

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

770584

**İSLÂM HUKUKUNDA ÖZEL
MÜLKİYETE GETİRİLEN SINIRLAMALAR**

(Doktora Tezi)

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

Danışman

Prof.Dr. Mustafa UZUNPOSTALCI

Hazırlayan

Halit ÇALIŞ

Konya 2001

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	1
ÖNSÖZ	6
KISALTMALAR	8
GİRİŞ	9
I. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI	10
II. KAYNAKLAR	16
BİRİNCİ BÖLÜM	24
MÜLKİYET KAVRAMLARI VE TEMEL BİLGİLER	24
I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE	25
A. Milk	25
B. Hukuk	30
C. İbâha	33
II. MÜLKİYETE GENEL BAKIŞ	35
A. Konusu	38
B. Kapsamı	42
C. Malike Sağladığı Yetkiler	45
D. Allah'a, Topluma ve Şahsa Nisbeti	47
E. Çeşitleri	55
1. Sahiplerine Göre Mülkiyet Çeşitleri	55
a. Özel Mülkiyet	56
b. Vakıf Mülkiyeti	60
c. Devlet Mülkiyeti	62
d. Kamu Mülkiyeti	64
2. Hakkın Konusu Bakımından Mülkiyet Çeşitleri	65
a. Ayn Mülkiyeti	65
b. Menfaat Mülkiyeti	66
3. Hak Sahibinin Sayısı Bakımından Mülkiyet Çeşitleri	68
a. Tek Kişi Mülkiyeti	68
b. Birlikte/Müşterek Mülkiyet	68
F. Fonksiyonu (Sosyal Ödev Görüşü)	69
İKİNCİ BÖLÜM	76
İSLÂM HUKUKU DOKTRİNİNDE ÖZEL MÜLKTE TASARRUF	76
I. GENEL OLARAK HAK KAVRAMI	77
II. İSLÂM HUKUKU DOKTRİNİNDE ÖZEL MÜLKTE TASARRUF	83
A. HANEFÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ	83
B. MÂLİKÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ	102
C. ŞÂFİÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ	111

D. HANBELÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ	120
E. DİĞER BAZI MEZHEPLERE MENSUP VEYA BAĞIMSIZ ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ	125
III. GENEL DEĞERLENDİRME.....	134
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	163
FERT YARARINA SINIRLAMALAR.....	163
I. İRADÎ SINIRLAMALAR.....	165
A. Hukukî İşlemin Yapısından Kaynaklanan Sınırlamalar	165
1. Fâsid Akid	165
2. Âriyet (Ödünç).....	167
a. Âriyetle Elde Edilen Yetkinin Hukukî Niteliği	168
b. Âriyetten Rucu.....	169
c. Âriyetin Hukukî İşlemlere Konu Edilmesi.....	170
d. Âriyetten Yararlanma Çerçevesi.....	171
3. Karz (Borç).....	173
B. Aynî Hak Taalluku Sebebiyle Öngörülen Sınırlamalar	176
1. Kira Konusu Nesnede Tasarruf	176
a. Ayn Malikiyle İlgili Sınırlamalar	177
b. Menfaat Malikiyle (Kiracı) İlgili Sınırlamalar.....	179
aa. Menfaatten Yararlanma Çerçevesi.....	180
bb. Alt Kira.....	183
c. Kira Miktarlarının Belirlenmesi.....	184
2. Rehinde Tasarruf	186
a. Çeşitli Açılardan Râhinin Tasarrufları	189
b. Rehnü'l-müstear	191
3. İrtifak Hakları	193
a. Hadim Akar Malikinın Tasarrufları	195
b. Hakim Akar Malikinın İrtifaktan Yararlanma Çerçevesi ve Tasarrufları.....	196
4. Ortak Mal/Müşterek Mülkiyet.....	198
a. Yararlanma.....	200
b. Hukukî İşlemlerde Bulunma	200
c. Taksim (İzâle-i Şuyû)	202
C. Şartla Takyid	206
1. Ca'fî Şartlar	207
a. Şart Muhayyerliği ve Mülkte Tasarrufa Etkisi.....	210
b. Akid Mahallinin Menfaatinden Belirli Bir Süre Yararlanma Şartı	211
c. Hayır Amacı Taşıyan Şartlar	215
2. Mevhûbu leh'in Mevhûbda Tasarrufu	215
II. KANUNÎ SINIRLAMALAR	217
A. Malda Tasarruf Yetkisi Açısından Ehliyet Konusuna Genel Bakış.....	218
B. Ehliyet Bağlamında Genel Olarak Hacir Kavramı.....	222

C. Ehliyet Darlığı/Kısıtlılığına Bağlı Sınırlamalar.....	224
1. Akıl Olumsuz Etkileyen Haller.....	224
a. Sarhoşluk.....	224
b. Akıl Zayıflığı/Bunama (Ateh).....	226
c. Akıl Hastalığı (Cünûn).....	227
2. Temyiz Gücünü (Rüşd) Olumsuz Etkileyen Kısıtlılık Hali: Harcamalarda Tedbirsizlik (Sefeh).....	228
a. Kapsamı.....	229
b. Sefih'in Hacı Konusunda İslâm Hukukçularının Görüşleri.....	233
D. Üçüncü Şahısların Haklarını Koruma Amaçlı Sınırlamalar.....	239
1. Borçlunun Tasarrufları.....	239
a. Ödeme İmkânından Yoksun Bulunan Borçlu.....	240
b. Mütemerrid Borçlu.....	241
aa. Mütemerrid Borçlunun Hapsedilmesi.....	241
bb. Mütemerrid Borçlu Hakkında Hacir Kararı Alınması.....	242
cc. Hacir Sonrası Malî Tasarrufları.....	246
dd. Mallarının Satımı.....	248
ee. İhtiyatî Haciz.....	249
2. Müflisin Tasarrufları.....	251
3. Ölümcül Hastanın Tasarrufları.....	258
a. Tarifi ve Kapsamı.....	259
b. Ölümle Sonuçlanan Hastalık Halinin Tasarruf Sınırlaması Sayılma Nedeni.....	260
c. Ölümcül Hastanın Mallarına Üçüncü Şahısların Aynî Hakkının Taalluk Etmesi Görüşü.....	261
d. Ölümcül Hastanın Tasarrufları.....	263
aa. Bedelli Temlik İşlemleri.....	264
bb. Evlenmesi ve Muhâleada Bulunması.....	265
cc. Teberrûları.....	266
dd. Ölümcül Hastalık Açısından Hamilelik.....	269
E. Fert Yararına Diğer Bazı Kanunî Sınırlamalar.....	272
1. Kadının Teberrû Ehliyeti.....	272
2. Zekât Malında Tasarruf.....	281
a. Zekât Mükellefinin Tasarrufları.....	281
b. Zekât Lehtarının Tasarrufları.....	282
3. Ebeveyn ve Çocuklar Arası Maddî İlişkilerde Adâlet.....	284
a. Deliller ve Hukukî Görüşler.....	285
b. Muamele Türü ve İlgili Şahıslar Açısından Konunun Kapsamı.....	294
c. Adâlet Ölçüsü.....	297
4. Vasiyet.....	299
a. Vârise vasiyet.....	302

aa. Vasiyet ve Miras Âyetleri Arasındaki İlişki.....	302
bb. Vârise Vasiyetin Hukukî Yönü	307
b. Üçte Birden (1/3) Fazla Vasiyet	310
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	315
KAMU YARARINA SINIRLAMALAR	315
I. İKTİSADÎ SINIRLAMALAR.....	316
A. Piyasada Denge ve İstikrarı Sağlamaya Dönük Sınırlamalar	317
1. Tekel (Monopol) Yasağı	317
2. Karaborsa (İhtikâr) Yasağı	320
3. Fiyatların Belirlenmesinde Devlet Müdahalesi (Narh)	324
a. Narh Konusunda Hukukî Görüşler	327
b. Narh Sebepleri.....	331
c. Narh Fiyatının Tespiti.....	332
d. Genel Değerlendirme	333
B. Ülke Kalkınması ve İktisadî Verimliliği Artırma Amaçlı Sınırlamalar	337
1. İktâ	337
a. İktâ Suretiyle Kazanılan Hakkın Hukukî Niteliği.....	337
b. İmar Zorunluluğu ve Süreyle Tahdit.....	340
c. Belirli Bir Kullanıma Tahsis ya da Bazı Hukukî İşlemlere Konu Edilmemesi Şartı	341
2. İhyâu'l-mevât	346
II. SİYASÎ SOSYAL AMAÇLI SINIRLAMALAR	349
A. Dış Ticaret Sınırlamaları.....	350
1. Dış Ticarî İlişkilerin Hukukî Temeli	350
2. Uyulması Gereken Hukukî Mevzuat.....	355
3. Sınırlama Düşüncesi ve Ticareti Sınırlandırılan Kalemler	356
4. Ekonomik Ambargo.....	360
B. İpek Elbise ve Kumaş Kullanımı.....	364
C. Altın ve Gümüşle İlgili Sınırlamalar	366
1. Altın ve Gümüş Ev Eşyasıyla İlgili Sınırlamalar.....	367
a. Edinme (Bulundurma)	367
b. Kullanma.....	369
c. Çocukların Kullanması.....	371
d. Ticaretini Yapma.....	371
2. Altın ve Gümüş Ziynet Kullanımı	374
3. Altın Yüzük.....	374
4. Altın, Gümüş ve İpekle İlgili Sınırlamaların Gerekçesi (İllet Tespiti)	382
D. Hukuk Dışı Sonuçlara Yol Açan Mübâh/Meşrû Tasarruflar	386
E. Kamuya Ait Alanların Korunması.....	393
F. Tarihî Eserler.....	395
G. Çevrenin Korunmasına Yönelik Sınırlamalar.....	398

H. Sosyal Şartlara Bağlı Olarak Devletin Koyduğu Geçici Sınırlamalar.....	401
SONUÇ.....	405
BİBLİYOGRAFYA.....	408



ÖNSÖZ

İnsanlık tarihi kadar eski bir geçmişe sahip bulunan mülkiyet konusu, tarihin her döneminde aktüel değerini korumuştur. Bu açıdan sanayi devrimiyle başlayan ve tek tek ülkelere ve topyekûn dünyaya birkaç büyük şirketin hakimiyet kurmasıyla sonuçlanan son iki asırda mülkiyet konusu, bir yandan tür diğer yandan da fonksiyon açısından yoğun tartışmalara konu olmuş, insanlık, biri bireye ve mutlak ferdî hürriyetlere dayalı liberal-kapitalist, diğeri ise toplumu ve devleti esas alan sosyalist-komünist iki akımla/sistemle tanışmıştır. Bugün itibariyle geline son noktada mülkiyet hakkı, temel insan haklarından kabul edilmekte, uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış bulunmaktadır. Bunun yanında özel mülkiyet, mutlak bir hak olarak görülmemekte, toplumsal ödevleri de bulunan ve kamu yararına sınırlandırılmış bir hak olarak kabul edilmektedir.

İslâm'da ise bireylerin mülkiyet hakkı, fitrî bir ihtiyaç olarak görülmüş, bir müessese olarak benimsenmiş, her türlü haksız tecavüz karşısında hukukî güvenceye alınmıştır. Bunun bir göstergesi olmak üzere İslâm hukukçularının gündeminde hiçbir zaman özel mülkiyetin meşruiyeti diye bir sorun bulunmamıştır. Ayrıca İslâm'da mülkiyet, her türlü bireysel ve toplumsal düzenlemelerde olduğu gibi sırf bireyle sınırlı mutlak bir hak olmaktan ziyade, sosyal görevler de içeren bir hak olarak görülmüştür.

Genel hatlarıyla durum bu şekilde olmakla birlikte, hızlı sanayileşme ve buna bağlı çevre sorunları, fiilî bir tekel oluşturan büyük şirketlerin ve servet sahiplerinin ülkelerin siyâsî, idarî ve hukukî karar mekanizmalarında neredeyse tek söz sahibi haline gelip milletlerin istikbaline hükmetmeye başladığı, milyonları bağrında taşıyan şehirlerin oluşmasıyla ortaya çıkan çok yönlü sorunlar, mülkiyet konusunun özellikle fonksiyon açısından tekrar tartışma gündemine taşınmasına sebep olmuş ve bu hususta mülkiyetin sosyal ödev olduğu görüşü gündeme getirilmiştir. Bu tür gelişmeler ve sorunlar yanında sosyalizmin siyâsî bir tercih olarak da kendine yer bulduğu Arap ülkelerinde, İslâm hukukunun mülkiyet konusuna yaklaşımı çok yönlü olarak ele alınmış ve bu hususta azımsanmayacak bir literatür zenginliğine kavuşmuşsa da; bu konuda ülkemizde yapılan ilmî nitelikli telif çalışmalar ne yazık ki oldukça azdır. İşte hem bu boşluğu noktasında bir katkıda bulunmak, hem de konunun aktüel yönünü daha ziyade mülkiyetin fonksiyonunun teşkil etmesi sebebiyle İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalar konusunu ele almak istedik.

Bu çalışmada İslâm'da fitrî bir ihtiyaç olarak görülüp benimsenen özel mülkiyetin, öncelikle kullanım ve tasarruf bakımından bir takım sınırlamalara tabi tutulup tutulmadığı tespit edilmeye çalışılmış ve bu meseleyle ilgili temel prensipler çerçevesinde değişen zaman ve şartlara göre yeni bir takım sınırlamaların söz konusu olup olamayacağı sorusuna cevap aranmıştır. Böylece mülkiyet konusunda bir yandan İslâm hukukunun sabit ekseni, diğeri taraftan da evrensel ve dinamik boyutu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Konunun çerçevesinin sunulup sınırlandırılmasının yapıldığı ve temel klasik kaynaklarla çağdaş eserlerin tanıtım ve tahlilinin ele alındığı "*Giriş*"te başlayan çalışmamız, dört bölümden oluşmuştur. "*Birinci Bölüm*"de İslâm Eşya Hukuku'nun temel kavramlarıyla genel mülkiyet bilgileri üzerinde durulmuş, özel mülkiyetin fonksiyon açısından "sosyal ödev"

olduğu görüşü değerlendirmeye tabi tutulmuştur. "*İkinci Bölüm*"de ise, özel mülkiyete getirilen sınırlamaların teorik alt yapısını da teşkil etmesi bakımından İslâm hukuk doktrininde konunun nasıl ele alındığı tespit edilmeye çalışılmış ve İslâm hukukçularının bu husustaki görüşleri genel bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Özel mülkiyete getirilen sınırlamaların bir kısmının özel hukuktan, diğer kısmının ise kamu hukukundan kaynaklanması gerçeğinden hareketle "*Üçüncü Bölüm*" fert yararına sınırlamalara, "*Dördüncü Bölüm*" ise kamu yararına sınırlamalara tahsis edilmiştir. Bu çalışmayla ulaşılan netice ve tespitler ise "*Sonuç*" kısmında ifade edilmiştir.

Her zaman yakın ilgi ve desteğini gördüğüm, ilmî mütalaaları ve yönlendirmeleri yanında beyefendi kişiliğinden de istifade ettiğim saygıdeğer hocam Prof. Dr. Mustafa UZUNPOSTALCI'ya, çalışmamın önemli bir merhalesinde danışmanlığımı üstlenen Doç. Dr. Ali BAKKAL'a en içten teşekkürlerimi sunuyorum, sağlıkları için dua ediyorum. Çalışmamın her merhalesinde ufuk açıcı görüşleriyle katkıda bulunan Doç. Dr. Ahmet YAMAN Bey'e ve zaman ayırma lütfunda bulunup Arapça yazılımları üstlenen Dr. Ayhan ERDOĞAN Bey'e de şükran borçluyum. Ve nihayet bu tezin hazırlanma sürecinde katkısı bulunan bütün hocalarıma ve dostlarıma, bugünlere gelmemde karşılığı asla ödenemez emeği bulunan herkese içtenlikle teşekkür ediyorum.

Başarı ancak Allah'tandır...

Halit ÇALIŞ
Meram-2001



KISALTMALAR

- a.e.: Aynı eser
a.g.e.: Adı geçen eser/ler
AK: Arazi Kanunu
a.g.mkl: adı geçen makale
a.mlf.: aynı müellif
as : Aleyhi's-Salâtu ve's-Selâm
b.: İbn, bin
bkz.: Bakınız
bt.: binti
c.: cilt
trc: tercüme eden, çeviren
DİA: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
h.: Hicrî
Hz.: Hazreti
krş.: Karşılaştırınız
m.: Mîlâdî
md: Madde
MK: Medeni Kanun
nşr.: Nâşir, neşreden
ra: Radiyallâhu anh
r.ah.: Radiyallâhu anha
s.: Sayfa
sav: Sallallâhu Aleyhi ve Sellem
sy.: Sayı
thk: Tahkik eden
tsz. : Tarihsiz, baskı tarihi yok
vb.: Ve benzeri
vd.: Ve devamı
v.dğr.: Ve diğerleri
y.: Yıl
yy.: Yayım yeri yok, baskı yeri yok



GİRİŞ

I. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI

Mülkiyetin tarihi, ifade biçimi olarak kavramlar ve tabii olduğu düzenlemeler açısından toplumlara göre bazı farklılıklar arz etmekle birlikte, insanlık tarihi kadar eskidir. İnsanoğlu yeryüzüne ayak bastığı ilk günden itibaren yaratılıştan sahip olduğu (fitrî) eşyaya sahip olma ve ona hakimiyet kurma duygusunun da etkisi ile en azından hayatını devam ettirebilmek için eşya ile temasa geçmiş ve mal edinmeye başlamıştır. Zamanla insan neslinin çoğalması, kabile ve milletler halinde yeryüzüne yayılmaya başlaması, eşyaya hakimiyet kurma noktasında kargaşa ve çekişmeleri beraberinde getirmiş, bu da hukukî düzenlemeleri zarurî kılmıştır.

Tarihî süreç içerisinde mülkiyet müessesesi toplumdan topluma farklılık arz ettiği gibi¹, toplumların uygarlık seviyesine göre de gelişme göstermiştir.² Bu gelişim ve değişimde toplumların dinî inanışları, ahlâkî tutum ve davranışları, fertlerin eğitim düzeyleri yanında; siyaset, iktisat, teknik ve hukuk alanındaki gelişme ve ilerlemeler de önemli rol oynamıştır.³ Bu süreç içerisinde mülkiyetin, kabile mülkiyeti-aile mülkiyeti-ferdî/özel mülkiyet şeklinde bir seyir takip ettiğini söyleyenler⁴ yanında; gayri menkul mülkiyetinden menkul mülkiyetine, toplu mülkiyetten özel mülkiyete geçiş tarzında bir değişim ve gelişime sahne olduğunu ifade edenler de vardır.⁵

Tarihî süreç açısından konu ile ilgilenenler, daha ziyade meseleye özel mülkiyet-kamu mülkiyeti zâviyesinden yaklaşmakta, özellikle tarihte var olan ilk insan toplumunda benimsenen mülkiyetin bunlardan hangisi olduğunu belirlemeye çalışmakta, bu devreyi "*ilkel toplum*" ya da "*vahşet dönemi*" olarak ifade etmektedirler.⁶ Toplumcu sosyalist görüşü benimseyenler, bu dönemde ve dolayısıyla tarihte ilk bilinen mülkiyetin "*toplu mülkiyet*" olduğunu iddia edip bunu destekleyecek aklî yorumlar geliştirmeye çalışırken; özel mülkiyeti esas alan liberal eğilimli düşünürler ise, tarihte bilinen ilk mülkiyet çeşidinin "*özel/ferdî mülkiyet*" olduğunu iddia etmektedirler. Elbette bunlar da iddialarını temellendirebilmek için bir takım gayretler içine girmişlerdir.⁷ Bu yaklaşımlarda dikkat çeken ortak nokta; iddiaların ilmî verilerden ziyade, bir takım zan ve varsayımlara dayandırılmış olmasıdır.⁸ Durum böyle olunca bu iki varsayımdan birinin doğru diğerinin yanlış olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira "*herhangi bir meselenin yorumu ile ilgili birden çok varsayım söz konusu ise, o mesele, diğer varsayımların doğru olmadığını gösteren kesin deliller bulunmadığı sürece sırf*

¹ Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,45; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 44-45; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 8; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 108 vd.

² Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 11.

³ Krş. Vâfi, *Kıssatu'l-milkiyye*, 2-3; Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, 380-381.

⁴ Hassûn Tâhâ, *Hakku'l-milkiyye*, 48.

⁵ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 114. Çeşitli toplum ve dinlerde mülkiyetin tarihî gelişimi için bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 39 vd.; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 43 vd.; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,43-91; Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 11 vd.; Vâfi, *Kıssatu'l-milkiyye*, 2 vd.; Hassûn Tâhâ, *Hakku'l-milkiyye*, 48 vd.; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 2-13; Challaye, *Mülkiyetin Tarihi*, 12 vd.; Ayiter, *Eşya Hukuku*, 77; Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 3-21; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 11 vd.; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 114 vd.; Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, 382 vd.

⁶ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,45; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 44; Vâfi, *Kıssatu'l-milkiyye*, 21; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 7.

⁷ Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,45; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 44-51; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 8. Mülkiyetin kaynağı ile ilgili bazı teoriler ve bunların eleştirisi için bkz. Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 108 vd.

⁸ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,45; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 44.

bunlardan birine göre açıklanamaz.⁹ Ayrıca "varsayımlar hukukî bir hükmün mesnedi olamaz."¹⁰

Konu İslâm hukuku açısından ele alındığında ise, hemen belirtelim ki, İslâm hukukunda bu mesele zan ve varsayımlara değil, doğruluğundan şüphe duyulmayacak kesin bilgilere dayanmaktadır. Her ne kadar beşeriyet/insanlık tarihine ait meseleleri söz konusu edip onlar hakkında bilgi vermek *Kur'ân*'ın temel önceliklerinden değilse de; insanlık için zarurî olduğu kadarıyla ve örnek almaları amacıyla bazı tarihî hakikatlere *Kur'ân* yer vermektedir. İlk insan topluluğunun yaşam biçimi ve eşya ile olan ilişkisi de bu konulardandır.

Kur'ânî verilere göre kâinatta insan türünün varlığı **Hz. Adem** ve eşi ile başlamaktadır. Bu ikisi ve onlardan oluşan nesil yeryüzündeki ilk insan topluluğunu oluşturmaktadır.¹¹ *Kur'ân*'ın bu ilk insan topluluğunun yaşayışıyla ilgili verileri dikkatle incelendiğinde bunların, ilkel bir toplum oldukları ve vahşet hayatı yaşadıklarını gösteren herhangi bir bilgiye rastlamak mümkün değildir. Bilakis *Kur'ân*, insanoğlunun diğer bütün varlıklardan üstün ve güzel bir yaratılışa sahip olduğu¹² ve yeryüzüne indirilirken eşyanın bilgisine/isimlerine vâkıf bir halde bulunduğu¹³ ve yeryüzüne indirilirken eşyanın bilgisine/isimlerine vâkıf bir halde bulunduğu¹³ Bununla da kalmamış, insana nasıl bir hayat süreceği ve eşya ile ilişkisinin nasıl olması gerektiği gibi hususlar vahiyle bildirilmiş¹⁴, insanoğlu kendi haline terk edilmemiştir. Yeryüzünün insan yaşamına uygun hale getirildiği ve her şeyin onun emrine/hizmetine sunulduğu¹⁵ gerçeği de bu unsurlara ilave edilirse; ilk insan topluluğunun yaşam biçimini "*ilkellik*" ya da "*vahşet*"le vasfetmek şöyle dursun, *Allah*'ın özel koruma ve yönlendirmesine nâil olduklarını ifade etmek gerekecektir. Nitekim ilk insan topluluğunun hayatını, uzun bir süre *Allah*'ın koruması altında geçirdiği konusunda müslüman ilim adamları görüş birliği halindedirler. Dolayısıyla bu topluluk, eski toplumların tarihi üzerine araştırma yapanların (sosyal antropolog), tarih ve toplumbilimcilerin tasvir ettiği gibi ilkellik, vahşet gibi sıfatlardan uzaktır.¹⁶

İnsanoğlunun tarihte ilk defa tanıdığı mülkiyet türünün ne olduğunu da *Kur'ân*'dan öğrenebilmekteyiz. **Hz. Adem**'in iki oğlu arasında geçen Allah'a kurban adama olayı konumuz açısından bize ışık tutmaktadır. "*Onlara, gerçeği göstermek için Adem'in iki oğlunun kıssasını anlat; nasıl ikisinin birer kurban sunduklarını ve birinden kabul edildiği halde diğerinden kabul edilmediğini. (Onlardan biri), "Seni mutlaka öldüreceğim!" demişti. (Kardeşi) cevap vermişti: "Unutma ki Allah, yalnız O'na karşı sorumluluk bilinci duyanların kurbanını kabul eder."*¹⁷

Kur'ân müfessirlerinden öğrendiğimize göre, **Hz. Adem**'in iki oğlundan biri ziraatle, diğeri ise hayvancılıkla uğraşıyordu.¹⁸ Yani her ikisi de geçimlerini kendi el emekleriyle ve çalışarak kazanıyordu ve birbirlerinden ayrı ve bağımsız özel mülkiyetleri vardı. Dolayısıyla âyet bize, **Hz. Adem**'in iki oğlunun da kendilerine has mülklerinin olduğunu ve bunda

⁹ Muslîh, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 45.

¹⁰ İbn Dakîk el-İd, *İhkâmu'l-ahkâm*, I,19.

¹¹ Bakara 2/30-39; A'râf 7/10-35; Tâhâ 20/115-124.

¹² İsrâ 17/70; Tîn 95/4.

¹³ Bakara 2/31.

¹⁴ Tâhâ 20/123-124.

¹⁵ A'râf 7/10; Lokman 31/20.

¹⁶ Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,48-50; Muslîh, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 46-51.

¹⁷ Mâide 5/27.

¹⁸ Taberî, *Câmiu'l-beyân*, IV,254 vd.; Râzî, *Mefâtihu'l-ğayb*, XI,203; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, II,542 vd.

tasarruf yetkilerinin bulunduğunu anlatmaktadır. Artık bundan öte yeni delillere ve münakaşalara gerek olmasa gerektir.

İşte insanla birlikte var olan özel mülkiyet bu varlığını; gerek hukuk sistemlerince tanınip kabul edilme, gerek çerçevesinin tayini ve şahsa sağladığı tasarruf yetkisinin niteliği açısından toplumdan topluma farklılıklar arz ederek, daralma ve genişlemelere uğrayarak her dönemde ve her toplumda sürdürülmüştür. Günümüzde ise, şahsın mülkiyet hakkı ve bu hakkın tecavüzlerden korunması uluslararası sözleşmelerle ve evrensel insan hakları bildirileri ile teminat altına alınmıştır.¹⁹ Özel mülkiyet, toplumların hayatında etkisini öylesine hissettirmiştir ki; siyasî, iktisadî ve hukukî sistemlerin/rejimlerin özel mülkiyet karşısındaki konumları, tek başına, o sistemlerin ayırt edici özelliği olmaya yetmiştir. Nitekim günümüzde sosyalizm/komünizm denilince -özellikle iktisadî ekonomik görüşleri açısından- derhal zihinlerde uyandırdığı çağrışım; sosyal ve iktisadî faaliyetlerde devlet mülkiyetini esas alan, özel mülkiyeti reddeden ya da oldukça sınırlı bir alanda kabul eden; bunun sonucu olarak da şahsî hürriyetleri devlet karşısında olabildiğince sınırlandıran bir sistem olmaktadır. Aynı şekilde liberalizm/kapitalizm denilince de, özel mülkiyet ve onda mutlak tasarruf (sınırsız ferdî hürriyet) yetkisine sahip olma anlaşılmaktadır.²⁰

Özellikle son asırda ilmî ve teknik sahada yaşanan hızlı değişim ve gelişme ve tesir sahası zuhûr ettikleri bölge/ülke ile sınırlı kalmayıp dünyanın büyük bir kısmını ve bu arada İslâm ülkelerini de etkileyen siyasî-iktisadî tecrübe (sosyalizm-kapitalizm); hızlı kentleşme sonucu özellikle şehir planlamacılığı alanında karşılaşılan problemler, bir çok ilim ve fikir adamının tekrar mülkiyet konusunda yoğunlaşmasını sağlamıştır. Bunun bir göstergesi olmak üzere yirminci asır, çeşitli yönleriyle mülkiyet konusu açısından azımsanamayacak bir literatür zenginliğine sahne olmuştur. Pek tabii bu çalışmalarda yoğunluk ve eserlerin niteliği, ülkelerin söz konusu yönelişlerden etkilenme derecelerine ve teknik sahada katettikleri mesafeye göre değişkenlik arz edebilmektedir.

Teorik bir takım ihtilaflar olmakla birlikte tarihin her döneminde değişik yansımalarla ve isimlendirme farklarıyla da olsa, özel ve kamu mülkiyetinin bilinip tanındığı, üzerinde fikir birliği hasil olmuş bir husustur. Bu ikili tasniften özel mülkiyeti konu edindiğimiz bu çalışmada tüm yönleriyle özel mülkiyeti bir doktora tezi çerçevesinde işlememiz mümkün olmadığı gibi, tabii olduğu sınırlamalar açısından da konuyu bu tür bir çalışmaya sıkıştırmak mümkün değildir. Durum böyle olunca özel mülkiyete getirilen sınırlamaları konu edinen bu çalışmada, günlük hayatta daha fazla karşılaşılan ve bu yönüyle pratik faydası da dikkate alınmak suretiyle konu, "*tasarruf sınırlamaları*" ile sınırlandırılmıştır.

Hukukta "*düzenleme*" anlamında kullanılan sınırlama ile "*malikin mülkünde tasarruflarının belli bir doğrultu izlemesi yolunda, olumlu ve olumsuz bir biçimde kurallar koyma*" kastedilmektedir.²¹ Diğer bir ifade ile şahsın tasarruflarının, hukuk kurallarına

¹⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (New York 1948), md.17: "*Her şahıs tek başına veya başkalarıyla birlikte mal ve mülk sahibi olmak hakkını haizdir. Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden mahrum edilemez.*" İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek Protokol (Paris 1952)'de hükmi şahıslar da zikredilmiştir. Md.1: "*Her hakikî veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına sahiptir.*" Bu iki sözleşmeden önce Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi (Paris 1789)'nde de mülkiyet hakkı yerini almıştır. Bkz. md.17. Türkiye'de ise mülkiyet hakkı, Anayasalarla teminat altına alınmış, en son 1982 Anayasasının "*Temel Hak ve Ödevler*" kısmında (md.35) "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir*" şeklinde tanzim edilmiştir.

²⁰ Bu ifadeler genel durumu ve özellikle sistemlerin mülkiyet karşısındaki konumlarını ifade etmektedir. Öte yandan burada fert ve toplum hayatında özel mülkiyetin yer ve önemine dikkat çekilmek istenmiştir. Ancak hemen şunu da belirtelim ki, bugün her iki sistem de hem teori hem de pratik düzeyde ciddi bir takım değişim ve dönüşümlere uğramıştır.

²¹ Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 31.

uygunluğunu sağlama, aykırı olanların da önüne geçmeyi hedefleyen hukukî düzenlemeler anlatılmak istenmektedir.²²

İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalarla, fert ve toplum yararının (maslahat) temini ve mülkiyetin; insanların maddî-mânevî varlıklarının sömürülmesine ve servetin zulüm aracı olarak kullanılmasına fırsat vermeme temel amaçtır.²³ Ancak insanlar genellikle hürriyetlerine müdahale edilmesinden hoşlanmazlar ve mallarında tasarruf yetkilerini kullanmada hür olup her türlü müdahale ve kısıtlamadan uzak olmak isterler. Nitekim *Kur'ân* bize, insanın bu özelliğini, **Hz. Şuayb** kıssası münasebetiyle anlatmaktadır. **Şuayb** (as) kavminden, *Allah'a* kulluk etmelerini, ölçü ve tartıda âdil davranmalarını, yeryüzünde bozgunculuk etmemelerini... isteyince²⁴ inatlaşmışlar, kibire bürünmüşler, *Allah'ın* emirlerini benimsemeyi reddedip, mallarında diledikleri gibi tasarrufta bulunacakları düşüncesiyle şöyle demişlerdir: "*Ey Şuayb! dediler. Atalarımızın tapınageldiği şeyleri bırakmamız ve malımız mülkümüz üzerine keyfî tasarruflarda bulunmayı terketmemizi sana namazın mı emrediyor? Oysa sen yumuşak huylu ve çok akıllısın!*"²⁵

Özel mülkiyete getirilen sınırlamaların hukukî taksimine geçmeden önce bir noktaya temas etmek istiyoruz. Özel mülkiyete hukuk düzenince getirilen sınırlamalar gözden geçirildiğinde bunların daha çok gayri menkul mülkiyeti ile ilgili olduğu görülür. Acaba bu durum sınırlamaların menkul mülkiyetini kapsamadığı, gayri menkul mülkiyeti ile sınırlı olduğu anlamına gelir mi?

Mülkiyet hakkının konusunu, menkul ya da gayri menkullerin teşkil etmesi şahsa tanıdığı hak ve sorumluluklar açısından farklılık arz etmediğine göre, sınırlamalara tabi olup olmama açısından da bir ayırımın söz konusu olmaması tabiidir.²⁶ O halde sınırlamaların daha çok gayri menkul mülkiyetinde görülmesinin başka sebepleri olmalıdır. **Tahiroğlu** bu durumu komşuluk hukuku ve iktisadî-siyasî gerekçelerle açıklarken²⁷ **Akipek**, iki nevi eşya arasında tabiatları icabı farklar olduğunu söylüyor ve iki temel farktan söz ediyor:

1. Gayri menkuller bir memleketin iktisadîyatı bakımından menkullere rağmen daha fazlaca kıymet arz ederler.
2. Gayri menkullerin gerek birbirleri ve gerekse üçüncü şahıslar üzerinde icra ettikleri tesirler menkullere nazaran daha fazladır. Gayri menkullerin kullanımı neticesinde meydana gelen zararların tesirinden kaçınmak/korunmak çok zordur. Halbuki menkullerde durum böyle değildir. Bazı istisnalar hariç menkullerin zararlarından kaçınmak hiç olmazsa bunların tesir sahası dışında kalmak üçüncü şahıslar için daha kolaydır.²⁸

Bu gerekçeler isabetli olmakla birlikte dikkat edilirse söz konusu gerekçeler daha ziyade tarım toplumları için geçerlidir. Özellikle toprağın siyasî, ekonomik ve malî açılarından bir ülke için önemi bilinmekle birlikte artık bugün, menkulle gayri menkul mallar arasında iktisadî değer farkı için geçmişte söylenenleri tekrarlamak mümkün olmadığı gibi, meydana gelecek zararın derecesi açısından da durum oldukça farklılık arz etmektedir. Hal böyle olunca mülkiyete konu olan nesnenin menkul mü, gayri menkul mü olduğuna bakılmayacak

²² Cûcû, *Kuyûd*, 20-21.

²³ Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,14.

²⁴ Hûd 11/84-86.

²⁵ Hûd 11/87 أن تفعل في أموالنا ما نشاء

²⁶ Akipek, *Gayrimenkul Malikinin Mesuliyeti*, 3.

²⁷ Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 43-44.

²⁸ Akipek, *Gayrimenkul Malikinin Mesuliyeti*, 3-4.

ve her iki tür de mülkiyet sınırlamalarına konu olacaktır. Nitekim yerinde görüleceği üzere İslâm Hukuku sınırlama açısından mülkiyete konu olan nesnenin türünü dikkate almamıştır.

İslâm'da mülk edinme bir takım hukukî düzenlemelere tabi kılındığı gibi, meşrû usullerle edinilmiş mülkte tasarruf da aynı şekilde hukukî düzenleme ve sınırlamalara tabi kılınmıştır. Bu noktada kazanım açısından riayeti zorunlu ilkelerle, mevcut mülkte tasarrufta bulunurken uyulması gereken ilkeler arasında yaptırım bakımından temelde bir fark bulunmamaktadır. Nitekim bir hadiste servetin hem ediniliş şeklinin, hem de tasarrufunun eşit derecede sorumluluk ve sorguyu gerektirdiği ifade edilmiştir. Önde gelen hadis otoritelerinden **Tirmizî** (279/892)'nin naklettiğine bir hadiste *Peygamber Efendimiz* (sav) şöyle buyurmuştur: "*Kiyâmet günü kul, şu hususlardan sorgulanmadıkça olduğu yerden kımıldayamaz: Ömrünü ne ile tüketti, ilmi ile ne yaptı, malını nereden kazandı ve nasıl harcadı, bedenini nasıl eskitti.*"²⁹

Özel mülkiyete getirilen sınırlamaları farklı bakış açılarına göre değişik sınıflandırmalara tabi tutmak mümkündür. Nitekim bu konuya yer veren eserlerde çok değişik sınıflandırmalar görülmektedir. Çalışmamıza temel teşkil etmesi bakımından şöyle bir tasnif uygun bulunmuştur.

1. *Özel mülkiyet sınırlamaları, sınırlamalarla güdülen amaç açısından ele alındığında;*
 - a) *Fert/ler yararına sınırlamalar*
 - b) *Kamu yararına sınırlamalar* olmak üzere ele alınabilir.³⁰

Fert yararına sınırlamalarla, şahsın özel mülkünde tasarrufundan başkalarının zarar görmemesi ve hakların korunması amaçlandığı kadar, bizzat malikin hak ve maslahatının korunması da hedeflenmiştir. Yani bu sınırlamalar aynı zamanda bizzat malik lehinedir de. Söz gelimi malı zâyî' etmeme yasağı (denize atma, yakma gibi), yaşı küçük olanların ya da harcamalarında tedbirsizlik gösterenlerin (sefih) malî tasarruflarına getirilen sınırlamalarla öncelikle bu şahısların maslahatının korunması amaçlanmıştır.

2. *Sınırlamaların kaynağı esas alındığında ise özel mülkiyet;*
 - a) *Kanunî*
 - b) *İradî* sınırlamalara tabidir.³¹

Burada kanundan kasit ilâhî irâdeyi temsil eden naslar ile bunların yorumu³² olup, bunlar malikin hakkını kullanırken uyması gereken genel prensipleri ve ana çerçeveyi oluşturur.³³ Kanunî sınırlamalar grubuna, hukukun tanıdığı yetki çerçevesinde kalmak şartıyla devlet tarafından getirilen düzenleme ve sınırlamalar da dahildir. İradî sınırlamalar ise, bireylerin hür ve serbest iradelerinin sonucu olarak meydana gelen hukukî işlemlerden ve işlemin kuruluşu esnasında ileri sürülen şartlardan kaynaklanan sınırlamalardır.

²⁹ Tirmizî, "Kiyâme" 1. لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه، وعن علمه فيم فعل، وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفق، وعن جسمه فيم أبلاه. 1.

³⁰ Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 220-221; Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 23; Dirîni, *Menâhic Usûliyye*, 202-206; Türkmânî, *Davâbitü'l-milkiyye*, 118; Zenûn, *Muhâdarât*, 5; Sadde, *el-Milkiyye*, 81; Aygün, *İslâm Hukukunda İstimlâk*, 44-52.

³¹ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 114; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,16; Sadde, *el-Milkiyye*, 81; Ebu Arabî, "*Şartu'l-mâni*", 115; Zenûn, *Muhâdarât*, 5; Âmir, *Hakku'l-milkiyye*, 30-31; Ba'î, *el-Milkiyye*, 131-132; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,83; Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 1; Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 480; Çörtoğlu, *Gayrimenkul Mülkiyeti*, 202-204; Günay, "*İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*", 169.

³² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,83; Günay, a.g.mkl., 169..

³³ Sadde, *el-Milkiyye*, 81.

Şu halde İslâm hukukunda özel mülkiyet, hem fert hem de kamu yararına olmak üzere bir kısmı kanundan, diğer bir kısmı ise bireylerin serbest iradelerinden kaynaklanan sınırlamalara tabidir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu sınıflandırmalar inhisârî olmayıp, daha başka sınıflandırmaların yapılması da mümkündür.³⁴

Şahısların eşya üzerindeki en güçlü hakimiyet bağının hukukî tasviri olan mülkiyet; bir engel olmadığı sürece, şer'an, sahibine tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen bir aidiyet bağı olarak tarif edilir.³⁵ Tariften de anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkının şahsa tanıdığı yetki çift yönlüdür. Tasarruf yetkisi (*aktif yetki*) ve başkasının tasarrufuna engel olma hakkı (*koruyucu yetki*). Bu iki unsurdan birini ya da her ikisini daraltan veya ortadan kaldıran her durum özel mülkiyetin sınırlandırılmasını teşkil eder. Ayrıca bu daraltma ve ortadan kaldırma halleri doğrudan olabildiği gibi, dolayısıyla da olabilir. Bizim çalışmamız mülkiyet hakkının, koruyucu fonksiyonunu ifade eden başkasının tasarrufuna engel olma nitelikli sınırlandırılmalarını (istimlâk, zarûret ahkâmı, irtifak tesisi, birlikte yaşamının gereği aşırı ölçüde olmayan ancak zarar içeren bazı tasarruflara katlanma yükümlülüğü vb.) içermemekte olup, aktif yetki fonksiyonunun ifadesi olan tasarruf sınırlamalarına hasredilmiştir.

Mülkiyetin temel unsurunu ve amacını teşkil eden tasarruf yetkisi; hakkın konusu olan nesneyi kullanma (*usus*), semerelerinden istifade etme (*fructus*) ve malı tüketme (*abusus*) yetkilerini içermektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse tasarruf, nesneyi zilyetliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semerelerini alma, tüketme ve yok etme gibi maddî fiilleri; nesnenin mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ya da sınırlı aynî haklarla yüklenmesi gibi hukukî işlemleri kapsar.³⁶

İslâm hukukçuları da tasarruf kelimesine oldukça geniş bir anlam yüklemektedirler. Fıkıh literatüründe bu kavramın hem hukukî işlemleri³⁷ hem de kullanma ve faydalanma yetkilerini kapsayacak şekilde genel bir kullanıma sahne olduğunu görmekteyiz.³⁸ Bundan dolayıdır ki **Abdülkerim Zeydân**, fukahânın mülkiyeti tanımlarken tasarruf kelimesi ile yetindiklerini³⁹, ayrıca kullanma, semerelerinden istifade etme ve tüketme gibi yetkilerden tek tek söz etmeye ihtiyaç duymadıklarını; zira tasarruf kelimesinin bunların tamamını içerdiğini söylemektedir.⁴⁰ Nitekim Malikî hukukçulardan **Ali b. Abdisselâm et-Tesûlî** (1258/1842) "*tasarruf*" kelimesinin anlam genişliği açısından "*cins*" kelimesine benzediğine dikkat çekmektedir. Nasıl cins kelimesi tek tek saymaya gerek kalmaksızın cins mefhumuna dahil olabilecek her şeyi içeriyorsa; aynı şekilde tasarruf kelimesi de faydalanma, tüketme, yok etme (*itlâf*) gibi yetkilerin tamamını kapsamaktadır.⁴¹

³⁴ Örnek olarak bkz. Türkmanî, *Davâbitü'l-milkiyye*, 129; Karadâvî, *el-İktisâd*, 251-252; a.mlf., *İslâm Hukuku*, 60; Arabî, *el-İktisâd*, 139.

³⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I,24. İslâm hukukçularının milk kavramı ile ifade ettikleri mülkiyet tarifleri üzerinde ileride ayrıca durulacaktır. Bkz. Tez metni, "Milk" alt başlığı.

³⁶ Köprülü-Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 3.

³⁷ Apaydın, *Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, 1.

³⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,9; Kâsânî, *el-Bedâi'*, II,264. Krş. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 29, 102-103; Muslıh, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 125; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,227-229.

³⁹ Örnek olarak bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,8,9; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, 151; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI,248.

⁴⁰ Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 14.

⁴¹ Tesûlî, *el-Behçe*, II,654. التصرف كالجس، يشمل التصرف بالانتفاع، والتصرف بالاستهلاك والاتلاف كلا أو بعضا.

O halde "bir kimsenin şuurlu olarak dışarıya aksettirdiği ve hukuk düzeninin hukukî sonuçlar yüklediği söz ve fiiller olarak tanımlanan tasarruf"⁴² kavramı, İslâm hukukunda oldukça geniş bir anlama sahiptir ve mülkiyetin şahsa tanıdığı yetkilerin tamamını içerdiği gibi, her şekliyle hukukî işlemleri, akdî olan ve olmayan -bu tasarrufların hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik olup olmamasına bakılmaksızın- sözlü ve fiilî tasarrufları da kapsamaktadır.⁴³ Bu çalışmada da tasarruf kelimesi bu anlam genişliği içinde kullanılmıştır.

Sonuç itibarıyla belirtmek gerekirse bu çalışmada, mülkiyetin şahsa tanıdığı ve koruyucu yetki özelliğine sahip "başkasının tasarrufuna engel olma" yetkisine yönelik sınırlamalar kapsam dışı tutulmuştur. Aynı şekilde konu sırf müslüman bireylerle sınırlandırılmış, söz gelimi İslâm ülkesi vatandaşı (zimmî) olanların özel mülklerinde tasarruf yetkisine getirilen/getirilebilecek sınırlamalar kapsam dışı tutulmuştur.

Dolayısıyla çalışmamız malikin hukukî ya da fiilî yapıp-etme şeklindeki tasarruflarına hasredilmiş ve bu esnada uyması gereken ilkeler ve tasarruflarının tabi olduğu sınırlamalar inceleme konusu edilmiştir. Bu anlamda nasslarda yasaklanan bir takım muâmeleler (fâiz, rüşvet...) yukarıda belirtilen anlamda bir tasarruf işlemi olmaları dolayısıyla konumuz kapsamında olmakla birlikte, bunların hem müstakil olarak, hem de ayrı bölümler halinde klasik ve çağdaş çalışmalarda çokça ele alınmış olması dikkate alınarak, bu tür muâmelelerin de özel mülkiyete getirilen kanunî bir tasarruf sınırlaması olduğu belirtilmekle yetinilmiştir.

II. KAYNAKLAR

Bu çalışmada istifade edilen kaynaklar, temel olarak klasik fıkıh kitaplarıyla birlikte muasır İslâm hukuku ve modern eşya hukuku eserlerinden oluşmaktadır.

1. **Klasik fıkıh kitapları:** Bu gruba dahil olan eserleri;
 - a) Ansiklopedik fıkıh kitapları
 - b) "Harâc"- "Emvâl" literatürü
 - c) "Ahkâmü's-sultâniyye"ler
 - d) Ana konularından birini de piyasa denetiminin oluşturduğu "Hisbe" türü eserler şeklinde ifade edebiliriz.

a) **Ansiklopedik fıkıh kitapları** üzerinde durmayı ve onları liste halinde sıralamayı gerektirecek bir durum bulunmamakla birlikte, burada şu hususu belirtmekte fayda vardır. Klasik dönem İslâm hukukçularının eserlerinde takip ettikleri yöntem (kazuistik, meseleci) gereği, mülkiyet ve hükümlerini müstakil bir başlık altında bulmak mümkün değildir.⁴⁴ Zira bu metod, ele aldığı meseleleri işlerken, genel kaide ve prensipler koyma yerine, tek tek meselelerin teorik ve pratik çözümlerini belirleme esasına dayanmaktadır. Fakat bu durum, klasik dönem İslâm hukuk literatürünün teori ve genel prensipler üzerine kurulu olmaması dolayısıyla, İslâm hukukunun genel bir mülkiyet teorisine sahip olmadığı anlamına gelmez.⁴⁵ Yalnızca eser tasnif ve telifinde izlenen yöntem gereği, konu ile ilgili düzenlemeler ve hükümler değişik bölümlere serpiştirilmiş durumdadır. Bunların tamamı birden mütalaa edilmek suretiyle İslâm'ın mülkiyet telâkkisini kavramak mümkün olduğu gibi; -muasır İslâm

⁴² Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,263-264. Krş. Zerkâ, *el-Medhal*, I,288-289; Apaydın, *Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, 1.

⁴³ Zerkâ, *el-Medhal*, I,288-289; Apaydın, *Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, 1. Sözlü ve fiilî tasarruflar ve bunların her biri ile ilgili hükümler için bkz. Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,170-171.

⁴⁴ İslâm hukuk literatüründe müstakil ve sistematik bir Eşya Hukuku bulunmamasını "İslâm hukukunun, tüm üniteleriyle yürürlükte kalabilme imkânlarından uzun süre mahrum bırakılmış olması" şeklinde açıklamak, özellikle son asırda ön plana çıkarılmış bir iddia olup, ilmî olmaktan ziyade hissî ve siyasi amaçlar taşımaktadır. Bkz. Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 3.

⁴⁵ Böyle bir iddia için bkz. Debz-Jiadeh-Dilger, "İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı", 99.

hukukçularının çalışmalarında görüldüğü üzere- bu bilgileri ayrı bir bölüm halinde teorileştirmek de mümkündür. Nitekim İslâm hukukunun bir mülkiyet teorisi olmadığını iddia eden bazı yazarlar da, bu gerçeği belirtmektedirler. "*Değişik tarzdaki mülkiyet haklarının işleniş hiçbir şekilde sistematik değildir; bilâkis İslâm hukukunun bazı bölümlerine serpiştirilmiştir. Fakat sistem komplike olmasına rağmen, merkezî bir ana fikre sahiptir.*"⁴⁶

Klasik fıkıh literatüründe mülkiyet konusu genel olarak eşya, borçlar, ticaret ve şahıs hukuku bölümlerine dağılmış durumdadır. Bununla birlikte mülkiyetle ilgili mesele ve düzenlemelerin genelde "*Dâvâ*" ana bölümü⁴⁷ ile "*Kadâ*" ana bölümünün "*Mesâil Şettâ*" başlığında; sınırlama açısından iradî takyitlerin "*Buyû*", "*İcâre*", "*İâre*", "*Rehin*", "*Mirfak/Merâfik*" ana bölümlerinde; kanunî takyitlerin ise "*Hacr*", "*Vakıf*", "*Vasiyet*", "*Kerâhiye*"⁴⁸ gibi ana bölümlerde ele alındığı görülmektedir.

b) "*Harâc*" ve "*Emvâl*" konulu kitaplar çalışmamızın ana kaynaklarını teşkil etmektedir. Bilindiği gibi saadet asrından itibaren tebliğ, dâvet ve fetihlerle İslâm coğrafyası hızlı bir gelişim göstermiştir. Bu hızlı gelişme beraberinde maliye, vergi ve toprak hukukuna dair bir çok meseleyi de gündeme getirmiş, bu alanda oldukça canlı hukukî tartışmaların yaşanmasına zemin hazırlamıştır. Fethedilen arazilerin hukukî statüsü ve buna bağlı olarak cizye, harâc, öşür, zekât gibi malî yükümlülükler, devlet başkanının bu araziler karşısındaki konumu, âtil durumdaki araziler (mevât arazi) ve onların ihyâsı, çeşitli sebeplerle iktâ' edilen araziler vb. birçok problem, İslâm hukukçularının tartışma gündemine girmiş ve *İslâm Kamu, Maliye ve Toprak Hukuku* sahasında müstakil eserlerin vücut bulmasına hem temel teşkil etmiş, hem de bunu zorunlu kılmıştır. İşte "*Harâc*" ve "*Emvâl*" türü eserler bu nevin ilk örneklerini oluşturmaktadır. Bu tür eserlerden çalışmamıza temel teşkil eden ve çokça müracaat edilenler, **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **Yahya b. Adem el-Kuraşî** (203/818)'nin "*Kitâbu'l-Harâc*", **Ebu Ubeyd Kâsım b. Sellâm** (224/838), **İbn Zencûye** (251/865)'nin "*Kitâbu'l-Emvâl*" isimli çalışmasıdır. Bu kitaplar ganimetin taksimi, fey' ve harâc, öşür ve harâc arazileri, iktâ, ölü araziler, zekât, uşûr, narh, büyük ve küçük ırmaklar, sular ahkâmı, otlaklar, himâ... gibi konuları içermektedir. Rivâyet ağırlıklı olan bu eserlerde konular, genel olarak mülkiyet ve taksimi, her bir grubun tabi olduğu hükümler açısından ele alınmaktan ziyâde; devlet için ilk planda önem taşıyan şeyin beytül mâle gelir sağlamak olması sebebiyle, araziye daha ziyâde toprak ve vergi hukuku açısından ele alınmışlardır.⁴⁹ Buna rağmen konu ile ilgili tarihî verileri ve rivâyetleri bir araya toplamaları ve hem kendilerinin hem de bazı müctehidlerin görüşlerini belirtmeleri açısından büyük değere sahip olan bu eserler; iktâ, ölü arazinin ihyâsı, devletin fiyatlara müdahalesi (tes'îr-narh) konuları münasebetleriyle verdikleri bilgiler açısından çalışmamızın doğrudan ve temel kaynağını teşkil etmiştir. Ayrıca özel mülkiyete devlet müdahalesi ve devletin takyit yetkisi açısından da bu kitaplar önemli bilgiler içermektedir.

c) Çalışmamıza kaynaklık eden müstakil eserlerden bir diğer sınıfı da **Mâverîdî** (450/1058) ve **Ebu Ya'îlâ** (458/1066)'nin "*el-Ahkâmu's-Sultâniyye*"leri oluşturmaktadır. Ana konularını "*devlet idâresi ile ilgili hükümler*"in oluşturduğu bu eserler, malî hukuk ve arazi hukuku ile ilgili hükümlere yer vermeleri açısından çalışmamızda bize de kaynaklık etmişlerdir. Bu cümleden olmak üzere fey ve ganimet, cizye ve harâc, toprağın ihyâsı ve

⁴⁶ Debz-Jiadeh-Dilger, a.g.mkl., 117.

⁴⁷ Sistem açısından mezhepler arasında ortak noktalar olmakla birlikte, genelde her mezhep farklı bir sisteme sahiptir. Onun için burada ana bölüm (kitâb) olarak zikredilen konuların değişik eserlerde alt bölüm (bâb) şeklinde ele alınmış olması mümkündür.

⁴⁸ Umûmiyetle Hanefî mezhebine ait eserlerde görülen bu ana bölüm, "*el-Kerâhiyye*" yanında, "*el-Hazar ve'l-İbâha*", "*el-İstihsân*", "*ez-Zühd ve'l-Vera*" şeklinde de isimlendirilmektedir. Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,153.

⁴⁹ Günay, *Kamu Malları*, 27 (60. dipnot).

suların çıkarılması, himâ', irfâk, iktâ, hisbe konuları münasebetiyle verilen bilgiler bazen doğrudan, bazen çıkarım (tahrîc) yoluyla İslâm hukukunda özel mülkiyet anlayışı ve tabi olduğu sınırlamalara ışık tutmaktadır.

d) Konumuzun bir diğer önemli kaynak grubunu hem teori hem de pratiği bir arada bulunduran ve yazıldığı dönemin örf-âdet ve telakkîlerini de yansıtan "**Hisbe**" konulu **kitaplar** oluşturmaktadır. Oldukça geniş bir literatüre sahip olan bu alanın eserlerinden **Şeyzerî** (598/1193)'nin "*Nihâyetu'r-rutbe fî talebi'l-hisbe*", **İbn Teymiyye** (728/1327)'nin "*el-Hisbe fî'l-İslâm*", **İbnu'l-Uhuvve** (729/1329)'nin "*Meâlimu'l-kurbe fî ahkâmi'l-hisbe*" isimli kitaplarından istifade edilmiş; konuyla ilgili Türkçe kaleme alınmış eserlerden olmak üzere **Yusuf Ziya Kavakçı**'nin "*Hisbe Teşkilatı*" isimli çalışmasına da müracaat edilmiştir. Bu eserlerde fert yararına ve genelde komşuluk ilişkilerinden kaynaklanan (duman ve gürültüsüyle insanlara zarar veren mülkiyet tasarruf ve kullanımları, başkasının mahrem alanlarına tecavüz, evde yapılıp yapılamayacak işler, esnafa zarar veren faaliyetler...) mülkiyet sınırlamaları ile kamu yararına (fiyatlara devlet müdahalesi, cadde ve sokaklara tecavüz ve işgal, şehir planlamasına muhalefet...) sınırlama örneklerini görmek mümkündür.

Klasik fıkıh kitapları kısmını bitirmeden önce iki eser türüne daha işaret etmek istiyoruz. Bunlardan birincisi konumuzu doğrudan konu edinen Hanefî hukukçulardan **Sadrüşşehîd** (536/1141)'in "*Kitâbu'l-hîtân*" isimli eseridir. Bu eser, her ne kadar bir şahsa ait veya iki ya da daha fazla kişi arasında ortak duvarda tasarruf hükümleri ve sınırlamalarını konu ediniyorsa da, komşuluk hukuku ve ortak maldada (müşterek mülkiyet) tasarruf açısından oldukça önemli bilgiler ihtiva etmektedir. Hatta bu eserde ele alınıp hükme bağlanan hususları, İslâm'da özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen sınırlamaların duvar örneği ile açıklanması şeklinde ifade etmek de mümkündür.

Söz konusu etmek istediğimiz eserlerin ikinci türü ise, genelde çalışıp kazanmayı, ticaretle uğraşmayı konu edinen eserlerdir. **Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî** (189/805)'nin "*Kitâbu'l-kesb*"⁵⁰, **İbn Ebi'd-Dünyâ** (281/894)'nin "*İslâhu'l-mâl*" ve **Hallâl** (311/923)'in "*el-Hassü ale't-ticâra ve's-sînâa ve'l-amel, ve'l-inkâr alâ men yeddeî et-tevekküle fî terki'l-amel, ve'l-hucetu aleyhim fî zâlik*" isimli eserleri bu türün ilk ürünlerinden

⁵⁰ İmam Muhammed'in bu eserinin ismi özellikle eserin neşir ve tahkîkini yapanlar arasında tartışma konusu olmuştur. Bildiğimiz kadarıyla eserin "*Kitâbu'l-kesb*" adıyla biri Süheyl Zekkâr'ın (Dımaşk 1980), diğeri ise Abdülfettah Ebu Ğudde'nin (Haleb 1997) tahkikiyle iki baskısı yapılmıştır. Ayrıca eseri "*el-İktisâb*" adıyla İreb Attâr 1938'de (baskı yeri yok) neşretmiş, ayrıca "*el-İktisâb fî'r-rzkî'l-müstetâb*" adıyla ve Mahmud Arnûs'un tahkikiyle de (Beyrut 1986) bir neşri yapılmıştır. İmâm Muhammed'in söz konusu eseri merkezli bir yüksek lisans tezi hazırlayan Muhammed Mustafa Ali Ebu Anze (*el-İmam Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî ve menhecuhû fî'l-kesb, dirâse mukârane bi'l-mezâhibi'l-fıkhiyye el-uhurâ*, Ammân 1997. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), eserin ismi konusunda üç görüşten söz eder:

a) "*el-İktisâb*", "*el-Kesb*"ın ihtisândır ve bu işlem İmâm Muhammed'in öğrencisi Muhammed b. Semâa tarafından yapılmıştır. Ali Hasen Abdülkâdir ve Ali en-Nedvî bu görüştedir.

b) "*el-Kesb*" İmâm Muhammed'e aittir ve ihtisârî da yapılmamıştır. Süheyl Zekkâr bu kanaati benimseyenlerdendir.

c) İmâm Muhammed'in "*el-Kesb*" isimli bir eseri yoktur, doğrusu "*el-İktisâb*"dır. Bunun da aslı bize ulaşmamış olup mevcut nüsha İbn Semâa'nın ihtisândır. Bu da Mahmud Arnûs'un görüşüdür. Nitekim Mahmud Arnûs eseri bu isimle yayımlamış ve kanaatini de açıkça ifade etmiştir. Bkz. *el-İktisâb*, 4-5).

Bu görüşleri naklettikten sonra Ebu Anze, kitapların isimleri farklı olsa içerikleri aynı olduğu için aslında ikisinin tek bir kitap olabileceğini söylemekle yetinmektedir.

Bu konuda en farklı iddia ise, İbn Ebi'd-Dünyâ'nın "*İslâhu'l-mâl*" kitabını tahkik eden Mustafa Müflih el-Kudât'a aittir. O, "*el-İktisâb fî'r-rzkî'l-müstetâb*" isimli kitabın İmâm Muhammed'e değil, Muhammed b. el-Hasen el-Ferkad eş-Şeybânî (234/848)'ye ait olduğunu söylemekte, ancak iddiasını delillendirme noktasında herhangi bir belge sunmamaktadır. Bkz. *İslâhu'l-mâl*, 73.

Aslında İmâm Muhammed'in eserlerinin şârihi olan dirâyetli Hanefî hukukçulardan Serahsî (483/1090)'nin verdiği şu bilgiler bütün bu tartışmaları aydınlatmaya kâfidir: "*Dostlarımin isteği üzerine Muhammed b. Semâa'nın, Muhammed b. el-Hasen'den rivâyet ettiği "Kitâbu'l-kesb"e şerh yazmaya karar verdim. Nitekim "Kitâbu'l-kesb", İmâm Muhammed'in eserlerinden biridir. Ancak onu, Muhammed'den ne Ebu Hafs, ne de Ebu Süleyman'ın nakletmemiş olması sebebiyle eser şöhret bulmamış, bundan dolayı Hâkimü's-Şehîd el-Mervezî (334/945) söz konusu esere "el-Muhtasar"ında yer vermemiştir.*" Bkz. *el-Mebcut*, XXX,244.

Şu halde İmâm Muhammed'in bahse konu eserinin adı "*Kitâbu'l-kesb*"dir. Ancak biz, Mahmud Arnûs'un tahkik edip "*el-İktisâb fî'r-rzkî'l-müstetâb*" adıyla yayımladığı nüshadan istifade ettiğimiz için, muhakkıkın neşir esnasında belirlediği isme (el-İktisâb) sadık kaldık.

olup, çalışmamızda müracaat ettiğimiz kitaplardandır. Bu eserler -isimlerinden de anlaşılacağı üzere- mülkiyet meselelerini hukukî yönüyle ele almaktan ziyâde; kişinin kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin nafakasını çalışarak helâl yoldan temin etmenin önemini, insanlara yük olmanın çirkinliğini, dünyaya bağlanmamayı, malın bir imtihan vesilesi olduğunu anlatan ahlâkî öğütler içermektedir. Hatta **Hallâl**'in eseri -eserin tam isminden de anlaşılacağı gibi- bazı sûfîlerin zühd, Allah'a tevekkül gibi gerekçelerle çalışma ve kazanç teminiyle meşgul olmayı terk etmeleri karşısında, çalışıp helâl kazanç sağlamanın zühde aykırı olmak şöyle dursun, bilâkis övgüye lâyık davranışlar olduğunu ispatlama amacıyla yazılmıştır. Bu merkezli rivâyetleri ve selef sözlerini bir arada görmenin yanında özellikle **İmam Muhammed**'in "*Kitâbu'l-kesb*" isimli eseri hukukî hükümlere de yer vermesi dolayısıyla çalışmamıza kaynaklık etmektedir.

2. Çağdaş İslâm hukuku eserlerinden sadece mülkiyet konusuna hasredilen çalışmalar hakkında genel tanıtıcı bilgi vermeye geçmeden önce çok önemli bir noktaya dikkat çekmek istiyoruz.

Özellikle son yüzyılda dünya biri ferde dayalı, ferdi hem hareket noktası hem de amaç olarak gören ve mutlak şahsî hürriyetlere -bu görüşe göre mülkiyet hakkı da ilk başta mutlak ve dokunulmaz bir hak olarak görülmüştür- dayalı liberal/kapitalist⁵¹; diğeri ise merkeze devleti alan ve özel mülkiyeti hiç ya da çok dar çerçevede benimseyen sosyalist/komünist sistemle tanışmıştır.⁵² Bu iki siyasî-iktisadî sistem ortaya çıktığı bölge ya da ülkelerle sınırlı kalmamış, tüm dünyayı ve bu arada İslâm ülkelerini de oldukça etkilemiştir. Özellikle sosyalizm bazı Arap ülkelerinde devlet düzeni olarak benimsenip uygulanmış, bu arada bazı ilim ve fikir adamları tarafından "*İslâm sosyalizmi*" tezi müslümanların gündemine sokulmuştur.

İşte bu sistemlerin genelde mülkiyete ve özellikle özel mülkiyete yaklaşım biçimleri müslüman ilim ve fikir adamlarını da etkilemiştir. Bu noktada siyasî sistem olarak da bazı Arap ülkelerinde kabul görmüş olan sosyalizmin etkisi oldukça büyük olmuştur. "*İslâm İktisat Düzeninde Toplumsal Boyut*" konulu bir doktora tezi hazırlamış olan **Muhammed Fâruk en-Nebhân** bakınız bu durumu nasıl açıklıyor: "*1965 yılında Kahire Üniversitesi bünyesinde bu konuyu bir doktora tez projesi olarak seçtiğimde sosyalizm, tüm ilmî ve kültürel ortamlarda, iletişim araçlarında kutsal bir kavram olarak görülüyordu. Öyle ki, sosyalizm düşüncesinin tartışılması veya herhangi bir şekilde eleştiri konusu edilmesi mümkün değildi. Zira özellikle sosyalizmi yöntem, fikir ve düzen olarak benimsemiş olan Arap ülkelerinde bu kavram, tartışılması mümkün olmayan siyasî bir tercihi temsil ediyordu.*"⁵³

İşte bu iki akım (ferdiyetçi ve sosyalist görüş) İslâm hukukunda özel mülkiyet konusunda eser/makale kaleme alan çağdaş yazarların fikir dünyasını etkilemiş ve mâkes bulmuştur. Öyle ki, her bir görüşü benimseyenler, bunu savunmaya ve fukahânın görüşlerinden kendilerini destekleyecek ibareler aramaya başlamışlar⁵⁴, âyet ve hadisleri de bu bakış açısıyla yorumlamışlardır. Etkilenmede şahıs ve coğrafyaya göre derece farkı

⁵¹ Kapitalist düzende fert hem hareket noktası, hem de amaçtır ve bu düzende toplumsal hayatta insanın değeri, sahip olduğu para kadardır. *قيمة رب الألف ألف وزد تزد قيمة رب الدرهم ألف فرد درهم*

"Bin dirhemi olanın kıymeti bindir, parayı çoğalt değerini de artsın

Sırf bir dirhemi olanın kıymeti ancak bir dirhemdir!" Karadâvî, *el-İktisâd*, 86.

⁵² Komünizm ve özel mülkiyet ilişkisi noktasında Sezai Karakoç'un şu tespiti oldukça mânidârdır: "*Komünizm, diliyle mülkiyeti reddederken, kalbiyle mülkiyeti o kadar yüceltiyor ki, tek insanı ona lâyık ve ona sahip olmaya ehil görmüyor.*" Karakoç, *İslâm Toplumunun Ekonomik Strüktürü*, 30.

⁵³ Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâi*, 3.

⁵⁴ Takî Abd Sâlim, "*el-Milkiyyetü'l-ferdiyye*", 125.

olmakla birlikte, İslâm coğrafyasında ve müslüman zihinlerde sosyalist görüşün etkisi daha fazla olmuştur.⁵⁵

Bu etkilenmelerin sonucunda ilim ve fikir adamlarının bir kısmı İslâm toplumunu yok etmeyi amaçladığını düşündükleri sosyalist akıma karşı durma dürtüsüyle, toplumun hak ve maslahatlarını hiç dikkate almaksızın İslâm'da özel mülkiyetin mutlak, dokunulmaz olduğunu söylemişlerdir. Diğer bazıları ise, şayet bir takım kazanım ve başarılar olacaksa bu, sosyalizm adına olacağına İslâm adına olsun diye, özel mülkiyeti tamamen bir kenara itip, devletleştirme ilkesini esas almışlardır. İşte bu ikinci yöneliş daha yaygındır. Bunlar kendi öngörülerince müslüman nesli komünizm tehlikesinden kurtarma gayretiyle (iyi niyetle) hareket ediyor, bir takım uzak ve zorlama te'villerle âyet ve hadisleri yorumlamak sûretiyle İslâm'dan devletleştirme ilkesine dayalı sosyalist bir ekol oluşturmaya çalışıyorlardı.⁵⁶

Bu yönelişler sonucu bazıları, İslâm'ın iktisat sisteminin özel mülkiyeti esas alan ferdiyetçi/kapitalist; diğer bazıları ise, kamu mülkiyetine dayalı devletçi/toplumcu sosyalist⁵⁷ sistem olduğunu iddia etmiştir. Üçüncü bir kesim ise, iki sistemin belirli yönlerini almak suretiyle karma bir anlayışı savunmuştur.⁵⁸ Halbuki İslâm'ın mülkiyet anlayışı ve iktisat düzeni bunların üçü de değildir. İslâm'ın mülkiyet anlayışı ve iktisat düzeni belirli kâide ve prensiplere dayalı, kendine has kavramlara sahip orijinal bir anlayıştır. İslâm'ın mülkiyet anlayışında "*ferdîlik*" kavramı var ise bu, kapitalizmin ferdiyetçiliğinden farklıdır; zira İslâm özel mülkte tasarrufta ve iktisadî faaliyetlerde ferdin mutlak hürriyetini kabul etmez. Aynı şekilde "*toplumculuk/devletçilik*" kavramı da sosyalizmin algıladığından farklıdır; çünkü İslâm, devletin iktisadî faaliyetlere müdahale yetkisini mutlak görmez.⁵⁹

Öte yandan her meselede olduğu gibi mülkiyet konusunda da İslâm'ın, meseleyi salt hukuk açısından ele almadığı da dikkatten uzak tutulmamalıdır. İslâm'ın mülkiyet anlayışının doğru anlaşılabilmesi için, konuyla ilgili düzenleyici hükümlerin ve kavramların hukuk açısından olduğu kadar, inanç ve ahlâk boyutuyla da ele alınması ve bu ilişkinin (inanç-ahlâk-hukuk) aynı anda ve bir arada düşünülmesi zorunludur. Bu ilke esas alındığında şekli benzerliklerin özde de birlikteliği zorunlu kılmadığı net bir şekilde görülecektir.

Elbette buraya kadar söylenenler muasır yazarların tamamı için geçerli değildir. Nitekim bu tür akımlardan etkilenmeden, İslâm'ın orijinal mülkiyet görüşünü yansıtan eser verenler de az değildir.

Konumuz açısından çağdaş İslâm Hukuku eserlerini, genel nitelikli olup mülkiyetle ilgili meselelere de değinen ve doğrudan mülkiyeti konu edinen eserler olarak ele almak mümkündür. Genel nitelikli eserlerden tek tek söz etmeye gerek yoktur. Bu tür kitaplardan

⁵⁵ Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 80.

⁵⁶ Mübârek, *el-İktisâd*, 90-91. "*İştirâkiyyetü'l-İslâm (İslâm Sosyalizmi)*" kitabının yazarı merhum Mustafa Sibâî ve eseri hakkında Muhammed el-Mübârek şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "*Merhum kendi ictihadınca İslâm toplumlarında yayılmaya başlayan sosyalizm tehlikesinin önüne geçmek ve ona yönelişleri durdurmak amacıyla İslâm'la sosyalizm arasındaki benzerlikleri gösterebilmek için bazı nassların tefsir ve yorumunda geniş hareket etmiştir. Rahmetli ölümünden kısa bir süre önce bana, şayet ömrü kifâyet ederse eserinin, bazı görüşlerinde değişiklikler ve yanlış anlaşılan hususlarda maksadını açıklayan beyanlar içeren yeni bir baskısını yapmak arzusunda olduğunu söylemişti.*" Bkz. Mübârek, *el-İktisâd*, 17.

⁵⁷ İslâm'ın sosyalizmle herhangi bir probleminin bulunmadığı, hem İslâm hem de sosyalizmin görüş ve amaçları itibariyle tam bir paralellik arz ettiği iddiası temelde, sosyalizmle sosyal adalet arasındaki farkı anlayamamaktan kaynaklanmaktadır. Sosyalizm, materyalizm üzerine binâ edilmiş bir teoridir; materyalizm ise madde dışında gerçek hiçbir şeyin olmadığı şeklinde bir inanç olup militan ateizmdir. Bu açıkça dinin reddini öngörmektedir ki, İslâm'ın bu tür düşünceleri onaylaması mümkün değildir. Bkz. Muslehuddin, *Economics and Islâm*, 103.

⁵⁸ İslâm'ın mülkiyet anlayışı ile kapitalist ve sosyalist sistemin mülkiyet anlayışının mukâyesesi için bkz. Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâî*, 181-182; Arabî, *el-İktisâd*, 275-355.

⁵⁹ Sadr, *İktisâdunâ*, 1,259; Fencerî, "*el-Mezhebü'l-iktisâdî fi'l-İslâm*", 121. Genel anlamda İslâm'da mülkiyet ve özelde ise toprak mülkiyeti konusunda 1964 yılında Mısır'da bir dizi akademik konferanslar düzenlendiğini söyleyen Amoretti, bu konferanslarda İslâm'ın özel mülkiyet görüşünün sosyalist ve kapitalist anlayıştan farklarının vurgulandığına dikkat çeker. Bkz. Amoretti, "*Methodological notes*", 431.

olmak üzere **Kadri Paşa** (1306/1888)'nin "*Mürşidu'l-hayrân*", **Abdürrrezzâk es-Senhûrî** (1971)'nin "*Mesâdiru'l-hak*", **Mustafa ez-Zerkâ** (1999)'nin "*el-Medhal*", **Ali Hafîf**'in "*Ahkâmu'l-muâmelât*", **Abdülkerim Zeydân**'in "*el-Medhal*" isimli eserleriyle Türkçe eserlerden; **Hayreddin Karaman**'in "*Mukayeseli İslâm Hukuku*" ve **Halil Cin** ile **Ahmet Akgündüz**'ün "*Türk-İslâm Hukuk Tarihi*", **M. Âkif Aydın**'in "*Türk Hukuk Tarihi*" adlı çalışmaları istifade ettiğimiz eserlerin başlıcalarıdır.

Mülkiyeti konu edinen eserleri ise, içeriklerine göre; genel olarak mülkiyet, mülkiyetin fonksiyonu, özel ya da kamu mülkiyeti, arazi mülkiyeti, özel mülkiyete getirilen sınırlamalar ve İslâm iktisadî konulu çalışmalar şeklinde gruplandırmak mümkündür.

İçerik itibariyle genel olarak mülkiyeti ele alan eserlerin en önemlilerini **Ebu Zehrâ** (1974)'nin "*el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*", **Ali Hafîf**'in "*el-Milkiyye fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*", **Abbâdî**'nin "*el-Milkiyye fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*", **Muhammed Yusuf Musa**'nın "*el-Emvâl*", **Bedrân Ebu'l-Ayneyn**'in "*Nazariyyetu'l-milkiyye*", **Talegânî** (1979)'nin "*İslâm ve Mülkiyet*" ve **Fahri Demir**'in "*Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*" isimli çalışmaları oluşturmaktadır. Kanaatimizce bu eserlerin en orijinaleri, kendinden sonraki hemen bütün ilgili eserlere etkide bulunan ve çalışmalarından ileri seviyede hukuk nosyonuna sahip olduğu kolayca anlaşılan **Ali Hafîf**'in "*el-Milkiyye*" isimli çalışması ile halen *Ürdün Evkaf Bakanı* olan **Abdüsselâm Davud el-Abbâdî**'nin 1972 yılında doktora tezi olarak hazırlayıp *Ezher Üniversitesi*'ne sunduğu "*el-Milkiyye fi's-Şerâti'l-İslâmiyye, tabîatuhâ ve vazîfetuhâ ve kuyûduhâ*" isimli eseridir. Özellikle **Abbâdî**'nin eseri teknik özellikleriyle de dikkat çekmekte olup, aynı zamanda mülkiyet konusunda yazılan çağdaş eserlerin en çaplı olanıdır. Eser kendinden sonraki bir çok çalışmaya da kaynaklık etmiştir. Örneğin **Adnan Halid et-Türkmânî**'nin "*Davâbitu'l-milkiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî*" isimli çalışması plan ve muhteva itibariyle tamamen bu eserin özeti niteliğindedir. Bu özellikleriyle **Abbâdî**'nin söz konusu eseriyle **Ali Hafîf**'in eser ve makaleleri genel anlamda mülkiyet yanında özel mülkiyet sınırlamaları açısından da en fazla istifade ettiğimiz çağdaş çalışmalar özelliğini taşımaktadırlar. Mülkiyet konusunu genel olarak ele alan diğer eserler ise, daha ziyade nakil ağırlıklıdır.

Muhammed Faruk en-Nebhân'in "*el-İtticâhu'l-cemâi*" ve **Hanbûle**'nin "*Vazîfe ictimâiyye*" adlı eserleri ise, mülkiyet konusunu fonksiyonu açısından "*sosyal ödev*"⁶⁰ olup olmaması yönüyle ele alan çalışmalardır. Her ikisi de doktora tezi olan bu eserlerin arka planında, yirminci yüz yılın başlarından itibaren özellikle bazı Arap ülkelerinde etkisini açıkça hissettiren sosyalizm akımı bulunmaktadır. **Nebhân**'ın çalışması mülkiyetle sınırlı olmayıp daha genel olmakla birlikte, iki eser de, İslâm'da mülkiyetin sosyal ödev olup olmadığını tartışmaktadır. Yalnızca mülkiyet konusuna ve onun bu fonksiyonuna hasredilmiş olmamakla birlikte mülkiyetin "*sosyal ödev*" fonksiyonuna sık sık vurgu yapması sebebiyle **Mustafa Sıbâî**'nin "*İslâm Sosyalizmi*" isimli eserini de bu türün örneklerinden saymak mümkündür.

Özel mülkiyet konusuna ayrılmış eserler konuyu, ya İslâm'da özel mülkiyetin meşrûiyetini, ya iktisadî büyüme ve gelişme açısından önemini ya da fonksiyonu ve tabii olduğu sınırlamalar açısından ele almışlardır.

Kamu mülkiyeti noktasında ise, **Hacı Mehmet Günay**'in "*İslâm Hukukunda Kamu Malları*" isimli doktora tezi, konuyu büyük bir vukûfiyetle ele almakta olup, kanaatimizce alanın en iyi çalışmasıdır. Özellikle konuyu temellendirme bağlamında verilen bilgiler konumuz açısından da ışık tutucu olmuştur.

Diğer yandan toprak hukuku ve arazi mülkiyeti açısından **Mevdûdî** (1979)'nin "*Milkiyyetu'l-ard*" isimli eseri, İslâm'da arazinin özel mülkiyete konu olamayacağını iddia

⁶⁰ Bu husus ileride ayrı bir başlık halinde ele alınacaktır.

edenlere reddiye olarak kaleme alınan ve toprakta özel mülkiyetin meşruiyetini delillerle ortaya koyan önemli bir eserdir. Bu arada **Halil Cin**'in "*Mîrî Arazî*" ve "*Osmanlı Toprak Düzeni*" konulu çalışmaları da bu türün örneklerindedir.

Bu arada özel mülkiyet konusunu tabii olduğu sınırlamalar açısından ele alan eserler de bulunmaktadır. **Abdülkerim Zeydân**'ın "*el-Kuyûdu'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye li'l-maslahati'l-âmmeh fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*" isimli eseri ile **Abdullah b. Abdülazîz el-Muslih**'in "*Kuyûdu'l-milkiyyeti'l-hâssa*" adlı doktora tezi İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalara hasredilmiş çalışmalardandır. Bu konuda yapılmış başka çalışmalar da bulunmakla birlikte⁶¹, ne yazık ki ancak bu iki esere ulaşılabilmektedir.

Konumuzla doğrudan ilgili olmaları bakımından sözünü ettiğimiz iki eser hakkında tanıtıcı mahiyette kısa bilgi vermek istiyoruz. **Abdülkerim Zeydân**'ın eseri, İslâm hukukunda özel mülkiyet sınırlamalarına giriş niteliğinde olup, sırf kamu yararına sınırlamalara hasredilmiş, fert yararına sınırlamalar ele alınmamıştır. Özel mülkiyetin kamu yararına sınırlamalarını hem kazanım hem de tasarruf yetkisi açısından ele alan müellif, eserinin son kısmında siyasî otoritenin (devletin) sınırlama yetkisine yer vermekte ve bunun prensiplerinden söz etmektedir. İslâm'da özel mülkiyetin meşruiyetini temellendirme ve sınırlama düşüncesine hakim olan ilkeler açısından oldukça önemli bilgiler veren **Zeydân**, meseleleri ilkesel düzeyde ele almakta, konuları enine boyuna teferruatıyla incelememektedir.

Abdullah b. Abdülazîz el-Muslih'in eseri ise, oldukça hacimli olmakla birlikte (744 sayfa) içeriğinin, hacmi ve ismiyle uyumlu olduğunu söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Yazar, özel mülkiyetin teorik temelini fitratın oluşturduğunu söylemekte, binaenaleyh fitrat gereği olan bir hususun meşrûiyetinin tartışılmayacağını belirtmekte, bu arada şahsın özel mülkünde, *Allah*'ın ilâhî bir lutfu ve istihlâfi ile tasarrufta bulunduğu dikkat çekmektedir. Bu açıdan İslâm'da özel mülkiyet konusunun arka planına vurgu yapan yazarın, genel anlamda konuya yaklaşımında mümkün olduğunca siyasî-iktisadî akımlardan etkilenmeme çabası ve vurgusu da dikkat çekilmesi gereken önemli bir hassasiyettir.

Muslih konuyu iki bölüm halinde ele almaktadır: Birinci bölümde mülkiyetin tarihi ve genel mülkiyet bilgilerinin yanında kazanım ve tasarruf açısından mülkiyetin aslî takyitlerini incelemektedir. İkinci bölümde ise, devletin kamu yararına özel mülkiyete sınırlama getirmesi, fert yararına sınırlamalar ve müslüman olmayanların mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar ele alınmaktadır.

Muslih'in eserinin bizce en önemli eksikliği, konunun mantıkî bir plan bütünlüğü içerisinde işlenmemesi sebebiyle karmaşılaşması ve okuyucunun zihninde, İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalar konusunda açık ve net genel bir fikrin oluşmamasıdır. Diğer yandan müslüman olmayanların mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaları ayrı bir başlık altında ele alması oldukça önemli olmakla birlikte, meseleyi kazanım sınırlamalarına indirgemesi ve müslüman olmayanlara yönelik tasarruf sınırlamalarını ele almaması bizce bir eksiklik. Halbuki müslüman nesiller arasında gayri müslimlere yönelik mülkiyet sınırlamalarından olmak üzere en çok konuşulan ve bilinen sınırlamalar tasarruf

⁶¹ Doktora tezleri:

a) Ferîd Abdulmuîz Ferec, *İtibâzâtü'l-civâr ke kaydî min kuyûdi'l-vâride alâ hakk'l-milkiyye*, Ezher Üniversitesi, Kahire 1979.

b) *el-Milkiyye fi'l-İslâm ve medâ tedahhulü'd-Devle fi takyîdih*, Ezher Üniversitesi, Kahire 1978. (Eserin müellifi tespit edilememiştir).

Yüksek lisans tezleri:

a) Salih Abdullah Humeyd, *el-Kuyûdu'l-vâride alâ isti'mâli'l-milkiyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Melik Abdülazîz Üniversitesi, Mekke 1397.

b) Lâşîn Muhammed Yunus el-Felyesâfi, *el-Kuyûdu'l-vâride ale'l-milkiyye fi's-Şerîa ve'l-Kânûn*, Ezher Üniversitesi, Kahire 1976.

sınırlamalardır. Müslümanlarca mal sayılmayan ve üzerinde mülkiyet kurulması caiz olmayan şeyleri kamuya açık yerlerde kullanma yasağı (sınırlandırması) gibi. Konu bu açıdan ele alınsa ve bu mesele ile ilgili düzenlemelerin ne kadarının sabit esaslara dayalı ve sürekli, ne kadarının değişken ve "*siyâset-i şer'îyye*" kavramına dahil olduğu ortaya koyulabilseydi kanaatimizce, eserin bu kısmı oldukça orijinal bir çalışma olurdu.

İradî takyitlerin bir çoğunun yer almaması yanında mevcutların da yalnızca kazanım açısından ele alınmış olması, yukarıda da ifade edildiği gibi konunun ele alınışında mantikî bir sistemin bulunmayışı dolayısıyla bazı tedâhüller ve bazı bilgilerin yer ve konumunun tespitindeki yanlışlıklar/hatalar gibi hususlar da ilave edilebilecek mülâhazalardandır.

Son olarak fıkıh usûlü ve hukuk felsefesi (mekâsidü'ş-şerîa) alanlarındaki dirâyetiyle tanınan çağdaş İslâm hukukçularından **Fethî ed-Dirîni**'nin "*el-Hak*" ve "*et-Teassûf*"; **Ahmed el-Mevâfi**'nin "*ed-Darar*"; **Ahmed İbrahim Bey** (1364/1945)'in "*el-Hak*"; **Muhammed Mübârek** (1981)'in "*el-İktisat*"; **Muhammed Bâkır es-Sadr**'in "*İktisâdunâ*" isimli eserleriyle; Türkçe olmak üzere **Ali Şafak**'ın "*İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı*"; **Saffet Köse**'nin "*İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*" ve **Hasan Hacak**'ın "*İslâm Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi*" adlı eserlerinin de konunun işlenmesinde istifade ettiğimiz diğer çağdaş çalışmaların başlıcalarını oluşturduğunu belirtmek isteriz.





BİRİNCİ BÖLÜM

MÜLKİYET KAVRAMLARI VE TEMEL BİLGİLER

Şahısların eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyetlerinden doğan meseleleri düzenleyen hukuk branşı olarak eşya hukukunun ana konusunu aynî haklar oluşturur. Hukukî anlamda **eşya**, "üzerinde ferdî hakimiyet sağlanabilecek, iktisadî bir değer taşıyan, şahıs dışı cismânî varlıklardır"¹ şeklinde tanımlanmakta ve sadece maddî mallar eşya kapsamına alınmış olmaktadır. **Aynî hak** ise, "bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı dermeyân edilebilen haklardır."²

Aynî haklar çeşitli açılardan tasnife tabi tutuluyorsa da³ en çok kullanılan tasnif, hakkın sağladığı yetkiye göre yapılanıdır. Buna göre aynî haklar "mülkiyet hakkı" ve "sınırlı aynî haklar" olmak üzere iki temel gruba ayrılır. Eşya üzerinde tam bir hakimiyet ve en geniş yetkileri sağlayan aynî hak olarak tarif edilen mülkiyet, sahibine, hak konusu üzerinde tam bir tasarruf yetkisi verir ki bu da, hak konusu olan nesneyi kullanma (usus), semerelerinden istifade etme (fructus) ve malı tüketme (abusus) yetkilerini içermektedir. Sınırlı aynî haklar ise, sahibine, mülkiyette bulunan yetkilerden birini veya ikisini sağlar. Bunlar da irtifak hakkı, rehin hakkı ve gayri menkul mükellefiyettir.⁴

Oldukça özet olarak takdim ettiğimiz modern eşya hukukunda eşya üzerindeki yetkilere ait bu temel kavramları verdikten sonra İslâm hukukundaki duruma bakabiliriz.

İslâm hukukçuları eşya üzerindeki yetkileri temelde iki kavramla ifade ederler: "Milk" ve "ibâha". Milk ve ibâha ayırımı, sağlanan yetkinin gücü ve niteliğine göre yapılmıştır. Milk eşya üzerindeki en güçlü yetkilerin, ibâha ise zayıf yetkilerin ifadesi olmuştur. Kaynaklarda net bir şekilde görülebilen bu ayırım, özellikle Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1392)'te görülen bir tasnifle üçlü hale getirilmiştir.⁵ Bu hukukçu eşya üzerinde milkten zayıf ve ibâhadan güçlü yetkiler veren bir takım hakları, "hukûk" kavramı ile ifade ederek, bunları ibâha ve milkten özenle ayırmıştır. O halde İslâm hukukunda eşya üzerindeki yetkileri, bu yetkinin nitelik ve gücüne göre üç gruba ayırabiliriz. Bunlar, eşya üzerindeki en güçlü yetkiyi ifade eden "milk", en zayıf yetkileri ifade eden "ibâha" ve bu ikisi arasında, ibâhadan güçlü, milkten zayıf yetkiler veren "hukuk" denilen haklardır.⁶

Bu genel girişten sonra konunun kavramsal çerçevesini oluşturan kavramlar hakkında tanıtıcı bilgilere geçebiliriz.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. MİLK

Az önce de ifade edildiği gibi İslâm Eşya Hukuku'nun temel kavramı milktir. İnsanla eşya arasındaki hukukî ilişkiyi ifade etmek için İslâm hukukçuları, "el-mâlikiyye", "el-memlûkiyye", "el-milkiyye" kavramlarını kullanmakla birlikte⁷ "milk"⁸ kavramının kullanımı

¹ Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 6.

² Oğuzman-Seliçi, a.g.e., 4.

³ Bkz. Oğuzman-Seliçi, a.g.e., 20-22.

⁴ Oğuzman-Seliçi, a.g.e., 20; Köprülü-Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 3.

⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 181.

⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 12.

⁷ Bu tür kullanımlar için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,122; XIV,116; XVII,122.

daha fazladır. Nitekim klasik fıkıh kitaplarında mülkiyet genellikle milk kelimesi ile ifade edilmiştir.⁹ Milk kavramı fıkıhta, eşya¹⁰ üzerinde en geniş yetkileri bahşeden mülkiyet hakkı, irtifak hakkı, rehin hakkı gibi hakları ifade eden bir kavramdır. Bu kavram her ne kadar bazen eşya dışındaki şeyler üzerinde kurulan hakları ifade için de kullanılırsa da (*milkiyyat-kisâs, milkiyyat-nikah*)¹¹, **Hasan Hacak**'ın da isabetle belirttiği gibi¹² teknik anlamda milk sadece eşya üzerindeki hakları ifade eder.

Eşya ile şahıs arasındaki en güçlü hakimiyet bağının hukukî tasviri olan milk kavramını¹³ tanımlarken İslâm hukukçularının bir kısmı onun hukukî bir gerçeklik olduğunu hareket noktası edinmiş, bir kısmı konusunu belirlemeyi esas almış, bir üçüncü kesim ise, onun şahıs ile eşya arasında bir ilişki olduğuna dikkat çekmiştir.

Söz gelimi Mâlikî hukukçu **Karâfi** (684/1285) milk kavramını şöyle tarif eder: "*Bir ayn ya da menfaatte takdir olunan, nisbet edildiği şahsa ondan yararlanma ve feragat ettiği taktirde karşılığını (ıvaz) alma yetkisi veren hukukî bir hükümdür.*"¹⁴ Şâfiî hukukçu **Suyûtî** (911/1505) de, **İbnü's-Sübki**'den naklen aynı tanımı tekrarlamaktadır.¹⁵ *Furûku* şerheden **İbnü's-Şât** (723/1323) ise bu tanımı yeterli görmemekte ve tarife "*doğrudan doğruya veya vekili vasıtasıyla ayn veya menfaatten faydalanma*" kaydının eklenmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁶

Diğer yandan Hanefî hukukçulardan **Serahsî** (483/1090), milk için "*milk, mutlak tasarruf yetkisidir*"¹⁷ derken; **Kâsânî** (587/1191) milki, "*mülkiyete konu olan şey üzerinde, tasarruf hakkının yalnız malike ait olması veya mülkiyete konu olan nesnede tasarrufta bulunabilmek için hukukça milk sahibine tanınan yetkidir*"¹⁸ şeklinde daha açık ve teferruatlı bir tarif yapmaktadır. Hanefî mezhebi söz konusu olduğunda ne söylediği merak edilen ve görüşleri çağdaş hukukçular tarafından da genellikle hüsnü kabul gören **İbnü'l-Hümâm** (861/1456) ise, "*milk, Şâri' tarafından tanınan bir şey üzerinde, tasarruf edebilme yetkisi veren haktır*"¹⁹ şeklinde bir tanım yapmış, **İbn Nuceym** (970/1562) ve **Ebu'l-Bekâ** (1094/1683) da bu tanımı aynen alıp "*bir engel olmadıkça*" ilavesinde bulunmuşlardır.²⁰ Zira malik olup da tasarruf yetkisine sahip olmama hali de söz konusu olabilmektedir. Nitekim hukuken kısıtlı (mahcûr) olanlar, mülkiyet sahibi olabilmektedirler fakat tasarruf yetkileri yoktur. Aynı şekilde satım sözleşmesinde, akdin konusunun (mebî') mülkiyeti, mücerred akidle alıcıya (müşteri) geçmekte fakat, teslim-tesellüm (kabz) gerçekleşmediği sürece

⁸ Milk, sözlükte "*sahip olduğun her şey*" şeklinde tarif edilmektedir. Firûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-muhît*, 954. "Milk" ve "mülk" kavramları arasında kullanım açısından farklılık olduğunu; birincisinin beşeriyetin eşyaya hakimiyeti anlamında insan için, ikincisinin ise eşya ve insan da dahil tüm kâinata hakimiyet ve sahiplik anlamında Allah Teâlâ için kullanıldığını söyleyenler yanında, iki kullanımın da aynı anlama geldiğini ifade edenler de vardır. Geniş bilgi için bkz. Râğıb, *el-Müfredât*, 718; Firûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-muhît*, 858; Ebu'l-Bekâ, *el-Külliyât*, 853.

⁹ Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyetü'l-ferdiyye*, 11.

¹⁰ Eşya "*şey*"nin çoğuludur. Dış alemi meydana getiren, insandan başka her türlü maddî ve mânevî varlıklara "*şey*" denir. Bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 18; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II,242.

¹¹ İbn Receb nikah için milk kelimesinin kullanılmasını kritik ederken, nikahın "*milk*" yerine "*hill*" (helallik) doğurduğunu, nikah akdinin izdivâc olduğunu; bu sebeple -kendisi için milk söz konusu olmamasına rağmen- kadının da kocasından istifade ettiğini söyler. Bkz. *el-Kavâid*, 189.

¹² Hacak, *İrtifak Hakları*, 13.

¹³ Hacak, a.g.e., 13. Krş. Bardakoğlu, "*Hak*", XV,144.

¹⁴ Karâfi, *el-Furûk*, III,364. الملك حكم شرعي، مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكن من يضاف إليه، من انتفاعه بالملوك أو العوض عنه، من حيث هو كذلك

¹⁵ Suyûtî, *el-Eşbâh*, 316.

¹⁶ İbnü's-Şât, *İdrâru's-şurûk*, III,364-365.

¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,8,9. الملك المطلق للتصرف

¹⁸ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,128. الملك هو الاختصاص بالخل، في حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف في الخلل

¹⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI,248. الملك هو قدرة، يثبتها الشارع ابتداء على التصرف

²⁰ İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, 346; Ebu'l-Bekâ, *el-Külliyât*, 853.

müşteri tasarrufta bulunamamaktadır. Şu halde milk tanımına "*bir engel olmadıkça*" ilavesi zorunludur.²¹

Öte yandan Hanefî usulcü ve fakihlerden **Abdülaziz b. Ahmed el-Buhârî** (730/1329) milk kavramını, "*milk, şahsa mutlak tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen şeydir*"²² şeklinde tanımlarken; **Cürcânî** (816/1413) "*milk, şahsa mutlak tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen insanla eşya arasındaki hukukî bağıdır*" şeklinde bir tanım yapmaktadır.²³ **İbn Teymiyye** (728/1327) ise milkin "*eşya üzerinde hukukî tasarruf yetkisi*" olduğunu belirtmekle yetinmiştir.²⁴

Diğer İslâm hukukçularının milk tarifleri de cümle terkibi ve sonuca etki etmeyen farklı bazı kelimeler seçimi dışında yukarıda zikredilen hukukçuların tarifleriyle paralellik arz etmektedir.

Yukarıdaki tanımlar dikkatle incelendiğinde **Karâfi**, **İbn Teymiyye**, **Cürcânî** ve **İbnü'l-Hümâm** milkin "*hukukî ilişki*" olma özelliğini ağırlıklı olarak ön planda tutmuşlar; **Kâsânî** ve **Abdülaziz el-Buhârî** ise milkin "*yetki unsuru*"na yani, şahsa sağladığı yetkiye (tasarruf yetkisi) vurgu yapmışlardır.

Diğer yandan **Kâsânî**, milkin konusunu belirlemeksizin "*mahal*" demekle yetinirken, **Karâfi** ve **İbnü's-Şât**, tariflerinde milkin konusuna yer vermişler ve bunu "*ayn ve menfaat*" olarak tayin etmişler; **Cürcânî** ise bunu "*eşya*" şeklinde genelleştirmiştir. Bu arada milkin, şahsa milk konusu eşya üzerinde tasarruf yetkisi (aktif yetki) verme yanında, başkasının her türlü tasarruf ve müdahalesine engel olma hakkı (koruyucu yetki) da tanımına **Abdülaziz el-Buhârî** ve **Cürcânî** dikkat çekmişlerdir. **İbnü'l-Hümâm**'ın milk tanımına, **İbn Nüceym** ve **Ebu'l-Bekâ'nın**, ilave ettikleri "*bir engelin bulunmaması*" şartı ise, çalışma konumuza da ışık tutması bakımından önemlidir.²⁵ Şu halde bu ilaveyle, milkin en önemli unsurunu oluşturan "*tasarruf yetkisi*"nin kullanılabilmesi, herhangi bir engelin bulunmamasına bağlanmış olmaktadır.

Tariflerde "*ihtisâs*", "*hâciz*" gibi kavramlar kullanılmakla milkin sırf sahibine münhasır bir hak olduğuna; "*intifa*", "*tasarruf*" gibi kavramlarla da milkin, sahibine milk konusu nesne üzerinde her türlü yetkiyi verdiği dikkat çekilmek istenmiştir.

Mülkiyet hakkından güdülen temel amaç kişinin, özel her türlü ihtiyacını herhangi bir engelle karşılaşmaksızın giderebilecek şekilde bir nesneye sahip olmasıdır (*milkin inhisarîlik/ihtisâs fonksiyonu*). Diğer bir ifadeyle özel ihtiyaçlarını karşılamak istediği nesne üzerinde kendisinden başka hiç kimsenin hak iddiasında bulunamaması, söz konusu nesnenin sırf kendisine özgü olmasıdır. Zira bu özellikte olmayan herhangi bir intifa biçimi her zaman sözü edilen amacı sağlayamayabilir. Meselâ insan mübâh mallardan da yararlanma (intifa) hakkına sahiptir ama bu hak, "*sırf sahibine ait inhisarî özellikte*" bir hak olmadığından bu tür haklarda, mülkiyet hakkından beklenen faydanın temini mümkün değildir.

Bunun yanında, söz gelimi kiracının kiraladığı şeyde ve istiğlâl hakkı sahibinin vakıf akarda alt icâre veya iâre gibi tasarruflarda bulunabilmesi bile bu ihtisâs özellikli hak sayesinde mümkün olmaktadır. Yoksa üzerinde tasarruf edilen bu şeyler, yani kira konusu nesne (me'cur) ve vakıf akar -vakıf akarın rakabe mülkiyeti konusunda bir takım ihtilaflar

²¹ İbn Nüceym, a.g.e., 346; Ebu'l-Bekâ, a.g.e., 853. Ayrıca bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 24.

²² Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV,516. الملك هو المطلق الحاجز

²³ Cürcânî, *et-Ta'rîfât*, 229. الملك هو اتصال شرعي، بين الإنسان وبين شيء، يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه.

²⁴ İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, 151. الملك هو القدرة الشرعية على التصرف

²⁵ İslâm hukukçularının milk tanımı ve bunların tahlil ve tenkidi için bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 25-33; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 29-39; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,138 vd.; Debs-Ziadeh-Dilger, "*İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı*", 98.

bulunmakla birlikte- tasarruf edenin mülkiyetinde değildir. O halde "*tasarruf*" mülkiyetin mutlak karinesi değildir.²⁶ Aynı şekilde bir kimsenin malik sayılabilmesi için mülkünde mutlaka bilfiil tasarruf etmesi, hatta edebilir olması da şart değildir. Nitekim bazı milk tariflerinde geçen "*bir engel bulunmadıkça*" kaydı da bu durumu ifade etmektedir. Ehliyetsizler, eksik ehliyetliler ya da mülkiyetine başkasının hakkı taalluk eden şahıslar malik olmalarına rağmen tasarruf yetkilerini kısmen veya tamamen kullanamamaktadırlar.

Muasır İslâm hukukçularının milk tanımları ise, ya klasik dönem İslâm hukukçularından birinin tanımını tercih ve onu olduğu gibi alma veya yeni bir cümle kalıbına dökme, ya da yeni unsur/lar ekleme şeklinde olmuştur. Söz gelimi **Ali Hafif** milki tanımlarken "*ihtisâs, zilyedlik (hıyâze)*"²⁷ unsurundan hareket etmiş²⁸; **Muhammed el-Mübârek** (1981), **Kâsânî** (587/1191)'nin tanımını aynen alıp kendine ait yeni bir cümle kalıbıyla ifade etmekte²⁹; **Ebu Zehrâ** (1974), **Muhammed Ali es-Sâyis** ve **Abbâdî** ise, **Kâsânî**'nin tarifi ile **İbnü'l-Hümâm** (861/1456)'ın tarifine **İbn Nüceym** (970/1562) ve **Ebu'l-Bekâ** (1094/1683)'nin ilavesinden oluşan karma bir tarif yapmaktadırlar. Buna göre milk, "*bir nesnenin belirli bir şahsa ait olup, başkasının müdahalelerini engelleyen ve malike, şer'î engel olmadıkça milk konusu eşyada başlangıçtan tasarruf yetkisi veren aidiyet bağlıdır.*"³⁰ **Abdülkerim Zeydân** ise **Cürçânî** (816/1413)'nin tarifini aynen tekrarlamakla yetinmektedir.³¹

Çağdaş İslâm hukukçularından milk tanımı en fazla kabul gören hukukçu **Mustafa ez-Zerkâ** (1999) olmuştur. O, milki şöyle tarif etmektedir: "*Milk, bir engel olmadığı sürece, şer'an, sahibine tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen bir aidiyet bağlıdır.*"³² Gerçekten de bu tarif bütün milk çeşitlerini kapsadığı gibi oldukça da vecîzdir. Bazı çağdaş İslâm hukukçuları eskilerin tabiriyle tanımın "*efrâdını câmî, ağyârını mânî*" olma özelliğini mutlaka sağlama gayretiyle, oldukça uzun, öğrenilip akılda tutulması zor ve zaman zaman bir tanımda bulunması gerekmeyen unsurlar da içeren tarifler yapmaktadırlar.³³ Bu yönüyle de **Zerkâ**'nın tanımı önemli ve orijinaldir.

Mülkiyetin tanımı vesilesiyle bir hususu daha belirtmek isteriz. Milk tanımlarının bir kısmında tasarruf yetkisi "*başkasına zarar vermeme*" şartı ile sınırlandırılmaktadır. Bu tanım sahiplerine göre bu hal, hukuk ve yargının ulaştığı son merhaleyi ifade etmektedir. Çünkü her ne kadar dikkate alınması gereken zararın, miktar ve çerçevesinin belirlenmesi münakaşa konusu ise de, ileriki sayfalarda da görüleceği üzere mülkiyet hakkı/yetkisi başkasına zarar vermemekle sınırlandırılmıştır. Bunun anlamı, şayet mülkiyetin kişiye sağladığı yetkilerin kullanımı başkalarına zarar verirse, bu eylemlerin mülkiyet hakkının tabii sonuçlarından

²⁶ Bkz. Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 106.

²⁷ Bu tanımın eleştirisi için bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,151.

²⁸ Ali Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 37.

²⁹ Mübârek, *el-İktisâd*, 68.

³⁰ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 71-72; Abbâdî, a.g.e, I,150; Sâyis, "*Milkiyyetü'l-ard*", 122-123. الملك هو اختصاص بالشيء،

تتمتع الغير عنه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء، إلا لمانع شرعي. Tanım Sâyis'e aittir. Amoretti, 1960'lı yıllardan itibaren müslüman ilim adamlarının mülkiyeti, malikle sınırlı mutlak bir hak olmadan ziyade, kamu yararıyla sınırlı, sosyal ödevleri de olan bir hak olarak tarif etmeye başladıklarını söylemektedir. Bkz. "*Metodological notes*", 434. Ancak Cürçânî, İbn Nüceym ve Ebu'l-Bekâ gibi, Amoretti'nin sözünü ettiği tarihten asırlarca önce yaşamış hukukçuların milk tarifleri bu iddiayı yalanlamaktadır. Zira söz konusu hukukçular mülkiyeti tarif ederken "*ihtisâs*" unsuruna yer vermeleri, mülkiyetin mutlak hak olması anlamına gelmediği gibi, "*bir engel bulunmadıkça*" kaydının kapsamına, kamunun zarar görmemesi de dahildir.

³¹ Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vârîde ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 11.

³² Zerkâ, *el-Medhal*, I,241. الملك هو: اختصاص حاجز شرعا صاحبه بالتصرف إلا لمانع. Kırş. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,29; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 108.

³³ Bu husus Dirî'nin tariflerinde kendini açıkça göstermektedir. Tanım çözümlenmesinde oldukça başarılı olan Dirî'nin, sonunda kendi tarifini, üç-dört satırdan az olmayan ve bir çok unsur ve özelliğin arka arkaya sıralandığı uzunca bir paragraf halinde sunmaktadır.

sayılmamasıdır. Mülkiyetin niteliği konusunda benimsenen bu anlayış, zaman unsuru, bölge ve anlayış farklılıkları ve hukukun ulaştığı açıklık ve netlik gibi bir dizi faktör sonucu oluşmuştur.³⁴

Mülkiyet hakkının şahsa mutlak tasarruf yetkisi vermediği, tasarruflarının başka kayıtlar yanında, fert/ler ya da topluma zarar vermeme şartıyla da sınırlı olduğunu vurgulama açısından mülkiyet tanımında böyle bir ifadenin (zarar vermeme) bulunması faydalı ve isabetli ise de, bizce zorunlu olmadığı gibi buna gerek de yoktur. Zira "*bir engel olmadığı sürece*" ifadesi zarar vermeme unsurunu da içermektedir. Bu ifade, ehliyet yokluğu veya kısıtlılığı, başkasının hakkının taalluk etmesi, üçüncü şahısların hakkının korunması yanında; emredici ya da yasaklayıcı bir nassa açık muhalefet ve daha genel anlamda o hükmün konulması ile gerçekleştirilmesi amaçlanan gayeye (mekâsîdüş-şerîa) aykırılık unsurunu da ihtiva etmektedir. "*Zarar vermeme*", bu sayılanların dışında bir özellik değildir ki, ayrıca belirtilmesinde bir fayda mülâhaza edilsin.

Bu arada bazı yazarların tanımlarında dikkat çeken bir diğer husus ise, muhtemelen ülkelerinde mer'î pozitif hukukun etkisiyle³⁵, mülkiyetin unsurları olarak ifade edilen milk konusu eşyayı kullanma (usus), semerelerinden istifade etme (fructus) ve malı tüketme (abusus) yetkilerinin tek tek sayılmış olmasıdır.³⁶ Daha önce de işaret edildiği üzere tasarruf kavramı, bu yetkilerin tamamını içeren geniş anlamli genel bir çerçeve oluşturması sebebiyle, tanımda bu unsurların tek tek sayılması doğru değildir.

Buraya kadar arz edilen verilerden sonra Roma hukukunda mülkiyetin tanımının yapılmadığı, Romalı hukukçulara atfedilen tariflerin, gerçekte, Ortaçağ hukukçularına ait olduğu³⁷ gerçeğinden hareketle **Tahiroğlu'nun** "*Her tarif, hukuk ilminin belirli aşamasına uyan mücerred düşüncelerin mahsulüdür. Mülkiyet hakkını tarif etmek teşebbüsü, modern hukuk düşüncesinin eseridir*"³⁸ iddiasının İslâm hukuku açısından geçerli olmadığı açıktır. Zira İslâm hukukçuları, ilk dönemlerden itibaren mülkiyeti tarif etme yoluna gitmişler ve yaptıkları tanımlar da, modern eşya hukukundaki tanımların ihtiva ettiği tüm özellikleri içermektedir.

Bu arada İslâm hukukçuları "*eşya üzerinde milk nitelikli haklar terk ve zamanasını ile sâkit olmazlar*"³⁹ şeklinde genel bir prensip vaz etmek suretiyle, bireyle eşya arasında hukukî ilişki (mülkiyet ilişkisi) bir kere teşekkül ettikten sonra, bu ilişkinin sona erdiğini gösteren hukukî bir delil olmadığı sürece mülkiyet ilişkisinin devamına hükmedileceğini belirtmişlerdir. Fakat genel ilke bu olmakla birlikte iktisadî değerinden söz edilmeyen, basit, önemsiz nesnelere sahibinin onu terkedip ilgilenmemesiyle sâkit olur, yani mülkiyet ilişkisi sona erer. Aynı şekilde buluntu mal (lukata), ilan edilip belirli bir süre geçtikten sonra sahibinin peşine düşüp aramadığı kanaatine varılırsa söz konusu nesne mülkiyete geçirilebilir.⁴⁰

Şahıslara eşya üzerinde tanınan en güçlü hakimiyetin ifadesi olan "*milk*" kavramı, bu teknik anlamıyla düşünüldüğü zaman modern hukuktaki "*aynî hak*" mefhumuna oldukça benzediği görülür. Zira aynî hak da eşya üzerindeki en güçlü hakların ifadesidir. İki kavram arasındaki bu yakınlık sebebiyle bazı muasır İslâm hukukçuları milk ile aynî hak kavramını

³⁴ Krş. Ali Hafif, "*el-Milkiyyetu'l-ferdiyye ve tahdîduhâ fi'l-İslâm*", 100.

³⁵ Mısır (md.802), Suriye (md.768), Irak (md.1048) ve Libya (md.811) Medeni Kanunları mülkiyeti tarif ederken yukarıda sayılan yetkilerden söz etmekte ve bu yetkileri aynı kelimelerle ifade etmektedir. Bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 100;

³⁶ Örnek olarak bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,141; Hanbûle, *Vazîfe ictimâ'iyye*, 496; Mübârek, *el-İktisâd*, 68; Meşhûr, *el-İstismâr*, 92; Mursî Bey, *el-Emvâl*, 89; Muhammed b. Ma'cûz, *e-Hukûku'l-ayniyye*, 61.

³⁷ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, 114; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 10,151.

³⁸ Tahiroğlu, a.g.e., 151.

³⁹ Kâsânî, *el-Bedâi*, VI, 193. إن الملك قائم وإن طال الزمن

⁴⁰ Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, I,186.

genel hatlarıyla birbirine denk tutarlar.⁴¹ Kapsamları birbirine bu denli yakın olan iki kavramın, unsurları da birbirine benzemektedir.⁴²

Klasik fıkıh literatüründe milk, konusunun ayn ya da menfaat oluşuna göre tasnife tabi tutularak işlenmiştir. Milkin konusuna (mahal) nisbetle yapılan bu sınıflandırma ileride ele alınacağı için burada milkle ilgili tanıtıcı kavramsal bilgi açısından bu kadarıyla yetinilmiştir.

B. HUKUK

Eşya üzerindeki yetkilerden milkten zayıf, ibâhadan kuvvetli olanları ifade eden "hukuk" kavramı milkten de ibâhadan da farklıdır. Milkten farklıdır; zira, şahsa sağladığı yetkiler açısından ondan daha zayıftır. İbâha ise, kazandırdığı yetki teknik anlamda bir hak değildir. Zira *ibâha nitelikli haklar iptal ile bâtil olur; halbuki teknik anlamda hak iptal ile bâtil olmaz.*⁴³ Bu özelliği sebebiyle hukuk, ibâhadan da ayrılmaktadır.

Milk ile ibâha arasında orta seviyede yetkiler içeren "hukuk" terimi her ne kadar açık bir şekilde ve diğer iki kavramdan farklı olarak Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393) tarafından kullanılmış ise de, başka bazı hukukçuların da aynı kavramı dikkatle ve diğer iki kavramdan farklı anlamda kullandıklarını görmekteyiz. Meselâ Hanefî hukukçulardan **Serahsî** (483/1090) "milk" ile "hakku'l-milk" terimlerini dikkatle birbirinden farklı kullanırken⁴⁴; Mâlikî usulcü ve fakih **Karâfi** (684/1285), "hakku't-temellük" denilen yetkinin, milk niteliğinde olup olmadığını Mâlikî hukukçular tarafından tartışıldığından söz etmekte ve bu tartışmanın oldukça çirkin olduğunu, böyle bir durumun gerçekliğinin olmadığını/olamayacağını ifade ile ciddiye alıp üzerinde durulmaya değer bulmadığını belirtmektedir.⁴⁵ Bir diğer usulcü ve fakih **Zerkeşi** (772/1370) de "hakku't-temellük" ve "hakku'l-ihtisâs" tabirlerinin milkten farklı bir nitelik ve seviyedeki hakları gösterdiğini ifade eder.⁴⁶ Bu arada hakların milkle sınırlı olmadığını söyleyen **Molla Hüsrev** (885/1480), "hakku't-temellük"ün de milk olmamakla birlikte bir "hak" olduğunu söyler.⁴⁷

Bütün bu bilgiler bize, eşya üzerindeki farklı güç ve seviyedeki yetkileri ifade eden "milk", "hukuk" ve "ibâha" ayırımını, görebildiğimiz kadarıyla her ne kadar **İbn Receb** (795/1393) sistematize etmişse de, bu sınıflandırmanın Hanbelî mezhebi ile sınırlı olmayıp, zımnen de olsa diğer fıkıh mezhepleri tarafından da benimsendiğini göstermektedir. O halde İslâm hukukunda eşya üzerindeki hakların milk, hukuk ve ibâha olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Nitekim çağdaş hukukçulardan **Senhûrî** (1971) ve **Zerkâ** (1999) milkle ibâha arasında "el-menziletü'l-vusta" dedikleri bir yetkiden söz etmektedirler.⁴⁸

Sözü edilen yetkileri sistematize eden Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393) bu hakları beş gruba ayırarak incelemektedir:

1. Hakku milk⁴⁹ (حق ملك)

⁴¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I,30; Zerkâ, *el-Medhal*, III,32.

⁴² Böyle bir karşılaştırma için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 14.

⁴³ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,506.

⁴⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,178.

⁴⁵ Karâfi, *el-Furûk*, III,367.

⁴⁶ Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, III,234. Ayrıca bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*,18.

⁴⁷ Zerkâ, *el-Medhal*, III,48 (Molla Hüsrev, *Dürrer*, II,144).

⁴⁸ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I,10-11; Zerkâ, a.g.e., III,47-48.

⁴⁹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 181. Bu kavramı Hanefî hukukçular da kullanmaktadır. Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,178; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,190.

Efendisinin kitâbet anlaşması yaptığı (mükâtebe) kölesinin malı üzerindeki hakkı, mûrisin kurduğu ağdaki av üzerinde henüz ihramda olan vârisin hakkı bu grubun örneklerindedir.

2. Hakku temellük⁵⁰ (حق تملك)

Küçük çocuğun malında babasının hakkı, mudâribin, oluşan kâr üzerinde paylaşım öncesi hakkı, şuff'a hakkı kullanılarak malik olunacak nesne üzerinde şeff'in kendine düşecek kısım üzerindeki hakkı vb. bu tür haklardandır.

Birbirine çok yakın olan bu iki kavram (hakku milk ve hakku temellük) hak sahibi açısından mülkiyet hakkı ile sonuçlanacak bir takım durumları ifade etmektedir. Burada belirli bir mal üzerinde hak oluşmakta fakat; o nesnenin henüz taksim edilmemiş olması (şeff' ve mudârib misalindeki gibi) ya da hak sahibinin içinde bulunduğu özel bir durum (ihramda avın yasak olması gibi) mülkiyetin oluşmasını engellemektedir. Fakat bu iki hak türü geçicidir ve sonuçta mülkiyetle sonuçlanmaktadır.⁵¹

3. Hakku'l-intifâ⁵² (حق الانتفاع)

Bu kavram, komşusunun duvarına zarar içermemek kaydıyla giriş koyma, zaruret halinde komşusunun arazisindeki su mecrasından atık suları akıtma... gibi başkasının mülkü üzerinde arada hukukî bir işlem olmaksızın doğrudan kanundan doğan hakları ifade eder.

4. Hakku'l-ihisâs⁵³ (حق الاختصاص)

Hiçbir özel şahsın mülkü olmayan bir nesneden hak sahibinin sadece istifade (intifâ) etmesini mümkün kılan, muâvaza yollu akidlerle devri mümkün olmayan haklardır. Bu tür haklarda hak sahibi milk yetkisine değil de bir ihtisâsa sahiptir. Avcılıkta kullanılan eğitilmiş av köpeği üzerinde sahibinin yetkisi, aydınlatma ve tutuşturma gibi işlerde kullanılan kirli yağlardan istifade yetkisi, meytenin tabaklanmış derisi üzerindeki yetki ihtisâs haklarındandır. Yine kamuya ait yol, park, cadde ve kaldırımlar ile mescidlerden⁵⁴ istifade hakkı da böyledir. Bu gibi yerlere önce gelenin ihtisâs hakkı vardır.

Verilen örneklerden eğitilmiş av köpeği, aydınlatmada kullanılan kirli yağ ve tabaklanmış meyte derisinin, üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli olmadığı kabul edildiğinde "hakku'l-ihisâs" grubuna örnek olmaları mümkündür. Ancak herhangi bir şeyin mal sayılıp sayılmama ve dolayısıyla mülkiyete konu olmasının yasaklayıcı bir nass bulunmasıyla olduğu kadar, insanların o nesneyi hukuken ve tab'an muteber ve bir ihtiyaçlarını karşılama amacıyla kullanmaları ve ona iktisadî bir değer vermeleriyle de yakın ilgisi vardır. Diğer bir ifade ile nassların mülkiyet kurulmaya elverişli olmadığını ifade ettiği malları bu bakış açısıyla da ele almak gerekir. Nitekim teknik sahada görülen gelişmeler bir takım kimyasal işlemlere tabi tutulmak suretiyle esasen şer'an necis olan şeylerden, insanlığa faydalı ve kullanım açısından hukukî bir sakınca içermeyen ürünler ortaya koymanın mümkün olduğunu göstermektedir. Çöplüklerden ve hayvan atıklarından elektrik ve gaz üretme böyledir. Kaldı ki tedavide kullanılan bir çok ilacın terkinde haşere ve mikropların kullanıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla

⁵⁰ İbn Receb, *el-Kavâid*, 181. Bu kavramı Karâfi de kullanır. Bkz. *el-Furûk*, III,367. Hacak, bu kavramın tüm mezheplerde mevcut olduğunu söyler. Bkz. *İrtifak Hakları*, 20.

⁵¹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 20.

⁵² İbn Receb, *el-Kavâid*, 183.

⁵³ İbn Receb, a.g.e., 184. Bu kavram Mâlikî ve özellikle Şâfiî literatüründe de mevcuttur. Bkz. Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, I,186. Diğer kaynaklar için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 18 (45. dipnot).

⁵⁴ İbn Receb, mescidlerde yer tutma konusunda hiç kimsenin oturduğu yerden kaldınlamayacağını, bunun bir ihtisâs hakkı olduğunu belirtir. Ancak çocuklar, ön saflarda (saf fâdil) ya da safın ortasında bulunursa yerlerinin değiştirilebileceğini söyler. Bkz. *el-Kavâid*, 185. Kanaatimizce bu hususu eğitim açısından düşünmek ve söz konusu davranışın, çocukların ruh dünyasında meydana getirdiği etkiyi dikkate almak gerekir.

bu durum dikkate alındığında sözü edilen nesnelere, şer'an faydalanılması mübah bazı malların hammaddesi konumunda olduklarını söyleyebiliriz.

Şu halde konuya bu noktadan yaklaşıldığında her üç örneğin de (av köpeği, aydınlatmada kullanılan kirlî (necis) yağ, tabaklanmış deri) üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli ve dolayısıyla bunlar üzerindeki yetkinin "*hakku'l-ihisâs*" değil, "*milik*" yetkisi olduğunu söylemek mümkündür. Kaldı ki, sürüye bakmak, avda kullanılmak ve ekin beklemek amacıyla köpek edinmenin caiz olduğunu ve hukukî işlemlere konu olabileceğini, semeninin de mübâh olduğunu ifade eden naslar bulunmaktadır.⁵⁵

Mevcut naslardan da hareketle Hanbelî hukukçu **İbn Kudâme** (620/1223), hadiste zikredilen üç amaçla köpek edinmenin caiz olduğunu belirtmekte; ancak, satım, kira gibi hukukî işlemlere konu edilmesinin caiz olmadığını, vasiyetinin ise geçerli olduğunu söyler.⁵⁶ Aynı şekilde sözü edilen köpeğin haksız fiile (gasb) maruz kalması durumunda, gâsıbın tazminle mükellef olmayacağını ifade etmektedir.⁵⁷ Meytenin tabaklanmış derisinin temiz olup olmadığı hususunda da mezhep içi bazı ihtilaflar mevcuttur. Fakat tabaklanmış meyte derisinin alım-satımı, kiralınması ve yeme dışında her türlü faydalanma caizdir.⁵⁸

Bir Hanbelî hukukçu olan **İbn Kudâme**'nin verdiği bu bilgilerden, eğitilmiş av köpeği ve tabaklanmış deri üzerinde hak sahibinin yetkisinin "*milik*" nitelikli olduğu ve bunların özel mülkiyete konu olabilecekleri; ancak malike sınırlı tasarruf yetkisi tanıdıkları anlaşılmaktadır. Yenilemeyecek durumda olup aydınlatma ve tutuşturmada kullanılan yağ da mahiyeti itibarıyla aynı değerlendirmeye dahildir. Durum böyle olunca **İbn Receb** (795/1393)'in bu üç sınıf üzerinde hak sahibinin yetkisinin "*hakku'l-ihisâs*" özelliğinde bir "*hukuk*" yetkisi olduğunu söylemesini, Hanbelî mezhebinde çokça görülen, herhangi bir meselede birden fazla rivâyetten/görüşten birini tercih veya kendi ichtihadı olarak değerlendirmek gerekmektedir.⁵⁹

Bu arada Şâfiî hukukçulardan **Zerkeşî** (772/1370), içki, leş hayvan derisi gibi şeyler üzerinde şahsın hakkının, milik değil ihtisâs hakkı niteliğinde olduğunu söyler. Dolayısıyla şahıs bunları terkeder, ya da bir kenara atar ve birisi alıp, şarap sirke haline dönüşür, deriyi de tabaklarsa bunlara malik olur. Bu durumda ilk şahsın istirdâd hakkı yoktur; zira *mücerred ihtisâs hakkı, terk etme ve yüz çevirme ile zayıflar*.⁶⁰

5. Hakku't-tealluk⁶¹ (حق التعلق)

Bu tür haklarda hak sahibi, nesnenin aynına da menfaatine de o anda malik değildir. Sadece herhangi bir sebeple doğmuş olan bir hakkın elde edilmesi bu nesneye bağlı kılınmıştır. Söz gelişi rehin alanın (mürtehin), hakkını tamamen tahsil edinceye kadar rehin üzerindeki hapis hakkı⁶², mahcûr müflis ve borçlunun malı üzerinde alacaklıların hakkı,

⁵⁵ Bkz. Nesâî, "Sayd ve'z-zebâih", 12,13,14,16.

⁵⁶ İbn Kudâme'nin bu işlemler arasında ayırım yapmasının kabul edilebilir hukukî bir dayanağı yoktur. Milke konu kabul edilen bir şeyin, hukukî işlemlere konu olması noktasında -hususiyet arz eden bir hukukî işlem değilse- bir ayırma tabii tutulmaması gerekir. Özellikle ilk dönem müctehidlerinin bu konudaki görüşleri için bkz. Cassâs, *Muhtasar ihtilâfu'l-ulemâ*, III,94-95.

⁵⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,171-173.

⁵⁸ İbn Kudâme, e.g.e., I,54-55.

⁵⁹ Köpek edinme ve köpeği hukukî işlemlere konu etme ve tabaklanmış deriden ve kirlî yağlardan faydalanma konularındaki rivayetlerin değerlendirilmesi ve fikhî hükümler için bkz. İbn Dakîk el-İd, *İhkâmu'l-ahkâm*, III,134-136; Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV,53-54; Kevserî, *en-Nüketü't-tarîfe*, 110-114,126-127,199-200; Vefâ, *Bey'u'l-â'yânî'l-muharrame*, 19-33; Dalgın, "*Mal Kavramı*", 120-122.

⁶⁰ Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâid*, I,186. الاختصاص الجرد، يضعف بالإعراض

⁶¹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 185.

⁶² Hanefiler rehin hakkının "*milik*" nitelikli bir hak olduğunu söylüyorlarsa da (bkz. Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,145) kanaatimizce "*hakku't-tealluk*" değerlendirmesi daha isabetlidir.

tasarruf yetkisi verilen şahsın malında alacaklıların hakkı... bu tip haklardandır. Bu hak çeşidi kavram olarak olmasa bile bütün fıkıh ekollerince benimsenmiştir.

Hukuk nitelikli yetkilerin bu son şekli konumuz açısından büyük önem arz etmektedir. Zira bu tür haklarla güdülen amaç, mülk sahiplerinin tasarruflarından üçüncü şahısların olumsuz etkilenmemesini sağlamadır. Diğer bir ifadeyle başkalarına zararı dokunan ve hakların zâyi olması sonucunu doğuran tasarrufların hukuken sınırlandırılmasıdır. Bu da özel mülkiyetin fert/ler yararına sınırlandırılmasından başka bir şey değildir.

C. İBÂHA

Eşya üzerindeki yetkilerin en zayıfı olan ibâha kavramını İslâm hukukçuları özenle milkten farklı anlamda kullanmaktadırlar.⁶³ Şâfiî hukukçu **Zerkeşî** (772/1370)'nin tarifiyle, "*İbâha, bir aynı tüketmek ya da menfaatten yararlanmak üzere nesne sahibinin verdiği milk nitelikli olmayan bir yetki ve ruhsattır.*"⁶⁴ Son dönem İslâm hukukçularından ve aynı zamanda Mecelle şârihi **Ali Haydar** (1936) ise ibâhayı, "*bilâ ivaz kendi malı ile intifa etmek üzere ahara ruhsat vermektir*" şeklinde tanımlamıştır.⁶⁵ Çağdaş İslâm hukukçularından Mustafa ez-Zerkâ da ibâhayı aynen Zerkeşî gibi tarif etmiştir. "*İbâha, bir nesneyi tüketmek veya menfaatten yararlanmak üzere tanınan ve milk nitelikli olmayan yetkidir.*"⁶⁶

Bu üç hukukçuya ait ibâha tariflerinin ortak özelliği ibâhanın, özel mülkte tanınan yetki açısından değerlendirilmesidir ki, teknik anlamda ibâha denilince de bu anlaşılmaktadır. Fakat bununla birlikte İslâm hukukçuları, bütün bireylerin serbestçe ve başkasına zarar vermeden serbest (mübâh) mallardan ve kamu mallarından eşit seviyede yararlanma yetkisini ifade etmek üzere de ibâha kavramını kullanmaktadırlar.⁶⁷

O halde İslâm hukukçuları ibâha kavramını hem özel mülkiyet üzerinde malikin izni ile kurulan yetkiler için, hem de genel anlamda serbest (mübâh) mallar ile kamu mallarından genel istifade yetkisi anlamında kullanmaktadırlar. Ancak ibâha türü bir yetki, özel mülkiyet üzerinde söz konusu olduğunda yetkinin kaynağı, malikin izni; mübâh mallar ve kamu malları üzerinde söz konusu olduğunda ise, doğrudan kanun (o konu ile ilgili kanun maddesi/hükmü) olmaktadır.⁶⁸ Diğer yandan kamu mallarından yararlanma hususunda bütün fertler eşit hakka sahiptir ve devlet bu alanda ancak söz konusu yetkiden herkesin serbestçe ve başkasına zarar vermeden yararlanabilmesi amacıyla düzenlemede bulunabilir.

Şu halde ibâha iki temel gruba ayrılabilir:

a) Özel mülkiyete konu olan bir nesne üzerinde malikin izni ile kurulan yetkiler (*ibâha hâssa*). Kişinin arabasına binmesi, evinde yatması, arazisinden geçmesi, yemeğinden yemesi vb. hususlarda bir başkasına verdiği yetki hep bu tür ibâha nitelikli yetkilerdendir.⁶⁹ Bu yetki, mülkiyete konu nesneyi yalnızca kullanma (arabaya binme, elbiseyi giyme) şeklinde

⁶³ Karâfi, *el-Furûk*, III,366,367,368; İbn Receb, *el-Kavâid*, 189; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,505.

⁶⁴ Zerkeşî, *el-Kavâid*, I,73. الإباحة تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة، ولا تملك فيها. Hanefî hukukçu Debûsî de ibâhayı bu anlamda kullanmaktadır. Bkz. *Te'sîsü'n-nazar*, 142.

⁶⁵ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,505. Ali Haydar, *Mecelle'nin "İbâha, bir şeyi bilâ ivaz ekl ve tenâvül etmek üzere ahara izin ve ruhsat vermektir"* (md:836) şeklindeki tanımını yeterli bulmamış ve yukarıdaki tanıma yapmıştır. Ayrıca bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I,283; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 70; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 152; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,154; Dirîni, *el-Hak*, 206.

⁶⁶ Krş. Zerkâ, *el-Medhal*, I,283.

⁶⁷ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII,178; Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,193.

⁶⁸ Nitekim Ali Hafif, "*bazen bu yetkinin (izin) kaynağı doğrudan kanun olur*" demek suretiyle bu noktaya dikkat çekmiştir. Bkz. *el-Milkiyye*, 70. قد يكون هذا الإذن من الشارع.

⁶⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I,283; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 70; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 152; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,154.

olabileceği gibi, tüketme/istihlâk (yemeği yeme) şeklinde de olabilir.⁷⁰ Ancak her hâlükârda ibâha ile malikin mülkiyet hakkı sona ermemekte, yetki verilen kişi ise, sadece faydalanma hakkı elde etmiş olmaktadır.⁷¹

İbâha hakkı sahibinin nesnenin menfaati üzerindeki hakkının yine ibâha mı yoksa milk nitelikli mi olduğunda İslâm hukukçuları arasında farklı görüşler vardır. Şayet milk nitelikli olduğu kabul edilirse, şahıs, nesneden bizzat kendisi istifade edebileceği gibi, menfaat üzerine kurulu hukukî işlemlere de konu edinebilir.⁷² Ancak İslâm hukukçularının genel eğilimi bu hakkın milk nitelikli olmadığı yönündedir. Durum böyle olunca ibâha lehdârı, nesneden ancak kendisi istifade edebilir; satım, âriyet gibi işlemlerde bulunamaz.⁷³ Nitekim *Mecelle*'de de (md.875), ibâhada bulunulan kişinin sahip olduğu yetkinin milk nitelikli olmadığı görüşü benimsenmiştir.

Diğer taraftan ibâha yetkisine dayalı yararlanmalar karşılığında herhangi bir şey talep edilemez.⁷⁴ İzin devam ettiği sürece ibâha yetkisi de devam eder.

İzin özelliğinde olan bu ibâhanın karîneler sebebiyle bağış (hibe) ya da ödünç (âriyet) gayesiyle olduğuna hükmedilebiliyorsa, buradaki hakkı, milk olarak değerlendirmek mümkündür. Fakat mücerred bir izin ise bu yetki ibâhadır, hak değildir.⁷⁵ Bu arada âriyet akdi, Hanefî ve Mâlikîlere göre "*milkü'l-menfaa*" doğurduğu halde, Şâfiî ve Hanbelîlerle, Hanefîlerden **Kerhî** (340/952)'ye göre ise âriyet, mücerred bir izin olup ibâha niteliğinde bir yetki doğurur.⁷⁶

Öte yandan Şâfiî hukukçu **Zerkeşî** (772/1370), faydalanılması mümkün olan bütün mallar üzerinde ibâhanın ittifakla caiz, ancak şer'î bir maksat olmaksızın malın itlâfını içeren ibâhaların ise yine ittifakla geçersiz olduğunu söyler.⁷⁷ Şu halde ibâha, hukukî bir maslahatın teminine yönelik olmak durumundadır.

b) Kamu malları ile umûmî nehirlerdeki su ve av hayvanları gibi aslen mübâh mallar üzerindeki haklar (*ibâha âmme*). Daha önce de ifade edildiği gibi bunlar üzerindeki istifade yetkisi doğrudan kanundan doğar. Herkes özel mülkiyete konu olmayan umuma ait bu yerler üzerinde ibâha niteliğinde bir yetkiye sahiptir. Ancak bu yetkinin kullanımı başkalarına zarar vermeme şartıyla sınırlandırılmıştır.⁷⁸

Bu tür ibâhalarla şahıslara tanınan yetki, yalnızca kullanma veya semerelerden istifade etme şeklinde olabildiği gibi; mülkiyetine geçirme şeklinde de olabilir. Ormanlardan odun toplama, avlanma gibi kimsenin özel mülkünde olmayan mübâh şeyleri ihrâz böyledir.⁷⁹ O halde bu *iki grup ibâha arasındaki önemli fark*, özel anlamdaki ibâha asla milk sebebi

⁷⁰ Abbâdî, a.g.e., I,154.

⁷¹ Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, I,73-74.

⁷² Zerkeşî, a.g.e., I,73-74.

⁷³ Zerkâ, a.g.e., I,283; Ali Hafif, a.g.e., 70.

⁷⁴ *Mecelle*, md.875.

⁷⁵ Zerkâ, a.g.e., I,283.

⁷⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,213; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,128; Nevevî, *Tahrîru't-tenbîh*, 233; Ebu'l-Bekâ, *el-Külliyât*, 48. Kerhî'nin görüşü için bkz. Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-İnâye*, II,448.

⁷⁷ Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, I,177-180. Malla ilgili ve teknik anlamda olmamakla birlikte Zerkeşî, ırz ve namusun ibâha konusu olamayacağını ve bunun haddi de iskat etmeyeceğini ifade eder. "*Irz ve namusta aslolan haram olmaktadır.*" A.g.e., I,177. "*Irz ve namus ibâha ile mübâh olmaz.*" A.g.e., I,80 الأيضاح، لا يباح بالإباحة. Aynı şekilde Zerkeşî, cana kıyma konusunda da ibâhanın geçerli olmadığını söyler. A.g.e., I,79-80.

⁷⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, I,284; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 70 ; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,155; Hacak, *İrtifak Hakları*, 21.

⁷⁹ Abbâdî, a.g.e., I,155.

olamazken, genel anlamli ibâhanın nesneyi tüketme veya menfaatinden yararlanma yetkisi yanında bazen milk sebebi de olabilir.⁸⁰

Eşya kavramı genel anlamda düşünülduğünde, eşyadan yararlanma bakımından ibâhayı bu şekilde iki gruba ayırmak yerinde olmakla birlikte, tekrar ifade etmek isteriz ki, Eşya Hukuku terimi olarak ibâha, bir nesneyi tüketmek veya menfaatten yararlanmak üzere tanınan ve milk nitelikli olmayan yetki anlamındadır.

Böylece İslâm hukukunda eşya üzerindeki yetkileri görmüş olduk. Bu yetkilerden hukuk ve ibâha, şahısla eşya arasında kurulu bir mülkiyet ilişkisini ifade etmediklerinden dolayı, İslâm hukukunda, şahsa eşya üzerinde en güçlü yetkileri sağlayan mülkiyet hakkını konu edinmesi sebebiyle çalışmamızın eksen kavramını "milk" terimi teşkil etmektedir. Bununla birlikte milk niteliğinde olup şahsa en geniş yetkileri bahşeden bu hakkın, aynı zamanda hukûk ya da ibâha nitelikli haklarla da yüklü olması durumunda, bunun tasarruf yetkisinin serbestçe kullanımına olan yansımaları bakımından diğer iki kavrama da zaman zaman atıfta bulunulacaktır. Diğer bir ifadeyle özel mülkiyet üzerinde, başkalarının hukûk nitelikli hakların bulunması veya başkalarına tanınan ibâha türü hakların, bu hakkı veren bakımından bağlayıcı olup olmaması, özel mülkiyete fert yararına getirilen sınırlamaların esasını oluşturmaktadır.

Böylece İslâm Eşya Hukukunun temel kavramlarını ana hatlarıyla görmüş olduk. Kavramsal çerçeveyi böylece ortaya koyduktan sonra, İslâm'da genel mülkiyetin telakkîsi ve mülkiyetin hukukî alt yapısına bir göz atabiliriz.

II. MÜLKİYETE GENEL BAKIŞ

Konu ve plan bütünlüğünü sağlama açısından burada, mülkiyetle ilgili bazı hususlar (kapsamı, malike tanıdığı yetkiler, çeşitleri...) hakkında genel bilgi verilecek, ağırlıklı olarak çalışma konumuzu da oluşturması sebebiyle özel mülkiyetle ilgili bir takım problemler ele alınmaya çalışılacaktır.

İslâm'da mülkiyet, eşyanın tabiatında mevcut bir şey olmayıp hukuk düzeninin meşrû sebeplere bağlı izin ve benimsemesinden doğan bir haktır. Dolayısıyla *mülkiyet eşyada aslî bir unsur değil, hukukun kabul edip etmemesine bağlı izafi bir unsurdur*. Bunun bir sonucu olmak üzere faiz, rüşvet gibi yollarla elde edilen mal hukuk düzenince kabul edilen mülkiyeti kazanma sebeplerinden olmaması dolayısıyla; kan, leş, domuz gibi nesnelere hukukça muteber mal sayılmamaları sebebiyle bunlarla şahıs arasındaki ilişki mülkiyet ilişkisi değildir. Buna mukabil ev, araba, sebze-meyve gibi nesnelere, üzerinde mülkiyet ilişkisi kurmaya uygun mal (mütekavvim) olduklarından dolayı, iktisab ediliş açısından hukukî sebeplere bağlı kalınmak şartıyla bunlarla şahıs arasındaki ilişki mülkiyet ilişkisidir. Mülkiyetin tarif edilirken "*şerî bir aidiyet bağı*" denilmesi de bu durumu vurgulama amacı taşır.

Peşinen şunu belirtelim ki, *İslâm'da mülkiyet, mülkiyet olması sebebiyle ne övülmüş ne de yerilmiştir*. İnsanın yaratılıştan sahip olduğu fitrî bir duygu ile mala karşı aşırı bir sevgisinin olduğuna⁸¹ dikkat çeken *Kur'ân*, mal ve çocukların dünya hayatının süsü olduğunu⁸² ifade etmekte ve servetin bir imtihan aracı⁸³ olduğuna vurgu yapmaktadır. *Kur'ân-ı Kerîm*'de hukuka aykırı yöntemlerle kazanılan mallar (yetim mali⁸⁴, faizden elde

⁸⁰ Abbâdî, a.g.e., I,155.

⁸¹ Fecr 89/20. وتحمون المال حبا جما

⁸² Kehf 18/46. المال والبنون زينة الحياة الدنيا

⁸³ Âl-i İmrân 3/186. أموالكم وأنفسكم Ayrıca bkz. Bakara 2/155; Teğâbun 64/15.

⁸⁴ Nisâ 4/10; En'âm 6/152; İsrâ 17/34.

edilen kazançlar⁸⁵, rüşvet vb. haksız kazanç yolları⁸⁶) ve insanı, Allah'ı anmaktan⁸⁷, O'nun dini uğruna mücadele vermekten (cihad) alıkoyan⁸⁸; gösteriş amaçlı⁸⁹ ve dinî yönelişlerin önünü almak gayesiyle⁹⁰ harcanan mallar yerilmektedir. Buna mukâbil meşrû usul ve yöntemlerle elde edilip, yakın akrabaya, yetimlere, yoksullara, yolda kalmışlara, dilenenlere ve kölelere harcanan⁹¹; Allah'ın rızâsını kazanmak ve ruhundaki cömertlik duygusunu kuvvetlendirmek için hayra sarf edilen⁹², Allah yolunda cihada harcanan⁹³ ve zekât olarak hak sahiplerine ödenen⁹⁴ mal/servet ise övülmektedir. Binaenaleyh *şer'î usullere uygun iktisab edilip iyilik ve hayır cihetine sarf edilen mal ebedî kalıcıdır ve herhangi bir şekilde yok olması mümkün değildir. Ayrıca bu mal, sahibine sürekli sevap kazandırdığı gibi, dünya ve ahirette sürekli övgüyü de hak etmektedir.*⁹⁵

Bununla birlikte *Kur'ân*, mal-mülk edinme (kazanım) konusunda "nötr" bir yaklaşım getirmemiş, "helâl" kavramını merkeze almak suretiyle kazancın meşrû yoldan sağlanmasını emretmiştir. Nitekim *Kur'ân*, iktisadî şirkin egemen olduğu *Şuayb* (as)'ın kavminin mal edinme ve malda tasarrufta bulunma konusunda helâl-haram ölçüsü tanımadan dilediklerini yapabilme isteklerinden söz etmekte ve onların bu tutumunu kınamaktadır. "Ey *Şuayb!* dediler. Atalarımızın tapınageldiği şeyleri bırakmamız ve malımız mülkümüzde keyfî tasarruflarda bulunmayı terketmemizi sana namazın mı emrediyor? Oysa sen yumuşak huylu ve çok akıllısın!"⁹⁶

Âyet dikkatlice tahlil edilecek olursa *Şuayb* (as)'ın kavminin kazanç konusunda helâl-harama aldırış etmeyen, mutlak kapitalist insanlar oldukları görülür. Halbuki *Kur'ân*, ilk İslâm toplumunu oluştururken, üstelik kavramların da henüz yerleşmediği bir zamanda mal'a "hayr"⁹⁷ adını vermek suretiyle kişileri hayırdan/helâlden kazanmaya teşvik etmiştir. Ayrıca bu âyet, bireylerin, servetlerini diledikleri gibi kullanamayacaklarına ve maliklerin tasarruf yetkilerine bazı hukukî sınırlamalarda bulunulabileceğine de delil teşkil etmektedir.⁹⁸

Öte yandan *Hz. Peygamber* (sav) de helâlden mal edinme konusunda bireylerde sürekli bir hassasiyetin oluşması ve bu noktada teyakkuz halinde bulunmaları gerektiği hususunda uyarılar da bulunmuştur. "*İnsanlar üzerine öyle bir zaman gelecek ki, kişi malını helâlden mi, haramdan mı kazandığına aldırış etmeyecektir.*"⁹⁹

Durum böyle olunca mülkiyetin övülmesi ve yerilmesi, onun, kazanım ve kullanımında sergilenen tavırlar ve iltizam edilen ilkelere bağlıdır. Diğer bir ifade ile şahısların dinî-hukukî normlara riâyet edip etmemeleriyle ilgilidir. Dikkat edilirse aslında bu durumda da yerilen ya da övülen yine doğrudan mülkiyet değil; eşya üzerinde hakimiyet kurmak ve bu hakimiyetini,

⁸⁵ Bakara 2/279; Nisâ 4/161; Rûm 30/39.

⁸⁶ Bakara 2/188; Nisâ 4/2,29; Tevbe 9/34.

⁸⁷ Münâfikûn 63/9.

⁸⁸ Feth 48/11.

⁸⁹ Nisâ 4/38.

⁹⁰ Enfâl 8/36.

⁹¹ Bakara 2/177.

⁹² Bakara 2/261,262,265,274.

⁹³ Enfâl 8/72; Tevbe 9/20; Hucurât 49/15; Saf 61/11.

⁹⁴ Tevbe 9/60,103.

⁹⁵ Krş. Râzî, *Mefâtihu'l-Ğayb*, XVI,102. İslâm'ın mal karşısındaki tutumu için bkz. Beşer, *İslâm'a Göre Zenginlik ve Fakirlik Kavramları*, İstanbul 1991.

⁹⁶ Hûd 11/87. قالوا يا شعيب، أصلاتك تأمرك أن تترك ما يعبد آباؤنا، أو أن تفعل في أموالنا ما نشاء؟ إنك لانت الحليم الرشيد.

⁹⁷ Âdiyât 100/8.

⁹⁸ Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 233.

⁹⁹ Buhârî, "Buyû", 7,23; Nesâî, "Buyû", 2. يأتي على الناس زمان، لا يبالي المرء ما أخذ منه، أ من الحلال أم من الحرام.

sahip olduğu şeyde her türlü tasarrufta bulunmak suretiyle göstermek isteyen insan davranışlarıdır. İşte mülkiyette görülen bu "tekel (inhisar) ve egemenlik" özelliği, mülkiyet hakkının yerilme ve övülme sebebi olmaktadır.

*İslâm malı ve mülk edinmeyi övgü ve yergi konusu edinmediği gibi, üstünlük ölçüsü olarak da görmemiştir.*¹⁰⁰ Nitekim İsrailoğullarının, başlarına hükümdar olacak şahsın geniş malî imkanlara ve büyük servetlere sahip olması gerektiği iddiasını Kur'ân reddetmekte, üstünlüğün "servette" değil, "liyâkatte" aranması gerektiğini belirtmektedir. "Ve onların peygamberleri, "Bakın," dedi. "Allah Tâlut'u size kral olarak tayin etti." Onlar: "Biz hükümlerimizden ondan daha çok lâyıf iken ve ona fazla bir servet de verilmemişken nasıl bizim üzerimizde hüküm sahibi olabilir?" dediler. (Peygamberler) "Bakın," dedi. "Allah onu sizden daha üstün kılmış ve ona derin bilgi ve mükemmel bir beden bahşetmiştir. Ve Allah hükümlerini istediğine verir. Zira Allah her şeyi kuşatan, her şeyi bilendir."¹⁰¹

Yine Kur'ân insanı Allah'a yaklaştıracak ve O'nun hoşnutluğunu (rıza) kazanmayı sağlayacak olan şeyin "mal çokluğu" değil, "iyi (sâlih) amel" olduğunu söyler. "Sizi Bize yaklaştıracak olan, ne zenginliğiniz, ne de çocuklarınızdır. Yalnızca iman edip doğru ve yararlı işler yapanlar (amel-i salih) Bize yakın olabilirler ve onlara yaptıklarının kat kat fazlası mükâfat vardır. Onlar (cennet) odalarında güven içindedirler."¹⁰²; " O gün ki, ne malın mülkün, ne de çoluk çocuğun bir fadası olur. Yalnızca Allah'ın huzuruna kötülüklerden korunmuş bir kalple (kalb-i selîm) çıkanlar (o günde fayda bulur)."¹⁰³ Hz. Peygamber (sav) de âyetin bu hükmünü "Allah sizin fizikî görünümünüzü ve malî durumunuzu değil, kalp sâfiyetinizi ve amellerinizi dikkate alır"¹⁰⁴ buyurmak suretiyle tekid etmiştir.

Malın imtihan vesilesi olup üstünlük sebebi olmadığı noktasında Kur'ân bize tecrübî bir örnekten de söz etmektedir. *Kehf Sûres'*nde anlatılan bu olayda kendilerine bol servet ve nimetler verilen iki şahıstan biri "Benim malım mülküm senden çok, nüfusça da senden daha güçlü, daha ilerdeyim!"¹⁰⁵ demek suretiyle mevcut malvarlığını bir üstünlük sebebi saymış ve servetinin asla yok olmayacağı iddiasıyla Allah'a isyan etmiş, arkadaşının uyarılarına da kulak asmamıştır. Fakat sonunda "Derken ürünlerle dolup taşan bahçeleri çepeçevre târümâr edildi ve o (bahçenin) târümâr olmuş çitleri, çardakları karşısında, boşa giden emeklerine yanarak ellerini oğuştura oğuştura: "Ah, n'olurdu, Rabbimden başkasına tanrısal nitelikler yakıştırmamış olsaydım!" demekten başka söyleyecek bir şey bulamadı."¹⁰⁶ demek suretiyle hatasını anlamıştır.

"*Ahkâmu'l-Kur'ân*" yazarlarından **Ebu Bekir İbnü'l-Arabî** (543/1148), Kur'ân'da mal kelimesinin hep "hayır" şeklinde ifade edildiğine vurgu yaparken¹⁰⁷, İslâm'da malın bizzat gaye olmayıp sadece, bir takım menfaatleri elde etmek ve bazı ihtiyaçları gidermek için bir vasıta olduğunu ifade eden **Mustafa es-Sibâî** de, bu amaçla Kur'ân'ın, (Bakara 2/180) mal/servet yerine "hayır" kavramını kullanmasına dikkat çekmektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁰ İslâm'ın servete, fakirlik ve zenginliği yaklaşımı için bkz. Beşer, Faruk, *İslâm'da Zenginlik ve Fakirlik Kavramları*, İstanbul 1991.

¹⁰¹ Bakara 2/247. Krş. Kehf 18/34,39; Sebe' 34/35. قالوا أن يكون له الملك علينا ونحن أحق بالملك منه ولم يوت سعة من المال...

¹⁰² Sebe' 34/37. وما أموالكم ولا أولادكم بالتي تقرّبكم عندنا زلنا إلا من آمن وعمل صالحا

¹⁰³ Şuarâ 26/88-89. يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم

¹⁰⁴ Müslim, "Birr", 33; İbn Mâce, "Zühd", 9; Ahmed, Müsned, II,285,539. إن الله لا ينظر إلى صوركم و أموالكم، ولكن ينظر إلى قلوبكم و أعمالكم.

¹⁰⁵ Kehf 18/34.

¹⁰⁶ Kehf 18/42.

¹⁰⁷ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,71.

¹⁰⁸ Sibâî, *İslâm Sosyalizmi*, 160. Krş. Fazlurrahman, "İslâmiyet ve İktisadî Adâlet Meselesi", 11; Tabakoğlu, *İslâm ve Ekonomik Hayat*, 25,29.

Netice itibariyle İslâm'da mal/mülkiyet, bizzat mal olması hasebiyle ne övülür ne de yerilir. İnsanı, gurur, kibir, başkalarına üstünlük taslama, Hak'tan yüz çevirmeye sevk eden; ya da hukuk dışı (haram) yollardan kazanılıp, gayri meşrû amaçlar için harcanan veya hak sahiblerine ulaştırılmayıp elde tutulan mal yerilir, kınanır.¹⁰⁹ Tabiatıyla meşrû usullerle kazanılıp, tabii ihtiyaçların giderilmesi, başkalarına karşı görevlerin ifası ve hayır cihetlerine harcanan mal da övülür. Mülkte tasarrufta güdülen amaca göre de övgü ve yergide derece farkı vardır. Diğer bir ifadeyle *övgü ve yergideki şiddet ya da zayıflık, gayenin şerefi ve büyüklüğü ile doğru orantılıdır. En üstün gayelerin tahakkuku için harcanan mal en fazla övgüye; en kötü amaçlarda sarf edilen mal da en fazla yergiye lâyık olacaktır.*¹¹⁰

Övgü ve yergi açısından İslâm'ın mülkiyet anlayışını "*cevâmiu'l-kelim*" özelliğine sahip olan *Allah Rasûlü* (sav), şu hadisi ile gayet net bir şekilde ifade etmektedir: "*İyi (sâlih) insan için iyi (sâlih) mal ne güzeldir!*"¹¹¹

A. KONUSU

Eşya hukuku eserlerinde milkin konusu eşyadır denir. Eşya dil kökeni itibariyle "*şey*" kelimesinin çoğuludur ve dış alemi meydana getiren, insandan başka her türlü maddî ve mânevî varlıklara "*şey*" denir.¹¹² Şey kavramının ifade ettiği anlam bu denli geniş olmakla birlikte hukuk düzeninin eşya kavramı ile fizikî eşya kavramı her zaman birbirine uymamakta ve bu, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekillerde tespit edilmiş bulunmaktadır.¹¹³

Modern hukukta eşya kavramı ile karşılanan bu konu İslâm hukukunda "*mal*" terimi ile ifade edilir ve *Mecellé*'nin ifadesiyle malın muhtevasını "*a'yân ve menâfi*" oluşturmaktadır.¹¹⁴ "*Muayyen ve müşahhas olan şeyler*" diye tarif edilen a'yân¹¹⁵, menkul ve gayri menkul bütün eşyayı içine almaktadır.¹¹⁶ Dolayısıyla Türk-İsviçre doktrininde yerleşen "*eşya*" kavramı, İslâm hukukundaki "*mal*"ın sadece bir bölümünü, yani "*a'yân*"ı karşılamış olmaktadır.¹¹⁷

Şu halde İslâm hukukunda mülkiyetin konusunu bu genel çerçevede mal oluşturmaktadır.

Arap dili lügatlarının genellikle "*marufur*" demekle yetindikleri mal¹¹⁸ kelimesi, sözlük anlamı itibariyle a'yân (cismânî şeyler) olsun, menâfi' (menfaatlar) olsun edinmeye konu olabilen her şeyi kapsamaktadır.¹¹⁹ Ancak mal kelimesi zamanla dilbilimciler tarafından tarif edilmeye başlanmış, mesela **Fîrûzâbâdî** (817/1414) mal, "*bir şahsın malik olduğu nesneye denir*"¹²⁰ derken; **İbnu'l-Esîr** (606/1209), mal kelimesinin sözlük anlamına açıklama getirmekte ve şöyle demektedir: "*Mal diye aslında altın ve gümüşten malik olduğun şeylere*

¹⁰⁹ Krş. Karadâvî, *el-İktisâd*, 106.

¹¹⁰ İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, I,43. للوسائل أحكام المقاصد، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، و الوسيلة إلى أردل المقاصد هي أردل الوسائل

¹¹¹ Ahmed, Müsned, IV,197,202. نعم المال الصالح للرجل الصالح

¹¹² Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 18; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II,266.

¹¹³ Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 5-6. Meselâ Türk-İsviçre Medenî Kanunlarının kabul ettiği hukukî anlamda eşya, "*üzerinde ferdî hâkimiyet sağlanabilecek, iktisadî değer taşıyan, şahıs dışı cismânî varlıklardır*" şeklinde tarif edilerek maddî mallar eşya kapsamına alınmıştır. Bkz. Oğuzman-Seliçi, a.g.e., 6.

¹¹⁴ *Mecelle*, md.125.

¹¹⁵ *Mecelle*, md.159.

¹¹⁶ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, I,244-246.

¹¹⁷ Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 15; Günay, *Kamu Malları*, 18.

¹¹⁸ Cevherî, *es-Sihâh*, V,1821; İbn Manzûr, *Lisânu'l-arab*, XI,635.

¹¹⁹ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 51.

¹²⁰ Bkz. Asım Efendi, *Kâmus Tercümesi*, IV,97.

denirken, sonradan, elde edilen ve malik olunan her türlü a'yân'a (maddî eşya) mal adı verilmiştir. Bu adı Araplar en çok develer için kullanmışlardır. Zira mallarının büyük bir kısmı develerden oluşuyordu.¹²¹

İbnu'l-Esîr'in, kelimenin sözlük anlamına yaptığı bu açıklama, biraz sonra göreceğimiz malın terim anlamının belirlenmesi ve mal-menfaat ilişkisi konularındaki tartışmalarda bize ışık tutacak özelliktedir.

"Mal" kelimesi âyet ve hadislerde çokça geçmiş olmasına rağmen, -ki bu kullanımların bir çoğunda hukukî işlemlerin konusu olarak geçmektedir- başka bir takım kavramlarda (namaz, zekât, nikah, ribâ gibi) görülen aksine kelimeye, sözlük anlamının dışında dinî ve hukukî özel bir muhteva verilmemiştir. Bunun yanında kelimenin sözlük anlamının (maruftur) da etkisi ile İslâm hukuk sisteminin temel kaynaklarında mal tarif edilmemiş, sadece bazı mallar hakkında hükümler sevk edilmekle yetinilmiştir.¹²² İşte bu durum kelimenin sözlük anlamıyla İslâm hukukçularının malı tarifleri arasında yakın bir ilginin olması sonucunu doğurmuştur.¹²³

Hanefî hukukçular malı, "*insan tabiatının kendisine meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirilmesi mümkün olan şeydir*" şeklinde tarif etmişlerdir.¹²⁴ Bu tarifin en önemli hukukî sonucu, hak ve menfaatlerin başlı başına bir mal sayılmaması¹²⁵ ve dolayısıyla hukukî muâmelelere konu olamamalarıdır. Bu görüşe göre hak ve menfaatler kendiliğinden değerli olmayıp, değer kazanabilmesi için akde ihtiyaç vardır¹²⁶ ve yalnızca akde konularının mümkün olması açısından ayn gibidirler.¹²⁷ Durum böyle olunca hak ve menfaatler haksız fiillere maruz kaldıklarında hukuk düzeni tarafından korunmazlar. Dolayısıyla bir malın gasbedilmesi ve gâsib tarafından uzun veya kısa süreli olarak kullanılması durumunda Hanefî hukukçular, malın iade edilmesi gerektiğini, şayet mal telef olmuşsa tazmin yükümlülüğünü kabul ederler. Ancak kullanılan veya kullanılsa bile sahibinin kullanmasına engel olunan süre için piyasa fiyatının (ecr-i misil) ödenmesi gereğini kabul etmezler.¹²⁸ Aynı şekilde bir kimse, akid yapmadan ve bir hakkı da olmadığı halde birinin evinde bir müddet otursa veya vasitasını kullansa, evde oturmaktan ve vasitasına binmekten sağladığı menfaatleri tazminle mükellef olmayacaktır.¹²⁹ Zira Hanefîlere göre menfaatler başlı başına bir kıymete haiz değildir.¹³⁰ Durum böyle olunca söz gelimi gasbedilen malın ya da hukukî bir sebebe dayanmaksızın oturlan evin menfaati şahsın elinde emanet hükmündedir. Emanetlerde ise şahsın herhangi bir taksiri olmadığı sürece tazmin söz konusu değildir.¹³¹

Fakat bu arada Hanefî mezhebinde menfaat mal kabul edilmemesine rağmen, yine bir büyük Hanefî hukukçu olan **Kâsânî** (587/1191) bir çok yerde menfaati mal olarak zikretmektedir. "...malın ayn, deyn ya da menfaat olması arasında bir fark yoktur"¹³²; "mal,

¹²¹ İbnu'l-Esîr, *eh-Nihâye*, IV,373.

¹²² Bkz. Debû, *Damânu'l-menâfi*, 221-22; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 19.

¹²³ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 51; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,172; Âlim, *Mekâsîd âmme*, 468; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 19.

¹²⁴ İbn Âbidîn, *Raddu'l-muhtâr*, VII,7,171. *Mecellê*'de (md.126) İbn Âbidîn'in bu tanımı olduğu gibi benimsenmiş; Kadri Paşa ise, "mal, ihtiyaç vakti için biriktirilmesi mümkün olan şeydir" şeklinde daha kısa bir tanım yapmıştır. Bkz. *Mürşidü'l-hayrân*, md.1.

¹²⁵ Serahsî, *el-Mebûsût*, XI,79; Güzelhisârî, *Menâfiu'd-dekâik*, 329; Kırkağâcî, *el-Kavâid*, 71. لا يتقوم المنافع في نفسها

¹²⁶ Serahsî, a.g.e., VII,83.

¹²⁷ Debûsî, *Te'sîsü'n-nazar*, 128.

¹²⁸ Güzelhisârî, *Menâfiu'd-dekâik*, 329; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 348.

¹²⁹ Debûsî, *Te'sîsü'n-nazar*, 128; Serahsî, *el-Mebûsût*, XI,78.

¹³⁰ Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik*, 45.

¹³¹ Güzelhisârî, *Menâfiu'd-dekâik*, 329.

¹³² Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,42. وسواء أ كان المال عيناً أو ديناً أو منفعة

*bazen ayn bazen de menfaat şeklinde olur.*¹³³ Bu ifadeler bir Hanefî hukukçunun kaleminden çıkmış olması bakımından önemlidir.

Hanefîlerin mal tarifinde yer alan "*insan tabiatının meylettği*" ifadesi, malın en önemli unsuru olan "*iktisadî değer*" özelliğini; "*ihtiyaç vakti için biriktirilme*" şartı ise "*fizikî varlık*" unsurunu içermektedir. Buna göre hür insan, bir tek buğday tanesi, leş, akmiş kan İslâm hukukuna göre iktisadî bir değer taşımadıklarından; alacak hakkı, süknâ hakkı, fikrî haklar ve menfaatler de fizikî bir varlıkları olmadığı için mal sayılmazlar. Ancak Hanefîler diyet hakkı gibi ileride mala dönüşebilecek hakları diğer haklardan farklı değerlendirmektedirler.¹³⁴

Yine Hanefîlerin bu mal tarifine göre acı ilaçlar gibi insan tabiatının meyletmediği; bazı sebze ve meyveler gibi ihtiyaç zamanı için biriktirilmesi mümkün olmayan şeyler de mal sayılmamaktadır.¹³⁵ Zira Hanefîlere göre bir şeyin mal sayılabilmesi için;

- a) Biriktirilebilecek/saklanacak şekilde maddî bir varlığının olması
- b) Normal (mu'tâd) olarak faydalanılabilir olması gerekir.¹³⁶

Hanefîlerin bu yaklaşımının sosyal hayatta büyük sıkıntılara yol açacağı aşikârdır. Nitekim bunu hisseden Hanefî hukukçular, yeni bir mal tarifi yapma yoluna gitmeyip temel yaklaşımlarına bağlı kalmakla birlikte, bir taraftan ihtiyaç ve zarûret sebeplerine, diğer taraftan da nassa dayandırılan bir istisân¹³⁷ düşüncesinden hareketle kira akdine konu olan menfaatleri istisna etmişler, daha sonra yetim ve vakıf malları ile gelir getirmek amacıyla edinilmiş (*muaddü'n li'l-istiğlâl*) mallarla istisnanın kapsamını genişletmişlerdir.¹³⁸ Böylece Hanefî mezhebinde menfaati mal kapsamına dahil etme noktasında bir kapı aralanmış olmaktadır. Bu yaklaşım farklılaşmasında, uygulamanın baskısı¹³⁹ yanında, genel ahlâkın bozulması karşısında ortaya çıkan yeni durumlardan biri olarak "*mezhepler arası görüş alış-verişi*" unsurunun da etkisi söz konusudur. Zira iktisadî refah düzeyinin artması, sosyal bunalımların artmasına, sosyal kutuplaşmaların meydana gelmesine sebep olduğu gibi, geleneksel İslâm ahlâk ve hayat tarzında değişmeler de görülmeye başlanmıştır.¹⁴⁰ Halbuki toplumlara şekil veren, o toplumu oluşturan fertlerdir. Fertlerin davranışlarını ise ahlâkî tutumları belirlediğine göre, ahlâkî bozulmanın örf ve âdete tesiri ve bunun toplum telakkilerini etkilemesi kaçınılmazdır. Elbette bu durumun hukukî düzenlemelere de yansımaları olacaktır. İşte bu noktada Şâfiî hukukçu **İbn Abdisselâm** (660/1262)'ın şu sözü bu gerçeğin en veciz ifadesidir: "*Yüce Allah'ın öyle hükümleri vardır ki, sebepleri, ilk dönem toplumlarında oluşmadığı için zuhûr etmemiştir; ancak sebepleri görüldükçe ortaya çıkacaktır.*"¹⁴¹

Genel ahlâkın bozulmasının da etkisi ile yukarıda zikredilen istisnalar da yeterli görülmemiş ve sonunda 1916 yılında kurulmuş bulunan *Mecelle Tadil Komisyonu*, "*Menfaatler a'yân gibi mütekavvimdir. Buna göre bir kimse diğerinin taşınır veya taşınmaz*

¹³³ Kâsânî, a.g.e., VII,385. المال قد يكون عيناً، وقد يكون منفعة.

¹³⁴ Ali Haydar, *Düraru'l-hükkâm*, I,343,949 vd.; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.1-4; Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 52 vd.; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 17; Zerkâ, *el-Medhal*, III,116-117; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,12-13; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 347.

¹³⁵ Zeydân, *el-Medhal*, 183; Debû, *Damânu'l-menâfi*, 223.

¹³⁶ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,174. Krş. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,12.

¹³⁷ Ali Haydar, *Düraru'l-hukûm*, I,228; Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 54; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 16; Günay, *Kamu Malları*, 20.

¹³⁸ *Mecelle*, md.596-599.

¹³⁹ Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II,266.

¹⁴⁰ Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, 231.

¹⁴¹ İbn Abdisselâm, *el-Fetâvâ*, 298. لله تعالى أحكام، تحدث عند حدوث أسباب، لم تكن موجودة في الصدر الأول.

bir malını kullansa veya kullanılmasına engel olsa, emsâl ücretini vermesi gerekir...¹⁴² şeklinde mala ayrı bir tanım getirmişse de, bu tadilat gerçekleşmemiş¹⁴³; *Mecelle*'den kısa bir süre sonra kabul edilen *Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu* (md.64) malın tanımını ve kapsamını değiştirmiş, hak ve menfaatleri de mal kapsamına almıştır. Söz konusu madde malı, "gerek a'yân, gerek menâfi', gerek hukuk olsun, halk arasında tedavül edilegelen şeyler alelittlak mal sayılır"¹⁴⁴ şeklinde tarif etmiştir.

Hanefî mezhebi içerisindeki bu gelişme sürecini **Mehmet Erdoğan**, bireysel ve toplumsal hayatta inancın zayıflaması ve ahlâkın bozulmasıyla (fesâdû'z-zemân) açıklamaktadır.¹⁴⁵ **Erdoğan**'a göre çok geç de olsa nihayet bu gerekçeden hareketle Şâfiî ve Hanbelî mezhebinin görüşüne ulaşılabilmiştir.¹⁴⁶

İslâm hukukçularının çoğunluğunu oluşturan Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçulara göre ise mal, "insanlar arasında iktisadî bir değeri olan ve normal şartlarda ve iradî olarak faydalanılması şer'an mümkün olan her şeydir."¹⁴⁷ Bu tarife göre bir şeyin mal sayılabilmesi için insanların o şeye iktisadî bir değer vermeleri ve bu değer hukukça benimsenmiş olması gerekir. Ayrıca bu görüşü benimseyen cumhur hukukçulara göre mal edinmeden asıl amaç, onun sağladığı menfaattir; dolayısıyla değeri de bu menfaate göre belirlenmektedir.

Görüldüğü gibi cumhur fukahâyâ göre menfaatler de başlı başına mal sayılmaktadır. Bunun sonucu olarak tek başına hukukî işlemlere konu olabilir ve telef edilmesi halinde tazmini gerekir.¹⁴⁸ Öyle ki menfaat, eşyanın değerini tayin eden en önemli unsurdur. Hatta şer'an mülk edinmeden maksat, eşyanın menfaatlerine sahip olmaktır¹⁴⁹ ve bir nesnenin maliyet vasfı, aynı ile değil menfaati ile birlikte vardır ya da yoktur. Hatta bu noktada Hanefî hukukçu **İbn Âbidîn** (1252/1836), eşyada maliyet vasfının, insanların tamamı ya da çoğunluğu tarafından bir şeyin mal edinilmesi ve o şeyden faydalanmanın şer'an mübâh olması ile tayin edileceğini ifade etmektedir.¹⁵⁰ Durum böyle olunca fizikî anlamda malı değerli kabul edip menfaati devre dışı bırakmak doğru olmaz.

Âyet ve hadislerde çokça geçmesine rağmen mal kavramına sözlük anlamı dışında hukukî bir anlamın yüklenmemesi, sözlüklerin genelde mal kelimesi için "marufur" demekle yetinmeleri ve klasik dönem İslâm hukukçularının da teknik bir mal tanımı yapmamış olmaları bizi, bir şeyin hukuken mal sayılıp sayılmayacağını belirleyen unsurun "örf" olduğu sonucuna götürmektedir. **İbnu'l-Esîr** (606/1209)'in, mal kelimesinin uğradığı açılım ve genişlemeye dikkat çekmesi¹⁵¹ ve **İbn Âbidîn**'in eşyanın maliyetini belirlemede örfü vurgu

¹⁴² Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, 195 (Ali Haydar, *el-Mecmûatü'l-cedîde*, 138). Ancak Osman Öztürk, *Mecelle*'nin malı tarif eden 126. maddesinin *Mecelle* Tadil Komisyonu tarafından "Mal, anda münafese ve bezl câri olan şeydir" şeklinde değiştirildiğini söylemektedir. Bkz. Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, 100.

¹⁴³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384 (Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, s.353).

¹⁴⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 384; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 18.

¹⁴⁵ Genel ahlâkın bozulması ve bunun İslâm hukukunda ahkâma tesiri için bkz. Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, 165-198.

¹⁴⁶ Erdoğan, a.g.e., 195.

¹⁴⁷ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,179. ما كان له قيمة مادية بين الناس، وحاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار. Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 162.

¹⁴⁸ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 17; Zerkâ, *el-Medhal*, III,205; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 17-18. Menfaatin mal sayılıp sayılmaması ve tazmini konusunda geniş bilgi için bkz. Debû, *Damânu'l-menâfi'*, 249-298.

¹⁴⁹ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, III,153.

¹⁵⁰ İbn Âbidîn, *Raddu'l-muhtâr*, VII,7.

¹⁵¹ İbnu'l-Esîr, *en-Nihâye*, IV,373.

yapması¹⁵² da bu tespiti destekler niteliktedir. Nitekim bazı çağdaş yazarlar da bu noktaya dikkat çekmişlerdir.¹⁵³

Hanefilerin menfaati mal kabul etmemeleri karşısında Şâfiî usulcü **Zencânî** (656/1258)'nin söyledikleri oldukça önemlidir: "*Şer'î hükümler akli gerçeklere değil, örfî inanışlara mebnîdir. Sizin (Hanefiler) ma'dûm dediğiniz şey (menfaat) örfen ve şer'an maldır. Kaldı ki hükümlerde hukukun (şer') ve örfün hakimiyeti baskın unsurdur.*"¹⁵⁴

Nitekim İslâm hukukunda örf, bir nassa veya yerleşik temel kâidelere açıkça aykırılık arz etmediği sürece muteber bir kaynak kabul edilir. Tarihî süreç içerisinde nelerin mülkiyet konusu olup olmadığına bakacak olursak, bunu tayin eden kriterin yine örf olduğu gerçeği ile karşılaşırız. Zira mal telakkisi toplumların iktisadî, teknik, sosyal gelişmelerine paralel bir seyir takip etmektedir. Patent hakkı, ticarî unvan, ticarî plaka, güneş ışığı ve ısı, hava, bazı gazlar vb. hususların mal sayılıp sayılmaması ve dolayısıyla hukukî işlemlere konu olup olamayacağı hep bu türden gelişmelerin sonucudur.

Bu bakımdan İslâm hukukuna göre her devirde, değişen zaman ve gelişen tekniğe bağlı olarak yararlanma ve edinme konusu olabilecek her yeni şey, ictihad yoluyla hukukî işlemlerin konusu olabilecektir.¹⁵⁵ Bu hakikatten hareketle sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: *İnsanlar arasında maddî bir değere sahip ve şer'an faydalanılması mümkün olan her şey hukukî anlamda maldır.* Dolayısıyla bu özellikteki her şey mülkiyet hakkının konusudur.

İslâm hukukunda malın değişik açılardan tasnifi yapılmıştır:

-Hukuken yararlanılması (intifâ') mübâh olup olmaması açısından, *mütekavvim mal-mütekavvim olmayan mal,*

-Birimleri arasındaki değer farkına nisbetle, *mislî mal-kıyemî mal,*

-Zararsız olarak bir yerden başka bir yere naklinin mümkün olup olmaması açısından, *menkul mal-gayri menkul mal,*

-Sahiplerine göre, *mübâh (serbest) mallar, özel mallar, vakıf malları, devletin özel malları ve kamu malları*¹⁵⁶ İslâm hukuku eserlerinde en çok rastlanılan mal tasnif şekillerindedir.¹⁵⁷

B. KAPSAMI

Mülkiyeti, "*bir engel olmadığı sürece, şer'an, sahibine tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen bir aidiyet bağıdır*"¹⁵⁸ şeklinde tarif etmiştik. Tanımdan da anlaşılacağı gibi mülkiyet İslâm hukukunda sadece fizikî varlıklara, nesnelere hasredilmiş değildir. İslâm hukukçularına göre mülkiyet ilişkisi nesnelere üzerinde kurulabildiği gibi, bu nesnelere yararlanma hakkı, klasik fıkıh terminolojisindeki ifadeyle menfaatler üzerinde de kurulabilir.¹⁵⁹ Dolayısıyla her hangi bir taşınmazı kiralayan kimse bunun yararlanma hakkına, diğer bir ifadeyle menfaat mülkiyetine sahip olur. Nitekim *bütûn maddî mallar (a'yân) ve*

¹⁵² İbn Âbidîn, *Raddu'l-muhtâr*, VII,7.

¹⁵³ Bkz. Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 52; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 24; Ebu Sünne, *el-Örf*, 180-181; Âlim, *Mekâsîd âimme*, 468; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 217; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,12.

¹⁵⁴ Zencânî, *Tahrîcu'l-furû'*, 226.

¹⁵⁵ Krş. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 17; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 20.

¹⁵⁶ Mallarla ilişkisi olan kimseler açısından yapılan bu beşli taksim Hacı Mehmet Günay'a aittir. Bkz. Günay, *Kamu Malları*, 27.

¹⁵⁷ Her bir grubun tanım, özellik ve örnekleri için bkz. Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 20-63; Günay, *Kamu Malları*, 21-82.

¹⁵⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, I,241.

¹⁵⁹ *Mecelle* de mülkiyeti bu anlayışı yansıtır biçimde tarif etmiştir: "*Mülk, insanın malik olduğu şeydir; ister a'yân olsun, ister menâfi olsun.*" (md.125)

menfaatlerin mülkiyetin kapsamına dahil, tamamen şahsî olup malla bir ilgisi bulunmayan hadâne ve velâyet hakkı gibi hakların ise mülkiyet hakkı olmadığına İslâm hukukçuları arasında ittifak vardır. Bunun yanında alacak hakkı (deyn), irtifak hakkı¹⁶⁰ gibi haklar da, aksi görüşte olan hukukçular bulunmakla birlikte, mülkiyetin kapsamına dahildir.¹⁶¹ Konusu hizmet sözleşmesi olan ilişkiler ise, temelde aynî değil tamamen şahsî bir hak olması dolayısıyla mülkiyet ilişkisi değildir. Ancak bu şahsî ilişki sonunda akde konu olan hizmetten doğan menfaat üzerinde bir mülkiyet hakkı söz konusu olabilmektedir.¹⁶² Bu duruma göre mülkiyetin kapsamı maldan daha geniş olup, nesnelere, menfaatler ve hakları içermektedir.

Burada nesnelere kapsamına İslâm hukukunda "zevâid" diye isimlendirilen tabii semereler ile mütemmim cüzler de girmektedir.¹⁶³ Bu noktada mülkiyetin kapsamını belirleme açısından *Türk Medeni Kanunu* ile İslâm hukuku arasında bir paralellik söz konusudur. *TMK*'na göre de bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütün mütemmin cüzlerine (md.619) ve tabii semerelerine de malik olur (md.620).

Konusu açısından kapsamını nesnelere, menfaatler ve haklar olarak belirlediğimiz mülkiyetin bir de *yatay ve dikey kapsam* açısından da ele alınması gerekmektedir. Menkul mülkiyeti ile gayri menkul mülkiyetinin bir kısmının (ev gibi) kapsamını tayin kolaydır. Zira bunların neleri kapsadığı irade beyanı ya da örf karinesi ile bilinmektedir. Halbuki aynı durum arazi mülkiyeti için bu kadar kolay değildir. Onun için burada özellikle arazi mülkiyeti dikey kapsam açısından tayin edilmeye çalışılacaktır. Arazinin yatay kapsamı ise sınırlarla belirlenir.

Prensip olarak *bir şeye malik olmak, o şeyin zarurî unsurlarına da sahip olmayı gerektirir*.¹⁶⁴ Bu da öncelikle malik olunan nesnenin, örneğin toprak mülkiyetinde, toprağın üstündeki hava boşluğuna ve altındaki toprak tabakasına da malik olmak demektir (*dikey kapsam*).¹⁶⁵ Bu genel ilkeye göre malik, sahip olduğu toprağın altında istediği derinliğe kadar kazı yapabilir, hava boşluğu itibarıyla de binasını istediği kadar yükseltebilir (*aktif yetki*). Yine mülkiyet hakkının malike tanıdığı "*başkasının tasarrufuna engel olma*" yetkisi gereği, toprağın alt ve üstüne başkalarının yapılacak tecavüzleri engelleyebilir (*koruyucu yetki*).¹⁶⁶ Bu cümleden olmak üzere malikin, hava boşluğuna tecavüz eden (taşkın inşaat) kısımları ve bahçesine uzanan ağaç dallarını kaldırtma hakkı vardır.¹⁶⁷

Temel prensip bu şekilde olmakla birlikte bazı İslâm hukukçularının, mülkiyetin dikey kapsam açısından yer altı kısmını ve hava sahasını kapsamadığı görüşünde oldukları görülmektedir. Bu görüşü açıkça seslendiren fakihlerin başında **Şafîî** (204/819) gelmektedir. Söz gelimi bir kimsenin kendi evinden açmak istediği kapı ya da pencerenin baktığı yer tek bir şahsa veya bir topluluğa ait özel yol (tarîk gayru nâfiz) ise, **Şafîî** bu faaliyetin engellenmemesi karşılığında yapılacak sulhun bâtil olduğunu söylemekte ve gerekçesini şöyle açıklamaktadır: "*Zira bu şahıs kapı veya pencereyi kendi öz mülkünde açmıştır. Sokak sahibi/leri ise sokağın yer altı kısmına ve hava boşluğuna malik değildir*."¹⁶⁸

¹⁶⁰ Hacak, irtifakın milk niteliğinde bir hak olduğunda İslâm hukukçuları arasında bir ihtilafın olmadığını söylemektedir. Bkz. *İrtifak Hakları*, 17.

¹⁶¹ Mahmasânî, *el-Mûcebât ve'l-ukûd*, I,22. Hakların gruplandırılması ve mülkiyet kapsamına dahil haklar konusunda geniş bilgi için bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 72-74; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 107 vd.

¹⁶² Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 112-113.

¹⁶³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 353.

¹⁶⁴ Kırkağâcî, *el-Kavâid*, 81. من ملك شيئاً، ملك ما هو من ضروراته.

¹⁶⁵ Krş. *Mecelle*, md.49. *Mecellé*'nin 1194. maddesi şöyledir: "*Kim ki, bir yere malik olursa mafevkına ve ma tahtına dahi malik olur.*"

¹⁶⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, II,1018; Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 435.

¹⁶⁷ *Mecelle*, md.1195,1196.

¹⁶⁸ Şafîî, *el-Üm*, III, 255.

Ancak dikey kapsam açısından mülkiyetin yer altı kısmı ve hava boşluğu itibariyle belirli de olsa bir alanı içermesi zorunludur. Aksi takdirde özellikle gayri menkullerde, mülkiyet edinmenin amacı tahakkuk edemez. İşte bu hususu da dikkate almak suretiyle hukuk sistemlerinin, mülkiyetin dikey kapsam açısından belirli bir alanı kapsadığını, ancak bu kapsamın sınırlandırılmış olduğunu kabul ettiklerini görmekteyiz. Buna göre malikin, mülkiyet hakkının kullanılmasından doğan iktisadî bir menfaati ihlal edilmeyeceği için, belirli bir yüksekliğin üzerinde hakimiyeti söz konusu olamaz. Aynı durum arazi yüzeyinin altı için de geçerlidir. Bu sınırlamanın kriterini ise, toplumun iktisadî şartları ve teknik gelişmeler ışığında "faydalı olma" ölçüsü oluşturacaktır. Binaenaleyh malik, mülkiyet hakkını kullanmakta faydalı olacak dereceyi aşan inşaatta ve kazıda bulunamaz.¹⁶⁹

Dikey kapsam açısından mülkiyet konusunu Şâfiî hukukçu **Zerkeşî** (772/1370), büyük bir dirayetle ele almaktadır. Onun şu vecîz ifadeleri başka söze ihtiyaç bırakmayacak niteliktedir. "*Herhangi bir araziye sahip olan şahıs, onun hava boşluğuna da malik olur ve ava ok atma gibi zarar içermeyen fiiller hariç, o hava boşluğunda başkasının tasarruf ve tecavüzlerine engel olabilir... Ancak arazi üzerindeki hava boşluğunda malikin yetkisinin, malik açısından ihtiyaç olmayan şeyleri de kapsayacak boyutta olmaması gerekir; zira kişiye iktisadî fayda sağlamayan hususlar için mülkiyet ilişkisinden söz etmenin bir anlamı yoktur. Aynı durum arazi yüzeyinin altında tasarruf için de geçerlidir. Arazide mülkiyet hakkının yedi kat yeri kapsadığını söylemek anlamsızdır; zira bunda malik için bir fayda söz konusu değildir.*"¹⁷⁰

Böylece **Zerkeşî**, **Şâfiî**'nin mutlak bir ifadeyle belirlediği mülkiyetin dikey kapsamına bir açılım getirmiş ve her dönem için uygulanabilecek bir kritere bağlamıştır (*iktisadî yarar kriteri*).

Türk Medeni Kanunu da mülkiyetin dikey kapsamını "kullanmakta faydalı olma" ölçüsüne bağlamıştır. "*Bir arza malik olmak onu kullanmakta faydalı olacak derecede altına ve üstüne malik olmayı da tazammun eder.*"(md.664)

Şu halde mülkiyetin dikey kapsamı, malikin gerçek yararı ile sınırlandırılmış olmaktadır ki, bu da, iktisadî fayda kriterine göre belirlenecektir. Bu yararın derecesi ise, taşınmaz malın tahsis olunduğu gayeye uygunluk derecesine bağlıdır. Bunun bir gereği olarak taşınmaz mal mülkiyeti, malikin menfaatlerinin icabını aşamaz; malikin menfaat çevresinde bulunan her şeyi de kapsar.

Elbette ki bu söylenenler teknik gelişmelerin katettiği seviyeye bağlıdır. Nasıl ki ihrâz özelliği olmadığı için güneş ısı ve enerjisi, hava ve bazı gazlar mal sayılmadığından hukukî işlemlere konu olamazken, günümüzde bu özelliği kazanmışlarsa; aynı şekilde teknik gelişmeler, mülkiyetin dikey kapsamının genişlemesi sonucunu doğuracak gelişmeler gösterebilir. Elbette böyle bir durumda "faydalı olma" kriterine bağlı olarak yeni bir dikey kapsam değerlendirmesi kaçınılmaz olacaktır.

Mülkiyetin dikey kapsamının iktisadî yarar ölçüsüne bağlanmış olmasının, özel mülkiyet tasarruflarının özellikle komşuluk ilişkileri sebebiyle kanunî sınırlamalarına bir takım yansımalarının olması kaçınılmazdır. Dikey kapsam açısından mülkiyetin kapsamının belirlenmesi, bir taraftan mülkiyetin aktif yetki unsurunu teşkil eden tasarruf yetkisinin kullanımı, diğer yandan da koruyucu yetki unsuru çerçevesinde başkalarının müdahalelerine mani olma bakımından önemlidir. Şu halde bir gayri menkulün kullanımı ve onda tasarruf, diğer gayri menkullerin, sahipleri açısından iktisadî yarar kapsamında bulunan yer altı ve yer üstü kısmına tecavüz etmeyecek şekilde olmak zorundadır. Binaenaleyh bir gayri menkulün,

¹⁶⁹ Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 435; Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 54.

¹⁷⁰ Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, III,225. Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,214.

iktisadî yarar kapsamındaki alanlara tecavüz niteliğindeki faaliyetler, taşkın yapı hükümleri gereği engellenir.

C. MALİKE SAĞLADIĞI YETKİLER

İslâm hukukçuları mülkiyeti, konusu (mahal) itibariyle tam ve nâkis mülkiyet olmak üzere ikiye ayırmışlar ve her grubun özellik ve hükümlerini ayrı ayrı ifade etmişlerdir. Konu, bu sınıflandırma ile ileride ele alınacağı için burada mülkiyetin genel özellikleri ve malike sağladığı yetkiler belirtilmeye çalışılacaktır.

İslâm hukukunda mülkiyet genel olarak şu özellikleri taşımaktadır:¹⁷¹

1. Herhangi bir şahıs için milk bir defa sabit olunca, milke konu olan şeyin niteliğine ve türüne göre malik, her türlü hukukî tasarruf yetkisine sahip olur.
2. Ayn mülkiyetinde esas olan, hem rakabe (çıplak mülkiyet) hem de menfaati içermesidir.
3. Ayn mülkiyeti daimi (sürekli) olup, zamanla sınırlandırılmaz.

Sürekli olma özelliği arz eden ayn mülkiyetinin iskat ya da terkle sakıt olup olmayacağı konusunda cumhuru teşkil eden İslâm hukukçuları ile Mâlikîler arasında bazı görüş farklılıkları var ise de, genel kabul gören yaklaşım çoğunluğun görüşüne paralel olarak ayn mülkiyetinin iskat ya da terk ile sakıt olmadığıdır.¹⁷²

Bunun yanında mülkiyet malike;

- a) Milk konusu eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlar,
- b) Başkasının tasarrufuna engel olma hakkı verir,
- c) Süreklilik arz eder.¹⁷³

TMK md.618'e göre de mülkiyet hakkının sahibine şu yetkileri sağladığı kabul edilmektedir:¹⁷⁴

- Tasarruf ve egemenlik hakkı
- Bu hak, mutlak ve tekeldir
- Bu hak, sürekli
- Bu hak, sınırlanmıştır.

Bu temel bilgiler yanında *Roma* hukukundan beri klasik ayırıma göre, malikin mülkiyet konusu olan eşya üzerindeki yetkileri üç grup altında toplanmaktadır:¹⁷⁵

1. Kullanma (usus)
2. Semerelerinden istifade etme (fructus)
3. Tüketme/tasarruf (abusus).

Şimdi bu yetkilerin her biri hakkında kısa bilgi verelim:

¹⁷¹ Abbâdî, a.g.e., I,373.

¹⁷² Her iki grubun görüş ve delilleri için bkz. Abbâdî, a.g.e., I,377.

¹⁷³ Abbâdî, a.g.e., I,390.

¹⁷⁴ Ayiter, *Eşya Hukuku*, 79-80; Akipek, *Gayrmenkul Maliklerinin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri*, 1.

¹⁷⁵ Challaye, *Mülkiyetin Tarihi*, 41; Çörtoğlu, *Gayrmenkul Mülkiyeti*, 196-197. Hegel, bu yetkileri zilyedlik, kullanım ve elden çıkarma (ferağ) olarak ifade etmektedir. Bkz. *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, 70. Mısır (md.802), Suriye (md.768), Irak (md.1048) ve Libya (md.811) Medeni Kanunları da yukarıda sayılan yetkilerden söz etmekte ve bu yetkileri aynı kelimelerle ifade etmektedir. Bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 100; Kadri Paşa ise, Türkçe kullanma karşılığı olarak "*isti'mâl*" yerine "*intifa*" kavramını kullanmak suretiyle bu üç yetkiden söz etmektedir. Bkz. *Mürşidü'l-hayrân*, md.11.

Kullanma, milk konusu nesnenin özelliğine göre malikin, o şeyi bizzat veya ailesi ile birlikte kullanmasıdır. Arabaya binme, elbiseyi giyme, evde oturma...kullanma nitelikli tasarruflardır.¹⁷⁶

Kullanma yetkisi mülkiyet ilişkisinin üçüncü kişilere karşı ifade vasıtasıdır. Bu, elde bulundurmanın uygulamadaki yansımasıdır, ilişkinin görüntüsüdür. Elinde bulundurduğu şeyi malikin dilediği biçimde ve münhasır yetki olarak kullanması, o şey üzerindeki hakimiyetinin de ifadesidir.¹⁷⁷

Semerelerinden istifade etme ise, malikin milk konusu nesnenin gelir ve ürünlerinden istifade etmesidir. Evini kiraya verip kira gelirini alma, tarlasını kiraya verme veya bizzat ekip yetişen sebze ve meyveleri toplama... gibi.¹⁷⁸

Semerelerden istifade etme bizzat olabileceği gibi (tarlayı ekip ürünü toplama), başka şahıslar aracılığıyla (tarlayı kiraya verme) da olabilir. Bunların her ikisi de faydalanma yetkisi çerçevesindedir.

