taalluk eden zevâid konusu özetlenmiştir. Konumuz açısından bizi daha çok ilgilendiren ikinci ve dördüncü zevâid şeklidir. Malın aslından türeyen zevâidler mütemmim cüz' sayılırken; malın aslından türemeyip ona bitişik bulunan ve özellikle birinin emeği olan bina veya ağaç gibi zevâidler farklı kategoriye tâbi olup olmadığı bunların arazinin mütemmim bir cüz'ü sayılıp sayılmadığı önem arz etmektedir.

¹¹⁴Ali Haydar, *Düreru'l Hükkâm fi Şerhi Mecelletü'l-Ahkâm*, İstanbul 1330, I, s.114, II, s. 275; Zühaylî, V, s. 286.

¹¹⁵Ali Haydar, I, s.114, II, s. 275. Zühaylî, V, s. 286; Zerkâ, *Medhal*, I, s. 256.

¹¹⁶Zühaylî, V, s. 286; Ali Haydar, I, s.114; Zerkâ, *Medhal*, I, s. 256.

¹¹⁷Ali Haydar, I, s.114, II, s. 275. Zühaylî, V, s. 286.

2. Muhdesat Arazinin Mütemmim Cüz'ü Sayılır Görüşü

Daha önce de işaret edildiği gibi mülkiyet hakkına konu teşkil eden eşyaların önemli bir bölümü tek parçadan meydana gelmez. Bunlar genellikle birden fazla şeyin bir araya gelmesinden oluşur. Birden fazla şeyin bir araya gelmesi sonucu ortaya çıkan yeni eşya kendisini meydana getiren eşyalardan bağımsız bir varlığa sahip olup birleşen şeyler bağımsızlığını kaybettiği zaman mütemmim cüz (*bütünleyici parça*) asıl eşya ilişkisinden söz edilir. Birleşen eşyalar, birleşme sonucu ortaya çıkan bağımsız (asıl) eşyanın mütemmim cüzleridir.¹¹⁸ Bu açıdan önemli olan, "mahalli örf göre" iki şeyden hangisinin diğerine dâhil sayıldığıdır. Dolayısıyla araziden daha kıymetli olsa bile ev ve ağaçlar arazinin mütemmim cüzü sayılırlar. Eşya üzerinde kurulan bir aynı hak kendiliğinden oluşan asıl eşyanın mütemmim cüzlerini de kapsar. Mütemmim cüzler, *tabî semereler, ev ve ağaçlar ve kaynaklar gibi şeyler* gösterilebilir.¹¹⁹ Doktrin de mütemmim cüz'ün dış (maddi) bağımlılık, iç (fonksiyonel) bağımlılık ve mahalli örf ve âdete uygunluk şeklinde yorumlanmıştır. Mahalli örf ve âdet terimiyle ifade edilmek istenen asıl şeyin bulunduğu çevrede hüküm süren kökleşmiş alışkanlıklar ve iktisadi anlayış olduğu ifade edilmektedir.¹²⁰ Mütemmim cüz ilişkisine bağlanan hukukî sonuç, mütemmim cüz'ün hukukî geleceğinin asıl eşyanın hukukî geleceğine tâbi tutulmuş olmasıdır. Asıl eşya üzerinde yapılan tasarruf işlemleri kendiliğinden mütemmim cüz üzerinde de etkili olur. Şu halde asıl eşya üzerinde kurulan bir aynı hak kendiliğinden asıl eşyanın mütemmim cüzlerini de kapsar. Mütemmim cüz'ün asıl eşyadan bağımsız olup olamayacağı tartışmalı bir konudur. Mütemmim cüz'ün tabî semereleri, teferruatları da aynı konuma sokulmuştur.¹²¹

Mütemmim cüz' hakkında iki teori ileri sürülmüştür. Birincisi; başkası tarafından yetiştirilen şeylerin, *asıl şeyin mâlikine* ait olması Roma hukukunun çözüm tarzıdır. Buna, asla bağımlık prensibi denilmektedir.

¹¹⁸Gürsoy, Kemal-Eren, Fikret-Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 374; Sayman, F.H-Elbir, H. K, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul 1963, s.216; Hatemi, Hüseyin / Serozan; Rona / Arpacı, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991, s. 80; Ayan, Mehmet, s. 10.

¹¹⁹Oğuzman / Seliçi, s. 281; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 86.

¹²⁰Akıpek, I, s. 74; Ayan, 11-15.

¹²¹Ayan, s. 16-25; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 519-526; Oğuzman / Seliçi, s. 301-313.

İkincisi; Cermen hukuku ise görülebilir hale gelen mahsullerin mülkiyetini yetiştirene vermekteydi. Ve buna *istihsal prensibi* denilirdi. “Eken biçer sözü” esas itibarıyla istihsal prensibini ifade ediyordu.¹²² Modern hukukumuz Roma hukuku telakkisine sadık kalmış ve henüz devşirilmemiş semereler için *asla bağluluk prensibini* benimsemiş olmakla birlikte bu prensibe her zaman sıkı sıkıya bağlı da kalmamıştır. İntifa hakkını sahibine teslim etmiştir. Yani üçüncü şahsın semere veren şey üzerinde intifa hakkına sahipse intifa hakkı sahibinin mülkiyetine intikal ettirilmiştir.

Mecelle, “Bir şeye mâlik olan kimse ol şeyin zaruriyatından olan şey dahi mâlik olur”¹²³ demektedir. Keza, “kim bir yere mâlik olursa mafevkine ve matahına dahi mâlik olur”¹²⁴ der. Mecelle ‘de; bir şeye mâlik olan kişinin o şeyden faydalanması için zorunlu olan şeylere de mâlik olacağı hükmü altına alınmıştır. Buna göre, aksi açıkça belirtilmedikçe mülkiyet hakkı, *mütemmim cüz ve teferruatları* da kapsar.¹²⁵ Bir şeye mâlik olmak onun altına ve üstüne mâlik olmayı da gerektirir. Bu durumda araziye mâlik olan, arazi üzerindeki ev veya ağaçlara da mâlik olur. Yeni Medeni Kanunda ise; “bir şeye mâlik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da mâlik”¹²⁶ olur. Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır. Yine Medeni Kanun, “bir şeyin mâliki, onun ürünlerinin de mâliki olur” der. Ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir. Doğal ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçasıdır.¹²⁷

Roma hukukunda olduğu gibi İslâm hukukunda da mülkiyet hakkı, muhdesatı (zevâidi) ve tabî semereler ile bütünleyici parçaları (*mütemmim cüz*) da kapsar.¹²⁸ Gerek İslâm hukuku gerekse Osmanlı uygu-

¹²²Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 540.

¹²³ Mecelle Md. 49.

¹²⁴ Mecelle Md. 1194.

¹²⁵ Oğuzman-Seriçi, s. 301–302.

¹²⁶ MK.684.

¹²⁷ MK. 685.

¹²⁸Vücutta bir şeye tabî olan hükümde dahi ona tabî olur. Bir binayı teşkil eden kısımları ve bir arsa üzerinde bulunan bina ve ağaçlar birer cüz’üdü. Gerek cüz’ gerek gerekse teferruat tasarrufta asıl şeye tabidirler. Mütemmim cüzler istisna edilmesini sahih görme-

lamasına ve Türk Medeni Kanunu muhdesatın mülkiyeti hakkında benzer yaklaşım sergiledikleri yukarıdaki yasa metinlerinden görülmektedir. Eski Medeni Kanun bütünleyici parçaları “*takyitler müstesna olmak üzere bu mülkiyet hakkı yapılan ve dikilen şeylere ve kaynaklara şamil olur*” demiştir.¹²⁹ Bu durumda taksimde, taşınmaz mal üzerinde bina, ağaç ve sair muhdesat varsa bunlar arazi ile birlikte taksimine veya satışına karar verilir.¹³⁰ Ancak her iki yasa metni de bu *genel prensipten*, mutlak manada ortaklığın kastedildiği, *kanun, takyit veya örf* gibi *istisnaları* da zımnen de olsa saklı tuttuğu anlaşılmaktadır.¹³¹ Malın aslından türeyen zevâidler mütemmim cüz’ sayılırken; malın aslından türemeyip ona bitişik bulunan ve özellikle birinin emeği olan bina veya ağaç gibi üst zevâidler istisnai olarak farklı kategoriye tâbi olması gerekmektedir. Üst araziye tabidir genel kuralının bir takım istisnalarının olması kaçınılmazdır. Bu durum iştirak ve müşterek arazilerdeki muhdesatın aidiyeti konusunda daha da önem kazanmaktadır. Müşterek arazi hukuku zımnen de olsa bu hakkı tarımaktadır. Arazinin her cüz’ünde hak sahibi olan paydaş arazi üzerindeki muhdesat haklarının korunması gerekmektedir.

yip, teferruatın ise istisna edilebileceğini söylemektedir. Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir, Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Esaslar*, Güney Matbaacılık, Ankara 1948, 198; Berki, Ali Himmet, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1955, s. 111–112; Çalış, Halit, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, Yediveren Yayınları, Konya 2004, s. 47.

¹²⁹Y6.HD.11.04.1996–3402–3692; taf. bkz. Tunaboğlu, Müslim, *Ortaklığın Giderilmesi Davaları*, Adil Yayınevi, Ankara 1997, s. 788–796.

¹³⁰Şayet arazi üzerinde eğer başka bir kayıt bulunmamışsa arazi üzerindeki ağaçlar ve binalar da taksime tabi edilmiş olur. Her paydaş kendi payma düşen arazinin üzerindeki ağaçlar ve binalara sahip olmuş olurlar. Ancak ağaçlar ve binalar için özel bir karar alındı ise bu takdirde ağaç ve binalar için alınan karar geçerlidir. Arazi üzerindeki hasat edilmemiş hububat, sebze ve meyveler taksime dâhil edilmezler. İbn Kudâme, XI, 501; Mecelle Md, 1164; Ali Haydar, III, s. 417; Bilmen, VII, s. 149.

¹³¹Mesela üzerinde bina bulunan hisseli arazide şüyuulanma sadece zemine ait olup şüyuun giderilmesinde bina bedeli ayrıca dikkate alınır. Hisseli bir veya birkaç parsel üzerinde kalan yapıların bedelleri yapı sahibine ödenmedikçe aralarında başka bir anlaşma temin edilmedikçe veya şüyuu giderilmedikçe bu yapıların eski sahipleri tarafından kullanılmasına devam olunur. Görüldüğü gibi *kanun*, zeminin mâlikinin, bütünleyici parça niteliğinde olan bina üzerindeki tasarruf hakkını sınırlandırmıştır. Zeminle, bütünleyici parça olan bina ve ağaçların farklı değerlendirildiği Yargıtay içtihatlarında da görülmektedir. Oğuzma-Seriçi, s. 242.

