

## İSLÂM HUKUKUNDA MÜLKİYETİN ÖZELLİKLERİ (\*)

Çev. : Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

**118-** Çeşitli neviler ve şekillerdeki mülkiyetin birbirinden farklı özellikleri vardır.

Bu özellikler, İslâm Hukukunun kabul ettiği kabiliyetler ve değer hükümleri olup, bunlar gereği, bazı mülkiyet neveleri, her nevin bünyesi ve İslâm Hukukunun o neve bakış açısına göre, diğer bir nevin kabul etmediği tasarruf ve hükümleri kabul eder.

İslâm Hukukçuları, mülkiyetin bu özelliklerini müstakil bir bahis içinde toplamamışlardır. Ancak, islâm hukuku araştırması yapan bir kimseye, mülkiyet ve sebepleri ile ilgili çeşitli bahisler ve münasebetler hakkında İslâm Hukukunun kabul ettiği hukukî hükümlerin yan kolları içinde görünebilir.

Aşağıda, nassların ve İslâm Hukuku hükümlerinin tâli esaslarının delâlet (işaret) ettiği bu özellikleri takdim edeceğiz.

### **119- Birinci Özellik :**

**Ayn mülkiyeti, prensip olarak menfaat mülkiyetini gerektirir (istilzam eder), ama menfaat mülkiyeti ayn mülkiyetini gerektirmez.**

Ayn mülkiyeti, menfaatin mülkünü, yani ona halen ve gelecekte tâbi olan şeyleri gerektirir. Ama bunun aksi sözkonusu değildir. Yani menfaatin mülkü, ayn'ın mülkünü

---

(x) Prof. Mustafa Ahmed Ez-ZERKA, El Fıkh'u'l-İslâmi fi Sevbihi'l-Cedid, El Medhalu 'l- Fıkh'ülÂm, c. 1, sh. 269-282, Dimaşk, 1968-/1387,den tercüme edilmiştir. Kitapdaki parağraf numaraları aynen muhafaza edilmiştir.

gerektirmez. Meselâ bir şahıs, kira ve âriyette olduğu gibi, bir şeyin aynına mâlik olmadan menfaatine mâlik olabilir.

Bu, bizzat eşyanın mülkiyeti maksut olmayıp, belki ondan gaye, onun menfaati olduğu için böyledir. O halde, ondan arzu edilen menfaat dahi olsa, menfaat, bir şeyin aynının mülkiyeti değildir.

Ancak İslâm Hukuku kanun koyucusu, istihlâk şeklinde de olsa, tam-serbest istifade ve meşrû tasarrufa esas olması için, rekabe (çıplak) mülkiyeti fikrini kabul etmiştir (1).

Birşeyde, çıplak mülkiyetinin intifa hakkından daimi bir surette ayrıldığını tasavvur etsek, bu, İslâm Hukukunun kabul etmesi beklenilmeyen bir abes olur. Belki, ârizi hallerde, muvakkat ve istisnai bir şekilde menfeatin ayna tâbi olduğunu ve bu sebeple makul semerelerinin çıplak mülkiyetine ait olduğunu kabul eder (2).

Bu esasa göre islam hukukunda daha önce takdim edilen menfaat vasiyeti şeklindeki iki hal dışında, menfaat olmaksızın sadece rakabe müykiyetini elde etmeyi gerektiren hali, mülkiyet sebeplerinden kabul edilmemiştir. (f. 112).

Bu iki hal şudur :

1— Mâlikin, malından bir şeyin menfeatini vasiyet etmesi. Evinde oturma, bostanın mahsülünü muayyen bir müddetle veya hayatı müddetince bir şahıs lehine vasiyeti gibi.

2— Bir malın aynını bir şahıs, menfeatini ise diğer bir şahsa sınırlı bir müddet için vasiyet etmesi. Birinci halde mirasçılar, ikinci halde ise, lehine vasiyet edilen şahıs malın menfaatine değil sadece rakabesine mâlik olurlar. Lehine vasiyet yapılan şahsın menfaatten istifade hakkı son bulunca, istifade hakkı, mirasçıdan veya lehine ayın vasiyeti yapılandıktan, rakabe mâlikine geri döner. Eğer her ikisi de hayatta değilse, mülk taksiminde anlatıldığı gibi, mirasçılara geri döner.

