

İSLAM HUKUKUNDA İRTİFAK HAKLARININ MAHİYETİ

Dr. Ahmet BİLGİN(*)

GİRİŞ

1. Konu:

Bilindiği gibi, bu çalışmamızda incelemek istediğimiz "İslam Hukuku'nda İrtifak Hakları" konusu, günümüz Eşya Hukukunun mevzuları arasına girmektedir. Bugünkü hukukun sistematiği ile İslam Hukukunun sistematiği birbirinden tamamen farklı olduğundan, elbetteki bu konunun İslam Hukuku ile ilgili eski eserlerde bugünkü hukukçunun aradığı şekilde bulunması oldukça güç olacaktır. Zaten, bu incelemeden güdülen bir amaç da İslam Hukukunun ana kaynak eserlerine inmek suretiyle konuyu günümüz hukukçularının yararlanabileceği şekilde sunmaktır.

Hukukta her sistem bir canlının mekanizması gibi kendine has özelliklere sahiptir. Buna göre, bir sistemde bulunan bir takım özelliklerin diğer birinde bulunmaması doğal karşılanmalıdır. Bu makul düşüncünün gereği diyebiliriz ki, hak mefhumunun tesbiti, tasnifi ve hükümleri gibi konuların Roma Hukuku kaynaklı Batı Hukuk sistemleri ile İslam Hukukunda ele alınışı bir çok yönden farklıdır. İslam Hukuku, hakkı, Allah hakkı-kul hakkı, mülk hakkı-temellük hakkı-intifa hakkı-ihtisas hakkı-Taalluk hakkı biçiminde bir tasnife yer verirken (1) Roma menşeli batı hukuk sistemleri eşyaya bağlı haklar; bağlı olmayan haklar, mutlak haklar-nisbi haklar gibi bir ayrımı yapmışlardır(2).

Bir hukuk sisteminde bulunan tasnif ve ayrımın benzerinin veya sonuçlarının diğer sistemde hiç yer almadığı tarzında düşünmek kesinlikle yanlıştır. Bu sebeble, diyebiliriz ki modern hukukta işlenen mevzuların aynısını veya benzerini değişik ifadelerle veya kending mahsus nüanslarla İslam Hukukunda da müşahede etmek mümkündür. İşte

(*) Devlet Planlama Teşkilâtı.

biz bu incelememizde İslam Hukukundaki irtifak haklarının mahiyetini, bu günkü hukuktaki şeklini ve işlenişini gözönünde bulundurarak ortaya koymaya çalışacağız. İlk önce böyle bir mefhumun var olup olmadığını tesbit etmek, sonra da ilgili hükümlerini incelemek doğal sayılmaktadır.

Söz konusu çalışmada önce hakkın tarifini yapacak, daha sonra irtifak haklarının hangi gruba girdiğini ve bu deyimın İslam Hukukunda var olup olmadığını incileyecek ve nihayet irtifak haklarının özelliklerini, tasnifini, iktisap yollarını ve ilgili diğer hükümleri elden geldiğince mukayeseli olarak ele alacağız.

2. GENEL OLARAK HAK KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

I- HAK KAVRAMI:

Günümüz hukukunun, irade ve menfaat teorileri göz önüne alınarak hak kavramına verdiği tanım, "korunmasını istemek yetkisine sahip olduğumuz, yani kanunen korunabilen menfaat ve maslahattır" şeklindedir(3). Eski hukumuzda ise, hak için verilmiş tariflerin bazıları şunlardır: "Hak, insanların bazı şeylere icra etmeye ve istemeye yetkili olması için şer'an tanınan iktidar" demektir. Bir tanım şekli de "İnsanı tasarruf salahiyetine veya malikiyet vasfına sahip kılan manevi bir kudrettir" biçimindedir. Dikkat edilecek olursa, bu tanım şekilleri muhteva itibarıyla günümüz hukukundakine benzerlik arz etmektedir. Tanımlardaki "şer'i bir iktidar" deyiminden kanunen korunma özelliği çıkarılabilmekte ve "malikiyet vasfı", "tasarruf salahiyeti", "bazı şeyleri icra yetkisi" gibi ifadelerden de günümüz hukukunun verdiği tanımdaki belirtilen korunma menfaat ve maslahat kavramına işaret edildiği anlaşılmaktadır(4).

Batılı ve Doğulu hukuçuların "hak" ile ilgili tariflerini maklettikten sonra bunları eleştiriye tabi tutan son devir İslam Hukuçularından Ahmed ez-Zerka ise, şu tarifi yeğlemiştir: "Hak, Şer'in tesbit ettiği ve bir kimseye has olan yetki ya da yükümlü kılma durumudur. Meselâ, Valinin velayeti altındaki bir kimseye karşı sahip olduğu tasarruf hakkı bir yetkidir. Satıcının müşteriden parayı isteme hakkı da bir yükümlülüktür. Zira, bu hak satıcının yararına müşteri için bir mükellefiyettir"(5). Anılan hukuçu, bu tanımları verdikten sonra kapsamlı oluşunu kanıtlamak için uzun tahliller ortaya koymakta ve diğer tarif şekillerini eleştirmektedir.

Kanaatimizce, yukarıda zikrettiğimiz hakka ilişkin ilk tanımlama şekli daha kapsamlı görülmektedir. Zira bu tarif, modern hukukun öngördüğü hakkın korunma gücüne işaret ettiği gibi, İslam Hukukuyla ilgili klasik eserlerdeki tarifleri yansıtıcı nitelikte olmakla da orijinalitiye yansıtmaktadır.

II- Hakkın Taksimi:

A) Mali Haklar-Gayr-i Mali Haklar:

Ekonomik değer taşıyan, ve Mecellenin tabiriyle "insan tabiatı kendisine meyl edip de ihtiyaç vakti için depolanabilen şeylere" yani mala ait haklara mali haklar denir. Ayn (=eşya) ların, alacakların ve menfaatlerin mülkiyeti gibi haklar bu kategoriye girerler. Gayr-i mali haklar ise, mal (=eşya, menfaatler ve alacaklar) ile alakalı olmayan haklar demektir. Çağdaş hukukta birinciye malvarlığı hakları veya eşyaya bağlı haklar, ikinciye ise şahıs varlığı hakları denilir(6).

Mali haklar da şahsi haklar ve ayni haklar diye iki gruba ayrılır:

a) **Şahsi hak:** Bu hak türü borçlu ve alacaklı olarak ortaya çıkan iki şahıs arasındaki öyle bir alakadır ki, o alaka sebebiyle alacaklı borçludan birşeyin verilmesini, bir işin yapılmasını veya bir davranıştan kaçınılmasını isteyebilir. Bir kısım İslam Hukukçularına göre şahsi hak, İslam Hukukunda çok kullanılan "iltizam" tabiriyle eş anlamlıdır(7). Bizim de taraftar olduğumuz diğer bir kısmın görüşü ise, bunların, aralarındaki benzerliğe rağmen ayrı kavramlar oluşudur(8).

b) **Ayni Hak:** Bu da muayyen ve müşahhas şeyler üzerinde sahibine tam bir hakimiyet yetkisi veren halara denir. Mutlak haklar grubuna giren ayni hakların en bariz örneği mülkiyet hakkıdır(9). Modern hukukta da buna benzer bir tanıma raslamak mümkündür. Örneğin "bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı dermeyer edilebilen haklardır."(10) biçimindeki tanım doktrinde çok taraftar bulmuştur.

Ayni haklar da ikiye ayrılmaktadır: Birincisi, Asli ayni haklardır ki, bunlar konusu olan eşya üzerinde tam bir hakimiyet sağlarlar. Bu grupta en göze çarpan hak mülkiyet hakkıdır. Bazı İslam Hukukçuları irtifak hakları da tam hakimiyet sağlayıcı nitelik taşıyan asli ayni haklardan saymışlardır. Bu hukukçular intifa hakkını irtifak

hakları kapsamında düşünmeyen, onu ayrı olarak mütala eden ve hele sükna hakkından hiç söz etmeyen bilginler grubunun oluştururlar(11). Tali veya diğer bir ifadeyle fer'i aynı haklar ise mülkiyet hakkı kadar tam ve geniş yetki ve hakimiyet sağlanan bir borç ilişkisine bağlı olarak meydana gelir. Alacaklının alacağı karşılığında borçlunun malı üzerinde sahip olduğu rehin hakkı bu kabildendir. Bu izahıtan da anlaşıldığı gibi asli aynı haklar bağımsız, fer'i aynı haklar ise bağımlı olarak karşımıza çıkar. Bugünkü Hukukumuzda ise Aynı haklar,

Mülkiyet hakkı ve mahdut aynı haklar biçiminde ikiye ayrılmakta, İrtifak hakları da sınırlı aynı haklar içinde mütalaa edilmektedir(12).

B) MÜLKİYET HAKKI (TAM MÜLKİYET-NAKİS (=EKSİK) MÜLKİYET AYRIMI)

Aynı hakların en önemlileri mülkiyet hakkı ve irtifak hakları olduğunu gördük. İslam Hukukuna ait eski eserlerde aynı tabirlere rastlamak mümkün olmayabilir. Fakat aynı manayı ifade eden çeşitli tasniflerin mevcut olduğunu söylemek yanlış olmamalıdır. Daha önce de işaret edildiği gibi, İslam Hukuku eserlerinde her müellifin kendine özgü bir tasnif ve konuya yaklaşım tarzı olduğu için bu ayrımın tıpkısını bütün eserlerde bulmak güçtür.

İslâm Hukukunda nazari olarak aynı ve şahsi hak kavramları detaylı bir şekilde ele alınmamışsa da, teretüp eden hükümler arasındake ayrılığa uygulamada riayet edilmiştir. Aynı haklara herkese karşı dermayan edilebilme vasfı tanınmış, şahsi haklar ise sadece borçluya karşı ileri sürülebilir şeklinde anlaşılmıştır. Mısırlı Hukukçu Senhuri Paşanın, "İslam Hukuku aynı ve şahsi haklar ayırımını tam olarak hissetiremez, sadece fakihlerin ayna taalluk eden hak ve taalluk etmeyen haklar diye yaptıkları bazı ayırımları görmek mümkündür ki, bu da tam bir ayırım değildir. Bu ayırımın önemi ile mütenasip bir titizlik gösterilmemiş ve islam Hukukunda bu hususta yerleşmiş bir nazariye vücuda gelmemiştir. Gerçi fakihler Rehin Hakkına öncelik hakkı ve herkese karşı koruma ve dermayan edebilme hakkı tanımışlarsa da..." (13) şeklindeki sözlerine karşılık çağdaş islam hukukçularından Ahmed ez-Zerka şu görüşlere yer vermektedir:

"İslam Hukukçuları şahsi hak ve Aynı hak ayırımı için yerleşik ve bağımsız bir nazariye ortaya koymamışlardır. Bu sonuç diğer hukuk sistemleri ile İslam Hukuk sistemi arasındaki ifade, kavram ve benzerleri gibi farklılıklardan kaynaklanmaktadır. İslam hukuku dışında yer alan ve bilhassa Roma hukuku kaynaklı olan diğer hukuk sistemleri bu

ayırımı üzerine oturtulmuşlardır. İslam Hukuku ise, gözettiği üslup itibarıyla hakların ve borçların kaynaklarını serd etmek ve her kaynağın hüküm ve neticelerini ayrı ayrı açıklamak esasına dayanır. Bu hukuk sisteminin gereği olarak, aynı ve şahsi hak ayırımı ancak araştırmacılar için muhtelif fer'i hükümlerde ve doktrinde değer kazanır. " Büyük hukukçu Ez-Zerka yukarıdaki izahları sergiledikten sonra, iddiasını isbat etmek gayesiyle değişik klasik ve modern İslam Hukuku eserlerinden örnekler vererek konuyu ayrıntılı olarak tahlil etmiştir(14).