3. Muhdesatın Bir Üst Hakkı Olup Olmadığı Meselesi

Toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlar nedeniyle ortaya çıkmış olan üst hakkı kavramı, bir gayrimenkul arazi üzerinde, mâlikinin başka bir kimseye bir şey yapma veya dikme, yapıp diktiği şeye mâlik olma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır.¹³² Her ne kadar Medeni Kanun 729. maddesinde binalar dışında ağaçlar ve ormanların üst hakkına konu olamayacağını ifade etmişse de bu yaklaşım tarzı pek isabetli gözükmemektedir. Zira irtifak hakkının temelinde, mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinin birbirinden bağımsız hale getirilerek akar üzerinde daha geniş bir istifade imkânı tanınması düşüncesi yatmaktadır. Bilindiği gibi mülkiyetin konusu, genellikle aynî ve menfaat mülkiyeti olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu yukarıda ifade etmiştik. Burada tartışma, aynî ve menfaat mülkiyetlerinin farklı kimselere ait olup olmayacağı meselesinde yatmaktadır. Aynî mülkiyeti, bir şeyin sadece kuru mülkiyetine sahip olmak demektir. Menfaat mülkiyeti ise o şeyden sadece yararlanma hakkına sahip olmaktır.¹³³ Mesela bir yapıya veya araziye sahip olan kimse normalde orayı kullanma veya oraya bir şeyler dikme hakkına da sahiptir. Ancak mâlik, kullanma hakkını başka birisine devredebilir. Bu durumda yapının sahibi aynî mâlikî, kullanma hakkı ise menfaat mâlikî olmaktadır. Hanefiler dışındaki İslâm hukukçularının bir kısmı menfaat mülkiyetini de kendi içerisinde *şahsa bağlı* veya *eşyaya bağlı* menfaat mülkiyeti şeklinde ikiye ayırmışlardır. Şahsa bağlı menfaat mülkiyetini *intifa hakkı*, eşyaya bağlı menfaat mülkiyetini ise, *irtifak hakkı* olarak nitelendirmişlerdir.¹³⁴ O halde üst hakkı olan muhdesat her şeyden önce bir menfaat mülkiyesidir. Burada bir gayrimenkul arazi üzerinde, arazinin aynına mâlik olunmadan onun üzerinde tasarruf edilmektedir. İslâm hukukunun genel prensiplerinden hareket edilerek, şahsa bağlı veya eşyaya bağlı olarak kurulabileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda üst hakkı, eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti içerisinde işlenmiştir.¹³⁵ Bu mana-

¹³²Üst hakka, hak sahibine başkasına ait bir akarın üstünde inşaat yapma veya ağaç dikme ya da önceden mevcut bu tür şeyleri muhafaza etme yetkisi veren bir yararlanma (irtifak) şeklindedir. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayran*, Md. 37; Hacak, Hasan, "*İrtifak Md.*", *DİA*, XXII, s. 460-464.

¹³³Ali Haydar, *İs*, s. 227.

¹³⁴Suyutî, *Celaledin, el-Eşbâh ven Nezâir*, Kahire 1959, s. 326; Zeydan, s. 196; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayran*, Madde 37, Karaman, II, s. 112.

¹³⁵Zeydan, s. 196-200; Karaman, III, s. 134.

da üst hakkını İslâm hukukundaki “*miri araziye*” benzetmek de mümkündür. Esasen gayrimenkul lehine kurulan üst hakkının bu gayrimenkul ile birlikte satılması hususunda İslâm hukukçuları arasında görüş birliğinin olduğu söylenebilir.¹³⁶

Öte yandan bir arazi satılırken herhangi bir şey söylenmese dahi üzerindeki bina ve ağaçlar araziye bağlı olarak satılmış kabul edilirdi.¹³⁷ Çünkü ağaç ve binalar, arazinin mütemmim cüz’ ve teferruatından, fıkıh kitaplarındaki ifadesi ile “*ittisal-i karar ile muttasıl*” kabul edilirdi.¹³⁸ Klasik dönemde üst hakkı kavramı, kurumsal manada bulunmamakla birlikte dağınık halde pek çok meselede farklı isimler altında bu kavramın ruhuna rastlanılır. Bu bağlamda üst hakkının bağımsız olarak satılıp satılmayacağı mezhepler arasında ihtilafı bir konudur. Hanefi ekolu, üst hakkının bağımsız olarak satılmasını uygun bulmamıştır. Çünkü üst hakkı bir menfaat mülkiyetidir. Söz konusu hukukçulara göre menfaat satma konu olamaz. Çünkü üst hakkı, aslen mal değildir, hükmen mal yani mülktür.¹³⁹ Çünkü bir mal da bulunması gereken özelliklere yani ihtiyaç vakti için biriktirilebilme, mütekavvim olma özelliğine sahip değildir.¹⁴⁰ Oysa mal kavramı içerisine sadece aynı mallar değil günümüzde “*menfaat*” ve hukuken korunan her bir “*hak*” da girmektedir. Bu noktada Hanbelî fıkıh ekolü daha esnek bir tavır sergilemişlerdir. Hanbelîlere göre, garar yani ileride gerçekleşmesi muhtemel olan şeylerden başka her türlü satım hukuka uygundur.¹⁴¹ İrtifak kavramı Mâlikî hukukçuları tarafından geliştirilmiştir.¹⁴² Bir şey yapmak veya dikmek amacıyla üst hakkı tesisi talebinde bulunan kimsenin bu hakkını kullanacağı muhakkaktır. Bu sebeple burada garar yoktur. Bu noktada Hanbelî mezhebinin görüşü hayatın ihtiyaçlarını karşılamaya daha uygun görülmektedir. Çünkü bir kimsenin kendi mülkünde başkasına zarar vermemek şartıyla dilediği şekilde tasarruf edebileceği hukukun genel bir prensibidir. Bir araziye mâlik olan bir kimse arazisini nasıl satabilir veya üzerine bina

¹³⁶Mecelle Md.216: Ali Haydar, I, s. 342; İbn Âbidin, V, 52; Karaman, III, s. 135.

¹³⁷Heyet, Fetevâ’l-Hindiyye, V, s. 215.

¹³⁸İbrahim Halebî, II, s. 14

¹³⁹Mecelle Md. 125–126; Serahsî, XV, s. 136; İbn Âbidin, V, s. 51–52; Kâsânî, VII, s. 138; Ali Haydar, I, s. 326.

¹⁴⁰Ali Haydar, I, s. 228.

¹⁴¹Cevzi, İbn Kayyım, II, s. 8; İbn Kudâme, IV, s. 200; İbn Teymiye, Nazariyetü’l-Akd, Medine 1949, s. 224; Zeydan, s. 359; Mecelle Tadilleri, Ceride-i Adliye, 1338. s. 192.

¹⁴²Hacak, Hasan, “İrtifak Mâ”, DİA, XXII, s. 460–464.

yapabilirse aynı şekilde bu araziyi bir başkasına menfaatini devredip üst hakkı kurmasında da hiçbir sakınca olmamalıdır. Ayrıca Mecellede somutlaşan “*bir yere mâlik olan kimse o yerin altına da üstüne de mâlikdir.*” Bu sebeple bir arazi üzerindeki tasarruflar o arazinin altı ve üstü için de geçerli olmalıdır.¹⁴³

Sonuçta arazi mâlikinin, kuru mülkiyetini elinde tutarak kişinin menfaat mülkiyetini başka birine satması yani üst hakkı tesis etmesinde her hangi bir sakınca olmaması gerekir. Kaldı ki Hanefi ekolüne mensup hukukçularda hayatın zaruretlerini nazara alarak birçok konuda menfaatin, satıma konu olmasa bile temlike konu olabileceğini ifade etmişlerdir. Bunların başında kira, selem, istisna ve musâkât akdi gelmektedir. Gerçekten de söz konusu akitler, kıyasa muhalif olarak istihsânen kabul edilmişlerdir.¹⁴⁴ O halde Hanefi hukukçuların mantığından hareket edilerek üst hakkı da aynı kategoriye tabi tutulabilir. Başka bir ifade ile hayatın zaruretleri nazara alınarak mevcut olan bir şey üzerinde üst hakkı tesis edilebilmelidir. Bu duruma İslâm hukukunun dinamizmi ve ruhu da müsaittir. Osmanlı uygulaması ile miri arazi bunun en açık örneğidir. Bu araziler ve kısımları hakkında geniş malumat bulunmaktadır.¹⁴⁵

Günümüz imar Kanunu’nun 18. Maddesinde getirilen özel bir hükmle yapıların mülkiyeti ile arzın mülkiyetinin başkasına ait olmasına imkân verilmiştir.¹⁴⁶ Böylece arzın bütünüleyici parçası olan yapı ile hukukî ilişkisi kesilmiştir. Bu hükümle oluşturulan imar parsellerinde arazi ve yapı farklı mâliklere bırakılmıştır.¹⁴⁷ O halde iki mülkiyeti birbirinden

¹⁴³ Mecelle Md.1192; Ali Haydar, III, s. 457; Bilmen, VII, s. 174

¹⁴⁴İbn Âbidin, IV, s. 26.

¹⁴⁵Arazilerin taksimi konusunda bkz. Halis Eşref, *Külliyyat-ı Şerhi Kânunî’l Arazi*, İstanbul 1315; Ali Haydar, *Şerh-i Cedid li Kanunî’l-Arazi*, İstanbul 1311; Atf Bey, *Kanunname-i Arazi Şerhi*, İstanbul 1330; Cin, Halil, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Konya 1987; Ali Haydar, *Emvâl-i Gayri Menkule ve Teminât ve İzâle-i Şuyû’ Kanunlarının Şerhi*, Amidi Matbaası, (1329 tarihli Ceride-i Adliye’de yayınlanan 85-92 sayılarındaki makaleler toplamı) İstanbul 1925.

¹⁴⁶Taf. bkz. Oğuzman / Serici / Oktay / Özdemir, s. 399.