Tüketme/tasarruf ise, hukukî (alım-satım, kira, hibe vb.) ve fiilî (malı tağyir ve tahrip etme) tasarruf yetkilerini kapsamaktadır.¹⁷⁹

Bu yetkilerin hepsini birden "*tasarruf yetkisi*" şeklinde ifade etmek mümkündür. Tasarruf yetkisi de, nesneyi zilyedliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semerelerini alma, tüketme ve yok etme gibi maddî fiilleri ve nesnenin mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ya da sınırlı aynî haklarla yüklenmesi gibi hukukî işlemleri kapsamaktadır.¹⁸⁰

Bu noktada çağdaş İslâm Hukuku eserlerinde "*tüketme*" yetkisinin Arapça "*tasarruf*" kelimesiyle karşılanmış olması tasarruf kavramının diğer iki yetkiyi (kullanma ve faydalanma) içermediği, bu ikisi dışında kalan durumları ifade etmek için kullanıldığı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu durum yalnızca çağdaş Arap yazarların Latince "*abusus*" kelimesini, Arapça "*tasarruf*" kavramı ile ifade etmelerinden ibarettir. Nitekim daha önce de belirtildiği gibi, klasik dönem İslâm hukukçuları tasarruf kelimesine genel ve geniş bir anlam yüklemişlerdir. Bazen kullanma ya da yararlanma yetkisini "*tasarruf*" kavramı ile ifade ettikleri gibi, bu üç yetkiyi kapsayacak şekilde de kullanmışlardır.¹⁸¹ Hatta tasarruf kavramının bu özelliği sebebiyle bazı İslâm hukukçuları milki tanımlarken, yalnızca "*tasarruf yetkisi*" demekle yetinmişler, kullanma, yararlanma gibi yetkileri ayrıca söz konusu etmemişlerdir.¹⁸² Bu noktada Mâlikî fakih **Tesûlî** (1258/1842), zihinlerde herhangi bir şüpheye yer kalmayacak şekilde tasarruf kelimesine açıklık getirmektedir: "*Tasarruf kelimesi anlam genişliği açısından "cins" kelimesine benzemektedir. Nasıl cins kelimesi tek tek saymaya gerek kalmaksızın cins mefhumuna dahil olabilecek her şeyi içeriyorsa; aynı şekilde tasarruf kelimesi de faydalanma, tüketme, yok etme (itlâf) gibi yetkilerin tamamını kapsamaktadır.*"¹⁸³

Öte yandan teknik açıdan da kullanma, semerelerinden istifade etme ve malı tüketme yetkilerini net çizgilerle birbirinden ayırmak mümkün değildir. Meselâ bir şahsın, sahip olduğu araziye ekip, çıkan ürünleri toplaması aynı anda hem kullanma hem de yararlanma

¹⁷⁶ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,226; Çörtoğlu, *Gayrimenkul Mülkiyeti*, 196-197.

¹⁷⁷ Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 143.

¹⁷⁸ Abbâdî, a.g.e., I,226; Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 182.

¹⁷⁹ Abbâdî, a.g.e., I,226-227; Çörtoğlu, *Gayrimenkul Mülkiyeti*, 197.

¹⁸⁰ Köprülü-Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 3.

¹⁸¹ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,8,9; Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,264.

¹⁸² Örnek olarak bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,8; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, 151; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI,248.

¹⁸³ Tesûlî, *el-Behçe*, II,654. التصرف كالجس، يشمل التصرف بالانتفاع، والتصرف بالاستهلاك والإتلاف.

yetkilerini içerir. Arazisinde ziraat yapması yönüyle kullanma, çıkan ürünleri toplama açısından ise, yararlanma yetkisi söz konusudur. Aynı şekilde sebze, meyve gibi şeylerin kullanılması ancak onları tüketmekle mümkündür. O halde bir işlemde bu yetkilerden yalnızca birisi söz konusu olabildiği gibi, iki hatta üç yetkinin aynı anda bulunması da mümkündür.¹⁸⁴ Ancak netice itibariyle bunların tamamı tasarruf yetkisinin dışarı yansıma şekilleridir. Hukukçular bu yetkileri ayrı ayrı saymakla mülkiyet hakkının şahsa, eşya üzerinde sahip olunabilecek ne kadar yetki varsa tamamını sağladığını ifade etmeyi amaçlamaktadırlar¹⁸⁵. O halde *tasarruf yetkisi mülkiyet hakkının özü ve onun ayrılmaz (olmazsa olmaz) unsurudur.*¹⁸⁶

Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde malike en geniş yetkileri vermesi özelliği itibariyle, hak sahibine mülkü üzerinde bir inhisar selahiyeti verir. Malik herkesten, bütün cemiyetten kendi mülkiyet hakkına riayet edilmesini, onun ihlal edilmemesini talep etme hakkına sahiptir. *"Hatta mülkiyet hakkı eskiden telakkî edildiği gibi yalnızca şahısla şey arasında değil, aynı zamanda malikle diğer bütün şahıslar arasında bir hukukî münasebet meydana getirir."*¹⁸⁷

Akipek'in bu ifadelerine katılmakla birlikte, *"eskiden telakki edildiği gibi"* ibaresinin İslâm Hukuku açısından geçerli olmadığını belirtmek isteriz. Zira bu ifade ile anlatılmak istenen, mülkiyet hakkının her türlü sınırlamadan uzak mutlak bir hak olduğu şeklindeki anlayışın günümüzde terk edildiği ve mülkiyetin, hak olduğu kadar, görevler de içerdiği. Beşerî hukuk sistemlerinin mülkiyet hakkının niteliği konusunda geçirdikleri merhaleler açısından tamamen gerçeği yansıtan bu ifade, İslâm Hukuku söz konusu olduğunda doğru değildir. Yerinde görüleceği gibi İslâm hukukunda mülkiyet, yalnızca şahısla eşya arasındaki ilişkiyle sınırlı görülmemiş; baştan itibaren hem malik hem de diğer şahıslar ve toplum açısından hak ve görevler şeklinde ele alınmıştır. Dolayısıyla İslâm hukukunda mülkiyet konusu açısından hak ne kadar aslî bir unsur ise, görev ve sorumluluk da o kadar aslî unsurdur.

D. ALLAH'A, TOPLUMA VE ŞAHSA NİSBETİ

Kur'ân-ı Kerîm'de "mal" ve "milk" kelimeleri ve bunların türevleri Allah'a, topluma, hukuken kısıtlı kişiler üzerinde velâyet yetkisi (hukukî temsil) bulunanlara ve ferde nisbetle kullanılmaktadır. Bu durum İslâm'ın mülkiyet telakkisini tespitinde oldukça önemlidir. Öncelikle belirlenmesi gereken husus, *Kur'ân*'ın bu kullanımlarının hukukî nitelik arz edip etmedikleri ve şayet bu amaca yönelik ise, bunun ne anlama geldiğidir. Yani *Kur'ân*, mülkiyeti Allah'a ya da topluma nisbet ederken, şahısların eşyada mülkiyet değil, sadece intifa (yararlanma) hakkına sahip olduklarını, gerçek malikin ise Allah ya da toplum mu olduğunu söylemek istiyor? Yoksa şahısların özel mülkiyet haklarının olduğunu, eşya üzerinde malik sıfatıyla tasarrufta bulunabileceklerini kabul etmekle birlikte; yaratma, var etme ve genel hükümranlık anlamında gerçek malikin Allah olduğunu, ferdin bu gerçeği zihninden bir an bile çıkarmaması gerektiğini; bu arada mevcut malvarlığında, içinde yaşadığı toplumun da doğrudan ya da dolaylı katkısı olduğunu ifadeyle, Allah'a ve topluma karşı kazanım ve tasarruf açısından özel mülkiyetin îmânî ve ahlâkî motiflerini mi oluşturmaktadır?

¹⁸⁴ Benzer durumlar için bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 100-101; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,227-228; Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 512.

¹⁸⁵ Krş. Ali Hafif, a.g.e.,101; Abbâdî, a.g.e., I,228.

¹⁸⁶ Berki, *İslâm Hukuku*, 103; Köprülü-Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 3.

¹⁸⁷ Akipek, *Gayrimenkul Malikin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri*, 1.

Bu arada Hz. Peygamber (sav)'in hadislerinde ise "mal" ve "milk" kavramları, genellikle doğrudan ferde nisbetle kullanılmakla birlikte¹⁸⁸, insanın sahip olduğu her şeyin ve bu arada malvarlığının da Allah'ın bir lufu olduğunu¹⁸⁹, ganimetlerdeki Allah ve Rasûlü'ne ait hakkı ifade ve beytümâla haksız tecavüzleri önlemek vb. amaçlarla Allah'a nisbet edildiği de görülmektedir.¹⁹⁰

Peşinen şunu belirtelim ki, *Kur'ân*'ın bu kullanımlarından hareketle yukarıda sayılan ihtimallerden her birini benimseyenler olmuştur. Ancak İslâm'ın mülkiyet telakkîsinin doğru anlaşılabilmesi için bu tür âyetlerin, bir bütün halinde ve kendi bağlamlarıyla olan ilgileri koparılmadan dikkatle incelenmesi zorunludur. Bu yapıldığında İslâm'ın mülkiyet anlayışının, başka hiçbir anlayışla karşılaştırılmayacak kadar orijinal olduğu görülecektir.

Kur'ân kâinattaki her şeyin insanın hizmetine verildiğini ve onun istifadesine uygun hale getirildiğini belirtir. "O, göklerde ve yerde ne varsa hepsini, kendi katından (bir lufu olmak üzere) size boyun eğdirmiştir. Elbette bunda düşünen bir toplum için ibretler vardır."¹⁹¹; "Görmedin mi, Allah, yerdeki eşyayı ve emri uyarınca denizde yüzen gemileri sizin hizmetinize verdi. Çünkü Allah, insanlara çok şefkatli ve çok merhametlidir."¹⁹² Bu noktada *Kur'ân*, insanın ihtiyacı olan ve arzuladığı her şeyin insana verildiğine dikkat çekmektedir. "O size istediğiniz her şeyden verdi. Allah'ın nimetini sayacak olsanız sayamazsınız. Doğrusu insan, çok zalim, çok nankördür!"¹⁹³; "O, yerde olan her şeyi sizin için yaratandır."¹⁹⁴ Aynı şekilde muhtelif meyvelerden rızık vermek üzere yağmuru¹⁹⁵, denizi¹⁹⁶, nehirleri¹⁹⁷, yörüngesinde kalmak suretiyle güneş ve ayı¹⁹⁸, gece ve gündüzü¹⁹⁹, bir güç ve enerji kaynağı olmak²⁰⁰, yağmur bulutlarını taşımak²⁰¹ ve ağaçların döllenmelerini sağlamak²⁰² üzere rüzgarı, hülâsa, yerde ve gökte bulunan her şeyi Allah insanoğlunun istifadesine âmâde kılmıştır.

Âyetlerden de açıkça anlaşılacağı gibi insanın istifadesine ve hizmetine sunulan bu nimetler hatırlatılırken, bir taraftan da dikkatler bütün bunların yaratıcısı olan Allah Teâlâ'ya çekilmektedir. Bu türden âyetlerde Allah'ın, yoktan var etme, yaratma anlamında her şeyin maliki olduğu belirtilmektedir. İşte yaratana (Allah) yaratılan (eşya) arasındaki bu ilişki, bizim tespitimize göre *Kur'ân*'da yalnızca bir yerde doğrudan eşyanın Allah'a nisbeti şeklinde geçmektedir. *Nûr Sûresi*'nin 33. âyetinde kitâbet anlaşması yaparak hürriyetlerini kazanmak isteyen köle ve cariyelerin bu isteklerine olumlu yaklaşılması ifade edildikten sonra şöyle buyrulmaktadır: "Allah'ın size vermiş olduğu malından siz de onlara verin."²⁰³ Bu âyet dışında

¹⁸⁸ Bkz. Wensick, Mu'cem, "mal" ve "milk" maddeleri.

¹⁸⁹ Ahmed, Müsned, IV,137.

¹⁹⁰ Örnek olarak bkz. Buhârî, "Humus", 1; Nafakât 3; Müslim, "Cihâd", 50; İbn Mâce, "Hudûd", 25.

¹⁹¹ Câsiye 45/13. وسحر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون

¹⁹² Hac 22/65. Ayrıca bkz. İbrâhim 14/32-33; Câsiye 45/13.

¹⁹³ İbrâhim 14/34. وآتاكم من كل ما سألتموه، وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها، إن الإنسان لظلم كفار

¹⁹⁴ Bakara 2/29.

¹⁹⁵ İbrahim 14/32; Rum 30/48; Fâtır 35/9.

¹⁹⁶ Câsiye 45/12.

¹⁹⁷ İbrahim 14/32.

¹⁹⁸ İbrahim 14/33; Nahl 16/12; Lokman 31/29; Fâtır 35/13.

¹⁹⁹ İbrahim 14/33; Nahl 16/12.

²⁰⁰ Yûnus 10/22; Enbiyâ 21/81; Sebe' 34/12; Sâd 38/36.

²⁰¹ Hicr 15/22; Rûm 30/48; Fâtır 35/9.

²⁰² Hicr 15/22.

²⁰³ Nûr 24/33. من مال الله الذي آتاكم وآتوهم من مال الله الذي آتاكم. Âyetin tefsiri için bkz. Zemahşerî, *el-Keşşâf*, III,243; İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-veciz*, X,501; Beydâvî, *Envârü't-Tenzil*, IV,106.

bir çok âyette her ne kadar "*mülkün sahibi: مالك الملك*" terkibi kullanılmaktaysa da, bu âyetlerde "*mülk*" kelimesi "*her şeye sahip olma kudreti, hakimiyet, otorite, dilediği şekli verme ve nübüvvet*" anlamlarında kullanılmıştır.²⁰⁴ Elbette ki bu kullanımlar Allah'ın, yaratması ve dilediği gibi tasarrufta bulunması yönüyle eşyaya malik olmayı da içerir. Ancak burada bizim vurgulamak istediğimiz *Kur'ân*'ın bu yaygın kullanımındaki anlamın, teknik anlamda eşya ile şahıs arasındaki ilişki nitelikli olmadığıdır.

Bunun yanında *Kur'ân*, yerde ve gökte ne varsa hepsinin yaratıcısının Allah ve mülkiyetinin de O'na ait olduğunu²⁰⁵, yeryüzüne dilediğini varis kılacağını belirtmektedir.²⁰⁶

O halde yaratma ve istediği gibi tasarrufta bulunma anlamında mülkiyet ve tüm evren Allah'ındır. Hatta "*yoktan var etme*" yetkisine sahip tek malik Allah'tır. Şu halde insanın eşya karşısındaki konumu, bu bilgi çerçevesinde belirlenecektir.

Kur'ân-ı Kerîm'de baktığımızda "*mal*" ve "*milk*" kavramlarının oldukça açık ve net bir biçimde kişilere nisbetle kullanıldığına şahit oluruz.²⁰⁷ Bu âyetlerden en fazla dikkat çeken ve bir çok görüşe mesned teşkil eden *Nisâ Sûres*'nin 5. âyetidir. Bu âyette Yüce Allah kullarına şöyle hitab eder: "*Allah'ın geçiminize dayanak kıldığı mallarınızı harcamalarında tedbirsizlik gösterenlere (sefîhlere) vermeyin; o mallarla onları besleyin, giydirin ve onlara güzel söz söyleyin.*"²⁰⁸

Âyette geçen أموالكم (mallarınız) terkibi farklı yorumlara sebep olmuştur. Âyette mal kelimesi her ne kadar kanunî temsilcilere nisbet edilerek kullanılmış ise de, gerçekte düzenlemeye konu edilen malın, akli melekeleri gelişmediği ve yeterli tecrübeye sahip olmadıkları için malları kendilerine teslim edilmeyen sefîhlere ait olduğunu söyleyenler yanında; âyete muhatap olan velilere ait olduğunu söyleyenler de vardır. Tâbiûn dönemi alimlerinin önde gelenlerinden **Saîd b. Cübeyr** (95/713) ilk görüşü (mal sefîhlere aittir) savunurken²⁰⁹; **Ebu Mûsâ el-Eş'arî** (42/662), **İbn Abbâs** (68/687), **Hasan-ı Basrî** (110/728) ve **Katâde** (117/735) ikinci görüşün daha isabetli olduğunu söylemişlerdir²¹⁰. Şâfiî hukukçu **Mâverdî** (450/1058), ilk görüşü şu şekilde temellendirmektedir: "*Sefîhin tasarruf ehliyetine sahip olmaması sebebiyle onun adına tasarrufta buldukları için âyette mal kelimesi velilere nisbet edilmiştir. Gerçekte ise âyette söz konusu edilen mal sefîhe aittir. Bundan dolayı veliler, sefîhin yeme-içme, giyim gibi ihtiyaçlarını karşılamakla emrolunmuşlardır. Mal sefîhlere ait olmasa, onlara harcamada bulunma da emredilmezdi.*"²¹¹ Hanefî hukukçu ve müfessir **Cassâs** (370/980) ise, malın sefîhlere ait olduğu yorumunu eleştirdikten sonra, "*doğru olan malın muhataplara (veliler) ait olmasıdır. Zira, Şeriatın hükümleri akıllılara yöneliktir, malında hüsn-i tasarrufta bulunamayan sefîhlere herhangi bir şekilde hitabın yöneltilmesi mümkün değildir*" şeklinde görüşünü ortaya koymaktadır.²¹²

Bilindiği gibi müfessirler ve usulcüler *Kur'ân* âyetlerinin tefsirinde parçacı yaklaşımdan kaçınılması, konu bütünlüğü ve diğer âyetlerle olan ilişkinin dikkate alınması gerektiği hususu

²⁰⁴ Râğıb, *el-Müfredât*, 717-719; Zemaşerî, *el-Keşşâf*, I,320; İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, I,442; Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,48; IV,36; XII,59; XVII,153; Rızâ, *el-Menâr*, III,270; Kutub, *fi Zilâli'l-Kur'ân*, I,384.

²⁰⁵ Â-i İmrân 3/189; Mâide 5/17,120; En'am 6/12,102; Tâhâ 20/5,6; Mü'minûn 23/88; Zuhuf 43/85.

²⁰⁶ A'râf 7/128.

²⁰⁷ Örnek olarak bkz. Bakara 2/188; Â-i İmrân 3/186; Nisâ 4/32; Tevbe 9/103,111,113; Zâriyât 51/19.

²⁰⁸ و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما، وارزقوهم فيها، واكسوهم؛ وقولوا لهم قولا معروفا

²⁰⁹ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,213-214; İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, III,497; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, II,204.

²¹⁰ İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, III,497.

²¹¹ Mâverdî, *el-Hâvil-kebîr*, VI,355.

²¹² Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,214.

üzerinde hassasiyetle dururlar. *"İbâre ve hükümler küll halinde mütâlaa ve tefsir olunur"*²¹³ kâidesi, yalnızca fikhî hükümlerle sınırlı olmayıp, *Kur'ân* ve hadis metinlerinin doğru anlaşılmasında da dikkate alınması zarurî bir prensiptir. Dolayısıyla *"bir kelime, bir cümle ve hatta bir fikra yalnız başına alınırsa maksadı anlamak mümkün olmaz... Binaenaleyh küll halinde sevk olunan ibareler geçmiş ve gelecek kelime ve ibarelere göre hükümlendirilir."*²¹⁴ Ayrıca *bir nassın zâhirinin ifade ettiği anlama muhalif başka nasslar varsa, o nass, zâhirine göre yorumlanmaz. Kur'ân âyetlerinin birbiriyle irtibatı koparılarak parça parça yorumlanamayacağı, bütün halinde ele alınması gerektiği de bilinen yerleşik kaidelerdendir.*²¹⁵ İşte bu ilkeler, anlamaya çalıştığımız âyete (Nisâ 4/33) tatbik edildiğinde âyetin anlamını doğru tespit etmek mümkün olabilecektir.

Hemen belirtelim ki, bu tür bir kullanım yalnızca bu âyetle sınırlı değildir. Yüce Allah *"Ey İmân edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesnâ, mallarınızı, bâtil (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp vererek) yemeyin. Ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah sizi esirgeyecektir"*²¹⁶ buyurmaktadır. Âyette geçen *"kendinizi öldürmeyin"*, birbirinizin canına kıymayın demektir.²¹⁷ Demek ki *Kur'ân* bazen başkasına ait bir şeyi (konumuz açısından mal, bu âyette ise can) muhataba nisbet etmektedir. *Kur'ân*'ın bu tür bir anlatımla vermek istediği mesaj şudur: Sizin başkasının canına kıymanız, kendi can emniyetinizi de tehlikeye atmanız demektir.²¹⁸ Kendi can emniyetinizin, başkalarının da kendilerini güvende hissetmelerine bağlı olduğunu bilmelisiniz. Bu durum, mal için de aynen geçerlidir. Şöyle ki, velâyetiniz altında bulunan şahısların yeterli aklî olgunluğa sahip olup olmadıklarına bakmaksızın mallarını kendilerine teslim ederseniz, onlar bu malı bilinçsizce harcayıp tüketir, yoksul ve yardıma muhtaç duruma düşerler ve bunun yükü sonunda sizin omuzlarınıza da biner. Zira kendi malınızdan onların nafakalarını karşılamak durumunda kalırsınız. Dolayısıyla bilinçsizce harcanan mal, başkasının değil sanki sizin malınız olmuş olur. O halde idarenize verilen başkasına ait malları tasarrufta dikkatli olun ve heba olmasına fırsat vermeyin.²¹⁹

Az önce ifade edilen ilke çerçevesinde **Fahreddîn er-Râzî** (606/1209) bu âyetin önceki âyetlerle ve genel konu bütünlüğü ile ilgisini şöyle açıklamaktadır: *"Her ne kadar size yetimlere mallarını vermenizi, kadınların mehirlerini eksiksiz ödemenizi emrettiysem de, bunu, âkil, bâliğ ve mallarını muhafazaya muktedir olmaları şartına bağlamıştım. Şayet bulûğ çağına ulaşmamış ya da aklî olgunluğa ermemiş olurlar veya âkil-bâliğ olmakla birlikte mallarında hüsnü tasarrufta bulunamazlarsa (sefih iseler); mallarını onlara vermeyin ve kendi maslahatları icabı bu hal ortadan kalkıncaya kadar mallarını kendi yanınızda alıkoyun."*²²⁰ Daha sonra **Râzî**, bütün bu düzenlemelerle güdülen gayenin, zayıf ve acizlerin mallarını muhafaza konusunda ihtiyatla hareket etme olduğunu belirtir.²²¹

Râzî'nin bu değerlendirmesi, *"...mallarınızı sefihlere vermeyin"* âyetini takip eden âyetle birlikte düşünüldüğünde ne kadar isabetli olduğu açıkça görülmektedir. Zira bu âyette, malında akıl ve örfün gereklerine uygun tasarrufta bulunabilecek olgunluk (rüşd) belirtileri

²¹³ Berki, *İslâm Hukuku*, 74.

²¹⁴ Berki, a.g.e., 74.

²¹⁵ Bkz. Üdeh, *el-Mâl ve'l-hukm fi'l-islâm*, 30-31; Husarî, *es-Siyâsetü'l-iktisâdiyye*, 153-154.

²¹⁶ Nisâ 4/29. *ولا تقتلوا أنفسكم*

²¹⁷ Râzî, *Mefâtihu'l-ğayb*, X,72.

²¹⁸ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,97,319.

²¹⁹ Benzer yorum için bkz. İlkîyâ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,142; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, I,502; Beydâvî, *Envâru't-Tenzil*, II,60; Rıza, *el-Menâr*, IV,380.

²²⁰ Râzî, *Mefâtihu'l-ğayb*, IX,183.

²²¹ Râzî, a.g.e., IX,183.

görülenlere mallarının teslim edilmesi istenmektedir. "*Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri (gözetip) deneyin, eğer onlarda akılcı bir olgunlaşma görürseniz hemen mallarını kendilerine verin...*"²²² Dikkat edilirse burada mal, velilere değil doğrudan yetimlere nisbet edilmiştir. Rüsd özelliğine sahip olmayan yetimlerin, bir önceki âyette sözü edilen "*sefihler*" grubundan olduğunda ise âlimlerin ittifakı vardır.

Bu noktada dikkat çekici üçüncü bir yorum ise **Taberî** (310/923)'ye aittir. O, âyetteki lafızların genel olduğunu, dolayısıyla malın hem kanunî temsilcilere hem de sefihlere ait olmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Malın velilere nisbet edilmesi durumunda âyetin anlamı, "*nafakasını karşılamakla yükümlü olduğunuz, ancak sefih konumunda bulunanlara mallarınızı vermeyin*" şeklinde olur. Malın sefihlere ait olması durumunda ise âyet, "*sefihlere mallarını teslim etmeyin, kendi mallarından onlara yedirin, giydirin*" şeklinde anlaşılacaktır.²²³ Âyet tek başına ele alındığında **Taberî**'nin bu yorumuna katılmak mümkün ise de, âyetin siyaki bu açılıma müsait değildir.

O halde sonuç itibarıyla *Nisâ Sûresi* 5. âyette söz konusu edilen mal, öncesi ve sonrasındaki âyetlerin de delâletiyle henüz aklî yeterliliğe ve tecrübe birikimine sahip olmayan sefihlere aittir. İleride ayrıca ele alınacağı gibi öncelikle şahsî maslahatlarının temini ve topluma yük olmalarının önüne geçmek amacıyla bu şahısların, mallarında tasarruf yetkileri kanunen sınırlandırılmıştır.

Durum böyle olunca bu âyetten hareketle Allah'ın, mülkiyeti öncelikle topluma tevdi ettiğini, fertlerin toplum adına ve malı işletip geliştirmek şartıyla mülkiyet haklarının olduğunu²²⁴ söylemek mümkün değildir. Bu anlayış beraberinde özel mülkiyeti "*sosyal ödev*" olarak görme düşüncesini getirmiştir²²⁵ ki, -yerinde görüleceği üzere- bu yaklaşımın İslâm Hukuku açısından kabulü mümkün değildir. İslâm Hukuku her insanı müstakil bir şahsiyet olarak görmüş ve ona hak ve ödevler yüklemiş, söz ve eylemlerinden de şahsen sorumlu tutmuştur.²²⁶ Elbette ki bu, İslâm'da özel mülkiyetin hiçbir sosyal yönü ve topluma karşı yükümlülükleri olmadığı anlamına gelmez. Özellikle çağdaş İslâm hukukçularının isabetle belirttikleri gibi *İslâm'da özel mülkiyet, sosyal ödevleri de olan bir haktır.*

Kur'ân'da "mal" ve "milk" kavramlarının bir çok yerde özel şahıslara nisbetle kullanıldığını söylemiştik. Nitekim ilgili âyetler ve hadisler yanında, saadet asrı uygulamalarının da delâletiyle İslâm'da özel mülkiyetin meşrûyeti fukaha tarafından ittifakla benimsenmiştir. Hatta İslâm hukukçuları bunun, dinde bilinmesi zarurî beş temel husustan *الضرورات الخمسة* biri olduğunu ifade etmişlerdir.²²⁷

Şu halde *Kur'ân'da* mal ve milk kelimelerinin zaman zaman Allah'a ve topluma nisbetle kullanılması, İslâm'ın, şahıslara mülkiyet hakkı tanımadığı anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte *Kur'ân'ın* bu üçlü kullanımında (malın Allah'a, topluma/velilere ve ferde nisbeti) dikkatten kaçmaması gereken oldukça önemli bir husus söz konusudur.

Kur'ân'ın mülkiyeti ferde/fertlere nisbetinde dikkat çeken önemli bir kavram "*istihlâf*"²²⁸ kavramıdır. *Kur'ân'da* bu kavram, insanın yeryüzünde genel anlamda halife kılınışı manasında kullanıldığı gibi²²⁹, mal ve mülkiyette halife kılınma şeklinde özel bir içeriğe de

²²² فإن آتستم منهم رشداً، فادفعوا إليهم أموالهم. Nisâ 4/6.

²²³ Taberî, *Câmiu'l-beyân*, III,330,333.

²²⁴ Kutubî, *el-Câmi' li Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,585; Üdeh, *el-Mal ve'l-hukm fi'l-islâm*, 29; Talegânî, *İslâm ve Mülkiyet*, 125.

²²⁵ Bkz. Tez metni, "*Sosyal Ödev Görüşü*" alt başlığı.

²²⁶ Bkz. Bakara 2/286; Nisâ 4/111; İsrâ 17/15; Lokman 31/33; Mü'min 40/17; Ahkâf 46/19; Necm 53/39.

²²⁷ Bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I,287; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I,326.

²²⁸ Kavram için bkz. Râğıb, *el-Müfredât*, 223.

²²⁹ Bkz. En'am 6/265; A'râf 7/10,74.

sahiptir. "Allah'a ve Rasûlü'ne îmân edin. Sizi, üzerinde tasarrufa yetkili kıldığı şeylerden harcayın. Sizden îmân edip de (Allah rızâsı için) harcayan kimselere büyük mükâfât vardır."²³⁰

Şu halde İslâm'ın mülkiyet anlayışının doğru bir şekilde ortaya konabilmesi için, Allah'ın her şeyin gerçek maliki olması, insanın eşyaya halife kılınması, mülkiyetin topluma ve özel şahıslara ayrı ayrı nisbet edilmesi gibi hususların bir arada değerlendirilmesi zorunludur.

İşte bu noktada bazı Mâlikî ve Hanbelî hukukçuların, mülkiyetin sadece menfaatler üzerinde söz konusu olduğunu, yani insanların ancak intifa (yararlanma) hakkına sahip olduklarını, rakabe mülkiyetine (çıplak mülkiyet) ise, Allah'tan başkasının sahip olamayacağı tezini savunduklarına şahit olmaktayız. Bu hususta Hanbelî hukukçulardan **İbn Receb** (795/1393), **İbn Akîl**'den naklen şu bilgileri vermektedir: "İnsanın, eşyanın aynına (rakabe) malik olamayacağı konusunda fukaha arasında icmâ hasıl olmuştur. Ayn maliki, onun yaratıcısı olan Allah Teâlâ'dır. Beşer ise, hukukî sınırlar çerçevesinde eşyadan yararlanma (intifa) hakkına sahiptir... Netice itibarıyla tüm çeşitleriyle mülkiyet intifa (yararlanma) mülkiyetidir. Dolayısıyla bizim burada sunduğumuz mülkiyet tasnifi (tam ve nâkis mülkiyet halleri), yaygın olarak görülen geleneksel tasnife mebnidir."²³¹ Mâlikî hukukçu ve mekâsîd âlimi **Şâtîbî** (790/1388) de şahısların mülkiyet hakkının, sırf eşyanın menfaatiyle mi sınırlı yoksa rakabeyi de içermekte mi oluşunu tartışmaktadır.²³²

İbn Receb (795/1393)'in bu ifadeleri, her ne kadar yorum ve te'vile mahal bırakmayacak açıklıkta ise de, şöyle anlaşılması da mümkündür ve hatta böyle anlaşılmalıdır: Yaratma ve yoktan var etme anlamında ayn maliki Allah'dır. İnsanoğlu bu güç ve kudrete sahip olmadığı için ona nisbet edilen mülkiyet ile Allah'a nisbet edilen arasında bir fark olmalıdır ki, yukarıdaki ifadelerle bu fark vurgulanmak istenmiştir. Nitekim Şâfiî usulcüsü **Zerkeşi** (794/1392), Allah için malik sıfatının kullanılmasının, ezelde kendisinden başka hiçbir şey yokken tüm kâinatı ve içindekileri yoktan var etmesi sebebiyle olduğunu ifade etmektedir.²³³

Öte yandan **Karâfi** (684/1285) de **İbn Receb**'in aktardığı görüşe paralel bir yaklaşım sergilemekte ve fakat daha sonra, sözlerine açıklık getirmektedir. "Ayna (rakabe) ancak Allah Teâlâ malik olabilir. Çünkü milk, tasarruf yetkisi demektir. Halbuki aynda, var etme ve yok etme, öldürme ve diriltme şeklinde tasarruf kudreti ancak Allah için söz konusudur. İnsanoğlunun tasarrufları ise, yeme, içme gibi menfaatle sınırlıdır."²³⁴

Durum böyle olunca Allah'a nisbet edilen mülkiyet ile insana nisbet edilen mülkiyet arasında üç önemli fark göze çarpmaktadır.²³⁵

1. Allah Teâlâ, mutlak kudret sahibidir, yoktan var etme (yaratma) gücüne sahiptir ve bu anlamda eşyanın yoktan var edicisidir. Halbuki insan bu kudrete sahip değildir.
2. Allah'ın eşyada tasarrufu mutlaktır, herhangi bir şekilde sınırlandırılması düşünülemez. İnsanın tasarrufları ise sınırlandırılmıştır.

²³⁰ Hadîd 56/7. آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه

²³¹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 188. Krş. Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmî'l-Kur'ân*, I,384; Üdeh, *el-Mâl ve'l-hukm fi'l-İslâm*, 29-31; Husarî, *es-Siyâsetü'l-iktisâdiyye*, 153-154.

²³² Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, III,151 vd.

²³³ Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, III,223.

²³⁴ Karâfi, *el-Furûk*, III,372; Krş. Ali Hafif, "el-Milkiyye ve tahdîduhâ", 20-21.

²³⁵ Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,414.

3. Allah ile eşya arasındaki mülkiyet ilişkisi ebedîdir. İnsanla eşya arasındaki mülkiyet ilişkisi ise, nihayet insan ömrü ile sınırlıdır.

O halde kulun malik olduğu nesne üzerindeki tasarruf yetki ve iktidarı Yaradan'ın yetki ve iktidarına elbette benzemeyecek, hatta mukayese bile edilemeyecektir. Zira Yaradıcı'nın tasarrufu esasa ilişkindir, var etme-yok etme mertebesinde. Kulun tasarrufu ise kullanma, gelirlerinden yararlanma, tüketim ve yapma-yıkma, terki, tahlil (analiz-sentez) ve nihayet elden ele nakil gibi tasarruflardan ibarettir. Diğer bir ifadeyle Allah'a ait mülkiyet yaratma ile ilgili mülkiyet iken, insanlara tanınan mülkiyet, ihtiyaç savma ve yararlanma ile ilgilidir.²³⁶

Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393)'in naklettiği bilgi, **Karâfi** (684/1285)'nin açıklayıcı cümleleri doğrultusunda değerlendirildiği taktirde, yukarıdaki pasajda geçen "*milkü'l-intifâ*", "*malikü'l-ayn*" gibi hukukî anlam içeren terkiplerin, teknik anlamda kullanılmadığına dikkat etmek gerekir. Çünkü âyet ve hadislerde mülkiyetin "*ayn, menfaa ve intifâ*" nitelikli olarak çokça hukukî işlemlere ve düzenlemelere konu olduğunu görmekteyiz. Alim-satım, kira ve bazı görüş farklılıkları olmakla birlikte ödünç (âriyet) bu türden işlemlerdir.

Kur'ân'ın "*mal*" ve "*milk*" kavramlarını kullanışındaki çeşitlilikten teknik bir ifade ile "*delâletü'l-işâra*" yoluyla kamu mülkiyeti (devlet mülkiyeti dahil)-özel mülkiyet ayırımına kapı aralamak mümkün ise de; bizce mülkiyetin Allah'a nisbet edilmesi ve servet edinmeye teşvik noktasında "*Allah'ın lutfu*" ifadesinin kullanılmasıyla asıl vurgulanmak istenen, hukukî düzenlemelere dinî-ahlâkî bir temel oluşturmak ve hukukî hükümleri vicdânî yaptırımlarla desteklemektir. Zira son dönem İslâm hukuk felsefesi (mekâsidü's-şerîa) yazarlarının öncülerinden **Allâi el-Fâsî** (1974)'nin ifadesiyle "*hukuk fikri, dinî inançlardan doğmuştur.*"²³⁷ Dolayısıyla Kur'ân'ın "*mal*"-"*milk*" kavramlarını nisbet ve kullanışındaki çeşni ile adeta, ferdin vicdânında kulluk bilinci ve Yaradıcı ile irtibat sürekli canlı tutulmak istenmektedir. Aynı zamanda bu, malın hukuka aykırı amaçlarla kullanılmaması ve hayra sarfedilmesini sağlayan vicdânî bir yaptırımdır da. Özellikle "*mülkiyetin ilâhî bir istihlâf ve rabbânî bir bağış olması yaklaşımı, mülkiyet hükümleri ile İslâmî inanç esasları arasında kuvvetli bir bağ oluşturmaktadır.*"²³⁸ Nitekim son dönem âlimlerinden **Mustafa es-Sibâî**, bu tür kullanımlarla iki faydanın temin edildiğini belirtmektedir:²³⁹

1. Servet sahibi olanların kalplerinden gururu çıkarmak gayesi güdülür. Zira gurur toplumda oluşan kötülüklerin kaynağıdır. Müminin sürekli bir şekilde Allah'ın, mülkün sahibi olduğunu düşünmesi, nefsine sükûnet getirir, gururu kırılır.
2. İnsanlar mülkiyet meselesinde mülkün gerçek sahibi olanın arzusuna uygun şer'î kanunlarla sınırlanmış olurlar. Nitekim **İbn Teymiyye** (728/1327) de malın Allah ve Rasûlü'ne nisbetle kullanılmasının, mülkte tasarrufun Allah'a ve Rasûlü'ne itaate yönelik olması gerektiğini vurgulama amacı taşıdığını belirtmektedir.²⁴⁰

Kur'ân'ın bu tür kullanımlarından hareketle **Seyyid Kutub** (1966), İslâm'ın mal siyasetini iki temel esasa dayandırır:²⁴¹

- a) Kanunî düzenlemeler

²³⁶ Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 140,142.

²³⁷ Fâsî, *el-Mekâsid*, 21,23.

²³⁸ Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 172. Krş. Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 33. Kur'ân'ın bu vurgusunun sosyal ve iktisadî yansımaları için bkz. Karadâvî, *el-İktisâd*, 45-56; Ebussuud, *İslâmî İktisadın Esasları*, 21-26.

²³⁹ Sibâî, *İslâm Sosyalizmi*, 159.

²⁴⁰ Savvâ, "*Menhecü'l-İslâm*", 60 (İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, X,280).

²⁴¹ Kutub, *el-Adâletü'l-ictimâiyeye*, 113. Ayrıca bkz. Arabî, "*Milkiyye Hâssa*", 56; Muslehuddin, *Economics and Islâm*, 97.

b) Ahlâkî tavsiye ve yönlendirmeler.

Diğer taraftan Kur'ân'ın mülkiyet edinmek için sık sık "*Allah'ın lutfu ve keremi*"²⁴² ifadesini kullanıldığına dikkat çeken **Fazlurrahmân** (1989), bu durumdan hareketle mülkiyet ile ahlâkî ve mânevî yükselme arasında kuvvetli bir ilişkinin bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Çünkü **Fazlurrahman'a** göre, "*Allah'ın lutfu*" tabiri Kur'ân tarafından umumiyetle ahlâkî ve mânevî yükselme anlamında kullanılmaktadır.²⁴³ Öte yandan **Fazlurrahman**, "*Allah'ın mülkiyeti*" ifadesinin, mülkiyetin tabi olduğu sınırlamaların temelini oluşturduğunu söyler. Çünkü ona göre "*Allah'ın mülkiyeti*" tabiri, servetin herhangi bir kimse tarafından kötüye kullanılmayacağı, sadece insanlığa faydalı bir tarzda istimali için Cenab-ı Hak'ın kullanılmasına sınırlamalar getirdiğini, kamu menfaatinin gerektirmesi durumunda, söz konusu yarar nisbetinde özel mülkiyete sınırlama getirilebileceğini ifade etmektedir.²⁴⁴

Bütün bunlar bize, İslâm nokta-i nazarından inceleme konusu edinilen her meselede bu hassas noktanın (*inanç-ahlâk-hukuk*) mutlaka dikkate alınmasının zarûrî olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla İslâm Hukuku için "*hukukun tamamına dinî ve ahlâkî mülâhazalar nüfûz etmiştir*"²⁴⁵ ifadesi oldukça isabetlidir. Bu bakış açısından yoksun yaklaşımlar eksiklikle ma'lûl olmaktan kurtulamayacaktır ki, bizce, Fıkıh-İslâm Hukuku ayırımının en önemli eksikliği kendisini bu noktada göstermektedir.

Bu arada İslâm'ın mülkiyet konusuna yaklaşımında dikkat çeken önemli unsurlardan birisi de, âyet ve hadislerde insanın yeryüzündeki halifeliğinin sınırlı olduğu, mahdut bir hayat yaşayacağı gerçeğine vurgu yapılmasıdır.²⁴⁶ Bu özellik, insandaki cimrilik, mala aşırı düşkünlük, bencillik vb. sıfatları törpülediği gibi; mülkiyetin ferdî ve sosyal fonksiyonunu daha kolay îfâ etmesini de sağlamaktadır. Bu duygu ve inançla yoğrulmuş şahısların oluşturduğu bir toplumda -dinî/vicdânî sorumluluk hissi büyük oranda yeterli olacağından- mülkiyetin hukukî sınırlamalarına daha az ihtiyaç duyulacaktır. Nitekim İslâm hukukçularının, özellikle de Hanefîlerin, özel mülkte tasarruf konusuna itlak-takyid açısından yaklaşımlarında ve bu mezhepde görülen ictihâdî farklılıklarda bu unsurun hatırı sayılır bir tesirinin olduğu görülmektedir.

Şu halde insanın Allah'ın halifesi olması vurgusu, özel mülkte tasarruf yetkisinin mutlak olmadığına da bir göstergesi olmaktadır. Madem ki, insanı ve tüm evreni yaratan ve eşyayı insanın hizmetine sunan Allah'dır; o halde insanoğlu da, eşyada tasarruf yetkisini, kendisine bu nimetleri veren Allah Teâlâ'nın düzenleyici emir ve yasaklarla belirlediği sınırlar çerçevesinde kullanabilir.²⁴⁷ Dolayısıyla nasıl ki malın kazanılması "*meşrûiyet*" şartı ile sınırlı ise, mülkte tasarruf da aynı şekilde "*meşrûiyet*" şartı ile sınırlıdır.²⁴⁸ Böylece mülkiyetin Allah'a nisbeti, sadece îmânî bir hatırlatma ve ahlâkî bir irşad olmayıp, pratik hayata yönelik hukukî yansımaları da söz konusu olur. Durum böyle olunca bazı yazarların²⁴⁹, her şeyin mülkiyetinin Allah'a ait olması anlayışının hukukî değil dinî olduğunu ve bu tarz bir yaklaşımın

²⁴² Bakara 2/197-198; Nahl 16/14; İsrâ 17/12,66; Kasas 28/73; Rûm 30/46; Fâtur 35/12; Câsiye 45/12; Cuma 62/10; Nebe' 78/11.

²⁴³ Fazlurrahman, "*İslâmiyet ve İktisadî Adâlet Meselesi*", 13.

²⁴⁴ Fazlurrahman, a.g.mkl., 36.

²⁴⁵ Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, 205.

²⁴⁶ En'am 6/2; Meryem 19/40; Kasas 28/58; Hadîd 57/10.

²⁴⁷ Bkz. Kutub, *fî Zilâli'l-Kur'ân*, I,384; Muslih, *Kuyûdül-milkiyyeti'l-hâssa*, 171; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,411; Arabî, "*Milkiyye Hâssa*", 141-142; Dirîni, *el-Hak*, 163,166; Kallek, "*Hilâfet ve İktisat*", 111.

²⁴⁸ Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 141.

²⁴⁹ Bkz. Challaye, *Mülkiyetin Tarihi*, 55-57; Cin, *Mîrî Arazî*, 5. Bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,415-417.

yalnız İslâm'a özgü olmayıp, örneğin Hıristiyanlıkta da aynı telakkinin mevcut olduğunu iddia etmeleri ilmî dayanaktan yoksun olduğu ortaya çıkar.

Özetle söylemek gerekirse, İslâm'da her şeyin yaratıcısı ve sahibi Yüce Allah'dır ve bu anlamda Allah Teâlâ mutlak maliktir. Bu aynı zamanda mülkiyetin vicdânî ve ahlâkî boyutunu da oluşturmaktadır. İslâm'ın fitrat dini olmasının²⁵⁰, şahsî sorumluluk ilkesini benimsemesinin²⁵¹ yanı sıra, bir çok âyet ve hadisin açık beyanıyla şahısların özel mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Şahsın özel mülkte tasarruf yetkisi ise, mutlak olmayıp, dinî, ahlâkî ve hukukî yaptırımlarla hem fert hem de kamu yararına sınırlandırılmıştır.

E. ÇEŞİTLERİ

Mülkiyeti değişik açılardan tasnife tabi tutmak mümkündür. Ancak burada konumuza da temel teşkil etmesi açısından mülkiyet, sahiplerine ve konusuna (mahal) göre sınıflandırılacak ve konumuzla yakın bağlantısı olmayan kısımlar hakkında -tasnif bütünlüğünü sağlama bakımından- genel tanıtıcı bilgi verilmekle yetinilecektir.

1. Sahiplerine Göre Mülkiyet Çeşitleri

Eşya hukukunun ana konusunu mülkiyetin, mülkiyetin konusunu ise, eşyanın oluşturduğunu ve İslâm hukukçularının bunu mal kavramıyla ifade ettiklerini söylemiştik. Ancak her ne kadar mülkiyetin konusunu mal teşkil etmekteyse de, her türlü malın, üzerinde mülkiyet kurmaya elverişli olmadığı da bilinmektedir. Dolayısıyla mallar tabii özellikleri açısından ya edinmeye, yani mülkiyet konusu olmaya elverişlidir veya değildir. Edinmeye elverişli olmayan mallara hava ve deniz gibi şeyler örnek gösterilebilir. Bunlar hiçbir surette mülkiyete, dolayısıyla hukukî işlemlere konu olmaz.

Tabii özellikleri itibariyle üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilecek olan maddî mallar ise, fiilen veya hukuken belirli kişilere ait olabildiği gibi, bunlar üzerinde henüz mülkiyet hakkı tesis edilmemiş de olabilir. Belirli bir sahibi bulunan, belirli şahısların mülkiyetinde olan mallara sahipli mallar denir. Bu mallara sahip olanlar, özel kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Kural olarak eşyanın önemli bir kısmı sahipli eşya grubuna girer. Eşya hukukundaki hükümlerin çoğu da sahipli eşya ile ilgilidir.

Edinmeye yani mülkiyet kurulmasına elverişli olduğu halde özel mülkiyete geçmemiş mallara gelince, bunlar üzerinde özel mülkiyetin bulunmaması, mülkiyetin henüz kimse tarafından kurulmamış olmasından ileri gelebileceği gibi, böyle bir mülkiyetin hukuk düzeni gereği imkansız oluşundan da kaynaklanabilir.

Bu geniş çerçeve içinde üzerindeki hakkın niteliği ve aidiyeti açısından malları mübâh (serbest) mallar, özel mallar, vakıf malları, devletin özel malları ve kamu malları olmak üzere beş gruba ayırarak incelemek mümkündür.²⁵²

Tabii özellikleri gereği edinmeye, yani mülkiyet konusu olmaya elverişli olmayan hava, deniz gibi şeyler için mülkiyetten söz edilemeyeceği açıktır. Çünkü eşya ile şahıs arasında kurulu hukukî ilişkiye mülkiyet denilmektedir. Halbuki bu grubda yer alan nesnelere tabiatları gereği mülkiyet konusu olmaya elverişli değildir.

Diğer yandan mahiyetleri gereği özel mülkiyete konu olabileceği halde üzerinde henüz özel mülkiyet hakkı kurulmamış nesnelere demek olan mübâh (serbest) mallar²⁵³ ise,

²⁵⁰ Fecr 89/20.

²⁵¹ En'am 6/164; İsrâ 17/13,15; Fâtır 35/18; Zümer 39/7; Necm 53/38; Müddessir 74/38.

²⁵² Günay, *Kamu Malları*, 26-27.

kamu mülkiyetine dahildirler. Bunlardan bireylerin istifade ve yararlanma yetkisi kamu malî hükümlerine tabidir.

Öte yandan mülkiyetle ilgili çağdaş eserlerde vakıf malları, her ne kadar ayrı bir mülkiyet statüsünde görülmeyip, kamu mülkiyeti kapsamında değerlendiriliyorsa da, özellikle vakfın rakabe mülkiyeti ile ilgili doktriner tartışmalar dikkate alındığında, vakıf mallarının, mülkiyet statüsü açısından kamu mülkiyetinden farklı olduğu kesindir. **İmam Şâfiî** (204/819)'nin de ifade ettiği gibi vakıf malları, hukukî statü bakımından başka hiçbir mala benzemeyen, nev-i şahsına münhasır bir hukukî statüye sahiptir.²⁵⁴

Şu halde İslâm hukukunda sahiplerine göre mülkiyet çeşitlerini özel mülkiyet, vakıf mülkiyeti, devlet mülkiyeti ve kamu mülkiyeti olmak üzere dört gruba ayırarak incelemek mümkündür.

a. Özel Mülkiyet

*Özel mülkiyet, kişilerin tek başlarına veya ortaklaşa yetki ve sorumluluğunda olup, rakabe ve menfaatinde âmmenin ortaklığı bulunmayan mülkiyettir.*²⁵⁵

İnsanlık tarihinde bilinen ilk mülkiyet türünün özel mülkiyet mi, kamu mülkiyeti mi olduğu hususuna daha önce temas etmiş ve *Kur'ân*'ın verileri esas alındığında özel mülkiyetin daha önce olduğuna işaret etmiştik. İnsanın yeryüzüne ayak basması ile birlikte var olan, daralma ve genişlemelerle her toplum, din ve medeniyette varlığını koruyan özel mülkiyet²⁵⁶, zaman zaman tamamen inkar ve yok edilme teşebbüsleriyle de karşılaşmıştır. İlkçağ Yunan filozoflarından **Platon** bunlardan biridir. **Platon**'un devlet idesi, özel mülkiyeti tamamen reddedip yerine kamu mülkiyetini ikame etme esası üzerine kuruludur.²⁵⁷ Ancak onun bu düşüncesini şahsa karşı işlenmiş bir haksızlık olarak ifade eden **Hegel** (1831), bu anlayışla ilgili oldukça isabetli şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "*İnsanlar arasında mal ortaklığını ve özel mülkiyetin ilgasını benimseyen, dine, dostluğa ve hatta zora dayalı bir biraderlik topluluğu fikri, özgürlüğün, esprinin ve hukukun mahiyetinden habersiz olan ve bunu belirli momentleri içinde kavrayamayan bir zihinde kolayca doğabilir. Bu fikrin gerisindeki dinî ve ahlakî görüşe gelince, bu konuda Epikuros, böyle mal ortaklığına dayanan bir topluluk kurmak isteyen dostlarını; bu niyetlerinin bir güvensizlik ifadesi olduğunu, birbirlerine güvenmeyen kişilerin ise dost olamayacaklarını söyleyerek, girişimlerinden vazgeçirmiştir.*"²⁵⁸

Günümüz fikir ve düşünce adamlarının önde gelenlerinden **Sezai Karakoç** "*Komünizm, diliyle mülkiyeti reddederken, kalbiyle, mülkiyeti o kadar yüceltiyor ki, tek insanı ona lâîyk ve ona sahip olmaya ehil görmüyor*"²⁵⁹ derken aynı noktaya işaret etmektedir.

Bu tür yok etme teşebbüslerine de maruz kalmakla birlikte özel mülkiyet tarihin her döneminde varlığını korumuştur. Nitekim İslâm vahyinin nüzûlü öncesi Arap toplumunda da özel mülkiyet biliniyordu.²⁶⁰ *Kur'ân*, müşrik Arapların uluslararası ticarî seferlerinden söz

²⁵³ *Mecelle*, md. 1234-1238; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 147-150; Günay, *Kamu Malları*, 28.

²⁵⁴ Şâfiî, *el-Üm*, IV,63.

²⁵⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, III,221; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 105; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,243; Yûnus, *el-Milkiyye*, 156; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,20.

²⁵⁶ Çeşitli toplum, din ve medeniyetlerde özel mülkiyet ve gelişimi için bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,43-91; Challaye, Felicien, *Mülkiyetin Tarihi*, trc: Turgut Aytağ, ikinci baskı, İstanbul 1993.

²⁵⁷ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, 66.

²⁵⁸ Hegel, a.g.e., 66.

²⁵⁹ Karakoç, *İslâm Toplumunun Ekonomik Strüktürü*, 30.

²⁶⁰ Ahzâb 33/27; Haşr 59/2,8.

etmektedir.²⁶¹ Ayrıca Hz. Peygamber (sav) ile evlenmeden önce **Hz. Hatice** (r.ah)'nın büyük bir servete sahip olduğu ve Hz. Peygamber'le ortaklık yaptığı bilinmektedir.

Bireylerin mülk edinme hakkı tanınmakla birlikte, özellikle mülk edinme sebepleri bakımından tam bir hukuk dışılık söz konusuydu. Baskın düzenleme, esir alma, yağmacılık gibi yöntemlere sıklıkla başvurulurdu. İşte bu ortamda İslâm geldiğinde başkasının malına saldırının tüm çeşitlerini yasaklamış ve başkasının malını almayı veya onda tasarrufta bulunmayı keşmekeşlikten çıkarıp meşrû/hukukî sebeplere bağlamış, bunun dışındaki işlemleri bâtil ve haram saymıştır.²⁶² İslâm'ın bu amaca yönelik düzenlemelerinden hareketle İslâm hukukçuları iki kâide geliştirmişlerdir:

1. "Başkasının mülkünde izinsiz tasarrufta bulunulamaz."²⁶³
2. "Hukukî bir sebep olmaksızın kimsenin malı alınmaz."²⁶⁴

İslâm, kişilerin özel mülkiyet edinme hak ve özgürlüğünü tanımakta, saygı göstermekte ve onu her türlü ihlale karşı titizlikle korumaktadır. Nitekim *Kur'ân*'da bir kurum olarak özel mülkiyete yer verilmekte, âyet-i kerimelerde, insana nisbetle milk²⁶⁵ ve kesb²⁶⁶ deyimlerinden söz edilmekte ve insanın mal-mülk sahibi oluşu dile getirilmektedir.²⁶⁷ Hatta bu noktada *Kur'ân*, özel mülkiyeti tanımakla kalmamış onu, haksız tecavüz ve ihlallerden koruyucu hüküm ve düzenlemeler de getirmiştir.²⁶⁸ Diğer taraftan *Kur'ân*, miras²⁶⁹, ticaret²⁷⁰, borçlanma²⁷¹, faiz²⁷², zekat²⁷³, infak²⁷⁴ gibi kavramlar ve kurumlar üzerinde uzun uzadıya durmaktadır ki, bu gibi kavram ve kurumların özel mülkiyeti gerektireceğinde şüphe yoktur.²⁷⁵

Ferdin yalnız başına bir şahsiyet olduğunu, Allah'ın hükümlerine muhatap, mükellef ve sorumlu olduğunu ifade eden âyetler²⁷⁶, aynı zamanda ferdin, küçük-büyük, kadın-erkek ayırımı gözetmeksizin şahsî mülk edinme hakkının da olduğunu göstermektedir. Bunun yanında *Kur'ân*, özel mülkiyete konu olma açısından malın özelliğini dikkate almamış; malın, üretim malı, tüketim malı, menkul ya da gayri menkul oluşu arasında bir fark gözetmemiştir.

Hz. Peygamber (sav) de hem sözleri hem de uygulamaları ile özel mülkiyetin varlığını ve meşrûiyetini kabul etmiştir. Birçok hadis bu hususu açıkça ifade etmektedir.²⁷⁷ İnsanların mallarının, kanlarının ve ırzlarının haram (dokunulmaz) olduğunu ilan eden *Vedâ hutbesi* özel

²⁶¹ Kureyş 106/1-4.

²⁶² Bedrân, *Nazariyyetü'l-milkiyye*, 259-260.

²⁶³ *Mecelle*, md.96: "Bir kimsenin mülkünde anın izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir."

²⁶⁴ *Mecelle*, md.97: "Bilâ sebep-i meşrû, birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz olmaz."

²⁶⁵ Bkz. Nûr 24/61; Yâsin 36/71.

²⁶⁶ Bkz. Bakara 2/267; Nisâ 4/32; Mesed 114/2.

²⁶⁷ Bakara 2/188,261,264-265,274,279; Âl-i İmrân 3/186,195; Nisâ 4/2,5-6,10,29,38; En'am 6/152; Enfâl 8/28,72; Tevbe 9/55,103,111; İsrâ 17/34; Nûr 24/27; Ahzâb 33/27; Sebe 34/35; Yâsin 36/71; Haşr 59/8; Sâf 61/11; Teğâbün 64/15; Meâric 70/24-25;

²⁶⁸ Bakara 2/188; Nisâ 4/10,29; Mâide 5/38.

²⁶⁹ Bkz. Nisâ 4/7,11-12,172.

²⁷⁰ Bkz. Bakara 2/275-279; Nisâ 4/29.

²⁷¹ Bkz. Bakara 2/282-283.

²⁷² Bkz. Bakara 2/188,275,279; Rûm 30/39.

²⁷³ Bkz. Bakara 2/43,83,110,177,277; Nisâ 4/77,162; Mâide 5/12,55; A'râf 7/156; Tevbe 9/5,18,60,71,103; Meryem 19/31,55; Enbiya 21/73; Hac 22/41; Nûr 24/37,56; Mücâdele 58/13; Müzzemmil 73/20.

²⁷⁴ Bkz. Bakara 2/3,254,261,264-265,268,272; Nisâ 4/38; Enfâl 8/3; Hac 22/35; Kasas 28/54; Şûrâ 42/38.

²⁷⁵ Krş. Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 129-132; Beşer, *İslâm'da Zenginlik ve Fakirlik Kavramları*, 11-18; Günay, *Kamu Malları*, 54.

²⁷⁶ Bkz. Bakara 2/286; Nisâ 4/111; İsrâ 17/15; Lokman 31/33; Mü'min 40/17; Ahkâf 46/19; Necm 53/39.

²⁷⁷ Bkz. Wensinck, el-Mu'cem, "mal" maddesi.

mülkiyetin koruma altında olduğunun en belîğ ifadesidir.²⁷⁸ Diğer taraftan Hz. Peygamber'in fetihler sırasında zaman zaman mülk arazi tevcihlerinde bulunması, ihya müessesesini kabul ve tatbik etmesi özel mülkiyeti tanıdığını gösterir.²⁷⁹ Hadislerde kişilerin malını korumak uğruna savaşmasının mübâh kılınması, hatta malını korurken öldürülenlerin şehid sayılması²⁸⁰ da İslâm dininin özel mülkiyete verdiği önemin açık ifadesidir.

İslâm'ın genel ilkelerine göre de özel mülkiyet önemle korunması gereken hususlardan biri kabul edilmektedir. Nitekim din, can, akıl ve nesil gibi malın korunması da İslâm'ın mutlaka korunup kollanmasını istediği vaz geçilmez genel amaçlarından (*zarûrât-ı dîniyye*) birini meydana getirmektedir.²⁸¹ Öte yandan dokunulmazlık ve haram olma açısından İslâm, mal, can ve namusu eşit seviyede tutmuştur.²⁸²

Malın haksız tecavüzlerden korunması amacıyla İslâm, hırsızlık, aldatma, yol kesme, gasb gibi fiilleri haram kılıp, bu fiilleri işleyenlere belli cezalar öngörmüştür. Ayrıca emanetlerin eda edilmesi ve haksız olarak elde edilmiş malların sahiplerine iade edilmesi emredilmiştir. "*Hiçbir kimsenin haksız yere kardeşinin malını alması helal değildir*"²⁸³; "*Hiç kimse kardeşinin herhangi bir eşyasını ciddi ya da şaka yoluyla almasın; bir deyneğini bile olsa onu hemen iade etsin*"²⁸⁴; "*Bir şeyi alan, onu hak sahibine vermediği sürece tazminle mükelleftir*"²⁸⁵ Bütün bunlar da İslâm dininin, özel mülkiyeti himaye ettiğini, haksız kazancı ise korumadığını gösterir.

İslâm hukuk sisteminde ve onun temel kaynakları olan *Kur'ân-ı Kerim* ve hadis-i şeriflerde özel mülkiyeti elde etmenin yolları gösterildiği gibi gayri meşrû kazanç yolları da bildirilmiştir. İslâm hukuku eserlerinin çeşitli bahislerinde ele alınan bu usullerin neler olduğu hususunda İslâm hukukçuları arasında bazı görüş ayrılıkları söz konusu ise de, bu ayrılıkların haddizatında şeklî olduğu anlaşılmaktadır. İslâm Eşya Hukukunda mülkiyeti edinme yolları genel olarak mülkiyetin aslen kazanılması ve devren kazanılması şeklinde iki temel başlık altında incelenmektedir.²⁸⁶

İslâm hukukuna göre herkes özel mülkünde istediği gibi tasarruf edebilir.²⁸⁷ Hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz. Mülkiyet hakkının malike bahşettiği kullanma (usus), semerelerinden yararlanma (fractus) ve tüketme (abusus) yetkilerini tam olarak kullanır. Ancak, İslâm hukuk sisteminde özel mülkün dokunulmazlığı temel bir ilke sayılmakla birlikte, mülkiyete mutlak bir hak olarak bakılmaz. İslâm hukukuna göre mülkiyet, sosyal

²⁷⁸ Buhârî, "İlim", 9,37; Müslim, "Kasâme", 29; Tirmizî, "Fiten", 2; İbn Mâce, "Menâsik", 76; Dârimî, "Menâsik", 72. إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام

²⁷⁹ Krş. Abdülkadir, "Land Property", 5-6; Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, 10; Günay, *Kamu Malları*, 54.

²⁸⁰ Buhârî, "Mezâlim", 33; Müslim, "İman", 226; Tirmizî, "Diyât", 21; Nesâî, "Tahrîm", 22; İbn Mâce, "Hudûd", 21; Ahmed, *Müsned*, II,163,206. من قتل دون ماله فهو شهيد

²⁸¹ Bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I,287; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, I,326.

²⁸² Davudoğlu, *Müslim Şerhi*, VIII,320.

²⁸³ Ahmed, *Müsned*, V,425. Krş. Buhârî, "Vesâyâ", 8. لا يجل للرجل أن عصا أخيه بغير طيب نفسه

²⁸⁴ Ebu Dâvud, "Edeb", 93; Tirmizî, "Fiten", 3; Ahmed, *Müsned*, IV,221. فليردها إليه. فمن أخذ عصا أخيه لأعيا أو جادا، فمن أخذ عصا أخيه

²⁸⁵ Ebu Dâvud, "Buyû", 90; Tirmizî, "Buyû", 39; İbn Mâce, "Sadakât", 5; Dârimî, "Buyû", 56; Ahmed, *Müsned*, V,8,13. على اليد ما أخذت حتى تؤدى

²⁸⁶ İslâm hukukunda mülkiyeti edinme yolları hususunda geniş bilgi için bkz. *Mecelle*, md.1248; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,523-525; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.72-167; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 265 vd.; Zeydân, *el-Medhal*, 247 vd.; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 235 vd.; Türkmânî, *Davâbitü'l-milkiyye*, 20 vd.; Yûnus, *el-Milkiyye*, 176-182; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,48 vd.; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II,249-253; Günay, *Kamu Malları*, 55.

²⁸⁷ *Mecelle*, md.1197; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,462 vd.; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.57.

fonksiyonu da olan bir hak olarak kabul edilmektedir.²⁸⁸ Bu hakkın hem sahibine ve hem de en genel anlamda başkasına zarar vermeyecek şekilde kullanılması gerekir. Mülkiyet hakkının kullanılmasında malikin şahsına veya başkasına yönelik fâhiş zarar meydana geliyorsa, bu tür kullanımlar hukuken sınırlandırılır. Bundan hareketle İslâm hukuk sisteminde şartları mevcut olduğu taktirde mülkiyet hakkının kayıt altına alınabileceği genel bir ilke olarak benimsenmiştir. Nitekim İslâm hukuku, kimi zaman kamu menfaatlerini, kimi zaman da özel menfaatleri korumak amacıyla, bazen de dinî kurallar ve adâletin gerektirmesi dolayısıyla mülkiyetin kazanılmasında, mülkiyeti korumada, mülkiyet hakkından faydalanmada, mülkiyet üzerindeki tasarrufta ve mülkiyet sebebiyle yüklenilen mükellefiyetlerde bir takım sınırlamalar getirmiştir. Bu nokta işte bizim ana çalışma konumuzu teşkil etmektedir ve tasarruf sınırlamaları açısından tüm boyutlarıyla ilerleyen bölümlerde işlenecektir.

İslâm hukukçuları özel mülkiyetin özelliklerini genel olarak şu şekilde ifade etmektedirler:²⁸⁹

1. Sahibine tüm hak ve yetkileri bahşeder. Kullanma, yararlanma, tasarruf gibi.
2. Diğer tüm haklarda olduğu gibi özel mülkiyet de prensip itibariyle mutlak olmayıp şeriatın çizdiği hudutlarla mukayyedir.
3. Sahibine has bir hakdır.
4. İskat ya da terkle sakıt ve zamanla sınırlı olmayan sürekli bir hakdır.²⁹⁰ Ancak menfaat mülkiyeti zamanla sınırlı olabilir.
5. Başlangıç itibariyle mülkiyet, tam mülkiyettir.

İslâm hukukunun ana kaynaklarını teşkil eden âyet ve hadislerden hareketle İslâm'da özel mülkiyet anlayışı ve ilgili genel hüküm ve düzenlemelerden sonra "*Kur'ân mülkiyet hakkının iktisabına ve korunmasına dair genel hükümler koymamıştır*"²⁹¹ iddiasının ciddiye alınacak bir tarafının olmadığı açıktır. Aslında *Kur'ân*, aile, miras, bazı cezalar gibi konular dışındaki meselelerde teferruat hükümler sevketmemiş, genel prensipler koymakla yetinmiştir ki, Eşya Hukuku ile ilgili konular da bunlardandır.

İslâm'a göre özel mülkiyeti²⁹² ortadan kaldırma düşüncesi büyük bir zulümdür. Zira İslâm "*fitrat*" dinidir ve bireylerde mülk edinme duygusu, fitrî bir ihtiyaç ve arzunun ürünüdür. Her insanda yaratılıştan eşyayı sahiplenme, onda inhisârî bir surette tasarrufta bulunma ve çalışmasının karşılığını malik olma şeklinde görme duygusu vardır. Durum böyle olunca özel mülkiyeti ortadan kaldırmaya yönelik teşebbüsler, fitratı bozmaya yönelik hareketler olmaktadır. Onun için özellikle muasır İslâm hukukçuları özel mülkiyetin tanınip korunmasının, dinde bilinmesi zarurî hususlardan olduğunu (*zarûrât-ı dîniyye*) söylerken son derece haklıdır.²⁹³

²⁸⁸ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 44; Muslıh, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 192 vd.; Dirîni, *el-Hak*, 216-218; Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâi*, 187; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,82; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 120; Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 173.

²⁸⁹ Bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 83-96; Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 480-492,503-506.

²⁹⁰ Genel ilke böyle olmakla birlikte sahibinin üzerine düşmediği, iktisadî değer açısından basit eşyalarda mülkiyet, iskat ya da terkle sakıt olur. Meselâ okunduktan sonra seyahat edilen araçta (uçak, vapur, tren, otobüs...) veya parkta bırakılan gazete üzerinde malikin mülkiyet hakkı sona ermektedir. Tabiatıyla bu hükmün tatbik sahasını örf belirleyecektir.

²⁹¹ Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, 10.

²⁹² Worms, Nauphal ve Divitcioğlu İslâm'da özel mülkiyetin olmadığını, şahısların sadece bir zilyed olduklarını iddia etmişlerse de, bu görüşü ciddiye alıp üzerinde durmaya değer bulmadığımız için yalnızca işaret etmekle yetiniyoruz. Bkz. Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, 11.

²⁹³ Ali Hafif, "*el-Milkiyye ve tahdîduhâ*", 22; Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 213; Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,603; Savvâ, "*Menhecû'l-İslâm*", 61.

Özel mülkiyetin benimsenmesi ve malın insanlara nisbet edilmesi, İslâm'ın malla ilgili düzenlemelerde gerçekleştirmeyi amaçladığı gayeye de uyumludur. Zira Şâri', insanın dünya ve ahirete yönelik maslahatlarının gerçekleşmesini mala bağlamıştır. Bundan dolayı da sefihlere mallarını teslim etmek âyetle yasaklanmış, Hz. Peygamber (sav) de, malın heder edilmesini, garar ve cehalet içeren akidleri yasaklamıştır.²⁹⁴ Bunun yanında İslâm, özel mülkiyeti kabul etmekle, çalışma ve yeryüzünü imar konusunda insanların birbirleriyle yarış içinde olmalarını ve özel mülkiyetin, insan toplulukları arasında denge unsuru olmasını amaçlamıştır.²⁹⁵ Ayrıca İslâm, Allah'ın, insanoğlunun hizmetine sunduğu ve onlara emanet ettiği malda muhatabı belli olmayan yaygın bir sorumluluğu kabul etmemektedir. Dolayısıyla özel mülkiyetin benimsenmesi aynı zamanda her şahsın kendi yetki ve tasarrufundaki maldan şahsen sorumlu tutulması anlamına gelmektedir.²⁹⁶

Elbette toplum hayatında özel mülkiyetin benimsenmesinden kaynaklanan bir takım sorunlar olabilir. Ancak bu, özel mülkiyet fikrinin kabul edilmesinden değil, mülkiyetin kullanımı ile ilgili prensiplere riayet edilmemesindedir; bu da özel mülkiyet düşüncesinin nefyini gerektirmez. Zira mülkiyet hakkı, özellikle tasarruf yetkisi bakımından ister fert, ister toplum olsun başkalarına zarar vermemekle mukayyettir. Aslında bu durum yalnızca mülkiyet hakkı için değil, siyasî, iktisadî tüm hak ve hürriyetler için geçerlidir.²⁹⁷ Şu halde, *bireysel hak ve hürriyetlerin serbestçe kullanımından kaynaklanan problemlerin çözümü, ilgili müesseseyi, hak ve hürriyetleri ilga etmede değil; hakların, hukuk düzenince tanınma gayesine uygun kullanımını sağlayacak ve kötüye kullanımlara fırsat vermeyecek hukukî düzenlemelerde aranmalıdır.*

İslâm hukukunda özel mülkiyetin meşrûiyeti, genel hükümleri ve özellikleri açısından bu temel bilgileri verdikten sonra, mülkiyet tasnifi açısından bütünlüğü bozmamak için şimdilik bu kadarla yetiniyor, konumuz açısından da önem arz eden bazı özel mülkiyet problemlerini daha sonraya bırakıyoruz.

b. Vakıf Mülkiyeti

Sözlükte hapsetmek ve alıkoymak anlamlarına gelen vakıf²⁹⁸, hukukî açıdan çeşitli şekillerde tarif edilmiştir. İslâm hukukçuları, vakfın tarifini yaparken temelde anlaşmakla birlikte bazı ayrıntılarda ihtilaf etmişlerdir. Bunun sebebini vakıf işleminin hukukî niteliğindeki görüş ayrılıklarına bağlamak mümkündür.²⁹⁹

Ebu Hanîfe (150/767)'ye göre vakıf, *"bir mülkün aynı (rakabesi) sahibinin mülkü hükmünde kalmak üzere menfaatinin bir cihete tasadduk edilmesidir."*³⁰⁰ **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **İmam Muhammed** (189/805)'in tarifi ise, *"bir mülkün menfaatini halka tahsis edip aynını Allah Teâlâ'nın mülkü hükmünde olmak üzere temlik ve temellükten ebediyen alıkoymaktır"* şeklindedir.³⁰¹ Bu arada Hanefî hukukçulardan **Mevsilî** (683/1284), **Nesefî**'nin *"Ebu Yûsuf, Bağdat'a gelip vakıfla ilgili Hz. Ömer hadisini duyuncaya kadar Ebu Hanîfe ile aynı kanaatte idi. Hz. Ömer rivâyetini duyunca, "Ebu Hanîfe bu rivâyete vâkıf*

²⁹⁴ Karâfi, *ez-Zehira*, V,240.

²⁹⁵ Fâsi, *el-Mekâsıd*, 264.

²⁹⁶ Bkz. Huseyn, *el-Milkiyye*, 28-29.

²⁹⁷ Krş. Hanbûle, *Vazife ictimâiyye*, 451-452.

²⁹⁸ İbn Manzûr, *Lisânü'l-arab*, IX,359-361.

²⁹⁹ Krş. Akgündüz, *Vakıf*, 35; Günay, *Kamu Malları*,59.

³⁰⁰ Merginânî, *el-Hidâye*, III,15; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III,41; İbn Nüceym, *er-Resâil*, 320; Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-Inâye*, II,565.

³⁰¹ A.g.e., a.y.

olsaydı, O da görüşünden dönerdi" dediğini nakletmektedir.³⁰² Bu bilgi **Ebu Hanife** ile mezhebin kurucu müctehidlerinden **Ebu Yûsuf** ve **Muhammed** arasındaki görüş ayrılığının sebebini gösterdiği gibi; **Ebu Hanife** ve hadisle amel hususunda da oldukça önemli bir belge niteliğindedir.

İmam Şâfiî (204/819) vakfı açık bir şekilde tanımlamamakla birlikte yaptığı açıklamalardan onun da **İmâmeyn** ile aynı kanaatte olduğu anlaşılmaktadır.³⁰³ Nitekim **Şîrâzî** (475/1083), bazı Şâfiî hukukçuların vakfı, "*rakabe mülkiyeti vâkıfta kalmak üzere menfaatin hayır cihetine temlik edilmesidir*" şeklinde tarif ettiklerini, ancak doğru olanın ayn mülkiyetinin Allah'ın mülkü hükmünde olması olduğunu belirtir.³⁰⁴ Zâhirî hukukçu **İbn Hazm** (456/1064) da İmâmeyn ve Şâfiîlerle aynı görüştedir.³⁰⁵

Mâlikî ve Hanbelî hukukçular ise vakfı şu şekilde tarif etmektedirler: "*Mülkiyeti verende (vâkıf) kalmak üzere bir şeyin menfaatini, var olduğu sürece teberrû etmektir.*"³⁰⁶ Müstakil ihtihadlarıyla tanınan *Hindistan* yöresi âlimlerinden **Şah Veliyyullah ed-Dihlevî** (1176/1762) de, Mâlikîlerin vakıf tanımını aynen benimsemektedir.³⁰⁷ İmamiyye hukukçularından vakfı, Mâlikî ve Hanbelîler gibi tarif edenler yanında³⁰⁸ İmâmeyn ve Şâfiîler gibi tarif edenler de vardır. Bu arada Zeydî hukukçulardan **Ahmed b. Yahyâ** (840/1436), vakfı İmâmeyn ile aynı şekilde tarif etmekle birlikte, vakfın tahsis amacının ortadan kalkması durumunda mevkûfun rakabe mülkiyetinin, vâkıf ya da vârislerine döneceğini söylemektedir.³⁰⁹ Bu iki ifadeyi çelişkili bulan **Şevkânî** (1250/1834), vakfın, herhangi bir şekilde vâkıfa veya vârislerine dönmesinin söz konusu olmadığını, tahsis ciheti yok olsa bile, ona en yakın amaca harcanacağını; geri döneceğini söylemenin vakfın ebedî tahbîs olma özelliğine aykırı olduğunu ifade eder.³¹⁰

Bu arada **Berkî**'nin de isabetle belirttiği gibi³¹¹, bazı müctehidlerin vakfı tarif ederken, "vakfın ayn mülkiyetinin Allah'a ait olduğu" ifadesi mecâzî bir ifade olup, bununla, hiçbir gerçek şahsın mülkiyetinde bulunmadığını belirtmek istenmiştir.

İslâm hukukçularının vakıf tariflerinden hareketle vakfın rakabe mülkiyeti ile ilgili görüşleri şu şekilde şematize etmek mümkündür:

Vakfın rakabe mülkiyeti³¹²;

1. Vakfedenin mülkiyetinden çıkmaz
2. Vakfedenin mülkiyetinden çıkar
 - a) Vakfın tahsis edildiği şahısların mülkiyetine girer
 - b) Allah'ın mülkü hükmünde olur.

Vakfın unsurları, kuruluş şartları, çeşitleri ve her bir türe ait hükümler esas konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için burada yalnızca vakıf mülkiyetini diğer mülkiyet

³⁰² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III,41.

³⁰³ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, IV,63.

³⁰⁴ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,326.

³⁰⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,154.

³⁰⁶ İnb Kudâme, *el-Muğnî*, V,350,352; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,271,274; İbn Receb, *el-Kavâid*, 380; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 352; Şenkütî, *el-Mevâhibu'l-celîl*, IV,173. Vakfın ayn mülkiyetinin vâkıfta kaldığını ispat amacıyla Şenkütî'nin ilginç yaklaşımı için bkz. a.g.e., IV,173.

³⁰⁷ Bkz. Dihlevî, *Huccetullâhi'l-bâliğa*, II,361.

³⁰⁸ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,218.

³⁰⁹ Ahmed b. Yahyâ, *Hadâiku'l-ezhâr*, III,322.

³¹⁰ Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, III,322-323.

³¹¹ Berkî, *Vakıflar*, 46.

³¹² Krş. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,326; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,207-208.

türlerinden ayıran hususlara dikkat çekmek istiyoruz. Vakfın ayn mülkiyetinin Allah'a ait olduğunu söyleyenlere göre, lehine vakıfta bulunulan şahısların (mevkûfun aleyh) vakfın aynında herhangi bir hakları söz konusu değildir ve tasarrufta da bulunamazlar. Onların hakkı yalnızca ayna zarar vermemek şartıyla menfaatten istifadedir. Bu tarife göre vakfedenin (vâkıf), vakfedilen malla (mevkûf) zaten bir ilgisi kalmamıştır. Vakfın bu özelliğini dikkate almak suretiyle çağdaş İslâm hukukçuları, mülkiyetin sahiplerine göre tasnifinde genellikle vakfi kamu mülkiyeti içinde sayarlar.

Öte yandan vakfın rakabe mülkiyetinin vakfedende kaldığını ya da vakıftan yararlananlara geçtiğini söyleyenlere göre de, bu şahısların vakıf üzerindeki mülkiyeti sınırlı bir mülkiyettir; satım, hibe gibi vakıf aynda tasarruf yetkileri yoktur.³¹³ Bu görüş esas alındığında vakfın, sınırlı ve farklı özelliklere sahip bir özel mülkiyet türü olduğunu söylemek mümkündür.

Her halükârda vakıf, vakıfla elde edilen mülkiyet ve mülk konusu eşyada tasarruf yetkisi açısından diğer mülkiyet türlerinden ayrı ve farklı bir hukukî statüye sahiptir. Bu sebeple biz de vakıf mülkiyetini, diğer mülkiyet türlerinden ayrı farklı bir statüde ele almayı uygun bulduk. Nitekim **İmam Şâfiî** (204/819), vakıf malları ve vakıf mülkiyetinin hukukî statü açısından hiçbir mal türüne benzemediğini ve nevi şahsına münhasır bir özellik arz ettiğini söylemektedir.³¹⁴

c. Devlet Mülkiyeti

İslâm hukukunda devlet hazinesine "*beytümâl*" denmektedir ve bir terim olarak devlete ait malların muhafaza edildiği fizikî mekanı ifade ettiği gibi, devlete ait taşınır taşınmaz malların bütünü ve bunların idaresiyle ilgili hukukî kurumu da ifade etmektedir.³¹⁵

Klasik kaynaklarda yer alan bilgiler, beytümâlin İslâm hukukunda hükmi şahsiyete sahip müstakil bir kurum gibi kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim, beytümâl adına borçlanıldığı durumlarda bu borca muhatap olan, borçlanmayı yapan kamu görevlisi değil, doğrudan doğruya beytümâldir. Beytümâl gelirlerinin mülkiyeti de doğrudan beytümâl için sabit olmaktadır. Aynı şekilde beytümâl hukukî bir şahsiyet olarak mirasçısı bulunmayan terikelere sahip çıkmakta³¹⁶ ve husumet ve davalarda taraf olabilmektedir. Devlet başkanının beytümâl üzerindeki hakkı bir kamu yetkisine dayanır ve harcamaları kendi isteğine bağlı olmayıp kamu yararıyla sınırlıdır.³¹⁷

İslâm hukukunda devlet hazinesi taşınır ve taşınmaz çeşitli mallara ve gelir kaynaklarına sahiptir. Beytümâlin sahip olduğu malları genel olarak dört gruba ayırmak mümkündür:³¹⁸

1. Malî mamelek: Para, kıymetli evrak ve diğer menkul mallardan oluşan bu mallar devletin mali varlığını ifade etmekte ve *İslâm Maliye Hukukunun* temel konusunu oluşturmaktadır. Beytümâl malları denildiğinde dar anlamda bu mallar kastedilmektedir.³¹⁹

³¹³ Bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,208.

³¹⁴ Şâfiî, *el-Üm*, IV,63.

³¹⁵ Erkal, "*Beytümâl*", VI,90; Yeniçeri, *İslâm'da Devlet Bütçesi*, 43.

³¹⁶ Mirasçısı olmayan kimsenin malları, Şâfiîlere göre miras payı, Hanefîlere göre ise sahipsiz mal olarak beytümâle kalmaktadır. Bkz. Erkal, "*Beytümâl*", VI, 93. Bu iki görüş arasındaki fark, hiç varisi olmayan şahsın, malının tamamını vasiyet edip edemeyeceğinde kendini göstermektedir ki, bu husus vasiyete bağlı tasarruf sınırlamaları kapsamında ele alınacaktır.

³¹⁷ Zerkâ, *el-Medhal*, III,258; Erkal, "*Beytümâl*", 92; Günay, *Kamu Malları*, 67.

³¹⁸ Bkz. Günay, a.g.e. 68 (244. dipnotta gösterilen yerler).

³¹⁹ Günay, *Kamu Malları*, 68.

Zikredilen anlamda beytümâl çeşitli vergiler ve diğer gelirlerle beslenmekte ve bunlar belirli harcama kalemlerine sarf edilmektedir. Zaman içinde bu gelir ve giderlerde farklılıklar doğmuş ise de hiçbir dönemde değişmeyen gelir ve gider kalemleri de söz konusu olmuştur.³²⁰ Amaçları gereği bu mallarda tedavül mümkündür ve bu mallar son tahlilde kamuya ait olduğu için yetkili yöneticilerin bu mallar üzerindeki tasarrufları diğer devlet mallarında olduğu gibi kamu yararı ile sınırlandırılmıştır.³²¹

2. Araziler: Özellikle büyük fetihler sonucu elde edilen arazilerin hukukî statüsünün ne olacağı *Hz. Peygamber (sav)* döneminden itibaren hukukçuların yoğun ilgi gösterdiği konular arasında gelmektedir. Bu husus klasik doktrinde çok yönlü olarak tartışılmış ve hukukçular arasında önemli görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Ancak buna rağmen beytümâl arazisi, memleket arazisi, havz arazisi, Osmanlı döneminde mirî arazi ve sultanî arazi denilen hazine arazileri *Hz. Peygamber (sav)* döneminden beri mevcut olmuştur. Tarih içinde az çok değişiklikler olmuş ise de bu değişiklikler esas itibarıyla bu arazilerin işletilme tarzına ilişkindir.³²²

Oluşum şekilleri açısından bu arazileri beş kısma ayırmak mümkündür.³²³

a) Fetih yoluyla elde edilen topraklardan gayri müslim sahiplerinin elinde bırakılmayan ve dağıtım dışı tutularak beytümâlâ bırakılan arazi.

b) Fetih esnasında hakkında ne yapıldığı bilinmeyen ve dolayısıyla statüsü belli olmayan arazi.

c) Maliklerinin mirasçısız, vasiyetsiz ve borçsuz ölmelerinden dolayı beytümâlâ intikal eden arazi.

d) Zamanaşımı ile malikleri meçhul hale gelen arazi.

e) Çıplak mülkiyeti beytümâlâ ait olmak üzere yetkili makamın izniyle ihya edilen arazi.

3. Devlete ait sanayi tesisleri ve ticarî işletmeler: İslâm hukukunda devlet, kamu sektörü sıfatıyla, özel kişiler gibi ekonomik ve ticarî faaliyetlere katılabilir. Bu hukuk sistemine göre, özellikle kârlılık oranının düşük olması sebebiyle özel sektörün yatırıma yanaşmadığı bazı üretim ve hizmet alanlarında günümüzün geçerli deyimiyile kamu iktisadî teşekkülleri kurularak faaliyet göstermesi mümkün hatta gereklidir. İşte daha çok günümüzde önem kazanan bu gibi teşekküller de hazine mallarının ve dolayısıyla devletin özel mülkiyetinin bir çeşidini oluşturmaktadır. Bugünden örnek vermek gerekirse, tohum ıslah istasyonları, üretme çiftlikleri, kağıt, bez, selüloz, demir çelik fabrikaları, elektrik, su, havagazı tesisleri bu tür mallar arasında sayılabilir.³²⁴

4. Hizmet Malları: Kamu hizmetlerini yürütürken devletin, bu hizmetin vasıtası olarak bazı mallara ihtiyaç duyacağı tabiidir. Bu ihtiyaç *Hz. Peygamber (sav)* döneminden itibaren kendisini hissettirmiş ve *Hz. Peygamber (sav)* zamanında elçi heyetlerinin konaklaması için ev edinilmiş ve yapımında Allah Rasûlü bizzat çalışmıştır.³²⁵ **Hz. Ömer (r.a.)**'in *Mekkâ*'de dört bin dinara bir ev satın alarak orayı hapisane olarak kullandığı³²⁶, **Hz.**

³²⁰ Erkal, "Beytümâl", VI,93; Günay, a.g.e., 68.

³²¹ Günay, a.g.e., 68.

³²² Günay, a.g.e., 69-70. Geniş bilgi için bkz. *Arazi Kanunnamesi*, md. 8-90; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II,261; Şafak, *Arazi Hukuku*, 146 vd.; Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, II,73-75.

³²³ Günay, *Kamu Malları*, 70-74; Uzunpostalcı, a.g.e., II,73-75.

³²⁴ Günay, a.g.e., 74-75. Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,241.

³²⁵ Kettânî, *et-Terâtibü'l-idâriyye*, II,202; Yeniçeri, *İslâm'da Devlet Bütçesi*, 343.

³²⁶ Kettânî, a.g.e., II,57.

Ali (r.a.)'ın bir hapishane yaptırdığı³²⁷, yine râşid halifeler döneminde vilâyetlerde vali konaklarının inşa edildiği³²⁸ kaynaklarımızda yer alan devletin özel mülkiyetine ait hizmet mallarındandır. Bu arada müslüman hükümdarlardan hastane kuran ilk kişinin de **Velid b. Abdülmelik** (96/714) olduğu kaynaklarda zikredilmektedir.³²⁹

Tarihî süreç içerisinde kamu hizmetlerinin yoğunluğuna paralel olarak bu hizmetlerin vasıtasını oluşturan hizmet mallarında da hem sayı hem de çeşit olarak gittikçe artan oranda bir gelişme kaydedildiği görülmektedir. Günümüzde de, hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane ya da diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, askeri koruganlar, haller, adliye sarayları, ceza evleri ve diğer kamu hizmetlerinin yapılmasında gerekli olan ve kamu hizmetinin yürütülmesinde büyük katkısı olan taşınır ve taşınmaz mallar hizmet malı kategorisini oluşturmaktadır.³³⁰

d. Kamu Mülkiyeti

İslâm hukukunda mülkiyetin, sahiplerine göre yapılan tasnifinde gerek mahiyeti ve gerek kendine özgü hukukî rejimi itibariyle yukarıda incelenen diğer mülkiyet türlerinden farklı başlı başına bir mülkiyet kategorisi yer almaktadır ki bu, genel olarak günümüzde kamu mülkiyeti deyimi ile ifade edilen mülkiyet zümresine karşılık gelmektedir. İslâm hukuk sisteminde kamu mülkiyeti olarak kabul edilen mallar çok ve çeşitlidir. Yollar, akarsular, meydanlar, çarşı-pazar yerleri, harman yerleri, mezarlıklar, mer'alar, yaylaklar, kışlaklar, çeşmeler, mabedler, hanlar, kervansaraylar, baltalıklar hep bu nitelikte mallardandır.³³¹

Kamu mülkiyetinden bütün fertlerin, başkalarına zarar vermemek şartıyla ve eşit seviyede yararlanma hakkı vardır.³³² Öte yandan İslâm hukukunda kişilerin kamu mallarından yararlanması birtakım ilkelere bağlanmıştır ki bunların başlıcaları, genellik, eşitlik, serbestlik, zarar vermeme ve ücretsizlik ilkeleridir.³³³ Ayrıca esasen kamu denetiminde olan mübâh mallardan bir kısmı, semereleri itibariyle mülkiyete geçirilmeye elverişlidir. Kırlardan mantar, ormanlardan odun toplama gibi. Bu noktada devlet, bu tür malların ihraz ve iktisap şekilleri hakkında hükümler koyabilir.³³⁴

Aslında devlet mülkiyetinde olan mallar da sonuç itibariyle kamu mülkiyetidir ve bu malların idare ve tasarrufunda kamu mülkiyeti prensipleri geçerlidir. Durum böyle olunca devlet mülkiyeti ve kamu mülkiyeti diye iki ayrı mülkiyet çeşidinden söz etmeye gerek olmadığı ve bunların her ikisinin "*kamu mülkiyeti*" başlığı altında toplanabileceği söylenebilir de³³⁵, her iki mülkiyet türünden kamunun yararlanma şekli ve tabii oldukları hukukî rejim açısından bazı farklılıklar söz konusudur.

Devlet mülkiyetine ait mallardan kişilerin yararlanması, gelirleri vasıtasıyla yani dolaylı olarak gerçekleşmektedir. Halbuki kamu emlakından şahısların istifadesi doğrudan

³²⁷ Kettânî, a.g.e., II,55; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kâmusu*, III,34; Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II,194.

³²⁸ Yeniçeri, *İslâm'da Devlet Bütçesi*, 339.

³²⁹ Kettânî, a.g.e., II,210.

³³⁰ Günay, *Kamu Malları*, 76.

³³¹ Bkz. Günay, a.g.e., 81.

³³² Bkz. *Mecelle*, md. 1254.

³³³ Bkz. Günay, a.g.e., 29,140-148.

³³⁴ Günay, a.g.e., 29.

³³⁵ Nitekim bazı İslâm hukuku eserlerinde bu iki mülkiyet türü "*kamu mülkiyeti*" ya da "*müşterek mülkiyet*" deyimi altında ele alınmaktadır. Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, III,258; Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâi*, 397; Yûnus, *el-Milkiyye*, 213-214; Erkal, "*Beytülmâl*", VI,92.

doğrudur.³³⁶ Bunun yanında kamu malları hukukî rejim açısından bir takım imtiyazlara sahiptir. Hukukî özellikleri itibariyle kamu mülkiyetinde;³³⁷

- Devir ve ferağ caiz değildir.
 - Kamu malları haczedilemez.
 - Kamu emlakinde zamanaşımı cereyan etmez.
 - Kamu mallarına ilişkin davalarda sulh ve ibra caiz değildir.
 - Teberru hükümleri kamu mallarında cereyan etmez.
 - Kamu mallarında sınır değişikliği geçerli değildir.
 - Kamu emlakinden yararlanmak karşılıksızdır.
 - Haksız inşaat hükümleri kamu mallarında uygulanmaz.
 - Kamu mallarında müşterek tasarruf delili müstakil tasarruf deliline tercih edilir.
- Böylece sahiplerine göre mülkiyet çeşitlerini görmüş olduk.

2. Hakkın Konusu Bakımından Mülkiyet Çeşitleri

Klasik fıkıh eserlerindeki en yaygın mülkiyet tasnifi, konusunun ayn ya da menfaat oluşuna göre yapılanıdır. Buna göre mülkiyet, özellikle Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393)'in tasnifiyle dört gruba ayrılmaktadır. Bunlar sırasıyla; *milkü'l-ayn ve'l-menfaa*, *milkü'l-ayn bilâ menfaa*, *milkü'l-menfaa bilâ ayn* ve *milkü'l-intifâi'l-mücerred* şeklindedir.³³⁸ Ancak dikkat edilirse bunlardan ilk ikisinde mülkiyetin konusu ayn, son ikisinde ise menfaattir. Yerinde görüleceği üzere *milkü'l-menfaa* ile *milkü'l-intifâda* mülkiyet konusu menfaat olup, ikisi arasındaki fark, kazanılan istifade yetkisinin başka bir şahsa temlikinin mümkün olup olmamasıdır.³³⁹ Durum böyle olunca **İbn Receb**'in tasnifini ikiye indirmek ve ayn mülkiyeti ve menfaat mülkiyeti şeklinde ele almak mümkündür.

a. Ayn Mülkiyeti (ملك العين)

Ayn mülkiyeti, menfaati de kapsayıp kapsamamasına göre iki kısma ayrılır:

aa) Milkü'l-ayn ve'l-menfaa: *Ayn ve menfaate birlikte malik olmaktır. A'yan* denilen maddi mallar üzerinde kurulan bu hak, mülkiyet hakkının en yaygın şeklini oluşturur ve buna "*el-milkü't-tâm*" da denilir. Zira burada eşyanın hem rakabesi hem de menfaati mülke konu olmakta ve eşya üzerinde oluşan yetki en geniş kapsamına ulaşmaktadır.³⁴⁰

bb) Milkü'l-ayn bilâ menfaa: *Milkin sadece ayn üzerinde olup menfaatin bir başkasına ait olması durumudur.* Buna aynı zamanda *rakabe mülkiyeti* denir.³⁴¹ Burada malik, eşyanın rakabesinin sahibi olduğu halde o ayna ait menfaatler, vasiyet gibi hukukî bir yolla bir başkasına ait olmaktadır. Milkin bu şekline az rastlanır ve bu muvakkat olarak meydana gelir. Ayn maliki, belirli bir süre sonra eşya üzerinde mülkiyet hakkına kavuşur. Zira rakabe malikinden başkasının sahip olduğu menfaat, miras yoluyla intikale elverişli değildir. Bu sebeple menfaat malikinin ölümü vb. durumlar sonucu, rakabe maliki nesne üzerinde tam mülkiyet hakkına kavuşmaktadır. Örnek olarak sükna (oturup yerleşme) hakkı başkasına

³³⁶ Günay, a.g.e., 78,80.

³³⁷ Geniş bilgi için bkz. Günay, *Kamu Malları*, 122-127.

³³⁸ İbn Receb, *el-Kavâid*, 187.

³³⁹ Bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 16.

³⁴⁰ Hacak, a.g.e., 14.

³⁴¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I,33.

vasiyet edilmiş bir evin rakabe mülkiyeti miras yoluyla varislere geçmekle birlikte, sükna hakkı sahibi evin menfaatinin malikidir. Varisin bu ev üzerindeki hakkı, sırf rakabe mülkiyetidir. Evin menfaatine sahip olan şahsın vefatıyla sükna hakkı sona erer ve varisin ev üzerindeki rakabe mülkiyeti, tam mülkiyet hakkına (*el-milkü't-tam*) dönüşür. Rakabe ve menfaat bu şekilde aynı şahısta tekrar bir araya gelmiş olur.³⁴²

b. Menfaat Mülkiyeti (ملك المنفعة)

İbn Receb (795/1393)'in oldukça dakik tasnifini esas alacak olursak menfaat üzerine kurulu mülkiyet, *milkü'l-menfaa* ve *milkü'l-intifa* şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Daha önce de dikkat çektiğimiz gibi bu iki mülkiyet türü de menfaat üzerine kurulu olmakla birlikte, bu ayırımın kriteri, malik olunan istifade yetkisinin başka bir şahsa temlikinin mümkün olup olmamasıdır. Bu arada *milkü'l-menfaa* ve *milkü'l-intifa* ayırımı yalnızca **İbn Receb**'e has bir tasnif olmayıp, tüm fıkıh ekollerinde görülen bir durumdur.³⁴³

aa) Milkü'l-menfaa bilâ ayn: Aynı (*rakabesi*) üzerinde hak sahibi olunmayan bir nesnenin yalnızca menfaatine malik olma halidir. Mülkiyet hakkından sonra milkin en yaygın kısmı olan *milkü'l-menfaa*, rakabesine malik olunmayan bir nesne üzerinde, onu kullanma veya semerlerinden istifade etme yetkilerinin birini ya da her ikisini veren *milk* türüdür.³⁴⁴

İbn Receb, *milkü'l-menfaa*ı devamlı (*müebbed*) ve geçici (*gayrı müebbed*) olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Bir aynın menfaatinin vasiyet edilmesi durumunda mûsa leh hayatta olduğu sürece menfaatten istifade etmeye devam eder (*müebbed milkü'l-menfaa*). Halbuki kira sözleşmesinde kiracı belirlenen süreyle sınırlı olmak üzere me'cûrun menfaatinden yararlanabilir (*gayrı müebbed milkü'l-menfaa*).³⁴⁵

Milkü'l-menfaa, aynın menfaatinin bir şahsa, temlik ifade eden, bey', icâre, vasiyet vb. bir tasarrufla devri yoluyla kurulur.³⁴⁶ Meselâ bir evin süknâ hakkı kendisine vasiyet edilmiş olan kişi, mûsinin vefatı ile evin menfaatine malik olur.³⁴⁷ Aynı şekilde komşusundan, duvarına giriş koyma hakkını satın alan kişi de yapacağı binanın girişlerini bu duvara bindirmek suretiyle onun menfaatinin maliki olmuştur.³⁴⁸

Muasır yazarlar *milkü'l-menfaa*ı, modern hukuktan istifadeyle geliştirdikleri bir taksimle, şu şekilde ikiye ayırırlar: *Milkü'l-menfaati'l-aynî* (Ayna bağlı menfaat mülkiyeti) ve *milkü'l-menfaati's-şahsî* (şahsa bağlı menfaat mülkiyeti).³⁴⁹ Bu ayırıma göre vasiyet ve vakıf gibi bir yolla bir şahsın bizzat kendisine bağlı olarak kazandığı haklar, şahsa bağlı menfaat mülkiyetidir. Mesalâ bir evin sükna hakkı vasiyet edilen kişi böyle bir hakka sahiptir. Vasiyet doğrudan o şahsın zatına yapılmakta ve onun ölümüyle hak ilke olarak sona ermektedir. Fakat bir akar lehine kurulmuş geçit irtifakında, hak sahibi bizzat belirli bir şahıs değildir. İlgili akara malik olan herkes hakdan istifade edebilmektedir. İşte bu tip haklar ayna bağlı

³⁴² Bkz. Hacak, a.g.e., 15.

³⁴³ Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III,213; Nevevî, *Tahrîru't-tenbîh*, 233; Karâfî, *el-Furûk*, I,331-332; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, V,144; Desûkî, *el-Hâşiye*, V,144; Şenkîti, *el-Mevâhibu'l-celîl*, IV,67.

³⁴⁴ Hacak, *İrtifak Hakları*, 15.

³⁴⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 188-189.

³⁴⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, III,34; Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 52.

³⁴⁷ Suyûtî, *el-Eşbâh*, 326; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*,351.

³⁴⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 15.

³⁴⁹ Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 51; Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 107.

menfaat mülkiyeti olup *irtifak haklarından* oluşmaktadır. Zaten bu ayırım temelde *irtifak hakları* ile diğer *milkü'l-menfaa* çeşitlerini birbirinden ayırmak için geliştirilmiştir.³⁵⁰

Milkü'l-menfaada şahıs, aynın menfaatine malik olduğu için, malik sıfatıyla menfaatte tasarrufta bulunabilir. Menfaatten bizzat kendisi yararlanabileceği gibi, yararlanma açısından kendisi ile her bakımdan aynı olan başka şahıslar aracılığıyla da bu hakkını kullanabilir. Örneğin oturmaya üzere kiralanmış bir meskende kiracı bizzat kendisi oturabileceği gibi, evi kullanma açısından kendisi gibi olan şahısları da oturabilir; hatta başkasına kiraya da (alt kira) verebilir.³⁵¹

bb) Milkü'l-intifâi'l-mücerred: Bu milk türünde de mülkiyet hakkının konusunu menfaat teşkil etmektedir. Ancak muâvaza yoluyla devri mümkün olan menfaat üzerindeki yetkilere *milkü'l-menfaa*; devri mümkün olmayanlara ise *milkü'l-intifa* denmektedir.³⁵²

Milkü'l-intifa'nın en meşhur örneği, âriyet (ödünç) akdinde, âriyet alanın (müsteîr) menfaat üzerindeki yetkisidir. Müsteîr o mal üzerinde Hanefî ve Mâlikîlere göre *milkü'l-menfaa*; Şâfiî ve Hanbelîlerle Hanefîlerden **Kerhî** (340/952)'ye göre ise *milkü'l-intifa* niteliğinde bir hakka sahip olur.³⁵³ Âriyet akdinde müsteîrin menfaat üzerindeki yetkisi konusundaki bu görüş ayrılığının hukukî sonucu şudur: Bu yetkiyi *milkü'l-menfaa* nitelikli görenlere göre müsteîr, muârdan bizzat kendisi yararlanabildiği gibi, yararlanana göre farklılık arz etmeyen şahıslara âriyet olarak da verebilir. Bu yetkinin *milkü'l-intifa* nitelikli olduğunu söyleyenlere göre ise, âriyet, menfaatin ibâhası olduğundan başkasına ibâha edilemez.³⁵⁴ Bunu "*ibâhanın ibâhası caiz değildir*" şeklinde formüle etmek de mümkündür.

Âriyet işlemi yanında devlet tarafından umuma ait yol vb. bir yerde ticaret yapılabilmesi için bir şahsa ikta yoluyla izin verilmesi de, o şahıs adına bu nitelikte bir yetki doğurur.³⁵⁵

Milkü'l-intifa, **İbn Receb**'de de görüldüğü gibi, her ne kadar ibâhadan ayrılıp milk nitelik ve seviyesinde bir hak olarak takdim edilse de, pek çok müellif bunu ibâha özelliği taşıyan bir yetkiye benzetir. Meselâ **Karâfi** (684/1285) *milkü'l-menfaanın* mülkiyet hakkı ile aynı nitelik ve güçte bir yetki verdiğini açıkça ifade ettiği halde *milkü'l-intifa'nın* verdiği yetkilerin daha zayıf olduğunu söyler ve bunu açıklarken "*izin*" ve "*ibâha*" kavramlarını kullanır.³⁵⁶ Muasır fıkıh alimleri de, **İbn Receb** ve **Karâfi**'nin açıkça *milkü'l-intifa* terimi ile ifade ettikleri bu hak için, "*hakku'l-intifa*" kavramını kullanırlar ve onu nitelik olarak ibâhaya yaklaşıtırlar.³⁵⁷ Şahsa sağladığı yetki ve yetkinin gücü dikkate alındığında, *milkü'l-intifa'nın*, milk türü bir yetki olmayıp, ibâha kapsamında bir yetki olduğu açıkça görülmektedir.

O halda *milkü'l-menfaa* ile *milkü'l-intifa* arasında iki önemli fark vardır:

1. *Kaynak bakımından:* Milkü'l-menfaa'nın kaynağı icâre, menfaati vasiyet, vakıf gibi temlikli bir akid iken; *milkü'l-intifa'nın* kaynağı özel ya da genel bir izin ve ibâhadır. Bir insanın herhangi bir eşyasını kullanma yetkisi, eşya sahibinin izni (*ibâha hâssa*); kamu mallarından yararlanma yetkisi ise, genel izin (*ibâha âmme*) sonucu olmaktadır.

³⁵⁰ Hacak, *İrtifak Hakları*, 16.

³⁵¹ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, IV,71; İbn Receb, *el-Kavâid*, 189-190; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VIII,413.

³⁵² Karâfi, *el-Furûk*, III,367; İbn Receb, *el-Kavâid*, 189.

³⁵³ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,213; Nevevî, *Tahrîru't-tenbîh*, 233; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,52; Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-İnâye*, II,448; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*,328; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, III,479; Şenkîti, *el-Mevâhibu'l-celîl*, IV,67.

³⁵⁴ Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, III,483.

³⁵⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 189.

³⁵⁶ Karâfi, *el-Furûk*, III,367.

³⁵⁷ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 75,77; Zerkâ, *el-Medhal*, III,34; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I,32. Krş. Hacak, *İrtifak Hakları*, 17.

2. *Sağladığı yetki bakımından:* Milkü'l-menfaada hak sahibi şahıs malik sıfatıyla menfaatten bizzat yararlanabildiği gibi icâre, iâre gibi hukukî tasarruflarda da bulunabilir. Buna mukabil milkü'l-intifa yetkisine sahip olan şahıs, menfaatten yalnızca kendisi istifade edebilir.³⁵⁸

Ayn ve menfaat mülkiyetlerinin her birinin şahsa sağladığı yetkiler farklıdır. *Sağladığı yetkiler açısından* da mülkiyetin ayrı bir tasnifini yapmak mümkündür. Buna göre bir nesnenin hem rakabesine hem de menfaatine aynı anda malik olunuyorsa *tam mülkiyet* (المالك التام); rakabe ya da menfaatten yalnız birine malik olunuyorsa *nâkıs mülkiyet* (المالك الناقص) söz konusudur. Bu durumda yukarıda açıklanan konusuna göre mülkiyet çeşitlerinden birincisi (milkü'l-ayn ve'l-menfaa) tam mülkiyet, diğerleri ise nâkıs mülkiyettir. Tam mülkiyet maliki, hukukî prensiplerle sınırlı olmak üzere malik olduğu nesnede her türlü tasarrufta bulunabilirken, nâkıs mülkiyette tasarruf yetkisi sınırlıdır. Nâkıs mülkiyette tasarruf çerçevesini belirleyen kriter şudur: "*Ayn maliki, menfaat malikinin menfaatine engel olacak ya da menfaatinin azalmasına yol açacak davranışlarda; menfaat maliki de aynın değerini düşürecek, hasarına ya da telefine neden olacak tasarruflarda bulunamaz.*"³⁵⁹

3. Hak Sahibinin Sayısı Bakımından Mülkiyet Çeşitleri

Mülkiyet konusu eşya üzerindeki hak sahiplerinin adedi bakımından mülkiyet iki kısma ayrılır.³⁶⁰

a. Tek Kişi Mülkiyeti (الملكية المتميزة)

Mülk konusu eşyanın tüm bölüm ve parçalarıyla birlikte tek bir şahsa ait olduğu mülkiyet türüne tek kişi mülkiyeti denir. Bir ev, araba ya da kitaba tek bir kişinin sahip olması gibi. Bu mülkiyet türünün bariz özelliği, şahsa, mülk konusu eşyada serbest tasarrufta bulunabilme imkanı tanımasıdır. Başkalarının hiçbir müdahalesi olmadan malik, hukukî sınırlar içinde kalmak şartıyla her türlü hukukî fiil ve tasarrufta bulunabilir.

b. Birlikte/Müşterek Mülkiyet (الملكية المشتركة)

Birden çok şahsın, bir maldaki mülkiyet hakkında gayri muayyen pay (hisse) sahibi olması haline birlikte mülkiyet denir. Bu mülkiyet türünde hiçbir ortağın hissesi muayyen değildir ve malın tamamına oransal olarak (1/5, 1/3, 2/3 gibi) dağılmış durumdadır.

Hukukî fiil ve tasarruflarda bulunma açısından tek kişi mülkiyeti ile müşterek mülkiyet arasında temelde bir fark yoktur. Ancak birlikte mülkiyet halinde, mülkiyet konusu nesneye birden fazla şahsın hakkının taalluk etmesi dolayısıyla ortakların tek başlarına tasarruflarına diğer ortakların hakkını korumak amacıyla bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bunun yanında müşterek mülkiyet konusu malın rehin, hibe ve kira işlemlerine konu olup olamayacağı konusunda İslâm hukukçuları arasında bazı görüş ayrılıkları vardır. Rehin akdinin, merhûnun râhinle ilişkisinin tamamen kesilmesi ve malın tamamının mürtehinin kontrolüne verilmesini gerektirmesi, halbuki diğer ortağın/ortakların hakkının buna engel teşkil ettiği; hibenin, mevhûbun tam kabzını gerektirdiği, ancak ortak malın taksim edilmemiş olmasının buna imkan vermediği; ve nihayet kira sözleşmesinin, aynın tamamının kiracıya teslim edilmesini

³⁵⁸ Karâfi, *el-Furûk*, I,331-332. Dardîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, V,144; Desûki, *el-Hâşiye*, V,144. Krş. Abbâdi, *el-Milkiyye*, I,242; Sâyiş, "*Milkiyyetü'l-ard*",126-127.

³⁵⁹ Ali Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 40; Sâyiş, "*Milkiyyetü'l-ard*", 126; Abbâdi, *el-Milkiyye*, I,235.

³⁶⁰ Bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 83; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyetü'l-hâssa*, 120-121; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 35.

gerektirmesine rağmen diğer ortak ya da ortakların haklarının bunu mümkün kılmadığı gerekçesiyle Hanefî hukukçular müşterek mülkiyette bu üç tasarrufun geçerli olmadığını söylerken, cumhur hukukçular bu işlemlerin de geçerli olduğu görüşündedirler.³⁶¹

"Tek kişi mülkiyeti" ile "birlikte mülkiyet" ayrımı, "özel mülkiyet" ve "kamu mülkiyeti" ayrımıyla karıştırılmamalıdır. Kamu mülkiyeti, malların şahıslara değil tüm topluma ait olmasını ifade eder. Halbuki özel mülkiyette, mülkiyet konusu mallar, topluma değil kişilere aittir. Tek kişi mülkiyeti ve birlikte mülkiyet ayrımında mülkiyet, şahıslara ait olduğu için bu ayrım, özel mülkiyetin bulunuş şekilleri açısından yapılan bir taksimdir.³⁶²

Mülkiyetin, hak sahibinin sayısı bakımından yapılan bu ayrımında modern eşya hukukunda "müşterek mülkiyet" yanında bir de "iştirak halinde mülkiyet" kavramından söz edilmektedir. *Birden çok şahıs, bir maldaki mülkiyet hakkında pay (hisse) sahibi bulunduğu takdirde "müşterek mülkiyet"; birden çok şahıs aralarındaki ortaklık ilişkisi dolayısıyla bir mala ortaklaşa malik bulunuyorsa "iştirak halinde mülkiyet"* söz konusu olmaktadır.³⁶³ İslâm hukuk literatüründe konu bu ayrım ile ele alınmamış ve her iki hal de "müşterek mülkiyet" olarak ve "*ahkâmu's-şuyû*" başlığı altında ya da "*şirket*" ana bölümünde işlenmiştir.

Yukarıda ana hatlarıyla verilen mülkiyet çeşitleri dışında mülkiyetin değişik gruplandırılmalarından da söz edilebilir. Milke konu eşyanın bir yerden başka bir yere zararsız olarak naklinin mümkün olup olmamasına göre "*menkul*" ve "*gayri menkul/akar*" ayrımı çokça rastlanılan mülkiyet tasniflerindedir. Ancak bu ve daha başka ayrımların hukuk tekniği ve genel mülkiyet hükümleri açısından farklılık arz eden yönlerinin olmaması ve pratik bir fayda da sağlamaması sebebiyle yukarıda ana hatlarıyla tanıtılan mülkiyet türleriyle yetinilmiştir.

Böylece İslâm hukukunda mülkiyet kavramları ve genel mülkiyet anlayışı yanında ana hatlarıyla mülkiyet çeşitlerini de görmüş olduk. Görüldüğü gibi İslâm hukukunun özel mülkiyeti benimsemesi noktasında hukukçular arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Hatta İslâm'da mülkiyet düzeninin esasını özel mülkiyet oluşturmaktadır. Bununla birlikte İslâm, özel mülkiyet ve kamu mülkiyetinden birini benimsemek suretiyle diğerini ilga yoluna gitmemiş, her ikisini de kendi çerçevesinde kabul etmiştir. Bu durum İslâm hukukunda mülkiyet anlayışının başka herhangi bir sistemle kıyaslanmasının mümkün olmadığını ve İslâm'ın mülkiyet telakkisinin kendine has orijinal bir anlayış olduğunun açık delilini teşkil etmektedir. Eşyanın ve tüm evrenin yaratıcısı olması sebebiyle *Kur'ân*'da, mülkiyetle Allah arasında ilgi kurulması da hem mülkiyetin kaynağını belirleme, hem de tasarruf yetkisinin sınırını tayin açısından oldukça önemlidir. Bu ilginin hukukî yansımaları yanında ahlâkî/vicdânî bir boyutunun da olduğu dikkatlerden uzak tutulmamalıdır.

F. FONKSİYONU (SOSYAL ÖDEV GÖRÜŞÜ)

Tarih boyunca mutlak bir hak olup olmadığı tartışılmalı mülkiyet konusu, en önemli kırılmalarından birini *Fransız Devrimi* (1789) ile yaşamıştır. Sosyalist ülkelerde toplum adına bireylere baskı yapılır ve kişiler en temel haklarından bile mahrum bırakılırken, *Fransız Devrimi*, her alanda ferdi ön plana çıkarmış, bireysel hak ve özgürlükler konusunda mutlak hürriyet fikrini benimsemiştir. Oldukça sınırlı bir alan istisna edilirse fert, neredeyse hiç sınırlandırılmamıştır. Böylece birey özellikle servet ve nüfuz sahibi olduğunda toplumun

³⁶¹ Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 120-121.

³⁶² Krş. Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 289.

³⁶³ Oğuzman-Seliçi, a.g.e., 289.

haklarına, kamunun menfaatlerine hele hele zayıf toplulukların maslahatına karşı güçlenmiş ve haddi aşmıştır.

Söz konusu devrim, mülkiyet hakkını da aynı yaklaşımla mutlak bir hak olarak tanımlamış ve bu tarihten sonra kaleme alınan çeşitli sözleşmelerde de mülkiyet, aynı nitelikte bir hak olarak yerini almıştır. Bu yaklaşıma göre mutlak bir hak olarak benimsenen mülkiyete, hiçbir şekilde müdahale edilemez; zira bu telakkiye göre mutlak mülkiyet hakkı insanın bağımsızlığı ve hürriyetinin açık bir göstergesi olmaktadır.

Ancak toplumsal ve sınaî gelişmeler mülkiyet anlayışının bir kere daha gözden geçirilmesini gerektirmiştir. Zira malvarlığı açısından insanlar arasındaki farklılıklar, bundan kaynaklanan üretim ve tarım alanlarının belirli kimselerin/grupları eline geçmesi ve bunun doğurduğu çatışmalar, çekişmeler... toplumsal bir problemin oluşması sonucunu doğurmuştur. İşte bu dönemde gündeme getirilen çıkış yollarından biri ve ön plana çıkan mülkiyetin "*sosyal ödev*" olduğu fikridir.

Özel mülkiyette sosyal ödev görüşü temelde **Auguste Comte** (1857)'ya dayanmaktadır. Onun özel mülkiyetle ilgili görüşü özetle şöyledir: "*Ferdî mülkiyet sürdürülmelidir, fakat her şeyden önce onun sosyal bünyesini anlamak gerekir. Hiçbir mülk cemiyetin zorunlu bir elbirliği olmaksızın yalnız sahibi tarafından meydana getirilemediğine, hatta bir yerden başka bir yere nakledilemediğine göre, onun kullanılması da tamamıyla ferdî olmamalıdır*". Mülkiyet "*her kuşağın kendinden sonraki kuşağa ait işleri hazırlayan sermayeyi meydana getirmesi ve yönetmesi için gerekli sosyal bir görev olarak dikkate alınmalıdır*".³⁶⁴

Yani **Auguste Comte**'a göre zenginlik sosyal bir fonksiyondur ve zengin, toplumsal düzen içinde bir görevli konumundadır. Bunun anlamı, zenginin malına karşı konumunun, herhangi bir kamu görevine atanan memurun konumundan farksız olmasıdır. Binaenaleyh nasıl ki, vazifesini hakkıyla icra eden ve sorumluluklarını yerine getiren memur görevinde kalıyor ve hatta yükselebiliyor (terfi), buna mukabil görevini yapmayan ya da ihmalde bulunanlar işten çıkarılıyor veya cezalandırılıyor; aynı şekilde malikin mülkiyet hakkının devamı da topluma karşı sosyal ödevlerini yerine getirme şartına bağlıdır.³⁶⁵

İşte *Fransa*'da Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Anayasa Profesörü **Léon Duguit** (1859-1928), **Auguste Comte**, **Durkheim** (1917) ve **Jhering**'ten etkilenerek³⁶⁶ özel mülkiyette sosyal ödev nazariyesini geliştirmiştir. Bu teoriye göre mülkiyet sübjektif bir hak değil, sosyal bir fonksiyondur.³⁶⁷ **Duguit**, "*sübjektif hak*" kavramına hücum etmekte ve sübjektif hak kavramı yerine "*ödev*" kavramını hukuk kuralının temeli olarak belirlemek konusunda çaba harcamaktadır. Bununla birlikte **Duguit**'nin sistemindeki ödev kelimesinin ahlâkî anlamdaki "*ödev*" kavramından tamamen farklı olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir.³⁶⁸

Fransa'da neş'et eden bu teori, sosyolog ve hukukçuların dikkatini çekmiş³⁶⁹ ve mutlak hak fikri karşısında "*modern görüş*" olarak nitelendirilmiştir.³⁷⁰ Hatta Kilise hukuku ve

³⁶⁴ Challaye, *Mülkiyetin Tarihi*, 117.

³⁶⁵ Karadâvi, *el-İktisâd*, 56. Karadâvi, Comte'un ifadesini güzel bir söz olarak niteledikten sonra, batının asırlar sonra ancak bu noktaya ulaşabildiğini, halbuki Kur'an'ın bu gerçeği çok önceden dile getirdiğini (Hadîd 57/7) ve batının hala İslâm'ın yaklaşımından çok uzak olduğunu belirtir; fakat Comte'un görüşüne herhangi bir eleştiri getirmez. Bu durum Karadâvi'nin özel mülkiyette "*sosyal ödev*" görüşünü benimsediği şeklinde anlaşılmalıdır.

³⁶⁶ Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 196; Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 12-13; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 320.

³⁶⁷ Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 13.

³⁶⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 322. Duguit'in mülkiyet anlayışı için bkz. Güriz, a.g.e., 332-334.

³⁶⁹ Celfî, *Temellükü'l-emvâl*, II, 476.

özellikle katolik kilisesi hukukçularının eserlerinde mülkiyet, sosyal ödev olarak algılanmış ve işlenmiştir.³⁷¹ Bu noktada Türk hukukçulardan "*Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*" adlı bir eser kaleme almış olan **Esin Örucü**'nün şu ifadeleri oldukça dikkat çekicidir: "*Özel mülkiyetin toplum yararına uygun şekilde kullanılmaması, toplum yararına aykırı kullanışların müeyyidesi olarak kabul edilmeli ve bu gibi "müeyyide kamulaştırmalarda" kamulaştırma karşılığı da normal kamulaştırmalardan farklı olmalıdır ki, hem kişinin bu gibi kullanmaları, ya da kullanmamaları önlensin, hem de idare, bu kamulaştırmalardan -malî sıkıntı içinde olduğundan- kaçınma durumuna düşmeye gerek görmesin.*"³⁷²

İşte **Auguste Comte**'un öncülüğünü yaptığı ve **Duguit**'nin geliştirdiği özel mülkiyetin nitelik açısından "*sosyal ödev*" olduğu düşüncesi bazı çağdaş İslâm hukukçuları tarafından da benimsenmiş ve İslâm hukukunun da özel mülkiyeti sosyal ödev olarak gördüğü ifade edilmiştir.³⁷³ Bu yazarlara göre İslâm'da ferdin mülkiyet karşısındaki konumu, malik konumundan ziyade, toplum adına söz konusu malda vekil ya da görevli memur konumuna daha fazla benzemektedir. Zira genel olarak mal toplumun hakkıdır; toplum da her şeyin maliki olan Allah'ın halifesidir. Dolayısıyla özel mülkiyet, Allah'ın insan cinsini halife kıldığı genel mülkiyet üzerinde ferdin kişisel gayret ve çalışmasının ürünüdür. Bundan dolayı fert sürekli zilyesinde ve tasarrufunda bulunan malın gerçekte kendisine ait olmayıp topluma ait olduğunun, yetki ve tasarruflarının görevli memur statüsüne tabi olduğunun bilincinde olmalıdır.³⁷⁴ O halde İslâm, ferdin mülkiyet hakkını ve bu haktan faydalanmasını kabul etmekle birlikte malike, toplum yararına bir takım görevler yüklemektedir. Bu görev ve sorumluluklar, malikin içinde yaşadığı toplumu kuşatan zarûretler çerçevesinde ve sosyal ödev fonksiyonunu icra edecek şekilde daralma ve genişlemeler gösterebilir.³⁷⁵

Özel mülkiyetin fonksiyon açısından sosyal ödev olup olmaması noktasında çağdaş İslâm hukukçularını üç gruba ayırmak mümkündür:³⁷⁶

1. *Mülkiyet, mutlak ferdî bir haktır.* **Abdullah Muslih, Muhammed Bâkır es-Sadr**'ın bu görüşü benimsediğini söylemekteyse de, **Muslih**'in bu tespiti doğru değildir; zira **Sadr**, oldukça açık bir şekilde mülkiyetin sosyal ödev olduğunu söylemektedir.³⁷⁷

2. *Mülkiyet, sosyal ödevdir.* **Allâl el-Fâsî, Ahmed Şelebî, Seyyid Kutup, Ali Hafif, Mustafa Sıbâî**'nin görüşü. Bu grupta yer alan alimlerden çağdaş mekâsîd yazarlarının öncüsü **Allâl el-Fâsî** (1974) şöyle demektedir: "*Ferdin mülkiyet hakkı, bireyin çalışmasından toplumun elde ettiği menfaatle ve ferdin tasarruflarının şeriatın yönlendirmelerine uygunlukluğuyla sınırlıdır.*"³⁷⁸

3. *Özel mülkiyet, bünyesinde bir takım sosyal ödevler de barındıran bir haktır.* **Ebu Zehrâ** (1974), **Muhammed Fethi ed-Dirîni, Abdüsselâm Davud el-Abbâdî, Abdullah Muslih** gibi çağdaş İslâm hukukçuları da bu görüşü benimsemektedir.

³⁷⁰ Mülkiyet hakkının mutlak bir hak olduğu ve bazı sınırlamalar getirilse de, bu sınırlamaların istisnâî mahiyette olduğu fikrine "*klasik görüş*" denilmekte; buna mukabil sosyal ödev fikri "*modern görüş*" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 11.

³⁷¹ Bkz. Mehdî, *el-Milkiyye*, 106-115.

³⁷² Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 321.

³⁷³ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 45-46,48; Arabî, "*Milkiyye Hâssa*", 51; Ömerî, *el-Hak*, 135; Kutub, *el-Adâletü'l-ictimâ'iyye*, 118-119,123; Huseyn, *el-Milkiyye*, 121; Belhâc, *Nazariyyetü'l-hak*, 73-74; Sadde, *el-Milkiyye*, 25; Sadr, *İktisâdünâ*, II,360; Sıbâî, *İslâm Sosyalizmi*, 165; Hatemî, *İslâm Açısından Sosyalizm*, 111.

³⁷⁴ Kutub, *el-Adâletü'l-ictimâ'iyye*, 118,123. Krş. Sadr, *İktisâdünâ*, II,360; Arabî, "*Milkiyye Hâssa*", 51; Huseyn, *el-Milkiyye*, 121.

³⁷⁵ Arabî, *el-Milkiyye*, 51.

³⁷⁶ Muslih, *Kuyûdül-milkiyyetü'l-hâssa*, 192 vd. Ayrıca bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,426-427; Hanbûle, *Vazife ictimâ'iyye*, 421.

³⁷⁷ Bkz. Sadr, *İktisâdünâ*, II,360.

³⁷⁸ Fâsî, *el-Mekâsîd*, 264. حق الفرد في الملكية، مقيدة بالفائدة التي يجنيها المجتمع من عمله، وعلى شرط أن تكون موجهة بتوجيه الشرع.

Aslında İslâm hukukunda mutlak hak tasavvuru mümkün değildir ve bu ilke mülkiyet hakkı için de aynen geçerlidir. İnsanoğlunun yeryüzünde Allah'ın halifesi olması, mülkiyetin şer'î bir vasıf olması yanında, kazanım ve tasarruf açısından sınırlamalar içeren naslar bunun açık delilidir. Ayrıca **Abbâdî**'nin de ifade ettiği gibi, İslâm hukukunda hükümlerin esasını teklif oluşturur. Bu durum özellikle mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda, fert/lere ve topluma zarar verici tasarruflardan kaçınma şeklinde kendisini gösterir. Fert ve toplum yararı dengesini sağlamak için de, mülkiyet hakkını mukayyed bir hak haline getiren çeşitli sınırlamalar söz konusudur.³⁷⁹ Dolayısıyla şahıs ancak Şâri'in mülkiyet kurulmasına izin verdiği şeyleri mülk edinebilir; bu edinme yine hukukun tayin ettiği usullere uygun olmalı ve nihayet meşrû mülkiyette tasarruf yetkisi hukuk sınırları içinde kalmalıdır.

Sosyal ödev görüşünde olanlardan yetkin hukukçu **Ali Hafif**, İslâm hukukunda mülkiyet sınırlamalarının temel ilkesini, kamu yararı gereklerinin karşılanması ve bunu temin edecek önlemlerin alınması şeklinde belirlemektedir.³⁸⁰ Sosyal ödev fikri benimsendiğinde bu tespit yerinde olmakla birlikte, gerçekte İslâm'da mülkiyet sınırlamalarının esasını, hem fert/ler (malik ve diğer şahıslar) hem de toplum yararını aynı anda sağlamaya çalışmak ve her ikisinden de mefseleti uzaklaştırmak teşkil eder. Ferdî yarar ile kamu yararının çatışması durumunda kamu yararının tercih ediliyor olması, mülkiyet sınırlamalarında ana eksen kamu yararının oluşturduğu anlamına gelmez. Bu ancak maslahat ve mefselet dengesiyle ilgili bir tercihten ibarettir.

Özel mülkiyetin fonksiyon açısından sosyal ödev olduğu fikrinde olanların delilleri, her şeyin gerçek malikinin Allah olduğunu ve Allah'ın tüm evreni ve içindekileri insanın hizmetine ve istifadesine sunduğunu, tabii servetlerin tüm insanlar için yaratıldığını, insanın Allah'ın istihlâfı ile eşyada tasarrufta bulunduğunu ifade eden âyetlerdir. Ayrıca bu görüş sahipleri malında akl-ı selimin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunamayanların (sefih), tasarruftan alıkonmasının (hacr) da özel mülkiyetin nitelik olarak sosyal ödev konumunda olduğuna işaret ettiğini söylemektedirler.³⁸¹ Bu görüş sahiplerinin bir diğer delili ise, şahıslara ait malların bazı âyetlerde velilere/topluma nisbet edilmesidir.³⁸²

Gerçekten de İslâm hukukunda mülkiyet hakkı bir takım sosyal fonksiyonlar içermektedir. Zekât, sadaka, nafaka, hayır hizmetleri gibi sosyal güvenliği sağlamayı hedefleyen müesseseler hep bu amaca yöneliktir. Mülkiyetin sosyal yönünü ifade eden bu tür düzenlemelerin bir kısmı (zekât, vâcip nafaka gibi) hukukî yaptırım açısından zorunlu (farz/vâcip), bir kısmı ise (hayır amaçlı vakıf hizmetleri gibi) tavsiye ve yönlendirme niteliğindedir. Ancak bu tür düzenlemelerden hareketle İslâm'da mülkiyetin sosyal ödev özellikli bir hak olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira sosyal adâleti ve sosyal dayanışmayı sağlamada çok önemli bir etkiye sahip mülkiyetle ilgili zorunlu görevlerde (zekât gibi) dahi, görevin ifa edilmemesi durumunda, bazı hukukçulara göre edâyı sağlamaya yönelik bir takım zecrî tedbirler alınabilirse de, bu, hiçbir zaman mülkiyet hakkının ilgası derecesine ulaşmamaktadır. Kaldı ki, bu tür görevler herkese yönelik olmayıp, muayyen ekonomik güce sahip olanlar hakkında geçerlidir. Çağdaş İslâm hukukçularından **Abbâdî**'nin de belirttiği gibi bu tür hüküm ve müesseseler, aslında İslâm'da mülkiyetin, "*sosyal ödev*" değil, "*sosyal ödevleri de olan bir hak*" olduğunu göstermektedir.³⁸³ İslâm'da mülkiyetin

³⁷⁹ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,426-427.

³⁸⁰ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 116.

³⁸¹ Sosyal ödev görüşünde olanların delilleri için bkz. Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 198-210; Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*,326-330.

³⁸² Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 428. Bu âyetin tefsiri için bkz. Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, V,21; Rızâ, *el-Menâr*, IV,380.

³⁸³ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,437.

sosyal dayanışmaya yönelik bu tür fonksiyonları yanında, mülkiyet hakkının kamuya zarar verecek şekilde kullanılmaması yasağı da -yerinde görüleceği üzere- genel bir ilkedir.

Allah'ın her şeyin maliki olması ve insanın eşyada ilâhî bir istihlâf sonucu tasarrufta bulunmasıyla ilgili âyetlerle, her şeyin yaratıcısı ve yoktan var edeninin Allah olduğu, insanın eşya üzerindeki hakimiyetinin Allah'ın izni ve tanımının bir sonucu olduğu vurgulanmak istenmiş ve insanın her davranışında bu bilinçle hareket etmesi amaçlanmıştır. Aynı zamanda bu, mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasını önleyecek, mülkte tasarrufun iyiye, güzele yönlendirilmesini sağlayacak en önemli ve etkili vicdânî yaptırım niteliğindedir.

Şahıslara ait özel malların kanunî temsilcilere nisbet edilmesiyle ise, sosyal murâkabeye vurgu yapılmış, malında akli selimin gereklerine uygun tasarrufta bulunamayanlara, bu hal ortadan kalkıncaya kadar mallarının teslim edilmemesi istenmiş; böylece şahsın yoksul duruma düşüp topluma yük olmasının önüne geçilmiştir. Dikkat edilirse bu durumda malikin mülkiyet hakkı, sosyal ödevlerini ifa etmediği gerekçesiyle izâle olunmamakta, yine onun adına muhafaza edilmektedir. Bu tür âyetler daha önce mülkiyet açısından değerlendirildiği için bu kadarla yetiniyoruz.

Diğer yandan mülkiyetin fonksiyon açısından sosyal ödev olduğu görüşü, mülkiyetin tanımında yer alan "*inhisârîlik ve başkasının tasarrufuna engel olma*" unsuruyla da çelişmektedir.³⁸⁴ İslâm hukukunda mülkiyet hakkının "*sosyal ödev*" olmadığını belirten **Dirîni**, çok önemli bir noktaya dikkat çekmektedir: "*Mülkiyetin sosyal ödev olduğu kabul edilecek olursa, malik, kendi maslahatını dikkate almaksızın kamu yararına iş gören bir vekil ya da memur konumunda olacaktır. Bu ise gerçekte hak düşüncesini ortadan kaldıran bir anlayıştır. Halbuki İslâm hukuku öncelikle malikin maslahatını dikkate almakta ve bunu gerçekleştirecek vesileleri meşrû kabul etmekte, sonra da bu hakkı, fert ve topluma zarar vermeyecek şekilde sınırlandırmaktadır ki, aslında hakkın sosyal ödev yönünü de bu oluşturmaktadır. O halde İslâm hukukunda hak, öncelikle sahibine ait bir yetki olup sosyal ödevler de içeren çift karakterli karma bir yapıya sahiptir.*"³⁸⁵

Dolayısıyla İslâm, mülkiyet hakkına sınırlar ve yükümlülükler getirmekle beraber onu bir hak olarak tanımıştır; ödevde ağırlık verirken hakkı inkar etmek haksızlık olacaktır.³⁸⁶ Zira bu anlayış, dinde bilinmesi zarûrî unsurlardan olan fert yararının tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuracaktır ki, bütün özel hakların başında gelen ve tanınıp korunmasına yönelik bir çok şer'î hükümler sevkedilen mülkiyet hakkı bunların başında gelmektedir.³⁸⁷

Bu noktada ferdin mi yoksa toplumun mu daha önemli olduğu ve bunlardan birinin diğerinin oluşması için gerekli bir alet olup olmadığı tartışması ise yersizdir. *Çünkü, kişi ve toplum birbirini gerektiren tamamlayıcı unsurlardır ve toplumsuz kişi diye bir şey olamaz.*³⁸⁸

Sosyal ödev görüşüyle ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise şudur. Mülkiyet hakkı sosyal ve iktisadî şartların değişmesiyle birlikte değişim kabiliyeti/özelliği olan bir haktır. Böyle bir durumda sosyal fonksiyonunu yerine getiremeyebilir ve böylece varoluş gerekçesini kaybedebilir. Bu da "*malik, mülkiyetin sosyal fonksiyonunu yerine getirmiyor, dolayısıyla malî elinden alınmalıdır*" iddiasıyla insanların mallarının idâreciler tarafından

³⁸⁴ Celîlî, *Temellükü'l-emvâl*, II,474. Daha önce kaleme aldığı "*Mebâdiu'l-iktisât*" isimli eserinde mülkiyetin sosyal ödev olduğu görüşünü savunduğunu belirten Celîlî, ancak daha sonra bunun yanlış olduğu kanaatine vardığını, zira İslâm'da hak ve görevler açısından ferdî sorumluluğun esas olup, mülkiyetin de bu kapsama dahil olduğunu söylemektedir. Bkz. Celîlî, *Temellükü'l-emvâl*, II,476-478.

³⁸⁵ Dirîni, *el-Hak*, 24.

³⁸⁶ Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,30; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 119-120.

³⁸⁷ Zerkâ, *et-Teassüf*, 21.

³⁸⁸ Bkz. Fazlurrahmân, *Ana Konularıyla Kur'ân*, 104.

müsâdere edilmesine zemin hazırlamaya yeter. Dolayısıyla "sosyal ödev" teorisi tüm zâlimlere, keyfi uygulamalarına hukukîlik vasfı kazandırabilecekleri bir kapı olmaktadır.³⁸⁹ **Ebu Zehrâ** (1974)'nin³⁹⁰ haklı olarak ifade ettiği gibi *her zaman Hz. Ömer, Hz. Ali gibi âdil râşid idareciler bulunmayabilir, nitekim bulunmamaktadır da.*

İslâm'a göre fert, müstakil bir varlık ve kişilik sahibi olmakla birilikte, ortak menfaatler ve genel maslahat açısından içinde yaşadığı toplumla kuvvetli bir ilişki içindedir. Dolayısıyla müstakil bir kişiliğe sahip olması mutlak değildir. İşte bu noktadan hareketle *Kur'ân*, iyilik ve takvâda yardımlaşılmasını emretmiştir³⁹¹ ki, bu, insanın malındaki tüm tasarruflarının ve enerjisinin bu çerçeve ile sınırlı olması demektir. Bu ana çerçeve insanın tüm davranışlarının esasını oluşturur.³⁹² Dolayısıyla özel mülkiyet, sosyal ödevler de içeren fitrî bir ihtiyaçtır. Sosyal ödev değildir; zira toplumun değil, Allah'ın takdir ve ihsanıyla sahip olunmuş bir haktır.³⁹³ Bununla birlikte malik, mülkünde tasarruflarında kamu yararını gözetmek ve kamuya zarar verecek tasarruflardan kaçınmak zorundadır ve bu mükellefiyet, malikin isterse yerine getireceği ihtiyârî bir görev değil, ilzâmîdir.³⁹⁴

Yukarıda da işaret edildiği gibi özel mülkiyette "sosyal ödev" teorisi mülkiyetin, uzunca bir dönem her türlü sınırlandırmadan uzak mutlak bir hak olarak görülmesinin doğurduğu olumsuz sonuçlar karşısında, bu problemlere çözüm olacağı varsayımıyla mülkiyet sınırlamalarına bir başlangıç olmak üzere gündeme getirilmiştir. Halbuki *İslâm'da mülkiyet, Yüce Yaratıcı'nın, şahıslara ilâhî bir istihlâfî ve rabbânî bir bağıışı olarak algılandığı için, baştan itibaren mutlak bir hak olarak değil, fert ve kamu yararına sınırlandırılmış karma nitelikli sınırlı bir hak olarak kabul edilmiştir.* Bunun yanında mülkiyet tasarrufları hiçbir zaman fertle sınırlı düşünülmemiş, bu tasarruflardan kamunun olumsuz etkilenmemesi gerektiği de hassasiyetle vurgulanmıştır. Binaenaleyh çağdaş alimlerden **Yusuf el-Karadâvî**, "*İslâm hukukunda fert-toplum dengesinin varlığını gösteren en açık örnek, öyle sanıyorum ki onun mülkiyet anlayışıdır*"³⁹⁵ derken son derece haklıdır. Dolayısıyla İslâm Hukuku, "sosyal ödev" nazariyesine uzak olduğu gibi, ihtiyacı da yoktur.³⁹⁶

Sonuç itibariyle İslâm'da özel mülkiyet, fitrî bir ihtiyaçtır ve İslâm mülkiyet sisteminin esasını oluşturur. Diğer yandan İslâmî anlayışa göre insanın yaratılış gayesi, Allah'a kullukta bulunmaktır. Sınırlı ömrü süresince insan, malı ve canı ile her an imtihandan geçmektedir. Dolayısıyla bireylere şahsî mülkiyet hakkının tanınması, aynı zamanda kulluk imtihanının tabii gereklerindedir. Bunun içindir ki, edinim ve tasarruf bakımından mülkiyet, bir takım şartlara bağlanmış ve böylece bireyin, bu şartlara riayet edip etmeyeceği sınanmak istenmiştir.

Bu bağlamda *Kur'ân'da* mülkiyet, topluma nisbetle de kullanılmış ve böylece sosyal fonksiyonuna da işaret edilmek istenmiştir. Dolayısıyla sosyolojik bir gerçeklik olmak üzere belirli bir toplumda yaşayan bireyin sahip olduğu servet, tamamen kişisel gayret ve emeğinin sonucu değildir. Diğer bir anlatımla edinilen servette, içinde yaşanılan tabii ve toplumsal çevrenin de doğrudan ya da dolaylı katkısı bulunmaktadır. Şu halde birey, mülkiyetle ilgili toplumsal görevlerini yerine getirmek zorundadır. Bu bakış açısı aynı zamanda özel mülkiyet

³⁸⁹ Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 172,209.

³⁹⁰ Ebu Zehrâ, *et-Tekâfü'lü'l-ictimâî*, 23-24.

³⁹¹ Mâide 5/2.

³⁹² Savvâ, "*Menhecü'l-İslâm*", 65.

³⁹³ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,438; Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 463.

³⁹⁴ Mübârek, *el-İktisâd*, 76.

³⁹⁵ Karadâvî, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 39.

³⁹⁶ Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,438-439.

üzerinde kamu yararı gereği bir takım sınırlamaların olabileceğinin de bir göstergesi olmaktadır.

Ana alışma konumuz olan özel mülkiyet sınırlamalarına geçmeden önce İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf ve bu tasarruf yetkisinin çerçevesini belirlemeye ihtiyaç vardır. Bu sayede hukukçular arasındaki görüş ayrılıklarını, bunların dayanak ve gerekçelerini tespit etmek ve gelişen süreç içerisinde mülkiyetin tabi olduğu sınırlamaları net bir şekilde görmek mümkün olabilecektir. Özel mülkiyet sınırlamalarının teorik alt yapısını oluşturabilmek için de bu belirleme zorunludur.





İKİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKU DOKTRİNİNDE ÖZEL MÜLKTE TASARRUF

Mülkiyet, eşya üzerindeki hakların ifadesidir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı ve bu hakkın kullanımından söz etmekle aslında bir hakkın kullanımı ve bunun çerçevesini belirleyen şartlardan söz etmiş olmaktayız. Durum böyle olunca genel olarak hak kavramı ve hakkın kullanımını kuşatan hükümlerin yansımalarını, özel mülkte tasarrufla ilgili düzenlemelerde görmek mümkün olacaktır. Elbetteki konusuna göre hak çeşitleri (şahsiyet hakları, siyasî haklar vb.) arasında tabii oldukları hükümler açısından bazı farklılıklar bulunacaktır. Ancak bu durum, hakkın ortak unsur ve özelliklerinin bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Aslında biz mülkiyet hakkı ve onu kuşatan sınırlamaları incelerken, aynı zamanda hakkın kullanımının tabii olduğu hükümleri eşya üzerinde örneklemiş olmaktayız. Fakat hak kavramı mülkiyete göre daha kapsamlı olduğundan, mülkte tasarrufla ilgili sınırlamaların aynı zamanda hakkın tabii olduğu sınırlamalar anlamına gelmediği kesindir. Bununla birlikte birazdan görüleceği üzere "klasik dönemden itibaren "milk" kavramıyla ilgili olarak literatürde yer alan tarif ve açıklamalar, milkin insan-eşya ilişkisinin hukukî ifadesi ve insana eşya üzerinde en güçlü yetkileri bahşeden temel bir hak olması itibarıyla, İslâm hukukçularının hak anlayışını da – hukukun belirli alanıyla sınırlı da kalsa- yansıması"¹ gerçeği, İslâm hukuku açısından hak-milk ilişkisinin boyutlarını göstermesi bakımından önemlidir. O halde İslâm hukukunda hak kavramı hakkında genel bir bilgi vermek yerinde olacaktır. Ancak hemen şunu belirtelim ki, burada hak mefhumuyla ilgili genel bir çerçeve çizilecek ve daha ziyade, hakkın kaynağı ile irtibatlı olarak hakkın kullanılması ve sınırlandırılması üzerinde durulacaktır.²

I. GENEL OLARAK HAK KAVRAMI

Ali Bardakoğlu'nun da belirttiği gibi *İslâm hukukunda hak kavramının bütün fıkıh alanları için geçerli tek bir tanımından söz etmek oldukça zordur*. Bunun birinci sebebi, hakkın fıkıhtaki kullanımının kelimenin sözlükte ve örfte taşıdığı anlam çeşitliliği ve muhteva zenginliğiyle yakın bağlantısının bulunması, ikinci sebebi de hakkın fıkıh usulünde ve fūrû-ı fikhin çeşitli alt dallarında farklı terim anlamları kazanmış olmasıdır.³ Nitekim klasik dönem hukukçularının hak kavramını tanımlama yerine, onun yalnızca sözlük anlamlarını belirtmekle yetinmiş olmaları da bu durumun bir göstergesi olmalıdır. Onların bu tavrı muhtemelen hak mefhumunun sözlük anlamının ayrıca bir tanıma ihtiyaç bırakmaması düşüncesinin ürünüdür.⁴ Durum böyle olunca tek bir tanım yerine kavramın fikhin çeşitli alanlarındaki kapsam ve mahiyeti üzerinde durulması daha uygun olur.⁵ Buna mukabil çağdaş hukukçular ise, hak kavramını tanımlama yoluna gitmişlerdir.

¹ Bardakoğlu, "Hak", XV,141.

² İslâm hukukunda hak kavramı ve hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili çağdaş İslâm hukukçuları tarafından yapılmış azımsanmayacak kadar çalışma olmakla birlikte ilk elde şu eserlere müracaat edilebilir. Dirîni, *el-Hak ve medâ sultânî'd-devle fî takyîdih*, Beyrut 1404/1984; a.mlf., *Nazariyyetü't-teassûf fî isti'mâli'l-hak fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut 1419/1998; Ömerî, *el-Hak ve nazariyyetü't-teassûf fî isti'mâli'l-hak*, Musul 1405/1984; Arabî, "Meâlim nazariyyetü'l-hak ledâ fukahâi'-Şerîati'l-İslâmiyye", Mecelletü'l-buhûsi'l-fikhiyye el-muâsıra, VII/25, Riyad 1415/1995, s.49-119; Bardakoğlu, "Hak", DİA, XV,139-151; Köse, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul 1997.

Çeşitli açılardan hak tasnifleri ve her birinin özellikleri için bkz. Karâfi, *el-Furûk*, I,256; İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, I,85; İbn Receb, *el-Kavâid*, 181-187; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.4; Muhammed b. Ma'cûz, *el-El-Hukûku'l-ayniyye*, 16-17; Hammâd, *el-Hak*, 19-22,41; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,188-189; Bardakoğlu, "Hak", XV,142-146; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 37-43; Ünalın, *Hak ve Hakkın Kötüye Kullanılması*, 85-178.

³ Bardakoğlu, "Hak", XV,139.

⁴ Dirîni, *el-Hak*, 183-184. Fukahanın hak kavramını kullanım biçimleri için bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,93-94.

⁵ Bardakoğlu, "Hak", XV,139.

Klasik fıkıh literatürü açısından genel durum böyle olmakla birlikte, Şâfiî hukukçu **Ebu Ali el-Huseyn b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî** (462/1069)'nin hak kavramını tarif ettiğini görmekteyiz. Ona göre hak: "*hukukî olarak kendisine yönelinen bir şeydeki apaçık aidiyettir.*"⁶ Hicrî beşinci asra ait olan bu tarif, hak kavramıyla ilgili hukukî tarif ve doktriner yaklaşımlara oldukça erken denilebilecek bir dönemde başladığını göstermektedir. Ayrıca kavram hukukçuluğu açısından da bu tarif ayrı bir öneme sahiptir ve hak mefhumuyla ilgili fıkıhın bütün alanlarını kapsayacak şekilde bir kavramlaşma sürecinin, İslâm hukuk tarihinin oldukça erken sayılabilecek bir dönemde başladığına işaret etmektedir.

Çağdaş İslâm hukukçularının bir kısmı hak kavramını tarif ederken "*yarar*" unsurundan hareket etmiş, bir kısmı ise "*aidiyet*" özelliğini ön plana çıkarmıştır. Bu arada "*konusuna göre*" hak tanımı yapanlar yanında, ait olduğu "*şahsa göre*" tanım yapanlar da olmuş, bir kısmı ise bu iki unsurdan hareketle karma bir tarif yapmıştır.⁷ Bu noktada çağdaş İslâm hukukçularının hak kavramını tanımlarken, özellikle hakkın muhtevasını belirlemede iki gruba ayrıldıklarını görmekteyiz.

Bir kısım hukukçular hak kavramını, **Fethî ed-Dirîni**'nin ifadesiyle, "*Belli bir menfaati gerçekleştirmek için bir şey üzerinde ya da başkasından bir edayı talep konusunda hukuk düzeninin bir yetki olarak tanıdığı aidiyettir.*"⁸ şeklinde tarif etmişlerdir. Hak kavramını bu şekilde tarif eden hukukçuların genellikle "*hak*" ile "*yükümlülük*" kavramlarının bir arada düşünülmesinin doğru olmadığı, yükümlülüğün, hak sahibinden ziyade diğer kişileri ilgilendiren bir durum olup, bunun da söz konusu hakka saygı duymaktan ibaret olduğu düşüncesinden hareket ettikleri görülmektedir. Dolayısıyla vergi borcu, zekât gibi mükellefiyetler hak kapsamında değildir.⁹

Çağdaş İslâm hukukçularının diğer bir kısmı ise hakkı, yine dirayetli bir hukukçu olan **Mustafa ez-Zerkâ** (1999)'nin diliyle ifade etmek gerekirse, "*Hak, hukukun bir yetki veya yükümlülük olmak üzere benimsediği bir aidiyettir.*"¹⁰ şeklinde tarif etmişlerdir.

Fıkıh literatüründe hak kavramının kullanılışı dikkate alındığında ikinci tarifi, klasik kullanımla paralellik arz ettiği görülmektedir. Zira fakihler hak konusunu, Allah hakkı (*hukûkullâh*), kul hakkı (*hukûku'l-ibâd*) ve karma haklar şeklinde tasnif ederek işlemişlerdir. Dolayısıyla Allah'ın, bir yükümlülük olarak -ibâdetler dahil- kullarından istediği ya da onlara tanıdığı her türlü yetki hak kapsamında ele alınmıştır.

Şu halde çağdaş İslâm hukukçularına ait olan hak tariflerinden birincisinin "*İslâm Hukuku*", ikincisinin ise "*Fıkıh*" merkezli olduğunu söyleyebiliriz.

Her iki şekliyle hak tanımlarından da açıkça anlaşılacağı gibi İslâm hukukunda hakkın kaynağı, hukuk düzeni yani İslâm şeriatıdır. Nitekim Şâfiî usulcüsü **Zencânî** (656/1258) "*beşere nispet edilen hakların varlık ve meşrûiyet kazanabilmesinin ancak Yüce Allah'ın bu hakları belirlemesiyle mümkün olabileceğini*" belirtmektedir.¹¹ Bunun bir gereği olarak "*İslâm*

⁶ Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,96. (Mervezî'nin *Tarikatü'lîlâf beyne's-Şâfiîyye ve'l-Hanefîyye* adlı mahtût eserinden naklen). الحق اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعا

⁷ Bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,98 vd.; Selâme, *Nazariyyetü'l-hak*, 22 vd.; Hammâd, *el-Hak*, 6-16.

⁸ Dirîni, *el-Hak*, 193. الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر، تحقيقا لمصلحة معينة. Abdürrezzâk es-Senhûrî, Ali Hafif, Subhi Mahmasânî, Muhammed Yûsuf Mûsa, İsevî Ahmed İsevî, Belhâc el-Arabî gibi çağdaş İslâm hukukçuları da ufak nüanslarla hakkı aynı şekilde tarif etmektedirler. Bkz. Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 28; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,97-98; Ömerî, *el-Hak*, 28; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 30-31.

⁹ Bkz. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 32.

¹⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, III,10. Ahmed Fehmî Ebu Sünne, Vehbe Zühaylî, Abdüsselâm Dâvud el-Abbâdî, Fahri Demir gibi hukukçular da hakkı benzer şekillerde tarif etmişlerdir. Bkz. Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV,9; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,103; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 69.

¹¹ Zencânî, *Tahrîcü'l-furû'*,333. إنما تفتت الحقوق المضافة إلى العباد بإثبات الله تعالى إياها لهم

*hukukçuları öteden beri insanın sırf insan olması sebebiyle haklara sahip bulunduğu veya hakkın menşeinin toplum olduğu tarzında bir açıklama yerine hakların esasen Allah'ın insanlara bir bağışi ve lutfu olduğunu ifade ederler. Bu görüş, İslâm düşünce geleneğinin özünü teşkil eden tevhid inancıyla, varlık-bilgi-değer sistemleri arasındaki bağıllık ve tutarlılıkla uyum sağladığı gibi, şer'î-teklifi hükümün usuldeki beşli kategorik ayırımıyla ve bu ayırımın bütün dinî, ahlâkî ve hukukî değer hükümlerini kapsamakta oluşuyla da bütünlük arzeder.*¹² İnsanın insan olması itibarıyla bir hakka sahip bulunması veya hakkın menşeinin hukuk düzeni veya toplum olması görüşleri, ancak bu zemin üzerinde ve bu kayıtlar altında ikinci kademedede gündeme gelebilir. Nitekim Şâtıbî (790/1388), ferdin bir hakka sahip oluşunu, ferdin o hakka asaleten sahip oluşuyla değil, şeriatın ferde o hakkı tanımış olmasıyla açıklar ve ferdî haklar olarak nitelendirilebilecek bütün hakların da esasında bir yönüyle Allah hakkı kapsamında bulunduğunu ifade eder.¹³ Bu noktadan hareketle çağdaş İslâm hukukçuları da *İslâm şeriatının esasının hak olduğu yerine hakkın esasının İslâm şeriatı olduğu* fikrini daha doğru bulurlar.¹⁴ Bu anlayışın tabii sonucu olarak İslâm hukuk felsefesinde, hakkın belirli bir gaye ve hikmete bağılı olarak Allah tarafından kullara lütfedildiği ve bağışlandığı, haklarda aslolanın serbestiyet değil bu anlamda bir kayıtlılık ve sınırlılık olduğu fikri hakim olmuştur. Diğer bir ifadeyle bu görüş, hakkın esasında gaye değil meşrû bir gayeyi gerçekleştirme vasıta konumunda bulunduğu ve ancak şâriin yönlendirdiği amaçlar çerçevesinde kullanılmasının doğru olacağı anlamına gelmektedir. İlâhî irâdeye bağıllık ve şâriin gözettiği amaçla kayıtlılık açısından fert ve toplum hakları arasında da bir fark gözetilmez. Hakkın menşeiyle ilgili bu bakış açısı, aynı zamanda ferdî ve ictimâî hak ve sorumluluklarla temel hak ve hürriyetlerin meşrûiyet zemin ve çerçevesini de belirler.¹⁵

Hukukçular hakkın mutlak ya da sınırlı oluşu meselesini incelerken "*hakkın özü*" diye bir kavramdan söz ederler. Yukarıda arz edilen temel bakış açısı ve çizilen çerçeveye uyumlu olmak üzere, haklarda aslolan serbestiyet olmayıp kısıtlılık ve sınırlılık olmakla birlikte, sınırlamaların hiçbir zaman, bir hakkın özüne dokunmaması, yani onu anlamsız hale getirip ortadan kaldırmaması gerekir. Yoksa artık sınırlama kavramı ile değil, öze dokunma kavramı ile karşı karşıya gelmiş oluruz.¹⁶ *Herhangi bir sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığını belirleyen kriter ise, sınırlamanın, hakkın gayesine uygun biçimde kullanılmasını son derece zorlaştırması veya onu kullanılamaz duruma düşürmesidir.*¹⁷

Hak kavramı hukuk düzeninin tanıdığı bir aidiyeti ifade ettiğine göre, bunun tabii sonucu olarak hak sahibi bu yetkisini hukukun tanıdığı sınırlar içinde kullanmak durumundadır. Zira hak sahibi sadece bu çerçevede tasarrufta bulunmaya yetkilidir. Hatta bu yetkinin hukukun belirlediği çerçevede kullanılması da yeterli olmayıp, aynı zamanda hakkın verilmiş gayesini tahakkuk ettirmeye yönelik olması da zorunludur. Aksi takdirde hak, bir haksızlığa dayanak kılınmış olur.¹⁸ Örneğin ölümcül bir hastanın sırf kanunî mirasçılarını mirastan mahrum bırakmak ya da miras paylarını düşürmek kastıyla vasiyette bulunması

¹² Bardakoğlu, "Hak", XV,142.

¹³ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II,598.

¹⁴ Dirîni, *el-Hak*, 71; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,433; Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyetü'l-hâssa*, 212-213; Arabî, *el-İktisâd*, 159; Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâî*, 114-123; Belhâc, *Nazariyyetü'l-hak*, 57. *إن الشريعة هي أساس الحق، وليس الحق هو أساس الشريعة* (İbare Dirîni'ye ait).

¹⁵ Bardakoğlu, "Hak", XV,142. Ayrıca bkz. Dirîni, *el-Hak*, 22,69-71; Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâî*, 114-123; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,433; Arabî, *el-İktisâd*, 159; Belhâc, *Nazariyyetü'l-hak*, 57; Takî Abd Sâlim, "el-Milkiyyetü'l-ferdiyye", 130; Ünalın, *Hak ve Hakkın Kötüye Kullanılması*, 22 vd.

¹⁶ Örücü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 37.

¹⁷ Özakman, *Türk Hukukunda Mecra İrtifakları*, 29.

¹⁸ Bkz. Dirîni, *el-Hak*, 195; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 33.

halinde, vasiyet hakkı dayanak yapılarak bir haksızlığa sebebiyet verilmiş olmaktadır ki, bu durum, hukuk düzeninin temel amacına aykırıdır. Zira *hukuk, haksızlıkları korumak ve onlara meşrûiyet kazandırmak için değil, bilakis bu gibi durumların önüne geçmek için vardır*. Bundan dolayıdır ki İslâm hukuku, "*hakkın verilmiş gayesi dışında veya bir başkasına zarar verme kastıyla ya da zarar verecek şekilde kullanılması*"¹⁹ demek olan hakkın kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Zira her hak bir gaye ve maslahatın teminine yönelik olarak verilmiştir.²⁰ Bundan dolayı çağdaş İslâm hukukçuları hakkın kötüye kullanılması nazariyesinin temelde hakkın çerçevesiyle ilgili değil, hakkın amacı ve gayesiyle irtibatlı olduğunu söylerler.²¹ İşte bu maslahatın gerçekleştirilmesi ve mefsetetin izâle edilmesi, söz konusu hakla ilgili İslâm hukukunun genel/külfî prensibini oluşturmaktadır. Bunun gereği olarak da "*cüzî tasarruflar, genel ilkeye aykırılık arz etmemelidir*"²² kâidesi gereği bir hakkın kullanımının, verilmiş gayesine aykırı sonuçlar doğurmaması gerekir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması, verilmiş gayesine ters düştüğü gibi bir çok âyet ve hadise de aykırıdır.

Bu arada insanın fiil ve tasarruflarıyla başkasına zarar vermemesi de temel bir esastır. Zira Hz. Peygamber (sav) "*zarar ve zarara zararlarla mukâbele yoktur*"²³ buyurmuştur. Demek ki insanın kendisi için vazgeçilmez olan hak ve hürriyetlerini başkalarına zarar verecek şekilde kullanmasına müsâmaha edilmeyecektir. Yani, bu hak ve hürriyetler - yukarıda da işaret edildiği gibi- insanın varlığıyla ilintili olup mutlak ve dokunulmazdır, denilemez. Şayet böyle olsaydı, hiçbir otorite tarafından asla müdahale ve kontrol edilemezlerdi.²⁴

Mutlak hak ve hürriyetler fikri reddedilince, hak sahibinin faaliyetleri hukukun denetimine açık olacak; hukukun tanıdığı haklar meşrû, tanımadıkları ise gayri meşrû sayılacaktır. Öyleyse *bireysel hak ve hürriyetler, ancak toplumsal hak ve hürriyetlerle kesiştiği asgarî müştereklere riâyet etmek kaydıyla kullanılabilir*. Bu esastan hareketle fertlerin, kendi mallarını -kamu zararına olarak- imha etme hakları dahi sınırlandırılmaktadır.²⁵

Hakların verilmiş gayelerini ve hak ve hürriyetlerin kullanımının en geniş anlamda başkalarına zarar verecek şekilde olmaması gibi ilkeleri dikkate alan çağdaş İslâm hukukçuları, temel dayanağını naslardan alan²⁶ ve esasen klasik literatürde -dağınık da olsa- geniş bir çerçevede işlenmiş bulunan "*hakkın kötüye kullanılması teorisi*"ni müstakil çalışma konusu edinmişlerdir. Özellikle zarar vermeyi yasaklayan naslar ve bunlara dayalı

¹⁹ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 56.

²⁰ İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, II,293; Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II,615.

²¹ Dirîni, *et-Teassüf*, 164.

²² Dirîni, *et-Teassüf*, 46,87. التصرف الجزئي يجب ألا يتناق مع ما تقتضيه القاعدة الكلية.

²³ İbn Mâce, "Ahkâm", 17; Muvatta, "Akdiye", 31; Ahmed, Müsned, V,327. Benzer rivâyetler için bkz. Buhârî, "Edeb", 31; Ebu Dâvud, "Akdiye", 31; Tirmizî, "Bir", 27; İbn Mâce, "Ahkâm", 17. لا ضرر ولا ضرار Rivâyet ilimleri açısından hadisin değerlendirmesi için bkz. İbn Receb, *Câmiu'l-ülûm ve'l-hikem*, 470-473; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,337,339. "*Zarar vermek de zararlar zararlarla mukâbele etmek de yoktur*" hadisi, çalışmamız boyunca sık sık söz konusu edileceğinden, hadisin her geçtiği yerde tahriri yapılmayacaktır. Ayrıca anlatımda bir çeşni teşkil etmesi için hadisin tercümelerinde yeknesaklığa riâyet edilmeyecek, konuma uygun ifadelerle seçilmeye çalışılacaktır. Diğer yandan bahse konu hadisin bazı rivâyetlerinde, hadisin baş kısmında "*İslâm'da ...*" ilavesinin bulunması dikkate alınmak suretiyle zaman zaman hadis, bu ilaveyle birlikte nakledilecektir. Öte yandan genel bir şekilde zarar yasaklayan bu hadisin sihhati konusunda Zâhirî hukukçu İbn Hazm'ın bazı itirazları bulunmakatadır ki, ileride bu itirazlara ayrıca temas edilecektir.

²⁴ Kallek, "*Hilâfet ve İktisat*",111; Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 72.

²⁵ Kallek, "*Hilâfet ve İktisat*",111.

²⁶ Hakkın kötüye kullanılması teorisinin delilleri için bkz. Dirîni, *et-Teassüf*, 91-223; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 123-190.

ictihadlardan hareketle İslâm hukukçuları hakkın kötüye kullanılmasını belirli prensiplere bağlamışlardır. Buna göre;²⁷

- Hakkın ızzar kastıyla kullanılması
- Hakkın kullanılması sonucunda fâhiş zararın ortaya çıkması
- Hakkın kullanılmasının üçüncü şahıslar için umumi bir zarar meydana getirmesi
- Hakkın kullanılmasında meşrû menfaat yokluğu
- Menfaatler arasında aşırı oransızlık hallerinde hak kötüye kullanılmış olmaktadır.

Bu anlayışın, hakkın amacı dışında veya sırf başkasına zarar verecek şekilde kullanılması, hakkın kullanılmasının kişiye sağladığı yararlar başkalarına verdiği zarar arasında açık nisbetsizliğin bulunması gibi ölçülerle ifade edilmesi de mümkündür.²⁸

Zaten hakkın kötüye kullanılması nazariyesi de çakışan menfaatler arasında dengeyi sağlama düşüncesinin ürünüdür. Bunun gereği olarak da "her kanun normu, kanun koyucunun çatışan menfaatlere biçtiği kıymetin bir ifadesidir."²⁹ Kaldı ki hukukun amacı da menfaatler arasında bir muvazene kurmak ve adaleti sağlamaktır. Nitekim **Çobanoğlu**'nun ifadesiyle "hukuk ancak gayr-ı âdil olan hürriyeti tahdit eder. Bu ise, hürriyet değil, gerçek hürriyetin sui istimalidir."³⁰ Şu halde şayet hukuk, herhangi bir hürriyeti sınırlandırmış ise, orada mutlaka başka bir hürriyetin korunması ya da fert veya toplumdan bir zararın bertaraf edilmesi vardır.³¹ Bu aynı zamanda "başka şahısların haklarının da hukukî güvenceye sahip olması"³² prensibinin de gereğidir. Gerek hukuk ilminin, gerek hukuk nizamının gayesi de, ferdin serbest faaliyetinin hudutlarını çizmek ve çerçevesini belirlemektir.³³

Yukarıda sayılan kriterler yanında İslâm hukukçularının ele aldığı bir diğer husus ise, hakkın kötüye kullanılmasında, tasarrufta bulunan şahsın kastının belirleyici olup olmaması hususudur. İslâm hukukçuları, borçlar ve eşya hukuku alanında hakların kazanılması ve kaybedilmesinde, ilgili şahsın iyi niyetli olmasına (*sübjektif iyi niyet*) sınırlı haller dışında fazla bir önem atfetmemişler, bu konuda mümkün olduğu ölçüde objektif ölçüleri ve kuralları işletmişlerdir... Hakkın kullanılmasında ise, objektif ve sübjektif iyi niyet şartı üzerinde de durulduğu görülür.³⁴ İslâm hukukçularından bir kısmı hakkın kullanılmasında kriter olarak başkasına zarar verme kastını (*sübjektif ölçü*) esas alırken, diğer bir kısmı ise başkasının zarar görüp görmemesini (*objektif ölçü*) esas almıştır. Başkasına zarar verme kastının ölçü alınması, hakkın kötüye kullanımının kapsamını daralttığı gibi kastın sübjektif karakteri de ispat ve uygulama zorluklarını beraberinde getirmektedir. Bundan dolayı İslâm hukukçularının diğer bir kısmı, hakkın kullanımında hak sahibinin kastını değil kullanımın herhangi bir zarara yol açıp açmadığını ve bu zararın diğer yarar ve zararlarla dengesini ölçü almayı tercih etmişlerdir. Bu bir öncekine göre daha objektif karakterde olması sebebiyle ispat ve uygulama açısından daha çok kolaylık taşır.³⁵ Kaldı ki kasıt iç alemiyle ilgili bir husus olduğundan somut göstergeler ya da karînelere olmadan anlaşılması mümkün değildir.

²⁷ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 83 vd. Ayrıca bkz. Dirîni, *et-Teassüf*, 37-38,165; Zerkâ, *et-Teassüf*, 53; Enver Sultan, "Nazariyyetü't-teassüf", 89; Hanbûle, *Vazife ictimâiyye*, 238-239; Hammûd, *el-Hak*, 166-167; Bardakoğlu, "Hak", XV,148.

²⁸ Bkz. Zerkâ, *et-Teassüf*, 53; Osman, "et-Teassüf", 14 vd.

²⁹ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 67. (E. Hırş, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, 196).

³⁰ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*,48.

³¹ Ebu Zehra, *et-Tekâfülü'l-ictimâî*, 22.

³² Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,492. حق الغير محافظة عليه شرعا

³³ Bkz. İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 328.

³⁴ Bardakoğlu, "Hak", XV,146.

³⁵ Bardakoğlu, "Hak", XV,147.

Bu arada çağdaş İslâm hukukçularından **Dirîni**, bir hak kullanılırken hukuka uygunluğun yeterli olmayıp, bu tasarrufun doğurduğu sonuçların da hukuka uygunluğunun (veriliş gayesiyle uyumlu olup zarar içermemesi) zorunlu olduğunu ısrarla vurgular.³⁶ **Dirîni** bu prensibi hakkın kullanılmasında genel bir ilke olarak belirlemekte ve bu noktada hak türlerine göre bir ayırımdan söz edilemeyeceğini söylemektedir. O, bu düşünceyi bir çok âyet, hadis ve ilk dönem icthadları yanında "*meâlâtü'l-ef'âl: fiil ve tasarrufların doğuracağı/doğurduğu sonuç*" diye isimlendirdiği ve **Şâtübî** (790/1388)'nin "*fiil ve tasarrufların doğuracağı/doğurduğu sonuçlar, hukuken dikkate alınması gereken temel bir esastır*"³⁷ şeklinde belirlediği kâide üzerine bina etmektedir.³⁸ Bununla birlikte **Dirîni**, mülkiyet hakkının kullanımından üçüncü şahısların ve özellikle komşuların zarar görmesi durumunda bu hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirleyen unsurun, bireyin tasarrufta bulunduğu esnadaki niyyeti değil, bu tasarrufun doğurduğu maddi sonuç olduğunu özellikle belirtir.³⁹ Buna göre mülkiyet hakkının kullanımında bu hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirleyen ölçü, tasarrufun doğurduğu maddi sonuçlar (objektif ölçü) olacak ve yarar-zarar dengesine göre bir tercihte bulunulacaktır.

Hak kavramının ait olduğu şahsa bir yetki vermesi, bu yetkiye karşı diğer şahısların konumu açısından "*borç*" ya da "*ödev*" kavramlarını göndeme getirir. Nitekim hukuk hayatında "*hak*" ve "*borç*" veya "*ödev*" arasında çok nazik bir karşılıklık ilişkisinin bulunduğu görülür. Hukuk düzeninin belirli bir kişi için tanıdığı "*hak*", başka bir kişi için "*hukukî yükümlülük*", "*borç*" veya "*ödev*" doğurur. Alacaklıya alacağını isteme hakkı tanıyan hukuk kuralı aynı zamanda borçlu için bir hukukî yükümlülük veya ödev belirlemiş olmaktadır.⁴⁰

Bu ilişkiyi özel mülkiyetle ilgili hukukî düzenlemeler açısından düşündüğümüzde, "*hak*" ve "*ödev*" kavramlarının ilgili şahıslar açısından karşılıklı değişkenliğini de görürüz. Malikin, başkalarından mülkiyet hakkına saygı duyulması ve tecavüz edilmemesini isteme hakkı yanında, bu hakka dayalı tasarruflarında başkasına zarar vermeme ödevi de vardır. Nitekim hakkı tarif ederken "*yükümlülük*" unsurundan söz eden çağdaş İslâm hukukçuları, "*hak-ödev*" kavramları arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmek istemişlerdir.⁴¹

İnsan-eşya ilişkilerinin hukukî ifadesi ve insana eşya üzerinde en güçlü yetkileri bahşeden temel bir hak olan mülkiyet hakkı ve bu hakkın kullanımıyla ilgili düzenlemelerin, İslâm hukukunun yukarıda çerçevesi belirlenen genel hak anlayışının dışına çıkmayacağı/çıkamayacağı tabiidir. Zira mülkiyet, muayyen bir eşya üzerindeki hakkın ifadesidir ve bu anlamda hak, mülkiyet kavramına göre daha şumullüdür.

Hakların kendi başına gaye olmayıp yalnızca belirli gaye ve maslahatların gerçekleştirilebilmesi için bir vesile olması ve "*amacını gerçekleştirmeden uzak olan her tasarrufun bâtıl*"⁴² kabul edilmesinin bir sonucu olmak üzere İslâm hukukçuları, mülkiyetin - teferruata ait bazı yaklaşımlar istisna edilirse- fert ve kamu yararına bir takım sınırlamalara tabi olduğu noktasında ittifak halindedirler. Bu cümleden olmak üzere gayri meşrû kazanç

³⁶ Dirîni, *et-Teassüf*, 87.

³⁷ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, مآلات الأفعال أصل معتبر، ومقصود شرعا Bu kâidenin bir benzerini Bezdevî'de görmekteyiz. "*Hukukî olaylar sonuçlarına göre değerlendirilir.*" إنما الأمور بعواقبها Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV,369. Muhtemelen bu kâide, kişinin son nefesinde emaneti Allah'a imanla teslim etmesinin belirleyici olduğunu ifade eden ve anyı lafızlarla nakledilmiş olan bir hadisten (إنما الأعمال بالخواتيم)istinbât edilmiştir. Bkz. Buhârî, "Kader", 5; "Rikâk", 33; Tirmizî, "Kader", 4; Ahmed, Müsned, V,335.

³⁸ Dirîni, *el-Hak*, 233,241; a.mlf., *et-Teassüf*, 46 vd.

³⁹ Dirîni, *et-Teassüf*, 65-66.

⁴⁰ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 130.

⁴¹ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, III,10; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,103.

⁴² İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, II,293. كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل

yollarının (faiz, kumar gibi) yasaklanması, şuff'a, istimlâk, eksik ehliyetlilerin tasarrufları, üçüncü şahısların ve kamunun haklarını korumaya yönelik sınırlamalar... sayılabilir. O halde İslâm hukukçuları temelde özel mülkiyeti kazanım açısından sınırlı gördükleri gibi, tasarruf açısından da sınırlılık fikrini benimsemektedirler.⁴³ Bu durumda şahsın özel mülkündeki tasarruflarının mutlak olup olmadığı ile ilgili tartışmaların, darlık-genişlik açısından tasarruf çerçevesini belirleme ve genel bir ifadeyle zararı nefyeden "*İslâm'da zarar vermek ve zarara yine zararlar karşılık vermek yoktur*" hadisinin mülkiyet tasarruflarında temel bir ilke olarak benimsenip benimsenmeyeceği noktasında olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte İslâm hukukçularının çoğunluğu -biraz sonra görüleceği üzere- başkasının zarar görmesine sebebiyet veren tasarrufların engelleneceğini bir ilke olarak benimsemişler ve bunu "*kişinin kendi öz haklarındaki tasarrufu, bu tasarruftan komşuların ve diğer insanların zarar görmemesi şartıyla sahihtir*"⁴⁴ şeklinde kâideleştirmişlerdir. O halde İslâm hukukçuları arasındaki görüş ayrılıkları, ne tür zararların bu kapsamda mütalaa edilip edilmeyeceği noktasındadır. Şimdi bu durumun fıkıh doktrinine nasıl yansıtıldığına genel hatlarıyla bir bakalım.

II. İSLÂM HUKUKU DOKTRİNİNDE ÖZEL MÜLKTE TASARRUF

İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf konusu ele alınırken, her bir fıkıh ekolü içinde hem zaman hem de bölgeye bağlı farklılıklar göz önünde bulundurulmak suretiyle, söz konusu görüşler bir mezhebe nisbet edilmektense, o mezhebe mensup âlimlerin görüşleri şeklinde ele alınması daha doğru olacaktır.

A. HANEFÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ

Hakların mutlak olup olmadığı tartışmalarında ve özel mülkte tasarruf yetkisinin çerçevesini belirlemeye yönelik çalışmalarda, Hanefî mezhebinin ve özellikle **Ebu Hanîfe** (150/767)'nin, oldukça ferdiyetçi bir yaklaşımla herkesin özel mülkünde tasarrufta hür olduğu ve başkaları bu tasarruftan zarar görse bile hiçbir şekilde sınırlama yoluna gidilemeyeceği görüşünde olduğu ifade edilir. Nitekim Hanefî fıkıh literatürünün temel eserlerinde bu fikrin oldukça açık bir şekilde ortaya konulduğu görülmektedir. İşte bu noktada **Serahsî** (483/1090) ilk dönem Hanefî fıkıhının görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: "*Ortak bir gayri menkul paylaşıldıktan sonra hissedarlardan birisi kendi arsasında yüksek bir bina yapmak istese diğer komşu, "benim rüzgarıma engel oluyorsun, güneşimi kapatıyorsun" diye malikin bu tasarrufuna mani olamaz; dilediği yükseklikte binasını yapabilir. Çünkü bina yaptığı yer kendi öz mülküdür ve herkes kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir; komşusunun buna engel olma hakkı yoktur. Dolayısıyla malik sıfatına haiz olan şahıs söz konusu yerde söz gelimi hamam, fırın yapabilir, kapı, pencere açabilir; zira kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktadır. Şayet bu şahıs söz konusu yerde değirmen çalıştırsa, ya da demircilik, çamaşırcılık gibi meslekleri icra etseydi başkaları bu faaliyetlere engel olabiliormiydi?! Sözün özü, kendi mülkünde tasarrufta bulunan şahsa, başkası bundan*

⁴³ Fazlurrahman, İslâm hukukçularının mülkiyet hakkını mutlak nitelikli bir hak olarak gördüklerini, özel mülkiyetin mutlak ve sınırsız olmadığına ise, çağdaş İslâm hukukçularının ifade ettiği bir durum olduğunu iddia etmekte ve kendisi de bu görüşe katıldığını söylemektedir. Bkz. Fazlurrahman, "*İslâmiyet ve İktisadî Adâlet Meselesi*", 36. Zayıf bile olsa hukukî dayanaktan yoksun bulunan bu iddianın ciddiye alınacak bir tarafı bulunmamaktadır.

⁴⁴ Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik*, 45; Kırkağâçî, *el-Kavâid*, 30. تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يضر به الجار وغيره.

zarar görüyor diye mani olunamaz; herhangi bir şekilde tasarruflarının hukuken sınırlandırılmasından söz edilemez.⁴⁵

Serahsî bu hukukî açıklamaları yaptıktan sonra özel mülkünde tasarrufta bulunan kimsenin başkasına zarar veren tasarruflardan kaçınmasının ahlâkî bir erdem olduğunu da ifade etmektedir. "Kişi kendi öz mülkünde mutlak tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte, komşuya zarar/eziyet veren tasarruflardan uzak durursa, bu fevkalâde güzel bir davranıştır."⁴⁶

Yine bu görüşe paralel olmak üzere Hanefilere göre kişi kendi mülkünde kuyu açabilir, kanal kazabilir. Bunlardan akan suyun komşunun arazisine taşması durumunda hiçbir sorumluluğu yoktur. Aynı şekilde tarlasındaki anızı yakmadan kaynaklanan zararlardan da sorumlu değildir. Ancak bu noktada **Cassâs** (370/980), kişi kendi arazisi dahilindeki bir alana su döker ve bu su komşunun arazisinden fişkırpıp mahsulüne zarar verirse, istahsânen bu zararın tazmin edilmesi gerektiğini söylemektedir.⁴⁷

Bir şahsın kendi arsasında yüksek bina yapması durumunda bitişik bina sahibinin "rüzgarıma engel oluyorsun, güneşimi kesiyorsun" gibi gerekçelerle buna mani olma hakkının bulunmamasının sebebini Hanefî fikhının önde gelen hukukçularından **İbnü'l-Hümâm** (861/1456), zâhiru'r-rivâye açısından şu şekilde açıklamaktadır: "Boş arsaya arsa sahibi bina yapmadan önce bitişikte bulunan bina sahibi, onun hava sahasından istifade ediyordu. Dolayısıyla arsa sahibi bina yapmakla diğer şahsın yalnızca kendi mülkünden yararlanmasına engel olmuş olmaktadır; yoksa onun mülkünü ya da menfaatini itlaf etmiş değildir. İşte bu durum aynen kişinin, komşunun bahçesinde bulunan mülk ağacının gölgesinden komşusu yararlanırken, ağacı kesmek istemesi üzerine komşunun "benim istifademe mani oluyorsun" diye buna karşı çıkmasına benzemektedir. Komşunun bu karşı çıkışının yersiz olduğu ve dikkate alınmayacağı açıktır."⁴⁸

Hanefilerin özel mülkte mutlak tasarruf görüşü aslında mülkiyetin hükmüyle ilgili temel yaklaşımlarına dayanmaktadır. Bu fikh mezhebinin dirâyetli hukukçularından **Kâsânî** (587/1191) bu hususu şöyle açıklamaktadır: "Milkin hükmü, milk konusu şeyde şahsın kendi irâde ve isteğiyle tasarruf yetkisine sahip olmasıdır. Bu noktada zarûret halleri dışında hiç kimse söz gelimi tasarrufta bulunmaya zorlayamaz. Aynı şekilde başkasının hakkının taalluk etmesi durumu hariç hiç kimsenin -zarar görse bile- şahsın tasarruflarına mani olma hakkı da yoktur. Dolayısıyla hak sahibinin rızâsı dışında tasarruflarına mani olunması veya onun izni olmaksızın mülkünde bir başkasının tasarrufta bulunabilmesi, ancak zarûret hallerinde mümkündür... Zira malik, başkalarının zarar görüp görmemesine bakılmaksızın kendi özel mülkünde mutlak tasarruf yetkisine sahiptir... Bunun bir gereği olmak üzere temel prensip, özel mülkte mutlak tasarruf yetkisidir; bu yetkinin sınırlandırılması ise, başka bir şahsın aynı bir hakkının taalluk etmesi şartına bağlı olarak istisnâî bir haldir. Dolayısıyla bu tür bir hak taalluku olmadığı sürece hukuken sınırlama yoluna gidilemez. Şu kadar var ki, üçüncü şahıslara nisbetle zarar içeren tasarruflardan uzak durmak diyâneten vâcibtir."⁴⁹

Özellikle **Ebu Hanîfe** (150/767)'nin meseleye yaklaşımını yansıtan ve şahsın kendi öz mülkündeki tasarruflarının mutlak olup yasal sınırlamaya tabi tutulamayacağı görüşü,

⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,21. والحاصل أن من تصرف في خالص ملكه، لم يمنع منه في الحكم، وإن كان يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير. Ayrıca bkz. Cassâs, *Muhtasar ihtilâfu'l-ulemâ*, III,411,413; Kâsânî, *el-Bedâî*, VI,263-264; Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,325; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*,281; a.mlf., *el-Bahru'r-râik*, VII,33.

⁴⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,21. ...وإن كلف عما يؤدي حاره، كان أحسن له.

⁴⁷ Cassâs, *Muhtasar ihtilâfu'l-ulemâ*, III,413.

⁴⁸ Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326.

⁴⁹ Kâsânî, *el-Bedâî*, VI,263-264. حكم الملك، ولاية التصرف في المملوك باختباره... إن الملك مطلق للتصرف في الأصل، والمنع منه لعارض تعلق حق الغير، فإذا لم يوجد التعلق لا

يمنع، إلا أن الامتناع عما يؤدي إلحاق ديانة واجب

Kâsânî'nin de ifade ettiği üzere, kişinin milk hakkı ve milkin hükmü yanında; **Ebu Hanîfe**'nin hukuk felsefesi açısından maslahat-zarar dengesine yaklaşımının da bir sonucudur. Buna göre zararın giderilmesini yalnızca diğer şahıslar açısından değil mal sahibi açısından da düşünmek gerekir. Çünkü bir kimsenin mülkünde tasarruf hürriyeti, temelde hakka dayanır. *Bireylere kişisel mülkiyet hakkının tanınması ise, şâri'in bunda üstün bir maslahat görmesi sebebiyledir.* Dolayısıyla başkasının uğradığı zarar, mülkünde tasarrufta bulunan kişiye zarar vermek suretiyle giderilmemelidir. Kaldı ki zarar gerekçesiyle şahsı mülkünde tasarrufta bulunmaktan alıkoymak, onu meşrû bir maslahattan mahrum bırakacağından daha büyük bir zarardır. Binaenaleyh malikin tasarruf hürriyetinin sınırlandırılması haksız yere büyük bir zarara uğratılması demektir.⁵⁰

Buraya kadar arz edilen görüşler özellikle mezhebin kurucu müctehidi **Ebu Hanîfe**'nin özel mülkte mutlak tasarruf selâhiyeti görüşünde olduğunu net bir şekilde ortaya koymaktadır. **Ali Bardakoğlu**'nun ifadesiyle *mutlak hak anlayışına göre hakkın kullanılmasını sınırlayan ilk kayıt, hakkın hukukî ve kanunî sınırlar içinde kullanılması* mecburiyettir. Eğer bu sınır aşılar ve başkasının hakkına tecavüz edilirse ve bu süreçte bir zarar meydana gelirse, bu takdirde hakkın kötüye kullanımı değil, sınır dışında kalan kısım itibarıyla haksız fiil söz konusudur; mesele bu çerçevede ele alınır ve zarar önlenmeye çalışılır. Bu durum, özellikle Hanefî literatüründe tazminat hukukunun ana konusunu ve örneklerini teşkil eder.⁵¹

Bu hususta *ikinci kayıt* olarak *zaruret hali* zikredilebilir. **Mecelle**'de "*Izdırar gayrın hakkını iptal etmez*" (md.33) şeklinde ifade edilen ilke, "*Cevâz-ı şer'î damâna münâfi olur*" (md.91) kâidesine bir kayıt ve açıklık getirerek meşrû müdafaa, açlık gibi zarûret hallerinin bu esnada işlenen hukuka aykırı fiillerin cezaî sorumluluğunu kaldırsa da üçüncü ve mâsum şahısların haklarını yok etmeyeceğini hükme bağlamaktadır.⁵² Ayrıca şer'î izin tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırabilmesi için izin, hukuken belirlenen çerçevede kullanılması ve haksız fiile yol açmaması gerekir.⁵³

Kâsânî (587/1191)'nin verdiği bilgilerden açıkça anlaşılacağı gibi özel mülkte mutlak tasarruf yetkisini sınırlayan *üçüncü bir kayıt da, başka bir aynî hakkın taallukudur.* **Ömer Nasuhi Bilmen** (1971) bunu "*bir kimsenin mülküne başkasının hakkı taalluk ederse bu hak, o kimseyi bu mülkünde istiklâl üzere tasarruftan meneder*" şeklinde ifade etmiştir.⁵⁴ Bunun en açık örneğini fert yararına sınırlamalar bölümünde ele alınacak olan rehin akdi oluşturmaktadır. Rehin bırakılan mal (merhûn), rehin veren kişinin (râhin) mülkü olmasına rağmen, rehin alan şahsın (mürtehin) hakkının taalluk etmesi sebebiyle râhinin mülkündeki tasarruflarına bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Aynı durum kira akdinde kiracı ile ev sahibi ilişkisi açısından da geçerlidir. Kiracı, ev sahibinin me'cûrdaki tasarruflarından zarar görmesi halinde, bu tasarruflara mani olabilir.⁵⁵ Bu türden başkasının hakkının taalluk etmesi sebebiyle mal sahiplerinin tasarruf yetkilerinin sınırlandırıldığı bir diğer durum ise, ortaklardan her birinin, ortaklık konusu mal ya da menfaatte, diğer ortakların haklarını koruma açısından yalnız başlarına tasarrufta bulunamamalarıdır. "*Hakku't-teallî*" denilen alt-

⁵⁰ Dirîni, *et-Teassüf*, 124. Krş. Ebu Zehra, *Ebu Hanîfe*, 462-463.

⁵¹ Bardakoğlu, "*Hak*", XV,147. Krş. Zerkâ, *et-Teassüf*, 26-27.

⁵² Bardakoğlu, "*Hak*", XV,147.

⁵³ Kırkağâci, *el-Kavâid*, 35. Bu kâide karşısında fukahânin konumu için bkz. Mahmasânî, *el-Mûcebât ve'l-ukûd*, I,37-38.

⁵⁴ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*, VII,174. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, *Ebu Hanîfe*, 463.

⁵⁵ Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrû'r-râik*, VII,29.

üst maliklerinin yalnız başlarına tasarrufları için de aynı durum söz konusudur. Bu tasarruflar da zarar vermeme şartına bağlı olarak geçerlidir.⁵⁶

İlk dönem Hanefîlerin özel mülkte mutlak hak görüşünde olduğunu göstermesi bakımından önemli bir bilgi de **Ebu Hanîfe** (150/767)'nin bir soruya verdiği söylenen şu cevaptır. Buna göre **Ebu Hanîfe**, komşusunun kendi duvarının dibine buzhane (mücemmide) açtığı ve bundan zarar gördüğü şikayetiyle gelen şahsa, "*sen de duvarın hemen dibine fırın yap ki, orada biriken buzları eritsin*" tavsiyesinde bulunmuştur.⁵⁷ Daha geç döneme ait bazı kaynaklarda ise bu bilgi, evinin yakınına kuyu açan bir şahsın bu faaliyetinden şikayetçi olan kişiye **Ebu Hanîfe**'nin, "*sen de kendi yerinde onun kuyusuna yakın bir yere lağım çukuru (fosseptik) aç*" tavsiyesinde bulunduğu şeklindedir. Mutazarrır şahsın bu tavsiye doğrultusunda lağım çukuru açması üzerine kuyusunun kirlendiğini gören ilk tasarruf sahibi kuyuyu kapatmak zorunda kalmıştır.⁵⁸ Hanefî hukukçulardan **Zahîruddîn el-Merğînânî** (619/1222)'nin de aynı şekilde fetvâ verdiği söylenmektedir.⁵⁹

Görüldüğü gibi bu hadisede **Ebu Hanîfe** (150/767), hakkında şikayette bulunulan şahsın yaptığının doğru olmadığı ve bu tür tasarrufların hukuken engellenmesi gerektiği şeklinde bir cevap verme yerine, o şahsın tasarrufunun kendi mülkünde olması ve mülkiyetin, mülk sahibine mutlak tasarruf yetkisi vermesi dolayısıyla hukukî olarak herhangi bir kısıtlama yoluna gidilemeyeceğini belirtmiş ve mağdur olduğunu söyleyen şahsa mağduriyetten kurtulma noktasında tavsiyede bulunmuştur. Ancak **Ebu Hanîfe**'ye izâfe edilen bu olayın, İslâm hukukunun temel ilkeleri ve fıkıh mantığı açısından değerlendirilmesinde zarûret vardır; nitekim ileride bu nokta üzerinde durulacaktır.

