

Istanbul Üniversitesi
Mukayeseli Hukuk
Araştırmaları Dergisi, No. 18
İstanbul, 1990

İslâm Hukukunda MÜLK'ÜN ÇEŞİTLERİ VE SEBEPLERİ (*)

Yazan: Prof. Mustafa Ahmed Ez-ZERKA

Tercüme: Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

A- Mülk Sebeplerinin Çeşitleri

I- İslâm Hukukunda mülk sebepleri iki ana kıstastan ortaya çıkar:

- 1- Mülkiyette ihtiyarın bulunup bulunmaması kıstası.
- 2- Mülkiyetin nev'î neticeleri kıstası.

Birincisi - İhtiyarın varlığı ve yokluğu bakımından:

İhtiyar bakımından mülkiyet sebepleri iki çeşide ayrılırlar: İhtiyarî ve cebrî mülkiyet:

a- **İhtiyarî sebepler**, insanın ortaya çıkarmakta muhtar (serbest) olduğu sebeplerdir ve ikidir. Mübah şeyleri ele geçirme (ihraz) ve akitler.

b- **Cebrî sebepler**, insanın ihtiyarı bulunmayan sebeplerdir ve bunlar da ikidir: İrs ve mülk olan şeyden doğma (yani köle bir kadından (câriye) doğma).

İkincisi-Nev'î neticeleri bakımından:

Nev'î neticeler bakımından da mülkiyet sebepleri iki çeşide ayrılırlar: Mülkü inşa eden sebepler ve mülkü nakleden sebepler:

a- **İnşâ eden sebepler**: Bunlar daha önce mülk olmamış bir şey üzerinde mülk tesis eden sebeplerdir; mübah şeyleri ihraz ve mülk olan şeyden doğma.

(*) Suriye'li bir hukukçu ve Şam Hukuk Fakültesi eski dekanı müellifin "El Fıkhü'l-İslâmî fi sevbihi I cedit, El Medhalu'l-Fıkhî'l-Âm" (Yeni Elbisesi içinde İslâm Hukuku, Genel Hukukî Giriş), 1967-1968, Dımaşk, c.1,9. baskı, sh. 255-268'den tercüme edilmiştir.

b- **Nakleden sebepler:** Bunlar daha önce mevcut bir mülke taalluk ederler ve onu bir iktidar sahasından diğeri bir iktidar sahasına naklederler; halefiyet ve akitler (1).

B- Mülk'ün Çeşitleri

II- Mülkün kendisi de iki kıstasa göre çeşitlere ayrılır:

1- Mevzuu, yani mülkiyetin üzerine tesis ve ona taalluk ettiği şey bakımından.

2- Şeklî, yani mülk olan şey'e taalluk sureti bakımından.

III- Birincisi- Mevzu bakımından:

Mevzu bakımından mülk üç çeşide ayrılır: Aynı mülkü, menfaat mülkü ve alacak mülkü.

A- **Ayn mülkü**, ki rakabe mülkü olarak da adlandırılır, o şey'in zâtı ve maddesinin memlûk olmasıdır. Meta ve hayvan gibi menkul malların mülkü, arazçi, ev dükkân gibi gayr-ı menkul malların mülkü gibi.

B- **Menfaat mülkü** ise, insanın bir şeyin aynı muhafaza edilmekle beraber, ondan sadece istifade hakkına sahip olmasıdır. Kira ve âriyet ve menfaati temüllük için meşrû sebeplerden biri ile, bir kitabı okumak, aletleri ve edavatları kullanmak, dükkân ve evlerde oturmak ilh... gibi.

Diğeri taraftan biraz sonra, mülkiyetin özelliklerinde göreceğimiz gibi (bkz. fıkra 119), ayn mülkiyeti ile menfaat mülkiyeti bazı hallerde birbirine bağlı, bazı hallerde ise birbirinden ayrılırlar.

C- **Borç (deyn) mülkiyeti** ise, herhangi bir sebeple bir kimse lehine diğeri biri zimmetindeki meblağdır: Zimmetindeki satılan şeyin (mebi) semeni, ödünç alan üzerindeki ödünç bedeli (miktarı), telef eden üzerindeki telef edilen malın kıymeti, vb. gibi.