¹⁴⁷Arazinin mülkiyeti o arazi üzerine dikilen fidanları da kapsar. Dikilen ağaçlarda arazinin bütünüleyici parçalarından sayılırlar. Başkasına ait her bitkinin diğer bir kimsenin arazi-sine dikilmesi halinde bu bitki dikildiği arazinin mülkiyetine tabi olur. Medeni Kanun yapılarla bitkileri aynı esaslara tabi tutmuşlarsa da şimdilik bitkiler bakımından üst hakkı verilmesine izin verilmemiştir. MK. 729/f-718/f. Taf. bkz. Oğuzman / Serici / Oktay / Özdemir, s. 413.

ayırarak ve her birinden bağımsız olarak tasarruf etmek mümkün olmalıdır. Üst hakkı bir akitle kurulabileceği gibi herhangi bir devir akdinde takyidi şart da ileri sürülebilir. Böyle bir şarta bağlı akdin geçerli olacağı da söylenebilir. Esasen tek taraflı hukukî işlem olan hibe ve vasiyet ile de üst hakkının kurulabileceğini kabul etmek gerekir. İslâm fıkıhının fûru meselelerinde bu doğrultuda pek çok uygulamaya rastlanılmaktadır.¹⁴⁸ Yine İslâm hukuk tarihinde zaman aşımı ile de üst hakkına sahip olunabileceği görülmektedir. İslâm hukukunda zamanaşımının hak ve mülkiyet iktisabı için bir sebep ve kaynak teşkil etmediği de biliniyor.¹⁴⁹ Ancak bir araziye uzun süre nizasız ve fasılasız üst hakkı şeklinde kullanan kişinin böyle bir hakkı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira kadim kıdemi üzere terk olunur ve diğer irtifak haklarında da kıdeme itibar olunmuştur.¹⁵⁰ İrtifak hakkının bağlı olduğu bir akarın taksim edilmesi ilke olarak irtifak hakkını etkilemez. Akarın taksiminden sonra da bu hakkın hukukîliği sabit olur. Bu üst hakkının varlığını müşterek malın menfaatinin paylaşılması olan muhâyee usulü de teyit etmektedir.

4. Muhdesatın Menkul veya Gayrimenkul Mal Gibi Görülmesi

İslâm hukuk bilginleri, müşterek bir arazi üzerindeki muhdesatın, menkul veya gayrimenkul sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefi hukukçularına göre, genellikle, üzerinde muhdesat bulunan müşterek arazilerde asıl gayrimenkul arazi olup, üzerindeki muhdesat, arazi ile birlikte gayrimenkul, ayrı ayrı değerlendirildiğinde ise, menkul mal kıymetindedir.¹⁵¹ Mâliki hukukçularına göre ise, vasfı ve niteliği değiştirilmeden başka bir yere nakli mümkün olmayan şeyler, gayrimenkuldür. Bu görüşe göre, arazi üzerindeki muhdesat (*bina ve ağaçları*) gayrimenkul kabul etmek gerekir.¹⁵² Bu görüş günümüz hukuk anlayışına daha uygun düşmektedir. Esasen Mecellede de "*hane ve arazi misülli*" lafzından bu yönde bir eğilimin varlığı anlaşılmaktadır. Öte yandan Mecelle şarihleri fıkıh kitaplarından yararlanarak miri arazi üzerindeki mülk, muhdesat ile mülk arazileri üzerindeki muhdesatı (bina ve

¹⁴⁸Karaman, III; s. 124.

¹⁴⁹Mecelle Md.1674.

¹⁵⁰Mecelle Md 6-1224

¹⁵¹Ali Haydar, I, s. 230; Hacı Reşit Paşa, *Ruhu'l-Mecelle*, İstanbul 1328, I, s. 29; Atif Bey, *Mecell-i Ahkâmı Adliye Şerhi*, Kitabu'l-Buyu', İstanbul 1318, s. 18.

¹⁵²Ibn Âbidin, VI, s. 258; Zeydan, Abdülkerim, *el-Medhal li Diraseti's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Amman 1990, s. 191.

ağaçları), araziden ayrı olarak nazara aldıklarında menkul hükmüne tabi tutmuşlardır. Mülk arazisinin mâliki, arazisinin üzerinde dilediği şekilde tasarruf etme hakkına sahiptir.¹⁵³ Bu sebeple mülk arazisinin mâliki, menfaat mülkiyetini başka birisine devredebilir. Her ne kadar bir arazi üzerinde yapılan bina ve dikilen ağaçların mütemmim cüz' kaidesince araziye tabi olacaklarsa da üst hakkının, bu genel kuralın bir istisnasını oluşturduğu söylenebilir. Nitekim hukukçuların bir kısmı aksi görüşte olsalar bile arsa ile üzerindeki binanın ayrı ayrı vakfedilebileceğini ileri süren hukukçular da vardır.¹⁵⁴ Doğrusu hukuk mantığı da bunu gerektirmektedir. Aynı şekilde miri arazilerde de aynı mâlik ile menfaat mâlikleri farklı kimselerdir.¹⁵⁵ O halde İslâm fıkına göre de araziler üst hakkına konu teşkil edecektir.¹⁵⁶ Ancak iştirak veya müşterek mülkiyete tabi gayrimenkullerde mâliklerden birisi diğerinin izni olmaksızın muayyen bir hisse üzerinde üst hakkı kuramayacaktır.¹⁵⁷ Klasik fıkıh kitaplarında üst hakkının konusunu yapı ve ağaçların oluşturduğu söylenebilir. Bu durumda başkasına ait bir arazi üzerinde sahibinin iznine tabi olarak genellikle irtifak hakkı gereği yapı yapılabilecek veya ağaç dikilebilecektir. Yapı bir arazi üzerine veya altına yapılan mesken dükkân ve benzeri şeyleri ifade etmektedir. Bir arazi üzerine yapılan bir yapı veya dikilen ağaçlar kural olarak arazinin mütemmim cüz'ü olmaktadır.¹⁵⁸ İslâm fıkıh doktrininde buna ittisali karar ile muttasıl, yani yerinden ayrılmamak üzere konulmuş şey denilmektedir.¹⁵⁹ Bununla birlikte söz konusu durum arazinin ve üzerine yapılan inşaatın farklı kişilere ait olmasını engellemektedir.¹⁶⁰ Bunun en güzel örneğini ise miri arazi sistemi oluşturmaktadır. Gerçekten miri arazi sisteminde aynî devlete, tasarruf hakkı yani menfaat mülkiyeti tapu ile bu araziye almış olan kimselere ait bulunmaktadır. Ancak bir arazi üzerindeki yapı veya ağaçlar araziden bağımsız olarak düşünüldüğünde Hanefi mezhebine mensup hukukçulara göre menkul hükmüne geçmektedir. Arazi ile birlikte düşünüldüğünde

¹⁵³ Mecelle Md. 1192–1197.

¹⁵⁴ İbn Âbidin, III, s. 425–426; Zerkâ, III, s. 140; Akgündüz, Ahmet. *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, İstanbul 1996, s. 210.

¹⁵⁵ Ali Haydar, *Arazi Kanunu* Md.3.

¹⁵⁶ Şafak, Ali, *İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı*, İstanbul 1997, s. 94.

¹⁵⁷ Mecelle Md. 1173; Ali Haydar, III, 429.

¹⁵⁸ Ali Haydar, III, 416.

¹⁵⁹ Mecelle Md.232; Ali Haydar, I, 371.

¹⁶⁰ Mecelle Md.1163.

ise arazinin mütemmim cüz'ü olarak gayrimenkul hükmündedirler.¹⁶¹ Mâliki mezhebine mensup hukukçulara göre ise bir arazi üzerindeki yapı veya ağaçlar araziye bağımlı veya bağımsız olsun gayrimenkul hükmündedir.¹⁶² Bu durumda Hanefi Mezhebine göre üst hakkının konusunu menkul inşaat ve ağaçlar, Mâliki mezhebine göre ise gayrimenkuller oluşturmaktadır.

Klasik eserlerde arazi hariç tutularak, bina ve ağaçların vakfedilmesi veya satılması konularına yer verilmiştir. Bu muhdesatları araziden ayrı bir hukukî muameleye tabi tutulmuştur. Öte yandan arazinin ayrı mülkiyetine sahip olan kimse arazisinin boşaltılmasını isteyebilir. Bu durumda ağaçlar veya bina her ne kadar araziye bitişik olsalar da hükmen menkul sayılır. Keza bina ve ağaçlar başkasının yerinde yahut vakif veya miri bir arazide de olabilir.¹⁶³ Bu takdirde bina ve ağaçlar aynı mülkiyeti başkasına ait bir yerde bulunmaktadırlar. Mülkiyeti başkasına ait bu bina ve ağaçlar yukarıdaki gerekçe ile menkul mal hükmüne geçmektedir. Demek oluyor ki tabiatları gereği gayrimenkul olan bina ve ağaçlar hukuken, ancak üzerinde buldukları arazide hukuken kalıcı olup olmamalarına göre menkul veya gayrimenkul sayılırlar. Bina ve dikili ağaçların Hanefi içtihadında menkul, Mâliki içtihadında gayrimenkul sayıldığı kanaati yaygın ise de esasen bu iki mezhebin nihai görüşleri arasında bir fark bulunmadığı da söylenebilir. Her iki içtihat da bina ve ağaçların menkul veya gayrimenkul mal sayılması bina ve ağaçların arazi ile olan hukukî ilişkisi ile bağlantılıdır.¹⁶⁴ Taksimde müşterek arazideki muhdesat başkasının arazisine düşmesi durumunda menkul mal hükmünde görülüp kıymet takdiri ile muhdesatın aidiyetine bedelinin ödenmesi gerekmektedir.¹⁶⁵

¹⁶¹Mecelle Md. 1019-1020; Ali Haydar, III, s. 15-153.

¹⁶²Zeydan s. 187-188.

¹⁶³Taf. bkz. Heytemî, X, s. 208.

¹⁶⁴Mecelle Md. 1019-1020; İmam Malik, El-Müdevvene, V, s. 402; Demir, s. 43-44.