Bu kısa açıklamanın ışığında İslam Hukukunda irtifak haklarının da içine sokulabildiği aynı - şahsi haklar ayırımına benzer bazı tasniflere değinelim:

a) Tam Mülkiyet-Nakıs Mülkiyet

İslam Hukukunda mülkiyetin tam mülkiyet ve nakıs mülkiyet diye bir ayırımı tabi tutulduğu bilinmektedir.

Tam mülkiyet, bir şeyin hem kuru mülkiyetine (=rakabesine) ve hem de menfaatine sahip olmaya denir. Bu anlamda ele alınan mülkiyet tam bir aynı hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna mülk-i aynı veya menfaat de denilmektedir. Nakıs mülkiyet ise; bir şeyin sadece rakabesine; yani kuru mülkiyetine veya sadece ondan gelecek yarara, menfaate sahip olmaktır. Bir tarlanın hem rakabesine, hem de menfaatine sahip olan malik onu eker, biçer, mahsulünü kaldırabilir. Başka bir deyimle, herhangi bir şeyin sadece kuru mülkiyetine sahip olan, kimse onun menfaatinden yararlanamaz ve sadece menfaatine sahip olan ise, kuru mülkiyetinde tasarrufta bulunmaz. İrtifak haklarını da içine alan nakıs mülkiyet, mülkiyet hakkının bir çeşidi kabul edilmiş irtifak hakları da fer'i değil, asli aynı haklardan sayılmıştır.

Bundan çıkan sonuca göre, nakıs mülkiyet rakabe mülkiyeti ve menfaat mülkiyeti diye ikiye ayrılır. Menfaat mülkiyeti de şahsi intifa hakkı ve aynı intifa hakkı (günümüzdeki deyimle irtifak hakkı) gibi bir ayırımı konu olur. Öz ifade ile, aynı bir hak olan mülkiyet iki kısımdır: 1) Tam mülkiyet 2) Nakıs mülkiyet.

Nakıs mülkiyet de üç halde ortaya çıkabilir:

1) Bir şeyin kuru mülkiyetine sahip olunması halinde,

2) Bir şey üzerinde şahsi intifa hakkına sahip olunması halinde,

3) İrtifak haklarına sahip olunması halinde,

Son iki halin ortaya çıkardığı duruma menfaat mülkiyeti denir. Böylece irtifak haklarının bu ayırım içindeki yeri belirlenmiş olmaktadır(15).

b) Hakkın Beşli Tasnifi:

İslam Hukukunda irtifak hakkı deyiminin yeni olduğunu savunan bazı hukukçuların iddiasını, Hicretin VIII. yüzyılında yaşamış Hanbeli Hukukçu İbn-i Receb, o dönemde kaleme aldığı El Kavaid adlı eserinde hakları aşağıda sıralandığı gibi beş çeşide ayırmıştır :

1) Mülkiyet hakkı (Hakk-ı Mülk)

2) Hakk-ı temellük; bir şeyin mülkiyetini elde edebilme hakkı (icab yapıldığı takdirde kabul yapacak olan tarafın, bu akiddeki hakkı gibi...),

3) İntifa hakkı; Bugünkü hukukumuzda mülkiyetin kanuni takyitlerinden bazıları da bu hak içerisinde mütalaa edilmektedir.

4) Hakk-ı ihtisas: Yani, bir şeyden faydalanmanın ancak hak sahibine has olması, başkasını kapsamına almaması demektir ki, bazıları irtifak haklarını da bu guruba sokarlar. Çünkü bunlara göre, irtifak hakları hususi olarak bir şeyden yararlanma hakkı olarak tanımlanmaktadırlar. Buna mukabil diğer bir kısmı, bu tip irtifakların, mülkiyetin bir çeşidi olan mülk-i menfaat olduğunu ileri sürerler.

5) Hakk-ı tealluk: Başka bir hakkı yerine getirinceye kadar, bir şeyin o hakka bağlı olarak kalmasını isteme hakkı demektir. Bunun da en güzel örneği rehin hakkıdır(16).

İbn-i Receb'in bu tasnifinde yine bir gurubun içinde zikredilen irtifak haklarını görüyoruz. İbn-i Receb irtifak haklarının mülkiyete konu olacak bir şey mi yani memlûk bir şey mi, yoksa sadece özel bir yararlanma mı olduğu tarzındaki tartışmayı Hicri 3.yüzyılda yaşamış Hanbeli ekolünün kurucusu İbn-i Hanbele kadar götürmektedir (17). Şunun hemen belirtmek gerekir ki, bugünkü hukukun tersine İslam Hukukunda irtifak ve intifa hakları mülk-i menfaatin birer çeşidi olmakla beraber ayrı olarak mütalaa edilmişlerdir (18).

III) SONUÇ

Konumuz olan irtifak hakları, bugünkü hukukumuzda, mutlak-nisbi hak ayırımının mutlak haklar kategorisinde ve bu mutlak hakların da maddi eşya ile ilgili aynı haklar gurubu içerisinde mütaala edilmektedir. Mülkiyet hakkı tam aynı hak kabul edilirken, irtifak hakları sınırlı aynı haklar arsında yer almaktadır(19). İslam Hukukna gelince, çağdaş hukukçular, hakları önce mali-gayr-i mali diye ikiye ayırmakta ve mali hakların iki çeşidi olan şahsi ve aynı haklardan aynı olanları da asli ve tebei (fer'i) gibi bir taksine tabi tutmaktadırlar. Asli aynı haklar, mülkiyetle ilgisi bulunan haklar olup, irtifak hakları da bu grup içinde mütalaa edilmektedir(20). Eski hukukçular ise hakları beşe ayırarak veya daha değişik bir tasnife tabi tutarak irtifak haklarını mülk-i menfaatin veya hakk-ı ihtisasın içinde mütalaa etmektedirler.

Son olarak şunu teberüz ettirelim ki, irtifak hakları, gerek eski hukukumuzda, gerekse bugünkü hukukumuzda önemli bir yer işgal etmekte ve mahiyetinin ve sınırlarının çizilişine göre de değişik hükümler ortaya çıkmaktadır.

1. BÖLÜM

İRTİFAK HAKLARININ TARİFİ, HUKUKİ MAHİYETİ, ÇEŞİTLERİ VE SINIRLANDIRILMASI:

1. Tarifi:

İrtifak kelimesinin Arap dilindeki sözlük anlamı bir şeyden yararlanmak ve beraber olmak demektir. İslam hukukunda bu kelimenin üç harfli olan R-f-k kökünden **merafık** sözcüğü türetilmiş ve deyim olarak kullanılmıştır. Merefik tabiri, İslam hukukuyla ilgili eski eserlerde irtifak hakları karşılığı olarak geçmektedir(21). Zaten, kelimenin Arapça olması ve bugünkü hukukumuzda da aynen kullanılması eski hukukumuzun bu konuyu ele aldığını göstermektedir.

Terim olarak irtifak kelimesi değişik şekillerde tarif edilmektedir.

A) Bugünkü Hukukumuzda : İrtifak, bir eşya üzerinde hak sahibine o eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan bir ayni haktır. Aynı hak olarak herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir etkiye sahiptir. Medeni kanunumuz, irtifak hakkının bir şahıs lehine kurulabilmesini öngördüğü gibi, tam bir yararlanma yetkisi veren ve ayrıca yalnızca gayr-i menkul üzerinde değil, menkul, alacak veya herhangi bir mal varlığı üzerinde de kurulabilen intifa hakkını da irtifak kavramı içine almış; böylece Medeni Kanunumuzda irtifak kavramı genişletilmiştir(22).

B) İslam Hukukunda: Daha önce de belirttiğimiz gibi, İslam Hukukuyla ilgili eserlerde, irtifak haklarına tekabül eden "merafık" tabiri kullanılmış ve bilhassa Hanbeli mezhebi ile alakalı fıkıh kitaplarında bu konu çok geniş bir incelemeye tabi tutulmuştur(23). İslam Hukuku eserlerinin az bir kısmında da irtifak deyiminin aynen geçtiğini hatırlatmakta yarar vardır.

Şimdi terim olarak ne manaya geldiğini görelim : İrtifak hakları deyince akla mülk-i menfaat gelir. İrtifak hakları giriş bölümünde de değinildiği gibi mülk-i menfaatin bir çeşididir. Menfaat mülkiyeti bir gayr-i menkulü ilgilendiriyorsa ona irtifak hakları demiştik. Menfaat mülkiyetinin bir çeşidi olan irtifak hakları, İslam Hukukunu Mecelle sistematiğine benzer bir biçimde derleyen Büyük Hukukçu Kadri Paşa tarafından şöyle tanımlanmaktadır: "Bir gayr-i menkul üzerinde, başka bir şahsa ait diğer bir gayr-i menkulün lehine ve menfaatine olarak, Tesis ve tesbit olunan bir hak veya bir külfettir." (24) Bu hak

(=yetki) bir gayr-i menkul üzerinden geçme yetkisi veriyorsa buna hakk-ı mürur (= geçit irtifakı), şayet bir gayr-i menkuldeki kaynaktan su alıp başka bir gayr-i menkulü sulama yetkisi veriyorsa hakk-ı şirb (= kaynak irtifakı), suyu sadece içme ve kullanma için alabilme yetkisi veriyorsa, hakk-ı şefe (=su olma irtifakı), bir gayr-i menkulde inşaat yapma hakkı ise (= inşaat hakkı) adını alır. Bir de fazla ve artık suların başkasının gayr-i menkulünden akması yetkisini veren hakk-ı mesil (akma ve Akıntı irtifakı) ile komşunun, diğer komşularına fahiş bir zarar vermektan kaçınması mecburiyetenı doğuran hakk-ı civar (=komşuluk hakkı) vardır(25).

İslam Hukukuyla ilgili bazı eserlerde, irtifak haklarına hukuk-u mücerrede adı da verildiğini görüyoruz. Bu tabirin anlamının, ne Medeni Hukukumuzdaki mücerredlik ilkesi ile (26), ne de Ticaret Hukukundaki mücerredlik kavramıyla (27) ilgisi tam olarak vardır. Bunun manasını Mecelle şarihi Atıf Bey, "Hakk-ı Mürur hukuk-u mücerrede kabilindedir. Yani mülkün rakabesi (= kuru mülkiyeti) hakk-ı mürur sahibinin olmayıp başkasının mülküdür. Hakk-ı mürur sahibinin yalnız oradan geçmek hakkı vardır." (28) Tarzında açıklamıştır.

Bu deymi tercih eden hukukçular, irtifak haklarını kuru mülkiyetten tecrid edilmiş yararlanma hakkı olarak gördüklerinden, mülkiyete konu olabileceğini kabul etmemektedir. Hatta, anılan hukukçular irtifak haklarını mülkiyete konu olanabilir kabul ederek mülk-i menfaat kavramı içinde mütalan eden diğer hukukçulara şiddetle karşı çıkmaktadırlar. Esasen mücerred kelimesi de etimolojik anlamıyla bunu ifade etmektedir.