(1) Daha önce belirtildiği gibi (bkz. fıkra, 104), hukuk istilahında akit: "Bir hakkı inşâ, nakil veya sone ardirme üzere iradenin ittifakıdır" şeklinde tarif edilmektedir.

Bu tarifin dış görüşünü, akdin, bir taraftan mülkü inşâ, diğeri taraftan ise mülkü nakle sâlih bir sebep olarak kabulünü gerektiriyor. Ancak bu makamda hatırlanmalıdır ki, akdin neticesi, sadece mülkiyet hakkına inhisar etmez, aynı zamanda borçlanmaların da bir sebebidir.

Bu sebeple:

a- Mülkiyetteki akit sebebiyeti bakımından akit, kat'i bir nakil sebebidir. İnşâ eden değil, çünkü akdi yapan (âkit) veya ismine akit yapılan (makud), meselâ satan (satıcı-bayi) veya müekkil gibi, kimşenin akitten evvel, temlikini istediği şeyin mâliki olması gereklidir. O halde, bir şeye sahip olmayan onu veremez.

b- Borçlanmalardaki akdin sebebiyeti bakımından ise, bazan nakleden, bazan da inşâ eden olabilir.

- Meselâ, akit ile, satılan şeyin mülkiyetini alıcıya nakleden satıcı, kendisi üzerine, satılan şeyi teslim, ayıptan mesuliyet (tazmin), ilâh, borcunu inşâ etmektedir.

- Kefalet, kefilin üzerine, esas borçlunun borçlanmasının baki kalmasına ek olarak, başkasının adına kefalet verilen borcun edâsı şeklinde yeni bir borç inşâ etmektedir.

- Havale, borcu edâ borcunu, muhil borçlu undesinden, muhal aleyh olanın undesine nakletmektedir. Ve böylece, bu sonuncu şahıs (muhal aley) tek başına alacaklıya karşı bu tediye ile mükellef olmaktadır.

Bunlar, ancak zimmetde borç meblağı ise, "borç" olarak adlandırılabilirler.

Ama, vedi' (Emaneti teslim alan) nezdinde sahibi için muhafaza edilen para vediası ise, ayn mülkü kabilindedir. Çünkü bu para vediası, vedi'in muhafaza etmesi, daha sonra, talep anında iadesi gerekli muayyen bir emanettir ve onun o paradan alma, sonra misli ile iade etme hakkı yoktur, aynını iade etmesi gerekir.

Şâyet vedi', bu paradan tasarruf ederse, gâsıp sayılır ve onu tazmin eder, bu takdirde meblâğ, diğer borçlar gibi, misli ile iade edilen zimmetinde bir borç haline gelir, mislini iade etmesi gerekir.

IV- Tam mülkiyet, eksik (nâkıs) mülkiyet:

Diğer taraftan, ayn ve menfaat bakımından mülkiyet de farklı iki nev'e ayrılır:

-**Tam mülkiyet:** bir şahsın, bir şey'in rakabesine ve menfaatine beraber mâlik olmasıdır.

-**Nâkıs Mülkiyet:** Bunun iki şekli vardır:

Birinci şekil: Bir şahsın bir şey'in rakabesine değil, menfaatlerine mâlik olmasıdır. Nâkıs mülkiyetin en çok ortaya çıkan şekli budur. Yalnız menfaatin mülkiyeti dört yoldan biri ile elde edilir: **Kira (2), âriyet, vakıf, bir kişi lehine menfaat vasiyeti:** bir evde oturma, üzüm çubuklarının mahsülünü toplama v.b. (3).

İkinci şekil- Birincisinin aksi olup, bir şahsın bir şey'in menfaatine değil, rakabesine mâlik olmasıdır.

Bu şekil az ortaya çıkar ve menfaati kendine çekme şeklindeki rakabe mülkiyetindeki asıl özelliğin aksinedir. Çünkü, mülkiyetin özelliklerinde göreceğimiz gibi, intifa hakkından soyulmuş (tecrid edilmiş) bir mülkiyet hakkına gerek yoktur.