¹⁶⁵Modern hukukta da yapıların bitkilerin ve ağaçların gayrimenkul olduğu ileri sürülse de bazı istisnalar getirildiği anlaşılmaktadır. Menkul inşaat denin hafif binaları kulübe, baraka, çardak, dağ evi gibi şeyleri arazinin bütünleyici parçası sayılmazken; bunlar, inşaa edenin mülkü olur tabirinin kullanılması her iki mülkiyetin de varlığının kabulü arasında görülebilir. Zira menkul inşaat arazi sahibi tarafından yapılsa da bütünleyici parça olmamaktadır. Buna rağmen toprağa sıkı şekilde bağlanmış, yıkılmadan telef ve tahrif edilmeden sökülüp götürülemiyorsa bu binalar bütünleyici parça niteliği aldığı ileri sürülür. Toprağa ekilen veya dikilen tohumlar, bitkiler ve ağaçlarında arazinin bütün-

5. Muhdesatın Kıymeti Takdir Edilerek Taksime Tabi Tutulması

Görüldüğü gibi yukarıdaki genel kural doğrultusunda istisnaları veya özel durumları dikkate almadan muhdesat taksimi konusunda yorum yapanlar olduğu gibi özel durumları ve istisnaları dikkate alarak örf veya istihsânen meseleyi yorumlayanlar da bulunmaktadır. Nitekim Şâfiî ve Hanbelîler taksimin misli ve ifrazı kabil olmayan (bölümlerinin değeri farklı olan bir arazide olduğu gibi) muhdesatın taksiminde de muhdesatın kıymet ve değerinin belirlenerek para ile tadil edilme yoluna gidilmesini caiz görürken,¹⁶⁶ Ebu Hanife, ifraz taksiminde (yani kısmet-i tefrikte) ortaklar kendi aralarında razı olmadıkça paranın işin içine sokulmasını caiz görmez. Gerekçe olarak da aralarında ortak olan şey nakit değil akar olduğunu ileri sürer. Ebu Hanife, yukarıdaki genel prensipten hareketle muhdesatın arzın bir cüzü olduğunu, muhdesatın arza tabi olarak taksim edilmesi gerektiğini ve her bir ayrı parçanın paydaşlar arasında pay edilmesi ile taksimin gayesinin ancak böyle gerçekleşeceğini ileri sürer.¹⁶⁷

Bu takdirde Ebu Hanife'ye göre, iki kişi bir eve ortak olsalar ve bunu paylaştırmak isteseler, taraflardan birisinde de fazladan bir yapı var ise onlardan birisi bu yapının bu fazlalığının bedelinin belli miktar para olmasını öteki de bunun bedelinin arazi olmasını istese, bu fazla yapının bedeli araziden verilir ve yapının payına düştüğü kimse fazlalığın yerine diğer ortağın para olarak ödemekle (karşılıklı rıza olmadıkça) mükellef tutulamaz. Çünkü paylaştırmada "mübadele" manası vardır. O bakımdan bu paylaştırmaya hâkim, *(başka bir imkân olmaması hali müstes-*

leyici parçası olmaktadır. (Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 799-800) Bir yapının bütünüleyici parça sayılması, o yapıya ait levazımın arsa sahibinden başkasına ait olması halinde dahi geçerli bir prensip olarak kalır. Arsa ile onun üzerindeki yapı başka kimselere ait olma durumunda inşaatı yapan kimse arsada iştirak veya müşterek mâliklerden biri olsa bile yine medeni kanun haksız inşaatla ilişkin 648-650 maddeleri uygulanır. Zira ne bir paydaşın ne de bir ortağın arsa üzerine tek başına inşaat yapmaya hakkı yoktur. Böyle bir durumda arsa sahibi binanın sahibi olur. Zira bina artık arazinin bütünüleyici parçası haline gelmiştir. (Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 813) Bu durumda bina arsa sahibinin rızası olmadan yapılmış olmalıdır. Yapının yıkılması veya kaldırılması aşırı bir zarara sebebiyet vermemelidir. Bu iki şart gerçekleşirse arsa sahibi yapının yıkılması veya kaldırılmasını isterse, yıkılma ve kaldırma masrafları sahibine ait olacaktır. Eğer arsa sahibinin açık veya örtülü bir muafakâti varsa artık yapının yıkılması istenemez.

¹⁶⁶Buhûfî, *Keşşâfu'l-Kınâ an Metni'l-İknâ*, Mekke ty, VI, s. 373; Heytemî, X, s. 208.

¹⁶⁷Zühaylî, V, s. 674.

na) tarafları zorlayamaz.¹⁶⁸ Sonuçta Ebu Hanife, hâkim tarafından yapılacak zorunlu taksime karşı çıkmış olup *karşılıklı rıza (sulh yoluyla)* ile paranın işe katılmasını da caiz görmüştür.¹⁶⁹ Eğer nakdi araya sokmaktan başka bir yol yoksa hâkimin, *zaruret sebebiyle* para ödetmek yoluyla meseleyi dengelemek, düzeltmek hakkına sahip olduğunu da ifade eder.¹⁷⁰ Görüldüğü gibi Ebu Hanife burada muhdesatı arzin mütemmim cüz'ü saymıştır. Müşterek arazinin taksimde bu kurala tarafların rızası ve zaruret olmadıkça sıcak bakmamıştır. Ancak Cumhur, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf, muhdesatın arzin mütemmim bir parçası olmasına rağmen, özel ve istisnai bir durum görüp *menkul mal* gibi kaymet takdiri ile taksimine cevaz vermişler ve bu hususta takdiri hâkime bırakmış oldukları görülmektedir.¹⁷¹

Şayet ortak olunan evler aynı beldede bulunuyor ise yine Ebu Hanife'ye göre her ev ayrı ayrı paylaşılır.¹⁷² Çünkü evlerin türleri ve değerleri farklıdır. Evlerin buldukları semtler ve komşuların değişikliği itibariyle maksatlar arasında da farklar bulunur. Mescide yakınlığı, suya yakınlığı, çarşıya ve pazara yakınlığı da bu farklı maksatlara örnektir. O bakımdan paylaştırmada tam bir tadil ve adaleti sağlama yoluna gitmeye imkân bulunmamaktadır. Bundan dolayı evler ayrı ayrı paylaşılır (kısmeti tefrik) ve paylar (ortakların razı olması müstesna) birbirine eklenmez.¹⁷³ Ebu Hanife'nin bu içtihadı ülkemizin bazı yörelerinde her bir arazinin küçük parçalara bölünmesine neden olmuştur.

Hanefiler şayet ortak olan evler iki ayrı beldede bulunuyor ise taksimde bir araya cem edilemeyecekleri ve her bir beldedeki evin başlı başına paylaşılacağını ittifakla kabul etmişlerdir.¹⁷⁴ Ancak İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed bu meselede şöyle demektedir: Böyle bir paylaştırmada görüş hâkime bağlıdır.¹⁷⁵ Hâkim taksimde uygun gördüğünü yapar. Eğer her bir ortağın payını bir evde toplamayı uygun gör-

¹⁶⁸Serahsî, XV, s. 51.

¹⁶⁹İbn Hazm, VI, (1252 Md) s.422.

¹⁷⁰İbn Hümâm, Tekmilet'ü Fethul Kadir, VIII, s. S. 15; Kâsânî, VII, s. 19; Mecelle 1149.

¹⁷¹Zühaylî, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslâmiyyü ve Edilletühü, V, Dâru'l-Fıkr, Dimeşk, 1989, s. 673-675.

¹⁷²Meydânî, IV, s. 98.

¹⁷³Zühaylî, V, s. 674.

¹⁷⁴İbn Âbidin, V, s. 184.

¹⁷⁵Meydânî, IV, s. 99.

mek suretiyle *kısmet-i cem'in* ortaklar için daha elverişli olduğunu görürse onu yapar. Şayet her bir evi ayrı ayrı paylaştırmak suretiyle *kısmet-i tefrik'in* daha uygun olduğunu görürse onu yapar. Çünkü onların görüşüne göre evler, isim ve şekil bakımından ve mesken olarak kullanılmaları kast olduğundan aynı türdür. Bu bakımdan taksim işinde *kısmet-i cem ve kısmet-i tefrik'den* hangisinin daha uygun olacağını seçmek için mesele hâkime havale edilir ve onun görüşüne bakılır. Ebu Hanife ile iki talebesi arasındaki bu görüş ayrılığı bir tek evin paylaşılmasında da söz konusudur. Ebu Hanife'ye göre karşılıklı rıza olmadıkça *kısmet-i cem* ile paylaşırılamaz. İmâmey'ne göre paylaşırmanın hangi türünü seçmek gerektiği konusunda maslahatı ve adaleti gerçekleştirmek için hâkime bırakılır.¹⁷⁶ Ebu Hanife, paydaşların haklarının ödenmesinde malın aynı cinsten olmasını şart kıldığı anlaşılırken, diğerleri tadilin sağlanmasını hâkimin takdirine bırakmaktadır. Hâkime daha fazla serbest yetki tanıdıkları anlaşılmaktadır. Şâfiîler ise yapıları birbirinden farklı evlerin mahalle veya yapıların farklılığı sebebiyle onlardan gözetilecek maksatlar da değişik olduğundan *değerine* göre *kısmet-i tadil* suretiyle paylaşırılacağı görüşündedirler. Mâlikiler de aynı görüştedirler. Evleri karşılıklı rıza ile veya kıymet farkının tadil edilmesi şartı ile paylara bölünerek paylaşılır.¹⁷⁷

Sonuçta müşterek arazi üzerinde bir bina var ise, bunun taksimi konusunda Hanefiler'e ait üç ayrı görüş bulunmaktadır.¹⁷⁸ Ebu Hanife'ye göre müşterek arazi ölçülerek paylaşılır. Daha sonra binanın kendi payına düştüğü kişi ya da payı daha değerli olan kişi ötekine eşitlik sağlayacak kadar ivaz öder. İvaz böyle bir durumda paylaştırmaya zorunlu olarak dâhil olur. Çünkü Hanefilerde kazaen taksimde kural olarak para girmemesi gerekir. Burada para zaruret sebebiyle girmiştir. Bu görüş yukarıdaki Şâfiîlerin görüşüne uygundur. *Ebu Yusuf'a göre arazi ve muhdesat kıymetleri itibariyle paylaşılır.*¹⁷⁹ Çünkü aradaki denge ancak kıymet biçmek ile sağlamak mümkündür. Bu görüş de Şâfiîlerin *taksimde kıymetine göre eşitlik*¹⁸⁰ sağlama hakkındaki görüşlerine uygundur. İmam Muhammed'e göre ise ortakların biri ötekine bina karşı-

¹⁷⁶ Et-Tahâvî, Ebi Cafer Ahmet b. Muhammed Sellâme, (thk. Abdullah Nezir Ahmet), *Muh-tasar İhtilâfu'l-Ulemâ, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâm*, IV, Beyrut 1997, 2039 Md, s. 326.

¹⁷⁷ Tahâvî, IV, s.321-334; Heytemî, X, s. 207.

¹⁷⁸ Meydânî, IV, s. 99.

¹⁷⁹ Kâsânî, VII, s. 26; Meydânî, IV, 92.

¹⁸⁰ Heytemî, X, s. 204.

ğında ona eşit olacak kadar bir arsayı geri verir. Ödenmesi gereken bir kıymet kalıyor ise böyle bir tesviye ile bunu gerçekleştirme mümkün olmuyorsa mesela arsa yapının kıymeti kadar değilse arta kalanı para ile öder. Çünkü zaruret, miktarınca takdir olunur. Mecelle bu doktriner görüşleri madde halinde şöyle özetlemiştir: “*Arsa ve arazi zeriyyatından olduklarına mebni zira’ ile taksim olunurlar. Amma üzerlerindeki eşcar ve ebniye takdir-i kıymet ile taksim kılınırlar*”¹⁸¹ demektedir. Mecellenin muhdesat konusunda *kıymet takdirini* esas aldığı anlaşılmaktadır.¹⁸² Tadil, paydaşlar arasında şeklen eşit gibi görünen ancak kıymet itibarıyla farklı olan paylar arasında denkliliği sağlamaktır. Bu işlem, paydaşların eksiklik ve fazlalık olmaksızın tam olarak paylarını almalarını sağlamaya yöneliktir. Burada elbette muhdesatın değerinin ve muhdesatın kime ait olduğunun tespitedilmesi gerekir.