İlk dönem Hanefî fakihlerinin, bireyin kendi mülkünde mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğu şeklindeki görüşleri "*hisbe*" müessesesini konu edinen bazı çalışmalara da yansımıştır. Bu cümleden olmak üzere evine ocak veya değirmen koyanlardan, meselâ demirciler ve çamaşırcılar, komşular eza görürse buna itiraz edilmez ve menedilmez; çünkü insanlar kendi mülklerinde istedikleri gibi tasarruf ederler. Bunlarda da zaruret mevcuttur.⁶⁰

Genelde ilk dönem Hanefî fakihlerine ve özellikle mezhebin imamlarına nisbet edilen özel mülkünde mutlak tasarruf görüşüyle ilgili olarak Hanefî fıkına ait bazı eserlerde ve çağdaş çalışmalarda mezhebin kurucu müctehidlerinden **Ebu Yûsuf** (182/798)'un, özel mülkte tasarruf konusunda itlak değil, takyid görüşüne sahip olduğu nakledilmektedir.⁶¹ Hanefî usulcülerden **Abdülazîz el-Buhârî** (730/1329)'den öğrendiğimize göre **Ebu Yûsuf**, hiç kimsenin mülkünde, komşuların herhangi bir şekilde (gürültüsünden, kokusundan) zarar gördüğü ve zarar içerdiği açık olan tasarruflarda bulunamayacağı ve komşuların bu tür tasarruflara mani olabilecekleri görüşündedir.⁶² Bu cümleden olmak üzere bir kimse kendine ait binayı, şayet hamam olarak işletmek ister ve hamamın dumanından komşular rahatsız olurlarsa, bu tür bir işletmeye müsaade edilmez. Ancak hamamdan çıkan duman ile komşuların evlerinden çıkan dumanın eşit ya da birbirine yakın derecede olması halinde hamam işletmesine hukuken mani olunamaz. *Zira eşit derecede iki şahsî menfaatin çatışması*

⁵⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,325; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,30. Ayrıca bkz. Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*, VII,174-175; Ebu Zehra, *Ebu Hanîfe*, 463.

⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,21.

⁵⁸ Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,325-326; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,33.

⁵⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326.

⁶⁰ Kavakçı, *Hisbe Teşkilatı*, 72.

⁶¹ Bkz. Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV,520-521. *روي عن أبي يوسف رحمه الله فيمن تصرف في خالص ملكه بما يضر جيرانه أنه يمنع عنه*. Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; Mahmûd Hamza, *el-Ferâidu'l-behiyye*, 110; Mahmasânî, *el-Mûcebât ve'l-ukûd*, I,37; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,132; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*, VII,176.

⁶² Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV,521.

durumunda, zilyed ve mülk ciheti tercih edilir. Bunun yanında **Ebu Yûsuf**'a bir şahsın, manifaturacılar karşısında kendine ait binada ekmek fırını çalıştırması sorulunca, bazen kıyas gereği böyle bir tasarrufun geçerli olduğu, bazen de malikin böyle bir yetkisinin olmadığı şeklinde fetvâ verdiği de nakledilmektedir.⁶³

Ebu Yûsuf (182/798)'un özel mülkiyet tasarruflarında kayıtlılık ve sınırlılık görüşünde olduğunu gösteren bazı bilgilere onun bizzat kendi eserlerinde de rastlamak mümkündür. Ancak burada dikkatten kaçırılmaması gereken önemli bir husus, **Ebu Yûsuf**'un, başkasının zararına sebebiyet veren tasarrufların hukuken engellenmesi meselesinde, malikin kötü niyetli olması yani zarar kastı taşıması (sübjektif ölçü) unsurunu ön plana çıkarmasıdır. Yani **Ebu Yûsuf**'a göre, kişinin herhangi bir malî tasarrufunun hukuken engellenebilmesi için, maddî sonuç yeterli olmayıp, aynı zamanda şahsın söz konusu tasarrufta bulunurken zarar kastı taşıdığı olması da gerekir. Malikin zarar kastı taşıyıp taşımadığı da karîneler yardımıyla bilinir.

Kendine ait özel nehir/kanaldan ekinini ya da ağaçlarını sularken suyun, kendi arazisinden taşıp başka birisinin arazisine zarar vermesi durumunda kanal sahibinin tazminle yükümlü olup olmadığı şeklindeki bir soruya **Ebu Yûsuf** (182/798) şöyle cevap vermektedir: *"Bu durumda kanal sahibi tazminle yükümlü değildir; çünkü kendi mülkünde tasarrufta bulunmuştur.⁶⁴ Nehrin kendiliğinden taşıp diğer araziye zarar vermesi halinde de tazmin sorumluluğu yoktur; ancak diğer şahıs arazisini bu tür durumlardan korumaya yönelik tedbirleri almak zorundadır. Bununla birlikte hiçbir müslümanın başka bir müslümanın ya da zimmînin ekinini tahrip etmek ve böylece ona zarar vermek amacıyla bir davranışta bulunması helâl değildir. Çünkü Rasûlullah (sav) başkasına zarar vermeyi yasaklamış ve "bir müslümana veya başka birisine zarar veren melûndur"⁶⁵ buyurmuştur. Aynı şekilde **Ömer b. el-Hattâb (ra) da Ebû Ubeyde** 'ye yazdığı mektupta ondan, müslümanların zimmet ehline zulmetmesine fırsat vermemesini ve bunun önüne geçmesini istemiştir. Özetle belirtmek gerekirse, kanal sahibi suyu salarken komşularına zarar vermeyi ve mahsullerini telef etmeyi kastetmiş, bu husus da apaçık ortada ise, bu tür tasarruflara mani olunması gerekir."⁶⁶*

Özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılması meselesini özel hukuk ilişkileri açısından bu şekilde ele alan **Ebu Yûsuf**, kamu hukuku bakımından ise konuyu genel bir prensibe bağlamaktadır. Buna göre, *"toplumsal bir zarara sebep olan tasarruflar geçersizdir."⁶⁷ Kamunun zarar gördüğü özel mülkiyet tasarruflarında sınırlılık prensibinin kabul edilmesi sırf **Ebu Yûsuf**'a ait bir görüş olmayıp, aynı zamanda Hanefî müctehidlerin genel görüşüdür. Binaenaleyh hiç kimse kendi mülkünde, bütün insanların yararlandığı yollardan istifadeyi zorlaştıracak ya da insanların zarar görmesine sebebiyet verecek şekilde tasarrufta bulunamaz. Çünkü yol umumun hakkıdır. Aksi takdirde mütecâviz sayılacak ve meydana gelen zararlardan sorumlu tutulacaktır.⁶⁸*

Buraya kadar verilen bilgilerden, ilk dönem Hanefî hukukçuların özel mülkte mutlak tasarruf görüşünü benimserken, verdikleri örneklerin hep *"yan/bitişik komşuluk"* ilişkileriyle

⁶³ Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194.

⁶⁴ Ebu Yûsuf (182/798)'un *"Kitâbu'l-harâc"*'ni şerheden Abdülazîz b. Muhammed er-Rahabî (1184/1770), bu durumda arazisini sulayan şahsın tazminle sorumlu olmaması için, sulama işlemini örfün gereklerine uygun yapmış olması gerektiği, aksi takdirde meydana gelecek zararı -kusuru sebebiyle- tazmin etmek zorunda olduğunu söylemektedir. Bkz. Rahabî, *er-Ritâc*, I,659.

⁶⁵ Ebu Yûsuf'un bu şekilde naklettiği hadisi, Tirmizî biraz daha farklı rivâyet etmektedir. *"Müslümana zarar veren ya da onu aldatan melûndur."* Tirmizî, "Bir", 27. ملعون من ضار مؤمنا أو مكر به

⁶⁶ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 99,104. ولا يجل لمسلم أن يتعمد الإضرار لجاره، ولا القصد لتفريق أرضه، ولا لتحريق زرعه بشيء، يحدته في أرض نفسه.

⁶⁷ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 93. لا ينبغي لأحد أن يحدث شيئا في طريق المسلمين.

⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,6.

ilgili olması dikkat çekmektedir. Nitekim söz konusu müctehid ve hukukçuların alt-üst komşuluğu ve bireylerin kendi mülklerinde tasarruflarıyla ilgili olarak aynı görüşleri serdetmediklerini ve bu noktada "*kayıtlılık/sınırlılık*" fikrini benimsediklerini görmekteyiz. Bu farklılığı Hanefî hukukçu **Kâdî Simavne** (823/1420) oldukça açık bir şekilde belirtmektedir. "*Alt-üst maliklerinin kendilerine ait kısımda tasarruf yetkilerine getirilen sınırlamalar, başkasının aynı bir hakkının taalluk etmesinin sonucudur. Zira kendilerine ait kısım diğerinden bağımsız değildir. Halbuki aynı durum yan/bitişik komşular için söz konusu değildir. Çünkü her bir yan komşunun mülkü, sınırları çizilmiş şekilde diğerinden bağımsızdır. Dolayısıyla bir komşunun tasarrufundan diğer komşu zarar görse de -hakkı taalluk etmediğinden- hukuken sınırlama yoluna gidilemez.*"⁶⁹

Hatta bu temel ayırma bağlı olarak Hanefî fakihler arasında alt kat sahibinin binanın temelini oluşturan kısımdaki faaliyetlerinin bitişik komşuluk hükümlerine mi, yoksa alt-üst komşuluk hükümlerine göre mi değerlendirileceği tartışılmıştır. **Ebu Hanîfe** bu hususta bitişik komşuluk hükümlerinin uygulanacağı kanaatindedir. Zira üst kat sahibinin binanın temelini oluşturan arsada hakkı bulunmamaktadır; dolayısıyla ondan izin almayı gerektirecek bir durum da yoktur. **Ebu Yûsuf** ve **Muhammed**'e göre ise, bu meselede alt-üst komşuluk prensipleri tatbik edilir. Çünkü üst katın sağlam bir şekilde ayakta durabilmesi alt kata, alt katınki de temelini sağlamlığına bağlıdır. İşte bu durum üst katın doğrudan binanın temeliyle ilgisinin olduğunu gösterir. Onun için de bitişik komşular gibi değerlendirilmesi uygun değildir.⁷⁰

Alt-üst maliklerinin kendi mülklerinde komşunun zarar görmesine yol açan tasarruflarda bulunamayacağı ve bu tasarrufların hukuken engelleneceği hususunda **Ebu Hanîfe** (150/767), **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî** (189/805) arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Ancak bu üç imam alt-üst sahiplerinden biri, kendine ait kısımda tasarrufta bulunacağı zaman diğerinin izninin alınmasının şart olup olmadığına ihtilaf halindedirler. **Ebu Hanîfe**'ye göre tasarrufun zarar doğurup doğurmamasına bakılmaksızın önceden izin almak zorunludur. Dolayısıyla üst kat sahibi, kat çıkmak, tuvalet yapmak; alt kat sahibi de kapı, pencere açmak, duvara kazık çakmak gibi faaliyetler için izin almak zorundadır. **Ebu Yûsuf** ve **İmam Muhammed**'e göre ise iznin zorunlu olup olmadığını belirleyen unsur zarardır. Eğer zarar varsa izin gerekir, yoksa gerekmez. Zarara sebep olma olasılığının bulunduğu durumlarda ise üç imama göre de ihtiyat gereği önceden izin alınmalıdır. Ayrıca alt kat sahibinin kendisine ait kısmı yıkamayacağı da ittifakla sabittir.⁷¹

İşte bir kimsenin mülkiyet hakkına dayalı tasarrufları, başkasının hukukî himayeye sahip ve saygı gösterilmesi gereken bir hakkına taalluk ediyorsa, bu gibi durumlarda **Ebu Hanîfe**'ye göre temel prensip tasarruflarda sınırlılık yani tahrîmdir (hazar). Çünkü bu tasarruf, başkasının saygı duyulmasını gerektiren (muhterem) bir hakkını doğrudan ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu durum alacağını güvenceye almak amacıyla rehin alan (mürtehin) ve herhangi bir nesneyi kiralayan (müste'cir/kiracı) şahısların, mal sahibini, kendi mülkünde tasarruftan alıkoymalarına benzemektedir. **İmameyn**'e göre ise burada temel ilke, ibâha yani tasarruf serbestisidir; zira kişi kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktadır, mülkiyet ise mutlak tasarruf yetkisini gerektirir.⁷²

⁶⁹ Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,207. Krş. Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâik*, IV,195.

⁷⁰ Kâdî Simavne, a.g.e., II,207.

⁷¹ Sadruşşehid, *el-Hitân*,189; Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâik*, IV,195; Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,321-322; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,29; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, III,243-244.

⁷² Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâik*, IV,195; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,29.

Aslında **Ebu Hanîfe** ile **İmameyn** arasında bu meselede herhangi bir ihtilafın bulunmadığı ve zarar olduğu kesin olan tasarruflar için önceden izin alınmasının şart; aynı şekilde zarar olmadığı kesin olan tasarruflar için izne gerek olmadığı hususunda ittifak bulunduğu; görüş ayrılığının ise, şüpheli hususlar hakkında olduğunu iddia eden hukukçular da olmuştur.⁷³

Biraz önce de belirtildiği gibi bu gibi durumlarda Hanefî fakihler başkasının hakkının taalluk ettiğini düşünmekte ve bu masum hakkın korunması açısından sınırlama yoluna gitmektedirler. Dolayısıyla alt-üst komşuluk ilişkisi içinde bulunan şahısların her birinin kendi mülkünden istifadesi ve onda tasarrufu diğerine zarar vermemekle mukayyedir. Binaenaleyh üst kat sahibi, alt katı zayıflatacak şekilde kendi mülküne (kat çıkma gibi) ilavede bulunamayacağı gibi, alt kat sahibi de, binayı, üst katı taşıyamayacak hale getirecek tasarruflarda bulunamaz.⁷⁴ Hanefîlerin bu ichtihadı *Mecelle'de* de aynı şekilde düzenlenmiştir. "*Herkes mülkünde keyfe mâyeşâ' tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse maliki mülkünde istiklâl üzre tasarruftan men'eder.*"⁷⁵

Alt-üst komşuların kendilerine ait kısımda tek başlarına tasarruflarının hukukî sınırlamaya tabi tutulması hususunda **Kâdî Simavne** (823/1420), hukuk felsefesi açısından oldukça güzel bir tahlilde bulunmaktadır. "*Alt-üst maliklerinden her birinin diğerine ait kısımda hakkı bulunmaktadır. Alt kat sahibinin yağmur ve güneşten korunma hakkı, üst kat sahibinin de yerleşme (karar) hakkı. Öte yandan mülkiyet ilişkisi mutlak tasarruf yetkisini, diğer komşunun hakkı ise tasarruf sınırlamasını gerektirmektedir. İşte bu noktada her iki unsur da (mülkiyete dayalı tasarruf yetkisi ve zarardan korunma hakkı) bir araya gelmiş olmaktadır. Bu durumda mal sahibinin tasarruf yetkisi tercih edilse, diğer şahsın hakkı ebediyen ortadan kaldırılmış olur; çünkü eksilme oranında hakkı gün be gün kaybolmaktadır. Şayet malikin tasarruf yetkisi elinden alınsa bu durumda da, onu ebediyen tasarruftan alıkoymuş oluruz; zira tek tarafı olarak diğer şahıstan kurtulma imkanı yoktur. Diğer taraftan iki zararlı durumdan birini diğerine tercih etmezsek, her ikisiyle de amel etmemiz gerekir ki, bu mümkün değildir. İşte bütün bu ihtimaller bizi, malikin mutlak tasarruf yetkisinin, komşusuna zarar vermeme ölçüsüyle sınırlandırılması, zarar olan durumlarda ise tasarrufun hukuken engellenmesi gerektiği sonucuna götürmektedir. Böylece her iki unsurla da imkan nisbetinde amel etmiş oluruz.*"⁷⁶

Hemen tekrar belirtelim ki Hanefîler bu oldukça güzel yorum ve değerlendirmeyi yan/bitişik komşuluk ilişkilerini de kapsayacak şekilde genelleştirme yoluna gitmemişlerdir.

Hanefî mezhebinin kurucu müctehidlerinin, yukarıda arz edilen genelde hak ve hassaten özel mülkte tasarruf konusundaki görüşleri, bu ekole mensup hukukçular tarafından ilk dönemlerden itibaren tartışılmış ve hakların kullanımında itlak görüşünü (**Ebu Hanîfe** ve **İmam Muhammed**'in görüşü) benimseyip bu yönde fetva verenler yanında, sınırlılık ilkesini (**Ebu Yûsuf**'un görüşü) benimseyenler de olmuştur. Mutlak tasarruf görüşünü tercih edenlerin başında yukarıda kendilerinden pasajlar aktardığımız **Serahsî** (483/1090) ve **Kâsânî** (587/1191) gelmektedir. **Zahiruddîn el-Merğînânî** (619/1222)'nin de aynı görüşü benimsediğini daha önce söylemiştik. Bu arada Hanefî hukukçulardan **Ebu Abdullah Huseyn b. Ali es-Saymerî** (436/1045)'nin duruma göre her iki görüşle de amel

⁷³ Zeylaî, a.g.e., IV,195; Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194,207; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,321-322; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,29. Krş. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 203.

⁷⁴ Krş. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 135.

⁷⁵ *Mecelle*, md.1192. Ayrıca bkz. Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,451-459.

⁷⁶ Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II.207.

ettiği nakledilmektedir.⁷⁷ Diğer yandan **İbnu's-Şihne** (921/1515), Hanefî mezhebinin önde gelen beş imamının (**Ebu Hanîfe**, **Ebu Yûsuf**, **İmam Muhammed**, **Züfer** (158/775), **Hasan b. Ziyâd** (204/819)) şahsın özel mülkündeki tasarruflarının, bundan başkası zarar görse de hukukî sınırlamada bulunulamayacağı hususunda görüş birliği içinde olduklarını söylemektedir. Daha sonra babası **Ebu'l-Velîd Lisânüddîn İbnu's-Şihne** (882/1477)'nin de aynı görüşü savunduğunu belirtmekte, kendi tercihinin de bu görüşten yana olduğunu ifade etmektedir.⁷⁸

İbnu's-Şihne'nin bu iddialı naklinin gerçeği yansıtmadığı açıktır. Zira en azından **Ebu Yûsuf** (182/798)'un bu kanaatte olmadığını ve komşuya zarar veren tasarrufların hukuken sınırlandırılması gerektiği fikrinde olduğunu daha önce ifade etmiştik.

Dirayetli Hanefî hukukçulardan **İbnü'l-Hümâm** (861/1456), *Belh* bölgesi âlimlerinden **Nusayr b. Yahyâ** (268/881)'nın, bir hakkın kullanımının zarara yol açması durumunda hâkimin, hakkını kullanan kişiyi bu tasarruftan menedebileceği görüşünde olduğunu nakledildiğini söyler. Buna göre örneğin bir kimsenin kendi hanesinde koyun ağılı yapması durumunda, hayvanların gübresinden komşuların rahatsız olması halinde hâkim konuyu inceler ve gerekli görürse mülk sahibini bu işten meneder. Başkasının rüzgarına, güneşine mani olacak şekilde bina yapma, kendi mülkünde fırın, çamaşırhane, hamam işletme gibi durumlarda da aynı şekilde hareket edebilir.⁷⁹

Aynı şekilde özel mülkiyet tasarruflarının komşuya zarar vermeme şartına bağlı olduğunu söyleyen erken dönem Hanefî fakihlerinden biri de **Ebu Bekir Ahmed b. Ali el-Cassas** (370/980)'dır. **İbn Nüceym** (970/1562)'in, **Cassâs**'ın "*Kitâbu'l-İstihân*"ına dayanarak verdiği bilgiye göre **Cassâs**, komşunun fâhiş zararına sebep olan ve adeten sakınılması/korunulması mümkün olmayan tasarrufların hukuken sınırlandırılacağını söylemektedir. Bu cümleden olmak üzere bir kişi, etrafını başka evlerin de çevrelediği bir ortamda kendi evinde/binada fırın, değirmen veya çamaşırhane çalıştıramaz. Zira bu faaliyetler komşuların fâhiş zararına sebep olur ve bundan korunmak da mümkün değildir. Çünkü fırından sürekli yoğun duman çıkar, değirmen ve çamaşırhane işletmek de komşu binaları zayıflatır. Halbuki aynı durum hamam için söz konusu olmaz; zira hamamın çevre komşulara zararı ancak ıslaklık yoluyla olur ki, bundan da hamamla ev arasına bir duvar çekmekle korunmak mümkündür. Yerleşik olarak evlerde kullanılan küçük tandırlar da aynı şekildedir; komşular buna mani olamaz.⁸⁰

Bir diğer Hanefî hukukçu **Sadrüşşehîd Hüsâmüddîn Ömer** (536/1141), *Buhârâ* kadılığı da yapmış olan babası **Abdülüzîz b. Ömer b. Mâze**'nin üçüncü şahıslar açısından zarar vereceği açık olan (*ed-darar el-beyyin*) tasarruflara hukuken mani olunacağı yönünde fetvâ verdiğini söylemektedir. Kendisi de, her ne kadar kıyas mal sahibinin mutlak tasarruf yetkisini gerektiriyorsa da "*maslahat sebebiyle istihsan*" prensibi gereği zarara yol açan tasarrufların hukuken engellenmesi gerektiği kanaatindedir.⁸¹ Dolayısıyla bir şahsın, güürültüsüyle, kokusuyla ya da dumanıyla komşulara rahatsızlık veren tasarruflarda bulunması câiz değildir. Aynı şekilde manifaturacılar çarşısının ortasında fırın çalıştırılmaz.⁸²

⁷⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,33.

⁷⁸ İbn Nüceym, a.g.e., VII,33.

⁷⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VII,326; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,33. Krş. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 197.

⁸⁰ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,32-33.

⁸¹ Sadrüşşehîd, *el-Hitân*, 196-197. *والجملة في هذه المسائل: أن القياس أن له ذلك كله، لأنه تصرف في ملكه، لكن ترك القياس وأخذ بالاستحسان لأجل المصلحة.* Krş. Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV,195; Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,164; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VII,326; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,33.

⁸² Bu tür zararlı kabul edilip edilmeyen tasarruf örnekleri için bkz. Sadrüşşehîd, *el-Hitân*, 195-197.

Kaynaklardan öğrendiğimize göre **Nusayr b. Yahyâ'nın** öğrencilerinden **Ebu'l-Kâsım es-Saffâr** (326/938), **Ebu'l-Leys es-Semerkindî** (373/983), **Cassâs'ın** talebesi **Ebu Abdullah Huseyn b. Ali es-Saymerî** (436/1045) gibi Hanefî fakihler de özel mülkiyet tasarruflarının komşuya zarar vermeme şartına bağlı olduğu görüşünü savunmuşlardır.⁸³ Hatta bu noktada bir duvarın yıkılmasına veya zayıflamasına sebep olan her türlü tasarrufun hukuken sınırlandırılacağı hususunda Hanefî hukukçuların ittifak halinde olduğunu söyleyenler olmuşsa da⁸⁴, bu iddia gerçeği yansıtmaktan oldukça uzaktır.

Özellikle **Sadrüşehîd** (536/1141)'in teorik olarak temellendirdiği, şahsın özel mülkündeki tasarruflarının başkasının açık zararına sebep vermeme kaydına bağlı olması yaklaşımının, bu dönemden sonra Hanefî fikhinin genel görüşü haline geldiğini görmekteyiz. Konuyu Hanefî fikhî açısından inceleyen ve kendi dönemine kadarki başlıca Hanefî hukukçuların görüşlerini de aktaran dirayetli hukukçu **İbnü'l-Hümâm** (861/1456), zâhiru'r-rivâye açısından meseleyi tahlil edip "*zarar vermek de zarara yine zararla mukâbele etmek de yoktur*" hadisinin âm olmakla birlikte tahsise uğradığını belirttikten sonra, meseleyi kendi görüş ve tercihini de yansıtan şu cümlelerle bitirmektedir: "*Özetle belirtmek gerekirse, şahsın kendi mülkündeki tasarrufları, bundan başkaları zarar görse de herhangi bir hukukî sınırlamaya tabi olmayıp tasarruf yetkisi mutlak ve bu durum kıyas gereğidir. Zira kıyas, özel mülkte mutlak tasarruf yetkisini gerektirir. Ancak malikle sınırlı kalmayıp başkaları açısından fâhiş zarar doğuran durumlarda kıyas terkedilir.*"⁸⁵

Bu ifadelerden sonra konuya, "*fâhiş zarar*" kavramının tarifini yaparak devam eden **İbnü'l-Hümâm** (861/1456), şayet herhangi bir ayırıma tabi tutmaksızın her türlü zarara sebebiyet veren tasarrufun yasal olarak sınırlandırılması yoluna gidilecek olursa, şahsın kendi mülkünden istifade kapısının tamamen kapanacağını belirtmekte, dolayısıyla bu konuda ölçünün, "*fâhiş zarar*" olarak belirlenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

Ancak **İbnü'l-Hümâm**'ın bu açık ifadelerine rağmen, ondan yaklaşık bir asır sonra yaşamış olan Hanefî fakih **İbn Nuceym** (970/1562), **İbnü'l-Hümâm**'ın da zâhiru'r-rivâyeyi tercih ettiğini, yani şahsın kendi mülkündeki tasarruflarının bundan başkası zarar görse de hukuken sınırlandırılmıyacağı fikrinde olduğunu belirtmektedir.⁸⁶ Son dönem Osmanlı hukukçularından **Mecelle şârihi Ali Haydar** (1936) da aynı hususu şu şekilde dile getirmektedir: "*Kıyas gereği hiç kimse milkinde tasarruftan men olunamaz. Bu hususta tasarrufun başkasına fâhiş zararının olup olmaması ya da hiç zarar doğurmaması arasında bir fark yoktur. Zira o şahıs kendi öz mülkünde tasarrufta bulunmaktadır. Zâhiru'r-rivâye de bu şekilde olup, Zahiruddîn, İbnü's-Şihne ve İbnü'l-Hümâm gibi bazı âlimler bunu tercih etmişlerdir ki buna göre, Mecelle'nin 1200. maddesinde sözü edilen fâhiş zarardan dolayı milk sahibi milkinde tasarruftan yasal olarak engellenemez.*"⁸⁷ Merhum **Ömer Nasuhi Bilmen** (1971) de aynı cümleleri tekrarlamaktadır.⁸⁸

Ali Haydar, isimlerini zikrettiği âlimlerden **İbnü's-Şihne** ve **Zahiruddîn el-Merğînânî**'nin, özel mülkte tasarruf hususundaki konumunu tespitinde isabet kaydetmekle birlikte⁸⁹, ne yazık ki aynı isabeti **İbnü'l-Hümâm** (861/1456)'in görüşünü belirlemede gösterememiştir. Esasen onun bu konuda **İbnü'l-Hümâm**'ın görüşünü bizzat kendi

⁸³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,33. Krş. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 197-200.

⁸⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326.

⁸⁵ İbnü'l-Hümâm, a.g.e., VII,326.

⁸⁶ İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,33.

⁸⁷ Ali Haydar, *Dürraru'l-hukkâm*, III,464. Krş. Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*, VII,176.

⁸⁸ Bilmen, a.g.e., VII,176.

⁸⁹ Bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326.

eserinden öğrenme yerine **İbn Nüceym**'in tesbitiyle yetindiği anlaşılmaktadır. Zira aynı hata ne yazık ki **İbn Nüceym** (970/1562)'de de söz konusudur. **İbn Nüceym**'in bu konuyu anlatırken kullandığı ifadeler bu hatanın, **İbnü'l-Hümâm**'ın zâhiru'r-rivâye açısından konuyu tahlil ettiği kısmın, aynı zamanda onun tercihini de yansıttığı şeklindeki bir yanlış anlama ve eksik mütalaadan kaynaklandığını gösteriyor. Halbuki bu kısım sonuna kadar okunup mütalaa edilseydi **İbnü'l-Hümâm**'ın, zâhiru'r-rivâye paralelinde düşünmediği açıkça görülecekti. Çünkü yukarıda nakledilen kendi ifadelerinin de açık tanıklığıyla **İbnü'l-Hümâm**'a göre, kişinin mülkündeki tasarrufları mutlak olmayıp başkalarının fâhiş zararına sebebiyet vermemekle hukuken sınırlandırılmıştır.

Özel mülkiyet tasarruflarını açık bir zarara sebep vermemekle sınırlandıran bu görüşün hukukî temelini "*maslahat sebebiyle istihsan*" oluşturmaktadır. Yani tasarruf, mülkiyet çerçevesinde olduğu sürece zarara sebep olsa bile hukukî herhangi bir sınırlama yoluna gidilmemesi kıyas gereğidir; zira mülk mutlak tasarruf yetkisi doğurur. Bu durumda bireyin mülk çerçevesindeki tasarruflarının sınırlandırılması mülkiyet hakkının en temel özelliğine aykırıdır. Ancak İslâm'da her çeşidiyle zararın yasaklandığı da bir gerçektir. Dolayısıyla hiç kimse hak etmediği bir zarara katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Aksi takdirde diğer şahısların maslahatları hukuk düzeni tarafından dikkate alınmamış ve hukukî güvenceden yoksun bırakılmış olur. İşte bu durum, mal sahibiyle sınırlı kalmayıp başkalarına da sirayet eden özel mülk tasarruflarının "*zarar vermeme*" kaydına bağlanmasını gerektirmektedir. Zira üçüncü kişilerin maslahatı ancak bu şekilde korunabilir. Bu da kıyastan vazgeçilerek istihsanla amel edilmesiyle mümkündür ve bu istihsanın kaynağı da maslahattır.⁹⁰

Aslında her tasarrufun başkalarına az ya da çok, doğrudan veya dolaylı zarar vermesi mümkündür ve hatta çoğu zaman kaçınılmazdır. Ayrıca bu durum yalnızca özel mülk tasarruflarıyla sınırlı olmayıp hukukun her alanında görülebilen bir haldir. En basit bir alış-verişte bile alıcı veya satıcıdan biri diğerine göre çok az da olsa bir aldanma içindedir. İşte bu durum, ne tür ve hangi miktardaki zararların hukukî sınırlamaya sebep teşkil edeceğini belirlemeyi zorunlu kılmaktadır.

Hanefî hukukçulardan **Sadrüşşehîd** (536/1141) özel mülk tasarrufları için bu ölçüyü, "*zararın apaçık olması (الضرر البين)*" şeklinde belirlemiş, onu izleyen fakihler de bunu "*aşırı zarar (الضرر الفاحش)*" şeklinde kavramlaştırmışlardır. **İbnü'l-Hümâm** (861/1456) fâhiş zararı şu şekilde tarif etmektedir: "*Bir duvarın veya binanın yıkılmasına ya da zayıflamasına sebep olan veya temel/aslı bir ihtiyacı karşılayacak faydalanmayı tamamen imkansız kılan her türlü zarara fâhiş zarar denir.*"⁹¹

Buna göre bir şahsın kendi mülkünde, yan binanın ışığını tamamen kesecek şekilde bina yapması, ilk bina sahibi açısından fâhiş zarardır; çünkü ışıktan istifade temel/aslı ihtiyaçlardandır.⁹² Aynı şekilde bir kimsenin evinde değirmen çalıştırmışından komşular fâhiş zarar görüyorlarsa, değirmen işletmesi yargı yoluyla durdurulur. Bu hadisede fâhiş zararın olup olmadığı, değirmenin sürekli çalışmasının veya rüzgarın (sözü edilen değirmenin yel değirmeni olduğu anlaşılıyor) komşu evleri zayıflatmasıyla bilinir.⁹³

İslâm'da bir kimsenin fert ya da topluma ve hatta şahsın bizzat kendisine zarar vermesinin yasaklandığı bilinmektedir. Nitekim başkasına zarar vermeyi ve zarar içeren

⁹⁰ Bkz. Sadrüşşehîd, *el-Hitân*, 197; Zeylai, *Tebyînü'l-hakâik*, IV,195; Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*,281.

⁹¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326. الضرر الفاحش: ما يكون سببا للهدم، وما يوهن البناء سببا له، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع من الخواتج الأصلية.

⁹² İbnü'l-Hümâm, a.g.e., VII,326.

⁹³ Bkz. Kâdî Simavne, a.g.e., II,194.

tasarrufların hukuken muteber olmadığını ifade eden çok sayıda âyet ve hadis ve bunlara dayalı fikhî kâideler bulunmaktadır. İşte bu noktada "*zarar vermek ve zarara zararla mukâbele etmek yoktur*" şeklindeki rivâyet, zararın nefyi konusunda genel bir ilke niteliğindedir. Buna rağmen mütekaddimûn diyebileceğimiz ilk dönem Hanefîlerin, kişinin özel mülkündeki tasarruflarının zarar doğursa bile hukuken engellenemeyeceğini; müteahhir Hanefîlerin ise ancak zararın fâhiş olması durumunda hukukî sınırlama yoluna gidilebileceğini söylediklerini görüyoruz. Acaba bu ictihad yukarıda zikredilen ve hiçbir şarta bağlı olmaksızın genel bir ifadeyle her türlü zararı meneden hadise aykırılık arz eder mi?

Konuyu bu açıdan da ele alan Hanefî hukukçulardan **İbnü'l-Hümâm**, özetle şunları söylemektedir: "*Zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur*" hadisi, zarar nefyetme hususunda âm olmakla birlikte umumu üzere kalmayıp tahsis edilmiştir. Aslında bu rivâyetin tahsise uğradığı hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açık ve kesindir.⁹⁴ Zira bir takım şahıslar açısından zarar doğurduğu açık olmakla birlikte hukuken sakınılması ve uzak durulması gerekmeyen bir çok husus söz konusudur. Had ve ta'zîr cezalarının, cezanın tatbik edildiği şahıs/lar açısından zarar olduğu açıktır; fakat zarar içeriyor diye yasaklanma şöyle dursun, toplum huzuru ve kamu düzeni açısından bu cezaların tatbik edilmesinde zarûret vardır. Aynı şekilde bir kimsenin kendi hanesinde pişirdiği yemekten, yemek kokusunun çevreye yayılması sebebiyle fakir ve yoksul oldukları için aynı ya da benzer yemeklerden pişiremeyen komşuların, hele bir de evlerinde hastaları varsa rahatsız olacakları ve bu tasarrufun onlar açısından zarar doğurduğu ortadadır. Fakat kimse bu tür davranışların hukuken engellenmesi gerektiğini söylememiştir. Öte yandan bir şahsın kendine ait ağacı kesmesi durumunda daha önce onun gölgesinden yararlanan komşuların zarar göreceğini ama ağacın kesilmesine mani olamayacakları da daha önce belirtilmişti. O halde "*zarar vermek de zarara zararla mukâbele etmek de yoktur*" hadisinin her türlü zararı kapsamayıp belirli zararlarla sınırlı olduğunu ifade etmek gerekir ki, bu da komşunun evinin yıkılmasına sebep olma gibi fâhiş zararlardır.⁹⁵

Buraya kadar verilen bilgilerden hareketle klasik dönem Hanefî fakihlerin özellikle hicrî IV. ve VI. asırlar arası dönemde şahsın kendi mülkündeki tasarruflarını itlak-takyîd açısından ciddi biçimde tartışma konusu edindiklerini söyleyebiliriz. "*Ferdiyette görüş*" diyebileceğimiz mutlak tasarruf serbestisi görüşünün terkedilerek, "*sosyal görüş*" diye nitelendirilebilecek tasarruflarda sınırlılık/kayıtlılık görüşünün benimsendiği dönemi kesin olarak tarihle tespit etmek mümkün değilse de, hicrî VII. asrın başlarından itibaren Hanefî hukukçular arasında fâhiş zararın hukuken engellenmesi gerektiği noktasında herhangi bir ihtilafın olmadığını rahatlıkla ifade edebiliriz. Esasen bu belirleme de ihtiyat sonucu olup bu tarihi daha da öne almak mümkündür. Bu durumda "**Sadrüşşehîd el-Buhârî** (hicrî 8.asır)'den sonraki Hanefî fakihlere göre, komşulara açık zarar veren tasarruflar hukuken sınırlandırılır"⁹⁶ şeklindeki tespit bizce isabetli değildir.

Sınırlamada bir kayıt olarak benimsenen ve **İbnü'l-Hümâm** (861/1456)'dan naklettiğimiz *fâhiş zarar* tanımı üzerinde de Hanefî hukukçular arasında herhangi bir tartışma görülmemektedir. Artık bu dönemden itibaren görüş ayrılıkları kendini, temel/aslı ihtiyaçların belirlenmesinde ve her bir sübjektif tasarrufun sebep olduğu iddia edilen zararın, fâhiş zarar niteliğinde olup olmadığını tayin noktasında görmektedir. Bununla birlikte Hanefî fakihler, ışıktan istifadeyi -zira ışık Hanefîlere göre aslı ihtiyaçlardandır- tamamen imkansız hale getiren tasarruflara hukuken mani olunması gerektiği hususunda görüş birliği halindedirler.

⁹⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VII,326. فلا شك أنه عام مخصوص للقطع

⁹⁵ İbnü'l-Hümâm, a.g.e., VII,326. فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر، وهو ما يؤدي إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش

⁹⁶ Hacak, "*İrtifak*", XXII,463.

Güneş ve rüzgarın da aslî ihtiyaçlardan olup olmadığı noktasında ise Hanefî hukukçular arasında ihtilaf vardır; ancak genel kanaat bunların aslî ihtiyaçlardan olmadığıdır.⁹⁷

Son dönem Hanefî hukukçularından **İbn Âbidîn** (1252/1836), zaman içerisinde fâhiş zarar kavramının nasıl bir gelişim gösterdiğini de anlamamıza yardımcı olacak ilginç örnekler vermektedir. Söz gelişi bir kimse başkasının tarlasında bulunan bir ağacı satın alsa, ağacı köküyle birlikte söktüğü takdirde tarla sahibi bundan zarar görecektse, bunu yapamaz; ağacı satıcının zarar görmeyeceği şekilde kesmek zorundadır. Aynı şekilde ağaçların yazın kesilmesi tarla sahibi açısından zararlı olursa, ya satıcı ağaçların dikili vaziyette kıymetini ödemeli ya da kesme işlemini, tarlanın zarar görmeyeceği bir zamana erteleme hususunda anlaşmalıdırlar.⁹⁸ Yine bir kişinin evinin yakınında başka birisinin kurduğu harmanın tozu, evde oturulamayacak derecede rahatsız edici bir seviyeye ulaşırsa, bu zarar yasal yollarla giderilir.⁹⁹

Görüldüğü gibi *Hanefiler özel mülkteki tasarrufun, bir şahsın herhangi bir maslahatını/ihtiyacını ihlal etmesi durumunda, ihlale uğrayan ihtiyacın aslî/temel ihtiyaçlardan olup olmamasını bir kriter olarak dikkate almakta ve yalnızca temel ihtiyaçların ihlalinin sınırlama gerekçesi kabul etmektedirler.* Ancak ihlale uğrayan ihtiyacın temel ihtiyaçlardan olup olmadığına tespitinde bir takım güçlüklerin yaşanması kuvvetle muhtemel olduğu gibi, temel ihtiyaç mefhumunun zaman, bölge ve şahıslar açısından farklılık arz edeceği de tabiidir. Bu durum, Hanefî fıkında tasarruf sınırlamalarının daralma ve genişlemeye açık boyutunu gösterme yanında, aynı zamanda bu ekolün fakihleri arasındaki bazı farklı yaklaşımların da sebebi olmaktadır.

Özetle ifade etmek gerekirse, özel mülkte tasarruf konusunda Hanefî fıkında iki yaklaşımın olduğunu söyleyebiliriz.

1. İlk dönem Hanefî fukahaya göre, zarara yol açsa da herkes kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir; hukuken herhangi bir sınırlandırmada bulunulamaz. Zira mülkiyet hakkı şahsa mutlak tasarruf yetkisi vermektedir. Fakat bu noktada **Ebu Yûsuf**, zarar kastıyla yapılan tasarrufların hukukî sınırlandırmaya tabi tutulacağı görüşünü savunur. Ancak yine de mezhebin kurucu müctehidlerine göre, kişinin başkalarına zarar veren davranışlardan kaçınması övgüye layık ahlâkî bir erdemdir. Ne var ki bu durumda bireyin tasarruflarını sınırlandıran hukuk değil ahlâk kuralları olmaktadır.

2. Hanefî hukukçuların diğer bir kısmı ise şahsın öz mülkündeki tasarruflarının üçüncü şahıslar açısından fâhiş zarar doğurmamakla sınırlandırılmış (mukayyed) olduğu fikrindedir. Çünkü fâhiş zarara yol açan tasarruflar diğer şahısların maslahatını zedelemekte ya da ortadan kaldırmaktadır.

Bu iki yaklaşımdan "*ferdiyâtçi görüş*" diyebileceğimiz ilk görüş kıyasa, "*sosyal görüş*" olarak nitelenebilecek ve temelde **Ebu Yûsuf** (182/798)'a ait olan ikinci görüş ise maslahata dayalı istihsan prensibine dayanmaktadır. İkinci görüş, özellikle hicrî VII. asrın başlarından itibaren genel Hanefî görüşü olarak benimsenmiş, Osmanlı dönemi Hanefî hukukçuları da, **Ebussuûd** (982/1574)'dan başlamak üzere fetvâlarında bunu tercih etmişlerdir. Diğer taraftan *Belh* bölgesi fakihleri de **Ebu Yûsuf**'un kanaatini benimsemişlerdir.¹⁰⁰ Özellikle son dönem Hanefî hukukçular, sınırlılık görüşünü açık bir şekilde ifade edip bunu kâide haline getirmişlerdir. Buna göre, "*Kişinin kendi öz haklarındaki tasarrufu, bu tasarruftan komşuların*

⁹⁷ Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,326.

⁹⁸ İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VII,382.

⁹⁹ *Mecelle*, md.1200; Mes'ûd Efendi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, II,131.

¹⁰⁰ Ali Haydar, *Dürrarü'hukkâm*, III,464; Mahmûd Hamza, *el-Ferâidu'l-behiyye*, 110.

ve diğer insanların zarar görmemesi şartıyla sahihtir¹⁰¹ ve "Mübâh fiillerin işlenmesi ancak başkasına bir eziyetin olmaması şartıyla câiz olur."¹⁰²

Hanefî fihkına dayalı bir kodifikasyon ürünü olan *Mecelle*'de de kanunî düzenlemeye esas alınan görüş bu olmakla birlikte, bu seviyede genel bir ilke yerine mülkiyet hakkının kullanım izninin başkasının fâhiş zarara uğramaması şartına bağlandığı ve bu ölçünün çeşitli fer'î meselelere uygulandığı görülür. "*Herkes mülkünde keyf-e mâyeşâ' tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse maliki mülkünde istiklâl üzre tasarruftan men'eder.*"¹⁰³ "*Hiç kimse mülkünde tasarruftan men' olunamaz. Meğer ki ahar'a zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men'olunabilir.*"¹⁰⁴

Kadri Paşa (1306/1888)'nin "*Mürşidü'l-hayrân*" isimli kanunlaştırma çalışmasında da aynı prensip benzer ifadelerle yer almıştır.¹⁰⁵

Böylece hukuk düzeni tarafından tanınan hakların kullanımında *Mecelle*'nin genel bir ilke olarak hükme bağladığı "*cevâz-ı şer'î damâna münâfîdir*"¹⁰⁶ kuralına "*fâhiş zararın meydana gelmemesi kaydıyla*" şeklinde bir istisna getirilmiş olmaktadır. Bu durum aynı zamanda *Mecelle*'nin, mülkiyet hakkının kullanımı meselesinde, bu hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemede objektif ölçüyü esas aldığını göstermektedir. Böylece hakkı kullanan kişinin iyi niyetli veya kötü niyetli olup olmadığına bakılmaksızın bir hakkın kullanımının hakkaniyet ilkesine göre dengesiz ve fâhiş sayılacak ölçüde bir zarara yol açıp açmadığı esas alınarak hakkın kullanımı daha objektif ve uygulanabilir bir esasa oturtulmaktadır.¹⁰⁷

Ancak yine de Hanefî mezhebine mensup hukukçular, niteliğine bakmaksızın mutlak olarak zarara yol açan her türlü tasarrufun hukuken engelleneceğini söylemekten kaçınmışlardır. Çünkü bir tasarrufun az veya çok zarar doğurmaması mümkün değildir. Aksi takdirde bir insanın kendi özel mülkiyetinden yararlanma hakkı tamamen ortadan kaldırılmış olur.¹⁰⁸ Bu durumda haktan söz etmenin de imkanı yoktur; zira *hak kavramının en önemli unsuru yetkidir. Yetkinin olmadığı ya da kullanımının imkansız olduğu yerde haktan söz edilemez.*¹⁰⁹

Bu hassasiyetin bir göstergesi olmak üzere *Hanefîlere göre zarara sebebiyet veren tasarrufun hukuken sınırlandırılabilmesi için, tasarrufun komşuluk teşkilinden sonra meydana gelmiş olması gerekir.* Şayet zarar, komşuluktan önce var idiyse, bu tasarruf zarar gerekçesiyle yasaklanamaz. Binaenaleyh bir kimse fabrika, tabakhane, körükhane, harman yeri v.b. bir faaliyetin icra edildiği yerin yanındaki mülküne/arazisine ev yapacak olursa, bu tesisler sebebiyle uğradığı zarardan şikayetçi olmaya hakkı yoktur. Çünkü böyle bir işlemi kendi istek ve rızâsıyla yapmıştır.¹¹⁰ Nitekim bu mesele *Mecelle*'de de (md.1207) aynı şekilde tanzim edilmiştir. "*Bir kimse meşrû olarak mülkünde tasarruf etmekte iken başkası anın yanında bina ihdası ile kendisi mutazarrır olsa zararını ancak kendi def' etmek lazım gelir.*"

¹⁰¹ Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik*, 45; Kırkağâcî, *el-Kavâid*, 30. تصرف الإنسان في خالص حقه، إنما يصح إذا لم يتضرر به الجار وغيره.

¹⁰² Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik*, 45; Kırkağâcî, *el-Kavâid*, 20. الأفعال المباحة، إنما تجوز بشرط عدم إنباء أحد.

¹⁰³ *Mecelle*, md.1192. Bu maddeyle ilgili çarpıtılmış bir değerlendirme için bkz. Ayiter, *Eşya Hukuku*, 78.

¹⁰⁴ *Mecelle*, md.1197. Ayrıca bkz. Mes'ûd Efendi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, II129. Bu ilkelerin çeşitli fer'î meselelere tatbiki için bkz. *Mecelle*, md. 1198-1212.

¹⁰⁵ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.57.

¹⁰⁶ *Mecelle*, md.91.

¹⁰⁷ Bkz. Bardakoğlu, "*Hak*", XV,148. Krş. Mahmasânî, *el-Mûcebât ve'l-ukûd*, 48.

¹⁰⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VII,326. فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان. Krş. Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,464.

¹⁰⁹ Bkz. Dirîni, *el-Hak*, 193 vd.

¹¹⁰ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 127,129-130.

İtlak-takyid zâviyesinden özel mülkte tasarruf konusunda Hanefî mezhebi açısından genel bir çerçeveye çizmeden önce **Ebu Hanîfe** (150/767)'ye nisbet edilen ve şahsın kendi mülkündeki tasarruflarının, başkası bundan zarar görse de geçerli olduğu ve herhangi bir hukukî sınırlamada bulunulamayacağı görüşüne delil olarak ileri sürülen nakil, Hadis ilminin kavramlarıyla ifade etmek gerekirse rivâyet ve metin açısından bir tahlile tabi tutulmalıdır.

Bahse konu olayı tekrar hatırlayacak olursak, komşusunun kendi duvarının dibine buzhane (mücemmide) açtığını ve bundan zarar gördüğünü söyleyen şahsa **Ebu Hanîfe**, "*sen de duvarın hemen dibine fırın yap ki, orada biriken buzları eritsin*" tavsiyesinde bulunmuştur.¹¹¹ Daha geç döneme ait bazı kaynaklarda ise bu bilgi, evinin yakınına kuyu açan bir şahsın bu faaliyetinden şikayetçi olan kişiye **Ebu Hanîfe**'nin "*sen de kendi yerinde onun kuyusuna yakın bir yere lağım çukuru (fosseptik) aç*" şeklinde tavsiyede bulunduğu, mutazarrır şahsın bu tavsiye doğrultusunda fosseptik açması sonucu, kuyusunun kirlendiğini gören şahsın kuyuyu kapatmak zorunda kaldığı şeklindedir.¹¹²

Ebu Hanîfe (150/767)'ye ait olduğu söylenen bu rivâyet, bir çok açıdan değerlendirmeye tabi tutulabilir. Biz burada söz konusu bilginin sıhhati ve içeriğinin İslâm'ın genel ilkelerine ve gayelerine uygunluğu açısından bazı hususlara dikkat çekmek istiyoruz.

1. Her şeyden önce bize bu bilgiden söz eden hukukçuların hiç biri, bilginin **Ebu Hanîfe**'ye aidiyeti hususunda şüpheye mahal olmadığını gösterecek şekilde kesinlik ifade eden bir kelime kullanımı (*sîğatu'l-cezm*)¹¹³ ya da anlatım usulü benimsememekte, aksine tamamı, bir rivâyet ya da bilginin nisbet edildiği şahsa aidiyeti konusunda şüphe uyandıran "*meçhûl (edilgen)*" sigasıyla (*sîğatu't-temrîd*)¹¹⁴ nakletmektedir. Her şeyden önce bu husus, nakledilen bilginin **Ebu Hanîfe**'ye aidiyeti konusunda şüphe uyandırmaktadır. Belki bundan daha da önemlisi özel mülkte tasarruf konusunda hocasıyla aynı görüşü paylaşan **Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî** (189/805)'nin eserlerinde yukarıda zikredilen bilginin yer almamasıdır. **İmam Muhammed**'in mütalaa ettiğimiz eserlerinde, şahsın kendi mülkiyetindeki tasarruflarının, başkası bundan zarar görse de mutlak olduğunu ve hukukî herhangi bir sınırlamada bulunulamayacağını açıkça ortaya konulduğunu ve bu görüşün örneklerle beslendiğini görmemize rağmen, **Ebu Hanîfe**'ye nisbet edilen yukarıdaki nakle rastlanılmaması her halde mânidârdır. Bu bilgiye ilk defa **Serahsî** (483/1090)'de rastlıyoruz.

Öte yandan özel mülkte mutlak tasarruf ichtihadının hukukî temellendirmesini yapan ve Hanefî imamlar arasında ihtilafli meselelerde genelde **Ebu Hanîfe**'nin görüşünü benimseyen yetkin hukukçu **Kâsânî** (587/1191), **Ebu Hanîfe** ile müşteki/mutazarrır şahıs arasında geçtiği söylenen diyalogdan hiç bahsetmemektedir. **Zeylaî** (740/1342) ise, bu olaydan söz etmek bir yana, bireyin mülkiyet tasarruflarından başkaları zarar görse bile hukuken herhangi bir sınırlamada bulunulamayacağı şeklindeki ilk dönem ichtihadlarından hiç söz etmemekte, sadece her ne kadar kıyas bunu gerektiriyorsa da, maslahata dayalı istihsân gereği fâhiş zarara sebep olan tasarruflara hukuken engel olunacağını söylemekle yetinmekte, bu görüşü bazı örneklerle beslemektedir.¹¹⁵

Diğer yandan bu bilgiye eserlerinde yer veren fakihler, bilginin sıhhatinden şüphe duymuş olmalı ki, söz konusu nakli "*temrîd*" kalıbıyla (ruviye, hukiye gibi) nakletmişlerdir. Bununla birlikte bu hukukçulardan hiç biri rivâyeti tartışma konusu edinmemiştir.

¹¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,21.

¹¹² Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,194; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,325-326; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VII,33.

¹¹³ Cezm Sigası: Hadisin hocadan muteber bir yolla alındığına kesinlikle delâlet eden ve ma'lûm (etken) fiille sevk edilen edâ sigasıdır. Haddesenâ, semî'tu, ahberanâ, kâle lî... gibi. Bkz. Aydınlı, *Hadis İstılahları Sözlüğü*, 45.

¹¹⁴ Temrîd Sigası: Hadisin hocadan muteber bir yolla alınmış olduğuna kesinlikle delâlet etmeyen ve ekseriya meçhûl (edilgen) fiillerle yapılmış edâ sigasıdır. Yurvâ, yuhkâ, ruviye, beleganî... gibi. Bkz. Aydınlı, a.g.e., 154.

¹¹⁵ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV,196.

2. **Ebu Hanîfe** (150/767)'ye nisbet edilen bu nakille ilgili olarak dikkat çeken ikinci bir husus ise, bir zararın giderilmesi için mutazarrır şahsa önerilen yöntemdir. Söz konusu olaya göre **Ebu Hanîfe**, mutazarrır/müştekî şahsa, zarardan kurtulabilmesi için karşı tarafa mukabil zarar vermeyi önermektedir. Özellikle kuyu açmaya karşı lağım çukuru (fosseptik) kazma tavsiyesi, bir zararın daha büyük bir zararla giderilmesi demektir. İşte bu durum problemin çözümü için öngörülen yöntemin hukukî olmadığını göstermektedir. "Çünkü ortada zarar gören ve eziyet edilen bir kişi vardır ve **Ebu Hanîfe** de bunu kabul etmektedir. Bunu zararın giderilmesi için gösterdiği ifade edilen tedbirden anlıyoruz. Oysa bu tedbir de karşı tarafa mukabil bir zarar içermektedir. Bu ise Hz. Peygamber (sav)'in: "*İslâm'da zarar yoktur. Zarara yine zararlar karşılık vermek de yoktur*"¹¹⁶ hadisine aykırı bir tutumdur. Bu durumda yapılacak olan zarara yine zararlar mukâbelede bulunmak değil, yargı yoluna başvurarak olayı hukuken çözümlenektir.¹¹⁷ Aksi taktirde zarara uğrayan ve mağduriyet yaşayan herkes, kendi zararını yine kendi yöntemleriyle ve karşı tarafa mukabil zarar vererek gidermeye kalkışırsa toplumsal düzenin sağlanması imkansız olur. Esasen bu durumda hukuk düzenine de ihtiyaç olmayacaktır. Şu halde bu usûl, temel amacı toplumsal düzeni sağlamak olan hukuk düşüncesine ve hukuk düzenine aykırıdır.

3. Bu olayla ilgili olarak söz konusu edilebilecek bir diğer husus da, rivâyetin sonradan uydurulmuş olabileceğidir. Nitekim mezhep mensupları bazen kendi mezhep ve imamlarının diğerlerine göre üstünlüğünü, ince anlayış ve kıvrak zekâsını göstermeye yönelik bazı olaylar zikretmişlerdir. Hatta bu konuda hadislerle bile yer verilmiştir. Muhtemelen bu olay da bu çerçevede olabilir.¹¹⁸ Ancak böyle bir olasılığı destekleyecek bilgi ve karînelere yoksun olduğumuz için bu, yalnızca bir ihtimaldir.

4. Şayet **Ebu Hanîfe**'ye ait olduğu söylenen diyalogda atlanılan ve doldurulması gereken bir takım boşlukların olduğu farzedilirse, bu takdirde söz konusu nakli bir yere oturtmak mümkün olabilir. Şöyle ki, **Ebu Hanîfe**'ye böyle bir şikayetle gelinmesi üzerine, kuyu açan veya buzhane yapan kişiye bu tasarrufundan komşusunun zarar gördüğü ve bu faaliyetten vazgeçmesi ya da bu ihtiyacını arazisinin başka bir yerinde karşılaması söylenmiş, bunun dinî ve ahlâkî bir gereklilik olduğu anlatılmış, belki de bu belirli aralıklarla tekrarlanmış, buna rağmen vazgeçmediği ve hâlâ zararlı faaliyetin devam ettiği mutazarrır tarafından **Ebu Hanîfe**'ye şikayet konusu olarak arz edilince, O da zarar gören şahsa, zararda ısrar eden bu kişiye karşı son çare olarak buzhane ya da kuyuya yakın bir yere fırın yapması veya lağım çukuru (fosseptik) açmasını önermiştir. Yani bu durumda zararda ısrar cezalandırılmış olmaktadır.

Olayın bu şekilde cereyan ettiği kabul edilirse, bu tavrın bir benzerini **Hz. Ömer** (ra)'ın bir uygulamasında görmek mümkündür. **Hz. Ömer** (ra)'ın hilafeti döneminde şöyle bir olay yaşanmıştır: **Dahhâk b. Halîfe**, *el-Urayd* denilen bir nehirden kendisi için su kanalı açmış, fakat bu suyu **Muhammed b. Mesleme** 'nin arazisinden geçirmesi gerekmiştir. **Muhammed** buna izin vermeyince **Dahhâk**: "*Neden bana engel oluyorsun? Buradan geçecek sudan önce de sonra da yararlanacak olan sensin. Ayrıca ondan içersin, sana zararı olmaz*" dedi, fakat **Muhammed** yine razı olmayınca, **Dahhâk** konuyu **Hz. Ömer**'e anlattı. Bunun üzerine **Hz. Ömer**, **Muhammed b. Mesleme**'yi çağırdı ve **Dahhâk**'ın isteğini kabul etmesini istedi. **Muhammed** yine: "*Hayır, olmaz*" deyince **Hz. Ömer**: "*Niçin bir müslüman kardeşinin faydalanacağı şeye mani oluyorsun? Halbuki ondan sen de yararlanırsın, istediğin zaman arazini sulayabilirsin, sana hiçbir zarar vermez*" dedi. **Muhammed** yine "*vallahi*

¹¹⁶ İbn Mâce, "Ahkâm",17; Muvatta', "Akdiye",31; Ahmed, Müsned, V,327.

¹¹⁷ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 201.

¹¹⁸ Bkz. Köse, a.g.e., 201.

hayır" deyince **Hz. Ömer**: "*Vallahi senin karnının üzerinden bile olsa bu suyu oradan geçirecek*" dedi ve **Dahhâk**'a suyu o araziden geçirmesini emretti. O da buna uyararak suyu geçirdi."¹¹⁹

Ensârdan bazıları hakkında **Abdurrahmân b. Avf** (31/651)'in da aynı şekilde hüküm verdiği nakledilmektedir.¹²⁰

Bu iki hadise arasında hukuk mantığı açısından bir benzerlik söz konusudur. **Hz. Ömer**'in uygulamasında kanal açan şahsın suya ihtiyacı vardır. Ancak bu ihtiyacın karşılanabilmesi **Muhammed b. Mesleme**'nin arazisinin kullanılmasına bağlıdır. Fakat **Muhammed**, bu işlemde hiçbir zarar görmemesine ve hatta kanaldan faydalanma imkanı olmasına ve bunun da kendisine hem **Dahhâk**, hem **Hz. Ömer** tarafından söylenmesine rağmen, "*arazi kendi özel mülküm değil mi, ister müsaade ederim ister etmem, başkası karışamaz*" diye düşünmektedir. İşte bu durumda kanal sahibinin meşrû ve arazi sahibine zararı dokunmayan ihtiyacının/maslahahtının karşılanmasını sağlama hususunda **Hz. Ömer**, mülk sahibinin izin ve rızasına bakmaksızın söz konusu faaliyetin cebren yapılacağını düşünmektedir. Burdan, *bir kişinin meşrû bir menfaatinin karşılanabilmesi için başkasının mülkünden yararlanılması zorunlu ve bunda mülk sahibi açısından da hiçbir zarar yok, aksine fayda da sağlayacaksa, mal sahibinin rızasına bakılmaksızın o işlemin yapılacağı* sonucunu çıkarabiliriz ki Hanbelî hukukçular bu görüştedirler.¹²¹

Ebu Hanîfe (150/767)'ye nisbet edilen olayda ise, mülk sahibi, ihtiyacını başka türlü örneğin buzhaneyi arazinin bir başka yerinde kurmak suretiyle karşılayabilecekken, bu işi, komşusunun zararına olmasına rağmen onun evine yakın bir yerde yapma hususunda ısrar etmekte ve tüm uyarılara ve tavsiyelere rağmen bundan vazgeçmemektedir. İşte bu durumda komşudan zarara katlanmasını beklemek doğru olmayacağından ve zararın da başka türlü giderileme imkanının bulunmaması sebebiyle zararlı tasarrufta ısrar eden bu şahıs, adeta mukabil muameleyi hak etmiş olmaktadır. Bundan hareketle de *bir şahıs ihtiyacını başkasına zarar vermeden giderebilme imkanına sahip olmasına rağmen zararlı yolu kullanıyor ve bundan vazgeçmesi için yapılan tüm uyarılara kulak asmıyor ve direniyorsa, zararı bertaraf etmek için gerekirse mukabil zarar yoluna gidilebileceği* söylenebilir. Nitekim bu durumu, Mâlikî hukukçu **Şâtîbî**, zarar kastı karinesi ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlamaktadır.¹²²

Tekrar dikkat çekmek gerekirse iki olay arasında birebir karşılaştırma değil, bir maslahahtın sağlanması veya zararın giderilmesi noktasında hukuk düşüncesi açısından böyle bir ilişki kurulabilir. Esasen bu da, **Ebu Hanîfe**'ye nisbet edilen olayda doldurulması gereken bazı boşlukların bulunduğu kabulü halinde mümkündür.

5. Bu olayla ilgili olarak söz konusu edilebilecek diğer bir olasılık ise şudur. **Ebu Hanîfe**, kendi mülkünde kuyu kazan komşusunun bu tasarrufundan zarar gördüğünü söyleyen şahsa, söz konusu tasarrufun, kişinin kendi mülkünde olmasından hareketle, sen de kendine ait kısımdan istediğin gibi yararlanabilir, hatta istersen lağım çukuru bile kazabilirsin, demek istemiştir. Yani bu olayda **Ebu Hanîfe**, müşteki şahsa lağım çukuru kazması tavsiyesinde bulunmaktan öte, mülkiyetin şahsa her türlü yetkiyi verdiğini anlatmak istemiştir.

¹¹⁹ Muvatta', "Akdiye",33.

¹²⁰ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,400.

¹²¹ Bkz. İbn Kayyım, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 260-261. Şâfîlilere göre bu olay, muayyen bir hadiseyle ilgilidir ve bundan genel bir ilke çıkarmak doğru değildir. Muhtemelen Dahhâk b. Halife, daha önce hukukî bir sebebe dayalı olarak Muhammed'in arazisinden su geçirme hakkı kazanmış olmalıdır. Zira hiç kimse, kendi arazisinden başkasına su geçirme hakkı vermek zorunda değildir ve bu hususta icma vardır. Bkz. Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,401; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII,403-404.

¹²² Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II,632.

Özetle belirtmek gerekirse, **Ebu Hanîfe**'ye ait olduğu söylenen bu naklin ona nisbeti konusunda ciddi şüpheler bulunmaktadır. Her şeyden önce bu nakil içerik açısından hukukî değildir. Rivâyette bir takım boşlukların bulunduğu düşünülür ve bu boşluklar uygun şekilde doldurulursa, belki hukukî bir değer kazanabilir. Aksi takdirde önerilen çözüm İslâm'ın zararı ve zarara yine zararlar karşılık vermeyi yasaklayan naslarına aykırı olduğu gibi temel hukuk düşüncesine ve hukukun amacına da terstir.

Özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılması hususunda Hanefî mezhebinin kurucu müctehidleri arasındaki ihtilaf, zamanla tartışılmış ve her iki ictihadı da benimseyen fakihler olmuşsa da, hicrî VII. asrın başlarından itibaren **Ebu Yûsuf**'un kanaati genel mezhep görüşü olarak benimsenmiştir. Hanefî mezhebi ve bu mezhebin kurucu müctehidleri arasındaki bu yaklaşım farklılığı, genellikle toplumsal çözülme ve ahlâkî gerilemeyle açıklanmaya çalışılmıştır. Nitekim **Ebu Hanîfe** de kişinin, başkasının zararına yol açan tasarruflarda bulunmamasının hukukî olmasa da ahlâkî bir gereklilik olduğunu söylemektedir. O halde **Ebu Hanîfe**'nin, kıyas gereği bireyin kendi mülkündeki tasarruflarında hukukî açıdan hür olduğunu söylerken, içinde yaşadığı toplumsal yapı ve fertlerdeki din duygusunu belirleyici bir unsur olarak dikkate aldığı söylenebilir. Nitekim çağdaş İslâm hukukçuları, özel mülkte tasarruf konusunda Hanefî fakihler arasındaki görüş ayrılıklarını açıklarken, umumiyetle örf'e bağlı olarak fertlerdeki dinî-ahlâkî duygunun zayıflamasından söz etmişlerdir.¹²³ Yani bu ictihad, fertlerdeki din duygusunun oldukça kuvvetli ve Allah'a olan inancın, şahısların söz ve davranışları üzerinde mutlak belirleyici olduğu, bu anlamda "*inanç-ahlâk-hukuk*" birlikteliğinin fertler üzerinde etkisini gösterdiği bir toplumsal vasatın ürünüdür. İşte bu görüşe mesned teşkil eden toplumsal yapıda, fertlerin inançlarıyla uygulamaları, ahlâk anlayışlarıyla toplumsal ilişkileri arasında tam bir uyum söz konusudur. Dolayısıyla bu yapı, fertlerin başkasına zarar verecek davranışlarda bulunmaması için yeterli olmaktadır; zira inandıkları dinin başkasına zarar vermeyi yasakladığı bilincine sahiptirler ve davranışlarını bu bilinç şekillendirmektedir.

Bu tahlil ve gerekçe kabul edildiği takdirde ilk dönem Hanefî ictihadıyla müteahhir Hanefîlerin görüşü arasında bir farklılık ya da tezadın olmadığını söylemek mümkündür. Zira böyle bir ictihadı doğuran toplumsal yapı değişmiş, fertlerdeki din duygusu zayıflamış ve bunun bir sonucu olarak da özel mülkteki tasarrufların başkasına fâhiş zarar vermemekle mukayyed olduğu görüşü benimsenmiştir. İlk ictihad, kendi toplumsal örgüsü içinde bir ictihad ve hukukî çözümlenmeden beklenen faydayı/maslahatı sağlamakla birlikte, benzer yapının olmadığı dönemlerde aynı faydayı sağlamaz olmuştur. Halbuki bir ictihadın, şeriatın genel amaçlarıyla/maslahatlarıyla uyum içinde olması gerekir. İslâm şeriatının en temel amaçlarından birisi de zararın/mefsedet giderilmesi ve maslahatın teminidir.¹²⁴ Bundan dolayı bir fakihin, zamanının örfüne tam anlamıyla vâkıf olması ve ictihadlarında bunu dikkate alması zorunludur. İşte bu noktadan hareketle zamanın örfüne vâkıf olmak ictihadın şartları arasında sayılmıştır. Dolayısıyla zamanın değişmesiyle örfte meydana gelen farklılıklar ve ahlâkî bozulmalar dikkate alınmadan, eski dönemlere ve farklı şartlara ait ictihadlarda ısrar edilmesi durumunda, söz konusu hükümlerin uygulanmasında büyük sıkıntılara göğüs germe, zarara maruz kalma gibi hallerle karşılaşılacaktır. Halbuki hükümlerde kolaylık ve zararın giderilmesi İslâm hukukunun temel prensiplerindedir. Binaenaleyh örf'e bağlı

¹²³ Bkz. Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 120; a.mlf., *Ebu Hanîfe*, 463; Dirîni, *el-Hak*, 82,89; a.mlf., *et-Teassüf*, 124-125; Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâi*, 200-201; Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 185; Ömerî, *el-Hak*, 185-186; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,87-88; Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, 167-168.

¹²⁴ Dirîni, *et-Teassüf*, 125.

değişimlerin icthadlarda dikkate alınması zorunludur ki İslâm hukuk dotrininde bunun bir çok örneğini görmek mümkündür.¹²⁵

Bu tahlile göre örfe bağlı icthad farklılıklarının örneklerinden biri de özel mülkte tasarruf meselesidir. Yukarıda ifade edilen amacın tahakkukunu kendi dönemleri açısından, özel mülkteki tasarrufların başkasının fâhiş zararına sebebiyet vermemesi şartına bağlı olmasında gören müteahhir Hanefî hukukçular, icthad ve tercihlerini bu yönde kullanmışlar ve bunu da "*maslahata dayalı istihsân*" prensibiyle açıklamışlardır. İlk dönem Hanefî fakihler ise, kendi dönemlerinde dinî-ahlâkî yaptırımlar ayrıca bir hukukî düzenlemeye gerek bırakmayacak kuvvette olduğundan özel mülkteki tasarrufların mutlak olduğunu söylemişlerdir.

Hanefî hukukçular arasındaki bu konuyla ilgili ihtilaf sebeplerini belirlemede yukarıdaki yaklaşımın, **Ebu Hanîfe** (150/767) ve onun görüşünü benimseyenlerle, özel mülkiyette tasarrufun başkasına fâhiş zarar vermeme şartına bağlı olduğunu söyleyen müteahhir Hanefîler arasındaki ihtilafı açıklama noktasında olası sebeplerden biri olarak dikkate alınmasının isabetli ve yerinde olacağı söylenebilir de; **Ebu Yûsuf** (182/798)'un bu meselede hocasından farklı düşünmesi bu ta'lili ihtiyatla karşılamamızı gerektirmektedir. Her iki icthadı da tarih olarak tespit edebilmemiz mümkün olamayacağından, **Ebu Hanîfe** ve **Ebu Yûsuf**'un vefat tarihleri dikkate alındığında iki imam arasındaki zaman farkının, toplumsal değişimler ve dönüşümler açısından böyle bir icthad farklılığına sebep teşkil etme noktasında yeterli olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, **Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî** (189/805)'nin de aynı zaman dilimi içinde yaşaması ve hatta **Ebu Yûsuf**'tan sonra vefat etmesine rağmen **Ebu Hanîfe** ile aynı görüşü paylaşması, bu icthad farklılığında başka sebeplerin de aranmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu noktada bize yardımcı olabilecek bir husus, **Ebu Hanîfe** ile **İmâmeyn** arasında harcamalarında tedbirsizlik gösterenlerin (sefih) hacredilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmadır. Bu konuda **İmam Muhammed**'in **Ebu Yûsuf**'la aynı kanaati paylaştığını hemen ifade edelim.

Sefihin hacri konusunda **Ebu Hanîfe**, şahsın insanlık vasfını ve kişisel onurunun korunması ve bu anlamda hürriyet alanına müdahale edilmemesi hususunu ön plana çıkarmaktadır. Buna mukabil **İmâmeyn**, hacrin gayesinin zaten sefihin onurunu korumaya yönelik olduğunu söylemektedirler. Zira sefih hakkında kısıtlılık kararı alınmakla mallarının heder olmasının önüne geçilmiş ve böylece gelecekte mal varlığını kaybetmiş bir durumda başkalarına el avuç açar hale gelmekten ve topluma yük olmadan kurtulmuş olmaktadır.

Şu halde üç müctehid de sefihin insanlık onurunun korunmasını asıl amaç olarak kabul etmekte, fakat **Ebu Hanîfe** (150/767) bunun sefihin hacredilmemesiyle sağlanabileceğini söylerken, diğer iki müctehid aynı maslahatın hacir ile elde edilebileceği kanaatindedir. Elbetteki burada sefihin hacri meselesini ve konunun teferruatlarını inceleyecek değiliz. Fakat Hanefî usulcü **Fahru'l-İslâm el-Bezdevî** (482/1089)'nin bu üç Hanefî imamın sefihin hacri konusuna yaklaşımlarını açıklarken, özel mülkte tasarruf yetkisi ile bu mesele arasında bir irtibat kurması oldukça dikkat çekicidir. Kısaca **Bezdevî** şöyle demektedir: "*Ebu Yûsuf'un, "kişinin özel mülkiyetindeki tasarruflarından komşuları zarar görürse, bu tasarruf hukuken engellenir" dediği rivâyet olunmaktadır. O halde sefihin hacri de İmâmeyne göre kıyas yoluyla. Dolayısıyla sefeh halinin karşılaştırılması/mukayesesi mümkün olan her bir meseleyle birebir karşılaştırılması gerekir. Yoksa sefeh halini yalnızca çocukluk, hastalık veya zor ve tehdit altında bulunma (ikrah) gibi bir meseleye bağlı olarak*

¹²⁵ İbn Âbidîn, *Neşru'l-art*, II,123 vd.

*değerlendirmek doğru değildir. Bu durumda sefeh halini, dikkate alınması mümkün her bir meseleyle karşılaştırarak ele almak gerekecektir.*¹²⁶

Bezdevî'nin sefihin hacrı meselesini anlatırken özel mülkte tasarruf konusuyla irtibat kurması ve her iki meselenin de aynı temel hukuk düşüncesine dayandığını söylemesi, özel mülkte tasarruf konusunda **Ebu Hanîfe** ile **Ebu Yûsuf** ve dolayısıyla müteahhir Hanefiler arasındaki ihtilafın toplumsal ahlâkî yapıdan ziyâde, fikhî bakış açısına ve değerlendirme farkına dayandığını göstermektedir. Dolayısıyla bu durumda iki ictihad arasındaki farklılık temelde maslahat anlayışına dayanmaktadır. Yoksa üç imam açısından konuyu dinî-ahlâkî yapıyla açıklamak oldukça zordur.

Ancak burada hemen şunu da belirtelim ki **Ebu Hanîfe**, şahsın kendi mülkünde tasarruflarının başkasına zararı dokunsa da herhangi bir hukukî sınırlamada bulunulamayacağını söylerken, İslâm hukukunda zarara yol açan tasarrufların korunduğunu söylemiş olmamaktadır. O yalnızca bu meselede maslahatın temini ve zararın def'i açısından hukuken sınırlamanın doğru olmadığını ve sınırlama getirildiği takdirde doğacak zararın daha büyük olacağını düşünmektedir. Dolayısıyla **Ebu Hanîfe**'ye göre iki tarafın da maslahatı daha büyük zararın engellenmesiyle mümkündür ki, bu da mal sahibinin istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisinin sınırlandırılmamasıyla sağlanabilir. Zira Şâri'in her hakda olduğu gibi, kişilere mülkiyet hakkı tanımada da bir amacı ve dikkate aldığı bir maslahat söz konusudur. Yani üstün bir maslahatın neticesi olarak kişilere mülkiyet hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla özel mülkiyet tasarruflarının hukuken, başkasına zarar vermeme şartına bağlı olarak sınırlandırılması Şâri'in dikkate aldığı ve riâyet edilmesini istediği bu üstün maslahata aykırıdır. Bu aykırı durumun daha büyük bir zarar doğuracağı da açıktır. Çatışma halinde daha üstün ve büyük maslahatın tercih edilmesi, iki zararlı durumdan birinin tercih edilmesinin zorunlu olduğu durumlarda büyük zararı gidermek için küçük zarara katlanılması temel ilke olduğuna göre bu meselede de üstün maslahat, malikin mutlak tasarruf yetkisi ve bu yetkinin yasal sınırlamaya tabi olmamasıdır. Dolayısıyla asıl büyük zarar da hukukî sınırlama sonucunda ortaya çıkacaktır.

Ebu Hanîfe'nin kişinin özel mülkiyet hakkı ve buna bağlı tasarruflarına devlet eliyle müdahale edilmesine hoş bakmamasının ve bu noktada başkaları zarar görse de sınırsız kişisel hürriyeti savunmasının sebeplerinden olmak üzere, -özellikle onun sîreti dikkate alındığında- siyasî otoritenin, ferdî hürriyetlere yerli-yersiz müdahalesinden endişe duymuş olması da söz konusu edilebilir. Şayet böyle bir ihtimal vârid ise, bu durumda **Ebu Hanîfe**'nin ictihadı, hukukî olmaktan ziyade doğurabileceği siyasî sonuçların dikkate alındığı bir öngörünün ürünü olacaktır. Ancak bu ihtimalden söz etmemizi gerektirecek somut bir bilgiye -en azından şimdilik- sahip olmadığımız için yapılacak yorumların hissî olacağı açıktır.

Daha sonraki dönemlerde yaşamış Hanefî fakihler arasındaki ihtilafların hukukî açıklaması, mezhebin kurucu müctehidleri arasındaki ihtilafa göre daha kolaydır. Bu cümleden olmak üzere;

-İslâm coğrafyasının genişlemesine bağlı olarak örf etkisi,

-Mezhep taassubu ve ne söylediğine bakmadan ve tartışma konusu edinmeden imamlara aşırı bağlılık,

-Kavram hukukçuluğunun başlaması ve gelişmesiyle birlikte kavramlar üzerinde daha fazla yoğunlaşılması ve hatta müstakil çalışma konusu edinilmesi. (Maslahat ve zarar kavramlarına sık sık vurgu yapan makâsid çalışmaları gibi).

¹²⁶ Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV,521.

-Mezhepler arası etkileşim ve bunun ictihad ve tercihlere yansımaları hemen ilk akla gelen sebeplerdendir.

Bütün bunlardan sonra sonuç olarak şunları söyleyebiliriz. Hanefî mezhebinde, kişinin özel mülkündeki tasarruflarının mutlak mı yoksa başkasının fâhiş zararına sebebiyet vermemekle hukuken sınırlandırılmış mı olduğu meselesi tartışma konusu olmuş ve ilk dönemlerden itibaren bu görüşlerden her birini benimseyen müctehid ve hukukçular bulunmuştur. Bu noktada **Ebu Hanîfe** (150/767) ve **İmam Muhammed** (189/805) bireyin, -kişinin başkasına zararı dokunan tasarruflardan kaçınmasının diyâneten vâcib olduğunu söylemekle birlikte- kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabileceği ve bu noktada hukukî herhangi bir sınırlamadan söz edilemeyeceği görüşünü benimserken; **Ebu Yûsuf** (182/798), bu yetkinin komşulara zarar vermeme şartına bağlı olduğunu söylemiştir. Ancak Hanefî mezhebinin kurucu imamları arasındaki bu ihtilaf, yan/bitişik komşuluk hakkında olup alt-üst komşuların kendilerine ait kısımda diğer komşuya zarar verecek şekilde tasarrufta bulunmasının caiz olmadığına üç imam arasında ittifak vardır. Zamanla her iki görüşü de benimseyen hukukçular olmakla birlikte özellikle hicrî VII. asrın başlarından itibaren Hanefî mezhebinde **Ebu Yûsuf**'un görüşü genel kabul görmüş, fetvâlarda esas alınmış, Osmanlı dönemi uygulaması da bu ictihada dayanmış ve nihayet *Mecelle*'de kanun hükmü haline getirilmiştir. Fakat **Ebu Yûsuf**'un herhangi bir çerçeve çizmeden mutlak olarak ifade ettiği zarar kriteri, müteahhir Hanefî hukukçular tarafından "*fâhiş zarar*" şeklinde bir ölçüye bağlanmış ve kavramlaştırılmıştır. Fâhiş zarar, "*bir binanın ya da duvarın yıkılmasına sebep olan veya temel ihtiyaçlardan birinden yararlanmayı tamamen imkansız kılan şey*" olarak tarif edilmekle birlikte zarar mefhumunun şahıs, zaman ve coğrafyaya bağlı olarak değişkenlik arz eden yapısı, kavramın, tarif olarak olmasa bile içerik olarak zaman içinde açılıma uğramasını gerektirmiştir. Nitekim bazı ictihad ve fetvâların birebir çözümlenmesinde bu açılımı izlemek mümkündür. Aslında bu durum temelde zarar kavramının örfe bağlı olarak değerlendirilmesinin daha isabetli olacağını göstermektedir ki, çağdaş İslâm hukukçularının tercihi de bu yöndedir.

Sonuç itibarıyla geline son noktada Hanefî mezhebine göre kişinin kendi özel mülkündeki tasarrufları, bu tasarruftan başkasının fâhiş zarar görmemesiyle mukayyedir; zararın kriteri de örnektir. Bu arada *Irak Medenî Kanunu*'nun özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılması konusundaki düzenlemeleri, Hanefî fıkhı ile tam bir uyum arz etmektedir.¹²⁷

B. MÂLİKÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ

Mülkiyet hakkının kullanımı konusunda Mâlikî mezhebinin temel yaklaşımı -**Ebu Yûsuf** (182/798) istisnâ edilirse- Hanefî mezhebinin tam tersi yöndedir. Mezhebin imamı **Mâlik b. Enes** (179/795) komşuya zarar verme kastıyla yapılan tasarrufların hukuken engelleneceğini söylediği gibi (*sübjektif ölçü*), niyete bakılmaksızın tasarrufun komşular açısından zarar doğurması (*objektif ölçü*) durumunda da hukukî sınırlama yoluna gidileceğini açıkça ifade etmektedir. Buna göre **İmam Mâlik**'in, özel mülkiyet tasarruflarının sınırlandırılmasında hem objektif, hem de sübjektif ölçüyü bir kriter olarak benimsediğini söylemek mümkündür. Her bir hukukî olay ya da tasarrufta bu kriterler aranacak ve buna göre söz konusu meselenin hukuken geçerli/câiz olduğuna veya mani olunması gerektiğine karar verilecektir. Dolayısıyla **İmam Mâlik**'e göre *özel mülkiyet tasarruflarında aslanan, tasarrufun başkalarının zararına sebebiyet vermemesidir. Bu anlamda mülkiyet hakkında itlak değil, sınırlılık/kayıtlılık esastır.*

¹²⁷ Zenûn, *el-Muhâdarât*, 5-6; Sadde, *el-Milkiyye*, 100.

Bu temel yaklaşımdan hareketle **İmam Mâlik**, komşunun mülkünün yıkılmasına veya zayıflamasına sebep olan, ses/gürültü, duman ya da kokusuyla komşuları rahatsız eden ve komşunun mahremiyetine tecâvüz anlamı taşıyan tasarrufların hukuken engelleneceğini söylemektedir. Yine bu cümleden olarak kişinin meskun mahalde bulunan kendi arsasında hamam, fırın, değirmen işletmesi; altın ve gümüş işleme atölyesi, demircilik için körükhâne, deri işleme atölyesi (tabakhâne) açması; meskun mahal ve bahçelerin arasına harman yeri yapması; duvar dibine lağım çukuru (fosseptik) veya su kuyusu kazması; komşunun evini veya avlusunu/hayadını görecekt biçimde kapı-pencere açması, aynı şekilde çardak kurması hukuken yasaktır. Çünkü bunların komşuya zararı söz konusudur. Şöyle ki, hamam ve fırının dumanı, tabakhanenin şiddetli pis kokusu evlerin içine kadar sinmek suretiyle insanları rahatsız eder. Harman yerinde sap ve samandan daneleri ayırmak için rürgarda yapılan savurma işlerinden yayılan saman tozları çevreye yayılarak komşulara zarar verir.¹²⁸ Binaenaleyh komşuları rahatsız eden ve sağlık açısından tehlike arz edip çevreye kötü kokular yayan yerler (tabakhâne, mezbaha, tuvalet gibi) mevcut ise kapatılır; yeni inşa edilmek isteniyorsa müsaade edilmez.¹²⁹ Aynı şekilde çıkmaz sokağa bakan kısımda diğer komşuların duvar hizalarını geçecek şekilde pencere açılmaz veya mevcut pencere veya kapının yeri değiştirilemez. Zira bu, aynı çıkmaz sokağı kullananların, sokaktan istifadesini zorlaştıracak ya da mahremiyetlerinin görünmesine yol açacaktır. Tabi ki bütün bu hükümler kişinin özel mülkündeki tasarrufundan komşuların zarar görmesi halinde geçerlidir. Çünkü *komşuya zarar verecek tasarruflarda bulunmak câiz değildir*.¹³⁰ Kaldı ki *Allah'a ve âhiret gününe imân eden kimse komşuya zarar veren tasarruflarda bulunamaz*.¹³¹

Özel mülkte tasarruf yetkisinin, başkasına zarar vermeme şartına bağlı oluşunu Mâlikî hukukçular, yalnızca özel hukuk ilişkilerinde değil, aynı zamanda kamu hukuku açısından da geçerli olduğunu söylemişlerdir. Buna göre söz gelimi umumî yollardan istifadeyi zorlaştıracak tasarruflarda bulunulamaz. Hatta bu hüküm, yalnızca özel mülkte yapılan tasarruflarla sınırlı olmayıp, gelip-geçenleri rahatsız edecek şekilde yola oturma, eşya koyma gibi işler için de söz konusudur. Dolayısıyla insanların umumî yollardan rahatça, hiçbir eziyet ve zarara maruz kalmadan yararlanabilmelerine engel teşkil eden her tasarruf hukuken sınırlandırılır; doğacak zarardan da tasarruf sahipleri sorumlu tutulur.¹³²

Öte yandan Mâlikî hukukçular şahsın özel mülkündeki tasarrufunun başkasına zarar vermeme şartına bağlı olduğunu ifade etmekle kalmamış, aynı zamanda malında tasarrufta bulunan şahsın kötü niyetli olması (zarar kastı taşınması) durumunda, ayrıca tazminle de mükellef olduğunu söylemişlerdir. Bu cümleden olmak üzere bir kimse kendine ait arazide başkalarına zarar vermek amacıyla kuyu açar ve kuyuya bir şey düşüp zarar görürse, kuyuyu açan zararı tazmin eder.¹³³

Aynı şekilde Mâlikî hukukçular, bir hakkı kullanmak isteyen şahsın, bunun için *uygun zamanı seçmesi ve gerekli önlemleri almasının zorunlu* olduğunu ifade etmektedirler. Örneğin tarlasındaki ekin atıklarını yakmak isteyen kişi, bunu havanın rüzgarlı olmadığı bir zamanda yapmak veya ateşin çevreye zarar vermemesini sağlayacak şekilde gerekli

¹²⁸ Mâlik, *el-Müdevvene*, IV, 314; Bâcî, *el-Müntekâ*, VII,403-405; İbn Abdirrafi', *Mu'nu'l-hukkâm*, II,783-792; İbn Ferhûn, *Tefsîratu'l-hukkâm*, II,258. Krş. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 218-219.

¹²⁹ Tesûîf, *el-Behçe*, II,643.

¹³⁰ Mâlik, *el-Müdevvene*, IV,316. فلا يجوز أن يحدث على حاره ما يضر به

¹³¹ İbn Ferhûn, *Tefsîratu'l-hukkâm*, II,258. فلا ينبغي لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يحدث على حاره شيئاً يضر به

¹³² Âbidî, *el-Emvâl*, 126.

¹³³ Karâfî, *el-Furûk*, II,336.

tedbirleri almak zorundadır. Aksi takdirde gerekli önlemleri almadığı için ihmal ve kusuru sebebiyle doğacak zararlardan sorumlu tutulur ve zarar tazmin ettirilir.¹³⁴

Mâlikî fukaha herhangi bir tasarrufun zarara sebep olup olmadığı üzerinde titizlikle durup, şayet zarar varsa bu tasarrufa hukuken mani olunacağını söylemekle birlikte; *asıl önemli olanın tasarruf serbestisinin sınırlandırılması olmayıp zararın giderilmesi olduğunu da özenle belirtmektedirler*. Dolayısıyla bir tasarruf komşuların zararına yol açmakla birlikte bir takım önlemler almak suretiyle zararın giderilmesi imkan dahilinde ise, malikten gerekli önlemleri alması istenir ve yargı yoluyla bu sağlanmaya çalışılır. Bu sağlanınca söz konusu tasarrufun engellenmesini gerektirecek bir sebep de kalmamış olur. Söz gelimi hamam veya fırından çıkan dumanlar teknik imkanlarla tahliye edilir ve komşuların zarar görmeyeceği bir hale getirilirse, bu faaliyetlere devam edilir.¹³⁵ Buna göre fabrika ve sanayi atıklarının çevreye zarar vermemesi için öncelikle iş sahiplerinden gerekli ıslah çalışmalarını yapmaları istenilecek, bunun sağlanması durumunda -zarar önlenmiş olduğundan- söz konusu işletmelere herhangi bir hukukî müdahalede bulunulmayacak; aksi takdirde doğacak zarardan iş sahipleri sorumlu tutulacaktır.

Bir *faaliyetin yapıldığı yerin özelliği* de tasarrufun geçerli olup olmaması açısından önemlidir. Bir şahsın kendi tarlasında kazdığı kuyu, komşunun daha önce açtığı kuyunun suyunun azalmasına ya da suyun tamamen kesilmesine sebep olursa bu durumda ilk kuyuya zarar verdiği için ikinci kuyu kapatılır. Burada ikinci kuyunun kapatılıp kapatılmayacağını belirleyen kriter, ilk kuyunun zarar görüp görmemesidir. Şayet ikinci kuyunun açıldığı arazi sert bir toprak yapısına sahipse, bu kuyu kapatılamaz. Çünkü bu durumda iki kuyunun -sert toprak suyu sızdırmayacağından- birbirine zarar vermesi mümkün değildir. Fakat toprak yumuşak/gevşek olup, bilirkşi de ilk kuyuya zarar verdiği yönünde görüş bildirirse bu kuyu kapatılır.¹³⁶ Bu da bize Mâlikî fihında asıl vurgunun zararın önlenmesine olduğunu göstermektedir.

Zarara sebep olan tasarrufların hukuken engelleneceği hususunda Mâlikî hukukçular arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Mâlikî doktrininde görülen bazı tartışmalar ve farklı yaklaşımlar ise, üzerinde durulan somut hadisenin gerçekten komşuların zararına sebep olup olmadığına belirlenmesi etrafında yoğunlaşmaktadır. Komşunun ışık ve rüzgarına mani olacak şekilde bina yapma, ya da demircilik, hallaçlık, çamaşırcılık gibi sesiyle çevreye rahatsızlık veren tasarruflarla ilgili tartışmalar hep bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu tür faaliyetlerin hukuken engellenemeyeceğini söyleyenler, yasal sınırlamaya gitmeyi gerektirecek ölçüde bir zararın oluşmadığını ya da sınırlama durumunda malikin karşılaşacağı zararın diğer şahsın zararına oranla daha büyük olacağını düşünmüşler; zararı dikkate alan ve bunun hakkın kullanımından doğan menfaatten daha önemli ve büyük olduğunu düşünen âlimler ise, hakkın bu şekilde kullanılamayacağını öngörmüş ve yasal sınırlama fikrini benimsemişlerdir.¹³⁷ Yoksa *kişinin kendi mülkündeki bir tasarrufundan komşuları zarar görüyor ve bu zarar da örfe katlanılamayacak kadar büyük ve devamlı, zararın mevcudiyeti de hukukî ispat vasıtalarıyla tespit edilmişse, bu tasarrufa engel olunması gerektiği hususunda Mâlikî fakihler arasında ittifak vardır*.¹³⁸

Mâlikî hukukçular zarara sebep olan tasarrufların hukuken engellenmesini genel bir prensip olarak benimsemiş ve bu düşüncelerini "*zarar vermek ve zarara yine zararla*

¹³⁴ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsil*, IX,261; Karâfi, *el-Furûk*, II,336.

¹³⁵ İbn Ferhûn, *Tebziratu'l-hukkâm*, II,258.

¹³⁶ İbn Ferhûn, a.g.e., II,261.

¹³⁷ Krş. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 219.

¹³⁸ İbn Ferhûn, *Tebziratu'l-hukkâm*, II,258. وهو من الضرر الكبير المستدام، وما كان هذه الصفة منع إحدائه على من يستنصر به إذا شهدت البينة بأنه من الضرر

mukâbele etmek yoktur” hadisine dayandırmışlardır. Onlara göre bu rivâyet, kişinin özel mülkündeki tasarruflarının sınırlandırılması hususunda temel ve genel bir delildir.¹³⁹ Bu ve benzeri İslâm’da zarar vermeyi yasaklayan naslardan hareketle Mâlikî doktrininde zarar konusu diğer mezheplerde göremediğimiz bir biçimde tüm boyutlarıyla ele alınmıştır. Bu durumu, Mâlikî fıkıh ekolünde, İslâm şeriatının, yapılmasını ya da uzak durulmasını istediği hususlarda Şâri’in asıl amacını/maksadını belirlemeye (*mekâsidü’ş-şerîa*) yönelişin ve makâsîd çalışmalarının diğer mezheplere göre daha fazla olmasıyla ve erken diyebileceğimiz dönemlerde başlamasıyla açıklamak mümkündür. Hatta Mâlikî fakih **Şenkîti**, bu noktadan hareketle *fıkıh ilminin esasının zararın giderilmesi* olduğunu söylemektedir.¹⁴⁰

Bunun yanında Mâlikî mezhebi zarara sebebiyet veren tasarrufların çerçevesini ve “zarar vermek ve zarara yine zararla mukâbele etmek yoktur” hadisi ile amelini kapsamını o kadar geniş tutmuştur ki, eziyet veren tüm kokuları, rahatsız edici sesleri, mânevî zararları (komşunun mahremiyetine ittila gibi), ekin, meyve gibi şeylere zarar veren ve sakınılması/korunulması adeten mümkün olmayan kuş, güvercin vb. hayvan beslemeyi¹⁴¹, komşunun duvarına zarar veren her türlü faaliyeti, başkasının mülküne zarar verecek şekilde harman yeri vb. kurmayı, özel ya da umumî yola zarar veren faaliyetleri... hukuken engellenmesi gereken tasarruflar olarak görmüşlerdir.¹⁴²

Ancak daha önce Hanefî Mezhebi’nin özel mülkte tasarruf konusundaki görüşlerini ele alırken de ifade edildiği gibi, *insan hayatında adeten zarardan hali bir maslahatın bulunması mümkün olmadığı gibi, yarardan yoksun bir şeyin bulunamayacağı da bir gerçektir. Yani her hukukî olay ya da fiil aynı anda hem yarar hem de zarar içermektedir.*

İşte bu şer’î ve fiili hakikat, bireyin kendi öz mülkündeki tasarrufları için de geçerlidir. Yani özel mülkiyet tasarruflarının tamamen zarardan arınmış olması mümkün değildir. O halde her bir tasarrufta, mal sahibi ve bu tasarruftan etkilenen şahıslar açısından yarar-zarar dengesi aranacak, buna göre bir hüküm verilecektir. Kaldı ki *komşuluk ilişkileri hep diğer komşulara zarar vermemeyi değil, aynı zamanda komşunun örfen aşırı kabul edilmeyen ve katlanılabilecek ölçüdeki zararlı faaliyetlerine göğüs germeyi de gerektirmektedir.* Bir kimsenin evinde pişirdiği yemeğin kokusunun ve bacasından çıkan dumanın komşulara eziyet vermesi kaçınılmazdır. Bununla birlikte komşular bu tür zararlara katlanmak zorundadırlar. Zira bu tür tasarruflar hayatın devamı için zorunlu olduğu gibi, komşulara zararı da sürekli olmayıp belli zamanlarla sınırlıdır.¹⁴³ Kaldı ki bu tür faaliyetler tek taraflı ya da muayyen şahıslara has olmayıp, hayatın devamı açısından bütün komşuları/insanları ilgilendirmektedir. Şayet bu tasarruflar da zarar gerekçesiyle hukuken yasaklanacak olursa, hayat çekilmez bir hal alır; komşu ve komşuluk hukuku diye bir kavramdan söz etmek de mümkün olmaz.

Tasarruflarda yarar-zarar dengesi noktasında adâletin temini, meselenin bir takım kriterlere bağlanmasını gerektirmektedir. Buna yönelik olmak üzere Mâlikî hukukçular tasarruflar ve doğurduğu sonuçlar açısından çeşitli tasnifler yaparak bazı ilkeler tespit etmeye çalışmışlardır. **İbn Rüşd el-Cedd** (520/1126), bir kimsenin mülkündeki tasarrufunun başkasına zarar vermesi halini Mâlikî mezhebi açısından üç kısma ayırmaktadır:¹⁴⁴

¹³⁹ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve’t-tahsîl*, IX,262; İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fıkhiyye*, 223; Şenkîti, *el-Mevâhibu’l-celîl*, IV,124.

¹⁴⁰ Şenkîti, *el-Mevâhibu’l-celîl*, IV,124. *قد أسس الفقه على رفع الضرر وأن ما يشق مجلب الوطر*

¹⁴¹ Tesûlî, *el-Behçe*, II,641.

¹⁴² Bkz. Mevâfî, *ed-Darar*, I,279-290.

¹⁴³ Tesûlî, *el-Behçe*, II,637.

¹⁴⁴ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve’t-tahsîl*, IX, 263-265; İbn Abdirrafi’, *Muînu’l-hukkâm*, II,783; Tesûlî, *el-Behçe*, 640.

1. *Hukuken sınırlandırılacağıında ittifak edilen tasarruflar.* Komşunun duvar veya binasının zarar görmesine yol açan, duman ve kötü kokularıyla komşulara eziyet veren tasarruflarla, komşunun mahremiyetine vakıf olmayı sağlayan tasarruflar bu gruba girmektedir. Buna göre, meskun mahallin ortasına harman yeri kurmak, hamam, fırın, tabakhâne gibi yerler işletmek, komşunun duvarının dibine lağım çukuru (fosseptik) açmak, komşunun mahremiyetinin görülebileceği şekilde kapı, pencere açmak... gibi faaliyetler hukuken sınırlandırılır. Bu arada komşunun mahremiyetinin görülmesine sebep olacak tasarrufların hukuken sınırlandırılmıyacağı ve komşudan, rahatsız oluyorsa gerekli önlemleri almasının istenileceği yönünde bir ictihad varsa da, **İbn Rüşd el-Cedd**, bunun şaz olduğunu söylemektedir. Şaz kabul edilen bu ictihad, **İmam Mâlik** (179/795)'in öğrencilerinden **Eşheb** (204/820), **İbnü'l-Mâceşûn** (212/827), **Muhammed b. Mesleme el-Mahzûmî** ve **Muhammed b. Sadeife el-Fedekî** gibi fakihlerden nakledilmiştir.¹⁴⁵

2. *İttifakla geçerli olan tasarruflar.* Komşunun menfaatinin/gelirinin azalmasına sebep olan tasarruflar bu kısmın örneklerini oluşturmaktadır. Komşunun fırınının yanına fırın, hamamının yanına hamam açma gibi. Gelirimizin azalmasına yol açıyor diye komşular bu tasarruflara mani olamazlar.¹⁴⁶ Hatta bazı Mâlikî hukukçulara göre bu tür tasarruflar, komşunun menfaatini tamamen ortadan kaldırsa bile geçerlidir, hukuken sınırlandırılmaz.¹⁴⁷ Ancak bu noktada Mâlikî hukukçular bazı istisnalar getirmişler ve söz gelimi, bir nehir üzerinde kurulu değirmen varken diğer bir şahıs aynı nehrin üst tarafına başka bir değirmen kurduğunda bu, önceki değirmenin -gelen su miktarı azalacağı için- gücünün azalmasına, zahire miktarında eksilmeye ya da değirmenin masraflarının artmasına sebep oluyorsa, bu durumda önceki değirmen açısından açık bir zarar söz konusu olduğundan ikinci değirmen kapatılır. Hatta **İbnü'l-Kâsım** (191/806), bu durumda bilirkişinin zararın mevcudiyeti konusunda olumlu görüş bildirmemesinin bile dikkate alınmayacağını söylemektedir. Bunun yanında hükmün, zararın oluşup oluşmamasına göre belirlenmesi gerektiğini söyleyenler de olmuştur.¹⁴⁸

Dikkat edilirse komşunun fırınının yanına yeni bir fırın açma ile aynı nehir üzerine yeni bir değirmen kurma, farklı değerlendirilmiş, birincisi geçerli kabul edilirken, ikincisi hukuken yasaklanmıştır. Halbuki her iki olayda da önceki işletmeye, gelirini azaltmak suretiyle zarar verme söz konusudur. İlet aynı olduğuna göre hükmün de bir olması gerekirdi. Dolayısıyla benzer hadiseler farklı hüküm verilmesinin açık bir çelişki olduğu söylenebilir.

Fakat kanaatimizce iki olay arasında hukukî nitelik açısından temel farklar vardır. Her ne kadar açıkça ifade edilmemişse de, üzerine değirmen kurulmak istenen nehir umumî bir nehir olmalıdır. Şayet nehrin umumî nehir olduğu kabul edilirse, bu durumda örneklerden birisi özel mülkte tasarrufta bulunma, diğeri ise kamu emlâkinden yararlanma hakkı ile ilgili olacaktır. Daha önce de ifade edildiği gibi mülkiyet, kişiye eşya üzerinde en geniş ve en kuvvetli yetkileri vermektedir. Bunun yanında mülkiyet hakkı inhisârîlik özelliği de taşımaktadır. İşte mülkiyet hakkının bu özelliği, diğer şahsın uğradığı zarar daha büyük olmadığı sürece mülk sahibinin tasarruf yetkisi tarafının tercih edilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına dayalı tasarruflar başkasına açık ve makul ölçüyü geçen bir zarar vermiyor; yalnızca onun gelirinin azalmasına sebep oluyorsa, bu durum Mâlikî hukukçular tarafından hukukî sınırlama gerekçesi sayılmamıştır.

¹⁴⁵ İbn Rüşd el-Cedd, a.g.e., IX, 263.

¹⁴⁶ İbn Rüşd el-Cedd, a.g.e., IX, 263; İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-hukkâm*, II, 262.

¹⁴⁷ Tesûlî, *el-Behçe*, II, 640.

¹⁴⁸ İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-hukkâm*, II, 262.

Öte yandan fertlerin kamu emlâkinden yararlanma hakları teknik anlamda milk değil ibâha nitelikli bir haktır. Bu da kamu emlâkinden yararlanma yetkisinin başkalarına zarar vermemekle sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Çünkü kamu emlâkinden yararlanma hakkı herkes için söz konusudur ve bu anlamda hiç kimsenin hakkının diğerine göre bir üstünlüğü yoktur. Bu durumda iki çözümlenme arasında herhangi bir çelişki söz konusu edilemeyecektir; zira mahiyetleri ve tabii oldukları hukukî rejim farklıdır.

Güneş ve ışığa engel olan, çıkardığı sesle komşuları rahatsız eden tasarrufların da bu gruba dahil olduğunu söyleyenler yanında, bu tasarruflardan komşuların zarar göreceğini dikkate alarak birinci grupta mütalaa edilmesi ve sınırlama gerekçesi sayılması yönünde görüş bildirenler de vardır.¹⁴⁹

3. *Hukuken sınırlandırılıp sınırlandırılmıyacağına ihtilaf edilen tasarruflar.* Kişinin kendi arsasında yaptığı binanın, komşunun harmanının rüzgarına mani olması gibi. Bu tür durumlarda hüküm, her bir fakihin bakış açısına göre farklılık arz etmektedir. Örneğin komşunun harmanının rüzgarını kesecek şekilde bina yapılması durumunda iki maslahat çakışmaktadır. Arazi sahibinin bina yaparak sağlayacağı fayda ve harmanın rüzgara olan ihtiyacı. Bu gibi çakışma hallerinde *bireyin hakkını kullanırken komşusuna verdiği zarar, o hakkı kullanmadığı zaman kendisinin göreceği zarardan açıkça daha fazla ise kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunamaz.*¹⁵⁰ Halbuki burada bu tür bir kesinlikten söz etme imkanı yoktur. O halde meselenin çözümü maslahat ve zarar açısından tercihe bağlı olacaktır. Harmanın rüzgarını kesen de diğer şahsın istediği gibi bina yapabileceğini söyleyenler, bu iki faaliyetle elde edilmesi hedeflenen *menfaatin sürekli olup olmamasını* ölçü almışlardır. Dolayısıyla binadan yararlanma sürekli olup zamanla sınırlı olmadığı, harman yeri ise ancak hasad mevsimi kullanıldığından, şahsın bina yapma yetkisi tarafı tercih edilmelidir. Buna mukabil tercihlerini harman yerinin rüzgarına engel olan tasarrufun hukuken sınırlandırılmasından yana kullanan fakihler ise, *önce olup olmamayı* bir kriter olarak belirlemişlerdir. Bu ölçüye göre harman yeri binadan önce kurulduğundan bu hak hiçbir şekilde iptal edilmemelidir.¹⁵¹

İbn Rüşd el-Cedd (520/1126) ve onu izleyenlerin birebir fikhî çözümlenmelerden hareketle tasnif etmeye çalıştıkları özel mülkte tasarrufun başkasının zararına sebebiyet vermesi konusunu mekâsid otoritesi **Şâtıbî** (790/1388), sırf mülkiyet hakkıyla sınırlı tutmayıp genel olarak haklardan istifade, kullanım ve tasarrufu kapsayacak şekilde hukukî temeller üzerine kurulu bir teori haline getirmiştir. **Şâtıbî** meseleyi, tüm olasılıkları dikkate alarak incelemiş ve bir hakkın kullanımının zarar doğurması halini yedi madde halinde düzenlemiştir. Özetle ifade etmek gerekirse; *zarar kasdıyla yapılan tasarruflar ile zarar kasdı olmamasına rağmen umumî bir zararın söz konusu olduğu tasarruflar hukuken engellenir. Aynı şekilde zarar kasdı olmamakla birlikte mülk sahibinin söz konusu tasarrufta bulunmadığı takdirde herhangi bir zarar görmeyeceği, buna mukabil fiilin kesin olarak başkasının zararına (mefsedete) sebep olduğu durumlarda da tasarrufa engel olunur. Diğer taraftan şahıs zarar kasdı taşımamakla birlikte başka bir şahsın zarar gördüğü (ferdî zarar), ancak tasarrufta bulunmadığı takdirde kendisinin de zararının söz konusu olduğu haller ile; mal sahibi zarar görmemekle birlikte tasarrufun nâdiren zarara yol açtığı durumlarda bireyin tasarruf yetkisi sınırlandırılmaz. Fakat aynı şartlarda zarar ihtimali nâdiren olmayıp tasarrufun zarara yol açması zannî (gâliben) ise, bu durumda yasal sınırlama tarafı tercih edilmelidir. Bu son ihtimalde zarar olasılığının ekseriya (kesîran) olması halinde ise, İmam Şâfiî (204/819), aslî*

¹⁴⁹ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IX,263-264.

¹⁵⁰ İbn Rüşd el-Cedd, a.g.e., IX,264.

¹⁵¹ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IX,264.

*ibâha gereği tasarrufun geçerli olduğu, İmam Mâlik (179/795) ise, sedd-i zerîa prensibi gereği câiz olmadığı kanaatindedir.*¹⁵²

Şu halde Mâlikî mezhebine göre komşulara zararı dokunacağı kesin olan tasarruflar hukukî sınırlamaya tabidir. Dolayısıyla *henüz mevcut olmamakla birlikte zarara sebebiyet vermesi muhtemel olan durumlarda tasarruf gerçekleşip zarar ortaya çıkmadan herhangi bir sınırlamada bulunulamaz.* Tasarruf gerçekleşip zararın mevcudiyeti tebeyyün ettikten sonra ise, mal sahibinin söz gelimi kapı veya pencereye mutlaka ihtiyacının olduğu ve bu ihtiyacı giderme noktasında başka bir alternatifinin de bulunmadığı gibi gerekçeler dikkate alınmaksızın söz konusu tasarruf yasaklanır. Dolayısıyla komşunun mahremiyetinin görülmesine sebep olan kapı, pencere kapatılır.¹⁵³

Ancak **İbn Ferhûn** (799/1397)'un genel mezhep görüşü olarak verdiği bu bilgiyi ihtiyatla karşılamak gerekir. Nitekim **Şâtîbî** (790/1388) de meseleyi bu boyutuyla ele almakta ve farklı bir sonuçtan söz etmektedir. Buna göre *bir maslahatın temini ya da kendisinden bir mefsedeti uzaklaştırmak amacıyla tasarrufta bulunan şahıs, amacına başkasına zarar vermeksizin ulaşabildiği halde zarar veren yolu seçmişse, amacının başkalarına zarar vermek olduğu ortaya çıkar.* Eğer amacına ulaşabilmek için söz konusu fiili işlemekten başka çaresi yoksa, bu durumda kendi maslahatını temin ya da kendisine ulaşacak zararı uzaklaştırmaya çalışan kimsenin hakkı daha öncelikli olacaktır. Fakat bu durumda şahıs, başkasına zarar verme kastı taşımamalıdır; aksi takdirde zarar kastı sebebiyle günahkar olur.¹⁵⁴

Mahremiyete tecavüz anlamı taşıyan kapı, pencere açma gibi tasarrufların hukuken engelleneceğini söyleyen Mâlikî hukukçular, bu meseleyle ilgili olarak tasarrufun hukukî sınırlamayı gerektirip gerektirmediğini belirleyen ölçüyü; *kapı ya da pencere hizasında duran bir kişinin komşu evdeki insanları görmesi* şeklinde belirlemişlerdir.¹⁵⁵ Nitekim **Hz. Ömer** (23/643)'in, kapı ya da pencerenin önüne bir minder konulup minderin üzerinde ayakta duran bir kimsenin komşunun ailesini görüp görmediğinin sorulması ve şayet görüyorsa pencerenin kapatılması şeklinde uygulamada bulunduğu rivâyet edilmektedir.¹⁵⁶

Özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılması bağlamında bazı Mâlikî hukukçuların söz konusu ettiği bir diğer mesele de, fiilen mevcut olmamakla birlikte, zarara yol açma olasılığının (*ed-dararu'l-mütevakkâ'*) bulunduğu tasarruflar konusudur. Be meselede Mâlikî fakihlerden bazıları, hukukî sınırlamaya sebep teşkil eden zararın kesin (*ed-darar el-muhakkak*) olması şartının, *şu anda fiilen mevcut zararları kapsadığı gibi, gelecekte meydana geleceği kesin olan zararları içerdiğini de* söylemişlerdir.¹⁵⁷ Ne var ki bu görüş mezhepte kabul görmemiş ve adeta şaz görüş olarak kalmıştır. Bu görüşe göre zararın bizzat oluşması beklenmeden sanki zarar fiilen mevcutmuş gibi değerlendirme yapılacak ve şahsın tasarrufta bulunması engellenecektir. Fakat zarara yol açma durumunun önceden kesin olarak bilinmesi şartının, hangi vasıtalarla ve nasıl tespit edileceğine dair Mâlikî doktrininde herhangi bir açıklık yoktur. Muhtemelen bu ictihad sahipleri kriterin daha önceden yaşanmış tecrübeler ve bilirkişi ifadesi olduğunu düşünmüş olmalıdır. Bu cümleden olmak üzere meskun mahalde fırın ya da hamam çalıştırma, komşunun mahremiyetine muttali

¹⁵² Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II,628-642. Şâtîbî'nin bir hakkın kullanımının başkasının zararına sebebiyet vermesiyle ilgili bu tasnifi ve tasnifin değerlendirilmesi üzerinde ileride ayrıca durulacaktır.

¹⁵³ İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-hukkâm*, II,266.

¹⁵⁴ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II,629-630.

¹⁵⁵ İbn Abdîrâfi', *Muînu'l-hukkâm*, II,784.

¹⁵⁶ Bâcî, *el-Müntekâ*, VII,405; İbn Abdîrâfi', *Muînu'l-hukkâm*, II,785; İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-hukkâm*, II,259.

¹⁵⁷ Tesûlî, *el-Behçe*, II,637. *المحقق، شامل لحقق الوقوع في الحال، أو في المستقبل.*

olunabilecek şekilde pencere veya kapı açma, komşunun kuyusunun yakınına lağım çukuru (fosseptik) açma gibi teşebbüsler, zararın oluşması beklenmeksizin hukuken engellenecektir. Zira bunların komşulara zarar verdiği kesindir ve tecrübeyle de sabittir.

Mâlikî mezhebinde aslolanın bir tasarrufun sınırlandırılması olmayıp imkan ölçüsünde zararın giderilmesi olduğunu daha önce ifade etmiştik.¹⁵⁸ Dolayısıyla zarar ihtimalinin söz konusu olduğu tasarrufların önceden yasaklanması ictihadını bu temel prensiple birlikte değerlendirmek gerekir. Yani bir tasarruf örneğinin meskun mahalde fırın veya hamam çalıştırma, komşuların zararına sebebiyet vermekle birlikte bu zararın büyük baca vb. kurmakla giderilebilmesinin imkan dahilinde olduğu durumlarda, söz konusu tasarruf gerçekleşmeden önce yasal sınırlama yoluna gidilmemelidir. O halde zararın bir takım tedbirlerle giderilebildiği durumlarda, mal sahibi gerekli önlemleri almazsa kusur ve ihmali sebebiyle sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.

Geleceğe yönelik zarar ihtimali açısından Mâlikî hukukçuların üzerinde durduğu bir diğer husus ise, bir kimsenin özel mülkündeki tasarrufundan, örneğin komşunun arsasına bakan kısımda kapı, pencere açmasından komşusu şu anda zarar görmemekle birlikte, ileride bir takım faaliyetlerde bulunmak istediğinde (açılan kapı ya da pencerenin karşısına ev yapma gibi) zararı söz konusu olacaksa, bu durumda şahsın tasarruf yetkisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmıyacağıdır. **Tesûlî** (1258/1842), bu hususta üç görüşten söz etmektedir.¹⁵⁹

1. Komşu kendi arsasına ev vb. yapmadan önce buna engel olamaz; ev yaptıktan sonra kapı ya da pencereyi kapattırabilir. **İbnu'l-Kâsım** (191/806)'a ait olan bu görüş mezhepte kabul gören genel kanaattir.

2. Bu tasarruf mutlak olarak yasaklanır. **Mutarraf** (220/835)'in görüşü.

3. Tasarruf hiçbir şekilde yasaklanamaz. **İbnu'l-Mâceşûn** (212/827)'un görüşü.

Bu mesele Türk hukukunda da söz konusu edilmiş ve *Yargıtay*, başkasının boş arsasına bakan pencerenin halen bir zararı olmayıp ileride ev yapıldığı taktirde zarar verebileceğinin anlaşılması durumunda, arsa sahibinin zararın tahakkukunda dava hakkı mahfuz kalmak üzere halen söz konusu pencerenin kapatılması talebi reddedilmiştir.¹⁶⁰

Zarara yol açan özel mülkiyet tasarruflarının hukuken sınırlandırılacağını söyleyen Mâlikî fakihler, *zararlı tasarrufa rızâ halinden* de söz etmişlerdir. Dolayısıyla bir şahıs kendi arsasına bina yaparken, komşular buna ses çıkarmaz fakat bina tamamlanınca zarar görüyoruz diye şikayetçi olup zararın giderilmesini isterlerse, bu taleplerinin kabul edilebilmesi için bina yapılırken herhangi bir itirazda bulunmayıp sükût etmelerinin, haklarından vaz geçme amacıyla olmadığına dair yemin etmeleri teklif edilir. Yemin ederlerse zarar hukuken izâle ettirilir.¹⁶¹

Mâlikî mezhebine göre özel mülkteki bir tasarrufun zarara yol açıp açmadığı mal sahibi ile komşular arasında tartışma konusu olur ve mesele yargıya intikal ederse, *yargılama usûlü açısından dava konusu tasarrufun komşunun zararına sebep olmadığına dair davalının sunduğu deliller dikkate alınmaz*. Zararın mevcudiyetini gösteren delillerin hükme esas alınması daha doğru, hakkaniyet açısından daha uygundur; nitekim uygulama da buna göre olmuştur.¹⁶² Bunun yanında bazı Mâlikî hukukçular, böyle bir yaklaşımın doğru olmadığı, tarafların sunduğu delillerden hangisi daha kuvvetli ve adâletin temini açısından daha uygun

¹⁵⁸ Bkz. İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hukkâm*, II,258.

¹⁵⁹ *Tesûlî*, *el-Behçe*, II,643.

¹⁶⁰ Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 513.

¹⁶¹ İbn Abdîrrafî', *Muînu'l-hukkâm*, II,784.

¹⁶² İbn Abdîrrafî', a.g.e., II,783; İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hukkâm*, II,258-259.

ise onun hükme esas alınması gerektiği görüşündedirler ki, herhalde bu yaklaşım hak ihlallerinin önüne geçme bakımından daha isabetlidir. Ancak her halükarda *zarar lehindeki delillerin hukuken geçerliliği, bilirkişilerin kabulüne bağlıdır.*¹⁶³

Bir hakkın kullanılmasının zarar doğurması ile ilgili davalarda Mâlikî mezhebine göre, *davali, zilyedlik gerekçesiyle def-i davada (zilyedlik def'i) bulunamaz.*¹⁶⁴ Zira başkasının zarar gördüğü özel mülkiyet tasarruflarının sınırlandırılması noktasında, zararlı faaliyetin eskiden beri mevcut olması (kadîm) yani zilyedliğin yeni ortaya çıkmamış olması ile yeni ortaya çıkması arasında herhangi bir fark yoktur. Kadîm olsun yeni olsun zarar mutlaka giderilir. Bu noktada zarara yol açan işlem ya da olayın eskiden beri var olması ve zilyedliğin devam etmesi yalnızca zararın katlanarak devam etmesi ve tarafların karşılıklı kin duygularının artması sonucunu doğurur. Bu da her çeşidiyle zararı yasaklayan naslara ve dinin genel amaçlarına aykırıdır. Dolayısıyla zilyedlik, ne kadar eski olursa olsun başkasının zararının söz konusu olduğu durumlarda, tasarrufun meşrûiyeti için hukukî bir mesned olamaz.¹⁶⁵

Bununla birlikte zarara sebep olan tasarrufun kadim mi yoksa yeni mi olduğu ihtilaf konusu olursa, aksine bir delil bulunmadığı sürece yeni olduğuna hükmedilir. **İmam Mâlik** (179/795)'in öğrencilerinden **Sehnûn** (240/854) ise, bunun tam tersi bir ictihadda bulunmuş ve aksine bir delil olmadığı sürece zararın kadim olduğunun esas alınacağını söylemiştir.¹⁶⁶ Bunun yanında *iki zararlı fiilin çatışması durumunda ise, öncelikle yeni olan zarar giderilir.*¹⁶⁷

Özel mülkte tasarruf yetkisinin kullanılmasının zarara sebep olmasıyla ilgili davalarda Mâlikî hukukçular bir de *zamanaşımı* süresinden söz etmişler ve bunu *on yıl* olarak belirlemişlerdir. Bu arada zamanaşımı süresinin yirmi yıl olduğunu söyleyenler olmuşsa da genel kabul gören ve uygulamaya esas alınan görüş birincisidir.¹⁶⁸ Buna göre bir kimse, komşunun kendi mülkündeki bir tasarrufundan zarar görür, fakat on yıl süreyle ve geçerli bir özrü olmamasına rağmen zararın izâlesi için yargıya müracaat etmezse, davası dinlenmez.¹⁶⁹ Ancak *meşrû bir özrün bulunması zamanaşımı süresinin işlemesine manidir.* Söz gelimi zarara uğrayan mülkün sahibi seyahatte/yurt dışında ise, malik yurda dönüp zararlı tasarrufa vâkif oluncaya kadar zamanaşımı işlemez. Bu gibi meşrû bir özrün bulunduğu durumlarda zamanaşımı, özrün ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlar.

Mâlikî mezhebine mensup hukukçular, belli bir süreden sonra dava konusu hakkın tespit, ispat ve savunmasında ciddi zorluklar çıkacağından dolayı hukukî ihtilaf konuları için muayyen bir zamanaşımı süresi tespit etmiş olmakla birlikte, *mülkiyet hakkının kullanımının zarara sebep olması halinde zamanaşımını, zararın niteliğine göre söz konusu etmişlerdir.* Buna göre zamanaşımı, mahremiyetin görülmesine sebep olan kapı, pencere açma gibi komşunun huzurunda yapılan ve *tek bir hal üzere kalıp zamanla artmayan* tasarruflar için geçerlidir. Bu gibi durumlarda zarar gören şahıs meşrû bir mazereti olmamasına rağmen yasal süresi içinde dava açmazsa, artık bu tasarruflara mani olamaz. Fakat tasarrufun sebep olduğu *zarar, sabit bir hal üzere kalmayıp artış gösteren türden ise,* bu durumda herhangi bir zamanaşımı süresi yoktur. Ne zaman mesele yargıya intikal ederse dava işleme konulur ve zarar mutlaka izâle ettirilir. Söz gelimi komşunun evinin dibine açılan fosseptiğin çevreye yaydığı pis kokular hem sürekli, hem de artarak devam eder. İşte bu gibi durumlarda

¹⁶³ İbn Ferhûn, a.g.e., II,258-259.

¹⁶⁴ İbn Ferhûn, a.g.e., II,261.

¹⁶⁵ Bkz. İbn Ferhûn, a.g.e., II,261. لأن الضرر في شيء لا يستحق بالقدم... ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة، بل لا يزيد تقادم الضرر إلا ظلما وعدوانا.

¹⁶⁶ Tāvûdî, *Şerhu'l-ercûze*, II,641-642.

¹⁶⁷ İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-hukkâm*, II,265. إذا اجتمع ضرران، قطع الضرر الحديث، لا الضرر القديم.

¹⁶⁸ Bkz. İbn Ferhûn, a.g.e., II,260.

¹⁶⁹ İbn Abdîrâfi', a.g.e., II,784; İbn Ferhûn, a.g.e., II,260.

zamanaşımı, yalnızca zararın katlanarak devam etmesine yol açacağından, artarak devam eden bu zarar hiçbir şekilde süreyle sınırlı olmaksızın mutlaka giderilmek durumundadır.¹⁷⁰

Bu arada Mâlikî hukukçular, *zamanaşımının kötüye kullanılmasına* fırsat vermemeye de ayrı bir önem vermişlerdir. Bu noktada ilginç bir örnek şudur: Komşunun mahremiyetine vâkif olunabilecek şekilde açılan kapı ve pencereler, daha önce orada kapı ya da pencere olduğunu gösterebilecek hiçbir belirti kalmayacak şekilde kapatılır. Zira ev sahibi ilerleyen yıllarda, orada bir pencere veya kapı olduğunu ve bunun çok eski tarihlere kadar uzandığını, dolayısıyla zarara sebep olan şeyin kadîm olup zamanlaşımına uğradığını iddia edebilir.¹⁷¹ Bu ictihad, Mâlikî mezhebinde "*sedd-i zerîa*" ilkesinin ne kadar büyük bir hassasiyetle işletildiğini göstermesi bakımından oldukça dikkat çekicidir.

"İslâm'da başkasına zarar vermek de zarara yine zararlar karşılık vermek de yoktur" hadisini özel mülkiyet konusunda temel ilke olarak benimseyen Mâlikî hukukçular, bu ilke bu ilke yanında *maslahat*, *sedd-i zerîa* gibi ilkeleri de dikkate almak suretiyle özel mülkiyet tasarruflarında sınırlılık ilkesini benimsemişler, her bir somut hadisede yerel örfü de dikkate almak suretiyle yarar-zarar/maslahat-mefsedet dengesini hassasiyetle korumaya ve sağlamaya çalışmışlardır. Bununla birlikte Mâlikî fıkıh elölüne mensup hukukçular, özel mülkte tasarruf konusunda asıl amacın hiçbir zaman fertlerin tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılması olmadığını, bir takım önlemler almak suretiyle zararın giderilebilmesi/önlenmesi imkan dahilinde olduğu durumlarda hukukî sınırlama yoluna gidilemeyeceği kanaatindedirler.

Mâlikî doktrininde yer alan ve buraya kadar anlatmaya çalıştığımız bilgiler, her ne kadar kendine özgü kazuistik bir metodla ve cüz'î çözümlerler şeklinde işlenmişse de, İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalar konusunda Mâlikî mezhebinde, teorik ve kendi içinde tutarlı bir yapının mevcut olduğunu rahatlıkla söylememizi sağlayacak yeterliliktedir. Bu teori, başkasına zarar vermeyi yasaklayan âyet ve hadisler yanında, aynı zamanda hukuk felsefesi açısından hakların verilmiş gayeleri etrafında oluşan yarar-zarar dengesine bağlı mekâsîd düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına dayalı tasarruflar, bu hakkın verilmiş gayesine uygun olmak ve zarara yol açmamakla sınırlıdır. Bu durum aynı zamanda, özellikle batı dünyasında XIX. yüzyılın ikinci yarısında ferdiyetçiliğin doğurduğu adaletsizlikler sonucunda benimsenebilen "*hakkın kötüye kullanılması teorisi*"nin, henüz hicrî II. asırda ve esasları tespit edilmiş bir şekilde *Medîne*'nin fakihî **İmam Mâlik** (179/795) tarafından ortaya konulduğunun da bir göstergesidir. Nitekim İslâm hukukunda hakkın kötüye kullanılması meselesini konu edinen çağdaş eserlerde, **İmam Mâlik**'in bu haklı konumuna ve önceliğine dikkat çekilmektedir.¹⁷²

C. ŞÂFİÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ

Özel mülkten yararlanma ve tasarruf hürriyeti konusunda **İmam Şâfiî** (204/819)'nin konumu **Ebu Hanîfe** (150/767) ile aynıdır. Yani herkes kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir, başkaları hatta bizzat kendisi bundan zarar görse de hiçbir şekilde hukukî sınırlama yoluna gidilemez. Zira mülkiyet şahsa, mutlak tasarruf yetkisi vermektedir. Dolayısıyla mülk çerçevesinde kaldığı sürece mal sahibinin bütün tasarrufları geçerlidir.

Mâlikî mezhebinin özel mülkiyet tasarruflarının başkasına zarar vermemekle sınırlandırılması hususunda temel ilke edindikleri "*İslâm'da zarar vermek ve zarara yine*

¹⁷⁰ İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-hukkâm*, II,260.

¹⁷¹ İbn Abdîrâfi', *Muînu'l-hukkâm*, II,785; Tesûlî, *el-Behçe*, II,642.

¹⁷² Bkz. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 224-225.

zararla mukâbele etmek yoktur”hadisine gasb vesilesiyle temas eden **Şâfiî**, hadisin mücmel olduğunu söylemekte ve hadise şu anlamı vermektedir: Şer’an malî bir yükümlülük olmayan bir şey malikten istenemediği gibi (lâ darar), herhangi bir şekilde zarar gerekçesiyle kişi malında istediği gibi tasarruftan da alıkonamaz (ve lâ dirâr). Dolayısıyla malik, gerek kendisi gerek başkaları açısından zarar söz konusu olsa da malını nasıl kullanacağına, ne tür tasarruflarda bulunacağı ya da bulunmayacağına kendisi karar verir.¹⁷³

İmam Şâfiî’nin hadise bu anlamı verirken serdettiği örnekler dikkate alındığında, esasen O’nun konuya, herhangi bir mülkiyet tasarrufunun başkalarına zarar vermesinden ziyade, söz konusu tasarruftan malikin bizzat kendisinin zarar görmesi açısından yaklaştığı anlaşılmaktadır. **Şâfiî**’ye göre başkasının arazisini gasbeden ve oraya ağaç diken ya da kuyu kazan şahıs, isterse ağaçları sökebilir, kuyuyu da kapatabilir. Söz gelimi ağaçların sökülmesi durumunda, ağaç sahibi açısından zararlı bir durumun ortaya çıkması, ağaçların faydalanılamaz hale gelmesi bu noktada önemli değildir. Zira söz konusu nesnelere kişinin mülküdür; mülkünde de dilediği gibi tasarrufta bulunabilir, zarar gerekçesiyle buna hiçbir şekilde mani olunamaz. Ancak bu noktada **Şâfiî**, arazinin gasbedildiği günkü şekliyle sahibine teslim edilmesinin zorunlu olduğunu da belirtir.¹⁷⁴

Bu bağlamda **İmam Şâfiî**’nin verdiği örneklerden bir kısmı da, kişinin, fevkalâde kazançlı çıkacağı kesin olan bir takım hukukî işlemlerde bulunmayı kabul etmemesidir. Normal değerinin beş-on katı fiyat önerilmesine rağmen bir malını satmaması gibi.¹⁷⁵ **Şâfiî**, her ne kadar önerilen bedel son derece yüksek ve malik açısından kârlı ise de, mal bireyin kendi mülkü olup tek söz sahibi de kendisi olduğu için, buna zorlanamayacağını belirtir. Yani bu hususta bireyin in’ikad serbestisi lehine de olsa sınırlandırılmaz. İşte kişi kendi maliyla ilgili olarak tamamen lehine olan işlemlere zorlanmadığı gibi, aleyhine olan tasarruflardan da alıkonamaz.

Görüldüğü gibi buraya kadar **İmam Şâfiî**’nin zararı yasaklayan hadis bağlamında verdiği örnekler, özel mülkiyet tasarruflarından başkalarının zarar görmesinden ziyade, bizzat malikin zarar görmesiyle ilgilidir. Diğer bir deyişle zararına da olsa kişinin malik olduğu şeyde dilediği gibi tasarruf yetkisine vurgu yapılmaktadır.

Bu bağlamda **Şâfiî**’nin üzerinde sözünü ettiği diğer bir husus da, alt-üst komşuluk hukukunda alt katın duvarları göçerse, alt kat malikinin tamire zorlanamayacağıdır. Çünkü alt kat malikinden duvarı onarmasını istemek, malikden, hukukun istemediği bir şeyi istemek demektir ki, bu da malikin zarara sokulması demektir. Kaldı ki alt kat sahibini zarara sokarak üst kat malikinin zararını gidermek, üst kat malikini zarara sokarak alt kat sahibinin zararına engel olmadan daha üstün ve öncelikli değildir. İki tarafın da zarar görmemesini sağlamak mümkün olmadığına göre, zararı nefyeden hadisin zâhir anlamıyla istidlâlde bulunulamaz.¹⁷⁶

İmam Şâfiî (204/819)’nin özel mülkte tasarruf yetkisi ve bu yetkinin hukuken sınırlandırılması meselesindeki görüşünü tam olarak tespit bakımından, O’nun temas ettiği diğer bir mesele de, bir kimsenin kendi evinden açmak istediği kapı ya da pencerenin baktığı yerin tek bir şahsa veya bir topluluğa ait özel yol (tarîk gayru nâfiz) olması halinde, bu faaliyetin engellenmemesi karşılığında yapılacak sulhun bâtil olduğudur. **Şâfiî** bu hükmün gerekçesini şöyle açıklamaktadır: *"Zira bu şahıs kapı veya pencereyi kendi öz mülkünde açmıştır. Sokak sahibi ise sokağın yer altı kısmına ve hava boşluğuna malik değildir."*¹⁷⁷

¹⁷³ Şâfiî, *el-Üm*, III,285,286.

¹⁷⁴ Şâfiî, a.g.e., III,285.

¹⁷⁵ Şâfiî, a.g.e., III,286.

¹⁷⁶ Mâverîdî, *el-Hâvi'l-kebir*, VI,399,401; Nevevî, *el-Mecmû*, XIII,414-416.

¹⁷⁷ Şâfiî, *el-Üm*, III,255. إنما أشرع في حدار نفسه، وعلى هواء لا يملك ما تحته وما فوقه.

Dikkat edilirse **Şâfiî**, bu olayda mülkiyetin dikey kapsamından söz etmekte ve mutlak bir ifadeyle mülkiyetin yer altını ve hava boşluğunu kapsamadığını söylemektedir. Dolayısıyla tasarrufun yapıldığı kısma komşular malik olmadıklarından, karşı çıkma hakları da yoktur. Hatırlanacağı üzere bu hususta müteahhir Şâfiî hukukçular mezhebin kurucu müctehidiyle aynı görüşü paylaşmamakta, mülkiyetin dikey kapsamını "*iktisadî yarar*" ölçüsüne bağlamaktadırlar.¹⁷⁸

Az önce sözü edilen olayda **İmam Şâfiî** (204/819)'ye göre komşuların herhangi bir zararı yoktur. Çünkü zararlarının olabilmesi için kapı veya pencerenin açıldığı kısmın komşuların mülkü olması gerekir; halbuki bu kısmın sahibi değildirler. Malik olmadıkları bir yerde hak iddiasında bulunma yetkileri de yoktur. Dolayısıyla şahsın tasarrufu kendi mülkü çerçevesinde kaldığı ve hava boşluğu da komşulara ait bir mülk olmadığından hukukî sınırlamadan söz etmeyi gerektirecek bir sebep mevcut değildir.

Şu halde bu olaydan hareketle ancak, kapı ya da pencere, komşunun mahremiyetinin görülmesine sebep oluyorsa -ki **Şâfiî**'nin ifadelerinde böyle bir açıklık yoktur- **Şâfiî**'in bunu, söz konusu tasarrufun sınırlandırılmasını gerektirecek bir sebep olarak görmediği söylenebilir. Kaldı ki birazdan görüleceği üzere **Şâfiî** mezhebine göre, bir tasarrufun hukuken sınırlandırılabilmesi için bundan bir mülkün zarar görmesi gerekir; şahsın zarar gördüğü tasarruflarda ise serbestiyet esastır.

Mülkiyetin dikey kapsamını iktisadî yarar kriterine bağlayan müteahhir Şâfiî görüşüne göre ise, farklı bir durum söz konusudur. Bu görüşe göre şahıs açısından iktisadî yarar içeren kısımlar onun mülküdür ve bu alana yönelik tasarruflara müdahale etme hakkı vardır. Söz gelimi balkon çıkıntısı, giriş uzatma gibi tasarruflar komşunun hava sahasına tecavüz eder ve bu kısım da mal sahibi açısından iktisadî yarar kapsamına dahil ise, komşu bunlara mani olabilir. Çünkü bu durumda söz konusu şahsın tasarrufu komşuya ait mülkün zarar görmesine sebep olmaktadır.

Görüldüğü gibi İmam **Şâfiî** (204/819), mülkiyet tasarruflarından kamunun ya da bireylerin zarar görmesi ve buna bağlı olarak serbestiyet ya da hukukî sınırlamalardan ziyade, mülkiyetin kişiye tanındığı mutlak yetkiden söz etmektedir. Binaenaleyh tespit edebildiğimiz yorum ve örneklerden hareketle **Şâfiî**'nin, ferdin özel mülkündeki bir tasarrufundan komşuların ya da kamunun zarar görmesi halinde tasarruf serbestisini mi, yoksa tasarrufların zarara yol açmamakla sınırlı oluşunu mu tercih ettiğini söyleyebilmek mümkün değildir.

Şâfiî literatürüne ait eserlerde ise, ele alınan cüz'î meseleye göre hem itlak hem de takyid görüşünün benimsendiğini görmek mümkündür. Bununla birlikte ilk dönem eserlerinde özel mülkte mutlak tasarruf görüşünün daha ağır bastığını söyleyebiliriz. Şâfiî fakihlerle ilgili olarak belirtilmesi gereken diğer bir husus da, zarara sebep olan tasarrufların sınırlandırılması hususunda çerçevenin zaman ilerledikçe genişlemesidir. Bu genişleme aynı zamanda onların zarar kriteri olarak -birazdan görüleceği gibi- örfü belirlemiş olmalarının da tabii sonucudur.

Şâfiî hukukçuların, ferdin kendi mülkündeki tasarruflarının mutlak olup dilediğini yapabileceği görüşünü açıkça seslendirdiklerini görmekteyiz. Söz gelimi Şâfiî fikhinin önde gelen fakihlerinden **Ebu'l-Hasen el-Mâverdî** (450/1058)'nin şu ifadeleri Şâfiî mezhebinin özel mülkte tasarruf hürriyeti konusundaki temel görüşünü yansıtır özelliktedir. "*Bir şahıs evini fırın olarak çalıştırsa, komşular da fırından çıkan dumandan rahatsız olsalar, komşuların buna karşı çıkma hakları yoktur ve söz konusu faaliyete engel olunamaz. Aynı şekilde evinde değirmen işletse, demircilik ya da çamaşırcılık yapsa bunlara da mani olunamaz. Çünkü*

¹⁷⁸ Bkz. Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, III,225.

*insanlar, başkaları zarar görse de kendi mülklerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunma hakkına sahiptirler. Kaldı ki bu tür faaliyetler hep yapılagelmiştir.*¹⁷⁹

Diğer yandan hicrî altıncı asır Şâfiî hukukçularından **Kaffâl eş-Şâşî** (507/1114), bir kimsenin meskenler arasında bulunan mülkünde hamam işletebileceğini, aynı şekilde attarlar çarşısındaki dükkanını fırın olarak kullanabileceğini Şâfiî mezhebine mensup âlimlerin genel kanaati olarak kaydetmekte ve bir rivâyette **Ahmed b. Hanbel** (241/855) ile **Ebu Hanîfe** (150/767)'nin bazı öğrencilerinin de aynı görüşte olduklarını söylemektedir.¹⁸⁰

Mülkiyet hakkına dayalı bir yetkinin kullanımı ve bundan başkalarının zarar görmesi konusunu **Nevevî** (676/1277), oldukça geniş bir şekilde ele almakta ve ayrıntılı açıklamalarda bulunmaktadır. Buna göre bir kimse kendi mülkünde istediği gibi kuyu açabilir. Onun bu faaliyeti, daha önce açılmış olan komşuya ait kuyunun suyunun azalmasına sebep olsa da hukuken engellenemez.¹⁸¹ Bunun yanında bir şahıs alışlagelmişin dışına çıkarak/örfe aykırı biçimde meskenlerle çevrilmiş olan evini hamam, ahır veya değirmen yapması ya da manifaturacılar veya attarlar çarşısında bulunan dükkanında demircilik veya çamaşırcılık yapması durumunda bunlara hukuken mani olunacağını söyleyenler olmuşsa da, daha sahih olan görüş engel olunamayacağıdır. Çünkü bu şahıs kendi öz mülkünde tasarrufta bulunmaktadır ve bundan alıkonması zarara sokulması demektir. Ancak bu hüküm, dikkatli davranması (ihtiyat) ve yaptığı işle uyumlu olacak şekilde duvarlarını perçinlemesi halinde geçerlidir. Fakat bu faaliyetlerden komşu duvarların zarar görme olasılığı yüksekse (galip) buna müsaade edilmez; aksi takdirde doğacak zararlardan sorumlu tutulur. Evinde şiddetli bir şekilde çivi/kazık çakması sebebiyle duvarların sarsılması, kendi bahçesinde tuttuğu sudan oluşan sızıntıların komşunun duvarına zarar vermesi gibi durumlarda komşunun zarar göreceği açık ve kesin olduğundan bu tasarruflara hukuken mani olunur. Evinin yerleşik örfe aykırı bir şekilde tabakhâne veya fırın olarak kullanma, komşunun evinin yanına yüksek bina yapma, güneş ya da ışığını kesme gibi durumlarda da aynı şekilde hareket edilir. Yani zarar varsa bu tasarruflara mani olunur.¹⁸²

Bu arada ne tür tasarrufların hukukî sınırlamaya konu olacağı hususunda Şâfiî fakihlerden **Abdülvâhid b. İsmail er-Rûyânî** (502/1108), her şart ve ortamda kolayca tatbik edilebilecek bir kriter belirlemiştir. Buna göre, *bir hakkın kullanımının zarara sebep olup olmadığı hakim takdir yetkisine bırakılır ve hakim, şahsın zarar kastı taşıdığını ve zararlı tasarrufta ısrarlı olduğunu tespit ederse buna mani olur.*¹⁸³

Bununla birlikte Şâfiî mezhebinde komşuya zarar vereceği açık olan bazı tasarrufların hukukî sınırlama dışında tutulduğunu görmekteyiz. Söz gelimi kişinin, kendi mülkünde komşunun kuyusuna ya da duvarına yakın bir yere lağım çukuru (fosseptik) açması mekruh olmakla birlikte bu tasarruf hukuken engellenemez. Lağım çukurundan sızan pis sular sebebiyle komşuya ait kuyu pislense bile mülkünde tasarrufta bulunan kişinin hiçbir tazmin yükümlülüğü yoktur. Çünkü kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktadır. Aynı durum kuyu açma için de geçerlidir. Sonra açılan kuyu, ilk kuyunun suyunun azalmasına sebep olsa bile komşunun buna mani olma hakkı bulunmamaktadır.¹⁸⁴ Mezhebde kabul gören görüş bu olmakla birlikte **Nevevî** (676/1277), **Kaffâl eş-Şâşî** (507/1114)'nin buna muhalefet ettiğini

¹⁷⁹ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 334. لأن للناس التصرف في أملاكهم ما أحب، وما يجد الناس من مثل هذا بدا.

¹⁸⁰ Kaffâl eş-Şâşî, *Hilyetü'l-ulemâ*, V,30; Zekeriyya el-Ensârî, *Şerh*, II,446.

¹⁸¹ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, IV,350; Zekeriyya el-Ensârî, *Şerh*, II,447.

¹⁸² Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, IV,351; Zekeriyya el-Ensârî, *Şerh*, II,446-447.

¹⁸³ Nevevî, a.g.e., IV, 351.

¹⁸⁴ Nevevî, a.g.e., IV, 351; Zekeriyya el-Ensârî, *Şerh*, II, 446.

ve bu tür tasarrufların hukuken sınırlandırılması gerektiği görüşünü benimsediğini ifade eder.¹⁸⁵

Aslında yukarıdaki ta'lil gereği bunun yasak tasarruflardan sayılması gerekirdi. Zira lağım çukurunun (fosseptik) kuyuyu kirleteceği ve bundan komşunun zarar göreceği kesindir. Kaldı ki bu faaliyet yerleşik örfte de aykırı olmalıdır. Çünkü bu ictihadın ortaya çıktığı Arap coğrafyasında lağım çukurları meskenlerden uzakça bir yere açılırdı. Dolayısıyla kuyunun kirlenmesine sebep olacak şekilde fosseptik açma da hukukî sınırlama kapsamında olmalıdır. Ancak buna rağmen Şâfiîler mülk sahibinin mutlak tasarruf yetkisini tercih etmişlerdir. Zira onlara göre şahsın tasarruf yetkisinin engellenmesi komşunun uğradığı zarara nisbetle daha büyük bir zarardır. Çatışma halinde büyük zararı def'etmek için küçük zarara katlanması ise temel prensiptir.

Bununla birlikte Şâfiîler ev veya kuyunun harîminin¹⁸⁶ söz konusu olması durumunda diğer şahsın kendi mülkündeki tasarruflarının sınırlılığını söz konusu etmektedirler. Yani kişinin açtığı kuyu ya da lağım çukuru komşunun harîm alanına tecavüz edecek olursa buna mani olma hakkı vardır ve bu hüküm her türlü zararlı tasarruf için geçerlidir. Zira harîm alanı komşunun mülküdür ve bu durumda söz konusu tasarruf komşunun mülküne zarar vermiş olmaktadır. Çünkü Şâfiî mezhebine göre bir mülkün harîmi, tıpkı binanın arsası gibi mülke tabidir ve o da mülktür. Mülke zarar veren tasarruflar ise hukukî sınırlamayı gerektirir.¹⁸⁷

Şâfiî mezhebine mensup âlimler kamunun zarar gördüğü faaliyetlerin yasal yollarla sınırlandırılması meselesi üzerinde de durmuşlardır. Kamuya ait yerlerden herkesin yararlanma hakkı bulunmakla birlikte bu yetkinin kullanımı, diğer hak sahiplerine zarar vermeme şartına bağlıdır. Dolayısıyla hiç kimse, başkalarının hakkını iptal edecek şekilde kamuya ait yerlerden yararlanma yetkisine sahip değildir. Şayet bir kimsenin kendi mülkündeki herhangi bir faaliyeti, söz gelimi evinden tüm insanların gelip geçtiği ve yararlandığı umumî bir yol veya caddeye (tarîk nâfiz) cumba gibi percereli çıkıntılar açması, giriş ya da balkon uzatması, yol veya caddeden gelip geçenleri, yolu daraltmak suretiyle rahatsız ediyorsa bu tasarruflar hukuken engellenir. Fakat söz konusu faaliyetlerden kimse zarar görmüyorsa yasal sınırlamada bulunulamaz. Dolayısıyla tasarrufun yasaklanıp yasaklanmaması zarara göre belirlenecektir. Tabiatıyla zararın tespiti de yolun durumuna göre (genişlik, darlık, gelip-geçenlerin yoğunluğu gibi) olacaktır.¹⁸⁸ Hatta **Mâverdî** (450/1058), sözü edilen faaliyetlerin genel bir zarar doğurması durumunda yetkili yargı organı herhangi bir şikayet başvurusunu beklemeksizin re'sen harekete geçer ve zarara yol açan kısmı yıktırır demektedir.¹⁸⁹

Ancak herhangi bir toplumda alışlagelmiş ve uygulama açısından uzun bir geçmişe sahip olan faaliyetler, toplum bundan zarar görmediği sürece yasaklanamaz. Söz gelimi bütün insanların yararlandığı umumî bir yola balkon çıkıntısı gibi şeyler uzatılacak olursa, bunların hukuken câiz olup olmadığı zarar durumuna göre belirlenecek; yoldan gelip geçenlere zarar veriyorsa engellenecektir.

Bu noktada bazı Şâfiî hukukçular, bu tür faaliyetler için şehir planlaması ve şehir mimarisi açısından idarenin düzenleme yetkisi ve bunun bağlayıcılığı üzerinde de

¹⁸⁵ Nevevî, a.g.e. , IV, 351.

¹⁸⁶ Harîm: O olmadan da bir mülkten istifade mümkün olsa bile, yararlanmayı tamamlayan şeye harîm denir. Zekerîyya el-Ensârî, *Şerh*, II, 445. الحرم: ما يتم به الانتفاع وإن حصل أصل الانتفاع بدونه.

¹⁸⁷ Zekerîyya el-Ensârî, *Şerh*, II, 445-446.

¹⁸⁸ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, IV, 376; a.mlf., *el-Ahkâmû's-sultâniyye*, 338; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII, 396-397; a.mlf., *Ravdatü't-tâlibîn*, III, 438-439.

¹⁸⁹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, IV, 376.

durmuşlardır. **Nevevî** (676/1277), *merkezî idarenin ve yerel meclislerin belirli maslahatlara dayalı olarak belirlediği imar-iskan planlarına uymanın hukukî bir zorunluluk* olduğunu söyledikten sonra meseleyi kendi döneminde cari uygulamaya dayalı olarak anlatmaktadır. Buna göre hicrî VII. asırda *Şam* bölgesinde umumî yola bakan kısımda açılan çıkıntı ya da balkonların caddenin genişliği ile uyumlu olması, imar-iskan planı gereği zorunludur. Şayet cadde geniş veya balkon ya da çatı penceresinin açılacağı kısım büyük bir meydan ise, bu durumda ev sahipleri *resmi makamdan izin alındığını gösterir mühürlü bir belge almak şartıyla çıkıntıyı bir buçuk metre uzatabilirler*. Fakat cadde ya da sokak dar ise, çıkıntı uzunluğu daha kısa olacaktır. Bu gibi düzenleme ve sınırlamaların amacı ise, cadde ve sokaklarda insanların ihtiyaçlarını hiçbir sıkıntıyla karşılaşmadan kolayca görebilmelerini ve *elektrikli, buharlı ve diğer ulaşım araçlarıyla balkon çıkıntılarında zarar görmeden şehir içi ulaşımını rahatlıkla sağlayabilmeleridir*.¹⁹⁰

Günümüzde bir çok ülke ve özellikle büyük metropoller açısından ciddi bir problem olan şehir trafiğinin düzenlenmesi noktasında da Şâfiî fakih **Nevevî** oldukça ilginç bilgiler vermektedir. Cadde ve sokaklara uzatılan balkon çıkıntıları gelip-geçenlere zarar vermiyorsa idarenin, balkon çıkıntısının olduğu gibi kalması karşılığında bir miktar mal ya da para ile mal sahibiyle sulh yapmasının câiz olmadığını söyleyen **Nevevî** (676/1277), sulh bedelinin cadde ve sokakların genişletilmesine harcanması durumunda bunun câiz olacağını söylemektedir. Aynı şekilde yoldan istifade etme karşılığında da hiç kimseden ücret talebedilemez. Fakat *yaya trafiğinin yoğun olması sebebiyle yolun araç trafiğine kapalı olduğu bir saatte söz konusu yolda aracıyla hız limitinin üzerinde seyreden sürücüye hâkim, "başkasına zarar vermek ve zarara yine zararla mukâbele etmek yoktur" hadisi gereği, hem kendisinin hem de başkalarının can güvenliğini tehlikeye sokacak davranışları tekrarlamaması için malî bir ceza verebilir*.¹⁹¹

Şayet bu bilgilerin **Nevevî**'ye aidiyeti, **-Nevevî**'nin yaşadığı tarih dilimi de dikkate almak gerekir- kesin olarak tespit edilebilirse, şehir planlaması, medeniyet tarihi ve teknolojinin insan hizmetine sunulması ve tarihî gelişimi açısından oldukça önemli tarihî bir belgeye ulaşılmış olacaktır. Ancak bu bilgilerin **Nevevî** (676/1277)'ye aidiyeti yanında tarihen doğruluğu hususunda oldukça ciddi kuşklar söz konusudur. Hemen şunu belirtelim ki, hicrî VII. asırda bu ölçüde bir şehir planlamasının ya da trafik düzenlemesinin olması pekala mümkündür. Sanat tarihi açısından meseleye yaklaşıldığında özellikle şehir planlaması hususunda bir şâheser konumunda olan *Bağdat* şehri¹⁹² bu asırdan çok daha önce kurulduğuna göre, söz konusu dönemde de bu derece gelişmiş bir şehir imar-iskan planının ve trafik düzeninin olmasının yadırganacak bir tarafı yoktur. Kalkı ki çok değişik medeniyetlere ev sahipliği yapmış olan *Şam*'ın, şehir mimarisi ve sanat tarihi açısından yeri bilinmektedir. Zaten bu bilgiye yönelik şüpheler de bu husustan kaynaklanmamaktadır.

Nevevî (676/1277)'nin "*elektrikli ve buharlı ulaşım araçları*" şeklinde anlaşılan ifadelerinin en azından benzerlerinin, yine aynı müellifin temelde bir fıkıh eseri olan "*Ravdatü't-tâlibîn*" isimli eserinde bulunmaması esasen bu bilgilerin **Nevevî**'ye aidiyetinin şüphesiz karşılanmasını gerektirmektedir. Bunun yanında Arap dilinin muteber sözlükleri arasında yer alan ve hicrî yedinci asırdan sonra kaleme alınmış bulunan "*Lisânu'l-arab*", "*el-Misbâbu'l-münîr*", "*Ahteri kebîr*" gibi eserlerde "*kehrubiyye*" ve "*buhâriyye*" kelimelerinin, gerek kök gerekse türevlerinin "*elektrikli ve buharlı ulaşım araçları*" anlamında kullanıldığını

¹⁹⁰ Nevevî, *el-Mecmû*; XIII,397.

¹⁹¹ Nevevî, *el-Mecmû*; XIII,398.

¹⁹² Bağdat şehrinin sanat tarihi açısından konumu ve özellikleri için bkz. Abdülazîz ed-Dûrî, "*Bağdat*", DİA, İstanbul 1991, IV,425-433; Kac Creswell-James W Allan, *A Short Account of Early Muslim Architecture*, Kahire 1989, s.229-240.

gösteren herhangi bir açıklamaya da rastlanılmamaktadır. Dolayısıyla bu bilgi ihtiyatla karşılanmalıdır.

Bu arada Şâfiî mezhebine göre sokak ya da yola bakan çıkıntılarının gelip geçenlere zarar vermesi durumunda buna mani olunur. Zararın olup olmadığı ise, yolun durumuna göre belirlenir. Şayet yoldan yalnızca yayalar istifade ediyorsa, çıkıntılar yayanın rahatlıkla yürüyebileceği yükseklik ve uzaklıkta olmalıdır. Fakat aynı zamanda yoldan kervanlar geçiyorsa, kervanın zararsız geçmesini sağlayacak uygunlukta olması zorunludur.¹⁹³ Ancak her halükarda cadde ve sokaklardan gelip-geçenlere zarar veren çıkıntılara "*İslâm'da zarar vermek de zarara zararla mukâbelede bulunmak da yoktur*" hadisi gereği hukuken engel olunur.¹⁹⁴

Kamuya ait yollara uzatılan çıkıntılar hakkında hüküm bu şekilde olmakla birlikte, çıkıntının uzatılmak istendiği yer bir şahsın ya da bir grup insanın özel yolu ise, yol sahibi veya sahiplerinden izin alınmak zorundadır. İzin almadan yapılan tasarruflara hak sahiplerinin mani olma yetkileri vardır. Zarara sebep olan faaliyeti izâle ettirebilecekleri gibi tazmin talebinde de bulunabilirler. Hatta bu durum yalnızca mülk yollara açılmak istenen kapı, pencere vb. için değil, aynı çıkmaz sokağa kapısı açılan tüm insanlar için geçerlidir. Bu hususta kriter, evin sokağa bitişik olması değil, kapısının sokağa açılmasıdır.¹⁹⁵

Kamunun zarar görmesine sebep olan tasarruflarla ilgili hukukî hükümleri böylece tespit eden Şâfiî hukukçular, kişinin kendi mülkündeki bir tasarrufundan zarar görenin fert olması durumunda, önceden izin alınmasının zorunlu olduğunu söylemişlerdir. Buna göre evinden çatı penceresi ya da balkon açan kişinin bu eyleminden komşu zarar görüyorsa iznini almadan bu tasarrufta bulunamaz; aksi takdirde meydana gelen zarardan sorumlu tutulur. Bu tür tasarrufların hukuken sınırlandırılacağı konusunda Şâfiî âlimler arasında herhangi bir ihtilaf olmamakla birlikte, hukukî sınırlamanın gerekçesi hususunda farklı yorumlar mevcuttur. Söz gelimi **Nevevî** (676/1277) sınırlama gerekçesini, komşu evin temeli ve hava sahasında diğer komşunun irtifak hakkının olmaması olarak açıklamaktadır.¹⁹⁶

Şâfiî hukukçuların özel mülkte kişinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasından söz ettikleri bir diğer durum da, söz konusu tasarrufa, başkasının saygı gösterilmesi gereken bir hakkının taalluk etmesidir. Başkasının eşit derecede hukukî himayeye sahip bir hakkını doğrudan ilgilendiren hususlarda, bu masum hakkın korunmasını sağlamak üzere ferdin tasarruf yetkisi hukuken sınırlandırılır. Müşterek mülkiyet ve rehin akdi bu kısmın en önemli örneklerini teşkil etmektedir. Hiçbir ortak diğerinin izni olmadan tek başına müşterek mülkte tasarrufta bulunamaz. Zira tek başına malik olmadığından diğer ortağın hakkını da gözetmek zorundadır.¹⁹⁷ Yine bu cümleden olmak üzere bir grup insan arasında ortak olan özel yola (tarik gayru nafiz) içlerinden biri balkon vb. uzatmak istediğinde diğerlerinin iznini almak zorundadır. Hatta **Mâverdî** (450/1058) bu durumda, söz konusu tasarrufun zarara yol açıp açmamasının dikkate alınmayacağını söylemektedir. Zira bu yol söz konusu şahıslar arasında ortak mülktür; bu da tek başına tasarrufa manidir.¹⁹⁸ Çünkü *ortak mülklerde tasarrufta bulunma konusunda temel prensip, ortaklardan hiç birisinin tek başına tasarruf yetkisinin*

¹⁹³ Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII,399; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,170-171.

¹⁹⁴ Nevevî, a.g.e., XIII,397,398.

¹⁹⁵ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,173.

¹⁹⁶ Bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII, 400.

¹⁹⁷ Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII, 403.

¹⁹⁸ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI, 375-377

*olmamasıdır.*¹⁹⁹ Binaenaleyh iki kişi arasında ortak olan bir duvara, ortaklardan birisi diğerinin izni olmadan gedik açamaz, kiriş uzatamaz/dayandıramaz, kazık çakamaz.²⁰⁰

Aynı durum rehin akdi için de geçerlidir. Şâfiî mezhebine göre rehin verenin (râhin), rehin bırakılan nesne (merhûn) üzerindeki tasarruflarından rehin alan (mürtehin) zarar görmüyorsa bunlar geçerlidir. Söz gelimi bir borca karşılık rehin bırakılan mal hayvan ise binebilir, çalıştırabilir; evde oturabilir. Hatta rehin konusu malı başkasına ödünç (iâre) verebilir, borcun ödenme süresini geçmemek kaydıyla kiraya verebilir. Ancak bütün bunlar, mürtehinine zarar vermiyorsa geçerlidir. Mürtehinine zararı dokunan tasarruflar ise, "*zarar vermek de zarara zararlar karşılık vermek de yoktur*" hadisi gereği câiz değildir. Zira bu durumda hukuken korunması gereken mürtehinin hakkı korunmamış olmaktadır.²⁰¹

Şâfiî hukukçulara göre alt-üst komşuluk ilişkilerinde tavan ortak mülk konumundadır. Dolayısıyla üst kat sahibi tavanda, mutad ölçüde olmak ve alt kat malikinin hakkına tecavüz etmemek şartıyla oturma, eşya koyma gibi tasarruflarda bulunabilir. Bu ölçüyü aşan tasarruflar için ise alt kat sahibinin izni almak zorundadır.²⁰² Bu durumda Şâfiî mezhebine göre, kat mülkiyetinin söz konusu olduğu durumlarda ortak kullanıma açık kısımlardan her kat sahibinin istifade yetkisi olmakla birlikte, bu yetkinin kullanımı, diğer hak sahiplerine zarar vermeme şartına bağlı olmaktadır.

Öte yandan Şâfiî hukukçular içeriye hava, ışık, güneş girmesini sağlamak amacıyla evin sokağa bakan kısmında kapı, pencere, oyma açılabilen kanaatindedirler. Hatta bu noktada sokak ehlinin izninin alınması da gerekmez. Gelip geçenleri rahatsız ediyor diye bu tür faaliyetlere engel olunamaz; zira bu durumda kişi kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktadır.²⁰³

Aslında Şâfiîlerin bu yaklaşımı bir kıyasın sonucudur. Şöyle ki, şayet kişi evini veya kendi evi ile komşunun evi arasında bulunan duvarını yıkmak isteseydi, komşular buna mani olamayacaklardı. Duvarın tamamen yıkılmasına engel olma hakları olmadığına göre bir kısmının yıkılmasına da mani olamazlar.²⁰⁴ Bu meseleden hareketle aynı şekilde kişi evini, komşunun evinden yüksek olacak şekilde yapabildiği gibi komşunun evine bakacak şekilde kapı-pencere de açabilir ve zarar gerekçesiyle komşu bunlara mani olamaz. Bu arada **Cürcânî** (489/1096), açılan pencerenin komşunun mahremiyetinin görülmesine yol açmayacak şekilde yüksek olması gerektiğini söylemekte ise de, **Gazzâlî** (505/1111), yukarıdaki gerekçeden hareketle böyle bir şart ileri sürülemeyeceğini ve komşunun mani olma yetkisinin olmadığını açıkça ifade etmektedir.²⁰⁵ Mezhepteki genel görüş bu olmakla birlikte **Nevevî** (676/1277), komşunun maddî ya da mânevî zararına sebep olan tasarrufların câiz olmadığını ifade etmektedir. Ona göre komşunun mahremiyetinin görülmesine sebep olan, malını helak olmakla karşı karşıya bırakan ya da evini oturulmaz hale getiren tasarruflar hukuken geçerli değildir. Dolayısıyla mal sahibi bu tür zararları gidermek zorundadır, aksi takdirde devlet müeyyidesiyle gidermesi temin edilir. Şayet zarara sebep olan tasarruf kapı ya da pencere açma ise kapatılır, mahremiyeti sağlayan duvarın yıkılması ise, tekrar yapması sağlanır.²⁰⁶

¹⁹⁹ Mâverdî, a.g.e., VI, 391. وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف

²⁰⁰ Mâverdî, a.g.e., VI, 393; Nevevî, *el-Mecmû'*; XIII,403-405.

²⁰¹ Şîrâzî, *el-Mûhezzeb*, II,96-97,98; Nevevî, a.g.e., XIII,234-240.

²⁰² Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, VI,398; Kaffâl eş-Şâşî, *Hilyetü'l-ulemâ*, V,22; Nevevî, a.g.e., XIII,418-419.

²⁰³ Mâverdî, a.g.e., VI,394; Nevevî, a.g.e., XIII,413.

²⁰⁴ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,177.

²⁰⁵ Şîrbînî, a.g.e., III,177.

²⁰⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*;XIII, 411.

Bu arada özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılmasını gerekli kılan zararın bir ölçüsünün olması gerekir. Bu meselede Şâfiî fakihler kriter olarak örfe başvurulacağını söylemişlerdir. **Mâverdi** (450/1058), *hukukî sınırlamayı gerektirecek zararın tespiti hususunda kriterin örf olduğunu ve tabiatıyla örfün de bölgelere göre farklılık arz edeceğini açıkça ifade etmektedir.*²⁰⁷ Buna göre mülkiyet hakkının kullanımının sebebiyet verdiği zarar, tasarrufun meydana geldiği bölgenin yerel örfüne göre zarar kabul edilen ölçüde ise, bu tasarruf hukuken engellenecektir.

Aynı hukukçu daha sonra bitişik komşuluk hukukundan söz etmekte ve kişinin özel mülkündeki tasarruflarının, *tasarrufun gerektirdiği önlemlerin malik tarafından eksiksiz bir şekilde alınması* şartına bağlı olduğunu ifade etmektedir. Buna göre mülk sahibi, duvarları perçinleme gibi gerekli önlemleri almak şartıyla başka evlerle çevrili olan evinde hamam, değirmen çalıştırabilir; demircilik için körukhaneye veya deri işleme atölyesi (tabakhâne) açabilir. Komşular çıkan pis kokulardan ve sestən rahatsız oluyoruz gerekçesiyle bunlara mani olamazlar. Hatta bu faaliyetler, komşunun herhangi bir şeyinin telef olmasıyla sonuçlansa bile komşuların engel olma hakkı yoktur. Zira bütün bu durumlarda şahıs kendi özel mülkünde tasarrufta bulunmaktadır; dilediği gibi tasarruftan alıkonması ise mal sahibini zarara sokmaktır.²⁰⁸

Şâfiî mezhebine göre mülkiyet hakkının kullanımını sınırlayan kriterlerden birinin de yerleşik örfeye aykırı davranmak olduğunu söylemiştik. Bunun bir gereği olmak üzere bir tasarruf örfeye uygun olmak şartıyla bundan başkaları zarar görse de geçerlidir. Ancak örfeye aykırılık söz konusu olacak olursa, kusuru sebebiyle tasarrufta bulunan kişi doğacak zarardan sorumlu tutulacaktır. Bu kriterden hareketle *Şâfiî hukukçular, bir tasarrufun hukuken sınırlandırılabilmesi için bundan zarar görenin mal olması gerektiğini söylemişlerdir.* Dolayısıyla zararı şahsa dokunan tasarruflar geçerlidir, herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz. Ancak bu genel ilkedən, özel çıkmaz sokakta (sikke gayru nafize) yapılacak faaliyetleri, örneğin burada bulunan evini mescid, hamam, han ya da sebîl yapmak isteyen kişinin diğer ortakların tamamından izin almak zorunda olmasını istisna edenler olmuşsa da; bu görüş, başkasının mülkü zarar görmemesine rağmen ferdin özel mülkünde tasarruf yetkisine mani olduğu gerekçesiyle kabul görmemiştir.²⁰⁹ Bu noktada mezhep içinde genel kabul görmüş görüşün bu olduğunu söylemek mümkün ise de, önde gelen bazı Şâfiî fakihlerin böyle bir ayırımda bulunmadıklarını ve sınırlama çerçevesini daha geniş tuttuklarını görmekteyiz. Genel olarak Şâfiî mezhebinden söz ederken bu noktanın dikkatten uzak tutulmaması gerekir.

Buraya kadar anlatılanlardan hareketle bireyin mülkiyet hakkına dayalı tasarruflarının mutlak olup olmadığı hususunda Şâfiî mezhebine mensup hukukçuların, Hanefî fakihlerle oldukça yakın görüşleri paylaştığını söyleyebiliriz. Acan Hanefî hukukçular, sınırlamaya sebep teşkil eden zarar kriteri olarak fâhiş zarar kavramından söz ederken, Şâfiî hukukçular bu hususu örfeye bırakmışlardır. Özel mülkiyetin kamu yararına sınırlamalarında, umumun hakkını koruma bakımından yetkili hâkimin herhangi bir şikayet başvurusunu beklemeden re'sen harekete geçip zararlı işleme son verme yetkisine sahip olduğunu söyleyen Şâfiî mezhebine mensup âlimlerin, özel mülkiyete getirilen sınırlamalar konusunda en dikkat çekici görüşleri, sınırlamaların mala dokunan zararlarla sınırlı tutulmasıdır. Dolayısıyla herhangi bir özel mülkiyet tasarrufunun hukukî sınırlamaya tabi tutulabilmesi için, bundan zarar görenin mal olması gerekir. Şayet zarar gören bir şahıs ise, bu durumda yasal sınırlama söz konusu

²⁰⁷ Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI, 376. فأما حد ما يضر مما لا يضر، فيعتبر بالعرف والعادة، ويختلف باختلاف البلاد.

²⁰⁸ Zekeriyya el-Ensârî, *Şerh*, II, 446. لأنه متصرف في خالف ملكه، وفي منعه إضرار به.

²⁰⁹ Zekeriyya el-Ensârî, *Şerh*, II, 446-447.

olmayıp, tasarruf serbestisi geçerlidir. Mezhebde benimsenen genel görüş bu şekilde olmakla birlikte, birebir çözümlenelerde şahsın zarar gördüğü bazı tasarrufların da kimi fakihlerce hukukî sınırlama kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz. Kaldı ki bunu açıkça dillendiren hukukçular -**Nevevî** (676/1277) gibi- da bulunmaktadır.

D. HANBELÎ MEZHEBİNE MENSUP ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ

Özel mülkte tasarruf hakkı ve bu yetkinin kullanımı konusundan Hanefî ve Şâfiî mezhepleri arasında görüşümüz yakınlığın/parelliliğin benzerini Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri arasında da görmekteyiz. Şu kadar var ki, mülkiyete dayalı tasarruf yetkisinin kullanımının başkasına zarar vermesi durumunda ilk iki mezhep tasarruf serbestimi yönünü tercih ederken, diğer iki fıkıh ekolü bu yetkinin kullanımının başkasının zararına sebebiyet vermemekle sınırlı olduğu görüşünü benimsemektedir.

Fakat bu ortak özelliğe rağmen mülkiyet hakkında ve daha genel anlamda bütün haklarda sınırlılık fikrini dillendirmede çerçeveyi en geniş tutan mezhebin Hanbelî mezhebi olduğunu söyleyebiliriz: Hanbelî fakihler, "*Zarar vermek de zarara yine zararla mukâbele etmek de yoktur*" hadisini her türlü zararlı faaliyetin hukuken yasaklanması konusunda genel ve temel bir ilke edinmişlerdir. Bu temel prensipten hareketle özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılması hususunda Hanbelî doktrininde hem objektif (somut maddi sonuç), hem de sübjektif ölçü (kasıt, sâik) bir kriter olarak benimsenmiştir. Buna göre mülkiyet hakkının hem başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması, hem de böyle bir kasıt olmamakla birlikte mülkiyete dayalı tasarruftan başkasının zarar görmesi hukukî sınırlama gerekçesi olarak kabul edilmiştir.

Bir mülkteki tasarruftan başkasının zarar görmesi durumunda tasarrufun hukuken engelleneceğini söyleyen Hanbelî hukukçulara göre, *mülkten istifadeyi imkansız kılan veya zorlaştıran, çevreye yaydığı koku ve çıkardığı sesle insanları rahatsız eden, mahremiyetin görülmesine sebep olan ve sırf başkasına zarar vermek kastı güdülen her türlü tasarrufa hukuken engel olunur*. Bu cümleden olmak üzere bir kimse, yerleşim alanında bulunan ve meskenlerle çevrili evini hamam ya da deri işleme atölyesi (tabakhâne) olarak işletemez; zira bundan komşular rahatsız olur. Aynı şekilde attarlar çarşısında bulunan dükkanını fırın olarak çalıştıramaz, komşu duvarların sarsılıp gevşemesine sebep olacak şekilde çamaşırhane işletemez. Kezâ kişinin, komşusunun su kuyusunu kirletecek şekilde kendi bahçesinde lağım çukuru (fosseptik), komşunun duvarına zarar verecek ya da komşunun kuyusunun suyunu çekecek yakınlıkta su kuyusu açması yasaktır ve bunların zararı tespit edildiğinde kapatılır. Yine komşunun evinin içinin ve mahremiyetinin görülmesine sebep olacak şekilde ev yükseltilemez, kapı-pencere açılmaz. Çünkü bir kişinin kapı deliğinden ya da tahtalar arasındaki boşluklardan evine bakmak/gözlemek ile, kendi evinde açtığı kapı ya da pencereden veya evinin üstünden bakmak arasında hiçbir fark yoktur. Her iki durum da Hz. Peygamber (sav)'in "*Şayet birisi senden izin almaksızın mahremiyetine bakar ve sen de bir taş atıp onun gözünü çıkarırsan hiçbir sorumluluğun yoktur*"²¹⁰ buyruğunun kapsamına dahildir. Özetle belirtmek gerekirse komşuya zarar veren her türlü tasarruf hukuken sınırlandırılır. Zira kimsenin kendi mülkünde, komşuya zarar verecek şekilde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur.²¹¹

²¹⁰ Buhârî, "Diyât", 15,23; Müslim, "Edeb", 44; Nesâî, "Kasâme", 48; Ahmed, Müsned, II,243. لو اطلع في بيتك أحد، ولم تأذن له، خذته بمصاة. فقعات عينه، ما كان عليك من جناح

²¹¹ Ebu Ya'la, *Kitabu't-temâm*, II,39; a.mlf., *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 302; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,333-335; V,346-347; İbn Receb, *Câmiu'l-ülüm ve'l-hikem*, 477 vd.; Mer'â b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 144; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 299-230.

Diğer taraftan bu tür sınırlamalar yalnızca özel hukuk alanıyla sınırlı olmayıp kamu hukuku için de geçerlidir. Söz gelimi, insanların gelip-geçtiği umumî yollardan istifadeyi zorlaştıracak, zarara sebebiyet verecek özel mülk tasarrufları (yola bakan kısımda giriş uzatma, balkon çıkma gibi) hukukî sınırlamaya tabidir.²¹² Hatta Hanbelî fakih **Ebu Ya'lâ** (458/1066), bu tür tasarrufların sınırlandırılabilmesi için zarara sebebiyet verip vermemesinin de önemli olmadığını ifade etmektedir.²¹³

Bu son meseleyle ilgili olarak bazı Hanbelî hukukçuların, Hanbelîlerin bu görüşüne karşı çıkanlara, yine onların kendi görüşleriyle cevap verme yoluna gittikleri görülmektedir. Bu fıkıh ekolünün önde gelen hukukçularından oğul **Ebu Ya'lâ** (526/1131) ve **İbn Kudâme** (620/1223)'nin konuya yaklaşımları özetle şöyledir:²¹⁴

Söz gelimi ölü (mevât) arazide gerekli şartlara uymak kaydıyla herkesin kuyu kazma ya da belirli bir kısmını ihyâ edip temellük etme hakkı vardır. Ancak bu yetkinin kullanımı, daha önce oradan bir hak kazanmış olanların haklarına taalluk eder ve onlara zarar verirse buna hukuken müsaade edilmez. Zira bu durumda önceden bir hak iktisap etmiş olan şahsın zarara uğratılması söz konusu olmaktadır. Bu ifade edilen hususlarda, kişinin özel mülkündeki tasarrufunun, başkasının zararına sebebiyet verse dahi geçerli olduğunu söyleyenler de dahil olmak üzere herkes fikirbirliği halindedir. O halde bireylerin ölü araziden yararlanma yetkisi, başkasının bundan zarar görmemesi şartına bağlı ve bu hükmün de illeti zarar ise, ferdin mülkiyet hakkına dayalı tasarruflarının da başkasına zarar vermemekle mukayyed olması gerekir. Bunun aksini savunmak hukukî dayanaktan yoksun olduğu gibi aynı zamanda açık bir çelişkidir de. Dolayısıyla ölü arazide, başkasının özel kuyusuna giden suların azalmasına sebep olacak şekilde kuyu kazmak ile, aynı faaliyeti mülk arazide yapmak arasında, tasarrufun mahiyeti ve doğurduğu sonuçlar açısından hiçbir fark yoktur.²¹⁵

Görüldüğü gibi Hanbelî hukukçular, başkasına zarar verme açısından kamu emlakından yararlanma ile özel mülkte tasarrufta bulunmayı eşit mütalaa etmektedirler.

Mülkiyet hakkının kullanımının başkasına zarar vermemekle sınırlı olması hususunda Hanbelî fakih **İbn Kudâme** (620/1223), Hanbelî mezhebinin meseleye ne kadar büyük bir hassasiyetle yaklaştığını ve bu mezhepte sınırlamanın hangi boyutlarda ele alındığını gösteren oldukça ilginç bir olaydan söz etmektedir. Buna göre bir insanın su deposunun yakınına başka birisi incir gibi bir meyve fidanı dikmek istese, şayet söz konusu fidanın damarları/kökleri su kuyusunun olduğu kısma uzanarak toprağın yarılmasına ve bu yarıklardan suların çekilmesinden dolayı kuyunun telef olmasına sebep olacak olursa, komşu buna mani olabilir; fidan dikilmiş ise söktürebilir.²¹⁶

Hanbelî hukukçuların tasarruf sınırlamasından söz ettikleri diğer bir husus ise, müşterek mülkte ortaklardan birinin tek başına tasarrufta bulunmasıdır. Birden fazla şahıs arasında ortak olan mülklerde, hiçbir ortak diğerlerinden izinsiz tek başına tasarrufta bulunamaz. Zira tasarrufta bulunduğu nesnenin tek sahibi olmadığından aynı zamanda başkasının mülkünde de tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Bu da diğer hak sahiplerinin izninin alınmasını zorunlu kılmaktadır.²¹⁷ Buna göre fertlerin ortak mülkte diğer ortaklardan izin almadan tek başlarına tasarrufta bulunamamaları, -müşterek mülkiyetin oluşum şekline göre- özel mülkiyetin fert/ler yararına kanunî ya da irâdî sınırlandırılmasını oluşturmaktadır.

²¹² İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXX,10.

²¹³ Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 306.

²¹⁴ Ebu Ya'lâ, *Kitabu't-temâm*, II,39-40; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,346-347.

²¹⁵ A.g.e., a.y.

²¹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,347.

²¹⁷ Mer'â b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 144; Behûti, *er-Ravdu'l-murbi*, 299-300.

Hanbelî mezhebine göre diğer bir mülkiyet sınırlandırması ise, umumî yollara (tarîk nâfiz) uzatılan balkon vb. çıkıntılardır. Bireyin özel mülkündeki bir tasarrufu yoldan gelip-geçenlere zarar veriyorsa, buna hukuken mani olunur. Buna göre kişi evinden yola doğru kemer, balkon vb. uzatamaz, moloz atamaz. Bu tür faaliyetlerde bulunur ve bundan birisi zarar görürse, mal sahibi zararı tazmin etmek zorundadır.²¹⁸ Hatta **Behûti** (1051/1641), bu tür tasarrufların yoldan gelip-geçenlere zarar verip vermemesinin önemli olmadığını, hiçbir zararı olmasa bile hukuken engelleneceğini söylemektedir.²¹⁹ Bununla birlikte umumî yola yönelik tasarruflarda bulunabilmek için, bu tasarrufun zarar içermemesi ve yetkili idarî makamdan izin alınması da gerekmektedir. Fakat bu tür tasarruflar umumî yola yönelik olarak değil de, komşunun evine ya da ortak yola bakan kısımda yapılmak istenirse komşunun veya diğer hak sahiplerinin izninin alınması zorunludur. İzin verirlerse, haklarından vaz geçmiş sayılacaklarından bu tür tasarruflarda bulunmak câizdir.²²⁰

Komşunun zararına sebebiyet veren tasarrufların hukuken engellenmesi gerektiğini ifade etmenin, zararın niteliğine bakmaksızın her türlü zararlı işlemin yasaklanması demek olmadığına dikkat çeken dirâyetli Hanbelî fakih **İbn Kudâme** (620/1223), *katlanılabılır ve hoşgörüyü karşılanması gereken zararların sınırlandırılmasından elbette söz edilemeyeceğine vurgulamaktadır*. Söz gelimi kişinin evinde ekmek yapması ya da yemek pişirmesinin komşuları rahatsız etmesi mümkündür. Ancak bu tür faaliyetlerin sınırlandırılması söz konusu olamaz. Çünkü bunlar kaçınılması mümkün olmayan ve hoşgörü kapsamına dahil basit zararlardır. Kaldı ki komşuluk hukuku makul ölçüdeki zararlara göğüs germeyi de gerektirmektedir. Halbuki yukarıda sayılan cüz'î meselelerin hiç birini bu kapsamda değerlendirmek mümkün değildir.²²¹

Başkasının zarar görmesine sebep olan tasarrufların hukuken sınırlandırılmasını geniş bir çerçevede benimsemiş olan Hanbelî mezhebi, bununla birlikte *zarara sebep olan faaliyetin zaman itibarıyla daha önce (kadîm) olması durumunda buna, hukuken mani olunamayacağını* söylemektedir. Bir kişinin kendi özel mülkündeki deri işleme atölyesi ya da çamaşırhanenin bitişiğinde bulunan ölü araziden bir miktar yer ihya edip oraya ev yapan şahıs, söz konusu işletmelerden zarar görse de bunlar hukuken kapatılmaz. Çünkü bu durumda işletme sahibi hiçbir zarara sebep olmamıştır. **İbn Kudâme** (620/1223), bu hususta herhangi bir görüş ayrılığının olmadığını belirtir.²²²

Bu durumda Hanbelî mezhebine göre bir zararın hukuken ortadan kaldırılması için, zarara sebebiyet veren fiilin yeni olması gerektiğini söylemek mümkündür. Yani *zarar-ı kadîm izâle olunmaz*. Ancak bu hükmün, örneğimizde olduğu gibi sadece biri özel, diğeri kamu mülkiyetinde olan hususlarla mı sınırlı, yoksa her ikisi de özel mülkiyete dayalı tasarruflar için de geçerli mi olduğu noktasında Hanbelî fıkında herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

Hanbelî fakihlerin bir tasarrufun sınırlandırılması için *hukukî bir gerekçe saymadıkları diğer bir durum ise, menfaat azalmasına sebep olan tasarruflardır*. Bir kişinin beytül-mâlden sahih bir yolla satın aldığı yere bina yapmasına başka birisinin karşı çıkma ve onu engelleme hakkı var mıdır? şeklindeki soruya **İbn Teymiyye** (728/1327) şu cevabı vermiştir: "*Bir şahıs kendi mülkünde bina yapar ve bununla komşuya herhangi bir zarar vermez, fakat bu yeni binaya başka insanları oturtması ve bunun da birinci evin kirasının eksilmesine sebep*

²¹⁸ Mer'â b. Yûsuf, a.g.e., 144.

²¹⁹ Behûti, *er-Ravdu'l-murbi'*, 299.

²²⁰ Behûti, a.g.e., 299.

²²¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,334.

²²² İbn Kudâme, a.g.e., V,347.

*olmasından endişe duyulursa, kira gelirlerindeki azalma sebebiyle komşunun buna mani olma hakkı yoktur. Bu hususta âlimler arasında herhangi bir fikir ayrılığı da bulunmamaktadır.*²²³

Dolayısıyla *Hanbelî mezhebine göre özel mülkiyete getirilen sınırlamaların, normal piyasa şartlarında serbest rekabet ortamının oluşmasını engellememesi gerektiği ifade edilebilir.* Günümüzde yaygın olarak görülen ve sık sık sorulan, büyük marketlerin ve bunların düzenlediği hediye kampanyalarının mahalle aralarındaki küçük bakkalları olumsuz etkilediği ve hatta bazılarının iflasına sebep olduğu gibi problemlerin fikhî hükmünü tespitite bu bilgi yol gösterici olabilir. Öte yandan bu meselede Mâlikî ve Hanbelî fikhinin görüşleri arasında tam bir paralellik söz konusudur.

Özel mülkiyete getirilen sınırlamalar konusunda buraya kadar cüz'î çözümler halinde aktardığımız Hanbelî hukukçuların yaklaşımlarının **İbn Receb** (795/1393) tarafından teorik bir yapıya kavuşturulduğunu görmekteyiz.²²⁴ "*Zarar vermek ve zarara yine zararla karşılık vermek yoktur*" hadisini büyük bir dirâyetle ve genişçe, rivâyet ilimleri açısından inceleyen **İbn Receb**, daha sonra bu rivâyetin fikhin her bir alanına nasıl yansıdığını örneklerle ortaya koymaktadır. Hanbelî hukukçu, konuyu mülkiyet hakkının kullanılmasının başkasına zarar vermesi açısından da değerlendirdiği kısımda farklı olasılıkları dikkate alarak bir tasnif yapmaktadır. Mâlikî hukukçu ve mekâsîd âlimi **Şâtîbî**'nin, bir hakkın kullanılmasının zarara yol açmasıyla ilgili tasnifiyle, temel hareket noktası itibariyle paralellikler arz eden **İbn Receb**'in bu tasnifini maddeler halinde ve özetle ortaya koymak yerinde olacaktır.

Öncelikle **İbn Receb**, Allah'ın koyduğu ölçülerin (hudûdullah) dışına çıkan ve bu sebeple işlediği suça göre ceza tatbik edilen şahısların İslâm'ın yasakladığı zarar vermeme kapsamında değerlendirilemeyeceğini, bu anlamda zararı nefyeden hadisin âm olmakla birlikte tahsise uğradığını, bu durumda yasaklanan zararın haksız yere başkasını zarara sokma olduğuna dikkat çektikten sonra meseleyi iki ana gruba ayırmaktadır.

1. *Mülk sahibinin tasarrufta bulunurken tek amacının başkasına zarar verme olması:* Müellif bunun haram ve çok çirkin bir davranış olduğunda herhangi bir tereddüdün olmadığını söylemekte ve âyet ve hadisler ışığında çeşitli fikhî hükümleri sıralamaktadır.²²⁵

2. *Malında tasarrufta bulunan kişi iyi niyetli olup aynı zamanda tasarrufla elde etmek istediği meşrû bir amacının bulunması:* Bu durumda iki olasılıktan söz edilebilir:

a) *Şahsın özel mülkündeki tasarrufunun başkasının zararına sebebiyet vermesi:* Bu durumda tasarrufun hukuken sınırlandırılıp sınırlandırılmıyacağı, kişinin tasarrufta bulunurken mutad ölçüye riâyet edip etmediğine göre belirlenir. Şayet tasarrufta bulunurken alışlagelmiş (mutad) şekilde hareket etmiş ise, meydana gelecek zararlardan sorumlu tutulup tutulmıyacağına fakihler arasında ihtilaf söz konusudur. Söz gelimi kendi tarlasında anız yakarken komşu tarlaya sıçrayan yangının verdiği zarardan dolayı **Ebu Hanîfe** (150/767), **İmam Şâfiî** (204/819) ve diğer bazı müctehidlere göre kişinin tazmin sorumluluğu yoktur. Fakat **Ahmed b. Hanbel** (2401/855) ile bir görüşe göre **İmam Mâlik** (179/795) ve bazı Şâfiîlere göre -bunların başında **er-Rûyânî** (502/1108) gelmektedir- ise, kişi mutad hareket etmiş olsa dahi bu tür tasarruflara engel olunur ve doğacak zarar şahsa tazmin ettirilir. Ancak malik mutad bir şekilde hareket etmemiş ise, uygun zamanı kollamadığı için kusurlu sayılır ve tasarrufun sebep olduğu zarar tazmin ettirilir.

²²³ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXX,12.

²²⁴ İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 470-482.

²²⁵ Bkz. İbn Receb, a.g.e., 470-477. Ayrıca bkz. Bakara, 2/228,231,233; Nisâ, 4/12.

b) *Kişinin kendi mülkünden komşunun yararlanmasına ya da irtifak kurmasına mani olması*: Komşunun istifade etmek istediği mülk bundan zarar görürse, mal sahibi buna mani olabilir. Örneğin duvarın bir kalası taşıyamayacak kadar zayıf olması durumunda duvar sahibi kalas dayanmasına izin vermeyebilir. Fakat kişinin özel mülkünün herhangi bir şekilde zarar görmesi söz konusu değilse, komşunun istifade etmesi ya da irtifak kurmasına engel olup olmayacağına farklı görüşler vardır.²²⁶

Görüldüğü gibi **İbn Receb** (795/1393) mülkiyet hakkında tasarrufun başkasının zararına yol açması meselesinde hem objektif ölçüyü, hem de sübjektif ölçüyü bir kriter olarak benimsemektedir. Yani malikin tasarrufta bulunurken kötü niyetli olması durumunda tasarruf hukuken sınırlandırıldığı gibi, iyi niyetli olmakla birlikte tasarrufun maddî bir zarara yol açması halinde de hukuken sınırlandırılır. Dolayısıyla her hâlükârda mülkiyet hakkının kullanımı, bundan başkalarının zarar görmemesi şartına bağlıdır.

Özel mülkte tasarruf yetkisi meselesinde sınırlılık fikrini benimsemiş olan Hanbelî mezhebi bu düşüncesini, zarar vermeyi yasaklayan âyet ve hadislerle dayandırmaktadır. Bu fıkıh ekolüne göre "*zarar vermek ve zarara yine zararla mukâbele etmek yoktur*" hadisi, başkasının zararına sebep olan her türlü tasarrufun hukuken sınırlandırılması hususunda temel prensip olmaktadır. *Hanbelî fakihlere göre, şahsın mülkündeki tasarrufunun başkasına zarar vermesine rağmen hukukî sınırlandırmadan söz edilemeyecek tek durum, tasarrufun örfün gereklerine uygun olması ve hoşgörüsüyle karşılanıp tahammül edilebilir ölçüde olmasıdır*. Bu ölçüdeki bir zarara komşu katlanmak zorundadır; kaldı ki bu, komşuluk hukukunun da gereklerindedir. Bunun dışında tasarruf serbestisinin tercih edilebileceği başka bir durum yoktur.

Sonuç itibarıyla bir cümle ile ifade etmek gerekirse, mülkiyet hakkının kullanımından başkasının zarar gördüğü durumlarda Hanbelî mezhebine göre aslolan sınırlılıktır; serbestiyet ise belirli ve sınırlı hallere mahsus olmak üzere istisnadır.

Ahmed b. Hanbel (241/855)'in ve diğer Hanbelî hukukçuların özel mülkte tasarruf konusundaki görüşleri bu kadar açık olmakla birlikte, ne yazık ki çağdaş İslâm hukukçularından **Ebu Zehrâ** (1974), **Ali Hafif** ve **Subhî el-Mahmasânî**, **Ahmed b. Hanbel**'in mutlak hak görüşünde olduğunu söylemektedirler.²²⁷ Hatta **Ebu Zehrâ**, **İmâm Mâlik** (179/795) dışındaki ilk müctehidlerin, ferdin özel mülkünde mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğu, bundan başkaları zarar görse de, herhangi bir şekilde hukukî sınırlamada bulunulamayacağı görüşünde olduklarını ifade etmektedir.²²⁸ Ayrıca **Ali Hafif**, **İmâm Muhammed** (189/805)'in, tasarrufun başkasının fâhiş zararına sebebiyet vermesi durumunda, hukukî sınırlama görüşünü benimseyenlerden olduğunu belirtmektedir.²²⁹

Hemen şunu ifade edelim ki, **İmâm Muhammed**'in bizzat kendi eserleri **Ali Hafif**'in bu tespitini yalanlamaktadır. Zira **İmâm Muhammed** başkasının fâhiş zararına yol açan veren tasarrufların hukuken sınırlandırılmasını ifade etmek şöyle dursun, tam aksine hocası **Ebu Hanîfe** (150/767) gibi o da, bireyin kendi özel mülkünde -başkası bundan zarar görse bile- dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği görüşünü benimsemektedir. Diğer yandan daha önce Hanefî mezhebinin özel mülkte tasarruf yetkisi konusundaki görüşlerini sunarken **Ebu Yûsuf** (182/798)'un sınırlılık fikrinde olduğunu belirtmiştik. Şayet ortada bir dizgi hatası yok ise, esasen dikkatli ve dirayetli bir hukukçu olan **Ali Hafif**'in **Ebu Yûsuf** ile **Muhammed**'i

²²⁶ Bkz. İbn Receb, a.g.e., 479. Bu son madde her ne kadar kapsam açısından konumuza dahil değil ise de, İbn Receb'in tasnifini bir bütün halinde görmek açısından kısaca yer verilmiştir.