Bu sebeple, rakabe mülkiyetinin intifa hakkından soyulmuş olan bu şekil, muvakkat olarak verilen, sonra menfaatin rakabeye tâbi olduğu (dönüştüğü) istisnaî bir haldir.

Bu şeklin tek yolu vasiyettir ve iki çeşidi vardır:

(2) Burada özel bir akitle vakıf gayrimenkulleri üzerinde tesis edilen karar haklarının kiraya dahil olduğu düşünülebilir. Vakıf arazilerinde tahkir akdi ve tâmirine mâlî imkân bulunamaması halinde, yıkılmaya yüz tutmuş vakıf binalarındaki icareteyn akdi gibi.

Tahkir ve icareteyn akitleri, gayr-ı menkulün kıymetine yakın bir meblağı hemen (muaccel) ve vakfın varlığını korumak için senelik sembolik bir meblağı da müeccelen verme karşılığı, müstecire, vakıf gayri menkulünden devamlı istifade (intifa') hakkı verir (sağlar) (Bu durumu, hukuk serisinin üçüncü cildinde göreceğiz).

(3) Yine burada yeni Medeni Kanun ve onu aynen kabul eden bizim (Suriyenin) 3339 no.lu gayr-ı menkul mülkiyeti Kanunu hatırlanabilir. Her ikisi de mâlik ile istifade eden şahıs arasında, ikincisine hayatı boyunca istifade hakkı veren, özel bir akitle gayri menkullerin üzerinde intifa hakkı tesis etmiş ve iki taraf arasında tafsilatlı hak ve vecibeleri düzenlemiştir.

1- Mâlik, bir şahsı lehine vefatından sonra muayyen bir müddetle veya lehine vasiyet edilenin hayatı müddetince bir şeyin menfaatini vasiyet ederse, bu takdirde vasiyete yapanın mirasçıları, mirasçılık (irs) yoluyla bu şeyin sadece rakabesine mâlik olur. Onun menfaatine ise, lehine vasiyet yapılan malik olur, ona miras yoluyla tam mâlik olmak gerekir ve lehine vasiyet yapılan, mirasçılar hesabına değil, muris hesabına ondan istifade eder. Adetâ, vasiyet yapılan şeyin ayn'ı, menfaat hakkında murisin mülkünde hapsedilmiştir.

2- Aynın mâliki, bir şahıs lehine muayyen müddetle veya hayatı boyunca onun menfaatini ve rakabesini ise, başka bir şahsa vasiyet etmesi halinde, lehine ayn vasiyet edilen, lehine menfaati vasiyet edilen kişinin intifa müddetince, ona tayin edilen müddet bitinceye veya o kimse ölünceye kadar onun sadece rakabesine mâlik olur.

Bu iki şekilde rakabe mülkiyetinin menfaat mülkiyetinden ayrılması ondan istifade edenin hakkı olan müddetle bağlı olup, muvakkattır. Ve menfaatin son bulup, rakabeye dönüp ona bağlı olunca, rakabenin mâliki, aslın hükmüne göre, menfaatin mâliki olur (4). (Bkz. "El Bedai, 7/354 ve "El Hidâye ve "Dürrü'l-Muhtar"(*), hizmet, oturma (sükna) ve mahsül karşılığı vasiyet babı).

V- Hanefî hukukçular menfaat ve alacağı mülkiyet olarak kabul edip, mal kabul etmemişlerdir ve böylece, daha evvel açıklandığı gibi, "mülk mefhumu ile mal mefhumu arasında" ayırımı yapmışlardır (Bkz. f 101 ve c.2, f. 69/73 ve Mecelle, md. 125/126, "Reddü'l Muhtar"(*), büyu' (satım), baş kısmı ve "Fethu'l-Kadir"(*) şirket kısmının başı.).

Bu duruma göre memlûk manasında mülkiyet (5), mal mefhumundan daha geniştir. Çünkü, hanefi hukukçulara göre mal, insanlar arasındaki kıymet sahibi maddi varlıklara inhisar eder, memlûk ise, mülkiyetin, yani özel ve şâmil bir yetkinin (ihtisas) taalluk ettiği her şeydir. Bu sebeple, mali aynlar, menfaatler ve alacaklara şâmidir. Çünkü, bu menfaat ve alacaklarda, aynlarda olduğu gibi ihtisas cereyan eder.