6. Muhdesatın Kime Ait Olduğunun Tespitinin Yapılması

Müşterek araziye ilk bakışta üzerindeki muhdesatların tüm paydaşlara ait olduğu algılanabilir. Ancak müşterek arazi üzerindeki muhdesatlar, ariyet veya icâre gibi nedenlerle üçüncü kişilere ait olabileceği gibi paydaşlardan birine de ait olabilir. Öte yandan günümüzdeki müşterek araziler genellikle fiili ve eylemli kullanım biçimleri oluşmuştur. Müşterek arazide paydaşlar arasında bir tür rızaen taksim de yapılmıştır. Paydaşlar bu fiili ve eylemli kullanım biçimi oluşmuş arazideki hissesini paydaşlara veya üçüncü kimselere satmışlardır. Her bir paydaş veya üçüncü kimseler, satın aldığı hissenin sınırlarını görerek ve bilerek satın almışlardır. Müşterek araziden satın aldıkları hisselerinin sınırlarını da aynen koruyarak tasarrufta bulunmaktadır. Sonuçtasınırlarını görerek ve bilerek satın aldıkları ve kullanım biçimi oluşmuş müşterek arazide, kendi hissesine tekabül eden alan üzerinde muhdesatları bulunur. Bu manada müşterek araziden istifade etmeleri de tabidir. Keza her bir paydaş hisseleri oranında araziden istifade etmektedir.

Öte yandan müşterek arazi üzerindeki paydaşların tasarruf ettikleri alanlar üzerinde, paydaşlardan izinli veya izinsiz ev veya ağaç gibi muhdesatları da bulunmaktadır. Bu durum örfi bir teamül haline gelmiştir. Sonuçta bu muhdesatlar, ya paydaşlardan birine ya da üçüncü kimselere ait bir emek mahsulüdür. Taksim neticesinde müşterek arazi üzerin-

¹⁸¹ Mecelle Md. 1148; Ali Haydar, III, s. 159–186.

¹⁸²İbn Âbidin, VI, s. 264.

deki muhdesat hakkının aidiyetinin tespiti yapılmalıdır. Paydaşlardan birine ait olan bu muhdesat hakkının, zayi olmasını ne kanun ne de hukuk düzeni savunur. Bunun için müşterek mülkiyetin taksiminde, öncelikli olarak, paydaşların fiili olarak kullanmakta oldukları alanlardaki muhdesatlarının tespitinin yapılması, taksim davalarında önemli bir konudur. Zira taksimde hisselerin bir araya toplanması, cem / tevhit veya tefrik edilmesi durumunda muhdesatların arzın mütemmim bir cüz'ü sayılarak işlem yürütülmesi sağlıklı gözükmemektedir. Aksi takdirde sebepsiz zenginleşmeye ve paydaşlar arasında husumete sebebiyet verilebilir. Bundan dolayı taksimde öncelikle bu muhdesatların aidiyetinin tespitinin yapılması ve kıymetlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Ebu Yusuf'a göre arazi ve muhdesat kıymetleri itibariyle paylaşılır.¹⁸³ Çünkü aradaki dengeyi ancak kıymet biçmek ile sağlamak mümkündür. Arazi üzerindeki bina ve ağaç gibi muhdesat üzerindeki zilyetliğin korunması gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi müşterek mülkiyetteki muhdesatlar (bina ve ağaç gibi) yerleşik kurala göre kıymet takdiri ile taksim edilmektedir.¹⁸⁴ Görüldüğü gibi müşterek arazi üzerinde bulunan muhdesatın durumu taksimde özel bir itina istemektedir. Zira taksim cem veya tefrik usulü ile yapıldıktan sonra paydaşlardan birinin bina veya ağaç gibi muhdesatlarının diğer paydaşın arazisi içinde bulunması kuvvetli muhtemel olduğundan paydaşlar arasında ciddi sorunlara neden olmaktadır.

7. Taksimde Hisselerin Bir Arada Toplanması (Cem/Tevhit) Halinde Muhdesatın Durumu

Taksimde ifade edilen genel kural, katı bir şekilde uygulanması halinde paydaşların muhdesatının mütemmim cüz' sayılıp paylaşılmasının pek çok problemi de beraberinde getireceği kuşkusuzdur. Zira müşte-

¹⁸³Kâsârî, VII, s. 26; Meydânî, IV, 92.

¹⁸⁴Heytemî, X, s. 204; Zira günümüz hukukunda da, izlenmesi gereken yol, muhdesat üzerindeki öncelikle aidiyet çekişmesinin çözümlenmesini sağlamaktır. Taksimat yapılmadan önce bu tespit yapılması tarafların hukuku açısından önem arz etmektedir. Aksi halde, taşınmazların üzerlerindeki muhdesat ile birlikte taksim veya satış sureti ile ortaklığın giderilmesine ve taraflara muhdesat bedeli yönünden sebepsiz zenginleşme yer vermektedir. Taksim davası sürerken paydaşlardan birinin muhdesatı tespit davası açarak bu tespit yapılncaya kadar davanın durmasına karar verilebilecekse de bu yön-tem çok sağlıklı gözükmemektedir. Zira taksim davasıyla bu işlem birlikte yürütülmesi en azından davanın seyri açısından da önemlidir. Muhdesatın tespiti davasını açmak ikinci bir işlem olmaktadır.

rek arazi taksim edildikten sonra paydaşların muhdesatlarının kendi tapuları içerisinde olmaması durumu hele ki *cem usulü taksimde* kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda her bir paydaşın gerek ağaç gerekse konut gibi yapmış oldukları arza bitişik muhdesatlarının problemi ortaya çıkmaktadır.

Klasik anlayışta araziye sahip olanın üzerindeki mütemmim cüzlere de sahip olur anlayışı bu noktada açıklanmaya ihtiyaç hissettirmektedir. Müşterek mâliklerin birlikte elde ettikleri mülkiyet ile her birinin kendi emeklerinin mahsulü olan muhdesatının birbirinden ayrılması gerekmektedir. Kaldı ki arazinin taksiminde bina veya ağaçlar gibi mütemmim cüz' olan muhdesatlar, kıymetleri ile taksim olunurlar. İslâm fıkıh doktrininde, müşterek arazi paydaşlarının, fiili ve eylemleri taksimi sonucu kendi tasarruf ettikleri hisseleri üzerine paydaşlardan izni veya izinsiz yapmış olduğu bina veya dikmiş olduğu ağaç gibi muhdesatlarının, taksim neticesinde kendi hissesine düşmüş olursa bunda söylenecek bir şey olmadığı dile getirilmiştir. Ancak eğer bina veya ağaç gibi muhdesatlar paydaş ortağın hissesine düşmesi durumunda farklı içtihatlarda bulunulmuştur. Bu durumda üç türlü çözüm üretildiği görülmektedir: 1. Paydaşın muhdesatı kendi mülküne düşmesi durumunda *bedelinin ödenmesidir*. Hz. Ömer'in uygulamasında görüldüğü gibi en doğrusu da bu olsa gerektir. Bu durumda muhdesatın kıymetinin takdiri gerekecektir ki muhdesatın taksimi de kıymet iledir. 2. Muhdesat mâliki tarafından *bina veya ağaçların sökülerek* arazi sahibine terk edilmesidir.¹⁸⁵ 3. Muhdesat mâliki kendi isteği ile muhdesatını paydaşına *terk / ferağ* etmesidir.¹⁸⁶ Klasik fıkıh kitapla-

¹⁸⁵Serahsî, XV, s. 40-55; Benzer yaklaşım tarzı bkz. MK.722-723.

¹⁸⁶Arazi Kanunnamesi, mîrî arazi ferağ edildiğinde üzerinde bulunan ve mülkiyeti devlete ait olan ağaçların da açıkça zikredilmese bile araziyle birlikte ferağ edilmiş sayılacağı hükmünü getirmiştir. (md. 48). Arazi üzerinde mutasarrıf tarafından yetkili memurun da izni alınarak dikilmiş veya aşılarmış yahut da izinsiz dikildiği halde üzerinden üç yıl geçmiş ağaçlar ise mutasarrıfın mülkü sayıldığından kural olarak ferağın kapsamına girmezler. Lehine ferağ verilen kişiye ayrı bir satım akdiyle temlik edilmeleri gerekir. Hatta mutasarrıf arazi üzerindeki mülk, ağaç, bağ, bahçe ve binaları bir kimseye satmak istediğinde araziye de aynı şahsa ferağ etmek zorundadır. Mîrî arazi üzerindeki ağaç, bahçe ve binanın mâlikine ferağda ön alım hakkı tanınmış olup on yıl içinde arazinin piyasa değeriyle kendisine ferağ edilmesini talep ve dava hakkı vardır (md. 44). Mîrî arazi üzerindeki ağaç ve yapıların bazı durumlarda arazinin ferağına dâhil edilmeyişi, araziden ayrı olarak bunlar üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasının benimsenmiş olması sonucudur. Ancak daha sonra yapılan yeni düzenlemelerde sistem yumuşatılarak arazi üzerindeki her türlü ağaç, bağ, bahçe ve binaların tasarruf ve intikalde araziye tabi ola-

rında dağınmakta olsa bu üç türlü taksimatın varlığını görmekteyiz. Hatta bina veya ağaçların sökülümünde araziye bir noksanlık gelmesi durumunda gasp hükümleri işletilerek araziye eksiklik getiren bedelin tazmin ettirebileceğine dair hükümler de yer almaktadır.¹⁸⁷ Bu durum, daha çok müşterek arazide paydaşlardan birinin hissesini diğer bir paydaş bilinçli veya bilinçsiz kullanmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda fazla arazi kullanan paydaşa gasp hükümleri uygulanmıştır. Görüldüğü gibi müşterek mâlikler arasındaki muhdesatlar, biri diğerinin parseline düştüğünde ya kıymet takdiri yapılarak para ile terk edilir ya da bina veya ağaçlar sökülüp arazi paydaşa o halde terk edilir.¹⁸⁸ Nitekim günümüz hukuk sisteminde de konu tartışmalı olmakla birlikte belli bazı hallerde bütüncüleyici parçanın eski mâlikine parçayı söküp almak hakkını da vermiştir.¹⁸⁹

Yine klasik eserlerde taksimden sonra sınırlarda değişim olduğundan, kendi sınırları içerisine ev veya ağaç gibi muhdesatın girdiğini ve bu muhdesatın kendinin ait olduğunu bir kimse iddia ederse, her ikisi de iddiasına delil getirirse sınırın dışında kalan yani hariçte kalanın delili elinde bulunanın deliline tercih edilir.¹⁹⁰ Yine klasik eserlerde müşterek mâliklerin elinde bulunan ve paylaşırma ile kendisine düşmüş bulunan muhdesatın (*ev veya ağaç gibi*) kendisine ait olduğu konusunda bir delil ortaya koysa, öte'ki de bunu reddetse, delili sebebiyle onun lehine hüküm verilir. Taraflardan herhangi birinin bir delili yok ise bu durumda karşılıklı olarak yemin ederler ve satışta olduğu gibi ellerinde bulunanı geri verirler ve bu durumda paylaşırma da fesih edilir.¹⁹¹ Görüldüğü gibi İslâm fıkıh doktrininden muhdesatların, emek mahsulü bir mal olduğu,

cağı hükmü getirilmiştir. Ferağ konusu arazi alanı veya sınırları belirtilerek tesbit edilir. Her ikisi de belirtilmiş olduğu halde arada uyumsuzluk varsa sınırlara itibar edilir. (md 47) Ali Haydar, *Şerh-i Cedid li Kânuni Arazi*, İstanbul 1315, Cin Halil, *Osmanlı Toprak Hukukunda Miri Arazinin Hukuki Rejimi ve Bu Arazinin TMK Karşısındaki Durumu*, *anluf. ankara. edu. tr/.../AUHF-1965-1966-22-23-01-04-Cin.pdf*

¹⁸⁷Serahsî, XV, s. 29; İbn Âbidin, VI, s. 262- 268; İbn Hazm, VI, s. 428.