²²⁷ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 119; Ali Hafif, *ed-Damân*, 96-97; Mahmasani, *el-Mûcebat ve'l-ukûd*, I,39.

²²⁸ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 120.

²²⁹ Ali Hafif, *ed-Damân*, 96-97.

birbirine karıştırmış olması muhtemeldir. Bu gerçek karşısında **İmâm Mâlik** dışındaki ilk müctehidlerin özel mülkte mutlak tasarruf fikrinde olduklarını söylemek mümkün değildir.

Ahmed b. Hanbel'le ilgili ifadeye gelince, bazı cüz'î meselelerde **Ahmed b. Hanbel**'in, bahse konu tasarrufun sınırlandırılmayacağı görüşünde olduğuna dair zaman zaman Hanbelî literatüründe nakillere rastlamak mümkündür. Ancak bu durum, söz konusu fer'î konuda, tasarrufun hukuken sınırlandırılmasını gerektirecek şartların oluşmamasından kaynaklanmaktadır; yoksa bu hal sûret-i kat'iyede **Ahmed b. Hanbel**'in genel görüşünü yansıtmamaktadır. Kaldı ki, daha önce Hanbelî mezhebinin temel kaynaklarından nakledilen bilgiler de aslında durumun böyle olmadığını ispata kâfidir. Fakat yine de özellikle **Ahmed b. Hanbel** (2401/855)'in konumu açısından, muhakkik Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393)'de gördüğümüz şu not, bu hususta her türlü şüpheyi izâle edecek açıklıkta ve yeterlidir. İslâm'da zararın giderilmesi hususunu çeşitli hukukî meselelerle açıklayan ve bu bağlamda irtifak haklarıyla ilgili olarak **Semure b. Cündüb** (60/679)'le ilgili bir rivâyeti²³⁰ söz konusu eden **İbn Receb**, rivâyeti aktardıktan sonra şöyle demektedir: **Ahmed b. Hanbel** bu rivâyeti naklettikten sonra "*işte bunun gibi başkasının zararına sebebiyet veren her tasarrufa hukuken engel olunur.*"²³¹

E. DİĞER BAZI MEZHEPLERE MENSUP VEYA BAĞIMSIZ ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ

İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf konusundaki görüşlerin genel bir değerlendirmesini yapmadan önce kısaca bu konuda diğer bazı mezhep ve müctehidlerin görüşlerini de tesbit faydalı olacaktır. Bu kısımda *İmâmiyye*, *Zeydiyye*, *Zâhirîyye* ve *İbâdiyye* mezheplerinin görüşleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Alt başlık olarak "*diğer bazı mezheplere mensup veya bağımsız âlimlerin görüşleri*" ifadesinin kullanılması, *Zeydiyye*'ye nisbetle **Şevkânî** (1250/1834)'nin konumu ile Zâhirî mezhebinin adeta **İbn Hazm** (456/1064)'la özdeşleşmesi ve bu ekolün görüşlerinin onun eserleriyle sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır. Böylece hem günümüzde tabileri bulunan diğer fıkıh ekollerinin, hem de ilmî çalışmalarda eserlerine çokça müracaat edilen bazı fakihlerin özel mülkte tasarruf konusuna yaklaşımları öğrenilmiş olacaktır. Kaldı ki konunun fıkıh doktrininde ele alınış biçimine yönelik bir değerlendirmede bulunabilmek için en azından yaşayan fıkıh ekolleriyle, görüş ve ichtihadlarıyla ön plana çıkmış müctehidlerin fikirlerinin bilinmesinde zaruret vardır.

1. İmâmiyye

Son dönem İmâmiyye fakihlerinden **Mustafa el-Müsevî el-Humeynî** (1368/1948), "*zarar vermek de zarara zararla karşılık vermek de yoktur*" hadisini rivâyet ilimleri ve fıkıh açısından inceleme konusu edindiği çalışmasında, hadisi özel mülkte tasarruf yetkisi açısından da değerlendirmektedir. Buna göre *mülkiyet hakkının kullanımının başkasına zarar vermesi durumunda İmâmiyye fikhında meşhur olan görüş, mal sahibinin tasarruf serbestisine sahip olduğu ve söz konusu tasarruftan başkaları zarar görse de hukukî sınırlamada bulunulamıyacağıdır.* **Humeynî**, İmâmiyye fikhının önde gelen fakihlerinden

²³⁰ Semure b. Cündüb'ün, ensardan birisinin bahçesinde hurma ağacı vardı ve bu zad da eşyle birlikte o bahçede oturuyordu. Semure'nin hurma ağacının yanına girip çıkmasından bahçe sahibi rahatsız olmuştu. Bu sebeple ondan hurma ağacını kendisine satmasını istedi. Semure'nin bu talebi reddetmesi üzerine ağacını söküp bir başka yere nakletmesini istedi, fakat Semure bunu da kabul etmedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav)'e gelerek durumu anlatınca Allah Rasûlü de sırasıyla ağacı satması ve söküp başka bir yere nakletmesi tavsiyesinde bulunduysa da, Semure bunları kabul etmedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber, Allah'ın kendisine vereceği ecir karşılığında ağacı hibe etmesini istedi. Fakat Semure buna da olmaz, şeklinde cevap verince Peygamber Efendimiz: "Sen başkalarına zarar veren bir adamsın" buyurdu ve bahçe sahibine: "Git hurma ağacını dibinden sök at" dedi. Bkz. Ebu Dâvud, "Akdiye", 31.

²³¹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 142; a.mlf., *Câmiu'l-ülûm ve'l-hikem*, 478. كل ما كان على هذه الجهة، وفيه ضرر، يمنع من ذلك.

Hullî (676/1277), **İbn Zühre** gibi âlimlerden de aynı paralelde görüşler nakledildiğini ve bu hususta herhangi bir ihtilafın olmadığını söylemektedir.²³² Bu noktada *İmâmiyye'ye göre özel mülkte tasarruf serbestisinin sınırlandırılmasını gerektiren tek sebep, tasarrufun zarar kastıyla (sübjektif ölçü) yapılmış olmasıdır*. Yani kişi iyi niyetli olduğu sürece malında istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Tasarrufun sebep olduğu zarar, elde edilmek istenilen yarardan çok daha büyük de olsa hiçbir şekilde hukukî sınırlamada bulunulamaz. Ancak malikin kötü niyetli olması durumunda tasarruf yetkisi hukuken sınırlandırılır ve doğacak zarardan da sorumlu tutulur.²³³

Bu durumda İmâmiyye mezhebinde meşhur olan temel yaklaşım mutlak tasarruf serbestisi olmakla birlikte, bu prensibi bazı şartlara bağlayanlar da olmuştur. Bazı İmâmiyye fakihleri, tasarrufun *yerleşik örfe uygun* olması şartından söz etmişlerdir.²³⁴ Buna göre kişi malında tasarrufta bulunurken yerleşik örfe uygun davranmış, buna rağmen komşuları bundan zarar görmüşlerse, söz konusu tasarrufa mani olunamaz. Bu şartın tabii sonucu olarak örfeye aykırı davranışlar hukuken sınırlandırılır ve doğacak zarardan da malik sorumlu tutulur.

Diğer taraftan bir kısım İmâmiyye fakihleri de tasarrufla elde edilmesi amaçlanan *meşrû bir maslahatın/yararın olması gerektiğini ve yarardan yoksun tasarruflara hukuken engel olunacağını* söylemişlerdir. Dolayısıyla bu grupta yer alan İmâmiyye hukukçularına göre, özel mülkte tasarruf meşrû bir yararın teminine yönelik olmalıdır. Tasarrufun yarardan yoksun olması mülkiyet hakkının kötüye kullanıldığının göstergesi olmaktadır.²³⁵

Humeynî'nin, İmâmiyye'nin genel görüşü olarak naklettiği başkasının zararına sebebiyet verse de özel mülkte mutlak tasarruf serbestisi görüşünü destekler şekilde bu ekolün klasik kaynaklarında bazı cüz'î çözümlemelere rastlamak mümkündür. İmâmiyye fikhinin önde gelen hukukçularından **Ebu Hanîfe et-Temîmî** (363/974)'nin verdiği bilgiye göre, söz gelimi kişi kendi evinde veya duvarında içeriye güneş ya da ışık girmesini temin maksadıyla istediği gibi pencere açabilir, aynı şekilde komşunun güneşine engel olsa da evini istediği kadar yüksek yapabilir. Komşular bu tasarruflara hiçbir şekilde engel olamazlar. Zira bunlar hukuken engellenmesi gereken zarar kapsamında tasarruflar değildir. Fakat pencereyi, komşunun aile mahremiyetine bakma amacıyla açacak olursa buna mani olunur. Çünkü başkasının mahremiyetine bakmak câiz değildir.²³⁶

Bu durumda İmâmiyye'ye göre başkasının zararına sebep olan bir tasarrufun hukuken önlenmesi hususunda kriter, şahsın niyeti olmaktadır. Yani mülkiyet hakkının kötüye kullanıldığını gösteren ölçü, sübjektif kriterdir (kasıt/sâik).

Bu arada İmâmiyye mezhebinde özel mülkte tasarruf yetkisinin fert ve kamu yararına bazı sınırlamalara tabi tutulduğunu da görmekteyiz. Söz gelimi müşterek mallarda hiçbir ortak tek başına tasarrufta bulunamaz. Aynı şekilde her ortağın kendisine düşen kısımda iktisadî yarar sağlayacak ölçüde yararlanma imkanı olmadığı sürece ortak mal taksim edilemez. Aksi taktirde ortaklardan bir kısmının zarara uğraması söz konusu olacaktır; halbuki İslâm'da zarar yasaklanmıştır²³⁷. Bu durumda şahısların kendi mülklerinde müstakil olarak ve istedikleri gibi tasarrufta bulunma yetkileri diğer şahıslar lehine olmak üzere sınırlandırılmış olmaktadır.

²³² Humeynî, *Bedâiu'd-dürer*, 134-135.

²³³ Dirîni, *et-Teassûf*, 133 (*Meniyetü't-tâlib fi hâşiyeti'l-mekâsib'den*).

²³⁴ Dirîni, a.g.e., 133; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,132 (*Kitâbu'l-mekâsib'den*).

²³⁵ Dirîni, a.g.e., 133; Abbâdî, a.g.e., II,132 (*Kitâbu'l-mekâsib'den*).

²³⁶ Ebu Hanîfe et-Temîmî, *Deâimu'l-İslâm*, II,503.

²³⁷ Ebu Hanîfe et-Temîmî, a.g.e., II,497,499.

Aynı şekilde kamuyu ilgilendiren mülkiyet tasarrufları da zarar vermeme şartına bağlanmıştır. Bir kimsenin evinde, umumun yararlandığı yola bakan kısımda kapı, pencere açması ya da mevcut pencerenin yerini değiştirmesi gibi tasarrufları, gelip-geçenlerin bundan açık bir şekilde zarar görmemeleri şartıyla geçerlidir. Açık bir zararın olması durumunda ise, bu tür tasarruflara hukuken engel olunur.²³⁸ Bu son durumda özel mülkte tasarruf yetkisi, kamu yararına olmak üzere kanunî olarak sınırlandırılmıştır.

Bu arada İmâmiyye fikhinin mülkiyet hakkının kullanımı noktasındaki görüşünü belirleme hususunda yukarıda aktarılan **Humeynî**'nin kesin ifadelerine rağmen "*el-Kavâidu'l-fikhiyye*" adlı eserin sahibi **el-Yahneverdî** tamamen farklı bir yaklaşımdan söz etmekte ve ister ferde ister kamuya yönelik olsun genel anlamda İslâm'da zararın nefyedilmesinden hareketle teorik bir yaklaşım geliştirmektedir.²³⁹ **Yahneverdî**, "*zarar vermek de zarara yine zararla mukâbele etmek de yoktur*" hadisi ile "*insanlar mallarında mutlak tasarruf yetkisine sahiptir*"²⁴⁰ şeklindeki fikhî prensip arasında irtibat kurmakta ve bu genel ilkenin söz konusu hadisle sınırlandırılmış (mukayyed) olduğunu ifade etmektedir. Yani bireyin mülkiyet hakkına dayalı tasarrufu başkasının zararına sebebiyet vermemek zorundadır. Zarara yol açan tasarruflar ise hukuken sınırlandırılır.²⁴¹ Bu durumda, özel mülkte tasarruf konusunda İmâmiyye fikhinde aslolan takyid (sınırlılık/kayıtlılık) olmaktadır.

Yahneverdî genel prensibi bu şekilde belirlemekle birlikte, farklı ihtimaller göz önünde bulundurulduğunda değişik tercihlerin söz konusu edilebileceğini de belirtmektedir. Yani her somut hadiseye göre şahsın tasarruf yetkisi, iyi niyetli olup olmaması, maruz kalınan zararın boyutu gibi etkenler hükmün niteliğini belirlemektedir. Özel mülkte tasarruf yetkisini malikin iyi niyetli olup olmaması ve yarar-zarar dengesi açısından ele alan **Yahneverdî**, konuyu dört ihtimalli olarak tasavvur etmektedir. Hükümler ve teferruat bakımından olmasa bile temel hareket noktası itibarıyla, Mâlikî mezhebinin konuya yaklaşımı münasebetiyle özet halinde taktim edilen **Şâtıbî** (790/1388)'nin, bir hakkın kullanımının zarara sebebiyet vermesiyle ilgili tasnifine oldukça benzeyen bu sınıflandırma özetle şu şekildedir:²⁴²

1. *Tasarruf zarar kastıyla (kötü niyetli) yapılmıştır ve şahsın bu tasarrufla elde edeceği hiçbir fayda da yoktur; ancak terki durumunda zararı söz konusudur.*

2. *Malında tasarrufla bulunan şahsın, zarar kasti olmamakla birlikte (iyi niyetli), tasarrufla elde edeceği bir fayda olmadığı gibi, terki durumunda herhangi bir zararı da yoktur.* Yani tasarruf boş iştigal niteliğindedir, amaçsızdır.

Bu iki durumda zararı yasaklayan hadisin gereği ile amel edileceği ve söz konusu tasarrufların hukuken sınırlandırılacağı şüphesizdir. Burada özel mülkte mutlak tasarruf yetkisinden söz eden kâide dikkate alınmaz. Birinci maddede sözü edilen durumu ilk dönem İmâmiyye fakihlerinden **Ebu Hanîfe et-Temîmî** şöyle bir örnekle anlatmaktadır: Bir şahsın kendisi ile komşusu arasında sütre fonksiyonu gören duvarı kendiliğinden yıkılacak olursa, komşusu, "*benim aile mahremiyetimin ortaya çıkmasına sebep oldun*" gerekçesiyle duvarı tekrar yapmasını isteyemez. Bu durumda komşu, isterse kendi mülkünde sütre fonksiyonu görecekle önlemler alabilir. Ancak duvarı şahıs kendisi yıkar veya bir ihtiyacını giderme amacına yönelik olmaksızın sırf komşuya zarar vermek kastıyla yıkmak isterse buna mani

²³⁸ Ebu Hanîfe et-Temîmî, a.g.e., II,503.

²³⁹ Mevâfî, *ed-Darar*, I,317-319 (Yahneverdî, *el-Kavâidu'l-fikhiyye*, I,180,199).

²⁴⁰ Mevâfî, a.g.e., I,320 (Yahneverdî, a.g.e., I,198). الناس مسلطون على أموالهم

²⁴¹ Mevâfî, a.g.e., I,320 (Yahneverdî, a.g.e., I,198,206).

²⁴² Mevâfî, a.g.e., I,320 (Yahneverdî, a.g.e., I,207).

olunur; şayet yıkılmışsa tekrar yaptırılır. Çünkü *Rasûlullah (sav) "zarar vermek ve zarara yine zararla karşılık vermek yoktur"* buyurmuştur.²⁴³

3. *Mülkiyete dayalı tasarruf yetkisini kullanan şahsın, tasarrufla elde edeceği bir fayda olmakla birlikte terki durumunda zararı yoktur.* Böyle bir ihtimalin söz konusu olduğu durumlarda sınırlılık ilkesi benimsenmekle birlikte yarar-zarar dengesi gözetilecek ve buna göre bir hüküm verilecektir. Ayrıca bu noktada mezhep içinde farklı yaklaşımlar da söz konusudur.

4. *Bireyin tasarrufu üçüncü maddede sözü edilen şartlar dahilinde olmakla birlikte, tasarrufla bulunmadığı zaman şahsın zararı söz konusudur.* Bu durumda malikin uğradığı zarar ile tasarruftan başkasının gördüğü zarardan birini tercih etme imkanı yoktur. İki delilin çatışması durumunda ise (zararı yasaklayan hadis ve özel mülkte mutlak tasarruf yetkisini ifade eden fikhî kâide) delillerden ikisiyle de amel edilemeyeceğinden mutlak tasarruf yetkisini ifade eden kâide esas alınacak ve herhangi bir hukukî sınırlamada bulunulamayacaktır.

Ancak bu son durumun hükmünü belirlerken önce teâruz halinde delillerden ikisiyle de amelin sakit olacağını söyleyip, daha sonra yine aynı delillerden birini tercih etme ve meseleyi ona göre çözümlenme açık bir çelişkidir. Ayrıca bu hususta tasarruf yetkisini düzenleyen kâidenin esas alınmasının gerekçesi de belli değildir. Şayet bu noktada hukukî bir gerekçe ortaya konabilmiş olsaydı, konunun bu şekilde hükme bağlanmasını anlamak mümkün olabilirdi. Ne var ki **Yahneverdî** teâruzun giderilmesi, deliller arası tercih ve tesâkut halinde izlenecek yöntem hususunda herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır.

İmâmiyye fakihleri son iki durumda tasarruf serbestisinden söz etmekle birlikte yine de doğacak zararların mal sahibi tarafından tazmin edilmesi gerektiğini söylemektedirler. Diğer bir ifadeyle bu noktada İmâmiyye'ye göre *cevâz-ı şerî damâna münâfî değildir*.²⁴⁴ Ancak herhangi bir tasarrufa hukuk düzeninin izin verip sonrada bu izne dayalı tasarrufla bulunan şahsı tazminle sorumlu tutması açık bir çelişkidir. Aksi takdirde hukuk, izin verdiği hususta bireyi sorumlu tutmuş ve cezalandırmış olacaktır ki bu, mantıkî bir çelişki olmanın yanında aynı zamanda fertlerin hukuka olan saygılarını kaybetmelerine de yol açacak bir durumdur.

Çağdaş İmâmiyye âlimleri de özel mülkiyetin kazanım ve kullanım olarak kamu ve fert yararına sınırlı olduğunu ifade etmektedirler. Buna göre ferdin özel mülkündeki tasarrufları fert olsun toplum olsun başkasına zarar vermemekle mukayyedir. Zarara yol açan tasarruflar yasal olarak sınırlandırılır ve doğacak zarardan malik sorumlu tutulur. Mülkiyet hakkında sınırlılık fikrini açıkça ifade eden bu yazarlar, servetin kazanılması ve kullanılmasına yönelik hukukî sınırlamaların, servetin tekelleşmesine ve insanı yönlendirmesine engel olma, imtiyazlı ve seçkin sınıfların ortaya çıkmasına meydan vermeme amacına yönelik olduğunu belirtmektedirler. Hatta bu yazarlara göre mülkiyet hakkının kullanımından başkalarının zarar görmemesi zorunlu olduğu gibi, bu yetkinin faydalı bir şekilde kullanılması da zorunludur. Dolayısıyla zarar söz konusu olmasa bile tasarruftan elde edilecek meşrû bir faydanın olmaması hukukî sınırlandırma gerekçesidir.²⁴⁵

Özetle belirtmek gerekirse İmâmiyye mezhebinde meşhur olan ve genel kabul gören görüş bireyin mülkiyet hakkında mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğu ve bundan başkaları zarar görse de hukukî sınırlamada bulunulamayacağıdır. Bunun yanında ferdin mülkiyet hakkındaki tasarruflarının başkasına zarar vermemeye şartıyla geçerli olduğunu, zarara sebep

²⁴³ Ebu Hanîfe et-Temîmî, *Deâimu'l-İslâm*, II,502.

²⁴⁴ Mevâfî, *ed-Darar*, I,322 (Yahneverdî, a.g.e., I,208).

²⁴⁵ Bkz. Sadr, *İktisâdunâ*, II,564-565; Talegânî, *İslâm ve Mülkiyet*,126,157.

olan tasarrufların hukuken sınırlandırılacağını söyleyenler de olmuştur. Çağdaş İmâmiyye yazarları da bu ikinci görüşü benimsemişlerdir.

2. Zeydiyye

İmâmiyye mezhebinin bir kolu olup sünnî fıkıh ekollerine oldukça yakın görüşlere sahip olan Zeydiyye'nin özel mülkte tasarruf konusunda hangi görüşü benimsediğini tespit etmek oldukça zordur. Zira Zeydiyye fıkının en muteber eserlerinden birinin sahibi ve bu ekolün önde gelen fakihlerinden **Ahmed b. Yahyâ el-Murtazâ** (840/1436) mülkiyet hakkı ve bu hakkın kullanımı hususunda itlak-takyid açısından gelişkili ifadeler kullanmaktadır. Bir yerde "*başkasına zarar vermemek şartıyla herkes özel mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir*"²⁴⁶ derken; birkaç satır sonra "*komşu zarar görse bile herkes mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilir*" demektedir.²⁴⁷ Yani birden fazla şahıs arasında ortak olan bir mal taksim edilmek istendiğinde her bir ortağın kendine düşen kısımdan iktisadî bir fayda elde edebilecek şekilde yararlanabilmesi gerekir. Aksi taktirde iktisadî bir yarar elde edemeyecek konumda olan ortaklar zarara uğramış olacağından mal taksim edilmez.

Görüldüğü gibi **Ahmed b. Yahyâ**'nın iki ifadesi birbirine taban tabana zıddır. İlk cümlesi esas alındığında özel mülkte tasarruf yetkisi konusunda sınırlılık prensibi, ikinci ifadesi esas alındığında ise, mutlak tasarruf yetkisi ilkesi benimsenmiş olmaktadır. Bu durum karşısında Zeydiyye'nin özel mülkte tasarruf konusunda mutlak tasarruf görüşünü mü yoksa sınırlılık fikrini mi benimsediğini anlayabilmek mümkün değildir.

Bu iki ifade arasındaki açık çelişkiye dikkat çeken **Şevkânî** (1250/1834), birinci ifadeyi yani özel mülkte tasarruf yetkisinin başkasına zarar vermeme şartına bağlı olması görüşünü daha doğru bulmaktadır. Aslında iki cümlenin farklı durumlara ait olduğunu, dolayısıyla herhangi bir çelişki bulunmadığını söyleyen bazı Zeydî âlimler olmuşsa da, **Şevkânî**, bu tutumla ilgili olarak "*hukukî dayanaktan yoksun hezeyanlar*" ifadesini kullanmaktadır.²⁴⁸

Şevkânî'ye göre bireyin özel mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilmesi temel bir ilkedir. Ancak başkalarına ve özellikle komşulara zarar vermeme de bir başka temel ilkedir. Bu durumda mutlak tasarruf yetkisi, bu tasarruftan başkasının zarar görmemesi şartı ile sınırlandırılmış demektir.²⁴⁹

Temel prensibi tespit noktasında **Ahmed b. Yahyâ** (840/1436) farklı ifadeler kullanmakla birlikte, özel mülkte tasarruf yetkisinin kamu ve fert yararına sınırlandırılabilabileceğini gösteren bazı açıklamalarda da bulunmaktadır. Söz gelimi bireyin kendi mülkünde, umumun istifadesine açık sokakları (es-sükek en-nafize) daraltacak ya da gelip geçenleri rahatsız edecek şekilde tasarrufda bulunamayacağını söylemektedir. Buna göre sokağa uzatılan balkon çıkıntısı, su tahliye borusu gibi faaliyetlerin, sokaktan istifadeyi engelleyecek veya zorlaştıracak şekilde olmaması gerekir. Bu noktada sokağın dar ya da geniş olması arasında da herhangi bir fark yoktur.²⁵⁰

Ahmed b. Yahyâ'nın bu ifadelerine **Şevkânî** de aynen katılmakta ve bu tür tasarrufların hadislerle yasaklanan zarar kapsamında olduğunu ifade etmektedir.²⁵¹ Ancak

²⁴⁶ Ahmed b. Yahyâ, *Kitâbu'l-eshâr*, III,249. لكل أن يفعل في ملكه ما لا يضر بالآخر.

²⁴⁷ Ahmed b. Yahyâ, a.g.e., III,254. لكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار إلا عن قسمة.

²⁴⁸ Şevkani, *es-Seylü'l-cerrâr*, III,250.

²⁴⁹ Şevkani, a.g.e., III,250.

²⁵⁰ Şevkani, a.g.e., III,250.

²⁵¹ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,342.

Ahmed b. Yahyâ, bu tür tasarrufların, kamu yararına olup zarara sebebiyet vermemek ve yetkili idarî makamdan izin almak suretiyle yapılabileceğini söylerken; **Şevkânî** bu görüşü doğru bulmaz. Çünkü **Şevkânî**'ye göre söz konusu hak, sokaklardan gelip geçen herkes için umumî bir hak niteliğindedir ve tüm kamuya ait olan bu hak hususunda idare izin vermeye yetkili değildir. Zira sırf yolun daraltılmasıyla sürekli olmasa bile gelip geçenler açısından bir zarar (mefsedet) oluşmaktadır. İslâm'da zararın (mefâsid) giderilmesinin yarar (mesâlih) teminine göre öncelikli olduğu da ittifakla sabittir.²⁵²

Fakat çıkıntı vb. şeylerin uzatılmak istendiği yerin belirli şahıslar arasında ortak bir mülk olması durumunda ise, bütün ortakların izninin alınması zorunludur.²⁵³

Ahmed b. Yahyâ'nın görüşleriyle ilgili olarak yukarıdaki itirazları dile getiren **Şevkânî** (1250/1834) sözlerine şöyle devam eder: "*Sonra zararın nefyedilmesi, zarara göre daha alt derecede bulunan sokağı daraltmak suretiyle eziyet vermenin (et-teezzî bi't-tadyîk) de nefyini gerektirmez. Fakat musannifin (Ahmad b. Yahyâ), zararın giderilmesi ile, niteliğine bakılmaksızın (zarar ya da eziyet) ve her zaman için geçerli olmak üzere mutlak anlamda zararın giderilmesini/önlenmesini kastetmiş olması durumunda, ortada giderilmesi gereken herhangi bir mefseadet olmayacağından bunda bir sakınca yoktur.*"²⁵⁴

Görüldüğü gibi **Şevkânî**, zarar ile eziyet vermeyi birbirinden ayrı değerlendirmekte ve hukuken giderilmesi gereken zararın, eziyet vermeyi kapsamadığını söylemektedir. Onun eziyet verme (et-teezzî) şeklinde ifade ettiği bu durumu, örfen katlanılabilir ölçüdeki zararlı tasarruflar şeklinde anlamak mümkündür. Dolayısıyla komşuluk hukukunun da gereği olmak üzere makul ve katlanılabilir ölçüde zarar içeren özel mülkiyet tasarrufları **Şevkânî**'ye göre hukukî sınırlama gerekçesi kabul edilmemektedir.

Komşuluk hukuku açısından zarar kavramına böyle bir açılım getiren **Şevkânî** (1250/1834)'nin, daha sonra **Ahmed b. Yahyâ** (840/1436)'nın zararın giderilmesi ile, niteliğine bakılmaksızın her türlü zarar ve eziyet içeren durumları kastetmiş olması durumunda, -ortada herhangi bir mefseadet olmayacağı için- bunun doğru olacağını söylemesi, ilk bakışta zarar kavramına getirdiği açılımla çelişiyor gibi görünse de, bu son olasılığın, olması gerekeni (ideal) yansıtmaması da mümkündür. Aksi taktirde evde soba yakma, yemek pişirme gibi işlerin de -zira bacadan çıkan duman ve etrafa yayılan yemek kokuları komşuları rahatsız eder- hukuken engellenmesi gerekir ki, bunu söyleyen herhangi bir fakih olmamıştır. Fakat bu idealin pratikte gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı için **Şevkânî**, zarar ve eziyet ayırımında bulunmuş, eziyet veren tasarrufların hukuken sınırlandırılmayacağını ifade etmiştir.

Şevkânî, **Ahmed b. Yahyâ**'nın "*komşu zarar görse bile herkes mülkünde istediği gibi tasarrufla bulunabilir*" şeklindeki ifadesine şiddetle karşı çıkmaktadır. "*Kur'ân ve sünnet komşuya ihsanda bulunmayı ve ondan zararını gidermeyi değişik vesilelerle tavsiye etmekteyken böylesine genel küllî bir prensiple karşılaşmak insanın tüylerini diken diken etmekte ve göğsünün daralmasına sebep olmaktadır.* Hatta bu noktadaki tavsiyeler o boyutlara ulaşmıştır ki, *Rasûlullah* (sav) bir defasında Allah adına üç defa yemin etmek suretiyle "*Vallahi hiçbiriniz, komşusu şerrinden emin olmadıkça iman etmiş olamazsınız*"²⁵⁵ buyurmuştur. Komşuyla ilgili emir ve tavsiyeler o kadar çoktur ki, birisi çıkıp bu husustaki âyet ve hadisleri derlemek istese müstakil bir kitap meydana gelir. Ayrıca **Buhârî** (256/869),

²⁵² Şevkani, *es-Seylü'l-cerrâr*, III,253.

²⁵³ Ahmed b. Yahyâ, *Kitâbu'l-ezhâr*, III, 252.

²⁵⁴ Şevkani, a.g.e., III,253.

²⁵⁵ Buhârî, "Edeb", 29; Müslim, "İman", 73; Tirmizî, "Kıyâme", 60; Ahmed, Müsned, I,387; II,288,336,373; III,154. والله لا يؤمن، والله لا يؤمن، والله لا يؤمن.

والله لا يؤمن، والله لا يؤمن، والله لا يؤمن. قال: ومن يا رسول الله؟ قال: الذي لا يأمن جاره بوائقه.

Müslim (261/874) ve diğer hadis imamlarının **Ebu Hureyre**'den naklettikleri bir hadiste Hz. **Peygamber** (sav) "*Komşu, duvarına komşusunun giriş koymasına mani olmasın*"²⁵⁶ buyurmuştur. Bu noktada bireyin kendi özel mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunmasına sınırlama getirmenin aslında onu zarara sokmak olduğu da söylenemez. Çünkü biz şahsın kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunmasına mani olunması gerektiğini değil, tasarrufta bulunurken komşuya zarar vermemesinin zorunlu olduğunu söylüyoruz. Yani burada asıl üzerinde durulan husus mülkiyete dayalı bir tasarruftan başkasının zarar görmemesidir. Dolayısıyla komşu zarar görmemek şartıyla şahıs mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir ve bu çerçevede serbestiyet ilkesi geçerlidir. Kaldı ki komşuya zarar vermeme tek taraflı olmayıp tüm komşular için karşılıklı birer hak ve sorumluluktur. Bu durumda özetle belirtmek gerekirse, bireye dilediği gibi tasarrufta bulunma selahiyeti veren mülkiyet hakkı ve bu hakta tasarruf yetkisi başkasına zarar vermemekle sınırlandırılmıştır. Nitekim *Kur'ân*, şahıs ayırımı yapmaksızın değişik vesilelerle zarar vermenin haram olduğunu belirtmiştir. Bu denli geniş bir çerçevede ele alınan zarar vermenin haramlığı ilkesinin, Yüce Allah'ın haklarında "*Yalnızca Allah'a kulluk edin ve O'ndan başka hiçbir şeye asla ilahlık yakıştırmayın. Anne-babanıza ve yakın akrabalarınıza, yetimlere ve muhtaçlara, kendi çevrenizde olan komşulara ve uzak komşulara, yanınızdaki/yakınızdaki arkadaşlara, yolcuya ve meşrû yollarla malik olduklarınıza iyilik yapın. Doğrusu Allah böbürlenerek küstahça davrananları sevmez*"²⁵⁷ buyurduğu komşuları kapsamaması elbette ki düşünülemez."²⁵⁸

Temel ilkeye yönelik olarak bu mütalaları ortaya koyan **Şevkânî** (1250/1834), daha sonra Zeydî fakih **Ahmed b. Yahyâ** (840/1436)'nın "*komşu zarar görse bile herkes mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilir*" şeklindeki prensipten, ortak mülklerin taksimini istisna etmesine de itiraz etmektedir. Çünkü **Şevkânî**'ye göre müşterek malların paylaşımının komşuluk hukukundan daha farklı ve özel bir durumunun olduğunu gösteren herhangi bir delil yoktur. **Şevkânî**'nin sonuç cümlesi ise, **Ahmed b. Yahyâ el-Murtazâ**'ya yönelik oldukça ağır bir itham içermektedir. "*Dinî hükümleri tespitinde bir şahsın müracaat kaynağı âyet ve hadisler yerine salt re'ye dayalı kaynaklar olursa, işte ortaya bu tür sonuçlar çıkar.*"²⁵⁹

Sonuç itibarıyla **Şevkânî**'ye göre "*İslâm'da zarar vermek de zarara zararlarla karşılık vermek de yoktur*" hadisi nitelik ve şahıs ayırımı yapmaksızın her türlü zarar vermenin haram olduğu hususunda genel ve temel bir ilkedir. Bu umumî prensibin dışına çıkabilmek için bunu tahsis eden özel bir delilin olması gerekir. Bu hususta **Şevkânî**, okuyucusuna şöyle hitab eder: "*Bazı durumlarda bir tasarruf zarara sebep olsa bile bunun câiz olduğunu söyleyenden, bu görüşüne delil istemelisin. Geçerli bir delil sunarsa kabul edersin; aksi takdirde bu hadisi yüzüne çalarsın. Çünkü bu, bir çok küllî ve cüzî prensiplerin desteklediği dinin temel kâidelerindedir.*"²⁶⁰

Bu arada **Şevkânî**, zararın giderilmesini temel prensip olarak belirlemekle birlikte, bu ilkenin fikhin furû'una uygulanması noktasında -yukarıda da görüldüğü üzere- zarar ve eziyet ayırımında bulunmakta, eziyete yol açan (katlanılabilir nitelikte) tasarrufları hukukî sınırlama gerekçesi kabul etmemektedir.

3. Zâhiriyye

²⁵⁶ Buhârî, "Mezâlim", 20; Müslim, "Müsâkât", 136; Muvatta, "Akdiye", 32. لا يمنع حار حاره أن يفرز خشية في جداره.

²⁵⁷ Nisâ 4/36.

²⁵⁸ Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, III,255-256.

²⁵⁹ Şevkânî, a.g.e., III,256.

²⁶⁰ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,339.

İslâm hukuk tarihinde önemli bir yere sahip olan ve şeklî/lafzî yoruma aşırı önem vermesiyle tanınan Zâhirî mezhebi, özel mülkte tasarruf konusunda, her türlü hukukî sınırlamadan uzak mutlak tasarruf serbestisi görüşünü benimsemesiyle ön plana çıkmaktadır. Bu fıkîh ekolünün meşhur hukukçusu **İbn Hazm** (456/1064), *ferdin özel mülkünde mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğunu ve bu yetkinin hangi sebeple olursa olsun hiçbir şekilde hukuken sınırlandırılmayacağını açık bir şekilde ifade etmektedir*. Dolayısıyla her şahıs kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Bu anlamda söz gelimi, kendi evi ile komşu ev arasında bulunan duvarını yıkabilir, duvardan veya evinden gedik ya da pencere açabilir, komşunun güneş ya da rüzgarına mani olsa da evini dilediği kadar yükseltebilir, evinde hamam, fırın, değirmen gibi işletmeler açabilir. Özetle belirtmek gerekirse her türlü tasarrufta bulunabilir. Büttün bu tasarruflara kimsenin mani olma hakkı yoktur. Şayet komşular bu tasarruflardan zarar gördüklerini iddia ederlerse, diledikleri takdirde kendi mülklerinde zararı gidermeye yönelik bazı önlemler alabilirler ve bu onların görevidir; ancak tasarrufa mani olamadıkları gibi malikten zararı gidermeye yönelik harcamalara katılmasını da isteyemezler. Zira *tasarrufta bulunan şahıs, kendisine verilmemiş bir yetkiyi kullanmadığı gibi, aynı zamanda hukukun kendisine tanıdığı yetkiyi yine hukukun belirlediği çerçevede kullanmıştır*. Mülkiyet hakkı da şahsa eşya üzerinde en geniş yetkiler veren bir haktır ve bu yetkinin kaynağı şeriattır (kanun). Bu tür tasarrufların hukuken engelleneceğini gösteren bir nas da olmadığına göre, başkaları zarar görse de şahsın tasarrufları geçerlidir.²⁶¹

İbn Hazm (456/1064) kendi görüşünü bu şekilde ortaya koyduktan sonra, özel mülkteki tasarrufların başkasının zararına sebebiyet vermeme şartına bağlı olduğunu söyleyen **İmam Mâlik** (179/795)'i eleştirmekte ve onun bu görüşünü reddetmektedir. Çünkü **İbn Hazm**'a göre, mülkiyet hakkının kullanımının başkasına zarar vermeme şartına bağlı olduğunu gösteren bir âyet olmadığı gibi, sahih veya zayıf bir hadis ya da sahabe beyanı da bulunmamaktadır. "*Zarar vermek ve zarara yine zararla karşılık vermek yoktur*" rivâyeti ise sahih değildir; zira bu haber ya mürseldir ya da zayıf bir râvî olan **Züheyr b. Sâbit** yoluyla gelmiştir.²⁶²

Rivâyet ilimleri açısından durumu bu şekilde ortaya koymakla birlikte **İbn Hazm**, söz konusu haberin içerdiği anlam bakımından doğru olduğunu kabul etmektedir.²⁶³ Yani **İbn Hazm**'a göre de İslâm'da başkasına zarar vermek yasaklanmıştır ve zarar hukuken giderilmelidir. Ancak konumuz açısından zararın giderilmesi hususunda **İbn Hazm** bu rivâyetle amel etmemekte, her bir delille kendi konusuyla sınırlı olmak şartıyla müstakil olarak amel etmektedir.

İbn Hazm'ın, genel bir ifadeyle zararı yasaklayan rivâyetin içerik olarak doğru olduğunu söylemesi, aslında özel mülkte tasarruf konusunda haberin ifade ettiği anlamı dikkate aldığı göstermektedir. Fakat ona göre yasaklanmış olan ve giderilmesi gereken asıl zarar, şahsı mülkünde tasarruftan alıkoymaktır. Zira *başkasının yararını düşünerek bir şahsı mülkünde tasarruftan alıkoymaktan daha büyük bir zarar olamaz*. İşte gerçek zarar da budur. Çünkü her *hak sahibi hakkını kullanma konusunda daha önceliklidir*.²⁶⁴

İbn Hazm (456/1064) rivâyetin içerik olarak doğru olduğunu söylerken bu fikrinin dayanağını belirtmez. Ancak *Kur'ân* ya da *Sünnet*'ten bir nassa veya bazı ilkelere binaen böyle bir kanaat belirtmiş olmalıdır. Bu durumda akıllara, kaynağını *Kur'ân* ve *Sünnet*'ten

²⁶¹ İbn Hazm, *el-Muhalla*, VII,85-86.

²⁶² Rivâyet ilimleri açısından hadisin değerlendirmesi için bkz. İbn Receb, *Câmiu'l-ülûm ve'l-hikem*, 470-473; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,337,339.

²⁶³ İbn Hazm, *el-Muhalla*, VII,85.

²⁶⁴ İbn Hazm, a.g.e., VII,85.

alan zararın giderilmesi prensibini **İbn Hazm**'ın niçin mülkiyet hakkına dayalı tasarruflarda tatbik etmeyip başkasının zararına sebep olsa da mutlak tasarruf görüşünü benimsediği sorusu gelebilir. Ancak **İbn Hazm**, yukarıda da belirtildiği gibi zararı, mülk sahibi açısından düşünmekte ve asıl zararın, maliki dilediği gibi tasarrufta bulunmaktan alıkoymak olduğunu söylemektedir. Bu durumda **İbn Hazm**'ın yarar-zarar dengesine göre hareket ettiğini söylemek de mümkündür. Buna göre daha büyük zararı gidermek için küçük zarara katlanılması ilkesinden hareketle, şahsı mülkünde tasarruftan alıkoymanın daha büyük zarar olduğu ve öncelikle bu zararın giderilmesi gerektiği sonucuna varılmış olmaktadır.

Zâhirî mezhebine göre komşunun mahremiyetini göreceğ şekilde kapı, pencere vb. açma, mülkiyet çerçevesinde kaldığı sürece câiz olmakla birlikte komşunun evinin içine ve mahremiyetine bakmak câiz değildir. Çünkü *Rasûlullah (sav) "Şayet birisi senden izin almaksızın mahremiyetine bakar ve sen de bir taş atıp onun gözünü çıkarırsan hiçbir sorumluluğun yoktur"*²⁶⁵ buyurmuştur. Dolayısıyla mahremiyete bakmaya engel olunması vâcibdir.²⁶⁶ Görüldüğü gibi **İbn Hazm**, özel mülkte tasarruf yetkisi ile başkasının mahremiyetine bakmayı ayrı değerlendirmekte ve tasarrufun böyle bir sonuç doğurmasını dikkate almamaktadır. Bu da aşırı şekilciliğin bir sonucu olsa gerektir.

Bu arada Zâhirî fikhinin büyük hukukçusu **İbn Hazm** (456/1064) özel mülkte mutlak tasarruf görüşünü benimsemekle birlikte, bazı tasarruf sınırlamalarından da söz etmektedir. Söz gelimi çatı ya da bahçe suyu, komşunun arazisine akıtılamaz. Çünkü bu durumda başkasının malında tasarrufta bulunmuş olmaktadır ki "*Kanlarınız, mallarınız ve ırzlarınız birbirinize haramdır*"²⁶⁷ hadisi gereği başkasının malında tasarruf câiz değildir. Aynı şekilde komşuyu dumanla rahatsız etmek de câiz değildir. Zira bu komşuya eziyet vermedir ve Allah müslümana eziyet vermeyi haram kılmıştır.²⁶⁸

İbn Hazm her delille kendi mahallinde amel etme prensibini benimsediği ve nasların illetini araştırmayı (ta'lîlü'l-ahkâm) ve kıyası hüküm istinbatında muteber bir kaynak kabul etmediği için bu tür naslardan hareketle genel bir sonuca varma yoluna gitmemiştir. Bundan dolayı benzer hadiselerle aynı hükmü tatbik etmemiş ve mülkte mutlak tasarruf yetkisi ilkesini benimsemiştir. Ancak bu noktada Zâhiriyye mezhebi bakımından dikkat edilmesi gereken önemli bir husus söz konusudur. Bir meseleyle ilgili herhangi bir hükümden söz edebilmek için, o konuya has müstakil nas olması gerektiğini söyleyen ve her delili kendi sınırları içinde ele alan **İbn Hazm**, komşuyu dumanla rahatsız etmenin câiz olmadığını söylerken, özel bir nassa dayanmamakta, gerekçe olarak müslümana eziyet vermenin haramlığından söz etmektedir. Zira dumanla komşuyu rahatsız etmeyi yasaklayan özel bir nas yoktur. Nitekim hükmün gerekçesini "*çünkü bu eziyettir; Yüce Allah da müslümana eziyet etmeyi haram kılmıştır*" şeklinde belirlemesi de özel bir nassa dayanmadığını göstermektedir. Dolayısıyla **İbn Hazm**, dumanla komşuya eziyet vermeme hükmünü, eziyeti yasaklayan genel ilkeden çıkarmış olmaktadır. Fakat aynı genel ilkeyi hamam, fırın gibi işletmeler için söz konusu etmemektedir. Bu durum, açık bir çelişki olmanın yanında, aynı zamanda **İbn Hazm**'ın sınırlı da olsa kıyasa başvurduğunun da bir göstergesi olmaktadır.²⁶⁹

4. İbâdiyye

²⁶⁵ Buhârî, "Diyât", 15,23; Müslim, "Edeb", 44; Nesâî, "Kasâme", 48; Ahmed, Müsned, II,243.

²⁶⁶ İbn Hazm, *el-Muhalla*, VII,85.

²⁶⁷ Buhârî, "İlim", 9; Müslim, "Kasâme", 29-31. إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام.

²⁶⁸ İbn Hazm, *el-Muhalla*, VII,86.

²⁶⁹ Krş. Mevâfi, *ed-Darar*, I,315.

Hâricî fırkalarının en mutedili olup, bugün *Umar*'ın resmi mezhebi²⁷⁰ olan *İbâdiyye*'ye göre ise, kişinin özel mülkündeki tasarrufları, bundan başkasının zarar görmemesi ile mukayyedir. Dolayısıyla zarara sebep olan tasarruflar hukuken sınırlandırılır ve meydana gelen zarardan mal sahibi sorumlu tutulur. Buna göre bir kimse meskun mahalde bulunan evinde fırın çalıştıramaz, demircilik, boyacılık gibi faaliyetlerde bulunamaz. Aynı şekilde malını, bu gibi faaliyetler için ya da tutum ve davranışlarıyla komşulara zarar verecek yapıda veya fisk içeren davranışlarda bulunmakla tanınan kişilere kiraya da veremez. Bu tür tasarruflardan komşular rahatsız olur ve şikayette bulunurlarsa, öncelikle gerçekten zararın olup olmadığını tespit için âdil bilirkişi tayin edilir. Bilirkişi zarar lehinde görüş bildirirse söz konusu zarar izâle ettirilir.²⁷¹

Komşunun zararına sebep olan tasarrufların hukuken sınırlandırılması İbâdiyye fikhinin temel yaklaşımı olmakla birlikte, bu tasarrufun kadîm olması durumunda malikten söz konusu faaliyete son vermesi istenilemez. Yani *zarar-ı kadîm izâle olunmaz*. Söz gelimi bir şahsın fırın olarak çalıştırdığı evinin yanına başka birisi gelip otursa, fırından çıkan dumanlardan rahatsız oluyorum diye fırının kapatılmasını isteyemez. Zira bu durumda hem fırın faaliyetine daha önce başlamış, hem de diğer komşu bundan rahatsız olacağını bilmesine rağmen gelip oraya oturmuştur. Bu gibi durumlarda bireyin mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunması ilkesi tercih edilir.²⁷²

Böylece fıkıh doktrininde itlak-takyid açısından özel mülkte tasarruf konusunu tamamlamış olduk. Buraya kadar mezhep ve müctehidlerin görüşlerini ortaya koyarken çok zarurî olmadıkça herhangi bir yorum ve değerlendirmede bulunmamaya özen gösterdik. Zira her mezhep ve müctehidin, bireyin özel mülkünde tasarruf selâhiyeti ve bu yetkinin hukuken sınırlandırılması konusundaki görüşlerini, mümkün merteye kendi eserlerinden ve fakat herhangi bir yorum katmadan öğrenip anlamada büyük fayda ve zaruret söz konusudur. Bu ilk merhale iyi kavranılırsa mevcut görüşleri topluca değerlendirip buna göre bir sonuca ulaşmak hem daha kolay hem de daha sağlıklı olacaktır.

III. GENEL DEĞERLENDİRME

İslâm hukukunda bireylerin mülk edinme haklarının bulunduğu ve bunun eşya üzerindeki en güçlü ve temel haklardan olduğu daha önce ifade edilmişti. Hatta bu hususta bazı çağdaş İslâm hukukçuları, İslâm hukukunda özel mülkiyetin meşrûyetinin zarûrât-ı dîniyyeden olduğunu ve İslâm'da ekonomik faaliyetlerin esasını da özel mülkiyetin teşkil ettiğini söylemişlerdir. Bunun yanında özel mülkiyet her türlü haksız tecavüzdten korunmuş ve bunun için gerekli hukukî prensipler de sevk edilmiştir.

Ancak İslâm'ın mülkiyet konusundaki yaklaşımı hiçbir zaman nötr bir tavır olmamış, kazanım ve tasarruf açısından mülkiyet, bir takım ilkelere bağlanmıştır. Kazanım ve tasarruf açısından mülkiyet hakkını sınırlayan bu ilke ve yaptırımların bir kısmı dinî-ahlâkî, diğer bir kısmı ise hukukî niteliktedir. Fakat âyet ve hadislerde hiçbir zaman dinî-ahlâkî müeyyide ve yönlendirmelerle, hukukî düzenlemeler birbirinden ayrı ve bağımsız olarak ele alınmamıştır.

²⁷⁰ 1992 verilerine göre nüfusu 1.500.000 civarında bulunan Uman'ın, %40-45'i İbâdî'dir. İbâdiyye konusunda geniş bilgi için bkz. Fiğlali, *"İbâdiyye"*, XIX,256-261. Son yıllarda Uman Kültür Bakanlığı'nın İbâdiyye kaynaklarını yayımlama konusunda büyük çaba sarfettiği görülmektedir. İbâdiyye kaynaklarında inanç ve amel esasları genelde bir arada ve karışık olarak ele alınmaktadır. Çok sayıda ve ciltlerce eser yayımlanmış olmakla birlikte, eserler indeks ve fihristlerden yoksun olduğu için istifade oldukça zordur. Görebildiğimiz kadarıyla İbâdiyye fikhinin müdellel ve sistematik ve bu özelliği sebebiyle de en fazla müracaat edilen kaynağı, Ziyâuddîn Abdülazîz es-Semîni'ye ait "Kitâbu'n-nîl ve şifâu'l-alîl" adlı eserin, Muhammed b. Yûsuf Ettafeyyîş tarafından "Şerhu Kitâbi'n-nîl ve şifâi'l-alîl" adıyla yapılan şerhidir.

²⁷¹ Ettafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,171; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,665.

²⁷² Sâlimî, *Cevâbât*, IV,665.

Esasen dinî-ahlâkî hükümler hukukî düzenlemelerin vicdânî (mânevî) alt yapısını oluşturmakta, böylece bireyler hukukî düzenlemelere uyma ve uygulamaya hazır bir hale getirilmektedir.

Bu temel ilkedен hareket edildiğinde her şeyden önce âyet ve hadislerde mal-mülk kavramlarının ne anlamlarda ve hangi münasebetlerle kullanıldığına dikkat etmek gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi naslarda mülkiyet kavramı hem fertlere ve hem de Allah'a nisbetle kullanılmaktadır. *Naslar bir bütün halinde ve dikkatle incelendiğinde "mal" ve "milk" kavramlarının Allah'a izafesinin, eşyanın sahibini belirleme noktasında hukukî olmaktan ziyâde; hukukî hükümlere dinî-ahlâkî bir temel oluşturmak ve hukukî düzenlemeleri vicdânî yaptırımlarla desteklemek amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.* Elbette yoktan var etme anlamında her şeyin maliki Yüce Allah'tır. Ancak insanın eşyada tasarrufta bulunmasından söz edilirken mülkiyetin Allah'a nisbet edilmesi oldukça dikkat çekicidir. İşte bu durum bize, söz konusu âyetlerle insan zihninde bir fikrin iyice yer etmesini sağlamanın amaçlandığını düşündürmektedir. Buna göre birey, sahip olduğu şeylerde her bir davranış ve tasarrufunda; bir taraftan onu yaratıp hizmetine sunan Yüce Yaratıcı'yı hatırlayacak, diğer taraftan da, tasarruflarının O'nun belirlediği ölçülere uygun olmasına dikkat edecektir. Bu noktada günümüz İslâm düşünürlerinden **Sezai Karakoç**'un şu ifadeleri oldukça anlamlıdır: *"Müslüman, mülk edinisinde ve onu tasarruf edişinde, daima, asıl mülk sahibini hatırlar ve hatırlamak zorundadır. O'nun izniyle, O'nun yeryüzündeki halifesi olarak, O'nun koyduğu kurallar içinde bir şey edinir, bir şey sarfeder. Bir şeyi toplar veya dağıtır, bozar, yapar veya değiştirir. Her oluş, ilâhî bir düzen, bir hukuk içinde akar. O'na uymayan bu dünyada da, öteki dünyada da cezalandırılır... İnsan, kendi hakkını kullanırken daima, o hakkın mutlak sahibinin şuurunda olmalıdır."*²⁷³

Bu boyutuyla bazı âyetlerde mülkiyetin Allah'a nisbet edilmesinin, özel mülkte tasarrufun vicdânî ve ahlâkî sınırlamalarını oluşturduğunu söylememiz mümkündür. Kaldı ki çağdaş mekâsîd yazarlarının önde gelenlerinden **Allâl el-Fâsî**'nin ifadesiyle *"hukuk fikri, dinî inançlardan doğmuştur."*²⁷⁴ Bu anlamda din ve ahlâk, hukuktan öncedir.

Bunun yanında âyet ve hadislerde *itikâdî konularla hukukî meseleler hiçbir zaman birbirinden bağımsız ele alınmamıştır.* Esasen İslâm hukukunun hükümleri de temelde, İslâmî inanç sistemini benimseyen insanlar içindir. Dolayısıyla *mülkiyetin ilâhî bir istihlâf ve rabbânî bir bağış* olduğundan söz eden naslar, mülkiyet hükümleri ile İslâmî inanç esasları arasında kuvvetli bir bağ oluşturmaktadır.²⁷⁵ Şu halde âyet ve hadisleri anlama ve yorumlamada parçacı yaklaşımın doğru olmayıp, murâd-ı ilâhîyi doğru anlama açısından bütüncül yaklaşımın zorunluluğu prensibini bu noktadan da düşünmek ve işletmek gerekmektedir. Nitekim klasik dönem hukukçularından **İbn Teymiyye** (728/1327)²⁷⁶ başta olmak üzere, **Mustafa es-Sibâî**²⁷⁷, **Seyyid Kutub** (1966)²⁷⁸, **Yusuf el-Karadâvî**²⁷⁹, **Muhammed Bâkir es-Sadr**²⁸⁰ gibi âlimlerin, âyetlerdeki bu kullanım çeşnisini, bu bakış açısıyla yorumladıklarını ve bu noktadan hareketle İslâm'ın mal siyasetinin iki temel esasa (ahlâkî tavsiye ve yönlendirmeler, kanunî düzenlemeler) dayandığını ifade ettiklerini daha önce belirtmiştik.

²⁷³ Karakoç, *İslâm Toplumunun Ekonomik Strüktürü*, 32-33.

²⁷⁴ Fâsî, *el-Mekâsîd*, 21,23.

²⁷⁵ Bu ilişkiye yönelik yorumlar için bkz. Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 172. Krş. Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 33. Kur'an'ın bu vurgusunun sosyal ve iktisadî yansımaları için bkz. Karadâvî, *el-İktisâd*, 45-56.

²⁷⁶ Savvâ, *"Menhecü'l-İslâm"*, 60 (İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, X,280).

²⁷⁷ Sibâî, *İslâm Sosyalizmi*, 159. Krş, Fazlurrahman, *"İslâmiyet ve İktisâdî Adâlet Meselesi"*, 13.

²⁷⁸ Kutub, *el-Adâletü'l-ictimâiyye*, 113.

²⁷⁹ Karadâvî, *İslâm Hukuku*, 39.

²⁸⁰ Sadr, *İktisâdünâ*, I,260. Ayrıca bkz. Arabî, *Milkiyye Hâssa*, 56; Muslehuddin, *Economics and Islâm*, 97.

Dinî-ahlâkî yaptırımların, hukukî fiil ve tasarruflara etkisi hususunda **Seyyid Kutub**, ilginç bir noktaya temas etmektedir. İslâm'da hiçbir hak ve hürriyetin mutlak olmadığını, ancak bunun tek istisnâsının hibe ve hediye olduğunu söyleyen **Kutub**, bu istisnânın gerekçesini vicdânî yaptırımla açıklamaktadır. "*İnsan, sağlığında kendi malından dilediği gibi hibede bulunabilir, hediye verebilir. Çünkü bu tasarruflarda sınırlama, insan vicdanında mevcuttur. Zira âdeten malın ancak bir kısmı hibe edilir ya da hediye verilir; bunda ise, vârisler açısından -vasiyette olduğu gibi- zarar yoktur.*"²⁸¹

İnsanın fiil ve eylemlerine yön veren motiflerin belirlenmesinde, mala olan sevgi ve onu elden çıkarmama isteğine vurgu açısından -çünkü bu duyguya rağmen kişi hibede bulunuyor ya da hediye veriyorsa, bunu sırf dinî kaygılarla yapıyor demektir- **Seyyid Kutub**'un ifadeleri önemli olmakla birlikte, hukuk nokta-i nazarından bu tasarrufların da özellikle zarar kastı açısından ele alınması ve buna göre değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır.²⁸²

Bütün bunlar bize, İslâm hukukunda özel mülkte tasarruf konusu ele alınırken, dikkate alınması gereken en önemli hususların başında, "*inanç-ahlâk-hukuk*" ilişkisinin, diğer bir ifadeyle mülkiyetin metafizik boyutunun bulunduğunu göstermektedir. Bu durum aynı zamanda bizi hakların ve özelde mülkiyet hakkının kaynağı meselesiyle karşı karşıya getirmektedir.

*İslâm hukukçuları öteden beri, insanın, sırf insan olması sebebiyle haklara sahip bulunduğu veya hakkın menşeinin toplum olduğu şeklindeki görüşleri benimsememiş ve İslâm hukukunda hakların, esasen Allah'ın insana bir bağıışı ve lutfu olduğunu ifade etmişlerdir. Bu görüş, yukarıda ifade edilmeye çalışılan ve İslâmî düşünce geleneğinin özünü teşkil eden tevhid inancıyla, varlık-bilgi-değer sistemleri arasındaki bağıllık ve tutarlılıkla uyum sağladığı gibi, şer'î-teklifî hükümün usuldeki beşli kategorik ayırımıyla ve bu ayırımın bütün dinî, ahlâkî ve hukukî değer hükümlerini kapsamakta oluşuyla da bütünlük arz eder.*²⁸³

Bu noktadan hareketle çağdaş İslâm hukukçularının ifadesiyle hakların ve bu arada mülkiyet hakkının da esasının İslâm şeriatı olması²⁸⁴, söz konusu haklarda tasarruf yetkisi ve bunun sınırlarının belirlenmesinin de temelde aynı kaynağa ait olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla bu durumda fertlere mülkiyet hakkı tanıyan da, bu hakkın çerçevesini ve tasarruf sınırlarını belirleyen de İslâm şeriatı olmaktadır. Bu bağlamda, genel anlamda hakkın menşei ve haklarda tasarruf yetkisi ve bu yetkinin mutlak mı, sınırlı mı olduğu hususunu **Ali Bardakoğlu**, İslâm hukuk felsefesi açısından oldukça güzel ifade etmektedir. "*Bu anlayışın tabii sonucu olarak İslâm hukuk felsefesinde, hakkın belli bir gaye ve hikmete bağılı olarak Allah tarafından kullara lutfedildiği ve bağışılandığı, haklarda aslolanın serbestiyet değil bu anlamda bir kayıtlılık ve sınırlılık olduğu fikri hakim olmuştur. Diğer bir ifadeyle bu görüş, hakkın esasında gaye değil meşrû bir gayeyi gerçekleştirmede vasita konumunda bulunduğu ve ancak şâriin yönlendirdiği amaçlar çerçevesinde kullanılmasının doğru olacağı anlamına gelmektedir. İlâhî irâdeye bağıllık ve şâriin gözettiği amaçla kayıtlılık açısından fert ve toplum hakları arasında da bir fark gözetilmez. Hakkın menşei ile ilgili bu bakış açısı, aynı zamanda*

²⁸¹ Kutub, *el-Adâletü'l-ictimâiyye*, 129-130.

²⁸² Bağıış ve hediye konusu ileride hukukî sınırlama açısından ele alınacaktır.

²⁸³ Bardakoğlu, "*Hak*", XV,142. Ayrıca bkz. Mübârek, *el-İktisâd*, 89.

²⁸⁴ Bkz. Dirîni, *el-Hak*, 71. Günümüz İslâm düşünürlerinden Sezai Karakoç, bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "*İslâm, gerek insana, gerek eşyaya baksın, Allah'ı, insanın da eşyanın da yaratıcısı ve yaşatıcısını asla unutmaz. Mutlak anlamda, eşya da, insan da O'na aittir. Mülk, mutlak anlamda sadece O'nundur. İnsan, mutlak olarak kendiliğinden değil, ancak O'nun izni ve bağıışıyla, eşyaya sahip olma hakkını edinmiştir. Bunun için gerek eşya ve gerek canlı varlıklarla ilgisinde, O'nun çizdiği sınırlar içinde hareket yetkisini taşır. Bunun için eşyanın da bir hakkı vardır, öbür insanların da hakkı vardır, toplumun da bir hakkı vardır.*" Bkz. Karakoç, *İslâm Toplumunun Ekonomik Strüktürü*, 34.

*ferdî ve ictimâî hak ve sorumluluklarla temel hak ve hürriyetlerin meşrûiyet zemin ve çerçevesini de belirler.*²⁸⁵

İslâm hukuk felsefesi (mekâsidü'ş-şerîa) yazarlarından ve bu alanın başta gelen otoritelerinden **İbn Abdisselâm** (660/1262) ve **Şâtıbî** (790/1388) gibi hukukçular, İslâm hukukunda bütün hukukî düzenlemelerin, bireyin yararını sağlama (celbü'l-menâfi') ve ondan zararı gidermeye (def'u'l-mefâsid) yönelik olduğunu ifade etmektedirler. Durum böyle olunca mülkiyetle ilgili düzenlemeleri de bu çerçevede ele almak ve itlak-takyid açısından bir değerlendirme yaparken bireylere mülkiyet hakkı tanınmakla gerçekleştirilmek istenen gayeyi dikkate almak gerekir.

İnsanoğlunun hayatiyetini sürdürebilmesinin mala bağlı olması ve bu sayede geçimini sağlaması ve Allah'ın verdiği nimetlerden meşrû çerçevede yararlanması gibi maslahatların teminine yönelik olarak bireye mülkiyet hakkı tanınmıştır. İslâm'da her hakkın ve bu arada mülkiyet hakkının da, bir gayenin gerçekleştirilmesine matuf olarak tanınmasının tabii sonucu olmak üzere *amacını gerçekleştirmekten uzak olan her tasarruf bâtil* sayılmıştır. Bu ilkeyle uyumlu olmak üzere birey, mülkünde mutlak tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, "*mutlak tasarruf yetkisi*" ifadesinin her türlü kayıt ve sınırdan uzak olma anlamında olmadığıdır.²⁸⁶ Zira kazanım ve kullanım açısından açık naslarla belirlenen çerçeveye malik uymak zorundadır. Binaenaleyh şarap üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayacağı gibi, meşrû yollarla elde edilmiş mülk, kumar, faiz, tefecilik gibi usullerle de çalıştırılıp nemalandırılmaz. Bu anlamda mülkiyet hakkının sınırlandırılmış (mukayyed) olduğunda İslâm hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Dolayısıyla "*mutlak tasarruf yetkisi*" ifadesiyle vurgulanmak istenen husus, bireyin, şeriatın çizdiği meşrû çerçevede kalmak üzere, başkalarının müdahalesi ya da belirlemesi olmaksızın tasarruflarını kendi istek ve arzularına göre belirleme hürriyetine sahip olduğudur. Bu anlamda mülkiyet, kişiye en geniş hak ve yetkileri vermektedir. O halde meşrû çerçevede olmak üzere neyi yiyeceğine, nasıl giyineceğine, nerede ve nasıl oturacağına... şahıs kendi karar verecektir. Esasen mülkiyetin bir aidiyet olduğunun ifade edilmesi de, mülkiyetin bu yönüne vurgu yapmaktan başka bir şey değildir.

Bireyin mülkünde tasarruf konusunda tam yetkili kılınmasının, insanın yaratılış gayesiyle ilgili bir boyutu da vardır. İslâmî anlayışa göre Yüce Allah insanı, kendisine kullukta bulunması için yaratmıştır. Bu yaratılış gayesinin bir gereği olarak kişi, sınırlı ömrü boyunca sürekli kulluk imtihanından geçmektedir. İşte bu imtihan alan ve araçlarının en önemlilerinden birini de, mülkiyet/servet oluşturmaktadır. Kişinin sahip olduğu malî değerleri, kendisine bu nimetleri/imkanları bahşeden Yüce Yaratıcı'nın istediği şekilde kullanıp kullanmayacağına test edilmesi ve bu noktada kulun ileri sürebileceği mazeretin de bulunmaması açısından, fertler, özel mülklerinde tam yetkili kılınmıştır. Bu nokta İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen/getirilebilecek sınırlamaların çerçevesini tayin bakımından son derece önemlidir.

Özetle ifade etmek gerekirse, bireye meşrû yararlarını elde edebilmesine yönelik olarak mülkiyet hakkı tanınmış, bu hakkın verilmiş amacı doğrultusunda kullanılması istenmiş ve bu çerçevede kişiye mutlak tasarruf selahiyeti verilmiştir.

İslâm hukukunda hukukî düzenlemelerin bir diğer boyutu ise zararın (mefâsid) giderilmesidir. Bu amacın tahakkukuna yönelik olmak üzere bir taraftan fert ve toplum açısından zararlı görüldüğü için bazı yasaklayıcı hükümler (faiz, kumar, içki vb.) sevk edilmiş;

²⁸⁵ Bardakoğlu, "*Hak*", XV,142.

²⁸⁶ Hanbûle, özel mülkte tasarruf yetkisinin mutlak olup olmadığıyla ilgili tartışmaların büyük bir kısmının, mülkiyet tarif edilirken kullanılan (mutlak) ifadesinin yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını söyler. Bkz. Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 475-476.

diğer yandan da fertler arası güvenin temini, bireyler arasında kardeşliğin ve karşılıklı saygı-sevginin sağlanması, toplum huzur ve dayanışmasının gerçekleştirilmesi gibi amaçlarla bireylerin birbirlerine zarar ve eziyet vermeleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla fertlerin her türlü tasarruflarında başkasına zarar vermekten kaçınmaları hukukî bir zorunluluktur.

İşte bu noktada İslâm hukukunun temel amaçlarından olan maslahatın temini ve zararın giderilmesine yönelik iki hukukî düzenlemeyle karşı karşıya bulunuyoruz. *Bunlardan birincisi, kişisel menfaatlerin ve meşrû arzuların sağlanmasına yönelik olmak üzere bireye özel mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisinin tanınmış olması; diğeri ise, şahsın tasarruflarından fert ya da kamunun zarar görmemesi ilkesidir.* Bu durumda mülkiyet hakkının, yetki yanında aynı zamanda ödevlerden oluştuğu söylenebilir.²⁸⁷ "Haklar" ve "ödevler" ise, aynı madalyonun ön ve arka yüzleri gibidir. Bunlardan biri diğeri olmadan uzun süre kalmaz. Bundan dolayı da *Kur'ân*, bireyleri, dinî-ahlâkî sorumluluklarını sürekli bir şekilde ve ciddi olarak hissetmeye teşvik eder.²⁸⁸

Durum böyle olunca İslâm hukuku açısından hak ve hürriyetlerde aslolanın özgürlük mü, yoksa sınırlılık mı olduğu şeklinde bir tartışma anlamsız olmaktadır.²⁸⁹ Zira bireye herhangi bir hususta hak verilirken, bu hak daha başlangıçtan, kullanma usul, sınır ve gayesiyle birlikte sınırlandırılmış olarak verilmektedir. Bu anlamda *mülkiyet hakkı, verildiği kadar var olan bir haktır.*²⁹⁰ Dolayısıyla *haklarda sınırlılık ârizî/istisnâî bir unsur değil, aslî/temel unsurdur.* Esasen pratik hayata bakıldığında da, tarihin hiçbir döneminde özel mülkiyet sınırlamalardan uzak olmamıştır. Çatışan menfaatlerin dengelenmesi ve özellikle de kamu menfaati gereği mülkiyet hakkı sürekli çeşitli sınırlamalara tabi olagelmıştır.²⁹¹ Binaenaleyh, İslâm'da aslolanın, hür ve reşîd olanların kendi mülklerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip oldukları, bu esasın dışına çıkılmasının ancak, ehliyet eksikliği durumunda söz konusu edilebileceği²⁹² ya da sınırlamaların istisnâî olduğu²⁹³ şeklindeki açıklamalar gerçeği yansıtmamaktadır. Zira naslarda ve bunlara dayalı ictehadlarda, ehliyet eksikliği dışında da bir çok tasarruf sınırlamasına rastlamak mümkündür. Nitekim yukarıda bunun bolca örneklerini gördük.

Diğer yandan belirli bir maslahatın temini ya da mefseletin giderilmesine yönelik geçici mülkiyet sınırlamaları bulunmakla birlikte, burada sözü edilen asıl husus; sınırlılık ilkesinin, mülkiyetin mahiyetinde mevcut olup olmadığıdır. Sınırlamaların aslî ya da istisnâî unsur olduğu söylenirken anlatılmak istenen budur ve İslâm hukukunda hakların kullanımının bir takım hukukî sınırlamalara tabi olması, istisnâî değil, aslî unsurdur.

İslâm hukukunun bireylere mülkiyet hakkı tanırken, bunu sınırlandırılmış bir hak olarak tanıması, zararlı faaliyetlerin önüne geçme, hak ihlallerine ve haksız tecâvüzlere fırsat vermeme gibi amaçlar açısından hukukî olduğu kadar; ahlâkî ve sosyal gayeler de

²⁸⁷ Modern mülkiyet anlayışı da bu şekildedir. Burada ödevlerin genişliği, mülkiyet ilişkisine konu olan şeyin çeşidine, tahsis cihetine, ekonomik önemine bağlıdır. Dolayısıyla kapsamı yetki ve ödevler (mükellefiyetler) karşımı olan mülkiyet hakkı, sosyal bir nitelik arz eder ve en geniş yetkileri ifade eder. Fakat sosyal nitelik taşıması sonucu hiçbir zaman mutlak bir nitelik taşımaz. Bkz. Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 308; Akipek, *Gayrimenkul Malikinin Mesuliyeti*, 14.

²⁸⁸ Bkz. Fazlurrahman, *Ana Konulanyla Kur'ân*, 121.

²⁸⁹ Aksi görüş için bkz. Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 73. Bu mesele hukukçular arasında tartışma konusudur. Kimi hukukçular mülkiyet hakkında aslolanın özgürlük olduğunu söylerken (Meler, Hayoz, Liver gibi), diğeri bazı hukukçular (İsviçre'de Haab, Almanya'da Westermann bu grupta yer alır) bu görüşü reddetmekte ve sınırlılığın da aslî unsur olduğunu ifade etmektedirler. Türk hukukçulardan Tekinay da, kanunların mülkiyet hakkına koyduğu sınırları birer istisnâ olarak değil, tam tersine mülkiyetin içeriğini belirten unsurlar olarak kabul etmenin daha doğru olacağını söylemektedir. Bkz. Tekinay, *Eşya Hukuku*, I,510-511; Ayrıca bkz. Ayiter, *Eşya Hukuku*, 77-78; Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 39.

²⁹⁰ Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*,13; Huseyn, *el-Milkiyye*, 64.

²⁹¹ Bkz. Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 477; Vâfi, *Kıssatu'l-milkiyye*, 12.

²⁹² Âşur, *el-Mekâsîd*, 174.

²⁹³ Mahmasânî, *el-Mücebât ve'l-ukûd*, I,23-24.

taşımaktadır.²⁹⁴ Eşyaya sahip olma ve ona hükmetme duygusu insanı, dinî ve ahlâkî olmayan duygu ve davranışlara (malvarlığı kendinden az olanları hor ve hakir görme, onlara tahakküm etme...) sevkedebilir. Hatta bu hal insanı zulme ve azgınlığa götürebilir ki, bu durumda, bir çok hayrın gerçekleştirilmesine vesile teşkil eden mülkiyet, hem sahibi, hem de toplum için bir şer aracı haline dönüşür. İşte fertlere mülkiyet hakkı tanınırken, mala sahip olmanın doğurabileceği bu gibi sakıncaların önüne geçmek amacıyla bu hak, dinî-ahlâkî ve hukukî yönlerden sınırlandırılmış olarak tanınmıştır.

Hiçbir şekilde söz ya da fiille başkasına zarar ve eziyet vermeme prensibi bütün İslâm hukukçuları tarafından benimsenmiş temel bir ilkedir. Zira İslâm, insanlar arası ilişkilerin karşılıklı sevgi-saygı ve güven esasına dayalı olarak kardeşlik anlayışı çerçevesinde gelişmesini istemiş; bu amacın teminine yönelik olmak üzere Hz. Peygamber (sav), komşusu, kendisinden her hususta emin olmayan kişinin gerçek imana eremeyeceğini Allah adına üç defa yemin ederek ifade etmiştir.²⁹⁵ Öte yandan "*Başkasına zarar vereni Allah da zarara sokar, başkalarına zorluk çıkarana Allah da işlerinde zorluk çıkarır*"²⁹⁶ buyuran Allah Rasûlü, müslümana zarar verme ya da onu aldatmanın lâneti gerektiren davranışlar olduğunu belirtmiştir. "*Müslümana zarar veren veya onu aldatan mel'ûndur.*"²⁹⁷

Komşuluk ilişkilerini konu edinen rivâyet malzemesini müstakil bir eserde toplayan muhaddis **Zehebî** (748/1347), bu bağlamda oldukça manidâr bir rivâyet nakletmektedir. Râvisi **Ebu Hureyre** (ra) olan bu hadise göre Hz. Peygamber (sav)'e bir şahıs gelmiş ve;

- "*Bir komşum var, bana eziyet ediyor*" diye şikâyette bulunmuştur. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav):
- "*Git, neyin varsa toplayıp yola ser*" demiş, mağdur şahsın bu tavsiyeyi yerine getirmesi üzerine yoldan gelip geçenler bu kişinin başına toplanıp;
- "*Ne oluyor sana, neyin var, neden böyle yaptın?*" diye söylenmeye başlamışlar, eşyalarını yola seren şahsın "*komşum bana eziyet ediyor*" şeklinde mukâbelede bulunması üzerine, orada toplananlar:
- "*Allahım, sen ona lânet et, onu rezil et!*" diye beddua etmeye başlamışlardır. Komşusuna eziyet eden kişi, olup bitenlerden haberdar olunca, söz konusu yere gelmiş ve komşusuna;
- "*Allah aşkına evine dön. Vallâhî sana bir daha asla eziyet etmeyeceğim*" demiştir.²⁹⁸

Bu fevkalâde dikkat çekici rivâyeti nakleden **Zehebî**, ayrıca sıla-i rahimde bulunmama ve kılıçların cihad için kullanılmamasıyla birlikte kötü komşuluğu da kıyâmet alâmetleri arasında saymaktadır.²⁹⁹

Şu halde İslâm, komşuluk ilişkilerinin iki temel esasa dayanmasını istemektedir: *Zarar vermeme ve iyi geçim*. Esasen bu iki unsur bir madalyonun iki yüzü gibidir ve biri olmadan diğeri de olmaz. Nitekim Hz. Peygamber (sav), "*Allah'a ve hesap gününe inanan, komşusuna eziyet etmesin*" buyurduğu gibi, "*Allah'a ve hesap gününe inanan, komşusuna ikramda*

²⁹⁴ Krş. Ali Hafif, "*el-Milkiyye ve tahdîduhâ*",36.

²⁹⁵ Bkz. Buhârî, "Edeb",29; Müslim, "İman",73; Tirmizî, "Kıyâme",60; Ahmed, Müsned, I,387; II,288,336.

²⁹⁶ Ebu Dâvud, "Akdiye",31; İbn Mâce, "Ahkâm",17; Tirmizî, "Bir", 27. ومن ضار أضر الله به، ومن شاق شق الله عليه.

²⁹⁷ Tirmizî, "Bir", 27. ملعون من ضار مؤمنا أو مكر به.

²⁹⁸ Zehebî, *Hakku'l-câr*, 18. Bu rivâyette, komşusundan eziyet gören şahsı, bu haksız ve çirkin durumdan kurtarmak için öngörülen yöntemi, komşuyla iyi geçinmeme, ona eziyet etme, zarar verme gibi fiil ve davranışların ne kadar çirkin olduğunu vurgulu bir şekilde anlatmak amacıyla öngörülmüş taktiksel bir yöntem olarak düşünmek gerekir.

²⁹⁹ Zehebî, *Hakku'l-câr*, 20.

*bulunsun*³⁰⁰ tavsiyesinde de bulunmuştur. Aynı şekilde "Arkadaşların hayırlısı, arkadaşına hayrı dokunan; komşuların hayırlısı da, komşusuyla iyi geçinendir"³⁰¹ buyuran Rasûl-i Ekrem (sav), "Komşuna iyilikte bulunursan tam bir müslüman olursun"³⁰² tavsiyesinde bulunmuş; her türlü ahlâk dışı davranışın alenen irtikâb edilmesi, sahtekârlara güvenilip emânet sahibi dürüst insanların hâin muamelesi görmesi ve akrabalık bağlarının (sıla-i rahim) koparılmasıyla birlikte kötü komşuluk ilişkilerini de kıyâmet alâmetlerinden saymıştır.³⁰³

Şu halde bütün bu gerçekler, çağdaş İslâm hukukçularından **Dirîni**'nin de ifade ettiği gibi³⁰⁴ kişinin, kendi mülkünde tasarrufta bulunurken özellikle komşularına zarar ve eziyet vermemesi yeterli olmayıp, aynı zamanda onlara yardımcı olması ve komşunun hayrına olacak imkanları ona sunması da gerekmektedir. Allah Rasûlî'nün "Kim bir bina yaparsa, komşunun duvarı zarar görmeyecek şekilde binasını perçinlesin/sağlam yapsın"³⁰⁵ tavsiyesi bu açıdan son derece önemlidir. Dolayısıyla insanın fiil ve tasarruflarında başkalarına zarar vermemesi ve zarara sebebiyet veren tasarrufların hukuken engellenmesi temel bir prensiptir.

Bunun yanında herhangi bir hukukî meselenin hükme bağlanmasında "genel küllî prensiplerle özel delillerin birlikte değerlendirilmesi"³⁰⁶ zarûretine dikkat çeken çağdaş mekâsîd otoritelerinden **Ahmed er-Reysûnî**, genel küllî prensiplerin de, ya nasla ya da tümevarımla (istikrâ) bilineceğini belirttiikten sonra, nasla sabit küllî prensiplerin örnekleri arasında "zarar ve zarara zararlarla mukâbele yoktur" hadisini de zikretmektedir. Özel delillerle kastının ise, her bir meseleyle ilgili cüz'î deliller olduğunu belirten **Reysûnî**, bu prensibi özel mülkte tasarruf yetkisi ve bunun başkasına zarar vermesi durumuyla örneklendirmektedir. "Müctehid, her bir meselede, o meselenin özel deliline bakar. Söz gelimi mülkiyet konusunda, bireyin mülk edinme hakkının bulunduğu ve bu hakka binaen şahsa dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi tanındığını görür. Çünkü bu hak söz konusu şahsa hukuk tarafından tanınmıştır, o da kendine ait bir hakta tasarrufta bulunmaktadır (özel delil: özel mülkte mutlak tasarruf yetkisi)... Ancak bu tasarruf, dinin amaçları (mekâsîd) ve genel prensipleriyle birlikte ele alındığında, bu gaye ve ilkelerle (genel küllî prensip: başkalarına zarar vermeme) çeliştiği ya da en azından bazen çelişme durumunun söz konusu olduğu görülecektir. İşte bu gibi durumlarda "genel küllî prensiplerle özel delillerin birlikte ele alınması" kâidesi gereği, söz konusu hakta (mülkiyet hakkı) tasarruf yetkisinin, genel amaçları ve küllî prensipleri (zararın nefyi) ortadan kaldırmayacak şekilde sınırlandırılması gerekmektedir."³⁰⁷

Dolayısıyla **Reysûnî**'nin ifadesiyle nasla sabit küllî prensiplerden olan "başkasına zarar vermeme" ilkesi, bir çok âyet ve hadis yanında Hz. Peygamber (sav)'in "Zarar vermek de zarara zararlarla mukâbele etmek de yoktur" şeklindeki hadisine dayanmaktadır. İslâm'da zararın yasaklanması meselesinde bütün fıkıh ekolleri ve müctehidler bu hadisi temel ve küllî bir prensip olarak benimsemekle birlikte yalnızca Zâhirî hukukçu **İbn Hazm** (456/1064), rivâyetin mürsel olduğu ve senedde yer alan râvîlerden **Züheyr b. Sâbit**'in de zayıf bir râvî olduğu gerekçesiyle hadisin sahih olmadığını söylemiştir.

³⁰⁰ Buhârî, "Edeb", 31. من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم جاره. من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يؤذ جاره، من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم جاره.

³⁰¹ Tirmizî, "Bir", 28. خير الأصحاب عند الله، خيرهم لصاحبه، وخير الجيران عند الله، خيرهم لجاره.

³⁰² İbn Mâce, "Zühd", 24. ... وأحسن جوار من جاورك تكن مسلماً.

³⁰³ Ahmed, Müsned, II,162,199. لا تقوم الساعة حتى يظهر الفحش والتفاحش، وقطيعة الرحم، وسوء الجاورة، وحتى يؤمن الخائن ويؤمن الأمين.

³⁰⁴ Dirîni, *el-Hak*, 80. Bu anlamda bazı rivâyetler için bkz. Muvattâ', "Akdiye",25; Buhârî, "Mezâlim", 20; Müslim, "Müsâkât",136;

Ebu Dâvud, "Akdiye",31; Tirmizî, "Ahkâm", 18; İbn Mâce, "Ahkâm", 15; Ahmed, Müsned, II,240,463.

³⁰⁵ Ahmed, Müsned, I,235,303.

³⁰⁶ Reysûnî, *Nazarîyyetü'l-mekâsîd inde'l-İmâm eş-Şâtibî*, 369. الجمع بين الكليات العامة والأدلة الخاصة.

³⁰⁷ Reysûnî, a.g.e., 373.

Rivâyet ilimleri açısından durumu bu şekilde ortaya koymakla birlikte **İbn Hazm**, söz konusu haberin içerdiği anlam bakımından doğru olduğunu kabul etmektedir.³⁰⁸ Yani **İbn Hazm**'a göre de İslâm'da başkasına zarar vermek yasaklanmıştır ve zarar hukuken giderilmelidir. Ancak konumuz açısından zararın giderilmesi hususunda **İbn Hazm** bu rivâyetle amel etmemekte, her bir delille kendi konusuyla sınırlı olmak şartıyla müstakil olarak amel etmektedir.

Bahse konu hadisin mürsel rivâyetleri bulunmakla birlikte, mevsul-müsned rivâyetleri de bulunmaktadır. Şu halde hadis hakkında mürsel hükmünün verilmesi doğru değildir. Öte yandan hadisin sahih olmadığına hükmederken **İbn Hazm**'ın ileri sürdüğü bir diğer gerekçe olan, hadisin **Züheyr b. Sâbit** kanalıyla rivâyet edildiği, halbuki bu şahsın zayıf bir râvî olduğu açıklaması ise, hadis karşısında **İbn Hazm**'ın konumunu belirleme açısından önemlidir. Zira sözü edilen râvî, en muteber ve temel hadis kaynaklarını teşkil eden "*kütüb-ü tis'a*" râvîlere arasında bulunmamaktadır. Halbuki bu kaynaklar, zararı nefyeden hadisi, muteber (sika) râvîler aracılığıyla ve müsned olarak nakletmektedirler. Öte yandan dirayetli bir hukukçu ve iyi de bir hadis âlimi olan **İbn Receb** (795/1393), hadisin mürsel ve mevsûl bütün rivâyetlerini, râvî tenkitleriyle birlikte ele alıp incelemesine rağmen, mevcut râvîler arasında **Züheyr b. Sâbit** ismi geçmemektedir.³⁰⁹ Nitekim muhaddislerin zayıf kabul ettiği ve bir şekilde cerhe uğramış râvîleri tanıtan eserlerde, **Züheyr b. Sâbit** hakkında herhangi bir bilgiye rastlanılmamakta, ancak **Zehebî**, söz konusu şahsı **İbn Hazm**'ın zayıf kabul ettiğini belirtmekle yetinmektedir.³¹⁰

Şu halde **İbn Hazm**, hadisi kenisince zayıf kabul ettiği **Züheyr b. Sâbit** kanalıyla duymuş ve bu duruma binaen -muhtemelen hadis hakkında başka herhangi bir araştırmada bulunmadan- hadisin zayıf olduğuna hükmetmiştir. Yoksa hadisin sihhati noktasında şüphe duyulmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki bu rivâyet, **Şevkânî** (1250/1834)'nin isabetle belirttiği gibi dinin bir çok cüz'î ve küllî prensiplerinin desteklediği³¹¹ ve **İbnu's-Salâh** (643/1245)'in ifadesiyle ehl-i ilmin cumhurunun kabul ettiği ve istidlâlde bulunduğu sahih bir rivâyet ve küllî bir ilkedir.³¹² Bunun yanında **Ebu Dâvud** (275/888), genel bir ifadeyle zararı nefyeden bu hadisin, fıkıhın üzerine bina edildiği temel hadislerden biri olduğunu söylemektedir.³¹³ Dolayısıyla hadisin sihhati noktasında herhangi bir tereddüde mahal bulunmamaktadır.

Diğer taraftan hadisin ihtiva ettiği anlam, yani İslâm'da zararın yasaklanması ilkesi, birçok âyet ve sahih hadisin açık beyanıyla sabittir.

Ancak hadiste geçen *ed-darar* ve *ed-dirâr* kelimelerinin anlamlarını tespit noktasında farklı görüş ve tevcihler vardır. Bu iki kelimenin aynı anlamı ifade ettiğini ve ikincinin tekid olduğunu söyleyenler olmakla birlikte, çoğunluğu teşkil eden âlimlere göre, iki kelime farklı anlamlar ifade etmektedir. Buna göre;

1. *ed-Darar*, kişinin kendisi için bir yarar elde etmeyi amaçladığı fakat başkasının da zararına sebebiyet veren davranış ve fiiller; *ed-dirâr* ise, kendisinin hiçbir menfaati bulunmamakla birlikte başkasına zarar veren tasarruflardır. **İbn Receb** (795/1393), **İbn Abdilber** (463/1071) ve **İbnu's-Salâh** (643/1245)'in bu tevcih tercih ettiklerini

³⁰⁸ İbn Hazm, *el-Muhalla*, VII,85.

³⁰⁹ Bkz. İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 470-472.

³¹⁰ Zehebî, *Mizânü'l-İtidâl*, II,83.

³¹¹ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,337,339.

³¹² İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 472.

³¹³ İbn Receb, a.g.e., s.472. Rivâyet ilimleri açısından hadisin değerlendirmesi için bkz. İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 470-473; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,337,339.

söylenmektedir.³¹⁴ Mâlikî hukukçulardan **Tesûlî** (1258/1842) de bu anlamı tercih edenlerdendir.³¹⁵

2. *ed-Darar*, sana zararı dokunmayana zarar vermen, *ed-dirâr* ise, haksız yere sana zarar veren şahsa, zararlar karşılık vermemdir.³¹⁶

3. Komşulardan birinin diğerine zarar vermesi *ed-darar*, iki komşunun karşılıklı olarak birbirlerine zarar vermesi ise *ed-dirâr*dir. Mâlikî fakih **Bâcî** (494/1100)'nin tercihi bu şekildedir.³¹⁷

4. Bir diğer Mâlikî hukukçu **İbn Abdirrafi'** (733/1332) ise, *ed-dirâr* kelimesi için oldukça farklı bir anlamdan söz etmektedir. Buna göre *ed-dirâr*, sırf başkasına zarar vermek için kişinin kendisine zarar vermesidir.³¹⁸

Bu arada söz konusu hadis *Mecelle'de* (md.19) "*zarar ve mukâbele bizzarar yoktur*" şeklinde terceme edilmiştir.

İbn Receb'in de ifade ettiği gibi bu iki kelimeye hangi anlam yüklenirse yüklensin her hâlükârda zarar genel bir ifadeyle yasaklanmıştır. Hatta İslâm'da bir hakkın kullanımının başkasının zararına sebebiyet vermesi, yalnızca maddî sonuç açısından dikkate alınmamış; aynı zamanda hakların zarar kastıyla kullanılması da yasaklanmıştır. Bunun en açık örneği, kişinin, vârislerini zarara sokmak gayesiyle vasiyette bulunmasıdır. Vârislerin, miras durumlarını düzenleyen *Nisâ Sûres'*in 12. âyetinde, miras taksiminin, mûrisin vasiyetlerinin yerine getirilmesi ve borçlarının ödenmesinden sonra olacağı anlatılırken, bu hususa dikkat çekilmekte ve "*mirasçılar bir zarara uğratılmamalıdır*" buyurulmaktadır. Diğer yandan **Ebu Hureyre** (58/678)'den nakledilen bir hadiste de aynı mesele söz konusu edilmiştir. "*Erkek ya da kadın altmış yıl boyunca Allah'a ibâdetinde bulunur, sonra ölüm gelip çatığında, vasiyetle mirasçılara zarar verir de Cehennem'e girer.*"³¹⁹ Ardından **Ebu Hureyre** (ra), *Nisâ Sûres'*in 13 ve 14. âyetlerini okumuştur. "*Bunlar Allah tarafından konulan sınırlardır. Kim Allah'a ve Elçisi'ne tabi olursa, Allah onu, mesken olarak, ebediyyen kalacakları içinden ırmaklar akan hasbahçelere koyacaktır; bu büyük bir mazhariyettir. Kim de Allah'a ve Elçisi'ne isyan eder ve O'nun koyduğu sınırları ihlâl ederse, onu içinde yerleşip ebediyyen kalacağı ateşe atacaktır; ve onu alçaltıcı bir azap beklemektedir.*" Bu âyetler ve hadisten hareketle **İbn Abbâs** (68/687), "*vasiyetle zarar verme büyük günahlardandır*"³²⁰ demiş; müctehidler de vasiyetin, zarar kastıyla yapıldığının anlaşılması durumunda, bu işlemin geçerli olmadığını ve vârislerin iptal haklarının bulunduğunu ifade etmişlerdir.³²¹

Zararın yasaklanması noktasında bir tereddüt olmayınca, fıkıh literatüründe görülen İslâm hukuk ekolleri ve müctehidler arasındaki görüş ayrılıklarının, İslâm hukukunda başkasına zarar vermenin yasak ve haram oluşu noktasında değil, zarar vermeyi yasaklayan rivâyetin özel mülkiyet tasarruflarına uygulanmasında çerçeveyi belirlemeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanında ihtilafların diğer bir sebebi de, fakihlerin yarar-zarar (maslahat-mefsedet) anlayışlarındaki farklılıklar ve delillerin teâruzu durumunda, teâruzu giderme noktasındaki usul farklılıklarıdır.

³¹⁴ İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 473.

³¹⁵ Tesûlî, *el-Behçe*, II,637.

³¹⁶ İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 475.

³¹⁷ Bâcî, *el-Müntekâ*, VII,403.

³¹⁸ İbn Abdirrafi', *Muînu'l-hukkâm*, II,782.

³¹⁹ Ebu Dâvud, "Vesâyâ", 3; Tirmizî, "Vesâyâ", 2.

³²⁰ Abdilber, "*Lâ darara*",37.

³²¹ Bkz. Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III,35-36; Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, IV,79; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,360; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 474; İbn Ferhûn, *Tebziratu'l-hukkâm*, II,174.

Fakat özel mülkteki bir tasarrufun kamuya zarar vermesi durumunda, bunun hukuken engellenmesi gerektiği hususunda İslâm hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Söz gelimi umuma ait yollara, sokak ve caddelere uzatılan kolon, balkon çıkıntısı gibi faaliyetlerin, gelip-geçenleri rahatsız etmesi, istifadeyi zorlaştırması ya da herhangi bir zarara yol açması durumunda, bu tasarruflara ittifakla mani olunur. Ancak zarara sebebiyet vermiyorsa fertlerin bu tür faaliyetlerde bulunup bulunamayacağına ve idârenin izin yetkisinin olup olmadığına müctehidler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Fakihlerin cumhuru zarara sebebiyet vermeyen fiillerin câiz olduğunu söylerken, Hanbelî mezhebinde meşhur olan görüşe göre kamuyu ilgilendiren durumlarda, bir faaliyetin zarara sebep olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur; herhalükârda yasaklanır.³²² Bu arada **İbnu'l-Uhuvve** (729/1329), çarşı-pazar denetçisinin (muhtesib) görevleri arasında, caddelere, kaldırımlara eşya koyma, kapı-kalas uzatma gibi insanlara zarar veren tasarruflara engel olmayı da saymaktadır.³²³

Fertlerin hukukî eylem ve tasarruflarıyla ilgili olarak İslâm hukukunda, *Mecelle'nin* (md.91) ifade şekliyle "*cevâz-ı şer'î damana münafidir*"³²⁴ prensibi, genel bir ilke olarak benimsenmiştir. Yani hukuk düzeninin benimsediği ve izin verdiği herhangi bir tasarrufta bulunmaktan dolayı birey, meydana gelen sonuçlardan hiçbir şekilde tazminle sorumlu tutulamaz; zira bu durumda tasarruf yasal izne dayanmaktadır. Bu genel prensibi mülkiyet meselelerine tatbik etmek istediğimizde hiç kimsenin, özel mülkündeki tasarruflarının başkasının zararına yol açmasından dolayı herhangi bir şekilde sorumlu tutulmaması gerekir. Çünkü hukuk düzeni bireye istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi vermiştir.

Hukukî iznin, tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırması ilkesini yalnız başına düşünür ve mutlak olarak ele alırsak bu sonuca ulaşmak mümkün olmakla birlikte, herhangi bir tasarrufun geçerliliğini ve doğacak sonuçlardan sorumlu olmamayı sağlayan yegâne şart hukukî iznin olup olmaması değildir. Yani bu kâide, **Güzelhisârî** (1215/1800)'nin de ifade ettiği gibi mutlak değildir.³²⁵ Bireyin böyle bir dokunulmazlığa sahip olabilmesi için, hukukun izin verdiği tasarrufun, yine hukukun belirlediği çerçevede ve gerekli şartlara uygun yapılması gerekir. Aksi takdirde, riâyeti zorunlu şartlardaki eksiklik, doğacak sonuçlardan bireyin, adlî ve cezâî sorumluluğunu gerektirecektir.³²⁶ Dolayısıyla *özel mülkteki tasarrufların hukuken geçerli ve doğacak sonuçlardan da malikin sorumlu tutulmaması için;*

- a) Söz konusu tasarrufa hukuk düzeninin izin vermiş olması
- b) Tasarrufun hak çerçevesi dahilinde olması ve
- c) Bireyin tasarrufta bulunurken hukukun uyulmasını zorunlu kıldığı şartlara eksiksiz riâyet etmiş olması gerekir.

İşte bu şartların en başında, tasarrufların, başkasının zararına sebebiyet vermesi gelmektedir. Dolayısıyla özel mülkteki bir tasarrufun başkasının zararına yol açması halinde, malik, uyulması zorunlu bir şarta riâyet etmediği için hukuken sorumlu tutulacaktır. Bu durumda ferdin kendi mülkünde mutlak tasarruf yetkisi, tasarruftan başkasının zarar görmemesi şartıyla sınırlandırılmış olmaktadır. Bu sınırlılık hali de, sonradan ortaya çıkmış bir durum olmayıp hak verilirken, bu şarta bağlı olarak sınırlı bir çerçevede verilmiştir. Yani mülkiyet hakkında tasarruf yetkisi baştan itibaren hukuk tarafından sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bazı Hanefî ve Şâfiî fakihlerle, **İbn Hazm** (456/1064)'ın dile getirdiği "*bireyin*

³²² Görüş ve deliller için bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,255.

³²³ İbnu'l-Uhuvve, *Meâlimu'l-kurbe*, 135.

³²⁴ Ayrıca bkz. Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik*, 45.

³²⁵ Güzelhisârî, *Menâfiu'd-dekâik*, 318. Ayrıca bkz. Zerkâ, *Şerhu'l-kavâid*, 381.

³²⁶ Güzelhisârî, *Menâfiu'd-dekâik*, 318.

kendi mülkünde tasarruf yetkisini sınırlandırmaktan daha büyük zarar olamaz” şeklindeki yaklaşım doğru değildir. Zira ferde özel mülkte tasarruf yetkisi veren kaynak ile, söz konusu yetkiyi sınırlandıran kaynak aynıdır; o da İslâm şeriatıdır. İslâm şeriatı da bireye tasarruf yetkisi verirken, bunu sınırlandırılmış bir hak olarak tanımıştır. Şu halde ilk dönem Hanefî fakihlerinin, bireylere mülkiyet hakkı tanınmasının üstün bir maslahata dayandığı ve mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının bu üstün maslahata ters düşeceği şeklindeki yaklaşımları, en azından eksik bir yaklaşımdır. Zira bu üstün maslahata dayalı olarak mülkiyet hakkını tanıyan Şârî’, söz konusu maslahatın gerçekleştirilmesine yönelik tasarrufları, başkasının zarar görmemesi şartına bağlamıştır. Ayrıca bu noktada özel mülkte tasarruf yetkisinin hiçbir şekilde sınırlandırılmıyacağını söyleyen Zâhirî fakih **İbn Hazm** (456/1064)’ın bunu, *“malında tasarrufta bulunan şahıs, şeriatın kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanmadığı gibi, aynı zamanda söz konusu yetkiyi hukuk çerçevesinde kullanmıştır”* şeklinde gerekçelendirmesinin de eksik olduğu ortadadır. Zira İslâm hukukunun, fertlere özel mülklerinde tasarruf yetkisi tanıdığı ve bu anlamda söz konusu yetkinin kullanımının hukuka dayandığı doğru olmakla birlikte, başkasının zararına sebebiyet veren tasarrufların hukuk çerçevesinde kaldığını söylemek mümkün değildir.

Özetle ifade etmek gerekirse, bireyin özel mülkünde tasarruf serbestisi, bundan başkasının zarar görmemesi ile sınırlandırılmıştır. Ancak Mâlikî fakihlerle son dönemin önde gelen İslâm hukukçularının **Şevkânî** (1250/1834)’nin de belirttiği gibi burada asıl amaç, ferdin tasarruf yetkisine müdahale etme ve onu hukuken sınırlandırmadan ziyâde, başkalarının zarar görmemesini sağlamaktır. Ayrıca bu noktada Mâlikî ve Şâfiî hukukçuların üzerinde durduğu, tasarrufla uyumlu bir takım önlemler almak suretiyle başkasının zarar görmemesinin önüne geçilmesi durumunda tasarrufun geçerli sayılması görüşü oldukça önemlidir. Dolayısıyla başkası zarar görmediği sürece herkes kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilecektir. Binaenaleyh tasarruf sınırlamalarının süre ve kapsam itibarıyla zarûret miktarıyla orantılı tutulması (zararı giderme ölçüsünde) gerekmektedir.

Diğer yandan mülkiyet tasarruflarında sınırlılık ilkesi, uygulamada oldukça hassasiyet gerektiren bir husustur. Çünkü üçüncü şahısların ya da kamunun hakkını koruma adına malikler pekâlâ en temel haklarından mahrum bırakılabilirler. Onun için hukukçular, mülkiyete getirilen sınırlamaların hiçbir şekilde *hakkın özüne* dokunmaması gerektiğini ısrarla belirtirler. Bu noktada *herhangi bir nesneden istifadeyi imkansız kılan ya da oldukça zorlaştıran sınırlamalar hakkın özüne müdahale olarak kabul edilmektedir*. Dolayısıyla sınırlamaya sebep teşkil edecek durumun objektif kriterlerle ve hassasiyetle tespit edilmesi ve sınırlama çerçevesinin zararı giderecek ölçüde tutulması zorunludur. Hanefîlerin özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında başka bir aynî hakkın taallukundan söz etmelerini, bu hassasiyetin bir ürünü olarak değerlendirmek mümkündür. Ancak bu kriter özel mülkiyete getirilen sınırlamaların çerçevesini oldukça daraltmak suretiyle yerli yersiz müdahalelerin önüne geçme açısından isabetli olmakla birlikte; hak ihlallerini giderme noktasında oldukça yetersiz kalmaktadır.

Zarara yol açan mülkiyet tasarruflarının hukuken sınırlandırılması fikri benimsendikten sonra, sınırlama çerçevesini iyi belirleyip haksızlıklara meydan vermemek için, ne tür zararların yasal sınırlama gerekçesi sayılacağını belirleme açısından zarar kavramının bir kriterle bağlanması gerekmektedir. Zira İslâm hukuk felsefesi (mekâsidü’ş-şerîa) uzmanlarından **İbn Abdisselâm** (660/1262) ve **Şâtıbî** (790/1388)’nin de dikkat çektiği üzere³²⁷, *insan hayatında adeten zarardan hali bir maslahatın bulunması mümkün olmadığı gibi, yarardan yoksun bir şeyin bulunamayacağı da bir gerçektir. Yani her hukukî olay ya da*

³²⁷ İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, I,14,36; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II,637-638.

fiil aynı anda hem yarar hem de zarar içermektedir. Dolayısıyla sırf yarar/maslahat veya sırf zarar/mefsedet hali oldukça azdır; fiil ve tasarrufların kısm-ı âzamında ise her iki unsur da birarada bulunmaktadır.³²⁸ Esasen *Şâri'in kasdı da, insan fiillerinin sırf yarar içermesi ve hiç zarar barındırmaması değil, tasarruflarda yarar/maslahat yönünün olabildiğince ağır basması, en azından zararın galip unsur olmamasıdır.* Nitekim Yüce Allah bütün şeriatlarda, maslahatın galip unsur olduğu şeyleri farz, mefsedetin baskın olduğu şeyleri de haram kılmıştır.³²⁹ Kaldı ki niteliğine bakmaksızın her türlü zararın hukukî sınırlama gerekçesi sayılması, yetkin Hanefî hukukçu **İbnü'l-Hümâm** (861/1456)'ın ifadesiyle, özel mülkten istifade kapısının tamamen kapatılması demektir.

Öte yandan *Şâri'in mükelleften beklediği, onun amel sırasındaki kasdının, teşri sırasındaki kendi kasdına uygun düşmesidir.* Bu uygunluk her türlü tasarrufta dikkate alınmak durumundadır. Elbette ki bununla vurgulanmak istenen şey mükellefin fiili ile Şâri'in kasdı arasındaki uyumun yalnızca niyet açısından söz konusu olup, tasarrufun doğurduğu sonuçların bu bağlamda bir öneminin olmadığı değildir. Aynı şekilde tasarrufun doğurduğu maddi sonuçlar da Şâri'in teşri'deki temel amacına uygun olmak durumundadır.³³⁰

İşte bu şer'î ve fiili hakikat, bireyin kendi mülkündeki tasarrufları için de geçerlidir. Yani özel mülkiyet tasarruflarının tamamen zarardan arınmış olması mümkün değildir. O halde her bir tasarrufta, mal sahibi ve bu tasarruftan etkilenen şahıslar açısından yarar-zarar dengesi aranacak, buna göre bir hüküm verilecektir. Kaldı ki *komşuluk ilişkileri hep diğer komşulara zarar vermemeyi değil, aynı zamanda komşunun örfen aşırı kabul edilmeyen ve katlanılabilecek ölçüdeki zararlı faaliyetlerine göğüs germeyi de gerektirmektedir.*³³¹ Bir kimsenin evinde pişirdiği yemeğin kokusunun ve bacasından çıkan dumanın komşulara eziyet vermesi kaçınılmazdır. Bununla birlikte komşular bu tür zararlara katlanmak zorundadırlar. Zira bu tür tasarruflar hayatın devamı için zorunlu olduğu gibi, komşulara zararı da sürekli olmayıp belli zamanlarla sınırlıdır.³³² Kaldı ki bu tür faaliyetler tek taraflı ya da muayyen şahıslara has olmayıp, hayatın devamı açısından bütün komşuları/insanları ilgilendirmektedir. Şayet bu tasarruflar da zarar gerekçesiyle hukuken yasaklanacak olursa, hayat çekilmez bir hal alır; komşu ve komşuluk hukuku diye bir kavramdan söz etmek de mümkün olmaz.

Sınırlama çerçevesini oldukça geniş tutan Hanbelî fakihler de, tasarrufun örfün gereklerine uygun olması durumunda meydana gelen zararın hoşgörüle karşılanıp tahammül edilebilecek ölçüde olması halinde hukukî sınırlamadan söz edilemeyeceğini belirtmektedirler. Örfen makul düzeydeki zararlı faaliyetlere katlanmak yanında, yine örfün gereklerine uygun olmak şartıyla komşunun mülkünden istifade etmek de mümkündür ki, komşunun duvarına giriş koyma hakkı bu esasa dayanmaktadır.³³³ Nitekim Hz. Peygamber (sav), *"Hiçbiriniz komşusunu, duvarına giriş dayamaktan menetmesin"* buyurmuş, hadisi rivâyet eden **Ebu Hureyre** (58/678)de, komşuların bu tür istifadelerine müsaade edilmediğini görmüş olmalı ki *"Size ne oluyor da! Komşuya bu hakkı tanımaktan yüz çevirdiğinizi görüyorum? Allah'a yemin olsun ki, bu girişler sizin omuzlarınıza dayanacak"* demıştır.³³⁴

³²⁸ İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, I,14. المصالح المحضة قليلة، وكذلك المفاسد المحضة، والأكثر منها، اشتمل على المصالح والمفاسد.

³²⁹ İbn Abdisselâm, a.g.e., I,36. إذا عظمت المصلحة أوجها الرب في كل شريعة، وكذلك إذا عظمت المفاسد حرمها في كل شريعة.

³³⁰ Şatibi, *el-Muvafakât*, II,613. قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده في العمل، موافقا لقصده في التشريع.

³³¹ Bkz. *Mecelle*, md.1228; Osman, *"et-Teassüf"*, 36.

³³² Tesüli, *el-Behçe*, II,637.

³³³ Bu hakkın hukukî niteliği ve hükümleri için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 65-66.

³³⁴ Muvatta', "Akdiye",32; Buhârî, "Mezâlim",20; Müslim, "Müsâkât",136; Ebu Dâvud, "Akdiye",31; Tirmizî, "Ahkâm",18; İbn Mâce, "Ahkâm",15, Ahmed, Müsned, II,240,463.

Bu rivâyette asıl anlatılmak istenilen hususun, komşu ile iyi geçinme, iyilik ve ihsanda bulunmaya teşvik olduğunu, dolayısıyla nehyin nedbe delâlet ettiğini³³⁵ söyleyenler yanında (**İmâm Mâlik** (179/795), **Ebu Hanîfe** (150/767) ve ashabı); duvar sahibinin açık bir zararı yok ise, giriş dayamaya/mertek çakmaya izin vermenin vâcib olduğunu, binaenaleyh nehyin tahrim için olduğunu ifade edenler de (**İmâm Şâfiî** (204/819) ve ashabı, **Ahmed b. Hanbel** (241/855), **İshâk** (237/851), **Ebu Sevr** (240/854), **Dâvud b. Ali** (270/883) ve muhaddisler)³³⁶ vardır.

Dahhâk b. Halîfe'nin **Muhammed b. Mesleme**'ye ait bir araziden kendi tarlasına su geçirmek için kanal açma isteği ve **Muhammed b. Mesleme**'nin buna razı olmaması üzerine durumun **Hz. Ömer** (ra)'ın hakemliğinde çözüme kavuşturulmasıyla ilgili rivâyeti³³⁷ hukukî açıdan tahlil eden **İbn Abdilber** (463/1071), bu olaydan genel bir ilke çıkarmakta ve "zarar söz konusu olmayan hususlarda komşuya mani olunamaz"³³⁸ demektedir.

Özetle belirtmek gerekirse, komşuluk ilişkilerini kardeşlik esasına dayalı olarak yürütme ilkesi çerçevesinde komşuyla iyi geçinme, iyilik ve ihsanda bulunma âyet ve hadislerde teşvik edilmiş, buna bağlı olarak da fakihler, komşunun örfen tahammül edilebilir ve kaçınılması mümkün olmayan zararlı faaliyetlerine katlanmanın; ayrıca açık bir zarar söz konusu olmadığı sürece yine örfün gereklerine uygun olmak kaydıyla komşunun kendi mülkünden yararlanmasına engel olmamanın hukukî bir zorunluluk olduğunu hükme bağlamışlardır. *Türk Medenî Kanunu*'nda da aynı prensip benimsenmiş, kanunla yasaklanmış olmadıkça, yerleşmiş mahallî telakkilere uygun düşmek şartıyla, herkes başkasının ormanına veya mer'asına girmek, böyle yerlerde mantar veya ufak tefek yabanî meyvalar ya da bunlara benzer şeyler toplamak yetkisine sahip bulunduğu hükme bağlanmıştır (md.675/I). Herkese tanınan bu yetki bir yandan malikin mülkiyet hakkının daraltımı olmakta, diğer yandan da komşuluk ilişkilerine bağlı katlanma yükümlülüklerinden birini teşkil etmektedir.³³⁹ Durum böyle olunca hukukî sınırlama gerekçesi sayılacak zarar kavramının çerçevesinin çizilmesi ve bir prensibe bağlanması zorunludur.

Bu noktada İslâm hukuk doktrininde iki kriterin ön plana çıktığını görmekteyiz. Bunlardan birincisi Hanefî hukuçuların dile getirdikleri "*fâhiş zarar*" kriteri, diğeri ise, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri ile Şâfiîlerden özellikle **Nevevî** (676/1277)'nin söz konusu ettiği "*örf*" kriteridir.³⁴⁰

³³⁵ Keveserî, *en-Nüketü't-tarîfe*, 150. هذا عندنا على وجه التوسع من الناس بعضهم على بعض وحسن الخلق.

³³⁶ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XXII,225-226. Hadisteki nehyin usul ilmi açısından teklifi hükümler noktasında nasıl değerlendirildiği ve bunun furûa etkisi için bkz. Hın, *Eseru'l-ihtilâf*, 335-337.

³³⁷ Hz. Ömer (ra)'ın hilafeti döneminde cereyan eden bu olayın tamamı şu şekildedir: Dahhâk b. Halîfe, el-Urayd denilen bir nehirden kendisi için su kanalı açmış, fakat bu suyu Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçirmesi gerekmiştir. Muhammed buna izin vermeyince Dahhâk: "Neden bana engel oluyorsun? Buradan geçecek sudan önce da sonra da yararlanacak olan sensin. Ayrıca ondan içersin, sana zararı olmaz" dedi, fakat Muhammed yine razı olmayınca, Dahhâk konuyu Hz. Ömer'e anlattı. Bunun üzerine Hz. Ömer, Muhammed b. Mesleme'yi çağırdı ve Dahhâk'ın isteğini kabul etmesini istedi. Muhammed: "Hayır, olmaz" deyince Hz. Ömer: "Niçin bir müslüman kardeşinin faydalanacağı şeye mani oluyorsun? Halbuki ondan sen de yararlanırsın, istediğin zaman arazini sulayabilirsin, sana hiçbir zarar vermez" dedi. Muhammed yine "vallahî hayır" deyince Hz. Ömer: "Vallahî senin karnının üzerinden bile olsa bu suyu oradan geçirecek" dedi ve Dahhâk'a suyu o araziden geçirmesini emretti. O da buna uyarak suyu geçirdi. Bkz. Muvatta', "Akdiye", 25.

³³⁸ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XXII,229.

³³⁹ Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 150.

³⁴⁰ Tahiroğlu, Roma hukukunda mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaları konu edindiği çalışmasında, XII. Levha kanunu ile komşuluk ilişkilerinin düzenlendiğini, buna göre komşuluk ilişkilerine hakim olan prensibin, komşuya zarar vermeme ve komşunun tahammül edilebilir nitelikteki zararlı tasarruflarına göğüs germek olduğunu ifade ettikten sonra, bu hukuk sistemine göre bireyin özel mülkünden istifade çerçevesini belirleyen kriterin örf'e uygun normal istifade olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla şahıs, örfün gereklerine uygun olmak kaydıyla malında istediği gibi tasarrufta bulunabilir ve bu sebeple meydana gelecek zararlardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. Bkz. Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 117,137.

Hanefiler "*zarar vermek ve zarara yine zararlar karşılık vermek yoktur*" hadisinin tahsise uğramış âm olduğunu, dolayısıyla hukukî sınırlama gerekçesi sayılacak zararın fâhiş zarar ölçüsünde olması gerektiğini ifade etmektedirler. Ancak söz konusu hadisinin, İslâm hukuk metodolojisi açısından tahsise uğramış âm olması, hukuken engellenmesi/giderilmesi gereken zararın ölçüsünü "*fâhiş zarar*" olarak belirlemeyi gerektirmediği gibi, bu ölçü, sınırlama çerçevesini oldukça daraltmaktadır da. Bu arada fâhiş zararın, bir binanın veya duvarın yıkılmasına ya da zayıflamasına sebep olan veya temel ihtiyaçlardan birinden istifadeyi imkansız kılan tasarruflarla sınırlandırılması, özel mülkiyet tasarruflarının takyidine yönelik hukukî düzenlemelerin çerçevesini oldukça sınırlamaktadır. Bu durumu, bir hakkın kullanımına yerli yersiz müdahalelerin önünü alma noktasında olumlu bir adım kabul etmek mümkün olmakla birlikte, söz konusu kriter; diğer şahıslara yönelik hak ihlalleri konusunda yetersiz kalacak, masum insanların hak etmedikleri zararlara katlanmalarına yol açacaktır. Zira ihlale uğrayan ihtiyacın temel ihtiyaçlardan olup olmadığının tespitinde bir takım güçlüklerin yaşanması kuvvetle muhtemel olduğu gibi, temel ihtiyaç mefhumunun zaman, bölge ve şahıslar açısından farklılık göstereceği de tabiidir. Bu durum aynı zamanda uygulamada ciddi farklılıkların yaşanmasına da sebep olacaktır. Nitekim Hanefîlerde, ışık temel ihtiyaçlardan kabul edilirken rüzgar ve güneşten yararlanmanın temel ihtiyaç sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuş, genel eğilim bunların aslî ihtiyaçlardan sayılmayacağı şeklinde kendini göstermiştir. Kaldı ki *zarar göreceli bir kavramdır*. Birine göre zarar olmayan hatta hiç önemsenmeyen bir hal, başka birisine göre fâhiş zarar olabilmektedir. Burada insanların içinde buldukları hal, toplumsal şartlar ve iktisadî durum belirleyici olmaktadır.

Diğer taraftan yöresel farklılıklar yanında özellikle şehircilik alanında katedilen gelişmeler temel ihtiyaç ve buna bağlı olarak fâhiş zarar kavramının tespit ve tatbikinde karşılaşılabilecek diğer zorluklardan bazılarıdır. Ayrıca kriterin fâhiş zarar olarak belirlenmesi, komşuları hak etmedikleri halde ciddi bazı zararlara katlanmak zorunda bırakacaktır.

Bizzat zarar kavramının değişken bir yapıya sahip olması, yöresel farklılıklar, şehircilik ve teknik sahada katedilen gelişmeler ve bunlardan da önemlisi, zarar kavramının naslarda açık bir tarifinin bulunmaması, özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılması konusunda zarar kriterinin örf olarak belirlenmesinin daha doğru olacağını göstermektedir.³⁴¹ *Binaenaleyh tahammül sınırının üzerinde olan ve örfe zarar kabul edilen her türlü hal, özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılmasını gerektirecektir. Hoşgörülebilecek derecenin aşılmaması ise, yerel âdete, tasarrufta bulunan mülkün yerine, durumuna ve niteliğine göre belirlenecektir.* Bu arada bazı çağdaş İslâm hukukçularının yaptığı gibi şayet fâhiş zarar, "*örfe hoş karşılanmayan ve katlanılamayacak seviyede olan her zarar fâhiştir*"³⁴² şeklinde tanımlanacak olursa, kriterin bu şekilde belirlenmesi durumunda da herhangi bir problem kalmayacaktır.

Zarar kriterini örf olarak belirledikten sonra her bir tasarruf ve sebep olduğu zarar, yarar-zarar dengesi açısından ele alınacak ve buna göre mesele hükme bağlanacaktır. Yerel örf esasına göre her bir somut olayda zararın/taşkınlığın mevcut olup olmadığı ve bu zararın giderilmesi hususunda tarafların karşılıklı çıkarlarının dengelenmesi açısından hâkimin takdir yetkisine sahip olması gerekmektedir. Ancak zararın olup olmadığının tespitinde hâkim, objektif kriterlerle hareket etmek durumundadır. Bu hususta şöyle bir ölçü belirlenebilir: *Aynı yerde ve durumda bulunan orta düzeyde bir kimse, komşu mülkten gelen rahatsız edici etkilere hangi dereceye kadar katlanabilir?* İşte her somut olayda bu sorunun cevabı

³⁴¹ Türk hukukunda da zararın tespitinde ölçünün örf olacağı esası kabul edilmiştir. Bkz. Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 76-77; Sirmen, *Çevre Etkileri*, 290-291.

³⁴² Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 128. الضرر الفاحش: هو ما لا يتحمل عادة، وينكره العرف.

araştırılacak ve ancak sözü edilen dereceyi aşan etkiler, hukukî sınırlama gerekçesi kabul edilecektir.³⁴³

Başkasının zarar görmesine yol açan özel mülkiyet tasarruflarının sınırlandırılması meselesinde, tasarruf ve zarar ilişkisi açısından **Şâtıbî** (790/1388)'nin büyük bir dirâyet ürünü olan tasnifi oldukça önemlidir. Daha önce Mâlikî fikhinin özel mülkte tasarruf konusundaki görüşünü belirlerken özetle ifade edilmiş olan **Şâtıbî**'nin bu tasnifini ana hatlarıyla ortaya koymak faydalı olacaktır.

Bir hakkın kullanımının başkasının zararına sebebiyet vermesi durumunu tüm olasılıkları dikkate alarak ve büyük bir dirayetle inceleyen **Şâtıbî** (790/1388), meseleyi sekiz madde halinde sistematize etmiştir.³⁴⁴

İşlenen fiilde kişinin çıkarı, başkasının zararı bulunması:

I. Başkasına zarar içermeyen kısım

II. Bir başkasına zarar içeren kısım

A. Fail zararı kastetmiştir

B. Zarar kastı yoktur. Bu da iki kısımdır:

1. Verilen zararın genel olması

2. Zararın özel olması. Bu da iki türdür:

a. Söz konusu fiilde bulunmadığı takdirde şahsın zararı söz konusudur

b. Kendisine bir zarar dokunmamaktadır. Bu da üç kısımdır:

aa. O fiili işlemesi durumunda doğacak zararın âdeten kesin olması

bb. Zarara sebebiyet vermesi nadir olan fiiller

cc. Çoğunlukla (kesîran) zarara sebebiyet veren fiiller.

Bu da iki şekilde olur:

aaa. Zarar olasılığı gâlibdir (ğâliben)

bbb. Gâlib değil fakat çokça olur.

Şimdi bütün bu olasılıkları tek tek ele alalım.

1. *Bireyin kendi mülkündeki tasarrufundan başkalarının zarar görmemesi durumunda hüküm aslî izin üzere devam etmektedir* ve bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

2. *Zarar kastıyla yapılan fiillerin engelleneceğinde de herhangi bir tereddüt yoktur.* Çünkü "İslâm'da başkasına zarar vermek de zarara zararlarla mukâbelede bulunmak da yoktur." Ancak bu durumda şahıs zarar kastı taşımakla birlikte aynı zamanda söz konusu tasarrufla elde etmek istediği bir maslahat ya da kendisinden uzaklaştırmak istediği bir mefsedet'in de bulunması durumunda başka bir yolla bu amaca ulaşmak mümkün ise, öncelikle şahıstan bu istenecektir. Çünkü amacına, başkasına zarar vermeksizin ulaşabildiği halde zarar veren yolu seçmişse, amacının başkalarına zarar vermek olduğu ortaya çıkar. Eğer amacına ulaşabilmek için söz konusu fiili işlemekten başka çaresi yoksa, bu durumda kendi maslahatını temin ya da kendisine ulaşacak zararı uzaklaştırmaya çalışan kimsenin hakkı daha öncelikli olacak, fakat başkasına zarar verme kastını bulundurmaması istenecektir. Aksi takdirde şahıs zarar kastı sebebiyle günahkar olmaktadır.

³⁴³ Krş. Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 76-77.

³⁴⁴ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II,628 vd.

3. *Tasarrufta bulunan şahıs zarar kastı taşımamakla birlikte, tasarrufun genel bir zarara sebep olması. Bu durumda söz konusu tasarruf engellenir.* Çünkü kamu maslahatları özel maslahatlardan önce gelir. Malların pazara gelmeden kapatılması, şehirlinin köylü adına simsarlık yapması, mescidin genişletilmesi için sahibleri razı olsun olmasının gerekli yerlerin istimlâk edilmesi gibi uygulamalar bu hükmün delilini teşkil etmektedir.

4. *Zarar kastı taşımayan bireyin tasarrufunun özel bir zarara sebep olması ve söz konusu tasarrufta bulunmaması durumunda şahsın bizzat kendisinin de zarar görmesi.* Bu durumda iki zarar hali karşı karşıya gelmektedir (teâruz): a) Zilyede ve malike zarar verilmesi. b) Zilyed ya da malik olmayan kimseye zarar verilmesi. *Bilindiği üzere şeriatla zilyed ve malikin hakkı önce gelir ve hakların çatışması durumunda hak sahibine karşı durulmaz.* Dolayısıyla bu durumda tasarruf geçerlidir.

Hukukî açıdan durum bu şekilde olmakla birlikte şer'î bir maslahatın ihlal edilmemesi şartıyla ve sırf îsâr, yani başkalarını kendi nefesine tercih etme amacıyla tasarrufta bulunmama ise, övgüye lâyık oldukça büyük bir ahlâkî erdemdir. Zira bu durumda, tasarruftan el çeken şahsa, sadece diğer insanlara dokunacak zarar ölçüsünde ya da daha az bir zarar gelecektir. Böyle bir insan, kendi nefisini kesin bir zarar altına sokmuş da olmamaktadır. Söz konusu zarar, beklenti halinde olunan bir zarardır ya da başkalarından zararı gidermek uğruna tahammül edebileceği az bir zarardır. Bu tür erdemli davranışların Hz. Peygamber (sav) ve ashabının hayatında oldukça bol miktarda örnekleri bulunmaktadır.³⁴⁵

5. *Maslahat temini ya da mefsedet defî için uğraşan kimsenin zarar kastı taşımadığı ve fiilin işlenmemesi durumunda kendisi açısından herhangi bir zarar içermeyen, ancak işlenmesi durumunda mefsedete sebebiyet vereceği kesin olan kısım.* Tasarrufta bulunmaması durumunda bireyin herhangi bir zararla karşılaşma ihtimalinin olmaması, şahsın başkasına zarar verme kastı taşıdığı zannını içermektedir. Dolayısıyla fiili işlemesi durumunda zorunlu olarak bir başkasına zarar verme gibi bir neticenin doğacağını bilmesi ve zarar vermeye yönelik bir kasıt bulundurma zannının kuvvetli bir ihtimal olması, tasarrufun yasaklanmasını gerektirmektedir. Zira bu durum Şâri'in kastına ters düşmektedir ve Şâri'in kastına ters düşen her şey bâtıldır.

6. *Zarar kastı olmamakla ve söz konusu tasarrufta bulunulmadığı takdirde herhangi bir zararın da bulunmadığı, ancak nâdirenen zarara sebebiyet veren tasarruflar.* Bunlar aslî izin üzere bulunurlar. Çünkü maslahatın gâlip olması durumunda, onun bulunmamasını doğuracak nâdir haller dikkate alınmaz. Zira âdeten az da olsa zarar (mefsedet) içermeyen bir maslahatın bulunması mümkün değildir. Ancak Şâri' Teâlâ, teşrî esnasında maslahatın ağır basmasını dikkate almış, mefsedet nâdirliğini ise kale almamıştır. Maslahatın teminine, mefsedet de uzaklaştırılmasına yönelik bir amaç taşıyan kimsenin bu durumda nâdirenen zararın da doğabileceğini bilmesi, değerlendirme noktasında bir taksir sayılmayacağı gibi, zararın vukûna yönelik bir amaç bulundurmuş da kabul edilmez. Şu halde fiil, aslî meşrûluk üzere kalmaya devam edecektir.

7. *Bir önceki madde şartlarında zarara sebep olması zannı olan fiiller.* Düşmana silah satmak, şarapçıya üzüm satmak gibi durumları bu kısmın örnekleri arasında sayan **Şâtıbî** (790/1388), bu kısımda görüş ayrılıklarının bulunmasının muhtemel olduğunu söylemektedir. Ona göre bu kısımda görüş ayrılıklarının sebebi, acaba bir şeyin mazinnesinin (yani bulunduğu zannedilen yer), bizzat o şeyin kendisine yönelik kasit yerine geçip geçmeyeceğidir. **Şâtıbî** bu kısım için net bir hüküm belirlememekle birlikte ifadelerinden

³⁴⁵ Bkz. Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 631-636.

ihtiyata meyilli olduğu ve bu tür fiillerin de engellenmesinin tercih edilmesi gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

8. *İşlenmesi durumunda zarara yol açma olasılığı çok olan fiiller.* Bu durumda **İmâm Şâfiî** (204/819) aslî ibâha gereği tasarrufun geçerli olduğunu söylerken, **İmâm Mâlik** (179/795) sedd-i zerîa prensibi gereği geçerli olmadığı ve bu tür tasarrufların hukuken engellenmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Şâtıbî**, sedd-i zerîa ilkesine değişik örnekler sıraladıktan sonra meseleyi şu cümlelerle noktalamaktadır: "*Bütün bu hükümlerde gerekçe, yasağa götüreceği yolun kapatılması ilkesi (sedd-i zerîa) olmaktadır. Bunlarda başkalarına zarar verme amacı ya da mafsedetin gerçekleşmesi durumu çok olmakla birlikte; gâlip değildir ya da varlığı yokluğundan çok değildir. Ancak şeriat ihtiyat üzerine kuruludur ve tedbiri elden bırakmamaktadır; muhtemelen mafsedete götürebilecek olan şeylerden sakınılması şeriatın dikkat ettiği özelliklerden olmaktadır.*"³⁴⁶

Görüldüğü gibi **Şâtıbî** (790/1388) bu son durumda **İmâm Şâfiî** (204/819) ve **İmâm Mâlik** (179/795) arasında görüş ayrılığından söz etmekte ve meselenin sedd-i zerîa ilkesine göre hükme bağlanmasının daha yerinde olacağını ifade etmektedir. Esasen **Şâfiî** ve hatta bütün müctehidler -ismen belirtmeseler bile- sedd-i zerîa prensibini icihadlarında temel bir esas olarak dikkate almaktadırlar.³⁴⁷ Kaldı ki **İmâm Şâfiî**, şeriatın bazı hükümlerinin ve kendine ait bir kısım icihadlarının gerekçesini sedd-i zerîa ilkesiyle açıklamakta ve şu genel ilkeyi koymaktadır. "*Allah'ın helâl kıldıklarının yasaklanmasına sebep olan şeylerin yapılması helâl olmadığı gibi, haramları helâle dönüştüren vesileler de helâl değildir... Helâl ya da harama vesile olan şeyler, bunların hükmünü alır.*"³⁴⁸

Durum böyle olunca, **İmâm Şâfiî**'nin, sedd-i zerîa prensibini yukarıda sözü edilen son olasılıkta işletmemesi, muhtemelen, söz konusu durumda daha başka bir takım hukukî ilke ve prensiblerin uygulanmasının daha doğru olacağını düşünmüş olmasındandır. Nitekim bir hukukî meselenin hükme bağlanmasında gözönünde bulundurulması gereken ilkeler, hiçbir zaman bir prensipten ibaret değildir. Dolayısıyla İslâm hukukçuları arasındaki ihtilafların büyük bir kısmı, delil farklılığından ziyâde, mevcut delil ve prensiplerin her bir somut hadiseye tatbikinde tercih ve öncelik farklılığına dayanmaktadır.

İslâm hukuk metodolojisi açısından önemli olan bu hususa işaret ettikten sonra, bir hakkın kullanımının başkasının zararına sebebiyet vermesi durumunda muhtemel olasılıkları bu şekilde ve teorik bir düzeyde ortaya koyan dirâyetli, muhakkık fakih **Şâtıbî** (790/1388)'nin oldukça orijinal bu tasnif ve değerlendirmesinde dikkat çeken bazı hususlara kısaca değinmek istiyoruz.

a) Zarar kastı taşımayan bireyin tasarrufunun özel bir zarara sebep olması ve söz konusu tasarrufta bulunmaması halinde şahsın bizzat kendisinin de zarar görmesi durumunda tasarrufun geçerli olduğunu söylerken, **Şâtıbî**, karşılıklı herhangi bir yarar-zarar dengesinden söz etmemektedir. Bu durumda zilyed ve malikin hakkının önce olması temel ilke olmakla birlikte meselenin çözümünde yarar-zarar dengesinin dikkate alınması yerinde olacaktır. Zira *özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında sorun bir denge sorunudur.*³⁴⁹

³⁴⁶ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II,642.

³⁴⁷ Sedd-i zerîa: Esasen meşrû olan bir fiilin, şer'an sakıncalı bir sonuca sebebiyet vermesinden dolayı yasaklanmasıdır. Sedd-i zerîa prensibi ve müctehidlerin bu ilkeyle amel konusundaki görüşleri, ilkenin furû-ı fıkhı yansıması hususunda geniş bilgi için bkz. Burhânî, Muhammed Hişâm, *Seddü'z-zerâi' fi ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1406/1985.

³⁴⁸ Şâfiî, *el-Üm*, IV,57. أن الذرائع إلى الحلال والحرام، تنبيه معاني الحلال والحرام. Aynı prensip Karâfi'de şu şekildedir: "*Harama vesile olan şey haram, vâcibe vesile olan da vâcibdir.*" إن وسيلة الحرام محرمة، فوسيلة الواجب واجبة.

³⁴⁹ Bkz. Öriücü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, XXIII.

b) **Şâtıbî**'nin tasnifinde dikkat çeken diğer bir husus ise, tasarrufun genel bir zarara sebep olması durumunu yalnızca zarar kastının olmaması açısından ele almasıdır. Bireyin genel bir zarara sebebiyet veren tasarrufta bulunurken aynı zamanda zarar kastı taşıması ihtimalinden söz etmemesi muhtemelen, zarar kastı olmamasına rağmen tasarrufa mani olunuyorsa, zarar kastının bulunması durumunda haydi haydi mani olunacağı öngörüsüne dayanmaktadır. Bu noktada dikkat çeken diğer bir husus da, **Şâtıbî** (790/1388)'nin genel bir zarara yol açan tasarruflarda, zararın meydana gelmesinin kesin ya da zannî olması şeklinde bir ayırımda bulunmamasıdır.

Şu halde **Şâtıbî**'ye göre, özel mülkiyet tasarruflarının genel bir zarara yol açması halinde, tasarruf sahibinin kastı ya da zarar ihtimalinin kesin ya da zannî olmasına bakılmaksızın, tasarruf hukuken sınırlandırılacaktır. Yani kamu yararına sınırlamalarda, tasarrufun doğurduğu maddî sonuç dikkate alınmaktadır (objektif ölçü).

c) **Şâtıbî**, bir tasarrufun zarara sebebiyet vermesi durumunda ölçüyü, şahsın iyi niyetli ya da kötü niyetli oluşu (sübjektif ölçü) olarak belirlemektedir. Nitekim başkasına zararı dokunan tasarrufları daha baştan itibaren şahıs zararı kastetmiştir veya etmemiştir şeklinde ele almaktadır. Bu ölçünün kamunun zarar gördüğü tasarruflar hakkında işletmediği az önce belirtilmişti. Fakat bu ölçüyü, özellikle yedinci ve sekizinci maddelerde sözü edilen durumlara uygulamak mümkün değildir. Çünkü bu iki kısım temelde sedd-i zerîa prensibine dayanmaktadır. *Sedd-i zerîade ise, niyet değil mücerred fiili sonuç (objektif ölçü) dikkate alınır.*³⁵⁰

Bunun yanında bizzat **Şâtıbî**'nin de ifade ettiği gibi kasit haddizatında munzabıt (belirli ve açık) değildir; çünkü kasit iç alemiyle ilgili hususlardandır. Ancak onun burada bir sahası bulunmaktadır ki o da, varlık âleminde vukuunun çokluğudur ya da onun mazinnesidir (bulunduğu zannedilen yer).³⁵¹ Bu ifadeler aynı zamanda **Şâtıbî**'nin objektif ölçüyü de dikkate aldığını göstermektedir.

Esasen özel mülkiyet sınırlamalarında objektif ölçünün benimsenmesi, hak ihlallerinin önüne geçme, hukukî güven ve emniyeti sağlama ve uygulama kolaylığı bakımından da önemlidir. Diğer yandan kişi, iyi ya da kötü niyeti sebebiyle Allah katında mükafat veya ceza ile karşılık görürse de, dünya hayatında bireyler arası ilişkiler maslahat ve adâlet esaslarına göre şekillenmek durumundadır. Dolayısıyla her bir fiil ve tasarrufun, diğer şahıslar bakımından doğurduğu sonuçlar önemlidir ve hükme esas teşkil eder.³⁵²

Öte yandan **Şâtıbî**, iç aleme ait bir durum olan kastın anlaşılmasını sağlayabilecek bazı karinelere de söz etmektedir. Söz gelimi elde edilmek istenilen maslahatın ya da uzaklaştırılmak istenen mefsetetin kısaca, tasarrufla amaçlanan şeyin başkasına zarar vermeksizin elde edilmesi mümkün olduğu halde zarar veren yol seçilmişse, burada amacın başkasına zarar vermek olduğu ortaya çıkar ve kötü niyet (zarar kastı) sebebiyle tasarruf engellenir.³⁵³ Elbette zarar kastını ortaya çıkaracak yegane karine bundan ibaret değildir. Bunu **Şâtıbî**'nin örnek olmak üzere zikrettiği bir karine olarak değerlendirmek gerekir. *Şahsın tasarrufla amaçladığı meşrû herhangi bir maslahatın olmaması (meşrû maslahat yokluğu)³⁵⁴, elde edilmek istenilen maslahatın başkasının maruz kaldığı zarara göre oldukça*

³⁵⁰ Bkz. Dirîni, *et-Teassüf*, 189-190.

³⁵¹ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II,640.

³⁵² Bkz. Ebu Zehra, *Mâlik*, 371.

³⁵³ Şâtıbî, a.g.e., II,629.

³⁵⁴ Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 533.

*basit/az olması, hakkın gayesine aykırı kullanılması da zarar kastına karine teşkil eder. Bu durumlar zarar kastının mazinnesi konumundadır.*³⁵⁵

Zarara sebebiyet veren tasarrufun hukuken yasaklanmasında başkasına zarar verme kastının ölçü alınması, hakkın kötüye kullanımının kapsamını daralttığı gibi, kastın sübjektif karakteri de, ispat ve uygulama zorluklarını beraberinde getirmektedir. Bundan dolayı fıkıh ekollerinin özel mülkte tasarruf konusundaki görüşlerini belirlemeye çalışırken çokça örneklerini gördüğümüz üzere tasarrufun herhangi bir zarara yol açıp açmadığını ve bu zararın diğer yarar ve zararlarla dengesini ölçü almak daha isabetlidir. Bu ölçü aynı zamanda daha objektif karakterde olması sebebiyle ispat ve uygulama açısından da kolaylık taşır.³⁵⁶ Kaldı ki **Hâdimî** (1176/1762)'nin ifadesiyle "*zâhirle amel (objektif ölçü), insanlardan zararı bertaraf etme hususunda temel ilkedir.*"³⁵⁷ Nitekim İslâm hukukunda hakim görüş de objektif ölçünün esas alınmasıdır. Buna göre bir hakkın kullanımının zarara sebebiyet verdiği durumlarda, fâilin kastı değil, maddi sonuç (zarar) itibara alınacaktır. Çünkü *malî muâmelelerde kasit ile hata arasında herhangi bir fark yoktur.*³⁵⁸

İslâm hukuk doktrininde tartışılan hususlardan biri de başkasının *zararına sebebiyet veren tasarrufun eski ya da yeni olması meselesidir*. Bu konunun özellikle Hanefî ve Mâlikî hukukçular tarafından ele alındığını görmekteyiz. Hanefîlere göre, zarara yol açan faaliyetin hukuken sınırlandırılabilmesi için, tasarrufun komşuluk ilişkisinin teşkilinden sonra meydana gelmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle kadîm zarar izâle ettirilmez. Ancak bu prensip tasarruftan etkilenenin fert olması durumunda geçerlidir. Şayet söz konusu tasarruftan zarar gören fert değil de kamu ise, bu durumda Hanefîler zararlı faaliyetin eski ya da yeni olmasına bakılmaksızın zararın izâle ettirileceğini söylemektedirler. Buna mukabil Mâlikî hukukçular bu tür bir ayırım ve teferruata hiç girmeden her halükârda zararın izâle ettirileceğini söylerler. Çünkü onlara göre zararın kadîm olması, zararın katlanarak devam etmesinden başka bir sonuç doğurmaz.

Zarara sebep olan faaliyetin eski ya da yeni olmasının hukukî sınırlamaya etkisi meselesini, her bir faaliyetin hacmi, zararın boyutu, kalıcı bir tesirinin olup olmaması gibi kriterleri dikkate alarak değerlendirmek gerekmektedir. Fakat çağdaş İslâm hukukçularından **Ali Hafîf**, bu gibi hususların sırf kul haklarından olduğunu, dolayısıyla ferdin zararlı faaliyetten yaşamamaya tek başına karar verme yetkisinin bulunduğunu, binaenaleyh devlet müdahalesinin söz konusu olamayacağını söylemektedir.³⁵⁹

Ancak böyle bir durumda, söz gelimi bir fabrikanın yakınına başka bir arsa sahibinin ev yapmak istemesi halinde, söz konusu zararlı faaliyetten etkilenecek olan yalnızca kendisi değildir. Aile fertleri de aynı şekilde ve belki de daha fazla zarar görecektir. Halbuki kişinin başkası hakkında, üstelik aleyhlerine olan bir hususta karar verme yetkisi yoktur. Kaldı ki, insan hayatı ferdin istediği gibi tasarrufta bulunabileceği bir konu değildir. Dolayısıyla yetkili idarî makam, bu gibi durumlarda şahsın zarara maruz kalmayı peşin kabulünü/rızasını dikkate almamalı, hem kendisinin hem de ailesinin sağlığı ve karşılaşılabilecekleri muhtemel tehlikeleri gözönünde bulundurmak suretiyle, söz konusu arsaya ev ruhsatı vermemelidir. Fakat bu gibi durumları genel bir ilkeye bağlamak ve herbir problemi buna göre çözümlenmek doğru olmaz. Çünkü maruz kalınacak zarar ve zararın hacmi, fertlerde bırakacağı kalıcı ya da geçici etkiler farklı olacaktır. Dolayısıyla her tasarrufu ayrı ayrı değerlendirmek ve ona göre

³⁵⁵ Dirîni, *et-Teassüf*, 189,231,236.

³⁵⁶ Krş. Bardakoğlu, "*Hak*", XV,147.

³⁵⁷ Hâdimî, *Mecâmi'1-hakâik*, 46. العمل بالظاهر، هو الأصل لدفع الضرر عن الناس.

³⁵⁸ Ali Hafîf, *ed-Damân*, 95. لا فرق بين العمد والخطأ في الأموال.

³⁵⁹ Ali Hafîf, *el-Milkiyye*, 130.

hükme bağlamak daha isabetlidir. Ve nihayet bu tür problemlerin yaşanmaması ya da asgarî düzeye indirilmesi için imar-iskan planlarının dikkatlice hazırlanması ve titizlikle uygulanması son derece önemlidir.

Başkasının zararına sebep olan özel mülkiyet tasarruflarının hukuken engellenmesi ilkesi çerçevesinde üzerinde durulması gereken önemli bir başka husus da, *henüz meydana gelmemiş ancak vukuu muhtemel zararlar meselesidir*. Türk hukukunda bu meseleye temas eden bir kanun maddesi bulunmamakla birlikte, *Yargıtay* ictihadı olumsuz yönde olmuştur. Gerekçeleri açısından da dikkat çekici olan bu ictihadı kısaca aktarmak istiyoruz. *Yargıtay I. Hukuk Dairesi*, bir kararında (31.3.1982 t. ve 4061/3801 sayılı karar) komşu tarafından hayvan beslemek maksadıyla inşa edilecek ahırın sağlık kurallarına aykırı olduğu iddiasıyla açılan davanın reddi gerektiğini ictihad etmiştir. *Yargıtay'a göre "bir kimsenin taşınmazında hayvan beslenmesinin yasaklanması başkadır; hayvan beslenmesinden doğan sakıncaların giderilmesi için bazı önlemler almaya zorlanması başkadır. Mahkeme davalıyı taşınmazını kullanmaktan menedemez. Kullanma şeklinden ilerde bir zarar doğarsa ancak, bu sakıncanın giderilmesini sağlayacak önlemlerin alınması dava konusu edilebilir. Henüz inşaat tamamlanmamış ve bir zarar da meydana gelmemiş bulunduğuna göre, davanın reddi gerekirken ileriye yönelik şekilde hüküm kurulması doğru değildir."*³⁶⁰

Ancak Türk hukukçulardan **Tekinay**, bu yargı ictihadına katılmamakta ve gelecekte gerçekleşeceği anlaşılan taşkınlıkların (zarar uğrama tehlikesi), mevcut zarar hali gibi değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. Söz gelimi bu davada ona göre, alınacak önlemlerle hayvan beslemenin sakıncalarının giderilemeyeceği anlaşılabilirliği takdirde davacının talebi kabul edilmeliydi. Çünkü bu durumda, zarar henüz gerçekleşmemekle birlikte, ilerde gerçekleşeceği açıkça anlaşılmış olmaktadır. Kaldı ki bu yaklaşım, her iki tarafın da faydasına olacaktır. Zira ilerde taşkınlığa sebep olacağı açıkça anlaşılan bir tesisin yapılması, önceden ve henüz proje safhasında engellenirse; hem bundan zarar görme konumunda olan şahıs korunmuş, hem de gereksiz harcamaların peşinen önüne geçilmiş olur.³⁶¹

Bu hususta İslâm hukuk doktrininde genel görüş zarar vukuunun muhtemel olduğu durumların, sanki zarar meydana gelmiş gibi değerlendirilmesinin doğru olmadığı şeklindedir ki, Şâfiî hukukçu **Zerkeşî** (772/1370) bunu açıkça ifade etmektedir.³⁶² Hakların korunması ve yersiz müdahalelerin önlenmesi açısından bu yaklaşım oldukça yerindedir. Fakat her kâidede olduğu gibi bu kâide de bazı istisnâlara tabi tutulmuştur. Söz gelimi müflis, mallarını borç karşılığı olmak üzere alacaklılarına satacak olursa **Zerkeşî**, başka alacaklıların da çıkması ihtimaline binaen bu işlemin sahih olmadığını söylemektedir.³⁶³

Bununla bağlantılı olarak *İslâm hukuk doktrininde tartışılan önemli bir husus da bir şeyin emârelerinin görülmesinin, sanki o şey gerçekleşmiş gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.*³⁶⁴ Söz gelimi iflas ya da sefeh alâmetleri görülen bir şahsın, bu haller kesinleşmeden hacir kararı verilip verilemeyeceği Hanefî ve Şâfiî fakiher arasında tartışılmış; Hanefî mezhebi söz konusu alâmetlerden hareketle hacir kararı verilemeyeceğini söylerken, Şâfiî hukukçular, iflas ya da sefeh belirtilerinin bizzat bu hallerin tahakkuku gibi değerlendirileceğini ve şahsın hacredileceğini ifade etmişlerdir.³⁶⁵

³⁶⁰ Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 80.

³⁶¹ Tekinay, a.g.e.,80.

³⁶² Bkz. Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, III,161. المتوقع لا يجعل كالواقع.

³⁶³ Zerkeşî, a.g.e., III,162.

³⁶⁴ Zerkeşî, a.g.e., II,352. ظهور أمارات الشيء، هل تنزل منزلة تحققه.

³⁶⁵ Zerkeşî, a.g.e., II,352.

Zarar vukuunun muhtemel olduğu tasarruflarla ilgili diğer bir husus da, *zann-ı gâlibin kesin bilgi gibi değerlendirilmesi meselesidir*. İlk dönem Hanefî hukukçularından **Debûsî** (430/1039), **Ebu Hanîfe** (150/767)'ye göre, bir şeyin mevcudiyeti hususunda oluşmuş zann-ı gâlibin, o şey fiilen mevcut olmasa bile gerçekte meydana gelmiş gibi değerlendirildiğini ifade etmektedir.³⁶⁶ Dolayısıyla **Ebu Hanîfe**'ye göre yaslanıp uyumanın abdesti bozması, 15 yaşını doldurmuş erkeğin ve 17 yaşına gelmiş kızın buluş belirtileri görülme bile bâliğ-mükellef sayılmaları, 25 yaşına gelen bir şahısta rüşd belirtileri görülme bile malının kendisine teslim edilmesi gibi hükümler hep bu esasa dayanmaktadır.³⁶⁷

Farklı fıkıh mekteplerinden nakledilen bu görüş ve prensiplerin özel mülkiyetle ilgili olarak zarar vukûunun muhtemel olduğu tasarruflar için de işletilmesine mani herhangi bir durumun olmadığını düşünüyoruz. Dolayısıyla bir tasarrufun başkasının zararına sebebiyet verme ihtimalinin bulunduğu durumlarda Hanefî mezhebine göre zann-ı gâlib; Mâlikî mezhebine göre o konuda ya da benzer meselelerde yaşanmış tecrübe; Şâfî mezhebine göre ise, zarar emârelerinin görülmesi halinde söz konusu tasarruf -fiilen mevcut bir zarar olmamakla birlikte- hukuken sınırlandırılabilir. Diğer taraftan aynı sonuca sedd-i zerîa prensibinden hareketle ulaşmak da mümkündür. Başkasına zarar vermek haram ve harama vesile olan şeyler de haram olduğuna göre³⁶⁸, fiilen mevcut zararlar hukuken engellendiği gibi, zarar vukuunun muhtemel olduğu durumlarda da, ilgili tasarruf, önceden engellenmelidir.

Elbetteki bu kriterler her bir tasarrufun niteliğine göre farklı şekillerde tezâhür edebilecektir. Nitekim hisbe yazarlarından **Şeyzerî** (589/1193), muhtesibin görevlerini sayarken "*muhtesib, fırıncı, lokantacı ve demirci gibi zenaatı ateşle alâkalı olan esnafın dükkanlarını, cinsleri ayrı olduğu ve muhtemel bir zararın önlenmesi için attar ve manifaturacıların dükkanlarından ayırır*" demektedir.³⁶⁹ Çünkü bu tür tasarruflardan komşuların zarar göreceği tecrübeyle bilinmektedir. Çağdaş mekâsıd yazarlarından **Allâl el-Fâsî** de aynı hükme sedd-i zerîa ilkesinden hareketle ulaşmaktadır. "*Bir fiilin işlenmesi, söz konusu fiilin tabiatı gereği fesâda sebep oluyorsa, sedd-i zerîa ilkesi gereği o fiil/tasarruf terkedilmeli ve hukuken engellenmelidir*".³⁷⁰ Diğer taraftan **Mustafa ez-Zerkâ** (1999), "*zarar ve zarara karşılık zarar yoktur*" hadisiyle nefyedilen zarar mefhumuna, henüz meydana gelmemiş, ancak olası zararlı tasarrufların da dahil olduğunu, böylece hukukun koruyucu bir fonksiyon icra etmiş olacağını söylemektedir.³⁷¹

Öte yandan zarara sebep olma durumunun yukarıdaki kriterler çerçevesinde önceden bilindiği durumlarda, fiilen zararın oluşmasını beklemeksizin tasarrufa hukuken engel olma düşüncesi, hukuken olduğu kadar iktisadî ve sosyal açılardan da önemlidir. Hukuk nokta-i nazarından haksız tecavüzlerin, hak ihlallerinin daha doğmadan önü alınmış ve böylece hukuk, koruyucu bir fonksiyon icra etmiş olur. Ayrıca önceden tedbir almayıp şahsın tasarrufta bulunmasını bekleme ve daha sonra zarar gerekçesiyle yasal sınırlamaya gitmenin, tasarrufun hacmine göre muayyen bir iktisadî değer yok edilmesine yol açacağı ortadadır. Bu aynı zamanda, bile bile bir iktisadî değer yok olmasına göz yummaktır.

³⁶⁶ Debûsî, *Te'sîsü'n-nazar*, 15. الأصل عند أبي حنيفة، أن الشيء إذا غلب عليه وجوده، يجعل كالموجود حقيقة وإن لم يوجد.

³⁶⁷ Debûsî, a.g.e., 15. Krş. Zeydân, *el-Medhal*, 80.

³⁶⁸ Karâfi, *el-Furûk*, II, 61.

³⁶⁹ Şeyzerî, *el-Hisbe*, 40.

³⁷⁰ Fâsî, *el-Mekâsıd*, 159.

³⁷¹ Zerkâ, *el-Medhal*, II, 978.

Bunlara ilave olarak zararın oluşmasını beklemeden hukukî tedbir almanın fertler/komşular arası ilişkilerin sevgi-saygıya dayalı gelişmesi ve dolayısıyla toplum düzeni açısından da olumlu katkıları olacağı muhakkaktır. Zira âdil ve hızlı işleyen bir yargı düzeninde maruz kalınan zararın maddi olarak giderilmesi mümkün ise de, zarara yol açan tasarrufun fertlerin vicdanlarında uyandırdığı duygu ve güven bunalımını gidermesi mümkün değildir.

Bütün bunlardan hareketle bu görüşün, çerçevesi iyi belirlenip bir takım objektif kriterlere bağlandığı takdirde hukukî, iktisadî ve sosyal açılardan büyük faydalar sağlayacağını söylemek mümkündür. Bu açıdan bazı Mâlikî fakihlerin hukukî sınırlamaya sebep teşkil eden zararın kesin (ed-darar el-muhakkak) olması şartının, şu anda fiilen mevcut zararları kapsadığı gibi, gelecekte meydana geleceği kesin olarak bilinen vukuu muhtemel zararları da içerdiğini söylemeleri³⁷², aynı şekilde Hanefî ve Şâfiî mezheplerinde görülen benzer yaklaşımlar yukarıdaki şartlar çerçevesinde ele alındığında isabetli görüşlerdir.

Bununla birlikte yine özellikle Mâlikî hukukçuların ve son devrin önemli âlimlerinden **Şevkânî** (1250/1834)'nin önemle vurguladıkları gibi *asolanın, bir tasarrufun sınırlandırılması olmayıp imkan ölçüsünde zararın giderilmesi*³⁷³ olduğu gerçeği dikkatten uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla zarar ihtimalinin söz konusu olduğu tasarrufların önceden yasaklanması ichtihadını ayrıca bu temel prensiple birlikte değerlendirmek gerekir. Yani bir tasarruf örneğin meskun mahalde fırın veya hamam çalıştırma komşuların zararına sebebiyet vermekle birlikte, bu zararın, büyük baca vb. kurmakla giderilebilmesinin imkan dahilinde olduğu durumlarda, mal sahibi söz konusu tasarrufta bulunmadan önce yasal sınırlama yoluna gidilmemelidir. Nitekim hisbe müellifleri, bu noktayı dikkate almışlar ve fırın işletenlerin, dükkanlarını yüksek, kapılarını açık yapıp, fırınların tavanında dumanın çıkması için geniş bir delik koymaları gerektiğini söylemişlerdir. Böylece dumanlarıyla insanları rahatsız etmemiş olurlar.³⁷⁴ O halde zararın bir takım tedbirlerle giderilebildiği durumlarda kişi gerekli önlemleri almazsa, kusur ve ihmali sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Bu arada bir tasarruftan etkilenen şahsın maruz kaldığı zarar, menfaat/gelir azalması ve hatta menfaatin tamamen yok olması şeklinde ise, Mâlikî ve Hanbelî fakihlerin de isabetle belirttiği gibi, sırf bu sebeple söz konusu tasarruf hukuken sınırlandırılmaz. Zira bu durumda mülk sahibi ve zilyede göre diğer şahsı tercih etmeyi gerektirecek bir sebep yoktur. Ancak siyasî erk, özellikle küçük esnafın korunmasına yönelik olmak üzere bazı tedbirler alabilir.

Bu arada Şâfiî hukukçuların özel mülkteki herhangi bir tasarrufun, hukuken sınırlandırılabilmesi için, bu tasarruftan zarar görenin mal olması gerektiği fikrinde olduklarını söylemiştik. Ancak böyle bir ayırım makul olmadığı gibi hukukî dayanaktan da yoksundur. Esasen mala yönelik zararlardan şahıslar da doğrudan etkilenmektedir. Kaldı ki Şâfiîler de dahil bütün fıkıh mezheplerinin ittifakla kabul ettiği, şahsa yönelik tasarruf sınırlamaları söz konusudur. Komşunun aile mahremiyetini görecektir şekilde kapı, pencere açmak gibi. Bunun yanında mülkiyet edinmekten asıl amacın maldan istifade olduğu düşünüldüğünde, doğrudan malı zarar görmemekle birlikte, ses, koku, duman gibi şeylerle zarara maruz kalan şahıs, mevcut ortam ve şartlarda malından nasıl istifade edebilecektir?! Söz gelimi meskun mahalde ve komşuları rahatsız edecek şekilde bir şahıs kendi evinde demircilik için körükhane kursa, altın-gümüş ya da deri işleme atölyesi (tabakhane) açsa, Şâfiî hukukçulara göre, komşuların malı zarar görmediği için bu tür tasarruflara engel olunamayacaktır. Aynı

³⁷² Tesûî, *el-Behçe*, II,637.

³⁷³ Bkz. İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-hukkâm*, II,258.

³⁷⁴ Şeyzerî, *el-Hisbe*,55; İbnu'l-Uhuve, *Meâlimu'l-kurbe*,154.

şekilde rüzgarlı bir havada harman yerinde sap samandan daneleri ayırmak için yapılan savurma işinden çevreye yayılan tozlar, komşunun malına zarar vermediği için buna hukuken engel olunamayacaktır. Fakat bu zararlı ortamda komşuların kendi evlerinde huzur içinde oturmaları ve mülklerinden rahat bir şekilde yararlanabilmeleri mümkün değildir. O halde şahıs ya da mal ayırımı yapmaksızın başkasının zararına yol açan her türlü tasarrufun hukuken engelleneceğini söylemek daha isabetli olacaktır.

Tarihin en eski devirlerinden itibaren komşuluk ilişkileri karşılıklı menfaat çatışmalarına sahne olduğundan, bu ilişkilerin sevgi-saygı temeline dayalı olarak gelişmesi, çatışan menfaatlerin belirli bir denge içinde tutulması ve ilişkilerin hukuk çerçevesinde yürütülmesi ihtiyacı, komşuluk hukukunun doğuşunu sağlamıştır. Binaenaleyh **İbn Teymiyye** (728/1327)'nin de belirttiği gibi *komşuluk, komşu olmayan şahıslar arasındaki ilişkilere göre daha fazla ve farklı bazı hak ve sorumluluklar gerektirmektedir.*³⁷⁵ Kaldı ki, âyet ve hadislerde -daha önce de ifade edildiği gibi- komşuluk ilişkilerinin iyi yürütülmesi, karşılıklı yardımlaşma ve ihsanda bulunulması, zarar ve eziyet veren davranışlardan uzak durulması üzerinde hassasiyetle durulmuştur. Yüce Allah, kendisine kulluk edilip hiçbir şekilde kendisinden başkasına ilahlık yakıştırılmamasını emrettikten sonra, iyilik yapıp ihsanda bulunulmasını istediği kişiler arasında yakın ve uzak komşuları da saymış³⁷⁶, Hz. *Peygamber* (sav) de kötü meskenin özelliklerinden birinin de "*komşusunun kötü olması*" olduğunu ifade etmiştir.³⁷⁷

Nitekim komşuluk ilişkilerinin özelliği dolayısıyla, özel mülkte tasarruf yetkisine getirelen sınırlamaların büyük bir kısmı komşuluk hukukuyla ilgilidir. Zira bir tasarruftan öncelikle, tasarrufun meydana geldiği yere/bölgeye en yakın konumda bulunanların etkileneceği âşikârdır. Durum böyle olmakla birlikte özellikle Hanefî hukukçuların mülkiyet tasarruflarının hukuken sınırlandırılmasını komşuluk hukuku açısından ele alırken, konuyu, alt-üst komşulukla sınırlı tuttuklarını ve yalnızca bu tür komşuluk ilişkileri için tasarruf sınırlamalarından söz ettiklerini; bitişik/yan komşuluk açısından ise herhangi bir hukukî sınırlama öngörmediklerini müşâhede etmekteyiz.³⁷⁸ Esasen bu görüş, onların, özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılabilmesi için başka bir aynî hakkın taalluk etmiş olması gerektiği şeklindeki yaklaşımlarının sonucudur. Bu noktada bir aynî hak taalluku şartı kabul edilecek olursa yan komşuluk ilişkilerinde sırf komşuluk sebebiyle herhangi bir sınırlamanın olamayacağını söylemek mümkündür. Ancak bir tasarrufun hukukî sınırlamaya tabi olabilmesi için aynî hak taalluku şartının aranması, bir taraftan sınırlama çerçevesini oldukça daraltırken, diğer yandan da bir çok zararlı durumun ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır. Kaldı ki tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalarla hedeflenen asıl amaç, tasarruftan etkilenebilecek şahıslardan zararı def etmek olduğuna göre, tasarruf konusu nesneye başka bir aynî hakkın taalluk edip etmediğine bakmaksızın, yalnızca tasarrufun zarara sebep olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmalı ve mesele buna göre hükme bağlanmalıdır. Durum böyle olunca mülkiyet sınırlamalarının yalnızca alt-üst komşuluk ilişkileri için geçerli olduğunu söylemenin makul ve hukukî bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Bunun yanında komşuluk hukukunu düzenleyen naslarda komşuluğun niteliğine ya da oluşum biçimine yönelik bir ayırım yapılmamıştır.

³⁷⁵ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXX,13.

³⁷⁶ Nisâ 4/36.

³⁷⁷ Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, V,179. Ayrıca bkz. Müslim, "Eşribe",171.

³⁷⁸ Ebu Zehrâ, yan/bitişik komşuluk ve alt-üst komşuluk ayırımının ilk dönem Hanefî imamları arasında görüldüğünü, sonraki Hanefî fakihlerin ise böyle bir ayırımda bulunmadığını söylüyorsa da (Bkz. *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*,118.), mütalaa ettiğimiz Hanefî fıkıh literatürüne ait eserlerde bu iddiayı doğrulayacak herhangi bir bilgiye rastlamadık.

Ancak yine de özel mülkteki tasarrufların komşuların zararına sebebiyet vermesi halinde hukuken sınırlandırmadan söz edebilmek için zarar gören komşunun, alt-üst komşu mu, yoksa bitişik komşu mu olduğunun hukukî hüküm açısından herhangi bir farklılığı olmamakla birlikte, kimlerin komşu kabul edileceğinin belirlenmesinde zaruret vardır.

Komşu kavramını tarif ve çerçevesini tayine yönelik İslâm hukuk doktrininde oldukça fazla ve birbirinden farklı ölçülere rastlanılmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, İslâm hukukçuları komşu mefhumunu tarif etme yoluna gitmemişler, kavramın kapsam ve çerçevesi üzerinde durmuşlardır. Hukuk sözlüklerinde "komşu" kavramı "evi evine bitişik olan"³⁷⁹ şeklinde tarif edilmekle birlikte fakihler, komşuyu tarif etmeden ziyâde, kavramın kapsam ve çerçevesini belirlemeye çalışmışlardır.³⁸⁰ Söz gelimi **Ebu Hanîfe** (150/767) ve **Züfer** (158/775), evleri bitişik olan şahısların komşu olduklarını söylerken; **İmâmeyn** çerçeveyi daha da geniş tutmuş ve aynı mahallede oturup aynı mescidde ibâdet eden kişilerin komşu mefhumuna dahil olduğunu söylemişlerdir.³⁸¹ Bunun yanında bir evi çevreleyen kırk evin kendi aralarında komşu olduğunu söyleyenler olduğu gibi, bunun bütün yönlerden kırk evi içerdiğini, sabah ya da akşam namazını aynı mescidde kılanlardan ibaret olduğunu, merkezi bir yerden bağırılınca sesin ulaştığı alanı ve hatta komşu mefhumunun bütün şehir halkını kapsadığını söyleyenler de olmuştur.³⁸² Bu görüşlerin bir kısmı hadislerle dayanmakla birlikte, muhakkık bir fakih ve aynı zamanda hadis kritiğinde de otorite olan Hanefî hukukçu **Zeylaî** (762/1360), hak ve hukukuna riâyet edilmesi gereken komşuların kimler olduğunu ifade eden rivâyetlerin tamamının zayıf olduğunu söylemektedir.³⁸³

Öte yandan Hanefî fıkhnın önde gelen hukukçularından **Kâsânî** (587/1191), **Ebu Hanîfe** ve **İmâmeyn** arasında kavramın kapsamını belirleme noktasındaki görüş farklılığını açıklarken, **Ebu Hanîfe**'nin dil kurallarını, **İmâmeyn**'in ise örfü esas aldığını söylemektedir. Binaenaleyh mutlak lafzın hakikat anlamına hamledilmesi prensibi gereği **Ebu Hanîfe**'ye göre komşu, evi evine bitişik olanları kapsarken; **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **İmâm Muhammed** (189/805), devrin örfünde komşu kelimesinin, aynı mahallede oturan ve aynı mescidde ibâdet eden kişiler için kullanılmasından hareketle kapsamı daha da geniş tutmuşlardır.³⁸⁴

Kavramların çerçevesini belirlemede bölgesel farklılıklar yanında, her bir tasarrufun etki alanının farklı olması gerçeği komşuluk kriterinin yerel örfe göre belirlenmesinin daha yerinde olacağını göstermektedir. Nitekim *Nisâ* 4/36'da iyilik ve ihsanda bulunulması istenilenler arasında komşular da sayılırken "kendi çevrenizde olan komşulara ve uzak/yabancı komşulara" denilmiş olması da, komşu mefhumunun örfe göre belirlenmesi gerektiğinin bir işaret ve delili olmaktadır. Durum böyle olunca özellikle şehircilik alanında ve teknik sahada elde edilen gelişmeler/ilerlemeler de dikkate alınmak suretiyle *bir tasarrufun etki alanı içine giren herkes komşu kabul edilmelidir.* Dolayısıyla komşuluk münasebetinin mevcudiyeti için tasarrufta bulunulan mülk ile bundan zarar gören mülkün mutlaka birbirine bitişik olması şart değildir. Çünkü bir mülkün kullanımından hasil olan neticeler, gerek bu fiillerin mahiyetleri ve gerekse hava, toprak, rüzgar gibi tabii tesirler icabı kendilerini sadece bitişik komşu üzerinde değil, aynı zamanda ondan çok daha uzaktaki mülk sahipleri üzerinde

³⁷⁹ Bkz. Feyyûmî, *el-Misbâbu'l-münîr*, 44. الجار الملاصق، الجاور في السكن.

³⁸⁰ Bkz. İbn Fâyi', *Ahkâmu'l-civâr*,31.

³⁸¹ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,351; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, III,433.

³⁸² Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,31 vd.

³⁸³ Bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV,413-414.

³⁸⁴ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,351.

de gösterebilir. Meselâ toz ve kokular, gürültüler ve sarsıntılar bazen bütün bir mahalleyi rahatsız edebilir. O halde bu bakımdan komşuluk mefhumu nisbilik arz eder.³⁸⁵

*Dolayısıyla bir mülkün kullanılmasından, bir diğeri mevkii ve durumu dolayısıyla herhangi bir biçimde etkileniyorsa, bu iki mülk arasında komşuluk münasebeti var demektir.*³⁸⁶ Elbetteki her bir faaliyetin mahiyetine göre komşuluk çerçevesi genişleyebilecek ya da daha dar olabilecektir. Söz gelimi toz, pis koku, gürültü gibi zararlara sebebiyet veren tasarrufların etkisi çok geniş bir sahaya yayılırken; rutubet, sarsıntı, kazı ve inşaat işleri gibi zararlı faaliyetlerin tesir sahası daha dar olacaktır.³⁸⁷

Diğer taraftan tasarrufun mahiyeti komşuluk çerçevesini belirlemede etkili olduğu gibi, yerleşim farklılıkları da komşuluk ilişkilerinin çerçevesini tespitinde önemli bir etkiye sahiptir. Söz gelimi şehirde komşuluk ilişkileri ile köyde komşuluk ilişkileri farklıdır. Köyde normal ve katlanılabilir nitelikte kabul edilen, bundan dolayı da hukukî sınırlama fikrinin akla bile gelmediği zararlı bir tasarruf, şehirde pekâla fâhiş zarar olarak değerlendirilebilir. Isınma ihtiyacının tezekle karşılandığı bir köyde, insanların evlerinde tezek yakmaları ve komşu evin hemen dibinde tezek kurutmaları, komşu açısından önlenmesi gereken bir zarar değildir, fakat aynı işlemin şehirde ve özellikle apartman dairelerinde yapılması katlanılamaz nitelikte bir zarardır ve hukuken izâlesi gerekir. Dolayısıyla şehir hayatının ve özellikle çok katlı apartmanlarda oturanların, kendi mülklerindeki tasarruflarının, bu durumda olmayanlara göre çok daha farklı bazı sınırlamaları gerektireceği tabiidir.³⁸⁸ Binaenaleyh İbâdî fakih **Sâlimî** (1332/1914), "*komşu ve zarar kavramlarının tayininde özel/yerel örfün hakemliğine başvurulur*"³⁸⁹ demekle son derece isabetli bir tespitte bulunmuştur.

Bütün bunlar bir tasarruftan etkilenen herhangi bir şahsın müracaatı üzerine, faaliyet sahibi hakkında dava açılabilirliğini ve gerçekten zararın varlığının tespit edilmesi durumunda tasarrufun hukuken engelleneceğini göstermektedir. Hatta bazen tasarrufun meydana getirdiği zararın özelliğine göre, mesele fertlerle sınırlı olmaktan çıkıp, kamuyu ilgilendiren bir boyut kazanabilir ve kamunun hakkını korumak amacıyla tasarrufa sınırlama getirilebilir ki, çevre etkisi yaratan tasarruflar böyledir. Dolayısıyla maddî veya manevî anlamda çevreye zarar veren her türlü tasarruf hukuken sınırlandırılır. Söz gelimi sanayi atıklarının, bir faaliyetten etrafa yayılan radyoaktif maddelerin, suyu ya da toprağı kirleten tarım ilaçlarının... çevreyi kirletmesi durumunda kamu yararına olmak üzere ilgili tasarruf hukuken sınırlandırılır.

Hızlı şehirleşme ve büyük sanayi tesislerinin kurulması, bu tür problemlerin daha sıklıkla ve büyük çapta yaşanmasına yol açmış ve bu durum, "*Çevre hukuku*" şeklinde bir hukuk dalının doğmasını sağlamıştır. Nitekim bugün bütün hukuk sistemleri çevreyi korumaya yönelik hukukî mevzuat oluşturma yoluna gitmiş, Türk hukuk sisteminde de bu mesele, hem *Anayasa*'da (md.56) düzenlenmiş, hem de 11 Ağustos 1983 tarihinde 2872 sayılı *Çevre Kanunu* çıkarılmıştır. Türk hukukunda da çevre etkileri düşünülerek taşınmaz maliki için öngörülmüş bulunan komşu taşınmazlara taşkın müdahalelerden kaçınma yükümü, dışarıdan getirilen bir sınırlama olarak değil, gerçekte sosyal işlevi nedeniyle

³⁸⁵ Akipek, *Gayrimenkul Malikin Mesuliyeti*, 17.

³⁸⁶ Bkz. Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 508,536; Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 68; Akipek, *Gayrimenkul Malikin Mesuliyeti*, 17; Sirmen, *Çevre Etkileri*, 286.

³⁸⁷ Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 126-128; Akipek, *Gayrimenkul Malikin Mesuliyeti*, 17.

³⁸⁸ Bu cümleden olmak üzere Kat Mülkiyeti Kanunu'nda (md.24/II) "*ana gayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imâlathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir*" denilmektedir.

³⁸⁹ Sâlimî, *Cevâbât*, V,429.

mülkiyetin muhtevasında yer alan ödevlerden kabul edilmiştir. Nitekim bu ödevler karşılığında malike hiçbir tazminat ödenmemektedir. Üstelik bu ödevlerin ihlali mülkiyet hakkının aşkın kullanılması sonucunu doğurmaktadır.³⁹⁰ Ancak mülkiyete dayalı bir tasarrufun çevreyi kirlettiği gerekçesiyle hukuken sınırlamadan söz edebilmek için;

- a) Çevrenin kirlenmiş olması
- b) Kirlenmede hukuka aykırılığın bulunması
- c) Tasarrufun zarara yol açması ve
- d) Zarar ile kirlenme faaliyeti arasında illiyet bağının bulunması gerekir.³⁹¹

Çevrenin korunması hususundaki hassasiyet, bazı çağdaş yazarları farklı bir takım yönelişlere itmiş ve İslâm hukukunun ana gayelerini teşkil eden ve mutlaka korunması ve her bir tasarrufta dikkate alınması gereken, klasik literatürde "*zarûrât-ı dîniyye*" diye isimlendirilmiş bulunan "*din, akıl, nefis, mal ve nesil*" unsurlarına, günümüzde artan önemi sebebiyle "*çevrenin muhafazası*" unsurunu ilave etmenin zorunlu olduğunu söyleyenler de olmuştur.³⁹²

Komşuluk ilişkileri çerçevesinde söz konusu edilen diğer bir mülkiyet sınırlaması ise, evlerin yüksekliği ile ilgilidir. Bu husus Roma hukukunda da ele alınmış ve **Justinianus**, bir inşaatta veya başka şekilde, komşunun harman yerinin rüzgarına engel olmayı yasaklamıştır; zira harman yerinin rüzgar alması taneyi kepekten ayırmak için zaruridir. Dolayısıyla **Justinianus** hukukunda, herkesin kendi mülkünde inşaat yapma hakkı varsa da, bu hakkın kullanımı komşuya ait harman yerinin rüzgarına engel olacak nitelikte olamaz.³⁹³

Evlerin yüksekliği meselesi bazı hadislerde de söz konusu edilmiştir. Komşusunun, kendisi üzerindeki hakkının neler olduğunu soran bir sahâbîye verdiği cevapta Hz. Peygamber (sav), "*binayı onunkinden yüksek yaparak rüzgar almasını engellememe*"yi de saymıştır.³⁹⁴ İşte bu rivâyetten de hareketle evlerin yüksekliği meselesi İslâm hukukçuları tarafından, özel mülkte tasarruf sınırlamaları bağlamında söz konusu edilmiş, ancak, mülkiyetin bu tür bir sınırlamaya tabi olamayacağı doktrinde hakim kanaat olarak kendini göstermiştir. Fakat bu noktada sınırlama gerekçesi sayılabilecek önemli husus, şahsın tasarrufta bulunurken kötü niyetli olması yani zarar kastı taşımasıdır. Bunun için de binasını yükseltmekle elde etmek istediği meşrû bir menaatin olması gerekir. Aksi takdirde menfaat yokluğu, zarar kastına karine teşkil edecektir.³⁹⁵

Bir şahsın evini komşunun evinden daha yüksek yapması hususunda İslâm hukuk doktrininde genel görüş bu şekilde olmakla birlikte, yapılan inşaatın, harman yerinin rüzgarına engel olması durumunda İslâm hukukçularının büyük çoğunluğunun hukukî sınırlamadan söz ettiklerini görmekteyiz. Çünkü harman yerinde yapılacak savurma faaliyetleri için rüzgar zorunludur. Dolayısıyla rüzgardan faydalanamayacak bir harman yerinin fonksiyon icra etmesi mümkün değildir.

Durum böyle olunca evlerin yüksek inşa edilmesi meselesini de, bu durumun komşular için zarurî bazı faydaları tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığına göre değerlendirmek daha isabetli olabilir. Binaenaleyh şehir imar-iskan planlarının

³⁹⁰ Sirmen, *Çevre Etkileri*, 284.

³⁹¹ Bkz. Sirmen, *Çevre Etkileri*, 297-300.

³⁹² Bkz. Kallek, "*Hilafet ve İktisat*", 112.

³⁹³ Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 134.

³⁹⁴ Beyhakî, hadisin isnadının zayıf olduğunu, ancak şahidlerinin bulunduğunu söylemektedir. Diğer taraftan İbn Adî, el-Kâmil'de "komşunun izni olmadan binanı onunkinden yüksek yapıp rüzgar almasını önleme" şeklinde bir rivâyete yer vermektedir. Bkz. Kettânî, *et-Terâtibü'l-idâriyye*, II,305. Hadisin diğer kaynakları için bkz. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 63.

³⁹⁵ Bkz. Tesüfî, *el-Behçe*, II,653.

hazırlanmasında yerleşim birimlerinin, mesken dokunulmazlığını ve mahremiyeti, her evin ışık ve güneşten azâmî derecede faydalanmasını sağlayacak; evlerin görüntü alanını daraltmayacak ve hava sirkülasyonuna engel olmayacak şekilde planlanmasına özen gösterilmelidir.³⁹⁶ Dolayısıyla Şâfiî hukukçu **Nevevî** (676/1277)'nin de belirttiği gibi³⁹⁷ *Belediye imar kanun ve planları, o şehir veya kasabada oturanlar için bağlayıcıdır.* Bu durumda imar dışı çıkıntılar, kat ilaveleri, kapı-pencere açma gibi tasarruflar hukukî sınırlamaya tabi olacaktır.

Komşuluk ilişkilerine âyet ve hadislerde oldukça fazla yer verilmiş ve bu naslardan yola çıkarak İslâm fıkıh ekolleri ve müctehidler, özel mülkte tasarruf yetkisini büyük bir titizlikle komşuluk hukuku açısından ele almış olmalarına rağmen; kişinin kendi mülkündeki tasarruflarının komşuya zarar vermemekle mukayyed olduğu fikri oldukça eski devirlere uzanan bir düşünce olmakla birlikte, bu düşüncenin lâıyık olduğu ilgiye ancak modern çağda kavuşabildiği, bunun da toplumsal hayatın gelişmesi ve iktisadî canlılığın sonucu olduğu iddiası³⁹⁸ İslâm hukuku açısından ciddiye alınacak bir iddia değildir. Zira fıkıh literatürüne bir göz atmak bu iddianın reddi için yeterlidir. Fakat uygulamayı da yansıtmaması bakımından *Osmanlı Devleti'nde komşuluk ilişkilerinin nasıl şekillendiğini gösteren şu anekdot oldukça ilgi çekicidir. "Osmanlılarda mahalle halkı, kendi aralarında toplum huzurunu bozanların mahalleden çıkarılmasını kadından isteyebiliyordu... Mahalle halkını rahatsız edenler, komşuya zarar veren ve saygısızlık edenler hakkında da bu tatbik edilmiştir. Fakat mahalle düzenini bozan şahıs, kurallara uyacağına söz verdiği takdirde mahalle halkı şikayetini geri almaktaydı."*³⁹⁹

Bu arada özel mülkte tasarruf serbestisi konusunda İslâm hukuk doktrininde söz konusu edilen fevkalâde önemli bir husus dikkat çekmektedir. Hanefî hukukçulardan **Sadruşşehîd** (536/1141), imar edilip planlanmış bir mahallede bulunan evini yıkmak isteyen şahsın, böyle bir yetkisinin olup olmadığından söz etmekte ve meseleyi şu şekilde açıklamaktadır: *"Şahıs, kıyas gereği söz konusu evini yıkabilir; zira kendi mülküdür. Fakat Ebu'l-Hasen el-Kerhî, evin yıkılmasının mahallenin harap olmasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle mal sahibinin böyle bir tasarrufta bulunamayacağı şeklinde fetvâ veriyordu. Kerhî'ye göre bu, istihsan türlerindedir."*⁴⁰⁰

Bu ictihadın bir benzerini **İbnü'l-Hümâm** (861/1456)'da görmekteyiz. Buna göre bir kimsenin evini yıkması durumunda evin bulunduğu sokak bundan zarar görecektse, tercih edilen görüşe göre buna engel olunur. Buna rağmen kişi evini yıkar ve bundan komşular zarar görürse, evi tekrar yapmaya zorlanamayacağını söyleyenler varsa da, şayet evi tekrar yapacak ekonomik güce sahipse, buna zorlanır.⁴⁰¹

Bu ictihadın gerekçesinde ifade edilen *"mahallenin harap olması"* ya da *"sokağın zarar görmesi"* durumunu, diğer evlerin kullanılamaz hale gelmesi şeklinde anlamak mümkün olduğu gibi, mahallenin tabii dokusunun, mimarî ve estetik yapısının bozulması şeklinde anlamak da mümkündür. Hatta böyle anlaşılması bizce daha isabetlidir. Zira bir evin yıkılmasıyla -evler birbirine bitişik de olsa- aynı mahalledeki diğer evlerin kullanılamaz hale gelmesi hem mümkün değildir, hem de yıkılmayı önleyecek destek tedbirlerin alınması imkan

³⁹⁶ Türk hukukçulardan Tekinay, özellikle daracık sokaklarda halkı güneşsiz ve havasız bırakacak yükseklikte binalar yapılmasının hukuken engelleneceğini söylemektedir. Bkz. Tekinay, *Eşya Hukuku*, I,472.

³⁹⁷ Nevevî, *el-Mecmû*, XIII,397.

³⁹⁸ Sadde, *el-Milkiyye*, 84.

³⁹⁹ Taşkömür, "Osmanlı Mahallesinde Beşeri Münâsebetler", 46.

⁴⁰⁰ Sadruşşehîd, *el-Hitân*, 130.

⁴⁰¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII,323.

dahilindedir. Bu durumda söz konusu gerekçeyi, mahallenin tabii dokusunu, estetiğini bozma şeklinde anlayabiliriz. Buna göre özel mülkteki tasarrufların tabii dokuyu ya da şehir mimarisi ve estetiğini bozacak nitelikte olması durumunda, hukukî sınırlamadan söz edilebilecektir.

Kalkı ki mülkiyette tasarrufta bulunmak esas itibariyle mübâhtır. Mübâh alanda ise idârenin şerfi çerçevede kalmak şartıyla ve bir maslahatı sağlamak amacıyla sınırlama ve düzenleme yetkisi vardır. Dolayısıyla özel mülkte tasarrufta bulunurken gerek fert, gerek kamu yararına olmak üzere idârenin belirlediği sınırlamalara uymak **Nevevi** (676/1277)'nin de ifade ettiği gibi zorunludur. Bu noktada özellikle makro ve mikro imar-iskan planlarına uygun davranmak oldukça önemlidir ve bu planlar hazırlanırken tarihi doku, şehir mimarisi ve estetiğinin muhafaza edilmesine özen gösterilmelidir. Bireylerin tasarruflarında bu planlara uygun hareket etmeleri zorunlu olduğu gibi, uygulamanın titizlikle yürütülmesini sağlamak da idârenin görevidir. Dolayısıyla bireylerin ya da idârenin ihmali, bir taraftan hukukî tecziyeyi gerektirirken, diğer yandan da kul hakkına tecâvüz niteliğindedir.

İslâm hukuk doktrininde maddî anlamda zarara sebebiyet veren mülkiyet tasarrufları hukuken sınırlandırıldığı gibi, mânevî zarar niteliğindeki tasarruflar da sınırlandırılmıştır. Herkesin kendi meskeninden dilediği gibi istifade etmesi ve mesken dokunulmazlığı temel prensiptir. Ancak bu yararlanmanın başkasına zarar verecek nitelikte olmaması gerekir. Nasıl başkasının meskenine izin almadan girilemezse, onun kapısından, bacasından, penceresinden veya bir başka yerinden içeriye de bakılamaz. Bu bakımdan pencereler başkasının mesken dokunulmazlığını ihlal etmeyecek şekilde yapılmalıdır. Bu cümleden olmak üzere başkasının aile mahremiyetinin görülmesine sebep olacak şekilde delik, kapı, pencere açmak, bina yükseltmek câiz değildir.⁴⁰² Özellikle günümüzde şehir imar-iskan planlarında evler/binalar arasında bırakılması gereken mesafenin belirlenmesi noktasında bu husus çok önemlidir.

İslâm şehirlerinin fizikî yapısını konu edindiği bir çalışmada **Yılmaz Can**, İslâm şehirlerinin yol düzeninde çıkmaz sokakların çokluğunun ve özellikle ilk dönem müslümanlarının, evlerini çok katlı yapmaktan kaçınmalarının aile mahremiyetine tecâvüzlerin önüne geçme düşüncesinin ürünü olduğunu söylemektedir.⁴⁰³ Bunun yanında aile mahremiyetini maksimum düzeye çıkarmak gayesiyle, sokağın her iki yanında sıralanan evlerin sokak kapılarının birbirine bakmamasına özen gösterildiğine⁴⁰⁴ dikkat çeken **Can**, bu noktada oldukça önemli bir tespitte bulunmaktadır. "*İslâm şehrinde ticarî faaliyetlerin yoğunlaştığı merkezî bölge ile, ikâmet bölgeleri arasında kesin bir ayırım mevcuttur. İslâm şehirlerinde bu ayırımın, çok belirgin tarzda ortaya konduğu görülmektedir. Bize göre söz konusu ayırımın, İslâm şehirlerinde çok bariz bir şekilde ortaya konması, İslâm toplumunun sosyal yapısı ile ilgilidir. Çünkü İslâmî hayat anlayışında aile hayatı mahremdir. Bu mahremiyeti, şehrin hareketli, herkese açık bölgesinde temin etmek mümkün değildir.*"⁴⁰⁵

Bireyin özel mülkündeki tasarruflarının komşunun aile mahremiyetine tecâvüz niteliğinde olmaması ve bu tür tasarrufların hukukî sınırlama gerekçesi sayılmasını İslâm hukuku, temel bir ilke olarak benimserken; *TMK* 661. maddesinde "*bir kimse mülkünü kullanırken hele sınaî işler yaparken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıklardan çekinmeğe mecburdur*" denilmişse de, bir şahsın binasına pencere açması, *MK* 661.

⁴⁰² Bkz. *Mecelle*, md.1202-1206.

⁴⁰³ Can, *İslâm Şehirlerinin Fizikî Yapısı*, 117-119,140.

⁴⁰⁴ A.mlf., a.g.e., 139.

⁴⁰⁵ A.mlf., a.g.e., 131.

maddesine uyan komşuluk hukukunu ihlal niteliğinde görülmemiştir.⁴⁰⁶ "Kişinin kendi mülkünde pencere açması, mülkiyet hakkından doğan yetkinin kullanılmasından ibaret olup, davalının pencere açtığı duvarın davacının taşınmaz malı ile hat teşkil etmesi, pencerenin kapatılmasını gerektirmez. Davalıyı pencere açmaktan men etmek, bu hususta kanunda açık hükümlerin varlığına bağlıdır. *Medeni Kanun* taşınmaz mal mülkiyetinin sınırlandırılmasını açıklayan ve sayan maddelerinde olaya uygulanması mümkün bir hüküm yoktur. *Anayasanın teminat altına aldığı mülkiyet hakkının ise kanun hükümleri dışında veya dinî tesirlerle kayıt altına alınması tecviz edilemez.*" (HGK. 13.01.1954 T. 5/1 E. 1 K.)

Ancak pencereyi açan malik, komşuyu zararlandırıcı eylemlerde bulunmamak zorundadır; böyle bir eylem olduğu takdirde önleyici gerekli tedbirler alınabilir. Meselâ, kafes tel konulmak suretiyle komşu bahçesine bir şey dökülmesi veya atılması önlenabilir.⁴⁰⁷

Bu konuda *Yargıtay* kararlarında tam bir yeknesaklık bulunmadığına dikkat çeken **Tekinay**, bu gibi meselelerle ilgili olarak görüşünü şu şekilde ortaya koymaktadır: "*Kanaatimizce pencere, kapı ve balkon açmak gibi eylemlerin "aşırı bir müdahale" veya "taşkınlık" sayılarak 661. maddenin uygulanmasında, imar mevzuatına aykırılık şüphe yok ki önemli bir etkidir; fakat her somut olayda bu tür eylemlerin, komşunun özel hayatına kabul edilemeyecek ciddi bir müdahale teşkil edip etmeyeceği, toplumsal ilişkilerin özellikleri dikkate alınarak araştırılmalıdır.*"⁴⁰⁸ Diğer taraftan **Esin Örucü** de, *Türk Pozitif Hukukunda* mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların sebeplerini sayarken, "*dinsel nedenler*" de sebepler arasında zikretmektedir.⁴⁰⁹

Özel mülkte tasarruf yetkisinin komşunun aile mahremiyetine tecâvüz niteliği arz etmesi durumunda *Türk Pozitif Hukukunda* konuya yaklaşım bu şekilde olmakla birlikte, mülkiyet tasarruflarının fert ve kamu yararına sınırlandırılması hususu temel bir prensip olarak benimsenmiştir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının kullanılması vesilesiyle başkalarının sağlığını, huzur ve sükûnunu tehdit eden; halkın güneşten, denizden ve diğer doğal servetlerden yararlanmasına engel olan, yerleşim merkezlerinin estetiğini bozan, doğayı çirkinleştiren, daracık sokaklarda halkı güneşsiz ve havasız bırakacak şekilde binalar yapılması... hukuken engellenir.⁴¹⁰

Bu bölümü hitama erdirirken son olarak oldukça önemli olduğuna inandığımız, son derece dikkat ve titizlik gerektiren bir hususu belirtmek isteriz. İslâm hukukunda hak kavramı ve hakların mutlak olup olmadığı, buna bağlı olarak bir müctehide ya da fıkıh ekolüne "*mutlak hak*", "*ferdiyetçi görüş*", "*sosyal görüş*" gibi kavramlar nisbet edilirken oldukça dikkatli olmak gerekmektedir. İslâm hukukunun esasen "*mutlak hak*" fikrini benimsemediği ve bu anlamda İslâm'da herhangi bir hakkın bulunmadığı daha önce çeşitli vesilelerle ifade edilmişti. Dolayısıyla bu kavramların bir müctehid ya da mezhebe ve daha genel anlamda İslâm hukukuna nisbet edilmesi, ancak, "*hak*" kavramının "*milk*" kavramıyla birebir örtüştüğünü söylememiz/söyleyebilmemiz halinde mümkün olabilir ki, böyle bir durum söz konusu değildir. Durum böyle olunca İslâm hukukunda hak kavramını konu edinen ya da bu meseleye de yer veren bazı çağdaş İslâm hukuku eserlerinde, bir müctehid ya da mezhebe nisbet edilen yukarıdaki kavramları, mülkiyet hakkı ile sınırlı düşünmek gerekmektedir.