(1) Hatta mâlikî mezhebine mensup bazı hukukçular, mülk felsefesinde şu görüşü ileri sürüyorlar: Mülk, eşyanın zâtı ve maddesinin cevherleri üzerine kurulmamıştır. Çünkü onların cevherlerinde tasarruf etme insanın kudreti dahilinde değildir, belki mülk, genişlik ve darlık, sınırsız ve sınırlı olma, zamanlı sınırlı ve sınırsız (ebedî) olma bakımından farklı şekillerde olan eşyanın menfaati üzerine kurulmuştur. İşte bu sınırlara göre akitlerin isimleri ve neticeleri de değişik olur : Meselâ alım-satım akdi, menfaatte mutlak ve ebedî mülkiyeti sağlar, kira ise, sınırlı ve muvakkat mülkiyet verir. v.b.

Fakat islâm hukukçularının çoğunluğu, ve bu arada hanefiler, bu teorinin aksini düşünüyor ve mülkiyetin, eşyanın menfaatine ait olduğu gibi, zâtı üzerine de kurulduğu görüşünü ileri sürüyorlar.

Biz, bu teorik görüş ayılgınının mutlak bir faydasını görmüyoruz (Bkz. Prof. Ebu ZEHRA, Mülkiyet ve Akit Teorisi, f. 17)

(2) Bizde (Suriyede) Emiriyye arazilerininin hukukî durumu ile ilgili olarak yukarıda işaret edilen yere (f. 112) bkz.

Bu vasiyetinin sıhhati hakkında islâm hukukunun görüşü şudur : Rakabe mülkünün menfaatten ayırma vakitli olup, daimi değildir ve neticede mirasçıların veya lehine rakabe vasiyeti yapılan şahsın mülkü, mal üzerinde mülk şekline ödenecektir, ve bu şekilde ayırma bu durumda vasiyete hürmet düşüncesi ile kendini affettirecektir. Çünkü, müsamaha esası üzerine ve insan hayatının sonunda iyilik yapılmasını teşvik için, vasiyet hükümlerinin bir çoğuna, kıyasın aksine dayanmaktadır.

Bu esastan hareketle denilebilir ki, muayyen bir şahsa değilde bazı gayelere daimi olarak tek başına menfaat vasiyeti, vasiyet manasından dışarı çıkar ve özel mülkiyetinin mal rakabesinden sakıt olduğu daimi bir vakıf marasına gelip, vakfın tahsis edildiği, süreleri olmayan hayır gayeleri lehine menfaate ebedi olarak destek olmaktadır. Meselâ bir insan üzüm bağlarının mahsülünü veya evinin gelirini ebedi olarak fakirlere, ya da önce muayyen şahıslara, daha sonra fakirlere vasiyet etse, bu takdirde bu *ebedileştirme* düşüncesi sebebiyle, vasiyet lafzı ile de olsa, zarureten ölümden sonra hüküm ifade eden bir vakıf olur. Çünkü mademki menfaat ebedi olarak kendilerinden başkasına verilmiştir, artık rakabedeki mirasçıların mülkiyetinin mânası kalmamıştır. (Bkz. Fethul-Kadir, Vakıf 5/419 ve Reddul-Muhtar, 3/359)

#### 120— İkinci Özellik :

**Daha önce üzerinde mülkiyet teessüs etmemiş (memlûk olmamış) bir şey üzerinde sabit olan ilk mülkiyet, daimi-tam mülkiyettir.**

Yani bu mülkiyet, bir şeyin menfaatleri ile birlikte rakabesini de içine alır (ona da şâmindir). O halde ilk mülkiyetin, menfaati olmaksızın sadece rakabesine, veya rakabesi olmaksızın sadece menfaatine münhasır ve nâkıs olması mümkün değildir.

İlk mülkiyet, *inşa edici bir sebep ile* bir şeyin üzerinde sâbit olan mülkiyetin, yani mübah olan şeyleri ihraz (elde etme) veya memlûk olandan doğma yoluyla gerçekleşir.

İnşa edici sebebi ile bir şey üzerine mülkiyetin sâbit olmasından sonra artık bu şeyin, yeni bir mülk olması tasavvur edilemez. Ancak mülkiyeti inşa edici değil, nakledici bir sebeple mülk olabilir. Çünkü memlûk olan bir şey üzerinde sabit olan her mülk, mülkün tebeddülü ile sözkonusu olur ki, mülkiyetin naklinin mânası da işte budur.