Mâliki ve Şâfiî içtihadları ise, menfaatleri de, aynlar gibi, fark olmaksızın mal kabul etmişlerdir.

İşte bugünkü modern genel hukuk görüşlerine uygun cihetler bunlardır. Bu hukuk serisinin 3. cildinde, İslâm Hukuku'nun mal ile mülk arasındaki ayırımın açıklanması ve bu ayırımın neticelerini göreceğiz (Bkz.c.3,f. 69-73).

(4) Hukuki durumlar devlet amlâki bakımından intifaı, rakabe mülkiyetinden daimî surette ayırma yolunu getirmişlerdir, mirî arazi üzerindeki tasarruf hakkında olduğu gibi. Bu mülkiyetin rakabesi Beytü'l-Mal'da kalmasına rağmen, insanların onlar üzerinde her bakımdan daimi bir istifade hakkı olmaktadır. Muvakkat surette bu ayırma, istifade edenin hayatı boyunca özel bir akit gereği akitleşme yoluyla aynî bir hak ihdas edilmektedir. Bu hakka intifa hakkı ismi verilir.

(*) Bu isimler, hanefi mezhebi üzerine yazılmış, meşhur hukuk ve fetva kitaplarının başlıklarıdır (Çeviren).

(5) Burada hatıra gelebilir ki, islâm hukukçuları, menfaatlerin ve borçların mal değil, mülk kabilinden olduklarını söyledikleri zaman; ism-i mefûlün manasını, yani mülkün taalluk ettiği memlûkü kastediyorlar; çünkü masdar, mülkiyet mânasında mülk, yukarıda açıklandığı gibi, insanın mal olan eşyalara ihtisasî (mahsus) bir alakasıdır. Menfaatler ve benzerleri ise, mülkiyetin mevzuu (mahal), yani memlûkâtıdır, yoksa mülkiyetin bizzat kendisi değildir.

VI- İkincisi-Şekil Bakımından:

Mülk şekil bakımından iki çeşittir: Mütemeyyiz mülk ve şâyi mülk.

1- Mütemeyyiz mülk, onu başkasından ayıran sınırlı bir şeyin taalluk etmediği bir mülkdür. Meselâ, insanın bir koyuna, bir kitaba, arsası ile beraber bir eve veya katlar halindeki bir evin muayyen bir katına mâlik olması v.b. gibi.

2- Şâyi' veya müşâ mülk, cüzleri (parçaları) ne kadar büyük veya küçük olursa olsun, bir şeyin tamamının muayyen olmayan bir cüzüne taalluk eden bir mülkdür.

Meselâ, bir insanın bir evin yarısına, bir atın dörtte birine veya bir arsanın yüzde bir veya daha fazlasına mâlik olması v.b. gibi.

İşte, müşterek bir şeydeki "hiesse-i şayia : şayi" hisse ismi verilen mülkiyet budur. Şüyu' teorisi gereği, müşterek, malın her cüz'ü veya zerresi, hisse sahiplerinden birine mahsus olmayıp tersine mülkiyetler tümüne taalluk eder (aittir).

Bu esasa dayanarak şâyi hisseyi şöyle tarif ediyorlar: "Şâyi" hisse, müşterek malın her cüzüne sâri olan hissedir" (Mecelle, md. 139). İslâm hukukçuları onu "kül içinde aranılan bir cüz" şeklinde tavsif ediyorlar.

Buradan anlaşılıyor ki, müşterek mal ortaklar arasında taksim edildiği zaman, şüyu' mülkden ayrılır ve herbirinin hissesindeki mülkiyeti, mütemeyyiz mülk haline gelir.