¹⁸⁸ Peygamberimiz (sav), döneminde bir kişi başkasının yerine izinsiz hurma ağacı dikmiş ve bu hususta tartışıyorlardı. Durum Peygamberimiz (sav)'e intikal edince o tarla sahibi lehine hükmederek, ağaçları dikene söktürmüştür. "*Başkasının arazisine izinsiz ağaç dikene hiçbir hak tanınmaz.*" Muvatta, *Akdiye*, 5.

¹⁸⁹Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 529.

¹⁹⁰İbn Âbidin, VI, s. 265.

¹⁹¹Kâsânî, VII, s. 26; İbn Hümmâm, VIII, s. 22; İbn Âbidin, VI, s. 265; Zeylâî, s. V, s. 274; Zühaylî, V, s.692.

sebezsiz zenginleşmeye fırsat verilmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan müşterek arazinin taksimindeki ağaçlar, iki kısma ayrılır. Bu durumda meyve ağacı ile diğer ağaçları farklı değerlendirilmiştir. Meyve olmayan ağaçların durumu yukarıda zikredildiği gibi taksime tabidir. Ancak taksimatta meyve ağacının farklı değerlendirildiğini görmekteyiz. Ağacın bir kimsenin, meyvenin bir kimsenin olmasına da fetva verilmiştir. Anadolu'da da bunun pek çok yerde uygulaması mevcuttur. Bu daha çok miras kalan arazilerin yani iştirak halindeki mülkiyetlerde söz konusudur.

8. Muhdesatta Üçüncü Kişilerin Hakkının Bulunması Durumu

Müşterek mülkiyet üzerinde mâliklerin dışında üçüncü bir kimseye ait muhdesat bulunabilir. Bu muhdesat hakkı, *ariyet, icâre, vakıf, vasiyet ve başka sebeplere* de dayanabilir.¹⁹² Bu durumda müşterek mülkiyetin taksimi nasıl olmalıdır? Arazinin aynî mâliki arzın mütemmim cüz'üne sahip olduğu genel kuralı benimsenmiş olsa da bu kuralın birçok istisnasının varlığı bilinmektedir. Bu istisnalar, klasik dönemde de "ağaç dikenidir" örf kuralı ile takyit edilmiş olduğu görülür. Bu da emeğinin korunmasına yönelik istisnai bir karardır. Nitekim Hz. Ömer'in uygulamasında da görüldüğü gibi başkasının arazisine hurma dikenler hakkında yapmış olduğu uygulama arazinin mâliki ile hurmaların mâlikinin ayrı kimseler olduğunu kabul etmiştir. Bu durum, klasik dönemde de günümüzdeki gibi aynı sıklıkta olmasa da bireysel olarak yaşandığının bir göstergesidir. Hurmaların bedelinin arazinin mâlikinden alınmıştır.¹⁹³ Günümüz hukukunda da haklı bir sebebe dayanmayan müşterek veya iştirak halindeki mâliklerden birinin yetkisiz olarak tek başına inşaat yapması durumunda inşaat sahibi tarafından sökülüp kaldırılması istenebilir.¹⁹⁴

Öte yandan İslâm fıkıhının klasik kaynaklarında müşterek mülkiyet taksim edildikten sonra, bu müşterek arazide üçüncü kişinin hakkı, mâliklerden birinin veya bir kaçının hissesinde çıkarsa, bu durumda fıkıh ekolleri arasında farklı içtihatlar bulunur. Fakat klasik kaynaklarda arazi veya mütemmim cüz' ayrımı yapılmamıştır. Genel bir haktan bahsedilmektedir. Ancak bu durumdan hem arazi gibi aynı mülkiyetin varlığı

¹⁹²Serahsî, XV, s. 52; Zerkâ, Medhal, I, s. 259.

¹⁹³Belazurî, s. 54-56.

¹⁹⁴Ayan, s. 213.

hem de bina ve ağaçlar gibi menfaat mülkiyetinin varlığı anlaşılmaktadır. Müşterek arazi taksim edildikten sonra üçüncü kişilerin bu müşterek arazi üzerinde muhdesatı ortaya çıkışa bakılır, eğer bu hak paydaşların tamamına şâyi olursa Hanefilerin ittifakıyla bu taksim fesh edilir. Çünkü bu taksimde ifraz ve temyiz gerçekleşmemiştir. Eğer müşterek mâliklerden birinin hissesinde muayyen bir şekilde ortaya çıkarsa, Hanefilerin ittifakı ile taksim fesh edilmez fakat istihkak ile kendisinden payının bir kısmı alınan paydaş, ona düşen kadarıyla öbür ortağa müracaat eder. Şayet müşterek mâliklerin paylarından birinde ortaya çıkarsa Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre bu istihkak edilen hak kadar arkadaşına rucu' etmekle fesh etmek arasında muhayyerdir. İmam Ebu Yusuf ise üçüncü kişilerin hakkının çıkması durumunda taksimin fesh edileceği görüşündedir. Ebu Yusuf, müşterek mülkiyette başkasının hakkının ortaya çıktığını delil göstermektedir.¹⁹⁵ Şâfiîlere göre paydaşlar arasında adalet gerçekleşmeyecekse bu taksim batıl, adaleti ivazla temin etme söz konusu ise taksimin batıl olmayacağını dile getirmişlerdir. Burada ifraz manası öne çıkarılarak hüküm verildiği anlaşılmaktadır. Hanbelîlere göre paylaşılma bütünüyle batıldır. Çünkü müstahak üçüncü bir ortaktır. Kendisi hazır bulunmaksızın ve izni de olmaksızın böyle bir taksim yapılamayacağı, böyle bir taksim rıza veya zorunlu paslaştırma arasında bir farkın bulunmadığını dile getirir.¹⁹⁶ Günümüz hukukunda müşterek arazi üzerinde üçüncü bir şahıs tarafından inşa edilmiş bina veya dikilmiş ağaçları var olduğunu iddia etse, bu şahsın muhdesat nedeniyle davada taraf gösterilmesi ve satış bedelinden ona para verilmesi mümkün değildir. O kimse, sebepsiz iktisap hükümlerine dayanarak tapu paydaşları aleyhine tazminat davası ve alacak davası açabilir.¹⁹⁷

Görüldüğü gibi taksim yapılmış bulunan bir müşterek arazide üçüncü kimsenin muhdesatı konusunda dönemin konjonktürünü yansıtan bina ve ağaç gibi üçüncü kimselere ait bir hakkın varlığından söz edilmektedir. Fakat bu hakkın varlığının tespit edildiğinde taksimin fesh edilmesi üst hakkının bir irtifak hakkı olarak kabul edildiğinin klasik

¹⁹⁵Meydânî, IV, s. 106.

¹⁹⁶Zühaylî, V, s. 690.

¹⁹⁷Keza taşınmazın üzerine muhdesat (=bina, ağaç) yapan, diken ortaklığın giderilmesi davası devam ederken, bu mahkemeden, muhdesatı ben yaptım, *mülkiyetin tespiti ve eda davası için*, usulün 567. maddesi uyarınca 10 günlük süre verilmesini ve davanın bekletilmesini talep edebilir. 6. HD. 21.04.2008 T., E: 2008/3227, K: 2008/5015.

dönem uygulaması olduğu anlaşılmaktadır. Müşterek mülkiyette üçüncü birinin hakkının olduğu ispat edilirse o kimse kazâi veya rızâi de olsa muhdesat hakkını alması gerekmektedir.

9. Müşterek Mülkiyetin Fiili ve Eylemli Kullanım Biçimi Rızâi Taksim Olup Olmadığı Hakkında Görüşler

Müşterek mülkiyet, paydaşlar arasında hisseleri oranınca kendi aralarında fiili ve eylemli bir şekilde taksimatı yapılmışsa bunun rızâi taksim olup olmadığı tartışılmıştır. Bazılarına göre müşterek arazi, rızâi olarak taksim edilmiştir. Çünkü yukarıda değindiğimiz gibi rızâi taksim akıt niteliği taşıyan bir tasarruftur. Akıt karşılıklı rıza ile geçerli olduğundan, taksim de ancak karşılıklı rıza ile geçerli olur.¹⁹⁸ Müşterek mâliklerin kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun "rızâi akde vefa" kuralının yanında "iyi niyet kuralının" da bir gereği olduğunu savunmuşlardır. Bazılarına göre de bu tür müşterek arazilerde rızâi taksim geçerli değildir. Çünkü rıza sübjektif bir durum olduğundan onun varlığını bildiren objektif kriterlere de ihtiyaç bulunur.¹⁹⁹ Esasen bu yorumların amacı, mâliklerin, fiili ve eylemli kullanım alanları oluşmuş haklarının korunmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Klasik eserlerde mâlikler arasında müşterek olan bir arazi kendi aralarında taksim olunur ve her kısmında "bina yapılır, ağaç dikilir ve bu vech ile arsadan kablel kısma maksud olan menfaat baki olursa bu arsa hükmene taksim olunduğu"²⁰⁰ yönünde ibareler bulunmaktadır. Buradaki taksimin rızâen olduğu anlaşılmaktadır. Buradan anlaşılacak odur ki, müşterek arazinin taraflar arasında fiili kullanım biçimi oluşmuş ve her bir paydaş aynı sınırlar dâhilinde satın almış veya satılmış olan müşterek arazinin uzun süre bu şekilde eylemli kullanım biçimi oluşmuşsa artık burada zımnen bir rızanın varlığı söz konusu olduğundan bu müşterek arazinin hâkim tarafından aynen taksim edilmesi gerekmektedir. Zira Yargıtay içtihatlarında fiili ve eylemli taksimde *hak düşürücü süre on yıl* olarak tak-

¹⁹⁸Erdebîlî, Yusuf, el-Envâr li Âmâlî'l Ebrâr, II, Mısır trs, s. 508; Oğuzman-Şireci, 330.