İslam Hukukunda kamu malları niteliği taşıyan ve herkesin faydalanabildiği yerler anlamına gelen Araziy-i Mürfika veya sadece ırfak tabiri de bu kökten gelmiştir. İrfak tabirinin bu manaya geldiğini en eski fıkıh eserlerinde bile görmek mümkündür(29).

C) Terminoloji: Çağdaş İslam Hukukçularından Prof. Dr. Abdülkerim Zeydan'ın irtifak hakları tabiriyle ilgili olarak bize göre ilginç sayılan şu açıklamasını buraya almakta konunun tahlili açısından yararlı görülmektedir :

"Mülk-i menfaatin çeşitleri olan geçit hakkı, kaynak hakkı, yol hakkı gibi hakların irtifak hakları diye adlandırılması, "Mürşid'ül-Hayran" adlı müdevven Mecelle tipindeki eserin müellifi merhum Kadri Paşanın ilk defa ortaya attığı ve tatbik ettiği bir isimlendirmedir. Kadri Paşa bu hakları "bir gayr-i menkul üzerinde, sahibi başka birisi olan diğer bir gayr-i menkul lehine ve yararına tesis edilen bir hak

ve külfet" şeklinde tanımlamıştır. İyice incelendiğinde, bu tarifin, komşuluk hakkı, kat irtifakı ve benzeri hakları kapsamadığı görülür. Oysaki, fıkıh bilginleri bu saydığımız hakları da bir ayndan yararlanma hakkı olarak görürler ve irtifak hakları gurubunda zikrederler" (30).

Daha önce de değindiğimiz gibi bugünkü hukukumuzda da irtifak hakları, "Bir gayr-i menkul üzerinde kullanma ve faydalanma gibi bir hakka diğer gayr-i menkulün veya bunun maliki bulunan şahsın iştirakini tazammun eden aynı bir haktır" (31) biçiminde Kadri Paşa'nınokine yakın bir şekilde tanımlanmış, ama bunun yanında intifa hakkı, üst hakkı ve benzeri birçok haklar da bu başlık altında işlenmek suretiyle irtifak haklarının kapsamı geniş tutulmuştur(32).

İslam Hukukçuları ise, konuya değişik yaklaşarak mülk-i menfaati ikiye ayırıp yararlanan şahsa ait olan mülk-i menfaate şahsi intifa hakkı veya mülk-i menfaat, gayr-i menkule (=ayn olan şeye) bağlı yararlanma haklarına ise aynı intifa hakkı veya irtifak hakları demişlerdir(33). Ancak, İslam Hukukçuları bugünkü hukukumuzda gayr-i menkul mülkiyetinin özel hukuk tazyitleri diye deyimlenen bazı hukuki sınırlamaları (34) (hatta şüf'a hakkını bile), irtifak hakları kapsamında mütalaa etmişlerdir(35). Bununla birlikte, bir kısım hukukçular irtifakların gerçek anlamda sadece mülkiyetin kanuni tazyidlerinden ibaret olduğunu iddia edecek kadar ileri gitmişlerdir(36).

Özet olarak, İslam Hukukunda irtifak hakları veya aynı intifa hakkı ya da merafık denilen haklar, bugünkü hukukumuzdaki irtifak haklarının muhtevasından bazı yönlerden ayrılmakta (intifa hakkını ve komşuluk münasebetlerini bu guruba sokmakta olduğu gibi), bazı yönlerden ise tamamen intibak etmektedir. Eskilerin "ıstılahda meşahat yoktur " tabirinden de anlaşıldığı gibi, önemli olan terim değil, konuların muhteva itibariyle işlenip işlenmediğidir.

II- Hukuki Mahiyeti:

A) Bugünkü Hukukumuzda:

İrtifak hakları, diğer sınırlı aynı haklar gibi eşya üzerinde kısmi bir hakimiyet sağlarlar. Bu hakların muhtevası, mülkiyet hakkının muhtevasındaki yetkilerin bir kısmından oluştuğundan, hukuki nitelikleri kaynak mülkiyet hakkının aynıdır. Yani irtifak hakları mülk edinilebilir haklardır, başkasına karşı dermeyeran edilebilir niteliktedirler(37).

B) İslam Hukukunda :

İrtifak hakkı İslam Hukukçularının büyük çoğunluğuna göre mülk-i menfaat kabilindedir. Diğer bir ifade ile, bunlar eksik mülkiyet dediğimiz bir mülkiyet çeşidini oluşturur ve bu nedenle mülk edinilebilirler. Bu öyle bir menfaat ki, iki gayr-i menkulü ilgilendirir ve devamlı olarak onlara tabidir. Bu iki taşınmazın mülkiyeti kime intikal ederse etsin, durum değişmez. Diğer yandan, söz konusu menfaat varlığını sürdürmek için mülkiyet hakkına ihtiyaç duymamakta ve gayr-i menkullerden ayrı olarak mülkiyete konu olabilmektedir. ayrıca, sahibi vazgeçmedikçe veya meşru bir yolla sona ermedikçe gayr-i menkulün başkasına intikali ona tesir etmez. Zaten, bu hakların aynı hak diye nitelendirilmesi bundan ileri gelmektedir(38).

Bir kısım İslam Hukukçuları ise, irtifak haklarının, mülk edinilebilir ve mülkiyete konu olabilir niteliğinden yoksun olduğunu ileri sürerler. Bu haklar onların tabiriyle sadece bir ihtisas hakkını oluşturular. Bu konuda yararlı bilgiler sergilemiş olan ünlü Hanbeli Hukukçu İbn-i Receb, "İhtisas hakkı; birşeyden sadece malikin veya diğer bir hak sahibinin yararlanabilmesi ve başkasının ondan yararlanamaması demektir. Bu hakların ivazlı akitlere mevzubahis olması, mesela bunların alınıp satılması caiz değildir. İrtifak hakları da ihtisas hakkı gurubuna girer; ancak, bunların mülkiyete konu olup olmaması fıkıh bilginleri arasında tartışmalıdır. İbn-i Akil gibi bir kısım Hanbeli hukukçularına göre haklar mülkiyet sözkonusu olmaksızın sadece bir şeyden özel olarak yararlanma hakkından ibaretler. Diğer bazı hukukçulara göre ise, bunlar mülkiyete konu olabilir haklardır. İbn-i Kudame, Hıraki ve bazı Hanbeli Hukukçular da bu görüşü benimsemişlerdir" demektedir(39).

İrtifak haklarının mülkiyete konu olmayan mücerred haklar kategorisine girdiğini Hanefiler de kabul etmekte ve fakat hükümleri itibarıyla mülkiyete konu olabilir diyenlere yaklaşmışlardır. Nitekim Mecellenin 1227. md.si de bu görüşü aksettirmektedir.

İbn-i Receb'in yaptığı yukarıdaki izahatın ilgi çekici olduğunda şüphe yoktur. Ancak, hemen belirtelim ki, İslam Hukukçularının çoğunluğu ikinci görüşü benimsemişlerdir. Hatta, bugünkü Hukukumuzun da ikinci görüşü benimsediğini görüyoruz. Şu farkla ki, İslam Hukukunda tam mülkiyet ve nakıs mülkiyet ayırımına yer verilirken modern hukukta benzer bir yaklaşımla tam aynı haklar ve sınırlı aynı haklar gibi bir tasnife gidilmiştir(40).

2- İRTİFAK HAKLARININ ÇEŞİTLERİ

A) Bugünkü Hukukumuzda:

Medeni Kanunumuz, irtifak haklarını sınırlı sayıda tayin etmiştir. Bunlar gayr-i menkule ilişkin irtifak hakkı, intifa hakkı, sükna hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifaklar şeklinde sıralanmıştır. Tahdidi olarak belirtilen bunların dışında başka irtifak hakkı kurmak imkanı yoktur. Bununla birlikte, seçilen türdeki irtifakın muhtevasını tayinde kanun geniş ir sözleşme serbestisi tanımıştır. Ayrıca kanuni takyidler sonucu, tarafların anlaşarak irtifak kurmaları mümkündür. Geçit irtifakı kurmak gibi (Hakk-mürur)(41).

B) İslam Hukukunda :

Hanefiler de içinde olmak üzere birçok hukukçuya göre irtifak hakları İslam Hukukunda da sınırlı sayıdadır ki, bunları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür :

- 1- Hakk-ı Şirb = Kaynak İrtifakı
- 2- Hakk-ı Mürur = Geçit irtifakı
- 3- Hakk-ı Mecra = Mecra geçirilmesine katlanma mükellefiyeti
- 4- Hakk-ı Mesil; suların alış tarzına engel olmama mükellefiyeti
- 5- Hakk-ı Teali (Kat İrtifakı)
- 6- Hakk-ı Civar (Komşuluktan doğan hak)

Bu görüşü doğuran hukuki gerekçe hukukçularca şöylece ifade edilmiştir :

Bir gayr-i menkul malikinin, gayr-i menkulü üzerinde başka türlü irtifak hakları tesis etmesi geçerli değildir. Zira, irtifak haklarının tesisi demek tam mülkiyete sınırlayıcı kayıtlar koymak demektir. Tam mülkiyette aslolan ise takyidi kabul etmemesidir. Bu irtifak hakkı zaten istisnai bir durumdur; istisnanın genişletilmesi ise kaideden düşünülemez(42).

Öte yandan, bu görüşün taraftarları her ne kadar irtifak haklarını sınırlı tutmuşlarsa da muhtevalarını oldukça geniş ve serbest bırakmışlardır diyebiliriz. Örneğin, Medeni Hukukçumuzda bir kanuni takyid sayılan, ama İslam Hukukunda bir irtifak hakkı kabul edilen hakk-ı civar (komşuluktan doğan hak), Mecelle'de ve benzeri birçok eserde geniş kapsamlı olarak ele alınmıştır(43). Tekrar belirtmekte yarar vardır ki, irtifak haklarının hukuki mahiyeti konusunda mezkur

fıkıh bilginleri ile bugünkü hukukumuz değişik görüşler serdetseler de, sınırlı olma niteliği meselesinde aynı şeyleri öngörüyorlar denilebilir. Bu görüşten etkilenilerek İslam Hukukunda gayr-i menkule ilişkin irtifakların sadece kanundan doğabileceği, binaenaleyh akdi irtifakların sözkonusu olmadığı iddia edilmektedir. Hatta, daha da ileri gidilerek irtifakların gerçek anlamda sadece mülkiyetin kanuni tazyitlerinden ibaret olduğu ileri sürülmektedir. Kanaatimizce bu görüş isabetsizdir(44).

Başta Maliki ekolüne mensup hukukçular olmak üzere bir grup fakih bilginleri de irtifak haklarının sınırsız olduğunu; diğer bir ifadeyle, irtifak haklarının kanuni olabileceği gibi serbest sözleşme ile de tesis edilebileceğini beyan etmişlerdir. Başka bir deyimle, sözleşme veya tek tarflı irade beyanı ile başka türlü irtifak hakları tesis etmek mümkündür. Mesela, bir şahıs sahibi olduğu gayr-i menkul üzerinde, komşusu olan diğer bir gayr-i menkule bitişik kısmında bina yapma irtifakı tesis edebilir. Veya bir kimse binanın ancak belli bir yüksekliğe kadar çıkabileceğini bir irtifak hakkı olarak tesis edebilir(45).