VII- Borçlarda şüyu

Şüyu'u, ayınların mülkiyetine münhasır olmayıp, borçlarda müşterek şâyi' hisse şeklinde mülkiyet de bulunabilir; bu takdirde borç, müşterek borç olarak adlandırılır ve bu müteaddit şahıslar lehine birinin zimmetinde bir tek sebeple tesis edilen borçtur. Meselâ, iki kişi bir şahıstan bir tek akitle aralarında müşterek bir şey alırsa veya bu şeyi talep ederse, o şey aralarında müşterek bir şey olur. Yani satın alma halinde bedel (semen) ve telef halinde kıymet (6), o iki kişi üzerine başkasının zimmeti lehine ortak bir borç olur, yani o iki kişinin diğer şahıs lehine olan hakları, müşterek bir ayndaki hisse sahiplerinin mülkiyetlerinin şüyu olması gibi karışmış olur.

Borcun sebebi bir tek olmazsa, meselâ her bir ortak, ortak maldaki hissesini müstakil bir akit ile satın alsın, veya onlardan herbiri müşterek olmayan bir mütemeyyiz malı itlaf (telef) etseler, bu takdirde o şahsın lehine olan semen veya kıymet müşterek olmaz, bilakis, herbirinin diğerinden müstakil borcu olur.

(6) İslâm hukukçuları kıymet ile semen arasında ayırım yapıyorlar: Kıymet: insanlar arasında, bir şeyin eşit olduğu hakikî ivazdır. Semen ise: alıcı ve satıcının üzerinde mebi'i (satılan şey) için anlaştıkları bedeldir.

İsimli akidlere ayrılan 5. cildin "Bey akdi" bahsinde göreceğimiz gibi, bu bedel mebi'nin hakii kıymetinden az veya fazla olabilir.

Biraz sonra, mülkiyetin özelliklerinden altıncı özelliğinde müşterek ve müstakil borcun pratik neticesini göreceğiz (fıkra, 128).

VIII- İzale-i şüyu'

Yukarıda açıklamalardan anlaşılıyor ki, şâyi' mülkiyet daima müşterek bir şeyde söz konusu olmaktadır.

Bu ortaklık, eğer ortak bir emek ile onun nem'alandırılması hususunda bir anlaşma olmaksızın sadece malın aynında sözkonusu ise, bu ortaklığa "şirket'i mülk: mülk şirketi: mülk ortaklığı" ismi verilir.

Bunun mukabili "şirket-i akit'dir: akit şirketi: akit ortaklığı" ki, iki veya daha fazla şahsın bir malı nem'alandırma, çalışma ve kârı paylaşmak üzere akitleşmeleridir. Ticari ve sınai şirketlerde durum budur.

Akit şirketi faydalıdır, çünkü iktisadî faaliyetleri kuvvetleştiren ve geliştiren bir özelliği olup, çoğu defa bir tek şahsın kâfi gelemediği üretim projelerinin çoğunda gerekli kuvveti ortaya çıkarmak üzere mal ve emekte bir yardımlaşmayı ifade eder.

Mülk şirketi ise, tasarruf için engel olucu bir kayıttır. Çünkü ortak, müşterek maldaki şâyi' hissesinde, aynı istihlâk veya şeklini değiştirmek v.b. ortağına zarar veren aktif bir tasarrufda bulunamaz.

Bu anlayıştan hareketle mülk şirketinde müşterek malî aynların izale-i şüyu' yolu kabul edilmiştir (7).

İslâm Hukukunda ve lâik hukukta, müşterek malın izale-i şüyu'u ve her ortağa mütemmeyez bir kısmı tahsis etmek için esaslı bir yol (metod), taksimdir (8).

Ortaklardan biri taksime razı olmazsa, ortaklardan birinin talebi üzerine, eğer mal kabil-i taksim ise, mahkeme ortak malı taksim eder. Bu konuda menkul ve gayr-ı menkul arasında, Mecelle'nin 1130-1152 md.lerine göre, fark yoktur.

Ama eğer ortak mal kabil-i taksim değilse, hukukçularımız ortaklar arasındaki

(7) Müşterek borçlarda ise, zimmetde devam ettiği müddetçe, izale-i şüyu sözkonusu değildir, ancak onlardan kabzedilen kısımda mümkün olur ve borçta ortak olan iki alacaklı arasındaki kabzdan sonra taksim edilir. Anlaşılacağı üzere, bu takdirde onlardan herbirinin mülkiyeti, taksimden sonra hissesi üzerinde (içinde) mütemmeyez müstakil bir mülkiyet haline gelir. Aşağıda gelecek mülkiyeti altıncı özelliğine bkz. (fıkra 128).