¹⁹⁹Serahsî, XV, s. 2; İbn Âbidin, VI, s. 270.

²⁰⁰Feteva'l-Hindiyye, VI, s. 143-149; Meydânî, IV, s. 99; Bilmen, VII, s. 147.

dir edilmiştir.²⁰¹ Müşterek arazilerin ekserisi, günümüzde fiili kullanım biçimi oluşturulmuş olsa da bu konuda yeni düzenlemeler yapılmadığından da pek çok sıkıntı ve problemlerle karşılaşılmaktadır.

Sonuçta müşterek arazide fiili ve eylemli taksim yapıp bu şekilde uzun süre kullanılan arazilerin aynen taksimi yapılması hususunda genel bir örf ve teamül oluşmuş olup zamanla bu fiili kullanımın üzerinden on yıl geçmesinin hak düşürücü süre kabul edilip bu zaman zarfında taksim istemeyen paydaşların kendi kullanım biçimlerini kabul ettikleri anlamını taşıdığından bu tür müşterek arazilerin rızaen taksim kabul edilip hükmen ve aynen taksimi için hâkimin kararı beklenmektedir. Yargıtay'ın bu şekildeki içtihat kararlarının bulunması pratikte pek çok problemin çözümüne de katkı sağladığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

İslâm fıkıh doktrininde mülkiyetin konusu, genellikle *ayni* veya *menfaat* mülkiyeti olmak üzere iki kısma ayrılır. Bu mülkiyetler, aynı kişilere ait olabileceği gibi farklı kişilere de ait olabilirler. Mülkiyetin aynına sahip olan kişilere *ayni mâlik*, menfaatine sahip olan kişilere de *menfaat mâliki* denir. Menfaatin akde konu olmama niteliği bulunmakla birlikte; hayatın ihtiyaç ve zaruretleri dikkate alındığında hükmen mal kabul edilmiş ve menfaatin satımından değil de devrinden söz edilmiştir. Müşterek bir arazi üzerinde yapı yapma veya ağaç dikme, bu yapıya ve ağaçlara mâlik olma olarak tanımlanan muhdesat (üst) hakkı da menfaat mülkiyeti olarak nitelendirilebilir. Menfaat mülkiyeti hakkı, adeta günümüz hukukundaki *irtifak* haklarına tekabül etmektedir. Müşterek bir arazi üzerinde yapılan bina veya dikilen ağaç mütemmim cüz' sayıldığından yerleşik teâmüle göre ayrı ayrı satıma konu olamayacağı genellikle Ebu Hanife gibi hukukçular tarafından ifade edilmiş ve bu sebeple de Mecelleye de girmemiştir. Ancak Mecelle tadillerinde Hanbelfi ve Mâliki mezhebi hukukçularının görüşleri esas alınarak muhdesat hakkının müstakil olarak satılabileceği belirtilmiştir. Burada önemli olan bağımsız olarak satıma konu olsun veya olmasın muhdesat hakkının bir hak olarak kabul edilmiş olmasıdır. Hatta muhdesat hakkının ihtiyaç veya zaruret sebebiyle istihânen; menfaat mülkiyetinin satıma konu olabileceğinden hareketle Hanefi mezhebinde de muhdesat hakkının müstakil olarak

²⁰¹Taf. bkz. Y6.HD 12.10.1993 E. 1993/9652 K. 1993/10076; BK.146; MK, 712.

satımına da bir yol bulunabilir. Birçok açıdan muhdesat hakkına benzenen miri arazi sistemi ile arazinin aynı bâki kalmakla birlikte muhdesat gelirinin vakfı bunun en güzel örneğini teşkil etmektedir. Ancak günümüzde buna ihtiyaç duyulmadığı için böyle bir yola başvurulmamış olabilir. Neticede muhdesat hakkı, İslâm hukukunun ruhuna aykırı düşmektedir.

Müşterek mülkiyetin aynî taksiminde öncelikle; müşterek mülkiyet *mâliklerinin ve hisselerinin* tespitinin yapılması, müşterek arazinin tapu kayıtları ile arazinin zeminindeki *yüzölçümünün* uygunluğu kontrol edilmesi gerekir. Tapu kayıtlarının zemine uyumsuzluğu halinde ise, müşterek arazinin *yüzölçümü düzenlemesi* yapılması gerekmektedir. Müşterek mülkiyetin menfaat (üst) hakkının taksiminde ise, müşterek arazi *mâliklerinin tasarruf ettikleri zemin üzerindeki her bir paydaşın muhdesatlarının aidiyetinin* tespiti yapılmalıdır. Zira müşterek arazinin taksiminde, müşterek mâliklerin hisselerinin *cem veya tefrik* edilmesi durumunda paydaşların muhdesatlarının diğer paydaşlardan birinin mülküne düşmesi kuvvetle muhtemeldir. Taksimde müşterek mâliklerin muhdesatları, kendi emekleri olup arazi müşterekken bu arazinin bütün cüzlerine hak sahibi olduğu gibi arazi taksim edildikten sonra da paydaşların muhdesatmâliklerinin bu üst haklarının da baki kaldığı anlaşılmaktadır. Keza bu durum, müşterek mâliklerin her birinin hisselerini, bir başka paydaşa veya üçüncü kimselere satması halinde de söz konusudur.

Müşterek mülkiyette muhdesat (üst) hakkı önceden tespit edilmezse arazinin mütemmim bir cüz'ü görülerek yapılacak *cem veya tefrik* durumunda paydaşların muhdesatlarının birbirinin tapuları içerisinde olması ihtimali daha ciddi problemler doğurabilir. Hattı zatında müşterek arazinin taksiminde tarafların hukukunun korunması esasken; bu şekilde bir taksim, tarafları daha derin husumete sürükleyebilir. Müşterek mülkiyette muhdesat, arazinin mütemmim cüz'ü sayılarak bedelinin muhdesatın aidiyetine ödenmemesi, müşterek arazilerde önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Üst araziye ait olur yerleşik kuralı bugün dahi pek çok hukuk sisteminde katı bir şekilde uygulanmaktadır. Öyle ki müşterek mâlikler, ayrı hakları arazi üzerinde bâki kalmakla birlikte kendi aralarında yaptıkları rızai taksim neticesinde müşterek arazi üzerinde bina veya ağaç gibi üst kurmuşlardır. Kurmuş oldukları bu üst tasarrufları kendi emeklerinin mahsulüdür. Bu durumda paydaşların bina veya ağaç gibi üst muhdesatları, her ne kadar arazinin mü-

temmim cüz'ü telakki edilmişse de bu kuralın istisnası konumunda olması gerekmektedir. Bu durum, hem müşterek araziyi kullanma hakkına dayanmakta hem de paydaşlar arasında rızâî taksiminin hukukî bir sonucudur. Nitekim son zamanlarda sözleşmeye dayanan ve kurumsal bir nitelik kazanan üst hakkı, bu genel kuralın da bir istisnası durumundadır.

Müşterek mülkiyette taksim, ya **aynen** ya **muhâyee** ya da **satış** yolu ile gerçekleştirilir. Müşterek mülkiyet, kıymetinde önemli bir noksan arız olmaksızın *taksimi kabil* ise hâkim **aynen** taksimine, *aynen taksimi kabil olmazsa* müşterek mâlikler arasında **muhâyee** yapılarak menfaatin taksimine karar verir. *Bu anlamda müşterek arazinin satımına gidilmez. Müşterek arazilerde genel kural budur.* Bu muhâyee sistemi ciddi bir tarım politikasına da imkân sunmaktadır. Müşterek mülkiyetin taksiminde hâkim, gerekirse *ivaz* ilave ederek paylar arasında denklik sağlar. Şayet müşterek arazi ne **aynen** ne de **muhâyee** yoluyla taksim edilemiyorsa *tarafların rızası şartıyla ihtiyaç ve zaruret dolayısıyla istihsânen* öncelikle paydaşlar arasında daha sonra umum arasında açık artırma yolu ile satışına gidilebilir. Müşterek arazinin satış yolu ile ortaklığın giderilmesi durumunda ise muhdesatların aidiyetinin tespiti yapılarak muhdesat bedelinin muhdesatın sahibine ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde *sebepsiz zenginleşme ve haksız iktisap* söz konusu olabilir. Bu durum, muhdesat mâlikinin hakkı olup *mülkiyete ve emeğe* saygının bir gereğidir. Sonuçta taksim; hisseli mülkiyetin sona erdirilmesi ve paydaşlardan her birinin kendi hissesinde bağımsız olarak dilediği şekilde istifade etmesi amacına yönelik hukukî bir işlemdir. Taksim edilecek müşterek arazi veya muhdesatın parçaları arasındaki kıymet farklılığı varsa *denkleştirme yoluna* gidilmesi kaçınılmazdır. Denkleştirme mümkün olabildiğince müşterek malın kendi cinsinden yapılmalıdır. Ancak bu mümkün değilse kıymet takdir edilerek para ile denkleştirme yoluna gidilebilir. Zira müşterek mülkiyette muhdesatların taksimi *kıymet* takdiri iledir.

Müşterek arazinin paydaşları aralarında, uzun süre nizasız ve fasilasız devam eden fiili kullanma sonucu teessüs etmiş bulunan rızâî taksimin varlığı, zımnî bir anlaşma kabul edilmeli ve hukuken de aynen taksimine karar verilmelidir. Günümüzde bazı hukuk daireleri hak düşürücü bu sürenin on yıl olduğuna içtihat etmişlerdir. Bu durum, karşılıklı rızâî taksimle fiili kullanım biçimi oluşmuş müşterek arazinin, istisnalar

saklı kalmak kaydıyla, taksimatta hisselerin birleştirilmesi kuralına uygun düşmediği de bir gerçektir.

KAYNAKÇA

AKGÜNDÜZ, Ahmet. *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbika-tında Vakıf Müessesesi*, İstanbul 1996.

AKİPEK, J. G. *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.

AKTAN, Hamza, "Kısmet Md", *DİA*, XXV, s. 497-498.

ALİ HAFİF, *el-Milkiyyefi's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Beyrut 1990.