Ayrıca, eski mâlikten ya ayn ve menfaat mülkiyeti bir arada nakledilir, ve mülkiyet sağlayan satım, bağışlama (hibe) ve benzeri sebeplerle ortaya çıktığı gibi, başkası lehine tam mülkiyet sabit olur; ya da ondan sadece menfaat veya sadece rakabe intikal eder, bu takdirde mülkiyetin çeşitleri bahsinde açıklandığı üzere, mülkiyetin meşru sebeplerinden biri ile başkası lehine nâkıs bir mülkiyet sâbit olur.

Bu açıklamalardan şu netice çıkar :

Tam mülkiyete, inşâ edici ve nakledici sebepler taalluk ederler ve ilkönce ihraz ve memlûk bir şeyden doğma ile inşa edilir, sonra akitten ve halefiyat ile intikal eder.

Nakıs mülkiyet ise, eski mâlikten nakleden sebep dışında, temellük sebepleri ona taalluk etmez, çünkü tek başına bir şeyin menfaatinin ve rakabesinin mülkiyeti, her zaman onun üzerinde eski bir tam mülkiyet ile sözkonusu olur.

### 121— Üçüncü Özellik :

**Ayn mülkiyeti vakit ile sınırlamayı (tevkit) kabul etmez, menfaat mülkiyetinde ise asıl olan vakit ile sınırlamadır.**

Ayn mülkiyeti, sebeplerinden biri ile sâbit olursa, ebedî olarak sâbit olur. Artık bundan sonra ancak yeni ve nakledici bir sebep ile intikali sözkonusu olabilir (tasavvur edilebilir). Eğer yeni bir akid şeklinde bir nakleden sebep arız olmazsa, daha evvel sabit olan mülkiyet son bulmaz.

Bu sebeple, Hz. Peygamber (A.S.M.) Umre'de (3) mülkün dâim olduğunu şu sözü ile belirtmiştir :

*"Kim bir şeyi umre yaparsa, mülkiyeti, lehine umre yapılanındır, ondan (Onun ölümünden) sonra mirascılara ait olur"*

Bu prensibe dayanarak İslam hukukçuları, satım akdinin sıhhat şartları arasında, vakit ile sınırlamama (tevkit) neticesini çıkarmışlardır, eğer vakit sınırı varsa, fâsit olur demişlerdir. (Bkz. Reddül-Muhtar 4/6)

Ama ayn olmaksızın sadece menfaat mülkiyeti ise, onda aslolan vakit ile sınırlamadır. Âriyet, kira ve muayyen bir süre bir şahıs lehine birşeyin vasiyetinde durum böyledir. Bu sınırlı müddet sona erince, intifa hakkı da sona erer.

Menfaatin temlikindeki bu vakit ile sınırlama, eğer kira ve sulh gibi bir ivazlı akitde sözkonusu ise, temlik eden için bağlayıcı olup, ondan dönemez. Çünkü bu akit, muayyen müddetle menfaatin satımı mesebesindedir. İslâm hukukçuları daha önce belirtildiği üzere, ayınların satılmasının, mukabili olarak menfaatin satılması mahiyetinde olduğundan, kira akdini hakikatta satım (bey') akdinin bir çeşidi olarak açıklamışlardır. (Bkz. f. 11 - ikincisi, ve Reddül-Muhtar 5/2, 29.)

---

(3) Umre (Suğra vezninde) bir insanın diğer bir kimseye hayatı müddetince bir şeyi hibe etmesidir. Yani lehine hibe yapılan ölürse, o şey hibe yapana geri döner. Bu işlem arapçada "a' martuke" (Sana umre olarak verdim.) veya "Sana onu umre olarak verdim" Ya da ona benzer ibareler ile yapılır.

Şayet menfaat mülkünün vakit ile sınırlanması teberru akdinde söz konusu olmuş ise, bu iare (âriyet) olup, temlik edeni bağlayıcı değildir. Bilakis âriyeti veren (Muir), âriyeti alan (Müsteir) için tesbit ettiği vakitten daha kısa sürede dönebildiği gibi, iarenin aslından da dönebilir ve istediği zaman âriyeti geri alabilir (4).

122— Ancak hukukçularımız, âriyetin bu şekilde tespit edilmiş süresinden önce ariyetden geri dönmenin, âriyeti alana vermesi muhtemel olan zararını da nazara almayı ihmal etmemişlerdir. Meselâ, ariyet sahibinin muayyen bir müddetle bir başkasına ziraat, ağaç dikme, bina yapma için verdiği bir arsa olsa, âriyeti alan (müsteir) arsaya ziraat yapsa veya ağaç dikse, ya da bina yapsa, daha sonra muir âriyetden dönüp, verilen müddetin bitiminden önce arsayı geri istemesi gibi.