⁴⁰⁶ Tekinay, Yargıtay'ın bazı eski kararlarında, büyük bir olasılıkla geleneklerin etkisi altında, komşuya bakan pencerelerin kapatılması gerektiği sonucuna vardığını, fakat sonradan bu ihtiyadını değiştirdiğini söylemektedir. Bkz. Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 72.

⁴⁰⁷ Olgaç, *Türk Medeni Kanunu Şerhi*, 642,661.

⁴⁰⁸ Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 73.

⁴⁰⁹ Diğer sebepler için bkz. Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 88.

⁴¹⁰ Bkz. Tekinay, *Eşya Hukuku*, I,471-472.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FERT YARARINA SINIRLAMALAR

Adâlet ve denge esasları üzerine kurulu olan İslâm hukuku, ne bireylere rağmen toplumu ne de topluma rağmen bireyleri korumuştur. Bilakis maslahat-mefsedet dengesini, bütünüyle toplumsal olandan tamamen kişisel olan her davranış ve tasarrufta aramış, bireyle toplum arasında âdil bir denge kurmaya çalışmıştır. Aslında hayatını diğer insanlarla birlikte ve bir toplum içinde geçiren insanın hiçbir faaliyet ve tasarrufunun tesirinin/sonuçlarının tamamen kişisel olduğunu söylemek mümkün değildir. Doğrudan ya da dolaylı olarak içinde yaşadığı cemiyeti de ilgilendiren bir boyutu mutlaka söz konusudur. Dolayısıyla İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen herhangi bir sınırlamanın amacının, -oldukça sınırlı ve yoruma kapalı (teabbüdü) kabul edilebilecek bazı hususlar dışında- fert yararını mı, yoksa kamu yararını mı sağlamaya dönük olduğunun tespiti tamamen ictihadî bir faaliyettir ve tağlîb yoluyla olmaktadır. Yani söz konusu sınırlamanın, öncelikle fert yararını ya da kamu yararını sağlamayı amaçladığı ifade edilmiş olmaktadır. Nitekim İslâm hukukçularının zaman zaman aynı meseleyi her iki duruma da örnek göstermeleri, ya da bir hukukçunun fert yararına dediği bir husus için diğerinin kamu yararından söz etmesi de bu halin bir yansımasından ibarettir.

İslâm hukukunda prensip itibariyle kişisel yarar (maslahat) ile kamu yararının çatışması halinde öncelik, kamu maslahatının sağlanması ya da kamudan zararın giderilmesine verilir. Aynı şekilde bireysel iki yararın çatışması durumunda da, öncelikle malik ve zilyed olan şahsın maslahatı sağlanmaya çalışır. Fakat bununla birlikte bireysel yararların çatışması halinde sorun, bir denge sorunudur ve mesele yarar-zarar dengesi ya da hasarın denkleştirilmesi gibi yöntemlerle çözüme kavuşturulur.

İslâm hukuku doktrinde bireylerin muhtemel zararlardan korunması ve kişisel yararlarının sağlanması amacıyla bazı hukukî müessese ve düzenlemelerin devreye sokulduğu görülmektedir. Genel anlamda şahısların bütün hayatını kuşatan bu tür düzenlemelerin bir kısmı, doğrudan mülkiyetle ilgilidir.

Bu noktada hemen şunu ifade edelim ki, İslâm hukukunda fert yararına getirilen özel mülkiyet sınırlamalarının büyük bir kısmı komşuluk ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu husus, "*İslâm Hukuk Doktrinde Özel Mülkte Tasarruf*" bölümünde genişçe ve bol örneklerle ele alındığı için, tedâhüle de meydan vermeme açısından bu bölümde, komşuluk ilişkileri dışında diğer fert yararına sınırlamalardan söz edilecektir.

İslâm hukukçuları fert yararına hukukî düzenlemeleri başlıca iki şekilde ele almışlardır:¹

Bizzat mal sahibi yararına getirilen sınırlamalar: Yaş küçüklüğü, akıl zayıflığı (bunama), akıl hastalığı, harcamalarda tedbirsizlik (sefeh) gibi sebeplere bağlı olarak getirilen sınırlamalar bu şekildedir.

Diğer (üçüncü) şahıslar lehine getirilen sınırlamalar: Borçluluk, iflâs, ölümle sonuçlanan hastalık, rehin gibi sebeplere bağlı sınırlamalarda ise diğer şahısların maslahatı düşünülmüştür.

Sınırlamalarla güdülen amaç ve kapsam bakımından özel mülkiyete fert yararına getirilen sınırlamaları bu şekilde bir sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür. Ancak biz İslâm hukukunda fert yararına getirilen özel mülkiyet sınırlamalarını, hukuk tekniği bakımından daha

¹ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,295; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,91; Mer'â b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 147; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 300; Şeltût-Sâ'is, *Mukârenetü'l-mezâhib*, 141; Mahmasânî, *el-Mebâdi*, 127; Karadâvî, *el-İktisâd*, 55,271-273.

isabetli olacağına ve sistematik bir bütünlük arz edeceğine inandığımız için, sınırlamanın kaynağını esas almak suretiyle bir tasnifte bulunmaya çalışacağız. Buna göre konuyu iki ana başlıkta toplayabiliriz. Sınırlama ya bireylerin irade beyanından ya da doğrudan düzenleyici-sınırlandırıcı bir kanun hükmünden kaynaklanır. Diğer bir ifadeyle özel mülkiyete fert yararına getirilen sınırlamaların bir kısmı iradî, diğer bir kısmı ise kanunîdir.

I. İRADÎ SINIRLAMALAR

İslâm hukukunda bireylerin irade beyanları sonucu ortaya çıkan mülkiyet sınırlamaları, başlıca üç şekilde kendisini gösterir. Ya birey, sözleşme serbestisi yetkisine dayanarak malik olduğu nesneyi belli bir hukukî işleme konu edinmek istemiştir ve bu işlem de yapısı gereği bir takım sınırlamaları öngörmektedir; ya hukukî işleme konu edilen nesneye başkalarının aynî hakkı taalluk etmekte ve bu durum onu, sahip olduğu nesnede istiklâl üzere tasarruftan alıkoymakta yani yetkilerini sınırlamaktadır; ya da malik olunan nesnede tasarruf yetkisi şartla takyid edilmiştir.

A. HUKUKÎ İŞLEMİN YAPISINDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Bazen bireyin sahip olduğu nesnede tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, hukukî işlemin yapısından kaynaklanır. Mülkiyetin iktisab edilmişindeki hukukî işlemin niteliği ya da başka bir hukukî işleme konu edilmiş olması, malikin serbest tasarrufta bulunmasına engel teşkil eder. İşte bu bağlamda fâsid akid, âriyet ve karz akidleri ele alınacaktır.

1. Fâsid Akid

Gerek ibâdet gerek muâmelatla ilgili bazı hususların Kanun koyucu (Şârî') tarafından yasaklandığı bilinmektedir. Ancak bu yasağın nasıl anlaşılması gerektiği, diğer bir ifadeyle *nehyin yorumu* hukuk metodolojisi ve hukuk felsefesi açısından son derece önemli bir konudur.

Acaba Kanun koyucu herhangi bir şeyi yasaklarken bununla neyi amaçlamıştır; yasak, etki bakımından tek dereceli midir, yoksa etki ve amaç bakımından bir derecelenmeye tabi midir? İşte bu ve benzeri sorular, nehyin yorumunun, daha özel bir ifadeyle nehy-fesâd ilişkisinin ortaya konulmasını gerektirmektedir. Nitekim nehyin yorumu, İslâm hukuk metodolojisinde oldukça önemli bir yer işgal etmekte ve fıkıh mektepleri, müctehid ve hukukçular arasındaki ihtilafların önemli bir bölümü, nehyin yorumundaki yöntem farklılıklarından kaynaklanmaktadır.

Nehyin, muhatabın söz konusu fiili yapmasını haram veya mekruh kılıcı bir sonucu, yani muhatabın fiilini hedef alan bir yönü olmasının yanında, yasağa rağmen o işin işlenmesi halinde hangi derecede bir hukukî sonuç doğuracağına da etkisi vardır. Diğer bir ifadeyle yasaklanan işin yapılması, failin âhirette ve dünyada belli bir ceza ile cezalandırılmasını gerektirebilir. Bunun yanısıra, yasağa rağmen işlenen bu fiil ne ölçüde hukukî geçerlik ve muteberlik taşır.² İşte bu noktada fıkıh ekolleri ve fakihler arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

² Apaydın, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, 51.

Mükelleften sâdir olan meşru fiilleri, şer'an gerekli rükün ve şartları taşıyıp taşıyamamasına göre cumhur fukaha iki kısma ayırırken, Hanefî mezhebi üç karegoride değerlendirmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, Hanefî fakihler ile diğer hukukçular arasındaki bu farklı kategorilendirme, sırf muâmelât alanında söz konusudur. İbâdetlerde ise, bu tür bir ihtilaf bulunmamaktadır. Buna göre şer'an belirlenmiş rükünleri ve şartları taşıyan, diğer bir ifadeyle kendisinden beklenen hukukî sonuçları meydana getiren fiiller *sahih*; rükünler veya bu rükünleri ayakta tutan temel hususlardan birindeki eksiklik yüzünden Şâri'in emrine aykırı olan hukukî muâmeleler *bâtıl*; hukukî muamelenin rükünler ve bu rükünleri ayakta tutan temel hususlar bakımından Şâri'in emrine uygun olmakla beraber, bu unsurların dışında kalan şartlardan birinde Şâri'in emrine aykırı olmasına da *fâsid* denilmektedir.³ Diğer bir deyişle *fesâd, bir ibâdet veya hukukî işlemin, vasıf ve şartlarındaki eksiklik ve bozukluk sebebiyle hükümsüz olması olup, bu durumdaki fiil ve işleme de fâsid denir.*⁴ Hanefî hukukçulara göre fâsid, hukukî sonuç doğurmaktadır. Nitekim *Mecelle'de "bey'-i fâsid indel kabz nâfiz olur ve hüküm ifade eder"* denilmiştir.⁵ Hanefîlerin dışında kalan cumhur hukukçulara göre ise, bâtil ile fâsid aynı şeydir ve hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.⁶

Muâmelât alanında bâtil ile fâsid arasında ayırım yapan Hanefî mezhebine göre fâsid işlemler, şer'an taraflarca bozulması gerekmesine ve hoş bir işlem olmamasına rağmen maddi/fiilî varlığı yanında bir de hukukî varlığı vardır. Esasen fesih hakkının varlığı da bu hukukî varlığa dayanır.⁷ Söz gelimi fâsid akidde satıcının izniyle gerçekleşen malın teslim ve tesellümü ile (kabz) mülkiyet sonucu doğar.⁸ Zira Hanefî hukukçulara göre, bir fiilin haram olması o fiilin, hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesine engel teşkil etmez. Diğer bir ifadeyle *nehîy, bir şeyin hüküm ifade etmeyeceğine değil, o şeyin masiyet olduğuna delâlet eder.*⁹ Binaenaleyh bir malın şarap karşılığında satımı, belirsiz bir vade ile satımı Hanefî mezhebine göre fâsid olmakla birlikte, bu tür satım sözleşmeleri, mebi'in mülkiyetinin, müşteriye geçmesine mani değildir. Dolayısıyla bu gibi akidler teslim ve tesellüm ile hüküm yani mülkiyet ifade ederler.¹⁰ İşte bu kavramların bizi ilgilendiren boyutu da burası olmaktadır. Çünkü ortada şer'an hoş olmasa da bir mülkiyet ilişkisi vardır.

Hanefî hukukçulara göre fâsid akid, mülkiyet ifade etmekle birlikte, mülkiyet sebebinin fâsid olmasından dolayı, meydana gelen mülkiyet, ortadan kaldırılması gereken haram bir mülkiyettir. Fâsid alım-satımda akdin gereği olarak mülkiyet sabit olmuş, nehyin gereği olarak da böyle bir işlem haram olmuştur. Burada mülkiyet ile haramlığın bir araya getirilmesi Hanefî hukukçulara göre bir çelişki teşkil etmez. Çünkü *bir kimsenin bir şeye malik olması, fakat o şeydeki haramlık sebebiyle tasarrufta bulunamaması mümkündür.*¹¹

Satıcının izni ve teslim tesellüm ile mülkiyetin müşteriye intikal ettiğinde ittifak eden Hanefî fakihler arasında, bu mülkiyetin nasıl bir mülkiyet ifade ettiği tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar **Kâsânî** (587/1191), fâsid akidle kazanılan mülkte müşterinin sırf tasarrufa ehil olup, ayndan doğrudan yararlanma (intifa) hakkının ise bulunmadığı hususunda Hanefî hukukçular arasında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmadığını söylüyorsa

³ Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,299; Kâsım el-Konevî, *Enîsü'l-fukahâ*, 209. الصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، والغاسد مشروع بأصله لا وصفه.

⁴ Apaydın, "Fesad", XII,417.

⁵ *Mecelle*, md. 366,371.

⁶ Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,299; Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, III,7,13. Ayrıca bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, II,698.

⁷ Apaydın, "Fesad", XII,420.

⁸ Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,304; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI,99.

⁹ Apaydın, a.g.e., 65.

¹⁰ Kâsım el-Konevî, *Enîsü'l-fukahâ*, 209.

¹¹ Apaydın, a.g.e., 64.

da¹²; **İbn Nüceym** (970/1562)'in de işaret ettiği gibi, *Belh* bölgesi hukukçuları, kabz ile müşterinin, mebi'de tasarruf yetkisine sahip olduğu gibi, aynı zamanda ayna da malik olduğu görüşündedirler. Bu görüşe göre müşteri hem intifa hem de tasarruf yetkilerine sahiptir. **İbn Nüceym**'in tercihi de bu doğrultudadır.¹³ Çoğunluğu teşkil eden *Iraklılara* göre ise, müşteri sırf tasarruf yetkisine sahiptir; ayndan direkt istifade (intifa) etmesi ise câiz değildir.¹⁴

Çoğunluğa ait bu görüşe göre, fâsid akidle elde edilen mülk (çünkü bu, habis (pis) bir mülkiyettir), sahih akidle kazanılan mülk (tîb (temiz, helal) mülkiyet) gibi değildir ve şahsa aynı yetkileri vermez. Bu hukukçular, mebi'in aynından direkt istifade (intifa) ile, onu hukukî işlemlere konu edinebilmeyi farklı mütala etmişlerdir. **Yunus Apaydın**'ın cümleleriyle ifade etmek gerekirse, "*müşteri, fâsid akid ile malik olduğu mebi'de, satım, hibe, icâre vb. gibi, mebi'in kendisinden direkt olarak yararlanmadığı bütün tasarrufları yapabilir. Ancak bizzat mebi'den yararlanmayı ihtiva eden, yeme, içme, giyme, araba ise binme, ev ise oturma gibi tasarrufları yapması helal değildir. Çünkü fâsid akidle sabit olan mülkiyet, habis (pis) bir mülkiyettir. Pis mülkiyet ise, kaldırılması vâcib olduğu için yararlanma serbestliği vermez. Mebiden yararlanmakta, fesâdın devam ettirilmesi durumu vardır. Fâsid akdin kabzdan önce hüküm ifade etmemesi de, teslim etmek suretiyle fesâdı takrirden kaçınmak içindir.*"¹⁵

Dolayısıyla bu mülkiyet, sahih akidle sağlanan mülkiyet gibi mutlak değil feshinin gerekli olması sebebiyle *nevi şahsına münhasır bir mülkiyettir*.¹⁶

Öte yandan fâsid akdin alıcıya (müşteri), intifa sağlamayan, fakat tasarruf imkanı veren bir nevi mülkiyete sebep teşkil etmesi yaklaşımı, **Hayreddin Karaman**'ın da isabetle belirttiği gibi, *üçüncü şahısların korunması amacını da gütmektedir*. Çünkü oldukça çok ve karmaşık olan fesâd sebeplerinden üçüncü şahısların haberdar olmamaları tabiidir.¹⁷

O halde Hanefî fakihler, fâsid akidle elde edilen mülkte tasarruf yetkisinin tabii olduğu hukukî sınırlamaların tayininde, *tasarrufun, fesâdı takrir anlamı taşıyıp taşıyamamasını* bir kriter olarak belirlemiş olmaktadır. Bu durumda, âyet ve hadislerle yasaklanan hususlardan sakınma konusunda bireylerin hassasiyetinin devamını sağlama ve fesâd halini hukukun himaye ettiği gibi bir görüntü vermeme açısından, bu şekilde elde edilen mülkiyet farklı mütala edilmiş ve aynın mülkiyetine sahip olan müşterinin, esasen bir tasarruf şekli olan ayndan doğrudan yararlanma (intifa) yetkisi hukuken sınırlandırılmıştır.

Diğer taraftan bu yaklaşım, aynı zamanda Hanefîlere göre mülkiyetin, her halükarda mülk konusu nesneden faydalanmanın (intifa) helal olmasını gerektirmediğinin de bir göstergesidir.¹⁸

2. Âriyet (Ödünç)

Âriyet, bir kimseye bedelsiz olarak belli bir süre kullanmak üzere bir malın verilmesini ifade eden bir fıkıh terimidir. Türkçe'de "*iğreti sözleşmesi*" de denilen âriyet akdinin temel özelliği belli bir süreyle kayıtlı olması, bir malın tüketimini değil kullanımını (intifâ) konu

¹² Bkz. Kâsânî, *el-Bedâi*, V,304. إن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا

¹³ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI,100-101.

¹⁴ Kâsânî, *el-Bedâi*, V,304; İbn Nüceym, a.g.e., VI,100-101.

¹⁵ Apaydın, a.g.e., 141. Krş. Kâsânî, a.g.e., V,299,304; İbn Nüceym, a.g.e., VI,100-101. Ayrıca bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, II,679-686; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV,161; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II,270-273; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,55-56,66.

¹⁶ Apaydın, "*Fesad*", XII,420. Krş. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV,162.

¹⁷ Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II,273.

¹⁸ Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,66.

alması ve bedelsiz olmasıdır.¹⁹ Özellikle bu son özellik dikkate alındığından âriyet, malik olunan nesnenin menfaatinde bir süre vazgeçmeyi ve bedelsiz olarak başkasının kullanımına vermeyi ifade etmesi sebebiyle hukukî olmaktan önce, sosyal amaçlar taşıyan ahlâkî bir davranıştır. Nitekim *Mâûn Sûres*'nin "onlar mâûnu reddederler/engel olurlar" şeklindeki 7. âyeti **İbn Mes'ûd** (32/652) gibi bazı sahabîler tarafından kişinin günlük hayatında ihtiyaç duyduğu kap, tencere, iğne, tarak gibi ev gereçleri şeklinde anlaşılmiş ve bunların komşulardan esirgenmesi olarak yorumlanmıştır.²⁰

Binaenaleyh âriyet, gerek *Kur'ân*'da gerek Hz. *Peygamber*'in sözlerinde ve örnek davranışlarında insanlar arasında yardımlaşmayı, birbirinin sıkıntı ve ihtiyacını gidermeyi teşvik eden birçok genel ilkenin, günlük hayatta ihtiyaç duyulan bazı eşyaların herhangi bir bedel ödenmeksizin karşılanmasına yönelik özel şekli niteliğindedir. Bu tür yardımlaşma ve fedakârlıkların birebir insanî ilişkilere ve toplum hayatına son derece olumlu yansımalarının olacağı muhakkaktır. Ancak biz âriyetin hukukî niteliğini tespitte çalışacak ve bu durumun özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlanmasına olan yansıması üzerinde duracağız.

a. Âriyetle Elde Edilen Yetkinin Hukukî Niteliği

Âriyetin hukukî niteliği hususunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Hanefî ve Mâlikîlere göre *âriyet*, *menfaatin bedelsiz temlikini ifade eden bir işlemdir*.²¹ Dolayısıyla müsteîrin sahip olduğu yetki milk nitelikli bir yetkidir. Şâfiî ve Hanbelîler ile Hanefîlerden **Kerhî** (340/952)'ye göre ise *âriyet*, *temlikî bir işlem olmayıp müsteîre sırf yararlanma hakkı veren ibâha nitelikli bir yetkidir*.²²

Âriyetin hukukî mahiyetini belirleme hususundaki bu iki görüşün pratik sonucu, müsteîrin tasarruf yetkisinde kendini gösterir. Birinci tarife göre âriyet alan (müsteîr), sahip olduğu yetki milk nitelikli olduğu için muârî (âriyet konusu nesneyi), kullanana göre farklılık arz etmeyen şahıslara iâre edebilir.²³ Dolayısıyla bu görüşe göre âriyet verenin rakabeye (çıplak mülkiyet) sahip olması şart değildir; menfaate malik olması yeterlidir. Bunun sonucu olarak Hanefî ve Mâlikîlere göre sadece mal sahipleri değil, âriyet alanlar ve kiracılar da menfaatine malik oldukları malları âriyet olarak verebilirler.²⁴ Hatta bazı Hanefî kaynakları, âriyet verenin âriyeti kimin kullanacağını belirlemiş olmasının da bu hükme bir tesirinin olmadığını yazar.²⁵ Fakat Mâlikîlere göre bu husustaki şartlara riayet zorunludur.²⁶

İkinci görüşe göre ise âriyet, menfaatin ibâhası olduğundan başkasına ibâha edilemez, müsteîr yalnızca kendisi kullanabilir.²⁷ Son dönem hukukçularından **Kadri Paşa** (1306/1888)'nin kodifikasyonunda Hanefî ve Mâlikîlerin görüşü esas alınmıştır.²⁸

¹⁹ Bardakoğlu, "Hukukî ve Ticarî Hayat", 390.

²⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 262; S.H. Hân, *Ravdatü'n-nediyye*, II, 313.

²¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 213; Kâsım el-Konevî, *Enîsü'l-fukahâ*, 251; Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-inâye*, II, 448; Ebu'l-Bekâ, *el-Külliyât*, 48; Şenkîti, *el-Mevâhibu'l-celîl*, IV, 67. العارية: تمليك المنافع بغير عوض. *Mecellé*'de de (md.812) âriyet alanın menfaate malik olacağı esas benimsenmiştir. "Müsteîr bilâ bedel âriyetin menfaatine malik olur."

²² Gazzâlî, *el-Vasîf*, III, 367; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 128; Nevevî, *Tahrîru't-tenbîh*, 233; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII, 52.

العارية: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه. Tanım Nevevî'ye aittir.

²³ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 215; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhûr*, III, 483.

²⁴ Gözübenli, "Âriyet", III, 378.

²⁵ Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhûr*, III, 483.

²⁶ Şenkîti, *el-Mevâhibu'l-celîl*, IV, 67.

²⁷ Bkz. Gazzâlî, *el-Vasîf*, III, 367; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhûr*, III, 483. Krş. Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 429.

²⁸ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.773.

Hukukî nitelik bakımından âriyetin ister bedelsiz temlik, ister ibâha olduğu kabul edilsin, her hâlükârda muîrin âriyet konusu nesne ile mülkiyet ilişkisi devam etmektedir.²⁹ Menfaatin bedelsiz temlikî görüşüne göre, âriyetle ilgili hukukî düzenleme ve sınırlamalarda malik iki şahıs arasındaki ilişkilere uygulanan hükümlerden söz edilecek ve ileride bu açıdan ele alınacak olan kira, rehin, ortak malda tasarruf gibi hususlarla ilgili hukukî sınırlamaların tamamı burada da geçerli olacaktır. Menfaatin ibâhası görüşüne göre ise, îârede bulunan şahsın, âriyet konusu (mahal) ile olan mülkiyet ilişkisi hem rakabe, hem de menfaati kapsayacak şekilde devam etmektedir. Zira menfaatin mülkiyetini müsteîre devretmemiş, geçici bir süre yararlanması hususunda izin vermiştir. Yani âriyet konusu nesne üzerinde iki şahıstan biri milk, diğeri ise ibâha türü bir yetkiye sahiptir.

b. Âriyetten Rucu

Mâlikî fakihler, îârenin zaman tayin edilerek ya da bir iş üzerine yapılması durumunda, sürenin dolması veya işin görülmesinden önce îâreden dönülemeyeceği, yani bağlayıcı olduğu görüşündedirler. İâre işleminin mutlak yapılması halinde de, örfle mukayyed olduğunu söylerler.³⁰

Mâlikîler dışındaki İslâm hukukçularına göre ise, prensip itibariyle îâre gayri lâzım bir akiddir, muîr istediği zaman rucû edebilir.³¹ *Mecelle'de* (md.806) bu görüş "*Muîr istediği vakit îâreden rucû edebilir*" şeklinde ifade edilmiştir.

Öte yandan îâreden rucûun müsteîre zarar vermesi durumunda **İbn Ebî Leylâ** (148/765), **Kâdî Şurayh** ve Şâfiî (204/819)'ye göre, muîrin bu zararı tazmin etmesi gerekir.³²

Şâfiî'ye göre, îâre ister mutlak ister muvakkat olsun, şayet âriyet mahalli bir arazi ve buraya bina yapılmış ise, binanın tahliye günündeki kıymetini ödemediği muîr îâreden rucu edemez. Çünkü bu durumda îâreden dönme, açık bir şekilde âriyet alanın zararına yol açmaktadır. Fakat âriyet veren, "*süre bittiğinde yaptığın binayı yıkacaksın*" şeklinde bir beyanda bulunmuş ise, süre biter bitmez bina yıktırılır. Zira bu durumda söz konusu zarara bizzat kendisi razı olmuştur, îâre verenin herhangi bir sorumluluğu yoktur.³³

Hanefî hukukçulara göre ise, îâre için bir zaman belirlenmişse (muvakkat îâre), bu süre dolmadan âriyetten rucû -mekruh olmakla birlikte- mümkündür; ancak müsteîrin maruz kaldığı zararın tazmini gerekir. Bu noktada Hanefîler, *îâre mahallinde yapılan faaliyetlerin nihayete ereceği makul bir zamanın olup olmamasına göre bir ayırımı gitmektedirler*. Buna göre söz gelimi ağaç dikmek ya da bina yapmak üzere araziye âriyet verme ile ziraat için âriyet verme birbirinden farklıdır. Ağaç dikmek veya bina yapmak üzere yapılan âriyet sözleşmesinde rucû açısından hüküm yukarıda açıklandığı şekildedir. Ziraat için yapılan âriyet sözleşmesinde îâre zamana bağlı olsun olmasın ürün hasad edilinceye kadar âriyet veren rucû edemez. Çünkü tarladaki ekin süreklilik arz etmeyip, mutlaka kaldırılması gereken bir zamanı söz konusudur. Dolayısıyla arazinin değer kirası (ecr-i misil) karşılığı hasad zamanına kadar âriyet uzatılabilir ve böylece iki hak da gözetilmiş olur. Yani hasad zamanına kadar

²⁹ Bkz. Kadri Paşa, a.g.e., md.775.

³⁰ İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 408; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,262; Karâfi, *ez-Zehîra*, VI,221; İbn Abdirrafi', *Muînu'l-hukkâm*, II,399-400; Şenkitî, *el-Mevâhibu'l-celîl*, IV,68,71.

³¹ Şâfiî, *el-Üm*, VII,208-209; Tahâvî, *el-Muhtasar*, 116; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, VII,118; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,137; Ebu Ya'lâ, *Kitâbu't-temâm*, II,63; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,189; Merğînânî, *el-Hidâye*, III,213-214; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,262; Hülî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,171; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III,57; İbn Receb, *el-Kavâid*, 148; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,324; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,448-449; Eттаfeyyîs, *Şerhu'n-nîl*, XII,126,129; Abdilber, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 597.

³² Şâfiî, *el-Üm*, VII,209.

³³ Şâfiî, *el-Üm*, VII,209; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, VII,126.

âriyet uzatılmakla âriyet alanın; "Izdirar gayrın hakkını iptal etmez"³⁴ kaidesi gereği bir zaruret sonucu uzatılan âriyet işleminin, uzatmaya tekâbül eden kısmı için ecr-i misil takdir olunarak da iâre verenin hakkı korunmuş olmaktadır.³⁵ Halbukî ağaç dikme böyle değildir. Zira ağacın söküleceği bir zaman bulunmamaktadır, kalıcıdır, bu da malikin (muîr) zararınadır. Binaenaleyh malikten zararı giderme bakımından ağacın söktürülmek suretiyle arazinin tahliyesine hükmedilir.³⁶ Hanefî fikhını esas alan son dönem İslâm hukuku kanunlaştırılmalarında bu yaklaşım aynen benimsenmiştir.³⁷

Bu arada **Ahmed b. Hanbel** (241/855)'den daha sahih kabul edilen rivayete göre, iâreden güdülen amaç hasıl olmasa da muîr, istediği zaman iâreden rucû edebilirse de, müteahhir Hanbelî hukukçular, *rucûun müsteîre zarar vermemesi* gerektiğini söylemişlerdir. Söz gelimi yük taşımak için gemi, ziraat için arazi âriyet verildiğinde, âriyetin amacı gerçekleşmeden rucû edilemez. Yani yük taşınmak istendiği yere ulaştırılincaya, ürün de hasad edilinceye kadar iâre uzatılır. Aksi takdirde bundan müsteîr zarar görür.³⁸ Bu durumda uzatmaya karşılık gelen kısım için ücret talep edilip edilemeyeceği meselesinde iki görüş bulunmakla birlikte meşhur olan, ecr-i misil istenilebileceği görüşüdür.³⁹

Diğer taraftan İbâdiyye mezhebine göre ise zaman veya mekanla takyid edilerek yapılan iâre sözleşmesinde, şartın tahakkukundan önce âriyetten rucû etmek, hukuken olmasa da diyâneten haramdır. Çünkü bu durumda ahde vefa gösterilmemiştir, halbuki Yüce Allah ahde vefayı emretmektedir.⁴⁰ Bununla birlikte yük taşımak için hayvan, giymek için elbise vb. ödünç alınmış ve iâreden rucû müsteîre zarar veriyorsa, bu durumda muîr âriyetten rucû edemez; müsteîr ihtiyacını giderecek bir şey buluncaya kadar ona mühlet verilir.⁴¹ Bu arada *TBK*'da mutlak âriyetten istenildiği zaman dönülebileceği ifade edilmiştir.⁴²

Âriyet aslında bir ihtiyacın ürünüdür. Zira insanlar, bir eşya ya da hizmete ihtiyaç duyduklarında ya da başkasının böyle bir ihtiyacını gördüklerinde iâre yoluna başvururlar. Binaenaleyh *âriyette bulunmaya sebep teşkil eden amaç gerçekleşmeden, hizmet ya da ihtiyaç karşılanmadan muîrin iâreden rucû etmesi, aslında iâre müessesesinin amacına aykırıdır. Esasen başkasına yardımcı olmayı hedefleyen bu işlem, amacın tahakkukundan önce rucû halinde, yardım bir yana zarara bile sebep olabilir.* Dolayısıyla iâreden rucûun, müsteîre zarar vermemesi gerekir. Yani âriyet veren şahsın rucû yetkisi, âriyet alanın zarar görmemesi şartı ile sınırlıdır.⁴³ Binaenaleyh *âriyet, iâre konusu nesnenin mahiyeti ve iârenin amacına göre, maksat tahakkuk edinceye kadar bağlayıcı kabul edilmelidir. Âriyet mahallinin mahiyeti ve amacın tayini ise, aksine bir hüküm bulunmadığı sürece örfen belirlenecektir.*

c. Âriyetin Hukukî İşlemlere Konu Edilmesi

Âriyetin hukuken bağlayıcı bir akid olup olmadığı tartışmasının devamı niteliğinde olmak üzere İslâm hukuk doktrininde tartışılan bir husus da, âriyetin hukukî işlemlere konu

³⁴ *Mecelle*, md.33.

³⁵ Zerkâ, *Şerhu'l-kavâid*, 115,159-160.

³⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,216; İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 157; Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-İnâye*, II,455.

³⁷ *Mecelle*, md.831-832; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.785.

³⁸ Mer'a b. Yûsuf, *Delîlüt-tâlib*, 159; İbn Receb, *el-Kavâid*, 148; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*,327-328.

³⁹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 148.

⁴⁰ Mâide 5/1; Saf 61/2.

⁴¹ *Ettafeyyis*, *Şerhu'n-nîl*, XII,126,129.

⁴² *TBK*, md.304: "Âriyet veren, âriyet şeyi ne müddetini, ne de niçin kullanılacağını tayin etmeyerek vermiş ise dilediği vakit geri isteyebilir."

⁴³ Bkz. Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, III,288-289; Zerkâ, *Şerhu'l-kavâid*, 115; Abdilber, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 597.

edilmesidir. Âriyetle kazanılan yetkinin milk nitelikli olduğunu söyleyen Hanefî ve Mâlikîler, muârin bağlayıcı (lâzım) hukukî işlemlere konu edilip edilemeyeceğinde görüş birliği içinde değildirlere. Ancak hemen şunu ifade edelim ki, *âriyet konusu nesnenin, âriyet verenin izni ile hukuken bağlayıcı bazı işlemlere konu edilebileceğinde İslâm hukukçuları arasında ittifak bulunmaktadır.* Söz gelimi bir borca karşılık rehin vermek amacıyla âriyet alınabilir. *Rehnü'l-müsteâr* denilen bu uygulama İslâm hukukçularının ittifakıyla caizdir ve âriyet veren, borç ödenmeden iâreden dönemez. Bu mesele ileride rehin konusu işlenirken ele alınacağı için bu kadarlık bir işaretle yenitıyoruz.

Hanefî hukukçulara göre, bir hakkın kullanımında kapsamın belirlenmesi, söz konusu hakkın hukukî nitelik ve mahiyetine göre olur. Yani nesnenin kullanımı ve onda tasarrufta, hukukî nitelik ve mahiyet itibariyle eşit seviyede olan tasarruflarda bulunulabilir. Fakat bu ölçüyü aşan tasarruflar, kazanılan yetkinin mahiyetini aştığı için geçerli değildir. Zira *hiçbir yetki, kendisine göre daha büyük ve güçlü olan yetkileri içermez.*⁴⁴ Diğer bir deyişle *kuvvetli zayıfa tabi kılınmaz.*⁴⁵ Dolayısıyla âriyet konusu nesnenin (mahal), başkasına âriyet verilmesi caiz ise de, rehin bırakılması, kiraya verilmesi caiz değildir. Çünkü bu işlemler, hukukî nitelik ve mahiyet bakımından âriyetten daha güçlüdürler. Zira rehin ve kira lâzım, âriyet ise gayri lâzım bir akiddir.⁴⁶

Mâlikîler ise, âriyetle kazanılan yetkinin milk nitelikli olması ve milkin de en önemli göstergesinin tasarruf yetkisi olmasından hareketle, sözleşme esnasında öngörölmüş aksine bir hüküm bulunmadığı sürece muârin, hem iâresinin, hem de kira sözleşmesine konu edilmesinin caiz olduğunu söylerler.⁴⁷

TBK.'da âriyetin başkasına kullandırılmayacağı esası benimsenmiştir.⁴⁸

Bu arada *prensip itibariyle muârin başkasına iâre edilmesinin caiz olduğu durumlarda, emanete verilmesi (ved'â) de caizdir.*⁴⁹

d. Âriyetten Yararlanma Çerçevesi

Müsteârın âriyet konusu nesneden yararlanma çerçevesi, yani neleri yapıp neleri yapamayacağı genellikle işlemin kuruluşu anında belirlenir (şartla takyid). Şayet böyle bir belirlemede bulunulmamış ve iâre mutlak yapılmış ise, yararlanma çerçevesi, âriyet konusu nesnenin mahiyeti ve amacına göre örfen tayin edilir. Dolayısıyla *müsteârın âriyet konusu nesneden yararlanma yetkisi irâdî ya da kanunî (örfî) olarak sınırlandırılmıştır.*⁵⁰ TBK'da da aynı husus benimsenmiştir.⁵¹

Bu genel çerçeveye uygun olmak şartıyla müsteâr, muârdan örfün gereklerine uygun olarak yararlanır. Az önce de ifade edildiği gibi âriyet verenin, zaman ya da mekan itibariyle öngördüğü sınırlamalara, âriyetin kimler tarafından ve nasıl kullanılacağına dair belirlediği

⁴⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,214; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VIII,413. إن الشيء لا يتضمن ما فوقه.

⁴⁵ Aynî, *el-Binâye*, IX,180. القوي لا يجعل تابعا إلى الضعيف.

⁴⁶ Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, 433; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,448,451. Bu mesele *Mecelle*'de (md.823) şu şekilde tanzim edilmiştir: "Muârin izni olmaksızın müsteâr âriyeti ahara icar yahut rehn edemez ve bir beldedeki borcuna rehn etmek üzere istiâre ettiği malı ahara beldedeki borcuna rehn edemez. Edip de âriyet telef ya zayı' olsa zamân lâzım gelir."

⁴⁷ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, III,238; Şenkîti, *el-Mevâhibu'l-celîl*, IV,67.

⁴⁸ TBK, md.300/II: "Âriyet alan, âriyeti başkasına kullandıramaz."

⁴⁹ Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 431. Krş. *Mecell*, md.824.

⁵⁰ Bkz. Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, IV,71; Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,171; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,451; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*,328; Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 430. Ayrıca bkz. *Mecelle*, md.816-820.

⁵¹ TBK, md.300: "Âriyet alan, âriyet şeyi ancak akitte tayin eden ve akitte bir şey tayin edilmemiş ise o şeyin mahiyetinden veya tahsis olunduğu maksattan anlaşılacak şekilde kullanılabilir."

şartlara uyulması prensip itibariyle zorunludur. Aykırı kullanımlar âriyet alan için bir teaddî (hukuka aykırılık) teşkil eder ve âriyet alınan malda zarar ve ziyanın meydana gelmesi durumunda bunun sebebi ne olursa olsun, âriyet alan için tazmin yükümlülüğü doğar.⁵² Ancak bu şartlar çerçevesinde *âriyet kullanılırken, hukukî işlemin kuruluşu esnasında belirlenen şartlar şekil itibariyle değil, amaç açısından dikkate alınır*. Dolayısıyla müsteîr muârî, şekil itibariyle şarta aykırı da olsa, kullanma açısından kendisiyle aynı konumda olan şahıslara kullandırabilir.⁵³ Çünkü *âriyeti kimin kullanacağını tayini, muârînin zarar görmemesini temin amaçlıdır*. Kaldı ki Şâfiî fakih **Nevevî** (676/1277)'nin de dediği gibi, kullanana göre farklılık göstermeyen hususlarda sınırlamada bulunmak anlamsızdır.⁵⁴ Nitekim *Mecelle*'de "Müntefî'in ta'yini müsta'milinin ihtilafıyla muhtelif olan şeylerde mu'teberdir. Ve muhtelif olmayan şeylerde mu'teber değildir"⁵⁵ denilmek suretiyle bu noktaya işaret edilmiştir. Bu önemli husus aynı zamanda âriyet verenin, âriyetten kimin, nerede, hangi şartlarda ve nasıl faydalanacağını belirleme yetkisini kötüye kullanmasının da önüne geçmektedir.

Öte yandan bu prensip kullanan açısından olduğu gibi, muârda yapılacak faaliyetler açısından da aynen geçerlidir. Söz gelimi ziraat yapmak üzere birine âriyet verilen tarlaya hangi ürünün ekileceği âriyet veren tarafından tayin edilmişse, tarlaya zarar verme açısından onunla aynı seviyede olan başka ürünler de ekilebilir.⁵⁶ Zira *bir şeye rıza, onun benzeri ya da daha alt seviyedeki şeylere de rıza anlamı taşır*.⁵⁷ Nitekim Hanefî hukukçulardan **Ali el-Kârî** (1014/1605), âriyet konusu nesneden kimin hangi şartlarda istifade edeceği ya da nelerin yapılıp yapılamayacağı akid esnasında belirlenmiş olsun veya olmasın, istifade edene ya da istifade şekline göre farklılık göstermeyen tüm tasarrufların caiz olduğunu söyler.⁵⁸

Îâre konusu nesnede nelerin yapılıp yapılamayacağı ile ilgili klasik literatürdeki örneklerin bağlayıcı olmayıp, günün şartları gereği akdin neleri kapsayıp kapsamadığı veya ne tür kullanım ve tasarrufların zarar kapsamına girip girmediğinin tayinine yönelik olduğunu gözden ırak tutmamak gerekir.⁵⁹ Esasen bu durum sırf âriyet için değil, aynı zamanda diğer hukukî işlemlerle ilgili örnekler için de aynen geçerlidir. *Bir işlemin kapsamının belirlenmesi ve buna bağlı olarak herhangi bir tasarrufun kapsam dışı olup olmadığının tayini, nelerin hukuken izalesi gerekli zarar sayılıp sayılmadığı gibi hususlarda genellikle yerel örfün belirleyici olduğu görülmektedir. Bu durum bir yandan hukukî muamelelere dinamizm kazandırmakta, diğer taraftan da hukukun realist boyutuna işaret etmektedir*.

Âriyetle ilgili olarak oldukça önemli bir tasarruf sınırlaması daha dikkat çekmektedir. Söz gelimi bir arazi ağaç dikmek ya da bina yapmak amacıyla birine âriyet verildiğinde, arazi âriyet verenin, ağaç veya bina da âriyet alanın mülküdür. Herkesin kendi mülkünde hukuk çerçevesinde tasarruf yetkisi vardır. Binaenaleyh süre dolup arazi âriyet verene teslim edilirken, âriyet alan, kendi mülkü olan ağaçları sökmek, binayı da yıkmak isteyebilir. Esasen söz konusu nesneyle arasındaki mülkiyet ilişkisi kendisine böyle bir yetki vermektedir. Ancak ağaçların sökülmesi ya da binanın yıkılmasında bir fayda yoksa âriyet alanın yapmak istediği tasarrufu kendi mülkünde olmasına rağmen müsaade edilmez. *Zira söz konusu tasarrufun*

⁵² Gözübenli, "Âriyet", III,380.

⁵³ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 116; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, VII,127; Gazzâlî, *el-Vasîf*, III,372; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,322.

⁵⁴ Nevevî, *Tahrîru't-tenbîh*, 233. إن التقييد فيما لا يختلف غير مفيد

⁵⁵ *Mecelle*, md.820.

⁵⁶ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, VII,127; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, II,190; Gazzâlî, *el-Vasîf*, III,372; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, IV,80-81; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,322.

⁵⁷ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 187. الرضا بشيء بعد رضا بمثله أو بما هو دونه

⁵⁸ Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-inâye*, II,451.

⁵⁹ Bkz. Şirâzî, *et-Tenbîh*, 320-321,343.

faydadan hali olması yani meşru bir maslahatın bulunmayışı, âriyet alanın zarar kastına karine teşkil eder. Hukuk düzeni ise, zarar kastıyla yapılan tasarruflara izin vermez. Bu durumda müsteîr, ağaç ya da arazileri bedeli karşılığında âriyet verene terkeder.⁶⁰

Herhangi bir yarardan (maslahat) yoksun olan tasarrufların, zarar kastına karine teşkil etmesinden ötürü hukuken engellenmesi, örneğimizde olduğu gibi bireyleri zarara maruz kalmaktan koruduğu için fert yararına olmakla birlikte, aynı zamanda bunda kamu yararı da söz konusudur. Çünkü tasarrufun yöneldiği nesnenin mahiyeti ve hacmine göre muayyen bir iktisadî değer heder olmaktan kurtarılmış olmaktadır. Bu bakımdan söz konusu hukukî görüş, hem fert hem de kamu yararını hedefleyen bir mülkiyet sınırlaması özelliğindedir.

3. Karz (Borç)

Günümüzde halk arasındaki yaygın kullanımıyla borç verme/alma demek olan *karz, para ya da mislî bir malın daha sonra mislini almak üzere bir şahsa verilmesi demektir.*⁶¹

Dikkat edilirse karzla az önce ele alınan âriyet arasında özellikle amaç bakımından büyük bir paralellik söz konusudur. Zira âriyet, bir malın menfaatinin bedelsiz olarak ve muayyen bir süre için başkasına verilmesi, karz da, maddî herhangi bir karşılık beklemezsizin darda olan bir şahsa, daha sonra mislini geri ödemek üzere borç vermektir. Dolayısıyla her iki işlem de bir teberrudan, maddî karşılığın gözetilmediği bir iyilikten ibarettir. Bu bakımdan her iki işlem de bireyler arası kardeşlik ve dostluğun oluşması ve kuvvetlenmesine, dolayısıyla da sosyal barışa hizmet etmektedir.

Bununla birlikte karz ve âriyet arasında işlemin konusu (mahal) açısından fark vardır. Âriyet olarak verilen malın tüketilen değil kullanılan bir mal olması gerekir. Tüketilerek faydalanılan mallar âriyet akdinin değil karz akdinin konusu olurlar. Dolayısıyla karzda malın aynının değil mislinin iadesi gerekir; halbuki âriyette kural olarak malın misli değil aynı iade edilir. Bunun bir istisnası tabii semerelerde (zevâid-i munfasıla) görülmektedir. Süt, yün, meyve gibi tabii semerelerinden faydalanılan hayvan vb. malların âriyetinde bu tür malların aslının değil semerelerinin tüketilmesi söz konusu olmaktadır.⁶² İşte bu noktadan hareketle Hanefî hukukçulardan **Kâsım el-Konevî** (978/1570), âriyeti "*hakîkî*" ve "*mecâzî*" olmak üzere iki kısma ayırmış ve mecâzî olan âriyete, tüketilmek suretiyle faydalanılabilen malları örnek göstererek bu istisnaî duruma işaret etmiş, ancak bunların, şeklen âriyet gibi gözükse de gerçekte karz kabul edilmelerinin daha doğru olacağını belirtmiştir.⁶³

Kur'ân'da daha ziyade, sırf Allah rızası gözetilerek ihtiyaç sahiplerine faizsiz borç verme ve yoksullara karşılıksız yapılan yardım anlamında kullanılan karzın, günahların affına ve cennete vesile olacağı⁶⁴, karşılığının da Yüce Allah tarafından kat kat verileceği⁶⁵ ifade edilmiştir. Hadislerde de zor durumda bulunan birine borç veren müslümana, geri kendisine ödeninceye kadar her gün sevap yazılacağı, vade dolduğu halde borçluyu sıkıştırmadığı

⁶⁰ Hanbûle, *Vazîfe ictimâiyye*, 635.

⁶¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI,347; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*,283; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.796. القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المنقولة التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها Karz tarif Kadri Paşa'ya aittir.

⁶² Gözübenli, "*Âriyet*", III,379.

⁶³ Kâsım el-Konevî, *Enisü'l-fukahâ*, 251.

⁶⁴ Mâide 5/12.

⁶⁵ Hadîd 57/11. Ayrıca bkz. Müzzemmil 73/20.

takdirde alacaklı olduğu para kadar veya iki katı kadar sevap yazılacağı⁶⁶ şeklinde karza tavsiye ve teşvikler bulunmaktadır.

Bu ön bilgilerden sonra karz konusunun asıl bizi ilgilendiren kısmına geçebiliriz. Özel mülkiyete getirilen sınırlamalar açısından karzın bizi ilgilendiren yanı, karz akdinin dönülebilir (gayr-ı lâzım) özellikte olup olmadığı ya da hangi durumlarda dönülmesinin kabil olmadığıdır (lâzım). Şayet belirli durumlarda bir takım hukukî gerekçelerle karzdan dönmenin mümkün olmadığı söylenecek olursa, söz konusu hukukî gerekçeye bağlı öngörülmuş ve işlemin mahiyet ve amacından kaynaklanan hukukî bir sınırlamadan söz etmek mümkün olacaktır.

Karz akdi tamamlanınca karz alan, karz konusu nesneye malik olur. Dolayısıyla malik olduğu diğer nesnelere olduğu gibi bunda da hukuk çerçevesinde tasarrufta bulunabilir.⁶⁷ Karz misliyle iade edileceği için de, karzdan dönülmesi ya da sürenin bitmesi halinde karz verenin maruz kalabileceği herhangi bir zarardan söz edilemez.

İslâm hukukçularının cumhuruna göre karz akdi gayri lâzımdır. Yani karz veren istediği zaman karzdan dönebilir. Hatta karz işlemi yapılırken, ödeme zamanının belirlenmiş olması da karzda bulunana bağlamaz. Henüz süre dolmadan karzdan dönülebilir ve karz alanın derhal karzı iade etmesi gerekir.⁶⁸ *Bu hukukçulara göre karzdan dönülemeyecek tek durum, karz alanın, talep anında ödeme imkanının olmamasıdır.* Böyle bir halin söz konusu olması durumunda, karz alanın eli genişleyip ödeme imkanı buluncaya kadar beklenir.⁶⁹

Karzda sürenin bağlayıcı olmadığını söyleyen hukukçulara göre, karz akdi sarfa benzemektedir. Sarfta paranın ya da faizin cari olduğu misli malların veresiye mübadelesi caiz değildir. Dolayısıyla karz her ne kadar yardım ve hayır amaçlı bir işlemse de, sonuç itibarıyla bir mübadeledir. Çünkü karz verilen mal ya da para aslında, misli bir mal veya para ile mübadele edilmiş olmaktadır. Paranın veresiye mübadelesi faiz olduğuna göre, karzda süre bağlayıcı olmamalıdır ki, faize düşülmüş olmasın.⁷⁰

Görüldüğü gibi bu icthad, aslında karzda bir mübadelenin söz konusu olduğu öngörüsüne dayanmakta ve bu durumun faize düşmeye/bulaşmaya sebep olabileceği endişesinden kaynaklanmaktadır.

Mâlikî hukukçulara göre ise, karz işleminin kuruluşu esnasında bir süre belirlenmemişse (mutlak karz), karz alanın ihtiyacını giderebilmesi için makul bir süre geçinceye kadar karzdan dönülemez. Zira bundan önce dönülmesi karz akdinin amacına aykırıdır. *Karz için bir vadenin öngörülmesi durumunda ise, süre tarafları bağlayıcıdır, yani karz veren, sürenin dolmasından önce dönemez.* Binaenaleyh karz, ya irâdî ya da kanunî (örfi) olarak karz vereni bağlayıcıdır.⁷¹

Zâhirî hukukçu **İbn Hazm** (456/1064), karzda sürenin bağlayıcılığı -zira ona göre sürenin bağlayıcılığı âyetle (Bakara 2/282) sabittir- hususunda Mâlikîlere katılmakla birlikte, mutlak karz akdinde karz verenin dilediği zaman dönebileceğini söylemekle onlardan ayrılmaktadır.⁷²

⁶⁶ İbn Mâce, "Sadakât", 14, 19.

⁶⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI, 350; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 208; Behûti, *er-Ravdu'l-murbi*, 284; Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, III, 144; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 797.

⁶⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI, 350; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 208-209; Makdisî, *el-Udde*, 236; Ahmed b. Yahyâ, *Kitâbu'l-ezhâr*, III, 144; Suyûtî, *el-Eşbâh*, 275; Behûti, *er-Ravdu'l-murbi*, 284; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 804.

⁶⁹ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 807.

⁷⁰ Mevsilî, *el-İhtiyar*, II, 9; Behûti, *er-Ravdu'l-murbi*, 284; Mevdânî, *el-Lübâb*, II, 36.

⁷¹ Karâfi, *ez-Zehîra*, V, 295; Tesûlî, *el-Behçe*, II, 544.

⁷² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI, 350-353.

Bu arada müstakil icthadlarıyla tanınan **Şevkânî** (1250/1834) de müdâyene âyeti olarak bilinen *Bakara Sûres'nin* 282. âyeti ve "*Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar*" anlamındaki hadisten hareketle karzda sürenin bağlayıcı olduğunu söylemektedir.⁷³ Âyette "*Ey İmân edenler! Belli bir vade ile birbirinize borçlandığınızda onu yazıyla tespit edin*"⁷⁴ buyrulmuştur. *Borcun yazıyla tespit edilmesinin faydası, borç miktarı ve ödeme zamanını korumaya almaktır.* Dolayısıyla belli bir vadeye bağlı borçlanmalarda, süre bağlayıcıdır.⁷⁵

Karzda sürenin bağlayıcı olmadığını söyleyen cumhur İslâm hukukçularının bu görüşlerini, karzı sarfa benzetmek suretiyle para ve mislî malların mübadelesiyle ilgili prensiplerle açıklamaları makul değildir. Her şeyden önce karz akdinin amacı bu talile müsait değildir. Zira karz, daha önce de ifade edildiği gibi hayır amaçlı ve hasbeten-lillâh yapılan bir işlemdir. Bunun içindir ki *Hz. Peygamber* karzı, gönül hoşnutluğu ile yapılan bir bağış ve iyilik anlamında "*menâha*" olarak isimlendirmiştir.⁷⁶ Kaldı ki gerek karz verenin, gerekse karz alanın mübadele niyeti yoktur, bunda herhangi bir fayda da bulunmamaktadır. Çünkü mübadele bir ihtiyacın ürünüdür. Diğer taraftan karzın aslında mislî mal ya da paranın mübadelesi olduğu, dolayısıyla süre tayininin, işlemi faizli hale getirmesi söz konusu ise, **Orhan Çeker**'in de isabetle belirttiği gibi,⁷⁷ belirli bir süre tayin edilmediği halde, az da olsa bir müddet sonra yapılan ödemelerde de faizden söz etmek gerekirdi. Halbuki süreyi bağlayıcı görmeyen ve bunu mübadele sebebiyle faize düşme tehlikesiyle açıklayan hukukçular, bu durumda faizden söz etmemişlerdir. Dolayısıyla bu talil, mantikî tutarlılıktan ve hukukî dayanaktan yoksundur.

Kanaatimiz odur ki Mâlikî hukukçuların görüşü, hem karz müessesesinin amacı, hem de bireyler arası güvenin tesisi ve uygulanabilirlik açısından en isabetli çözüm özelliğindedir. Yani *karz, irâdî ya da hukukî (örfî) olarak belirli bir süreyle bağlayıcıdır.* Dolayısıyla bu zaman zarfında karz veren, karzdan dönemez. Çünkü bu durum, karz alanın maduriyetine ve zararına yol açar. Zarar kastını ve zarar intâc eden eylemleri himaye etmeyen hukuk düzeni, bireylerden (karz alanlardan) zararı bertaraf etme amacıyla böyle bir sınırlamayı öngörmüştür.

Görüldüğü gibi gerek fâsid akid, gerek âriyet ve gerekse karz işlemlerinde, hukukî işlemin mahiyeti gereği birey, sahibu olduğu nesnede istediği gibi tasarrufta bulunamamaktadır. Âriyet ve karz işlemlerinde, akdin diğer tarafının zarar görmemesini temin ve işlemin amacı dikkate alınmak suretiyle, malikin rucû yetkisi sınırlandırılmış bulunmaktadır. Öte yandan Hanefî mezhebine göre fâsid akidle kazanılan mülkte kişi, her türlü tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte, fesâdı takrir anlamı taşıyan kullanım ve yararlanmalarda bulunulamayacağına hükme bağlanması, bireylerin dinî-hukukî yasaklara uymasını ve saygı göstermesini sağlama gayesi itibarıyla kamu yararına sınırlamalar olarak da düşünülebilir.

Girişte de işaret edildiği gibi, İslâm hukukunda fert yararına getirilen iradî özel mülkiyet sınırlamalarının bir kısmı, şahsın mülküne başkasının aynı bir hakkının taalluk etmesinden kaynaklanır. İşte bu hal, bireyi mülkünde dilediği gibi tasarruftan alıkoyar.

⁷³ Şevkânî, *es-Seylû'l-cerrâr*, III,144.

⁷⁴ Bakara 2/282. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بَدِينِ إِلَىٰ أَحِلِّ مَسْئِلِهِ فَاكْتَبُوهُ.

⁷⁵ Şevkânî, *es-Seylû'l-cerrâr*, III,144. ليس فائدة الكتاب إلا حفظ قدر الدين وقدر أجل تسليمه.

⁷⁶ Müslim, "Zekât", 73; Tirmizî, "Bir", 37. Ayrıca bkz. Bardakoğlu, "*Hukukî ve Ticarî Hayat*",393.

⁷⁷ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 140-141.

B. AYNÎ HAK TAALLUKU SEBEBİYLE ÖNGÖRÜLEN SINIRLAMALAR

İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf konusunu işlerken de gördüğümüz üzere mülkiyetin, zarar gerekçesiyle hukuken sınırlandırılmasına pek sıcak bakmayan ve tasarruf serbestisi görüşünü benimseyen ilk dönem Hanefî hukukçuları da, aynî hak taallukunu sınırlama gerekçesi olarak kabul etmektedirler. Şu halde böyle bir durumun söz konusu olduğu hallerde, genellikle iki malik şahıs arasındaki hukukî ilişkiden söz edilecektir. Bu cümleden olarak, söz konusu gerekçeye bağlı mülkiyet sınırlamalarından olmak üzere hemen ilk akla gelen husus, kira konusu nesnede, ayn ve menfaat maliklerinin tasarrufudur.

1. Kira Konusu Nesnede Tasarruf

İslâm hukukçuları arasında kira sözleşmesiyle elde edilen hakkın "milk" nitelikli olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Nitekim İslâm hukukçularının tamamı kira sözleşmesini aynı şekilde tarif etmişlerdir. "Kira, eşyanın menfaatinin bedel karşılığı temlikidir."⁷⁸ Daha açık bir ifadeyle, "kira, bir malın kullanımının belli bir bedel karşılığı başkasına devredilmesidir."⁷⁹ Fakat kiracının sahip olduğu bu mülkiyet, tam değil, nâkis (eksik) bir mülkiyettir. Çünkü kiracı, kira konusu nesnenin sırf menfaatine maliktir (*milkü'l-menfaa bilâ ayn*)⁸⁰; söz konusu nesnenin ayn maliki ise, onu kiraya verendir. Diğer taraftan aynı durum ayn maliki için de söz konusudur. O da yalnızca ayna maliktir (*milkü'l-ayn bilâ menfaa*).⁸¹ Bu durumda genel mülkiyet hükümleri gereği hem ayn maliki, hem de menfaat maliki, kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Fakat bu hak, başka kişilerin haklarından bağımsız ve müstakil değildir. Kiracının menfaatten istifadeye yönelik tasarrufları ayn malikini, ayn malikinin tasarrufları da kiracıyı doğrudan ilgilendirmektedir. İşte bu durum her iki hak sahibinin de, kendi mülkünde tasarrufta bulunurken, diğerinin hakkını gözetme, haksız tecâvüzlerden kaçınma, zararlı eylemlerde bulunmama gibi mükellefiyetlerle sorumlu tutulmasını gerektirmektedir.

Kira konusu nesnede hem ayn maliki, hem de menfaat malikinin tasarruflarının çerçevesini belirleyen *temel prensip, diğer mülk sahibine zarar vermemedir*. Dolayısıyla hem kiracının (menfaat maliki), hem de malını kiraya verenin (ayn maliki) tasarrufları, diğerine zarar vermeme şartına bağlı olarak hukuken sınırlandırılmış bulunmaktadır. Buna göre menfaat maliki, aynı tahrip eden, zayıflatan, güçten düşüren tasarruflarda bulunamaz. Aynı şekilde ayn maliki de, kira sözleşmesinin amacına aykırı olan, kiracının örfen makul ölçülerde menfaatten istifadesini imkansız kılan ya da güçleştiren tasarruflarda bulunamaz.⁸² *Taraflardan herhangi birinin tasarrufunun, diğerine zarar verip vermediği ise, aynın ve istifade edilecek menfaatin niteliğine bağlı olarak, örfün gereklerine uygun olma kriterine*

⁷⁸ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, IV,31 المنفعة للمستأجر للإعارة ملك من الإجارة ملك من المستأجر للمستأجر المنافع ; Hırakî, *el-Muhtasar*, 104 فقد الملك المستأجر المنافع ; Serahsî, *el-Mebsûr*, XV,74; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,274; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, IV,71; Kâsım el-Konevî, *Enisü'l-fukahâ*, 259; Behûlî, *er-Ravdu'l-murbi*, 320; Ebu'l-Bekâ, *el-Külliyât*, 48; Derdir, *es-Şerhu'l-kebir*, V,335; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VIII,413.

⁷⁹ Krş. Bardakoğlu, "Hukukî ve Ticarî Hayat", 379.

⁸⁰ İbn Receb, *el-Kavâid*, 187-189.

⁸¹ İbn Receb, a.g.e., 188.

⁸² Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,427; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, III,521-522.

*göre belirlenecektir.*⁸³ Binaenaleyh örfe makul kabul edilen ölçüyü aşan tasarruflar, zarar kapsamında mütalaa edileceğinden, hukukî sınırlamaya tabi olacaktır.

Genel çerçeveyi bu şekilde belirledikten sonra, kira sözleşmesine konu olan aynın ve menfaatin niteliğine ve yerel örf'e bağlı olarak herhangi bir tasarrufun hukuken sınırlama kapsamında olup olmadığını belirlemede bazı farklılıklar olabileceği aşikârdır. İşte bu gerçek, örf'e bağlı olarak zararın tespiti ve buna göre hukukî sınırlamaya hükmetme noktasında *hâkimin takdir yetkisine* sahip olmasını gerektirmektedir.

Hem ayn, hem de menfaat malikine yönelik olmak üzere İslâm hukukunda, bir kısmı kanundan, diğer bir kısmı ise irâdeden kaynaklanan sınırlamalar söz konusudur. Ancak bu sınırlamaların büyük bir kısmı iradeden kaynaklanması sebebiyle konu, iradî sınırlamalar alt başlığı altında ele alınmıştır. Öte yandan bu sınırlamalarda, umumiyetle fert yararı gözetilmekle birlikte, kamu yararı da ihmal edilmemiştir.

Özel mülkte tasarruf yetkisi açısından kira sözleşmesiyle ilgili olarak yukarıda çizilen genel çerçeveden sonra konuyu iki alt başlık halinde ele almak mümkündür. Kira konusu nesne üzerinde iki şahsın aynî hakkının bulunduğu düşünülürse, tasarruf sınırlamalarının bir ayağını ayn malikiyle ilgili sınırlamalar, diğer ayağını ise menfaat malikiyle (kiracı) ilgili sınırlamalar oluşturacaktır. İdarenin kira miktarlarının belirlenmesine müdahale etmesi, ayn maliki açısından tanzim serbestisinin sınırlaması olması hasebiyle her ne kadar ayn malikiyle ilgili sınırlamalar arasında ise de, konunun farklı boyutu ve aktüel değeri de göz önünde bulundurulmak suretiyle ayrı bir başlık olarak ele alınması uygun bulunmuştur.

a. Ayn Malikiyle İlgili Sınırlamalar

Hemen belirtelim ki, her türlü hukukî işlem için geçerli olan meşruyet çerçevesi, herhangi bir mülkün kira sözleşmesine konu edilmesinde de geçerlidir. Binaenaleyh *bir aynın, kumarhâne, fuhuş merkezi, meyhane, içki satım yeri gibi şer'an meşru olmayan işlerin icrası için kiraya verilmesi câiz değildir.*⁸⁴ Çünkü İslâm'da bu tür faaliyetler haram olduğu için, kişinin herhangi bir aynını böyle bir faaliyet için kiraya vermesi, ma'siyete yardımcı olmak demektir. Günah olan hususlarda yardımlaşmak ise, haramdır.⁸⁵

Ayn malikinin tasarruf yetkisine getirilmiş olan bu tür kanunî sınırlamalarla, meşru olmayan işlere zemin teşkil edecek/edebilecek işlere imkan vermemek suretiyle toplumun kötülüklerden korunması ve böylece kamu yararının gözetilmesi hedeflenmiştir. Şu halde mesele bu yönüyle ele alındığında kira sözleşmesiyle ilgili sınırlamalarda kamu yararı düşüncesi de söz konusudur.

Öte yandan meşru çerçevede olmak üzere kişi mülkünü dilediğine kiralayabilir. Ancak bu yetkinin kullanımı noktasında İbâdî fikhının önde gelen hukukçularından **Ettafeyyîs** (1332/1914), komşular lehine bir sınırlamadan söz etmektedir. Buna göre, *mülkünü kiraya vermek isteyen şahsın, komşuların muvâfakatını alması zorunludur.* Söz gelimi bir kimse

⁸³ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,255-257; Makdisî, *el-Udde*, 266; Mer'a b. Yûsuf, *Delîlüt-tâlib*, 155; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,427.

⁸⁴ Bu gibi hususlarda Ebu Hanife, mücerred akid ve akid sonrası menfaatten istifade hususunu birbirinden bağımsız değerlendirmektedir. Akdin kuruluşunda gerekli unsurlar açısından herhangi bir eksiklik ya da sakatlık yoksa, bu işlem Ebu Hanife'ye göre câiz ve geçerlidir. Taraflardan birisinin akid mahallini hukukî olmayan işler için kullanmasının, sahih olarak gerçekleşen ilk işleme herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Ancak bu durum, sözü edilen hukuk dışı iş ya da faaliyetin, meşru olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla bir aynın söz gelimi şarapçıya kiralanması ile şarapçının kira mahallinde içki alemi yapması veya meyhane olarak çalıştırması birbirinden ayrı ve bağımsızdır. Akid geçerlidir ancak, söz konusu gayri meşru faaliyetler sebebiyle kiracı günahkâr olur ve bunda malını kiraya veren şahsın hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,378.

⁸⁵ Merğînânî, a.g.e., IV,378; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,321; İbn Ferhûn, *Tebseratü'l-hukkâm*, II,167;270; Ettafeyyîs, *Şerhu'n-nîl*, X,171; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,665; Muhammed b. Ma'cûz, *el-El-Hukûku'l-ayniyye*,82.

mülkünü, komşuların zarar görebileceği faaliyetlerin icrası için (körükhane, fırın gibi) ya da tutum ve davranışlarıyla komşulara zarar ve eziyet verecek veya başkalarına da sirayet etme özelliğine sahip kalıcı bir hastalık (deri hastalığı, cüzzam) taşıyan kişilere ya da hırsızlık gibi kötü alışkanlıklar veya başkalarının mahremiyetini gözleme gibi fiske içeren davranışlarla tanınan şahıslara kiralamak isterse, komşular buna engel olabilirler⁸⁶. Bütün bu durumlarda bireyin kendi mülkünde tasarruf hürriyeti (sahibi olduğu nesneyi istediğine kiralama), komşular lehine kanunen sınırlandırılmış olmaktadır.

İşaret edilen bu hususlar dışında özel mülkte tasarruf yetkisi bakımından ayn malikine yönelik sınırlamaların hemen ilk akla geleni, *kira konusu nesnenin satımı*dır. Aynın kiracıya satılmasının câiz olduğu hususunda İslâm hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur.⁸⁷ Esasen satım, hibe gibi sözleşmelerin câiz olduğu hususunda da herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Çünkü kiracının hakkı ayna değil, menfaate taalluk etmektedir. Dolayısıyla İslâm hukukçuları arasındaki ihtilaf, bu tür işlemlerin derhal sonuç doğurup doğurmadığı noktasındadır.⁸⁸

Kirada bulunan nesnenin üçüncü bir şahsa satılması durumunda, bu işlemin hükmü noktasında İslâm hukukçuları arasında farklı bazı görüşler de olmakla birlikte⁸⁹ iki eğilim ön plana çıkmaktadır. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihler, bu satım sözleşmesinin sahih ve nâfiz olduğunu söylerken; Hanefî hukukçular, işlemin menfaat malikinin icâzetine mevkuûf olduğu kanaatindedirler.⁹⁰ İbâdî fihhına göre ise, kirada bulunan nesnenin satımının câiz olabilmesi için, satımın, kira müddetince tasarrufta bulunmamak ve süre bittikten sonra geçerli olmak üzere yapılmış olması gerekir.⁹¹ Zâhirî hukukçu **İbn Hazm** (456/1064) ise, kirada bulunan nesne üzerinde satım, hibe, sadaka, mehir verme gibi tasarrufların sahih, fakat kalan süre için kiranın bâtil olduğu kanaatindedir. Çünkü bu tür tasarruflarla şahısla nesne arasındaki mülkiyet ilişkisi kalkmış olmaktadır. Kişinin sahip olmadığı şeyde tasarrufu ise câiz değildir.⁹² Kısacası **İbn Hazm**, temlikî bir işlemin etkisini geriye de şamil kılmaktadır. Öte yandan **İbn Hazm**, **İbn Şübrüme** (144/761) ve **Süfyân es-Sevrî** (161/777)'ye göre de satım sözleşmesinin kira akdini hükümsüz kıldığını; **Hasan-ı Basrî** (110/728)'ye göre ise etkilemediğini belirtmektedir.⁹³

Nefâz görüşünü benimseyenlere göre, satıma konu aynın menfaatinin başka bir şahsa (kiracıya) ait olması, mebi'in teslimine mani değildir. Zira teslimin derhal olması zorunluluğu yoktur; pekâlâ kira müddeti bitince de teslim gerçekleşebilir. Kaldı ki, mebi'in tesliminden amaç, onun menfaatinden istifade etmektir.⁹⁴ Bu da ancak kira sözleşmesi bitince mümkün olabilecektir. Dolayısıyla sözleşme anında aynın derhal müşteriye teslim edilmesi zorunlu olmadığı gibi, bundan elde edilecek bir fayda da bulunmamaktadır.⁹⁵ Diğer taraftan ayn mülkiyetinin el değiştirmesi, kiracının menfaatten istifadesine de engel teşkil

⁸⁶ Etfafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,171.

⁸⁷ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,265; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,274; İbn Receb, *el-Kavâid*, 41.

⁸⁸ Bkz. Muslih, *Kukûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 376.

⁸⁹ İlk dönem Şâfiî fakihlerinden Şîrâzî, bir takım İslâm hukukçularına göre bu işlemin bâtil olduğunu nakletmektedir. Bkz. *el-Mühezzeb*, II,265. Ancak sözleşmenin tarafları, konusu ve bu işleme hakkı taalluk eden menfaat maliki açısından akdin bâtil olmasını gerektirecek herhangi bir durum bulunmamaktadır.

⁹⁰ İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 411; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,265; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,274; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, 149; İbn Receb, *el-Kavâid*, 41; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VII,236; Kırkağâci, *el-Kavâid*, 22; Zerkâ, *el-Medhal*, II,648; Muslih, *Kukûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 376-377.

⁹¹ Etfafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,146.

⁹² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,5,7.

⁹³ İbn Hazm, a.g.e., VII,9.

⁹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,274. لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها

⁹⁵ İbn Kudâme, a.g.e., V,274; İbn Receb, *el-Kavâid*, 41.

etmemektedir.⁹⁶ Binaenaleyh kirada bulunan bir nesnenin, üçüncü kişilere satımının sahih ve nâfiz olmamasını gerektirecek herhangi bir sebep yoktur.

Bu arada Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393), bazı Hanbelî fakihlerin, mutlak akdin menfaati de içerdiğini, dolayısıyla satım işleminin sahih olabilmesi için kira müddetinin müşteri tarafından bilinmesinin şart olduğu fikrinde olduklarını söylemektedir. Fakat Hanbelî mezhebinde hakim olan görüş, satım konusu nesnenin kirada olduğunun ve kira müddetinin bilinmesinin ya da bilinmemesinin, satım işleminin sıhhatini etkilemediği şeklindedir.⁹⁷

Hanefî mezhebine göre ise, kirada bulunan nesnenin üçüncü şahıslara satımı, bu işlemi kiracının kabul etmesine (icâzet) bağlıdır (mevkûf). Çünkü kiracı ayn malikinin değişmesinden doğrudan etkilenecek ve bu etki, menfaatten serbestçe yararlanma husunda da kendisini gösterecektir. Dolayısıyla menfaat malikinin (kiracının) hakkının korunabilmesi, ancak, onaylama veya onaylamama hakkına sahip olmasıyla mümkündür. Dolayısıyla bu işlem, kiracının icâzetine mevkûftur.⁹⁸

Satım sözleşmesinin derhal teslimi gerektirmemesi, aslolanan menfaatten yararlanma olduğu, ayn sahibinin değişmesinin, menfaatten istifadeye engel teşkil etmediği gibi, satım işleminin sahih ve geçerli olduğunu söyleyen cumhur hukukçuların öne sürdüğü gerekçeler yerinde olmakla birlikte; aynın el değiştirmesinin, ayn sahibi-kiracı ilişkilerine nasıl yansıtacağı mutlaka dikkate alınmalıdır. *Burada dikkatten kaçırılmaması gereken husus, kiracının menfaatten istifade yetkisinin devam etmesinden öte; bu yararlanma yetkisini, hiçbir etki, baskı ya da rahatsız edici söz veya fiille karşılaşmadan serbestçe kullanabilmesidir.* İşte bu noktada ayn malikinin değişmesi oldukça önemlidir. Zira her bireyin, ilişkide bulunduğu şahıslarla olan münasebeti, hak-hukuk anlayışı, ahlâkî ve dinî seviyesi eşit değildir. Dolayısıyla kirada bulunan nesnenin üçüncü şahıslara satılması durumunda, bu işlemde kiracının herhangi bir şekilde zarar görmemesi için, satım sözleşmesinin geçerlilik kazanmasının, kiracının icâzetine mevkûf olduğunu söylemek daha isabetlidir.

b. Menfaat Malikiyle (Kiracı) İlgili Sınırlamalar

Ayn maliki için öngörülen, nesnenin hukuk dışı faaliyetlerin icrası için kiraya verilmemesi şeklindeki kanunî sınırlama aynen kiracı (menfaat maliki) için de geçerlidir. *Menfaat malikinin, söz gelimi oturmak amacıyla kiraladığı evde fuhuş yapma/yaptırma, kumar oynatma, içki satışı gibi gayri meşru işlerine vakıf olunursa, devletin bu tür faaliyetlere engel olması, ayn sahibini ve komşuları bu gibi zarar ve eziyetlerden koruması gerekir.* Hatta Mâlikî fakihlerden **İbn Ferhûn** (799/1397), söz konusu faaliyetler sebebiyle idârenin, kiracıyı evden çıkarabileceğini söylemektedir.⁹⁹ **İbn Ferhûn**'un verdiği bu bilgiye göre gayri meşru faaliyetlerin icrası, kira sözleşmesi için fesih sebebi sayılmaktadır. Diğer taraftan Hanefî hukukçu **İbn Âbidîn** (1252/1836) de, Hanefî mezhebine göre menfaat mâlikinin, kira konusu nesnede meşru olmayan işlerde bulunmasının feshi gerektiren bir özür sayılmadığını, bu tür işlerden vazgeçmesi için tavsiyede bulunulması gerektiğini söylemekle birlikte, idarenin bu tür fiiller sebebiyle kiracıyı evden çıkarma yetkisinin bulunduğunu da ifade etmektedir.¹⁰⁰

⁹⁶ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,265.

⁹⁷ İbn Receb, *el-Kavâid*, 41.

⁹⁸ İbn Âbidîn, *Raddu'l-muhtâr*, VII,236.

⁹⁹ İbn Ferhûn, *Tefsiratü'l-hukkâm*, II,167.

¹⁰⁰ İbn Âbidîn, *Raddu'l-muhtâr*, IX,95.

aa. Menfaatten Yararlanma Çerçevesi

Kira konusu nesnenin menfaatine malik olan kiracı, prensip itibariyle menfaatten mutad ölçüde yararlanma hakkına sahiptir. Ancak bu noktada kira akdinin, *kullanım şekli ve şahıslar açısından şartlı yapılması*, menfaatten istifade konusunda son derece önemlidir. Akid esnasında kira konusu nesneden hangi şartlarda ve kimlerin yararlanabileceği belirlenmemişse, kiracının, örfen maruf ve makul ölçüde olmak kaydıyla menfaatten yararlanma hakkı vardır. Zira *mutlak akid, örfen bilinen yetkilerin kullanımını gerektirir*, örfen bilinen hususlar ise, akid esnasında şart koşulmuş gibi muamele görür.¹⁰¹ Arazi¹⁰², elbise¹⁰³ ve hayvan¹⁰⁴ kiralama larının, ev, dükkan gibi şeylerin kiralananmasından farklı olduğunu; binaenaleyh hayvana kimin bineceği, ne tür eşya taşınacağı; elbiseyi kimin kullanacağı/giyeceği, arazide ziraati yapılacak ürünün cinsi gibi hususların akid esnasında belirlenmesinin şart olduğunu, bunların mutlak icâresinin câiz olmadığını söyleyenler varsa da, bunları diğer kira konusu nesnelere ayrı mütala etmeyi gerektirecek bir durum yoktur. Çünkü kiracının, akid esnasında tayin edilmese bile, menfaatten yararlanma çerçevesi örfen belirleneceği ve ayna zarar verme noktasında şartla tayin edilmiş veya örfen maruf hususlardan daha fazla/ağır olanları yapamayacağı temel bir ilkedir ve bu her türlü nesnenin kiralananmasında geçerlidir. Şayet kira konusu nesneden yararlanma çerçevesini belirleyen yerleşik örf bulunmaz ve akid esnasında da herhangi bir belirlemede bulunulmamışsa, bu durumda bilinmezlik (cehâlet), taraflar arasında nizaya sebebiyet vereceğinden akdin fâsid olacağı açıktır.¹⁰⁵ Fakat bu da, kira sözleşmesine konu olan nesnelere arasında şartla belirleme açısından bir ayırım yapmanın gerekçesi olamaz. Zira bu durum yalnızca kira sözleşmesi için değil, her türlü hukukî işlem için geçerli temel bir esastır. Binaenaleyh menfaatten yararlanma şartlarının, hukukî işlemin kuruluşu anında belirlenmesi, muhtemel anlaşmazlıkları giderme açısından yerindedir. Nitekim **Ali Bardakoğlu**'nun da ifade ettiği gibi "*İslâm' hukukçuları akidlerin kuruluşu ve karşılıklı hak ve borçların tesisi konusunda açıklığı ve dürüstlüğü esas almışlar, birçok ayrıntının başta tek tek belirlenmesini isteyerek ileride doğabilecek çekişme ve anlaşmazlıkları asgarî düzeye indirmeyi hedeflemişlerdir.*"¹⁰⁶

Bu hassasiyet, hukukun aynı zamanda koruyucu fonksiyonu açısından da yerinde olmakla birlikte, bir hukukî işlemin kuruluşunda sıhhat şartı olarak mütala etmeyi gerektirecek boyutta değildir. Zira örfen bilinen hususlar, sözleşmeyle şart koşulmuş gibidir.

Kira sözleşmesi yapılırken, menfaatten kimlerin, nasıl yararlanacağı belirlenmişse, kiralanan nesnenin niteliğine göre öne sürülen bu şartlara uymak zorunludur. Söz gelimi nakil ya da taşımacılıkta kullanılan şeylerin kiralananmasında, kullanma şartları akid esnasında belirlenebilir ve menfaat malikinin bu şartlara uyması zorunludur. Hayvan ya da vasıtayla taşınacak yükün miktarı, cinsi, mesafesi; hayvana binecek ya da vasıtayı kullanacak kişi hukukî işlemin kuruluşu anında ayn maliki tarafından tayin edilebilir. Bu tür belirlemelerin zarara sebep olmayacak ve taraflar arasında anlaşmazlığa imkan tanımayacak ölçüde olması gerekir. Şâfiî hukukçu **Gazzâlî** (505/1111), zararın izâlesi açısından söz gelimi hayvana binecek kişinin ya gözle görülmesi ya da cüssesinin net bir şekilde tarif edilmesi gerektiğini

¹⁰¹ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 131; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,255-256; Serahsî, *el-Mebsût*, XV,129-130; Merğînânî, *el-Hidâye*, III,231; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,297-299; Makdisî, *el-Udde*, 266; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-inâye*, II,427.

¹⁰² Merğînânî, a.g.e., III,231; Ali el-Kârî, a.g.e., II,427. *Mecell'ede* de arazi kiralama larında; a) Sürenin belirlenmesi, b) Hangi iş için kullanılacağıın tesbiti, c) Ziraat yapılacaksa, ekilecek ürün çeşidinin belirlenmesi, d) Veya istediği ürünü ekmede kiracının serbest bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. md.454.

¹⁰³ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,165.

¹⁰⁴ Gazzâlî, *el-Vasîf*, IV,183; İbn Abdîrâfî, *Muînu'l-hukkâm*, II,497; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,458.

¹⁰⁵ Gazzâlî, a.g.e., IV,183; Şîrbînî, a.g.e., III,458.

¹⁰⁶ Bardakoğlu, "*Hukukî ve Ticarî Hayat*", 379.

söylemektedir.¹⁰⁷ Aynı şekilde arazi kiralamalarında, ekilecek ürünün cinsi belirlenmişse, kiracının bu şarta uyması zorunludur. Fakat akid esnasında kira konusu nesneden kimlerin, hangi şartlarda yararlanacağı tayin edilmemişse, bu durumda menfaatten yararlanma çerçevesinin örfe göre tayin edileceği az önce de ifade edilmişti.¹⁰⁸ Binaenaleyh kiracının, menfaatten yararlanma yetkisi, ya akid esnasında belirlenmiş hukuken geçerli şartlarla irâdî olarak, ya da örfen sınırlandırılmış bulunmaktadır. Şu halde kiracının, akid esnasında üzerinde anlaşıkları şartlara, açıkça veya delâleten tespit edilen hususlara, toplum tarafından benimsenen usul ve ölçülere riâyet etmemesinden ötürü bir zarara sebebiyet vermesi halinde, bunu tazmin etmesi gerekir. Söz gelimi, araziye akidde kararlaştırıldan başka ve toprağa daha zararlı bir mahsul eken; kuyumculuk için tuttuğu dükkânda bakkallık, demircilik yapan; binme için kiraladığı hayvana daha ağır birini bindiren veya iki kişi bindiren; kiralık vasıtayı farklı ve daha kötü bir yoldan görüren, fazla yük yükleyen... kiracı sorumlu olup verdiği zararı tazmin etmekle yükümlüdür.¹⁰⁹

Ayn malikine, menfaatten yararlanma çerçevesini belirlemeye yönelik şartlar ileri sürebilme yetkisinin tanınması, esasen aynın makul olmayan bir zarara maruz kalmasını önleme gibi bir maslahatın teminini hedeflemektedir. Dolayısıyla akid esnasında belirlenen şartların bu esasa göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim çağdaş İslâm' hukukçularından **Senhûrî** (1971), herhangi bir şekilde zarar görmemesine rağmen ayn malikinin, kiracının, akidde öngörülmeş şeyleri yapmasına engel olmasını, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir.¹¹⁰ Binaenaleyh, akid esnasında söz gelimi, hayvana şu şahıs binecek, şu tür mallar taşınacak, tarlaya şu cins ürün ekilecek, burada şu tür ticaret yapılacak gibi şartlar ileri sürülmüşse, menfaat maliki, ayna zarar verme açısından belirlenen şartlara eşit ya da onlardan daha aşağı seviyedeki faaliyetleri yapabilir. Aynı şekilde menfaatten yararlanma açısından aynı hassasiyete sahip olan şahıslara da aynı kullanırabilir. Fakat ayna zarar verme olasılığı daha fazla olan işleri yapamaz. Dolayısıyla burada şartlara riâyet açısından belirleyici olan ölçü, aynın daha fazla zarar görüp görmemesidir. Binaenaleyh kiracı, zarar açısından eşit olan kullanma ve yararlanmalarda - akid esnasında belirlenen şartlara aykırı da olsa- bulunabilir; aynı şekilde kendisiyle aynı konum ve hassasiyete sahip şahıslara da kullanırabilir.¹¹¹ Zira *bir tür kullanıma rızâ, onun benzeri ya da ondan daha alt seviyedeki kullanımlara da rızâ anlamı taşır.*¹¹²

Bu temel prensibe göre oturmak için kiralanen evde, fırın, tabakhane, körükhane, değirmen çalıştırılmaz. Çünkü bunların ayna verdiği zarar, evi mesken olarak kullanmaya göre daha fazladır.¹¹³ Aynı şekilde Hanbelî hukukçulara göre, arpa ekmek şartıyla kiralanen tarlada, mısır ya da tütün ziraati yapılamaz. Zira Hanbelî fakihlere göre, mısır ve tütün,

¹⁰⁷ Gazzâlî, a.g.e., IV,183. İmâm Şâfiî, *el-Üm* (VI,269)'de bir kira kontratı örneği sunar. Kiralanen nesnenin bulunduğu yer, sınırları, konumu, vb. tüm özelliklerinin ayrı ayrı sayıldığı bu sözleşmede, aynın kullanımına ilişkin şartlar da yer almaktadır. "...Bu süre içerisinde aile efradıyla ve istediğin kişilerle oturabilirsin, ancak hayvan bannağı, demircilik, çamaşırcılık ya da binaya herhangi bir şekilde zarar veren işlerde bulunamazsın. Örfün gereklerine uygun olmak şartıyla istediğin gibi kullanabilirsin..."

¹⁰⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,279-280, 297-299.

¹⁰⁹ Krş. Bardakoğlu, "Hukukî ve Ticarî Hayat",381.

¹¹⁰ Senhûrî, *Akdü'l-İcâr*, 338.

¹¹¹ Şâfiî, *el-Üm*, IV,21,38; Hırakî, *el-Muhtasar*, 105; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,257; Cürcânî, *el-Muâyât*, 202-203; Serahsî, *el-Mebsût*, XV,129-130; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,280; Makdisî, *el-Udde*,266; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXX,86; Mer'a b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*,155; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, III,524; Ettafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,121,166.

¹¹² Ali Hafîf, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 406-407.

¹¹³ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 131; Serahsî, *el-Mebsût*, XV,130; Merğînânî, *el-Hidâye*, III,231; İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hukkâm*, II,264.

arpaya göre tarlaya daha fazla zarar vermektedir. Akid esnasında belirlenen üründen daha fazla zararlı olan ürünlerin ekilmesi ise câiz değildir.¹¹⁴

Bütün bu düzenleme ve yorumlarla bir taraftan ayn malikinin zarar görmemesi sağlanırken, diğer yandan da menfaat malikinin, daha geniş bir çerçevede menfaatten yararlanması temin edilmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle mülkiyet hakkı sebebiyle kazanılan yetkiler olabildiğince en üst seviyede kullanılma imkanı bulmakta, fakat bu yetkinin zarara sebebiyet vermesi de önlenmektedir. Bu durumda menfaat malikine yönelik hukukî sınırlama çerçevesi daraltılmış olmakla birlikte, yararlanma açısından daha büyük zarara sebebiyet veren kullanımlar yasaklandığı için, ayn maliki açısından sakıncalı herhangi bir durum bulunmamaktadır.

İslâm hukukunun malını kiraya veren şahsa, ayndan yararlanacak şahısları tayin etme ve yararlanma çerçevesini belirleme yetkisi vermekle birlikte, bu hakkın kötüye kullanılmasına izin vermediğini söylemiştik. Bu durumun en dikkat çekici örneklerinden birini evde oturacak şahısların belirlenmesinde görmekteyiz. İslâm' hukukçuları mesken olarak kiralanan evde, kimlerin oturacağını ayn sahibi tarafından belirlenmesi durumunda bunu, riâyeti zorunlu şartlardan görmemişlerdir. Çünkü bu tür şartlarla elde edilebilecek meşru ve makul bir fayda yoktur. Kaldı ki kişinin eşi, çocukları, ebeveyni, hizmetçisi, yakın ya da uzak akraba ve arkadaşları, zaman zaman uzun süre kalabilecek misafirlerinin olması kaçınılmazdır.¹¹⁵ Diğer yandan evde oturan şahısların farklılığına bağlı olarak ev zarar görmemektedir. Hatta bu noktada Hanefî hukukçu **Serahsî** (483/1090), oturanların sayısının fazla olmasından evin zarar görmesi bir yana, bunda fayda bulunduğunu söyler. Çünkü kimsenin oturmaması durumunda ev eskiyecek ve harap olacaktır.¹¹⁶ Dolayısıyla kullanım açısından aralarında herhangi bir fark bulunmaması ve kira konusu nesnenin zarar görmemesi şartıyla kiracı, evde bizzat kendisi oturabileceği gibi, başkalarını da oturabilir.¹¹⁷ Diğer yandan evde oturanların sayısının, akid esnasında belirlenen sayıdan fazla olması sebebiyle ev sahibi, kiracıdan, ilave ücret isteyemez.¹¹⁸

Günümüzde çokça karşılaşılan ve özellikle kiracının çocuk sayısına bağlı olarak yapılan kira sözleşmelerini ya da genellikle öğrencilerin ev kiralamalarında söz konusu edilen, öğrenci sayısına göre kira miktarını belirleme gibi uygulamaları da aynı kapsamda değerlendirmek mümkündür. Binaenaleyh evde oturacak şahısların sayısını belirlemeye yönelik şartların ve fert sayısına göre kira miktarı belirleme girişimlerinin, bireylerin, kiraya verdikleri nesnenin menfaatinden yararlanma çerçevesini belirleme yetkilerini kötüye kullanmalarına fırsat vermeyecek şekilde olması gerekir. Diğer yandan, menfaatten istifade edenlerin değişmesi veya sayıya bağlı olarak aynda bir değişiklik meydana gelmemesi ve ayn malikinin zarar görmemesi hususunda da aynı hassasiyet gösterilmelidir. Yani hukukî düzenlemelerin hem mal sahiplerinin, hem de kiracıların haklarını koruyacak, her iki taraftan da suistimallerin önüne geçecek şekilde âdil olması zorunludur.

İslâm hukukçuları, kiracının değişmesinin gayri menkullerde önemsiz ve zararsız olduğunu, ancak şahsın önemli olduğu durumlarda kiraya verenin koyduğu yasak ve

¹¹⁴ İbn Receb, *el-Kavâid*, 145.

¹¹⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,130; Ettafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,169.

¹¹⁶ Serahsî, a.g.e., XV,130.

¹¹⁷ Hırakî, *el-Muhtasar*, 105; Serahsî, a.g.e., XV,130; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,276-277; Makdisî, *el-Udde*, 266-267; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*,320; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, III,524. *Mecelle'de* (md.1081) ev, kullanım açısından faydalanana göre farklılık göstermeyen nesnelere sayılmıştır. "*Hanede sükna müsta'milinin ihtilafı ile muhtelif değildir.*" Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasında evde oturacakların sayısındaki farklılığın, evi, kullanana göre farklılık gösterenler statüsüne sokacağı ifade edilmiştir. "*Şu kadar ki, dairesi halkı kalabalıkla müsta'milinin isti'mali ile muhtelif kabilinden olur.*"

¹¹⁸ Ettafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,169.

kayıtlara uyulmasının zorunlu olduğunu söyler. **Ali Bardakoğlu**'nun da belirttiği gibi¹¹⁹ *klasik literatürde yer alan bu tür kanaatlerde toplumun yerleşik anlayışının da önemli payı vardır. Bir başka anlatımla, doktrinde yer alan veya daha çok sözleşmede açık hüküm bulunmaması durumlarını düzenleyen bu ayrıntılı hükümler, örf ağırlıklıdır ve yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Bu sebeple de, kiracının me'cûru ancak akidde, örf veya kanunda aksine bir hüküm bulunmadığında bir başkasına devretme hakkından söz edilebilir.* Bu durum, kira konusu nesnenin, kiracı tarafından yeni bir hukukî işleme konu edilmesiyle ilgili meseleler için de geçerlidir.

bb. Alt Kira

İslâm hukukunda özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalar açısından kira sözleşmesiyle ilgili olarak söz konusu edilmesi gereken diğer bir husus da, *kiracının, kira konusu nesneyi bir başkasına kiralaması (alt kira) ya da âriyet vermesi meselesidir.* Menfaat maliki kiracı, genel mülkiyet hükümleri gereği menfaatte tasarruf yetkisine sahiptir. Menfaatin başkasına kiralanması ya da âriyet verilmesi de bu yetki kapsamında olan tasarruflardandır. Dolayısıyla kiracı süresi içinde başkalarıyla alt icâre yapabilir, âriyet verebilir ve bu hususta İslâm hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.¹²⁰ Fakat **İbn Hazm** (456/1064)'a göre, alt kira sözleşmesinin câiz olabilmesi için, ilk kiralamanın mutlak yapılmış olması gerekir. Söz gelimi evde bizzat kendisinin oturması, hayvana bizzat kendisi binmesi şartıyla yapılan kira işlemlerinde, akidde belirlenen bu şartların dışına çıkılamaz.¹²¹

Kira ile elde edilen menfaatin başkasına kiralanmasını prensipte kabul eden İslâm hukukçuları, alt kira işleminin, ilk kiralamada belirlenen ücretten daha fazla bir miktarda yapılıp yapılamayacağı hususunda ihtilaf halindedirler. Kiracının esasen menfaatte malik olduğunu, bu açıdan menfaatte tasarrufun, aynda tasarrufla aynı konumda olduğunu, dolayısıyla milk ilişkisiyle sahip olduğu nesnede istediği gibi tasarrufta bulunabileceğini dikkate alan fakihler; menfaat malikinin (kiracı), kiraladığı ücrete, daha düşüğüne ya da daha fazlasına başkalarıyla alt kira sözleşmesi yapabileceği görüşündedirler.¹²² Menfaatte tasarrufu, aynda tasarruf gibi görmeyenlere göre ise, ilk kiralama ücretinden daha fazlasına başkasıyla alt kira sözleşmesi yapılamaz. Şayet yapılırsa bu fazlalık helâl ve temiz bir kazanç değildir, tasadduk edilmesi gerekir. Ancak kiracı, kira konusu nesneye yeni bir şeyler ilave etmişse, kiraladığı miktardan daha fazlasına alt kira yapabilir.¹²³

Bu ikinci görüşe göre kiracının malik olduğu menfaati hukukî işlemlere konu edebilme yetkisi, muhtevayı tayin bakımından sınırlandırılmış bulunmaktadır. Şöyle ki, sözleşme serbestisi çerçevesinde kiracı, malik olduğu menfaati istediği şahsa ve dilediği fiyattan kiralama yetkisine sahiptir. Ancak burada kiracının muhtevayı belirleme serbestisi, ilk kira miktarını geçmeme şartıyla sınırlandırılmıştır.

İslâm hukukunda alt kira sözleşmesi câiz olmakla birlikte, menfaatten yararlanma hususunda daha önce ifade edilen genel ilke burada da geçerlidir. Yani kiracı, menfaatten yararlanma ve ayna zarar verme açısından kendisiyle aynı konumda veya daha aşağı

¹¹⁹ Bardakoğlu, "Hukukî ve Ticarî Hayat", 381.

¹²⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,23; Şîrâzî, *et-Tenbîh*, 343; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,277; Zürcânî, *Şerh*, III,345; Eттаfeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,148; Kal'âcî, *Fikhu'n-Nehaî*, II,9; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 80; Senhûrî, *Akdü'l-icâr*, 98; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,240.

¹²¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,23.

¹²² Bkz. Muvattâ', "Buyû" 101; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,23; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, III,345.

¹²³ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,130; Eттаfeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, X,148; Cebûrî, *el-Evzâî*, II,240; Kal'âcî, *Fikhu'n-Nehaî*, II,9.

seviyede olanlarla alt icâre sözleşmesi yapabilir.¹²⁴ Kısaca burada belirleyici olan, menfaatin, faydalanana göre değişip değişmemesidir.¹²⁵ "Zarar vermek de zarara zararla karşılık vermek de yoktur" hadisi gereği, menfaatten faydalanana göre aynın daha fazla zarar görme durumunun söz konusu olduğu durumlarda, menfaat başkasına kullandırılmaz, alt kira sözleşmesi yapılamaz, âriyet verilemez.¹²⁶ O halde kiracının her türlü tasarrufunda, aynın, örfen makul ölçüden daha fazla zarar görmemesi kriteri hassasiyetle aranacak, bu ölçüyü aşan tasarruflar ayn maliki lehine olmak üzere hukuken sınırlandırılacaktır.

c. Kira Miktarlarının Belirlenmesi

Kira sözleşmesi ve özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalar açısından işaret etmek istediğimiz diğer bir husus da, *kira miktarlarının belirlenmesidir*. Bilindiği gibi İslâm'da aslanan, mal ve hizmetlerin karşılığının, her türlü müdahale ve spekülasyondan uzak, serbest piyasa ortamında belirlenmesidir. Ne var ki bu ideal her zaman ve hatta çoğu kere realite ile uyuşmamakta, daha fazla kazanma hırsı, haksız rekabet gibi birçok sebebe bağlı olarak fâhiş fiyatlar ortaya çıkabilmekte ve bundan da toplum zarar görmektedir. İşte bu tür tabii piyasa dengesinin bozulduğu durumlarda adâlet prensibi ve kamu yararı düşüncesiyle devletin fiyatlara müdahale etmesi (tes'îr/narh) mümkündür. Ancak bu müdahale istisnâî bir uygulama olup devlet müdahalesini gerektiren sebep/ler ortadan kalkınca, fiyatların belirlenmesi tekrar serbest hale döner.¹²⁷ İşte İslâm hukukçuları, her ne kadar aslanan kira miktarlarını tarafların serbestçe belirlemeleri ise de, gerektiğinde idarenin, kamu yararına olmak üzere kira miktarlarına müdahale yetkisinin bulunduğunu söylemişlerdir.¹²⁸

Kamu yararının gerektirmesi durumunda devlet, kira miktarlarının belirlenmesine müdahale edebilirse de, temel ilke olan serbestiyet ilkesinin korunması ve fiyatların tabii şartlar içerisinde şekillenmesi için devletin gerekli önlemleri alması şarttır. Bu noktada çağdaş İslâm hukukçularından **Abülkerim Zeydân**, fiyatlara müdahale etmeden önce devletin şu tedbirleri almasının zorunlu olduğunu söylemektedir.¹²⁹

a) Kırsal kesimden şehire olan göçün sınırlandırılması gerekir. Elbetteki bu tedbir, sırf yasal düzenlemelerle olacak bir şey değildir; bunun yanında ve hatta bundan da önemlisi, köyde yaşamı câzib hale getirecek gerekli hizmet ve yatırımların (yol, su, elektrik, sağlık hizmetleri, eğitim kurumları, sosyal tesisler...) devlet tarafından yapılması şarttır.

b) İnsanların mesken ihtiyacını gidermeye yönelik karşılıksız ya da ucuz arsa temini, faizsiz kredi sağlanması gibi düzenlemeler yapılmalıdır. Diğer taraftan devletin bizzat kendisinin mesken ihtiyacını giderecek şekilde evler yapıp uygun şartlarla ihtiyaç sahiplerine devretmesi gerekir.

c) Görev yaptığı yerde, oturabileceği kendine ait evi olmayan kamu görevlilerine yeterli sayıda lojman temin edilmeli ve makul ücretle kiralanmalıdır.

d) Yerleşim alanlarının planlanmasında, insanların dar bir alanda sıkışıp yoğunlaşmasını önleyecek ve daha geniş bir alana yayacak ölçülere riâyet edilmelidir.

¹²⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,277 لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر

¹²⁵ Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 80.

¹²⁶ Kal'âci, *Fikhu'n-Nehai*, II,9.

¹²⁷ Devletin fiyatlara müdahalesi konusu ayrıca ele alınacaktır. Bkz. Tez metni, "*Fiyatların Belirlenmesinde Devlet Müdahalesi (Narh)*" alt başlığı.

¹²⁸ Zerkâ, *el-Fetâvâ*, 434-435; Senhûrî, *Akdü'l-icâr*, 176-177; Mübârek, *el-İktisâd*, 111; Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 96-99; Hammûd, *Takyîdu hurriyyeti'l-mâlikîn*, 62-63.

¹²⁹ Zeydân, a.g.e., 97-99.

Kira miktarlarının idare tarafından belirlenmesinin, başta mesken sorunu ve diğer bir takım iktisadî sebeplerle *Birinci Dünya Savaşı*ndan sonra ortaya çıkmış, ancak bugün, bireylerle sınırlı bir problem olmak bir yana, iktisadî sebeplerle devletleri de aşan uluslararası bir boyut kazanmış yeni bir hadise olduğunu, dolayısıyla konunun İslâm hukukunun genel ilkeleri ve fakihlerin benzer olaylarla ilgili görüşlerinden hareketle hükme bağlanması gerektiğini söyleyen son asrın önde gelen İslâm hukukçularından merhum **Mustafa ez-Zerkâ** (1999), özetle şöyle demektedir: "Zarûrî ve hâcî maslahatlarla ilgili hususlarda idare düzenleme yetkisine sahiptir ve bu tür düzenlemelere herkes uymak zorundadır. Ancak idarenin bu yetkisi mutlak olmayıp, bir maslahatın tahakkuku şartına bağlıdır. İşte bu çerçevede kira miktarlarının belirlenmesi ve kiracıların, ayn sahipleri tarafından sözleşme sonunda çıkarılması (tahliye) ile ilgili hususlarda idare düzenlemelerde bulunabilir. Fiyatların serbest bırakılmasının, iktisadî hayatı olumsuz etkilediği ve insanların bundan zarar gördüğü durumlarda, idare limit belirleyebilir ve buna uymayanlar cezaî müeyyideye tabi tutulur. Ancak belirlenen fiyatların âdil olması zorunludur. Aynı şekilde, kiradaki aynın tahliyesi ile ilgili olarak da düzenleme yapılabilir. Özellikle büyük ticarî faaliyetler için yapılan kiralamalarda bu nokta çok önemlidir. Âdil emsâl ücretin kiracı tarafından ödenmeye devam edilmesi durumunda ayn sahibi, kiracıdan, tahliye talebinde bulunamaz. Kısacası devlet, bireylerin mallarını kiralama ve kira miktarlarını serbestçe belirleme yetkilerini kötüye kullanmalarına müsaade etmez."¹³⁰

Kira sözleşmesi bağlamında mülkiyet hakkında tasarruf yetkisi ve bu hakkın tabi olduğu sınırlamalar açısından muhakkık fakih **Karâfi** (684/1285), oldukça ilginç bir hususa işaret etmektedir. *Bir maslahatı gerçekleştirme ya da mefsedeti giderme amacıyla olmayan eylemlerin, şer'an muteber olmadığını* söyleyen **Karâfi**¹³¹, bu ilkeyi kira akdiyle örneklendirmektedir. Buna göre kiracı, kira konusu nesnede inşaat yapma ya da ağaç dikme gibi bir takım faaliyetlerde bulunmuş ve kira müddeti bitince, yaptığı şeyleri yıkmak isterse, söz konusu faaliyet, yıkılmadan önce ne kadar büyük bir iktisadî değere sahip olursa olsun, yıkıldıktan sonra herhangi bir ekonomik değer taşımıyorsa, bu isteği dikkate alınmaz ve hukuken engel olunur. Çünkü bu işlem, menfaat sahibi (kiracı) açısından bir fayda (maslahat) sağlamadığı gibi, ondan herhangi bir zararı (mefsedet) da gidermemektedir. Dolayısıyla tasarruf meşru bir amacın tahakkukuna yönelik değildir ve malın heder edilmesi anlamı taşımaktadır. Halbuki *Hz. Peygamber* (sav), malın heder edilmesini yasaklamıştır. Dolayısıyla binanın ya da ağaçların olduğu gibi terkedilmesi gerekir. Öte yandan arazi sahibinin bina ya da ağaçlar karşılığında kiracıya herhangi bir bedel ödemesi de gerekmez. Zira kira konusu nesnede yapılan faaliyetlerin, sözleşmenin sona ermesiyle hukuken izâle edilmesi gerekiyordu. İzâle edilmeleri durumunda ise, hiçbir ekonomik değerleri olmayacağından müstehlek hükmündedirler; müstehlek şeylerin ise, hukuken bir kıymeti yoktur.¹³²

Karâfi'nin, İslâm'da hakların kullanımı noktasında ortaya koyduğu ilke ve hukuk düşüncesi son derece yerinde olmakla birlikte, ayn sahibinin kiracıya, terkettiği şeyler karşılığında herhangi bir bedel ödemek zorunda olmadığına dair ifadelerine katılmak pek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca kiracının, kira konusu nesnede yaptığı faaliyetleri, söz gelişi diktiği ağaçları sökmeye müsaade edilmeyeceği hükmünü, tasarrufun bir maslahatı gerçekleştirme veya mefsedeti giderme amacı taşıması gerekçesine dayandırıp, daha sonra da ağaçların arazide terkedilmesi karşılığında kiracıya bir bedel ödenmesi gerektiğini söylerken bu hükmü, söz konusu nesnelerin kira süresinin bitimiyle birlikte

¹³⁰ Zerkâ, *el-Fetâvâ*, 433-438.

¹³¹ Karâfi, *el-Furûk*, IV,22. إن الشريعة لا يعثر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح، يحصل لمصلحة أو دارء المفسدة.

¹³² Karâfi, a.g.e., IV,22-23.

izâle edilmesinin hukukî bir zorunluluk olduğu ve bu durumda iktisadî bir değer taşımayacağı için heder sayılacağıyla açıklamak açık bir çelişkidir. Yani **Karâfi**'ye göre kiracı, kira konusu nesnede, ya kira süresinin bitiminde iktisadî değerini kaybetmeyecek şekilde sökülüp taşınamayacak faaliyetlerde bulunmayacak, ya da bu tür nesnelere herhangi bir karşılık talep edmeden olduğu gibi terkedecektir.

Bu tür tasarrufların ayn sahibinin izniyle yapılması ile izinsiz yapılması halini, diğer bir ifadeyle kiracının iyi niyetli-kötü niyetli olması durumunu ve menfaatlerin dengelenmesi ilkesini, meseleyi hükme bağlarken dikkate almak her halde daha doğru ve hakkaniyete uygun olacaktır. Nitekim ilk dönem toprak, maliye ve vergi hukuku yazarlarından İbn Zencûye (251/865), bu gibi durumlarda söz konusu tasarrufun hukukî bir mesnedinin olup olmaması ve hem ilgili faaliyetin, hem de kira konusu arazinin zarar görmemesi bakımından, kiracının tasarrufunun kalıcı ya da bir süre sonra nihayete eren cinsten olup olmamasının dikkate alınması gerektiğini söyler.¹³³ Aynı şekilde İbn Zencûye, **Hz. Ömer** ve Ömer b. Abdülazîz'den bu doğrultuda uygulama örnekleri vermektedir.¹³⁴

Kira konusu nesnede tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalarda gördüğümüz hukukî düşünceye paralel diğer bir husus da rehinde tasarruf meselesidir. Her iki hususta da, başka bir hak taalluku sebebiyle, özel mülkte tasarruf yetkisinin, fert yararına sınırlandırılması söz konusudur. Ancak hemen belirtelim ki, kira sözleşmesi sebebiyle meydana gelen tasarruf sınırlamalarında hakkın konusu itibarıyla farklılık bulunmakla birlikte tarafların her ikisi de malik sıfatına sahipken; rehin akdinden doğan tasarruf sınırlamalarında taraflardan birisi malik, diğeri ise yalnızca bu mülke hakkı taalluk eden bir şahıs konumundadır.

2. Rehinde Tasarruf

Eşya hukuku, şahısların eşya denilen maddî mallar üzerinde doğrudan doğruya hakimiyetlerinden doğan meseleleri düzenleyen hukuk branşı olup, temel konusu aynî haklardır. Aynî hak, bir şahsa bir nesne üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı dermeyan edilebilen haklar demektir.¹³⁵

Aynî hakkın en önemli ve en çok kullanılan tasnifi, hakkın sağladığı yetkiye göre yapılanıdır. Buna göre aynî haklar iki temel gruba ayrılır:¹³⁶

1. *Mülkiyet Hakkı*: Mülkiyet, daha önce de ifade edildiği gibi eşya üzerinde tam bir hakimiyet ve en geniş yetkileri sağlayan aynî hak olarak tarif edilir. Hak sahibi hak konusu üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Tasarruf yetkisi, hakkın konusu olan nesneyi kullanma (usus), semerelerinden istifade etme (fructus) ve malı tüketme (abusus) yetkilerini kapsar.

2. *Sınırlı Aynî Haklar*: Mülkiyet hakkına bağlanan yetkilerden sadece bazılarını sağlayan aynî haklardır. Bazı hukuk sistemlerinde, başkasının nesnesi üzerindeki haklar da denilen bu tür haklar¹³⁷, hukukî nitelik bakımından genellikle mülkiyet hakkından farklıdır.

Türk Medenî Kanunu'nda (md.703) sınırlı aynî haklar üç gruba ayrılmıştır:

1. İrtifak hakkı
2. Rehin hakkı

¹³³ İbn Zencûye, *el-Emvâl*, II,642-643.

¹³⁴ İbn Zencûye, a.g.e., II,645,646.

¹³⁵ Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 1,4.

¹³⁶ Oğuzman-Seliçi, a.g.e., 20.

¹³⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 10.

3. Gayri menkul mükellefiyeti.

Bir gayri menkul malikinin, mülkü dolayısıyla, o gayri menkul karşılık olmak üzere diğer bir kimse lehine bir şey yapmaya veya vermeye mecbur tutulması demek olan gayri menkul mükellefiyeti¹³⁸, bazı hukuk sistemlerince kabul edilmemiş; İslâm hukuku kaynaklarında da böyle bir hak türüne yer verilmemiştir.¹³⁹ Sınırlı aynı hakların kalan iki türü ise, İslâm hukukunda özel mülkte tasarruf yetkisi açısından kısaca ele alınacaktır.

Fertler arası alacak-borç ilişkilerinde İslâm, muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçme, hukukî ihtilafları en aza indirme ve hakların korunması gibi amaçlarla borcun yazılması, yazım işlemine şahit tutulması ve borç karşılığında rehin alınması gibi bir dizi hukukî düzenlemeler getirmiştir.¹⁴⁰ Bu düzenlemelerden borcun yazılması ve yazıma şahit tutulması, anlaşmazlıkları gidermede ispat vasıtası fonksiyonunu üstlenecek; rehin ise, alacağı teminat altına alma ve borcun ödenmemesi durumunda alacaklıya, alacağını rehin konusu maldan tahsil etme imkanı verecektir. Hatta bu özelliği sebebiyle İslâm hukukçuları rehin akdinin, şahsa, diğer alacaklılara göre öncelik hakkı sağladığını ifade etmişlerdir. Binaenaleyh rehin sahibi alacaklı, alacağını tahsil edinceye kadar diğer alacaklılar, alacaklarını tahsil edemezler.¹⁴¹

Mecelle'nin ifadesiyle (md.701), "*Bir malı andan isitiyfası mümkün olan bir hak mukâbilinde mahbûs ve mevkûf kılmaktır*"¹⁴² şeklinde tarif edilen rehin sözleşmesi, malik olan râhinin, kendi mülkünde tasarruf yetkisini kullanabilmesi hususunda, başka bir hak taaluku gerekçesiyle bir takım hukukî sınırlamaları beraberinde getirmiştir.

Nelerin rehne konu olup olamayacağı, rehmin kabzedilmesinin şart olup olmadığı, gayri menkul rehni, ortak malın rehin verilmesi gibi konularda fıkıh ekolleri ve müctehidler arasında bazı görüş ayrılıkları varsa da, rehin konusu malın, rehin verenin (râhin) mülkiyetinden çıkmadığı ve onun mülkü olmaya devam ettiği hususunda bütün müctehidler ittifak halindedirler. Nitekim borcun ödenmesi durumunda merhûn, -şayet rehin alanın ya da üçüncü bir şahsın elinde/korumasında ise- rehin verene geri teslim edilmektedir. Esasen rehin akdinin cahiliyye dönemi Arap toplumunda da bilindiğini söyleyen çağdaş İslâm hukukçularından **Muhammed Fethî ed-Dirînî**, İslâm'ın bu işleme yaklaşımındaki farkı şu şekilde açıklamaktadır: "Rehin cahiliyye Araplarında da bilinmekle birlikte, borçluya karşı bir zulüm aracı olarak kullanılmaktaydı. Zira rehin alan, borcun ödeme vadesi gelir ve şahıs borcu ödeyemezse, borca karşılık olmak üzere -borç miktarı dikkate alınmaksızın- rehlin tamamını temellük ederdi. İşte bundan dolayı *Hz. Peygamber (sav)*, "*Rehin, onu rehin bırakan sahibinden kapatılmaz*"¹⁴³ buyurmuştur. Dolayısıyla rehinde meydana gelen, rehne muttasıl ya da ondan ayrı her türlü menfaat ve gelir rehin verene ait olduğu gibi, rehlin bakımına yönelik harcamalar da râhine aittir. Zira nimet külfet mukâbilindedir.¹⁴⁴ Kısacası rehin konusu nesnenin, rehin verene mülkiyet ilişkisinin devam ettiği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Daha önce de ifade edildiği gibi mülkiyet, bireye eşya üzerinde en geniş yetkileri veren bir aidiyettir. Binaenaleyh râhinin, rehin konusu kendi mülkü olan nesnede dilediği gibi

¹³⁸ Oğuzman, *Eşya Hukuku*, 21.

¹³⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 11.

¹⁴⁰ Bkz. Bakara 2/282-283.

¹⁴¹ Şâfiî, *el-Üm*, III,168,171; Hırakî, *el-Muhtasar*, 93.

¹⁴² Ayrıca bkz. Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,75; Kâsım el-Konevî, *Enisü'l-fukahâ*; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,474; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 285; 289; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, IV,269; Abdilber, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 229

¹⁴³ İbn Mâce, "Ruhûn", 3; Muvattâ', "Akdiye", 12. لا يغلن الرهن.

¹⁴⁴ Dirînî, *Buhûs mukârene*, II,466,468.

tasarrufta bulunabilmesi gerekir. Ancak İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf konusunu işlerken de işaret edildiği üzere, İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen tasarruf sınırlamalarından bir kısmını da, başka bir aynî hak taalluku oluşturmaktadır ve rehin hakkı da özellikle Hanefî hukukçulara göre aynî haklardandır. Yani rehin işleminin bu özelliği, rehin verenin, rehinde istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisini sınırlamaktadır. Hanefîler dışındaki İslâm hukukçuları da rehin sebebiyle tasarruf sınırlamalarını kabul etmekte ve fakat onlar bu görüşlerini aynî hak taallukuyla açıklamamaktadırlar. Esasen çoğunluğu oluşturan İslâm hukukçularına göre özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılması için aynî hak taalluku şartı da aranmaz.

İşte başka bir aynî hak taalluku fikrinin en açık örneklerinden birini rehin bırakılan malda (merhûn), râhinin tasarrufları oluşturmaktadır. Her ne kadar rehin konusu mal, halen rehin verene aitse de, bu hakta satım, kira, hibe gibi tasarruflar başka bir şahsın muhterem ve hukukî himayeye sahip hakkını da doğrudan ilgilendirmektedir. Nitekim eşya üzerinde "milk" ve "ibâha" dışında, milkten zayıf, ibâhadan kuvvetli orta seviyede "hukuk" nitelikli haklardan söz eden Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393), bu tür hakları beş gruba ayırmakta ve bunlardan birinin de "hakku't-tealluk" olduğunu söylemektedir. Burada hak sahibi, herhangi bir nesnenin aynına da menfaatine de o anda malik değildir. Sadece herhangi bir sebeple doğmuş olan bir hakkın elde edilmesi bu nesneye bağlıdır. **İbn Receb**, mürtehinin, borç ilişkisiyle doğan hakkını bütünüyle alıncaya kadar, rehin üzerindeki hapis hakkının, bu tür bir hak olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁵ Başka bir hak taalluku da *Mecelle*'nin ifadesiyle, maliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan men'etmektedir.¹⁴⁶

Bu hukukî düşünce ve ilkeleri esas alan müctehidler ve fıkıh ekolleri, râhinin merhûn üzerindeki tasarruflarının hukuken sınırlandırılmış olduğunu ifade etmişlerdir. Bu sınırlandırmanın amacı da, başka bir hakkın korunmasıdır. Hanefî fakih **İbn Nüceym** (970/1562), merhûnda tasarruf meselesinde iki hakkın çatıştığını söylemektedir. *Mülk sahibinin (râhin) mutlak tasarruf yetkisi ve rehin alan şahsın (mürtehin) alacağını tahsile yönelik teminat hakkı*. Bu durumda mürtehinin hakkının, milk nitelikli hakka göre öncelikli olması gerekmektedir. Zira bu durumda râhinin mülkünden istifade yetkisi sadece geciktirilmiş olmaktadır. Aksi durumda ise, bir hakkın tamamen kaybedilmesi söz konusudur.¹⁴⁷ Kaldı ki "mâni ile muktazi teâruz ettikde mâni takdim olunur"¹⁴⁸ kâidesi, genel küllî prensiplerdendir. Dolayısıyla rehin alanın hakkını korumak amacıyla, *rehin akdinin gayesiyle çatışan, bu hakkı tamamen ya da kısmen ortadan kaldıran ya da alacağını tahsil etmesini zorlaştıran veya geciktiren, merhûna olan rağbeti azaltan ya da kıymetinde eksilme meydana getiren, kısacası mürtehinine herhangi bir şekilde zararı dokunan tasarruflar hukuken sınırlandırılacaktır*.

Bu noktada râhinin, rehin konusu nesnedeki tasarruflarının geçerli olabilmesi için, ya borcunu tamamen ödemesi (ifa), ya da alacaklının (mürtehin), hakkından vazgeçtiğine (ibrâ) dair bir beyanının olması veya tasarrufa izin vermesi gerekir. Zira rehin konusu mal, tüm borca karşılık rehin bırakılmıştır; dolayısıyla mürtehin, borç tamamen ödeninceye kadar rehni elinde tutma yetkisine sahiptir. Borcun bir kısmının ödenmesi durumunda, ödenen miktar kadarının rehin olmaktan çıkacağını söyleyenler olmuşsa da, İslâm hukukçularının

¹⁴⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 185

¹⁴⁶ "Herkes mülkünde keyfe mâyeşa' tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taallûk ederse maliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan men'eder." *Mecelle*, md.1192.

¹⁴⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 118. Ayrıca bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,96-97,98; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII,234-240.

¹⁴⁸ *Mecelle*, md.46.

cumhuruna göre borcun tamamının ödenmesi zorunludur.¹⁴⁹ Bu temel çerçevede İslâm hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.¹⁵⁰ Fakat İslâm hukuk doktrininde râhinin merhûndaki tasarruflarıyla ilgili olmak üzere şu hususlarda farklı bazı yaklaşımların olduğunu görmekteyiz.

a. Çeşitli Açılardan Râhinin Tasarrufları

Râhinin rehin konusu nesnedeki tasarruflarını, tasarrufun geçerliliği ve rehne taalluk eden hakkın sakıt olup olmaması bakımından üç kısımda ele alabiliriz.

1. *Râhinin merhûndaki tasarruflarının, zarar şartına bağlı olup olmaması.* Hanefî ve Mâlikî mezheplerinde, râhinin merhûndaki tasarruflarından, mürtehinin zarar görmesi ya da görmemesinden söz edilmemekte, mürtehinin hakkı sebebiyle genel tasarruf sınırlamalarından bahsedilmektedir. Söz gelimi Hanefî fakihlerden **es-Suğdî** (461/1068), râhinin rehin üzerinde satım, hibe, tasadduk, başka birine rehin bırakma, emânete verme, âriyet verme, kiralama gibi tasarruflarda; kullanma ya da herhangi bir şekilde rehinden istifade etme gibi fiillerde bulunamayacağını belirtmekte, bu tasarrufların zarara sebebiyet verip vermemesini ayrıca söz konusu etmemektedir.¹⁵¹ Bu hususta Mâlikî mezhebinin görüşü de aynı doğrultudadır.¹⁵² Yalnız rehin, rehin verenin elinde bulunuyorsa Mâlikî hukukçulara göre, borç tamamen ödenmemiş bile olsa râhinin, satım gibi tasarrufları geçerlidir. Fakat bu durumda satım bedeli rehin yerini tutar.¹⁵³

Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ise, râhinin merhûndaki tasarruflarını zarar kriterini esas olarak değerlendirmişler ve böylece tasarruf yetkisine daha geniş bir alan açmışlardır. Buna göre, *mürtehin zarar dokunmayan tasarruflarda bulunulabilir.* Dolayısıyla rehin bırakılan bir hayvana sahibi tarafından binilebilir, hizmetçi çalıştırılabilir, elbise giyilebilir, evde oturulabilir. *Ancak bu tür yararlanmalar, merhûnun kıymetini azaltacak ya da ona olan rağbeti düşürecek özellikte olmamalıdır.* Râhinin yararlanmaları bu nitelikte olursa, söz konusu tasarruflarda bulunulamaz. Söz gelimi bir borca karşılık rehin gösterilen arazide, râhin tarafından inşaat ya da ziraat yapılamaz, ağaç dikilemez. Çünkü ağaçlar söküldükten sonra satışa sunulan araziye rağbet daha az olur. Diğer taraftan Şâfiî mezhebine göre, borcun vâdesini aşmayacak şekilde merhûn, rehin veren tarafından kiraya verilebilir; aynı şekilde borcun vâdesinden önce hasad edilmesi mümkün olan şeylerle ziraat yapılabilir. Özetle ifade etmek gerekirse, *bu iki fıkıh ekolüne göre, mürtehin zarar dokunmayan, merhûnun kıymetinde bir eksilmeye sebebiyet vermeyen ve borcun vâdesini geçmeyen tasarruflar, mürtehinin iznine gerek olmaksızın geçerlidir. Dolayısıyla merhûnla ilgili tasarruf sınırlamalarının kriteri zarardır. Zarar varsa tasarruf sınırlandırılır, yoksa sınırlandırılmaz.* Zira Hz. Peygamber (sav) "zarar ve zarara karşılık zarar yoktur" buyurmuştur. Mürtehinin zararına sebebiyet vermeyen, merhûnun kıymetinde herhangi bir eksilmeye yol açmayan tasarruf ve yararlanmaların geçerli

¹⁴⁹ Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,231. İbn Rüşd'ün cumhur İslâm hukukçularının görüşü olarak naklettiği rehlin, borcun tamamına karşılık olması, dolayısıyla borcun tamamı ödenmeden râhinin, rehinden herhangi bir şeyi talep edemeyeceği görüşünü İbnü'l-Münzir, fukahâ arasında icmâ hasıl olan hususlar arasında saymaktadır. Bkz. İbnü'l-Münzir, *el-İcmâ*, 84.

¹⁵⁰ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, III,168,171; Hırakî, *el-Muhtasar*,91; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 414; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,96-98; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,261,262; Makdisî, *el-Udde*, 244; Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,81-82; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,97; İbn Receb, *el-Kavâid*, 82; İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, 118; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,485-486; Mer'â b. Yûsuf, *Delîlüt-tâlib*, 140; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, IV,294; Bahru'l-Ulûm, *el-Hacr*, 410-411.

¹⁵¹ Suğdî, *en-Nütef*, II,605-606. Ayrıca bkz. Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,146.

¹⁵² Bkz. Karâfî, *ez-Zehira*, VIII,115-116; İbn Abdirrafî, *Muînu'l-hukkâm*, II,813.

¹⁵³ Âbidî, *el-Emvâl*, 7.

olduğunun delili ise, "Şayet rehin konusu bir hayvan ise bakımı karşılığı olmak üzere binilir; aynı şekilde süt hayvanı ise sütü içilir"¹⁵⁴ hadisidir.¹⁵⁵

2. *İzne dayalı tasarruflarda mürtehinin, rehinle elde ettiği hakkın sâkıt olup olmaması:* Merhûn üzerindeki tasarrufların mürtehinin iznine dayanması durumunda Hanbelî fakihler, *iznin, borcun vadesinin dolmasından sonra ya da önce olmasına* göre farklı hükümler sevketmişlerdir. Şayet mürtehin, borcun vadesi geldikten sonra râhine satım vb. için izin vermişse, rehinle elde ettiği hak, ortadan kalkmış olmaz; satım akdinin semeni rehin yerine geçer. Ancak izin borcun vadesi gelmeden verilmiş ise, bu durumda mürtehin, rehinle elde ettiği hakla çelişen bir iş yapmıştır; dolayısıyla bu akde dayalı olarak elde ettiği tüm haklar sâkıt olur. Nitekim **İbn Kudâme** (620/1223) merhûndaki tasarrufların, mürtehinin izniyle ve borcun vadesinden önce gerçekleşmesi durumunda rehin akdinin bâtil olacağını ve artık mürtehinin herhangi bir hak iddiasında bulunamayacağını açıkça ifade etmektedir.¹⁵⁶

Şâfiî hukukçuların ise bu meseleyle ilgili herhangi bir ifadelerine rastlayamadık.

Hanefî ve Mâlikîlere göre ise, rehin konusu nesnedeki tasarruflar, mürtehinin iznine dayanır ya da izinsiz yapılan tasarrufu mürtehin kabul ederse/onaylarsa (icâzet), rehin sebebiyle elde ettiği hak ortadan kalkmış olmaz; tasarrufun niteliğine göre merhûnun bedeli rehin gibi muamele görür. Zira *rehin hakkı mâlî bir haktır; mâlî haklarda ise, bedel mübeddelin hükmünü alır*.¹⁵⁷

Diğer taraftan Mâlikî hukukçular, mürtehinin izniyle yapılan tasarrufların geçerli olduğunu, ancak bu durumda rehin veren kabul etse de etmese de borcun muacceliyet (peşin borç) kesbedeceğini söylemektedirler.¹⁵⁸ Hatta **Karâfi** (684/1285), **İmâm Mâlik** (179/795)'e göre aynı hükmün, izinsiz yapılan tasarruflara mürtehinin icâzet vermesi halinde de geçerli olduğunu ve bu durumda borcun aciliyet kazanacağını söylemektedir.¹⁵⁹ Ancak **İbn Rüşd** (595/1198), **İmâm Mâlik**'e göre bu durumda mürtehinin tasarrufa icâzet vermesinin, borcu muaccel hale getirme amacına yönelik olduğu şeklinde bir ihtimal söz konusu olduğunda, bunu teyiden mürtehinine yemin teklif edileceğini belirtmektedir.¹⁶⁰

İzin hakkı iskât ettiğini söyleyen Hanbelîlere göre mürtehin, râhinin merhûndaki tasarruflarından zarar görse bile, hukukî sınırlama talebinde bulunamayacaktır. Zira izin vermekle hakkını iskât etmiştir. Ancak iznin, rehinle elde edilen hak ve imtiyazları ortadan kaldırmayacağını ifade eden cumhûr fakihlere göre, rehin sebebiyle söz konusu olan hukukî sınırlamalar devam edecektir.

3. *İzinsiz yapılan tasarrufların hukukî niteliği:* Rehin verenin, rehin konusu nesne üzerindeki izinsiz tasarrufları Hanefî ve Mâlikîlere göre mevkûf, Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise bâtildir.¹⁶¹ Dolayısıyla mevkûf görüşünde olanlara göre, mürtehinin tasarrufa icâzet vermesi durumunda tasarruf geçerli olacaktır. Bâtil ise, hiçbir hukukî sonuç doğurmadığı için tasarruf hükümsüzdür.

¹⁵⁴ Buhârî, "Rehn", 4; Ebu Dâvud, "Buyû", 76; "Et'ime", 24; Tirmizî, "Buyû", 31; İbn Mâce, "Ruhûn", 2; Ahmed, Müsned, II,472.

الرهن يركب بنفخته ويشرب لبن الدر إذا كان مرهونا

¹⁵⁵ Bu görüşler için bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II,96-98; a.m.lf., *et-Tenbih*, 290; Gazzâlî, *el-Vasîte*, III,496,499-450; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,261-262; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,320-321; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nurâniyye el-Fikhiyye*, 152; İbn Receb, *el-Kavâid*, 149; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,401; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV,259,265-266.

¹⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,261-262.

¹⁵⁷ Mergînânî, *el-Hidâye*, IV,431; Âbidî, *el-Emvâl*,7.

¹⁵⁸ Bkz. İbn Abdîrrafî', *Muînu'l-hukkâm*, II,813.

¹⁵⁹ Karâfi, *ez-Zehîra*, VIII,115-116.

¹⁶⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,321.

¹⁶¹ Mergînânî, *el-Hidâye*, IV,431; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,321; Karâfi, *ez-Zehîra*, VIII,115-116;

İbn Abdîrrafî', *Muînu'l-hukkâm*, II,813; Âbidî, *el-Emvâl*,7; *Mecelle*, md.747.

Genel olarak râhinin merhûnda tasarrufu konusunda Zeydiyye ve İbâdiyye mezheplerinin görüşleri, Hanefî ve Mâlikî mezhepleriyle örtüşmektedir.¹⁶²

Rehin akdiyle ilgili olarak, özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen hukukî sınırlamalar açısından ele alınması gereken iki mesele daha vardır:

Ortak malın rehin verilmesi (*rehnü'l-müşâ'*)

Ödünç alınan malın rehin bırakılması (*rehnü'l-müsteâr*).

Ortak malın rehin bırakılması hususu, ortak malın hukukî işlemlere konu edilmesi münasebetiyle ele alınacaktır. Rehnü'l-müsteâr konusunu ise kısaca ele alalım.

b. Rehnü'l-müsteâr

Rehin bırakılacak nesnenin mutlaka râhinin mülkü olması zorunlu değildir. Başkasına ait bir mal da onun izniyle rehin verilebilir ve bu İslâm hukukçularının ittifakıyla sabittir.¹⁶³ İşte *bir şahsın başka birisinden kullanmak amacıyla olmayıp, muîrin izni ile, borcu karşılığında üçüncü bir şahsa rehin olarak vermek üzere ödünç (âriyet) istemesine rehnü'l-müsteâr denilir.*¹⁶⁴

Âriyetin bağlayıcı (lâzım) bir işlem olup olmadığı İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır.¹⁶⁵ Âriyetin lâzım olmadığını söyleyenlere göre, muîr (ödünç veren), istediği zaman tek taraflı olarak îâreden dönebilir. Ancak âriyetin lâzım bir akid olmadığını söyleyenlere göre de, âriyet malın rehin bırakılması halinde, bu akid bağlayıcılık kazanır. Çünkü bu durumda âriyet konusu nesne, hukukî nitelik itibarıyla bağlayıcı (lâzım) olan bir başka işleme konu olmuştur. Dolayısıyla *muîr, rehin verilen âriyetten istediği zaman dönemez.*¹⁶⁶ Zira âriyetin bir borca karşılık rehin bırakılması durumunda, âriyet verenin (muîr) îâreden rucû etmesi rehin alanın (mürtehin) zararına sebep olmaktadır. Halbuki İslâm, "*zarar vermek de zarara yine zararla karşılık vermek de yoktur*" prensibi gereği başkasına zarar vermeyi yasaklamıştır.¹⁶⁷ Kaldı ki mürtehinin hakkının korunması ve rehinle gerçekleştirilmesi hedeflenen amacın tahakkuku da, rehin konusu nesnenin âriyet olup olmamasına bakılmaksızın lâzım olması halinde mümkündür. Esasen muîr âriyette bulunurken, muîrin bu tür bir işleme konu olacağını bilmektedir. Dolayısıyla bu işlemde istediği zaman dönemeyeceğini peşinen kabullenmiş durumdadır. Hatta *fakihler, rehin bırakılmak üzere âriyet alınan malın herhangi bir şekilde zarar görmemesi için, mürtehinin kimliği, borç miktarı ve borcun ödenme zamanının baştan belirtilmesinin şart olduğunu söylemişlerdir.*¹⁶⁸ Zira bu unsurlar, muîrin, malının rehin bırakılmasına râzı olup olmamasında belirleyicidir. O halde muîr, baştan itibaren borcun vadesini bilmekte ve buna râzı olduğu için malının rehin verilmesini kabul etmektedir.

Binaenaleyh rehnü'l-müsteâr durumunda da, başka bir hak taalluku sebebiyle muîrin tasarruf yetkilerinin sınırlandırılması haliyle karşı karşıyayız. Nitekim **İbn Teymiyye** (728/1327), "*bir kimse malını, miktarı ve süresi belirli bir borç karşılığında rehin bırakmak üzere birine ödünç (âriyet) verirse; mala mürtehinin hakkı taalluk ettiği için âriyetten rucû*

¹⁶² Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, III,277; Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XI,148; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,451.

¹⁶³ Şâfiî, *el-Üm*, III,222; İbnü'l-Münzir, *el-İcmâ'*, 84; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,225.

¹⁶⁴ Zerkâ, *el-Medhal*, III,103. *Mecelle* (md.726), rehnü'l-müsteârı şöyle tarif etmiştir: "*Bir kimse diğerrinin malını istiâre edip de ânin izniyle rehnemek câizdir ve buna rehnü'l-müsteâr denilir.*" Krş. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.982.

¹⁶⁵ Bu husus için bkz. "*Âriyet (Ödünç)*" alt başlığı.

¹⁶⁶ Bkz. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.983.

¹⁶⁷ Zerkâ, *Şerhu'l-kavâid*, 117.

¹⁶⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,225.

edemez” demektedir.¹⁶⁹ Ancak muîr, rehin bırakılan âriyet malının rehinden kurtararak kendisine teslim edilmesi için müsteîr râhini, borcu ödemeye zorlayabilir. Fakat rehin, vâdeli bir borç karşılığında alındığı için, ödeme zamanı gelmeden önce râhini, borcu ödemeye zorlayamaz.¹⁷⁰ Şayet muîr, borcun vadesinden önce malına kavuşmak istiyorsa, bu ancak borcun tamamını mürtehinine ödemesi halinde mümkündür. Fakat bu durumda muîr, “*başkası adına onun emri olmaksızın ödemede bulunan kimse, teberrûda bulunmuş sayılır ve ödediği ile rucû hakkı yoktur*”¹⁷¹ umumî prensibi gereği, ödemeyi râhinin izni olmadan yapmışsa da; kendini zarardan kurtarması ve bir hakkı elde edebilmesi buna bağlı olduğu için, teberrûda bulunmuş olmaz ve ödediği ile râhine (asil borçluya) rucû edebilir.¹⁷²

Rehin konusu nesnede mülk sahibinin (râhin) tasarruflarını, özel mülkte tasarruf yetkisi açısından ele alan **Abdullah el-Muslih**, hakların korunması ve hukukî işlemlerde istikrarın temini açısından izne dayanmayan tasarrufların bâtil kabul edilmesinin daha isabetli olduğunu söylemektedir.¹⁷³ Ancak meselenin Şâfiî ve Hanbelî hukukçuların yaptığı gibi zarar kriterine göre değerlendirilmesi bizce daha isabetlidir. Fakat hemen şunu belirtelim ki, *râhinin, mülkiyeti izâle eden tasarrufları câiz değildir; zira bu rehnin “teminat” özelliğine aykırıdır. Aynı şekilde merhûnun kıymetini düşüren, ona olan rağbeti azaltan tasarruflar da mürtehinin rızâsı olmadan yapılamaz.* Bu iki hususta fakihler arasında ittifak vardır.¹⁷⁴ Çünkü bu tasarruflardan mürtehinin zarar göreceği açıktır; ayrıca zararın olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır. Fıkıh literatüründe görülen farklı görüşler ise, bu iki özellikte olmayan tasarrufların geçerli olup olmadığı ya da iznin şart olup olmadığıyla ilgilidir.

Az önce de işaret ettiğimiz üzere bu gibi tasarrufları zarar kriterine göre değerlendirmek bizce daha isabetlidir. Buna göre, *rehnin amacıyla gelişmeyen, merhûnun kıymetinde herhangi bir eksilme ya da merhûna olan rağbetin azalması gibi bir sonuç doğurmayan, yani mürtehinin zararı görmesine yol açmayan tasarruflar geçerli olacaktır.* O halde izinsiz yapılan tasarrufların mürtehinin onayına (icâzet) bağlı olduğunu söylemek daha doğrudur. Çünkü kişinin, zarar gördüğü bir tasarrufu onaylaması âdeten mümkün değildir. Bu durumda zarara sebebiyet vermeyen tasarrufları, sırf izne dayanmadığı için bâtil kabul etmenin -rehin akdinin amacı dikkate alındığında- mâkul herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kaldı ki, mesele -yukarıda da açıklandığı gibi- zarar açısından ele alındığında Abdullah el-Muslih’in öne sürdüğü gerekçeler (hakların korunması ve hukukî işlemlerde istikrarın temini) de tahakkuk etmiş olacaktır.

Diğer taraftan olabildiğince her delille amel etme, usul ilminin bilinen temel prensiplerindedir. Bu meselede de, konu zarar kriterine bağlı olarak ele alınır ve izne dayanmayan tasarrufların geçerlik kazanabilmesi, mürtehinin kabul (icâzet) ya da reddine bağlanacak olursa, çatışma halinde bulunan iki prensiple de âzâmî düzeyde amel edilmiş olur. Şöyle ki, mülkiyet hakkı kişiye dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi vermektedir. Râhin de malik sıfatıyla, mürtehinine zarar vermemek kaydıyla bu yetkisini kullanmış olacaktır. Öte yandan bu mülke, rehin akdi sebebiyle mürtehinin hakkı taalluk etmekte ve mürtehinin hapis hakkı bulunmaktadır. Zarara sebebiyet veren tasarruflara onay vermemek suretiyle o

¹⁶⁹ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,295.

¹⁷⁰ Bkz. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.990.

¹⁷¹ Zerkâ, *el-Medhal*, III,104.

¹⁷² Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,226. Rehnü'l-müsteârin haksız iktisap açısından değerlendirmesi için bkz. Çalış, Halit, *İslâm Hukukunda Haksız İktisap*, Harran Üniv. Sos. Bil. Ens. Şanlıurfa 1995. s.45 vd. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi.

¹⁷³ Muslih, *Kukûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 374-375.

¹⁷⁴ Bkz. Bahru'l-Ulûm, *el-Hacr*, 410-411. Rehin, hem rehin veren hem de rehin alan tarafından kullanılamaz; İslâm hukukunda ipotek bilinmemektedir iddiası (Bkz. Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, 148) ve bu iddianın reddi için bkz. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,169-178.

da, bu hakkını kullanmış ve korumuş olmaktadır. Böylece her iki delil de imkan nisbetinde fonksiyonel hale getirilmiş olmaktadır. Diğer taraftan bu çözüm biçimi, özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen sınırlamaların zarûret ölçüsünde tutulması (fert ve toplumdaki zararı giderme) fikriyle de uyumludur.

3. İrtifak Hakları

Eşya üzerindeki sınırlı aynî hakların ikincisini irtifak hakları oluşturur. Sözlükte "*bir şeye dayanmak, ondan faydalanmak*" anlamına gelen *irtifak*, İslâm hukuku terimi olarak *bir akar üzerinde başkasına ait diğer bir akar yararına kurulmuş olan ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan aynî hakları ifade eder*.¹⁷⁵

İrtifak¹⁷⁶ hakları konusu, İslâm hukuk literatüründe farklı kelimelerle ifade edilmiş¹⁷⁷ ve değişik yerlere serpiştirilmiş vaziyette işlenmiş olmakla birlikte, konuyu "*hukûk ve merâfık*" kavramlarıyla anlatan Hanefî hukukçu **Serahsî** (483/1090)'nin, söz konusu kavramları "*bir akara bağlı olarak bu akara yakın özel mülkiyet altındaki başka bir akar üzerinde kurulu geçit ve kaynak hakkı gibi haklar*"¹⁷⁸ şeklinde tarif ettiği dikkate alınır, bugün için genel kabul gören tarifi hemen aynısının çok daha eskilere dayandığı görülecektir.

Tarıftan de anlaşılacağı gibi irtifak hakkının üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar, *hadim (mürtefak bih) akar, hakim (mürtefik) akar ve yararlanma yetkisidir*. Sınırlı da olsa aynî nitelikli bir hak olan irtifak hakkının, bir akar lehine kurulması, hak sahibinin akar olduğu anlamına gelmeyip aksine bu irtifaka sahipliğin doğrudan hakim akara malik olma olgusuna bağlandığını ifade eder. Hakim akarın mülkiyetini elde eden herkes ilke olarak bu akara bağlı irtifakların da sahibi olur. Bu sebeple hak akara izâfe edilmekte ve irtifak hakları, bir akarla ilgili de olsa temel özelliği şahsa bağlılık olan intifâ haklarından bu yönüyle ayrılmaktadır.¹⁷⁹

Öte yandan hadim ve hakim akar, bütün irtifakların değişmez unsuru olmakta; irtifakın nevini ise yararlanma yetkisi tayin etmektedir. Konumuzla doğrudan ilgili olması bakımından yararlanma yetkisi unsuru ve bunun mülkte tasarruf yetkisine etkisine kısaca işaret etmekte fayda vardır. Ancak buna geçmeden önce bir hususa işaret etmek istiyoruz.

Hukukî dayanağını¹⁸⁰ âyet ve hadislerden alan irtifak hukuku, İslâm hukuk literatüründe önemli bir yer tutar. Her ne kadar İslâm hukukuçuları değişik türde birçok irtifak türünden söz etmekteyse de, İslâm hukuku kaynaklarında kavramlaşmış ve yaygın kullanıma kavuşmuş temel irtifaklar şunlardır:¹⁸¹ Su alma (kaynak) hakkı (hakku's-şirb)¹⁸²,

¹⁷⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 24; a.mlf., "*İrtifak*", XXII,460. TMK'da (md.703), "*bir gayri menkul üzerine diğer bir gayri menkul lehine tahmil edilen bir külfettir*" şeklinde tarif edilen irtifak kavramını Kadri Paşa şöyle tarif eder: "*Bir akar üzerinde, başkasına ait bir akar yararına kurulmuş olan hakdır.*" Bkz. *Mürşidü'l-hayrân*, md.37. الارتفاق: هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر.

Kadri Paşa'nın bu tanımının diğer çağdaş İslâm hukukçuları tarafından da bazı ifade farklarıyla birlikte benimsendiği görülmektedir. Bkz. Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 86; Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 171; Sâyiş, "*Milkiyyetü'l-ard*", 129; Zerkâ, *el-Medhal*, III,35; Bedrân, *Tarihu'l-fikhi'l-İslâmî*, 334. Bu tanımın eleştirisi için bkz. Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 53.

¹⁷⁶ Bazı çağdaş yazarlar, İslâm hukukunda terim anlamı ile "*irtifak hakkı*" ifadesinin ilk defa Kadri Paşa (1888) tarafından kullanıldığını, daha sonra *İslâm Eşya Hukuku* alanında yazan bir çok araştırmacının da aynı ifadeyi benimsediğini söylerler. Bkz. Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 53; Hacak, *İrtifak Hakları*, 24.

¹⁷⁷ Klasik fıkıh eserlerinde irtifak hakkını ifade için kullanılan kavramlar ve tahlilleri için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 30-36.

¹⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XIV,136.

¹⁷⁹ Hacak, "*İrtifak*", XXII,461.

¹⁸⁰ Şuarâ 26/155; Kamer 54/28; Buhârî, "Mezâlim" 20; Müslim, "Müsâkât", 136; Ebu Dâvud, "Akdiye" 31; Tirmizî "Ahkâm" 26; Muvattâ, "Akdiye", 33,34. Bu deliller ve hukukî yorumları için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 36-38.

¹⁸¹ Bkz. Hacak, a.g.e., 52-76.

¹⁸² Özellikle Hanefî kaynaklarında hakku's-şirb ile birlikte ele alınan ve su içme ya da gündelik ferdi ihtiyaçlar için önemsiz sayılabilecek ölçüde bir su kullanım yetkisini ifade eden hakku's-şefe (Bkz. Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 95-96; Serahsî, *el-Mebsût*,

geçit hakkı (hakku'l-mürûr)¹⁸³, inşaat (üst) hakkı (hakku'l-karâr), mecrâ hakkı (hakku'l-mecrâ, hakku'l-mesîl)¹⁸⁴, giriş koyma hakkı (hakku vaz'î'l-cüz), kar atma hakkı (hakku ilkâi's-selc).

İşte bütün bu irtifaklar kurulurken, hadim akar maliki açısından olabildiğince az zararın söz konusu olacağı şekilde kurulmalıdır. Söz gelimi geçit hakkı kurulurken;

En az mutazarrır olacak şahsın mülkünden geçirilmelidir.

b) Geçidin, yükümlü taşınmaz (hadim akar) maliki bakımından en az zarar verecek yerden geçirilmesi sağlanmalıdır. Meselâ geçidi bir tarlanın kenarından geçirmek mümkünse, bu tarlayı ikiye bölecek şekilde geçirmek doğru değildir. Ortadan geçecek yol daha kısa ve daha az masraflı olsa bile kural olarak bu çözüm tarzı benimsenmemelidir.¹⁸⁵

Belirtmek istediğimiz ikinci bir husus da irtifak hakları ile özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen sınırlamaların önemli bir kısmını teşkil eden komşuluk hukuku arasındaki ilişkidir. Yani hakku'l-civâr kavramıyla ifade edilen husus da acaba bir irtifak hakkı mıdır?

Öncelikle şunu ifade edelim ki, her ne kadar kuruluş tarzı açısından irtifakları iradî ve kanunî (zarûrî) olmak üzere ikiye ayırmak mümkün ise de, irtifak hakkının doğrudan kanundan doğuşu tartışmalıdır.¹⁸⁶ Prensip itibariyle irtifakların, akar maliklerinin iradesine bağlı olduğunu söyleyenler, irtifak hakkı ile özel mülkiyetin takyidinin birbirine karıştırıldığı; kanunî olduğu söylenen irtifakların aslında irtifak olmayıp, mülkiyet hakkının komşuluk münasebetleri sebebiyle sınırlanması mahiyetinde olduğunu söylemektedirler.¹⁸⁷ İşte hakku'l-civâr (komşuluk hakkı) kavramıyla ifade edilen hususun, irtifak hakkı olup olmadığı tartışması da buradan kaynaklanmaktadır.

Çağdaş İslâm hukukçularının genel kanaati İslâm hukukunda hakku'l-civâr kavramıyla ifade edilen bir irtifak türünün daha mevcut olduğu yönündedir.¹⁸⁸ Bununla, birbirine komşu iki akardan her birinin diğeri üzerinde, maliklerinin bu akarı kullanımı esnasında birbirlerine zarar verecek taşkınlıklardan kaçınmasını öngören ve doğrudan kanundan doğan bir irtifak hakkı kastedilmektedir. Ancak *irtifak hakları, bir akar lehine diğer akar üzerinde kurulu bir hakkı ifade ederken; hükûku'l-civâr, kişinin kendi mülkünden yararlanırken komşularına zarar vermemesi esasına dayanır. Yani irtifak hakkı olumlu (icâbî), komşuluk hukuku ise, olumsuz (selbî) bir durumu yansıtmaktadır.* Dolayısıyla komşuluk hakkı (hakku'l-civâr), gerçekte bir

XXIII,169-170), bir akar lehine kurulu olmadığı ve süreklilik de arz etmediği için irtifak hakkı olmayıp, doğrudan kanun tarafından herkese tanınmış ibâha nitelikli bir yetki özelliğindedir. Dolayısıyla bu durum, henüz ihrâz edilmeyen suların bulunduğu kaynak maliklerinin mülkiyet haklarına kanun tarafın getirilen bir sınırlamanın ifadesidir. Bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 53-55; a.mlf., "İrtifak", XXII,461-462. Öte yandan çağdaş İslâm hukukçularından Bedrân Ebu'l-Ayneyn, birazdan söz konusu edilecek olan hakku'l-civârın, herhangi bir akar lehine kurulu bir hak olmaması sebebiyle irtifak hakkı olamayacağını söylerken; aynı şekilde bir akar lehine kurulu olmayan şefe hakkını irtifak hakları arasında saymakla bir çelişki sergilemektedir. Bkz. *Târîhu'l-fikhi'l-İslâmî*, 334.

¹⁸³ Tahiroğlu, geçit hakkının ilk izlerine, mezarlar dolayısıyla Roma hukukunda rastlandığını söyler. Mezarlar dinî bir yer kabul edildiği için, bazı görevleri yerine getirmek amacıyla mezara gidip gelmek, başkasının arazisinden geçmeyi gerektiriyorsa, dinî temele dayalı kanunî bir geçit irtifakı kurulur. Bkz. *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 108-109. Aslında Tahiroğlu'nun söz konusu ettiği husus, bir irtifak olmaktan ziyade, mülkiyet hakkının kanundan doğan sınırlamasıdır. Bkz. Özsunay, *Zarurî Geçit Hakkı*, 4. Diğer taraftan şehir imar-iskan planlarının oluşturulmasında mümkün olduğunca her gayri menkulün, genel yol ya da meydana bağlılığı kesilmeyecek şekilde parsellenmesi gerekir. Özsunay, *Zarurî Geçit Hakkı*, 12.

¹⁸⁴ Bkz. Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 62-64; a.mlf., *el-Milkiyye*, 149-151; Muslıh, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 614; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,128-130; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II,306. Bu yaklaşımın tahlili için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 66-69; a.mlf., "İrtifak", XXII,462.

¹⁸⁵ Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, 100.

¹⁸⁶ Bu hususta modern hukukta ileri sürülen görüşler ve tartışması için bkz. Özakman, *Mecra İrtifakları*, 156-166.

¹⁸⁷ İrtifak hakkının doğrudan kanundan doğuşu tartışması için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 92-97.

¹⁸⁸ Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 53,56,69; Zerkâ, *el-Medhal*, III,37; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I,65; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,132. Ali Hafif, esasen söz konusu eserinde de irtifaklar ile hakku'l-câr arasındaki farka işaret etmekle birlikte (s.53) yine de hakku'l-cârın irtifaklardan olduğunu söylemiş (s.56), ancak daha sonraki bir eserinde bu kavramı irtifaklardan net bir şekilde ayırma yoluna gitmiştir. Bkz. *el-Milkiyye*, 123 vd.

irtifak olmayıp, mülkiyet hakkına komşuluk münasebetleri sebebiyle kanun tarafından getirilen bir sınırlama mahiyetindedir. Yoksa bu, yan yana komşulukta akar maliklerinin birbiri üzerinde akar sebebiyle herhangi bir haklarının olduğu anlamına gelmez.¹⁸⁹

Hakların kötüye kullanılmasını ve haksız zararı önleme, komşuluk hukuku, fertlerin hak ve çıkarları arasında mâkul bir denge kurma gibi düşüncelerin ürünü olan irtifak hakkının, temel unsurlarından ve aynı zamanda irtifakın çeşidini de belirleyen yararlanma yetkisi unsuru, hakim akarın hadim akar üzerindeki hakkını ifade etmektedir. İrtifak hakkının temelinde, mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinin birbirinden bağımsız hale getirilerek akar üzerinde daha geniş bir istifade imkanı tanınması düşüncesi yatmaktadır. *Hakim akara tanınan yararlanma yetkisi hadim akar maliki açısından bir katlanma ve kaçınma niteliğinde olduğundan onun mülkiyet hakkını sınırlamaktadır.* Hadim akar maliki meselâ bir geçit irtifakında¹⁹⁰ hakim akar malikinin kendi akarından geçmesine katlanmakta; manzara irtifakında¹⁹¹ belirli bir yükseklikten fazla yapı yapmamayı taahhüt ettiğinden normalde yapabileceği bir fiilden kaçınmakta, böylece mülkiyet hakkının takyidini iradî olarak kabul etmiş olmaktadır.¹⁹²

Bu hususa da işaret ettikten sonra irtifak hakkına dayalı mülkiyet sınırlamalarına geçebiliriz.

İrtifak hakkının söz konusu olduğu durumlarda biri hadim diğeri hakim iki akar bulunmaktadır. Ancak irtifakın kurulu olduğu hadim akar üzerinde aynı anda iki kişinin yararlanma yetkisi bulunmaktadır. İşte bu durum hak sahiplerini, bu özellikte olmayan mülklerinden yararlanırken sergiledikleri davranışları burada da sergilemelerine engel teşkil etmektedir. Çünkü *Mecelle'nin* ifadesiyle *herkes mülkinde keyf-e mâyeşâ' tasarruf ederse de, fakat başkasının hakkı taallûk ederse mâliki mülkünde istklâl üzre tasarruftan men'eder.*¹⁹³ İşte burada da başkasının hakkı taalluk etmekte ve bu durum maliki istediği gibi tasarruftan alıkoymaktadır.

Şu halde irtifak hakkı sebebiyle öngörülen özel mülkte tasarruf sınırlamalarının biri hadim, diğeri hakim akar maliki açısından olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Fakat bu konuda *temel ilke, hem hadim hem de hakim akar maliklerinin dürüstlük kurallarına uygun davranmaları, birbirlerini zarara sokacak fiillerden kaçınmaları gereğidir.*¹⁹⁴

a. Hadim Akar Malikinın Tasarrufları

Hadim akar maliki, irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasına engel olacak ya da güçleştirecek tasarruflardan kaçınmak ve akarını sürekli bir şekilde hakim akar malikinın

¹⁸⁹ Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 111; Bedrân, *Târihu'l-fikhi'l-İslâmî*, 334; Ba'î, *el-Milkiyye*, 147-148; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, II,120-121; Hacak, *İrtifak Hakları*, 70 vd.; a.mlf., "İrtifak", XXII,463.

¹⁹⁰ Geçit irtifakı, bir akar malikinın diğeri bir akar üzerinden geçme yetkisidir.

¹⁹¹ Manzara irtifakı, bir akarın belirli bir yerine başka bir akarın manzarası kapanmaması için yapı yapmama yükümlülüğüdür. Bu irtifak türü sadece Mâlikî mezhebinin bazı kaynaklarında görülmektedir. Bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 74.

¹⁹² Hacak, "İrtifak", XXII,461; a.mlf., *İrtifak Hakları*, 27. Ayrıca bkz. Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 45; Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, 168. İrtifak hakkının hukukî niteliği ve özellikleri için bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,187 vd.; Hacak, *İrtifak Hakları*, 41-46.

¹⁹³ *Mecelle*, md.1192.

¹⁹⁴ Mer'a b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 144; Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, III,259; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 86; Yusuf Musa, *el-Emvâl*,171; Hacak, *İrtifak Hakları*, 107. Hacak, İmam Mâlik'in Muvatta'da "el-Kadâu fi'l-merâfik" isimiyle açtığı ve irtifaklarla ilgili rivayetlere yer verdiği bölüme "zarar vermek de zararla karşılık mukabelede bulunmak da yoktur" لا ضرر ولا ضرار hadisiyle başlamasının, bu kuralı ifade etmesi açısından dikkate değer olduğunu söylemektedir. Bkz. *İrtifak Hakları*, 107 (Muvatta, II,745).

hakkını kullanmasına müsait bir halde tutmak durumundadır.¹⁹⁵ Bunun dışında hakim akar malikinin izni olmadan irtifakın yerini değiştiremez.¹⁹⁶ Ancak irtifak sebebiyle akarının zarar görmemesi için hakim akar malikinden bir takım tedbirlerin alınmasını talep edebilir. Söz gelimi mecra hakkı sebebiyle temiz ya da pis suların çevreye sızmasını önlemeye yönelik bazı faaliyetlerde bulunmasını isteyebilir. Aynı hak hakim akar maliki için de geçerlidir. Bu konudaki kusurlar sebebiyle meydana gelecek zararlar, kusurlu tarafa tazmin ettirilir.

Bu arada hadim akar malikinin, satım, taksim gibi hukukî tasarrufları geçerlidir. Çünkü irtifak hakkı, doğrudan ayna taalluk eden bir hak olduğu için, hadim akarın el değiştirmesi veya birkaç parçaya ayrılması, hakim akar malikini etkilememektedir. Taksim durumunda akarın fiilen irtifakla yükümlü kısımlarına isabet eden hisseleri üzerinde irtifak hakkı devam eder. Dolayısıyla irtifak sahibi olan hakim akar maliklerinin taksime engel olma hakları yoktur. Fakat taksim, irtifak hakkını etkileyecek şekilde ise bu durumda hakim akar maliklerinin rızasının alınması gerekmektedir.¹⁹⁷ Aynı şekilde irtifak hakkının bağlı bulunduğu akarın (hakim akar) taksimi de mümkündür ve bu ilke olarak irtifak hakkını etkilemez.¹⁹⁸ Taksimle sadece başlangıçta tek olan irtifak sayı yönünden çoğalmış ve irtifaktan fiilen istifade edebilen bağımsız hisse sayısı kadar hak doğmuş olur. Ancak bu, hadim akar üzerindeki irtifak yükünün ağırlaştırılması sonucunu doğurmaz.¹⁹⁹

b. Hakim Akar Malikinin İrtifaktan Yararlanma Çerçevesi ve Tasarrufları

Prensip itibariyle irtifak hakkının hali üzere kalması ve bu haktan yararlanmanın fert ya da topluma zararı dokunmadığı sürece irtifak sahibinin tasarrufuna engel olunamaz. Ancak bir irtifaktan fert ya da kamunun zarar görmesi durumunda bu, hukuken engellenir.²⁰⁰ Bu gibi durumlarda irtifak hakkı sahibinden öncelikle zarara meydan vermeyecek ya da mevcut zararı giderecek tedbirleri alması istenir. Buna rağmen zarar hali devam ederse diğer fertlerin ve kamunun hakkını korumak amacıyla irtifak hakkı sahibinin tasarrufları engellenir.²⁰¹

Bu ilkenin birebir uygulanması ve olası hak ihlalleri ve anlaşmazlıkların önünün alınması bakımından hadim akar üzerinde, malikin mülkiyetiyle hakim akar malikinin irtifak hakkı karşılaştığı ve muhtevası maddî bir mal olmayan irtifaklarda bir bilinmezlik her zaman söz konusu olduğu için, hakkın kapsam ve muhtevasının mülkiyet karşısında açık olarak belirtilmesi gerekir. Ancak bu sayede irtifak hakkı sahibine sağlanan yetkiyle birlikte hadim akar malikinin sorumluluğu açıklığa kavuşacaktır. Bu kapsam tespitinin irtifak kurucu akidlerin yapılması esnasında gerçekleştirilmesi gerekir.²⁰² İrtifakın doğrudan kanundan doğduğunun (kanunî irtifak) kabul edildiği durumlarda ise, hakkın kapsam ve muhtevası, irtifakın amacı da göz önünde bulundurulmak suretiyle örfen belirlenecektir. Dolayısıyla hakim akar malikinin sahip olduğu hakkın kapsam ve muhtevası, ya akidle ya da örfen tayin

¹⁹⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XVII,96; Kâsânî, *el-Bedâi*,VI,265; Mer'a b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 144; Hacak, *İrtifak Hakları*, 110; a.mlf., "*İrtifak*", XXII,464.

¹⁹⁶ Kâsânî, a.g.e.,VI,265.

¹⁹⁷ Serahsî, a.g.e., XV,56,57; Kâsânî, a.g.e.,VII,29.; Hacak, *İrtifak Hakları*,114.

¹⁹⁸ Serahsî, a.g.e., XV,56; Kâsânî, a.g.e.,VII,29.; Hacak, a.g.e., 112-114.

¹⁹⁹ Ali Haydar, *Dürru'l-hukkâm*, III,418,428; Hacak, *İrtifak Hakları*, 112. Ayrıca bkz. *Mecelle*, md.1165,1172.

²⁰⁰ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*,245-246; İbn Receb, *el-Kavâid*, 142, Bedrân, *Târihu'l-fikhi'l-İslâmî*, 339; Şelebî, *el-Medhal*, 353; Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 172.

²⁰¹ Bedrân, a.g.e., 339.

²⁰² Hacak, "*İrtifak*", XXII,464.

edilmiş durumdadır ve bu çerçevede normal ölçüyü (mutad) aşmayan her türlü tasarrufu geçerlidir.²⁰³ Binaenaleyh tasarrufları bu çerçeveyi aşamayacaktır.

Hadim akar üzerindeki irtifakın muhtevasını aşan, akidde öngörülen hususların veya örfün gereklerinin dışındaki tasarrufların hukuken engellenmesi için, akar malikine zarar vermesi şart değildir. Zira bu tasarruflar irtifak hakkıyla kazanılan menfaat mülkiyetinin kapsamı dışında olmaktadır; başkasının mülkünde haklı bir sebebe dayanmaksızın tasarrufta bulunmak ise caiz değildir.²⁰⁴ İrtifak hakkının kapsam ve mahiyeti dışında olan bu tür tasarruflar da söz konusu yasak çerçevesindedir.

İrtifakın kullanımı esnasında hak sahibi belirlenen çerçevede hakkını muhafaza etmek ve ondan faydalanabilmek için gerekli bütün tedbirleri alabilir. Bu cümleden olmak üzere irtifakın tamir ve onarımını yapabilir, irtifakın kullanımını zorlaştıran engelleri kaldırabilir, bu tür faaliyetler için gerekirse hadim akara girebilir. Hak sahibinin irtifakın normal ölçüler içinde kullanımından doğan zararları tazmin sorumluluğu da yoktur; sadece varsa kendi payına düşen tamiri yapmalıdır.²⁰⁵

Hakim akar maliki, mevcut halin kendisi için açık bir zarara yol açmaya başlaması durumu dışında hadim akar malikinin rızası olmadan irtifakın yerini ve kullanım tarzını değiştiremez.²⁰⁶

İrtifak hakkının bağlı olduğu akardan (hakim akar) ayrı olarak tek başına hukukî işlemlere konu edilip edilemeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. Menfaatleri mal saymayan ve bu sebeple tek başlarına akidlere konu olamayacağını söyleyen Hanefîlere göre, irtifak hakkının bağlı bulunduğu akarla birlikte satım, kira gibi işlemlere konu olması caiz ise de, hakim akardan bağımsız olarak hukukî işlemlere konu edilmesi caiz değildir.²⁰⁷ Menfaatleri de mal sayan cumhur hukukçulara göre ise, irtifakların akardan bağımsız olarak tek başına satım vb. işlemlere konu olması caizdir.²⁰⁸

Sonuç itibariyle irtifak hakkının söz konusu olduğu durumlarda, hadim ve hakim akar maliklerinden herbirinin tasarrufu, doğrudan diğer aynî hak sahibinin hakkını da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumun olmadığı hallerde yapabilecekleri bazı tasarruflar, sırf diğer hak sahibinin zarar görmemesi için hukuken sınırlandırılmıştır. Binaenaleyh *gerek hadim, gerek hakim akar maliklerinin tasarrufları; örfe uygun olmak, diğerine zarar vermemek, diğer aynî hak malikinin kendine ait kısımdan istifadesini imkansız kılacak ya da zorlaştıracak ölçüde olmamak gibi sınırlamalara tabidir*. Esasen İslâm hukukunda özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılabilmesi için, başka bir aynî hak taalluku şartı aranmayıp, normal hallerde de fert ya da toplumun haklarını koruma ve zarar görmemelerini temin açısından bir takım sınırlamalar söz konusudur. Bu düşüncenin açık bir hak taallukunun bulunduğu durumlarda haydi haydi geçerli olacağı ise aşikârdır.

Aynî hak taallukuna bağlı özel mülkiyet sınırlamalarının diğer bir örneğini de, müşterek mülkiyet oluşturmaktadır. Tek kişinin yetki ve sorumluluğunun söz konusu olduğu haller ile, birden fazla şahsın hak sahibi ve yükümlü olduğu durumların, hakların serbestçe kullanımı açısından daha bir hassasiyet gerektireceği ve bunun farklı bir takım hukukî düzenlemeleri zorunlu kılması tabiidir.

²⁰³ Şevkânî, *es-Seylû'l-cerrâr*, III,259. Bu husus için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 109.

²⁰⁴ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,265.

²⁰⁵ Şevkânî, *es-Seylû'l-cerrâr*, III,259; Bedrân, *Târihu'l-fikhi'l-İslâmî*, 340; Hacak, "*İrtifak*", XXII,464; a.mlf., *İrtifak Hakları*, 110.

²⁰⁶ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,429.

²⁰⁷ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,189; Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik*, 45; Kırkağâcî, *el-Kavâid*, 25. بيع الحقوق لا يجوز بالانفراد.

²⁰⁸ Bkz. İbn Abdirrafî, *Muînu'l-hukkâm*, II,396.

4. Ortak Mal/Müşterek Mülkiyet

Hak sahibinin adedi bakımından mülkiyeti, "*tek şahıs mülkiyeti*" ve "*birlikte mülkiyet*" olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutmuştuk. *Türk Medenî Kanunu* (md.629), birlikte mülkiyeti "*müşterek mülkiyet*" ve "*iştirak halinde mülkiyet*" olmak üzere iki grupta düzenlemektedir. Buna göre müşterek mülkiyet, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının, paylı (hisseli) olarak birden çok kimseye ait olması halidir. Elbirliği ortaklığı da denilen iştirak halinde mülkiyet ise, aralarında bir ortaklık bağı bulunan kimselerin, bu ortaklıkları sebebiyle bir mala birlikte malik olmaları halidir. Müşterek mülkiyette, malikler arasındaki birlik, bu mülkiyetten ötürü vücut bulurken; iştirak halinde mülkiyette ortaklık, mülkiyetten önce mevcut bulunmakta ve mülkiyete iştirak halinde mülkiyet vasfını bu ortaklık vermektedir.²⁰⁹

İslâm hukuku eserlerinde, söz konusu eserlerin oluşturulmasında izlenen yöntem gereği mülkiyet konusu böyle bir ayırımı tabi tutulmamıştır. Ancak bir nesneye malik olan şahsın bir ya da birden fazla olması durumuna göre hükümler sevk edilmiştir. Klasik fıkıh edebiyatının tamamında müşterek mallarda tasarruf, *izâle-i şuyû'* gibi hususların ele alındığı "*el-Kısme*" şeklinde bir ana ya da alt bölümün bulunması konunun ihmal edilmediğinin en açık göstergesi durumundadır. Bununla birlikte çağdaş İslâm hukukçuları mülkiyeti, hak sahibinin adedi bakımından tek kişi mülkiyeti ve birlikte mülkiyet kısımlarına ayırarak inceleme yoluna gitmişlerdir. Öte yandan İslâm hukuku eserlerinde birden fazla şahsın ortak olduğu mülkiyet meselesi, modern hukukta olduğu gibi ortaklığın mülkiyetten önce mevcut olup olmaması durumuna göre (müşterek mülkiyet, iştirak halinde mülkiyet) ayrı ayrı ele alınmamış, her iki hal birlikte işlenmiştir. Bu çalışmada da "*ortak mal*" ve "*müşterek mülkiyet*" ifadeleri, ortaklığın mülkiyetten önce mevcut olup olmaması dikkate alınmaksızın birden fazla şahsın ortak olduğu mülkiyeti anlatmak için kullanılacaktır.

Birden fazla şahsın herhangi bir şeyde ortaklığı, *malda (ayn), menfaatte ve deynde (alacak) ortaklık* olmak üzere üç şekilde tasavvur edilebilir. Ancak bu haller tek tek ele alınmak suretiyle herbiriyle ilgili tasarruf sınırlamalarını ayrı ayrı ortaya koyma cihetine gidilmeyip hepsiyle ilgili ortak hükümler esas alınacağı, farklılıklara ise yeri geldikçe işaret edileceği için az önce dikkat çekilen "*ortak mal*" ve "*müşterek mülkiyet*" kavramlarının kullanımı bu durum için de aynen geçerli olacaktır.

*Ayn, menfaat ve deyn ortaklıklarından her biri de ortaklığın oluşum tarzı ya da kaynak bakımından irâdî (hukukî işlem) veya kanunî (hukukî hadise) olur.*²¹⁰ Birden fazla şahsın ortaklaşa bir mal satın almaları (aynda ortaklık), bir ev kiralamaları (menfaatte ortaklık) ya da aralarında ortak olan bir malı başkasına veresiye satmaları (deynde ortaklık) durumunda söz konusu ortaklık serbest irâdenin; birden çok kişinin aynı anda bir şahsa vâris olmaları durumunda ise, terikedeki²¹¹ ortaklık ilgili kanun hükmünün ürünüdür.²¹²

Müşterek mülkiyetin kanundan ya da iradeden kaynaklanmasının pratik sonucu kendisini herbir şahsın sahip olduğu ortaklık nisbetinde ve tasarruf yetkisinde gösterir. Serbest iradeyle teşekkül eden mal ortaklığında prensip itibarıyla her hissedarın payı, yaptığı katkı oranındadır. Ortak malın kullanım şekli ve hissedarların tek başına tasarruf yetkileri gibi hususlar ise akid anında belirlenir. Kanunî yollarla oluşan mal ortaklıklarında ise, herbir şahsın hissesi yine kanun tarafından tayin edilmiş durumdadır. Hisse miktarlarının kanun

²⁰⁹ Oğuzman-Seliçi, *Eşya Hukuku*, 290,292,322,324.

²¹⁰ Bkz. Ömerî, *Ahkâmü's-şuyû*, 19-20.

²¹¹ İslâm hukukçuları arasında ayrıntıda bazı görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte terikeye, paylaşılabilir nitelikteki mal, menfaat ve hakların tamamı dahildir. Bkz. Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, II,51-53.

²¹² Bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 161.

tarafından tayin edilmediği hallerde ise, ortaklık konusuyla ilgili temel ilkelerden hareketle örfün belirleyiciliğine müracat edilecektir. Diğer taraftan söz gelimi miras durumunda, terike ile ilgili haklar yerine getirilmeden vârislerin (hissedarlar) terikedeki herhangi bir şekilde tasarrufta bulunmaları caiz değildir.

Kur'ân'da gerek kanunî²¹³, gerekse irâdî²¹⁴ ortaklıklara işaret eden âyetler bulunmaktadır. *Allah Rasûlü* de bizzat ortaklıklar kurmuş, bazı ortaklarını dürüst kişilikleri sebebiyle hayırla anmış, "*Birbirlerine hıyânet etmedikleri sürece iki ortağın üçüncüsü benim; ancak hıyânet ederlerse aralarından çekilirim*"²¹⁵ sözüyle de ortaklarda mutlaka bulunması gereken adâlet, dürüstlük gibi özelliklere dikkat çekmiştir.

Herhangi bir nesneye bir kişinin tek başına malik olması ile, birden fazla kişinin malik olmasının farklı olacağı, bu durumun özellikle tasarruf noktasında bir takım yansımalarının bulunacağı açıktır. Zira *tek kişi mülkiyetinde, bireyin malî tasarrufları yalnızca hukukun genel prensiplerine uygunluk açısından denetime tabidir. Halbuki müşterek mülkiyette, genel hukuk prensiplerine uygunluk yanında, bir de diğer ortakların hak ve hukukunun korunması söz konusudur.* Dolayısıyla müşterek mülkiyette, tek kişi mülkiyetinde olduğu gibi, mülkiyetin şahsa tanıdığı yetkilerin tam anlamıyla ve serbestçe kullanımı mümkün değildir. Aslında bu durum, ortaklardan her birinin sahip olduğu hisselerin -orsal olarak malum olmakla birlikte- müşterek malın tamamına dağılmış/yayılmış (şâyî hisse) vaziyette olmasının sonucudur.²¹⁶ Nitekim *Mecelle*, ortaklar arasında beraberce kullanıldığı halde hisseler ayrılmamış şey/yer demek olan muşâ' kavramını "*Muşâ', hisas-ı şâyiyâ havi olan şeydir*"²¹⁷ dedikten sonra bunun ortaklığa yansımaları "*Hisse-i şâyiyâ', mal-ı müşterekin her cüz'üne sâri' ve şâmil olan sehmdir*"²¹⁸ şeklinde ifade etmiştir.

Ortak malda tasarruf yetkisi ve bunun tabi olduğu hukukî sınırlamaları *yararlanma, hukukî işlemlerde bulunma* ve müşterek mülkün taksim edilerek her paydaşın tek başına malik olmasının sağlanması (*taksim=izâle-i şuyû*) şeklinde üç kısma ayırmak mümkündür. Ancak bu durumları tek tek ele almadan önce bir hususa işaret etmekte fayda var.

Ortak malda hissedarların birlikte tasarrufları caizdir ve bu hususta esasen bir sorun olması da beklenmez. Dolayısıyla bir grup insan müştereken malik oldukları bir malda satım, kira, hibe vb. her türlü hukukî tasarrufta bulunabilirler. Kaldı ki, *prensip itibarıyla müşterek mülkte paydaşlardan birinin tek başına tasarrufta bulunması caiz değildir.*²¹⁹ Zira hissedarlardan her biri diğerlerine karşı yabancı durumdadır. Fakat ortak malda hissedarlardan her birinin tek başına tasarrufta bulunup bulunamayacağı ya da her ortağın tasarruf yetkisinin mahiyet ve kapsamının, irâdî ortaklıklarda akid esnasında belirlenmesi gerekir. Bu durumda her bir ortağın tasarruf yetkisi diğer ortakların rızasına dayanmış olmaktadır. Nitekim *Mecelle'de* bu meseleye "*Bir mülke müstakillen sahip olan kimse nasıl ki keyfe mâyeşâ' tasarruf ederse mülk-i müşterekde dahi sahipleri bil ittifak ol vechile tasarruf ederler*"²²⁰ şeklinde temas edilmiştir.

²¹³ Nisâ 4/12.

²¹⁴ Sâd 38/24.

²¹⁵ Ebu Dâvud, "Buyû", 26. أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما.

²¹⁶ Bkz. Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 163.

²¹⁷ Mecell, md.138.

²¹⁸ Mecell, md.139.

²¹⁹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,391; Sadruşşehîd, *el-Hitân*, 156; Ömerî, *Ahkâmü's-şuyû*,22. ليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف. İfade Mâverdî'ye aittir.

²²⁰ *Mecelle*, md.1069. Müşterek malda ortak tasarruf için ayrıca bkz. Şekerci, *İslâm Şirketler Hukuku*, 130.

Kanunî ortaklıklarda ise, varsa ilgili kanun hükmü, yoksa da ortaklık konusu nesnenin mahiyetine göre örf, hissedarların tasarruf yetki ve kapsamını tayin edecektir. Bununla birlikte ortak mülkiyetin konusunu, kira, âriyet, vasiyet, vakıf, verâset, iktâ gibi yollarla kazanılan menfaatin oluşturması durumunda, ortakların menfaatten yararlanmaları -aksine bir hüküm bulunmadığı sürece- muhâyee (sırayla, nöbetleşe) usulüyle olur. Bu çerçevede ortaklardan her biri, diğer ortaklara zarar vermemek kaydıyla tasarrufta bulunabilir.

Şimdi yukarıda sözü edilen durumlara geçebiliriz.

a. Yararlanma

*Müşterek maldan yararlanma hususunda kriter, yararlanmanın, ortaklık konusu nesnenin mahiyeti ve istifade şekline göre normal ölçüler içinde kalması, diğer ortakların ve ortaklık konusu nesnenin herhangi bir şekilde zarar görmemesidir.*²²¹ Dolayısıyla hiçbir ortak, bu şartlara aykırı şekilde yararlanma yetkisine sahip değildir. Her ne kadar bir ortağın malik olduğu hisse, mülkiyet ilişkisi gereği ona mutlak tasarruf ve bu arada yararlanma yetkisi veriyorsa da, diğer ortağın hakkı buna engel teşkil etmektedir. Bu durumda "*mâni ile muktezî teâruz ettikte, mâni takdim olunur*" prensibi gereği diğer ortakların zarar gördüğü yararlanmalar hukuken engellenir.²²²

Buna göre söz gelimi bir grup insan arasında ortak olan duvara her paydaş, duvarın kaldırayabileceği/taşıyabileceği ölçüyü aşmamak şartıyla eşya koyabilir. Aynı şekilde ortak olan yük hayvanı ile, yararlanma sırası geldiğinde hayvanın taşıyabileceği ağırlıkta eşya taşıyabilir. Yine bunun gibi apartmanlarda kat/daire maliklerinin hepsinin ortak olduğu merdiven, asansör, bahçe, ihata duvarı... gibi kısımlardan herkes, diğer ortaklara zarar vermeyecek şekilde istifade eder. Bununla birlikte bu gibi müşterek yerler, ortaklardan hiçbiri tarafından, diğerlerinin istifadesine mani olacak şekilde veya tahsis amacı dışında kullanılamaz.²²³ Bu gibi hususlarda her bir paydaşın eşit yararlanma hakkı vardır. Fakat paydaşların hisseleri birbirinden farklı olursa, herkes hissesi nisbetinde faydalanma yetkisine haizdir.

Öte yandan yararlanma hususunda müşterek mülkiyetin mahiyeti ve amacı önemlidir. Söz gelimi bir grup insan arasında ortak olan ve arazi sulamak amacıyla açılan su kanalından, diğer ortakların izni olmaksızın değirmen çalıştırma vb. amaçlarla su alınamaz.²²⁴ Zira bu tür yararlanmalar ortaklığın amacına aykırıdır. Dolayısıyla *ortak malda yararlanma yetkisi, ortaklığın amacıyla sınırlandırılmış bulunmaktadır.*

Ortak maldan yararlanma meselesinde *Mecelle'de*²²⁵ söz konusu edilen diğer bir sınırlama ise, ortaklık konusu nesnenin kullanana göre farklılık gösteren cinsten olup olmamasıdır. *Şayet ortaklık konusu nesne, kullanana göre farklılık arz ediyorsa, ortaklardan hiçbiri diğerlerinin açık izni olmadan müşterek maldan yararlanamaz.* Elbise ve hayvan kullanana göre farklılık gösteren nesnelere sayılmıştır.

b. Hukukî İşlemlerde Bulunma

Ortak malın hukukî işlemlere konu edilip edilememesi hususunda ortaklığın oluşum biçimine (irâdî, kanunî) göre, riâyeti zorunlu şartlara uyulması gerekir. Bunun yanında

²²¹ Mâverî, *el-Hâvi'l-kebir*, VI,375-377,391; Sadruşşehid, *el-Hitân*, 117,121; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 223; Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,204. Ayrıca bkz. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.12; Şekerci, a.g.e., 130.

²²² Zerkâ, *el-Medhal*, II,986.

²²³ Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 262.

²²⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,342.

²²⁵ *Mecelle*, md.1080.

paydaşların, aralarında ortak olan malî hukukî işlemlere konu edebilmeleri prensip itibariyle diğer ortakların açık iznine bağlıdır.²²⁶ Hatta bu noktada Şâfiî hukukçu **Mâverdî** (450/1058), "ortak mülklerde tasarrufta bulunma konusunda temel prensip, ortaklardan hiç birisinin tek başına tasarruf yetkisinin olmamasıdır"²²⁷ demektedir.

Ortak malda paydaşların tasarruf yetkisinin böyle bir kritere bağlanması, söz konusu tasarrufa başkasının saygı gösterilmesi gereken bir hakkının taalluk etmesidir. Başkasının eşit derecede hukukî himayeye sahip bir hakkını doğrudan ilgilendiren hususlarda ise, bu masum hakkın korunmasını sağlamak üzere ferdin tasarruf yetkisi hukuken sınırlandırılır ki, müşterek mülkün hukukî işlemlere konu edilmesi bu durumun en önemli örneklerinden birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla hiçbir ortak diğerinin izni olmadan tek başına müşterek mülkte tasarrufta bulunamaz. Zira tek başına malik olmadığından diğer ortağın hakkını da gözetmek zorundadır.²²⁸ Yine bu cümleden olmak üzere bir grup insan arasında ortak olan özel yola (tarik gayru nafiz) içlerinden biri balkon vb. uzatmak istediğinde diğerlerinin iznini almak zorundadır. Hatta **Mâverdî** (450/1058) bu durumda, söz konusu tasarrufun zarara yol açıp açmamasının dikkate alınmayacağını söylemektedir. Zira bu yol söz konusu şahıslar arasında ortak mülktür; bu da tek başına tasarrufa manidir.²²⁹

Bu temel prensipten hareketle söz gelimi bir kimsenin henüz taksim edilmemiş ortak maldaki hissesini satması, kendisi veya diğer ortaklar açısından herhangi bir zarar doğurmuyorsa bu işlem geçerlidir.²³⁰ O halde ortak maldaki bir tasarrufun hukuken geçerli sayılabilmesi için gözönünde bulundurulması gereken tek husus, ortaklık konusunun ya da diğer hissedarların zarar görmemesi değil, aynı zamanda işlemde bulunan ortağın da zarar görmemesidir. Yani kişinin bile bile zarara girmesine göz yumulmamakta, tasarrufun kendisi için faydalı olması gerekmektedir. Fakat henüz taksim edilmemiş şâyi hissenin satımı **Ebu Hanîfe** (150/767)'ye göre bâtıldır; zira satım akdinin mahalli tam olarak bilinmemektedir. Söz gelimi akdin mahallinin arazi olması durumunda, satın alınan kısmın arazinin neresi olduğu bilinmemektedir. **İbn Ebî Leylâ** (148/765) ise, bu konuda sözleşmede ifade edilen miktar ile teslim alınan miktarın uyumlu olması durumunda akdin geçerli olacağı, eksik çıkması halinde de eksikliği ile satıcıya rucû edilebileceği kanaatindedir.²³¹ *Mecelle'de* şâyi hissenin, diğer ortakların iznine gerek olmaksızın hem hissedarlara, hem de yabancı birisine satılabileceği hükmü benimsenmiştir.²³²

Bazı Hanefî hukukçuların ortak malda tasarruf konusunda, birden çok şahsa ait malların, kendiliklerinden veya tabii bir afet vb. sebeplerle birbirine karışması suretiyle meydana gelen ortaklık ile, verâset gibi kanunî veya irâdî sebeplerle oluşan ortaklığı ayrı değerlendirdikleri görülmektedir. Buna göre birinci şekilde oluşan ortaklıklarda, ortaklardan birinin kendi hissesini diğer paydaşlara satması caiz ise de, yabancı birine satması caiz değildir. Fakat ikinci tür (kanunî ve irâdî) ortaklıklarda ise, hem diğer hissedarlara hem de ortak olmayan yabancı birine satış caizdir.²³³

²²⁶ Yahyâ b. Âdem, *el-Harâc*, 77; Ebu Hanîfe et-Temîmî, *Deâimu'l-İslâm*, II,503; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, VI,391; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 392; Sadruşşehîd, *el-Hitân*, 156.

²²⁷ Mâverdî, a.g.e., VI, 391. وليس لأحد الشريك أن يتصرف بالتصرف

²²⁸ Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII, 403.

²²⁹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, VI, 375-377.

²³⁰ Bkz. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.393-394.

²³¹ Şafak, *Arazi Hukuku*, 283.

²³² *Mecelle*, md.215,1088.

²³³ Musannifek, *el-Hudûd*, 52. Krş. Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, I,220-221.

Tasarruf yetki ve çerçevesinin belirlenmesinde sırf ortaklığın meydana geliş biçimine bağlı bu sınırlamanın gerekçesi belirtilmemiştir. Bize göre böyle bir ayırım makul değildir. Zararsız ifrâzı mümkün olmayan ortaklıklarda, paydaşlardan birinin hissesini yabancı birine satamaması makul kabul edilebilirse de, müşterek mülkte tasarruf yetki ve çerçevesinin tayininde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, ortaklığın mahiyeti ve amacı göz önünde bulundurulmak kaydıyla örfün hakemliğine başvurulması, hükümlerde objektiflik ve uygulanabilirlik açısından her halde en makul çözüm olacaktır.

Hissedarlardan birinin tek başına tasarrufunun, diğer ortakların zararına sebebiyet vermesi halinde, Zâhirîler ve bir rivâyette Hanbelîlere göre söz konusu tasarruf bâtil, İslâm hukukçularının cumhuruna göre ise, icâzete mevkuftur.²³⁴ Bize göre bu gibi durumlarda *zarara rızâ geçerli sayılmamalı ve "zarar izâle olunur" ilkesi doğrultusunda bir çözüm tarzı benimsenmelidir.*

Ebu Hanîfe (150/767) ve **Züfer** (158/774)'e göre şâyi hissenin, ortaklardan birine kiralanması caiz ise de yabancı birine kiralanması caiz değildir; zira teslimi mümkün değildir. **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **İmam Muhammed** (189/805)'e göre ise, kira aynen satım sözleşmesi gibidir. Binaenaleyh satımı caiz olan şeyin kirası da caizdir. Kaldı ki ortak malın, kullanım sırasını (muhâyee) vermek suretiyle teslimi mümkündür. Dolayısıyla ortak malın, hem hissedarlardan birine hem de yabancıya kiralanması caizdir.²³⁵ *Mecelle'de* Hanefî mezhebinin kurucu imamlarının görüşleri birleştirilerek kanunlaştırılmıştır. "*Gerek kabil-i taksim olsun ve gerek olmasın bir kimse hisse-i şayiasını şerikine icar edebilir ise de ahara icar edemez. Fakat ba'de'l-muhâyee nöbetini icar edebilir.*"²³⁶

Ortak malın ister hissedarlara, isterse yabancı birine âriyet verilmesi ise Hanefîlere göre ittifakla caizdir. Çünkü âriyet gayri lâzım bir akiddir ve âriyet verilen şahsın paydaşlardan biri olması durumunda her hâlükârda; yabancı olması halinde ise, muhâyee suretiyle menfaatten yararlanması mümkündür.²³⁷

Diğer taraftan Hanefîlere göre ortak malın rehni caiz değildir. Çünkü rehin, rehin konusu malın mürtehinin hüküm ve kontrolünde olmasını gerektirir. Halbuki ortaklık buna engeldir,²³⁸ Aynı şekilde Hanefîler, taksimi mümkün olmayan ortak malın -kabzi (teslim-tesellüm) mümkün olmadığından- hibesinin caiz olmadığını söylerken²³⁹; İslâm hukukçularının cumhuru böyle bir ayırım yapmaksızın mutlak bir şekilde müşterek malın hibesinin caiz olduğunu söylemiştir.²⁴⁰

Teslimi vakfın sıhhat şartlarından kabul eden **İmam Muhammed**'e göre, bu şartın tahakkuku mümkün olmadığı için şâyi hissenin vakfı caiz değildir. Ancak **Ebu Yûsuf**'a göre taksim öncesi ve sonrası şâyi hissenin vakfedilmesi caizdir.²⁴¹

c. Taksim (İzâle-i Şuyû)

Taksim, birden fazla şahıs arasında ortak olan malın, herkesin ortaklık nisbeti ya da kanunî hakkına göre taksim edilerek tek kişi mülkiyetine dönüştürülmesidir. Bu işlemle daha

²³⁴ Muslih, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 378-379.

²³⁵ Kâsânî, *el-Bedâi'*, IV,187.

²³⁶ *Mecelle*, md.429. Bu hususta geniş bilgi için bkz. Ömerî, *Ahkâmu'ş-şuyû*, 116 vd.

²³⁷ Kâdî Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, II,63.

²³⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXI,69; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,138,146.

²³⁹ Serahsî, a.g.e., XII,66; Kâsânî, a.g.e., VI,121.

²⁴⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,383.

²⁴¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII,36; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,220.

önce ortak olan şahıslardan her biri tek başına malik olmuş olur ve malik olduğu nesnede tasarruf yetkisini daha serbest kullanabilir hale gelir.