ALİ HAYDAR, *Düreru'l-Hükkâm fî Şerhi Mecelletü'l-Ahkâm*, I-IV, İstanbul 1330.

_____, *Emvâl-i Gayri Menkûle ve Teminât ve İzâle-i Şuyû' Kanunlarının Şerhi*, İstanbul 1925.

_____, *Şerh-i Cedid li Kanûni'l-Arâzî*, İstanbul 1315.

ARSAL, Sadri Maksûdî, *Hukukun Umumî Esasları*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1937.

ATAR, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1979.

ATIF BEY, *Kanunname-i Arazi Şerhi*, İstanbul 1330.

_____, *Mecell-i Ahkâmı Adliye Şerhi*, *Kitabu'l-Buyu'*, İstanbul 1318.

BÂCÜRÎ, İbrahim, *Hâsiyetu'l-Bâcürî alâ İbni'l Kâsım*, Matbaatu Kutubi'l-Arabiyye, Mısır trs.

BEHÛTÎ, Mansur b. Yûnus b. İdris, *Keşşâfu'l-Kinâ an Metni'l-İknâ*, (nşr. Halil Musaylîhî Mustafa), Dâru'l-Fıkr, Buyrut 1982.

BELAZURÎ, *Füthu'l-Buldân*, I, Beyrut 1958.

BERKÎ, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979.

_____, *Hukuk Mantığı ve Tefsir, Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Esaslar*, Güney Matbaacılık, Ankara 1948.

_____, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1955.

BİLMEN, Ömer Nasûhî, *Hukuk İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınları, I-VIII, İstanbul 1985.

BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhal Yayınları, Ankara 1990.

BOZCALI, Ö. L. *Müşterek Mülkiyet ve İştirak Halindeki Mülkiyet Hükümleri*, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1945.

CESSAS, Ebu Bekir Ahmet b. Ali er- Râzî, *Ahkâm'ı-Kur'ân*, (thk. Muhammed Sâdik el-Gamhâvî) Beyrut 1985.

CİN, Halil, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Konya 1987.

CİN, Halil, *Osmanlı Toprak Hukukunda Miri Arazinin Hukukî Rejimi ve Bu Arazinin TMK Karşısındaki Durumu*, auhf.ankara.edu.tr/.../AUHF-1965-1966-22-23-01-04-Cin.pdf

ÇALIŞ, Halit, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, Yediveren Yayınları, Konya 2004.

DÂMAD, Şehzâde Muhammed b. Süleyman, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Multeka-Ebhûr*, II, İstanbul 1910.

DEMİR, Fahri, *İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1988.

DERDİR, Şerhu's-Sağır, Mısır trs.

EBU ZEHRA, Muhammed, *el-Mülkiyye ve Nazariyetü'l-Akdi fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Mısır 1939.

ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar Yayınları, İstanbul 2010.

ERDEBİLİ, Yusuf, *el-Envâr li Âmâli'l-Ebrâr*, II, Mısır trs.

FÎRUZÂBÂDÎ, Meccuddîn Muhâmmed b. Ya'kûb, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, (tahk. Muhâmmed Naim el-Arkasûsî), Beyrut 1993.

FİRMÛZ, Muhammed, *Düreru'l-Hükkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, II, Fazilet Neşriyat, İstanbul 1976.

HACAK, Hasan, "*Mülkiyet Md*", *DİA*, XXXI, s. 546.

_____, "*İrtifak Md*", *DİA*, XXII, s. 460-464.

GÖZÜBENLİ, Beşir, "*Şirket Md*", *DİA*, XXXIX, s. 198.

HACI REŞİT PAŞA, *Ruhu'l-Mecelle*, İstanbul 1328.

HALİS EŞREF, *Külliyat-ı Şerhi Kânuni'l Arazi*, İstanbul 1315.

HEYET, *Feteva'l-Hindiyye*, Beyrut 1980.

HURASÎ, EbûAbdillah Muhammed b. Abdillâh, *Şerhu Muhtasarı Sîydî Halîl*, VII, Daru'lFıkr, Beyrut, trs.

HEYTEMÎ, Şihâbuddîn Ahmet İbnü'l Hacer, *Havâşî Tuhfetü'l Muhtâc Bi-Şerhi'l Mînhâc*, X, İslâmi Kitaplar Nâşırı, Midyat trs.

İBN ABİDİN, Muhammed b. Emin, *Reddü'l Muhtar*, I-VI, İstanbul 1964.

İBN CÜZEY, *el-Kavâninu'l-Fıkhiyye*, Beyrut 1989.

İBN HALDUN, Abdurahman b. Muhammed, **Mukaddime**, II, Beyrut trs.

İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali, **Muhalla**, VI, Beyrut trs.

İBNÜL HÜMAM Kemaleddün Muhammed b. Abdülvahid, **Tekmilet Fethu'l Kadir**, Darul Fikr, Beyrut trs.

İBN KAYYIM, el-Cevziyye, **Hikmetü'l-İbtılâi**, Dâru's-Selâm, Beyrut 1984.

İBN KAYYIM, Muhammed b. Ebu Bekr el- Cevziyye, **İ'lâmü'l-Muvakkûn an Rabbi'l-Âlemîn**, II, Beyrut 1993.

İBN KUDÂME Ebu Muhammed MuvaffakuddinAbdullah, **el-Muğni**, Beyrut 1992.

İBN MANZUR, CemâlüddinMuhâmmmed b. Mükerrerem, **Lisânü'l-Arab**, XIV, Beyrut 1968,

İBN NÜCEYN, Zeynülabidin b. İbrahim el-Mısrî, **el-Bahru'r Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik**, VIII, Mısır 1916.

İBN RÜŞD, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmet, **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid**, Karaman Yayınları, I-II, İstanbul 1985.

İBN TEYMİYE, **Nazariyetü'l Akd**, Medine 1949.

İBN ZENCEVEYH, **Kitabu'l-Emvâlden naklen**, Ali şafak, **İslâm Arazî Hukuku**, İstanbul 1977.

KADRİ PAŞA, **Mürşid'l-Hayran**, Madde 37.

KARAMAN, Hayrettin, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, Nesil Yayınları, İstanbul 1991.

KÂSÂNİ, Alâeddin Ebu Bekir b. Mesud, **Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi**, VII, Kahire 1910.

KULEY, M. Muin, **Toplu Mülkiyet, Müşterek Mülkiyet, İştirak Halindeki Mülkiyet, İzaleiŞûyu**, İstanbul 1959.

KURTUBÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmet b. Ebu Bekr, **el-Câmîu'l -Ahkâmu'l-Kur'ân**, V, Müessesetü'l-Risâle, Beyrut 2006.

KURTUBÎ, Muhammed b. Ahmet b. Reşid, **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1988.

KOŞUM, Adnan, **İslam Hukukunda Taksim**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.

Mecelle Tadilleri Ceride-i Adliye, 1338.

MERĞİNÂNÎ, Ali. Bekr, *el-HidâyeŞerhuBidâyeti'l-Mübtedî*, Fet-hu'l-Kadir ile Birlikte, İstanbul 1986.

MEVSÎLÎ, Abdullah b. Muhâmmmed, *İhtiyâr li Tali'lil-Muhtâr*, II, İstanbul 1990.

MEYDÂNÎ, Abdülğani el-Ğânîmî, *Lübab fi Şerhi'l Kitap*, IV, Der-saadet İstanbul trs.

MOLLA HÛSREV, *Düreru'l Hukkâm fi Şerh-i Ğururi'l Ahkâm*, II, İstanbul 1318.

PAKALIN, M. Zeki, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Söz-lüğü*, II, MEB Yayınları, İstanbul 1993.

REMLÎ, Şemsuddin Muhammed b. Ahmet, *Nihayetü'l-Muhtaç ilâ Şerhi'l Minhâc*, VIII, Beyrut 1984.

SADR, Muhammed Bakır, *İslâm Ekonomi Sistemi*, I, (Ter. Meh-met Keskin-Sadettin Ergin), Rehber Yayınları, Ankara 1993.

SAYMAN, F. H, **ELBİR**, H, K, *Türk Eşya Hukuku*, Ayni Haklar, İstanbul 1958.

VELİDEDEOĞLU, H, Esmey, G, *Gayri Menkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*, İstanbul 1956.

SERAHSÎ, Şemsüddin Muhammed b. Ahmet, *el-Mebcut*, XV, Bey-rut 1978.

SUYUTÎ, Celaledin, *el-Eşbâh ven Nezâir*, Kahire 1959.

SEMERKANDÎ, li'Alâiddin, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, III, Beyrut 539h.

ŞAFAK, Ali, *İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı*, İstanbul 1997.

ŞÂFÎ, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, III, Mısır 1329.

ŞİRÂZÎ, Ebû İshak İbrahim, *Mühezzeb*, II, Matbaatu'l-Bâbî el-Halebî, Mısır trs.

ŞİRBİNÎ Muhammed Hatip, *Muğni'l Muhtaç ilâ Mârifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Beyrut trs.

TAHÂVÎ, Ebi Cafer Ahmet b. Muhammed Sellâme, (thk. Abdullah Nezir Ahmet), *Muhtasar İhtilâfu'l-Ulemâ*, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâm, IV, Beyrut 1997.

TAHİROĞLU, B, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırla-rı*, İstanbul 1981.

TAHTÂVÎ, Haysiyet'-Tahtâvi ale'd- *Dürri'l Muhtâr*, V, Beyrut 1975.

TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1989.

TUNABOYLU, Müslim, Ortaklığın Giderilmesi Davları, Adil Yayınevi, Ankara 1997.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/Oktay, Özdemir, Türk Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2006.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

ZEBİDÎ, MuhâmmedMurtazâ, Tâcu'l-Arûsmin Cevâhiri'l-Kâmûs, VII, "Ksm Md", (tahk. Ali Şeyrî), Beyrut 1994.

ZERKÂ, Mustafa Ahmet, el- Fıkhu'l-İslâmi fi Sevbihi'l-Cedid, el Medhalu' Fikhî'l Âmm, III, Dimeşk 1964.

_____, Medhalu'l -Fikhıyyü'l Âmir, Dâru'l-Fıkr, Dimaşk 1968.

ZEYDAN, Abdülkerim, el-Medhal li Diraseti'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye, Amman 1990.

ZEYLÂÎ, Abdullah b. Yusuf, Tebyinü'l-Hakâk ala Kenzi'l-Dekâik, V, Beyrut trs.

ZÜHAYLÎ, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmiyyü ve Edilletühü, Dâru'l-Fıkr, V, Dimeşk 1989.

ZÜRKÂNÎ, Muhammed b. Abdülbaki b. Yusuf, Şerhu'l Zürkâni al'a Muvatta İmam-ı Mâlik, VI, Beyrut 1990.