(8) Burada belirtmek gerekir ki, iki şahıs arasında ortak olan bir gayr-ı menkul üzerinde, ortaklardan birinin hissesini, ortak olmayan birine satması halinde, ortaya çıkan şuf'a hakkı, izale-i şüyu'a götüren veya, şayi hisselerin sayısını azaltarak ve bazılarının mülkiyetini, bazılarınıniki ile birleştirerek (ona katarak) onu hafifletmeye yol açan tedbirler cümlesindedir.

Yani şuf'a, kanun koyucunun nazarında, mülkün şâyi olması halleri dışında da şüf'anın cereyanını gerektiren gayeleri olsa dahi, dolaylı bir yol ile izale-i şüyu' maksadına hizmet etmektedir.

ihtilâf halinde, izale-i şüyu' gayesi ile cebrî satışa gerek görmemişlerdir, bilakis aralarında mülk şirketi (şirket-i mülk) devam eder ve nöbetleşe (tehayüen, münavebeten) müşterek malı kullanırlar. Bu bir kıyas hükmüdür, çünkü insan, mâlik olduğu bir şeyi satmaya zorlanamaz. Nöbetleşe kullanma (mukayese) ise, hakikatte menfaatlerin taksimidir (*).

Mecelle, muhayee (nöbetleşe kullanma) nın esasını, çeşitlerini, zamanını ve yerini rızâ ve kazaî olmasını, yani ihtiyarî ve cebrî olmasını ve bunlara ait hükümleri 1174-1191. md.lerinde beyan etmiştir (9).

IX- Ancak, bizde (Suriye'de) Osmanlı Devleti zamanında çıkan "Gayr-ı menkul malların taksimine dair Kanun", ortaklardan birinin isteği üzerine diğer ortaklar istemese dahi, taksimi kabil olsun veya olmasın, **müşterek gayr-ı menkulün**, mahkeme yoluyla izale-i şüyuuunu emretmişti.

İslâm Hukuk kaidelerine uygun olarak Mecelle 1147-1152, md. lerinde, eğer taksim kabil ise, müşterek malın aralarında taksim edileceğini beyan etmiştir.

Eğer taksim kabil değilse, açık arttırma ile satılır ve semen (satış bedeli) ortaklar arasında taksim edilir.

Ortak mal menkul ise, bu kanun gereği, İslâm Hukuku kaidelerine uygun olarak, taksimi kabul olmaması halinde izale-i şüyua icbar edilemez.

Adıgeçen gayr-ı menkul malların kanun gereği taksim edilerek izale-i şüyuu bizde (Suriyede) sulh mahkemelerinin salahiyetlerindedir (10).

Son olarak 1366 hicrî (1947 miladî) yılında, bizdeki sulh hakimleri Kanununun 3. md. si, 3 Haziran 1947 tarih ve 353 sayılı Kanun ile değiştirildi. Bu değişik 3. md. müşterek gayr-ı menkul hakkında kanunen cereyan eden metod (yol) ile kazaî cebrî izale-i şüyuu'u hükmünü menkul mallara da teşmil etmiştir, bu da, taksimi kabul ise taksimini, değilse satımı yapılmak suretiyle gerçekleşir.

Mirasçılık ve diğer tabii sebeplerle ortaya her çıkışında mülk şirketinin problemlerini izale etmekte açık bir maslahat (fayda) vardır. Bu kabil maslahatı kıyas kabul etmese dahi, islâm hukukunun bir metodu olan istahsan onu reddetmez.

X- Bu makamda hatırda tutulması gereken husus, gayr-ı menkullerde kazai cebrî izale-i şüyuu'u kanunlarda kabul edildikten sonra, ortaklardan biri nöbetleşe kullanmayı istemiş, diğer ortağın da izale-i şüyuu talebinde bulunmaması hali dışında, artık ortak şeyin menfaatlerinden nöbetleşe istifadede cebri nöbetleşmeye yer kalmadığıdır, çünkü bu

(*) Mecelle'nin 1174. md.si hükmü şöyledir: "Muhayee kısmet-i menafiden ibarettir" (Çeviren).