Prencip itibariyle ortak malın istenildiği zaman taksimi mümkündür ve her paydaşın taksim talebinde bulunma yetkisi vardır. Esasen müşterek mülkiyet hali geçici olup, sonunda bir şekilde bu tek kişi mülkiyetine dönüşür. Öte yandan hiç kimse, malik olduğu nesneyi başkalarıyla ortaklaşa kullanmaya icbar edilemez. Herkes tek başına malik sıfatı kazanma hakkına sahiptir ve bunu hukuk düzeninden talebedebilir. Fakat *taksim, ortaklar ya da ortaklık konusu mal açısından herhangi bir şekilde zarara yol açmasının söz konusu olduğu durumlarda taksim talebi dinlenmez ve hissedarlar, ortak tasarruf ve yararlanmaya devam ederler.*

Bu düşüncenin izlerine Hz. Peygamber'in hadislerinde rastlamak mümkündür. *Merhamet Peygamberi*, cariye statüsündeki anne ile çocuğun satılmak istenmesi halinde aynı şahsa birlikte satılmasını istemiş, ayrı ayrı satılmasını yasaklamıştır. *"Kim anne ile çocuğunun arasını ayırırsa Allah da kıyâmet günü onunla sevdiğinin arasını ayırır."*²⁴² Aynı durumun baba ile çocuk ve biri büyük diğeri küçük iki kardeş için de geçerli olduğunu ifade eden rivayetler bulunmaktadır.²⁴³ Çünkü anne ve baba çocuğunu, büyük kardeş de küçüğü koruyup gözetir, onu şefkat ve merhamet kanadının altına alır. Nitekim söz konusu hadisin sebep-i vürûdu da bu hususa işaret etmektedir. Buna göre Hz. Peygamber bir gün esirler arasında ağlayan bir kadın görmüş ve ona niçin ağladığını sormuş. Kadın da çocuğunun satıldığını, bundan dolayı ağladığını söyleyince, Hz. Peygamber çocuğun geri alınmasını istemiş ve yukarıdaki uyarıda bulunmuştur. Çünkü bunların ayrı ayrı şahıslara satılması durumunda küçüğü şefkat ve merhametten, dolayısıyla bir yakınının himayesinden mahrum bırakmak suretiyle zarara sokmak vardır. Halbuki *"zarar vermek de zarara zararla mukabelede bulunmak da yoktur"* sözüyle genel bir şekilde İslâm'da zararın olmadığını ifade eden *Rasul-i Ekrem*, söz konusu hadisiyle, merhametten ve himayeden mahrum bırakmanın da İslâm'da nefyedilen zarar kapsamında olduğunu açıklamış olmaktadır.

Tamamen hissî bir sebep tasarruf sınırlaması kabul edilince, kesin bir şekilde maddî zararın söz konusu olduğu durumların da sınırlama gerekçesi sayılacağı açıktır. Nitekim Hz. Peygamber, vârisler arasında ortak olan terikenin taksim edilebilmesi için taksim zararsız olarak gerçekleşebilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. *"Vârisler için taksim mümkün olduğunda miras paylaşımına gidilir, yoksa taksim yapılmaz."*²⁴⁴ Ayrıca Hz. Peygamber'in zarara yol açan taksimi yasakladığı rivayet olunmaktadır.²⁴⁵ Zira taksim amacı, malla ulaşılmak istenen menfaatin elde edilmesidir.²⁴⁶ Dolayısıyla söz gelişi iki kişi arasında ortak olan dükkan taksim edildiğinde, her ortak kendine düşen kısımdan faydalanabilecekse taksim edilir, aksi takdirde -taksim amacı tahakkuk etmeyeceğinden- taksim yoluna gidilmez.

Müşterek mülkiyetin paydaşlar arasında taksim edilmeyip ortaklığa devam edilmesi iki sebebe dayanır:

1. *Ortaklık konusu nesnenin mahiyet itibariyle taksime elverişli olmaması.* Bir hayvanın ya da arabanın birden fazla şahıs arasında ortak olması durumunda ortaklık konusu

²⁴² Ebu Dâvud, "Cihad", 123; Tirmizî, "Buyû", 52; "Siyer", 17; İbn Mâce, "Ticârât", 46; Dârimî, "Siyer", 38; Ahmed, Müsned, V,413,414. من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أخته يوم القيامة. Ayrıca bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV,23-25; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 477.

²⁴³ Hadisin değişik varyantları ve tahlilleri için bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV,23-25.

²⁴⁴ Dârekutnî, *es-Sünen*, IV,219; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X,133,226. لا تفضي لأهل الميراث إلا ما حمل القسم. Hadisin tahrir ve değerlendirmesi için bkz. Hasenî, *el-Hidâye*, VIII,14-16.

²⁴⁵ Bkz. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X,226. "Hz. Peygamber, zarara yol açan taksimi yasakladı." Fakat Beyhakî bu rivayetin mürsel olduğunu söylemektedir. A.g.e., a.y.

²⁴⁶ Sadruşşehîd, *el-Hitân*, 153-154. إن المقصود من القسمة تحصيل المنفعة المقصودة. Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XV,13,52.

(mahal), mahiyeti itibariyle taksime uygun değildir. Bu durumda paydaşların ortaklık konusundan istifadeleri muhâyee (sırayla, nöbetleşe) usulüyle olacaktır.

2. *Mahiyet itibariyle taksime elverişli olmakla birlikte, taksimin zarara sebebiyet vermesi. Daha açık bir ifadeyle zararsız taksimin mümkün olmaması.* Bir grup insan arasında ortak olan bir arsa veya dükkan, taksim edildiğinde paydaşlardan biri ya da bir kısmı, hisselerinin azlığı sebebiyle kendine düşen kısımdan yararlanamayacak durumda ise, ortaklardan hiç birinin taksim talebi kabul edilmez; ortak mülk konumunun devamına hükmedilir. Hanefî hukukçulardan **Ali el-Kârî** (1014/1605), bu konuda şöyle bir kriter tespitinde bulunmuştur: "*Teb'îzinde zarar olan ve eşyanın maliyyetinde eksilmeye sebebiyet veren şeyler, taksime konu olamaz.*"²⁴⁷

Müşterek mülkiyetin devamına hükmedilmesi, paydaşların maslahatını sağlayıp onlardan zararı def ettiği gibi, bazen bu durumun kamu yararına olduğu da görülür. İstihsalî artırmak ve ürün kalitesini yükseltmek suretiyle ülke ekonomisine katkı sağlama bakımından fevkalâde önemli bir yere sahip olan toprağın, rantabl bir şekilde işletilmesini temin maksadıyla devletlerin zaman zaman "*parçalama yasakları*" ve "*arazi toplulaştırması*" gibi düzenlemelere başvurdukları görülmektedir.²⁴⁸ Arazinin paylaşım sonrası durumunu ülke ekonomisi ve vergi hukuku açısından değerlendiren **Ali Şafak** da, *arazinin paylaşılması sonucu geliri düşüyor, vergi takdiri ve toplanması güçleşiyorsa böyle durumlarda müşterek mülkiyet halinde işletilmesinin* daha yerinde olacağına işaret etmektedir.²⁴⁹

İslâm hukukunun taksim ve zarar ilişkisine yönelik temel yaklaşımı ve doktrinde hakim olan görüş bu şekilde olmakla birlikte, bu meselede İslâm hukukçuları arasında tam bir ittifak sağlanamamıştır. Meselâ **İmam Mâlik** (179/795), *Nisâ Sûres'*nin 7. âyetinden hareketle taksim sonrası hissedarlara ne kadar pay düştüğüne ve her bir şahsın kendine düşen paydan faydalanma imkanının bulunup bulunmadığına bakmaksızın, hissedarlardan birinin talebi üzerine ortak malın taksim edileceği kanaatindeydi.²⁵⁰ *Medine'*nin hukukçusu bu görüşünü şu şekilde açıklamaktadır:

"Bilindiği gibi câhiliyye Araplarında da bir miras taksim sistemi mevcut idi. Ancak bu dönemde terikeden hisse alabilmek için, eli silah tutan erkek konumunda olma şartı vardı. Dolayısıyla eli silah tutmayan, at üzerinde dolaşıp ganimet alacak durumda olmayan, ergenlik çağına gelmemiş erkek çocuklar ile kadınlara mirasdan pay verilmesi hukukî bir zorunluluk olmayıp, diğer şahısların insafına bırakılmıştı. Hatta kadınlara değil miras vermek, aksine kendileri bir mal ve eşya gibi miras olarak kalabiliyordu.²⁵¹ İşte bu uygulamayı "*Ebeveynin ve akrabanın geride bıraktıklarından erkekler bir pay alacaklardır. Ebeveynin ve akrabanın bıraktığında, ister az ister çok olsun, kadınların da bir payı olacaktır; Allah tarafından tayin edilen bir paydır bu!*"²⁵² ifadeleriyle ortadan kaldıran Yüce Allah, İslâm'da mirastan pay alabilmek için erkek-kadın veya küçük-büyük olmanın herhangi bir öneminin bulunmadığını açıkça ortaya koymuştur." İşte söz konusu âyette geçen "*ister az ister çok*

²⁴⁷ Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-İnâye*, II,410. كل شيء يضر التبعض ويوجب نقصانا في ماله لا يجتمل القسمة. Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XV,13,52; Ebu Hanîfe et-Temîmî, *Deâimu'l-İslâm*, II,503; Ahmed b. Yahyâ, *Kitâbu'l-ehzâr*, III,254.

²⁴⁸ Çörtoğlu, *Gayrmenkul Mülkiyeti*, 218-219.

²⁴⁹ Şafak, *Arazi Hukuku*, 275.

²⁵⁰ İbn Abdilber, *el-Kâfî*, 448-449; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,328; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,223; İbn Abdirrafî, *Muînu'l-hukkâm*, II,602-603.

²⁵¹ Bkz. Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, II,16-17.

²⁵² Nisâ 4/7.

olsun" ifadesinden hareket eden **İman Mâlik**, taksim sonrası paydaşlara düşen miktarın herhangi bir önemi olmadığı kanaatindedir.²⁵³

Fakat Mâlikî hukukçuların cumhuru bu konuda imamlarına muhalefet etmişler ve hissedarlardan birinin taksim talebinin dinlenebilmesi için, taksim sonrası her ortağın kendine düşen kısımdan rahatlıkla yararlanabilecek durumda bulunmasının şart olduğunu, aksi takdirde muşâ'in satılarak parasının paylaşılacağını söylemişlerdir.²⁵⁴ Onların bu konudaki delilleri ise, "*Vârisler için taksim mümkün olduğunda miras paylaşımına gidilir, yoksa taksim yapılmaz*" şeklindeki hadis ile zararı nefyeden hadislerdir. Dolayısıyla taksim sonrası yararlanılamıyacak durumda olan şeyin taksimi, zarardır. Halbuki İslâm'da zarar umumî bir şekilde yasaklanmıştır. Her ne kadar **İbn Rüşd** (595/1198)²⁵⁵, **Ebu Hanîfe** (150/767) ve **Şâfî** (204/819)'nin de **İmâm Mâlik** (179/795)'le aynı görüşü paylaştığını söylüyorsa da, kaynaklar bize ikinci görüşün sırf Mâlikî hukukçuların cumhuruna ait olmayıp, İslâm hukukçularının cumhurunun bu görüşü benimsediğini göstermektedir.²⁵⁶ Fakat Hanefî hukukçular taksimi irâdî (ortakların kendi aralarında anlaşarak yaptıkları taksim) ve kazâî (taleb üzerine hakim tarafından yapılan taksim) kısımlarına ayırmakta (*Mecelle'de* bu husus *kismet-i rıza* ve *kismet-i kaza* şeklinde ifade edilmiştir. md. 1121-1122) ve irâdî taksimde, taksim sonrası her ortağın kendi hissesine düşen kısımdan faydalanabilir olması şartını aramamaktadırlar. Bu şekilde gerçekleşen taksimde zarar söz konusu olsa bile Hanefî hukukçular bunu, kişinin kendi isteği ile hakkından vazgeçmesi olarak değerlendirmişlerdir.²⁵⁷ *Mecelle'de* de (md.1141) "*Tefrik ve teb'izi sahiplerinden her birine muzır olan bir ayn-ı müşterekde kismet-i kaza câri olmaz*" denilmek suretiyle bu görüş kanunlaştırılmıştır.

Öte yandan *Mecelle'de* müşterek mülkiyetin taksimi, ortaklık konusunun taksime elverişli olup olmamasına göre ele alınmış, taksime uygun olması ise, ortaklara zarar vermeme şeklinde tarif edilmiştir. "*Kabil-i kismet, taksime salih olan mal-i müşterektir. Şöyle ki, ol maldan maksud olan menfaat kismet ile fevt olmaya.*"²⁵⁸ "*Bir ayn-ı müşterekin tefrik ve teb'izi sahiplerinden hiç birine muzır değilse kâbil-i kismettir.*"²⁵⁹

Taksimın cevazı için, taksim sonrası her hissedarın kendine düşen kısımdan faydalanabilir durumda olmasını söylerken, özellikle kavâid yazarları²⁶⁰ bir kâideye dikkat çekmektedirler. Bu prensip, *daha ağır olan zararın giderilebilmesi için küçük zarara katlanılması ilkesidir.* "*Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur.*"²⁶¹ Bunun anlamı şudur: Müşterek mülkiyette hissedarlardan birinin payı diğerlerine göre oldukça fazla olur, ancak taksim durumunda da paydaşlardan bazıları kendilerine düşen kısımdan faydalanamayacak durumda olurlarsa, bu durumda maruz kalınan zararın büyüklüğü dikkate alınacak ve buna göre taksim talebine cevap verilecektir. Şayet taksim talebinde bulunan ortağın, taksimın gerçekleşmemesi halinde maruz kalacağı zarar, taksimle diğer şahıslar için söz konusu olan zarara göre daha büyük ise, büyük zararı gidermek için küçük zarara katlanılacaktır.

²⁵³ İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 448-449; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,328; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,223; İbn Abdirrafî, *Muînu'l-hukkâm*, II,602-603.

²⁵⁴ İbn Abdilber, a.g.e., 448-449; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,328; İbn Rüşd, a.g.e., II,223; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 188; İbn Abdirrafî, a.g.e., II,602-603.

²⁵⁵ *Bidâyetü'l-müctehid*, II,223.

²⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,12-14,51-55; Sadruşşehîd, *el-Hifân*, 153-154; Sübkî, *el-Eşbâh*, I,44; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 479; İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, 88-89; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, II,410.

²⁵⁷ Serahsî, a.g.e., XV,13,52; Mevsilî, *el-İhtiyar*, II,75. لا اعتبار للضرر مع الرضا

²⁵⁸ *Mecelle*, md.1131.

²⁵⁹ *Mecelle*, md.1139. Müşterek malın taksimi ve zarar ilişkisi konusunda ayrıca bkz. md.1143,1183,1206,1313,1323.

²⁶⁰ Suyûtî, *el-Eşbâh*, 87; İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, 88-89.

²⁶¹ *Mecelle*, md. 27.

Fakat zararın göreceli bir kavram olduğunu unutmamak gerekir. Birine göre önemsiz kabul edilen bir zarar, başka bir şahsa göre son derece önemli ve büyük olabilir. Öte yandan ortak malın mutlak taksimini gerektirecek bir zarurettten söz etmek her zaman mümkün değildir. Binaenaleyh paydaşlardan birinin taksim sonrası kendi hissesinden faydalanmasının mümkün olmadığı, ekonomik değerinin oldukça düştüğü hallerde, karşı tarafın müşterek mülkiyetin devamı durumunda karşı karşıya olduğu zarar ne kadar büyük olursa olsun ifraz anlamında taksim yoluna gidilmemelidir. Muhâyee suretiyle ortak maldan yararlanma, malın satılarak bedelinin ortaklar arasında paylaşılması, ortaklardan bir kısmının diğerlerinin hissesini satın alması gibi usullerle mesele çözüme kavuşturulmalıdır.

Özetle ifade etmek gerekirse, prensip itibariyle her ortağın izâle-i şuyû talebinde bulunma hakkı vardır. Ancak bu talebin yerine getirilebilmesi için taksim sonrası her paydaş, kendi hissesinden iktisadî fayda sağlayacak şekilde yararlanabilecek durumda olmalıdır. Aksi takdirde ortaklığın devamına hükmedilir ve birlikte yararlanmaya devam ederler. *Zira hukukî müesseselerin, hukukî olmayan amaçlar için ya da hukuken yasaklanan sonuçlar ortaya çıkacak şekilde kullanılmasına müsaade edilmez.* Yani hukuken yasaklanmış bulunan zarara yol açma durumunda taksim yoluna gidilmez.

Ortaklık sebebiyle öngörülen bu tür hukukî sınırlamalar, özellikle küçük pay sahiplerini koruma bakımından fert yararına olmakla birlikte, mülkiyetin topluma yönelik iktisadî yarar sağlama fonksiyonu açısından kamu yararına olma özelliği de taşımaktadır.

Şu halde herhangi bir nesne üzerinde aynı anda birden fazla şahsın aynî nitelikli hakkının söz konusu olduğu durumlarda, bu hakların tamamı eşit seviyede hukukî güvenceye sahip bulunduğu için, hiçbir hak sahibi dilediği gibi tasarrufta bulunamamaktadır. Bu gibi durumlarda İslâm hukuku, bir yandan bireylerin sahip oldukları hukukî yetkilerini serbestçe kullanabilmelerini; diğer taraftan da bu yetki kullanımından diğer hak sahiplerinin zarar görmemesini sağlayacak dengeli, âdil bir yol izlemiş, yetki kullanımının cevâz ya da adem-i cevâzını zarar kriterine bağlamıştır. Dolayısıyla zarara yol açan tasarruflar hakkında kısıtlılık/sınırlılık, böyle olmayanlar için ise serbesti ilkesi geçerli olacaktır. Öte yandan aynı nesne üzerinde çatışan iki maslahatın da ferdî maslahat olması, peşinen birinin diğerine üstün tutulmasına imkan vermemektedir. Binaenaleyh birden fazla şahsın aynî hakkının taalluk ettiği nesnelere sorun, bir denge sorunudur. Yani tasarrufla elde edilmek istenen yarar (maslahat) ile, tasarrufun yol açtığı zarar (mefsedet) dengelenmeye çalışılacaktır.

Böylece İslâm hukukunda özel mülkiyete fert yararına getirilen iradî sınırlamaların, hukukî işlemin mahiyetinden kaynaklananlarıyla, başka bir aynî hak taallukundan neş'et edenleri görmüş olduk. Bu bağlamda fert yararına iradî sınırlamaların bir diğer grubunu da, herbir hukukî işlemin kuruluşu anında söz konusu edilen şartlar oluşturmaktadır.

C. ŞARTLA TAKYİD

Özel mülkiyete fert yararına getirilen sınırlamaların bir kısmı, hukukî işlemin kuruluşu esnasında tarafların öne sürdüğü şartlardan kaynaklanır. Dolayısıyla malikin tasarruf yetkisi şartla takyid edilmiş olur. Biz bu başlık altında, genel olarak İslâm hukuk doktrininde bireylerin hukukî işlemde bulunurken şart ileri sürme yetkilerinin olup olmadığını, diğer bir ifadeyle irâdenin rolü ve bağlayıcılığını, bunun hangi çerçevede ele alındığını ve hukukî yansımalarını tesbite çalışacak; bu kapsamda hibe işleminin kuruluşu esnasında, hibeden hangi şartlarda ve ne gibi amaçlarla yararlanılabileceğini belirlemenin mümkün olup olmadığını tartışacağız.

1. Ca'li Şartlar

Özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalardan, kaynağını irâdeden alan sınırlamalar, mülkiyetin kazanımı esnasında taraflarca, mülkün hangi şartlarda ve ne tür amaçlar için kullanılabileceğinin belirlenmesiyle meydana gelir. Hukukî işlemlerin kuruluşunda irâdenin rolü ve bağlayıcılığı hususunda Zâhirî hukukçu **İbn Hazm** (456/1064)²⁶² istisna edilecek olursa İslâm hukukçuları, tarafların şart ileri sürme yetkilerinin bulunduğu hususunda ittifak halindedirler. Akid serbestisini darlık-genişlik açısından farklı çerçevede de olsa benimseyen cumhur İslâm hukukçuları bu görüşlerini, "*Ey iman edenler! Antlaşmalarınıza sadık olun!*"²⁶³, "*Müslümanlar belirledikleri şartlara riâyet ederler*"²⁶⁴ gibi naslara dayandırmaktadırlar. Dolayısıyla bu naslar, hukukî işlemlerde bireysel iradenin bağlayıcılığına yönelik genel izin konumundadır.²⁶⁵

Zâhirî hukukçu **İbn Hazm**, "*Müslümanlar belirledikleri şatlara riâyet ederler*" şeklindeki rivâyetin sahih olmayıp uydurma olduğunu söylemektedir. Çünkü **İbn Hazm**'a göre bu haber, **Kesîr b. Zeyd** -ki sâkıttır²⁶⁶- ve rivâyet açısından ondan daha aşağı seviyede bulunan râvîler tarafından nakledilmiştir. Ayrıca bu haber **Atâ**'dan mürseldir.²⁶⁷

Rivâyet ilimleri açısından hadisi bu şekilde değerlendiren **İbn Hazm** (456/1064), bu haberin sahih kabul edilmesi durumunda da, sözleşme serbestisi lehine olmak bir yana, bunun aleyhinde delil olabileceğini söylemektedir. Çünkü ona göre müslümanların şartı, *Kur'ân* ve sahih sünnette mübâh olduğu ismen belirlenen ya da emredilen şartlardır, yasaklanan şartlar değil. Naslara aykırı olan şartların bâtil olduğunu zaten *Hz. Peygamber* (sav) ifade etmiştir. O halde sonuç itibarıyla ifade etmek gerekirse, genel bir ifadeyle müslümanların şartlarına bağlı oldukları söylenemez.²⁶⁸

Bu esaslardan hareketle **İbn Hazm**'a göre, *sözleşmelerde şart hürriyeti konusunda aslanan hürmet, cumhura göre ise ibâhadır.*²⁶⁹

Sözleşme serbestisi hususunda **İbn Hazm** (456/1064) hariç, esasta görüş birliği halinde olan İslâm hukukçuları, bu ilkenin uygulanmasına yönelik çerçevenin belirlenmesinde oldukça farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Bazı fakihler ve fıkıh ekolleri irâdenin alanını dar tutmuş, diğer bir kısmı ise, naslara açık muhalefet arz etmeyen her türlü şartı muteber saymak suretiyle irâdeye oldukça geniş bir alan açmışlardır. Bu noktada *irâdenin belirleyiciliği açısından fıkıh ekolleri dardan geniş doğru olmak üzere, Hanefî, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri şeklinde sıralanırlar.*²⁷⁰

Bununla birlikte, bireylerin şart koşma yetkisini benimseyen İslâm hukukçularının tamamı, muteber olan şartların aynı zamanda bağlayıcı ve dolayısıyla taraflarca riâyetinin

²⁶² Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,260-271. İbn Hazm'ın, sözleşme serbestisini reddederken dayandığı deliller için ayrıca bkz. Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 63-66.

²⁶³ Mâide 5/1.

²⁶⁴ Buhârî, "İcâre", 14; Ebu Dâvud, "Akdiye", 12; Tirmizî, "Ahkâm", 17. المسلمون عند شروطهم

²⁶⁵ Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, 385-386.

²⁶⁶ Rivâyet ilimlerinde sâkit, kaçınıcı mertebede olduğu ihtilafı olmakla birlikte cerh lafızlarındandır. Sâkit olduğu söylenen bir râvînin rivâyet ettiği hadis hiçbir surette alınmaz. Bkz. Aydınlı, *Hadis İstihlâhları Sözlüğü*, 136.

Ancak İbn Hazm'ın "*sâkit*" değerlendirmesinde bulunduğu Kesîr b. Zeyd hakkında, dikkat ve titizlikleriyle tanınan cerh-ta'dîl âlimleri tamamen farklı ifadeler kullanmaktadırlar. Nesâî, Kesîr'in "*zayıf*" olduğunu söylerken, İbnü'l-Medîni, Ebu Zür'a ve Yahya b. Maîn söz konusu râvî hakkında, ta'dîl lafızlarından olan "*sâlih, sadûk, leyse bihi be's*" değerlendirmesinde bulunurlar. Bkz. Zehebi, *Mizânü'l-İtidâl*, III,404-405.

²⁶⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI,353; VII,244,322-323; VIII,61.

²⁶⁸ İbn Hazm, a.g.e., VII,244,323; VIII,61.

²⁶⁹ Bkz. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,190.

²⁷⁰ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 62. Krş. Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, 384.

hukukî bir zorunluluk olduğu hususunda hemfikirdirler. Yani bu görüşte olanlara göre, *nas bulunmayan hususlarda antlaşmalar tarafların hukuku konumundadır.*²⁷¹ Dolayısıyla bu hukukçulara göre, temlikî hukukî işlemlerde bireyin sahip olduğu mülkte tasarruf yetkisi kanunî ilkeler yanında irâdî olarak da sınırlandırılmış bulunmaktadır. Zaten meselenin bizi ilgilendiren boyutu da bu olmaktadır.

Hukukî işlemlerin kuruluşunda irâdenin yeri konusunda Hanefî mezhebi, üç kriter belirlemiştir. Buna göre, şart olarak ileri sürülen hususlar, *akdin muktezasına uygun ya da onu destekler nitelikte veya örfen maruf olan hususlardan* ise, bu tür şartlar sahih ve bağlayıcıdır.²⁷² Şâfiî mezhebi de Hanefî mezhebiyle aynı görüşleri benimsemekle birlikte, âzad şartıyla köle satımını câiz görmekte ve böylece Hanefîlere göre, irâdî şartlar çerçevesini az da olsa genişletmektedirler.²⁷³ Şâfiî hukukçulara göre, âzâd şartıyla köle satımında, dünyada velâ hakkını elde edeceği, ahirette de sevaba nail olacağı için müşterinin; bu hayra sebep olduğu için de satıcının yararı bulunmaktadır. Ayrıca köle âzâdını Şâri' de teşvik etmektedir. Dolayısıyla bu tür bir şart, hukukî işlemin taraflarına çok yönlü fayda sağladığından muteberdir.²⁷⁴

Mâlikî mezhebine göre ise, *taraflardan birinin kendi menfaatine olarak şart koştuğu, diğer tarafın da hakkına mani olmayan şartlar ve hayır amaçlı olmak üzere ileri sürülen tasarruf sınırlamaları muteberdir.*²⁷⁵

Hanbelî mezhebine göre ise, *hukukî işlemlerde irâdenin alanı daha da genişlemekte ve naslara aykırı olmayan bütün şartlar sahih kabul edilmektedir.*²⁷⁶

İmâmîyye ve Zeydiyye de çerçeveyi oldukça geniş tutmuş, *sözleşme serbestisi hususunda kriteri, naslara aykırılık ve bilinmezlik* olarak tespit etmişlerdir. Buna göre mebi'de ya da semende bilinmezliğe yol açmayan ve naslarla çelişmeyen her türlü şart muteberdir.²⁷⁷

Bu meselede İslâm hukukçularından **İbn Şübrüme** (144/761)²⁷⁸ ve **İbn Teymiyye** (728/1327)²⁷⁹ çerçeveyi en geniş tutanların başında gelmekte, **İbn Kayyim el-Cevziyye** (751/1350) de hocasının görüşlerine aynen katılmaktadır.²⁸⁰

Naslarla açıkça çelişmediği ve akdin muktezasına da aykırı olmadığı sürece, sözleşme serbestisini esas almak ve ihtilaf halinde örfün hakemliğine müracaat etmek en uygun yaklaşım olsa gerektir. Zira çağdaş İslâm hukukçularından **Ebu Sünne**'nin de belirttiği gibi,

²⁷¹ Bkz. Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 95. الاتفاق شرعية المتعاقدين فيما لا مورد للنص فيه.

²⁷² Bkz. Suğdî, *en-Nütef*, I,476-478; Serahsî, *el-Mebûsût*, XIII,14 vd.; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,169-170,173; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V,215; İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II,139; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, I,290; Şâzelî, *eş-Şart*, 186.

²⁷³ Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, III,122; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III,456.

²⁷⁴ Remlî, a.g.e., III,456. Satıcının müşteriye köleyi âzâd etmesini şart koşması ile diğer şartları birbirinden ayrı değerlendirenler ve bu ayırımın eleştirisi için bkz. İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, 151.

²⁷⁵ Karâfî, *ez-Zehîra*, V,31; İbn Abdîrrafî', *Muînu'l-hukkâm*, II,393-394; Şenkütü, *el-Mevâhibu'l-celîl*, III,275-276.

²⁷⁶ Mer'a b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 132-133; Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, 384,388.

²⁷⁷ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,33; Ahmed b. Yahya, *Kitâbu'l-ehzâr*, III,57; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, III,59-60.

²⁷⁸ Bkz. Özen, *"İbn Şübrüme"*, XX,380. İctihadlarında sosyal gerçekliğe ayrı bir önem veren İbn Şübrüme'nin, sözleşme serbestisi görüşü, günün ihtiyaçlarına daha elverişli olması sebebiyle *Mecelle* hazırlanırken gündeme gelmiş, fakat Hanefî mezhebinin görüşü kabul edilmiştir... Ancak küçükler üzerindeki velâyetin onların menfaatini koruma amacıyla tesis edildiği, buluşa ermemiş çocukların evlendirilmesinin böyle bir yarar taşımadığı için câiz olmayacağı şeklindeki görüşü ise, 1917 tarihli Hukukî Aile Kararnamesi'nde esas alınmış (md.7), günümüz İslâm ülkeleri de genelde bu yönde kanunlaştırmaya gitmiştir. Bkz. Özen, *"İbn Şübrüme"*, XX,380.

²⁷⁹ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,190 vd.; a.mlf., *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, 128-152; a.mlf., *Nazariyyetü'l-akd*, 16,25.

كل شرط لا يرضى الرب ولا ينفع به المحلول فهو باطل في جميع العقود

²⁸⁰ İbn Kayyim, *İlâmu'l-muvakkûn*, I,344. ما لم يطله الشارع من الشروط صحيح Akidlerde ca'li şartlar, fıkıh ekollerinin görüşleri ve değerlendirmeler için bkz. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,190 vd.; a.mlf., *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, 128-152. Ayrıca bkz. Ali Hafîf, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 210 vd.; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, III,101 vd.; Şâzelî, *eş-Şart*, 186; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,207; Mevâfî, *ed-Darar*, II,598 vd.; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 62-72.

bireyler arası mübadelelerde esas belirleyici unsur çoğu zaman, işlemin kuruluşu esnasında ileri sürülen şartlar olmaktadır; hatta belirli şartların ileri sürülmediği malî bir işleme rastlamak neredeyse mümkün değildir.²⁸¹ Kaldı ki sözleşmede ileri sürülen şartlar belirli ihtiyaçların karşılanması amacıyla yöneliktir. Bu ihtiyaç bir maslahatın temini olabileceği gibi, mafsedetin uzaklaştırılması da olabilir. Esasen böyle bir ihtiyaç olmasa, irâdî şartlara da ihtiyaç duyulmazdı. Dolayısıyla *ihtiyaç duyulmasına rağmen, naslarla çelişmeyen ve akdın muktezasına da aykırı düşmeyen şartların geçerli olmadığını söylemek, bireylerin sıkıntı ve meşakkate maruz kalmaları sonucunu doğuracaktır.* İslâm'da zorluk ve sıkıntının giderilmesi ise temel ilkelerdendir.²⁸²

Diğer taraftan sözleşme serbestisi hususunda çerçeveyi oldukça dar tutan Hanefî hukukçular da, örfen maruf olan şartların sahih olduğunu söylemekle, böyle bir açılıma imkan sağlamışlardır. Nitekim örfen maruf olan şeyler, nasla belirlenmiş gibi muamele görür.²⁸³ Dolayısıyla yukarıda çizilen çerçevede sözleşme serbestisi fikri sosyal gerçekliğe de daha uygundur.

İslâm hukukçularının akid serbestisi konusundaki ictihad ve yaklaşımlarını ana hatlarıyla bu şekilde tespit ettikten sonra, bunun özel mülkte tasarruf yetkisine nasıl yansıdığına geçmeden önce, esasen meselenin özünü teşkil eden önemli bir hususa işaret etmek yerinde olacaktır.

*Akid serbestisi prensibi, bir taraftan in'ikad serbestisini, yani ferdin akid yapıp yapmamakta ve karşı tarafı seçmekte serbest olduğunu, diğer taraftan muhtevayı tayinde serbestliği, yani düzenleme (tanzim) serbestisini ifade eder.*²⁸⁴

Âyet-i kerimede sözleşmelerde "rızá"nın temel unsur olduğu belirtildiğinden²⁸⁵, İslâm hukuku, in'ikad serbestisi konusunda geniş bir irâde hürriyeti tanımakta; kendi rızası olmaksızın bir akdın bir kimseyi bağlamasını kabul etmemekte; ancak, adâlet kâideleri ve fert ya da kamu maslahatı bunu gerektiriyorsa in'ikad serbestisi hususunda sınırlamaya gitmektedir.²⁸⁶ İslâm hukukçuları arasında bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte, borcunu oyalayan borçlunun mallarının satılması, muhtekirin (karaborsacının) mallarının ihtiyaç sahiplerine satılması, kamu yararı için istimlâk... İslâm hukukunda in'ikad serbestisine getirilen sınırlamalardır.²⁸⁷

Tanzim serbestisi konusunda ise, İslâm hukukçuları arasında önemli ihtilaflar vardır. Nitekim yukarıda görüşlerine yer verilen İslâm hukukçularının bu ictihadları, tamamen tanzim serbestisi hususundadır.

İslâm hukukunda sözleşme serbestisi açısından genel çerçeveyi bu şekilde belirledikten sonra bunun, özel mülkte tasarruf yetkisine nasıl yansıdığına kısaca göz atabiliriz.

²⁸¹ Ebu Sünne, *el-Örf*, 218.

²⁸² Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, 391; Mevâfi, *ed-Darar*, II,598.

²⁸³ Serahsî, *el-Mebsût*, XV,171. المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص. Örfen bilinen hususları nasla tayin edilmiş gibi değerlendirme meselesinde Şâfiîlerde iki eğilim bulunmakla birlikte, Ebu Sünne, Şâfiî mezhebinde daha sahih kabul edilen görüşün, örfün nasla belirleme gibi mütalaa edilemeyeceği görüşü olduğunu belirtmektedir. Bkz. Ebu Sünne, *el-Örf*, 221-222.

²⁸⁴ Erman, "Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", 603; Dönmez, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidi Görüş",152.

²⁸⁵ Nisâ 4/29.

²⁸⁶ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47-48. إن الإكراه على البيع لا يجوز إلا بحق.

²⁸⁷ Bkz. Dönmez, a.g.mkl., 153; İslâm Hukukunda hak ve adâletin temini için in'ikad serbestisine getirilen sınırlamalar hususunda bkz. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47-48; a.mlf., *el-Hisbe*, 16; İbn Kayyım, *et-Turuku1-hukmiyye*, 244 vd.; Suyûtî, *el-Eşbâh*, 453; Kırkağâcî, *el-Kavâid*,51-52; Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,561-564,574. Abbâdî, *el-Milkîyye*, II,168-180; Şelebî, *el-Medhal*, 403-405.

Bilindiği gibi *İslâm hukukunda mücerred akid, mebi'in mülkiyetini müşteriye nakleder.* Dolayısıyla taraflar arasında akidleşme tamamlanınca, henüz teslim-tesellüm (kabz) gerçekleşmese bile satım konusu nesnenin mülkiyeti alıcıya geçer. Bu husus, birazdan söz konusu edilecek meselelerde dikkatten kaçırılmamalıdır.

İslâm hukukunda hukukî işlemlerin kuruluş ve işleyişinde irâdenin rolü ve bunun mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına etkisi bağlamında başlıca üç meseleye temas etmek istiyoruz: *Şart muhayyerliği hakkı ve bunun mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına tesiri, akid konusu nesnenin menfaatinden satıcı ya da üçüncü bir şahsın bir süre yararlanması şartı ve akid mahallinin hayır amaçlı işlerde kullanılması şartı.*

a. Şart Muhayyerliği ve Mülkte Tasarrufa Etkisi

Muayyen bir süre içerisinde tarafların akdi geçerli kılıp kılmama hususunda tercih hakkına sahip olmaları demek olan *şart muhayyerliği*, -süre hususunda bazı ihtilaflar olmakla birlikte- bütün İslâm hukukçularına göre muteberdir. Nitekim bu muhayyerlik hakkı sünnetle sabittir. Yaptığı hukukî işlemlerde aldanmasından ötürü akrabaları tarafından hacir altına alınması talebiyle *Rasûlullah (sav)*'e müracaat edilen *Haban b. Munkız (ra)*'e Hz. Peygamber: *"Alış veriş yaptığın zaman; aldatma yok, benim üç gün muhayyerlik hakkım var, de"* buyurmuştur.²⁸⁸

Şart muhayyerliği, tarafların her ikisi için de ayrı ayrı söz konusu olabileceği gibi, ikisine birden ve hatta üçüncü şahıslar için de olabilir²⁸⁹. Burada cevabı aranacak soru muhayyerlik süresince satıcı ve alıcıdan her birinin, satım konusu nesnede tasarrufta bulunup bulunamayacağıdır. Fakat öncelikle muhayyerliğin ve özellikle de satıcının muhayyer olmasının, mülkiyetin nakline mani olup olmadığının tespiti gerekmektedir.

Bu hususta fıkıh mezheplerinin oldukça farklı görüşlere sahip olduklarını görüyoruz. Şart muhayyerliğinin bulunduğu akidde mahallin mülkiyeti, Mâlikî hukukçulara göre satıcının mülkiyetinden çıkmazken²⁹⁰, Hanbelî fakihler bunun aksi görüşü benimsemişler ve mutlak anlamda mülkiyetin alıcıya geçeceğini söylemişlerdir.²⁹¹ Gerçi Hanbelî mezhebinde muhayyerlik süresince, mebi'in mülkiyetinin alıcıya intikal etmeyeceğini söyleyenler varsa da genel kanaat, sırf akdin mülkiyeti nakletmesi ilkesinin burada da geçerli olduğu şeklindedir.²⁹² Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre ise, mahallin mülkiyeti muhayyer olan tarafta olur; yani satıcı muhayyer ise, mahallin mülkiyeti alıcıya geçmez, fakat muhayyer olan alıcı ise akdin tamamlanmasıyla mebi'in mülkiyetini de kazanır.²⁹³ İbâdiyye ekolü de Hanefî ve Şâfiîlerle aynı görüşü benimsemektedir.²⁹⁴ Bu arada muhayyerlik hakkının bulunduğu bir akidde, satım konusu nesnenin mülkiyetinin satıcıdan çıktığı, fakat alıcının mülkiyetine de geçmediği şeklinde bir görüş daha varsa da bu görüş, **İbn Receb** (795/1393)'in de dediği gibi²⁹⁵ zayıftır ve hukukî dayanaktan yoksundur.

Her hâlükârda şart muhayyerliğinin bulunduğu bir hukukî işlemde mahallin mülkiyeti kime aitse, artık diğer tarafın tasarrufundan söz edilemeyecektir. Zira satım konusu nesne ile

²⁸⁸ Buhârî, "Buyû" 48; Müslim, "Buyû" 48. إذا ابتعت فقل: لا حلاية ولي الخيار ثلاثة أيام.

²⁸⁹ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 76.

²⁹⁰ Karâfî, *ez-Zehîra*, V,31.

²⁹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,10; İbn Receb, *el-Kavâid*, 363-364; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 259.

²⁹² İbn Receb, a.g.e., 363-364.

²⁹³ Bkz. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II,422; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 78.

²⁹⁴ Eттаfeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, IX,247-248.

²⁹⁵ Eттаfeyyîş, a.g.e., 364.

bu şahıs arasında mülkiyet ilişkisi yoktur; kişinin malik olmadığı şeyde tasarrufu ise câiz değildir. Durum böyle olunca şart muhayyerliğinin, malik olan tarafın tasarruf yetkisine nasıl etkide bulunduğu önem kazanmaktadır.

Satım konusu nesnenin mülkiyetinin mutlak anlamda alıcıya geçtiğini söyleyen Hanbelî mezhebine göre, sırf alıcının muhayyer olduğu durumlarda, herhangi bir tasarruf sınırlaması mevcut değildir. Zira müşteri mücerred akidle mebi'in mülkiyetini kazanmış ve satıcı ile akdin mahalli arasında herhangi bir mülkiyet ilişkisi kalmamıştır. Öte yandan muhayyer olan müşterinin satım, hibe gibi tasarrufları delâleten akde icâzet anlamı taşıyacak ve muhayyerlik de sona ermiş olacaktır.²⁹⁶ Ancak sözleşme esnasında semen tayin edilmişse (ayn olarak belirlenmişse), satıcı, alıcının izni olmadan bu muayyen semende tasarrufta bulunamaz.²⁹⁷ Bu yaklaşım, ayn olarak belirlenen semenin farklılaşmasının veya değiştirilmesinin taraflar arasında nizaya sebebiyet verebileceği endişesinin ürünüdür. Bu tür bir mahzurun ortaya çıkmaması için satıcının muayyen semendeki tasarrufları önceden hukuken sınırlandırılmıştır.

Muhayyerliğin sırf müşteride olmadığı durumlarda ise alıcı, yalnızca mebi'i tecrübe anlamı taşıyan tasarruflarda bulunabilir. Bu ölçüyü aşan tasarruflar ise, şart muhayyerliği hakkı sahibi lehine sınırlandırılmıştır.²⁹⁸

Bununla birlikte muhayyerlik hakkı kime ait olursa olsun, alıcının muhayyerlik süresi içindeki tasarrufları nâfiz değildir, yani hukukî sonuçlarını derhal doğurmaz.²⁹⁹ Dolayısıyla Hanbelî mezhebi, muhayyer olan tarafın müşteri olması durumunda tasarruf serbestisi fikrini benimsemekle birlikte, söz konusu tasarrufun hukukî sonuçlarının ancak muhayyerlik hakkının kullanımı ya da muhayyerlik süresinin bitiminden itibaren hasıl olacağını söylemekle, satıcının hakkını korumuştur. Diğer bir ifadeyle Hanbelî hukukçular tasarrufun sahih olması ile derhal hukukî sonuçlarının elde edilmesini (nefâz) farklı mütalaa etmişlerdir ki, bunun bir tasarruf sınırlaması olarak ele alınması mümkündür. Çünkü *bir tasarruftan asıl amaç, tasarrufla elde edilmesi hedeflenen sonuçlara ulaşmaktır*. Halbuki burada, sırf muhayyer olan tarafın hakkını korumak için bir eylemin sonuçları tehir edilmiştir.

Şart muhayyerliği ile gerçekleşen bir akidde satım konusu nesnenin mülkiyetinin, muhayyerlik hakkı kimdeyse ona ait olacağını söyleyen Hanefî ve Şâfiî ekollerine göre ise, muhayyerlik süresince ne satıcı, ne de alıcı mahalde tasarrufta bulunabilir. Her iki tarafın da tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır.³⁰⁰ **Şemsüddîn ez-Zerkeşî** (772/1370) bu sınırlamanın iki gerekçeye dayandığını belirtir:³⁰¹

- a) Muhayyer olan diğer tarafın hakkının iptal olması ve
- b) Malik olunmayan nesnede tasarrufta bulunma endişesi.

Belirtilen gerekçelerle sınırlama fikrini benimseyen bu iki fıkıh ekolüne göre, buna rağmen meydana gelecek tasarruflar muhayyerlik süresinin bitimine kadar mevkûftur. Böylece henüz muhayyerlik hakkını kullanmamış olan tarafın hakkı da korunmuş olmaktadır.³⁰²

b. Akid Mahallinin Menfaatinden Belirli Bir Süre Yararlanma Şartı

²⁹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,9.

²⁹⁷ Behûti, *er-Ravdu'l-murbi'*, 259.

²⁹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,9-12; İbn Receb, *el-Kavâid*, 363-364; Behûti, *er-Ravdu'l-murbi'*, 259.

²⁹⁹ A.g.e., aynı yerler

³⁰⁰ Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, III,395; Eттаfeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, IX,247-248.

³⁰¹ Zerkeşî, a.g.e., III,395. حذراً من إبطال حق الغير من الخيار أو التصرف في غير ملك.

³⁰² Zerkeşî, a.g.e., III,395.

Sözleşme serbestisi ve bunun mülkte tasarruf yetkisine etkisi açısından ele alınması gereken diğer bir husus ise, *akid mahallinin menfaatinin, muayyen bir süre satıcıya ait olmasının akid esnasında şart koşulmasıdır.*

Hanefî hukukçular, sözleşmenin taraflarından birine menfaat sağlayan şartların fâsid olduğunu söylemektedirler. Söz gelimi belirli bir süre kullanma şartıyla araba, muayyen bir süre oturmak şartıyla ev, bir müddet sağıp sütünden faydalanmak şartıyla hayvan satımı Hanefîlere göre câiz değildir. Bu tür şartlarla yapılan bedelli sözleşmelerde hem şart hem de akid fâsiddir.³⁰³ Şâfiîler de aynı görüştedir.³⁰⁴ Bu tür şartlar Mâlikî³⁰⁵ ve Hanbelî³⁰⁶ mezheplerine göre ise, sahih ve muteberdir. Ancak Mâlikîlere göre, söz gelimi satım konusu ev ise, oturma şartı bir yılı, hayvan ise binme şartı üç günü aşmamak zorundadır.³⁰⁷ Bu arada Mâlikî fakihler arasında satım konusu nesnenin özelliğine göre herhangi bir süre belirlemeyip, menfaatten yararlanmanın kısa olmasını yeterli bulanlar da vardır.³⁰⁸ Bu ikinci icthad Hanbelîlerinki ile uyum göstermektedir. Elbette bu durumda sürenin kısa olup olmadığı, akdin mahalline göre örfe belirlenecektir. İlk dönem hukukçularından **İshâk b. Râhûye** (237/851)³⁰⁹, **İbn Şübrüme** (144/761)³¹⁰, **İbn Sîrîn** (110/728)³¹¹, **Muhammed b. Ebî Süleyman**³¹², **Ezvâî** (157/773)³¹³ ve **Leys b. Sa'd** (175/741)³¹⁴ da menfaatin muayyen bir süre şart koşulması konusunda, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleriyle aynı görüşü paylaşmakta, fakat **Ezvâî**, herhangi bir süre belirlemede bulunmamak³¹⁵ suretiyle Hanbelîlere daha yaklaşıktır.

İslâm hukukçularının taraflardan biri lehine satım konusu nesnenin menfaatinin muayyen bir süre şart koşma konusundaki yaklaşımları bu şekilde olmakla birlikte, *üçüncü şahıs lehine menfaati şart koşma* hususundaki yaklaşımları genelde olumsuzdur. **İbn Teymiyye** (728/1327) ve **İbn Kayyim el-Cevziyye** (751/1350), temel sözleşme serbestisi fikrinden hareketle, mahallin menfaatinin taraflardan biri lehine şart koşulmasıyla üçüncü şahıslar lehine şart koşulması arasında herhangi bir fark görmezken; Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri bunu kabul etmemektedir. Mâlikî hukukçular ise, üçüncü şahıs lehine menfaatin şart koşulmasını, teberrû nitelikli olması şartıyla benimsemektedirler. Herhangi bir sözleşmenin üçüncü şahıs lehine şart ihtiva etmesi durumunda akid, Şâfiî, Hanbelî ve bir kısım Hanefîlere göre bâtil, diğer bazı Hanefî hukukçulara göre ise fâsiddir.³¹⁶

Satım esnasında mahallin menfaatinin belirli bir süre şart koşulması fikri, kaynağını sünnetten almaktadır. Ashabdan **Câbir** (ra)'ın anlattığına göre, kendisi ile *Hz. Peygamber*

³⁰³ Cassâs, *Muhtasar ihtilâfu'l-ulemâ*, III,136-139; Suğdî, *en-Nütef*, I,476-478; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,14 vd.; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,169-170,173; Menbecî, *el-Lübâb*, II,514-519; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 277; Şâzelî, *es-Şart*, 193,195.

³⁰⁴ Şâfiî, *el-Üm*, III,99,101; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, VIII,159; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V,312-313; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,73-74.

³⁰⁵ İbn Abdîrrafî, *Muînu'l-hukkâm*, II,393-394; Âbidî, *el-Emvâl*, 18-19.

³⁰⁶ Ebu Ya'îâ, *Kitâbu't-temâm*, II,20; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,81; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XX,297; a.mlf., *Nazariyyetü'l-akd*, 16; İbn Receb, *el-Kavâid*, 40-41; Mer'a b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 132-133; Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, 390.

³⁰⁷ İbn Abdîrrafî, *Muînu'l-hukkâm*, II,393-394; Âbidî, *el-Emvâl*, 18-19.

³⁰⁸ Bkz. Şenkîti, *el-Mevâhibu'l-celîl*, III,276.

³⁰⁹ Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, III,123; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, VIII,159.

³¹⁰ Beğavî, a.g.e., VIII,159.

³¹¹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V,312-313.

³¹² Mâverdî, a.g.e., V,312-313.

³¹³ Cassâs, *Muhtasar ihtilâfu'l-ulemâ*, III,136-139; Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, III,123; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, VIII,159; Cebûrî, *el-Evzâi*, II,177.

³¹⁴ Cassâs, a.g.e., III,136-139;

³¹⁵ Cebûrî, a.g.e., II,177.

³¹⁶ Muhammed, *el-İştirât*, 489. Krş. Şâzelî, *es-Şart*, 465,466.

(sav) arasında şöyle bir olay yaşanmıştır: "Birgün deveme binmiş gidiyordum, deve de iyice bitkin düşmüştü, bu yüzden ben de onu salıp serbest bırakmak istiyordum. Derken ardından Rasûlullah (sav) yetişti, beni çağırdı ve deveye bir kere vurdu ve deve, daha önce hiç yürümediği şekilde hızlı yürümeye başladı. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav), "deveyi bana sat" dedi, ancak ben kabul etmedim. Ardından tekrar "deveyi bana sat" deyince, ben de evime ulaşıncaya kadar binmek şartıyla deveyi sattım. Eve varınca deveyi Hz. Peygamber (sav)'e getirdim, O da bana parasını ödedi, ben de geri evime döndüm. Rasûl-i Ekrem hemen ardından haber saldı ve huzuruna çıktım, bana şöyle dedi: "Deveni almak için mi seninle sözleşme yaptığımı zannettin! Deveni de dirhemlerini de al, hepsi senindir."³¹⁷

Satım sözleşmesinde satıcının, muayyen bir süre mahalden yararlanmayı şart koşmasının doğru olmadığını ifade eden hukukçular ise, bu görüşlerine delil olarak, Hz. Peygamber (sav)'in, şartlı satımı yasaklayan hadisini göstermektedirler.³¹⁸ Ayrıca bu hukukçulara göre **Câbir** hadisinde, aslında Rasûlullah (sav) ile **Câbir** (ra) arasında bir satım sözleşmesi bulunmamaktadır. Burada Hz. Peygamber Câbir'e yardım etmek istemiş, deve satımını da buna vesile edinmiştir. Deveyi iade etmesi ve hem devenin hem de paranın **Câbir**'e ait olduğunu söylemesi de bunu göstermektedir. Dolayısıyla burada herhangi bir satım sözleşmesi bulunmadığından, hayvanın menfaatinin belirli bir süre şart koşulması diye bir durum da söz konusu değildir.³¹⁹

Genel olarak sözleşme serbestisi hususunda Hanefilerin, başlangıçta fâsid de olsa örf haline gelmiş şartları muteber saydığını biliyoruz. Dolayısıyla İslâm hukuku ve mukayeseli hukuka göre sözleşmelerde üçüncü şahıslar lehine şart koşma konusunu ele aldığı çalışmasında **Abbâs Hüsni Muhammed**'in de belirttiği gibi³²⁰, Hanefî mezhebine göre taraflardan birine ya da üçüncü şahıslara menfaat sağlayan şartları, örf kriteri ile birlikte değerlendirmek gerekir. Yani henüz örf haline gelmemiş, akdin taraflarına veya üçüncü şahıslara fayda sağlayan şartlar Hanefilere göre fâsid olmakla birlikte, bu tür şartlar örfleştikten sonra fesâd sebebi sayılmayacak ve riâyeti zorunlu şartlar arasında yer alacaktır.

Hanefî mezhebinin sözleşme serbestisi hususunda belirlediği temel esaslardan hareketle böyle bir tahricde bulunmak mümkün ve yerinde ise de, özellikle üçüncü şahıslar lehine şart ihtiva eden sözleşmelerde, mahallin mülkiyetinin kime ait olduğunun tespiti bu fıkıh ekolü açısından bir problem olarak karşımızda durmaktadır.

Diğer taraftan gerek satıcı, gerekse üçüncü şahıs lehine satım konusu nesnenin menfaatinin muayyen bir süre şart koşulmasının câiz olmadığını gerektirecek herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu tür şartlar helali haram, haramı da helal kılma gibi bir özelliğe sahip olmak bir yana, taraflar arasında anlaşmazlığa sebebiyet verebilecek bir bilinmezlik de taşımamaktadırlar. Kaldı ki bu gibi şartlar karşılıklı rızâya dayanmaktadır ve müşteri akidle elde ettiği aynın menfaatinden kendi rızâsıyla belirli bir süre için vazgeçmektedir. İnsanın kendi irâdesiyle bir hakkından feragat etmesinde ise -üstelik burada muayyen bir süre için-yadırganacak bir taraf yoktur.

Örfen maruf olan şartlar her ne kadar Hanefî mezhebine göre sahih ise de, gerek Hanefî gerekse Mâlikî mezhebine göre mahallin menfaatinin muayyen bir süre satıcıya ait olmasının şart koşulduğu satım sözleşmelerinde herhangi bir mülkiyet sınırlamasından söz edilemez. Zira yukarıda da geçtiği üzere muhayyerliğin bulunduğu akidlerde, satım konusu

³¹⁷ Müslim, "Müsâkât", 113; Nesâî, "Buyû", 77; Ahmed, Müsned, III,362. Hadis için ayrıca bkz. Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, III,120; Şevkânî, *Neylül-evtâr*, V,232-233.

³¹⁸ Şevkânî, *Neylül-evtâr*, V,233.

³¹⁹ Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, III,123.

³²⁰ Muhammed, *el-İştirât*, 489-490.

nesne, Hanefîlere göre muhayyer olan tarafın mülkiyetindedir; burada da satıcı muhayyer olduğundan mahal üzerinde mülkiyet ilişkisi devam etmektedir. Mâlikîlere göre ise, muhayyerliğin bulunması temelde mülkiyetin nakline engeldir. Fakat satıcının, sözleşme sırasında belirlenen menfaatten yararlanma dışında başka tür istifade ve hukukî tasarruflarda bulunup bulunamayacağı hususunda her iki fıkıh ekolünde de herhangi bir bilgiye rastlayamadık. Ancak anlaşıldığı kadarıyla satıcının, tayin edilen menfaat dışı tasarruf ve yararlanmalarda bulunma hakkı yoktur. Çünkü menfaatten yararlanma süresi bitince mahallin mülkiyeti kendiliğinden alıcıya geçecektir. İşte bu durum müşteri lehine bir tasarruf sınırlaması oluşturmaktadır.

Mücerred akidle mülkiyetin alıcıya geçmesi görüşünü benimeseyen Hanbelî hukukçular açısından ise, satıcı tarafından mahallin menfaatinin muayyen bir süre şart koşulması durumunda, öncelikle satıcının elde ettiği bu hakkın ne tür bir hak olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yani satıcı, muayyen bir süre mahallin menfaatine mi malik olmaktadır, -ki bu durumda satıcı ile mahallin menfaati arasında mülkiyet ilişkisinden söz edilecektir- yoksa kazanılan bu hak, sırf ibâha nitelikli midir? Nesne ile satıcı arasındaki bu aidiyetin niteliğinin tespiti oldukça önemlidir; çünkü satıcı ile müşteri arasındaki ilişki ve her birinin sahip olduğu şeyden istifadesi ve tasarrufu buna göre şekillenecektir. Hanbelî kaynaklarında böyle bir ayrıntıya tesadüf edemediysek de, çağdaş İslâm hukukçularından **Şâzelî**'nin bazı açıklamaları kazanılan yetkinin, milk nitelikli olduğunu göstermektedir. **Şâzelî**, *faydalanma hakkı sahibi söz konusu menfaati, belirlenen süre dahilinde faydalanma açısından kendisiyle aynı konumda olanlara kiralayabilir, âriyet verebilir demektedir.*³²¹ Bu tür tasarruflar ancak malik olunan nesnede söz konusu olabileceğine göre, lehine menfaat şart koşulan şahsın, belirlenen süre içerisinde menfaate malik olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda muayyen bir zaman için menfaatin şart koşulduğu şahıs ile müşteri arasındaki ilişki, karşılıklı iki malik arasındaki ilişki olacak; her birinin ayn ya da menfaatteki tasarruf ve faydalanmaları da buna göre belirlenecektir.

Hanbelî hukukçular, belirli bir süre menfaati başkasına şart koşulmuş satım konusu nesnenin başkalarına satılabileceği kanaatindedirler. Yani Hanbelî fakihler bu durumu, hukukî işlemlerde bulunma açısından bir tasarruf sınırlaması gerekçesi görmezler. Ancak mebi'in müşteri tarafından üçüncü bir şahsa satılması halinde, ilk akidle şart koşulan menfaat yine ikinci müşteri için de şart koşulmuş sayılır ve belirlenen süre içerisinde ilk satıcı mahallin tespit edilen menfaatinden yararlanmaya devam eder.³²² Fakat burada çeşitli vesilelerle de ifade edildiği gibi, menfaat maliki ile ayn maliki arasındaki ilişki, şahısların değişmesine göre farklılık gösterebileceğinden, bu tür durumlarda hak sahibinin iznini almak; tasarruf izinsiz gerçekleşmişse de, icâzete mevkûf olduğunu söylemek hakların korunması açısından daha yerinde bir yaklaşımdır.

Bu arada üçüncü şahıslar lehine de menfaatin şart koşulabileceğini söyleyen **İbn Teymiyye** (728/1327) ve **İbn Kayyim** (751/1350)'a göre, alıcının mülkte tasarruf yetkisi üçüncü şahıs lehine belirli bir süre sınırlandırılmış olmaktadır.

Sözleşme serbestisi hususunda çerçeveyi geniş tutan Mâlikî hukukçular, *vadeli satımlarda satıcının, semen tamamen ödeninceye kadar müşterinin mahalli satmaması ya da hibe etmemesi gibi şartlar koşabileceği kanaatindedirler.* Bu tür şartlarla yapılan akidlerde, alıcının satım konusu nesnede mülkiyet ilişkisine bağlı tasarruf yetkisi, satıcının hakkının garantiye alınması amacıyla sınırlandırılmış bulunmaktadır.³²³

³²¹ Şâzelî, *es-Şart*, 499-500.

³²² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,81-82.

³²³ Mevâfî, *ed-Darar*, II,612.

c. Hayır Amacı Taşıyan Şartlar

Mâlikî hukukçuların sözleşme serbestisi çerçevesinde sözünü ettikleri diğer bir tasarruf sınırlaması ise, *akid konusu nesnenin hayır amaçlı kullanımını şart koşmadır*. Söz gelimi satılan bir evin müşteri tarafından öğrencilere bedelsiz olarak kullanılması, bir arazinin veya binanın vakfedilmesi gibi şartlar Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre sahih şartlardandır.³²⁴ İmâmiyye'ye göre de hayır amaçlı şartlar sahihtir.³²⁵ Bu tür şartlarla yapılan sözleşmede, alıcının mahalde tasarruf yetkisi hayır amacıyla/kamu yararına sınırlandırılmış olmaktadır. Müşterinin satım konusu nesneyi, sözleşme esnasında belirlenen hayır amacına uygun kullanıp kullanmadığını satıcı takip edebildiği gibi, söz konusu amacın tahakkuku için yargı müessesesi de devreye girebilir.³²⁶

Son olarak İslâm hukukunda sözleşme serbestisi hususunda, çağdaş mekâsîd yazarlarının öncülerinden **Muhammed Tâhir b. Âşûr** (1973)'un şu mütalasına dikkat çekmek istiyoruz. *Naslara aykırılık arz etmeyen, bireyler ve toplum açısından bir maslahatın temini ya da mefsedetin giderilmesi amacına yönelik olup örfün gerekleriyle de örtüşen her türlü şart muteber kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu çerçevede söz gelimi bir satım sözleşmesinin taraflarının, tasarruf yetki ve sınırı sözleşmede belirlenen hususlara göre olacaktır. Çünkü sözleşmeyle tayin edilen hususlar, tarafların kendi rızâsıyla belirlediği ve yine kendi kendini ilzam ettiği şartlardır. Binaenaleyh söz konusu şartlar, esasen bireyin kendi hak ve hürriyet alanındaki tasarruflarıdır. Diğer taraftan şart ileri süren ya da istenilen şartları kabul eden kişi, bunda kendine yönelik bir yarar görmese zaten kabul etmezdi.*³²⁷

*Sonuç itibariyle nassın bulunmadığı durumlarda tarafların hukuku, sözleşmede benimsenen hususlar olmaktadır.*³²⁸

İslâm hukukunda akid serbestisi ve bunun bireylerin özel mülkünde tasarruf yetkilerinin hukuken sınırlandırılmasına etkisini genel olarak böylece tespit edip, bu hususu fıkıh literatüründe ele alınan bazı muhayyerlik haklarıyla örneklendirdikten sonra; aynı hususun daha farklı bir meseleye nasıl yansıdığını da görmek istiyoruz. Ele almak istediğimiz konu, hibenin kullanma yer ve şeklinin akdin kuruluşu anında tayin edilmesi durumunda, bu şartın hibede bulunan şahıs (mevhûbu leh) bağlayıp bağlamadığıdır. Diğer bir ifadeyle mevhûbu lehin hibede tasarruf yetkisi, belirlenen şartla mı sınırlı, yoksa hukuk çerçevesinde her türlü kullanma, yararlanma ve tasarrufu da kapsamakta mıdır?

2. Mevhûbu leh'in Mevhûbda Tasarrufu

*Hibe, bedelsiz olarak bir malın başkasına temlik edilmesidir*³²⁹ ve hibe edilen şahıs (mevhûbu leh), kabz ile mevhûba malik olur. Bedelsiz olması itibariyle hibe, tek taraflı kazandırıcı; karşı tarafa bir malın mülkiyetini geçirmeyi konu alması itibariyle de temlikî bir akid olma özelliğindedir. Diğer bir deyişle hibe akdi, bağışta bulunanın diğer tarafa karşılıksız

³²⁴ Âbidî, *el-Emvâl*, 18-19; Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, 390.

³²⁵ Şâzelî, *eş-Şart*, 499-500. Şâzelî, hayır amaçlı şartların yalnızca İmâmiyye'ye göre sahih olduğunu, cumhur İslâm hukukçularına göre ise, bu tür şartların bâtil olduğunu söylüyorsa da, onun bu tespiti -yukarıda da görüldüğü gibi- isabetli değildir. Bkz. Şâzelî, *eş-Şart*, 500 vd.

³²⁶ Şâzelî, *eş-Şart*, 500.

³²⁷ İbn Âşûr, *el-Mekâsîd*, 130.

³²⁸ Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 95. الاتفاق شريعة المتعاقدين فيما لا مورد للنص فيه.

³²⁹ "Hibe, bilâ ivaz bir malı âhara temlik etmektir ki, eden kimseye vâhib ve ol mala mevhûb ve anı kabul edene mevhûbun-leh denilir." *Mecelle*, md.833.

yardımda bulunma amacı taşıması bakımından "*teberrû akidleri*", malın mülkiyetini karşı tarafa geçirdiği için de "*kazandırıcı (temlikî) akidler*" grubunda yer alır.³³⁰

Aslında az önce de belirtildiği gibi, hibeyle ilgili olarak şartla takyid bağlamında ele alınacak temel husus, mevhu bu lehin hibede tasarruf yetkisinin şartla takyidinin mümkün olup olmadığıdır. Ancak hibe akdiyle ilgili olarak söz konusu edilebilecek yegâne sınırlamanın bundan ibaret olmaması ve konumuzun da mülkiyet sınırlamaları olması dikkate alınarak, hibe yetkisinin kullanımına yönelik sınırlamalara da kısaca işaret edilecektir.

Sırf iyilik olsun diye ve hayır amacıyla yapılan bir işlem olduğu için hibe, övgüye değer bir davranıştır. Nitekim *Kur'ân* ve *Sünnet*'te cömertlik ve yardımlaşma teşvik edilmiş, cimrilik kınanmış³³¹, Allah'ın gerçek lütuf ve bağışta bulunan (vehhâb) olduğu bildirilmiş; *Hz. Peygamber* de hediyeleşmeyi, hayır amaçlı olarak bağışta bulunmayı, ihtiyaç sahiplerine karşılıksız yardım etmeyi teşvik etmiştir.³³² Ancak hibe, teberrû akidlerinden olması, yani hibede bulunan açısından maddî anlamda sırf zarar, hibeyi kabul eden taraf açısından da sırf yarar niteliğinde bir tasarruf olması sebebiyle İslâm hukukçuları, hibede bulunacak tarafın tam edâ ehliyetine sahip olması gerektiğini söylemişlerdir ve bu husus ittifakla sabittir.³³³ *Mecelle*'de de bu husus, "*vâhibin âkil ve bâliğ olması şarttır*" şeklinde ifade edilmiştir.³³⁴ Bu aynı zamanda küçüklerin himayesine yönelik hukukî bir önlemdir.

Fiil (edâ) ehliyetine sahip olanlar mallarından bir kısmını istedikleri kişilere hibe edebilirler. Bu hususta hibede bulunulabilecek şahıslar açısından temelde bir fark yoktur. Fakat *borçlunun, henüz borcunu ödemedi, alacaklısına hibede bulunmasını İslâm hukukçuları doğru bulmamışlar ve alacaklıya menfaat sağladığı için fâiz gibi değerlendirmişlerdir*. Nitekim ahabdan **Übey b. Ka'b** (21/642), **İbn Mes'ûd** (32/652) ve **İbn Abbâs** (68/687)'dan, bunu destekleyen görüşler nakledilmiştir.³³⁵ Çünkü borçlunun alacaklısına hibede bulunması, meşru olmayan bir takım amaçların gerçekleştirilmesine vesile edinilmiş olabilir. Yani bu meselede İslâm hukukçuları kötülüğe sebep olabilecek yolları kapama (sedd-i zerâi') ilkesinden hareket etmişler ve bu ilke gereği, malikin tasarruf yetkisine sınırlama getirmişlerdir.

Ancak alacaklı ile borçlu arasında, borç ilişkisi meydana gelmeden önce hibede bulunma, hediyeleşme gibi uygulamalar var ve bu ilişki borçluluk halinde iken de devam etmiş ise, bu durumda borçlunun hibesini kabul etmekte herhangi bir sakınca yoktur. Nitekim *Hz. Peygamber* (sav), "*biriniz, başkasına borç verir ve daha sonra borçlu ona, bir şey hediye etmek ya da hayvanına bindirmek isterse; aralarında daha önceden bu tür bir ilişki bulunmadığı sürece, hediyyeyi kabul etmesin, hayvana da binmesin*"³³⁶ buyurmuştur. Dolayısıyla bu hadis, borçlu ile alacaklı arasındaki bağış, hediye gibi işlemlerin, hangi şartlarda cereyan edebileceğini hükme bağlamıştır. Ancak yine de borçlu ile alacaklı arasında, borç ilişkisinin tesisinden önce hediyeleşme gibi uygulamalar olmakla birlikte, borç ilişkisinin mevcut olduğu esnada hibe veya hediye edilen şeyin ekonomik değer açısından, daha önceki hibe ve hediyelere yakın olup olmadığına dikkat etmek gerekir.

Hibe övgüye değer bir davranış olmakla birlikte, bu durumun kötüye kullanılmasına da İslâm hukuku müsaade etmemiştir. Söz gelimi vârislerin ya da alacaklıların haklarını iptal

³³⁰ Bardakoğlu, "*Hibe*"; XVII,422; a.mlf., "*Hukukî ve Ticarî Hayat*";393.

³³¹ Bkz. Bakara 2/58; Âl-i İmrân 3/134,148,180; Nisâ 4/36; Haşr 59/9.

³³² Bkz. Buhârî, "*Hibe*"11; Muvattâ, "*Hüsnü'l-huluk*" 16.

³³³ Mer'a b. Yûsuf, *Deflü't-tâlib*, 173; Bardakoğlu, "*Hibe*", XVII,422.

³³⁴ *Mecelle*, md.859.

³³⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,211.

³³⁶ İbn Mâce, "*Sadakât*",19. إذا أقرض أحركم قرضا، فأهدى له أو حملة على الدابة، فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون حرى بينه وبينه قبل ذلك.

etmek ya da azaltmak amacıyla hibede bulunmak câiz değildir. Çünkü bu durumda meşru bir hak, meşru olmayan bir amaç için vesile edilmiş olmaktadır.³³⁷ Dolayısıyla karîneler, hibede bulunurken şahsın böyle bir amaç taşıdığını ortaya koyarsa, bu hibe hukuken geçersiz sayılacaktır.

Hibede bulunan (vâhib) açısından öngörülen bu tür hukukî sınırlamalar yanında, *bazı hukukçular, hibe lehtar (mevhûbu leh) açısından da bir takım sınırlamalardan söz etmişlerdir.* Hemen şunu belirtelim ki, hibenin tamam olması için, kabzın şart olmadığını söyleyenler de olmakla birlikte her hâlükarda kabzla hibe tamam olmakta ve hibede bulunan şahıs, mevhûbun mülkiyetine sahip olmaktadır. Dolayısıyla sahip olduğu şeyde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ancak bu noktada Şâfiî hukukçu **Zerkeşî** (794/1392), *hibenin şartlı yapıp yapılmamasını söz konusu etmektedir.* Yani bir kimse hibede bulunurken, bununla söz gelimi "*kendine ayakkabı, elbise... ya da çocuklarına okul kıyafeti veya bayramlık... al*" gibi mevhûbun kullanımını belirleyen şartlar ileri sürebilir mi? Hibe edilen kişi hibeyi sırf bu amaçlarla mı harcayabilir, yoksa istediği gibi tasarrufta bulunabilir mi? Ya da bu şartlarla yapılan hibe fâsid midir?

Zerkeşî bu meselede en isabetli yaklaşımın, "*hibede bulunan şahsın belirlenen şeylere ihtiyacı var ve bunların mutlaka karşılanması gerekiyorsa*", hibe konusu nesnede tasarrufun belirlenen yerlerle sınırlandırılması olduğunu söylemektedir. Bu gibi hususlarda kriter, "*vâhibin, mevhûbda tasarruf şartlarını belirlerken mevhûbu lehi, elde ettiği malda, durumuna daha uygun tasarrufa yönlendirmeyi kastetmiş olmasıdır.*"³³⁸

Bu durumda mevhûbu leh'in, hibeyle sahip olduğu nesnedeki tasarrufları, işlemin kuruluşu anında belirlenen şartlarla sınırlandırılmış olmaktadır. Vâhibe dönük bir fayda söz konusu olmadığı için de, bu tür şartların hukuken bağlayıcı olmadığını söylemeyi gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Ayrıca hukukî müesseselerin fonksiyonunu tam olarak icra etmesi açısından da büyük hukukçu **Zerkeşî**'nin bu yaklaşımı son derece isabetlidir.

Görüldüğü gibi İslâm hukuku fertlerin irâdelerine büyük önem vermekte ve irâdeyi, özel mülkiyetin hukuken sınırlandırılmasında temel belirleyici unsurlardan saymaktadır. Dolayısıyla hukuk dışı amaçlar taşımayan, meşrû bir maslahatın temini ya da zararın giderilmesine yönelik irâde beyanları, ilgili hukukî meseleye bakımından kanun hükmü gibi muamele görmektedir. Bu özellikleri taşımayan şartlar ise, sanki hiç yokmuş gibi muameleye tabi tutulmakta, hukukî bir değer atfedilmemektedir. Diğer bir ifadeyle hukukî işlemlerde ilgili naslar yanında irâdenin de hakimiyeti bulunmakta, ancak bu idâdenin hakimiyeti sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Böylece özel mülkiyetin, amaç itibarıyla fert yararına ve kaynağını irâdeden alan sınırlamalarını görmüş olduk. Bu bölümün girişinde de ifade edildiği gibi, İslâm hukukunda fert yararına özel mülkiyet sınırlamalarının bir kaynağını da, emredici ya da yasaklayıcı naslar yani kanun oluşturmaktadır. Dolayısıyla Kanun koyucu (Şârî'), bireylerin kişisel menfaat ve ihtiyaçlarını dikkate almak suretiyle onlara bir takım haklar tanıırken, bu hakların, gerek kendilerinin, gerekse diğer şahısların zarar görmesine sebep olacak şekilde kullanılamayacağını da hükme bağlamıştır.

II. KANUNÎ SINIRLAMALAR

Malî hakların kullanımında kişiler eşit seviyede değildir. Mülk sahibi olmak için hukukî kişilik yeterli olmakla birlikte, mülkte tasarruf edebilmek için ayrıca belirli seviyede ehliyet

³³⁷ İbn Âşûr, *el-Mekâsîd*, 192.

³³⁸ Bkz. Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, I,265.

de sahip olmak gerekmektedir. Şu halde mülkiyet sınırlamalarının bir kısım ehliyetle ilgilidir. Fakat ehliyete bağlı mülkiyet sınırlamalarına geçmeden önce, mülkte tasarruf yetkisinin de esasını teşkil etmesi bakımından ehliyet konusunu genel olarak ele almak istiyoruz.

A. MALDA TASARRUF YETKİSİ AÇISINDAN EHLİYET KONUSUNA GENEL BAKIŞ

İslâm hukukunda *ehliyet, kişilerin, dinî ve hukukî hükümlere muhatap ve söz ve fiillerinin hukuken geçerli olup beklenen sonuçları doğuracak şekilde gerçekleşmesi anlamında bir terimdir*. Yüce Allah'ın, yerin ve göğün taşımaktan çekindiği emaneti insanın yüklendiğini belirtmesi³³⁹, diğer bütün varlıklar içinde sadece insanın ehliyet ve sorumluluk taşıdığına işaret eder. Zira akıl denilen anlama, düşünme ve ona göre hareket etme kabiliyetine sahip tek varlık insandır.³⁴⁰

İnsanoğlu, dünyaya gelişinin ilk basamağını teşkil eden cenin safhasından ölümüne, diğer bir ifadeyle hukukî kişiliğin başlamasından sona ermesi anına kadar geçen süreçte, fizikî yapı, akıl gelişim, bilgi ve tecrübe bakımından çeşitli dönemlerden geçer. Bu unsurların kişinin ehliyetine olumlu ya da olumsuz tesir edeceği ve buna bağlı olarak da görev ve sorumluluklarının farklılık arz edeceği tabidir. Kişinin hak ve borçlarının sabit olması, dinî ödevlerle mükellef tutulması, hukukî işlem ve davranışlarının geçerliliği, toplumsal ve cezaî sorumluluk taşıyabilmesi gibi farklı seviyedeki hak ve yükümlülükler hep, bu değişen ve gelişen unsurlara bağlı olarak ehliyetin varlığına dayanır. Onun için de *ehliyet kişinin anlama, düşünme ve yapabilme kabiliyetinin inkişaf seyrine bağlı olarak tadrîcen gelişme gösteren itibarî bir sıfat konumundadır*. Öte yandan ehliyetin belirlenmesinde kişinin konumu kadar karşılaşılan hak ve borcun, dinî ve hukukî fiil ve işlemin mahiyeti de önem arz eder.³⁴¹

Kişinin, yalnızca dinî-hukukî hak ve borçların doğmasına ya da bununla birlikte aynı zamanda hakları kullanma yahut bizzat kendi işlemleriyle borç altına girmeye ehil olması bakımından fakih ve usulcüler ehliyeti, *vücûb (hak) ve edâ (fiil) ehliyeti* şeklinde ikiye ayırmışlardır. *Vücûb ehliyetinin temelini insan olma yani, zimmet ve hukukî kişilik, edâ ehliyetinin temelini ise, akıl ve temyiz (rüşd) gücü teşkil eder*. Durum böyle olunca sağ olarak dünyaya gelmiş her insan, ölünceye kadar kâmil hak ehliyetine sahiptir ve herhangi bir halin bu ehliyeti kısıtlaması/daraltması söz konusu olamaz.³⁴² Vücûb ehliyetinin yalnızca ortadan kalkmasından söz edilebilir ki, bu da hukukî kişiliğin sona ermesi yani, ölümle olur.

Fiil (edâ) ehliyeti için ise, aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Çünkü akıl ve temyiz gücü bakımından insanlar, çeşitli sebeplere bağlı olarak farklılık gösterir. Ancak *prensip itibariyle bülûğ çağına ulaşmış, temyiz kabiliyetine sahip her insanın kâmil edâ (fiil) ehliyetine sahip olduğu kabul edilir*. Fakat bu halin, herkes için bir ömür boyu devam ettiğini söylemek mümkün değildir. Akıl ve temyiz gücünün zayıflaması veya tamamen ortadan kalkması sonucunu doğuran bir takım hallerle karşılaşmak sürekli mümkündür/olagelmıştır. Dolayısıyla edâ ehliyetinin esasını teşkil eden akıl ve temyiz kabiliyetindeki arızî hallerle bağlı olarak İslâm hukukçuları, *ehliyeti daraltan/kısıtlayan veya ortadan kaldıran durumlardan* söz etmişlerdir.

³³⁹ A'râf 7/172; İsrâ 17/13; Ahzâb 33/72. Bu anlamda hadisler için bkz. Buhârî, "Zekât", 66; Müslim, "Hudûd", 45-46.

³⁴⁰ Bardakoğlu, "Ehliyet", X,534.

³⁴¹ Bardakoğlu, "Ehliyet", X,534.

³⁴² Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, II,801; Aydın, "Avânz", IV,108.

Fıkıh usûlü ve furûa ait eserlerde genel olarak "*ehliyet arızaları*" başlığı altında ve meydana gelmesinde kişinin çaba ve seçiminin etkili olup olmamasına göre (*semâvî ve müktesep arızalar*) şu hallerin ele alındığı görülmektedir:³⁴³ *Yaş küçüklüğü (çocukluk), uyku, ölüm, unutma (nisyan), yolculuk (sefer), baygınlık, ay hali (hayız) ve lohusalık (nifâs), bilgisizlik (cehâlet), yanılma (hata), ciddiyetsizlik (hezl), zor ve tehdit altında olma (ikrâh), borçluluk, iflâs, ölümle sonuçlanan hastalık, harcamalarda tedbirsizlik (sefeh), sarhoşluk, bunama (ateh), delilik (cünûn), kölelik.*

Bütün bu haller ehliyet arızaları arasında sayılırken, söz konusu durumların, sonuç itibariyle de olsa bir şekilde kişinin dinî-hukukî hükümlere muhatap olması veya asıl hükmün yerini başka bir hükme bırakması ya da haklarını kullanma ve tasarruf yetkisini olumsuz etkilemesi ölçü alınmış ve bu etkinin görüldüğü her durum ehliyet arızası kabul edilmiştir.

Bu konuda bir değerlendirmede bulunmadan önce bir hususa işaret etmek isteriz. Bir kere herhangi bir meselede daralma, arıza, kusur, ortadan kalkma gibi hallerden söz edebilmek için, öncelikle sözü edilen şeyin kâmil bir şekilde teşekkül etmesi gerekir. Aksi takdirde arıza, daralma gibi hallerden değil, eksiklikten/noksanlıktan veya olmamadan/yokluktan söz edilir. Bu durum, hukukî ya da gayr-ı hukukî her konuda mantikî tutarlılık açısından aranması gereken asgarî ölçüdür. Konumuzla ilgili olarak "*arıza*" kelimesinin etimolojisi de bu bakımdan önemlidir.³⁴⁴ Şu halde bâliğ olmayanlar için tam ehliyetten söz etmek mümkün olmadığına göre, geriye akıl ve temyiz unsurları kalmaktadır. Dolayısıyla *ehliyeti kısıtlayan haller, akıl ve temyiz (rüşd) kabiliyetlerine olumsuz yansımaları olan hallerle sınırlı olacaktır.*

Diğer yandan kavramlarla karşılanan her konuda, o kavramla ifade edilen hususla ilgili meselelerin tahlil ve değerlendirmesi, tarifte söz konusu edilen unsurlar muvâcehesinde yapılır. Onun için her bir kavramın tarifi çok önemlidir ve bundan dolayı tanımın, eskilerin ifadesiyle *efrâdını câmi ağyârını mâni* olmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

İşaret edilen bu iki husus, ele alınıp incelenen ve hakkında görüş beyan edilen konu ve kavramlarla ilgili olarak, her şeyden önce mantikî tutarlılığı sağlamak için son derece önemlidir.

Bu ön bilgiler çerçevesinde ehliyeti daraltan (arıza) hususlar konusu ele alındığında, yukarıda sayılan hususların büyük bir kısmının aslında ehliyet ârizâları konusuyla bir ilgisinin olmadığı görülür.³⁴⁵ Zira *ehliyet*, -ki burada söz konusu olan edâ (fiil) ehliyetidir, vücûb (hak) ehliyeti için daralma ya da ârizâdan söz edilemeyeceğine daha önce işaret edilmişti- *kişinin, şer'î hitabın yöneltilmesine ve edânın vücûbiyetine, dinen ve hukuken muteber olacak tarzda davranmaya ve hukukî işlem yapmaya ehil olmasıdır.*³⁴⁶ *Kişilerin bu elverişliliğe sahip olabilmeleri için biri biyolojik, diğeri akıl iki özelliğe sahip olmaları gerekmektedir: Bulûğ, akıl*

³⁴³ Burada anlatılmak istenen, sayılan hususların tamamının her usul-furû kitabında bulunduğu ya da bazılarında bu hallerin topluca sayılıp, her bir durumla ilgili hükümlerin söz konusu edildiği değil; değişik usulcüler ve fakihlerce bu hallerin ehliyet arızaları arasında sayıldığıdır. Genel bir fikir vermesi bakımından söz konusu haller topluca verilmiştir.

³⁴⁴ "*Ânz*" ya da "*ânzâ*"nın çoğulu olan "*avânz*" kelimesine filologlar, "*sonradan olan, sonradan ortaya çıkan şey*" anlamları vermektedirler. Dolayısıyla herhangi bir halin ehliyet anızlarından olup olmadığını tespit, söz konusu halin, tam ehliyet teşekkül ettikten sonra ortaya çıkması, daha önce yok iken sonradan karşılaşılan bir durum olması gerekir. Nitekim çağdaş İslâm hukukçularından Ahmed Hatib anızâ kelimesini, "*kişinin tasarruf selâhiyetine etki eden ve sonradan ortaya çıkan haller*" şeklinde tarif etmektedir. Bkz. *el-Hacr*, 47. Krş. Zeydân, *el-Vecîz*, 100. العوارض أمور لاصقة بالإنسان تؤثر في صلاحيته لمباشرة التصرفات

³⁴⁵ Ehliyeti kısıtlayan hallere yönelik bazı eleştiriler için bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, II,811,815; Hatib, *el-Hacr*, 47vd.; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I,189; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 226-227; a.mlf., "*Avânz*", IV,108; Bardakoğlu, "*Ehliyet*", X,538. Ehliyeti kısıtlayan hallere yönelik tahlillerde ve konuyu bir sisteme bağlamada Ahmed Ali Hatib'in "*el-Hacr ale'l-medîn li hakkî'l-ğuremâ fi'l-Fkhi'l-İslâmî ve'l-Kanûni'l-mukâren*" isimli doktora tezi önemli ölçüde yol gösterici olmuştur.

³⁴⁶ Edâ ehliyetinin değişik özelliklerini ön plana çıkaran bazı tarifler için bkz. Bardakoğlu, "*Ehliyet*", X,534.

ve *temyiz*.³⁴⁷ Bedenî gelişmişliği ifade eden buluşun edâ ehliyetinin, esasını değil gerçekleşme şartını oluşturduğu; binaenaleyh ehliyetin temel unsurunun akli gelişmişlik ve temyiz gücü olduğunu söylemek de mümkündür.³⁴⁸ Şu halde bulûğ çağına ulaşmış mümeyyiz şahıslar, her türlü dinî-hukukî hitaba ehildirler; sözlü ve fiilî tasarrufları da geçerli olup bunlarla beklenen sonuçlar hasil olur.

Bu noktadan hareketle usul ve furûa ait eserlerde ehliyeti kısıtlayan haller olarak sayılan hususlar ele alındığında;

1. *Çocukluk, uyku ve ölümün*, kısıtlılık halleriyle bir ilgisinin olmadığı görülür. Zira söz konusu durumlar, sadece bazı kimselerde bulunan veya kişiye sonradan âriz olan bir hal değil, her insan için geçerli *tabii hallerdendir*. Halbuki *ârizâ, var olan şeyle ilgili olarak sonradan ortaya çıkan durumdur*.

Çocukluk ve ölüm hallerinde esasen ehliyetten söz etmenin imkanı yoktur. Çünkü çocuk, ehliyetin temel unsurlarından olan bulûğ ve temyiz özelliklerinden yoksundur. Dolayısıyla ehliyet açısından çocuk için kısıtlılıktan değil, yokluktan söz edilebilir. Ehliyetin temel unsurlarından temyiz kabiliyetinin, bulûğ öncesi görülebileceği, dolayısıyla mümeyyiz çocukların, eksik fiil (edâ) ehliyetine sahip buldukları söylenebilirse de, buluşun, ehliyetin esasını değil gerçekleşme şartını oluşturduğu dikkate alındığında bunun mümkün olmadığı görülür. Buna rağmen özellikle furûa ait eserlerde çocukla ilgili olarak ehliyete dayalı bazı ahkâmdan söz edilmesini, ya ilgili hususların vücûb ehliyetine dayanması, ya da eğitim, terbiye, alıştırma gibi amaçlarla açıklamak gerekmektedir. Nitekim *Mecelle'de* (md.968) "*Sağır-i mümeyyizi tecrîbe için malının bir miktarını velisi kendisine teslim ile ahz ve itaya izin verebilir*" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

Öte yandan ana hatlarıyla iyiyi kötüden, kârı zarardan ayırma gücüne sahip bulunan çocuğun (mümeyyiz çocuk), mahiyeti itibariyle hem kâr hem de zarar yönü bulunan alım satım, kira, selem, şirket gibi yoğun bir dikkat ve özen gerektiren akidlerde bulunabilmesinin, cumhur İslâm hukukçularına göre kanunî temsilcisinin izni veya onayına bağlanması; Şâfiî ve Zâhiri hukukçulara göre ise, genel kural olarak çocuğun bulûğ öncesinde hukukî işlem yapmaya ehliyetinin bulunmadığı, bu konuda velîsinin izin veya onayının da yeterli olmayacağı ifade edilmiş olması³⁴⁹, çocuğun tasarrufları meselesinde asıl amacın ne olduğunu yansıması bakımından önemlidir. Yoksa çocukların şerî-hukukî hitaba ehil olmadıkları açık naslarla sabittir. Temyiz gücüne sahip olmanın, dinî hükümlere muhatap sayılmanın temel şartını teşkil ettiğini gösteren diğer delillerin yanı sıra, "*Üç kişiden sorumluluk kaldırılmıştır: Bulûğ çağına kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan ve şifa buluncaya kadar akıl hastasından*"³⁵⁰ meâlindeki hadis, bu hususun açık delilidir.

Ölüm ise, şahsiyetin sona erdiği hal olduğundan, artık hukukî kişilik ile birlikte ehliyet de sona ermiştir.

Uyku ile bulûğ, akıl ve temyiz kabiliyetleri arasında herhangi bir ilişkinin bulunmadığı da ortadadır.

Şu halde *çocukluk, uyku ve ölüm tabii hallerden olup ehliyeti kısıtlayan hallerle bir ilgisi bulunmamaktadır*.

2. Diğer yandan *unutma, yolculuk, baygınlık, ay hali ve lohusalık* gibi durumların da ehliyeti kısıtlayan hallerle bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira bütün bu hallerde de kişiler, her

³⁴⁷ Bkz. Nisâ 4/6.

³⁴⁸ Bardakoğlu, "*Ehliyet*", X, 536.

³⁴⁹ Karâfi, *el-Furûk*, III, 380; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 357; Bahru'l-Ulûm, *el-Hacr*, 42; Bardakoğlu, "*Ehliyet*", X, 537.

³⁵⁰ Buhârî, "*Talâk*", 11. أن العلم رفع عن ثلاثة: عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتى يستيقظ.

türlü şer'î-hukukî hükme muhataptırlar ve tasarrufları geçerlidir. Çünkü ehliyetin temelini teşkil eden unsurlardan bulûğ ile akıl ve temyiz bakımından tamdırlar. Şu kadar var ki, *kanun koyucu söz konusu halleri, terk sebebiyle muâheze edilmeme hususunda geçerli mazeret (unutma ve baygınlık); temel ve genel hükümlerin yerine istisnai hallere mahsus ve daha hafif hükümlerin devreye girmesi noktasında meşrû bir sebep (yolculuk); ya da rahmetinin eseri olmak üzere bazı hükümlerin, söz konusu halin devamına bağlı olarak tamamen terk veya tehir edilmesinin (uzun süren baygınlık, ay hali ve lohusalık) hukukî gerekçeleri olarak kabul etmiştir.* Dolayısıyla bu gibi durumların da ehliyeti kısıtlayan hallerle bir ilgisi bulunmamaktadır.

3. Öte yandan *bilgisizlik, yanılma, ciddiyetsizlik, zor ve tehdit altında olma* gibi durumlarda da bireyler, şer'î-hukukî hükme muhatap olma ve sahip oldukları haklarda hukuken geçerli olacak şekilde sözlü ve fiilî tasarruf yetkisi bakımından tam ehliyet sahibidirler. Ancak bu tür durumlarda kişilerin, *gerçek irâdelerinin oluşmaması (bilgisizlik, yanılma) veya irâdenin, kişinin gücü dahilinde olup kendisinden kaynaklanan (ciddiyetsizlik) ya da dış bir unsura bağlı olarak (zor ve tehdit altında olma) hür ve serbest bir şekilde dışa yansıtıl(a)maması, açığa vurul(a)maması söz konusudur.* Yoksa akıl ve temyiz itibarıyla herhangi bir kusur ya da olumsuzluktan söz etmenin imkanı yoktur. Şu halde bu dört halin, ehliyeti kısıtlayan hallerle bir ilgisi bulunmamakta, yalnızca ilgili şahıslar bakımından söz konusu durumlarda *irâdenin fesâdından/sakatlanmasından* bahsedilmektedir.

4. Kanaatimizce *borçluluk, iflâs, ölümle sonuçlanan hastalık* hallerinin de ehliyeti kısıtlayan haller arasında sayılması uygun değildir. Çünkü bu gibi durumlarla karşı karşıya olan kişilerin akıl ve temyiz güçlerinin zayıfladığını iddia etmek mümkün değildir. Ancak *borçluluk, iflâs ve ölümcül hastalık hallerinde bulunan şahısların, alacaklıları ya da vârisleri madur edip onları zarara sokacak şekilde tasarrufta bulunmaları ihtimaline karşı kanun koyucu, söz konusu hallerle ilgili olarak, üçüncü şahısların haklarını koruma amacıyla bazı sınırlamalar öngörmüştür.* Fakat bu sınırlamalar, söz konusu hallerin ehliyeti kısıtlayan hallerden sayılması sebebiyle değil, üçüncü kişilerin haklarını hukukî güvenceye alma amacıyla konulmuştur. Nitekim bu halleri, ehliyeti kısıtlayan haller arasında sayan usulcüler ve fakihler de, malla ilgili olmayan veya üçüncü şahısların olumsuz etkilenmediği her türlü tasarruflarının geçerli olduğunu söylemektedirler. Şu halde *borçluluk, iflâs ve ölümle sonuçlanan hastalık, üçüncü şahısların haklarını korumaya yönelik mülkiyet sınırlaması gerekçelerindedir; ehliyeti kısıtlayan hallerle bir ilgisi yoktur.*

5. Ve nihâyet geriye *harcamalarda tedbirsizlik, sarhoşluk, bunama ve delilik* kalıyor. İşte bu durumların, ehliyeti kısıtlayan hallerden sayılması mümkündür. Zira burada, ehliyetin temel unsurlarından akıl ve temyiz (rüşd) kabiliyetlerinin istenilen düzeyde olmaması/zayıflaması söz konusudur. Ancak hemen şunu tekrar hatırlatalım ki, burada söz konusu edilen, fiil (edâ) ehliyeti kâmil bir şekilde teşekkül etmiş şahıslardır. Söz gelimi çocukluktan itibaren delilik özelliği bulunan ve bu halin devam ettiği kişiler için, ehliyetin kısıtlılığından değil, yokluğundan söz edilecektir.

Şu halde ehliyeti kısıtlayan haller;

Aklı olumsuz etkileyenler: sarhoşluk, bunama, akıl hastalığı

b) Temyiz gücünü (rüşd) olumsuz etkileyen kısıtlılık hali: harcamalarda tedbirsizlik (sefeh) olmak üzere dörde inhisar etmiş olmaktadır.

Buraya kadar anlatılanları şu şekilde şematize etmek mümkündür:

Ehliyeti kısıtlayan haller şeması

1. Herkes için söz konusu tabii haller

a) Yaş küçüklüğü/Çocukluk

- b) Uyku
- c) Ölüm
- 2. *Şer'î ruhsat halleri*
 - a) Unutma (nisyân)
 - b) Yolculuk (sefer)
 - c) Baygınlık (iğmâ)
 - d) Ay hali ve lohusalık (hayız-nifâs)
- 3. *İrâdeyi sakatlayan/fesâda uğratan haller*
 - a) Bilgisizlik (cehâlet)
 - b) Yanılma (hata)
 - c) Ciddiyetsizlik (hezl)
 - d) Zor ve tehdit altında olma (ikrâh)
- 4. *Üçüncü şahıslar lehine tasarruf sınırlaması gerekçeleri*
 - a) Borçluluk
 - b) İflâs
 - c) Ölümle sonuçlanan hastalık (maraz-ı mevt)
- 5. *Ehliyeti daraltan/kısıtlayan haller (avârizu'l-ehliyye)*
 - a) Akli olumsuz etkileyenler
 - aa) Sarhoşluk
 - bb) Bunama (ateh)
 - cc) Akıl hastalığı (cünûn)

b) *Temyiz gücünü (rüşd) olumsuz etkileyen kısıtlılık hali:* Harcamalarda tedbirsizlik (sefeh).

Özel mülkte tasarruf yetkisinin ehliyete bağlı sınırlamalarına geçmeden önce, ehliyet kavramı ve özellikle de ehliyeti daraltan/kısıtlayan hallerle birlikte söz konusu edilen bir kavram ve hukukî müessesese hakkında da genel bilgi vermek faydalı olacaktır.

B. EHLİYET BAĞLAMINDA GENEL OLARAK HACİR KAVRAMI

Usulcü ve fakihler, ehliyeti kısıtlayan haller olarak sayılan hususların tamamı için *hacir* (*kısıtlılık*) müessesesinden söz etmektedirler. Yani bu hallerden birine dâ'îr olan şahısların tamamı, söz konusu hal ortadan kalkıncaya kadar mahcûrdurlar.

*Hacr kavramını, kişinin malında tasarruftan alıkonmasıdır*³⁵¹ şeklinde oldukça kapsamlı tarif edenler yanında, *hacri, sözlü tasarrufların geçerli olmaması*³⁵² şeklinde biraz daha sınırlandırılmış şekilde tanımlayanlar da olmuştur. Bir başka açıdan bakıldığında ikinci tarifi birinciye göre daha kapsamlı olduğunu söylemek de mümkündür. Çünkü ilk tarifte hacir, malda tasarrufla sınırlandırılırken, ikincisinde mal kaydı bulunmamakta, genel bir ifade kullanılmaktadır. Öte yandan ilk tanım esas alındığında mahcûr şahsın, sözlü ya da fiilî, feshi kâbil veya gayri kâbil bütün malî tasarrufları geçersiz sayılırken; ikinci tarife göre, malla sınırlı olmaksızın yalnızca sözlü tasarrufları geçersiz kabul edilmektedir. Ancak hacir sebepleri olarak sayılan hallerle ilgili doktriner yaklaşımlar dikkate alındığında hacrin tanımındaki bu

³⁵¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,295. الحجر منع الإنسان من التصرف في ماله.

³⁵² Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, III,408. الحجر هو منع نفاذ القول.

farklılığın pratik bir sonucunun bulunmadığı görülmektedir. Çünkü *İslâm hukukçularının tamamı, bir şekilde velâyet altında bulunan ya da tasarrufunun geçersizliği ifade edilen her şahıs için, söz konusu tasarrufun malda tasarruf ya da sözlü tasarruf olmasına bakmaksızın hacirden söz etmekte ve ilgili hükümleri buna göre sevk etmektedirler*. Buna göre söz gelimi yaş küçüklüğü hacir sebebidir ve çocuk velâyet altında olup kısıtlıdır. Aynı şekilde zor ve tehdit altında olma (ikrah), iflâs, harcamalarda tedbirsizlik (sefeh) de hacir sebeplerindendir. Bu kişilerle ilgili hukukî düzenlemelere bakıldığında, bunların bir kısmının malla ya da sözlü tasarrufla hiç ilgisinin bulunmadığı görülecektir.

Şu halde *İslâm hukukçuları hacir kavramını, şahsın ehliyet ya da tasarrufuna etki eden halleri ifade ederken şemsiye bir kavram olarak kullanmışlar*, hatta bazen bununla kelimenin sözlük anlamını kastetmişlerdir. Halbuki *teknik anlamda hacir, hukukî velâyet altında olmayı ifade eder*. Nitekim bazı *İslâm hukukçularının* hacir sebeplerini sayarken, hep hukukî velâyet altında bulunanları söz konusu etmeleri de bu bakımdan önemlidir. Söz gelimi Hanefî fakihlerden **Ali el-Kârî** (1014/1605)³⁵³ hacir sebeplerini, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve kölelik şeklinde saymakta, *İmâmiyye hukukçularından* **Hullî** (676/1277)³⁵⁴ ise, bu üç hale ölümcül hastalık, iflâs ve harcamalarda tedbirsizliği de ilave etmektedir.

Şu halde *hacir, hukukî velâyet altında olan şahıslar için kullanılan bir kavramdır*. Böyle olmayanlar hakkında hacir kavramının kullanılması ise, esasen doğru olmayıp fıkıh literatüründeki mevcut kullanımları, mecâzen ya da sözlük anlamıyla düşünmek gerekmektedir. Aslında hukukî velâyet altında olmamasına rağmen, özellikle üçüncü şahısların hakkını korumak amacıyla tasarruflarına bir takım sınırlamalar getirilen şahıslarla ilgili hukukî düzenlemeleri anlatırken biz de zaman zaman bu hacir kelimesini kullandık. Onun için de bu açıklamayı zorunlu bulduk.

Buraya kadar ehliyetle ilgili verilen temel bilgiler dikkate alındığında, kâmil edâ (fiil) ehliyetine sahip olmayanlar yani ehliyetsizler açısından, özel mülkiyet sınırlamalarından söz etmeyi gerektirecek bir durum olmadığı görülür. Zira *İslâm, hukukî kişiliği yeterli görmüş, hatta bu noktada sağ olarak dünyaya gelmek şartıyla cenin de hukukî bir kişiliğe sahip kabul edilmiş ve sırf lehine olan haklara malik olduğu belirtilmiştir*. Bu cümleden olmak üzere ceninin, kişilik haklarından olan neseb hakkı yanında, malî bir hak olan adına yapılan vakfın gelirlerinden yararlanma, vasiyet ve vâris olma gibi hakları da bulunmaktadır.³⁵⁵

Edinme açısından durum bu şekilde olmakla birlikte, mevcut mülkte tasarruf bakımından aynı hal geçerli değildir. Zira tasarruf belirli bir akîl olgunluk ve tecrübeyi gerektirmektedir. Nitekim Kur'ân'da, velî ve vasîlere (kanunî temsilci) hitaben, bu özelliğe sahip olmayanların, kendi mallarında tasarrufta bulunmalarına izin verilmemesi istenmiştir. *"Allah'ın, geçiminize dayanak kılıp koruyasınız diye sizin sorumluluğunuza bıraktığı malları, akîl olgunluk ve tecrübeden yoksun olanlara (sefih) vermeyin; ama bu mallarla onların yeme-içme ve giyim ihtiyaçlarını karşılayın, onlarla nazik bir şekilde konuşun. Sorumluluğunuz altındaki yetimleri evlenebilecekleri yaşa gelinceye kadar deneyin; sonra aklen olgunlaştıklarını tesbit ederseniz, mallarını kendilerine verin. Sakın onlar büyümeden önce, aceleyle ve müsirfçe harcayarak mallarını tüketmeyin. Zengin olan kimseyi vesayeti altındaki malından tamamen uzak tutun. Fakiri ise ondan uygun bir şekilde istifade ettirin.*

³⁵³ Ali el-Kârî, a.g.e., III,408-409. Krş. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,126.

³⁵⁴ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,99. Bu arada yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı (bunaklık), kölelik, umuma zarar verme ve ölümcül hastalık hallerinin *İslâm hukukçuları tarafından ittifakla hacir sebebi sayıldığı; harcamalarda tedbirsizlik, aptallık ve borçluluk hususunda ise görüş ayrılığının bulunduğu da ifade edilmiştir*. Bkz. Şener, *"İslâm Hukukunda Hacir"*, 332-333; Çeker, *İslâm Hukukunda Çocuk*, 105.

³⁵⁵ Uzunpostalıcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, II,41.

*Mallarını kendilerine teslim ettiğinizde, onlar adına şahitler bulundurun ve unutmayın ki nihai hesap sorucu olarak Allah kâfidir*³⁵⁶.

Şu halde henüz bâliğ olmamış veya bulûğ çağına ermekle birlikte yeterli akli yetişkinlik ve tecrübeye sahip olmayanlar, akıl nimetinden mahrum bulunanlar (deli) her ne kadar malik iseler de, kendi mallarında tek başlarına tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Bu tür şahıslar hukukî velâyet altındadırlar ve mallarında hukuk çerçevesinde velîleri tasarrufta bulunur. Dolayısıyla bu tür şahısların mülkte tasarruf ehliyeti yoktur. Yetkinin olmadığı yerde sınırlamadan söz edilemeyeceği ise aşikârdır.

Dolayısıyla ehliyet bağlamında özel mülkiyetin fert yararına kanunî sınırlamalarından söz edilecek haller, ehliyeti daraltan haller olmaktadır.

C. EHLİYET DARLIĞI/KISITLILIĞINA BAĞLI SINIRLAMALAR

Özel mülkte ehliyet kısıtlılığına bağlı tasarruf sınırlamalarını, daha önce ehliyeti kısıtlayan haller şemasında da gördüğümüz üzere iki grubda toplayabiliriz:

1. Akli Olumsuz Etkileyen Haller

Yukarıda da görüldüğü üzere akli olumsuz etkileyen kısıtlılık hallerinin başında sarhoşluk gelmektedir. Nitekim sarhoşluk veren içeceklerin yasaklanmasının sebebi de akli gidermesidir. Ancak biz sarhoşluğun yalnızca bireyin mülkünde tasarruf yetkisine nasıl tesir ettiği üzerinde duracağız.

a. Sarhoşluk

Akli olumsuz etkileyen hususların başında sarhoşluk gelmektedir. Hatta içkinin bütün kötülüklerin anası sayılması da, akli gidermesi, insanı ne dediğini bilmez hale getirmesi sebebiyledir. Zira sarhoş, bu esnada dinen kutsal ve saygı gösterilmesi gereken şeylere hakaret edebilir, başkalarının haysiyet ve namusunu zedeleyen ve hatta kendi aleyhine bazı sonuçlar doğuran bir takım sözler sarfedebilir.

*İçki ve benzerlerinin alınmasıyla, ayıldıktan sonra yaptıklarını hatırlamayacak şekilde akli dengenin kaybolması durumu demek olan sarhoşluğun*³⁵⁷, akli melekeyi gidermesi sebebiye, akıl ve temyiz gücüne dayanan edâ ehliyetini de sarhoşluk süresince ortadan kaldırdığı söylenebilir. Zira söz konusu fiil ehliyetinin temel unsuru kaybolmuştur. Ancak İslâm hukukçuları, sarhoşlukla ilgili bu genel yargıyı, sarhoşluğun meydana gelme şekline göre değerlendirmişler ve oluşum itibarıyla sarhoşluğu iki kısma ayırmışlardır:³⁵⁸

-Haram olmayan yoldan sarhoşluk: Zarûret ya da zor ve tehdit altında içki içme veya sarhoşluk verdiğini bilmeden bir şey yiyip-içme ya da ilaç gibi yenilip içilmesi mübâh olan bir şeyin alınması sonucu oluşan sarhoşluk.

-Haram yoldan sarhoşluk: Bile bile içki ve benzeri maddeler alınarak meydana gelen sarhoşluk.

Hemen ifade edelim ki, *haram olmayan bir yolla meydana gelen sarhoşluk, aynen baygınlık gibidir.* Yani kişi, sarhoşluk süresince ibâdetlerle mükellef değildir, sözlü tasarrufları hiçbir sonuç doğurmaz, bedenî cezaya ehil değildir. Ancak mala ya da cana yönelik haksız

³⁵⁶ Nisâ 4/5-6.

³⁵⁷ Zeydân, *el-Vecîz*, 128; Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 254.

³⁵⁸ Şâfiî, *el-Üm*, III,269; Zeydân, *el-Vecîz*, 128-129.

filler sebebiyle, üçüncü şahısların hakkını koruma bakımından tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.³⁵⁹

Dolayısıyla sarhoşluğun haram olmayan bir yolla meydana gelmesi durumunda, kişinin hukukî tasarrufları geçerlilik kazanmamaktadır. Zira sarhoş olmasına sebep olan nesnenin söz konusu özelliğini ya bilmemesi, ya zor ve tehdit altında yahut da zarûret karşısında almak zorunda kalması sebebiyle şârî, bu şekildeki sarhoşluğu, sarhoşluk esnasındaki dinî-hukukî mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi açısından bir ruhsat sebebi saymış; irade beyanlarını da, iradenin sadır olduğu esnada aklın kapalı bulunmasından ötürü geçerli kabul etmemiştir. Ancak "*izdırar gayrin hakkını ibtâl etmez*"³⁶⁰ kaidesi gereği sarhoşluk, haram olmayan yoldan da meydana gelse kişi, haksız fiillerinden ötürü tazminle mükelleftir.

Öte yandan *haram yolla meydana gelen sarhoşluğun da, kişinin ehliyetine hiçbir tesiri bulunmamaktadır*.³⁶¹ Yani içki gibi sarhoşluk veren ve içilmesi haram olan bir şeyi bile bile alarak sarhoş olan kişi, bütün şer'î hükümlerle yükümlüdür.

İbâdetler, malî mükellefiyetler ve ceza ehliyeti bakımından bu genel hüküm carî olmakla birlikte, alım satım gibi hukukî sözleşmeler hususunda İslâm hukukçuları görüş birliğine varamamışlardır.

İslâm hukukçularının cumhuru, sarhoşluğun suç olduğu ve *suçtan da sahibinin faydalanamayacağı*³⁶² ifade etmek suretiyle haram yolla sarhoş olmuş kişinin hukukî tasarruflarının da geçerli olduğu görüşünü benimsemiştir. Zira kişi, bile bile içki ve benzeri haram olan şeyleri içmek suretiyle, sarhoşluk sebebiyle doğacak her türlü sonuca peşinen razı olmuştur.³⁶³ Bu görüş esas alındığında, özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılması açısından, sarhoşluğa has bir hüküm bulunmamaktadır.

Sözleşmeler ve diğer hukukî muamelelerin geçerli irâde üzerine bina edilebileceğini söyleyen diğer bir kısım İslâm hukukçusu ise, hangi yolla meydana gelirse gelsin sarhoşun, geçerli irâdesinden söz edilemeyeceği, binaenaleyh ikrar, alım-satım, hibe, vakıf gibi hukukî muamelelerinin muteber olmadığı görüşündedir.³⁶⁴ Bu durumda sarhoşun ilgili işlem ya da tasarrufa yönelik irâdesi var, ancak bu irâde hukuken geçerli irâde olmadığından tasarrufları da muteber değildir.

Bu ikinci görüş sahiplerinin meseleye, ehliyet açısından değil, hür ve serbest irâde açısından yaklaştıklarına dikkat edilmelidir. Yani bunlara göre haram yolla oluşmuş sarhoşluk, irâdeyi sakatlayan hallerdendir; ehliyet bakımından ise sarhoş, kâmil fiil ehliyetine sahiptir.

Ancak sarhoşun irâdesinin sakat yani geçerli irâde olmamasının kaynağında, sarhoşlukla aklî melekelerin kaybolması yatmaktadır. Diğer bir deyişle sarhoşun hukukî işlemlerinin geçerli kabul edilmemesinin gerekçesi olarak söz konusu edilen irâdenin fesâdı halinin de bir gerekçesi bulunmaktadır ki, bu da aklî melekenin kaybolması ya da zayıflamasıdır. Aklın olumsuz etkilendiği durumlarda, ehliyeti kısıtlayan hallerden söz edileceği ise açıktır. Dolayısıyla sarhoşun hukukî işlemlerinin geçerli olmaması görüşünün, irâdenin sakatlığıyla değil de ehliyetin kısıtlılığı ile açıklanması daha doğrudur.

³⁵⁹ A.g.e., a.y.

³⁶⁰ *Mecelle*, md.33.

³⁶¹ Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 254. Krş. Şâfiî, *el-Üm*, III,269.

³⁶² Şaban, a.g.e., 255; Zeydân, *el-Vecîz*, 131. إن الجريمة لا يكون سببا للتخفيف عن صاحبها.

³⁶³ Şâfiî, *el-Üm*, III,269; Şaban, a.g.e., 255; Zeydân, a.g.e., 131.

³⁶⁴ Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 254-255.

b. Akıl Zayıflığı/Bunama (Ateh)

Sözlükte "kişinin akli zayıflamak, eksilmek, bunamak, bir şeye düşkün olmak" anlamlarına gelen ateh, İslâm hukukunda, *anlayışı noksan, söz ve davranışları tutarsız, işlerinde tedbiri eksik kişiler için kullanılır ve bu durumda olan kişilere de ma'tûh denir.*³⁶⁵

Bireyin akletme gücüne olumsuz tesir eden ateh hali³⁶⁶, akli ya tamamen ortadan kaldırır, ya da zayıflatır. Şayet ateh, kişinin akli melekelerini tamamen ortadan kaldıracak seviyede ise, bu durumdaki şahıslar, edâ (fiil) ehliyetinden yoksundurlar. Dolayısıyla mallarında tasarruf yetkileri de bulunmamaktadır.

Fakat ateh hali, kişiyi akletme gücünden tamamen yoksun bırakacak seviyede değil ise, doktrinde bu tür ma'tuhların mümeyyiz küçük hükmünde olup³⁶⁷ eksik ehliyetli oldukları ifade edilmiştir.³⁶⁸ Ma'tûh denilince, genellikle bu şekildeki ateh haline maruz kalanlar kastedilmekte ve hukukî muameleler bakımından, mümeyyiz çocukların tasarruflarında olduğu gibi üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Hibeyi kabul gibi sırf lehte olan tasarrufları geçerli, hibede bulunmak, vakıf kurmak gibi tamamen aleyhine olan tasarrufları geçersiz, hem kâr hem de zarar ihtimalinin söz konusu olduğu alım satım, kira gibi tasarrufları ise kanunî temsilcisinin izin veya kabulüne bağlıdır.³⁶⁹ Ayrıca *ma'tûh, alacaklı ya da akrabalarının talebi ve mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden mahcûrdur.*³⁷⁰

Ateh hali, ya küçüklükten itibaren vardır ya da sonradan ortaya çıkmıştır. Küçüklükten itibaren devam eden ateh hali için, ehliyetten söz edilemeyeceği açıktır. Zira ehliyetin temelini teşkil eden akıl ve temyiz kabiliyetlerinden yoksun bulunma söz konusudur. Dolayısıyla bu şekildeki ateh halinin, ehliyeti kısıtlayan hallerden sayılmayacağı da ortadadır. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi ehliyeti kısıtlayan hallerden söz edebilmek için, öncelikle ehliyetin tam olarak teşekkül etmiş olması gerekir.

Kâmil ehliyet sahibi bir kişi, sonradan ma'tûh olmuşsa, işte bu durumda söz konusu şahsın eksik ehliyetli olduğundan söz edilebilir. Ancak bu halin, eksik ehliyet bakımından mümeyyiz küçükler gibi olduğunu söylemek doğru değildir. Çünkü temyiz gücüne sahip de olsa küçükler, ehliyet sahibi değildir. Zira ehliyetin gerçekleşme şartlarından bulûğ özelliği bulunmamaktadır.

Aklı ve temyiz kabiliyetini tamamen yok etmeyen ateh hali hacir sebebi sayılmakta ve bu durumda bulunan şahıslar eksik ehliyetli -zira temyiz gücünden tamamen yoksun değildirler- kabul edilmektedirler. Eksik ehliyetli oldukları için de, kendi mülklerinde tasarruf yetkileri kanunî temsilcilerinin izin ya da icâzetine bağlanmaktadır. Böylece bir yandan eksik de olsa ehliyet söz konusu olduğu için tasarruf yetkisi kullanılabilen, diğer yandan da bu halin ma'tûh ve üçüncü şahıslar bakımından doğurabileceği sakıncalar kanunî temsilci denetimiyle (onay veya red) giderilmeye çalışılmaktadır. Yani İslâm hukukunda, özel mülkte tasarruf yetkisinin kişiler ya da kamu yararına sınırlandırılması meselesinde gözetilen dengenin (tasarruf serbestisi ve sınırlandırma dengesi), burada da aynen korunduğu görülmektedir.

³⁶⁵ "Ma'tûh, ol muhtel-uş şuur olan kimsedir ki fehmi kalil ve sözü müşevveş ve tedbiri fasid olur." *Mecelle*, md.945; Gözübenli, "Ateh", IV,51.

³⁶⁶ Serahsî ma'tûhu, "aklı noksan olan" şeklinde tarif eder. Bkz. *el-Mebsût*, XXIV,156. المعنوه هو نقص العقل.

³⁶⁷ "Ma'tûh olan kimse sağir-i mümeyyiz hükmündedir." *Mecelle*, md.978.

³⁶⁸ Gözübenli, "Ateh", IV,51.

³⁶⁹ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,39 vd.

³⁷⁰ *Mecelle*, md.957.

c. Akıl Hastalığı (Cünûn)

Ehliyetin temel unsurunu teşkil eden akî melekeyi olumsuz etkilemesi sebebiyle ehliyeti kısıtlayan haller arasında yerini alan cünûn, "söz ve fiillerin nadir haller dışında normal cereyan etmesini engelleyen akıl bozukluğu" şeklinde tarif edilmektedir.³⁷¹ Fikhî sonuçları bakımından bir zihnî rahatsızlığın cünûn kapsamında sayılmasını belirleyen unsur ise, bu hastalığın kişiyi temyiz gücünden yoksun kılıcı nitelikte olmasıdır.³⁷²

Cünûn, bulûğ çağı öncesinde mevcut olup olmaması ve uzun süre devam edip etmemesine göre sınıflandırılabilir. Akıl hastası olarak ergenlik çağına ulaşma (*cünûn-ı asîl*)³⁷³ halinde, ehliyetten ve dolayısıyla da kısıtlılık halinden söz edilmeyecektir. Çünkü ehliyetin gerek şartlarından olan bulûğ gerçekleşmiş olmakla birlikte, esas unsur olan akıl ve temyiz yetenekleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu şekildeki akıl hastası ehliyetsizdir.

Fakat ergenlik çağına zihnen sağlıklı şekilde ulaştıktan sonra akıl hastalığına dūçâr olma (*cünûn-ı arızî*)³⁷⁴ durumunda, ehliyet kısıtlılığı söz konusudur. Bu noktada akıl hastalığının zaman zaman ortaya çıkması (*cünûn-ı gayr-i mutbık*) ile uzun süre devam etmesi (*cünûn-ı mutbık*)³⁷⁵ arasında, hakları bizzat kullanma ve tasarruf yetkisi bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır.³⁷⁶ Çünkü cünûn ister mutbık ister gayr-i mutbık olsun, temyiz gücünden yoksun bulunma halinde fiil ehliyeti ortadan kalkmakta, temyiz gücüne sahip olma halinde ise fiil ehliyetinin varlığı kabul edilmektedir.³⁷⁷

Fiil (edâ) ehliyetinin temelini temyiz gücü teşkil ettiği, cünûn ise temyiz gücünü ortadan kaldırdığı için akıl hastası edâ ehliyeti bakımından yapılan ayırımda ehliyetsizler grubunda yer alır. Bunun bir sonucu olmak üzere mecnûnun irâde açıklamaları hukukî sonuç doğurmaz. Temyiz gücüne sahip olmanın, dinî hükümlere muhatap sayılmanın temel şartını teşkil ettiğini gösteren delillerin yanı sıra, "Üç kişiden sorumluluk kaldırılmıştır: Bulûğ çağına kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan ve şifa buluncaya kadar akıl hastasından"³⁷⁸ meâlindeki hadis, bu hususun delilini teşkil etmektedir.³⁷⁹

Şu halde akıl hastalığı özel mülkte tasarrufta bulunmaya engel teşkil etmektedir. Zira daha bir dikkat ve özen isteyen ve hem kâr hem de zarara açık olan bu tür işlem ve tasarruflar için kâmil fiil ehliyeti zaruridir. Mecnûn da bu özellikten yoksun bulunduğu için, kendisine söz konusu yetki tanınmamış, maliyla ilgili işler için hukukî temsilci tayin edilmiştir.

Mecnunun hukuken korunması amacıyla kısıtlı (mahcûr) sayılması noktasında İslâm hukukçuları arasında fikir birliği bulunmakla birlikte, hacrin şekli hususunda iki yol benimsenmiştir. İslâm hukuk mezheplerinin çoğunluğunda, akıl hastasının kısıtlılığı için karar

³⁷¹ Cürcânî, *et-Ta'rifât*, 79; Dönmez, "Cünûn", VIII,125. الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على مخرج العقل إلا نادرا.

³⁷² Dönmez, "Cünûn", VIII,125.

³⁷³ Dönmez, "Cünûn", VIII,126.

³⁷⁴ Dönmez, "Cünûn", VIII,126.

³⁷⁵ *Mecelle*'de mecnûn-ı mutbak için, cünûnu bütün vakitleri kapsayan kimse (md.944) şeklinde bir tarif yapılmışsa da, *Mecelle* şâihlerinden Ali Haydar bunun, hastalığın ömür boyu değil uzun süre devam etmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtir. Bkz. *Düraru'l-hukkâm*, III,10-11. Öte yandan akıl hastalığının mutbık sayılması için dikkate alınması gereken süre hususunda Hanefî mezhebi imamlarından, hastalığın tam bir sene, bir yılı aşan süre, bir ay, bir gün bir gece devam etmesi şeklinde görüşler nakledilmişse de bir ay görüşü tercih edilmiştir. Şu halde akıl hastalığının bir ay devam etmesi halinde bu, cünûn-ı mutbık sayılacaktır.

³⁷⁶ Cünûnun mutbık ya da gayr-i mutbık olması ayırımı, ibâdetlerin kaza edilmesi yükümlülüğü ve bağlayıcı olmayan sözleşmelerin varlığını koruyup koruyamayacağı gibi hususlar açısından farklı fikhî sonuçlar doğurmaktadır. Bkz. Dönmez, "Cünûn", VIII,126.

³⁷⁷ Dönmez, "Cünûn", VIII,126.

³⁷⁸ Buhârî, "Talâk", 11. أن القلم رفع عن ثلاثة: عن الجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتى يستيقظ.

³⁷⁹ Dönmez, "Cünûn", VIII,127.

alınmasına (*kazâi hacir*) gerek olmaksızın kendiliğinden mahcûr sayılması görüşü benimsenirken³⁸⁰, İmâmiyye mezhebine göre mecnûnun hacri için mahkeme kararı zorunludur. Mâlikî mezhebinde ise hacir baba, vasî veya hâkimin kararıyla gerçekleşir; bazı Mâlikî kaynaklarında hâkimin önceliğe sahip olduğu da belirtilir.³⁸¹

Sonuç itibariye akıl hastalığı, ehliyetin temelini teşkil eden temyiz gücünü ortadan kaldırdığı için mecnûn, ehliyetsizler grubunda yer alır. Bunun bir gereği olarak da malında tasarruf yetkisi yoktur. Akıl hastalarının ehliyetsiz sayılmaları ve tasarruf yetkilerinin bulunmaması, kendi yararları icabıdır. Esasen mâlik olan bu şahısların hakkını korumak amacıyla hukuk düzeni bu şahısları kısıtlı saymıştır.

2. Temyiz Gücünü (Rüşd) Olumsuz Etkileyen Kısıtlılık Hali:

Harcamalarda Tedbirsizlik (Sefeh)

İslâm hukukunda ehliyeti daraltan ve üzerinde en fazla tartışmaların yaşandığı konu sefeh halidir.

Ehliyetin temelini teşkil eden bulûğ ile akıl ve temyiz (rüşd) kabiliyetlerine sahip olmayanların mallarının kendilerine verilmemesi ve onlar adına hukuk çerçevesinde ve maslahata uygun şekilde tasarrufta bulunulmasının anlatıldığı âyetlerde sefih kelimesi kullanılmakta, velî ve vasîlere (kanunî temsilci) hitaben şöyle denilmektedir: "*Allah'ın, geçimimize dayanak kılıp koruyasınız diye sizin sorumluluğunuza bıraktığı malları, sefihlere vermeyin; ama bu mallarla onların yeme-içme ve giyim ihtiyaçlarını karşılayın, onlarla nazik bir şekilde konuşun.*"³⁸²

Ancak âyette söz konusu edilen bu kelimenin önce anlamını ve kapsamını belirleme, sonra da bu halin ehliyet açısından kısıtlılık sebebi sayılıp sayılamayacağı tartışma konusu olmuştur.

Hanefî usulcü **Abdülazîz el-Buhârî** (730/1329)'nin ifadesiyle sefeh, *gerçekte akli melekeleri yerinde olmakla beraber, kişiyi aklın ve şer'î esasların gereğine aykırı tarzda davranmaya yönlendiren arzî bir tedbirsizlik halidir.*³⁸³ Aslında bu tanım **Bezdevî** (482/1089)'ye ait olmakla birlikte, **Bezdevî**, şer'î esaslara aykırılık unsurunu ifade ederken, bu hususu "*bir yönden (min vechin)*" şeklinde sınırlandırmıştır.³⁸⁴ Bu kaydın, sefeh kavramının kapsamını tayin açısından önemi veya yansımalarına ileride işaret edilecektir. İmâmiyye hukukçularından **Hullî** (676/1277) ise sefihî, malını meşrû olmayan amaçlar için harcayan şeklinde tarif etmektedir.³⁸⁵ *Mecelle*'de ise sefih, malını anlamsız ve amaçsız yerlere sarfeden ve harcamalarında israf ve savurganlık göstererek malını telef eden kimse şeklinde tarif edilmiş, saf veya ahmak olup da kâr ve zararını bilemeyen, bu sebeple de

³⁸⁰ Bkz. *Mecelle*, md.957.

³⁸¹ Dönmez, "*Cünûn*", VIII,129. Dönmez, Mâlikî ve İmâmiyye mezheplerinin bu görüşleri karşısında Abdülkerim Zeydân'ın, Mısır Medenî Kanunu'nda akıl hastalarının hacri için mahkeme kararının öngörülmesi suretiyle İslâm hukuku hükümlerine aykırı bir yol izlendiğini ısrarla belirtmesininin (bkz. *el-Vecîz*, 103-104) isabetli olmadığını söyler. Bkz. "*Cünûn*", VIII,129.

³⁸² Nisâ 4/5.

³⁸³ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,514. السفه خفة تعتري الإنسان فتحملة على العمل بخلاف موجب العقل. Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV,157; Cürçânî, *et-Ta'rifât*, 119.

³⁸⁴ Bkz. Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,514.

³⁸⁵ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,101. الذي يصرّف أمواله في غير الأغراض الصحيحة.

muamelelerinde aldanan kimselerin de bu kapsamda olduğu belirtilmiştir.³⁸⁶ Her hâlükârda sefeh temyiz kabiliyetindeki bir noksanlığı ifade etmektedir.³⁸⁷

Esasen *sefeh halinin, akılla bir ilgisi yoktur*. Çünkü sefih, akîl melekeler itibariyle herhangi bir kusura sahip değildir. Nitekim Hanefî usulcü **Abdülazîz el-Buhârî**³⁸⁸, sefeh halini tarif ederken "... gerçekte akîl melekeleri yerinde olmakla beraber..." demek suretiyle bu hususa işaret etmiştir. Fakat *sefeh halinde, temyiz kabiliyeti bakımından eksiklik söz konusudur*. Zira sefih, kâr ile zararı birbirinden tam olarak ayırd edememekte, bu sebeple de hukukî muamelelerinde çokça aldanmaktadır. Şu halde *sefeh, aslında akîl melekelerinde noksanlık bulunan bir kişi değil, tasarruflarında, akli selime göre tedbirli davranmayan kişidir*³⁸⁹. Dolayısıyla sefeh, ehliyetin temyiz unsuruyla ilgili arizî bir haldir; sefihin eksik ehliyetli sayılması da bundan dolayıdır.

a. Kapsamı

Sefehi, temyiz kabiliyetinin tam olarak gelişmemesi şeklinde ifade ettikten sonra, aslında kavramın kapsamını da belirlemiş oluyoruz. Yani kâr ve zararı birbirinden tam olarak tefrik edemeyen ve muamelelerinde çokça aldananlar sefih'tir. Fakat buna rağmen *Nisâ Sûres*'nin 5. âyeti münasebetiyle bazı fakih ve müfessirlerin çocuk, köle, kadın, müsrif, fâsik gibi şahısları da sefih olanlar arasında saydıkları görülmektedir.³⁹⁰

Ancak bu noktada malını meşrû yollarda fakat makul ölçüden fazla (müsrif) ya da gayri meşrû işlerde/yerlerde harcayanların (fâsik) sefih sayılıp sayılmadığı İslâm hukukçuları arasında tartışılmıştır. Bu tartışma daha ziyade kendisini, sefeh'in zıddı olan rüşd tanımında göstermektedir. *İslâm hukukçularının bir kısmına göre rüşd, akîl yetişkinlik/olgunluk ve malî koruma iktidarındır*.³⁹¹ Daha açık bir ifadeyle ehliyetin temel unsurlarından olan akîl meleke itibariyle gelişmişlik hali ve malî konularda tedbirli ve makul davranmaktır. Nitekim **İbn Abbâs** (68/687), *Nisâ Sûres*'nin 6. âyetindeki rüşd kelimesini "*mallarını iyi idare etme*" şeklinde açıklamıştır.³⁹² **İbn Abbâs, es-Süddî**³⁹³ gibi ilk müctehidler ile bu hususta onları izleyenlere göre, bu özelliğe sahip olanlar mallarını dinî bakımdan meşrû alanlarda fakat hoş görülmeyecek şekilde (lüks ve israf sayılacak harcamalar gibi) ya da dinen caiz olmayan hususlar için (haram ve günah işlerde) harcasalar bile sefih sayılmazlar, kısıtlılıkları da söz konusu değildir.³⁹⁴ Hanefî usulcülerden **Bezdevî** (482/1089)'nin sefeh halini tarif ederken şer'în gereklerine aykırılık unsurunu, "*min vechin*" şeklinde kayıtlaması, bu ayrıntıya işaret etmek içindir.³⁹⁵

Nitekim Hanefî fihhının kurucu müctehidlerinden **İmam Muhammed** (189/805), esasen sefeh sebebiyle hacir uygulamasını benimsemekle birlikte, kişinin dünyaya dalmaması

³⁸⁶ *Mecelle*, md.946.

³⁸⁷ Feyyûmî, *el-Misbâhu'l-münîr*, 106. السفه نقص في العقل.

³⁸⁸ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,514.

³⁸⁹ Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 254.

³⁹⁰ Sefih'in kapsamını tayine yönelik görüşler için bkz. Taberî, *Câmu'l-beyân*, III,329; Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,213-214,354-355; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,249.

³⁹¹ Hırakî, *el-Muhtasar*, 95; Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,358. الصلاح في العقل وحفظ المال (Tarif Cassâs'a aittir); İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,236; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,301; Makdisî, *el-Udde*, 300.

³⁹² Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 303. صلاحا في أموالهم.

³⁹³ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,358.

³⁹⁴ Hırakî, *el-Muhtasar*, 95; Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,358; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 423; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,301; Makdisî, *el-Udde*, 300; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,514; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-Inâye*, III,408-409.

³⁹⁵ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,514.

ve bütün gayretini âhireti kazanmaya yönlendirmesi bakımından kifâye miktarıyla yetinmenin en isabetli yol olduğunu; fakat bununla birlikte helal yollardan olmak kaydıyla dünya nimetlerinden faydalanmada hiçbir sakınca olmadığını söyler. Ayrıca kazanç meşrû olup ilgili yükümlülükler de yerine getirildikten sonra kişinin, kendisi ve aile bireyleri için bolca harcamada bulunmasının herhangi bir mahzuru yoktur.³⁹⁶

*Diğer bir kısım İslâm hukukçusu ise rüşdü, aklî olgunluk ve malî iktidar yanında dinî konularda da salâh yani dinin gereklerine uygun davranış şeklinde tarif etmişlerdir.*³⁹⁷ Tâbiûn dönemi hukukçularından **Hasan-ı Basrî** (110/728) ve **Katâde** (117/735)'nin³⁹⁸ öncülük edip **Şâfiî** (204/819)³⁹⁹ ile temessül bulan bu görüşe göre, malını gayri meşrû hususlar için harcayanlar, sarf yeri meşrû olmakla birlikte miktar itibarıyla maslahat ölçüsünü tecavüz edenler, hukukî işlem ve tasarruflarında kâr ve zararı birbirinden ayırd edemeyip çokça aldananların tamamı sefihler, dolayısıyla da ehliyet bakımından kısıtlıdır.⁴⁰⁰ Şâfiî hukukçu **Nevevî** (676/1277), kişinin iktisadî durumuyla uyum arzetyecek şekilde parasını söz gelimi pahalı yiyeceklere, lüks elbiselere sarfetmesinin **Şâfiî** (204/819) ve **Gazzâlî** (505/1111)'ye göre savurganlık sayıldığını, binaenlayh bu şahısların mahcûr olduğunu ancak, çoğunluk İslâm hukukçularına göre bunun savurganlık kabul edilmediğini belirtir. Zira bu hukukçulara göre mal, faydalanmak, zevk ve arzuları gidermek için edinilir.⁴⁰¹

Rüşdün, mal ve dinde salâh hali olduğu görüşünü benimseyenlerden **İbn Teymiyye** (728/1327), kişinin her türlü harcamasının dini ya da dünyası açısından bir fayda sağlamaya yönelik olması gerektiği ve bu hususta alimler arasında ittifak bulunduğunu; bu ölçüye uymayan bütün harcamaların ise sefeh ve savurganlık olup Yüce Allah'ın yasakladığı davranışlar arasında sayılacağını söylemektedir.⁴⁰² "(Ey insanoğlu! Yakınlarına hakkını ver; düşküne de, yolda kalmışa da; ama sakın elindeki anılsız, amaçsız bir biçimde saçıp savurma. Çünkü bil ki, saçıp savuranlar Şeytan'ın dostlarıdır; Şeytan da zaten Rabbine karşı gerçekten çok büyük bir nankörlük sergilemiştir."⁴⁰³

Bu arada malın, masiyet yollarında harcanıp tüketilmesi ile ibâdet ve mübâh işlerde tüketilmesinin aynı olduğunu ifade eden Mâlikî müfessir ve hukukçu **Kurtubî** (671/1273), kişinin malını Allah'ın rızâsını kazanma (kurb) amacıyla harcıyıp tüketmesi durumunda hacredilip edilmeyeceği hususunda her iki görüşü de benimseyenlerin bulunduğunu belirtir.⁴⁰⁴

Diğer taraftan serveti fisk-ı fucûrda harcama, amaçsız/faydasız işlere sarfetme, dinî veya dünyevî bir amacı bulunmayan tasarrufların sefeh alâmeti sayılacağını ve dolayısıyla bu konumdaki şahısların hacir altına alınacağını söyleyen **Şevkânî** (1250/1834), iyi ve kaliteli (tib) şeylerden yeme, kıymetli lüks (nefis) elbiseler giyme, pahalı kokular/parfümeri (el-fâhir el-meşmûm) kullanma ve rızâ-i Bâr'îyi kazanma (takarrub) amaçlı harcamaların ise sefeh

³⁹⁶ Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,77 (Şeybânî, *el-İktisâb*, 80).

³⁹⁷ Şâfiî, *el-Üm*, III,247; a.mlf., *Ahkâmu'l-Kur'an*, I,138; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, II,131; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,414. الرشد: الصلاح

في الدين حتى تكون الشهادة جائزة وإصلاح المال

³⁹⁸ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, II,358.

³⁹⁹ Şâfiî, rüşdün bu şekilde anlaşılmasının zorunluluğuna ısrarla vurgu yapar. Bkz. *el-Üm*, III,247-248,252.

⁴⁰⁰ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, 19. Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an* adlı eserinin bir yerinde (II,358) Hasan-ı Basrî ve Katâde'nin bu görüşte olduklarını söyler. Halbuki aynı eserde daha önce (II,221) bu görüşü Şâfiî'ye nisbet etmiş ve Şâfiî'den önce hiç kimsenin böyle kanaat serdetmediğini ifadeyle bu görüşü şiddetle eleştirmiş idi.

⁴⁰¹ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,414. Kırş. Cürçânî, *el-Muâyât*, 170; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,136.

⁴⁰² İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,21-22; a.mlf., *Nazariyyetü'l-akd*, 18.

⁴⁰³ İsrâ 17/26,27.

⁴⁰⁴ Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, V,21.

kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.⁴⁰⁵ Zira Yüce Allah şöyle buyurur: "De ki: "Allah'ın kulları için yarattığı güzelliği, rızkın iyisini, temizini yasaklayan kim?". De ki: "Bunlar dünya hayatında imana erenler için meşrudurlar; Kıyâmet Günü'nde ise yalnızca onlara özgü olacaklardır". Anlama-kavrama yeteneği olan insanlar için bu mesajları Biz işte böyle açık açık dile getiriyoruz!"⁴⁰⁶

Bu arada *Mecelle*, "Sefîh, malını beyhûde yere sarf ile ve mesarifinde tebzîr ve israf ile iza'a itlâf eden kimsedir. Ebleh ve sadedil olmak hasebiyle kâr ve temettu yolunu bilemeyip de ahz ve itasında aldanagelen kimseler dahi sefîh ad olunur"⁴⁰⁷ demek suretiyle sefîh için oldukça geniş kapsamlı bir tarif yapmıştır. Tanımda kullanılan tebzîr ve israf kelimeleri arasındaki farka işaret eden şârih **Ali Haydar** (1936), bu farkı şöyle açıklamaktadır: "Tebzîr, bir şeyi lâyık olmayan mahalde sarfa denilir. İsrâf ise, bir şeyi lâyık olan mahalde lâyıkından ziyâde sarfa itlâk olunur."⁴⁰⁸ Tanımda her iki unsura da yer verildiği için bunun bir sonucu olmak üzere yine **Ali Haydar**'ın ifadeleriyle, sefahi mûcib olan sarfiyât ve isrâfât bazen umur-ı şer'iyede olur. Bu cihetle malını çalgıcı ve şarkıcılara veren, şarabçıları ve fâsik kişileri evinde toplayıp onlara mükellef sofralar hazırlayan, onlara bolca yedirip içiren ve hediyeler veren, büyük paralar vererek kuş satın alan, malını denize, ırmağa atan veya yakan kimseler de sefîh sayıldığı gibi, kendi nafakasını temine yönelik harcamalarda isrâf ve savurganlık gösterenler de sefîhdirlir. Aynı şekilde meşrû bir amaç taşımayan ya da akl-ı selîmin meşrû amaç saymadığı tasarruflarda bulunanlar da sefîh sayılır... Sefahi mûcib olan sarfiyât ve isrâfât bazen de umûr-ı hayriyyede olur. Ekonomik gücü yeterli olmadığı halde, aklını dinlemeyip de nefsî istek ve arzularına uyararak mescid yaptırma veya bütün malını hayır amaçlı işlere sarfetme gibi.⁴⁰⁹

Mecelle'nin söz konusu maddesi üzerine **Ali Haydar**'ın yaptığı açıklama ve örnekler dikkate alındığında sefeh kavramının kapsamı oldukça genişlemekte, sefeh gerekçesiyle mahcûr olanların sayısı da epeyce artmaktadır. Bu açıklamalara göre genel anlamda fisk sayılan her türlü malî davranış sefeh kapsamında değerlendirilmekte ve kısıtlılık sebebi sayılmaktadır. Fakat *Mecelle*'in 963. maddesinde bu husus ayrıca düzenlenmiş ve "Fâsik olan kimesne malını tebzîr ve isrâf etmedikçe mücerred fiskı sebebiyle hacir olunamaz" denilmek suretiyle ne tür fisk hallerinin kısıtlılık sebebi sayılacağı bir ölçüye bağlanmıştır. Şu halde *Mecelle*'ye göre fisk, sefeh hali ve dolayısıyla da hacir sebebi sayılmamakta, bu halle birlikte harcamalarda tedbirsizlik ve savurganlık da görülürse hacirden söz edilmektedir. Yani asıl hacir sebebi *Mecelle*'nin ifadesiyle israf ve tebzirdir.⁴¹⁰

Diğer taraftan çağdaş yazarlardan bazıları, sefeh sebebiyle hacir uygulamasının kamu yararı icabı olduğunu, binaenaleyh servetini kişisel zevk ve arzularını tatmin uğruna ölçsüzce harcayanların da, ehliyeti kısıtlayan sefeh haline kıyasla mahcûr sayılmaları gerektiğini iddia etmektedirler. Zira bu tür aşırı, lüks harcamalar toplumun hakkına tecavüzdür. Dolayısıyla toplum maslahatı gereği idare, bu şekilde davrananların, toplum açısından oluşturdukları tehlike ve mefsedetini izâle amacıyla hacir uygulamasına gitmelidir.⁴¹¹

⁴⁰⁵ Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V,321-322.

⁴⁰⁶ A'râf 7/32.

⁴⁰⁷ *Mecelle*, md.946.

⁴⁰⁸ Ali Haydar, *Dûraru'l-hukkâm*, III,13. Krş. *Muğni'l-muhtâc*, III,136.

⁴⁰⁹ Ali Haydar, *Dûraru'l-hukkâm*, III,13-14; Mes'ûd Efendi, *Mir'ât-ı Mecelle*, II,5,8. Ayrıca bkz. Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-inâye*, III,409.

⁴¹⁰ Bkz. Ali Haydar, a.g.e., III,34.

⁴¹¹ Takî Abd Sâlim, "el-Milkiyyetü'l-ferdiyye", 137; Huseyn, *el-Milkiyye*, 61-62.

Öte yandan diğer bazı çağdaş yazarlar ise, sefeh kavramının, günün şartlarına ve toplumun iktisadî-sosyal refah seviyesine göre anlaşılıp yorumlanması gerektiğini söylerler.⁴¹² Bu görüş sahiplerine göre sefeh özelliği, temyiz (rüşd) kabiliyetinin noksan olması sebebiyle kişinin bizzat kendisinin zararına olan malî tasarrufları ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda sefih de içinde yaşadığı toplumun iktisadî şartlarıyla sıkı bir ilgisi vardır.⁴¹³ Bu düşünceden hareketle servetini örfen fâhiş sayılacak ölçüde saçıp savuranların sefih olduğunu söyleyen **Muhammed el-Mübârek** (1981), bireyin bizzat kendisi, toplum ve ölümünden sonra da vârislerinin yararlanacağı serveti, kendisi ve çoluk çocuğunun mesken, eğitim-öğretim gibi zorunlu ihtiyaçları dururken hiçbir faydası ve değeri olmayan bir takım hobiler için harcamasının da sefeh olarak değerlendirileceğini belirtmektedir.⁴¹⁴

Malın hukuk dışı amaçlar için ya da makul ölçüyü aşarak israf ve lüks ölçüsünde harcanmasına hukukî müdahale fikri *Roma* hukukunda da söz konusu olmuştur. *Roma* hukukunda müsriflerin fiil ehliyetlerine kısıtlama getirilmiştir. M.Ö. V. yüzyılda, *XII. Levha kanunu*, kendisine kalan mirası israf eden, dolayısıyla ailesini sıkıntı tehlikesinde bırakan kimseyi mallarının serbestçe idaresinden mahrum bırakmıştır. Önce miras kalan mallara ait olan bu sınırlama, zamanla müsrifin bütün servetini kapsamış ve aile menfaati dikkate alınarak ferdî hürriyet sınırlandırılmıştır.⁴¹⁵

Türk Pozitif hukukunda da mülkiyetin sosyal fonksiyonunu icra etmesi bakımından israfın yasaklanması yoluna gidilmiş ve bu amaçla, "*Düşünlerde men'î isrâfat kanunu*" adıyla bir kanun çıkarılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, uygulamada eşitsizlik yarattığı, zaman ve yere göre uygulamanın kanun hâkimiyeti fikrini zedelediği gerekçesiyle bu kanunu tamamen iptal etmiştir. (20.9.1996, E.63/156; K.66/34).⁴¹⁶

Servetin hukuk dışı alanlarda ya da meşrû işlerde fakat israf ölçüsünde kullanılması, dinen ve ahlâken yasaklanmış olmakla birlikte, bu tür harcamaların hukukî denetim altına alınması ve ilgililer hakkında kısıtlılık (hacir) kararı verilmesi, birçok küllî ve cüz'î prensibin bir arada ve çok yönlü düşünülerek hükme bağlanması gereken bir husustur. Her şeyden önce, mülkiyetle ilgili ifası zorunlu görevler yerine getirildikten sonra, kişisel zevklerin tatminine yönelik harcamaların israf sayılıp sayılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktada israf ve savurganlıktan uzak dengeli bir harcama usulünün takib edilmesini isteyen âyetler ile Allah'ın kulları için yarattığı iyi, kaliteli ve temiz şeylerden yararlanmanın mübâh olduğunu ifade eden âyetler birlikte değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan israf veya lüks tüketimin, şahısların konumuna göre farklılık göstereceğinin de dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla her hadiseye uygulanabilecek genel bir hüküm vaz'etmek ciddi zorluklar taşımaktadır.

Öte yandan gerek isarf ve lüks tüketimin, gerekse servetin hukuk dışı alanlarda harcanmasının bireyin kulluk alanına dahil olduğu da unutulmamalıdır. Yani kişiler, sahip oldukları malî imkanları nerede ve nasıl harcadıklarıyla imtihan olmaktadır. Dolayısıyla bu konunun inanç ve ahlâkî ilgilendiren ve bu alana terkedilmesi gereken bir boyutunun da bulunduğu unutulmamalıdır. Şu halde bu noktada önerilen yöntemlerin, servetin kulluk imtihanının bir gereği olması gayesini ortadan kaldırmayacak, bilakis bu açıdan bireye yardımcı olacak özellikte olması gerekir.

⁴¹² Mübârek, *el-İktisâd*, 80; Arabî, *el-İktisâd*, 210.

⁴¹³ Arabî, a.g.e., 210.

⁴¹⁴ Mübârek, *el-İktisâd*, 80.

⁴¹⁵ Tahiroğlu, *Roma Hukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 211.

⁴¹⁶ Örüçü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 268,302.

Bu meselede ekonomik durumu iyi olmayan ve eline geçirdiği maddî imkanları içki, kumar gibi hukuk dışı işlerde harcaıyıp ailesini sıkıntı içinde bırakan şahıslar hakkında, aile bireylerini korumak amacıyla kısıtlılık (hacir) kararı alınmasının isabetli olacağını söylemek mümkündür. Zira bu durumda şahsın davranışları, kendisiyle sınırlı kalmayıp doğrudan üçüncü şahısları da ilgilendirmekte ve onların madur olmasına yol açmaktadır. Hukuk düzeninin bu tür maduriyetlere müdahalede bulunmaması ise, hukuk fikrinin amacına terstir.

b. Sefihin Hacri Konusunda İslâm Hukukçularının Görüşleri

Sefîhi, akîf melekeleri yerinde olmakla beraber, tasarruflarında, akli selime göre tedbirli davranmayan kişi şeklinde tanımladığımızı göre, sefeh halinin ehliyeti ortadan kaldırmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim sefih, ibâdetlerin tamamıyla mükelleftir, işlediği suçlardan ötürü cezâî sorumluluğu da tamdır. Bunun tabîî bir uzantısı olarak, -tam ehliyetli diğer mükelleflerde olduğu gibi- bütün hukukî tasarruflarının da geçerli sayılması ve kısıtlı (mahcûr) olmaması gerekirdi.⁴¹⁷ Nitekim sefihin kişilik ve şahsiyetini ön plana çıkaran bazı İslâm hukukçuları -**Ebu Hanîfe** (150/767) gibi- bu görüştedirler.⁴¹⁸ Fakat Hanefî mezhebinin kurucu müctehidlerinden **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **Muhammed** (189/805)'in⁴¹⁹ de dahil bulunduğu İslâm hukukçularının çoğunluğu, malının korunması ve kendisinin bir süre sonra başkalarına el avuç açar duruma gelmemesi için sefihle hacir konulabileceğini (kısıtlılığın hükmedilebileceğini) kabul etmişlerdir.⁴²⁰ Hanefî mezhebinde de **Ebu Yûsuf** ve **Muhammed**'in görüşü benimsenmiş⁴²¹ ve *Mecelle*'de "*Sefih olan kimse hâkim tarafından hacir olunabilir*"⁴²² denilmek suretiyle bu görüş kanunlaştırılmıştır. Bu görüşe göre *sefihle hacir konması halinde kendisine malî sonuçları olan tasarrufları açısından mümeyyiz küçüğün hükümleri uygulanır*.⁴²³

Bu meselede İslâm hukukçuları arasındaki görüş ayrılıklarını sefeh halinin görüldüğü/bulunduğu dönem itibariyle, *sefih olarak bulûğ çağına ulaşma ve sefeh halinin bulûğ sonrası ortaya çıkması* şeklinde iki gruba ayırarak ele almak mümkündür:⁴²⁴

1. *Şayet kişi, sefih olarak bulûğa ertmiş, yani bulûğ şartı gerçekleşmiş olmasına rağmen hâlâ temyiz kabiliyeti ortaya çıkmamışsa (sefeh-i aslî), Zâhiriyye mezhebi hukukçularına göre malî kendisine teslim edilir ve malında dilediği gibi tasarruf eder. Çünkü rüşd, akli başında olarak bulûğa ermek anlamına gelir; bu durumdaki kişi için de bu şart tahakkuk etmiştir.*⁴²⁵

İslâm hukukçularının çoğunluğuna⁴²⁶ göre ise, sefih olarak bulûğa ermiş kişilere malları teslim edilmez ve haklarında kısıtlılık kararı verilir. Çünkü *Nisâ Sûres*'nin 5 ve 6.

⁴¹⁷ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,515; Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 254; Zeydân, *el-Vecîz*, 118-119.

⁴¹⁸ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; Menbecî, *el-Lübâb*, II, 604-605; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,515 vd.; Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-inâye*, III,408-409; Ebu Zehra, *Ebu Hanîfe*, 451.

⁴¹⁹ A.g.e., a.y.

⁴²⁰ Şâfiî, *el-Üm*, III,247,251-254; Hırakî, *el-Muhtasar*, 95; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 423; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, VIII,47; Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,99; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,21-22; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,93; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,320; Sâlimî, *Cevâbât*, V,157;

⁴²¹ Aynî, *el-Binâye*, X,100.

⁴²² *Mecelle*, md.958.

⁴²³ Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 254.

⁴²⁴ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,515; Zeydân, *el-Vecîz*, 119.

⁴²⁵ Zeydân, a.g.e., 119.

⁴²⁶ Hanefî usulcülerden Bezdevî ve ona ittibaen Buhârî, sefih olarak bulûğa erenlere mallarının teslim edilmeyeceği ve hacir altında oldukları hususunda icmâ bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,515. Şayet bu iddia Hanefî

âyetlerinde kanunî temsilcilere hitaben, velâyetleri altında bulunan şahıslar bulûğ çağına ulaşip rüşd alâmetleri ortaya çıkıncaya kadar mallarının kendilerine teslim edilmemesi istenmiştir. Dolayısıyla bu âyetlerde bir kişiye malının teslim edilmesi ve malında bizzat kendisinin tasarrufta bulunabilme yetkisi, bulûğ ve rüşd özelliklerine bağlanmıştır.⁴²⁷ *Şarta bağlanan hükümler ise, şartın tahakkukundan önce madumdur.*⁴²⁸

Ancak **Ebu Hanîfe** (150/767), sefih olarak bulûğ çağına ermiş kişilere mallarının teslim edilmeyeceği⁴²⁹ hususunda cumhur İslâm hukukçuları ile aynı görüşü paylaşmakla birlikte, bu kişilere mallarının teslim edilmemesi hükmünün yirmi beş yaşına kadar devam edeceği, yirmi beş yaşından sonra ise, tam rüşd özellikleri ortaya çıkmasa bile artık kısıtlılıktan söz edilemeyeceği kanaatindedir.⁴³⁰ Bu konuda **Ebu Hanîfe**, *hüküm illetinin bizzat bulunmasından değil de illetin mazinnesinden (çoğunlukla bulunduğu hal veya zamandan) hareket etmektedir.* Zira bireyde bulûğ çağına ilk dönemlerinde sefeh alâmetleri bulunabilir. Ancak belirli bir zamanın geçmesiyle tecrübe ve denemelerle kısmî de olsa temyiz kabiliyetinin gelişmesi yani rüşd belirtilerinin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Zira nasıl ki bulûğ dönemi öncesinde bir şahısta rüşd özellikleri görülmesi nâdir ise, aynı şekilde bulûğun üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra kişide hâlâ rüşd alâmetlerinin ortaya çıkmaması da nâdirdir. *Nâdiren rastlanan bir hal ise hükme esas alınmaz.*

Öte yandan âyette rüşd kelimesi nekre olarak kullanılmıştır ki, bu da rüşd olarak ifade edilebilecek en alt seviyeyi ifade eder. Diğer bir deyişle kısmî rüşdün, malın sahiplerine verilmesi ve serbestçe tasarruf edebilmeleri için yeterli olması demektir. Şu halde yirmi beş yaşına ulaşmış bir kişide gerçek anlamda ve kâmil bir şekilde olmasa bile takdiren veya kısmî rüşd özelliklerinin görülmesi kaçınılmazdır ve bu dönemden itibaren hacir uygulamasından söz edilemez, kişi tam fiil ehliyetine sahip kabul edilir.⁴³¹

Erken dönem Hanefî hukukçularından **Cassâs** (370/980), **İbrahim en-Nehaî** (96/714), **Muhammed b. Sîrîn** (110/728) ve **Hasan-ı Basrî** (110/728)'nin de bu görüşte olduklarını söyler.⁴³²

Buna ilaveten **Ebu Hanîfe** (150/767), mülkiyet hakkının, kişiye en geniş yetkileri veren ve başkasının her türlü müdahalesine kapıyı kapatan bir hak olmasını da dikkate almaktadır.⁴³³ Yani **Ebu Hanîfe**'nin özel mülkte tasarruf anlayışı ile sefeh ve hacir meselelerine yaklaşımı arasında paralel bir ilişki gözlemlenmektedir.

Ebu Hanîfe'nin bu görüşü sefeh sebebiyle hacri kesinlikle kabul etmeyen *İngiliz* hukukuyla paralellik arz etmektedir.⁴³⁴

mezhebine mensub müctehid ve fakihlerle sınırlı olarak ileri sürülmüş ise, isabetlidir; ancak genel anlamda usulcü ve fakihleri kapsayacak şekilde bir tespit ise hatalıdır. Çünkü Zâhiriyye mezhebi hukukçuları bu görüşü paylaşmamaktadır.

⁴²⁷ Şâfiî, *el-Üm*, III,247251-252; Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,216; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, VIII,47; Hüllî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,102; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 423; Makdisî, *el-Udde*, 300; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,21-22; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,515-516; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,93; İbn Nuceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 92; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V,320; Sâlimî, *Cevâbât*, V,157; Cebûrî, *el-Evzâî*, II,252; Zeydân, *el-Vecîz*, 119.

⁴²⁸ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,515; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,93. المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط.

⁴²⁹ Hanefî hukukçulardan Cassâs, hacri ikiye ayırmakta, bunlardan birinin kişiyi tasarruftan ve mal ikrarından alıkoyma, diğerinin de mallarını kendisine teslim etmeme/vermeme olduğunu söylemektedir. Sefih olarak bulûğ çağına ermiş olanların mahcûr oluşu ikinci türden bir hacir işlemidir. Bkz. *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,217. çağdaş İslâm hukukçularından Ebu Zehra, Ebu Hanîfe'nin ilk gençlik dönemi kabiliyet ve davranışlarıyla ilerleyen dönemleri birbirinden ayırması ve bu hususta yirmibeş yaşının kriter olarak belirlenmesinin, gençlik dönemi özellikleri itibarıyla çağdaş eğitimci ve psikologların açıklamalarıyla paralellik arz ettiğini söyler. Bkz. *Ebu Hanîfe*, 452.

⁴³⁰ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,215-216; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,516.

⁴³¹ Cassâs, a.g.e., II,215-216,358-359; Kâsânî, a.g.e., VII,169; Buhârî, a.g.e., IV,516. صار الشرط في حكم الوجود بوجه وحب حراؤه.

⁴³² Cassâs, a.g.e., II,215-216,358. Ayrıca bkz. İbr Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,234.

⁴³³ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,516. الملك هو المطلق الحاضر.

⁴³⁴ Mahmasânî, *el-Mebâdi'*, 117.

2. Kişi akli başında bulûğ çağına ulaşmış ve tam fiil (*edâ*) ehliyetine sahip olmuşken daha sonra sefeh halinin zuhûr etmesi (*sefeh-i arızî*) durumunda ise, **Ebu Hanîfe**⁴³⁵ ve Zâhiriyye mezhebine göre, sefeh sebebiyle hacir kararı verilemez. Çoğunluğu teşkil eden Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî, İmâmiyye fıkıh mektepleri ile Hanefîlerden **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî** (189/805) gibi hukukçulara göre ise, sefih hakkında kısıtlılık (hacir) kararı alınabilir.⁴³⁶ Zira **Şâfiî** (204/819)'nin ifadesiyle, *Nisâ Sûres*'nin 5 ve 6. âyetlerinde *kişinin kâmil fiil ehliyetine sahip olabilmesi iki şarta bağlanmıştır: Bulûğ ve rüşd. Bu şartlardan birinin bulunması yeterli olmayıp her ikisinin de aynı anda mevcut olması zorunludur. Hatta birden fazla unsura bağlanan her hususta bu ölçü geçerlidir.*⁴³⁷

Diğer yandan sefih olarak bulûğ çağına ermekle, sefeh alâmetlerinin bulûğ sonrası ortaya çıkması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zira ilgili âyetlerde ele alınan hukukî düzenlemeler, belirli dönemlere değil muayyen özelliklere bağlanmıştır.⁴³⁸ Sefihin hacredilebileceğini ifade eden çoğunluk İslâm hukukçularının bu görüşü *Roma* ve *Alman* kanunlarıyla paralellik göstermektedir.⁴³⁹

Sefeh sebebiyle hacri kabul etmeyen **Ebu Hanîfe** bu görüşünü şu şekilde delillendirmektedir:⁴⁴⁰

a) Sefih, akli başında ve bulûğa ermiş olmak hasebiyle tam ehliyet sahibidir ve her türlü şer'î hitaba ehildir. Dolayısıyla her türlü tasarrufu da geçerli olmalıdır.

b) İnsan, ehliyetle diğer bütün canlılardan temâyüz eder. Dolayısıyla tam ehliyet sahibi bir kişi hakkında kısıtlılık kararı almak, onun kişilik ve şahsiyetini ayaklar altına almak ve hatta onu hayvanlar derecesine indirmektir. "Sefihin hacredilmesi onun menfaatinedir; zira böylece tedbirsizce harcayarak malını kaybetmesi ve insanlara el avuç açar hale gelmesinin önü alınmaktadır" şeklindeki açıklama da doğru değildir. Çünkü *insanın şahsiyet ve onurunu korumak, malını korumaktan daha önemli ve önceliklidir.*

c) Alım-satım gibi malî muamelelerinde aldanan bir sahabî (**Habân b. Munkız**) hakkında kısıtlılık kararı verilmesi talebiyle yakınlarının *Hz. Peygamber'e* müracaat etmeleri üzerine *Rasûl-i Ekrem*, hacir kararı vermemiş, söz konusu sahabîye, hukukî işlemlerinde kendisi için muhayyerliği şart koşmasını söylemiştir.

Buna mukabil sefeh halini kısıtlılık sebebi sayan çoğunluk İslâm hukukçuları görüşlerini delillendirme noktasında şunları söylemektedirler:⁴⁴¹

a) Müdâyene âyeti olarak bilinen *Bakara Sûres*'nin 282. âyetinde "*Eğer borç altına giren sefih veya kendisi işlemi kaydettirebilecek durumda değilse, velisi dosdoğru*

⁴³⁵ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,216; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; Menbecî, *el-Lübâb*, II,604-605; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,516; İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 92.

⁴³⁶ Şâfiî, *el-Üm*, III,247-248,251 vd.; Hırakî, *el-Muhtasar*, 95; Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,216; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 423; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, VIII,47; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; Makdisî, *el-Udde*, 300; Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,99-101; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,21-22; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,515; İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 92; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,320; Sâlimî, *Cevâbât*, V,157; Cebûrî, *el-Evzâi*, II,252; Zeydân, *el-Vecîz*, 122.

⁴³⁷ Şâfiî, *el-Üm*, III,251. هكذا في كل أمر يكمل بأمرين أو أمور، فإذا نفى واحد لم يقبل.

⁴³⁸ Şâfiî, a.g.e., III,251; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 423; Makdisî, *el-Udde*, 300; Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,102.

⁴³⁹ Mahmasânî, *el-Mebâdî'*, 117.

⁴⁴⁰ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,217-221; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169-170; Menbecî, *el-Lübâb*, II,604-605; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,516-517; Zeydân, *el-Vecîz*, 123-124; Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, I,152-153.

⁴⁴¹ Şâfiî, *el-Üm*, III,247-248,252-254; Hırakî, *el-Muhtasar*, 95; Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,217-221; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 423; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, VIII,47; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169-170; Makdisî, *el-Udde*, 300; Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,99-101; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,21-22; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,516-517; İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 92; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,320; Sâlimî, *Cevâbât*, V,157; Cebûrî, *el-Evzâi*, II,252; Zeydân, *el-Vecîz*, 122-123; Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, I,153-154.

*kaydettirsin*⁴⁴² buyurulmak suretiyle sefih üzerinde velâyetin bulunduğu ifade edilmiştir ki, bu da sefihin hacir altına alınmasıyla mümkündür.

b) Öte yandan **Hz. Ali**, halîfe **Osman**'dan elindeki malları har vurup harman savuruşu (israfı) sebebiyle **Abdullah b. Ca'fer** hakkında kısıtlılık (hacir) kararı vermesini istemiştir. Şayet sefeh hacir sebebi olmasaydı **Hz. Ali** böyle bir talebde bulunmazdı.

c) Bu âyet ve uygulamayı yansıtan rivayet yanında İslâm hukukunun genel küllî amaçları (mekâsidu'ş-şerîa) da sefeh halinin hacir sebebi sayılmasını gerektirmektedir. Zira sefih hakkında hacir kararı alınmaz ve tasarrufları kontrol altında bulundurulmazsa, tedbirsiz harcamalarla malını tüketmesi ve bir süre sonra başkalarına el avuç açar hale gelmesi kaçınılmazdır. Şu halde *hacir, her şeyden önce sefihin maslahatı gereğidir*. Bunun yanında toplum maslahatı da sefih hakkında kısıtlılık kararı verilmesini icab ettirir. Çünkü gayri makul harcama ve tasarruflarla malını kaybeden sefih, öncelikle akrabalarına ve nihaî noktada da topluma yük olacaktır. Hatta Hanefî hukukçulardan **Cassâs** (370/980), sefihin hacredilmesinin toplum maslahatı icabı olduğunu; kamudan zararı def' etmek için hür insan hakkında kısıtlılık kararı alınmasının cevazı hususunda ise icmâ hasıl olduğunu söyler.⁴⁴³

Sefihin hacri meselesine tamamen şahsiyet ve onurun korunması açısından yaklaştığı görülen **Ebu Hanîfe**'nin bu görüşünde, onun özel mülkte tasarruf yetkisinin mutlak olup başkaları zarar görüyor gerekçesiyle hukuken sınırlandırılmasının doğru olmadığı şeklindeki yaklaşımı etkili olmuştur. Ona göre sefih de kendi malında tasarrufta bulunduğu ve bunda başkalarının herhangi bir hakkının bulunmaması, sefeh sebebiyle kısıtlılık kararı verilemeyeceğini gösterir.⁴⁴⁴

Aynı durum **Ebu Yûsuf** için de geçerlidir. Kişinin kendi mülkündeki tasarruflarının komşularına açıkça zarar vermesi halinde hukukun sınırlandırılacağını söyleyen **Ebu Yûsuf**, aynı ta'lili sefeh sebebiyle hacir kararı alınması hususunda da yapmaktadır. Hatta sefihin kısıtlı (mahcûr) sayılmasının, kamu maslahatı gereği olduğunu söylemektedir. Çünkü malını tedbirsizce harcıyıp bitirmek suretiyle geçim sıkıntısı çekecek ve yakınları nafakasını sağlayamazlarsa hazineден nafaka bağlanması gerekecektir.⁴⁴⁵

Ancak gerek yukarıda sefeh hali ile ilgili olarak söz konusu edilen açık deliller ve gerekse bireyin kendi mülkünde tasarruf yetkisinin kişiler ve kamu yararına sınırlandırılmasını ifade eden naslar ile bunlardan oluşturulmuş fikhî kâide ve doktriner yaklaşımlar, sefeh halinin hacir sebebi sayılmasını gerektirmektedir. Her şeyden önce *sefihin tasarruflarını kendisiyle sınırlı görmek mümkün değildir*.⁴⁴⁶ Elbette sefihin malı, herkes gibi kendine özgüdür ve ifası zorunlu bir takım kanunî vecibeler dışında toplumun bu malda doğrudan bir hakkı yoktur. Ancak bu durum sefihin hukukî sınırlamadan uzak mutlak tasarruf yetkisine sahip olmasını gerektirmez. Zira *hukuk düzeni mülkiyet hakkı ile ilgili düzenlemelerinde, toplumu olduğu kadar bireyleri ve hatta bizzat malik olan şahsı da, olası zararlardan korumayı amaçlamaktadır*. Şu halde sefihin, başta ailesi ve içinde yaşadığı cemiyet hiç hesaba katılmasa bile, kendi kişisel maslahatı gereği hacir kararı alınabilir. Çünkü ilerisini hesap edemeden tedbirsiz harcamalarla servetini kaybedip başkalarına el avuç açar hale gelmek, her halde bir kişi için şahsiyet ve haysiyetin korunması bakımından kabul edilebilecek bir durum değildir.

⁴⁴² Bakara 2/282.

⁴⁴³ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,518,520.

⁴⁴⁴ Bkz. Buhârî, a.g.e., IV,520-521.

⁴⁴⁵ Buhârî, a.g.e., IV,520-521.

⁴⁴⁶ Bkz. Mahmasânî, *el-Mebâdî*, 118; Karadâvî, *el-İktisâd*, 273-274. Krş. Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,517-518,520.

Diğer yandan sefeh halinin doğurduğu sonuçlarından, önce bizzat sefih kendisi, sonra ailesi/akrabaları ve nihayet de toplum etkilenmektedir. Çünkü bir süre sonra sefih ailesine ve topluma yük olmaya başlayacak ve artık ferdi zarar ve maslahat yerine kamu maslahatı ve zararından söz edilecektir. Bu durumda da "genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir" kâidesi gereği sefih kısıtlı sayılması icab etmektedir.⁴⁴⁷

Şu halde hem sefih maslahatı ve hem de toplum maslahatı sefeh halinin kısıtlılık sebebi sayılmasını gerektirmektedir. Hatta bütün bunlardan da önce sefih aklı melekeleri yerinde olmakla birlikte temyiz kabiliyeti zayıf olduğu, temyiz gücündeki zayıflığın ise, edâ (fiil) ehliyeti itibarıyla kısıtlılığı gerektireceği aşikârdır. Hacir kararı da ehliyetteki kısıtlılığın yansımaları ya da sonucundan başka bir şey değildir.

Bu meselede *sefeh halinin aslı veya arızı olması arasında da kısıtlılık bakımından bir fark gözetilmesi doğru olmaz*. Çünkü **Şâfiî** (204/819)'nin de isabetle belirttiği gibi, konuyla ilgili âyetlerde ele alınan hukukî düzenlemeler, belirli dönemlere değil, muayyen özelliklere bağlanmıştır. Dolayısıyla sefeh halinin söz konusu olduğu yerlerde/zamanlarda hukukî kısıtlılıktan söz edilecek, böyle bir halin bulunmadığı durumlarda ise, kişi tam fiil ehliyetine sahip olarak malında dilediği şekilde her türlü kullanım ve tasarrufta bulunabilecektir.

Sefeh halini kısıtlılık gerekçesi sayan hukukçular, bunun için *mahkeme kararının zorunlu olup olmadığına* görüş birliğine varamamışlardır.⁴⁴⁸ **İmâm Muhammed** (189/805)⁴⁴⁹ ve **Abdurrahmân b. Kâsım** (191/806)⁴⁵⁰ gibi bazı İslâm hukukçuları sefih, aynen akıl hastası gibi kendiliğinden mahcûr olduğu kanaatindedirler. Zira hacrin illeti sefihdir ve illetin mevcudiyetiyle birlikte ilgili hüküm kendiliğinden oluşur. Bu noktadan sefeh halinin aslı veya arızı olması arasında bir fark yoktur.

İmâm Mâlik (179/795)⁴⁵¹ ve **Ebu Yûsuf** (182/798)⁴⁵² gibi müctehidlerle Hanbelî⁴⁵³ ve İmâmiyye⁴⁵⁴ mezheplerine mensub diğer bir kısım İslâm hukukçusuna göre ise, sefeh sebebiyle hacir kararı verilmesi öncelikle sefih maslahatını korumak içindir. Hacrin bu maslahatı gerçekleştirip gerçekleştirilmeyeceği ise, hâkim soruşturmasıyla bilinir. Binaenaleyh sefih mahcûr sayılması mahkeme kararını gerektirmektedir; kısıtlılığın kalkması da ancak mahkeme kararıyla mümkündür. *Mecelle*'de bu husus "Sefih olan kimse hâkim tarafından hacir olunabilir"⁴⁵⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

Sefih tasarruflarını geçersiz kılan unsurun (illet) bizzat sefeh hali mi, yoksa hacir mi olduğu tartışmasından⁴⁵⁶ kaynaklanan bu görüş ayrılığının fikhî sonuçları kendisini hacir kararı öncesi sefih tasarruflarında gösterir.⁴⁵⁷ Sefih kısıtlı kabul edilebilmesi için mahkeme kararını şart koşanlara göre, sefih olarak bulûğ çağına eren veya sonradan sefeh halinin görüldüğü kişilerin hacir kararı öncesi tasarruflarının tamamı geçerlidir. Fakat sefeh halinin bizzat kendisini kısıtlılık sebebi sayıp ayrıca yargı kararına ihtiyaç olmadığını söyleyenlere göre ise, bu halin söz konusu olduğu dönemlerdeki tasarruflar geçersizdir.

⁴⁴⁷ Fâsî, *el-Mekâsîd*, 181; Karadâvî, a.g.e., 273-274.

⁴⁴⁸ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II,216; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,521-522; Zeydân, *el-Vecîz*, 125.

⁴⁴⁹ Cassâs, a.g.e., II,216; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169,173; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,521-522.

⁴⁵⁰ İbn Abdîrâfî, *Muînu'l-hukkâm*, II,411; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV,484.

⁴⁵¹ A.g.e., a.y.

⁴⁵² Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II,216; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169,172; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,522-523.

⁴⁵³ Makdisî, *el-Udde*, 300.

⁴⁵⁴ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,102.

⁴⁵⁵ *Mecelle*, md.958.

⁴⁵⁶ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV,484.

⁴⁵⁷ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,521; Derdîr, a.g.e., IV,484.

Muhtemel anlaşmazlıkları bertaraf edip hukukî istikrar ve emniyeti sağlama ve uygulama kolaylığı açısından, hem sefeh halinin tespiti, hem de buna bağlı olarak kısıtlılık kararının mahkeme tarafından verilmesi daha isabetlidir. Aksi takdirde sefih, kimin velâyetinde olduğu akrabaları arasında niza konusu olabilir. Aynı şekilde sefih olduğu iddia edilen şahısla hukukî muamelede bulunan şahıslar arasındaki anlaşmazlıklarda, yargılamanın âdil bir şekilde cereyan etmesini sağlamak ciddi zorluklar barındırır. Zira gerçekten iddia edildiği gibi söz konusu şahsın sefih olduğu tebeyyün ederse, davanın sefih lehine sonuçlanması gerekir. Fakat bu durumda davanın diğer tarafı bilgisizlik def'inde bulunabilir. Zira sefeh hali söz gelimi akıl hastalığı gibi somut bir yapı arz etmediği için, kişinin, ilişkide bulunduğu şahsın bu özelliğini her zaman bilmesi mümkün değildir; araştırmasını istemek de doğru olmaz. Çünkü *bulûğ çağına ermiş kişilerde aslanan akıl ve temyiz gücü itibariyle tam ve hür olmaktadır.*⁴⁵⁸

Şu halde *gerek sefeh halinin tespiti, gerek buna bağlı olarak kısıtlılık kararı alınması ve nihayet hacrin kaldırılmasının mahkeme kararıyla yapılmasını öngören icthad daha isabetlidir.* Ayrıca hem hacir hem de hacrin kaldırılması kararının, yukarıda ifade edilen maslahatı sağlayıp, sakıncaları (mefsedet) bertaraf etmesi açısından ilanla topluma duyurulması gerekir.

Mahecûr sefih, malî sonuçları olan tasarrufları açısından mümeyyiz küçüğün hükümlerinin uygulanacağını söylemiştik. Bu yargı, hakkında hacir kararı verilmiş sefih, ehliyet bakımından mümeyyiz küçük gibi olduğu anlamına gelmemektedir. Zira ana hatlarıyla iyiyi kötüden, kârı zarardan ayırma (temyiz) gücüne sahip olsa da küçüklerin ehliyetsiz olduğunu daha önce belirtmiştik. Halbuki sefih ehliyeti vardır ancak, temyiz kabiliyetinin noksanlığından ötürü ehliyeti kısıtlanmıştır. Şu halde mahecûr sefih, malî tasarrufları açısından mümeyyiz küçükle ilgili hükümler uygulanır yargısı, tek başına tasarruf yetkisinin bulunup bulunmaması ve tasarruflarının geçerliliği açısından dır.

Öncelikle sefih yararına ve ehliyetin temyiz unsurundaki eksiklikten ötürü öngörülen bu sınırlama, sefih zarara uğramasını önleme amacı taşıdığı için, zarar ihtimalinin söz konusu olmadığı işlem ve tasarruflar hakkında geçerli değildir. Buna göre *mahecûr sefih, sırf lehine olan hibeyi kabul gibi işlemlerde bulunabilir.* Aynı şekilde yine hacir kararı ile konulan sınırlamanın amacından hareket edildiğinde *sırf zarar içeren tasarruf ve işlemlerin de geçerli olmaması gerekmektedir.* Şu halde mahecûr sefih başta bulunamaz, mal ve borç ikrarları geçersizdir, vakıf kuramaz.⁴⁵⁹

Ancak bu noktada **Kâdî Şurayh, İbrahim en-Nehâî** (96/714) ve **Ömer b. Abdülazîz** (101/719)⁴⁶⁰ gibi tâbiûn dönemi fakihleri ile Mâlikî⁴⁶¹ ve Şâfiî⁴⁶² hukukçuların mahecûr sefih vasiyetinin geçerli olduğunu söylediklerini görmekteyiz. Zira bu hukukçulara göre, vasiyet ölüm sonrası yürürlük kazanan bir hukukî işlem olması itibariyle bundan sefih herhangi bir şekilde zarar görmesi söz konusu olamaz. Hacrin fonksiyonu da sefih muhtemel zararlardan korumak olduğuna göre, vasiyet akdi kısıtlılık kararının amacına münâfi değildir.

Mahecûr sefih vasiyetinin geçerli olması gerektiğini **Karâfi** (684/1285) şu şekilde açıklar: Sefih maslahatı malının korunmasındadır. Bu da hayattayken tedbirsiz harcamalarla malını kaybetmemesi için tasarruflarının geçersiz; ölümüne bağlı olarak da

⁴⁵⁸ Suğdî, *en-Nütef*, II,886.

⁴⁵⁹ Bkz. Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VII,5; Bahru'l-Ulûm, *el-Hacr*, 240. Mâverdî, sefih ikrarları geçersizdir derken Gazzâlî geçerli olduğunu söyler. Bkz. *el-Vasîf*, IV,403.

⁴⁶⁰ Beğavî, *Şerhu's-sünne*, V,279-280.

⁴⁶¹ Muvatta, "Vasiyye", 2,3; Karâfi, *ez-Zehîra*, VIII,10,239; a.m.f., *el-Furûk*, II,205-206; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, IV,60-61.

⁴⁶² Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,359,360; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,144.

vasiyetinin geçerli sayılmasıyla olur. Çünkü vasiyeti geçersiz kabul edilecek olursa malları vârislere geçeceği için malı korunmamış, dolayısıyla da maslahatı sağlanmamış olacaktır. Dolayısıyla sefih'in ölüm sonrası maslahatı, yine malının korunmasıyla mümkündür ki, bu da vasiyetinin geçerli kabul edilmesini gerektirmektedir.⁴⁶³

Sefih'in hem kâr hem de zarar ihtimalinin söz konusu olduğu alım satım, kira gibi hukukî işlemlerde bulunabilmesi ya da bu tür işlemlerinin geçerlik kazanabilmesi ise, hukukî temsilcisinin izin veya onayına (icâzet) bağlıdır. Sefih'in maslahatını korumakla görevli olan kanunî temsilci, sefih için en uygun olduğuna inandığı istikamette tercih ve yetkisini kullanacaktır. Ancak Mâlikî ve Şâfiî hukukçular bu tür işlemler için kanunî temsilcinin onayının sonucu değiştirmeyeceğini, yani hem kâr hem de zarara açık olan işlemlerin geçersiz (bâtıl) olduğunu söylerler.⁴⁶⁴

Dolayısıyla sırf aleyhine olan hususlarda sefih'in ehliyeti tamamen kısıtlanmış, lehine olan hususlarda ise, kâmil fiil ehliyetine dokunulmamıştır. Hem kâr hem de zarar ihtimalinin bulunduğu işlem ve tasarruflar ise, kanunî temsilcisinin izin veya kabulüne bağlanmıştır. Kanunî temsilci sefih'in menfaatine olduğuna kanaat getirdiği tasarrufları onaylayacak, aleyhine olanları ise reddedecek, böylece yine mahcûr sefih'in maslahatı gözetilmiş olacaktır.

Görüldüğü gibi ehliyet kısıtlılığı, özel mülkte tasarruf yetkisinin de kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Aslında mülkte tasarruf için belirli seviyede ehliyete sahip olma şartının aranması, şarttaki eksikliğin, şarta bağlı yetkilerde de eksilme anlamına geleceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla kişilerin ihtiyaç ve yararını dikkate alarak onlara bireysel mülk edinme hakkı tanıyan ve yine kendi menfaatleri icabı, mülkte tasarruf için kâmil fiil ehliyeti şartını arayan İslâm hukuku; bir yandan maliklerin bilinçsiz harcamalarla servetlerinden mahrum kalmalarının önüne geçme, diğer yandan da bu şahıslarla hukukî muamelede bulunanların ve üçüncü şahısların olası zararlardan korunması amacıyla, ehliyeti daraltan hallerin söz konusu olduğu durumlarda maliklerin tasarruf yetkilerine bir takım hukukî sınırlamalar getirmiştir. Binaenaleyh İslâm hukuku fert yararını sırf hak sahibi olma açısından düşünmemiş, hukukça tanınan hakların kullanımı ve tasarruf bakımından da ele almış ve bu amaca yönelik çeşitli düzenleyici hükümler koymuştur.

İşte bu noktada İslâm hukunda fert yararı bakımından ele alınan mülkiyet sınırlamalarının önemli bir kısmını da, maliklerin tasarruflarından olumsuz etkilenme konumunda bulunan üçüncü şahısların haklarının korunmasına yönelik sınırlamalar teşkil etmektedir.

D. ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN HAKLARINI KORUMA AMAÇLI SINIRLAMALAR

Üçüncü şahısların haklarını korumayı amaçlayan mülkiyet sınırlamalarından olmak üzere borçluluk, iflâs ve ölümle sonuçlanan hastalık konuları ele alınacaktır.

1. Borçlunun Tasarrufları

Toplum halinde yaşamının tabii bir gereği/sonucu olmak üzere insanlar genellikle ya alacaklı ya da borçlu konumdadırlar. Elbette bu durumun bireylerin hak ve hukukunu

⁴⁶³ Karâfi, *el-Furûk*, II,205-206.

⁴⁶⁴ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,359; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,417; Karâfi, *el-Furûk*, I,354; Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, II,204; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,144.

koruma, toplumsal düzeni ve adâleti sağlama gibi yüce amaçlar taşıyan hukuk düzenini ilgilendiren yönleri bulunacaktır.

İnsanların ihtiyacını karşılama ve sıkıntısını giderme amacıyla borç verenler, sürekli hukukî himaye görmüş ve bu davranış toplum tarafından da övgüyle karşılanmıştır. Nitekim Yüce Allah, hiçbir maddî karşılık beklemezsin, sırf rızâ-i Bârî için borç verenlere, bu güzel davranışlarının karşılığını katlayarak vereceğini, hatalarını/günahlarını affedip onları cennetiyle şereflendireceğini vaad etmiştir. "*Verdiğinin kat kat fazlasını kendisine ödemesi için Allah'a güzel bir borç (isteyene faizsiz ödünç) verecek yok mu? Darlık veren de bolluk veren de Allah'tır. Hepiniz sonunda O'na döndürüleceksiniz.*"⁴⁶⁵ Ayrıca Kur'ân, borçluya müsâmahalı davranılmasını⁴⁶⁶, şayet darlık içinde ise, borcunu ödeyebilmesi için mühlet verilmesini istemiş⁴⁶⁷, zekât lehtarları arasında borçluları da saymıştır.⁴⁶⁸ Hadislerde de aynı paralelde irşad ve hükümlere rastlanmaktadır.

Bununla birlikte alacağın tahsili amacıyla borçluya yönelik bazı yaptırımlar da söz konusu edilmiştir. Söz gelimi İslâm öncesi câhiliyye Araplarında, borcun vadesi gelmesine rağmen ödeme imkanından yoksun bulunan kişiler, borçlarına karşılık olmak üzere köle olarak satılırlardı. Ancak İslâm, darlık içinde ve ödeme imkanından yoksun borçlulara fırsat tanınmasını, tazyik ve takibde bulunulmamasını, ahlakî olduğu kadar hukukî bir zorunluluk olarak da görmüş ve câhiliyye araplarının bu çirkin uygulamasını kaldırmıştır.⁴⁶⁹ "*Şayet borçlu, darlık içinde ise, ödeme imkanına kavuşuncaya kadar ona mühlet verin; eğer gerçekleri anlarsanız, bir karşılık beklemeden borcu tamamen silmek sizin için daha hayırlıdır.*"⁴⁷⁰ Peygamber Efendimiz de "*Her kimi, Allah'ın kendisini, kıyâmet gününün dehşetinden kurtarması memnun ederse, dardakine nefes aldırın, yahut alacağını ona bağışlasın*"⁴⁷¹ buyurmuştur.

Şu halde borçlunun tasarrufları ele alınırken, öncelikle borçlunun ödeme imkanına sahip olup olmadığı tespit edilecektir.

a. Ödeme İmkanından Yoksun Bulunan Borçlu

Yukarıdaki âyet ve hadisin açık delâletiyle *borçlunun ödeme imkanından yoksun bulunduğu mahkeme soruşturmasıyla anlaşılması durumunda alacaklılar, alacaklarını talep edemezler, borçluyu izleyemez, takib edemezler.* Borcunu ödemesi için ondan, ücretle çalışmasını isteyemezler, borca karşılık olmak üzere kendi işlerinde çalıştıramazlar. *Bu durumdaki borçlunun hapsedilmesi ise asla caiz değildir.* Çünkü *borçlunun hapsedilmesi, ya borcu ödeme imkanından yoksun (usret) bulunduğu tepsiti, yani mal beyanında bulunmasını ya da borcun ödenmesini temin amacına dönüktür.* Şu halde borçlunun darlık içinde olduğunun anlaşılması halinde hapisle gerçekleştirilmesi beklenen bir amaç yoktur.⁴⁷² Diğer yandan muhaddis **Hattâbî** (388/998), şöyle bir çıkarımla bu sonuca ulaşmaktadır:⁴⁷³ "*Ödeme gücü bulunan bir kimsenin, borcunu ifa etmeyip geciktirmesi zulüm ve haksızlıktır;*

⁴⁶⁵ Bakara 2/245. Ayrıca bkz. Mâide 5/12; Hadîd 57/11; Teğâbun 64/17; Müzzemmil 73/20.

⁴⁶⁶ Bakara 2/245; Mâide 5/12; Hadîd 57/11,18; Teğâbun 64/17.

⁴⁶⁷ Bakara 2/280. *وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون.*

⁴⁶⁸ Tevbe 9/60.

⁴⁶⁹ İbn Atiyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, II,493; Şenkîti, *el-Mevâhibu'l-celîl*, III,370.

⁴⁷⁰ Bakara 2/280.

⁴⁷¹ Müslim, "Müsâkât", 32. *من سره أن ينقيه الله من كرب يوم القيامة، فليئس عن معسر أو يرضع عنه.*

⁴⁷² Şâfiî, *el-Üm*, III,232; Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,280; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,290,291; Karâfi, *ez-Zehîra*, VIII,159; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXX,25; Yaran, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, 107,208.

⁴⁷³ Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, III,56.

bu davranış, kınanmasını ve cezalandırılmasını helâl kılar⁴⁷⁴ hadisinin mefhûm-ı muhâlifî, darlık içindeki borçlunun zâlim olmadığını göstermektedir. Halbuki hapis bir cezadır; zâlim olmayanın cezalandırılması ise caiz değildir. **Hattâbî**'nin bu çıkarımının tam tersi bir çıkarımı Hanefî hukukçulardan **Cassâs** (370/980), imkanı olmasına rağmen borcunu geciktirenler hakkında yapmaktadır. Yüce Allah, "Şayet borçlu, darlık içinde ise, ödeme imkanına kavuşuncaya kadar ona mühlet verin"⁴⁷⁵ buyuruyor. Bu âyet, aynı zamanda ödeme imkanı olan borçlunun, borcunu geciktirmesinin zulüm olduğunu gösterir.⁴⁷⁶

b. Mütemerrid Borçlu

Ödeme imkanından yoksun bulunan borçlu için durum böyle olmakla birlikte, *borcunu oyalayan zengin borçluyu, alacaklıların her türlü takip hakları vardır. Hatta borcunu ödemesi için sözlü tacizde de bulunabilirler.*⁴⁷⁷ Nitekim İslâm hukukçuları, "Alacaklının borçlu üzerinde, borç ödeninceye kadar hakimiyeti vardır"⁴⁷⁸; "Hak sahibinin sözlü ve fillî müdahale yetkisi vardır"⁴⁷⁹ şeklindeki hadisin ödeme imkanı bulunmasına rağmen borcunu oyalayanlar (mütemerrid borçlu) hakkında söz konusu olduğunu söylemişlerdir.⁴⁸⁰

Günümüz hukuk dilinde "temerrüd" kavramıyla ifade edilen ve ifaya muktedir olunan muaccel bir borcun, alacaklının talebi ve ifayı kabule hazır olmasına rağmen zamanında ifa edilmemesi⁴⁸¹ durumuyla ilgili olarak, bir yaptırım olmak üzere *İslâm hukukunda hapis ve hacir müesseseleri öngörülmüştür.* Dolayısıyla borçlunun, borcunun tamamını ya da bir kısmını ödeyecek kadar malı olmasına rağmen, alacaklılarını zarara sokmak amacıyla veya zarar verme amacı olmamakla birlikte kendisi daha fazla kâr sağlamak gayesi ile borcunu ödemez veya geciktirirse, alacaklıların hacir talebiyle hâkime başvurularının caiz olduğu hususunda İslâm hukukçuları arasında ittifak vardır.⁴⁸² Şu halde bir borçlunun mütemerrid sayılabilmesi için; borcun muaccel olması, borcun ifasının mümkün olması, borçlunun ifaya kadir olması, ifanın talep edilmesi, alacaklının edimi kabule hazır olması gerekmektedir.⁴⁸³

Bu şartlardaki bir borçlu için alacaklıların mahkemeye başvurabilecekleri hususunda görüş birliği olmakla birlikte, hâkimin, bu talep üzerine nasıl bir karar verebileceği hususunda aynı şekilde bir ittifaktan söz etme imkanı bulunmamaktadır.

aa. Mütemerrid Borçlunun Hapsedilmesi

Zâhiriyye mezhebine göre, bir kişinin borç sebebiyle hapsedilmesi asla caiz değildir. Çünkü ne *Kur'ân*'da ne de *Sünnet*'te hapsi öngören herhangi bir nass bulunmaktadır. Hz. *Peygamber* de asla hapis uygulamamıştır. Öte yandan **İbn Hazm** (456/1064), hapsi bizzat

⁴⁷⁴ Buhârî, "İstikrâz", 13; Ebu Dâvud, "Buyû", 10. لي الواحد ظلم، يحل عرضه وعقرته.

⁴⁷⁵ Bakara 2/280.

⁴⁷⁶ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II,195.

⁴⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,292-293; Yaran, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, 208.

⁴⁷⁸ İbn Mâce, "Sadakât", 17. إن لصاحب الدين له سلطان على صاحبه حتى يقضيه.

⁴⁷⁹ Dârakutnî, es-Sünen, IV,232. إن لصاحب الحق اليد واللسان. Benzer rivayetler ve sıhhat değerlendirmesi için bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV,166.

⁴⁸⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,293.

⁴⁸¹ Buna göre borçlunun temerrüdü, ifaya muktedir borçlunun, muaccel ve ifası mümkün borcunu, alacaklı talep ettiği ve ifayı kabule hazır olduğu halde zamanında ifa etmemesidir. Bkz. Yaran, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, 63. Bu husus İslâm hukuku kaynaklarında "mumâtele" kelimesiyle ifade edilir ve mumâtele, borcu, borcun vadesini bugün yarın diye uzatıp tehire bırakmaktır. Böyle hareket eden bir borçluya medyûn-ı mumâtil denir. Borcunu edaya muktedir olduğu halde tehir edip duran kimse demektir. Bkz. Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*, VII,269.

⁴⁸² Hatîb, *el-Hacr*, 164.

⁴⁸³ Yaran, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, 99-110.