Bu izahtan çıkan sonuç göstermektedir ki, irtifaklar ister şahsi olsun, ister aynı olsun sınırlı değildir. İslam hukukçularını irtifak konusunda bu farklı görüşlere iten sebep, irtifakın mahiyetinin tayininde değişik hareket noktalarının olması ve bakış açılarının çeşitliliğidir(46).

İrtifak haklarının sınırlı olmadığı görüşünü benimseyen fıkıh bilginleri, bu konuyu, Fıkıh eserlerinde daha çok akdi irtifakın ele alındığı işlemlerdir. "Kitab'us-Sulh" ve "Civar Hakkı" bölümlerinde Örneğin, Hanbeli Hukukçu İbn-i Kudame'nin el-muğni adlı eserinde bu özelliği görmek mümkün iken(47) bir Hanefi fıkıh kitabı olan Bedaiyi' us-Sanayi'de bunu görmek mümkün değildir.

3- İRTİFAK HAKLARININ TASNİFİ

A) Şahsi ve Aynı İrtifaklar:

a) **Günümüz Hukukunda:** Bu hukuk sisteminde irtifak hakları, hak sahibinin tayini açısından iki kısma ayrılır:

1) **Şahsi İrtifaklar:** İrtifak hakkı, ismen ferdileştirilmiş belirli bir kişiye tanınmışsa, bunlara şahsi irtifaklar denir. Bunların zaruri olarak şahsa bağlı hak kabul edilirler. Bu irtifakların başlıcası intifa hakkı ve sükna hakkıdır. Bunlar ne

devredilebilir, ne de mirasçılara geçebilir. Bir de düzensiz şahsi irtifaklar vardır ki, (üst hakkı, kaynak hakkı gibi) bunlar aksi belirtilmedikçe, tıpkı diğerleri gibi aynı hükme tabi olduğu, aksi belirtilirse mirasçılara geçebileceği ve devredilebileceği kabul edilmektedir(48).

2) Eşyaya bağlı irtifaklar ise (geçit hakkı gibi), bunların ancak gayr-i menkul ile birlikte devredilebileceği hükmüne bağlı olduğu belirtilmiştir. Sonra, bunlar ancak bir gayr-i menkul lehine olarak tesis edilebilirler(49).

b) İslam Hukukunda: İslam hukukunda irtifak kavramının içine intifa hakkı ile sükna hakkının girmediğini, belki bu ikisinin, mülk-i menfaatin ayrı bir çeşidini oluşturduğunu daha önce açıklamıştık. O halde, belirttiğimiz o taksim çerçevesinde değerlendirilecek olursa, eksik mülkiyetin bir çeşidi olan mülk-i menfaatin, Şahsi intifa hakkı ile ve Aynı intifa hakkı diye iki kısma ayrıldığını söyleyebiliriz:

1) Şahsi İntifa Hakkı: Bu hak çeşidi sadece yararlanan şahsın zatına mahsustur. İslam Hukuku eserlerinde bu hak ile ilgili tanımlama şöylece özetlenebilir. "Lehine bu hak tesis edilen şahsın, menkul veya gayr-i menkul bir ayndan, kuru mülkiyeti kendisine ait olmasa da aynı halini muhafaza ettiği müddetçe (yani telef olmadıkça) yararlanması veya onu kullanmasıdır"(50). Söz konusu hakkın miras ile intikali Hanefi ekolüne göre mümkün görülmezken diğer üç ekole göre mümkündür. Sükna hakkını kabul eden İslam Hukukçuları, bu hakkı intifa hakkı kapsamında düşünmüş ve bu arada şahsi intifa hakkı olarak mütalaa etmişlerdir(51).

2) Aynı İntifa Hakkı(=İrtifak Hakları): İrtifak haklarına da aynı bağlı intifa hakları adı verildiğini daha önce görmüştük. Bundan kasıt, bugünkü hukukumuzdaki düzensiz şahsi irtifaklar ile eşyaya bağlı irtifaklardır. O halde, İslam Hukuk literatüründe şahsi irtifak ve aynı irtifak(=eşyaya bağlı) ayırımını kısmen de olsa görmek mümkündür. Nitekim, Mecelle'yi şerheden Ali Haydar bu ayırımı ilişkin şu izahatı vermektedir.

"1225. maddede "Birinin arsasından diğer kimsenin" şeklinde ve 1226. maddede de "Bir kimse diğerinin arsasından hakk-ı müruru olmadığı halde" biçiminde zikredilerek hakk-ı mürur şahsa nisbet olunmuştur. 1232. md.de de "Hakk-ı mesil, bir hanenin harice suyu ve seli akmak ve damlamak hakkıdır" tarzındaki ifadeden hakk-ı mesilin kerize nisbet olunmuş olduğu görülüyor"(52). Demek ki, irtifak haklarından hem şahsa nisbet edilerek kurulan şahsi irtifak çeşidi

(hakk-ı mürur gibi), hem de eşyaya nisbet olunarak kurulan eşyaya bağlı irtifak çeşidi mevcuttur.

Meşhur Hukukçu Ali Haydar, bu iki ayırımın hukuki neticelerini de şu şekilde özetlemiştir: "Yani bir kimsenin evinde bir odanın kanalizasyonu olup da adı geçen kanaldan o odanın mesela kirli suyunu akıtmak hakkı varken ev sahibi veya sonradan o evi alan müşterisi geçmişten beri süregelen akma hakkını kaldıramazlar. Ancak, bu sözü edilen akıntıya müsaade hakkının (hakk-ı mesilin) eskiden beri devam etmesi veya sahipleri ayrı olan ev ile odanın meydana gelişi sırasında hakk-ı mesile ortak olunmasının kararlaştırılması, yani kısacası bu hakkın hukuka uygun olarak tesis edilmiş olması şartına bağlıdır(53).

Ali Haydar, daha sonra "Hem oda sahibi odasını, hem de ev sahibi evini ayrı ayrı şahıslara sattıklarında evin alıcısı, o odanın alıcısını dahi geçmişte olduğu gibi, akmaktan men'edemez"(54) demek suretiyle konuyu netleştirmiştir.

c) Sonuç

Bütün bu izahlardan anlaşılmıştır ki, İslam Hukukunda, bugünkü hukukta şahsi irtifak hakkı kabul edilen intifa hakkı ve sükna hakkı irtifak kavramından ayrı olarak ve şahsi intifa hakkı biçiminde mütalaa edilmiştir. Gerek konunun işleniş tarzı ve gerekse terettüp eden hükümler itibariyle İslam Hukuku ile modern hukuk arasında birçok benzerliklerden söz edilebilir. Ayrıca, irtifak hakları diye adlandırılanlar arasında şahsa nisbet edilebilenler olduğu gibi sadece ayna bağlı olanlar da vardır. Bu haklar incelenirken bize göre gözönünde bulundurulacak en önemli ayırım şahsi intifa hakları-ayni intifa hakları(=irtifak hakları) ayırımıdır.

B) Kanuni ve Akdi İrtifaklar:

İslam Hukukunda irtifakların kanuni ve akdi diye taksim edilip edilmemesi, hukukçuların irtifak haklarının mahiyetine ilişkin sahip oldukları bakış açısıyla yakından ilgilidir. İrtifak haklarının sadece kanunda belirtilen sayılı haklardan ibaret olduğunu öne süren bazı hukukçular (en başta Hanefiler), sadece kanuni irtifakların varlığını kabul ederek akdi irtifak kavramına yer vermemektedirler. Ancak, bunlar dahi irtifak haklarının kapsamını oldukça geniş tutmuşlardır. Kanuni irtifak yanlısı hukukçular bu çerçeveye giren hakları aşağıdaki gibi sıralamışlardır:

Hakk-ı şirb = Kaynak hakkı,

Hakk-ı mürur = Geçit hakkı,
Hakk-ı şefe = Su alma hakkı,
Hakk-ı Civar = Komşuluk hakkı,
Hakk-ı Mecra = Mecra hakkı,
Hakk-ı Mesil = Akıntı hakkı,

Şahsi intifa haklarına giren sükna hakkını Hanefi ekolü kabul etmez. Bu ekol, anılan hakla ilgili nassların neshedildiği iddiasını taşırlar(55). Buna karşılık, Şafii ekolünden birçok hukukçu özellikle kadın için belli şartlarla bu hakkın var olduğunu kabul ederler(56).

İrtifak haklarının kanunda sayılan örneklerle sınırlı olmadığını ve bilakis sözleşmeyle de akdi irtifaklar kurulabileceğini kabul eden hukukçular ise, irtifak haklarının, mülkiyet hakkının bir kısım özelliklerini taşımakla mülkiyete konu olabilir haklar olduğunu kabul ederler. Başını Hanbeli hukukçuların çektiği bu görüşün taraftarları, mülkiyetin kazanıldığı yollarla irtifak haklarının da kazanılabileceğini ileri sürerler(57). Yine, bunlar irtifak haklarının sulh akdiyle kurulabileceğini açıklar ve bu tür hakların tesisinden fıkhî eserlerin Kitab'us-Sulh adlı bölümlerinde gereği gibi söz ederler(58).

Sözü edilen iki esas görüşten başka ortaya atılan ilginç bir görüş de İslam Hukukunda gayr-i menkule ilişkin irtifak hakları kavramından söz edilemeyeceği ve bunların sadece mülkiyetin kanuni takyidlerinden ibaret olduğu iddiasıdır. Örneğin, (A) ya ait tarlanın içinden geçen sudan kendisi istifade etmiyor da komşusu (B) gayr-i menkulünün sahibi istifade ediyorsa, burada bir anlamda (A ve B arasında bu konuda anlaşma olmuşsa) hibe akdi teessüs etmiş demektir. Diğer bir ifadeyle A, kendisine ait olan sudan istifade hakkını B'ye hibe etmiştir. Aralarında anlaşma bulunmadığı halde A, suyun kullanılmasına katlanmak mecburiyetinde ise, A'ya ait mülkiyet hakkının takyidinden bahsedilecektir. Şayet A'nın, B'nin suyu kullanmasına katlanması zorunluğu bunların komşu olmasından ileri geliyorsa, o takdirde de komşuluk hakkından doğan bir kanuni takyit karşısındayız demektir.

İslam Hukukunda akdi irtifak türünün yer almadığını savunan hukukçular, akdi irtifak diye nitelendirdiğimiz bazı hakları örf ve teamülün sonucu olarak ortaya çıkan basit bir müsamahanın eseri saymaktadırlar. Şayet bu görüş kabul edilirse, teamül neticesinde müsamaha edilen bir hususa mecburiyet yükletilmesinin izahı oldukça zordur. Dahası, göz yuman kimse her an verdiği müsaadeyi alabilmelidir. Yine, gayr-i menkulün devri halinde yeni malikin aynı hususa müsamaha etmeye mecbur tutulmaması gerekir(59).

C) Takip Edilmesi Gereken Metod:

Şimdiye kadar sergilenen bilgiler ışığında izlenecek bir metodu tesbit etmek gerekirse, aşağıdaki hususları gözönünde bulundurmak gerekir.