İslâm hukukçuları bu durumlarda tafsilatlı kaideler kabul etmişlerdir :

a) Ziraat yapma halinde müirin, ziraat mahsulünün hasadından evvel arsayı geri isteme hakkı yoktur. Çünkü ziraatın sona ereceği bir mevsimi vardır. Ziraat için verilen arsa âriyetinde, bu ariyetin muvakat veya mutlak olması arasında fark olmayıp, bilakis ziraat, hasat edilinceye kadar toprak üzerinde bırakılır ve geri dönme tarihi ile hasat edilme tarihi arasındaki müddetin eciri mislimuirin hakkıdır, ayrıca müsteirin zamanda giderilir.

b) Ağaç dikme ve bina yapımı halinde ise, muirin, ne vakit isterse, ağaç dikme veya bina için verilen arsanın ariyetinde muvakat veya mutlak olsun, mutlak olarak geri dönme hakkı vardır. Bu takdirde müsteir ağaçları söküp binayı yıkıp arsayı boş olarak muire teslim mükellefiyetindedir.

Bunun sebebi, ağaç dikmek veya bina yapmanın, ziraatın hasadında olduğu gibi, sona ereceği muayyen bir müddeti yoktur.

(4) Burada denilebilir ki, teberru da olsa menfaat vasiyetinde, vasiyeti yapanın (Musa) mirasçılarının, onun ölümünden sonra murislerine intifa için tayin ettiği müddetten dönme hakları yoktur. Çünkü dönme hakkı ancak vasiyeti yapan mirasçıların malikine aittir ve o da ölmüştür. Ve böylece bu vak'a ile, vasiyet teberru da olsa, vasiyet edilen şey de, onun için tayin edilen müddet içinde kesin bağlayıcı hale gelmiştir. Çünkü mirasçılara, daha önce belirtildiği gibi, bu halde lehine vasiyet yapılanın intifa müddeti içinde sadece rakabe mülkiyeti intikal etmektedir. Aksi halde eğer vasiyeti yapanın mirasçılarına rücu hakkı verilseydi, vasiyet asla istikrar kazanamazdı.

Bu sebeple islâm hukukçuları, lehine menfaat vasiyeti yapılan kimsenin vasiyeti yapmadan sonraki intifanın, onun mirasçıları hesabına değil, hukuken vasiyeti yapanın mülkü hesabına kabul etmişlerdir. Ve menfaatı vasiyet edilen mal ise, vasiyet yapılan malda ölen murisin menfaat hakkı üzerindeki mülkü hesabına mahbus olarak kabul edilir. Bu mâna, mirasçıların bu halde sadece malın rakabesine malik oldukları, ve daha önce belirtildiği gibi, lehine vasiyet yapılanın intifa müddetinden veya ölümünden sonra hali dışında, asla menfaatına miras yoluyla mâlik olmadıkları şeklindeki mânasına uygundur. (f. 99, Durrül Muhtar ve Reddül Muhtar 5/442).

Ancak eğer muvakkat ise ve muir müsteire ağaç dikmek veya bina yapmak için verdiği müddetten önce âriyetten dönerse, bu takdirde muir, müsteiri aldatmış olur (tağ-rir). Bu seseple müsteir, muirden sökme ile âriyet için tayin edilen müddetin sona ermesi arasındaki bina ve ağaçların kıymet farkını tazmin etmesini isteyebilir.

Meselâ yıkılan bina veya sökülen ağacın âriyetten dönme ve sökme tarihinde kıymeti 12 dinar ise, ve âriyet için verilen tarihin sonuna kadar kalması halinde 20 dinar olacak idi ise, muir müsteire 8 dinar tazminat verir. (Bkz. Mecelle madde 831-832 ve Durrül-Muhtar 4/505).

### 123— Dördüncü Özellik.

**Ayn mülkiyeti iskat kabul etmez, fakat nakli kabul eder.**

Bir kimse kendisinin memlûkü olan bir şey üzerindeki mülkiyetini iskat etse dahi, mülkiyeti düşmez ve onun mülkü olarak kalmakta devam eder.