Yüce Allah'ın yasakladığını söylemektedir. Zira *Kur'ân*'da "Yeryüzünü size boyun eğdiren O'dur. Öyleyse onun her tarafını dolaşın ve Allah'ın verdiği rızıktan pay almaya çalışın. Ama hiçbir an aklınızdan çıkarmayın ki yine O'na döneceksiniz."⁴⁸⁴ Dolayısıyla borçlunun hapsedilmesi onu, yeryüzünde gezip rızık aramaktan, cemaatle namazlarını eda etmekten ve Cuma namazı kılma gibi farz ibadetlerden alıkoymaktadır. Şu halde borçlu hapsedilemez, ancak çalışıp kazanmak suretiyle borçlarını ödemesi istenir.⁴⁸⁵

Zâhirî hukukçu **İbn Hazm**, temelde meseleyi bu şekilde vazetmekle birlikte, borcun kaynağını dikkate almak suretiyle belirli durumlarda hapis uygulamasını da kabul etmektedir. Şayet borç, satım ya da karz gibi işlemlerden kaynaklanmış ve kişinin borcu ödeyecek kadar da malı yoksa, gerçekten darlık içinde olduğu anlaşılıncaya kadar borçlu hapsedilir. Hatta ödeme imkanından yoksun bulunduğunu ispatlamak üzere şahit getirmek amacıyla dışarı çıkmasına da izin verilmez. Ayrıca alacaklıların bu durumdaki borçluyu her türlü takip hakları vardır. Şayet darlık içinde olduğu anlaşılırsa, gizli herhangi bir malının olmadığına dair yemin ettirmek suretiyle serbest bırakılır.⁴⁸⁶

İbn Hazm, bu hükmün gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: Karz ya da alım-satım gibi sebeplere dayalı borçlanmalar, borçlunun esasen malının bulunduğunu gösterir. Dolayısıyla bir kere malının mevcut olduğu sabit olunca, artık bu maldan borcunu ödemesi gerekir. Fakat malın telef alduğunu iddia etmesi durumunda "*Delil getirme iddia edene düşer*"⁴⁸⁷ hadisi gereği bu iddiasını ispatlaması gerekir.⁴⁸⁸

Genel olarak borç sebebiyle hapis uygulamasını kabul etmeyen ve bunun *Kur'ân* ve *Sünnet*'ten herhangi bir mesnedinin bulunmadığını söyleyerek muarızlarını ağır şekilde eleştiren **İbn Hazm** (456/1064)'ın, karz ya da satımdan kaynaklanan borçlarla ilgili olarak hapisten söz ederken, kendisinin de herhangi bir nassa dayanmaması ve görüşünü, bu iki sebebe bağlı borçlanmalarda aslolanın, varlık/zenginlik olduğu öngörüsüyle açıklaması dikkatlerden kaçmamaktadır.

Zâhiriyye mezhebi dışındaki *cumhur İslâm hukukçularına göre ise, borcunu oyalayan şahsın, alacaklıların müracaatı üzerine hapsedilmesi caizdir ve bu hususta herhangi bir görüş ayrılığına rastlanmamaktadır.*⁴⁸⁹ *Fakat hacir konusunda cevâz ve adem-i cevâz olmak üzere iki ayrı görüş bulunmaktadır.*

bb. Mütemerred Borçlu Hakkında Hacir Kararı Alınması

İslâm hukukçularının bir kısmına göre, sırf borç sebebiyle bir şahsın hacir altına alınması caiz değildir. Zira reşid bir kişinin, kişilik ve şahsiyetinin korunması, alacaklıların hakkını korumaya göre daha önemli ve üstündür. Diğer bir ifadeyle *hacir kararıyla bireyin şahsiyet bakımından maruz kaldığı zarar, alacaklıların olası maddî zararlarına göre çok daha büyüktür. Malî bir hak ile şahsiyet hakkının karşılaştırılması doğru bile değildir.* Dolayısıyla hâkimin, reşid kişiler üzerinde velâyet hakkı bulunmamaktadır. Hâkim, alacaklıların

⁴⁸⁴ Mülk 67/15.

⁴⁸⁵ Borçlunun hapsedilemeyeceği hususunda Zâhiriyye mezhebinin görüş ve delilleri için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI,475 vd.

⁴⁸⁶ İbn Hazm, a.g.e., VI,480.

⁴⁸⁷ Buhârî, "Rehin", 6; Tirmizî, "Ahkâm", 12; İbn Mâce, "Ahkâm", 7. البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه.

⁴⁸⁸ İbn Hazm, a.g.e., VI,481.

⁴⁸⁹ Çağdaş İslâm hukukçularından Muhammed Fethî ed-Dirîni, gerek Hz. Peygamber'in ve gerekse Râşid Halîfeler'in, borcu sebebiyle hiç kimseyi hapsedmediğini; borç ilişkileriyle ilgili âyetlerde de borçlunun şahsı üzerinde alacaklıların yetki ve sultanının bulunduğu dair herhangi bir delâlet bulunmadığını söylemektedir. Bkz. *et-Teassûf*, 97. Hz. Peygamber'in Cüheyne'li bir şahsı, borcunu ödeyinceye kadar hapsedtiği gibi bilgiler (Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV,165) Dirîni'nin iddiasını doğrulamamaktadır. Kaldı ki İslâm hukukçularının borç sebebiyle hapisten ya da hacrdan söz ederken, genel anlamda maslahat düşüncesinden hareket ettikleri görülmektedir.

müracaatı üzerine borçluyu, yalnızca borcunu ödemeye zorlayabilir; ödeme imkanı olmasına rağmen ödemeyi geciktirme ve iflâs durumunda ise ancak borcu ödeyinceye kadar hapsedebilir. *Âkil, bâliğ, reşid kişinin borç sebebiyle hacredilmesi ve malının hacir konularak satılması ise asla caiz değildir.* Zira bu, rızası dışında bir şahsın malını elinden almaktır ki, bunun caiz olmadığı âyetle⁴⁹⁰ sabittir. Hanefî mezhebinin kurucu imamı **Ebu Hanîfe** (150/767)'nin benimsediği bu görüşü⁴⁹¹, ahabdan bazıları⁴⁹², tabiûn devri alimlerinden **İbrahim en-Nehâî** (96/714), **Mücâhid** (103/721), **Muhammed b. Sîrîn** (110/728)⁴⁹³, **Zeyd b. Ali** (122/740)⁴⁹⁴, **Ebu Hanîfe**'nin arkadaşlarından **Züfer** (158/774)⁴⁹⁵ ve Zâhiriyye mezhebi hukukçuları⁴⁹⁶ da paylaşmaktadırlar; yani bu hukukçulara göre, borç sebebiyle hacir caiz değildir.

*Hanefîlerden İmâmeyn'ini⁴⁹⁷ de içinde bulunduğu cumhur İslâm hukukçularına göre ise, iflâs iddiasıyla ve hacir talebiyle alacaklıların müracaatı üzerine hakim mûflis hakkında hacir kararı vermesi caiz olduğu gibi, ödeme imkanı bulunmasına rağmen borcunu oyalayan şahıs hakkında da hacir kararı caizdir.*⁴⁹⁸ Nitekim Hz. Peygamber (sav), **Muaz b. Cebel**'in malları hakkında hacir uygulamış ve borçlarını ödemek için mallarını satmıştır. Satımla elde edilen paranın, alacaklılar arasında dağıtım sonucu her alacaklı, ancak alacağının yedide beşini (5/7) tahsil edebilmişti.⁴⁹⁹ Diğer bir rivayete göre **Muaz b. Cebel** oldukça cömert bir delikanlıydı, elinde bir şey bulundurmaz, isteyen geri çevirmezdi. İşte bu özelliği dolayısıyla sürekli borçlanırdı. Derken malları borçlarını karşılayamayacak bir hal alınca Hz. Peygamber'e gelip alacaklılarla konuşmasını istedi.⁵⁰⁰

Görüldüğü gibi *Rasûl-i Ekrem*, **Muaz**'la ilgili olarak hacir kararı almış ve mallarını satmıştır. Aynı şekilde *Rasûl-i Ekrem*, ticarî bir muamele sonucu zarar eden ve borca batık hale gelen şahıs hakkında, alacaklılarının isteği üzerine iflâs kararı vermiştir. Daha sonra mûflis borçlunun malları satılmış, ancak satımla elde edilen para borçları ödemeye kafi gelmemiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber alacaklılara; *"Ne bulursanız onu alın, size bundan başka bir şey yok"* buyurmuştur.⁵⁰¹

Diğer yandan **Hz. Ömer**'in de borç sebebiyle hacir uyguladığı ve buna ahabdan kimsenin itirazda bulunmadığı bilinmektedir. **Hz. Ömer**, alacaklıların isteği üzerine, *Cüheyne* kabilesine mensup **Üseyfi** adında bir şahsın iflâsına karar vermiş ve iflâs kararını halka şu şekilde ilan etmiştir: *"Ey insanlar! Borçtan sakınıniz; çünkü borcun ewveli üzüntü, sonu ise kavgadır. Cüheyneli Üseyfi, sonucunu düşünmeksizin ve bedelini ödemededen veresiye alış-*

⁴⁹⁰ "Ey iman edenler! Aranızda karşılıklı nızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı bâtil ve haram yollarla yemeyin..." Nisâ 4/29.

⁴⁹¹ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II,196; a.mlf., *Muhtasar ihtilâfu'l-ulemâ*, III,395-396; Serahsî, *el-Mebsût*, XX,89-90, XXIV,163; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; Merğînânî, *el-Hidâye*, III,104,279; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,522; Ebu Zehra, *Ebu Hanîfe*, 458.

⁴⁹² Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,140 vd.; Sâlih, *el-İflâs*, 72.

⁴⁹³ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,489.

⁴⁹⁴ Hatîb, *el-Hacr*,189; Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 157.

⁴⁹⁵ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169.

⁴⁹⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,140 vd.

⁴⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV,163; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,522.

⁴⁹⁸ Bkz. Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebir*, VI,265 vd.; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, II,113; a.mlf., *et-Tenbîh*,292; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,283-284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,363vd.; Karâfî, *ez-Zehira*, VIII,160 vd.; Zerkeşi, *Şerhu'z-Zerkeşi*, IV,80; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,99; Şevkânî, *es-Seylû'l-cerrâr*, IV,250,252; Sâlih, *el-İflâs*, 79 vd. Borç sebebiyle hacri kabul eden ve etmeyenlerin delilleri ve tartışması için bkz. Sâlih, *el-İflâs*,63-79; Hatîb, *el-Hacr*, 56-60; Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 371 vd.

⁴⁹⁹ Dârekutnî, *es-Sünen*, IV,230-231; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI,48.

⁵⁰⁰ A.g.e., a.y. Ayrıca bkz. Şeltût-Sâyis, *Mukâranetü'l-mezâhib*, 146.

⁵⁰¹ Müslim, "Müsâkât", 4.

veriş yaptı ve sonunda borca batık bir hale düştü. Haberiniz olsun, ben onun mallarını borçları karşılığında satıp, satış sonucu elde edilecek paraları alacaklılara, alacakları oranında dağıtacağım. Kimin ondan alacağı varsa, sabahleyin gelsin ve paralarının dağıtımına iştirak etsin.⁵⁰²

Bütün bunlara ilaveten, alacaklıların hakkını koruma ve muhtemel kötüye kullanımların önünü alma bakımından da borçlunun hacredilmesinde yarar (maslahat) vardır. Yani bu hususta herhangi bir nas olmasaydı bile, maslahat ilkesi gereği borçlunun hacredilmesinin caiz olduğunu söyleyebilirdik. Nitekim tâbiûn döneminin önde gelen âlimlerinden **Şa'bi** (104/722), meseleye bu açıdan bakmakta ve "Borç için hapiste hayat vardır" vecizesi hakkında şunları söylemektedir: "Ben, borcunu ödemekten imtina eden borçluyu hapsetmediğim taktirde, alacaklının hakkını korumuş olmam. Çünkü borçlular, hâkimlerin borçluları hapsetmediklerini öğrendikleri zaman, borçlarını ifaya koşmazlar, yani bu konuda gayret sarfetmezler. Dolayısıyla borç için hapis müessesesini kabul edip uygulamayan hâkimler, alacaklıların haklarının kaybolmasına zemin hazırlamış olurlar."⁵⁰³

Şu halde borç sebebiyle bir kişi hakkında hacir kararı almaktan maksat, bir taraftan borçluyu, borcunu ödemeye zorlamak, diğer yandan da hileli iflâsa sapmaktan alıkoymaktır.⁵⁰⁴

Hanefî mezhebinin görüşlerinin kanunlaştırılması olan *Mecelle*'de, bu mesele düzenlenirken imameynin görüşü tercih edilmiştir. "Medyûnun kudreti varken deyninin edâsında mumâtele eylediği nezd-i hâkimde zâhir olup da dâinleri dahi malı satılarak deyninin te'diyesini hâkimden talep ettiklerinde hâkim anı hacir eder. Ve kendisi malını satıp da deynini 'ifadan imtina' ettiği taktirde hâkim anın malını satıp deynini te'diye eyler."⁵⁰⁵

Mütemerrid borçlu hakkında alacaklıların talebi üzerine hacir kararı alınabileceği görüşünde olan cumhur İslâm hukukçularına göre, bu işlemin amacı, alacaklıların mağduriyetini giderme ve borçlunun tasarruflarından zarar görmemelerini temindir. Zira borçlu, zararına ya da hileli satış, hibe, ikrar gibi işlemlerde bulunarak alacaklıları zarara sokabilir.⁵⁰⁶

Borç sebebiyle bir şahıs hakkında mahkemenin verdiği *hacir kararı, küllî (borçlunun bütün mallarında tasarruftan alıkonması) ya da cüz'î (belirli mallarında tasarruftan menedilmesi) hacir şeklinde olabilir.* Hacrin niteliğine göre borçlu, hacra konu mallarında borcunu ödeyinceye kadar tasarrufta bulunamaz. Alacaklıların talebi ve yargılama sürecinin nihayete ermesi üzerine hâkim, hacir müessesesinin amacını ve borcun miktarını dikkate almak suretiyle küllî ya da cüz'î hacre hükmeder. Bu çerçevede hâkim, takdir yetkisine sahiptir.⁵⁰⁷

Şu halde alacaklıların hacir talebiyle mahkemeye müracaat ettiği mütemerrid borçlu hakkında, söz konusu iddianın doğruluğunun mahkemece de tespit edilmesi halinde, hâkim hacir kararı verir. Ancak ödeme imkanı olmasına rağmen borcunu geciktiren borçlu da olsa, bir kişi hakkında hacir kararı verilebilmesi için, hak sahiblerinin (alacaklıların) böyle bir taleble mahkemeye müracatı gerekir. Yoksa *hakim re'sen hacir kararı veremez.* Çünkü

⁵⁰² Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV,164; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,283. Krş. Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 156,372.

⁵⁰³ Atar, a.g.e., 45 (İbn Mâze, *Şerh Edebi'l-Kâdi*, II,355-356).

⁵⁰⁴ Atar, a.g.e., 158.

⁵⁰⁵ *Mecelle*, md.998.

⁵⁰⁶ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, III,27.

⁵⁰⁷ Şevkânî, *es-Seyiü'l-cerrâr*, IV,250,252; Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 203-204.

hakimin, reşid kişiler üzerinde böyle bir velâyet hakkı bulunmamaktadır.⁵⁰⁸ Dolayısıyla hacir kararı alınmadan önce borçlunun ve hatta müflisin her türlü malî tasarrufu geçerlidir.⁵⁰⁹ Kaldı ki *hacrin amacı, alacaklıların zarar görmemesini temindir.*⁵¹⁰ *Mecelle'de* de sağır, mecnûn ve ma'tûh zaten mahcûrdur (md.957) denilirken, borçlu için, "*Medyun dahi guremanın talebi ile hâkim tarafından hacir olunur*" (md.959) denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

Bir grup insanın, alacaklılarının bulunduğu bir kişi için hacir kararı verilmesi talebiyle mahkemeye müracaat etmesi halinde, yargılama usûlü bakımından İslâm hukukçuları prensip itibariyle davacıların sözüne öncelik vermişlerdir. Yani iddia edildiği gibi bir borcun varlığı tespit edildikten sonra davalı (borçlu), darlık içinde bulunduğu için borçlarını ödeyemediğini delille ispat edinceye kadar alacaklıların sözü dikkate alınır ve borçlu hapsedilir. Hatta **İmâm Mâlik** (179/795)'ten, nefyi ispat olduğu gerekçesiyle ödeme imkanından yoksun bulunma (i'sâr) lehindeki delillerin dikkate alınmayacağı şeklinde bir görüş de nakledilmektedir.⁵¹¹ Zira Mâlikî hukukçulara göre, borçlu için aslolan ödeme imkanına sahip değildir (varlık, zenginlik). Bu hususta borçlunun mevcut hali ve borcun kaynağı itibara alınmaz.⁵¹²

Bu meseleyi Şâfiî hukukçu **İbn Abdisselâm** (660/1262), değişik durumlara göre ayrı ayrı ele alarak incelemekte ve her durumun hükmünü beyan etmektedir. Buna göre;⁵¹³

1. Borçlunun, borçlarını ödemeye yetecek kadar ya da daha fazla malının olduğu biliniyorsa, bu halin devamı esas kabul edilir ve borçlu tarafından aksi ispatlanıncaya kadar hapsedilir.

2. Borçlunun darlık içinde olup olmadığı (zengin ya da fakir olduğu) bilinmiyorsa, hapsedilip edilmeyeceğinde üç farklı görüş vardır:

Allah insanları yarattığında, hiçbir şeye sahip değildiler; binaenaleyh aslolan darlıktır (fakirlik), hapis kararı verilemez.

İnsanlar genellikle ihtiyaçlarından fazla mala sahip olurlar. Dolayısıyla bu asla binaen hapsedilir.

Borcun sübutu ikrarla sabit olmuşsa, borçlunun sözüne itibar edilir ve hapsedilmez.

3. Borçlunun malvarlığı, borç miktarından az ise, teferruata yönelik bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte, hapsedilir.

4. Darlık içinde olduğu anlaşılınca, eli genişleyinceye/ödeme imkanına kavuşuncaya kadar hapsedilemez.

Ödemeyi geciktirmek suretiyle alacaklıları mağdur eden borçlu hakkında hacir kararı alındığında, toplumun söz konusu durumdan haberdar olması ve bu şahıslarla bilmeden muamelede bulunmak suretiyle zarara maruz kalmamaları bakımından *hacir kararının, şahitler huzurunda ve aleni verilmesi gerekir.*⁵¹⁴ *Mecelle'de* (md.961) bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "*Sefîh ve medyûn hâkim tarafından hacir olundukda sebebi nâsa beyân ile işhad ve i'lân olunur.*"

⁵⁰⁸ Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,265 vd.; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,113; a.mlf., *et-Tenbîh*,292; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,265,284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,363 vd.; Şîrbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, III,99.

⁵⁰⁹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 15.

⁵¹⁰ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366. غرض الحجر منه مما يضر الترماء.

⁵¹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,291. Krş. İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,246.

⁵¹² İbn Ferhûn, *Tebziratü'l-hukkâm*, II,162.

⁵¹³ İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, I,88-89. Bu husus için ayrıca bkz. Yaran, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, 107 vd.

⁵¹⁴ Şîrâzî, *et-Tenbîh*, 292; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,265,284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366.

cc. Hacir Sonrası Malî Tasarrufları

Alacaklılarını mağdur eden mütemerrid borçlu hakkında mahkemece verilen hapis ya da hacir kararları, etkisini sırf psikolojik açıdan toplumsal bir baskıya ya da itibar kaybına uğrama şeklinde göstermemekte, aynı zamanda hakkında hacir kararı alındığı andan itibaren malî tasarruflarının hukuken sınırlandırılmış olmasıyla da göstermektedir. Yani hacir kararı öncesi borçlunun malî tasarrufları, diğer insanlar gibi genel hukuk denetimine tabi iken, hacir sonrası oldukça farklı bir boyut kazanmakta, tasarrufları ya hiç geçerli kabul edilmemekte ya da geçerliliği başkalarının kabulüne (icâzet) bağlı kılınmaktadır. Esasen borç sebebiyle hacrin amacı dikkate alındığında bu tür bir hukukî sınırlama zaten zorunludur. Zira böyle bir sınırlama olmayıp, borcunu oyalayan şahsın her türlü tasarruflarının serbest ve geçerli olduğunu söylemek, alacaklıların hakkını hukukî himayeden mahrum etme ve heder olmayla karşı karşıya bırakmak demektir.⁵¹⁵ Bu durumda, asıl amacı alacaklıların hakkını koruma ve zarar görmemesini temin olan hacir uygulaması da anlamsız olurdu.

İslâm hukukçularının borçlunun hacri meselesine amaç ve hukukî yansımalar bakımından temel yaklaşımları bu şekilde olmakla birlikte, *hacir kararı sonrası borçlunun malî tasarruflarının mutlak batıl mı, yoksa alacaklıların ya da hâkimin kabulüne mi bağlı olduğu* hususunda farklı görüşlere sahip olduklarını görmekteyiz. Bu konuyla ilgili İslâm hukukçularının görüş ve yaklaşımlarına geçmeden önce hemen şunu ifade edelim ki, *hacir hakkında mahkemece hacir kararı verilmiş bir borçlunun, hacir kararı sonrası, alacaklıların hakkının olumsuz etkileneceği bir tasarrufta bulunması, onun zarar kasdı taşıdığı/kötü niyetli olduğunu gösterir*. Zira bu tasarrufun alacaklıların zararına sebebiyet vereceğini bilmektedir. Dolayısıyla bu kötü niyetine uygun muamele görür, yani tasarrufu geçersiz kabul edilir.⁵¹⁶

İslâm hukukçularının bir kısmına göre, borçlunun hacir kararı sonrası malî tasarrufları geçerli değildir, hiçbir sonuç doğurmaz (batıl).⁵¹⁷ Buna mukabil bazı İslâm hukukçularına göre ise, borçlunun hacir kararı sonrası tasarruflarının geçerliliği, alacaklıların kabulüne bağlıdır.⁵¹⁸ Alacaklılar, borçlunun tasarrufunun geçerlik kazanmasını kendi yararlarına görürlerse kabul ederler, böyle bir maslahat görmezlerse reddederler. İslâm hukuk mekteplerinden Hanbelî mezhebi, sahih olan görüşe göre Şâfiîler⁵¹⁹ ile bir görüşe göre İmâmiyye, borçlunun hacir sonrası tasarruflarının batıl; Mâlikî mezhebi hukukçuları, **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **İmâm Muhammed** (189/805)'in başını çektiği borç sebebiyle hacri kabul eden Hanefîler, diğer bir görüşe göre Şâfiîler ve İmâmiyye ile Zeydiyye ise, mevkûf görüşünü benimsemektedir.⁵²⁰

Borcunu oyalayanlarla ilgili müeyyidelerin amacını tam olarak gerçekleştirebilmesi, benzer davranışlardan sakınma konusunda zecrî bir etki meydana getirebilmesi ve alacaklıların hakkını koruma noktasında ihtiyat bakımından butlân görüşü her halde daha

⁵¹⁵ Gazzâlî, *el-Vasît*, IV,9.

⁵¹⁶ Hatîb, *el-Hacr*, 561.

⁵¹⁷ Şîrâzî, *et-Tenbîh*, 292; Gazzâlî, *el-Vasît*, IV,9; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366; Karâfî, *el-Furûk*, III,381; a.mlf., *ez-Zehîra*, VIII,160; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,80; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,99; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV,315; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV,429.

⁵¹⁸ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,284; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV,429; Muslih, *Kukûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 365-366; Hatîb, *el-Hacr*, 562 vd.

⁵¹⁹ Şâfiî hukukçulardan Nevevî, müflisin tasarruflarının alacaklıların kabulüne bağlı (mevkûf) olduğunu söyleyenler olmakla birlikte, sahih olanın, tasarrufa konu malların aynına alacaklıların hakkının tealluk etmesi sebebiyle batıl olmasıdır, der. Bkz. *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366-367. Bu mesele için ayrıca bkz. Şâfiî, *el-Üm*, III,240.

⁵²⁰ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, III,240; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,283-284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366-367; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV,429; Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, IV,250,252; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, V,99; Muslih, *Kukûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 365-366; Hatîb, *el-Hacr*, 563.

isabetlidir. Ancak bu hüküm, borçlunun her türlü malî tasarrufu için söz konusu değildir. Bu meselede borçlu için sözü edilen hacir uygulamasının, belirli bir maslahatın tahakkuku amacına yönelik olduğunu dikkatten uzak tutmamak gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle *borçlunun hacri, alacaklılar yararına olup, haklarıyla sınırlıdır*. Şu halde alacaklıların zarar görmesinin söz konusu olmadığı tasarruflar için, sırf hacir gerekçesiyle sınırlamadan söz edilemez. Binaenaleyh borcunu oyalayan şahsın bir kısım malî tasarrufları hukuken sınırlandırılmıştır ki, bunlar da alacaklıların zarar görebileceği tasarruflardır.⁵²¹

Sonuç itibariyle mahcûr borçlunun malındaki bir tasarrufunun geçerli olup olmadığı hususunda İslâm hukukunda kabul edilen *genel ölçü, alacaklıların zarar görüp görmemesidir*. Şayet alacaklılar zarar görüyorsa, tasarruf geçersiz, aksi takdirde geçerlidir.⁵²²

Borç sebebiyle hacri benimseyen cumhur İslâm hukukçuları, hacir sonrası borçlunun tasarrufları konusunda genel ölçüyü bu şekilde belirlemekle birlikte, uygulamada ne tür tasarrufların bu kapsama dahil edileceği hususunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler dışındaki cumhur İslâm hukukçularına göre, hacir kararının amacını en üst seviyede gerçekleştirebilmesi, hakların hukukî güvence altına alınıp heder olmaktan korunması bakımından ihtiyatla hareket edilmeli ve öngörülen hukukî sınırlamaların, mahcûr borçlunun zararsız temlikî işlemlerini de kapsamaması gerekmektedir. Yani mahcûr borçlunun, mevcut malvarlığına yönelik herhangi bir tasarrufundan, bir şekilde alacaklıların zarar görmesinden endişe duyulan her yerde, hacir hükümleri işletilecek ve ilgili tasarruf hukuken sınırlandırılacaktır.⁵²³

Borç sebebiyle hacri kabul eden Hanefî hukukçulara göre ise, mahcûr borçlunun, sırf alacaklıların doğrudan zarar gördüğü tasarrufları hukukî sınırlamaya tabidir. Dolayısıyla borçlunun zararsız temlikî akidleri geçerlidir. Çünkü bu tür işlemlerin alacaklılara zararı dokunmamaktadır.⁵²⁴

Şu halde borçlunun hibe, hediyeye, sadaka gibi teberrûları; alacağın ibrâsı ve vakıf gibi iskatları; hileli ya da zararına satım veya töhmetin söz konusu olabileceği kişilerle (eş, çocuklar, yakın akraba ve dostlar gibi) yaptığı temlikî işlemler; mal ikrarları borç sebebiyle hacri kabul eden İslâm hukukçularına göre, alacaklılar lehine sınırlandırılmış bulunmaktadır. Aynı sınırlama zararlı ve hileli temlikî akidler için de ittifakla geçerlidir. Zararsız temlikî akidler ise, Hanefîlere göre herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmazken, cumhur İslâm hukukçularına göre ihtiyat gereği bu tür işlemler de hukukî sınırlamaya tabidir.

Borcunu oyalayan şahsın tasarruflarından alacaklıların olumsuz etkilenmemesi bakımından ihtiyat gereği borçlunun, zararına olmasa bile bedelli temlikî işlemlerinin de, hukuken öngörülen tasarruf sınırlamaları kapsamında mütalaa edilmesi kanaatimizce biraz aşırı hassasiyetin sonucudur. Piyasa şartlarında yapılmış temlikî işlemlerden alacaklıların herhangi bir şekilde olumsuz etkilenmesinden söz etmek herhalde mümkün değildir. Kaldı ki son noktada hâkim de, alacaklıların hakkını ifa amacıyla borcunu oyalayan şahsın mallarını satacaktır. Şu halde piyasa fiyatından olmak kaydıyla hâkimin satışı ile mahcûr borçlunun bizzat kendisinin yaptığı satım arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Elbette ki hâkimin satışı, sırf borçların ödenmesi amacına yönelik iken, borçlu başka amaçlarla da satım muamelesinde bulunabilir. İşte bu noktada borçlunun temlikî işlemlerinden alacaklıların bir şekilde zarar görmesinin muhtemel olduğundan söz edilebilir. Bu tür sakıncaları bertaraf etmek ve hâkimin satışında olduğu gibi, satım bedelinin aynı amaçla kullanılmasını sağlamak

⁵²¹ Hatib, a.g.e., 57-58,163.

⁵²² Hatib, a.g.e., 509.

⁵²³ Hatib, a.g.e., 510-511.

⁵²⁴ Bkz. Hatib, a.g.e., 510-511.

ve böylece söz konusu işlemde alacaklıların olumsuz etkilenmemesini temin bakımından bazı önlemler düşünülebilir. Söz gelimi satım bedelinin borçlu tarafından kullanılması ya da onda tasarruf yetkisi sınırlandırılabilir ve bu noktada alacaklılara takip hakkı tanınabilir. Aynı şekilde temlikî işlem öncesi alacaklıların muvâfakatının alınması şartı aranabilir. Böylece bir taraftan esasen reşid olan mahcûr borçlu, kendi mülkünde tasarruf yetkisini kullanma imkanı bulmuş, diğer yandan da alacaklıların bu yetkinin kullanımından zarar görmesinin önü alınmış olur.

dd. Mallarının Satımı

Hapsine hükmedilip hakkında hacir kararı alınan borçludan, borçlarını ödemesi ve gerekiyorsa mallarını satmak suretiyle bu işi ifa etmesi istenir. Ancak makul bir süre geçmesine rağmen borçlu, kendi serbest irâdesiyle borçlarını ödemezse *hâkim, borçlunun mallarını en küçüklerinden başlamak üzere borçlarını karşılayacak seviyeye ulaşıncaya kadar satar*. Ancak **Ebu Hanîfe** borçluluk sebebiyle hacri kabul etmediği gibi, hâkimin borçlunun mallarını satmasını da kabul etmez.⁵²⁵ Öte yandan Mâlikî hukukçular, hâkimin, müflis mahcûr borçlunun mallarını satarak borçlarını ödemesinin caiz olduğunu, ancak bu şekilde olmayan borçlunun mallarını satmasının caiz olmadığını, fakat borcu ödeyinceye kadar hapsedebileceğini söylemektedirler. Zira müflisin, mallarında tasarruf yetkisi elinden alınmıştır, fakat borçlu için aynı durum söz konusu değildir.⁵²⁶

Mahcûr borçlunun mallarının, alacaklıların hakkını ödeme amacıyla hâkim tarafından satılması, aslında sözleşme/akid serbestisinin sınırlandırılması demektir. Zira sözleşme serbestisi, bir taraftan in'ikad serbestisini, yani ferdin akid yapıp yapmamakta ve karşı tarafı seçmekte serbest olduğunu, diğer taraftan muhtevayı tayinde serbestliği, yani düzenleme (tanzim) serbestisini ifade eder.⁵²⁷ İslâm hukuku in'ikad serbestisi konusunda geniş bir irade hürriyeti⁵²⁸ tanımakla, bireylerin iradesine üstünlük vermekle birlikte; adâlet kaideleri ve kamu yararı sebebiyle bazı istisnalar da getirmiştir. İşte borcunu oyalamak suretiyle alacaklılarını madur edenlerin, mallarının satılarak borçlarının kapatılması da adâlet ilkeleri gereği in'ikad serbestisinin sınırlandırıldığı haller arasında yer almaktadır.⁵²⁹

Hâkim, borcunu oyalayan şahsın mallarını satmaya karar verdiğinde, *satım esnasında hem borçlu hem de alacaklılar hazır bulundurulmalıdır*. Malın gerçek değerinden satıldığını, kimsenin kayırılmadığını bizzat görmeleri ve böylece ithama açık bir alan bırakılmayıp kalplerde olası şüphelerin bertaraf edilerek iç huzurunun sağlanması bakımından bu durum son derece önemlidir.⁵³⁰

Diğer yandan borçlunun mallarının satıma arz edilmesi esnasında, borçlu bakımından en küçük mallardan başlanmalı, satım işlemi, borcu ödemeye yetecek seviyeye ulaşıncaya da durdurulmalıdır. "... medyûn hakkında bey'i ehven olandan bed' ile sonra da bu tertib üzere

⁵²⁵ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,522-524.

⁵²⁶ İbn Ferhûn, *Tebziratü'l-hukkâm*, II,162.

⁵²⁷ Erman, "Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", 603; Dönmez, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidî Görüş", 152.

⁵²⁸ Nisâ Süresi'nin 29. âyeti karşılıklı malî muamelelerin temelini "nzâ" prensibi olduğunu kesin bir şekilde ortaya koymuştur: "Ey iman edenler! Karşılıklı nzaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı, haksız ve haram yollarla (bâtil) aranızda alıp vererek yemeyin. Ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah sizi esirgeyecektir."

⁵²⁹ Bkz. İbn Kayyım, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 245; Suyûtî, *el-Eşbâh*, 453; Şelebî, *el-Medhal*, 403 vd.

⁵³⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,286. أطيب لغوهم وأبعد من التهمة

*ehveni takdim ederek ibtida nukûdundan başlayıp vefa etmezse uruzunu ve uruzu dahi vefa etmezse akarını satar.*⁵³¹

Borçların ödenmesi amacıyla mütemerrid borçlunun mallarının satımı meselesi İslâm hukuk doktrininde bu şekilde ele alınmış olmakla birlikte, öncelikle satışa sunulacak mallarının tespitinin bilirkşi marifetiyle yapılması daha doğru olur. Zira ekonomik değer itibarıyla küçük görülen bazı mallar borçlu bakımından çok önemli/lüzumlu olabilir. Ayrıca bu tür malların satışıyla borcun karşılanabilmesi için çok miktarda malın satılması da gerekebilir. Halbuki borcu karşılayacak nitelikte ve borçlu açısından daha az lüzumlu bir malın satışı pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla satışa mutlaka küçük mallardan başlanması gibi bir zorunluluktan söz edilmeyecek, borçlu ve alacaklılar bakımından maslahata en uygun olan kalemler bilirkşi tarafından belirlenecektir.

Görüldüğü gibi *borcunu oyalayan mahcûr şahısların mallarının satımı esnasında, borçlunun maslahatı ön planda tutulmaktadır.*⁵³² Bunun bir gereği olarak borçlunun, şayet bir meslek sahibi ise, mesleği için zarurî olan şeyler satışa sunulmaz.⁵³³

ee. İhtiyatî Haciz

Borçluluk sebebiyle söz konusu edilebilecek tasarruf sınırlamalarından biri de, *borçlunun mallarına ihtiyatî haciz konulmasıdır. İhtiyatî haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini garanti (emniyet) altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır.*⁵³⁴ Alacağının vadesi gelmiş olan alacaklı, mahkemeye başvurduğu esnada veya dava devam ederken ihtiyatî haciz kararı verilmesini isteyebilir. Hâkim, bu istek üzerine alacaklının hakkını korumak maksadıyla ihtiyatî haciz kararı verebilir. Ancak hâkim, alacaklının mücerred isteği üzerine değil, onun serdedeceği delillere veya kuvvetli emârelere dayanarak ihtiyatî haciz kararı verebilir.⁵³⁵ Alacaklının, iddiasını ispatlaması (alacağın varlığı ve vâdenin geldiği) halinde de, ihtiyatî haciz konulmuş mallar, yetkili merci tarafından satılır ve alacaklının hakkı ödenir.⁵³⁶

Esasen ihtiyatî haciz, ihtiyatî tedbirle amaç itibarıyla aynıdır. Şu kadar var ki, ihtiyatî hacizde ihtiyaten haczedilen mallar üzerinde bir çekişme yoktur ve bu sebeple söz konusu mallar alacaklının açtığı davanın konusu değildir. Halbuki ihtiyatî tedbirde, üzerine ihtiyatî tedbir konulan mallar çekişmeli olup, dava konusudur ve hatta davanın açılma sebebidir.⁵³⁷

Şer'î hükümlerin amaç ve gayelerini konu edindiği çalışmasında **Tâhir b. Âşûr** (1394/1973), ihtiyatî tedbir ve bu kapsamda ihtiyatî haciz kararının gayesini şu şekilde açıklamaktadır: "Çekişmeli ve dolayısıyla dava konusu şeyin mahkemece alıkonulması ile, haklının hakkını elde etmesinden önce, haksız taraftan meydana gelecek zararlara engel olunur ve ihtiyatî tedbir sayesinde davacının lehine hüküm verilmesi esnasında, hakkın ona en kısa zamanda teslim edilmesi sağlanır. Çünkü bazı kötü niyetli kişiler, çekişmeli malın bir başkasına ait olduğunu iddia eder ve o malı bir başkasına verebilir. İşte dava konusu şeyin mahkemece alıkonulması ile bu mahzurlar bertaraf edilmiş olur."⁵³⁸

⁵³¹ *Mecelle*, md.998. Krş. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.164.

⁵³² Krş. Abdilber, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 310.

⁵³³ Sabbâğ, *Müzekkîra*, 5-6.

⁵³⁴ Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 203 (Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 449).

⁵³⁵ Atar, a.g.e., 203 (Zeydân, *Nizâmü'l-kazâ*, 146-148).

⁵³⁶ Atar, a.g.e., 203.

⁵³⁷ Atar, a.g.e., 203 (İbn Ferhûn, *Tebşiratü'l-hukkâm*, I,210-214; İbn Âşûr, *el-Mekâsîd*, 203)

⁵³⁸ İbn Âşûr, *el-Mekâsîd*, 203.

Alacaklının hakkını koruma amacı taşıyan ihtiyatî haciz uygulaması, muhtemel zararları giderme ve hak sahiplerinin haklarına bir an önce kavuşabilmeleri bakımından maslahat gereği olmakla birlikte, böyle bir karar alabilmek için somut bazı verilerin ya da kuvvetli emârelerin bulunması şartları hassasiyetle aranmalıdır. Aksi takdirde bir takım mücerred iddialar sonucu, kişiler kendi mülklerinde tasarruf yetkisinden mahrum bırakılmış olacaktır. Hatta bu noktada gerekli titizliğin gösterilmemesi, darlık içinde olan borçlular hakkında bile ihtiyatî haciz kararı verilmesine yol açabilir ki, bunun meşrû olmadığı ortadadır.

Bu arada ihtiyatî haciz uygulamasının, borçlunun, borcunu geciktirmesiyle bir ilgisinin bulunmadığına da dikkat edilmelidir. Belki borçlunun, böyle bir niyet taşıdığına dair somut göstergelerin bulunması durumunda iki hal arasında bir ilişkiden söz etmek mümkün olabilir. Fakat ihtiyatî haciz usulü, temelde alacağın zamanında ödenmesini temin ve hileli muamelelere meydan vermemeye bakımından ön tedbir niteliğinde bir işlemdir.

İslâm hukukunda borçluluk sebebiyle öngörülen özel mülkte tasarruf sınırlamalarını hitama erdirirken sonuç itibarıyla şunları söyleyebiliriz:

Aslında kâmil tasarruf ehliyetine sahip bir kişinin, hapsedilmesi veya hacredilmesi ve malî tasarruflarının, eksik ehliyetliler gibi muamele görmesi, borçlu açısından zararlı bir durumdur (mefsedet). Ne var ki bu tür önlemlerin alınmaması da alacaklılar bakımından zarara yol açmaktadır. Dolayısıyla hikmet sahibi Şârî, hukukî meselelerde yarar-zarar/maslahat-mefsedet dengesinin dikkate alınmasını istemiş ve maslahat itibarıyla daha üstün ya da zarar açısından daha büyük olan tarafın önceliğe sahip olmasını istemiştir. Dolayısıyla hak sahiplerine haklarını vermekten imtina edenleri buna sevk etmek ve gerekirse icbar etmek üzere hapsedme de bu tür bir üstün maslahatın sonucudur.⁵³⁹

Aynı şekilde kâmil tasarruf ehliyetine sahip bir kişi hakkında (burada ödemeye muktedir borçlu), hacir kararı verilmesi ve tasarruflarının hukukî sonuç doğurmasının nefyedilmesi veya başkalarının kabulüne bağlanması da aslında borçlu bakımından bir zarardır (mefsedet). Fakat diğer taraftan, tasarruflarının diğer kâmil tasarruf ehliyetine sahip kişiler gibi geçerli olduğunu söylemek de, alacaklılar bakımından mefselete yol açmaktadır. Çünkü bu durumda, özellikle teberrû akidleri ve zararlı temlikî işlemlerden alacaklılar olumsuz etkilenecek, alacaklarını tahsil edebilmeleri gecikecek veya zorlaşacaktır. Binaenaleyh bu iki maslahat ve mefseletin dengelenmesi bakımından borçlunun tasarrufları bazı hukukî sınırlamalara tabi kılınmıştır.⁵⁴⁰

Borçluluk sebebiyle ve üçüncü şahısların hakkını koruma amaçlı özel mülkiyet sınırlamaları anlatılırken kullanılan hacir kelimesi, teknik anlamda hacir olmayıp, sırf bu şahısların, yani alacaklıların zarar görmesi muhtemel tasarruflarının hukuken sınırlandırılması anlamında olduğuna dikkat edilmelidir. Zira daha önce de ifade edildiği gibi terim anlamıyla hacir, eksik ehliyetliler için söz konusudur. Halbuki borçlu kâmil edâ ehliyetine sahiptir. Yani buradaki hacir kelimesi, alacaklıların haklarını, borçlunun zararlı tasarruflarından koruma⁵⁴¹ anlamındadır.

Öte yandan ödeme imkanı olmasına rağmen borcunu geciktiren kişiler hakkında hapis ya da hacir kararı alınmasının, borçlunun ehliyetiyle bir ilgisinin bulunmadığı dikkatten kaçırılmamalıdır. Zira borçluluğun, ehliyetle hiçbir ilgisi yoktur; kötü niyetli de olsa borçlu halen kâmil tasarruf/edâ ehliyetine sahiptir. Buna rağmen, borcunu oyalayan şahsın malî tasarruflarının hukukî sonuç doğurma bakımından eksik ehliyetlilerin tasarrufları gibi kabul edilmesi, bu tasarruflardan alacaklıların olumsuz etkilenmemesini/zarar görmemesini

⁵³⁹ İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, I,87. حبس المنتع من دفع الحق إلى مستحقه إجماعاً إليه وحجلاً عليه.

⁵⁴⁰ İbn Abdisselâm, a.g.e., I,79,87-89; Dirîni, *et-Teassüf*, 215.

⁵⁴¹ Hatîb, *el-Hacr*, 482. الحجر نظام بحمي الغرماء من تصرفات مدنيهم الضارة بمقوقهم.

sağlama amacına yöneliktir. Yani borçlunun tasarrufları, ehliyet sebebiyle değil, fakat üçüncü şahısların hakkını koruma bakımından hukuken sınırlandırılmıştır.

Bu son iki paragraftaki açıklamalar şimde ele alınacak olan iflâs sebebiyle öngörülen mülkiyet sınırlamaları için de aynen geçerlidir.

2. Müflisin Tasarrufları

İslâm hukukunda üçüncü şahısların hakkını koruma amacıyla öngörülen özel mülkte tasarruf sınırlamalarından biri de, iflâs kararı verilmiş olan şahsın tasarruflarıdır. Nitekim konumuzun kavramsal çerçevesini oluştururken İslâm hukukunda eşya üzerindeki yetkileri, Hanbelî hukukçu **İbn Receb** (795/1393)'in tasnifinden hareketle ve bu yetkinin nitelik ve gücüne göre üç gruba ayırmış ve bunların "milk", "hukûk" ve "ibâha" yetkileri olduğunu belirtmiştik. Yine **İbn Receb** hukûk nitelikli yetkileri beş kısma ayırmakta ve bunlardan birinin de "hakku't-tealluk" olduğunu belirtmektedir. Hakku't-tealluk dediğimiz yetkide hak sahibi, nesnenin aynına da menfaatine de o anda malik değildir. Sadece herhangi bir sebeple doğmuş olan bir hakkın elde edilmesi bu nesneye bağlı kılınmıştır. İşte iflâsı ilan edilmiş şahsın malı üzerinde alacaklıların hakkı, bu tür bir haktır.⁵⁴²

İflâs kelimesi dil bakımından, boçlunun bütün malvarlığının tükenmesi ve o kimsenin borca batık hale gelmesi demektir. Kelimenin örf itibariyle de aynı şekilde anlaşıldığı görülmektedir. Fakat İslâm hukukunda iflâs⁵⁴³ terimi, örfte ve lügatte kullanılan anlamdan farklı bir mahiyet arz etmektedir.⁵⁴⁴ İslâm hukukçularına göre, *tüm malvarlığının borçları karşılamaması, diğer bir ifadeyle borçların sahip olunan maldan daha fazla olması haline iflâs, bu durumdaki şahsa da müflis denir.*⁵⁴⁵ Bu arada bazı İslâm hukukçularının tarifte alacaklıların hakkı, hakim kararı, hapis, mallarının satımı gibi unsurlara da yer verdikleri görülmektedir.⁵⁴⁶ Nitekim *Mecelle'de* de iflâs, oldukça uzun ve sözü edilen unsurları da kapsayacak şekilde tarif edilmiştir. "*Medyûn-i müflis yani düyûnu malına müsâvi yahut ezyed olup da ğuremâsi ticaretle malının zayi olmasından veyahut malını kaçırmısından veya ahârın üzerine geçirmesinden havf ile hâkime müracaat ederek malında tasarruftan yahut ahara borç ikrarından hacr olunmasını talep ettiklerinde hâkim ol kimseyi hacr eder ve emvâlini satıp esmânını beyne'l-ğuremâ taksim eyler.*"⁵⁴⁷ Bütün bunlardan hareketle **Fahrettin Atar** iflâsı şu şekilde tarif etmiştir: "*İflâs; hakim, borçlunun ödemesi gereken borçlarını ödemekten acze düşmesi sebebiyle, yani aktifinin kifayetsizliği sebebiyle onun haczi caiz olan bütün mallarını, alacaklıların menfaatine tahsis etmesidir.*"⁵⁴⁸

Görüldüğü gibi müflis, borçlarını ödeyebilecek durumda değildir; zira malvarlığı buna yetmemektedir. İşte bu gibi durumlarda borcunu ödeyecek kadar malı olmayan kişilerin, bir takım yaptırımlara tabi tutulduğunu görmekteyiz. Söz gelimi İslâm öncesi câhiliyye araplarında borcunu ödeyecek kadar malı olmayan kişiler, borçlarına karşılık olmak üzere

⁵⁴² İbn Receb, *el-Kavâid*, 185,187.

⁵⁴³ Fıkıh kitaplarında "iflâs" tabirinden ziyade "teflîs" ifadesinin kullanıldığına dikkat çeken Fahrettin Atar, fıkıh literatüründeki iflâs kavramının, Türk hukukundaki fiilî iflâsa; teflis kavramının ise hukukî iflâsa tekâbüle ettiğini söyler. Bkz. *İcra İflâs Hukuku*, 273-274.

⁵⁴⁴ Bkz. Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 273.

⁵⁴⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,265. المفلس من دينه أكثر من ماله وحرجه أكثر من دخله.

⁵⁴⁶ Bkz. Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 274-275.

⁵⁴⁷ *Mecelle*, md.999.

⁵⁴⁸ Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 275.

köle olarak satılırlardı. Ancak İslâm, bu çirkin uygulamayı kaldırmış ve ödeme imkanı olmayanlara mühlet verilmesini emretmiştir.⁵⁴⁹

Biraz önce de ifade edildiği gibi ödeme imkanı olmasına rağmen borcunu oyalayan şahıslarla ilgili olarak söylenenler iflâs hali için de aynen geçerlidir. Yani esasen müflis kâmil fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte, tasarruflarından alacaklıların olumsuz etkilenmemesini sağlama bakımından müflisin tasarrufları bir takım hukukî sınırlamalara tabi kılınmıştır.⁵⁵⁰ Dolayısıyla fiil ehliyeti ve bu yetkinin sınırlandırılmasına hakim olan hukuk düşüncesi bakımından iki müessese arasında tam bir paralellik bulunmaktadır.

Müflisin tasarrufları, hukukî sonuç doğurma bakımından eksik ehliyetlilerin tasarrufları gibidir. Alacaklıların zarar görmesinin söz konusu olduğu her türlü tasarrufu alacaklılar lehine hukuken sınırlandırılmıştır. Bu konuyla ilgili ayrıntı borçluluk sebebiyle öngörülen sınırlamalar anlatılırken verildiği için burada tekrarlanmayacaktır.

İslâm hukuk doktrininde iflâs hali için sözü edilen durumların başında müflisin hacir altına alınması meselesi bulunmaktadır. Hemen şunu belirtelim ki, müflisin, mahkemenin iflâs ve hacir kararı vermesinden önceki tasarruflarının tamamı geçerlidir.⁵⁵¹ Zira gerek ehliyet, gerekse hak tealluku bakımından sınırlamayı gerektirecek bir hal mevcut değildir. Fakat **İbn Receb** (795/1393), bazı Hanbelî hukukçuların, şayet alacaklılar, alacaklarını talep etmişler ve buna rağmen müflis bazı tasarruflarda bulunmuşsa, henüz hacir kararı verilmemiş olsa bile söz konusu tasarrufların geçerli olmayacağı görüşünü benimsediklerini söylemektedir.⁵⁵²

Daha önce borçlunun hacri vesilesiyle de söz konusu ettiğimiz üzere, borç sebebiyle hacir İslâm hukukçularının bir kısmına göre caiz değildir. Prensip itibarıyla borç sebebiyle hacir kabul edenler, iflâs halinde de hacir kabul etmektedirler. Borçlunun hacirini caiz görmeyenler ise, müflis için de hacir kararı alınamayacağı kanaatindedirler. Bu husustaki görüş ve delillere daha önce yer verildiği için bu kadarlık bir işaretle yetiniyoruz.

Çağdaş İslâm hukukçularından bazıları, iflâs halinin bütün fıkıh mezheblerince hacir sebebi sayıldığını söylemektedirler.⁵⁵³ Bu iddianın Hanefî mezhebinin kurucu müctehidleri arasındaki ihtilafı anlatan **Serahsî** (483/1090)'nin ifadelerinden hemen sonra dile getirilmiş olması dikkat çekmektedir. Söz konusu iddianın, müteahhir Hanefî hukukçuların genellikle İmâmeynin görüşünü tercih etmeleri sebebiyle, İmameynin görüşünün aynı zamanda Hanefî mezhebinin mezheb görüşünü de oluşturduğu şeklinde bir düşüncenin ürünü olması muhtemeldir. Nitekim *Mecelle*'de de "*Medyûn dahi guremanın talebi ile hâkim tarafından hacir olunabilir*"⁵⁵⁴ denilmek suretiyle imameynin görüşü kanunlaştırılmıştır. Hanefî mezhebi bakımından meseleyi bu şekilde açıklamak mümkün ise de, Zâhiriyye mezhebinin iflâs ve hacir ilişkisi konusundaki yaklaşımı kesin ve olumsuzdur. Şu halde söz konusu iddia gerçeği yansıtmamaktadır.

Alacaklıların bir kişi için, hacir talebiyle mahkemeye müracaat etmesi durumunda hukukî prosedür şu şekilde işler:⁵⁵⁵ Hâkim öncelikle gerçekten borcun olup olmadığını

⁵⁴⁹ Bakara 2/280; Müslim, "Müsâkât", 32; İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, II,493; Şenkütü, *el-Mevâhibu'l-celîl*, III,370.

⁵⁵⁰ Bkz. Sâlih, *el-İflâs*, 268; Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 276; *Mecelle*, md.999.

⁵⁵¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,283; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,80; İbn Receb, *el-Kavâid*, 15.

⁵⁵² İbn Receb, *el-Kavâid*, 15.

⁵⁵³ Bkz. Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 321.

⁵⁵⁴ *Mecelle*, md.959. Ayrıca bkz. md.999.

⁵⁵⁵ Bkz. Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,265 vd.; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,113; a.mlf., *et-Tenbîh*,292; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,283-284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,363 vd.; Karâfî, *ez-Zehîra*, VIII,160 vd.; Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,80; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III,99; Sâlih, *el-İflâs*, 79 vd.

araştırır. Şayet gerçekten iddia edildiği gibi bir borç varsa, bu durumda davalının (borçlu) malvarlığının borçlarını kapatmaya yetecek miktarda olup olmadığını tespit eder. Borçlarını ödeyecek kadar malı varsa hâkim, borçlarını ödemesini ister ve bu amaca yönelik olmak üzere hapis gibi çeşitli zecrî tedbirlere de başvurabilir. Makul bir süre geçmesine rağmen hapis uygulamasından sonuç alınamazsa hâkim, borçlunun mallarını satar ve borçları kapatır. Davalının (borçlu) malvarlığının, bütün borçlarını kapatmaya yetmediğinin (iflâs) anlaşılması halinde ise mahkeme hacir kararı verir.⁵⁵⁶

Bu arada borçlunun malvarlığı tüm borçlarını kapatmaya yetmemekle birlikte, borç miktarı ile mal varlığının eşit ya da borçların vadeli olması durumunda, hacir kararı verilip verilemeyeceği İslâm hukukçuları arasında tartışmalı bir husustur. Önemli olan, alacaklıların hakkının zayı olmaktan korunmasıdır diyen bazı İslâm hukukçuları eşitlik veya borcun vadeli olmasının önemli olmadığı ve borçlunun tasarruftan alıkonacağı görüşündedirler.⁵⁵⁷ Buna mukabil çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçularına göre ise, borçların vadeli ya da bir kısmının vadeli, diğer kısmının ise peşin ve fakat mevcut mallarının, peşin borçlarını ödemeye yetecek durumda olması halinde hacir kararı verilemeyeceği görüşündedir. Çünkü bu durumda alacaklı vadeli olan şahısların peşin talep hakkı yoktur.⁵⁵⁸

Borçlunun (davalı), mevcut malvarlığı borçlarını ödemeye yetmiyorsa, yani iflâs etmişse, hakim hacir kararı verir. Ancak iflâs da etmiş olsa bir kişi hakkında hacir kararı verilebilmesi için hak sahibi olan alacaklıların müracaatı gerekir. Yoksa hakim re'sen hacir kararı veremez. Çünkü hakimin, reşid kişiler üzerinde böyle bir velâyet hakkı bulunmamaktadır.⁵⁵⁹ Kaldı ki hacrin amacı, alacaklıların zarar görmemesini temindir.⁵⁶⁰ Şu halde iflâs sebebiyle bir kişi hakkında hacir kararı alınabilmesi için;

1. Borçlunun malının borca batık olması
2. Alacaklıların hacir talebiyle mahkemeye müracaatı
3. Ve hacrin mahkeme kararıyla verilmesi şartlarının bir arada bulunması gerekir.⁵⁶¹

Ancak borçlunun, akıl hastası, çocuk, sefeh sebebiyle mahcûr gibi hakimin velâyet yetkisi bulunan şahıslardan olması durumunda hâkim, alacaklıların müracaatını beklemeden re'sen hacir kararı alabilir.⁵⁶²

İflâs sebebiyle hacri benimseyenlere göre, toplumun söz konusu durumdan haberdar olması ve bu şahıslarla bilmeden muamelede bulunmak suretiyle zarara maruz kalmamaları bakımından iflâs ve hacir kararlarının, şahitler huzurunda ve aleni yapılması gerekir.⁵⁶³ Mecelle'de (md.961) bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "*Sefih ve medyûn hâkim tarafından*

⁵⁵⁶ Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, VI,265 vd.; Şîrâzi, *el-Mühezzeb*, II,113; a.mlf., *et-Tenbih*,292; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,168-169; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,283-284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,363 vd.; Karâfi, *ez-Zehira*, VIII,160 vd.; Zerkeşi, *Şerhu'z-Zerkeşi*, IV,80; Şîrbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,99; S.H. Hân, *Ravdatü'n-nediyye*, II,520; Sâlih, *el-İflâs*, 79 vd.

⁵⁵⁷ Derdir, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV,424; Desûkî, *el-Hâsiye*, IV,424.

⁵⁵⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,283; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,363.

⁵⁵⁹ Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, VI,265 vd.; Şîrâzi, *el-Mühezzeb*, II,113; a.mlf., *et-Tenbih*,292; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,169; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,265,284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,363vd.; Şîrbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,99. Mecelle'de de "*sağır, mecnûn ve ma'tûh zaten mahcûrdur*" (md.957) denilirken, borçlu için "*Medyun dahi guremanın talebi ile hâkim tarafından hacr olunur*" (md.959) denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

⁵⁶⁰ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366. غرض الحجر منه مما يضر الغرماء.

⁵⁶¹ Sabbâğ, *Müzekkira*, 2. Krş. Mecelle, md.998.

⁵⁶² Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,363; Şîrbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,99.

⁵⁶³ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,265,284; Şîrâzi, *et-Tenbih*, 292; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366.

hacir olundukda sebebi nâsa beyân ile işhad ve i'lân olunur." Müflis için hacir kararının alınması şu sonuçları doğurur:⁵⁶⁴

a) Müflisin elinde mevcut haczi caiz mallarda, alacaklıların hakkı doğar (rehin benzeri hakkın doğması).

b) Haczi caiz olan mallarında tasarruf yetkisi kaldırılır veya sınırlandırılır.

c) Farklı görüşte olanlar da bulunmakla birlikte, müflisin malları içinde kendi malını aynen değişmemiş vaziyette bulanlar, bu malı geri alabilir (istirdâd hakkı).⁵⁶⁵

d) Hâkim, müflisin borçlarını ödemek için haczi caiz olan mallarını satabilir.

Hemen ifade edelim ki, İslâm hukukuna göre bir kişi hakkında iflâs ve hacir kararları alınmasıyla, borçlunun malları alacaklılara intikal etmez. Malların mülkiyeti yine müflis borçluda kalır. Alacaklılar, borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve satıştan elde edilen paralardan tatmin edilmek hususunda bir talep hakkına sahip olurlar. Yani alacaklıların tamamının, müflisin haczi caiz malları üzerinde rehin benzeri⁵⁶⁶ bir hakkı söz konusu olmaktadır. Müflis borçlu, haczi kabil malları üzerinde alacaklıların rehin benzeri sayılan bu aynî hakkı sebebiyle onların zararına olacak tasarruflarda bulunamaz veya bu mallar üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olur. Ne var ki alacaklılar, bu rehin benzeri hakka dayanarak kendi alacakları için borçlunun mallarına doğrudan müdahalede bulunma ve böylece alacaklarını tahsil etme imkanına sahip değildir. Yalnız yetkili iflâs merciinin, müflisin mallarını satma ve borcu ödeme kararı alması halinde, satım bedelinden alacaklarını talep edebilirler.⁵⁶⁷

*Mahkeme müflisin hacrine hükmettikten sonra, müflisin mevcut malvarlığındaki tasarrufları geçersizdir.*⁵⁶⁸ Zira müflisin bu mallardaki tasarruflarının serbest ve geçerli olduğunu söylemek, alacaklıların hakkını hukukî himayeden mahrum etme ve heder olmayla karşı karşıya bırakma demektir.⁵⁶⁹

Hacir sonrası müflisin tasarruflarının bâtil mı yoksa alacaklıların icâzetine mi mevkûf olduğu hususu İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. Borcunu oyalayan şahsın hacir kararı sonrası tasarruflarının hukukî niteliği vesilesiyle söylenenler aynen mahcûr müflisin tasarrufları için de geçerlidir.

Bu arada sözü edilen hükümler, iflâsına karar verilen müflis borçlunun, iflâsın açılması anındaki haczi caiz bütün menkul ve gayri menkul mallarındaki tasarrufları -bu mallar her nerede bulunursa bulunsun- hakkındadır. Zira bu mallara alacaklıların hakkı tealluk etmektedir ve bu hak, mürtehinin rehin üzerindeki hakkına benzemektedir. Hibe, miras veya başka hukukî bir sebebe dayalı olarak, kısacası iflâs kararı sonrası mülkiyetine giren mallarda ise dilediği gibi tasarrufta bulunabilir.⁵⁷⁰ İflâs sonrası kazanılan mallar için de hacir hükümlerinin uygulanması, ancak hacir kararının yenilenmesiyle mümkündür.⁵⁷¹ *Mecelle* bu

⁵⁶⁴ İbn Kudâme, a.g.e., IV,265. Krş. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II,113; Bâcî, *el-Müntekâ*, V,82; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366; Zerkeşi, *Şerhu'z-Zerkeşi*, IV,79 vd.; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV,429; S.H. Hân, *Ravdatü'n-nediyye*, II,520; Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 319 vd.

⁵⁶⁵ Ancak bu hükmün bir takım şartları bulunmaktadır. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,268-280.

⁵⁶⁶ Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 286.

⁵⁶⁷ Atar, a.g.e., 286.

⁵⁶⁸ Şîrâzî, *et-Tenbih*, 292; Gazzâlî, *el-Vasîf*, IV,9; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366; Karâfî, *el-Furûk*, III,381; a.mlf., *ez-Zehîra*, VIII,160; Zerkeşi, *Şerhu'z-Zerkeşi*, IV,80; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,99; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV,429; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV,315.

⁵⁶⁹ Gazzâlî, *el-Vasîf*, IV,9.

⁵⁷⁰ Gazzâlî, a.g.e., IV,8; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366; Karâfî, *ez-Zehîra*, VIII,171; a.mlf., *el-Furûk*, III,381; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 301-302.

⁵⁷¹ Karâfî, *ez-Zehîra*, VIII,171. المال المتجدد لا يتعدى إليه الحجر إلا بتجديده مرة أخرى.

hükmü "*Deyn için hacir ancak medyûnun vakt-i hacirde mevcud olan malına te'sir eder; amma ba'de'l-hacr eline geçen malına te'siri olmaz*"⁵⁷² şeklinde ifade etmiştir. Ancak Hanbelî hukukçulardan **Behûtî** (1051/1641), müflis borçlunun mallarıyla ilgili tasarruf sınırlamalarının, iflâsın açılması anında haczi caiz bütün malları kapsadığı gibi, iflâsın kapanmasına kadar irs vb. sebeplerle müflisin uhdesine geçen malları da kapsadığını söyler.⁵⁷³

Genel kabul görmüş anlayışa göre, müflisin tasarruf ehliyeti mallarının bir kısmı (iflâs ve hacir kararının alındığı anda mevcut bulunanlar) için sınırlandırılmıştır. Diğer yandan bir şey satın alma, istikrâzda bulunma gibi zimmete müteallik tasarrufları geçerlidir. Zira müflis tasarrufa ehildir ve hacir, zimmetine teallük etmemekte, yalnızca iflâs halinde mevcut ve haczi mümkün olan mallarına teallük etmektedir.⁵⁷⁴

Şu halde iflâs sebebiyle hacir kararının müflisin tasarruf yetkisine olan etkisi, karar anında mevcut mallarla sınırlıdır. Müflisin hacir kararı sonrası mülkiyetine giren mallarda mutlak tasarruf; hacir öncesi ya da sonrasına ait tüm malvarlığında ise zimmete bağlı tasarruf yetkisi bulunmaktadır.

Öte yandan müflis için hacir kararı alınmasının, vadeli borçlarına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Yani hacir kararı, vadeli borçların peşine dönüşmesi gibi bir sonuç doğurmaz.⁵⁷⁵ **Şemsüddin ez-Zerkeşî** (772/1370), bu meselede herhangi bir ihtilafın bilinmediğini söyler.⁵⁷⁶

Bu arada müflisin borç ikrarı, hacir kaldırıldıktan sonra geçerlilik kazanır.⁵⁷⁷ Fakat müflis, el emeği ile iş gören bir meslek erbabı (zenaatkâr) olup elindeki eşyanın şu ya da bu şahıslara ait olduğu ikrarında bulunursa, yani eşyanın sahibini beyan ederse, bu ikrarı muteber kabul edilmez. Bu mallar da diğer mallarına uygulanan muameleye tabi tutulur.⁵⁷⁸

Müflisin kendisi ve bakmakla yükümlü bulunduğu şahısların yeme-içme, barınma, giyim, eğitim, sağlık gibi temel ihtiyaçlarının karşılanması için yaptığı harcamaların tamamı geçerlidir. Bu alanda herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Çünkü bu tür ihtiyaçların karşılanmasındaki maslahat, alacaklıların maslahatına nisbetle daha üstündür.⁵⁷⁹ Dolayısıyla alacaklıların hakkına göre daha üstün ve öncelikli olan bu hakların karşılanmasına yönelik tasarruflar esas itibarıyla bir sınırlamaya tabi değildir. Fakat bu temel ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılan harcamaların örfen normal kabul edilen ölçüde tutulması gerekir. Zaruri ihtiyaçlardan sayılmayan ya da normal ölçüyü aşır israf ve lüks boyutuna ulaşan harcamalar, alacaklıların hakkını olumsuz etkileme özelliği kazandığı için alacaklıların itiraz hakkı vardır.

Diğer yandan müflis, çalışıp kazanan birisi ve kazandığı da temel ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek düzeyde ya da çalışarak temel ihtiyaçlarını giderme durumu söz konusu ise, bu ihtiyaçları mevcut malvarlığından gidermesine müsaade edilmez.⁵⁸⁰

⁵⁷² *Mecelle*, md.1001. Ayrıca bkz. md.1002.

⁵⁷³ Bkz. Atar, *İcra İflâs Hukuku*, 323.

⁵⁷⁴ Gazzâlî, *el-Vasîl*, IV,8; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366,368; Karâfî, *el-Furûk*, III,381; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*,301-302.

⁵⁷⁵ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,364.

⁵⁷⁶ Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî*, IV,79.

⁵⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,284; *Mecelle*, md.1002.

⁵⁷⁸ İbn Kudâme, a.g.e., IV,284.

⁵⁷⁹ İbn Kudâme, a.g.e., IV,285-286,288; İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, I,79; *Mecelle*, md.1000.

⁵⁸⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,285-286,288.

Müflis borçlunun, ölüm sonrası yürürlük kazanacak tasarrufları (tedbîr, vasiyet gibi) da geçerlidir.⁵⁸¹ Çünkü bunlardan alacaklıların zarar görmesi söz konusu olamaz.

Bir şahsa mahkemenin iflâs sebebiyle ve alacaklıların müracaatı üzerine hacir kararı vermesinin sonuçlarından birinin de, borçlarını ödemek üzere mallarının satılması olduğunu söylemiştik. İşte bu durum, akid serbestisinin⁵⁸² sınırlandırılması demektir. Esasen İslâm hukuku akid serbestisi ve bu bağlamda ferdin akid yapıp yapmamakta ve karşı tarafı seçmekte serbest olması anlamına gelen in'ikad serbestisi konusunda geniş bir irade hürriyeti tanımakla birlikte; adâlet kaideleri ve kamu yararı sebebiyle bazı istisnalar da getirmiştir. İşte aynen borcunu oyalayanlar hakkında olduğu gibi müflis borçlunun da mallarının satılarak borçlarının kapatılması adâlet ilkeleri gereği in'ikad serbestisinin sınırlandırıldığı haller arasında yer almaktadır.

Borçları kapatmak için hâkim, müflisin mallarını satmaya karar verdiğinde, satım esnasında hem müflis hem de alacaklılar hazır bulundurulmalıdır. Malın gerçek değerinden satıldığını, kimsenin kayırılmadığını bizzat görmeleri ve böylece ithama açık bir alan bırakılmayıp kalplerde olası şüphelerin bertaraf edilerek iç huzurunun sağlanması bakımından bu durum son derece önemlidir.⁵⁸³

Diğer yandan borçlunun mevcut mallarının tamamı satıma konu edilemez. Yani mallarının satışa arz edilmesi noktasında müflisin, maslahatı ön planda tutulur.⁵⁸⁴ Söz gelimi ev gibi temel ihtiyaçlardan sayılan malları satım dışı tutulur. Çünkü bunlar hayatın devamı için vazgeçilmez öğelerdir. Tâbiûn dönemi müctehidlerinden **İshâk b. Râhûye** (237/851), Hanefî ve Hanbelî mezhebi hukukçuları bu görüştedir. Fakat **Kâdî Şurayh, İmâm Mâlik** (179/795) ve **Şâfiî** (204/819), evin de satım listesinde bulunan mallara dahil olduğunu söylerler.⁵⁸⁵

Bu meselede Hanbelî hukukçu **İbn Kudâme** (620/1223), evin niteliğinin dikkate alınması gerektiğini söyler. Şayet müflisin el'an oturduğu ev, onunla benzer konumda bulunan şahısların oturduğu evlere göre daha kıymetli ve lüks ise, bu ev satılır ve parasıyla müflise normal ölçüde bir ev satın alınır. Artan para da borçların ödenmesi için kullanılır.⁵⁸⁶

Kanaatimizce bu konuda müflisin toplumsal statüsünü dikkate almak ve söz gelimi evini satıp satmamaya buna göre karar vermek yerine, müflisin normal bir şekilde hayatını devam ettirebilmesini yani kifaye miktarını ölçü almak hakkaniyet ve adâlet bakımından daha doğrudur. Aksi takdirde alacaklılar, mağduriyet yaşamaya devam ederken, müflis borçlu fevkalâde lüks bir ortamda hayatını sürdürebilecektir ki, bu durum vicdanları rahatsız edecek, hukuk düzeninin haksız, zâlimi koruduğu gibi düşüncelere yol açacaktır. Nitekim *Mecelle*'de de mesele bu şekilde tanzim edilmiştir: "...Fakat kendisine bir ya iki kat elbise terk olunur. Şu kadar ki ol medyûnun kıymetli elbisesi olup da madûnu ile iktifa kabil olursa ol elbise dahi satılıp semeninden kendisine bir kat ucuz elbise alınarak bakîsi ğuremâya verilir."⁵⁸⁷ Ancak bugün için *Mecelle*'nin bu düzenlemesindeki örneklerden ziyade ana fikri esas almak gerekir. Zira günümüz şartlarında kullanılmış, hatta birkaç kere giyilmiş elbiselerin satışı hemen hemen imkansızdır.

⁵⁸¹ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,366.

⁵⁸² Bu konuda bkz. Erman, "Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", 603; Dönmez, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidî Görüş", 152.

⁵⁸³ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,286.

⁵⁸⁴ Abdilber, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 310.

⁵⁸⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,286-287.

⁵⁸⁶ İbn Kudâme, a.g.e., IV,288.

⁵⁸⁷ *Mecelle*, md.999.

İslâm hukukçularının müflis mahcûr ile ilgili olarak söz konusu ettikleri sınırlamalardan biri de müflisin seyahat hürriyetinin kısıtlanmasıdır. Şayet müflisin seyahate çıkması, alacaklıların hakkının olumsuz etkilenmesine yol açacaksa, -müflis seyahatten dönmeden alacağın vadesinin dolması gibi- bu durumda alacaklılar, borçluyu seyahate çıkmaktan alıkoyabilirler. Zira borcun ödeme zamanının gecikmesi alacaklılar bakımından zarardır. Fakat borçlu vekil bırakma, alacağı başkasına havale etme gibi alacaklıların zarar görmemesini sağlayacak önlemler alarak seyahate çıkabilir.⁵⁸⁸

Müflisin malı alacaklılar arasında taksim edildiğinde, hacrin kalkıp kalkmayacağı hukukçular arasında ihtilaf konusu olmuştur.⁵⁸⁹ İhtilafın temelinde *bir hükmün nihayete ermesinde, hükmün sebebinin (amaç) mi, yoksa hükmün vaz edilmiş şeklinin mi belirleyici olduğu* yatmaktadır. Bir kısım hukukçulara göre hacir sebebi ortadan kalktığına göre, bu sebebe bağlı hükmün (hacir) de kendiliğinden kalkması gerekir. İslâm hukukçularının diğer bir kısmına göre ise, hacir hükmü mahkeme kararıyla sabit olduğundan, kalkması için de mahkeme kararına ihtiyaç vardır.

Hacir kararı için mahkeme kararının aranması, müflisin ehliyet bakımından mahcûr olmayı gerektirecek bir durumunun bulunmaması sebebiyledir. Dolayısıyla hacrin kalkması için de mahkeme kararını beklemeye gerek yoktur. Bu noktadan hareket edildiğinde hacir hükmüyle, tahakkuku amaçlanan gaye gerçekleştiğinde hacrin de kendiliğinden kalkacağı görüşünün daha doğru olduğu söylenebilir. Fakat müflis için verilen hacir kararı, sırf alacaklıların haklarını koruma düşüncesiyle sınırlı olmayıp, onunla muamelede bulunabilecek tüm toplum kesimlerini de ilgilendirmektedir. Yani hacir kararının, alacaklı olmayan şahısları muhtemel zararlardan koruma gibi bir amacı da bulunmaktadır. İşte bu husus dikkate alındığında da müflisin mahcûrluktan kurtulabilmesi için mahkemenin karar vermesi gerektiğini söylemek daha isabetli olabilir. Hem müflis hem de toplum yararı bakımından hacrin kaldırıldığına dair yargı kararını beklemek ihtiyat bakımından herhalde daha uygundur.

Üçüncü şahısların haklarını koruma ve muhtemel kötüye kullanımların önüne geçme amacıyla İslâm hukukçularının cumhuru, iflâsı mahkemece sabit görülen borçlunun, yine mahkeme kararıyla ve alacaklıların talebi üzerine hacredilmesini kabul etmişlerdir. Şu halde bu durum, özel mülkiyetin fert yararına olmak üzere kanunî bir sınırlandırılmasını teşkil etmektedir.

Bazı Hanbelî hukukçular istisna edilirse İslâm hukukçuları, müflisle ilgili tasarruf sınırlamalarını, iflâs kararının alındığı anda mevcut ve hacze elverişli mallarla sınırlı tutmuşlar ve bu mallara alacaklıların rehin benzeri aynı haklarının tealluk ettiğini söylemişlerdir. Bunun bir gereği olmak üzere de iflâsın açılmasından sonra müflisin mülkiyetine giren mallar ile, zimmete müteallik tasarruflar için herhangi bir sınırlamadan söz edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Müflisin malına teallük eden alacaklıların hakkının hukukî niteliğinin bu şekilde belirlenmesi durumunda, esasen söylenebilecek başka bir şey bulunmamaktadır ve bu noktada rehin sebebiyle öngörülen tasarruf sınırlamaları aynen burada da geçerli olacaktır.

Bazı hukukçuların iflâsın açılması anında mevcut malların aynına dönük tasarruf sınırlamalarının, zararına olmasa bile bedellî temlikî işlemleri de kapsadığını ifade etmeleri, kanaatimizce biraz aşırı hassasiyetin sonucudur. Bu noktada uygulanabilecek çözüm önerileri, daha önce borçluluk sebebiyle özel mülkiyete getirilen sınırlamalar münasebetiyle açıklanmış idi.

Öte yandan iflâs nedeniyle öngörülen tasarruf sınırlamalarının, gerekçesi (amaç) dikkate alındığında, daha farklı bir sonuca ulaşmak da mümkündür. Madem ki bu hukukî

⁵⁸⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,294.

⁵⁸⁹ Bkz. İbn Kudâme, a.g.e., IV,290; Şevkânî, *es-Seylû'l-cerrâr*, IV,252.

sınırlama, üçüncü şahısların hakkını koruma amacı taşımaktadır, o halde sınırlamanın, müflisin, iflâsın açıldığı andan kapatılmasına kadar geçen süre içinde mevcut ve sonradan iktisab ettiği mallar ile zimmetine müteallik tasarruflarını da kapsayacak şekilde düşünülmesi mümkündür. Bu çerçevede, herhangi bir şekilde alacaklıların olumsuz etkilendiği her türlü kullanım ve tasarruf hukuken sınırlandırılmış, dolayısıyla müflise yönelik tasarruf sınırlamaları, zarar kriterine bağlanmış olacaktır. Kanaatimizce bu yaklaşım hem müflis borçlunun, alacaklıların zarar görmemesi şartıyla kendi mülkünde tasarruf yetkisini serbestçe kullanabilmesi; hem de alacaklıların bir an önce haklarını tahsil etmek suretiyle olası zararlardan kurtulmaları bakımından daha isabetlidir. Böylece İslâm hukukunda özel mülkte tasarruf sınırlamalarının temel prensiplerinden olan, sınırlamaların zaruret ölçüsünde tutulması ve yarar-zarar/maslahat-mefsedet dengesinin gözetilmesi ilkeleri de gerçekleştirilmiş olur.

Borçluluğa bağlı sınırlamalar vesilesiyle de ifade edildiği gibi, kâmil tasarruf ehliyetine sahip bir kişinin tasarruflarının hukukî sonuç doğurmasının nefyedilmesi veya başkalarının kabulüne bağlanması aslında müflis bakımından bir zarardır (mefsedet). Fakat diğer taraftan, tasarruflarının diğer kâmil tasarruf ehliyetine sahip kişiler gibi geçerli olduğunu söylemek de, alacaklılar bakımından mefselete yol açmaktadır. Çünkü bu durumda, özellikle teberrû akidleri ve zararlı temlikî işlemlerden alacaklılar olumsuz etkilenecek, alacaklarını tahsil edebilmeleri gecikecek veya zorlaşacaktır. Binaenaleyh bu iki maslahat ve mefseletin dengelenmesi bakımından müflisin tasarrufları, bu tasarruflardan üçüncü şahısların haklarının olumsuz etkilenip etkilenmemesi, yani zarar kriterine bağlanmış; zarara sebebiyet veren tasarruflar hukuken sınırlandırılmıştır.

Borçluluk ve iflâs sebeplerine bağlı özel mülkiyet sınırlamalarıyla amaç itibariyle paralellik arz eden diğer bir durum da ölümle sonuçlanan hastalık halidir. İslâm hukuku, ölümcül hastanın tasarruflarını da, üçüncü şahısların zarar görmemesi gayesiyle bir takım hukukî sınırlamalara tabi tutmuştur.

3. Ölümcül Hastanın Tasarrufları

İnsan davranışları, bireyin içinde bulunduğu psikolojik hale, ekonomik seviyeye ya da sağlık durumuna göre farklılıklar gösterir. Özellikle sağlığın bireyin hayata bağlılığı ve eşya ile ilişkileri bakımından fevkalâde belirleyici olduğu gözlemlenmektedir. Normal sıhhat hallerinde daha fazla kazanma hırsı baskınken, hastalık halinde mevcutla yetinme tavrının ön plana çıktığı görülür. Aynı şekilde sıhhat halinde insan, eşyaya daha fazla bağlı olduğu için elindekileri kaybetmekten korkar ve hatta bundan dolayı hayır amaçlı da olsa genellikle elinden çıkarları zarar sayabilir. Halbuki hastalık söz konusu olduğunda insanlar, kendilerini ölüme daha yakın hissetmeye başlarlar ve dinî duyarlılıkları artar. O zamana kadar fakir ve yoksullara yardım etme, kimsesiz ve yetimlerin elinden tutma, açları doyurup açıkları giydirme, gelecekte hayırla anılmayı sağlayacak yol, çeşme, aşevi, kimsesizler yurdu, okul, cami gibi hayrî faaliyetlere yeteri kadar önem vermediği hissiyle kendini sorgulama başlar. Hastalıkla gelen bu sorgulama, çoğu zaman geçmişi de telafi bakımından son fırsat olarak görülür ve hiç olmazsa emaneti teslim etmeden önce malvarlığının bir kısmını hayır ve hasenâta harcanmak üzere tahsis etme ya da teberrûda bulunma şeklinde tezâhür eder. Hemen belirtilmelidir ki her türlü hastalık, böyle bir ruh haline sebep olmaz. Hatta bazı hastalıklar, kişinin sağlıklı olduğu dönemlere göre davranışlarında ve ruh dünyasında hiçbir değişikliğe yol açmaz.

İslâm hukukunda hastalık haline ve hastaya özgü bir takım hukukî düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde hastalık halinin genellikle hükme muhatap olma ve mükellefiyet bakımından hafifletici sebep sayıldığı görülür. Daha teknik bir ifadeyle hastalık,

genel ve temel hükümlerin uygulanmaması ya da değişik şekilde uygulanması hususunda ruhsat ve zarûret sebebi sayılmaktadır. Söz gelimi hasta olanlar, sıhhat bulunca kaza etmek ya da sağlığına kavuşamayacak durumda ise fidye vermek üzere oruç tutmayabilir, ayakta duramayacak halde bulunanlar namazlarını oturarak kılabilir, normalde mahremiyet sebebiyle gösterilmesi caiz olmayan bölgeler, tedavi amacıyla gösterilebilir... Özetle taharettten başlamak üzere ibadetlerden ceza hukukuna kadar hayatın her bir alanını kuşatan hemen tüm hukuk branşlarında hastalık sebebiyle bazı düzenlemeler öngörülmüş bulunmaktadır. Hemen dikkat çekelim ki, sözünü ettiğimiz mutlak hastalık olmayıp, hâzık ve dine karşı olumsuz tutum sergilemeyen doktorların hastalığın, ilgili ruhsatlardan yararlanmaya sebep teşkil edecek seviyede olduğuna dair görüş bildirdikleri hastalıklardır.

İslâm hukukunda hastalık deyince genelde akla ölümle sonuçlanan hastalık (*maradu'l-mevt*) gelmektedir. Aynı durum sağlıklı, hasta olmayan anlamındaki "*sahih*" kelimesi için de geçerlidir. Bu kelime de ölümcül hasta olmayanları ifade etmek için kullanılır.⁵⁹⁰ Nitekim biz de ölümle sonuçlanan hastalık halinin özel mülkte tasarruf yetkisi ve bunun sınırlandırılmasına nasıl yansıdığı üzerinde duracağız.

a. Tarifi ve Kapsamı

*Ölümle sonuçlanan hastalık, iyileşme ümidi olmayıp ölümle sonuçlanmasından korkulan ve genellikle de ölümle sonuçlanan hastalık olarak tarif edilmiştir.*⁵⁹¹ Dolayısıyla bir hastalığın ölümcül sayılabilmesi için temelde iki şart aranır. Bunlar, *ölüm korkusu* ve *hastalığın ölümle sonuçlanmasıdır*.

Bir hastalığın ölümcül kabul edilebilmesi için, yukarıdaki şartlara ilave olarak hastalığın bir yıl içinde ölümle sonuçlanması ve bu süre içinde hastalığın ilerlemeyip/ağırlaşmayıp aynı kalması şartının da arandığı görülmektedir.⁵⁹² Binaenaleyh hastalık bir yıl içinde ölümle sonuçlanmaz ya da hastalık ilerlemeyip sabit kalmakla birlikte, bir ya da daha fazla yıl devam ederse bu, müzmin hastalık sayılmış ve bu haldeki kişinin tasarruflarının, sağlam insanların tasarrufları gibi olacağı söylenmiştir. Bu arada hastalık, açık bir şekilde hissedilemeyecek kadar hafif artma gösteriyorsa, bu, hastalığın ağırlaşması sayılmamış ve bu durumdaki şahsın, ölümcül hasta olduğu kabul edilmiştir.⁵⁹³

Hangi hastalıkların ölümcül kabul edileceğine dair fıkıh kitaplarında bazı listelemelere rastlanmakta ise de⁵⁹⁴ bunlar, İslâm hukukçularının yaşadıkları dönem itibariyle tıbbın ulaştığı seviye ve yaşanan tecrübelerle bağlı olarak saydıkları hastalıklardır. Hastalığın günden güne ağırlaşması veya aynı hal üzere kalması, şahsı kendi işlerini göremeyecek duruma getirmesi gibi şartlar da aynı şekildedir.⁵⁹⁵ Bunun yanında bir yıllık süre de, esasen makul olmakla birlikte bağlayıcı olmayıp bir takdirden ibarettir. Binaenaleyh *hâzık, âdil, güvenilir tabiblerin*⁵⁹⁶ *iyileşme ümidi olmadığını ve fazla uzun sayılmayacak bir süre içinde ölümle*

⁵⁹⁰ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, II,804.

⁵⁹¹ Şâfiî, *el-Üm*, IV,141; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,108; Nevevî, *Tahrîru't-tenbîh*, 265.

⁵⁹² *Mecellé*'de (md.1595) ölümcül hastalık şu şekilde tarif edilmiştir: "*Maraz-ı mevt ol hastalıktır ki ekseriyya anda ölüm korkusu olduğu halde hasta zükûrdan ise hanesi haricinde ve inistan ise hanesi dahilinde olan mesalihini görmekten âciz olup bu hal üzere bir sene mürûr etmeden vefat eyleye.*"

⁵⁹³ Zerkâ, *el-Medhal*, II,803. "*Eğer marizin marazı mümted olup da daima bir hal üzere bir sene geçerse ol marizin marazı müştet ve hali müteğayyir olmadıkça sahih hükmünde olup tasarrufatı, sahihin tasarrufatı gibidir. Amma marazı müştet ve hali müteğayyir olup da bir sene geçmeden vefat ederse vakt-i teğayyürden itibaren vefatına dek olan hali maraz-ı mevt addolunur.*" *Mecelle*, md.1595.

⁵⁹⁴ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,109 vd.; Sâmerrâî, "*Maradu'l-mevt*", 60-65; Debûr, "*Mâhiyetu maradi'l-mevt*", 82; Mahmasânî, *el-Mûcebât ve'l-ukûd*, II,389-391; Çeker, "*Fıkıh'da Hasta*", 47.

⁵⁹⁵ Krş. Çeker, "*Fıkıh'da Hasta*", 46.

⁵⁹⁶ Bkz. Muslih, *Kukûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 368.

iyileşme ümidi olmadığını ve fazla uzun sayılmayacak bir süre içinde ölümle sonuçlanacağını söyledikleri hastalıklar ölümcül kabul edilir, bu durumdaki şahıs da ölümcül hasta muamelesi görür.⁵⁹⁷ Diğer taraftan bir hastalığın ölümcül sayılıp sayılmaması için kişiyi yatağa düşürmesi, şahsın bizzat o hastalıktan ölmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Kişiyi yatağa düşürme ya da ölüm, söz konusu hastalık dışında başka bir sebep sonucu tahakkuk etse de yukarıda söylenen şartlardaki hastalık, ölümcül kabul edilir,⁵⁹⁸

Ölümlle sonuçlanan bir hastalığa yakalanan kişilerin malî tasarruflarına bir takım hukukî sınırlamalar getirilmesi, bu durumda bulunan şahısların, her an ölebilecekleri korkusunu taşıdıkları için, sahip oldukları hakları kötüye kullanarak başkalarının mağduriyetine sebep olmalarının önüne geçme düşüncesinin ürünü olduğu düşünüldüğünde; ölümle sonuçlanan hastalık halinin kapsamını genişletmek ve aynı etkiyi gösterebilecek diğer durumları da -hastalık sayılmasa bile- ölümcül hastalıkla aynı hukukî düzenlemelere tabi kılmak mümkündür.⁵⁹⁹ Söz gelimi gemiyle seyahat ederken kasırgaya tutulma ya da uçağın hızla irtifa kaybetmesi gibi durumlarda, ölüm korkusu yaşayan insanların -sağlık açısından herhangi bir sorunları olmasa bile- tasarruflarının, ölümcül hastanın tasarrufları gibi değerlendirilmesi mümkündür. Zira *benzer durumların aynı hükme tabi olması hem kıyas gereğidir, hem de uygulamada bireylerin hukuka saygılarını sağlama bakımından önemlidir.*

Ölümlle sonuçlanan hastalık halinin, hem hasta hem de üçüncü şahısların malî hakları bakımından bir takım hukukî sonuçlar doğurması sebebiyle, hastalığın ölümcül olup olmadığının belirlenmesinde tek tabiple yetinmeyip, hastalığın özelliğine göre vicdanların da rahat edeceği şekilde hareket etmek ihtiyata daha uygundur.⁶⁰⁰

b. Ölümle Sonuçlanan Hastalık Halinin Tasarruf Sınırlaması Sayılma

Nedeni

Ehliyet kısıtlılığından kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarına girişte de ifade edildiği gibi, tek başına hastalığın -ölümcül de olsa- şerh-hukukî hükümlerle yükümlü, hukuken geçerli olacak şekilde haklardan faydalanma ve tasarrufta bulunma açısından ehliyete hiçbir tesiri yoktur. Diğer bir ifadeyle ölümcül hasta, temelini insan olma vasfının teşkil ettiği vücûb ehliyeti ve akıl ve temyiz gücüne dayanan edâ (fiil) ehliyeti açısından kâmil ehliyet sahibidir.⁶⁰¹ Yani ölümcül hasta halen ibadetlerle mükellef, cezâî sorumluluğa haiz⁶⁰², nafaka, zekât gibi malî sorumluluklara sahip, ilzâm ve iltizâma ve her türlü hukukî tasarrufta bulunmaya ehil bulunmaktadır. Ancak hastalık dışında ehliyeti etkileyen arızî bir durum söz konusu ise veya hastalık, akıl ve temyiz özelliklerini izâle ettiyse bu takdirde, ehliyet

⁵⁹⁷ Krş. Şâfiî, *el-Üm*, IV,141; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,109.

⁵⁹⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, II,803; Mahmasânî, *el-Mücebât ve'l-ukûd*, II,389. Krş. *Mecelle*, md.1595.

⁵⁹⁹ Krş. Ahmed İbrahim, *Mecmûa*, 1076; Ali Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 249; Mahmasânî, *el-Mücebât ve'l-ukûd*, II,390; Çeker, *"Fıkıh'da Hasta"*, 46.

⁶⁰⁰ Bazı İslâm hukukçuları bu meselede, iki âdil doktorun ölümcül hastalık doğrultusunda görüş beyan etmesi gerektiği şeklinde bir ölçü tespitinde bulunmuşlarsa da (İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,109; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbî*, 361; Debûr, *"Mâhiyetü maradî'l-mevt"*, 81; Muslih, *Kukûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, 368), bızce böyle bir sayı belirlemek yerine vicdanların da tatmini bakımından hastalığın özelliğine göre hareket etmek daha isabetlidir.

⁶⁰¹ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,427; Debûr, *"Mâhiyetü maradî'l-mevt"*, 90.

⁶⁰² Tazminat gibib malî cezaların ölümcül hastalık halinden etkilenmesi söz konusu değildir. Bedenî cezalar bakımından ise, eğer hastalığın, tedavisi kısa zamanda müsbet netice vereceği umuluyorsa o hastaya bedenî ceza uygulanmaz ve ceza iyileşeceği zamana tehir edilir. Ama ölümcül hasta olan suçlu, bedenî cezaya tahammül edemeyecek ve hastalığın tedavisi uzun zaman alacaksa veya şifa bulması ümidi yoksa bedenî ceza ertelenmeksizin hafifletilerek uygulanır. Hastalığın oldukça ağır olması durumunda cezanın sembolik olarak uygulanması da mümkündür. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX,48-49. Krş. Çeker, *"Fıkıh'da Hasta"*, 62.

bakımından bir noksanlıktan söz edilebilir ki, bunun da hastalıkla bir ilgisi yoktur. Diğer bir ifadeyle *ehliyete tesir eden akıldaki hastalıktır, bedendeki hastalık değil*.

Ehliyet açısından durum böyle olmakla birlikte *ölümcül hastanın bazı tasarruflarının hukuken sınırlandırılması, hastalık halinin, hakkın kötüye kullanılması ve tasarruflarda zarar kastı bulunmasının mazinnesi sayıldığı içindir*. Diğer bir deyişle ölümcül hasta, alacaklılarını ve vârislerini kastî ya da gayri kastî mağdur edecek tasarruflarda bulunabilir. Zira kişi ölüm korkusunu hissetmeye başladığı andan itibaren ruh hali değişir ve buna bağlı olarak tasarruflarında, başkalarının mağduriyetine yol açabilecek şekilde davranabilir.⁶⁰³ Bir hukuk sisteminin temel görev ve amaçlarının başında, hakların tesisi ve haksız ihlallerden korunmasını sağlama vardır. İşte bu tür hak ihlallerini önceden önlemek bakımından ölümcül hastanın bazı tasarrufları, vârisler veya alacaklılar lehine hukuken sınırlandırılmıştır. Bu aynı zamanda, hukukun koruyucu ve önleyici özelliğinin de bir gereğidir.

Maslahata dayalı bu hukuk düşüncesinin, sıhhat halindeki tasarruflarla ölümle sonuçlanan hastalık halindeki tasarruflar arasında önemli hukukî farklara yol açtığı görülmektedir. Söz gelimi sağlığı yerinde bir şahsın ikrarları, ister vârisi lehine, isterse başkalarına olsun geçerlidir. Çünkü sağlığı yerinde olan kişinin mallarında hiç kimsenin hakkı yoktur, töhmet altında bulundurulması da söz konusu değildir. Dolayısıyla her türlü amacına kurucu işlemler vasıtasıyla ulaşması mümkündür.⁶⁰⁴ Halbuki ölümcül hastanın ikrarları vasiyet gibi değerlendirilir ve terikenin üçte birinden geçerli olduğuna hükmedilir. Çünkü ölümcül hastalık halinde şahsın malına, hem başkalarının hakkı taalluk etmekte, hem de itham edilmesi mümkün olmaktadır.⁶⁰⁵

c. Ölümcül Hastanın Mallarına Üçüncü Şahısların Aynî Hakkının Taalluk Etmesi Görüşü

Henüz fiilen ölüm gerçekleşmeden vâris ve alacaklıların ölümcül hastanın malına haklarının taalluk etmesi ise, hastalığın ölüm sebebi sayılmasından dolayıdır. Yani burada *hüküm, sebebin ilk başlangıç noktasına yani hastalığa dayandırılmıştır*. Ölümle şahsın ehliyeti sona erdiği için malları kendisine en yakın akrabalarına (vârislerine) intikal etmektedir. Aynı şekilde ölüm, zimmeti⁶⁰⁶ de sona erdirdiğinden, terike borçla meşgul bulunmakta ve dolayısıyla alacaklıların hakkı taalluk etmektedir. Dolayısıyla ölümün sebebi sayılan hastalık halinin başlangıcından itibaren, söz konusu şahısların ölümcül hastanın malına haklarının taalluk ettiğine hükmedilmiştir.⁶⁰⁷

Fakat vârislerin ölümcül hastanın malındaki haklarının, mülkiyet hakkı mı yoksa mücerred halefiyet hakkı mı olduğu İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bazı Hanefî hukukçular, *"Yüce Allah, ömrünüzün son anında, amellerinize ilave olsun diye malınızın üçte birini tasadduk etmenize izin verdi"*⁶⁰⁸ şeklindeki hadis ve ölümle sonuçlanan hastalıkla ilgili hükümlerden hareketle, vârislerin hakkının milk nitelikli bir hak olduğunu söylemişlerdir. Bu hukukçulara göre şayet vârislerin hakkı mülkiyet hakkı olmasaydı, esasen Allah'a yakınlaşmaya ve rızâsını kazanmaya sebep olan tasadduk, üçte birle sınırlandırılmazdı.

⁶⁰³ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,427; Debûr, *"Mahiyetü maradî'l-mevt"*, 90; Senhûrî, *Akdü'l-icâr*, 70.

⁶⁰⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XVIII,185-183.

⁶⁰⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,123-126.

⁶⁰⁶ Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, II,

⁶⁰⁷ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,427; Ahmed İbrahim, *Mecmûa*, 1077; Hatîb, *el-Hacr*, 51.

⁶⁰⁸ İbn Mâce, *"Vesaya"*, 5. إن الله تصدق عليكم، عند وفاتكم، بثلث أموالكم، زيادة لكم، في أعمالكم.

Binaenaleyh bu sınırlama ölümcül hastanın, malının üçte ikisindeki mülkiyetinin sona erdiğini göstermektedir.⁶⁰⁹

Dikkat edilirse bu görüşe kaynak olarak gösterilen hadis, böyle bir anlam ifade etmekten uzaktır. Hadisin asıl anlatmaya çalıştığı husus, diğer bir çok hadisten de öğrendiğimiz gibi, vârislerin başkalarına el açar vaziyette bırakılmasından ise, kendilerine yetecek konumda olmalarının daha iyi olduğu, dolayısıyla hasbeten-lillâh da olsa teberrûların terikenin üçte birini geçmemesidir. Yoksa bu durumun mülkiyetin zail olmasıyla bir ilgisi yoktur. Kaldı ki ölümcül hasta olan şahıs, iyileşip şifa bulursa, tasarrufları malvarlığının tamamından geçerli olmaktadır.⁶¹⁰ Diğer taraftan iddia edildiği gibi, ölümle sonuçlanan hastalık halinde vârisler için söz konusu edilen hak, nitelik itibariyle mülkiyet hakkı olsaydı, henüz hastalık ölümle sonuçlanmadan vârislerin mülkiyet tasarruflarında bulunabilmeleri gerekirdi ki, böyle bir durum söz konusu değildir.

Bu hususla da bağlantılı olmak üzere son asrın önde gelen hukukçularından merhûm **Mustafa ez-Zerkâ** (1999), ölümle sonuçlanan hastalık halinin iki sonuç doğurduğunu söylemektedir:⁶¹¹

a) Ölümcül hastalık, şahsiyetin son bulmasının ve ehliyet ve mülkiyetin nihayete ermesinin öncüsüdür/habercisidir.

b) Kişinin ölüm sonrası mallarının intikal edeceği vâris ya da alacaklıların, ölüm hastasının mallarında aynî haklarının sabit olmasıdır.⁶¹²

Bu ikinci sonuçtan hareketle **Mustafa ez-Zerkâ**, ölümle sonuçlanan hastalık öncesi yalnızca zimmete taalluk eden alacakların, bu hastalıkla birlikte şahsın hem zimmetine hem de malına birlikte taalluk ettiğini söyler. Zira ölümcül hasta, çalışıp kazanmaktan aciz düştüğü için hastanın zimmeti zayıflamıştır. Bunun bir sonucu olarak da alacağı güvence altına almak bakımından söz konusu hakkın, zimmet yanında mala da taalluk etmesi gerekmiştir.⁶¹³

Görüldüğü gibi **Zerkâ'nın**, esasen zimmete taalluk eden bir hakkın ölümcül hastalıkla birlikte aynî nitelikli bir hakka dönüştüğü şeklindeki görüşü, az önce işaret edilen bazı Hanefî hukukçuların, ölümcül hastanın malına hakkı taalluk eden vârislerin bu haklarının, mülkiyet hakkı olduğu şeklindeki görüşüyle paralellik arz etmektedir.

Ancak rahmetle andığımız bu büyük hukukçunun söz konusu yaklaşımı bizce isabetli değildir. Bir kere aynî haklar ile zimmete taalluk eden haklar hem mahiyet hem de hüküm bakımından farklıdır. Zira zimmete taalluk eden borçlar misliyle ödenirken, aynî borçlarda bu mümkün değildir. Diğer taraftan zimmete taalluk eden hakkın aynî hakka dönüşmesi de mümkün değildir. Kaldı ki aynî hak, muayyen olur. Halbuki alacaklıların hakkının, ölümcül hastanın mallarının hangisine taalluk ettiği bilinmemektedir. Öte yandan alacaklıların ölümle sonuçlanan bir hastalığa yakalanmış şahsın malına müteallik hakları, söz konusu hastalıkla birlikte aynî nitelik kazanmış olsaydı, ölümcül hastanın, emsal mehirle evlilik ve piyasa fiyatı üzerinden bedelli temlikî akidlerinin de geçerli olmaması gerekirdi. Bütün bunlardan da öte, alacaklıların hakkını güvenceye almak bakımından böyle bir yoruma ihtiyaç yoktur. Zira ölümcül hastanın tasarruflarının, vârisler ve alacaklıların hakkını koruma amacıyla hukuken sınırlandırılmış olması, söz konusu güvenceyi sağlamaya yeterlidir. Binaenaleyh Hanefî

⁶⁰⁹ Bkz. Kâsânî, *el-Bedâi'*, III,219. Varislerin, ölümcül hastanın malındaki haklarının mülkiyet hakkı mı, yoksa mücerred halefiyyet hakkı mı olduğu hususu için ayrıca bkz. Debûr, "*Mahiyetu maradî'l-mevt*",91 vd.

⁶¹⁰ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, IV,136.

⁶¹¹ Zerkâ, *el-Medhal*, II,804-805.

⁶¹² Zerkâ, a.g.e., II,804. هو أيضا مقدمة لثبوت الحقوق العينية في أموال المريض

⁶¹³ Zerkâ, a.g.e., II,805.

hukukçu **Merğînânî** (593/1197)'nin de ifade ettiği gibi alacaklıların hakkı, ölümcül hastanın muayyen bir malına değil, tüm malvarlığının kıymetine taalluk etmektedir.⁶¹⁴ Nitekim çağdaş İslâm hukukçularından bir çoğu da bunu açıkça beyan etmektedir.⁶¹⁵

d. Ölümcül Hastanın Tasarrufları

Ölümcül hastanın malî tasarrufları, istisnâî hükümlere tabidir ve sonuç bakımından nâkis ehliyetlilerin tasarrufları gibidir. Aslında ölümle sonuçlanan hastalık halinin böyle değerlendirilmesi hasta bakımından zarardır (mefsedet). Zira akıl ve rüşd açısından tam olmasına rağmen, bir takım tasarrufları sınırlandırılmış bulunmaktadır. Fakat öte yandan da bu tasarruflardan olumsuz etkilenebilecek şahıslar bulunmaktadır ki, bunlar bakımından da, söz konusu tasarrufların sınırlandırılmaması zarardır. Çünkü alacaklılar, alacaklarını tamamen ya da kısmen tahsil edemeyecekler; vârislerin ise, kanunî miras payları azalacak ve hatta aile bireyleri arasında geçimsizlik, çekememezlik, düşmanlık başgösterecektir. Dolayısıyla aynı anda hem maslahat hem de mefsedet hali ile karşı karşıyayız. Bu gibi durumlarda prensip itibariyle yararın sağlanıp zararın giderilmesi imkan dahilinde ise, bu yol benimsenir. Fakat bunların aynı anda tahakkuku mümkün olmaz ve zarar (mefsedet) da, yarardan (maslahat) daha büyük olursa, öncelikle zarar giderilmeye çalışılır.⁶¹⁶ İşte ölümcül hastalık halinde de, genel itibariyle tasarruflarının geçerli olduğu kabul edilmekle hastanın maslahatı; üçüncü şahısların (alacaklı ve vârisler) olumsuz etkilenmesinin söz konusu olduğu durumlarda, bazen bu kişilere tasarrufu kabul edip etmeme (icâzet) yetkisi verilerek, bazen de mutlak anlamda tasarrufun geçerliğinin terikenin üçte biriyle sınırlandırılması ile bu şahısların haklarını koruma ve onlardan zararı giderme yoluna gidilmiştir.⁶¹⁷

Hemen işaret edelim ki, ölümle sonuçlanan hastalığa yakalanmış şahsın tasarrufları, sırf tasarruftan etkilenen şahıslar bakımından ve etkilenme oranında hukukî sınırlamaya tabidir ve geçerlik kazanması bu şahısların onayına (icâzet) bağlıdır (mevkûf).⁶¹⁸ Nitekim hak sahiplerinin olumsuz etkilenmediği tasarruflar, aynen sıhhat halinde yapılmış tasarruflar gibi geçerlidir.⁶¹⁹ Söz gelimi ölümcül hastanın hiçbir vârisi ya da alacaklısı bulunmazsa, bu durumda teberrû nitelikli tasarrufları, Hanefîlere göre malının tamamından geçerlidir. Zira Hanefîlere göre hazine vâris olamaz.⁶²⁰ Şâfiîlere göre ise, bu durumdaki şahsın mallarına hazine (beytülmal) vâris olduğundan, teberrûlar terikenin ancak üçte birinden geçerlidir.⁶²¹ Esasen bu görüş ayrılığı da, vâris olmayan şahıslara tüm müslümanlar adına hazinenin (beytülmal) vâris olup olamayacağı tartışmasına, yani tasarruftan olumsuz etkilenecek gerçek veya tüzel bir kişinin bulunmasına dayanmaktadır.

⁶¹⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183. لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة.

⁶¹⁵ Bkz. Ali Hafîf, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 253; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 357; Debûr, "Mahiyetü maradî'l-mevt", 90.

⁶¹⁶ İbn Abdisselâm, *el-Kavâid*, I,74.

⁶¹⁷ İbn Abdisselâm, a.g.e., I,79.

⁶¹⁸ Krş. Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,427.

⁶¹⁹ Ahmed İbrahim, *Mecmûa*, 1077; Mahmasânî, *el-Mebâdi'*, 127-129.

⁶²⁰ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kurân*, III,30,33; Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,505; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,33-34; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, IV,156-158; Mecell, md.1596.

⁶²¹ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kurân*, III,30,33; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,154; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 364; Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,505; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,33-34; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, IV,156-158. İletin bu şekilde belirlenmesinin doğru olmadığı görüşü ve tahliller için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,358-360. Bu hususa *Mecell'ede* (md.1596) şu şeklide işaret edilmiştir: "Vârisi olmayan kişi maraz-ı mevte'de cemi' emvalini bir kimesneye ikrar ile nefy-i mülk etse sahih olup vefatından sonra terekesine emin-i beyt-ül-mal tarafından müdahale olunamaz."

⁶²² Bkz. Çeker, "Fıkıh'da Hasta", 52.

Ölümlle sonuçlanan bir hastalığa musab olmuş kişilerin kendisi ve bakmakla yükümlü bulunduğu şahısların zarurî ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik tasarruflarının tamamı geçerlidir. Çünkü her ne kadar malında, vâris ve alacaklıların hakkı söz konusu ise de, kendi hakkı bunlardan önce gelmektedir. Dolayısıyla normal ölçüyü aşmamak kaydıyla mesken, yeme-içme, giyim, eğitim ve sağlık giderleri gibi tasarruflarının tamamı geçerlidir.⁶²²

Bu giriş bilgilerinden sonra ölümcül hastanın tasarruflarını, tasarrufun niteliğine göre bedelli temlikî işlemler ve teberrular olmak üzere iki kısma ayırabiliriz. Ayrıca malla ilgili boyutu dikkate alınmak suretiyle ölümcül hastanın evlenmesi ve muhâlea akdi yapması da konumuz bakımından önemlidir.

aa. Bedelli Temlikî İşlemleri

Ölümcül hasta, alım-satım, kira gibi bedelli temlikî işlemlerde bulunabilir. Zira bu tür işlemlerden vârislerin ya da alacaklıların zarar görmesi mevzu bahis değildir. Çünkü vâris ve alacaklıların hakkı, ölümcül hastanın malvarlığının maliyetine taalluk etmektedir. Diğer bir ifadeyle üçüncü şahısların hakkı, aynî bir hak olmayıp zimmete müteallik haklardandır.⁶²³ Fakat bu tür işlemlerde normalin üstünde bir âldanma söz konusu ise, yani işlemde fâhiş gabn varsa; söz gelimi ölümcül bir hastalığa yakalanan şahıs kendine ait bir malı çok ucuza satmış ya da başkasından çok pahalıya mal satın almış ise (muhâbât), vâris ve alacaklıların itiraz hakkı bulunmaktadır.⁶²⁴ Bu gibi durumlarda her ne kadar işlem, hukukî yapı itibariyle bedelli temlik ifade etmekteyse de vasiyet hükümleri uygulanır.⁶²⁵ Zira *fil ehliyetinin temelini teşkil eden akıl ve rüşd bakımından tam olan bir kişinin, makul karşılanamayacak ölçüde âldanarak hukukî işlemde bulunması, vâris ya da alacaklılarını zarara sokma kasti taşıdığına kârîne teşkil eder*. Hukuk düzeni kötü niyeti himaye etmeyeceğine göre bu tür tasarruflar, bedelli temlikî akidlerden de olsa hukukî sınırlamaya tabi kılınır. Bu durumda öngörülen sınırlamaların, tasarrufun hukukî niteliği bakımından olmayıp, şahsın zarar kasti taşımasından dolayı olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla ölümcül hastalık sebebiyle öngörülen hukukî sınırlamalar, esas itibariyle üçüncü kişilerin doğrudan olumsuz etkilenecekleri hibe, vakıf, vasiyet, ikrar, ibrâ gibi teberrû akidleri için söz konusudur.

Ölümlle sonuçlanan hastalık hali ile ilgili tasarruf sınırlamalarının geçerli olduğu alan bakımından temel çerçeve bu şekilde olmakla birlikte **Ebu Hanîfe** (150/767), ölümcül hastanın vârislerinden biriyle yaptığı satım sözleşmesinin diğer vârislerin kabulüne (icâzet) bağlı olduğunu söylemektedir. Zira **Ebu Hanîfe**'ye göre *hukuka müteallik meselelerde töhmet dikkate alınır*. Dolayısıyla bir şahsın herhangi bir tasarrufu ithama açık ise, söz konusu tasarrufun fesadına hükmedilir.⁶²⁶

Bu temel ilkeden hareket eden **Ebu Hanîfe**, ölümlle sonuçlanan hastalık halinde vârisle yapılan her türlü muamelenin ithama açık olduğunu düşünmektedir. Hanefî hukukçulardan **Debûsî** (430/1039)'den⁶²⁷ öğrendiğimize göre bu hususta **Ebu Hanîfe**, ölümcül hastanın vârislerinden birisiyle yaptığı satım sözleşmesinde, bedeli hiç dikkate almamakta, hatta akde konu nesneyi piyasa fiyatının çok üstünde de satsa hükmün aynı

⁶²² Ali Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 250.

⁶²³ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183.

⁶²⁴ Şâfî, *el-Üm*, IV,126,135; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIX,55; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,114; İbn Abdîrâfî, *Muînu'l-hukkâm*, II,425; Mahmasânî, *el-Mebâdî*,127-129.

⁶²⁵ Şâfî, *el-Üm*, IV,135,136.

⁶²⁶ Debûsî, *Te'sîsü'n-nazar*, 44. كل من فعل فعلًا، ولم تكن التهمة في فعله، حكم بفساد فعله.

⁶²⁷ Debûsî, a.g.e., 45.

olduğunu söylemektedir. Çünkü muayyen bir malı söz konusu vârise satarak onu, diğerlerinden üstün tutmakla itham edilmesi mümkündür.

İmâmeyn ve **Şâfiî** (204/819)'ye göre ise bu tür işlemler geçerlidir.⁶²⁸

Mecelle'de de bu mesele söz konusu edilmiş ve şöyle bir maddeyle **Ebu Hanîfe'nin** ictihadı kanunlaştırılmıştır: "*Bir marîz maraz-ı mevtinde iken veresesinden birisine bir şey satsa diğer vârislerin icâzetine mevkûf olup marîzin vefatından sonra icâzet verilerse nâfiz olur, vermezlerse nâfiz olmaz.*"⁶²⁹

Kadri Paşa (1306/1888), satım sözleşmesinin piyasa fiyatından yapılmış olması, yani herhangi bir zararın söz konusu olmaması durumunda da aynı hükmün geçerli olduğunu belirtmektedir.⁶³⁰

Aile bireylerinin birbirlerine ve dâr-ı bekâya intikal eden mûrislerine karşı saygılı hareket edip olumsuz söz ve fiillerde bulunmaması; kardeşlik içinde, kin, nefret, düşmanlık, kıskançlık gibi tutum ve davranışlardan uzak bir hayat sürmelerini sağlamaya yönelik hassasiyetin ürünü olduğu anlaşılan bu ictihad, kanaatimizce maslahat ve mekâsıda dayalı yorum çerçevesini biraz aşmıştır. Zira normal hallerde piyasa fiyatından yapılmış bir hukukî işlem, -bu işlem vârislerden biri ya da bir kısmıyla da yapılsa- vârislerin zarar görmesi düşünülemez. Çünkü bu durumda kanunî miras paylarının azalması gibi bir mahzur bulunmamaktadır.

Bununla birlikte **Debûsî** (430/1039)'nin gerekçelendirmesinde (ta'îl) de görüldüğü gibi, söz konusu hukukî işlemin ardında vârislerden birini diğerlerinden üstün tutma arzusunun söz konusu olduğu hallerde bu ictihad fevkalâde yerindedir. Fakat ölümcül hastanın kötü niyetli olduğundan söz edebilmek için, satım konusu nesneyi, diğer vârisler de aynı paraya satın alma talebinde bulunmalarına rağmen, kabuledilebilir bir gerekçe ileri sürmeden kendi belirlediği vârise satmada ısrar etme veya diğer vârislerin -ekonomik durumları gereği- veremeyecekleri bir bedel tayin etme gibi objektif karinelerin olması gerekir. İşte böyle bir durum söz konusu olduğunda, bahse konu satım sözleşmesinin diğer vârislerin kabulüne bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Ancak böyle bir sınırlamanın, ölümcül hastanın makul bir gerekçeye dayanmaksızın vârislerden birinde ısrarlı davranmasının ya da diğerlerinin alamayacağı şekilde fiyatı yüksek tutmasının sonucu olduğunu dikkatten kaçırmamak gerekir. Çünkü *bir maslahata dayanmayan ısrar, zarar kastı karinesi olarak değerlendirilir.*

bb. Evlenmesi ve Muhâleada Bulunması

Ölümcül hastanın evliliği **İmâm Mâlik** (179/795)⁶³¹ dışındaki cumhur İslâm hukukçularına göre geçerlidir.⁶³² Zira evlilik bir insanın aslî ihtiyaçlarındandır. Temel ihtiyaçların giderilmesi noktasında ölümcül hastanın maslahatı, vâris ve alacaklıların maslahatına göre önceliklidir ve daha üstündür.⁶³³

Malî bir tasarruf olmaması dolayısıyla evliliğin esasen konumuzla bir ilgisi yoktur. Ancak nikahın malı da ilgilendiren bir yönü bulunmaktadır ki, o da mehir miktarının tespiti ve

⁶²⁸ Debûsî, a.g.e., 45.

⁶²⁹ *Mecelle*, md.393.

⁶³⁰ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 358.

⁶³¹ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV,373, V,350.

⁶³² Şeybânî, *el-Hucce*, III,495-496,498; Şâfiî, *el-Üm*, IV,137; Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,115; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXII,17; Debûr, "*Mahiyetü maradî'l-mevt*", 90-96; Sâmerî, "*Maradu'l-mevt*", 75-76.

⁶³³ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183.

eşin miras hakkıdır. Nitekim İslâm hukukçularının bu noktada evlenme hakkının kötüye kullanılmasından endişe duydukları görülmektedir.⁶³⁴ Şöyle ki, evlilik beraberinde mehir ve verâseti de getirdiği için, bu iki yolla mirasçılardan kanunî miras haklarının azalması söz konusudur. Fakat diğer taraftan da kişinin hasta da olsa evlenmek en tabii haklarından. İşte bu iki hakkın dengede tutulması ve kimsenin zarar görmemesini sağlamak amacıyla Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine mensub hukukçular ile diğer bazı fakihlerin, belirlenen mehir miktarının emsal/rayic mehir (mehr-i misil) olması durumunda, hem evliliğin hem de tayin edilen mehirin (mehr-i müsemmâ) geçerli olduğunu; ancak, belirlenen ya da verilen mehir emsal mehirden fazla ise, fazla kısım için, vârislerin veya alacaklıların hakkına tecavüz söz konusu olduğundan vasiyet hükümlerinin uygulanacağını söylemişlerdir. Yani emsal mehirden fazla olan kısım, terikenin üçte birini aşarsa, aşan miktarın geçerliliği hak sahiplerinin (vârisler ve alacaklılar) kabulüne bağlıdır.⁶³⁵ Nitekim *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nde de bu mesele aynı şekilde düzenlenmiştir. "*Bir kimse maraz-ı mevtinde tezevvüc eylediği surette mehr-i müsemmâ zevcenin mehr-i misline müsâvî ise zevce onu terikesinden ahzeder. Ziyade ise fazlası hakkında vasiyet hükmü cereyan eder.*"⁶³⁶

Ölümlle sonuçlanan hastalıkla ilgili mülkiyet sınırlamaları meselesinde nikahla irtibatlı diğer bir sınırlama ise, muhâlaa akdinde kendini gösterir. Mehirden vaz geçme ya da malî bir bedel karşılığında kadının kocasından boşanması demek olan muhâlaa, kadın ölümcül hasta iken yapılacak olursa vasiyet hükümlerine tabi olur. Çünkü hul' bedeli, kadın açısından kocaya yönelik bir teberrû olması sebebiyle bu işlemde vârisler ve alacaklıların olumsuz etkilenmesi söz konusudur. Dolayısıyla teferuata yönelik bazı farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, mehir miktarıyla ilgili hukukî mevzuat, aynen hul' bedeli için de geçerlidir.⁶³⁷

cc. Teberrûları

İslâm hukukçuları ölümcül hastanın teberrûlarını vasiyete kıyasla değerlendirmişlerdir. Bu hususu, haklarının zayı olması ya da eksilmesinden korunması amacıyla hukukî sınırlamaların öngörüldüğü şahıslardan hareketle iki kısma ayırmak mümkündür:⁶³⁸

1. *Ölümcül hastalığa yakalanan kişinin borçlarının bulunması.* Bu durumda şahıs ya borca batıktır, yani borçları tüm malvarlığını kuşatmaktadır, ya da borçlu olmakla birlikte, borç miktarı bu seviyede değildir.

a) *Ölümcül hastanın borçları tüm malvarlığını kuşatacak seviyede ise, hibe, vakıf, vasiyet gibi teberrû nitelikli işlemlerinin tamamı alacaklıların onayına (icâzet) bağlıdır; kabul ederlerse geçerli, aksi takdirde bâtil olur.* Bu hususta İslâm hukukçuları ittifak halindedirler.⁶³⁹

Temlikî akidleri ise, piyasa fiyatından (semen-i misil) yapılmışsa aynen geçerlidir. Fakat piyasa fiyatının altında yaptığı temlikî akidler, zararlı işlem (muhâbât) kabul edilir ve bu durum telafi edilmeden hasta ölecek olursa, hak sahipleri aradaki farkı müşteriden tahsil

⁶³⁴ Bkz. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 152.

⁶³⁵ Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,115 ; Debûr, "*Mahiyetü maradî'l-mevt*", 90-96; Sâmerri, "*Maradu'l-mevt*", 75-76.

⁶³⁶ Hukûk-ı Aile Kararnamesi, md.88. Krş. Çeker, "*Fıkıh'da Hasta*", 48-49.

⁶³⁷ Teferruat için bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,115-116. Krş. Çeker, "*Fıkıh'da Hasta*", 50-51.

⁶³⁸ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, II,806-807; Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, 250 vd.; Çeker, "*Fıkıh'da Hasta*", 51vd. Bu hususta değişik tasnifler için bkz. Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV,427-433; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,164; Debûr, "*Mahiyetü maradî'l-mevt*", 93-96.

⁶³⁹ Makdisî, *el-Udde*, 283; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,164.

ederler. Alıcı aradaki farkı ödemek istemezse akid feshedilir.⁶⁴⁰ Bu meselede zararı telafi bakımından değişik çözüm önerilerinde bulunan hukukçular da olmuştur.⁶⁴¹

b) *Şayet borçları tüm malvarlığını kuşatacak kadar değilse*, yani terikeden borçlar ödendikten sonra geride mal kalıyorsa, borçlar ödendikten sonra kalan malın üçte birini geçmeyecek miktardaki teberrûlar geçerlidir. Fakat bu ölçüyü aşan teberrûlar, vârislerin kabulüne bağlıdır. Piyasa fiyatının altında bir fiyatla yaptığı temlikî akidler de, terikeden borçlar ödendikten sonra kalan malın üçte birinden karşılanacak durumda ise geçerlidir; aksi takdirde ya alıcı aradaki farkı öder ve işlem geçerli sayılır ya da akid feshedilir.⁶⁴²

2. *Ölümcül hastalığa yakalanan kişinin borçlu olmaması*. Bu durumda sırf vârislerin hakkından söz etmek mümkündür. Vârisler açısından ölümcül hastanın teberrûlarını da aynı şekilde ikiye ayırabiliriz:

a) Vârisler dışında herhangi bir kişiye yaptığı teberrûlar üçte bir oranında geçerlidir. Bu miktarı geçen teberrûlar ise, vârislerin kabulüne bağlıdır.⁶⁴³

b) Vârislerden birine yaptığı teberrûlar ise, İslâm hukukçularının cumhuruna göre, teberrû oranı ne olursa olsun, diğer vârislerin kabulüne bağlıdır (icâzete mevkûf).⁶⁴⁴ Çünkü Hz. Peygamber (sav), kanunî mirasçılardan her birinin miras hisselerini açıklayan âyet nâzil olduktan sonra, "Dikkat edin! Allah her hak sahibinin hakkını beyan etti, artık vârise vasiyet yoktur"⁶⁴⁵ buyurmuştur. Şâfiî hukukçulara göre ise, yabancıya (vâris olmayan) yapılan tasarrufların geçerliliği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamakta, diğer yandan sahih kabul edilen görüşe göre vârislere yapılan teberrûlar da geçerli sayılmaktadır.⁶⁴⁶ Bir rivayete göre **Ahmed b. Hanbel** (241/855) de bu görüştedir.⁶⁴⁷ İlk dönem hukukçularından **Şa'bî** (104/722), **Hasan-ı Basrî** (110/728)⁶⁴⁸ ve **Evvâzî** (157/773)'nin⁶⁴⁹ de aynı kanaatte olduklarını görmekteyiz. Ancak burada vâristen kasıt, Hanefîlere göre ölümcül hastanın vefatı anında ona vâris olabilen şahıslarken⁶⁵⁰, Mâlikî hukukçulara göre ise, tasarrufun cereyan ettiği anda vâris olanlardır.⁶⁵¹

Vârisler lehine yapılan teberrûlar konusunda **İbn Teymiyye** (728/1327) farklı bir noktaya temas etmektedir.⁶⁵² Şayet ölümcül hasta olan koca, karısına teberrûda bulunmuş ise, diğer vârisler bunu kabul etmeliler. Dolayısıyla *çocukların anneleri lehine yapılmış bu*

⁶⁴⁰ *Mecelle*, md.395; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.361. Bu meseleyle ilgili değişik çözüm önerileri için bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,114.

⁶⁴¹ Bu meseleyle ilgili değişik çözüm önerileri için bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,114; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,164.

⁶⁴² *Mecelle*, md.394; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.360.

⁶⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, XVIII,24-25; Merğînânî, *el-Hidâye*, III,184; Makdisî, *el-Udde*, 283; Mer'a b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 174; İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 46-47; Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XII,287; Kal'âci, *Fikhu'n-Nehâi*, II,78; *Mecelle*, md.1601.

⁶⁴⁴ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 116; Serahsî, *el-Mebsût*, XVIII,24-25; Merğînânî, *el-Hidâye*, III,184; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,280-281; Makdisî, *el-Udde*, 283; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,171; İbn Receb, *el-Kavâid*, 97; Mer'a b. Yûsuf, *Delîlü't-tâlib*, 174; İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 46-47; Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XII,287; Kal'âci, *Fikhu'n-Nehâi*, II,78; *Mecelle*, md.1598.

⁶⁴⁵ Buhârî, "Vesâyâ", 6; Ebu Dâvud, "Vesâyâ", 6; "Buyû", 88; Tirmizî, "Vesâyâ", 5; Nesâî, "Vesâyâ", 5; İbn Mâce, "Vesâyâ", 6; Dârimî, "Vesâyâ", 28; Ahmed, *Müsned*, IV,186,187,238,239; V,267. *ألا لا وصية لوارث* ألا لا أعطى لكل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث. Hadisin değişik varyantları ve rivayet ilimleri açısından değerlendirilmesi için bkz. Şâfiî, *er-Risâle*, 140-142 (Muhakkık Ahmed Şâkir'in notları).

⁶⁴⁶ Gazzâlî, *el-Vasîf*, III,320. *وحالة المرض حالة انتفاء التهم*

⁶⁴⁷ İbn Receb, *el-Kavâid*, 97.

⁶⁴⁸ Beğavî, *Şerhu's-sünne*, V,290-291.

⁶⁴⁹ Cebûrî, *el-Evvâzî*, II,162.

⁶⁵⁰ Şâfiî, *el-Üm*, IV,143; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,525-526; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,337; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,64; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II,137. Krş. *Mecelle*, md. 1599.

⁶⁵¹ İbn Abdîrrafî', *Muînu'l-hukkâm*, II,425. *ويراعى فعل المريض يوم الفعل لا يوم الحكم*.

⁶⁵² İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,171.

teberrûyu kabul etmeleri vicdânî ve ahlâkî bir gerekliliktir. Fakat kabul etme hususunda asla zorlanamazlar⁶⁵³; çünkü Hz. Peygamber (sav), "vârise vasiyet yoktur" buyurmuştur.

Görüldüğü gibi **İbn Teymiyye**, eşler arası duygusal ve özel durumu dikkate almakta ve bu hususta hukuken olmasa bile ahlâken bir muafiyetten söz etmektedir.

Teberrûlarla ilgili olarak söylenen hususların tamamı vâris lehine ikrarlar için de aynen geçerlidir. Çünkü *bir hakkın iptaline sebep olan ikrarlar hukuken geçersizdir* ki, ölümcül hastalık halinde yapılan ikrarlar da bu kapsamdadır.⁶⁵⁴ Hatta Hanbelî hukukçulara göre, ölümcül hastanın, vâris olmayan yabancı birisine yaptığı ikrarlar aynen sıhhat halinde iken yapılanlar gibi olmakla birlikte, vâris lehine yaptığı ikrarlar bâtıldır.⁶⁵⁵ Hanbelî hukukçulardan oğul **Ebu Ya'lâ** (526/1131), bu meselede **Ahmed b. Hanbel** (241/855)'den farklı bir görüş bulunmadığını söylemekte ise de⁶⁵⁶, **Hırakî** (334/945), ikrarın mesnedinin bilinmesi, yani lehine ikrarda bulunulan vârislerin delil ikâme etmeleri durumunda ikrarın geçerli olduğunu belirtmektedir.⁶⁵⁷

Son dönem İslâm hukukçularından **İbn Âbidîn** (1252/1836), vâris lehine ikrar yetkisinin, diğer mirasçıları mağdur etmek ve kanunî miras sistemini ortadan kaldırmak amacıyla çokça kötüye kullanıldığına dikkat çekmekte ve bu tür gayrı meşrû amaç ve uygulamalara fırsat vermeme bakımından yargılama usulü itibariyle, mukirrin ikrarında yalancı olduğu ya da lehine ikrarda bulunulan şahsın esasen böyle bir hakkının bulunmadığı iddiası lehindeki delillerin hükme esas alınması gerektiğini söylemektedir.⁶⁵⁸ Kötü niyetin himaye görmemesi bakımından bu görüş, fevkalâde isabetlidir.

Ölümcül hastanın vârisler lehine tasarruflarının geçerli olup olmamasıyla ilgili bu tartışma, hastalık halinin töhmet sebebi sayılıp sayılmamasıyla ilgilidir. İslâm hukukçularının cumhuruna göre, vârislerden birine yapılan teberrûların diğer vârislerin kabulüne bağlı olması, vasiyet hakkının kötüye kullanılarak, vârislerden bir kısmının, vasiyetle kanunî hissesinin arttırılarak diğerlerine üstün tutulmasını ve böylece aile bireyleri arasına kin, nefret, kıskançlık, çekememezlik tohumlarının ekilmesini önleme amacına yöneliktir (*sedd-i zerfa*).⁶⁵⁹ Yani ölümcül hastalık, töhmet sebebidir ve bu şekilde hasta olan kimse, tasarruflarında zarar kastıyla hareket etme suçlamasıyla (töhmet) karşı karşıyadır. *Binaenaleyh ölümle sonuçlanan bir hastalığa yakalanan kişinin, töhmet altında bulunduğu her türlü tasarrufu, başkalarının hakkının taalluk etmesi sebebiyle hukuken sınırlandırılmıştır.*⁶⁶⁰

Esasen aynı gerekçeden, yani ölümcül hastanın teberrûlarının geçerli sayılmamasının, vârislerinden bir kısmını diğerlerine üstün tutmak istemesi/kayırması gerekçesinden hareket eden Şâfiî hukukçular ise, ölümle sonuçlanan hastalıkla birlikte artık töhmetten söz edilemeyeceğini ve bu halin, töhmetin son bulunduğu hal olduğu, dolayısıyla hükmün gerekçesinin mevcut olmadığı görüşündedirler.⁶⁶¹

⁶⁵³ İbn Teymiyye, a.g.e., XXXI,171. وينبغي للأولاد أن يقرروا أمهم، ويجيزوا ذلك لها، لكن لا يجيزون على ذلك.

⁶⁵⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, III,183-184.

⁶⁵⁵ Ebu Ya'lâ, *Kitâbü't-temâm*, II,55.

⁶⁵⁶ Ebu Ya'lâ, a.g.e., II,55.

⁶⁵⁷ Hırakî, *el-Muhtasar*, 100.

⁶⁵⁸ İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VIII,333-334.

⁶⁵⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, II,807.

⁶⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XVIII,24-25,186; Kal'âcî, *Fikhu'n-Neaî*, II,78; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,165. Ahmed ez-Zerkâ bu hususu şöyle ifade etmiştir: إن التهمة إذا تكمنت من فعل الفاعل، حكم بفساد فعله. Bkz. *Şerhu'l-kavâid*, 297.

⁶⁶¹ Gazzâlî, *el-Vasîf*, III,320.

Ölümcül hastalık haline özgü öngörülen hukukî sınırlamalardan bir diğeri de, alacaklıların birden çok olması durumunda ölümcül hasta olan borçlunun, alacaklılardan bir kısmını diğerlerine tercih ederek ona olan borcunu ödemesinin geçerli olmamasıdır. Zira bu işlem diğer alacaklıların hakkının iptal olması sonucunu doğurur.⁶⁶²

Ölümlle sonuçlanan bir hastalığa yakalanmış kişinin, üçüncü şahısların hakkını olumsuz etkileyen ve bu sebeple geçerlik kazanması onların kabulüne bağlı olan tasarruflarını, hak sahipleri (vârisler ve alacaklılar), küllî ya da kısmî iptal veya olduğu gibi kabul etme yetkisine sahiptirler. Dolayısıyla maslahatlarına en uygun gördükleri seçeneği kendileri tayin edeceklerdir.

Buraya kadar sözü edilen tasarruf sınırlamaları, İslâm hukukçularının cumhuruna göredir. Hukukî meselelerde lafzî yorumu benimseyen Zâhiriyye mezhebine göre ise, ölümcül hastalık halinin, kişinin tasarruflarının geçerliliğine hiçbir etkisi yoktur. Binaenaleyh ölümcül hasta, bütün hukukî düzenlemelerde aynen sağlam/sihhatli insanlar gibidir.⁶⁶³

Ölümlle sonuçlanan bir hastalığa yakalanan kişinin tasarrufları ile ilgili hukukî sınırlamalar hususunda, İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf konusu itlak-takyid bakımından değerlendirilirken işaret edilen ilkeler aynen geçerlidir. Her şeyden önce ölümcül hastalık halinde öngörülen bazı tasarruf sınırlamaları, bu durumda bulunan kişinin, hakkını kötüye kullanarak vâris ve alacaklılarına zararı dokunacak tasarruflarda bulunabilmesi endişesi, kısaca töhmet altında bulunmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sınırlamalar yalnızca böyle bir halin söz konusu olduğu durumlar ve şahıslar için geçerlidir. Mahiyet itibariyle tasarruf töhmeti gerektirmiyorsa veya tasarrufta bulunulan şahıs, ölümcül hasta bakımından kayırılması düşünülebilecek kişilerden değilse, herhangi bir sınırlamadan söz edilemez. Bunun yanında tasarrufun niteliği veya ilgili şahıs bakımından töhmet, mevzu-ı bahis olmakla birlikte, tasarrufun vâris ve alacaklılara zararı yoksa, yine sınırlamadan söz edilmeyecektir. Diğer yandan sınırlamalar, vâris ve alacaklıların haklarının korunması oranında, yani ihtiyaç nisbetinde tutulur. Bunun dışında genel mülkiyet hükümleri gereği, kâmil fiil (edâ) ehliyetine sahip bulunan ölümcül hasta, her türlü muamelede bulunabilir.

Bu arada ölümlle sonuçlanan hastalık halini bir makaleyle ele alan **Enver Mahmûd Debûr**, ölümcül hastalık halinin, kastî ya da gayri kastî zararla sonuçlanacak tasarruflara uygun bir vasat oluşturması ve bu sebeple vâris ve alacaklıların haklarını koruma bakımından bazı hukukî tasarruf sınırlamalarının öngörülmesi şeklinde bir yaklaşıma İslâm hukuku dışındaki hukuk sistemlerinde rastlayamadığını, dolayısıyla bu meselenin İslâm hukukuna has olduğunu söyler.⁶⁶⁴

Ölümcül hastalık haline bağlı mülkiyet sınırlamalarını nihayete erdirirken, bir hususa daha temas etmek istiyoruz.

dd. Ölümcül Hastalık Açısından Hamilelik

İlk dönemlerden başlamak üzere bazı hukukçuların ve özellikle de *Mâlikî fakihlerin hamileliği, ölümcül hastalık olarak değerlendirdikleri* ve hamile kadının tasarruflarına sınırlamalar getirdiklerini görmekteyiz. Söz gelimi *Mendine'nin* fakihî **İmâm Mâlik** (179/795), hamile kadının malî tasarrufları konusunda şunları söylemektedir: "*Hamile kadının vasiyet vb. malî tasarruflarının cevaz ya da ademi cevazı hususunda duyduklarımın*

⁶⁶² Merğînânî, *el-Hidâye*, III,184.

⁶⁶³ Bkz. İbn Hazm, *el-Muhalâ*, VII,106, VIII,403 vd. Ölümcül hastalığa yakalanan kişinin tasarruflarının aynen sihatli insanın tasarrufları gibi olduğunu söyleyenler ile aksi görüşte olanların delilleri ve bunların değerlendirmesi için bkz. Debûr, "*Mahiyetü maradî'l-mevt*", 85-89; Ebu Zehra, *İbn Hazm*, 513-528.

⁶⁶⁴ Debûr, a.g.mkl.,75.

*en güzeli, hamileliğin aynen hastalık gibi olduğudur. Eğer hastalık hafif olup ölümle sonuçlanma korkusu yoksa, bu şahıs, malında dilediği gibi tasarrufta bulunur. Fakat hastalık ölümcül ise, malındaki tasarrufları terikenin üçte birinden geçerlidir. İşte hamile kadın da aynen böyledir. Hamileliğin başlangıcı, ne hastalık ne de korkulacak bir hal olup, bilakis müjde ve sevinçtir. Ne var ki hamilelik ağırlaşınca, kadının, malının üçte birini aşan tasarrufları caiz olmaz. Hamileliğin ağırlaştığı ise, altı aylık olmasıyla bilinir. Binaenaleyh hamileliğin altı ayını doldurmasından itibaren hamile kadının malî tasarrufları, malının tamamından değil üçte birinden (1/3) geçerlidir.*⁶⁶⁵

Bu meselede **İmâm Mâlik** yalnız olmayıp **Saîd b. Müseyyib** (91/709), **Atâ b. Ebî Rabâh** (115/733), **Katâde** (117/735) ve **İshâk b. Râhûye** (237/851) de aynı kanaattedirler.⁶⁶⁶ Bu arada **Kâdî Şurayh**'ın da hamile kadının tasarruflarının malının üçte birinden geçerli olduğunu söylediği nakledilmektedir.⁶⁶⁷ **İshâk b. Râhûye** herhangi bir süre tayininde bulunmaksızın hamileliğin ağırlaşması şeklinde bir ölçü koyarken, diğer fakihler hamileliğin altı aylık olması gerektiğini belirterek **Mâlik**'le aynı görüşü paylaşmışlardır. Yani hamile kadının malî tasarruflarının ölüm hastasının tasarrufları gibi değerlendirilebilmesi için hamlin altı aylık olması şarttır. Kriter olarak altı ayın belirlenmesi ise, hamileliğin asgarî süresinin altı ay kabul edilmesi sebebiyledir.⁶⁶⁸

Öte yandan İslâm hukukçularının bir kısmı ise, prensipte hamileliğin ölümcül hastalık gibi değerlendirilmesini kabul etmekle birlikte, bunun için hamile kadının ağır doğum sancısı çekiyor olması gerektiğini söylerler. Zira ancak bu durumda hamilelik sebebiyle kadının ölüm tehlikesi ile karşı karşıya olduğundan söz edilebilir. **İbrahim en-Nehâî** (96/714), **Mekhûl** (118/736), **Yahya b. Saîd el-Ensârî** (144/761), **Evvâî** (157/773), **Süfyân es-Sevrî** (161/777), **İbnü'l-Münzir** (236/850)⁶⁶⁹ gibi ilk dönem hukukçuları bu kanaattedirler.⁶⁷⁰

Öte yandan tâbiûn döneminin önde gelen âlimlerinden **Hasan-ı Basrî** (110/728), **Zührî** (124/741)⁶⁷¹ gibi hukukçular başta olmak üzere çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçularına göre ise, hamileliğin malî tasarruf yetkisine hiçbir etkisinin bulunmamaktadır; binaenaleyh hamilenin teberrûları diğer sağlam insanların teberrûlarıyla aynı hükme tabidir.

Aynı zamanda **İmâm Mâlik**'in de talebesi olan **İmâm Şâfiî** (204/819), hamile kadının teberrûları konusunda şunları söylemektedir: "*Hamilenin teberrûları caizdir. Fakat doğum ya da düşük sebebiyle ağır sancı çekmesi durumunda, kadının ölüm tehlikesiyle karşı karşıya bulunması söz konusu olur. Diğer taraftan hamilelikle ilgisi olmayıp herkesin karşılaşılabileceği bir hastalığının bulunması durumunda teberrûları ölüm hastasının teberrûları gibi kabul edilir. Bu arada kadın doğum yapar, fakat ağır doğum sancılarının devam etmesi, aşırı kanama, oluşan yaradan dolayı sancı içinde kıvrınma gibi korkulacak bir hal bulunursa, bu durumdaki teberrûları ölüm hastasının teberrûları gibidir; böyle bir hal yoksa diğer sağlam insanların teberrûları gibidir.*"⁶⁷² Aynı meseleye vasiyet münasebetiyle tekrar temas eden **Şâfiî**, burada ise şunları söyler: "*Her insanın karşılaşılabileceği ve iyileşme*

⁶⁶⁵ Muvatta, "Vasiyye", 4. الحامل كالمريض.

⁶⁶⁶ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,110.

⁶⁶⁷ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, IV,142. (Mahmud Mataracı, Saîd b. Mansûr'un Sünen'inden).

⁶⁶⁸ Bkz. Muvatta, "Vasiyye", 4; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,110.

⁶⁶⁹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,110.

⁶⁷⁰ Şâfiî, *el-Üm*, IV,142.

⁶⁷¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,110.

⁶⁷² Şâfiî, *el-Üm*, IV,142.

*ümidi olmayan bir hastalığa yakalanma (ölüm hastalığı) veya ebelerin önüne oturup doğum sancılarının başlaması durumu dışında hamile kadının vasiyeti caizdir.*⁶⁷³

Hanbelî hukukçulardan **İbn Kudâme** (620/1223), hamilenin malî tasarrufları meselesinde İmâm **Şâfiî**'nin iki ayrı görüşü bulunduğunu; bunlardan ilkinde göre doğum ya da düşük sebebiyle kadının ağır sancı çekmesi durumunda -bu durumda ölüm tehlikesinden söz etmek mümkün olduğundan- ölüm hastası gibi değerlendirileceğini; ikinci görüşe göre ise, hamile ile diğer sağlam insanlar arasında teberrû ehliyeti bakımından herhangi bir fark bulunmadığını yazar.⁶⁷⁴ Kendisi de hamile kadının ancak ölmesinden korku duyulacak şekilde ağır doğum sancuları çekmesi durumunda ölüm hastası gibi değerlendirilebileceğini, bundan önce ise adeten bu boyutta bir sancıdan sözedilemeyeceğini, sırf bir takım uzak ihtimallerden hareketle hüküm vaz etmenin doğru olmadığını ifade etmektedir.⁶⁷⁵

Ancak **Şâfiî** (204/819)'ye ait yukarıdaki ibareler dikkatlice okunduğunda aslında onun bu meselede iki ayrı görüşünün olmadığı görülür. Şöyle ki, **Şâfiî**'ye göre mücerred hamileliğin şahsın tasarruflarına hiçbir etkisi yoktur, teberrû nitelikli işlemlerinin tamamı diğer sağlam şahısların teberrûları gibidir, yani geçerlidir. Fakat hamilelik dışında kadının herhangi bir hastalığı söz konusuysa, hamile olduğu için değil fakat, -şartları tahakkuk etmiş ise- ölümle sonuçlanan hastalık sebebiyle malındaki teberrû nitelikli tasarruflarının, malvarlığının üçte birinden geçerli olduğuna hükmedilir.

Dikkat edilirse bu hükmün gerekçesi hamilelik değil, ölümcül hastalıktır. Kaldı ki ölümcül hastalığa maruz kalma, sırf hamilelere mahsus olmayıp tüm insanlar için söz konusu olabilecek bir haldir. İşte bu noktada İmâm **Şâfiî**, hamile kadının doğum ya da düşük sebebiyle ağır sancı içinde kıvranıyorsa olması durumunda, bu halin ölüm tehlikesiyle karşı karşıya olma şeklinde değerlendirilmesinin mümkün olduğunu, dolayısıyla teberrûlarının malının üçte birinden geçerli sayılacağını söylemektedir.⁶⁷⁶ Dolayısıyla **Şâfiî**, hamilenin teberrûları konusunda iki ayrı görüş sahibi değildir. Kaldı ki **Şâfiî**'nin ölümle sonuçlanan hastalık olarak değerlendirmenin mümkün olduğunu söylediği durumda, yani kadının doğum veya düşük sebebiyle sancı içinde kıvrandığı anda, artık hamilelik sona ermiş bulunmaktadır. Hamilelikle ilgili olarak **Şâfiî** yalnızca, ağır doğum sancısı çekme halini ölümcül hastalık olarak görmektedir. Binaenaleyh sırf bu durumda ve oldukça sınırlı bir süre için tasarruf sınırlamasından söz etmek mümkün olmaktadır.

Hamileliğin ölümcül hastalık gibi mütala edilmesi ve hamile kadının teberrûlarının malının üçte birinden geçerli olduğuna hükmedilmesi doğru değildir. Kaldı ki tıbben ve örfen hamilelik hastalık kabul edilmemektedir. Belki ağır doğum sancuları çeken bir kadının, sırf bu süreyle sınırlı olmak üzere -elbette o anda bunu düşünebilecek durumda ise- teberrûlarına sınırlama getirilmesi düşünülebilir. Ancak hamilelik ile ölümle sonuçlanan hastalık hali arasında doğrudan herhangi bir ilgi bulunmamaktadır. Binaenaleyh hamile kadının her türlü malî tasarrufları aynen diğer sağlam insanların tasarrufları gibi geçerlidir. Genel tasarruf sınırlamaları dışında hamileliğe bağlı özel bir hukukî sınırlama söz konusu değildir.

Şu halde İslâm hukukunda herhangi bir hakkın kullanımı ve onda tasarruf hususunda tek belirleyici, hak sahibinin tasarruf ehliyetine sahip bulunması değildir. Bunun yanında hakda tasarrufun, başkalarının açık bir şekilde zararına yol açmaması da gerekmektedir. Bu zarar bazen, ışığa, güneşe mani olma gibi somut bir şekilde kendisini gösterdiği gibi, bazen de herhangi bir hakda eksilmeye yol açma, hakkın elde edilmesinin gecikmesi şekillerinde

⁶⁷³ Şâfiî, a.g.e., IV,155.

⁶⁷⁴ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,110.

⁶⁷⁵ İbn Kudâme, a.g.e., VI,110.

⁶⁷⁶ Şâfiî, *el-Üm*, IV,142,155.

kendisini gösterir. İşte borçlunun, müflisin ve ölümcül hastanın tasarruflarının üçüncü şahıslar bakımından yarattığı etki ikinci türden bir etkidir.

Aslında borçlu, müflis ve ölümcül hastayla ilgili olarak herhangi bir tasarruf sınırlamasına gitmeyi gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Zira bu insanlar ehliyet bakımından tamdırlar. Ancak sözü edilen haller, kişinin töhmet altında bulunduğu hallerdir. Çünkü bu tür hallerde şahıs, hileli iflasa başvurma, malından bol miktarda teberruda bulunma gibi yollara varis ve alacaklılarının zarar görmesine sebep olacak tasarruflarda bulunabilmektedir. Dolayısıyla İslâm, müslümanın töhmetten uzak bir hayat yaşamasını yalnızca ahlâkî boyutta ele almamış, üçüncü şahısların haklarını koruma bakımından bu durumu, hukuk alanına da taşımıştır. Nitekim İslâm hukukunda özel mülkiyetin fert yararına sınırlamalarının önemli bir bölümü bu sebebe dayanmaktadır.

Bu arada İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf yetkisinin, yine fert yararına olmak üzere başka bir takım kanunî sınırlamalarından da söz edildiğini görmekteyiz.

E. FERT YARARINA DİĞER BAZI KANUNÎ SINIRLAMALAR

Bu başlık altında kadının teberrû ehliyeti, zekât malında tasarruf, ebeveyn ve çocuklar arası maddî ilişkilerde adâlet ve vasiyet konuları özel mülkiyet sınırlamaları açısından ele alınacaktır.

1. Kadının Teberrû Ehliyeti

Eski *Yunan* ve *Roma* hukukunda kadınlar, tüm hayatları boyunca mahcûr yaşarlardı. Akıl bakımından noksan kabul edildikleri için sırf kadın olmaları sebebiyle medenî haklarını kullanma ehliyetleri sınırlandırılmıştı. Kadınlar reşid olsalar bile bütün hayatları süresince bu kısıtlamaya tabi idiler. Eğer başka birisinin hakimiyeti altında değillerse kendilerine cinsiyetleri sebebiyle bir vasî (tutor mulieris) tayin edilirdi. Esas itibarıyla durumları reşid olmayanlara eşti. Kadın cinsinin daha düşük olan durumu ile açıklanan ve eski zamanın birçok milletlerinde rastlanan bu sınırlamalar, klasikten sonraki devirde zamanla kaybolmuş ve *Justinianus* hukukunda kalmamıştır.⁶⁷⁷

Esasen *Müsevî* hukuku ve diğer bir çok eski hukuk sisteminden başlamak üzere çok yakın bir zamana kadar bütün *Avrupa* hukuk sistemlerinde, umumiyetle kadının kocasının velâyeti altında bulunduğu ve ondan izinsiz kendi malında tasarruf ehliyetine haiz olmadığı esası benimsenmişti. Söz gelimi *Fransa*'da *Napolyon* kanununda kadının ehliyet sahibi olmadığı, kocasının velâyeti altında bulunduğu, dolayısıyla ondan ya da hâkimden izinsiz hiçbir tasarrufunun geçerli olmadığı açıkça ifade edilmiş idi. Kadına yönelik bu sınırlama sırf evli olması sebebiyle öngörülmüştü. Bu anlayış zamanla kısmî kırılmalara uğramış, yazarlar ve hukukçuların eleştirilerine maruz kalmışsa da, *Fransa*'da kadın kâmil tasarruf ehliyetine ancak 18.02.1938'de çıkarılan bir kanunla kavuşabilmiştir.⁶⁷⁸

İngiltere, *İtalya* gibi diğer batı ülkelerinde de ehliyet bakımından kadının konumu *Fransa*'dakinden farklı olmamıştır. Bu ülkelerde de çok yakın bir zamana kadar kadının kocasından izinsiz tasarrufta bulunamayacağı ilkesi benimsenmekteydi. Fakat *Almanya*,

⁶⁷⁷ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, 95; Mahmasânî, *el-Mücebât ve'l-ukûd*, II,382; Hatîb, *el-Hacr*, 55; Erbay, *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*, 45-46.

⁶⁷⁸ Mahmasânî, *el-Mücebât ve'l-ukûd*, II,384; Hatîb, *el-Hacr*, 55.

İsviçre gibi ülkelerin *Medenî Kanunlarında* haklardan faydalanma ve fiil ehliyeti bakımından kadınla erkeğin eşit olduğu hükme bağlanmıştır.⁶⁷⁹

İslâm'da ise, gerek *Kur'ân'da* gerek *Hz. Peygamber'in* hadislerinde kadınla erkek, müstakil şahsiyet sahibi, mükellefiyet ve sorumluluk açısından eşit seviyede görülmüştür. Kişinin dinî-hukukî hükümlere muhatap olmaya elverişliliği anlamında bir fıkıh terimi olan ehliyet bakımından da kadınla erkek arasında bir fark yoktur. Çünkü *ehliyetin tezâhürlerinin ortaya çıkışında erken ya da daha sonra olma ve yaratılıştan kaynaklanan fizyolojik farklılıklar dışında -ki bunlar da esasa yönelik olmayıp sırf farklı tezâhür biçimlerinden ibarettir- kadın ya da erkek arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır*. Özellikle edâ (fiil) ehliyetinin esasını teşkil eden akıl ve temyiz gücü bakımından kadınla erkek eşit seviyededir. Akıl ve temyiz özelliklerini belirleyen kriterler de hem kadın hem de erkek için aynıdır.

Bu temel esasın bir gereği olmak üzere tam fiil ehliyetine haiz olan şahıslar, sahip oldukları hakları hukuk çerçevesinde kullanma ve tasarruf yetkisine sahiptirler. Söz gelimi meşru yollarla edindikleri mülkiyetten yararlanma, kullanma ve tasarruf yetkileri vardır. Nitekim çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçuları hak sahibi olma ve haklarda tasarruf yetkisi bakımından kadınla erkeğin eşit olduğu kanaatinde idirler. Binaenaleyh *tasarrufun hukukî niteliğine bakılmaksızın kadın, sefih olmadığı sürece kendi öz malında kimseden izin almadan ve fakat hukuk çerçevesinde kalmak şartıyla mutlak tasarruf yetkisine sahiptir*. Zira aslolan âkil, bâliğ şahısların kısıtlı (mahcur) kabul edilmemesidir. Kadın da âkil, bâliğ olunca hem şahsı, hem de malı üzerindeki hacir mutlak anlamda kalkar⁶⁸⁰ ve bu husus, İslâm'ın genel küllî prensibini teşkil eder.⁶⁸¹ Tâbiûn dönemi hukukçularından **Atâ b. Ebî Rabâh** (115/733)⁶⁸², **Süfyân es-Sevrî** (161/777)⁶⁸³, **Muhammed b. Sîrîn** (110/728)⁶⁸⁴, **Ömer b. Abdülazîz** (101/719)⁶⁸⁵, **Zührî** (124/741)⁶⁸⁶ ve **Ebu Sevr** (240/854)⁶⁸⁷ başta olmak üzere Zâhiriyye mezhebi de dahil⁶⁸⁸ İslâm hukukçularının cumhuru bu görüşü benimsemektedir.⁶⁸⁹

Ancak bu noktada bazı İslâm hukukçuları kadınla erkeği ayrı mütala etmişler ve kadının, kocasından izinsiz malî tasarrufta bulunamayacağını söylemişlerdir. Kadının kendi malındaki tasarrufları için kocanın izninin zorunlu olduğunda prensip itibariyle ittifak halinde bulunan bu görüş sahipleri, her türlü tasarruf için iznin şart olup olmadığına ihtilaf etmişlerdir.

a) "Evli kadının, kocasından izinsiz kendi malında tasarrufu caiz değildir"⁶⁹⁰ şeklindeki hadisin genellikle arz etmesinden hareketle bazı hukukçular, reşid de olsa kadının kendi malında kocasından izin almadan sıla-i rahim ya da Allah'a tekarrub amaçlı küçük/basit

⁶⁷⁹ A.g.e., a.y.

⁶⁸⁰ Karâfi, *el-Furûk*, III,247,249. ما لها. أن الأصل عدم الحجر على العاقل والبالغ، وهي عاقلة بالغة، فيزول الحجر عنها مطلقاً في نفسها وما لها.

⁶⁸¹ Şeybânî, *el-Hucce*, III,488-489; Şâfiî, *el-Üm*, III,248-250,252; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,181vd.,557; VIII,123-124,371; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,299-300. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 345-346.

⁶⁸² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,184; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,299.

⁶⁸³ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,299; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,151.

⁶⁸⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,185.

⁶⁸⁵ İbn Hazm, a.g.e., VII,184.

⁶⁸⁶ İbn Hazm, a.g.e., VII,185. إذا أعطت المرأة من مالها في غير سعة ولا ضرر، حازت عطيتها وإن كره زوجها.

⁶⁸⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,299; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,151.

⁶⁸⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,181vd.,557; VIII,123-124,371.

⁶⁸⁹ Şeybânî, *el-Hucce*, III,488-489; Şâfiî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I,139-140; a.mlf., *el-Üm*, III,249-252; Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II,213; İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 360-361; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,235; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,299; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, IX,160; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,151; Azimâbâdî, *Avnü'l-ma'bûd*, IX,462; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,480. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 345-346, Mahmasânî, *el-Mücebât ve'l-ukûd*, II,383; Dirîni, *el-Hak*, 247-249.

⁶⁹⁰ Ebu Dâvud, "Buyû", 84; İbn Mâce, "Hibât", 7. لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملكت زوجها عصمتها.

şeyler dışında tasarrufta bulunmasının mutlak anlamda caiz olmadığını söylemişlerdir. Tâbiûn dönemi hukukçularından **Leys b. Sa'd** (175/791) bu görüştedir.⁶⁹¹

b) Kadının kendi malındaki tasarrufları malının üçte birinden geçerlidir. Bu ölçüyü aşan tasarrufları ise kocasının iznine bağlıdır. **Hasan-ı Basrî** (110/728)⁶⁹², **Tâvus** (106/724) ve **İmâm Mâlik** (179/795) ile İmâmiyye'ye mensub fakihlerin bir kısmı bu görüştedir.⁶⁹³ Bu konuda **Ahmed b. Hanbel** (241/855)'in görüşünün ne olduğu hususunda farklı rivayetler bulunmakla birlikte oğul **Ebu Ya'lâ** (526/1131), daha sahih kabul edilen görüşe göre onun da, kadının üçte birden fazla olan tasarrufları için kocasından izin alması gerektiği fikrinde olduğunu söyler.⁶⁹⁴

Kadının malî tasarrufları için kocasının izninin şart olduğu görüşü bazı hadislere ve bir kısım hukukî müesseselere/uygulamalara dayandırılmaktadır. Önde gelen bazı hadis âlimlerinin de yer verdiği bir hadise göre Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurmuştur: "Evlî kadının, kocasından izinsiz kendi malında tasarrufu caiz değildir."⁶⁹⁵ Diğer bir rivayette ise bu genel tasarruf sınırlaması özelleştirilmiş ve kadının, kocasından izinsiz teberrûda bulunamayacağı ifade edilmiştir.⁶⁹⁶

Ayrıca **İbn Mâce** (273/886)'nin verdiği bilgiye göre, **Ka'b b. Mâlik**'in eşi **Hayra**, Hz. Peygamber'e bir ziynet eşyası getirmiş ve "bunu tasadduk ettim" demiş. Bunun üzerine **Rasul-i Ekrem** (sav), "Kadının kendi malında kocasından izinsiz tasarrufu caiz değildir. Bunu yapmak için Ka'b'dan izin aldın mı?" diye sormuş, **Hayra** da "evet, izin aldım" demiştir. Bu cevap üzerine Hz. Peygamber, **Ka'b**'ı huzuruna çağırarak ve "bu ziynet eşyasını tasadduk etmesi için Hayra'ya izin verdin mi?" diye sormuş, o da, "evet, izin verdim" deyince, **Hayra**'nın tasaddukunu kabul buyurmuştur.⁶⁹⁷

Öte yandan **Kâdî Şurayh**, Hz. **Ömer**'in kendisinden, kadın kocasının evinde bir yıl kalmadığı veya çocuk doğurmadığı sürece teberrûlarını geçerli kabul etmeme hususunda söz aldığını nakletmektedir.⁶⁹⁸

Kadının teberrûda bulunabilmek için kocasından izin almak zorunda olduğu görüşü, zikredilen hadis yanında vasiyet⁶⁹⁹ ya da ölüm hastalığı⁷⁰⁰ ile ilgili sınırlandırıcı hukukî düzenlemelere dayandırılmıştır.

Bu arada kadının kendi malındaki teberrûlarının geçerli olabilmesi için evlenip kocasının yanında bir yıl kalması ya da çocuk doğurması gibi şartlar ileri sürenler de olmuştur.⁷⁰¹ Hatta bazı Mâlikî hukukçular, kadın evlenip kocasıyla zifaf olduktan sonra bir sene geçinceye kadar, babasının velâyetinin devam ettiğini söylemişlerdir. Bu hususta iki

⁶⁹¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,183; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, IX,160; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,151; Azîmâbâdî, *Avnû'l-ma'bûd*, IX,462; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VI,480.

⁶⁹² Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,151.

⁶⁹³ İbn Abdilber, *el-Kâfî*, 360-361; İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, IX,209-210; Karâfî, *ez-Zehîra*, VI,225; VIII,251; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, IX,160; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,151; Azîmâbâdî, *Avnû'l-ma'bûd*, IX,462; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VI,480. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 345-346; a.mlf., *el-İmâm Zeyd*, 312; Mahmasânî, *el-Mûcebât ve'l-ukûd*, II,383; Dirîni, *el-Hak*, 247-249.

⁶⁹⁴ Ebu Ya'lâ, *Kitâbu't-temâm*, II,34.

⁶⁹⁵ Ebu Dâvud, "Buyû", 84; İbn Mâce, "Hibât", 7. لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملكت زوجها عصمتها.

⁶⁹⁶ Ebu Dâvud, "Buyû", 84; Nesâî, "Zekât",58; "Umrâ",5; İbn Mâce, "Hibât",7; Ahmed, Müsned, II,179,184,207. لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها

⁶⁹⁷ İbn Mâce, "Hibât", 7.

⁶⁹⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,182; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,299.

⁶⁹⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,186; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,151.

⁷⁰⁰ İbn Hazm, a.g.e., VII,186; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,300; Dirîni, *el-Hak*, 247-249.

⁷⁰¹ Bkz. Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II,213; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,182-183.

hatta yedi yıl geçmesi gerektiğini ifade edenler de olmuşsa da⁷⁰², **İbnü'l-Arabî** (543/1148) süre tahdidinin herhangi bir delile dayanmadığını söyler.⁷⁰³

Endülüslü Mâlikî hukukçulardan **İbn Rüşd** (595/1198)'ün tesbitine göre⁷⁰⁴ İslâm hukukçuları arasındaki bu ihtilaf, akıl, bulûğ ve rüşd özelliklerine sahip olmadıkları için mahcûr bulunan küçüklerin, ne zaman ve nasıl bu halden kurtulacaklarına dair yaklaşım farklılığından kaynaklanmaktadır. Babasının velâyetinde bulunan erkeklerin akıl, bulûğ ve rüşd sıfatlarını kazanır kazanmaz mahcûr olmaktan çıkacakları ve her türlü haktan yararlanma ve tasarruf ehliyetine haiz olacaklarında İslâm hukukçuları ittifak halindedirler. İslâm hukukçularının cumhuruna göre, aynı durum kadınlar için de geçerlidir. Ancak Mâlikîlere göre, bu sıfatlara sahip bulunsa da kadın, evlenip kocasıyla zifafa girinceye kadar babasının velâyeti altındadır, yani mahcûrdur. Çünkü kadının reşîd olup olmadığı ancak erkekler tarafından denenmesiyle bilinir.⁷⁰⁵

Özetle ifade etmek gerekirse Mâlikî mezhebine göre kadından hacrin kaldırılabilmesi için;

1. Babası var ise;

- a) Bulûğ çağına ulaşması (bâliğa olması)
- b) Malında iyi tasarrufta bulunması
- c) İki ve daha fazla âdil kişinin kadının hüsn-i haline şehâdet etmesi
- d) Eşiyle zifafa girmiş olması gerekir.

2. Vasîsi var ise, bu dört şarta ilave olarak bir de, vasînin hacri kaldırması gerekir. Şayet vasî hacri kaldırmazsa, kadın reşîd olup yaşı çok ilerlese de, eşi ile ilişkide bulunup onun yanında uzun süre kalsa da tasarrufları geçersizdir.⁷⁰⁶

Bu son ictehad, hukukî dayanaklarının sağlamlığı bir yana, kötüye kullanılmaya oldukça müsaittir. Zira vasî hacri kaldırmazsa kadın, her ne konumda olursa olsun kendi malındaki tasarrufları geçerli olmamaktadır. Ancak **İbn Rüşd** (595/1198)'ün de dediği gibi⁷⁰⁷ burada asıl önemli olan hacrin kaldırıldığına hükmedilmesi değil, rüşd özelliklerinin görülmesidir. Dolayısıyla vasî ya da hâkim hacrin kaldırıldığına hükmetmese bile rüşd ile hacir kendiliğinden kalkar.

Kadının kendi malında kocasından izinsiz üçte birden fazla tasarrufta bulunamayacağını söyleyen Mâlikîlere göre, karının malları üzerinde kocanın velâyet hakkı bulunmaktadır ve bu hakkın kaynağı kanundur. Nasıl ki efendinin köle, velînin de sefih üzerinde velâyet hakkı varsa; aynı şekilde kanun, kocaya da karısı üzerinde velâyet yetkisi vermiştir. Hatta bu yetki köle olan koca için de geçerlidir. Zira kadının mal edinmesi esas itibarıyla kocasına karşı süslenme ve ona güzel görünme amacına matuftur.⁷⁰⁸

Bu velâyetin bir sonucu olmak üzere hür ve reşîd evli kadın, malî tasarrufları bakımından kocası lehine mahcûrdur. Şayet kocası çocuk ya da sefih olursa hacir, koca lehine değil, kocanın velisi lehinedir.

⁷⁰² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,235; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV,485.

⁷⁰³ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,321.

⁷⁰⁴ Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,235.

⁷⁰⁵ Bkz. İbn Rüşd, a.g.e., II,235. أن يناس الرشد، لا يتصور من المرأة إلا بعد اختيار الرجال . Bâliğ ve reşîd kadının mahcûr olup olmadığı hususunda Mâlikîler ve cumhurun delilleri ve bu delillerin değerlendirmesi için bkz. Hatîb, *el-Hacr*,109-114; Bahru'l-Ulûm, *el-Hacr*, 154 vd.

⁷⁰⁶ Bkz. Desûkî, *el-Hâşiye*, IV,484. Krş. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,236.

⁷⁰⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,236.

⁷⁰⁸ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV,500; Desûkî, *el-Hâşiye*, IV,500.

Öte yandan bu hacir hali, yalnızca kadının kocasından başka birine üçte birden fazla teberrûda bulunması durumu için geçerlidir. Kocasına ise malının tamamını hibe edebilir, kimse buna itiraz edemez.⁷⁰⁹

Mâlikî hukukçuların bu görüşlerinde ısrarcı bir tutum sergiledikleri görülmektedir. Zaman zaman bazı Mâlikî hukukçuların, kadının teberrûları hususunda mezhepte benimsenen görüşün dışına çıktıkları görülmüş olmalı ki **Derdîr** (1201/1786), şu uyarıyı yapma ihtiyacı hissetmiştir: "*Kocasıyla zifafa girmiş kadının tasarruflarının hükmü çokça sorulmakta ve müftîlerin de genellikle, şayet kadın hüsn-i tasarruf sahibi ise fiillerinin geçerli olduğu şeklinde cevap verdikleri görülmektedir. Bu yanlıştır ve ilgili şartların (rüşd ve zifaf + bir yıl) mutlaka bulunması gerekir.*"⁷¹⁰

Görüldüğü gibi bu görüşe göre, kadının malında kocasının hakkı bulunmaktadır. Kocanın hakkının zarardan korunabilmesi için de, kadının kendi özel mülkündeki tasarrufları kocası lehine hukuken sınırlandırılmıştır. Ancak kocanın bu hakkının nereden kaynaklandığı, yani mesnedini nereden aldığı açıklanmamıştır.

Şu halde bu görüş konuyla ilgili hadisler yanında, kadının teberrularını vasiyet ya da ölümcül hastalık haline kıyas, kadın üzerindeki velâyetin kalkmasının farklı bir takım şartları gerektirmesi ve kadının malında kocasının hakkı bulunduğu iddiasına dayanmaktadır.

a) Her şeyden önce kadının kendi malında tasarrufta bulunabilmesi için kocasından izin alması gerektiğini ifade eden hadisler hakkında sıhhat bakımından bir takım şüpheler bulunmaktadır. Zira söz konusu rivayeti **Amr b. Şuayb**, babası ve dedesi kanalıyla nakletmektedir. Ancak rivâyet ilimleri açısından **Amr b. Şuayb**'in babası ve dedesi yoluyla yaptığı nakillere pek iyi nazarla bakılmaz. Çünkü bu usul, "*nüşha rivayeti*" kabul edildiği için "*semâ*", "*kırâe*", "*kitâbe*" gibi rivâyet tahammül yollarına göre zayıf kabul edilmektedir. Öte yandan **Amr b. Şuayb, Abdullah b. Amr**'ı görmemiştir; dolayısıyla doğrudan ondan yaptığı rivayet mürseldir, yani bu hadis zayıftır.⁷¹¹ Bu noktada **Ebu Dâvud** (275/888) ve **Münzirî** (656/1258)'nin söz konusu hadisleri rivâyet etmekle birlikte herhangi bir değerlendirmede bulunmaması⁷¹²; aynı zamanda bir muhaddis de olan İmâm **Şâfiî** (204/819)'nin ilgili hadis için gayr-ı sabit hükmünü vermesi; muhtemelen bu tür rivayetlere vâkıf olmalı ki, **Buhârî** (256/869)'nin, bu anlamdaki hadislere yer vermezken bir yandan da bu hükmü reddedip aksini ispat eden hadisleri bir bâb altında toplaması manidârdır.

Dolayısıyla her ne kadar **Şevkânî** (1250/1834) bu konuda **Amr b. Şuayb** rivayetinin esas alınması gerektiğini söylüyorsa da⁷¹³, kadın ve erkeği, herhangi bir ayırımı gitmeksizin dinî-hukukî hükümlere muhatap olma, haklardan faydalanma ve tasarrufta bulunma konusunda eşit kabul eden temel ve genel-küllî naslar ile; malik olduğu nesnede tasarruf konusunda kadının tek başına yetkili olup kimsenin iznine muhtaç olmadığını ifade eden özel deliller karşısında; rivâyet ilimleri bakımından da zayıf ya da sıhhat derecesi düşük olan hadisleri, kadının kendi malında tasarrufu konusunda hükme esas kabul etmek doğru değildir. Zira bu, *genel-küllî kaidenin özel kaideye, kuvvetlinin zayıfa tabi kılınması demektir ki, İslâm hukuk metodolojisi bakımından bu yöntem doğru değildir.* Binaenaleyh akıl, bulûğ ve rüşd sıfatlarını haiz kadınlar, hiç kimsenin iznine gerek olmaksızın kendi mallarında diledikleri gibi tasarrufta bulunurlar. Bu hususta kadınlar, temel mülkiyet sınırlamaları dışında ayrıca özel herhangi bir hukukî sınırlamaya tabi değildirler.

⁷⁰⁹ Desûkî, *el-Hâşiye*, IV,500.

⁷¹⁰ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV,485.

⁷¹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,300.

⁷¹² Bkz. Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,480.

⁷¹³ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,480.

Öte yandan **İbn Mace** (273/886)'nin rivayet ettiği **Kâ'b b. Mâlik**'in eşi **Hayra**'nın tasaddukuyla ilgili rivayet hakkında "*Kitâbu zevâidi İbn Mâce*" adlı eserin sahibi **Hafız Ahmed b. Ebî Bekir el-Bûsîrî** (840/1436), senedde adı geçen **Yahyâ**'nın **Kâ'b**'in çocukları arasında gayri maruf bulunduğunu, binaenaleyh isnadın zayıf olduğunu söyler.⁷¹⁴

Hz. Ömer'in **Kâdî Şurayh**'tan, kadın kocasının evinde bir yıl kalmadığı veya çocuk doğurmadığı sürece teberrûlarını geçerli saymaması hususunda söz aldığı hususunda ise **İbn Kudâme** (620/1223), sahabe arasında böyle bir bilginin yayılmadığını ve bundan hareketle *Kur'ân* hükümleri ve kıyas ilkelerinin terkedilemeyeceğini söylemektedir.⁷¹⁵ Diğer taraftan **Hz. Ömer**'e ait olduğu söylenen bu bilginin, bütün rivayetlerinin **Muhammed b. Sîrîn** (110/728)'e dayandığını söyleyen **İbn Hazm** (456/1064), bu sözün **Hz. Ömer**'e ait olmadığını, **Kâdî Şurayh**'in ictihadı olduğunu belirtir.⁷¹⁶

b) Kadının kocasından izinsiz teberrûlarını vasiyet ya da ölümcül hastanın tasarruflarına kıyasla üçte birle sınırlandırmak ise, İslâm hukuk metodolojisi bakımından iki farklı şeyin birbirine kıyaslanmasıdır (*kıyas ma'al-fârik*). Zira her şeyden önce hasta ile sağlam insanın kıyaslanması temel kıyas ilkelerine aykırıdır. Çünkü kıyas benzer şeyler arasında olur, zıtlar arasında değil. Öte yandan ölüm hastası, her an için ölüm korkusu yaşadığından kanunî mirasçılarını madur edecek tasarruflarda bulunabilir. Çünkü ölümle sonuçlanması kuvvetle muhtemel hastalıklarda, kişinin malla olan irtibatı ve bağlılığı zayıflar ve bunu son fırsat bilerek hayatında yapamadığı bazı hayır faaliyetlerde bulunmayı düşünür. Halbuki kadın için böyle bir halden söz edilemez. Dolayısıyla iki mesele arasında ortak illet bulunmamaktadır. Diğer taraftan ölüm hastasının teberrûları temelden geçersiz olmayıp mevkûftur; hastalıktan sıhhat bulduğu taktirde geçerlik kazanır. Halbuki bu görüşe göre kadının kocasından izinsiz teberrûları bâtıldır. Bu durum "*fer', asıldan kuvvetli olamaz*" ilkesine aykırıdır. Ayrıca kadın, normal ölçüyü aşmamak kaydıyla kocasının malından faydalanabilmektedir. Belki de zaman zaman kadın kocasına göre, -özellikle evde ve kadının kontrolünde bulunan mallarda- onun malından daha fazla faydalanmaktadır. Halbuki ölümcül hasta için böyle bir ilişkiden söz edilemez. Dolayısıyla fer'de mevcut olup illete tesir eden özellikler asılda bulunmamaktadır.⁷¹⁷

c) Herhangi bir kişiden ne zaman velâyetin kalkacağı âyet-i kerîmede açıkça belirtilmiştir. Buna göre bulûğ çağına ulaşmış, akıl ve şer'in gereklerine göre hareket edebilme kabiliyetine (rüşd) sahip kişiler, her konuda tam ehliyet sahibidirler.⁷¹⁸

Bu meselede bazı Mâlikî hukukçuların kadından velâyetin kalkması için kocasıyla ilişkide bulunması ve ilişki sonrası belirli bir sürenin geçmesi gibi şartlar, bazı Mâlikî hukukçular tarafından da eleştirilmiştir. Kadın ve erkeğin mahcûr olmaktan kurtulma ve tasarruf selahiyeti bakımından eşit olduğunu şeklindeki cumhur İslâm hukukçularının görüşünü daha doğru bulan Mâlikî fakih ve müfessir **Kurtubî** (671/1273), haklı olarak cinsel ilişki ile rüşd arasında nasıl bir irtibat kurulabildiğini sorgulamaktadır. Ona göre cinsel ilişkinin, akıllı, ne yaptığını bilen, savurganlıktan uzak hüsn-i tasarruf sahibi reşîd bir kadının bu özelliklerinin artması ya da eksilmesine hiçbir şekilde tesiri yoktur.⁷¹⁹ Diğer taraftan *Endülüs*'ün güçlü hukukçusu **İbn Rüşd** (595/1198)'de, cinsel ilişki şartını sükût geçmekle birlikte, zifaf sonrası belirli bir süre geçmesi gerektiğine ilişkin görüşleri eleştirmekte ve

⁷¹⁴ İbn Mâce, "Hibât", 7. (Ahmed Fuad Abdülbâkî'nin notu)

⁷¹⁵ İbn Kudâme, a.g.e., IV,299.

⁷¹⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,182.

⁷¹⁷ İki mesele arasında kıyas yapılamayacağı hususu için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,186, İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,300.

⁷¹⁸ Bkz. Nisâ 4/6.

⁷¹⁹ Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, V,27.

bunların, hem naslara hem de kıyasa aykırı olduğunu söylemektedir. Zira sözü edilen süreden önce de kadında rüşd özelliklerinin görülmesi pekâlâ mümkündür.⁷²⁰

Bu iki hukukçunun eleştirileri birleştirildiğinde zıfâf ve muayyen bir süre geçmiş olması şartlarının hukukî olmak bir yana, makul bir açıklamasını yapmanın dahi mümkün olmadığı görülmektedir. Zira tamamen biyolojik bir ihtiyacın giderilmesi ile esasen dinî-hukukî sorumluluğun temelini teşkil eden ve insanı diğer varlıklardan ayıran akıl ve rüşd özellikleri arasında irtibat kurma imkanı yoktur. Kaldı ki vakia da bunu yalanlamaktadır. Çünkü her toplum âkil, bâliğ ve reşid olup henüz evlenmemiş, fakat malında hüsn-i tasarrufta bulunan ve hatta büyük işletmeler çalıştıran kadınlarla doludur.

Aynı şekilde kadının teberrû ehliyetine sahip olabilmesi için evlenip kocasıyla ilişkiye girdikten sonra bir yıl geçmesi veya çocuk doğurması gerektiği şeklindeki görüşlerin de makul açıklamasını yapabilmek mümkün değildir. Bu paralelde **Hz. Ömer** (23/643), **Hasan-ı Basrî** (110/728), **İbrâhim en-Nehaî** (96/714) gibi sahabe ve tâbiûn müctehidlerine nisbet edilen görüş ve nakilleri, bahse konu kadınların henüz reşid olmamalarıyla açıklamak gerekmektedir. Zira bir kişiye malının teslim edilmesi ve serbestçe tasarruf edebilmesi için Şâfî, rüşd şartını aramıştır. Dolayısıyla kadın evlenip evliliğinin üzerinden bir yıl geçse ya da çocuk sahibi olsa bile, şayet aklî melekeleri ve temyiz kabiliyeti gelişmemişse, söz konusu şartların tahakkuk etmiş olmasından hareketle malı kendisine verilmez, tasarruf açısından da kısıtlılığı devam eder.⁷²¹

d) Kadının malı üzerinde kocasının hakkı bulunduğu iddiası ise hiçbir hukukî temele dayanmamaktadır. Zira kadın-erkek, küçük-büyük kim olursa olsun herkes tek başına malik olabilir ve sahip olduğu mal varlığında başka hiç kimsenin hakkı yoktur. Elbetteki malvarlığının miktarı ve gerekli hukukî sebeplerin oluşmasına bağlı olarak nafaka gibi bazı malî mükellefiyetler söz konusudur. Ancak bu gibi durumlar dışında normal hallerde kocanın karının, karının da kocanın malında irâdî ya da kanunî, kısacası hukukî bir sebebe dayanmaksızın herhangi bir hakkı bulunmamaktadır ve bu, temel prensiptir. Dolayısıyla herkes kendi öz mülkünde tek başına ve istediği gibi tasarruf yetkisine sahiptir. Bu durumda *kadının kendi öz malında kocasının izni olmadan tasarrufta bulunamayacağı ile ilgili rivayetleri, kadınla kocası arasında irâdî veya hukukî bir mal ortaklığının söz konusu olduğu haller için düşünmek her halde daha isabetli olacaktır.* Yoksa kadının malında kocanın hakkı olduğu görüşü hukukî mesnedden yoksun bulunmaktadır.

Kaldı ki İmâm **Şâfî** (204/819)'nin de dikkat çektiği gibi⁷²², şayet kadın üzerinde kocasının velâyet hakkı var ise, kadının malını kocasına bağışlamasının caiz olmaması gerekirdi. Zira velinin, velâyeti altında bulunan kişiyi zarardan koruması gerekir. Binaenaleyh tamamen aleyhte olan tasarruflara veli de yetkili değildir. Kocaya yapılan teberrûların kadının aleyhine olduğu ise açıktır. Aslında kocanın karı üzerinde herhangi bir velâyet yetkisi de yoktur.⁷²³

Kadının teberrû yetkisinin kocası lehine olmak üzere üçte bir oranında sınırlandırılmış olduğu şeklindeki Mâlikî ictihadını, çağdaş İslâm hukukçularından **Muhammed Fethî ed-Dirîni**, ekonomik sosyal dayanışmayı temin maksadıyla ve fert yararına bireysel hakların hukuken sınırlandırılması çerçevesinde değerlendirir.⁷²⁴ **Dirîni**'ye göre kadının teberrûlarına yönelik bu sınırlama, aile dayanışmasını (*et-tedâmunü'l-üserî*) sağlama amacına yöneliktir.

⁷²⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,235.

⁷²¹ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II,213.

⁷²² Şâfî, *el-Üm*, III,250.

⁷²³ Şâfî, a.g.e., III,250. ليس زوجها وليا لها . Krş. İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,252.

⁷²⁴ Dirîni, *el-Hak*, 242. أثر التضامن الاجتماعي المادي في تقييد الحق الفردي بالنسبة للمصلحة العامة.

Her ne kadar kadın, bulûğ ve rüşd özelliklerine sahip olduğu takdirde kendi malında, mülkiyet ilişkisi gereği dilediği gibi tasarrufta bulunabilir ve rızâsı olmadan kimse onun malından bir şey alamaz ise de; aile bireyleri arasında maddi dayanışma böyle bir sınırlamayı zorunlu kılmaktadır. Öncelikle fert yararına öngörülen bu sınırlama, toplumun temelini teşkil eden aile içi dayanışmayı sağlaması bakımından aynı zamanda kamu yararınadır.⁷²⁵

Binaenaleyh Mâlikîlerin ve bazı Hanbelîlerin bu ictihadı **Dirîni'**ye göre, İslâm şariatının ruhuna ve ana maksatlarına uygundur ve söz konusu ictihad, nasların gerçekleştirmek istediği asıl amaçlar doğrultusunda yorumlanmasının (gâî yorum) bir sonucudur. Yani nas, ictihad yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek için maslahatla tahsis edilmiştir ki, bu da, İslâm'da dayanışma ve yardımlaşma prensibinin zorunlu kıldığı bir şeydir.⁷²⁶

İslâm hukukuyla ilgili inceleme ve araştırmalarında makâsîd ve maslahatı ön planda tutan dirayetli ve dakik hukukçu **Dirîni'**nin bu yorumu bizce, nasları anlama ve yorumlama yöntemlerinden gâî yorumun, amacından saptırılmış tipik bir örneği niteliğindedir. Şayet Şâfiî, ictihadın kötüye kullanılmasına meydan vermemek için kadının kendi malında dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği ve bunun için kimseden izin almak zorunda olmadığı şeklindeki temel nasları, aile dayanışmasını temine yönelik bir maslahat gereği tahsis etmiş ise, acaba bu tahsis neden sırf kadınla sınırlı tutulmuştur? Bu tür bir maslahat öngörüsünden hareketle bir takım hukukî sınırlamalar söz konusu ise, bunun tüm aile fertlerini kapsamaması gerekmez miydi? Her halde aile dayanışmasını sağlamakla görevli ya da buna aykırı tasarruflarda bulunabilecek tek kişi kadın değildir. Dolayısıyla birçok nasla, **Dirîni'**nin de çokça kullandığı ifadeyle genel küllî kaidelerin tesbit ettiği, bâliğ ve reşîd kadının kendi malında kimseden izin almadan dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi, sıhhati tartışmalı hadislerle bina edilen farazî bir maslahatla tahsis edilemez.

Görüldüğü gibi özel mülkte tasarruf yetkisi bakımından kadınla erkeği farklı değerlendiren ve kadının kendi malında üçte birden fazla teberrûda bulunabilmesi için kocasının izninin şart olduğunu ifade eden bu görüş, mantikî tutarlılıktan ve hukukî dayanaktan yoksundur. Hem bu tespiti ispat, hem de hakikati apaçık ortaya koyması bakımından bu bahsi, *Kur'ân* ve *Sünnet* ifadeleriyle bitirmek istiyoruz.

Kur'ân'da cennet vesilesi olan ve sırf hasbeten-lillâh yapılan her türlü hayır faaliyeti ifade edecek bir kapsama sahip olan "*sadaka*" konusunda Yüce Allah, **Dirîni'**nin ifadesiyle ictihad yetkisinin kötüye kullanılmasına da fırsat vermeyecek şekilde şöyle buyuruyor: "*Gerçek şu ki, Allah'a teslim olmuş bütün erkekler ve kadınlar, inanan bütün erkekler ve kadınlar, kendilerini Allah'a taate adanmış bütün erkekler ve kadınlar, sözlerine sadık bütün erkekler ve kadınlar, sıkıntılara göğüs geren (sabreden) bütün erkekler ve kadınlar, Allah'ın karşısında güçsüzlüğünü anlayıp mütevazî davranan bütün erkekler ve kadınlar, karşılıksız yardımda bulunan/sadaka veren bütün erkekler ve kadınlar, oruç tutan bütün erkekler ve kadınlar, iffetleri üzerine titreyen bütün erkekler ve kadınlar ve Allah'ı durmaksızın anan bütün erkekler ve kadınlar için, evet bunların tümü için Allah, mağfiret ve büyük bir mükafat hazırlamıştır.*"⁷²⁷

⁷²⁵ Dirîni, a.g.e., 247-248.

⁷²⁶ Dirîni, a.g.e., 249.

⁷²⁷ Ahzâb 33/35. Ayrıca bkz. Bakara 2/263,264; Âl-i İmrân 3/92; Nisâ 4/114; Tevbe 9/104. Kadınla erkeğin mal edinme ve malda tasarruf konusunda eşit olduğunu gösteren benzer âyetler ve tahlilleri için bkz. Şâfiî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I,139-140; a.mlf., *el-Üm*, III,248-249.

Allah Teâlâ'nın, vahyi tebliğ⁷²⁸ ve tebyûnle⁷²⁹ görevlendirdiği Hz. Peygamber (sav), erkekleri hayırda bulunmaya/sadaka vermeye teşvik ettiği gibi kadınları da teşvik etmiş, onlar da ellerinde mevcut küpe, yüzük gibi süs eşyası ne varsa bunları tasadduktan geri kalmamışlardır.⁷³⁰ Hatta hadis kitapları bize *Rasul-i Ekrem*'in bu tür taleplerine cevap verme hususunda kadınların başı çektiğini söylemektedir.⁷³¹

Başta gelen hadis otoritelerinden **Buhârî** (256/869), "*sefih olmadığı sürece evli kadın, kocası dışında bir şahsa teberrûda bulunabilir*" hükmüyle açtığı bir babda bu meseleyi incelemekte ve bâb başlığı olarak belirlediği hükme kaynak teşkil eden hadisler nakletmektedir.⁷³² Buna göre;

-*Peygamber Efendimiz*'in baldızı **Esmâ bt. Ebî Bekir** şöyle demektedir: Hz. Peygamber'e, "*Ey Allah'ın Rasûlü! Kocam Zübeyr b. Avvâm'ın bana verdikleri dışında hiçbir malım yok. Bunlardan sadaka vereyim mi?*" diye sordum; *Rasulullah* (sav) bana şu mukabelede bulundu: "*Sadaka ver, parayı kap içinde/çıkıda tutup saklama, sonra Allah'ın rahmetinden mahrum kalırsın.*"

-Yine **Esmâ** (r.ah) anlatıyor. *Rasul-i Ekrem* bir defasında bana hitaben: "*Allah için infakta bulun, malını sayıp zaptetme ki, sonra Allah da sana karşı nimetlerini sayıp zapteder. Malını kap içinde/çıkıda biriktirip saklama, sonra Allah da sana karşı ihsanını esirgeyip saklar*" buyurdu.

-Bu konuyla ilgili üçüncü rivayet ise, İslâm hukuk metodolojisi terimiyle kadının teberrû ehliyeti konusunda "*nas*" niteliğinde olup, *Rasûl-i Ekrem* ile annelerimizden **Meymûne** arasında yaşanmış bir diyalogu içermektedir. Efendimizin sevgili eşlerinden **Meymûne** (r.ah), Hz. Peygamber'den izin almadan sahip olduğu bir cariyeyi hürriyetine kavuşturmuştu. Nihayet *Rasulullah*'ın kendisinde geceleyeceği gün gelince aralarında şöyle bir diyalog gelişmiştir:

-"*Cariyemi hürriyetine kavuşturduğumu farkettiler mi?*"

-"*Gerçekten böyle bir şey yaptın mı?*"

"*Evet*". Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurmuştur: "*Şayet cariyeyi kendi dayılarına hediye etseydin ecrin daha büyük olurdu.*"⁷³³

Özellikle hukukî müesseselerin amacını tam olarak yerine getirebilmesi açısından, özel mülkte tasarruf yetkisinin bizzat malikin maslahatı düşünülerek sınırlandırılmasının örneklerinden birini de zekât malında tasarruf oluşturmaktadır.

⁷²⁸ Mâide 5/67. "*Ey Rasûl! Rabbinden sana indirilenleri tebliğ et. Eğer bunu yapmazsan O'nun elçiliğini yapmamış olursun. Allah seni insanlardan koruyacaktır. Doğrusu Allah, hakikati inkâr eden insanları doğru yola iletmez.*" Ayrıca bkz. A'râf 7/62,68,79,93; Hûd 11/57; Ahzâb 33/39; Ahkâf 46/23;

⁷²⁹ Nahl 16/44. "*İnsanlara, kendilerine indirileni açıklaman için ve düşünüp anlasınlar diye sana da bu uyarıcı Kitab'ı (Kur'ân') indirdik.*" Ayrıca bkz. Âl-i İmrân 3/187; Nahl 16/64.

⁷³⁰ Bkz. Buhârî, "Zekât", 44; "Hayız", 6; Müslim, "İydeyn", 1-4.

⁷³¹ Müslim, "İydeyn", 1-4; Nesâî, "İydeyn", 19; Dârimî, "İydeyn", 224.

⁷³² Hadisler için bkz. Buhârî, "Hibe", 15.

⁷³³ Her ne kadar bazı alimler bu hadisten hareketle yakın akrabaya hibenin köle azadından daha üstün ve faziletli olduğu sonucunu çıkarmışlarsa da, bu rivayetle ilgili olarak Nesâî'de yer alan ifadeler, söz konusu çıkarımın yanlış olduğunu göstermektedir. Buna göre Hz. Peygamber (sav) Meymûne'ye "*Şayet cariyeyi, koyunlarını gütmesi için kardeşinin çocuklarına (yeğenlerine) hediye etseydin ecrin daha büyük olurdu*" demiştir. Bkz. Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, III,179. Dolayısıyla *Rasul-i Ekrem*'in bu tavsiyesi, Meymûne'nin akrabalarının hizmetçiye olan ihtiyaçları sebebiyledir. Dolayısıyla bu ihtiyacın giderilmesi ile temin edilecek maslahat, köle azadına göre daha büyük olduğu için sevabı da fazla olacaktır. Diğer taraftan İbn Hacer'in de dediği gibi, hayır amaçlı ve hasbeten-lillâh yapılan iki fiilden hangisinin daha üstün olduğu şartlara göre değişir. Bkz. *Fethu'l-bârî*, V,161. Krş. Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,153.