Bilindiği üzere, eksik mülkiyetin (=Bir nevi sınırlı aynı haklar) bir çeşidi de mülk-i menfaattir. Bu kavram neredeyse Medeni Kanunumuzdaki irtifak haklarının tamamını karşılamaktadır. Mülk-i Menfaat (=intifa hakkı) da ikiye ayrılır:

1) Şahsi intifa hakkı (=Bugünkü anlamda intifa ve sükna hakları),

2) Aynı intifa hakkı (Bugünkü anlamda intifa ve sükna irtifaklarının dışındaki irtifak hakları). Bunları sayacak olursak; komşuluk hakkı (= hakk-ı civar), geçit hakkı (=hakk-ı Mürur), kaynak hakkı (hakk-ı şirb), su alma hakkı (hakk-ı şefe), akıntıya mücadele hakkı (=hakk-ı mesil) veya hakk-ı mecra, üst veya kat irtifakı (hakk-ı tealli) ve benzeri haklar olarak sıralayabiliriz(60). Bu çalışmamız bir makale sınırlarını aşacağından söz konusu hakları tek tek inceleme imkanı bulamamaktayız. Ancak, bu makalemizden ayrı olarak yapacağımız başka bir çalışmada önce aynı intifa hakkı grubuna giren irtifak haklarını ve sonra da şahsi intifa hakkını incelemek niyetindeyiz.

II. BÖLÜM

İRTİFAK HAKLARININ İKTİSABI VE BU HAKLARLA İLGİLİ HÜKÜMLER

I - İrtifak Haklarının İktisabı

İrtifak haklarının iktisabı, bunları mülkiyete konu olabilecek haklar olarak gören fıkıh bilginlerine göre aynen mülkiyet hakkının iktisabı gibidir. Bugünkü Medeni Kanunumuz da "Hilafına sarahat bulunmadıkça mülkiyet hakkındaki hükümler irtifak hakkının iktisap ve tescilinde dahi caridir" demek suretiyle benzer bir hüküm getirmiştir(61). Ancak, hemen belirtelim ki İslam hukukunda, bu hakların iktisabı için tescil şartı getirilmemiş(62) ve tescilsiz olarak da bu hakların iktisap edilebileceği belirtilmiştir. Öz ifadeyle, İslam Hukukunda genel kural rızaya bağlı olmak kaydıyla menkul ve gayrimenkullere ilişkin yapılan akitlerin geçerliliği için tescil şartı öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bütün akitlerin yazı ile kayıt altına alınması tavsiye edilmiştir. Nitekim, Kur'an-ı Kerim Bakara suresinin 283. ayeti de bunu tasrih etmektedir.

İrtifak haklarının iktisap yolları aslen ve tesisen olmak üzere iki türdür:

A) Aslen İktisap:

a) Kanun Gereği Zounlu İktisap: (Kamu ortaklığı Gereği İktisap)

İrtifak hakları arasında bazıları vardır ki (hatta hanefilere göre birçoğu), bunlara kanuni irtifaklar adı da verilmiştir(63). Bu iktisap türünü mülkiyetin kanuni takyidi olarak niteleyenler vardır. Ancak, çağdaş İslam hukukçularından Prof.Dr.Abdülkerim ZEYDAN, buna "kamu ortaklığıyla irtifak iktisabı" adını vermiş ve aşağıda değineceğimiz konuya ilişkin düşüncesinden de haklı olduğu görülmüştür. Senhuri paşa ise, "İrtifak haklarının kaynak hakkı, Meca hakları, Geçit hakkı, kat irtifakı ve komşuluk hakkından ibaret olduğunu belirttik. Bütün bunlar yararlanan gayr-i menkule tabi olup onunla beraber intikal ederler. Bu sebeple bunların iktisabı da yararlanan gayr-i menkulün mülkiyetinin iktisap yollarıyla olur. Yani mülkiyeti iktisap sebepleri, aynı zamanda irtifak haklarında iktisap sebepleridir"(64) diyerek irtifak haklarının, mülkiyetin iktisap yolları olan aslen, devren ve tesisen iktisap edeceklerine işaret eder. Senhuri paşa, mülkiyetin iktisap şekillerini 1) sözleşme(alım satım ve hibe gibi), 2) tek taraflı irade beyanı (vasiyet gibi), 3) Miras, 4) İstila (işgal), 5) Şuf'a olarak açıkladıktan sonra irtifak

haklarının da izin, akit, vasiyet ve zaman aşımı ile kazanılabileceğini belirtir.

Ayrıca kat ittifakının satınalma ve komşuluk hakkınında kanuni zaruret ile kazanılacağını kaydeder(65).

Prof.Dr.ZEYDAN da "Bu itisab sebeplerinden kasdımız kamu yararına tahsis edilmiş gayr-i menkullerin menfaatlerinde kamunun ortak olmasıdır (büyük nehirler, umumi yollar gibi). Bu ve benzer gayr-ı menkuller üzerinde, bunlara bitişik tüm gayr-ı menkullerin irtifak hakkı terettüp eder. Mesela, umumi yol üzerindeki bir evin geçit irtifakı kanunun sağladığı bir hak olarak mevcuttur. Yine, kamu malı olan bir nehrin yanında yer alan bir ziraat arazisinin "kaynak irtifakı'ndan söz etmeliyiz. Aynı şekilde, kamuya ait kanalizasyona bitişik bir arazinin oradan suyunu akıtma hakkı yani hakk-ı mesili bulunmaktadır. Bu hakların doğuşu, kamu yararına tahsis edilen gayr-ı menkullerden yararlanmanın insanlar arasında ortak olmasından, yani kamu ortaklığından kaynaklanmaktadır"(66)diyerek konuya daha gerçekçi bir boyut getirmiştir. ZEYDAN'ın açıkladığı bu sebebe bugünkü hukukumuzdaki istimlaki de sokabiliriz. Hatta, mülkiyetin kanuni takyidi olan komşuluk münasebetlerini (hakk-ı civar) de bu kapsamda düşünmek mümkündür.

Mecelle'de "herkes havadan ve ziyadan yararlandığı gibi denizlerden ve büyük göllerden dahi yararlanabilir"(67) demekle aslen iktisabın bu çeşidini vurgulamaktadır. Ali HAYDAR," Memluk olmayan nehirlerden herkesin hakk-ı şirbi (=kaynak irtifakı) ve hakk-ı şefesi (=suyu-kullanma irtifakı) vardır. Yani, herkes arazisini sulayabilir ve arazisini sulamak ve değerli inşaat etmek üzere cetvel ve ark açabilir. Fakat başkasına zararı olmamak şarttır. Zira mübah ile intifa ancak hiç kimseye zararlı olmadığı takdirde caiz olur."(68) şeklindeki açıklamasıyla konuya açıklık getirmiştir. Bütün bunlar gösteriyor ki, irtifak haklarının bir iktisap yolu da işgal veya istiladır. İşgalin ise "bir kimsenin, maliki bulunmayan bir şeyde malik olmak arzusuyla zilyedliğini tesis etmesidir" şeklinde tanımlandığını biliyoruz.

Sonuç olarak, kanuni hükümler bazan maliki, mülkiyete ait bazı yetkileri kullanmama veya başkasının kullanmasına müsaade etme yükümlülüğünü altına sokar. Örneğin, bir gayr-ı menkul sahibinin, komşusu olan gayr-ı menkula fahiş bir zarar vermemesini öngörür. Buna bazıları (bugünkü hukukta olduğu gibi) kanuni takyitler dese de, irtifak hakkı olarak kabul edenler de (islam hukukunda olduğu gibi)

olmuştur. Komşuluk hakkı, buna en güzel misaldir(69). Bazende kanun bir kısım gayr-i menkullerden herkesin faydalanmasına müsaade eder veya mübah olan şeylerde, kanun çerçevesinde herkese irtifak hakkı sağlayabilir.

b) Zamanaşımı:

Zamanaşımı(=kıdem, tekadüm) ile bir irtifak hakkının kazanılması da aslen iktisap yollarındandır. Medeni Kanunumuz da bu yolla irtifak elde edilebileceğini 704. md. sinde mülkiyet iktisabına atıf yaparak açıklamaktadır(70). İslam hukukunda da irtifak hakları zamanaşımı ile iktisab edilir. Yani, bu hakkın doğuş sebebi bilinmeden, eski zamandan beri (bu hususta kesin yıl tayini yoktur) bir gayr-ı menkul lehine diğer bir gayr-ı menkul üzerinde bir irtifak hakkı mevcutsa, zahir hal şahadet eder ki bu hak, bizce meçhul olsa da, meşru bir sebepten doğmuştur; kıdemine bakarak o hakkın devamına hükmetmek mecburiyetendeyiz(71).

Mecellenin 1224. md.sinde geçen şu ifade de söylediklerimizi desteklemektedir: "Hak-ı mürurda ve hak-ı mecrada ve hak-ı mesilde kıdeme itibar olunur. Eğer kadim olan şey aslında şer'a muvafık olarak tesis olunmuş ise..." Yani, bu tip irtifak haklarının kadim olduğu sabit olursa bunlar eskiden beri olageldikleri durum üzerine bırakılırlar. Zira Mec. 6.m. gereği "kadim olan şey hali üzere ibka olunur." Çünkü, kadim birşeyin başlangıçta tesisi zulmen ve haksız olarak değil, meşru bir yolla olduğuna hükmedilir ve bunların kıdemi sabit olursa artık ilga edilemez. Ama kıdemi sabit olmayınca isbat edilmesi gerekli hale gelir. Böylece, eskidenberi mevcut olan bu tip hakların kıdeminin hilafına delil ve şahit olmadıkça var olan bu haklar değiştirilemez(72).

Diğer yandan, birinin arsasından diğer kimsenin geçit irtifakı olursa, arsa sahibi irtifak sahibini geçmekten men'edemez(73). Zira hiç kimse kendi mülkünde tasarrufdan engellenemez. İrtifak hakkı sahibi de mülkü gibi kabul edilen irtifaktan her zaman yararlanabilecektir(74).

Şurası da unutulmamalıdır ki, İslam Hukukunda, zamanaşımı (=kıdem, tekadüm) bizzat hakkın doğumu için kesin bir sebep olmayıp sadece bir hakkın sübutuna emare teşkile eder. Ancak, başlangıçta bu tip haklar bir akitle veya kadim gayri menkulün sahibinin izniyle teessüs eder ve aradan uzun sürenin geçmesi sebebiyle o hakkın doğuş sebebi unutulur; fakat neticesi olan hak, başlangıcı bilinmediği halde devam eder. İşte bu hak, aslında yine meşru bir sebebe binaen tesis

etmiş olduğu düşüncesiyle yerleşmiş ve kıdem kesbetmiş olduğundan kadim olan şey olduğu hal üzere muhafaza edilir. Çünkü onun kuruluş sebebi meşru varsayılmaktadır. Ama doğuş ve kuruluş sebebinin batıl olduğu sonradan isbat edilirse o hak da ortadan kalkar. Şu halde zaman aşımı ile sabit olan bir irtifak hakkının devamı, sebebin sıhhatine ve meşruluğuna bağlıdır; sebep meşru ise, hak devam eder. sebep gayri-meşru ise hak da sakıt olur(75).

B) Te'sisen İktisap:

İrtifak hakları, eskiden olmadığı halde, (A) gayr-ı menkulü üzerinde (B) gayr-ı menkulü lehine bir irtifak hakkı kurulmak suretiyle de kazanılabilir. Buna tesisen iktisap denilmektedir :

a) İzin (veya ibahe):

Bundan kasıt, bir gayri menkul sahibinin, başka bir gayr-ı menkul sahibine herhangi bir irtifak hakkından yararlanması için müsaade verilmesidir (77). Bu şekilde elde edilen irtifak hakları, mücerret bir hak niteliğinde olduğundan bunların devamı iznin devamına bağlıdır. İzni geri almak her zaman mümkündür ve her halükârda izin verenin ölümüyle sona erer(78).