(9) Biraz aşağıda, fıkra 117, zırai gayr-ı menkullerde nöbetleşe kullanmanın hukuken mülga olduğu görülecektir.

(10) Bu mahkemenin ismi, Suriye ile Mısır arasındaki birleşmeden sonra, Cüz'î mahkemeler olmuştur.

takdirde her ortak mülk, her halükârda, kazaî olarak izale-i şüyu kabil bir mal haline gelmektedir, bu durumda, taksim mümkün değilse, yani satım yapılır ve semen taksim edilir (11).

Nöbetleşe kullanmanın faydası, eğer kiraya verilmesi hukuken mümkün ise, gayr-ı menkul ve menkul malın şâyi hissesini kiraya vermekte ortaya çıkar, (Bkz. fıkra 127), kiralanan hisse hakkındaki kira akdinin icrası, ancak nöbetleşe kullanmada kiralayan dışındaki ortak ile birlikte, zaman ve yer bakımından nöbetleşe yapılmakla mümkün olur.

- Zaman bakımından nöbetleşe kullanma (muhayee), iki ortaktan birinin, ortak olan bütün şeyde, hisseseleri nisbetinde, muayyen müddetle ve birbirini takiben istifade etmesidir. Meselâ, iki şahıs arasında üçte bir-üçte iki nisbetinde ortak olan bir araziye, biri bir sene, diğeri ise iki sene müddetle nöbetleşe kullanması gibi.

- Mekân bakımından nöbetleşe kullanma (muhayee) ise, ortak malın bir kısmını, hissesi nisbetinde her bir ortağa tahsis ve her birinin aynı anda beraberce ondan istifade etmesidir. Meselâ, iki ortağın ortak biri evde hisselerine eşit bir şekilde bir kısmında oturması, veya iki dükândan birinin bir ortak tarafından kllanılması gibi (Bkz. Mecelle, md. 1176-1177).

Şurası açıktır ki, parçalanması mümkün olmayan şeylerden olan hayvan gibi mallarda nöbetleşe kullanma, ancak zaman bakımından sözkonusu olur.

Bu esasa dayanarak İslâm Hukukçuları, her şeyde, o şeyin bünyesine göre, menfaatleri bölecek zaman ve mekân bakımından nöbetleşe kullanma (muhayee) şeklinde iki çeşit kabul etmişlerdir.

(11) Burada dikkatimizi çeken, cebrî nöbetleşe kullanmanın, Suriyede Fransız idaresi döneminde fransız komiserinin Ziraatın ıslahı gayesi ile "Müşâ Arazilerin İlgası" mevzuundaki 10 Mart 1926 tarih ve 171 sayılı taşrii kararının 1. md. si gereğince zıraî gayr-ı menkullerde mülga olduğudur.

Adı geçen kararın 1. md. si şöyledir:

"Müşâ mülk halindeki zıraî araziler, bostanlar, üzüm bağları, bahçeleri, ilh... tapu senetlerindeki tâlimatlara aykırı olarak veya senedsiz olarak kullanacak şahıslar arasında nöbetleşe taksim yasaktır ve yasak olarak kalacaktır."

Bu md. deki ilgili şahıslar arasındaki nöbetleşe taksimden maksat muhayeedir (yani nöbetleşe kullanmadır).

Bu yasaklamadaki görüş, nöbetleşe kullanmada her ortağın nöbeti esnasında, toprağın semerelerinden azamî derecede hırs göstermesi sebebiyle zıraî arazilerin zayıflayacağıdır ve ayrıca, mahsulü geriye kalan menfaat kendisinden sonra gelecek olan kimsenin nöbetinde ona kalacak diye, kısırlaştırarak derecede toplamaya gayret etmektedir.

Öyle anlaşılıyor ki, bu yasaklama zıraî gayr-ı menkuller olup, yoksa zannedildiği gibi, genel bir şekilde nöbetleşe kullanmanın ilgası değildir. Böyle anlaşılmasından, bu kararın esbâb-ı mucibesinde yer alan, bu karardan maksadın ziraatın ıslahı maksut olduğu esası çıkmıyor.