Bu esasa dayanarak islâmiyet "Sâibe" (\*) yi yasaklamıştır, yani mâlikinin mülkünden çıkıp yeni bir mülke girmeyi kabul etmemiştir. İslamiyetten önceki araplar, özel bazı hallerde develeri tesyip etmeye alışmışlardı, Kur'an böyle bir davranışı açık bir nas ile yasaklamıştır (kaldırmıştır). Hatta bir hayvan avlansa, sonra serbest bırakılsa dahi birinci mâlikinin mülkünde kalmaya devam eder. O başka bir şahsın eline düşse bile birinci malike, ondan istirdat hakkı tanınmıştır.

Bu esasa dayanarak islâm hukukçuları aynlardan ibraın ademi sıhhatı kaidelerini koymuşlardır. Çünkü iskat mânasında ibra, temlik mânası ile karışmış olmaktadır. Meselâ bir şahsın diğer bir şahısta gasbedilmiş veya emanet verilmiş (mude') bir malı bulursa ve onu ibra etse, bu ibra, sahih (muteber) olmayıp, o şey sahibinin olmakta devam eder.

Fakat gasbedilmiş şey, gasbedenin elinde telef olsa, gâsıp onun kıymetini tazmin ile mükelleftir. Mâlik onu ibra ederse, ibra muteberdir. Çünkü hak zimmete geçmiştir, zimmetlerdeki haklar ise, iskat kabul ederler.

### 124— Vakıf istisnası :

Ayn mülkiyetinin iskatının kabul edilmediğinin istisnası, vakfı, vakfedenin (vâkıf) mülkiyetinden iskat olduğunu, teberru olmadığını ileri süren görüşe göre, *vakıftır*; bu durum vakfedilen mal (mevkuf), yeni bir malike geçmez, vâkıfın mülkünden çıkmış vakfedilen malların aynının arasına girmiştir.

(\*) Saibe : Kendi başına bırakmak mânasında seyb kökünden gelir. Bir adam hasta olur veya bir kimsele-ri kaybolursa, muradlarına kavuşmak için bir deve adarlar. Eğer hasta iyileşir, dertleri gider, ya da kaybolan kişi dönerse, o deveyi yük yüklemekten, binmekten muaf tutar, serbest bırakmak demek olan bir câhiliye devri adetidir. Kur'an-ı Kerim (Mâide Suresi, âyet 103) bu şekilde hareketi yasaklamıştır (çeviren).

Fakat bu sâibe sayılmaz, çünkü vakıfta mülkiyetin ıskatı yanında, mevkuf malın aynının fertlerin mülkiyetinden çıkmasına bağlı olarak hayırlı gayelerle devamlı bir te-berru özelliği de vardır. Bu sebeple islâm hukukçuları vakfı şöyle tarif ediyorlar:

"Vakıf, Allah'ın mülkü hükmünde olarak ayn'ın hapsi, menfaatin tasaddukudur."

Vakıfta, mevkuf aynın mülkiyetinin vakfedilen hayır cihetlerine intikal ettiği, çünkü bu cihetlerin hükmî şahsiyeti haiz olduğu kabul edilmiştir (5). Bu sebeple eğer ihtiyaç ve maslahat gerektiriyorsa, vakıf gayri menkulünün yerine bir diğer gayri menkulü koymak caizdir. Ayn'ın yerine bir yeni ayn koyma, lehine değiştirme yapılan vakfedilen cihetin mülkiyetinin bir neticesidir.

### 125— Beşinci Özellik :

**Maddî şeylerde (aynılarda) şâyi mülkiyet, kaide olarak, bir mâni olmadığı takdirde, tasarrufu kabil şeylerdeki muayyen mütemeyyiz mülkiyet gibidir.**

Bu esasa göre bir şeyin şâyi hissesini satmak, onun hakkında sulh yapmak, onu vakfetmek ve vasiyet etmek, satıcı ve âkit, ister sadece üzerinde akit yapılan hisseye veya o şeyin tamamının mâliki olsun, câizdir. Çünkü memlûk şeyin tamamında câiz olduğu gibi, bir kısmında da tasarruf câizdir.

Ancak İslâm hukukçuları bu kaideden şâyi hisse üzerinde, bünyeleri ve şartları icabı, mutlak olarak veya sadece bazı hallerde tasarrufa mani üç akdi müstesna tutmuşlardır.

Müstesna olan bu akitler şunlardır : *Rehin*, *hibe* (bağışlama) ve *kira*.