Mecelle, izin yerine ibaha deyimini kullanmıştır. Bu arada, ibaha'nın diğer anlamıyla karıştırılması ihtimaline karşı, Mecelleyi şerh eden Ali Haydar, "Mübihin ibahasından rücuva salahiyeti vardır." (69) şeklinde bir izah getirmiştir. Çünkü ibahe bir teberrudur; teberru ise teberru yapanı bağlamaz. İbahe, Mecellenin 835. md. sinde, bir şeyi karşılıksız olarak yemek ve kullanmak üzere başkasına izin ve ruhsat vermektir, diye tarif edilmiştir. Ancak, orada verilen örneklerden de 1226 md. de zikredilenden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Evet, buradaki ibaheden maksat, ivazsız olarak kendi malından yararlanmak için başkasına ruhsat vermektir. Binaen aleyh, bir kimse kendi duvarı üzerine kirişleri koymak üzere diğer kimseye izin verdikten sonra o da kirişlerini koysa, bir müddet sonra onları kaldırma yetkisi vardır. Çünkü, izin ve rızaya dayanan bir zararın sürekliliğinden söz edilemez. Diğer bir ifadeyle, kendi rızasıyla bir zarara göğüs geren kimse sürekli olarak o duruma icbar olunamaz. Buna göre, bir kimse başkasının arsasından, geçit hakkı olmadığı halde sırf sahibinin izniyle bir müddet geçtikten sonra, sahibi veya vefat halinde mirasçıları isterlerse onu geçmekten alıkoyabilirler (80).

İzin de üç şekilde verilebilir:

aa) Bizzat bir şeyin sahibi tarafından verilen izin: Bir kimsenin kendi gayr-i menkulü üzerinde, başkasının gayr-i menkulü lehine bir geçit irtifakı veya kaynak irtifakına müsaade etmesi bunun en güzel örneğidir(81).

bb) Umumi izin: Kamu yararına tahsis edilmiş mallardaki irtifaklar genellikle umumi izinle olur. Büyük nehirlerden, köprülerden ve umumi yollardan herkesin yararlanabilmesi gibi. Buna kanundan doğan irtifaklar bölümünde gereği gibi değinmiştik(82).

cc) Şer'i İzin: Hz. Peygamberin hadisine dayanan Mecellenin "Mübah ile herkes intifa edebilir"(83) maddesi bu tür izne işaret etmektedir. Yani, huday-ı nabit ağaçları herkes odun olarak alabilir. Mübah olan şeyi almak ve ihraz etmekten kimse kimseyi engelleyemez (84). Sahipsiz yerlerde biten otları herkes hayvanına yedirebilir. Onlardan istediği kadar alabilir(85). Yine, herkes denizden ve büyük nehirlerden sulama ve su alma hakkına sahiptir (86).

Bütün bu izahlardan anlaşılıyor ki, izin ile tesis edilen haklar, mülkiyete konu olabilecek haklardan çok, Hanefilerin nitelediği gibi mücerred hak kabilinden olan ve her an sahibince geri alınabilen yararlanma haklarıdır. Hemen belirtelim ki, bunların bir kısmı irtifak hakkını oluştururken bir kısmı da şahsi intifa hakkı olarak kırşımıza çıkar(87).

b) Vasiyet:

Tek taraflı irade beyanı olan vasiyet de, irtifak haklarının tesisen iktisap yollarındandır. Buna göre, bir gayr-i menkul sahibinin, bu gayr-i menkulü üzerine, diğer bir gayr-i menkul veya sahibinin eline vasiyet yolu ile bir irtifak hakkı kurması mümkündür. İrtifak hakkının devredilmesine ilişkin vasiyet de geçerlidir ve o zaman devren iktisaptan da söz edilir. Vasiyet sahibinin ölümünden sonra sözkonusu hak terekenin üçte birinden karşılanır. Böylece vasiyet aynen bir akit gibi irtifak hakkının mülkiyetini lehine vasiyet edilene kazandırır(88).

c) Devren İktisap:

Devren iktisap demek, yararlanan gayr-i menkulün el değiştirmesi demektir. Bu da o gayr-i menkulün yapılan bir sözleşme ile başkasına devri anlamına gelir(89). Bu nedenle, irtifak hakkını doğuran

sebeplerden biri de, irtifak devrinin sarahaten veya zımnen yer aldığı bir sözleşmenin akdedilmesidir(90). O halde, bir kimse bir gayr-i menkulünü satsa ve satış sözleşmesinde başka bir gayrimenkul üzerindeki irtifak hakkını da belirtse, satılan gayr-i menkul lehine olan irtifak hakkı da devredilmiş olur. Aynı şekilde yararlanan gayr-i menkul sahibinden irtifak hakkını satın alsa akit ile irtifak hakkı elde edilmiş olur(91). İrtifak haklarının özelliğini gözönüne getirdiğimizde bu hakların devredilip edilemediği ve devri mümkünse nasıl olması gerektiği sorusu akla gelir.

Bu iki sorunun cevaplandırılmasının yararlı olduğu kanaatindeyiz:

1) İrtifak Hakları Devren İktisap Edilebilir mi?

Bir kısım İslam Hukukçularına göre, irtifak hakları mülkiyete konu olmayan, tek başına eşyadan addedilmeyen mücerred haklardır. Başka bir deyişle, bunlar bir şeyden özellikle yararlanma hakkı olup mülkiyete konu olmaksızın sabit olurlar. Öyleyse, bu haklar alınıp satılamaz ve ivazlı akitlere konu olamazlar. İbn-i Akil gibi bazı Hanbeli hukukçular ile Hanefilerin çoğunluğu bu görüştedirler. Ancak, Hanefilerin bu hakları, mahiyetleri itibariyle mücerred haklar olarak değerlendirdiklerinden akitlere konu olmak bakımından İbn-i Akilden daha rijid düşünmektedir(92). Çünkü, anılan hukukçu bazı durumlarda akitlere konu olabilecekleri kabul etmektedir.

İslam Hukukçularının çoğunluğuna göre ise, bu hakların devren iktisabı mülkiyetin devrini sağlayan her türlü akitle mümkün olabilir. Ancak, 2.soru incelenirken değinileceği üzere devir keyfiyeti konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur(93).

2) İrtifak haklarının devri nasıl olur? (Münferiden satılabilir mi?)

Bu konuya, mecellenin ilgili maddesini zikrederek girelim : "Arza tebean hakk-ı mürurun ve hakk-ı şirbin ve hakk-ı mesilin ve kanevata teban suyun beyi caizdir." Yani, yararlanan gayr-i menkule tabi olarak geçit irtifakı, kaynak irtifakı akıntı hakkının ve küng borularıyla kerizlere tabi olarak içindeki suyun satışı geçerlidir(94). Büyük hukukçu Ali Haydar konuyla ilgili olarak özetle şunları söylemektedir : "Bu maddede derpiş edilen iki ihtimal bulunmaktadır. Birincisi, o bizzat yolun kendi yeridir. Yani bir kimse yolun kuru mülkiyetini geçit hakkıyla beraber satmaktadır. İkincisi ise, yol ve geçit hakkının olduğu yerden başka yerlerdir. Mesela, bir kimse diğer bir kimsenin arsasından geçmek hakkı olan bahçesini, geçit hakkıyla beraber birine satması durumunda bu bahçe ile beraber geçit hakkının

da satımı gerçekleşmiş olur. Kısacası, irtifak hakları yararlanan gayr-i menkul ile beraber satılabilmektedir(95).

İrtifak haklarının, yararlanan gayr-i menkul değil de başka bir gayr-i menkul ile beraber veya tek başına satılıp satılamaması konusu ise, incelenmeye değer. Bu günkü hukukumuzda göre, yararlanan gayr-i menkulden ayrı olarak eşyaya bağlı irtifakın devri sözkonusu olamaz(96). İslam Hukukunda ise konu ihtilaflıdır. Konuyu iunceleleyen Mecelle Şarihi Ali Haydar, "Mecellenin 216. maddesinde Arz'a tebean denilmişti. Zira, geçit hakkı müstakil olarak satıldığında bir görüşe göre geçerli değildir. Çünkü bu hak, mücerret haklardandır. Buna göre, 216.maddedeki "tebean" kaydı ihtirazidir. Diğer bir görüşe göre ise, bu hakkın müstakil olarak satılması geçerlidir. Bu görüş bütün Hanefi hukukçular tarafından kabul edilmiş ve geçit hakkı ile kaynak hakkı için semenden hisse ayrılacabileceğini öngören Mecelle'nin 1178. md.sinde de tercih edilmiştir. Bu durumda "tebean" kaydı ihtirazi değildir. Fakat, "Yalnız hakk-ı mürurun, hakk-ı şirbin ve hakk-ı mesilin beyi müftabih olan rivayete göre caiz değildir" diyen Mecellenin 1168. md. sinin, buna aykırılık teşkil ettiğine işaret etmek gerekir. Hakk-ı Mesile gelince bunun tabi olarak satımı geçerli ise de (54. md.ye bkz.) münferiden satımı ittifakla caiz değildir(97).

Muasır İslam Hukukçusu Prof.Dr. Muhammed Ebu Zehra da bu konuda Ali Haydar gibi düşünerek şunları söylemektedir:

"Fakih bilgileri kaynak, yol ve akıntı irtifaklarının rakabesinin (= kuru mülkiyetinin) satılabileceğinde görüş birliğine varmışlardır. Zira, kaynak ve yol irtifaklarının kuru mülkiyetine konu olan şey, miktarı ve sınırı belli belirli bir gayr-i menkuldür. Aldanma ve cehalet söz konusu değildir. Bu bakımdan, şartları tam olduğu takdirde satımı geçerlidir. Hakk-ı mesilin kuru mülkiyetinin yararlanan gayr-i menkulden ayrı olarak satımı ise geçersizdir. Bunun nedeni suyun cereyan edeceği mahallin bilinmemesidir. Eğer suyun akacağı yer beyan edilirse satım akdi de geçerli kabul edilir" (98).

Şenhuri Paşa, Türk Hukuk doktrinine uygun olarak yararlanan gayr-i menkulden ayrı bir şekilde irtifakın ne kazanılabileceğini ne de satılabileceğini ileri sürmekte ve buna olumlu bakan Ebu Zehra'yı tenkit etmektedir(99). Bizce Ali Haydarın görüşü daha isabetlidir.

2- İRTİFAKLARLA İLGİLİ ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER:

1) İslam Hukukunda irtifak haklarının çoğu miras ile intikal eder(100).Bütün fıkıh ekolleri değişik izah tarzını getirmekle beraber

bu görüşü paylaşmaktadırlar. Bu hakları mücerred diye niteleyip mülkiyete konu olmadığını ileri süren Hanefiler bile miras ile intikallerini öngörürler. Çünkü, mali nitelikte olan bunlarda mirasın cereyan etmesi doğaldır. Sonra, mirasla intikal mülkiyete bağlı değildir; belki, mali olabilecek her hakda bu intikal mümkündür(101). Diğer ekoller ise, irtifak haklarını mülkiyete konu olabilir nitelikte gördüklerinden miras dahil her türlü hukuki işleme konu olabileceğini kabul etmektedirler(102).

II) İrtifak hakları vasiyet de edilebilir. Hatta bir kimse, diğer biri lehine, gayr-i menkulünü belirli bir müddet kendi kaynak irtifakından sulamasını vasiyet etse, bu vasiyet geçerli olup terekenin 1/3 inde kabul edilir. Her ne kadar vasiyet temlik netice doğuran tek taraflı bir irade beyanı ise de, esas itibariyle ölümden sonra bir temliktir. Çünkü, musa leh vasiyet edilen şeye hemen değil, ölümden sonra malik olur ve bu yönü ile mirasa benzer. Bu hakların mirasla intikali söz konusu olunca bir bakıma onun kardeşi olan vasiyetle de olması tabii sayılmalıdır.

Lehine vasiyet yapılan kimse (musaTeh) vefat etse, irtifak hakkına ilişkin vasiyet hükümsüz olur ve mirasçılara geçmez. Zira, irtifak hakları genellikle mal ve ayn değildirler; belki mali bir nitelik taşırlar ve tıpkı hizmete (bir kölenin sadece hizmet etmesine hak kazanmak gibi) benzerler. Lehine hizmet edilmesi vasiyet edilen kimse öldüğünde söz konusu vasiyet hükümsüz olduğu gibi, bunlara benzeyen irtifak haklarına dair vasiyet de hükümsüz olur(103).

Diğer fıkhî mezheplere mensup hukukçular, daha önce de değinildiği gibi irtifak haklarını, memluk mal kabul ettiklerinden aynen mülk edinebilir diğer malların tabii olduğu hükümlere tabi kılarlar. Bu durumun her zaman hatırdaki tutulmasında yarar gözükmemektedir.

III) İrtifak hakları bugünkü hukukta olduğu gibi birçok İslam hukukçularına göre bağımsız olarak değil, ancak yararlanan gayr-i menkul ile beraber satılabilir. Konuyu klasik fıkıh eserlerinin yaklaşımıyla incelemekte yarar vardır: "Kaynak irtifakının Hanefilere göre müstakil olarak satılamaması Mücerred haklar (Diğer mezhepler memluk mallar kategorisinde kabul eder.) olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, bir kimse bir irtifak hakkı karşılığında bir ev satın alıp teslim alsın, evi geri vermesi gerekir. Çünkü, kabzetme işlemi fasit bir akdin sonucu yerine getirilmiştir. Fakat, irtifak haklarının yararlanan gayrimenkul ile birlikte satılması geçerlidir. Zira, aslen tasarrufa kabil olmayan şeyin tebean olabilmesi fıkhî kurallardandır"(104).

İrtifak haklarının yararlanan gayr-i menkul ile birlikte satımında, bu hakların ismen zikredilmesi veya bütün haklarıyla, bütün irtifaklarıyla ya da içinde olan her şeyiyle gibi genel bir ifadenin kullanılması lazımdır(105). Mecellede bu hüküm şöyle ifade edilmiştir: "Hin-i bey'de ilave olunan bazı elifaz-ı umumiyenin şamil olduğu şeyler bey'de dahil olur. Mesela, bayi şu haneyi cemi hukuk ya cemi merafıyla sattım dese o hanenin hakk-ı müruru ve hakk-ı şirbi ve hakk-ı mesili bey'e dahil olur"(106).

İrtifak hakları, yararlanan gayr-i menkulden ayrı olarak icare edilemez. Zira, mücerred hakların satıma konu olmaması icareye de konu olmamasını sonuçlandırır. Gayrimenkul ile birlikte icare edilebilmesi ise tartışılmamalıdır. Hatta, kaynak ve akıntı irtifakları, akitte zikredilmeseler de kira akdine istihsanen dahildirler. Bunun nedeni, icarenin, bir şeyin yararını başkasına temlik etmek olduğu ve irtifaklar olmadan yararlanmanın mümkün olmadığıdır. O halde, irtifaklar kira akdine, sarahat olmasa da delaleten dahil olurlar(107).

İrtifak haklarının, gayr-i menkulden ayrı olarak hibe edilemeyeceği, sadaka olarak verilemeyeceği ve evlilik akdinde kadına mehir olarak belirlenemeyeceği açıktır (Bu hakları memluk mal olarak gören Hanefiler dışındaki hukukçulara göre mezkûr işlemler geçerlidir.)(108).

IV) İrtifak haklarını mücerred hak olarak tanıyan Hanefi'ler bu hakların iptal ile batıl olduğunu söylediler. Mecellenin şarihi Ali Haydar, "Birinin arsasından belirli bir geçitte geçit hakkı, yani yolun rakabesinden mücerred olarak yalnız geçmek hakkı olan kimsenin izniyle arsa sahibi o geçit üzerine bina ihdas eylese, o kimsenin geçit hakkı sakıt olup arsa sahibi ile artık muhasemeye, yani mesela binayı kaldırarak eskisi gibi geçmeye yahut makur geçit hakkına mukabil bedel istemeye hakkı kalmaz" biçiminde pratik bir örnek vermiştir. Aynı şekilde, geçit hakkını iptal ve iskat ettim dese yine sakıt olur ve ondan sonra geçmeye hakkı olamaz. Yine, birinin arsasının belirli bir yerinde yalnız suyu akıtmak hakkı (hakk-ı mesili) olan kimse, mesildeki hakkını iptal ettiğini beyan etse artık hakk-ı mesilinden söz edilemez. Buna karşılık, mücerret hak olmayan mülkler iptal ile batıl olmaz. Zira, aynı olan mülk vazgeçilmekle batıl olmaz. Onda malikin mülkiyet hakkının sakıt olması için temlik lazımdır. Bu hususta diğer ekollerin düşüncesi de aynı doğrultudadır(109). Buna göre;

a) Bir kimse izn-i sultani ile bir mevat (sahipsiz) araziye ihya ettikten sonra terketse ve bir başkası o tarlayı ekse yine ihya edenin

hakkı olur. Zira, ihya etmek suretiyle o tarlanın rakabesine malik olmuş bulunmakla terk ile mülkünden çıkmış olmaz(110).

b) "Bir kimse başkasının arsasında mevcut tarikin ya mesilin rakabesine malik olup da arsa sahibine o yol üzerinde bina ihdas etmeye izin verse bu izin ücret mukabilinde ise icare ve ücretsiz ise iare olacağından, 531. ve 831. md.nin hükmü cari olur"(111).

Hanefiler dışındaki birçok hukukçu ise, irtifak haklarını memluk mallar olarak gördüklerinden, iptal ile batıl olmayacağını ve bugünkü hukukta öngörülen sicilden terkin şartı gibi mutlaka temlik şartını ararlar(112).

V) İrtifak hakkı. çoğunluğun görüşüne göre mülkiyetin özüne peyda olan bir hukuki durumdur. Ortaya çıkan hukuki sınırlı yararlanma yetkisi, yükümlü gayr-i menkul üzerinde bir yük oluşturarak mülkiyet hakkının alanını daraltmaktadır. Böylece, malik ya katlanma veya kaçınma yükümü altındadır(113). Buna göre, birinin arsasından başka birinin geçit irtifakı olduğu zaman arsa sahibi onun geçmesine kanlanmak zorundadır(114). Geçit irtifakının konu olduğu arsa başkasına satılrsa yeni malik de bu yükümden kaçınmaz(115). Keza birinin arsasından, diğer kimsenin su yolu haklı bir sebeple aka gelirken arsa sahibi yahut sonradan satınalan müşteri bu durumun devamına katlanmak mecburiyetindedir(116). Bir evin yağmur suları, eskidenberi haklı bir sebebe dayanarak komşusunun avlusuna akıyorsa komşusu buna engel olamaz. Ama yağmur suları dışında, örneğin çamaşır ve diğer suları akıtmaktan men'edebilir (117).

VI) İrtifak sahibi, hakkını korumak ve gereği gibi yararlanmak için gerekli tedbirleri alır. Mecellenin konuyla ilgili 1228. md.sini Ali Haydar şu şekilde açıklamaktadır : "Birinin arsasından diğer kimsenin arkı yahut su yolu haklı bir sebeple akagelirken arsa maliki sonradan akıtmam diyemez. Ve bunlar ıslah ve tamire muhtaç olduğunda, mümkünse geçit yerine girerek bunları ıslah ve tamir eder. Arsaya girmesini ise arsa maliki bırakmayabilir. Arsaya girilmedikçe tamirin mümkün olmadığı durumlarda hakim, arsa malikini ya kendisinin tamiri veya izin vermesi konusunda icbar eder (118).

VII) İrtifak sahibi, yükümlü gayr-i menkul malikine en az zarar verecek şekilde kullanmalıdır. Mecellenin 1233. md.si bunu şu şekilde açıklar: "Birinin evinin içinde başka bir evine haklı olarak akagelen kerizi dolup yahut yarılıp da ev sahibine fahiş zarar tevhit etse kerizin sahibi bu zararı önlemeye yani kerizi tamir etmeye mecburdur. Ama, kerizden akan pisliklerin evde meydana getirdiği tahribatı tamire

mecbur değildir. Aynı şekilde, bir cemaatin arazisinden haklı bir sebebe dayanarak akagelen birinin şahsi nehri yarılıp da onların arazisini tahrip ettiğinde, o kimse nehrin tamirine mecburdur" (119).

Demek oluyor ki, hiçbir kimse mülkünde tasarrufdan menolunamadığı gibi ama tasarrufundan dolayı da başkasına fahiş zarar veremez (120). Mecelle, fahiş zararı 1199. maddede "binaya zarar veren yani binaya zaaf getiren ve binanın yıkılmasına sebep olan, yahut sükna gibi binadan ve diğer mülk ve eşyadan maksud olan asli menfaati engelleyen şeyler zarar-ı fahiştir" (121) şeklinde tanımlanmıştır; yani, zarar görenlerin bu fahiş zararı izale ettirme hakları her an mevcuttur(122).

VIII) Yükümlü gayr-i menkul maliki irtifak hakkının kullanılması ne engelleyebilir ne de güçleştirebilir. Buna göre, birinin arsasından diğer birinin su yolu haklı bir sebebe dayanarak akagelirken arsa sahibi daha sonra akıttırmam diye men'ettiremez (123). Yine, birinin arsasından diğer bir kimsenin geçit irtifakı olduğunda arsa sahibi onu geçmekten alıkoyamaz (124). Türk Medeni Kanunumuzda da benzer bir durumdan söz edilebilir (125).

IX) İrtifak haklarına tecavüz bugünkü medeni kanunumuza ve Hanefilerin dışın İslam Hukukçularına göre aynen mülkiyet hakkına tecavüz gibidir. Hanefiler ise bu konuda ilginç görüşlere sahiptirler. Bunlara göre, başkasına ait kaynak irtifakına vaki tecavüz sonucu bu hak telef olsa tazminat yükümlülüğünden söz edilemez. Zira, kaynak irtifakı mutekuvvim (parayla ölçülebilen) bir mal değildir. Kimi Hanefiler de, başkasının kaynak irtifakına olan tecavüz konusunun mahkemeye götürüleceğini ve dövme ya da hapisle tecavüz edenin tedip edileceğini söylemektedirler(126).

SONUÇ:

İrtifak haklarına uygulanacak hükümleri kısa da olsa serdererken gördük ki, irtifak haklarını mücerred hak olarak gören Hanefi ekolu ve onlar gibi düşünen hukukçuların görüşü ile bu hakları mülkiyet hakkının benzeri olarak kabul eden İslam Hukuk ekol ve bilginlerinin bakış açısı arasında önemli derecede fark vardır. O kadar ki, birinciler bu hakların neredeyse muavezat dediğimiz ivazlı akitlere konu olamayacağından söz ederken ikinciler bu tür akitlerin konuzu olmalarında beis görmemektedirler(127).