126— *Rehin* bakımından olan mâni açıktır. Çünkü *rehin*, İslam hukukçularının nazarında rehnedilen malın (merhun) şüyu' olması ile bağdaşmaz. Çünkü, -gayeleri borcu ifayı garanti etmek olduğuna göre-, merhunu kabz şarttır, ayrıca onun mürtehinin elinde devamlı tutulması (hpsi) da gereklidir. Bu gerek ise, şâyi bir cüz'de rehlin sıhhatine mânidir. Çünkü, mesela, bir insan bir atın dörtte birini, bir evin yarısı gibi şâyi hisseyi rehnetse, mürtehin malın tamamını hapsetse, bu takdirde râhinden başka ortağın hakkına, şuyu sebebiyle, onun maldaki hissesine tecavüz etmiş olur; yok eğer mürtehin, rehnedilmemiş hissesinin mâliki ile beraber hapis ve kullanmada, bir müddet *rehin* hükmünde hapsetmek ve bir müddet de kullanmak için onu teslim etmek tarzında nöbetleşe

(5) Vakıf ancak halen veya istikbalde mevcut olan devamlı bir vakıf (tahsis) gayesine sahip olmakla müteber olur. Bu da ya başlangıçtan itibaren hayırlı gayelere tahsis edilir, meselâ fakirlere veya bir camiye veya okula vb. hayır gayelerine vakfedilme gibi. Bu çeşit, *hayır vakfı* diye isimlendirilir, veya evvela muayyen şahıslara ve nesillere hayatta oldukları müddetçe vakfedilir, onların sonu kesildikten sonra ise devamlı maksatlarına vakfedilir. Bu çeşit ise "*zürrî vakıflar*" veya "*ehli vakıflar*" diye isimlendirilir.

hareket etse, bu takdirde de merhunun hapsinin devamlılığı kaybolur ve rehin, garanti (tevsik) kuvvetini kaybeder ve gayesi ortadan kalkar.

İşte bu mâna, gayrimenkul ile ilgili her akdin tescil edilmesini gerektiren tapu sicili düzenini kuran ülkelerde, gayr-ı menkulün şâyi hissesi üzerinde bugün gayr-ı menkul rehninin muteber olmasını gerektirmektedir. İşte bizde Medeni Kanunun 1058. maddesinde "satışı câiz olan her gayr-i menkulün rehni de câizdir". şeklinde kabul ettiği esas, budur. Bu cevazdan, gayr-i menkuldeki şâyi hisse müstesna tutulmamıştır (6).

Çünkü tapu sicil düzeni, merhunun râhinin elinde kalması ile beraber, râhinin onda tasarrufuna, satma vb., mâni olmak için, tapu sicilindeki ilgili sahifesini mücerret bir işaret (kayıt) koymakla, artık rehnedilmiş gayri-i menkulün kabzedilmesine gerek bırakmamıştır (7).

İşte İslâm hukukçuları ve medenî hukuk âlimlerinin görüşüne göre şâyi hissenin rehnine ait esaslar bunlardır (8).

(6) Halbuki bizdeki 3339 sayılı eski gayr-i menkul mülkiyeti kanunu, hisse-i şâyiayı istisna tutulmuş, onun rehninin caiz olmadığını 23. ve 104. md.lerinde açıkça düzenlenmişti.

(7) Son olarak Suriye Temyiz Mahkemesi'nin, gayr-i menkule ait akdi, tapu siciline kaydı (tescili) hukuken, neticesi bakımından fiili teslim makamına gelen teslim kabul edileceğine dair görüşü ve içtihadı kesinlik kazanmıştır.

(8) Hibe ve kira akdindeki şuyu' konusuna gelince: Hanefî hukukçuların tafsilatla üzerinde durdukları bu konuyu şöyle özetleyebiliriz :

#### A- HİBE (Bağışlama) Akdinde :

*Taksimi kabil* bir malın şâyi bir hissesi üzerinde hibe yapılırsa, meselâ, iki eve bölünmesi kabil olan büyük bir evin yarısını ve koyun sürüsünün dörtte birini veya yarısını, yarım çuval buğday vs. gibi, hibe, bölünmesine zarar vermeyen durumlarda, bu şâyi hissede hibe sahih değildir. Çünkü teberra akdinin tamamlanması için bir kabz ve teslim şarttır. Kabz ise, diğerlerinden ayrılmış (temyiz) ile tamam olur. Şâyi hisse ise, içinde şâyi bir cüz olduğu bütün malın teslime tâbi olarak zımnî teslim dışında, teslimi söz konusu olamaz. Bu şekilde teslimi ise, tamam olmayıp nâkısdır. Madem ki mal, taksimi kabil bir maldır ve ondan hibe edilen bir hisse tam ve kâmil olarak ayrılmış şekilde teslimi mümkündür, artık nâkıs teslimi ile iktifa edilemez.