DİPNOTLAR

- (1) İBN-İ RECEB-El-Kavaid, s. 200; SENHURİ, Masadır'ül-Hak, 1/47; TEFTAZANİ, Telvih 2/151 vd.
- (2) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukuka Giriş, s. 114-150.
- (3) TEKİNAY, a.g.e. s. 112 vd.
- (4) BILMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-u İslamiye ve İstilahat-ı Fıkhiye Kamusu c.1. s.13.
- (5) ZERKA, Ahmed, El-Fıkh'ul-İslami fi Sevbih'il-Cedid, 3.cüz s. 10 vd.
- (6) Mecelle, 126. md.
- (7) ZERKA, a.g.e. 3/18
- (8) SENHURİ Paşa, a.g.e. 1/14 v.d.
- (9) ZERKA, a.g.e. 3/19 vd.; SENHURİ Paşa, a.g.e. 1/14,18,19.
- (10) OĞUZMAN/SELİÇİ a.g.e. 5.
- (11) TEKİNAY, a.g.e 117; ZERKA, a.g.e. 3/23.
- (12) ZERKA, a.g.e. 2/23-24.
- (13) SENHURİ, Abdürrezzak, Nazariyet'ül-akid, s.6. Dipnot 2.
- (14) ZERKA, a.g.e. 3/35 vd.
- (15) ZEYDAN, Abdülkerim, El-Medhal, 224-226; SENHURİ a.g.e. 1/31 vd.; ZERKA, a.g.e. 3/40, 1.dipnot; İBN-İ RECEB, El-Kavaid, 208. vd.
- (16) İBN-İ RECEB, el-Kavaid, 200-208.
- (17) İBN-İ RECEB, a.g.e. 205.

- (18) ZEYDAN, a.g.e. 226 vd.; İBN-İ RECEB, 203-204, ZERKA, a.g.e. 3/40 vd.
- (19) TEKİNAY 116 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ a.g.e. 22 vd.
- (20) ZERKA, a.g.e. 3/21 vd.; SENHURİ Paşa a.g.e. 1/30 vd.; ZEYDAN, a.g.e. 226 vd.
- (21) İBN-İ MANZUR, Lisanül-Arab, R-f-k maddesi mütercim Asım, Kamus-u Okyanus, İlgili madde; İbn-i Recep, Kavaid, 203-204-209.
- (22) OĞUZMAN / SELİÇİ, a.g.e., 682-683; TMK, 703-753. md.
- (23) İBN-İ KUDAME, El-Muğni.
- (24) KADRİ PAŞA, Mürşid'ül-Hayran, md. 37, SENHURİ, a.g.e. 1/34; ZEYDAN, a.g.e. 232; ZERKA, a.g.e. 3
- (25) ZEYDAN, a.g.e. 232; SENHURİ, 1/34; ZERKA, 3/44; Mecelle, 142, 143, 1263, 144, 1224.md.ler.
- (26) OĞUZMAN/SELİÇİ a.g.e. 671.
- (27) POROY, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Dersleri.
- (28) ATIF BEY, Mecelle Şerhi, Teksir 2.cüz s.24.
- (29) CİN, Halil, Türk Hukukunda Mera, Yaylak ve Kışlaklar, s.22; İBN-İ RECEB, a.g.e. 209; HALİS; Eşref, Külliyyat-ı Şerhi Kanun-ı Arazi, s.108.
- (30) ZEYDAN, a.g.e. 232.
- (31) ERGÜNEY, Hilmi, Türk Huk. Lügat ve İstılahlar, 231.
- (32) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 682-683.
- (33) ZEYDAN, a.g.e. 226,232 vd.; Senhuri, a.g.e. 1/32; Zerka, a.g.e. 3/40 vd.
- (34) OĞUZMAN/SELİÇİ a.g.e. 512 vd.

- (35) ZEYDAN, a.g.e. 232.
- (36) KURTOĞLU, Şerda, İs.Huk. Dersleri 11/118.
- (37) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. s. 671. vd.
- (38) ZERKA, a.g.e. 3/43; İBN-İ RECEP, a.g.e. 204-205;
OĞUZMAN/SELİÇİ, 670-671.
- (39) İBN-İ RECEP, a.g.e. 204-205, ALİ Haydar, 3/506.
- (40) ZEYDAN, a.g.e. 225 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 659.
- (41) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 683-684.
- (42) ZERKA, a.g.e. 2/44; SENHURİ, a.g.e. 1/34.
- (43) Mecelle; 1231-1233. md.ler; Ali Haydar, a.g.e., 3/485 vd.;
İBN-İ KUDAME, Muğni, 5/40-50.
- (44) KURTOĞLU, a.g.e. 11/118; SENHURİ, a.g.e. 1/64.
- (45) ZERKA, a.g.e. 2/44; ALİ, El-Hafif, el-Hakk. ve'z-Zimme,
s.64; SENHURİ, 1/34.
- (46) KURTOĞLU, a.g.e. 11/119.
- (47) İBN-İ KUDAME, El-Muğni, 5/1-50 sh.ler.
- (48) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 688.
- (49) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 689,698 vd.
- (50) KADRİ PAŞA, a.g.e. md. 13.
- (51) SENHURİ, a.g.e. 1/32; ZEYDAN, a.g.e. 230; KASANI, Bedayi üs-
Sarayı: 3/326-353.
- (52) ALİ Haydar, Düser'ül-Hükkam, 3/510-511.
- (53) Ali Haydar, a.g.e. 3/510.
- (54) Ali Haydar, a.g.e. 3/511.

- (55) RAZİ Fahreddin, Mefatih'ül-Gayb, 6/159 vd.
- (56) RAZİ Fahreddin, a.g.e. 6/158-159; REMLİ, Nihayet'ül-Muhtac, 7/154-155.
- (57) SENHURİ, a.g.e. 1/64-65.
- (58) İBN-İ KUDAME, a.g.e. 1-50 sh.
- (59) KURTOĞLU, a.g.e. 11/118-119.
- (60) Mecelle, 142, 143, 144, 1224, 1225, 1226, 1227, 1228, 1229, 1230, 1231, 1232, 1263, 1264, 1266, 1267, 1268 ve 1269. maddeler; ZEYDAN, a.g.e. 226-240; SENHURİ, a.g.e. 1/30 vd.
- (61) TMK, 704. m. 2.f.
- (62) SENHURİ, a.g.e. 1/64-65.
- (63) KURTOĞLU, a.g.e. II/118.
- (64) SENHURİ, a.g.e. 1/64.
- (65) SENHURİ, a.g.e. 1/63.
- (66) ZEYDAN, a.g.e. 238-239.
- (67) Mecelle, 1264. md.
- (68) ALİ Haydar, 3/534-535.; Mecelle, 1263, 1264, 1265 ve 1266. md. ler.
- (69) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 512 vd.; SENHURİ, a.g.e. 1/65.
- (70) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 698, 701 vd.
- (71) ZEYDAN, a.g.e. 239; SENHURİ, a.g.e. 1/65.
- (72) Mecelle, 1224.md.; ALİ Haydar, a.g.e. 3/499 vd.
- (73) Mecelle, 1225.md.
- (74) Mecelle, 1197.md.

- (75) SENHURİ Paşa, a.g.e. 1/65; ALİ E1-Hafif, Ahkam'ül Muamelat iş-Şerriye, s.47; ZEYDAN a.g.e. 239; Mecelle 1224.m.; ALİ Haydar, a.g.e., 3/499 vd.
- (76) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 697.
- (77) SENHURİ, a.g.e. 1/64.
- (78) SENHURİ, a.g.e. 1/64; ZEYDAN, a.g.e. 228-229.
- (79) Mecelle, 1226. md.
- (80) ALİ Haydar, a.g.e. 3/505-506.
- (81) İBN-İ KUDAME, E1-Muğni, 5/28-30 vd.; ZEYDAN, a.g.e, 228
- (82) ZEYDAN, a.g.e. 228.
- (83) Mecelle, 1254. md.
- (84) Mecelle, 1255. md.
- (85) Mecelle, 1256. md.
- (86) ALİ Haydar, a.g.e. 3/529 vd.
- (87) ZEYDAN, a.g.e. 229.
- (88) SENHURİ, a.g.e. 1/65.
- (89) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 698 vd.
- (90) ALİ Haydar, a.g.e. 1/376-377, 342-343, ZEYDAN, a.g.e. 239.
- (91) SENHURİ, a.g.e. 1/64; ZEYDAN, a.g.e. 239.
- (92) İBN-İ RECEB, a.g.e. 204-206; Mecelle, 2164, 1225, 1227 md. ler; ALİ Haydar, a.g.e. 1/342-343, 3/504-505, 506 sh.
- (93) ALİ Haydar, a.g.e, a.g.e., 1/342-343.
- (94) ALİ Haydar, a.g.e. 1/343, 3/506-507; SENHURİ, 1/64, İBN-İ RECEB 204-205; ZEYDAN, 239.

- (95) Mecelle, 216. md.
- (96) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. 698, 103. dipnot.
- (97) ALİ Haydar, a.g.e. 1/343, vd.
- (98) EBU ZEHRE, Muhammed, El-Mülkiye ve Nazariyet'ül-akd, 94;
Ali Haydar, a.g.e., 1/343-344.
- (99) SENHURİ, a.g.e. 1/65.
- (100) ZERKA, a.g.e. 2/44.
- (101) KASANİ, Bedayi, 6/190; DAMAD, Mecma'ül-Enhür 2/56.
- (102) KASANİ, a.g.e. 6/190, Damar, a.g.e. 2/567.
- (103) İBN-İ RECEB, 204-205.
- (104) KASANİ, a.g.e. 6/189.
- (105) KASANİ, a.g.e. 6/189, ALİ Haydar, a.g.e., 1/376-377.
- (106) Mecelle, 235. madde.
- (107) KASANİ; a.g.e., 6/189-190; DAMAD, a.g.e., 2/567.
- (108) DAMAD, a.g.e., 2/567, KASANİ, a.g.e. 6/190.
- (109) ALİ Haydar, a.g.e. 3/506-507; Mecelle, 1227. md.
- (110) Ali Haydar, a.g.e., 3/507.
- (111) İBN-İ RECEB, a.g.e., 204-205.
- (112) Ali Haydar, a.g.e., 3/507.
- (113) OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., 711-712.
- (114) Mecelle, 1225.
- (115) ALİ Haydar, a.g.e. 3/504.

- (116) Mecelle, 1228. md.
- (117) Mecelle, 1229 md.; ALI Haydar, a.g.e., 3/508-509.
- (118) ALI Haydar, a.g.e., 3/5-7-508; Mecelle 1228. md.
- (119) Mecelle, 1233. md.; ALI Haydar, a.g.e., 3/511.
- (120) Mecelle, 1199. md.
- (121) Mecelle, 119. md.
- (122) ALI Haydar, a.g.e., 3/468; Mecelle, 1200. md.
- (123) Mecelle, 1228. md.
- (124) Mecelle, 1225. md.
- (125) Bkz. TMK. md. 710.
- (126) DAMAD. a.g.e., 2/568.
- (127) İBN-i RECEB, 204-205.