Ama eğer *taksimi kabil olmayan* bir mal, şâyi hissesi üzerinde hibe yapılmışsa, inci gibi taksimi ona zarar veren bir mal, bir parça mücevher, bir tek kitap, at, hamam, mevhub (bağışlanmış) bir hisseyi bölüp, evin hiç bir bölümünün oturmaya elverişli olmaması halindeki küçük bir ev, bütün bu ve benzeri misallerde, şâyi misallerde, şâyi hissenin hibesi caizdir. Çünkü hibede tam ve kâmil kabz mümkün olmayınca, malın kabzı ile iktifa edilir ve mevhubun leh hepsini teslim zımmında mevhub hisseyi teslim alır ve diğer hissenin sahibi ile birlikte aynı mülkiyetine ortak (şerik) olur.

#### B- Kira akdinde :

Kira akdinde ise, hanefî hukukçular, eğer şuyu', *akdi birlikte yapılan cinsten* ise, bir gay-ri menkulün sadece yarısı, bir hayvan, bir elbise veya buna benzer şey gibi, şâyi hissenin kirasını yasaklamışlardır.



## 128 (\*)—Altıncı özellik :

*Müşterek alacaklardaki şâyi mülkiyet, zimmete taalluk ederse, bölünmeyi kabul etmez.*

A— Mülkiyete taalluk eden bu müşterek alacak tahsil edilince (kabzedilince), alacak (deyn) mülkiyeti olmaktan çıkar, ayın mülkiyeti haline gelir; ve kabzedilen, bölünmesi kabil olan müşterek diğer ayınlar gibi, şâyi hisse sahipleri arasında taksim edilir.

Bu esasa dayanarak, mesela ortak alacaktır ortaklarından birisi, alacaktır kendi hissesine eşit bir miktarı borçludan tahsil etse, bu miktar kabzedilmiş sayılmaz (tahsil eden ortağın mülkiyetine intikal etmez), bilakis kabzedilen şey aralarında taksim edilmek üzere ortağına da ait olur, her bir ortak ondan hissesini alır; çünkü şayet ortaklardan birinin kabz ile hissesinin müstakil hale geldiği kabul edilse, alacağını daha zimmette iken bölünmüş olduğunu ve alacakların borçdaki hisselerinin ayrıldığını kabul gerekecekti ki, aslında müşterek olan şey bu takdirde müşterek olmayacaktır.

Hatta müşterek borcun alacaklılarından biri, borçdaki hissesi kadar bir miktar borçludan bir şey satın alsın ve bunu mebiin semeni yapsın, muteberdir, aynı şekilde semen olarak kabul ettiği ve bu meblağı müşterek borçludan kabzetse muteber olur. Bu takdirde diğer ortak muhayyerdir; isterse ortağından mebiin semeni olarak kabul edilen borcun cüzünde hissesini alır, isterse mebi, alıcı ortağına terkeder ve borcun aslında bâki olan hissesi ile borçluya müracaat eder.

---

Ama şâyi hisseler, birlikte akedilme gerekli olmayıp, sadece *ârizî olarak (tarien)* ekdedilmiş ise, meselâ bir ortak, ortak bir gayr-i menkulün hepsini kendi adına asaleten, ortağı adına ise vekâletsiz iş görerek (fuzulen) kiraya vermiş, ortağı da akdi ret ve hissesinin kirasına icâzet vermemişse, bu takdirde kira, akdi yapan ortağın hissesinde sahihtir. (Mec. 429-430) : Çünkü İslâm Hukuk Metolojisinin kabul edilen bir kaidesine göre, "ibtidaen tecviz olunmayan şey bekaan tecviz olunabilir" (Bkz. mecelle, 55).

İşte bu mevzuda hanefî hukukçularının kabul ettikleri esaslar bunlardır.

Ancak şurasını itiraf edelimki, rehin, hibe ve kirada şâyi hissede tasarrufun sıhhatine mani olan bu fikhî istisnalar, rehin dışında pekde kuvvetli illete sahip değildirler.

Çünkü hibe ve kirada müşâ'nın sıhhatinde ve mevzulunleh veya müstecirin şâyi hisse ve menfaatinin mülkiyetinde vâhib ve mücirin yerine geçmeye mâni olması ortaya çıkmaz. Delili ise hukukçularımızın kendileri, hibe bakımından taksimi kabil olmayan ve kira bakımından olağan üstü hallerde şûyu halinde buna müsaade etmişlerdir.

Bu gün bizde uygulanan kanuni hükümler, gayri menkul ve menkul mallarda ayırım yapılmadan, şâyî hissenin hibesi ve kirasının sıhhatini gerektiriyor; ayrıca bizdeki daha sonra çıkarılan kira kanunları da gayri menkulün şâyî hissesinin kirasını câiz görmektedir

(\*) Kitabın aslında 127. paragraf numarası, şehven kullanılmamıştır (çeviren).

Yine meselâ, iflas sebebiyle veya benzer bir sebeple, borçludan borcunun geri kalan kısmının tahsili imkânı olmazsa, mebiin semeninden hissesini almak için ortağına rücû hakkı vardır. Daha önce satın almaya icazet vermiş olması, bu rücua mâni değildir.

Ve rızası dışında ortağının satın aldığı mebiin aynında ortağına ortak olmak şıkkını tercih etme hakkı yoktur. Aksi durumda, yani ortağı aynı borçdan ve cinsinden bir miktar kabzederse kabzedilen şeyde diğer ortağın iştiraki olur. (Bkz. Mecelle md.1103 vd.) (9).

B— Müşterek olmayan alacaklara gelince; ondan herbiri zimmete taalluk ettiği andan itibaren mütemeyyiz ve mustakil olarak yerinden ayrılmış olur ve her alacaklı, alacaklılardan tahsil ettiği şeyde müstakil olup, diğer alacaklılarla ilgisi yoktur. Meğerki, borçlunun iflâsına hükmedilsin veya müflis olarak ölsün. Bu takdirde malî alacaklıları arasında alacakları nisbetinde taksim edilir ve her bir alacaklı, mevcut malın miktarına göre, meselâ alacağının yarısı, dörttebiri veya daha az veya çoğunu alır ve hiçbirinin diğerinden nisbet olarak fazla olma hakkı yoktur. Bu duruma, *alacaklıların hissesi* adı verilir.

115 nolu fıkrada ne zaman, müşterek, ne zaman müşterek olmadığını beyan etmiştik, oraya bakınız.

(9) Bu mevzuda, İslâm Hukukunda *mala karşı mal ile Sulh'un, satım ve alım mesabesinde* olduğu esas kabul edilmiş olsa bile, satın almanın hükmü sulh'dan ayrıdır.

Mesela müşterek alacaklılardan biri, müşterek borçdaki hissesi miktarı ile borcun cinsi dışındaki bir şey üzerine borçlu ile sulh olursa ve onu sulhan (satımı ile değil) ondan alırsa (kabzederse), bu takdirde muhayyerdir: ya ortağı ile birlikte sulh olunan şeyin aynısına ortak olur, ya da sulh olunan borç meblağındaki hissesini ona öder, meğerki ortağı o şeyi sulh alan ortağına terk ve borçtaki hissesi kadarı ile borçluya rücu etsin.

Bunun sebebi, sulh'un müsamaha ve hakkın aslından bir indirme esas üzerine kurulduğudur, halbuki satımda tersine, karşılıklı pazarlık (mümakese) ve teadul esas üzerine kuruludur.

Çünkü üzerine sulh olunan şey, normal olarak, hakkında sulh yapılan hakkın kıymetidir. Sulh olanın, ortağına zarar olsun diye sulh olunan borcun meblağından ortağın hissesini vermeye mecbur tutsa bile, durum budur. (Bkz. mecelle Md. 1105 - 1106 ve üstad Baz ve diğerlerinin şerhleri.)

Bu görüleceği gibi, İslâm Hukukunun ince görüşlerinin örf ve nazari prensiplerin beraber nazara alındığı ve korunduğu konusunda ortaya çıkan farklardan biridir. İlâve olarak, İslâ Hukuku hükümlerinin teferruatına adalet ve insaf kıstası ile ve İslam hukukunun diğer müesseselerinde görülen tevazün düşüncesi üzerinde kurulduğu görülmektedir.