2. Zekât Malında Tasarruf

İslâm'da sosyal dayanışmayı temine yönelik en önemli kurumlardan biri olan zekât, âyet ve hadislerde her vesileyle teşvik edilmiş, zekât ve sadaka verenler övülmüş, zekât mükellefi olmasına rağmen zekâtını vermeyenlerin dünya ve âhirette çok ağır azap ve cezalara maruz kalacakları vurgulanmıştır. Diğer ibâdet ve malî mükellefiyetlerde olduğu gibi zekâtın da vaktinde ve geciktirmeden verilmesi İslâm'da temel prensiptir. Ancak bu noktada zekâtın, vücûbiyet oluşur oluşmaz derhal edâ edilmesi gerekip gerekmediği hususunda İslâm hukukçuları arasında ihtilaf vardır. **Ebu Hanife** bu emrin fevre delâlet etmediğini söylerken, cumhur hukukçular aksi kanaattedirler.⁷³⁴

Bu arada, zekât mükellefi, akrabalarından birine veya daha muhtaç konumda bulunan bir şahsa vermek kastıyla zekâtını makul bir süre geciktirebilir.⁷³⁵ Diğer taraftan zekâtın kimlere sarfedileceği de *Kur'ân'da* ayrıntılı bir şekilde sayılmıştır. "*Sadakalar (zekâtlar) Allah'tan bir farz olarak ancak, yoksullara, düşkünlere, (zekât toplayan) memurlara, gönülleri (İslâm'a) ısındırılacak olanlara, (hürriyetini satın almaya çalışan) kölelere, borçlulara, Allah yolunda çalışıp cihad edenlere, yolcuya mahsustur. Allah pek iyi bilendir, hikmet sahibidir.*"⁷³⁶

Bu çerçevede özel mülkte tasarruf yetkisi ve bu yetkinin tabi olduğu hukukî sınırlamalar açısından zekâtla ilgili olmak üzere bizi ilgilendiren iki önemli husus bulunmaktadır. Bunlardan birisi, zekât mükellefi olmasına rağmen henüz zekâtını vermemiş olanların, zekât sebebiyle Allah hakkının da taalluk ettiği malvarlıklarında tasarruflarının geçerli olup olmaması; diğeri ise, zekât lehtarlarının, zekât malını, onları zekât lehtarı kılan sebep dışında başka amaçlarla da kullanıp kullanamayacaklarıdır.

a. Zekât Mükellefinin Tasarrufları

Hanbelî fakih **İbn Kudâme** (620/1223), **Ebu Hanife** (150/767) ve **Ahmed b. Hanbel** (241/855)'e göre zekât konusu malda tasarrufun câiz olduğunu, bu konuda **İmâm Şâfiî** (204/819)'den ise, iki görüş bulunmakla birlikte daha sahih olanın, tasarrufların sahih olmadığı görüşü olduğunu belirtmektedir.⁷³⁷ Bu arada **Ebu Hanife'nin**, nisaba ulaşmış ve üzerinden bir yıl geçmiş malda satım gibi bir tasarrufta bulunan kişinin, daha sonra zekâtını vermek istememesi durumunda satım akdinin, nisaba denk gelen miktarının bozulacağını görüşünde olduğu belirtilmektedir.⁷³⁸

Cevaz görüşünü benimseyenlere göre zekât borcu, zimmet borcudur.⁷³⁹ Dolayısıyla bu durum, bireyin mülkünde tasarrufta bulunmasına engel teşkil etmez. Diğer taraftan **İmâm Şâfiî'ye** göre, zekât borcunun ayna taalluk etmesi durumunda şahıs, malik olmadığı bir nesnede tasarrufta bulunmuş olacaktır ki bu câiz değildir. Zimmet borcu olması ihtimalinde ise, zekât olarak verilmesi gereken miktar sanki rehin gibidir. Yani bu durumda zekâtı verilmemiş malda tasarruf, aynen rehin bırakılan malda (merhûn) tasarruf gibidir.⁷⁴⁰

⁷³⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II,289-290.

⁷³⁵ İbn Kudâme, a.g.e., II,290.

⁷³⁶ Tevbe 9/60.

⁷³⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II,286.

⁷³⁸ Bkz. İbn Kudâme, a.g.e., II,286.

⁷³⁹ A. mlf.,a.g.e., II,286-287.

⁷⁴⁰ A. mlf.,a.g.e., II,286.

Allah hakkı ya da kul hakkının taalluk ettiği bir aynda, ayn malikinin tasarrufta bulunup bulunamayacağını söz konusu eden dirâyetli Hanbelî hukukçulardan **İbn Receb** (795/1393), konuyu zekât açısından da örneklendirmekte ve meseleyi hak lehtarıyla irtibatlı olarak ele almaktadır. Üzerinden bir yıl geçmiş nisâb miktarı mal ya da paraya sahip olan kişinin bu malda satım, hibe vb. tasarruflarının, zekât miktarı kadar olan kısım için geçerli olmadığı görüşünde olanlar bulunduğu işaret eden **İbn Receb**⁷⁴¹, meseleyi şu şekilde özetlemektedir: Yılı doldurmuş nisab miktarı malın, satım gibi işlemlere konu edilmesi câizdir. Zira bu durumda zekât borcunun zimmete taalluk ettiği düşünülürse, bu tür tasarrufların geçerliliği hususunda zaten herhangi bir şüphe olamaz. Çünkü zimmet borçlarında borç konusu, muayyen bir nesne değildir. Diğer taraftan bu borcun bir ayna (deve, siğir, davar gibi) taalluk etmesi de, tasarrufta bulunmaya engel değildir. Çünkü zekâtın, ayn olarak verilmesi zorunluluğu yoktur; pekâlâ bedel olarak da verilebilir. Dolayısıyla zekât borcu, her hâlükârda zimmet borcudur. Binaenaleyh *hak, muayyen bir nesneye yönelmiş değildir ki, tasarrufa engel teşkil etsin.*⁷⁴²

İbn Receb'in bu yaklaşımı yerinde olmakla birlikte, şayet zekât mükellefi, zekât olarak vermek üzere bir aynı belirlemiş, ancak bunu henüz zekât lehtarlarına teslim etmemiş ise, belirlenen nesnenin özelliğini ve iktisadî değerini dikkate almak yerinde olacaktır. Söz gelimi zekât mükellefi, malından orta seviyede bir aynı zekât olarak belirlemiş, ancak daha sonra bunu, iktisadî değer açısından daha düşük başka bir nesneyle değiştirmek isterse, buna hukuken mani olunmalıdır. Burada *kriter, belirlenen nesnenin teayyün etmiş olması değil, nesnenin iktisadî değeridir.*

b. Zekât Lehtarının Tasarrufları

Zekât lehtarlarının, zekâtla sahip oldukları mülkte tasarruflarına gelince, öncelikle *Tevbe Sûresi*'nin 60. âyetinde tek tek sayılan zekâtın sarfedileceği şahısların/yerlerin belirgin özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Şâri'in bütün emir ve yasakları belirli gayelerin tahakkukuna yönelik olduğuna göre, zekâtın sarf yerleri olarak sekiz sınıfın belirlenmesinde de bir takım maslahatlar gözetilmiş olmalıdır. Müfessir **Râzî** (606/1209)'nin de işaret ettiği gibi, zekât lehtarı olarak bu sekiz sınıf belirlenirken, bu grupların ihtiyaçlarını giderme ve maslahatlarını temin etme hedeflenmiştir.⁷⁴³ O halde bu grupların zekât malında tasarruflarında, Şâri'in maksadı dikkate alınmak durumundadır.

Âyette zekâtın sarfedileceği yerler sayılırken ilk dört (yoksullar, düşkünler, zekât memurları, gönülleri İslâm'a ısındırılacak olanlar) sınıf için, temlik ifade eden "*lâm*" cer harfi kullanılmış; geri kalan dört grup için ise bu, "*fî*" cer harfiyle değiştirilmiştir. İşte bu durumu bazı İslâm hukukçuları anlamlı bulmuşlar ve bunun, zekâtla kazanılan malda tasarruf yetkisi açısından mutlaka bir takım hukukî yansımalarının olması gerektiğini düşünmüşlerdir. Müfessir **Râzî** bu inceliğe şu şekilde işaret etmektedir: "*Allah Teâla ilk dört sınıf için zekâtı temlik lâmı ile tespit etmiş, köleleri zikrederken lâm harfini fî ile değiştirmiştir. Bu farkın bir faydası olması gerekir ki, bu da şudur: İlk dört gruba zekâttan payları verilir ve onlar da onda diledikleri gibi tasarrufta bulunurlar. Kölelere gelince, onların payları, sırf onları kölelikten kurtarmak için harcanır. Bu pay kölelere verilip, onlar da onda diledikleri gibi tasarrufta bulunamazlar. Bu pay sadece kölelikten kurtulmak için harcanır. Bu durum borçlular, gâziler ve yolda kalmışlar için de aynen geçerlidir. Yani bu gruplara verilen zekât*

⁷⁴¹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 82.

⁷⁴² İbn Receb, a.g.e., 83.

⁷⁴³ Râzî, *Meîrâtihu'l-ğayb*, XVI,107. إنما أئبت الله الصدقات هؤلاء الأصفاف، دفعا لحاجتهم، وتحصيلا لصلحتهم. Ayrıca bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,329,332.

da, aynı şekilde borçların ödenmesi, harpte ihtiyaç duyulan şeylerin karşılanması ve sağ-salim memlekete ulaşmak için harcanır.

Kısacası, ilk dört gruba zekât malları verilir ve onlar onda diledikleri gibi tasarrufta bulunurlar. Son dört gruba gelince, onlara zekât malı mutlak olarak verilmez. Bilâkis zekât malı, bunlar zekâta neden hak kazanmışlarsa ancak o yönere sarfedilebilir.⁷⁴⁴

Görüldüğü gibi **Râzî** (606/1209) son dört grup için, zekâtla kazanılan mülkte tasarruf sınırlamasından söz etmektedir. Bu arada günümüz İslâm hukukçularından **Celâl Yeniçeri**, ilk dört grubun zekât malında diledikleri gibi tasarrufta bulunma yetkileri olmakla birlikte, yol gösterme ve iyiye irşad kabilinden olmak üzere bu kısımda yer alanlara da, bazı müdahalelerin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.⁷⁴⁵

Burada bir hususa hemen dikkat çekmemiz gerekiyor. Zekâtla kazanılan hakkın milk nitelikli olduğu hususunda İslâm hukukçuları arasında ittifak vardır. Dolayısıyla zekâtın sarf yerleri sayılırken lâm ve fi cer harflerinin kullanımının söz konusu edilmesi, son dört sınıf için mülkiyet ilişkisinin doğup doğmaması açısından değil, bu mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış olup olmaması noktasındadır. Nitekim **Râzî**, cer harflerinin kullanımından hareketle bu yetkinin, zekât lehtarını olmayı sağlayan sebeple sınırlandırılmış olduğunu söylemektedir.

Râzî'nin sözünü ettiği bu ayırıma, bu netlikte olmasa da, İslâm hukukçularının zekâtın sarfedileceği yerlerden birine en fazla ne kadar zekât verilebileceği ile ilgili görüşlerinden hareketle ulaşmak da mümkündür. Söz gelimi maliye ve vergi hukuku yazarlarının öncülerinden **İbn Zencûye** (251/865), yolda kalmışlara onları memleketlerine ulaştıracak kadar; zekât memurlarına çalışmalarıyla orantılı; borçlulara borçlarını ödeyecek miktarda zekât verileceğini söylemektedir.⁷⁴⁶ Aynı konuya temas eden Hanbelî fakih **Bahauddîn el-Makdisî** (624/1227) de, **İbn Zehcûye**'nin ifadelerine, yoksul ve düşkünlere ihtiyaçlarını gidermeye yetecek kadar; gönülleri İslâm'a ısındırılacak olanlara bu amaç için yetecek oranda; mükâtebe kölelere kitâbet karşılığı kadar; gâziye savaş ortamı için ihtiyaç duyulan şeyler için zekât verilebileceğini; bu ölçülerden daha fazla zekât vermenin câiz olmadığını söylemektedir.⁷⁴⁷ Aslında dikkat edildiğinde burada da, zekât malında tasarruf çerçevesi, şahsın zekât lehtarını olmasını sağlayan sebeple sınırlandırılmıştır.

Ayrıca **Râzî**'nin, zekât malında tasarruf açısından sözünü ettiği bu ayırımın bir takım yansımalarını İslâm hukukçularının icihadlarında da görmek mümkündür. Söz gelimi zekâtın sarfedilebileceği yerlerden biri olan "*köleler*" grubuna mükâteb kölelerin de dahil olup olmadığı, kölelerden kastın sırf kitâbet anlaşması yapmış köleler olduğu gibi hususlarda İslâm hukukçuları arasında bazı ihtilaflar varsa da⁷⁴⁸, mükâteb kölelerin de bu kapsama dahil olduğunu söyleyen **İbn Kudâme** (620/1223), bu noktada bir tasarruf sınırlamasından da söz etmektedir. Buna göre mükâteb köleye verilen zekât, yalnızca kitâbet karşılığının efendisine ödenmesi için kullanılabilir. Hatta bundan dolayı mükâtebe bedelini ödeyecek kadar malı olan kölelere zekât verilmez; aynı şekilde zekâtın mükâteb köle yerine, kitâbet karşılığı olarak efendisine verilmesi daha uygundur. Çünkü bu durumda bir an önce şahs hürriyetine kavuşacağı için, bu sınıfın da zekât verilecek yerler arasında sayılmasıyla hedeflenen amaç daha çabuk gerçekleşmiş olacaktır.⁷⁴⁹

⁷⁴⁴ Râzî, *Mefâtihu'l-ğayb*, XVI,111. Ayrıca bkz. Aydın, "*Zekâtın Sarf Yerleri ve Taksim Ulûlü*",124.

⁷⁴⁵ Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 113.

⁷⁴⁶ İbn Zencûye, *el-Emvâl*, III,1112.

⁷⁴⁷ Makdisî, *el-Udde*, 140-141.

⁷⁴⁸ Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I,252; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,329.

⁷⁴⁹ İbn Kudâme, a.g.e., VI,329.

Benzer bir durumu "*borçlular*" sınıfında görmekteyiz. Borçluların da zekâtın sarf yerleri arasında sayılması, onları borçtan kurtarmak içindir. Dolayısıyla zekât malını ancak borçlarını ödemek için kullanabilirler.⁷⁵⁰ Zekâtın borçluya değil de, doğrudan borca karşılık olmak üzere alacaklılara ödenmesi hususunda ise, **Ahmed b. Hanbel** (241/855)'den iki görüş nakledilmeğe de O, borçlunun bizzat kendisine verilmesini daha uygun bulmaktadır.⁷⁵¹

Diğer taraftan asıl amaç borçluyu borçtan kurtarmak olduğuna göre, borçluya borcunu ödeyecek kadar zekât verilebilir. Fakat zekât verildikten sonra boçlu, alacaklının başışlaması veya başka bir maliyla borcunu ödemesi gibi bir sebeple zekât malını harcamadan borcunu öder ya da borçtan kurtulursa, **M. Akif Aydın**, bu durumda onu zekât lehtarı yapan sebep ortadan kalkmış olacağından, zekât olarak verilen şeyin geri isteneceğini söylemektedir.⁷⁵² Bu görüş zekât lehtarlarının, bu hakkı kötüye kullanmalarının önüne geçme ve müessesenin fonksiyonunu tam olarak icra edebilmesi açısından isabetli olmakla birlikte, bu gibi durumları, bir hakkın kötüye kullanılmasına fırsat vermeme açısından hukukî olduğu kadar, zekât olarak verilen nesnenin geri istenmesinin bireyin vicdanında uyandıracığı etki ve toplum karşısında düşeceği konum açısından da değerlendirmek her halde hukukî, ahlâkî ve sosyal açıdan daha isabetli olacaktır.

Görüldüğü gibi bazı İslâm hukukçuları, zekât lehtarlarının, zekât malında tasarruf yetkileri açısından son dört grubu farklı değerlendirmişler ve tasarruf çerçevesini, zekâta hak kazanmaya sebep olan unsurla sınırlı tutmuşlardır.

3. Ebeveyn ve Çocuklar Arası Maddî İlişkilerde Adâlet

Yaşanılan tecrübeler göstermektedir ki, kardeşler arası geçimsizlik, çekememezlik, kavgaya varan çatışmalar, ebeveynlere karşı hürmette kusur gibi aile bireyleri arasında insanî ve dinî bakımdan hoş görülme-yen durumların hemen tamamının kaynağında maddî sebepler yatmaktadır. Ana-babanın, çocukları arasında maddî bakımdan ayırım yapması bu sebeplerin en başında gelmektedir. Zira genellikle ebeveynin şefkat ve merhamet duygularıyla ya da kibir, gurur sonucu veya çocuklarından birinin/bir kısmının fikir dünyası ve yaşam biçiminin kendisinininki ile örtüşmesi, ana-babaya karşı hürmet ve saygısı, maddî hizmetleri... gibi saiklerle çocukları arasında maddî bakımdan ayırım yaptıkları; küçükle büyük, erkekle kız, evli ile bekar, hasta olanla sıhhati yerinde olan... çocuklarından bazısını diğerlerine göre üstün tuttıkları görülmektedir. İşte bu tür tutum ve davranışlar, ana-babasının kendisini diğer kardeşlerinden az sevdiğini, hep onları kayırdığını gören/düşünmeye başlayan çocukların, kardeşleriyle geçimsizlik ve ebeveyninin hukukuna riâyetsizlik gibi davranışlar sergilemesine yol açmaktadır. Zira **İmâm Şâfiî** (204/819)'nin de ifade ettiği gibi insanoğlunda, başkalarının kendisinden üstün tutulması halinde, söz konusu şahsa/shâhıslara karşı görevlerinde ihmal gösterme özelliği bulunmaktadır.⁷⁵³

Böylece asıl görevi evlatlarına dinî terbiye verme, kardeşlik, saygı, sevgi aşılama olan ebeveyn bir anda kin, nefret, düşmanlık, saygısızlık gibi hallerin kaynağı haline gelebilmektedir. İşte bu noktada söz konusu mahzurları bertaraf etme bakımından ana-babaların çocuklarıyla olan maddî ilişkilerinde son derece dikkatli davranmaları gerekmektedir.

⁷⁵⁰ İbn Kudâme, a.g.e., VI,332. إذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغريم، فله أن يسلمها إليه لينفعها إلى غيره.

⁷⁵¹ İbn Kudâme, a.g.e., VI,332.

⁷⁵² Aydın, "Zekâtın Sarf Yerleri ve Taksim Usûlü",128.

⁷⁵³ Şâfiî, *İhtilâfu'l-hadîs*, 584.

İşte bu noktada sözü edilen mahzurların yaşanmaması ve aile fertleri arasındaki ilişkilerin arzulanen seviyede yürümesini temin bakımından İslâm hukuk literatüründe ele alınan özel mülkte tasarruf sınırlamalarının önemli bir örneği de, ebeveynin hibe konusunda çocukları arasında ayırmacılık yapması meselesidir. Yani ana-babalar bağış konusunda çocuklarını birbirine eşit tutup âdil davranmak zorunda mıdır, yoksa bir kısmına diğerlerine göre farklı muamelede bulunabilirler mi?

a. Deliller ve Hukukî Görüşler

Kur'ân-ı Kerîm'de her vesileyle ve her konuda adâlete vurgu yapıp, sevgi, şefkat, acıma, gazap, öfke gibi fitrî duygu ve özelliklerin insanlararası ilişkilerde adâletsizliğe yol açmaması gereği belirtilmekle birlikte⁷⁵⁴, bu hususun, ebeveynin çocuklarıyla olan malî ilişkilerine yansısıyla ilgili doğrudan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak *Kur'ân*, kıskançlıktan kaynaklanan fakat kıskançlığa neyin sebep olduğu hususunda kesin bilgi sahibi olmadığımız acı bir olaydan söz etmektedir. *Yûsuf Sûres*'nde anlatıldığına göre, babaları **Yakub**'un, **Yûsuf** ve kardeşini kendilerinden daha çok sevdiğini düşünen diğer kardeşler, **Yûsuf**'u öldürmek ve böylece babalarının sevgisinin yalnızca kendilerine yönelmesini istemişlerdir. "Gerçek şu ki, *Yûsuf* ve kardeşlerinin kıssasında hakikati arayanlar için çıkarılacak nice dersler vardır. Bir vakit *Yûsuf*'un kardeşleri kendi aralarında şöyle konuşuyorlardı: "Sayımız bu kadar çok olduğu halde bile, *Yûsuf* ve kardeşi⁷⁵⁵ babamızın gözünde daha değerli/daha sevgili; gerçek şu ki, babamız açık bir yanılığ içerisinde!". (İçlerinden biri): "*Yûsuf*'u öldürün yahut onu uzak bir yere götürüp bırakın ki böylece babanız sevgi ve alakasıyla yalnızca size kalsın ve siz de bundan sonra artık tövbe edip iyi insanlar olursunuz" dedi. Bir diğeri: "Hayır *Yûsuf*'u öldürmeyin!" diye söze karıştı, "Eğer mutlaka bir şey yapmanız gerekiyorsa, onu bir kuyunun dibine atın; nasıl olsa onu orada bir kervan bulup yanına alır."⁷⁵⁶

Âyetlerde daha sonra **Yûsuf**'un kardeşlerinin bu görüşte birleştikleri, **Yûsuf**'un kendileri ile birlikte gezip oynamasına izin vermesi için babalarını ikna ettikleri ve ona bir zarar vermeyeceklerine dair söz verdikleri, nihayet **Yûsuf**'u bir kuyuya atıp ağlayarak babalarına gelip, onu bir kurdun kaptığını söylediklerinden söz edilir.⁷⁵⁷

Hadislerde ise, ebeveynin çocukları ile olan malî münasebetleriyle ilgili bir takım tavsiye ve hükümlere yer verildiğini görmekteyiz. Konu belirlemeksizin genel bir ifadeyle "Allah'tan korkun ve çocuklarınız arasında âdil olun"⁷⁵⁸; "Çocuklarınızı birbirine yakın tutun"⁷⁵⁹; "Öpücük konusunda bile olsa çocuklarınızı birbirine eşit tutun"⁷⁶⁰ buyuran Allah Rasûlü (sav), doğrudan malî ilişkileri konu alan beyanlarda da bulunmuştur. Ensârdan ilk dünyaya gelen şahıs olan **Nu'mân b. Beşîr**'in⁷⁶¹ haber verdiğine göre, babası **Beşîr**, **Nu'mân'a** bir miktar mal (bahçe veya köle)⁷⁶² bağışlamış (hibe)⁷⁶³, fakat annesi **Amra bt.**

⁷⁵⁴ Mâide 5/8; En'am 6/152; Nûr 24/2.

⁷⁵⁵ İsminin Bünyamin olduğu söylenen bu çocuk, Hz. Yûsuf'un ana-baba bir yani öz kardeşi, ötekiler ise üvey kardeşleriydiler (baba bir ana ayrı).

⁷⁵⁶ Yûsuf 12/7-10.

⁷⁵⁷ Yûsuf 12/10 vd.

⁷⁵⁸ Buhârî, "Hibe", 12,13; Müslim, "Hibât", 13; Ebu Dâvud, "Buyû", 83.

⁷⁵⁹ Müslim, "Hibât", 18; Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,98. قاربوا بين أولادكم.

⁷⁶⁰ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,100 قاربوا بين أبنائكم، ولو في القبل.

⁷⁶¹ İbn Sa'd, *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, VI,53.

⁷⁶² İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 156; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,145,146. Müslim'deki bir rivâyette hibe edilen şeyin bir köle olduğu belirtilmiştir. Bkz. Müslim, "Hibât", 12.

Ravâha, bu duruma Hz. Peygamber'in şâhitlik etmesini, aksi takdirde buna rızâsının olmadığını belirtmiştir. Olayın devamını **Nu'mân**'dan dinleyelim:

Bunun üzerine babam, Hz. Peygamber'e gitti ve bana olan hibesine şâhitlik etmesini istedi. Daha sonra *Rasûl-i Ekrem* ile babam arasında şöyle bir diyalog yaşandı.⁷⁶⁴

- "Nu'mân dışında başka çocukların var mı?"

- "Evet, var"

- "Diğer çocuklarına da aynı şekilde hibede bulundun mu?"

- "Hayır"

- "Peki bütün çocuklarının sana karşı iyilik ve merhamette eşit olmasından hoşlanmaz mısın?"

- "Elbette hoşlanırım"

- "Öyleyse iyi dinle! Bilesin ki, çocukların arasında âdil davranman, onların senin üzerindeki haklarından. Aynı şekilde senin de onlar üzerinde, sana iyilikle muamelede bulunmaları hakkın vardır. Şu halde Allah'tan korkun ve çocuklarınız arasında âdil olun."

Allah Rasûlünün bu sözleri üzerine babam hibesinden rucû etti.⁷⁶⁵

Aynı olayın anlatıldığı diğer bazı rivayetlerde Hz. Peygamber, **Nu'mân**'ın babasına: "Çocuklarını birbirine eşit tut"⁷⁶⁶; "Diğer çocuklarına da eşit muamele ettin mi?"⁷⁶⁷; "Bağışladığın şeyi geri al"⁷⁶⁸; "Bu doğru değil, ben yalnızca hakka (doğru, meşrû olana) şâhitlik ederim"⁷⁶⁹; "Beni buna şâhit tutma, çünkü ben cev'e (zulüm, haksızlık) şâhitlik etmem"⁷⁷⁰; "Öyleyse buna başkasını şâhit tut"⁷⁷¹ gibi beyanlarda da bulunmuştur.

Ebeveynin çocuklarıyla olan malî ilişkileri hadislerde bu şekilde ele alınmış olmakla birlikte, ashaptan bazılarının, çocuklarına, söz gelimi bağışta bulunma konusunda adâlete riâyet etmediklerini gösteren rivâyetler de vardır. Söz gelimi **Ebu Bekir** (ra), kızı **Âişe**'ye *Gâbe* denilen yerde toplanıp yararlanması için 20 vesk⁷⁷² hurma bağışlamış, ancak yatağa düşüp vefatı yaklaştığında/ölümcül hastalık halinde **Âişe**'yi çağırması ve ona şunları söylemiştir: "Kızım vallahi ölümünden sonra senin zengin olman herkesten daha çok beni sevindirir, fakir kalman da en çok benim zoruma gider. Sana toplayıp yararlanman için 20 vesk hurma bağışladım. Şimdiye kadar topladıkların senindir fakat, bugün artık bu mal mirasçılarının, yani seninle birlikte diğer iki erkek ve iki kız kardeşinindir. Dolayısıyla mevcut malı, Allah'ın kitabında gösterdiği şekilde (ferâiz hükümlerine göre) aranızda paylaşın."

⁷⁶³ Bazı kaynaklarda bu bağış işleminin sebebi şu şekilde açıklanmaktadır: Beşîr'in eşi Amra, sırf Nu'mân'a has bir bağışta bulunmadığı sürece, çocuğun terbiye ve bakımında bulunmayacağını söylemiş, bunun üzerine Beşîr de eşinin gönülünü hoş etmek için Nu'mân'a bir bahçe ya da köle bağışlamıştır. Bkz. İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V,156; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146.

⁷⁶⁴ Hiçbir hadis metninde bu diyalog, bu şekilde tam olarak yer almamakta, değişik rivayetlerde diyalogda söz konusu edilen bazı hususların da bulunduğu görülmektedir. Bir bütünlük arz etmesi bakımından biz, bu rivayetleri birleştirerek sunmak istedik.

⁷⁶⁵ Bkz. Buhârî, "Hibe", 12,13; Müslim, "Hibât", 9-19; Ebu Dâvud, "Buyû", 83; Muvattâ, "Akdiye", 39; Abdürrezzâk, *Musannef*, IX,96-98. اتقوا الله، واعملوا في أولادكم.

⁷⁶⁶ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,97;

⁷⁶⁷ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,98;

⁷⁶⁸ Buhârî, "Hibe", 12; Müslim, "Hibât", 9,10,12; Muvattâ, "Akdiye", 39; Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,96.

⁷⁶⁹ Müslim, "Hibât",19; Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,98.

⁷⁷⁰ Müslim, "Hibât", 14,15,16; Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,97.

⁷⁷¹ Müslim, "Hibât", 17.

⁷⁷² 1 vesk= 60 sa' etmektedir. Ancak bir sa'in kğ karşılığı Hanefîler ile cumhur İslâm hukukçuları arasında ihtilafıdır. Hanefîlere göre 1 sa'=3.25 kğ iken, cumhur hukukçulara göre 1 sa'=2.04 kğ'a tekâbül etmektedir. Şu halde Hz. Ebu Bekir'in, kızı Âişe'ye toplayıp yararlanması için bağışladığı hurma, Hanefîlere göre 1 vesk=60x3.25=195 kğ, 195x20=3900 kğ yani yaklaşık 4 ton; cumhûr İslâm hukukçularına göre ise, 1 vesk=60x2.04=122 kğ, 122x20=2440 kğ yani yaklaşık 2.5 tondur. Bkz. Ali Cum'a Muhammed, *el-Mekâyil ve'l-mevâzin eş-Şer'iyye*, 63-64.

Babasının bu açıklaması üzerine **Hz. Aişe**, "Babacığım! Allah'a yemin olsun ki, bana bağışladığın mal ne kadar olursa olsun onu vârislere bırakırım. Kız kardeşlerimin birisi Esmâ'dır, ya diğeri kim?" diye sormuş, **Ebu Bekir** de cevaben: "Harice'nin karnındaki çocuktur. O çocuğun kız olacağını sanıyorum; ona iyi davranın" demiştir.⁷⁷³ Daha sonra Hz. **Ebu Bekir**'in öngörüsü gerçekleşmiş ve gerçekten de Hârice, bir kız çocuğu doğurmuş, adı da **Ümmü Gülsûm** konulmuştur.⁷⁷⁴

Bu olayla ilgili olarak **Abdürrezzâk** (211/826)'taki bir rivayette, Hz. **Ebu Bekir**'in, kızı **Aişe**'ye böyle bir açıklama yapmak istemesinin, **Aişe**'yi diğer çocuklarına üstün tutma, onu kayırma endişesinden kaynaklandığı belirtilmektedir.⁷⁷⁵

Aynı şekilde **Hz. Ömer**'in oğlu **Asım**'a⁷⁷⁶, **Abdullah b. Ömer**'in fakir olan oğlu **Vâkîd**'a sırf şahsiyle sınırlı olup çocuklarını kapsamamak üzere bağışta bulunduğu⁷⁷⁷, **Abdurrahmân b. Avf**'in da **Ümmü Gülsûm**'den olma çocuğuna⁷⁷⁸ diğer çocuklarından ayrı olarak bağışta bulunduğunu görmekteyiz.⁷⁷⁹

İşte bu rivayet malzemesinden hareketle İslâm hukukçuları, ana-babanın çocuklarıyla olan malî ilişkilerinde adâlete riayet etmesinin hukukî bir zorunluluk olup olmadığı hususunda başlıca üç görüş halinde ihtilaf etmişlerdir.

1. Ebeveynin, çocuklarına yönelik bağışlarında âdil davranması *vâciptir*. Zira konuyla ilgili hadislerde, bağış konusunda çocuklar arasında ayırmacılık yapma, tahrîm ifade eden nehiy kalıbıyla yasaklanmıştır. Dolayısıyla hukukî bir gerekçe olmaksızın ebeveynin, çocukları arasında teberrûda âdil davranmaması haramdır ve bunu yapan günahkârdır. Bu şekilde yapılan hukukî işlem de hiçbir sonuç doğurmaz, yani bâtıldır; alınan malın iadesi gerekir. Ana-babanın, çocukları arasında ayırmacılık içeren tasarruflarına şahitlik etmek de caiz değildir.

Hanbelî mezhebi⁷⁸⁰, Zâhiriyye⁷⁸¹ ve İbâdiyye⁷⁸² mezhepleri ile ilk dönem müctehid ve hukukçularından **Urve b. Zübeyr** (93/712), **İbrâhim en-Nehâî** (96/714), **Şa'bi** (103/721), **Mücâhid** (104/722), **Tâvus b. Keysân** (106/724), **Atâ b. Ebî Rabâh** (114/732), **İbn Şübrûme** (144/761), **İbn Cüreyc** (150/767), **Süfyân es-Sevrî** (161/777)⁷⁸³, **İshâk b. Râhûye** (238/853) bu görüşü benimsemektedirler.

⁷⁷³ Muvattâ, "Akdiye", 40; Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,101,102.

⁷⁷⁴ Bâci, *el-Müntekâ*, VI,104. Krş. Köse, "Ayırmacılık", 17.

⁷⁷⁵ Bkz. Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,101-102.

⁷⁷⁶ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI,178.

⁷⁷⁷ Beyhakî, a.g.e., VI,178.

⁷⁷⁸ Bu olayla ilgili rivâyeti Şâfiî ve Tahâvî, "velede Ümmi Külsûm" şeklinde genel bir ifadeyle naklederken, İbn Hazm, "Ümmü Gülsûm'den olma kızı" şeklinde daha açık bir ifadeyle aktarmaktadır.

⁷⁷⁹ Şâfiî, *İhtilâfu'l-hadîs*, 585; Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,85,88; Mâverî, *el-Hâvi'l-kebir*, VII,544; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,95-106; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XXII,293 vd.; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,275; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,387 vd.; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 157; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146-7; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI, 465; Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, VIII,27-28; Mahmasânî, *el-Mebâdi'*, 193; Mevâfi, *ed-Darar*, I,156 vd.; Şibir, "Hudûdu'l-adl", 85-86; Köse, "Ayırmacılık", 14-15. Ebeveynin çocuklarına bağışta bulunmasıyla ilgili hadislerin rivâyet ilimleri bakımından değerlendirmesi için bkz. Tahâvî, a.g.e., IV,85; İbn Hazm, a.g.e., VIII,95-106; İbn Abdilber, a.g.e., XXII,293 vd.; Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV,122-123; İbn Hacer, a.g.e., V, 157; Aynî, a.g.e., XIII,146-7; Şevkânî, a.g.e., VI, 465; Kevserî, *en-Nüketü't-tarîfe*, 21-22.

⁷⁸⁰ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,166; İbn Kayyim, *İlâmu'l-muvakkîin*, II,329; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 359.

⁷⁸¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,95. İbn Hazm, ebeveynin bağış konusunda eşit ve âdil davranmasının vâcip olduğunu söylerken, bu hükümün, sırf çocuklarla sınırlı olduğunu, torunlar, gelinler, torunların eşleri vb. için ise böyle bir sınırlama bulunmadığını, binaenaleyh bunlardan sevip hoşlanılandığı kimselere bağışta bulunabileceğini belirtmektedir. Bkz. *el-Muhallâ*, VIII,105.

⁷⁸² Ettafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, XII, 56 vd.; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,474,490.

⁷⁸³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,97; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V,157; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146. İbn Abdilber ve İbn Kudâme, Süfyân es-Sevrî'yi müstehâb görüşünde olanlar arasında saymaktadır. Bkz. *el-İstizkâr*, XXII,293; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,387.

Bu görüş sahiplerinden **Tâvus**, bu konudaki hassasiyetini, "*Çok basit/önemsiz (şa'ra) bir şeyle de olsa çocuklar arasında ayırimcılık yapılamaz; ayırimcılık şeytan işidir ve bu tür bağışlar bâtıldır*"⁷⁸⁴ sözleriyle dile getirirken; **Atâ b. Ebî Rabâh** da, çocuklarından birisine bağışta bulunmak istediğini söyleyen şahsa, onlar arasında eşit ve âdil davranmasını söylemiş ve aksi tavra şiddetle tepki göstermiştir.⁷⁸⁵

Hanefî mezhebinin kurucu müctehidlerinden **Ebu Yûsuf** (182/798) da, çocukların bir kısmından ayrı olarak diğerine/diğerlerine yapılan bağışın, bağışta bulunulana kayırma ve böylece diğerlerine zarar verme kastıyla yapılması durumunda, bunun caiz olmadığı ve eşitliğin farz olduğu görüşündedir.⁷⁸⁶

Hadis otoritesi **Buhârî** (256/869) de, ebeveynin çocukları arasında bağış konusunda âdil davranmasının vâcip olduğunu söyler. Herhangi bir mesele ile ilgili hadisleri bir araya topladığı bâbin başlığını, aynı zamanda fikhî görüşünü de yansıtacak biçimde oluşturan **Buhârî**, bu konuyla ilgili hadisleri naklettiği bâbin başlığını da şu şekilde koymuştur: "*Bir kişi çocuklarından birine bağışta bulunursa, diğerlerine de aynı şekilde bağışta bulunup adâleti sağlamadığı sürece bu işlem caiz değildir; bu tür muamelelere şahitlik de edilmez.*"⁷⁸⁷

Son dönem İslâm hukukçularından ve müstakil ictihadlarıyla tanınan **Şevkânî** (1250/1834)⁷⁸⁸ ve genellikle onun görüşlerini aynen benimseyen **Ebu'l-Hayr Sıddîk Hasen Hân** (1336/1889)⁷⁸⁹ da bu görüşü benimseyenlerdendir.

2. Çocuklara yönelik teberrûlarda adâleti gözetmek *müstehabdır*, vacip değil. Dolayısıyla teberrûda bulunma noktasında çocuklarından birini diğerine/diğerlerine üstün tutan ebeveynin bu davranışı mekruh olmakla birlikte günah işlemiş olmazlar, işlem de hukuken geçerlidir. Fakat mendûb olana aykırılık sebebiyle ya diğer çocuklara da aynı şekilde bağışta bulunulmalı ya da mevcut hibeden rucû edilmelidir. **Leys b. Sa'd** (175/741)⁷⁹⁰, **Kâdî Şurayh**⁷⁹¹ gibi ilk dönem hukukçuları ile Hanefî, Şâfiî, İmâmîyye ve Zeydiyye mezhepleri bu görüştedir.⁷⁹² Son dönem alimlerinden **Şâh Velîyullâh ed-Dihlevî** (1176/1762) de bu görüşü benimsemektedir.⁷⁹³

3. Ana-babanın, malının tamamını çocuklarından birine teberrû suretiyle vermesi haram, malının tamamını değil de bir kısmını vermesi ise *mekruhtur*. Nitekim **Nu'mân b. Beşîr** hadisi, ebeveynin malının tamamını çocuklarından birine hibe etmesiyle ilgilidir. **İmâm Mâlik** (179/795)'in görüşü bu şekildedir.⁷⁹⁴ **İmâm Mâlik**'in de, ebeveynin çocuklarıyla olan mal ilişkilerinde eşit ve âdil olması gerektiği görüşünde olduğuna dair bilgiler de

⁷⁸⁴ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,100.

⁷⁸⁵ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,100-101.

⁷⁸⁶ Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VI,520-521; a.mlf., "*el-Ukûdü'd-dürriyye*", II,19.

⁷⁸⁷ Buhârî, "Hibe", 12.

⁷⁸⁸ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,466; a.mlf., *es-Seylü'l-cerrâr*, III,303.

⁷⁸⁹ S.H. Hân, *Fethu'l-allâm*, II,132.

⁷⁹⁰ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XXII,293; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,387.

⁷⁹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,387.

⁷⁹² Şâfiî, *İhtilâfu'l-hadis*, 584-585; Tahâvî, *el-Muhtasar*, 138; Mağribî, *el-İktisâr*, 129; Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, III,147; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, VII,544; Şîrâzî, *et-Tenbih*, 368; Serahsî, *el-Mebsût*, XII,56; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,127; Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,230; Nevevî, *Ravdatü'l-tâlibîn*, IV, 440; Ahmed b. Yâhyâ, *Kitâbu'l-ezhâr*, III, 302; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,567; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V,415; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VI,520-521.

⁷⁹³ Dihlevî, *Hucetullâhi'l-bâliğa*, II,358.

⁷⁹⁴ Bâcî, *el-Müntekâ*, VI,92; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,275.

bulunmaktadır.⁷⁹⁵ Zarûret ve maslahat gereği istisnâî uygulamalar ve ayrıcalıklar bu görüş için de aynen söz konusudur.⁷⁹⁶

Bu arada hem çocuklar arası bağışta adâleti gözetmenin vâcip olduğu görüşünde olanlar, hem de müstahâb görüşünü benimseyenler *zarûret ve maslahatın gerektirmesi durumunda eşitliğin aranmayacağını söylemektedir*. Buna göre, tedavisi imkansız bir hastalığa yakalanan, görme engelli (a'ma) olan, büyük bir borç yükü altında bulunan, ailesi kalabalık olup da geçim sıkıntısı çeken, tek başına altından kalkmaya gücünün yetmediği bir sıkıntıya maruz kalan, ilmî faaliyetlerde bulunup ta ihtiyaç içinde olan, dindarlık, erdem ve fazîlet itibariyle daha üstün olan çocuğa diğerlerinden farklı olarak bağışta bulunulabilir.⁷⁹⁷ Aynı şekilde;

- a) Baba müslüman, çocuk kâfir ise
- b) Çocuk fâsık ya da bid'at ehli olup, malı fık içeren işlerde harcıyorsa
- c) Çocuk, ana-babasına başkaldıran, isyankâr birisi ise
- d) Diğer çocukların rızası var ve haklarından vaz geçmişlerse, ebeveynin bu çocuklarına bağışta bulunmaması ve onları mahrum bırakması caizdir.⁷⁹⁸

Dolayısıyla ebeveyn söz gelimi daha dindar ve fazilet sahibi olan çocuklarına farklı muamele yapabilirler. Nitekim Hz. **Ebu Bekir** kızı **Aişe**'ye fazîlet ve üstünlüğü sebebiyle bağışta bulunmuştur.⁷⁹⁹

Bu meselede bazı Hanefî kaynaklarında **Ebu Hanîfe** (150/767)'nin, çocukların eşit seviyede olmaları halinde ebeveynin ayrımcılık yapmasının mekrûh; fakat söz gelimi birinin diğerlerine göre dinî hayat bakımından daha üstün olması durumunda ise, farklı muamelenin caiz olup herhangi bir sakıncanın bulunmadığı görüşünde olduğu belirtilir.⁸⁰⁰ Ancak bu meselede, dirâyetli Hanefî hukukçulardan **Kâsânî** (587/1191), müctehid ve fakiherin görüşlerindeki farklılaşmayı da yansıması bakımından önemli bir ayrıntıya dikkat çekmektedir. **Kâsânî**'nin tesbitine göre, Hanefî mezhebine mensup müctehid ve hukukçular bakımından, söz gelimi edebli, dindar, ilim ehli olan çocukların, bu şekilde olmayıp dinî hayattan uzak, fık ve masiyet içinde hayat sürenlere göre üstün tutulması ve sırf bunlara bağışta bulunulmasının adâletsizlik sayılmayacağı görüşü, müteahhirûna aittir. İlk dönem Hanefî fakiherine göre ise, bu gibi haller üstünlük ve ayrımcılık gerekçesi sayılamaz, dindara da dindar olmayana da eşit ve âdil muamele edilir.⁸⁰¹

İslâm hukukçularının, ebeveynin çocuklarından bir kısmına yönelik teberrûlarının hükmü konusundaki bu görüş ayrılıkları, **Nu'mân b. Beşîr** hadisindeki nehiy kalıbının, teberrûlar hususundaki genel kurala (kıyas) aykırılık teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Zira teberru ehliyetine sahip bir şahıs, dilediği kimselere bağışta bulunabilir ve bu hibe konusunda genel kuralı teşkil eder. Fakat diğer taraftan usulcülerin cumhuruna göre, nasıl ki emir kalıbı vücûb ifade ediyorsa aynı şekilde nehiy kalıbı da tahrîm ifade eder. İşte teberrû konusundaki genel kural ile söz konusu hadisi cem etmek isteyen İslâm hukukçuları,

⁷⁹⁵ İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fıkhiyye*, 314,315.

⁷⁹⁶ Bâcî, *el-Müntekâ*, VI,93.

⁷⁹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,388; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,166-167; Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XII,64-65; Şibîr, "*Hudûdu'l-adl*", 92-93; Köse, "*Ayrımcılık*",15.

⁷⁹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,388; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, IV, 440; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,166-167; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V,415; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,567; Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XII,64-65; Mevâfi, *ed-Darar*, I,156-157; Şibîr, "*Hudûdu'l-adl*", 92-93; Köse, "*Ayrımcılık*",15.

⁷⁹⁹ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,567; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V,415.

⁸⁰⁰ İbn Âbidîn, "*el-Ukûdu'd-dürriyye*", II,19.

⁸⁰¹ Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,127.

hadisteki nehiy ifadesini nedbe hamletmişler ya da **İmâm Mâlik**'in yaptığı gibi belirli şekillere tahsis etmişlerdir. Kaldı ki, hüküm istinbâtında kıyası muteber bir yöntem olarak benimseyenlere göre, sünnetin umûmunun kıyasla tahsisi caizdir. Buna binaen, esasen haramlık bildiren nehiy kalıbının, kerâhet ifade ettiği söylenmiştir. Hüküm istinbâtında kıyasa müracatı kabul etmeyen ya da **Nu'mân b. Beşîr** hadisindeki nehiy kalıbını aslî anlamına (tahrîm) hamleden hukukçular ise, ana-babanın çocuklarına yönelik teberrûlarında âdil olmasının vâcip olduğunu söylemişlerdir.⁸⁰²

Diğer bir ifadeyle İslâm hukukçuları arasındaki bu görüş ayrılığı, söz konusu hadislerdeki nehyin kerâhete mi hamledileceği yoksa kesin bir yasaklama mı sayılacağı, daha teknik bir ifadeyle hadislerdeki nehyin yorumu hususundaki usul farklılığından kaynaklanmaktadır. İslâm hukukçularının bir kısmı bu konuyu hukukî müeyyideye bağlamayı zorunlu görürken, diğer bazıları ise buna gerek görmemiştir.⁸⁰³ Fakat bununla birlikte, ebeveynin çocukları arasında adâletle ve eşitlikle muamala etmesinin müstehâb, aksi davranışın ise mekruh olduğunda İslâm hukukçuları ittifak halindedirler.⁸⁰⁴

Ana-babanın, çocuklarıyla olan malî ilişkilerinde adâlet tartışmasında hem vücûb hem de müstehâb görüşünü benimseyenler, görüşlerini aynı delillere dayandırmaktadırlar. *Adâlete riayet etmenin müstehâb olduğunu söyleyen cumhur İslâm hukukçularına göre*⁸⁰⁵, **Nu'mân b. Beşîr** hadisinde anlatılan olay henüz gerçekleşmemiş, **Beşîr**, istişarede bulunmak üzere *Hz. Peygamber'e* gitmişti.⁸⁰⁶ Kaldığı bağış işleminin gerçekleşmiş olduğu kabul edilse bile, hadisin bazı varyantlarında "*onu (hibeyi) geri al*" ifadesinin bulunması, esasen bağış işleminin sahih olarak gerçekleştiğini göstermektedir. Zira rucû', sahih olarak teşekkül etmiş işlemler için söz konusudur.⁸⁰⁷ Ayrıca *Hz. Peygamber'in Beşîr'in bağışına kendisinin şahitlik yapmayıp, "öyleyse buna başkasını şahit tut"* demiş olması, başkasının şahit olmasına izin vermesi anlamına gelir. Şayet işlem iddia edildiği gibi sahih olmasaydı, *Hz. Peygamber* başkasının şahit tutulmasına da izin vermezdi.⁸⁰⁸ *Rasûl-i Ekrem'in* bizzat kendisinin şahitlik etmemesi ise, ya söz konusu olayın en ekmel şekilde gerçekleşmemesinden ya da devlet başkanı olmasındandır. Çünkü *Hz. Peygamber*, dinin gereklerine uygunluk bakımından en kâmil tasarruflara şahitlik ederdi. Devlet başkanının görevi ise, olaylara şahitlik yapmak değil, hüküm vermektir.⁸⁰⁹ Öte yandan bazı rivâyetlerde rastlanan "*cevr*" kelimesi ise, zulüm ve haksızlık anlamında olmayıp, "*daha güzel ve üstün olanı terk (terk-i evlâ)*" anlamındadır.⁸¹⁰ Dolayısıyla "*Allah'tan korkun ve çocuklarınız arasında âdil olun*" hadisindeki nehiy, nedbe delâlet etmektedir. Ayrıca "*Çocuklarınızı birbirine yakın tutun*" hadisi eşitliği gerektirmeyip, çocuklara farklı davranmanın mümkün olduğunu göstermektedir. Kaldı ki **Hz. Ebu Bekir**'in kızı **Aişe**'ye; **Hz. Ömer**'in oğlu **Âsım**'a; **Abdurrahmân b. Avf**'in da **Ümmü Gülsûm**'ün oğluna diğer çocuklarından ayrı olarak bağışta bulunması da, ashabın söz

⁸⁰² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,275; Şibîr, "*Hudûdu'l-adl*",86.

⁸⁰³ Bardakoğlu, "*Hibe*", XVII,425.

⁸⁰⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,388.

⁸⁰⁵ Müstehâb görüşünde olanların delilleri ve naslara getirdikleri yorumlar için bkz. Şâfiî, *İhtilâfu'l-hadîs*, 584-585; Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,85-89; Bâcî, *el-Müntekâ*, VI,93; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,275; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,465-466; Şibîr, "*Hudûdu'l-adl*", 88-89; Köse, "*Ayırıcılık*", 15.

⁸⁰⁶ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,465.

⁸⁰⁷ Şâfiî, *İhtilâfu'l-hadîs*, 584-585.

⁸⁰⁸ Şâfiî, a.g.e., 584-585; Menbecî, *el-Lübâb*, II,560.

⁸⁰⁹ Menbecî, *el-Lübâb*, II,560; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,465.

⁸¹⁰ Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, III,147. عدول عن الفعل الذي هو أفضل وأحسن.

konusu hadisleri nedbe hamlettiklerini göstermektedir.⁸¹¹ Şu halde ebeveynin çocuklarıyla olan malî ilişkilerinde adâlete riayet etmesi müstehâbdır.

*Buna mukabil çocuklara yönelik malî ilişkilerde adaletli davranmanın vâcip, ayırmıcılığın ise haram olduğunu söyleyen İslâm hukukçularına göre ise, ilgili hadislerdeki nehiy kalıbı vücûb ifade etmektedir. Zira usulcülerin cumhuruna göre karînelerden uzak mücerred nehiy kalıbı vücûba hamledilir; burada da nedbe hamletmeyi gerektirecek bir karînenin bulunmamaktadır.*⁸¹² Ayrıca *Hz. Peygamber*, ayırmıcılığın söz konusu olduğu tasarrufa şahitlik etmemiş; ancak doğru ve hukukî olan işlemlere şahitlik edebileceğini, haksızlık ve zulüm (cevr) içeren bir işleme ise, asla şahitlik yapmayacağını belirtmiştir. Bu noktada cevr'in terk-i evlâ anlamında olduğunu söylemek doğru değildir. Zira söz konusu ifade tevbih, kınama ifadesidir. Öte yandan ebeveynin, çocuklarından bir kısmına bağışta bulunurken diğerlerine bir şey vermemesi, ebeveyn ve çocuklar arası ilişki ile, çocukların birbirleri ile olan ilişkileri açısından bir takım sakıncalar (mefsedet) doğurur. Ana-babalarının, kardeşlerinden birini/bazılarını kendilerine göre daha üstün tuttuğunu, kayırdığını düşünmeye başlayan çocuklar, bir yandan, ebeveynlerinin hukukuna riayet etmemeye, saygı ve hürmette kusur göstermeye, hizmetlerine koşmada ağırdan almaya (*ukûku'l-vâlideyn*) başlarken, diğer taraftan da kayırılan kardeşlerine karşı hasmane tavırlar sergilemeye başlarlar. Bu halin kardeş kavgalarına kadar uzanması mümkündür. Dolayısıyla ebeveynin, meşrû bir sebebe dayanmaksızın çocukları arasında ayırmıcılık yapması, çocuklar arasına kin ve nefret tohumları eker ve bu hal, İslâm'ın çok değer verdiği akrabalık bağlarının (*sıla-i rahim*) kopmasına yol açabilir. Halbuki İslâm'da akrabalık bağlarını koparmak ve ebeveynin hukukuna riayet etmemek haram kılınmıştır. Çocuklar arasında ayırmıcılık yapmanın, bunlara sebebiyet vereceği ise aşikârdır. İşte bu tür mefsedetlere fırsat vermeme bakımından da ebeveynin, çocukları arasında ayırmıcılık yapmaması, bağış konusunda âdil ve eşit davranmaları vâciptir.⁸¹³

Her iki görüş sahiplerinin de konuya yaklaşımları, ileri sürdükleri gerekçeler mevcut rivayet malzemesiyle birlikte ele alındığında, malî muamele bakımından çocuklar arasında eşit davranmanın müstehâb, aksi tutumun ise mekrûh olduğunu söyleyenlerin görüşlerinin zayıflığı aşikârdır. Bu görüş sahiplerinin mevcut nasları anlama ve yorumlama noktasında ileri sürdükleri gerekçeler, somut verilere dayanmamakta, bazı öngörü ve tahminlerle sınırlı kalmaktadır.

Bir kere **Nu'mân b. Beşîr** hadisinde, henüz bağışlama işleminin gerçekleşmediği, **Beşîr**'in yalnızca *Hz. Peygamber*'le istişarede bulunmak üzere huzuruna çıktığı iddiası, hadis metniyle uyuşmamaktadır. Çünkü metinde **Nu'mân**, babası **Beşîr**'in kendisine bir miktar bağışta bulunduğunu ancak annesinin, *Hz. Peygamber*'in bu işleme şahitlik etmesini istediğinden söz etmektedir. Hatta Müslim'de bulunan bir rivayette **Beşîr** ile oğlu **Nu'mân** arasındaki hibe işlemi gerçekleşip bir yıl geçtikten sonra **Amra bt. Ravâha**'nın bu işleme *Hz. Peygamber*'in, şahitlik etmesini istediği ifade edilmektedir⁸¹⁴. Dolayısıyla bağışlama işleminin henüz gerçekleşmediği, niyet safhasında olduğu iddiası mesnedsizdir. Kaldı ki bağışlama işlemi gerçekleşmemiş olsaydı, **Beşîr**'in rucû etmesinin de bir anlamı olmazdı.⁸¹⁵

⁸¹¹ Şâfiî, *İhtilâfu'l-hadis*, 585; Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, III,147.

⁸¹² Vücûb görüşünün delilleri için bkz. Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,85; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,275; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,387-388; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158-159; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146-7; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,465-466; Şibîr, *"Hudûdu'l-adl"*, 88-89; Köse, *"Ayırmıcılık"*, 15-16.

⁸¹³ İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146-7.

⁸¹⁴ Müslim, "Hibât", 14.

⁸¹⁵ İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146-7; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,465.

Zira müstehâb görüşünü benimseyen hukukçuların da ifade ettiği gibi *tahakkuk etmeyen bir şey hakkında rucûdan da söz edilemez.*

Öte yandan **Nu'mân** ile babası **Beşîr** arasındaki bağışlama (hibe) işleminin, şartları itibariyle hukuken geçerli bir işlem olduğunu söylemek, bahse konu olay münasebetiyle *Hz. Peygamber'in "bu zulüm ve haksızlıktır"* şeklindeki beyanı ile gelişmektedir. Zira işlemin geçerli ve hukuken sonuç doğurduğunu söylemek, zulüm ve haksızlığın devamını onaylamak anlamına gelir. Halbuki İslâm'da zulmün maydana gelmesine de devamına da izin verilemez.⁸¹⁶ Şayet bu işlem sahih ve muteber olsaydı, **Beşîr**'in rucû etmemesi, ya da *Hz. Peygamber'in* rucû etmesine gerek olmadığına dair bir beyanının olması gerekirdi ki, böyle bir hal mevcut değildir.

Diğer yandan *Hz. Peygamber'in*, haksızlık ve zulüm olduğu gerekçesiyle kendisinin şahadette bulunmadığı bir olay hakkında *"öyleyse buna başkasını şahit tut"* demiş olmasını, *"ben şahit olmam ama başkasını şahit tutabilirsin"* şeklinde anlamak yanlıştır. Zira bu durumda *Peygamber Efendimiz*, haksızlık ve zulüm olduğu gerekçesiyle kendi yapmadığı ve tavır aldığı bir şeyi, başkasının yapmasında herhangi bir sakınca olmadığını ifade etmiş olmaktadır ki, *Hz. Peygamber* hakkında böyle bir şey düşünülemez.⁸¹⁷ Zira bu anlayış, *Kâinatın Efendis'i*nin ümmetine örnek olma ve yol gösterme fonksiyonuyla bağdaşmaz. Kaldı ki bu yorum, söz konusu rivayeti mantıkî tutarlılıktan da yoksun bırakır. Dolayısıyla *"öyleyse buna başkasını şahit tut"* ifadesi, emir ya da ibâha anlamı taşımamakta, bilakis şiddetli sakındırma, kınama ve tehdit anlamına gelmektedir.⁸¹⁸ Nitekim bu ifade tarzının âyet ve hadislerde çokça örnekleri bulunmaktadır.⁸¹⁹ Diğer taraftan şayet iddia edildiği gibi, söz konusu ifade emir ya da izin anlamında olsaydı, **Beşîr**'in, hibesinden rucû etmemesi ve emrin gereğini yerine getirmesi gerekirdi.

Bu arada *Hz. Peygamber'in*, **Beşîr**'le arasında geçen diyalog sonucu, **Nu'mân**'ın diğer çocuklardan ayrı ve üstün bir muameleye tabi tutulduğunu/ayırimcılık yapıldığını öğrenince, buna kızıp öfkelenildiği ve orayı terkettiği de rivayet olunmaktadır.⁸²⁰ Ebeveynin çocukları arasında ayırimcılık yapmasının hukukî niteliğini belirlemede bu tavır son derece önemlidir. Terk-i evlâ kabilinden bir davranış için *Rasûl-i Ekrem*'in böyle bir tavır alması her halde söz konusu olmazdı.

Bu bağlamda *"cevr*'in terk-i evlâ anlamında olduğunu söylemek doğru değildir. Zira **Râğîb el-İsfehânî** (502/1108) ve **Feyyûmî** (770/1368) gibi dil konusunda da uzman âlimlerin beyanıyla *cevr*'in asıl anlamı *"hakdan yüz çevirme, adâletten inhiraftır"*.⁸²¹ Kaldı ki **Nu'mân** hadisinde *"ben ancak hakka (doğru, meşru olana) şahadet ederim"* şeklindeki ifade, hadiste *cevr* kelimesinin haksızlık ve zulüm anlamında kullanıldığını göstermektedir. Nitekim hadislerde de *cevr* kelimesi adâletin karşıtı anlamında kullanılmıştır.⁸²²

Hz. Peygamber'in şahadetten imtina etme gerekçesi zulüm ve haksızlık olarak tebeyyün ettikten sonra, O'nun en kâmil olaylara şahadette bulunduğu ya da devlet başkanı olduğu, devlet başkanının görevinin de olaylara şahitlik etmek değil, hüküm vermek⁸²³

⁸¹⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,100.

⁸¹⁷ Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XII,57.

⁸¹⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,101; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,166; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,147; Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XII,57; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,466.

⁸¹⁹ Bkz. Kehf 18/29; Fussilet 41/40; Mürselât 77/45,46.

⁸²⁰ Eттаfeyyiş, *Şerhu'n-nîl*, XII,57.

⁸²¹ Râğîb, *el-Müfredât*, 145; Feyyûmî, *el-Misbâhu'l-münîr*, 44,150.

⁸²² İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, I,313; Köse, *"Ayırimcılık"*, 16. Örnek olarak bkz. Ebu Dâvud, "Mehdî", 1; "Cihâd", 33; Nesâî, "İmâmet", 2; İbn Mâce, "Fiten", 34; Ahmed, Müsned, I,99, II,431; III,28,37,52,70; V,26-27.

⁸²³ Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,85. الإمام ليس من شأنه أن يشهد، وإنما من شأنه أن يحكم.

olduğu şeklindeki yorumları değerlendirmeye ihtiyaç kalmamaktadır. Kaldı ki bu yorumlar, herhangi bir temele dayanmamaktadır. Söz gelimi devlet başkanlığı ile, bir olay ya da işleme tanıklık etme arasında herhangi bir ilişki kurulamaz. Zira *bir kişinin devlet başkanı olması, şehâdet tahammül ve edâsına mani değildir.*⁸²⁴ Yani pekâlâ devlet başkanı da bir meseleye şahit olabilir ve mahkemede şahit sıfatıyla dinlenebilir.

Bağışta bulunma konusunda, çocuklar arasında eşit davranma meselesiyle ilgili olarak bazı sahabe uygulamaları ise, esasen hadislerdeki sarîh ve kesin ifadeler karşısında dikkate alınıp hükme medar olabilecek durumda değildir.⁸²⁵ Zira açık ve kesin naslar karşısında sahabe uygulaması delil olamaz. Öte yandan söz konusu ashabın, çocuklarından birine/birilerine bağışta bulunurken, diğer çocuklarını ihmal ettiklerine dair kesin bir bilgiye sahip değiliz. Ayrıca bu tür sahabe uygulamalarının, bazı zarûret ve maslahat gereği olduğunu söylemek de mümkündür. Söz gelimi **İbn Ömer**'in, oğlu **Vâkid**'a bağışta bulunma gerekçesi, ilgili rivayette belirtilmiş ve bunun yoksulluk sebebiyle olduğu ifade edilmiştir. Aynı gerekçe pekâlâ diğer olaylar için de geçerli olabilir. Hatta **İbn Ömer**'le ilgili olayın, söz konusu rivayette her ne kadar bağışta bulunma (hibe) şeklinde ifade edilmişse de, belirtilen gerekçeden hareketle aslında bunun bağış olmayıp, nafaka kapsamında bir tasarruf olduğunu söylemek de mümkündür. Diğer yandan Hz. **Ebu Bekir, Ömer** gibi sahabîlerin, çocuklarından birine bağışta bulunurken, diğer çocuklarının rızâsını almış olmaları da muhtemeldir. Nitekim ashabdan **Urve b. Zübeyr**, teyzesi **Aişe**'ye bağışta bulunurken **Hz. Ebu Bekir**'in diğer çocuklarının iznini/rızâsını aldığını söylemektedir.⁸²⁶ Bu arada söz konusu bağışın *Kâinatın Efendisî*'nin dâr-ı bekâya irtihalinin hemen akabinde ve **Hz. Aişe**'nin teessürünü dindirme amacıyla yapıldığını söyleyenler de vardır.⁸²⁷

Ana-babanın çocuklarıyla olan malî ilişkilerinde adâletle hareket edip ayırım yapmalarıyla ilgili hadisleri, bir şahsın malının tamamını çocuklarından birine bağışlaması şeklinde ele alıp, hadislerde yasaklananın bu olduğunu söylemek de herhangi bir delile dayanmamaktadır. Nitekim **Nu'man** hadisinin bazı rivayetlerinde, bağışlanan nesnenin bir bahçe veya köle olduğu belirtilmektedir. Yani **Beşîr**, oğlu **Nu'man**'a malının tamamını değil, sadece bir miktarını bağışlamıştır. Hatta bazı alimler bu gerçekten hareketle, ebeveyn ile çocuklar arasındaki malî ilişkilerin hukukî niteliği hususunda, en uzak görüşün bu olduğunu söylemişlerdir.⁸²⁸

Şu halde ebeveynin çocukları arasında her konuda olabildiğince eşit muamelede bulunması ve adâlete riayet konusunda son derece titiz davranması zorunludur. Özellikle bağış, yardım gibi malî ilişkilerde bu ölçüye uyulması hukukî bir zorunluluk yani vâciptir. Aksi tutum ve davranışlar hukuken geçersizdir ve hiçbir sonuç doğurmaz. Şayet teslim-tesellüm (kabz) gerçekleşmişse alınan nesnenin iadesi gerekir.

Bu meselede çocukların da son derece hassas hareket etmesi ve kendi aleyhlerine de olsa hak ve doğru olana uymaları gerekir. Diğer bir deyişle şayet bir baba ya da anne, çocuklarından birini diğerlerinden ayırmış ve ona bağışta bulunmuş, bu hal üzere de vefat etmişse, bağışta bulunulan çocuğun, adâlet ve hakkaniyete uyması ve aldığını terikeye iade etmesi gerekir.⁸²⁹ Çünkü *çocuklar arasında ayırmacılık yapmak zulümdür ve bu noktada zulmeden (ebeveyn) ile zulme rızâ gösteren (kayırlan çocuk/lar) arasında bir fark yoktur.*

⁸²⁴ İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,1467; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,466.

⁸²⁵ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,466. لا حجة في فعل الصحابة، لاسيما إذا عارض المرفوع.

⁸²⁶ İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V,159; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,147.

⁸²⁷ Bkz. Şibir, "Hudûdu'l-adl", 93 (Merdâvî, *İhtilâfu'l-fukahâ*, 274).

⁸²⁸ İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,146.

⁸²⁹ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXI,167.

*Kaldı ki ölüm, zulmü hakka tebdil etmez.*⁸³⁰ Öte yandan diğer çocukların da bağışlanan malın terikeye katılmasını talep hakkı bulunmaktadır.⁸³¹

Ebeveynin çocuklarıyla olan malî ilişkilerinde genel hüküm bu şekilde olmakla birlikte sahabe uygulamasında da gördüğümüz üzere, zarûret ve maslahatın gerektirmesi durumunda, ihtiyaç ve maslahat oranıyla sınırlı kalmak şartıyla **Ahmed b. Hanbel** (241/855)'in de ifade ettiği gibi, bu genel kuralın dışına çıkılabilir. Yani ebeveyn, çocuklarından birinin ya da bazılarının, ciddî geçim sıkıntısı çekmesi, büyük bir borç yükünün altına girmiş olması, bir hastalığa yakalanıp tedavi masraflarını karşılamada güçlük çekmesi gibi sebeplere bağlı olarak çocukları arasında maddî muamele bakımından eşit davranmayabilir. Elbette bu sebepler, sayılanlarla sınırlı olmayıp, yerel örf de dikkate alınmak suretiyle başka bazı hallerin de istisna kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Söz gelimi işsizlik, aile nüfusunun kalabalık olması, tek başına ebeveynin bakım ve hizmetini üstlenme, ebeveynin mevcut malvarlığına ve aile bütçesine daha fazla katkıda bulunma gibi durumlar da aynı şekilde genel kuralın dışına çıkma gerekçeleri arasında sayılabilir. Ancak ebeveyn bu tür durumlarla karşı karşıya olan çocuklarından her birine ve herhangi bir ayırma gitmeksizin, imkanıyla orantılı maddî yardımda bulunmalıdır. İmkanları elverdiği için çocuklarından birine yardımda bulunan ebeveyn, bugün için ekonomik şartları uygun olmadığından benzer durumdaki diğer çocuğuna bağışta bulunamıyorsa, dinî bakımdan herhangi bir yanlış yapmış olmaz. Fakat her hâlükârda bu tür malî tasarruflar, diğer çocukların huzuru ya da bilgisi dahilinde yapılmalı, gerekçe açıkça ortaya konulmalıdır ki, zihinlerde herhangi bir şüphe, gönüllerde de bir kırgınlık meydana gelmesin.

Teorik düzeyde meseleyi bu şekilde ortaya koyduktan sonra, ebeveyn ve çocuklar arasındaki malî ilişkilerin türü ve ikışkide bulunulan şahıslar bakımından konunun kapsamını belirleme zarureti vardır.

b. Muamele Türü ve İlgili Şahıslar Açısından Konunun Kapsamı

a) *Muamele türü bakımından kapsam.* İslâm hukukçularının ana-baba ve çocuklar arasındaki malî ilişkilerde âdil muamelede bulunma meselesini, sırf temlik ifade eden teberrular açısından ele aldıkları görülmektedir.⁸³² Buna göre esasen bir teberrû olmakla birlikte, temlik ifade etmeyip sırf tahsis özelliğinde olan teberrûlarla, bedelli hukukî işlemler yukarıda sözü edilen hükümler bakımından kapsam dışı tutulmaktadır. Buna göre söz gelimi ana-baba, sırf kullanmak amacıyla çocuklarından birine diğerlerine göre daha kaliteli/lüks araba verebilir; aynı şekilde oturması için çocuklarından birine, diğerlerine verdiği göre daha geniş veya semt itibarıyla daha güzel bir ev/daire verebilir. Muhtemelen bu ayırım, **Hz. Ebu Bekir**'in, kızı **Aişe**'ye yaptığı bağışın temlik ifade etmeyip, sırf meyvelerden yararlanma hususunda tahsîsatta bulunma⁸³³ niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır.

Fakat meseleye amaç açısından bakılacak olursa, ana-babanın çocuklarından birine/bazılarına bağışta bulunup diğerlerine aynı şekilde davranmamasının doğuracağı sakıncalar (kardeşler arası geçimsizlik, nefret, ebeveyne hürmetsizlik, hizmette kusur gibi) sırf kullanma ve yararlanma amacı taşıyan bağışlar için de aynen geçerli olduğu görülecektir. Şu halde bağış nitelikli tasarrufları, temlik ifade eden bağış ve yararlanma hakkı veren bağış

⁸³⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V,394. الجور حرام، لا يجل الفاعل فعله، ولا المعطى لتناوله، والموت، لا يغيره عن كونه جوراً حراماً، فيجب رده.

⁸³¹ İslâm hukukçularının bir kısmına göre, her ne kadar ebeveynin çocukları arasında malî bakımdan ayrımcılık yapması doğru değilse de, artık bu işlem ölümle geçerlilik kazanır. Bkz. Behûfî, *er-Ravdu'l-murbi*, 359; Şibir, "*Hudûdu'l-adl*", 98.

⁸³² Bkz. Etfafeyiş, *Şerhu'n-nil*, XII,64-65; Şibir, "*Hudûdu'l-adl*", 85.

⁸³³ Hadis sözlüklerinde ilgili rivâyetlerde geçen "*câd*" veya "*cedâd*" kelimesinin, meyveyi derme/hasad anlamında olduğu belirtilmektedir. Bkz. İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, I,244.

şeklinde ayırımı tabi tutma ve buna bağlı olarak da adâlete riayet bakımından ikisini ayrı hükümlere tabi kılmanın, makul hukukî bir dayanağı bulunmamakta, ilgili naslara hakim olan hukuk düşüncesi ve makâsıdla da örtüşmemektedir. Binaenaleyh **İbn Âbidîn** (1252/1836)'in de belirttiği gibi, *ebeveynin çocukları arasında ayırmacılık yapmayıp eşitlik ve adâlet ilkelerine uygun davranması hükmü, hem mülkiyet ifade eden teberrûlar, hem de tahsîsât türü teberrûlar için geçerlidir.*⁸³⁴

Az önce de işaret edildiği gibi muamele türü itibariyle kapsam dışı tutulan ikinci husus ise, bedelli temlikî işlemlerdir. Esasen bedelli hukukî işlemlerin piyasa fiyatından yapılması durumunda da, prensip itibariyle çocuklardan bir kısmını diğerlerine tercih etme söz konusu olmaz. Ancak ebeveynin çocuklarından biriyle yaptığı işlemin ebeveyn bakımından zarar içermesi, ya da çocuklardan birinin herhangi bir malını piyasa fiyatının üstünde (pahalı) bir fiyattan satın alması gibi durumlarda, ana-babanın zarar kasdı taşıması/kötü niyetli olması söz konusu edilebilir. İşte bu gibi hallerde ana-babanın çocukları arasında adâlete riayet etmemesinden söz etmek mümkündür.

Ne var ki İslâm hukukçuları, ebeveynin çocuklarına yönelik malî tasarruflarında adâlete riâyet meselesini, muhtemelen ilgili naslarda söz konusu edilen somut olayların teberrû (hibe/bağış) mahiyetinde olmasından hareketle sırf temlik ifade eden teberrûlar için söz konusu etmişler; bedelli temlikî işlemler için ise, böyle bir durumdan söz etmemişlerdir. Ana-baba ile çocuklar arası maddî sebebe dayalı çatışma ve sürtüşmelerin, çocuklar arası çekememezlik vb. durumların pratik hayatta genellikle, temlikî teberrûlardan kaynaklanmasının da bunda rolü olmuş olabilir. Halbuki adâlet tartışmasının yapıldığı teberrûlar için ileri sürülen mahzurlar, az önce ifade edilen tarzdaki temlikî işlemler için de aynen mevcuttur. Dolayısıyla ana-babanın, bağışta bulunma hususunda çocukları arasında ayırmacılık yapmaması hükmünün gerekçesi (illet) dikkate alındığında, bu hükmün teberrûlarla sınırlı tutulmayıp, aynı gerekçenin söz konusu olduğu benzer tasarruflar için de işletilmesi gerektiği ortadadır. Buna göre ebeveyn ile çocuklarından biri ya da bir kısmı arasında gerçekleşen bedelli temlikî işlemlerin, ebeveyn bakımından zarar içermesi (piyasa fiyatının altından satış yapma ya da çocuklardan birinin herhangi bir malını piyasa fiyatına göre pahalıya satın alma gibi) durumunda, ana-babanın, çocukları arasında ayırmacılık yaptığını söylemek mümkündür. Bu durumda ebeveynin, diğer çocuklarına karşı zarar kasdı taşıdığı yani kötü niyetli olduğundan söz edilir. Zira söz konusu işlem her ne kadar şekil şartları itibariyle bir satım sözleşmesi ise de, işlemin ebeveyn bakımından açıkça zarar içermesi, asıl amacın satım olmayıp, satım görüntüsü altında muamelede bulunan çocuğa menfaat sağlama olduğunu göstermektedir. Bu durumun çocuklar arasında ayırmacılık yapmak olduğu ise aşikârdır. Dolayısıyla bu tür muameleler de, aynen bağış konusunda olduğu gibi ebeveyn ile çocuklar ve kardeşlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde hürmet, saygı, sevgi ve kardeşlik yerine; itaatsizlik, kin, nefret ve buğzun hakim olmasına yol açacaktır. Kaldı ki, *"Allah'tan korkun ve çocuklarınız arasında adâletli davranın"* hükmü, belirli muamelelere has olmayıp geneldir. Şu halde *işlemin mahiyeti itibariyle açıkça ya da karîneler yardımıyla ana-babanın, çocukları arasında meşrû bir sebebe dayanmaksızın ayırmacılık yaptığının anlaşıldığı her türlü malî ilişki, bağış konusundaki genel hükme tabi kılınmalı, yani yasak kapsamında değerlendirilmelidir.* İşte bu gerekçelere binaen biz, konuyu temlik ifade eden teberrûlara indirgeme yerine, *"ebeveynin çocukları ile olan maddî ilişkileri"* şeklinde daha genel çerçevede ele almayı uygun bulduk.

b) *Muamelede bulunan şahıslar bakımından kapsam.* İslâm hukukçularının bir kısmı, ana-babanın, çocuklarıyla olan mal ilişkilerine yönelik hukukî sınırlamaları, sırf çocuklarla

⁸³⁴ İbn Âbidîn, *el-Ukûdü'd-dümiyye*, II,19. لم يفرق بين عطية الأعيان والمنافع

sınırlı tutarken⁸³⁵; diğer bir kısım İslâm hukukçusu, bu tür sınırlamalara hakim olan hukuk düşüncesini yani hükmün gerekçesini (illet) dikkate almak suretiyle diğer akrabaların da bu kapsamda değerlendirileceğini söylemiştir.⁸³⁶

İlgili hükümleri çocuklarla sınırlı tutanlara göre, eş (karı veya koca), kardeş, gelin, torun gibi akrabalarla olan malî ilişkilerde, birine verip diğerlerine verilmeyebilir ve bu adâletsizlik olarak değerlendirilemez. Bu arada İbâdî hukukçulardan **Ettafeyyîş** (1332/1914), söz gelimi ebeveynin hayatta olan çocuğu yok ve yalnızca torunları varsa, bunlarla olan malî ilişkilerinde da aynen çocuklarında olduğu gibi adâletli davranmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir.⁸³⁷

Öte yandan İslâm hukukçularından bir kısmı, çocukların da ebeveynlerine yönelik bağış gibi malî ilişkilerinde adâlet ve eşitlik prensibine uymalarının zorunlu olduğunu, illa biri tercih edilecek ve üstün tutulacaksa bunun, iyilik, saygı ve hürmet açısından annenin babaya göre öncelikli olduğunu ifade eden bazı hadisler⁸³⁸ gereği anne olması gerektiğini söylemektedirler.⁸³⁹

En genel anlamda akrabalık ilişkilerinin zedelenmemesi ve arzulanan seviyede devam etmesi amacıyla yönelik olmak üzere ebeveynin çocukları arasında malî bakımdan ayrımcılık yapmamasına yönelik sınırlamaların çocuklarla sınırlı tutulması gerektiğini belirten **İbn Kudâme** (620/1223), özetle şunları söylemektedir: Her şeyden önce, ebeveyne karşı saygı, hürmet ve hizmet bakımından diğer akrabalar çocuklar gibi değildir. Dolayısıyla bunların da malî bakımından eşit davranılması gerekenler arasında sayılması doğru olmaz. Kaldı ki Hz. *Peygamber*, eşinin (Amra) de olduğunu bilmesine rağmen **Beşîr'e**, "*Nu'man dışında başka çocukların da var mı?, onlara da aynı şekilde bağışta bulundun mu?*" diye sormuş, eşine de aynı şekilde bağışta bulunması gerektiği, onu çocuklarından ayırmasının doğru olmadığı şeklinde bir beyanda bulunmamıştır.⁸⁴⁰

Abdürrezzâk (211/826)'ın *Musannef*inde naklettiği bir bilgiye göre, bu meseleyle ilgili hükümlerin diğer akrabaları da kapsayıp kapsamadığı **Atâ b. Ebî Rabâh** (115/733)'a sorulmuş, O da Hz. *Peygamber*'den, çocuklar dışındaki akrabalar hakkında herhangi bir bilginin duyulmadığını söylemiştir.⁸⁴¹

Malî ilişkilerde adâlet kuralını bütün akrabaları kapsayacak şekilde genişletmek her halde hükmün amacıyla uyum arz etmez. Fakat ebeveynin, çocukları dışında diğer akrabalarıyla olan malî ilişkilerinde hileli yollara başvurması ve böylece çocuklarından bir kısmını kayırmasına da izin verilmemelidir. Teorik düzeyde her ne kadar bireyler arasında mal ayrılığı rejimi esası söz konusu ise de, karı-koca ve özellikle evlenmemiş çocuklar ile ebeveyn arasında fiilen mal birliği rejiminin mevcut olduğu durumlarda, -ki günümüzde genel durum bu şekildedir- söz gelimi ana-babanın gelinlerinden/damatlarından yalnızca birine ya da torunlarından bir kısmına yaptığı malî yardımların, hediye ve bağışların aile ilişkileri ve akrabalık hukuku açısından sakıncalar doğuracağı aşikârdır. Zira bu gibi hallerde, gelin/damat veya toruna yapılan bağış aslında ebeveynin bizzat kendi çocuğuna yapılmış

⁸³⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,95,105; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,389; Remîlî, *Muğni'l-muhtâc*, III,567; Ettafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, XII,61.

⁸³⁶ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,389; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 359.

⁸³⁷ Ettafeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, XII,61. Müellif, söz konusu eserinde bu meseleyle ilgili diğer bazı görüşlere de yer vermektedir.

⁸³⁸ Bkz. Buhârî, "Edeb", 2; İbn Mâce, "Vesâyâ", 4; Ahmed, *Müsned*, V,3,5.

⁸³⁹ Remîlî, *Muğni'l-muhtâc*, III,567.

⁸⁴⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,389.

⁸⁴¹ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,100.

olmaktadır. Dolayısıyla bu meseleyle ilgili hükümlerin tatbikinde örf dikkate alınmalı, sınırlama çerçevesi buna göre tayin edilmelidir.

Şu halde işaret edilen çerçevede, aile bireylerinin karşılıklı malî ilişkilerinde adâlete riayet etmeleri hukukî bir zorunluluktur. Ancak herhangi bir muamelenin bu çerçevede hukuka aykırı olduğunu söyleyebilmek için, objektif bir adâlet ölçüsünün belirlenmesi gerekmektedir.

c. Adâlet Ölçüsü

Adâlet kriteri hususu İslâm hukukçuları arasında ihtilafıdır.⁸⁴² Söz gelimi çocuklardan birisine bir dönüm arazi verilmişse diğerlerine de kız ya da erkek olmalarına bakmaksızın bir dönüm mü verilecek, yoksa miras hukukunda olduğu gibi bir usul mü takib edilecektir.

İslâm hukukçularının bir kısmına göre bu konuda ölçü, Allah'ın *Kur'ân'da* belirlediği *miras hisseleridir* ve adâlet ancak bu şekilde sağlanabilir. Bu görüşü benimseyen müctehidler arasında **Atâ b. Ebî Rabâh** (115/733), **Kâdî Şurayh, Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî** (189/805), **İshâk b. Râhûye** (237/851) ve **Ahmed b. Hanbel** (241/855) ve bazı Mâlikî ve Şâfiî hukukçular ile İbâdiyye'ye mensub hukukçular bulunmaktadır.⁸⁴³

İslâm hukukçularının diğer bir kısmına göre ise, ebeveynin çocuklarıyla olan malî ilişkilerinde adâlet ölçüsü, çocuklar arasında kız-erkek ayırımı yapılmaksızın herkese eşit vermektir. **İbn Abbâs** (68/687), **Ebu Hanîfe** (150/767), **Süfyân es-Sevrî** (161/777), **İmâm Mâlik** (179/795), **Abdullah b. Mübârek** (181/797), **Ebu Yûsuf** (182/798), **İmâm Şâfiî** (204/819), bir görüşe göre **Ahmed b. Hanbel** (241/855), Zâhiriyye ve İbâdiyye mezhebi bu görüşü benimsemektedirler.⁸⁴⁴ Hatta Hanefi hukukçulardan **İbn Âbidîn** (1252/1836), adâlet ve insafla muâmelenin, çocukların ebeveynleri üzerindeki haklarından olduğunu; binaenaleyh her türlü bağış ve ihsanda bu ölçünün aranması gerektiğini söylemekte, bu kapsamda **Nu'mân b. Beşîr** hadisinden hareketle, kız ve erkek çocuklarının, lehtarları buldukları vakıf -zira vakıf da bir bağıştır- gelirlerinden faydalanma hususunda da eşit olduklarını belirtmektedir.⁸⁴⁵

Konuyla ilgili hadislerde "*çocuklarının sana karşı lutuf ve hürmette eşit olmasını istemez misin?*", "*aynı şekilde diğer çocuklarına da bağışta bulundun mu?*", "*çocuklarının arasında eşit davranın*" gibi mutlak ifadeler ikinci görüşün, yani kız-erkek ayırımı yapmaksızın herkese eşit vermenin daha isabetli olduğunu göstermektedir. Daha önce belirtilen çerçevede aile bireyleri arasındaki karşılıklı malî ilişkilerinde adâlete riâyet edilmesinin, ebeveyn ve çocuklar arası ilişkiler ve kardeşlerin birbirleriyle olan münasebetlerinin, kin, nefret, çekememezlik, saygısızlık gibi durumlardan uzak, karşılıklı hak ve sorumluluklar çerçevesinde yürümesini sağlama amacına dönük olduğu düşünüldüğünde, bu amacın tahakkuku bakımından da çocuklar arasında cinsiyete bağlı ayırımın yapılmaması gerekmektedir. Öte yandan Hanefî fakih ve muhaddis **Tahâvî** (321/933)'nin de belirttiği gibi Hz. Peygamber (sav) **Beşîr'e** başka çocuklarının da olup olmadığını genel bir ifadeyle sormuş, söz gelimi başka kızın ya da oğlun var mı dememiştir. Şayet kız ve erkek ebeveynin

⁸⁴² Bkz. Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, VII,544 vd.; Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,466; Şibir, "*Hudûdu'l-adl*",91-92; Köse, "*Ayrıncılık*",19.

⁸⁴³ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 138; a.mlf., *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,89; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,97; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,127; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,388; İbn Receb, *el-Kavâid*, 309; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V, 158; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII,147; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 359; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,566-567; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VI,520-521; a.mlf., "*el-Ukûdü'd-dürriyye*", II,19; Eттаfeyyîş, *Şerhu'n-nîl*, XII,60; Mahmasânî, *el-Mebâdî'*, 193.

⁸⁴⁴ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 138; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 544; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,95,105; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,127; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,388; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, IV,440; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III,567; İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VI,520-521; a.mlf., "*el-Ukûdü'd-dürriyye*", II,19; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,475.

⁸⁴⁵ Bkz. "*el-Ukûdü'd-dürriyye*", II,19.

çocuklarıyla olan malî ilişkileri bakımından farklı olsaydı, *Rasûl-i Ekrem* bu şekilde genel bir ifade kullanmaz, hükmü de genel sevketmezdi.⁸⁴⁶

Ebeveyn ile çocuklar arası malî ilişkilere yönelik hukukî sınırlamaların amaçlarından birinin de, kanunî miras hisselerinin muhafazası olduğunu söylemek mümkün ise de, aynı sınırlamaların diğer vârisler, söz gelimi karı-kocanın birbirleriyle olan mal ilişkileri için geçerli olmaması, bu tür birebir ilişkinin kurulamayacağını göstermektedir. Kaldı ki ebeveyne karşı saygı, hürmet, hizmetini ifa bakımından kızla erkek eşit olduğu gibi, nafaka hakkı bakımından da eşittirler. Bu noktada ana-babaların çocuklarına, hayattayken yaptıkları malî yardım ve bağışların, aslında ölüm sonrası yapılacak olan miras taksiminin öne alınması olarak değerlendirilmesi ise⁸⁴⁷, iki ayrı ve farklı şeyin kıyaslanmasıdır (*kıyâs ma'a'l-fârik*). Zira miras hukuku hükümleri ile, hayatta iken ebeveynin çocukları ile olan malî ilişkileri, hukukî mahiyet ve amaç itibarıyla birbirinden farklıdır. Dolayısıyla ölüme bağlı mal ilişkisiyle ilgili ölçüleri, hayattaki tasarruflar için de uygulamak isabetli olmaz. Şu halde söz konusu sınırlamaların asıl ve öncelikli amacı, ana-baba ile çocuklar ve kardeşler arası ilişkinin zedelenmemesidir. Gerek bu durum ve gerekse ilgili naslardaki ifadeler, kız-erkek ayırımının yapılmayacağını ifade etmektedir.

Bütün bunlar bize, İslâm hukukunda bireyin, kendi mülkünde tasarruf yetkisinin, söz konusu tasarruf hayır amaçlı da olsa, bunun fert/ler ya da toplum bakımından sakıncalar doğurması halinde hukuken sınırlandırıldığını göstermektedir. Zira *hiçbir yetki, mefsedete sebebiyet verecek şekilde kullanılamaz*. Burada da ebeveynin, kendi mallarındaki tasarruflarının çocuklarıyla olması durumunda, çocuklardan birinin diğerlerine göre üstün tutulmasının/kayırlmasının hukuken yasaklandığını ve adâlet ve eşitliğe riayetin zorunlu kılındığını görmekteyiz. Zira toplumun temelini teşkil eden aile birliği ve aile bireyleri arasındaki ilişkilerin istenilen düzeyde tutulabilmesi ancak bu şekilde mümkündür. Şu halde ana-babaların kendi mülklerinde tasarruf yetkileri, tasarrufun çocuklara dönük olması durumunda diğer çocuklar lehine hukuken sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Bununla birlikte ailenin, toplumun en küçük yapı taşı ve temeli olduğu dikkate alındığında, ebeveyn ile çocuklar arasındaki malî ilişkilerde uyulması istenen sınırlamaların aynı zamanda toplumsal bir boyutunun da olduğunu görürüz. Çünkü aile bireyleri ve akrabalar arasındaki olumlu ya da olumsuz ilişkilerin topluma da birebir yansımaları olacaktır.

Temelini *Allah Rasûlünün*, "*Allah'tan korkun ve çocuklarınız arasında adâletli davranın*" şeklindeki hadisinden alan, ana-baba ile çocuklar arasındaki malî ilişkilere yönelik mülkiyet sınırlamaları konusunu, yine *Peygamber Efendimiz'in* bir hadisiyle bitirmek istiyoruz.

Birgün *Rasûl-i Ekrem* (sav), ensârdan bir adamla otururken yanlarına bu adamın bir oğlu geldi; adam oğlunu öpüp bağrına bastı ve yanına oturttu. Derken bir kızı çıkageldi; adam kızını elinden tutup yanına oturttu. Bu durum karşısında *Hz. Peygamber* (sav) şöyle buyurdu: "*Âdil davransaydın senin için daha hayırlı olurdu; öpücük konusunda bile olsa çocuklarınızı birbirine eşit tutun.*"⁸⁴⁸

Ana-baba ile çocuklar ve kardeşlerin kendi aralarındaki münasebetlerinin, adâlet, insaf, sevgi-saygı, merhamet, kardeşlik, dayanışma esaslarına göre şekillenmesi bakımından,

⁸⁴⁶ Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,89.

⁸⁴⁷ Konuyu bir makale ile ele alan Şibîr, bu gerekçeden hareketle adâletin ancak miras hisselerine göre hareket edilmesiyle sağlanabileceğini söylemekte ve bundan hareketle de şöyle bir çıkarımda bulunmaktadır: "Buna göre, miras hukuku bakımından kızla erkeği eşit kabul eden pozitif hukuklarda, sonuç itibarıyla şer'î mirasın tahakkuk edeceği ümidiyle, ebeveynin sırf erkek çocuklarına bir miktar mal bağışlamasının cevazına hükmedilebilir." Bkz. Şibîr, "*Hudûdu'l-adl*", 92. Hukukî problemlerin çözümünde mücerred bir varsayımdan hareketle ve mefsedete yol açma olasılığı yüksek bir yöntem önerisinde bulunmak yerine, bireylerin miras taksimini, İslâm miras hukuku hükümlerine göre yapmalarının zorunluluğuna vurgu yapılmalıdır.

⁸⁴⁸ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, IX,100. لو عدلت كان خيرا لك، قاربوا بين أبنائكم، ولو في الفيل.

karşılıklı malî ilişkilerin, eşitlik ve adâlet prensibine göre şekillenmesi ve bunu temine yönelik hukukî sınırlamalarda gözetilen amaçlar arasında, İslâm'ın vârisler için öngördüğü miras payları arasındaki dengenin bozulmamasının da olduğunu ifade etmek mümkündür. Nitekim vârise vasiyetin yasaklanmasının⁸⁴⁹ temelinde de yakın akraba arasında ayırım yapmayı engelleme, mal dağılım ve bölüşümü sebebiyle aralarında huzursuzluk meydana gelmesini önleme düşüncesi yatar.⁸⁵⁰ Bu açıdan vasiyet ile bağışlar başta olmak üzere diğer bazı malî ilişkiler arasında amaç bakımından bir paralellik gözlenmektedir.

4. Vasiyet

İnsanoğlu, fitrat itibariyle mala düşkün bir yapıya sahiptir ve servetini kaybetmenin korkusunu yaşar. Zaman zaman bu durum, onun bir çok hayırdan mahrum kalmasına da sebep olur. Yürürlük kazanması ölüme bağlı olan vasiyet gibi hayır amaçlı tasarruflar için ise, esas itibariyle böyle bir halden söz edilmez. Zira şahıs vasiyette bulunmuş olsa da hayatı boyunca malında tasarruf edecek, malında herhangi bir eksilme olmayacaktır. Diğer yandan öldükten sonra da amel defterinin açık kalmasını, iyilik ve hayırlarının devamını sağlamış olacaktır.

Bir şahsın vasiyette bulunması ilk bakışta bu kadar yalın gözükmesine rağmen, kişiyi vasiyette bulunmaktan alıkoyan veya sırf hasbeten-lillâh yapılması gereken bir işlemi amacından saptırıp zarar içeren hale dönüştürebilecek saikler her an için söz konusu olabilmektedir. Söz gelimi şahsın, başta çocukları olmak üzere mirasçılarına olan şefkat ve merhameti, vasiyette bulunmasına engel teşkil edebilir. Diğer taraftan bunun tam tersi de mümkündür. Yani mirasçılarının tamamı ya da bir kısmı ile arasında geçen çeşitli sürtüşmeler, onların hayatı algılayış ve yaşam biçimlerini beğenmeme gibi durumlar, halk ifadesiyle "*ben malımı böyle insanlara yedirmem*" duygusuyla, mirasçılarının hepsini veya bir kısmını zarara sokacak şekilde vasiyette bulunmaya yol açabilir.

Nitekim İslâm'dan önce de bilinen vasiyet akdinin, bu ve benzeri sakıncalara yol açacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. Söz gelimi vasiyetin mutlak bir hak olarak kabul edildiği *Roma hukukunda*, aile reisi malında vasiyet yoluyla ve hiçbir kayda tabi olmaksızın dilediği gibi tasarrufta bulunabiliyor, hatta bazen malının tamamını yabancılara vasiyet edip, kendi vârislerini mirastan mahrum bırakabiliyordu. Daha sonra bazı değişikliklerle babanın malının en az dörtte birini çocuklarına bırakması zorunlu hale getirilmiştir.⁸⁵¹

Öte yandan İslâm öncesi cahiliyye Araplarında da vasiyet, hukukî kayıt ve sınırlamalardan uzak bir şekilde uygulanıyordu. Araplar kendi yakınlarını fakirlik ve ihtiyaç içinde bırakma pahasına, övünmek ve büyüklük taslamak için mallarının tamamını yabancılara vasiyet ediyorlardı.⁸⁵²

İşte bu gibi durumlar karşısında bir taraftan aile bireyleri ve yakın akraba arasında, mal dağılım ve bölüşümündeki adâletsizlik ve eşitsizliklere bağlı huzursuzluk, kırgınlık ve çatışmaları önleme; diğer yandan da onların yoksul ve mağdur kalmalarının önünü alma amacıyla İslâm hukuku, vasiyet yetkisinin kullanılmasına yönelik bir takım düzenleyici ve sınırlandırıcı hükümler sevk etmiştir. Yani bireylere vasiyet yetkisi verilmekle birlikte, bu yetki

⁸⁴⁹ Buhârî, "Vesâyâ", 6; Tirmizî, "Vesâyâ", 5.

⁸⁵⁰ Bardakoğlu, "Hibe", XVII, 425.

⁸⁵¹ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, 344-348, 359.

⁸⁵² Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 124 (Zühaylî kanalıyla Ahmed İsevi'nin *el-Vasiyye fi Ş-Şerâti'l-İslâmiyye*, s.9'dan).

mutlak olmayıp, özellikle miras hukuku hükümleri olumsuz etkilenmeyecek şekilde kanunen sınırlandırılmıştır.⁸⁵³

Vasiyet, maddî karşılığı olmayan bir tasarruf olması sebebiyle sırf aleyhte ve zararlı işlemlerden kabul edildiği için prensip itibarıyla teberrû ehliyetine sahip olmayanlar vasiyette bulunamazlar. Ancak İslâm hukukçularının bir kısmının vasiyet konusunda biraz daha yumuşak bir tavır sergiledikleri ve sefih, çocuk gibi şahısların da vasiyette bulunabileceklerini söyledikleri görülmektedir.⁸⁵⁴ Bu görüşü benimseyenlere göre, sefih ya da çocuk, bizzat kendi lehlerine olmak üzere mahcûrdurlar. Vasiyetlerinin geçerli olmadığı söylendiği takdirde, başkası (vârisler) lehine mahcûr olduklarını kabul etmek gerekir.⁸⁵⁵ Öte yandan **Hz. Ömer** de, henüz bâliğ olmamış fakat bıyıkları terlemiş (ğulâm yâfi') bir çocuğun vasiyette bulunmasının cevazına hükmetmiştir.⁸⁵⁶ *Medîne*'nin hukukçusu **İmâm Mâlik** (179/795) ve ona tabi olanlarla Şâfiî hukukçular⁸⁵⁷ bu görüşü benimsemektedirler. Ancak **İmâm Mâlik**, sefih ya da çocuğun vasiyette bulunabilmesi için yanlarında, vasiyet ahkâmını bilen yakın bir akrabasının (âkileden birinin) bulunmasının şart olduğunu söylemektedir.⁸⁵⁸ **Kâdî Şurayh, İbrâhim en-Nehâî** (96/714) ve **Ömer b. Abdülazîz** (101/719) de aynı görüşü benimsemektedirler.⁸⁵⁹

Teberrû ehliyetine sahip bulunmayanların, vasiyette de bulunamayacağı görüşünde olan cumhur İslâm hukukçularının kanaati bizce daha isabetlidir. Zira teberrûlarla ilgili genel hükümlerden vasiyeti istisna etmeyi gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. **Hz. Ömer**'in, çocuğun vasiyette bulunmasını tavsiye etmesiyle ilgili olayda ise, özel bir durumun söz konusu olduğu görülmektedir. Zira ilgili rivayette de belirtildiği gibi bu çocuğun tüm akrabaları *Şam*'da olup, yanında yalnızca amcasının kızı bulunmaktadır.⁸⁶⁰ Aslında bu çocuğun bâliğ olduğunu fakat, bulûğ çağına henüz yeni girmesi sebebiyle mecâzen "ğulâm yâfi'" denildiği de söylenmiştir.⁸⁶¹

Çocuk ve sefih'in vasiyette bulunabileceğini, bunların hacir altında bulunmasının amacının, kendi maslahatları gereği olduğu ile açıklamak ise, hukukî temelden yoksun bulunmaktadır. Her şeyden önce hacrin, sırf kendi yararlarına olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki bu durum ile vasiyet arasında herhangi bir ilgi bulunmamaktadır.⁸⁶²

Vasiyet hakkı her an için kötüye kullanılabilir niteliktedir. Onun için bu yetkinin kötüye kullanılmamasına yönelik ikazların hem âyetlerde hem de hadislerde söz konusu edildiğini görmekteyiz. Vârisler arasında miras taksiminin kanunen belirlenmiş hisselerle yapılabilmesi için, öncelikle terikeden, varsa mûrisin vasiyet ve borçları ödenmesi gerektiğinin anlatıldığı âyetlerde, asla mirasçılarının zarara uğratılmamasına vurgu yapılır. "...

⁸⁵³ Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,184. Tahiroğlî, Roma hukukunda da mûsinin, vasiyet ile malvarlığı üzerinde istediği gibi tasarruf etme serbestisinin bir takım sınırlamalara tabi tutulduğunu ve bunun, kanunî mirasçılarının mirastan mahrum bırakılmaması düşüncesine dayandığını söylemektedir. Bkz. *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 160.

⁸⁵⁴ Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,280.

⁸⁵⁵ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, VI,484.

⁸⁵⁶ Muvatta, "Vasiyye", 2,3.

⁸⁵⁷ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, VI,359,360; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III,144.

⁸⁵⁸ Muvatta, "Vasiyye", 3; Karâfî, *ez-Zehîra*, VIII,10,239; Zürkânî, *Şerh*, IV,60-61.

⁸⁵⁹ Beğavî, *Şerhu's-sünne*, V,279-280.

⁸⁶⁰ Muvatta, "Vasiyye", 2,3. Bu rivayetle ilgili değişik ihtimaller için bkz. Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,335.

⁸⁶¹ Serahsî, *el-Mebsût*, VIII,92.

⁸⁶² Çocuğun vasiyetinin cevazı görüşünü İbn Hazm şiddetle reddetmekte, bu meseleye geniş yer ayırmaktadır. Bkz. *el-Muhallâ*, VIII,375-379.

*bu her iki durumda da mirasçılar bir zarara uğratılmamalıdır. Bu, Allah'ın bir emridir ve Allah, her şeyi bilendir, halîmdir.*⁸⁶³

Diğer yandan **Ebu Hureyre**'den nakledilen bir hadiste Hz. Peygamber, bu hususu şu şekilde anlatmaktadır: "Erkek ya da kadın bir kul, 60 sene ömrünü Allah'a itaatle geçirir, sonra ölüm gelip çattığında vasiyette bulunmak suretiyle mirasçılara zarar verir de cehenneme girer."⁸⁶⁴ Râvî **Ebu Hureyre** daha sonra Nisâ Sûresinin şu âyetlerini okumuştur: "Bunlar Allah tarafından konulan sınırlardır. Kim Allah'a ve Elçisi'ne tabi olursa, Allah onu, mesken olarak içinde ırmaklar akan bahçelere koyacaktır; bu büyük bir mazhariyettir. Kim de Allah'a ve Elçisi'ne isyan eder ve O'nun koyduğu sınırları ihlal ederse, onu içinde yerleşip kalacağı ateşe atacaktır ve onu alçaltıcı bir azap beklemektedir."⁸⁶⁵

Bunlara ilaveten ashâb-ı kirâmdan **İbn Abbâs** (68/687) da, "vasiyetle zarar verme büyük günahlardandır" demiş ve ardından da bu âyetleri okumuştur.⁸⁶⁶ Aynı şekilde bu hususu vurgulamak üzere tâbiûn dönemi âlimlerinden **Şa'bi** (104/722) kanalıyla, "Kim zulüm ve haksızlık içermeyecek şekilde vasiyette bulunursa, sanki hayatta iken vasiyet miktarı malı tasadduk etmiş gibi karşılık görür" müjdesi nakledilmektedir.⁸⁶⁷

Bu naslardan hareketle *İslâm hukukçuları zarar kastıyla yapılan vasiyetlerin haram ve geçersiz olduğunu söylemişlerdir.*⁸⁶⁸ Zirâ Şârî', mükelleflerden, söz ve fiillerinde kendi kastına uygun davranmalarını istemiş ve meşrûiyet gerekçesine aykırı fiil ve tasarrufları da geçersiz (bâtıl) saymıştır. Vasiyetin meşrûiyet gerekçesi ise bir hadiste açık bir şekilde ortaya konmuştur: "Yüce Allah size, iyilik ve amelleriniz artsın diye, vefatınızdan önce, mallarınızın üçte birini vasiyet etmenize izin verdi."⁸⁶⁹

Yani vasiyetin gayesi, salih amellerin artması suretiyle Allah'a yakınlaşma, O'nun rızasını kazanmadır. Şu hade vasiyet, vârisleri zarara sokmak amacıyla meşrû kılınmadığına ve başkalarına zarar vererek Allah'a yakınlaşamayacağına göre, zarar kastıyla yapılan vasiyetlerde hakkın verildiği gayeden inhiraf söz konusudur ve bu tür vasiyetler Şârî'in amacına aykırılık sebebiyle bâtıldır.⁸⁷⁰

*Bir kişinin vasiyetle başkalarına zarar vermesi, başlıca iki şekilde olur.*⁸⁷¹

1. *Mirasçılardan bir kısmına vasiyette bulunup diğerlerini bundan ayırma.* Bu şekilde vasiyetle mirasçıların zarara uğratılmaması için Hz. Peygamber (sav): "Allah her hak sahibine hakkını verdi; dikkat edin, vârise vasiyet yoktur" buyurmuştur.⁸⁷²

2. *Malının tamamını ya da büyük bir bölümünü, kendisine mirasçı olmayan (yabancı) şahıslara vasiyet etme.* Mirasçıların bu tür bir uygulamayla zarara uğratılmaması için de

⁸⁶³ Nisâ, 4/12. Bkz. İkiyâ, *Ahkâmu'l-Kur'an*, II,372; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 473; Kutub, *fi Zilâli'l-Kur'an*, I,167.

⁸⁶⁴ Ebu Dâvud, "Vesâyâ", 3; Tirmizî, "Vesâyâ", 2. إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيضاران في الوصية، فتحب لهما النار.

⁸⁶⁵ Nisa, 4/13-14.

⁸⁶⁶ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III,35-36; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,360; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 474; Abdilber, "Lâ darara",37.

⁸⁶⁷ Dârimî, "Vesâyâ", 2.

⁸⁶⁸ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III,35-36; Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, IV,79; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 474; İbn Ferhûn, *Tebziratü'l-hukkâm*, II,174; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VI,504-505; Keylânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, 57.

⁸⁶⁹ İbn Mâce, "Vesâyâ", 5.

⁸⁷⁰ Şâtibî, *el-Muvâfakât*, II,615,617; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VI,503; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 125.

⁸⁷¹ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III,35-36; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,360; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 474; Abdilber, "Lâ darara",37; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,184,186; Ba'î, *el-Milkiyye*, 134; Keylânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, 57.

⁸⁷² Buḥârî, "Vesâyâ", 6; Ebu Dâvud, "Vesâyâ", 6; "Buyû", 88; Tirmizî, "Vesâyâ", 5; Nesâî, "Vesâyâ", 5; İbn Mâce, "Vesâyâ", 6; Dârimî, "Vesâyâ", 28; Ahmed, Müsned, IV,186,187,238,239; V,267. إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث. Hadisin değişik varyantları ve rivayet ilimleri açısından değerlendirilmesi için bkz. Şâfiî, *er-Risâle*, 140-142 (Muhakkak Ahmed Şâkir'in notları); İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 474.

Rasûl-i Ekrem, vasiyet yetkisini üçte birle (1/3) sınırlandırmış, hatta bunun bile çok olduğunu söylemiştir.⁸⁷³

Birinci şekilde yapılan vasiyetten mirasçılardan yalnızca bir kısmı olumsuz etkilenirken, ikinci şekilde olanından bütün vârisler etkilenecektir.

Şimdi, İslâm hukukunda özel mülkte tasarruf yetkisinin fert yararına kanunî sınırlamaları bağlamında bu iki hali ele alalım.

a. Vârise vasiyet

Esasen bir kişinin, maddî herhangi bir karşılık beklemezsizin başta vârisleri olmak üzere yakın akrabalarına yönelik teberrûlarda bulunması İslâm'ın arzuladığı ve teşvik ettiği bir davranıştır. Çünkü İslâm, zekât başta olmak üzere her türlü hayır amaçlı tasarruflarda öncelikle yakın akrabaların gözetilmesini istemektedir. Hatta yakın akrabaya yapılan teberrûların, yabancıya yapılanlara göre sevap bakımından iki kat daha üstün olduğu ifade edilmiştir. Zira hem yardımda bulunmak suretiyle bir ihtiyaç giderilmiş, hem de akrabalık bağları güçlendirilmiş olmaktadır.

İşte bu tür maslahatlara binaen İslâm hukukçuları, vasiyet konusunda da bu genel prensibin geçerli olduğunu, yani esasen bir teberrû olan vasiyet konusunda da önceliğin yakın akrabalara verilmesi gerektiğini söylemektedirler. Hatta bu hususta *bazı İslâm hukukçularının, kişinin yakın akrabaları ihtiyaç ve sıkıntı içindeyken, başkasına vasiyette bulunmasının doğru olmadığı, bu tür vasiyetlerin muhtaç olan yakınlarına döneceği görüşünde oldukları görülmektedir.* Bir rivayete göre **Ahmed b. Hanbel** (241/855) böyle düşünmektedir.⁸⁷⁴ **İmâm Şâfiî** (204/819) de vasiyet konusunda hiç kimsenin, akrabalarından daha üstün ve öncelikli olmadığını belirtir.⁸⁷⁵

Fakat yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, ne yazık ki bazen bireyler, akrabaları arasında çeşitli sebeplere bağlı olarak ayırimcilik yapmakta, kardeş ve akrabalar arasında kin ve nefret tohumlarının yeşermesine ve nihayet sıla-i rahmin kopmasına sebep olabilmektedirler. Halbuki *akrabalar arasında sıla-i rahmin kesilmesi haramdır ve harama sebep olan şeyler de haram hükmünü alır.*⁸⁷⁶ Vârislerden bir kısmını diğerlerinden ayırıp, sırf onlara vasiyette bulunma durumunda da bu tür insanî ve dinî bakımdan arzulanmayan gelişmelerin yaşanması kuvvetle muhtemeldir. İşte bu tür sakıncaları bertaraf etme amacıyla İslâm hukukunda vasiyet yetkisinin kullanılmasına yönelik bazı sınırlamalar söz konusu edilmiştir.

Vârise vasiyetin hukukî boyutuna geçmeden önce, ana-baba ve yakın akrabaya vasiyetin hukukî bir zorunluluk olduğunu ifade eden âyet ile, miras âyetleri arasındaki ilişkinin ortaya konması faydalı olacaktır.

aa. Vasiyet ve Miras Âyetleri Arasındaki İlişki

Kur'ân miras hukuku meselelerini ayrıntılı bir şekilde düzenlemekte, hangi durumlarda kimlerin ne kadar miras alacağını hükme bağlamaktadır. Miras hukukuyla da doğrudan ilgili olmak üzere *Kur'ân*'ın söz konusu ettiği hususlardan biri de vârislere vasiyet meselesidir. Bu meseleden söz eden âyet şu şekildedir: "*Herhangi birinize ölüm yaklaştığında, eğer arkasında bir hayır (mal, servet) bırakıyorsa, ebeveynine ve diğer yakın*

⁸⁷³ Buhârî, "Cenâiz", 37; Müslim, "Vasiyye", 5; Muvattâ, "Vasiyye", 4; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 474. الثلث، والثالث كثير.

⁸⁷⁴ İbn Receb, *el-Kavâid*, 15. Benzer görüşler için bkz. Hasenî, *el-Hidâye*, VIII,226. Bu görüşün, hakkın kötüye kullanılması teorisi açısından yorumu için bkz. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 125.

⁸⁷⁵ Şâfiî, *el-Üm*, IV,143.

⁸⁷⁶ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,337.

*akrabalarına uygun şekilde vasiyette bulunmak size farz kılındı. Bu, Allah'a karşı sorumluluk bilinci duyanlar için bir yükümlülüktür.*⁸⁷⁷

Bu âyet, ana-baba ve diğer yakın akrabaya vasiyette bulunmanın bir zorunluluk olduğunu açıkça beyan etmektedir.

Ancak *Rasûl-i Ekrem*'in, bu âyetle gelişir gibi gözükten hadisleri de bulunmaktadır. Miras hükümlerini düzenleyen âyetlerin⁸⁷⁸ nâzil olması üzerine *H. Peygamber* (sav), "*Allah her hak sahibine hakkını verdi; dikkat edin, vârise vasiyet yoktur*" buyurmuştur.⁸⁷⁹ Bu konuda diğer bir rivayet ise, "*Diğer vârisler kabul etmediği sürece vârise vasiyet caiz değildir*"⁸⁸⁰ şeklindedir.

Ebeveyn ve akrabalara vasiyet ile, mirasçılarının miras hisselerini düzenleyen âyetler ve konuyla ilgili diğer hadisler arasındaki ilişkiyi ifade etmesi bakımından **Buhârî** (256/869) bize, **İbn Abbâs** (68/687) kanalıyla şu önemli bilgiyi veriyor: "*Sadr-ı İslâm'da mal çocuğun, vasiyet de ana-babanın hakkı idi. Bilahare Yüce Allah bu halden dilediklerini neshetti ve erkeğe iki kadın hissesi, ebeveynen her birine altıda bir, karıya sekizde bir ya da dörtte bir ve kocaya da karınıniniki iki katı (dörtte bir veya ikide bir) hisse verdi.*"⁸⁸¹

Yukarıdaki âyet vârise vasiyetin bir zorunluluk olduğunu söylerken, daha sonra zikredilen hadislerden ilkinde vârise vasiyetin mutlak anlamda yasaklandığı, ikincisinde ise bunun diğer vârislerin kabulüne bağlı olduğu belirtilmektedir. *Bakara Sûres*'nin 180. âyetinin nüzûl itibarıyla mirasçılarının hisselerini düzenleyen *Nisâ Sûres*'ndeki âyetlerden önce olduğunda⁸⁸² birleşen İslâm hukukçuları ve müfessirler, bu âyette emredilen ebeveyn ve yakın akrabalara vasiyet hükmünün, vârislerin kanunî miras paylarının ilgili âyetlerde beyan edilmesi ve bunun üzerine *Rasûl-i Ekrem*'in "*vârise vasiyet yoktur*" buyurmasından sonra da, kesin zorunluluk bildirir şekilde aynen geçerli olup olmadığı/devam edip etmediği, hususunda ihtilaf halindedirler. Teâruz halindeki naslar için genelde izlenen yöntem, -bu meselede **Buhârî** hadisinde nesih kelimesinin kullanılması da etkili olmuş olabilir- burada da aynen uygulanmış ve teâruz nesih açısından ele alınarak giderilmeye çalışılmıştır. Bu noktada başlıca üç görüşün bulunduğu şahit olmaktadır:⁸⁸³

1. *Âyet muhkem olup hükmü bâkîdir. Fakat her ne kadar âyet, şekil (zâhir) itibarıyla genellik (umum) ifade ediyorsa da, anlam bakımından özellik (husus) bildirmektedir. Yani âyette ifası istenilen vasiyet, vâris olamayan ana-babalar ile akrabalar hakkındadır.*

2. *Bu âyet mensûhtur.* Bu görüşü benimseyenler neshin kapsamını tayinde ittifak halinde olmadıkları gibi nesih delilini belirlemede de görüş birliğine varamamışlardır. Bu görüş sahiplerinden bazılarının göre âyet, bir bütün halinde neshedilmiştir (*küllî nesih*). Bir rivayete göre **İbn Abbâs** (68/687) bu görüştedir.⁸⁸⁴ Bazılarına göre ise buradaki nesih sırf vâris olan ebeveyn ve akrabalar hakkındadır; böyle olmayanlar için âyetin hükmü bakidir (*cüzî nesih*). Diğer bir rivayete göre **İbn Abbâs**, **Dahhâk** (105/723), **Tâvûs** (106/724) bu

⁸⁷⁷ Bakara 2/180.

⁸⁷⁸ Nisâ 4/7-9,11-13,176.

⁸⁷⁹ Hadisin tahriri, vasiyetle ilgili sınırlamalar ele alınırken yapılacaktır.

⁸⁸⁰ İbn Ebu Şeybe, *el-Musannef*, VI,208; Dârekutnî, *es-Sünen*, IV,97,152; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI, 263,273. Hadisle ilgili değerlendirme için bkz. Hasenî, *el-Hidâye*, VIII,228,231.

⁸⁸¹ Buhârî, "Ferâiz", 15; "Vasiyye", 6.

⁸⁸² Reşîd Rızâ bu iddianın herhangi bir delile dayanmadığını söylemektedir. Bkz. *el-Menâr*, II,141. Ancak az önce nakledilen Buhârî hadisi, söz konusu iddianın açık delili durumundadır.

⁸⁸³ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I,204-205; İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, II,95-95; Tabersî, *Mecmau'l-beyân*, I,386; Beydâvî, *Envâru't-Tenzil*, I,123.

⁸⁸⁴ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I,204.

görüştâ olanlardandır.⁸⁸⁵ Nesih delili konusunda ise, nesih delilinin, sırf *Nisâ Sûres'*ndeki miras âyetleri olduğunu söyleyenler (**İbn Abbâs**, **Mücâhid** (103/721), **İkrime** (104/722) gibi)⁸⁸⁶ olduğu gibi, bu âyetlerle birlikte "*vârise vasiyet yoktur*" şeklindeki hadisin olduğunu⁸⁸⁷, nesih delilinin sırf bu hadis olduğunu ve nihayet her ne kadar senedi teayyün etmemişse de nesih delilinin icma olduğunu söyleyenler de olmuştur.⁸⁸⁸

Vasiyet âyetinin "*vârise vasiyet yoktur*" hadisiyle neshedildiği görüşü genellikle **İmam Şâfiî'**ye nisbet edilir.⁸⁸⁹ Bu meselede "*vârise vasiyet yoktur*" hadisinin, oldukça şöhret bulması, ümmetin bu hadisi telakkî bi'l-kabûl ile karşılayıp gereği ile amel etmesi sebebiyle tevâtür derecesine ulaştığını söyleyen **Cassâs**, kesin bilgi ifade etme ve gereği ile amel bakımından âyetler seviyesinde olan bu tür hadislerle *Kur'ân*'ın neshinin caiz olduğunu söylemektedir.⁸⁹⁰ Hanefî hukukçulardan **Kâsânî** de bu hadisin mütevâtir olduğunu belirtmekte ve mütevâtiri iki kısma ayırmaktadır:

a) Rivayet bakımından mütevâtir yani topluluğun topluluktan rivayeti.

b) Nesiller boyu gereği ile amel edilmesi ve bununla amele karşı çıkanın olmaması şeklindeki mütevâtir. Bu gibi haberler, uygulama açısından tevâtür derecesinde bulunduğu için ayrıca rivayet bakımından da mütevâtir olacak şekilde rivayetine gerek duyulmamıştır.⁸⁹¹

Daha sonra **Cassâs**, **Şâfiî'**nin konuyla ilgili görüşlerine yer vermekte ve onu çelişkili beyanlarda bulunmakla suçlamaktadır. Şöyle ki, **Cassâs'**ın ifadelerine göre **Şâfiî**, *er-Risâle* isimli eserinde, söz konusu âyetler ve hadislerden hareketle miras âyetlerinin *Bakara Sûres'*nin 180. âyetini neshetmiş olmasının da, nesih söz konusu olmayıp miras ve vasiyetin aynı anda geçerli olmasının da muhtemel olduğunu, fakat **Mücâhid'**den rivayet olunan –ki bu durumda hadis munkatı'dır- bir hadiste Hz. *Peygamber*'in "*vârise vasiyet yoktur*" buyurmasından hareketle, bu munkatı' hadisin de delâletiyle miras âyetlerinin, ebeveyn ve yakın akrabalara vasiyeti emreden âyeti nashettiği görüşünde olduğunu söylemektedir. İşte bu noktada **Cassâs**, **Şâfiî'**nin kendi usul ve prensipleriyle çelişkiye düştüğünü iddia eder. Çünkü **Şâfiî'**ye göre söz konusu hadis munkatı'dır ve **Şâfiî**, mürsel haberlerle hüküm istinbatı ve istishadda bulunmayı kabul etmez. Kaldı ki bu hadis, muttasıl ve mütevâtir bile olsa, âyeti neshedemezdi; zira **Şâfiî'**ye göre, *Kur'ân*'ın *Sünnet*'le neshi caiz değildir.⁸⁹²

Kur'ân ve *Sünnet* naslarında neshi kabul eden ve ancak *Kur'ân*'ın *Kur'ân*'la, *Sünnet*'in de *Sünnet*'le neshinin mümkün olduğunu, bu arada *Sünnet*'in, *Kur'ân*'dan nâsîh ve mensûh olanları açıklayabileceğini söyleyen **Şâfiî'**⁸⁹³, mürsel ve munkatı' hadislerle amel konusunda **Cassâs'**ın ifade ettiği gibi kesin olumsuz bir tavır sergilememekte, tâbiûnun önde gelenlerin mürseli ile böyle olmayanları birbirinden ayırdığı gibi, her mürsel ya da munkatı' hadisi de farklı ihtimallere bağlı olarak değerlendirmekte, peşin kabul veya red şeklinde bir tavır sergilememektedir.⁸⁹⁴ Öte yandan **Şâfiî**, "*vârise vasiyet yoktur*" hadisinin **Mücâhid** kanalıyla rivayetinden söz etmekle birlikte⁸⁹⁵, aslında Hz. *Peygamber*'in bu beyânının vedâ

⁸⁸⁵ Cassâs, a.g.e., I,204.

⁸⁸⁶ Cassâs, a.g.e., I,204,205.

⁸⁸⁷ Zemahşerî, *el-Keşşâf*, I,249-250.

⁸⁸⁸ Bkz. Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,508; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,35.

⁸⁸⁹ Bkz. Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,205; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,35.

⁸⁹⁰ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,205.

⁸⁹¹ Kâsânî, *el-Bedâi*, VII, 331.

⁸⁹² Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 205.

⁸⁹³ Şâfiî, *er-Risâle*, 106 vd.

⁸⁹⁴ Şâfiî, a.g.e., 461-471.

⁸⁹⁵ Üm'ün çeşitli yerlerinde de rivayet Mücâhid'den yani munkatı' olarak rivayet edilmektedir. Bkz. IV,130,143147.

haccı esnasında vârid olduğunu, dolayısıyla bunun bir cemaatin cemaatten nakli şeklinde olduğunu belirtmekte, ehl-i ilim arasında bu hadis konusunda icma hasil olduğunu ve bütün meğâzî müelliflerinin bu rivayete yer verdikleri için, kendisinin de bu meselede meğâzî yazarlarına itimat etmek suretiyle bu rivayeti esas kabul ettiğini belirtmektedir.⁸⁹⁶ Bu meselede **Şâfiî**, eserinde yer verdiği mürsel ve munkatı' hadisler bakımından çok önemli bir uyarıda bulunmakta ve "*munkatı' olarak rivayet ettiğim her hadisin, bir cemaatin yine kendileri gibi bir cemaatten rivayeti şeklinde merfû/muttasıl ya da meşhûr rivayetini de duymuşumdur*" demektedir.⁸⁹⁷ Diğer taraftan **Şâfiî** ana-baba ve yakın akrabalara vasiyetle ilgili âyetin mensûh olduğunu söylerken, nesih delilinin "*vârise vasiyet yoktur*" hadisi olduğunu iddia etmemekte, bu hadisin yalnızca miras âyetlerinin nâsîh olduğuna karîne teşkil ettiğini söylemektedir.⁸⁹⁸ Nitekim nesih konusunda sünnetin böyle bir fonksiyonunun bulunduğu daha önce kendisi de işaret etmiştir.

Farklı ekollere mensub hukukçuların, diğerlerinin görüşleriyle ilgili beyanları hususunda ihtiyatı elden bırakmamanın gereğini göstermesi ve bir yanlış anlamayı bertaraf etme bakımından bu açıklamayı lüzumlu gördük.

3. *Âyetteki vücûp hükmü neshedilmiştir.* Şu halde ana-baba ve yakın akrabalara vasiyette bulunma mendûbdur. **İmâm Mâlik** (179/795) bu görüştedir.⁸⁹⁹

Bütün bunların yanında aslında *tearuzdan bahsetmeyi gerektirecek bir durumun bulunmadığını, dolayısıyla nesihden söz etmenin anlamsız olduğunu söyleyenler de vardır.* Bu görüşte olanlara göre, *Bakara Sûres*'nin 180. âyetindeki emir, *Nisâ Sûres*'nde açıklanan miras hükümlerinin tatbik edilmesidir. Yani âyetin anlamı; Yüce Allah size miras taksimini, *Nisa Sûres*'nde açıklandığı şekilde yapmanızı emrediyor, şeklindedir. Bu yoruma göre, âyette emredilen vasiyet, teknik anlamda vasiyet değil, İslâm'ın emir ve yasaklarına uymayı, hudûdullâh'ın dışına çıkmamayı tavsiye, öğüt anlamındadır. Nitekim âyeti, ölümü yaklaşan bir şahsın, ana-baba ve diğer akrabalarına, miras taksiminde Allah'ın belirlediği şekilde hareket etmelerini vasiyet etmesinin zorunlu olduğu şeklinde anlamak gerektiğini açıkça beyan edenler da olmuştur.⁹⁰⁰ Son dönem müfessirlerinden **Cemâleddîn el-Kâsımî** (1914), **Buhârî**'den "*Kitâbu'l-vesâyâ*"yı okudukları bir sabah dersinde, âyetin doğru anlamının bu şekilde olması gerektiğini idrak ettiğini, bu konuda kendisinden önce aynı yorumda bulunanlar olup olmadığını da bilmediğini söylemektedir.⁹⁰¹ Yani **Kâsımî**'ye göre âyetteki vasiyet, ebeveyn ve diğer akrabaların miras taksimini kafalarına göre değil de, *Kur'ân*'da gösterildiği şekilde yapmalarını vasiyet etmedir.

Bu arada "*vârise vasiyet yoktur*" hadisini, vârise vasiyeti diğer vârislerin kabulüne bağlayan rivayetle birlikte değerlendirenler de, aslında ortada nesihten söz etmeyi gerektirecek bir durumun bulunmadığını söylerler. Çünkü bir şahsın vâris olması, adına vasiyette bulunulmasına mani değildir. Zaten âyette de miras taksiminin, vasiyetin icrasından sonra olacağı belirtilmektedir. Şayet vârise vasiyet yapılmış ve diğer vârisler de bunu kabul

⁸⁹⁶ Şâfiî, *er-Risâle*, 139-140. Ayrıca bkz. *el-Üm*, IV,143.

⁸⁹⁷ Şâfiî, *er-Risâle*, 431.

⁸⁹⁸ Bu husus için ayrıca bkz. *el-Üm*, IV, 147.

⁸⁹⁹ İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, II,96. Krş. Muvattâ, "Vasiyye",5.

⁹⁰⁰ Sâlimî, *Cevâbât*, IV,35.

⁹⁰¹ Bkz. Kâsımî, *Mehâsinu't-te'vîl*, I,455. Kâsımî'nin tefsir metninde bulunmayan bu yorumu, muhakkık Muhammed Fuad Abdülbâkî, müellifin 27 Zilkâde 1324 tarihini taşıyan ve "*ilmî görüş ve mütalaaları kaydettiği defter*"den دفتر للواردات والسوانع العلمية nakletmektedir.

ediyorlarsa, ilgili şahsa önce vasiyet edilen mal, sonra da miras hissesi verilir. Dolayısıyla mirasla vasiyet aynı anda söz konusu olabilir.⁹⁰²

Bazı müfessirlere göre, burada herhangi bir nesih ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Zira *her şeyden önce âyetler arasında teâruz bulunmamaktadır ki, nesihten söz edilebilsin*. Çünkü malum olduğu üzere *nesih, iki nassın da gereği ile amel etmenin mümkün olmadığı hallerde söz konusudur*. Halbuki miras âyetlerinde, miras taksiminden önce vasiyetlerin yerine getirileceğinden söz edilmektedir.⁹⁰³ Öte yandan *Bakara Sûresî'nin* 180. âyetinin, "*vârise vasiyet yoktur*" hadisi ile mehsûh olduğunu söylemek ise hiç mümkün değildir. Zira bu hadisin, rivayet ve dirayet bakımından her türlü kusurdan uzak olduğu kabul edilse bile, nihayet zan (kesin olmayan, ihtimalli bilgi) ifade etmektedir. Ayrıca ümmetin söz konusu hadisi telakkî bi'l-kabûl ile karşılamış olması, onu tevâtür derecesine çıkarmaz. Şu hade *Kur'ân'ın* kesin bilgi (yakîn) ifade eden âyetlerinin zan ifade eden hadislerle⁹⁰⁴ neshedilmesi caiz değildir.⁹⁰⁵ Kaldı ki *söz konusu âyetle hadis arasında da aslında teâruz bulunmamakta, hadis âyetin umumunu tahsis etmektedir*. Yani âyetin genel ifadesine göre, bir kişi, ebeveyn ve yakın akrabalarına malının tamamını vasiyet edebilirken, hadis bunu üçte birle sınırlandırmaktadır.⁹⁰⁶

Bizce vârise vasiyetle ilgili âyetler ve hadisler arasında, kadîm ve çağdaş bazı âlimlerin de belirttiği gibi⁹⁰⁷ nesihten söz etmeyi gerektirecek bir hal mevcut değildir. Nesihten söz eden âlimlerin bir kısmının da, aslında tahsisten bahsettikleri görülmektedir. Vâris olmayan akrabalar hakkında vasiyet hükmünün baki olduğunu ya da âyetin mensûh olmakla birlikte bunun cüz'î nesih olduğunu söylemenin nesih değil tahsis olduğu aşikârdır.⁹⁰⁸ Zira *teknik anlamda iki nas arasında nesih ilişkisinden söz edebilmek için, her şeyden önce hüküm ifade eden birden çok nassın gereğiyle de amelin, diğer bir deyişle aralarını cem etmenin mümkün olmaması gerekir*. Halbuki bu görüşler dikkate alındığında her bir nasla amelin mümkün olduğu görülmektedir. Şu kadar var ki, söz konusu âlimler, bu durumu tahsis olarak değil de nesih şeklinde ifade etmişlerdir.

*İslâmî bilimlerde kavramlaşma sürecinin biraz geç denebilecek dönemlerde başladığı dikkate alınacak olursa, özellikle ilk dönemlerde nesih kelimesinin İbn Kayyım (751/1350), Şâtîbî (790/1388)⁹⁰⁹ gibi fakihlerin de belirttiği gibi, âmmin tahsisi, mücmelin beyanı, mutlakın takyidi, genel hükmün istisnası gibi durumları anlatmak için de kullanıldığı bir gerçektir. Hatta yine İbn Kayyım ve Şâtîbî'nin beyanıyla, aralarını cem ve tel'ifin mümkün olmadığı şer'î iki nasdan, nüzûl ya da vürûd itibariyle önce olanın hükmünün sonra olanla kaldırılması anlamındaki nesih, müteahhirûna ait bir kavramdır. Bu farklılığın dikkatten kaçırılması ve nesih kelimesinin görüldüğü her yerde bunun, terim anlamında nesih şeklinde anlaşılması bir çok problemin de kaynağını teşkil etmiştir.*⁹¹⁰

⁹⁰² Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,205.

⁹⁰³ Beydâvî, *Envâru't-Tenzil*, I,123.

⁹⁰⁴ Bu hadis, haber-i vâhid ve bazı rivâyetleri itibariyle munkat' olmakla birlikte, ileri seviyede şöhrete ulaşması ve ümmetin bu hadisi telakkî bi'l-kabûl ile karşılayıp gereği ile amel etmesi sebebiyle tevâtür derecesine ulaştığı, esasen rivayet bakımından sahih olmayan haberlere ümmetin telakkî bi'l-kabul göstermediği, dolayısıyla hadisin kesin bilgi ifade etme ve gereği ile amel bakımından âyetler seviyesinde olduğu söylenmiştir. Bkz. Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,205; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, I,249-250.

⁹⁰⁵ Tabersî, *Mecmau'l-beyân*, I,386; Beydâvî, *Envâru't-Tenzil*, I,123. Beydâvî'nin bu itirazları Zemahşerî'ye reddiyedir.

⁹⁰⁶ Tabersî, *Mecmau'l-beyân*, I,386. Bu yorum, "*vârise vasiyet yoktur*" hadisinin, vasiyeti üçte birle sınırlandıran hadislerle tahsis edildiğinin kabul edilmesi halinde mümkündür.

⁹⁰⁷ İlikiyâ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I,59; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,353; Zürcânî, *Şerh*, IV,68; Kâsımî, *Mehâsinu't-te'vil*, I,455; Rızâ, *el-Menâr*, II,141; Kutub, *fi Zilâli'l-Kur'ân*, I,166-167.

⁹⁰⁸ Bkz. Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VI,499,508.

⁹⁰⁹ İbn Kayyım, *İlâmu'l-muvakkîn*, I,35, II,316,319; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, III,99-100; Kâsımî, *Mehâsinu't-te'vil*, I,29-32.

⁹¹⁰ İbn Kayyım, *İlâmu'l-muvakkîn*, I,35; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, III,99-100.

Âyette vasiyette bulunulması istenenlerden ana-babalar, miras âyetleriyle vârisler arasında sayılmış ve kanunî miras hisseleri belirlenmiştir. Hatta ebeveyn, kısmî hacbe mahal olsa da asla hacb-i hirmân ile mahcûb olmayan, yani her hâlükârda miras alan vârisler arasında yer almaktadır.⁹¹¹ Ancak ebeveynin kölelik, din ayrılığı (müslüman olmama) gibi sebeplerle vâris olamaması mümkündür. İşte âyetin hükmü bu vb. konumda bulunan ana-babalar hakkında bakidir.

Akrabalar ise, vârislerle sınırlı olmayıp, daha genel bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla akrabalardan vâris olamayan ya da mûrise daha yakın bir akraba sebebiyle hacbe uğrayanlar hakkında vasiyet hükmü bakidir. Esasen bu durum dikkate alındığında, miras hisselerini düzenleyen âyetler ve konuyla ilgili hadislerde vârislerden (akrabalardan değil) söz edildiği düşünülürse, ortada herhangi bir teâruzun olmadığı anlaşılacaktır.

Şu halde *Bakara Sûres*'nin 180. âyeti, *Nisâ Sûres*'indeki miras âyetleri ve "*vârise vasiyet yoktur*" şeklindeki hadisle tahsis edilmiş, âyetteki hüküm, vâris olmayan akrabalara hasredilmiştir.

Bu noktada **İbn Hazm** (456/1064), esas itibarıyla vasiyetin farz olduğu, burada da vâris olmayan ebeveyn ve akrabalar için vasiyetin farz olması hükmünün geçerliliğini koruduğunu, binaenaleyh bir kişi bu şekilde vasiyette bulunmadan vefat edecek olursa, vârislerinin onun adına uygun gördükleri bir miktar malı vasiyet olarak belirlemeleri gerektiğini söyler.⁹¹² **İbn Teymiyye** (728/1327) de, **İbn Hazm** gibi kesin farziyet anlamında olmamakla birlikte, kendisine vâris olmayan/olamayan akrabalarına vasiyette bulunmadan ölen şahsın vârislerinin, "*Mirasın bölüştürülmesi sırasında öteki akrabalar, yetimler ve muhtaçlar hazır bulduklarında, onlara geçinmeleri için bir kısmını ayırın ve onlara güzel sözler söyleyin*"⁹¹³ âyetinde de anlatıldığı şekilde bir miktar mal vermeleri gerektiğini belirtir.⁹¹⁴

bb. Vârise Vasiyetin Hukukî Yönü

Vârise vasiyetle ilgili naslar arası ilişkiyi bu şekilde tespit ettikten sonra, ilgili nasların vârise vasiyet bakımından ne gibi hukukî düzenlemeler getirdiğine, diğer bir deyişle İslâm hukukçularının bu naslarla ilgili doktriner yaklaşımlarına geçebiliriz. Ancak hemen şunu belirtelim ki, *burada sözü edilen vâris, vasiyetin yapıldığı anda vâris olabilmeleri mümkün olanlar değil, ölüm anında vâris olabilenlerdir*. Çünkü vasiyet, ölüme bağlı bir tasarruftur.⁹¹⁵ Dolayısıyla bir kişi sağlığında, kendisine vâris olabilen birine vasiyette bulunmuş ve bu hal üzere vefat etmişse, öncelikle vasiyette bulunulan şahsın (el-mûsâ leh), ölüm anında mûrise olan bağı araştırılır. Şayet vârisler arasında yer alıyorsa, birazdan görülecek olan vârise vasiyet hükümleri geçerli olur. Ancak esasen vâris olabilecekken, mûrise daha yakın birinin bulunması sebebiyle hacbe uğramış ise, vâris olmadığı için vasiyet geçerlidir.⁹¹⁶

⁹¹¹ Bkz. Uzunpostalcı, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, II,114-115.

⁹¹² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,353.

⁹¹³ Nisâ 4/8. Bu âyeti, sırf ahlakî bir öğüt ve gönül alma şeklinde anlamak doğru değildir. Kanaatimizce bu âyet, miras hukuku bakımından son derece önemlidir ve bir şemsiye hüküm konumundadır. Herhangi bir sebeple miras alamayan ve fakat bu durumu vicdanlarda rahatsızlık uyandıran, örfen de mağduriyete sebep olan her durumu (dede yetimi gibi), bu âyet kapsamında değerlendirmek ve söz konusu sakıncaları bertaraf edip amacı gerçekleştirecek ölçüde hukuken bir pay sahibi kılmak mümkündür. Bize öyle geliyor ki bu âyet, şahısların belki de hiç katkı ve gayretlerinin olmamasına rağmen sahip oldukları servetin bir şükürü yanında, miras hukukuyla ilgili olası boşlukları doldurma amacı da taşımaktadır.

⁹¹⁴ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXV,249.

⁹¹⁵ Şâfiî, *el-Üm*, IV,143; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,525-526; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,337; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,64; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II,137. Krş. *Mecelle*, md. 1599.

⁹¹⁶ Şâfiî, *el-Üm*, IV,143; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,337; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,64.

Diğer vârislerin kabul etmemesi durumunda vârise yapılan vasiyetin asla geçerli olmadığına birleşen İslâm hukukçuları, vârislerin işleme icâzet vermesinin hukukî bakımdan nasıl bir sonuç doğurduğu konusunda ihtilaf halindedirler. **İbn Rüşd** (595/1198)'ün, vârise vasiyeti yasaklayan nasların muallel olup olmadığına yönelik yaklaşım farklılığından kaynaklandığını söylediği⁹¹⁷ bu ihtilafın, doktrine yansımaları şu şekilde olmuştur:

a) *Bir kısım İslâm hukukçusuna göre, vârise vasiyet kesin bir şekilde yasaklanmıştır, ilgili naslar haramlık ifade etmektedir.* Dolayısıyla vârise vasiyet, mûsînin zarar kastı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın⁹¹⁸ bâtıldır, hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Vasiyette bulunan da günahkârdır, tövbe etmesi gerekir. Dolayısıyla diğer vârislerin işleme kabul etme ya da etmeme gibi bir yetkileri de yoktur, bunun işlemin niteliği konusunda hiçbir tesiri de bulunmamaktadır.⁹¹⁹ Meşhur görüşe göre Mâlikî hukukçular, Şâfiî, bazı Hanbelî fakihler ve Zâhiriyye mezhebi hukukçuları bu görüştedir.⁹²⁰ İmâmiyye mezhebinin kurucu müctehidlerinden **Ca'fer es-Sâdik** (148/765)'in da vârise vasiyetin nasla belirlenen kanunî miras hisselerinin fazlalaşmasına ya da azalmasına yol açacağı gerekçesiyle bu görüşü benimsediği rivayet olunmaktadır.⁹²¹

Vârise vasiyetin kesin yasak olduğunu söyleyen **Şâfiî** (204/819), buna rağmen vârise vasiyette bulunulması durumunda vârislerin bu işleme kabul etmeleri halinde, önce bunun, vasiyetin geçerlik kazanması mı, yoksa esasen ölümle birlikte vârislere geçmiş olan maldan kendi istekleri ile yaptıkları bir bağış olarak mı kabul edileceği konusunda her iki görüşünde muhtemel olduğunu belirtmekle yetinirken⁹²², daha sonra bu konuyla ilgili tercihini net bir şekilde ortaya koymaktadır. **Şâfiî**'ye göre vârislerin kabul etmesi halinde bu, vasiyetin geçerlik kazanması değil, vârislerin kendiliklerinden yaptıkları bir bağıştır.⁹²³ Esasen vârise yapılan vasiyetler için diğer vârislerin kabul edip etmemesi diye bir şeyden söz edilemeyeceğini belirten **İbn Hazm** (456/1064) da, diğer vârislerin, isterlerse yeni bir işlemle söz konusu malı hibe edebileceklerini belirtmek suretiyle **Şâfiî** ile aynı görüşü paylaşmaktadır.⁹²⁴ Elbetteki bu noktada yeni bir işlemle bağışta bulunacak şahısların, teberrû ehliyetine sahip olmaları gerekir. Normalde teberrûda bulunması caiz olanların vasiyete icâzetleri geçerli, böyle olmayanları ise geçersizdir.⁹²⁵ Öte yandan "*Diğer vârisler kabul etmedikçe vârise vasiyet caiz değildir*" hadisi, **İbn Hazm**'a göre mürseldir ve mürsellerin en zayıflarındandır.⁹²⁶

Bu görüşte olanlara göre vârise vasiyetin geçerli olduğunu söylemek temel fıkıh kaidelerinden ikisine muhaliftir. Şöyle ki, *zararı giderme, fayda sağlamaya göre önceliklidir.* İşte vârise vasiyet bu kaideye aykırıdır. Çünkü vârise vasiyet, vasiyette bulunulmayan vârislerin gönlünde kin ve nefret tohumlarının yeşermesine, aile bireyleri arasında sevgi ve kardeşlik duygularının kaybolmasına yol açar. Bu halin, hayatlarını aynı çatı altında sürdüren

⁹¹⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,280.

⁹¹⁸ Keylânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, 57.

⁹¹⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 356; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,280; Karâfî, *ez-Zehîra*, VI,303; Dihlevî, *Hucetullâhi'l-bâliğa*, II,360; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,50.

⁹²⁰ Şâfiî, *el-Üm*, IV,130,143,147,150; a.mlf., *er-Risâle*, 140; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,356; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,56-58; Yusuf Musa, *et-Terike ve'l-mîrâs fî'l-İslâm*, 125; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,188.

⁹²¹ Ebu Zehra, *el-Mîrâs inde'l-Ca'feriyye*, 56.

⁹²² Şâfiî, *el-Üm*, IV,144.

⁹²³ Şâfiî, a.g.e., IV,147.

⁹²⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,356

⁹²⁵ Şâfiî, *el-Üm*, IV,139.

⁹²⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,356. Rivayet ilimleri bakımından hadisin değerlendirmesi için bkz. Zeylâi, *Nasbu'r-râye*, IV,404-405.

bireyler açısından mefsetet olduğu açıktır. Dolayısıyla vârise vasiyet bu kaideye muhaliftir. Diğer yandan vârise vasiyet, "hüküm, üstün maslahata tabidir/onu izler" şeklindeki kaideye de aykırıdır. Bu meselede de üstün maslahat, aile fertleri arasındaki birlik ve kardeşlik ortamının devamı ve akrabalar arası sıla-i rahimin muhafazasındadır.⁹²⁷

Öte yandan mirasçılarının, kanunî miras hisselerinin korunması ve vasiyet yoluyla bazılarının hisselerinin artması ya da azalmasına fırsat vermeme bakımından da vârise vasiyet geçerli olmamalıdır.⁹²⁸

b) *İslâm hukukçularının diğer bir kısmına göre ise, vârise vasiyet hoş bir davranış olmamakla birlikte sahihtir, fakat geçerlik kazanması ister üçte bir oranında, isterse daha az olsun diğer vârislerin kabulüne bağlıdır (icâzete mevkûf)*. Zira **Darekutnî** (385/995)'nin **İbn Abbâs**'tan rivayet ettiği bir hadiste *Rasûl-i Ekrem*, "Diğer vârisler istemediği sürece vârise vasiyet caiz değildir", **Amr b. Şuayb** rivayetinde ise, "Diğer vârisler kabul etmedikçe (icâzet) vârise vasiyet yoktur" buyurmuştur. Kaldı ki, vârise vasiyetle ilgili sınırlamalar, diğer vârislerin hakkını koruma, akrabalar arasında iyi ilişkilerin ve sıla-i rahmin devamını sağlama amacına dönüktür.⁹²⁹ Şu halde vârisler kabul ederlerse vasiyet, -diğer vârisler haklarından vaz geçmiş sayılacakları ve söz konusu sakıncalar da yaşanmayacağı için- geçerlik kazanır, aksi taktirde vasiyet konusu nesne terikeye dahil edilir. Şayet vârislerden bir kısmı, vasiyete icâzet verir, diğerleri vermezse, vasiyet, icâzet verenlerin hissesi oranında geçerlik kazanır. Öte yandan mûris henüz hayatta iken, vârislerden bir kısmına vasiyette bulunması konusunda diğer vârisler izin vermişlerse, bu izin onları bağlayıcı değildir, istedikleri takdirde rucû edebilirler. Hanefîler, bazı Mâlikî ve Şâfiîler, tercih edilen görüşe göre Hanbelî mezhebi, Zeydiyye ve İbâdiyye, İmâmiyye'den bazı fakihler de dahil İslâm hukukçularının cumhuru bu görüştedir.⁹³⁰

c) *Üçte biri geçmemek şartıyla vârise vasiyette bulunulabilir ve bu noktada vârise vasiyette bulunma ile yabancıya vasiyette bulunma arasında bir fark yoktur. Bu oranı geçmeyen vasiyetin geçerlik kazanması için diğer vârislerin kabulüne ihtiyaç da bulunmamaktadır*. İmâmiyye ve Zeydiyye'ye mensub bazı hukukçular (**Hâdî, Nâsır, Ebu Tâlib, Ebu'l-Abbâs** gibi)⁹³¹ ile müfessirlerden **Ebu Müslim el-İsfehânî** (322/934)'ye ait olan bu görüş, *İran* (md. 869) ve *Mısır* (md. 370) *Medenî Kanunları* tarafından da aynen benimsenmiştir.⁹³²

Bize öyle geliyor ki, vârise vasiyetin diğer vârislerin kabulüne bağlı olduğu görüşü daha isabetlidir. Zira **Şevkânî** (1250/1834)'nin de belirttiği gibi, vârise vasiyetle ilgili olarak **Dârekutnî** (385/995)'nin rivayet ettiği hadislerdeki ziyadeyi (vârise vasiyetin, diğer vârislerin kabulüne bağlı olmasını) kabul etmek ve dikkate almak gerekmektedir.⁹³³ Ayrıca vârise vasiyetin geçerlik kazanmasının diğer vârislerin kabulüne bağlanması, vârise vasiyetin yasaklanmasının amacı bakımından olası sakıncaları giderecektir. Çünkü diğer vârisler bu tasarrufun aleyhlerine olduğunu düşünürlerse, zaten işlemi reddedecekler; kabul etmeleri durumunda da, hür irâdeleriyle haklarından vaz geçmiş sayılacaklardır. Şu halde her iki

⁹²⁷ Ebu'l-Ayneyn, *el-Mevâris*, 137-138.

⁹²⁸ Şâfiî, *el-Üm*, IV,147; Dihlevî, *Huccetullâhi'l-bâliğa*, II,360; Mahmasânî, *el-Mebâdî*, 152.

⁹²⁹ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,337; Zürkânî, *Şerh*, IV,68.

⁹³⁰ Muvattâ, "Vasiyye", 4; Tahavî, *el-Muhtasar*, 156; Mağribî, *el-İktisâr*, 131; Gazzâlî, *el-Vasî*, IV,411; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,338; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,56-58; Menbecî, *el-Lübâb*, II,805; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXXV,249; Zürkânî, *Şerh*, IV,68; Ebu Zehra, *el-Mîrâs inde'l-Ca'feriyye*, 56; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,187.

⁹³¹ Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,508.

⁹³² Ebu Zehra, *el-Mîrâs inde'l-Ca'feriyye*, 56; Ahmed İbrahim, *Mecmûa*, 857-858; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,188. Ahmed İbrahim, İmâmiyye'nin ittifakla bu görüşü benimsediğini söylemektedir.

⁹³³ Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,509.

durumda da, diğer vârisler bakımından herhangi bir sakıncadan/zarardan söz edilemeyecektir.

Ayrıca bu görüş, hem bâliğ ve reşîd kişilerin kendi mülklerinde tasarruf yetkilerini serbestçe kullanabilmelerine imkan vermekte, hem de bu tasarruf serbestisinden başkalarının zarar görmesini önlemektedir. Yani bu görüş, iki taraflı maslahatı sağlamaktadır ki, bu açıdan da daha isabetlidir.

b. Üçte Birden (1/3) Fazla Vasiyet

Rasûl-i Ekrem'in, cennetle müjdelediği şahıslar arasında ismi geçen güzîde dostlarından **Sa'd b. Ebî Vakkâs** anlatıyor: Hastalık sebebiyle sancılarının arttığı bir esnada *Vedâ* hacı dönüşü Hz. Peygamber ziyaretine gelmişti. Bu vesileyle *Allah Rasûlü'ne*, "Ey Allah'ın Rasûlü! Gördüğün gibi ağırlarım son derece arttı ve benim de malım var; kızımдан başka vârisim de yok. Ne buyurursun, malımın üçte ikisini (2/3) tasadduk edeyim mi?" diye sordum. Hz. Peygamber, "hayır" dedi. "Yarisına ne buyurursunuz" dedim, yine "hayır" dedi. Daha sonra *Rasûl-i Ekrem* şöyle buyurdu: "Üçte birini tasadduk et, aslında üçte bir de fazla ya! Bilesin ki, vârislerini varlıklı (zengin) bir halde bırakman, onları, insanlara el avuç açar halde yoksul bırakmandan daha hayırlıdır. Yine bilesin ki, sırf Allah rızası gözeterek yaptığın her harcama için mükafatlandırılacaksın. Öyle ki, eşinin ağzına koyduğun bir küçük lokma için bile."⁹³⁴

Hz. Peygamber'in bu hadisinden hareketle İslâm hukukçuları vasiyetin, terikenin üçte birinden fazla olamayacağını, hatta özellikle mûrisin malının az ve mirasçılarının ekonomik durumu da iyi değilse, vasiyet oranının bundan da az tutulmasının müstehâb olduğunu söylemişlerdir.⁹³⁵ Bu son durumda olanların Sa'd hadisi gereği hiç vasiyette bulunmaması daha uygundur. Çünkü kişinin, vârisleri ihtiyaç halinde iken başkalarına vasiyette bulunması, yabancı ile iyi ilişkiler kurup akrabayı ihmal anlamına gelir. Dolayısıyla sıla-i rahim bakımından bu gibi durumlarda hiç vasiyette bulunmamak maslahat açısından daha isabetlidir.⁹³⁶

Öte yandan **Sa'd b. Ebî Vakkâs** hadisi üzerine **İbn Abbâs**, şöyle demiştir: "Keşke insanlar vasiyet oranını, üçte birden dörtte bire düşürseler. Zira Hz. Peygamber "Üçte birini tasadduk et, aslında üçte bir de fazla ya!" buyurmuştur."⁹³⁷ Diğer yandan **Katâde** (117/735)'nin söylediğine göre, **Hz. Ebu Bekir** ve **Hz. Ali** beşte bir, **Hz. Ömer** de dörtte bir oranında vasiyette bulunmuştur. **Katâde**, beşte bir oranının kendisine de daha uygun geldiğini belirtmektedir.⁹³⁸ Fakat her hâlükârda üçte bir ölçüsü, genel kriter olup bunun üstüne çikilamaz.

Vâris olmayanlara yapılan vasiyetlerin üçte bir oranını geçmemesi halinde, hiç kimsenin onayına gerek kalmaksızın geçerli olduğu ve terikeden borçlar ödendikten sonra bu vasiyetlerin icra edileceğinde; bu şekildeki vasiyetlerin terikenin üçte birini aşması durumunda ise, vârislerin kabul ya da red haklarının bulunduğu İslâm hukukçuları ittifak halindedirler.⁹³⁹

⁹³⁴ Buhârî, "Cenâiz", 37; Müslim, "Vasiyye", 5; Muvatta, "Vasiyye", 4. اللثك، والثلث كثير، إنك أن تذر ورتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة، يكفون الناس.

⁹³⁵ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III,30; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,331; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,56-57; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,505.

⁹³⁶ Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III,30; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,331.

⁹³⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,281; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,57; Reysûnî, *Nazariyyetü't-tagrib ve't-tağlib*, 315.

⁹³⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,281; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI,57.

⁹³⁹ Ebu Zehra, *el-Mirâs inde'l-Ca'feriyye*, 55-56.

Vasiyet yetkisinin, terikenin üçte biriyle sınırlandırılması hükmünde ittifak halinde bulunan İslâm hukukçuları, bu oranı geçen vasiyetlerin geçerli olup olmadığı, vârislerin kabulünün etkisi gibi hususlarda ihtilaf etmişlerdir. Bu görüşleri iki farklı olasılığa göre ele almak mümkündür:⁹⁴⁰

1. *Mûsînin hiç vârisinin bulunmaması.* Bu durumda **İbn Şübrüme** (144/761), **Evvâî** (157/773)⁹⁴¹ gibi ilk dönem müctehidleri yanında, Mâlikî, Şâfiî ve Zâhiriyye⁹⁴² mezhepleri ile İmâmiyye'den bazı fakihlere göre, vasiyet miktarının üçte biri geçmemesi genel hükmü uygulanır. Zira her ne kadar mûrisin vârisleri yoksa da, terike bütün müslümanlara kalır. Bu durumda icâzetten de söz edilemeyeceği için üçte bir oranını geçen vasiyetler bâtıldır.⁹⁴³

Öte yandan başta **İbn Mes'ûd** (32/652), **Hasan-ı Basrî** (110/728), **İshâk b. Râhûye** (237/851)⁹⁴⁴ gibi ashab ve tâbiûndan müctehidler olmak üzere Hanefî (kurucu beş müctehid **Ebu Hanîfe, Ebu Yûsuf, Muhammed, Züfer, Hasan b. Ziyâd** dahil)⁹⁴⁵, Hanbelî, Zeydiyye ve İbâdiyye mezhepleri ile diğer bir kısım İmâmiyye hukukçusuna göre ise, hiç vârisi olmayan kişi, isterse malının tamamını vasiyet edebilir.⁹⁴⁶ Zira vasiyetin, terikenin üçte biriyle sınırlandırılması, vârisler lehine öngörülmüştür ve onların haklarını koruma amacı taşımaktadır.⁹⁴⁷ "*Mâni ortadan kalkınca, buna bağlı yasak da ortadan kalkar*" prensibi gereği kişinin vârisi yoksa, vasiyet yetkisinin kullanımı bakımından herhangi bir sınırlama da bulunmamaktadır. Nitekim Hz. Peygamber (sav) **Sa'd'a**, "*Bilesin ki vârislerini varlıklı (zengin) bir halde bırakman, onları, başkalarına el avuç açar vaziyette yoksul bırakmandan daha hayırlıdır*" buyurmuş, sınırlamanın gerekçesini de böylece beyan etmiştir.

Hiç vârisi bulunmayan kişinin, malının tamamını vasiyet etme yetkisinin bulunup bulunmadığı, aslında beytûlmâlin vâris olup olamayacağı tartışmasına dayanmaktadır. Vasiyeti üçte birle sınırlayan nasları hiç yoruma tabi tutmayı teabbüdülik ilkesini benimseyen ya da yorumlamakla birlikte, söz konusu sınırlamanın amaç ve çerçevesini sırf vârislerle sınırlandırmayıp bütün müslümanları da bunun içine dahil edenler, kişinin vârisi olup olmadığına bakmaksızın vasiyeti üçte birle sınırlı tutmuşlardır. Fakat ilgili hadislerdeki sınırlamanın gerekçesini, vârislerin haklarını korumak şeklinde tayin eden ve hükmü vârislere has kılanlar ise, geride vâris bırakmadan vefat edenlerin mallarının tamamını vasiyet edebileceklerini söylemişlerdir.⁹⁴⁸ İşte sınırlama gerekçesini dar tutan Hanefiler ve onlarla aynı görüşü paylaşanlara göre, vâris bırakmadan vefat eden şahısların terikesinin beytûlmâle geçmesi, hazinenin vâris olması itibarıyla değil, terikenin sahipsiz mal konumunda olması dolayısıyladır.⁹⁴⁹

Şayet hazinenin de vârisler arasında bulunduğu kabul edilecek olursa, vasiyetin üçte biri geçemeyeceği aşikârdır. Fakata bireyin malında toplumun ve dolayısıyla bütün

⁹⁴⁰ Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,185.

⁹⁴¹ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, III,33; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,358; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,281.

⁹⁴² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,358-360.

⁹⁴³ Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, IV,78; Şîrâzî, *et-Tenbîh*, 374; Gazzâlî, *el-Vasîf*, IV,420; Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâid*, III,362; Derdir, *eş-Şerhu'l-kebir*, VI,492; Desûkî, *el-Hâşiye*, VI,492; S.H.Hân, *Fethu'l-allâm*, II,158.

⁹⁴⁴ Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, IV,78; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,357; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,281; Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,505.

⁹⁴⁵ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, III,33.

⁹⁴⁶ Cassâs, a.g.e., III,30,33; Şevkânî, *Neylül-evtâr*, VI,505; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,33-34; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, IV,156-158; Mecell, md.1596.

⁹⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,154; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 364; Sâlimî, *Cevâbât*, IV,33-34. İleten bu şekilde belirlenmesinin doğru olmadığı görüşü ve tahliller için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,358-360.

⁹⁴⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II,281.

⁹⁴⁹ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, IV,157.

müslümanlar adına hazinenin de hakkının bulunması fikrinin, insanın toplumsal bir hayat yaşaması sebebiyle servetinde doğrudan ya da dolaylı toplumun katkısının ve dolayısıyla da hakkının bulunması düşüncesiyle yakın ilgili bulunmaktadır. Durum böyle olunca aslında vârisi bulunmayanların, mallarının tamamını vasiyet edip edemeyecekleri tartışması teorik düzeyde kalmakta, pratik bir farklılığa yol açmamaktadır. Ancak terikenin hazineye intikal etmesi durumunda, bundan yararlanabileceklerin sayısı daha fazla ve kapsam geniş olabileceken, bireyin kendisinin vasiyette bulunması halinde, özellikle vasiyet şahıslara yapılmış ise, maslahat daha sınırlı kalacaktır. Bu durumda vârisi olmayanların, mallarının tamamını vasiyet etme yetkileri bulunmakla birlikte, esasen hayır amacı taşıyan bir uygulamadan âzâmî yararı sağlama bakımından, vasiyette bulunulacak yer ve şahısların tayininde bazı sınırlamalar getirilmesi ve hukuk denetiminin devreye sokulması; hem bireyin kendi malında vasiyet yetkisini kullanabilmesi ve hem de toplumsal maslahat açısından en isabetli yol olacaktır. Nitekim vasiyeti, kişinin vârisi bulunsun bulunmasın üçte birle sınırlandırıp, bu ölçüyü aşan vasiyetleri bâtil sayanlardan Şâfiî hukukçu **Gazzâlî** (505/1111), şayet kâdî, mûrisin üçte birden fazla olan vasiyetini maslahata uygun bulursa, bunu geçerli kabul eder demektedir.⁹⁵⁰

2. *Mûsinin vârislerinin bulunması*: Bu meselede doktrinde iki görüşün ön plana çıktığı görülmektedir.⁹⁵¹

a) *Vasiyet asla terikenin üçte birini aşmamalıdır*. Bu ölçüyü aşan kısım için vasiyet bâtildir. Vârislerin kabul edip etmemeleri de sonucu değiştirmez. Bir kısım Şâfiîler⁹⁵² ile Zâhiriyye mezhebinin görüşü bu şekildedir.⁹⁵³

b) *Cumhur İslâm hukukçularına göre ise, terikenin üçte birinden fazla olan vasiyetlerin geçerlik kazanması, vârislerin kabulüne bağlıdır*. Şu kadar var ki, vârislerin kabul etmesi halinde üçte birden fazla olan kısım, Mâlikîlerde kabul edilen genel görüşe göre, vasiyet olarak değil, yeni bir teberrû olarak kabul edilir.⁹⁵⁴ **İmâm Şâfiî** (204/819) de, fazla miktarın terikeye iade edileceğini belirtirken, fazla kısım için diğer vârislerin kabul edip etmemesi gibi bir durumdan söz etmemektedir. Fakat **Şâfiî**'ye göre de, üçte birden fazla olan miktarı vârisler, isterlerse gönüllü olarak teberrû edebilirler. Ancak bunun için, teberrû ehliyetine sahip olmaları şartı aranır. Normalde teberrûda bulunabilen vârislerin teberrûları geçerli, böyle olmayanları ise geçersiz olur.⁹⁵⁵ Bazı Mâlikî hukukçuların da dahil bulunduğu ve çoğunluğu teşkil eden hukukçulara göre ise, vârisler kabul ettiği takdirde, işlemin tamamı vasiyet olarak geçerlik kazanır.⁹⁵⁶

Vasiyet yetkisini üçte birle sınırlayan hadisler, aslında malik olan bireyin vasiyet yetkisinin ancak bu kadar olduğunu ifade etmektedir. Yani hukuk düzeni bireye, söz konusu yetkiyi verirken, miktar itibarıyla sınırlandırılmış halde vermiştir. Şu halde esasen bu ölçüyü aşan vasiyetler yetkisizdir yani hukukî dayanaktan yoksundur. Durum böyle olunca üçte bir oranını geçen vasiyetlerin vârisler tarafından kabul edilmesi halinde fazla olan kısım, vasiyet

⁹⁵⁰ Gazzâlî, *el-Vasi't*, IV,420.

⁹⁵¹ Abbâdî, *el-Milkiyye*, II, 185. İbn Rüşd, vârisi olanların vasiyetlerinin, terikenin üçte birini geçmemesi gerektiği hususunda İslâm hukukçularının ittifak halinde olduğunu söyler. Bkz. *Bidâyetü'l-müctehid*, II,281. إذا صار الجميع إلى أن الوصية، لا تجوز في أكثر من الثلث. لمن له وارث

⁹⁵² Müzenî ve Sübkî'nin bu görüşte olduğu nakledilir. Bkz. Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI,509; S.H.Hân, *Fethu'l-allâm*, II,158. Şîrâzî de böyle bir görüşe yer vermekle birlikte herhangi bir fakih ismi belirtmemektedir. Bkz. *et-Tenbîh*, 374.

⁹⁵³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII,356.

⁹⁵⁴ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, VI,492.

⁹⁵⁵ Şâfiî, *el-Üm*, IV,139.

⁹⁵⁶ Mağribî, *el-İktisâr*, 131; Şîrâzî, *et-Tenbîh*, 374; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,154; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,338; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI,62; İbn Receb, *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*, 474; S.H.Hân, *Fethu'l-allâm*, II,158.

olarak değil, yeni bir teberrû olarak geçerlik kazanacak; bu noktada da icâzet verecek olan vârislerin teberrû ehliyetine sahip olmaları şartı aranacaktır. Şu halde fazlalık kısım hakkında bağış niteliğinde yeni bir hukukî işlem hükümlerinin geçerli olduğunu söyleyen Mâlikî ve Şâfiîlerin görüşü daha isabetlidir.

Vasiyetin üçte birle sınırlandırılması, vârislerin haklarını korumayı amaçlamaktadır. Buna rağmen bir kişinin, bu ölçüye uymayıp üçte birden fazla vasiyette bulunması, vârislerine karşı zarar kastı taşıdığı ve vâris olmayan şahısları onlara tercih ettiği anlamına gelir. Halbuki şârî', vârislerin üstün tutulmasını istemiştir. Dolayısıyla vârislerin hakkını koruma ve mûrisin kötü niyetini bertaraf etme amacıyla, söz konusu işlemin geçerlik kazanması hak sahibi olan vârislerin kabulüne bağlanmıştır. Hatta bu noktada vârislerin, üçte birden fazla vasiyette bulunma hususunda mûrislerine izin vermiş olmaları da, sonucu değiştirmez. Yani bu izin vârisleri bağlamaz. Gerçi **İbn Ebî Leylâ** (148/765) gibi bazı hukukçular bu tür izinlerin bağlayıcı olduğunu söylemekteyseler de, *sebebi oluşmadan bir hakkın iskâtı caiz değildir*.⁹⁵⁷

Bütün bu nas ve doktriner yaklaşımlardan sonra sonuç itibariyle şunu ifade edebiliriz. İslâm hukukunda bireylerin, ölümle birlikte şahsiyet ve zimmeleri sona erer ve terikeye dahil mevcut mal ve hakları kanunî mirasçılara geçer. Dolayısıyla bu genel prensipten hareket edildiğinde, ölümle birlikte geçerlik kazanacak olann vasiyet gibi tasarrufların caiz olmaması gerekirdi. Zira mûsî bakımından artık maldan söz etme imkanı kalmamış, malları vârislerinin olmuştur. Fakat buna rağmen, bir hadiste de ifade edildiği gibi Yüce Allah'ın bir lütfu olarak insanlara, iyilik ve hasenâtlarının artmasına vesile olsun diye mallarından vasiyette bulunma yetkisi verilmiş, fakat bundan vârislerin olumsuz etkilenmemesini temin bakımından da söz konusu yetki üçte birle sınırlandırılmıştır. Böylece bir taraftan kişilere, çeşitli sebep ve saiklerle hayatta iken yerine getir(e)medikleri bazı iyilikleri telafi imkanı sunulmuş, diğer yandan da, hayır amaçlı bir işlem de olsa bundan vârislerin olumsuz etkilenmemesi açısından vasiyet yetkisi üçte birle sınırlandırılmıştır.

Şu halde İslâm hukukunda vasiyet yetkisi her türlü kayıt ve sınırlamadan uzak mutlak bir yetki olmayıp, kişiler (vârisler) yararına sınırlandırılmış bulunmaktadır. Durum böyle olunca, mûrisin üçte birden fazla olan vasiyetlerinin geçerlik kazanıp kazanmamasında vârisler yetkili kılınmış ve işlem onların kabulüne bağlanmıştır. Çünkü şârî'in tanıdığı yetki 1/3 oranındadır ve bu ölçünün aşılması yetki tecâvüzüdür.⁹⁵⁸ Binaenaleyh haklarına tecâvüz edilen şahısların, söz konusu haklarından vaz geçme (iskât) ya da geçmeme hususunda yetkili kılınmaları tabiidir.

Görüldüğü gibi İslâm hukuku, fitrat gereği olan kişisel mülkiyeti tanıyıp, onu her türlü hukukî himayeye sahip bir hak olarak kabul etmekle birlikte, bu hakkın diğer kişilere, kastî ya da gayr-ı kastî zarar verecek şekilde kullanılmasına izin vermemektedir. Zira hukuk düzeni şahısları eşit derecede himayeye muhatap kabul etmektedir. Kaldı ki hukuk düşüncesi,

⁹⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,154. إسقاط الحق قبل وجود السبب، لا يجوز. Şâfiî de bu tür izinlerin bağlayıcı olmadığını söylemekle birlikte, vârislerin, sözlerine sadık kalma ve ölünün hatırı bakımından izinlerinden rucû etmemelerinin daha doğru olduğunu ifade eder. Bkz. *el-Üm*, IV,150. İzin yetkisi ve bağlayıcılığı konusunda müctehidlerin görüşleri için bkz. İbn Hazm, *el-Muhalâ*, VIII,160.

⁹⁵⁸ Üçte birden fazla vasiyette bulunmanın, "hakkın kötüye kullanılması" olmayıp "hakkın tecavüzü" olduğuna dikkat edilmelidir. Zira hakkın kötüye kullanılması, hukuk düzenince tanınan ya da verilen bir hakkın, verildiği ölçü çerçevesindeki tasarruf ve kullanımların, hakkın verilmiş gayesine aykırı olması ya da failin zarar kastı taşıması halinde söz konusudur. Söz gelimi bir dönümlük bir bahçesi olan kişinin, bu bir dönüm alan içindeki kullanım, faydalanma ve tasarruflarıyla ilgili hukuk dışı durumlar için hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek mümkün iken; bahçe hududunun dışındaki işlem ve faaliyetler için ise, hakkın tecavüzü, gasb ya da haksız fiilden söz edilecektir. Dolayısıyla üçte bir oranını aşan vasiyetler de aynı şekilde hakkın tecavüzüdür, hakkın kötüye kullanılması değil. Zira Şârî', bireye böyle bir hak vermemiştir ki, söz konusu hakkın kötüye kullanımından bahsedilebilsin. Aralarında girift bir ilişki bulunan ve amaç bakımından paralellik arz eden bu tür hukukî kavramların kullanımı, oldukça dikkatli ve titiz olmayı gerektirmekte, aksi takdirde kavram kargaşası kaçılmaz hale gelmektedir. İki kavram arasındaki ilişki ve farklar için bkz. Dirîni, *et-Teassüf*, 44 vd.

toplumsal hayat yaşayan bireylerin çatışan menfaatlerinin âdil bir şekilde dengelenmesi ihtiyaçının ürünüdür. Dolayısıyla herhangi bir hakkın kullanımının başkasına zarar vermesi halinde, hukukun devreye girmesinden daha tabii bir řey olamaz. řu halde mülkiyet tasarruflarının, başkasının zararına sebebiyet vermemesi gerekmektedir. Binaenaleyh yerel örfün gereklerine göre başkası açısından zarar kabul edilen, üçüncü şahışların hakkının olumsuz etkilenmesine, hakkın elde edilmesinin gecikmesine yol ačan, aile bireyleri arasında çatışma ve sürtüşmeye sebep olan mülkiyet tasarrufları hukuken sınırlandırılır.





DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KAMU YARARINA SINIRLAMALAR

İslâm getirdiği düzenlemelerde ferdi de, toplumu da ihmal etmemiştir. "Çünkü, ferdi feda edilmiş toplumun, toplumu hesaba katmamış ferdin mutlu olmasına imkan yoktur. Görünüşte toplumla ferdin faydaları çatışıyor da, aslında bu iki fayda uzlaştırılmadan, bağdaştırılmadan, bir denge haline getirilmeden ne kişi ve ne toplum için mutluluk düşünülebilir. İşte İslâm bu dengeyi hedef alarak, ferdi topluma karşı korumak için, öbür haklarının yanında ona mülkiyet hakkını da tanımış, buna karşılık, toplumu korumak için de, bu hakkı edinmekte ve kullanmakta birçok kayıtlar, şartlar ve sınırlar koymuş, toplumu da büsbütün pasif bir toplum halinde bırakmamıştır. Ancak toplum da ferdi ezemez... İşte bütün bu sınırlar, mülkiyet hakkına İslâm'ın koyduğu sınırlardır ki, insan bu hakkı kötüye kullanıp toplumu, öbür insanları ve eşyayı ezmesin. İnsanın bu ve öteki dünyada mutluluğu tamam olsun."¹

Dinin "zarûrî maksatları (zarûrât-ı dîniyye)" arasında yer alan malın korunması ile ilgili hükümlerde de, yukarıda çizilen ana çerçevenin esas alındığını görmekteyiz. Nitekim malın korunması ilkesi sırf tek tek fertler açısından düşünülmemiş, bireylerin sahip olduğu mallar aynı zamanda yekûn halinde toplumun malı olarak telakkî edilmiş ve toplumun haklarının korunması da temel esaslardan kabul edilmiştir. Umumun malının korunması, tek tek fertlerin malının korunmasına bağlı olduğu için, İslâm'ın malla ilgili hüküm ve prensiplerinin çoğunun özel mülkiyet ve bunun korunmasıyla ilgili olduğu görülür. Çünkü *özel mülkiyetten elde edilen menfaatler, sonuç itibariyle kamu menfaatini sağlamakta ve böylece tüm toplumun serveti korunmuş olmaktadır.*²

Şu halde İslâm hukukunda özel mülkiyet sınırlamalarının ikinci ayağını kamu yararının sağlanması ve kamudan zararın bertaraf edilmesi oluşturmaktadır. Bu noktada özel mülkiyete kamu yararına getirilen/getirilecek hukukî sınırlamaların temel çerçevesini, öncelikle ve mümkün olduğunca fert ve kamu yararının aynı anda sağlanmaya çalışılması, bu mümkün olmazsa; *"kişisel yarar ile kamu yararı çatışırsa, öncelik kamu yararının sağlanmasına verilir", "genel zararı gidermek için özel zarara katlanılır", "daha büyük ve kalıcı zararları gidermek için, gerekirse daha küçük ve geçici zararlar irtikab edilir"*³ gibi ilkeler oluşturmaktadır.

Dolayısıyla bireyin kendi mülkündeki tasarrufları kamuya zarar verecek olursa, hukuk düzeni devreye girmekte ve bu tür tasarruflar hukuken sınırlandırılmaktadır. İşte bu bölümde, İslâm hukukunda özel mülkiyet sınırlamalarının, sınırlamayla gerçekleştirilmesi istenen amaç itibariyle kamu yararına yönelik olanları ele alınacaktır.

Kamu yararına özel mülkiyet sınırlamalarını, içerik ve gaye bakımından iktisadî, siyasî ve sosyal amaçlı sınırlamalar şeklinde ele almak mümkündür.

I. İKTİSADÎ SINIRLAMALAR

İktisadî sınırlamaların bir kısmı piyasa denge ve istikrarını sağlamaya, diğer bir kısmı da ülke kalkınması ve iktisadî verimliliği artırmaya yöneliktir.

¹ Karakoç, *İslâm Toplumunun Ekonomik Strüktürü*, 35.

² İbn Âşûr, *el-Mekâsîd*, 170.

³ Bkz. *Mecelle*, md.26-30.

A. PİYASADA DENGİ VE İSTİKRARI SAĞLAMAYA DÖNÜK SINIRLAMALAR

Bu kısımda tekel, karaborsa ve narh uygulamaları ele alınacaktır.

1. Tekel (Monopol) Yasağı

Mülkiyetin, gerek fert, gerek kamunun zarar göreceği şekilde kullanılması durumlarından biri de tekelleşmedir. İktisadî hayatta kötü sonuçları en fazla hissedilen ve özellikle küçük esnaf, tüccar ve dar gelirlilerin birebir olumsuz etkilendiği, mülkiyetin kötüye kullanım şekillerinin başında herhalde tekelleşme gelmektedir. Paranın satınalma gücünü etkileyen en önemli amillerden biridir tekelleşme. Zira tekelleşme fiyatlar genel seviyesini, buradan da paranın satınalma gücünü etkilemektedir.⁴

Aslında müteşebbislerin kendi aralarında ticarî birlikler oluşturmalarında ve bir takım anlaşmalar yapmalarında herhangi bir sakınca yoktur. Hatta bu tür birliktelikler, kamunun ihtiyaç duyduğu fakat, ekonomik açıdan devlete ağır yük getiren ve tek başına bir ya da birkaç kişinin altından kalkamayacağı bir takım hizmet ve faaliyetlerin özel sektör tarafından gerçekleştirilmesine imkan sağlama açısından faydalı da olabilir. Dolayısıyla bu tür amaçlara yönelik birliktelikler takdir görür ve desteklenir. Ancak rekabet ortamını kırma ve tekel oluşturmaya yönelik bir kısım tüccar ve esnafın bir birlik altında toplanması, piyasada tek bir fiyat oluşmasına ve insanları, o hizmetten yararlanma ya da söz konusu mala ulaşmak için bu fiyatı kabullenmek zorunda bırakacağından; kamuya zarar veren bu tür oluşumlar hukuken engellenir. Nitekim günümüzde gelişmiş ülkeler, ölçsüz rekabet şartlarının tekelleşmelere sebep olması üzerine, yıkıcı rekabete karşı bir takım tedbirler alma yoluna gitmişlerdir.⁵

Tekelleşmenin en açık örneklerini *tröst*, *kartel* ve *holding* gibi *monopoller* oluşturmaktadır.

Tröst, müteşebbise mal sahibi adına hareket etme ve onu temsil yetkisi veren bir vekâlet sistemidir. Aynı çatı altında toplanan ve onlara vekâleten hareket etme ve temsil yetkisi kazanan şahıs/müteşebbis, büyük bir sermaye rizikosunu altına girmeden belirli bir piyasaya hakimiyet kurmakta, bir mal ya da hizmetin arzını ve fiyatları en uygun şartlarda tanzim ve tespit etmeyi tekeline geçirmektedir.⁶

Holding ise, başka şirketlere ait hisse senetlerini elinde tutan şirkettir. Holdingde, başka şirketlerin genel kurulunda çoğunluk sağlayacak kadar hisse senedi toplanarak onların yönetimine hakim olma ve böylece holdinge bağlı şirketler arasında rekabeti kaldırma söz konusudur. Bu sayede aynı çeşit üretim yapan müesseseler holding çatısı altında birleşince, o çeşit malın fiyatlarında bir tekellilik söz konusu olmaktadır.⁷

⁴ Hasenî, *İslâm'da Para*, 33. Paranın satınalma gücündeki değişimin sebepleri için bkz. a.mlf., a.g.e., 32-39.

⁵ Bkz. Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 289-290. Bu çerçevede yaklaşık bir yıl önce Microsoft programlarının, tekel oluşturarak aşırı değer kazandığı kanaatine varan ABD mahkemesinin, adı geçen şirketi ikiye bölme kararı hatırlanabilir. Normalde 200 dolar olması gereken bir programın 1200 dolara kadar çıktığı düşünülürse, söz konusu firmanın piyasayı önemli ölçüde istismar ettiği anlaşılır. İşte bu somut olay da İslâm'ın, her türlü tekel ve karaborsayı yasaklarken ne kadar isabetli davrandığının açık göstergesidir.

⁶ Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 290.

⁷ Döndüren, a.g.e., 291.

Belki de tekelleşmenin en yaygın biçimini oluşturan *kartel (anlaşmalı monopol)*⁸ ise, çeşitli firmaların aralarında rekabete yer vermemek ve piyasayı istismar etmek üzere kurdukları bir birliktir. Kartel, satış şartlarını birleştirme, sürüm pazarlarını aralarında bölüşme, ortak büro açma ve asgari bir satış bedeli belirleme gibi amaçlarla kurulur.⁹

Paranın alım gücüne, diğer bir ifadeyle piyasada fiyatların şekillenmesine olumsuz etki eden tekelleşme usullerinden biri de "*monopolcü rekabet*"tir.¹⁰ Söz gelimi bir malı üreten birçok firma ve her firmanın ürettiği malı diğerlerinden ayırt eden özellikler bulunmaktadır. Bu ayırt edici özellikler, hacimde, renkte, biçimde veya ambalajda olabilir de, ürünün diğerlerinden farklılığı çoğu zaman firma ismi gibi etiketlerle gösterilir. Dolayısıyla piyasadaki her firma kendi ürettiği ve diğer firmaların ürettikleri mallar arasında gerçek veya sübjektif farklar oluştururlar ve tüketiciler, reklam veya başka yollarla bu tür farklılıklara inandırılırlar. Dolayısıyla artık firma üretimde herhangi bir düşürmeye gitmeden, sırf tüketicinin kendi ürününü diğer firmaların ürünlerine üstün tuttuğuna güvenerek fiyatı yükseltebilir.¹¹

Her ne şekil ve ad altında olursa olsun bütün tekelleşmelerde, toplumun zararı söz konusudur. Söz gelişi tröstler, önce piyasaya oldukça yüksek fiyattan mal sürmek suretiyle küçük rakip firmaları cesaretlendirir ve onları fazla miktarda üretim ve mal stokuna sevkeder ve fırsat kollamaya başlar. Tüketici rağbetine güvenerek rakipleri piyasaya çok açıldığı zaman, fiyatları birdenbire ve önemli ölçüde düşürerek onları mal satamaz ve mükellefiyetlerini yerine getiremez duruma düşürürler. Bunun sonunda piyasada dürüst kalmak isteyen iş adamı ya iflasla karşı karşıya kalır ya da tröste katılmak zorunda kalır.¹²

Tekelleşmelerde piyasaya hakimiyet kurma hususunda başvurulan diğer bir yöntem ise, birincisinin tam tersine önce fiyatları büyük ölçüde düşürmektir. Bu uygulama, mal ve hizmetlere düşük fiyatlarla sahip olunabildiği için kısa vadede toplum yararına gibi görünüyorsa da, rakipler piyasadan çekilince, daha önce fiyat düşüren firmaların bu defa fiyatları yükseltmeleri söz konusu olur. Çünkü karşılarında fiyatları dengelemede etkili olacak rakip firma kalmamıştır. Artık rakiblerinin zorunlu olarak piyasadan çekilmeleri sonunda tek başlarına kaldıklarında, fiyatları istedikleri gibi belirleyip fâhiş kârlar elde etmekte ve zararlarını kapatıp kısa zamanda aşırı kâra geçmektedirler. Çoğu defa da küçük esnaf-tüccar ve köylüler, tek el ve şehirli karşısında, bir taban fiyatı ve kontrol olmayınca himayesiz kalmaktadır.¹³

Bu ve benzeri tekelleşmeler suretiyle piyasaya hakim olma ve rekabet şartlarını ortadan kaldırma ve hatta daha genel bir ifadeyle bir hakkın, toplumun zarar görmesine yol açacak şekilde kullanılması hususunda klasik fıkıh literatüründe oldukça ilgi çekici hükümler bulunmaktadır.

Birden fazla şahsın irâdî ya da kanunî sebeplerle ortak olduğu bir mal, paydaşlar arasında taksim edilmek istendiğinde, taksimi kendileri yapabildikleri gibi, mesleği bu iş olan şahıslara (*kassâm*) da yaptırabilirler. Ancak bu noktada hâkim, ortak olan mallarını paylaşırma hususunda insanları belirli bir kassâma zorlayamaz. Çünkü bu durumda alternatif kassâm tercihinden yoksun olacaklarından söz konusu şahsın belirlediği taksim ücretine râzî olmak zorunda kalacaklardır; bunda ise, insanlar için zarar vardır. Diğer taraftan hâkim, kassâmların da kendi aralarında ortaklık kurmalarına müsaade etmez. Zira onlar bu hali,

⁸ Bkz. Hasenî, *İslâm'da Para*, 34.

⁹ Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 291.

¹⁰ Hasenî, *İslâm'da Para*, 34.

¹¹ Hasenî, a.g.e., 34-35.

¹² Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 291.

¹³ Şafak, "*İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi*", 110; Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 292.

taksim ücretini yüksek tutma hususunda anlaşma vesilesi edinebilirler ve bundan da insanlar zarar görür.¹⁴ Elbette bu durum sırf kassâmlarla sınırlı olmayıp, topluma hizmet sunan her türlü birim için geçerlidir. Aynı şekilde bir malı satın alma hususunda müşteriler de kendi aralarında birlik oluşturamazlar. Zira bu durumda söz konusu malın değerini düşük tutmak suretiyle satıcıların zarar görmesine sebep olabilirler. Hasılı bu tür davranışlara muhtesib engel olur.¹⁵

Görüldüğü gibi fertlerin, serbestçe ve gerekirse bir birlik altında faaliyet gösterme hakları, bundan toplumun zarar görmesi gerçeği karşısında sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Dirayetli İslâm hukukçularından **İbn Teymiyye** (728/1327) de aynı hususa daha geniş bir çerçevede temas etmekte ve şöyle demektedir: "*Belirli bir mal çeşidini alıp satmakta olan bir grup tüccar, aralarında ortaklık kurarak/anlaşarak, söz konusu malı piyasa fiyatından daha düşük ve kendi kararlaştırdıkları bir fiyatla satın alır, satarken de piyasa fiyatından daha yüksek bir fiyata satmak suretiyle hem alırken hem de satarken insanlara zulmederlerse, bu işten menedilirler.*"¹⁶

İbn Teymiyye bu gibi durumlarda, imkan nisbetinde zulmün giderilmesi gerektiğini ve bu kapsamda -şer'an haram olan zulmü önleyeceğinden- fiyatların belirlenmesine devletin müdahale etmesinin (narh) vâcip olduğunu söylemektedir.¹⁷

Aynı hususa Hanbelî fikhinin önde gelen hukukçularından **İbn Kayyim el-Cevziyye** (751/1250) de değinmektedir. Ona göre zulmün en çirkin olanlarından biri de, bir cadde üzerinde ya da mahalledeki (karye) ev ve iş yerlerinin muayyen bir ücrete kiralanması ve bundan daha fazlaya kiralanmasına izin verilmemesidir. Bu hem kiracı hem de mülk sahipleri açısından zulümdür, haramdır ve insanların mallarını zorla ellerinden almak ve onu haksız sebeplerle yemek demektir. Bu tür uygulamalarda bulunanlara mümkün olan her vesileyle engel olunmaya çalışılır ve *onlar, nasıl insanları bir takım nimet ve haklardan mahrum bıraktıysa, aynı şekilde Yüce Allah'ın da onları rahmetinden mahrum etmesinden korkulur.*¹⁸

İbn Teymiyye ve **İbn Kayyim**'in ifadeleri, hiç kimsenin serveti, siyasî konumu ya da idarî görevi sebebiyle, insanların birbirleriyle olan malî muamelelerini baskı altına alma ve piyasaya tahakküm etme hakkının olmadığı ve bunun mutlaka önlenmesi gereken büyük bir zulüm olduğunun açık beyanıdır.

Diğer taraftan bu iki İslâm hukukçusunun görüşleri günümüzde örneğine sıklıkla rastlanan ve başlıca tekelleşme şekillerinden birini oluşturan "*alış-veriş monopolü*"¹⁹ şeklindeki yapılanmaya birebir uymaktadır. Bu monopol (tekel), kendine en yakın bir alternatifi olmayan, mal ve hizmet üretimi ve satışında tek bir firmanın olduğu piyasadır. Yani monopolün sattığı fiyat veya miktarda etki edebilecek alternatif üretim yoktur. Öte yandan bu yapılanma, sırf üreticiler açısından söz konusu olmayıp alıcı kesim için de geçerlidir. Bu durumda da bir mal veya hizmetin alımında tek bir alıcı bulunmakta ve fiyatları

¹⁴ İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 246; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,92. لا يترك القاضي القسم بـشـركـون كـيـلا يتواضعوا على مـغـالاة الأجر فيحصل الإضرار بالناس

¹⁵ İbn Kayyim, a.g.e., 246-247.

¹⁶ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47; a.mlf., *el-Hisbe*, 16. Krs. Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 293. Özellikle kırsal kesimlerde köylünün süt gibi günlük üretimini genellikle tek bir tüccara satmak zorunda bırakılması ve tüccarın da, alın teri, insan emeği, hak ve adâlet gibi ölçüleri bir kenara iterek, köylünün üretimini zaman zaman maliyetini de karşılamayacak şekilde oldukça düşük bedelle satın alması gerçeği düşünüldüğünde, büyük hukukçu İbn Teymiyye'nin bu görüşünün ne kadar isabetli olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Nitekim hemen her gün iletişim araçlarına yansıyan, dünyanın çeşitli yerlerindeki çiftçi eylemlerinin büyük kısmı bu tür sebeplerden kaynaklanmaktadır.

¹⁷ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47.

¹⁸ İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 245.

¹⁹ Hasenî, *İslâm'da Para*, 33.

istediği gibi yönlendirebilmektedir. Dolayısıyla devlet, hem üreticileri hem de tüketicileri korumak amacıyla piyasada arz-talep çeşitliliğini sağlamak ve serbest rekabet ortamını hazırlamak durumundadır. Bu amaca yönelik hukukî mevzuat oluşturulması tüm toplum kesimleri açısından faydalı ve zorunludur.

Servetin topluma karşı tahakküm aracı olarak kullanılmasına, kartel, tröst vb. tekel oluşumlarına İslâm'ın izin vermediğini gösteren naslar da bulunmaktadır. Yüce Allah ganimetlerin toplumun değişik kesimleri arasında paylaştırılmasından söz ederken bunun gerekçesini "*Böylece o mallar, içinizden yalnız zenginler arasında dönüp dolaşan bir servet olmasın*"²⁰ şeklinde açıklamaktadır. O halde devlet imkanlarından yararlanma ve özellikle kamu ihalelerine katılma hususunda sırf servet sahipleri ya da belirli şahıslar hak sahibi olmayacak, bu imkanlar olabildiğince geniş bir çerçeveye yayılarak, bir taraftan millî servetin muayyen insanların ya da belirli ailelerin elinde toplanmasına imkan verilmezken, diğer yandan da kartel ve tekel oluşumunun önüne geçilmiş olacaktır.

Bütün bunlar İslâm hukukunun, ticarete serbest rekâbet esasını benimsemekle birlikte, bunun yıkıcı ve yokedicî rekabete dönüşmesine de izin vermediğini göstermektedir. Nitekim fiyatların aşırı yükselmesi topluma ne kadar zarar veriyorsa, aşırı fiyat düşürmeleri de esnaf ve tüccarın bir bölümü için o kadar zararlıdır. Halbuki toplumda belirli dengelerin korunması gerekir. Zenginle yoksul arasındaki dengeyi zekât, tasadduk, vakıf, hayır ve hasenat sağladığı gibi; ticaret hayatındaki dengeyi de piyasanın normal işleyişi sağlar.²¹ İşte bu amacın tahakkuku için iktisadî faaliyetlerde tekel oluşumlarının hukuken önüne geçilmektedir. Bu tür sınırlamalar her ne kadar söz konusu teşebbüs sahipleri bakımından zarar içermekteyse de, umumî zararı gidermek için kişisel zarara katlanılır.

Bu bağlamda servetin topluma karşı zulüm/zarar aracı olarak kullanıldığı durumlardan birisi de karaborsacılıktır. Özellikle piyasada ekonomik krizin yaşandığı dönemlerde karaborsacılığın arttığı görülmektedir.

2. Karaborsa (İhtikâr) Yasağı

Esasen İslâm hukukunun servete ve mal biriktirmeye karşı olumsuz bir tavrı yoktur. Hatta en başta hayatın idamesi ve bunun yanında yeryüzünün imarı, bir çok hayırlı faaliyet muayyen bir maddî güç gerektirdiğinden bu amaçla kazanç peşinde koşmak takdir gören bir tutumdur. Öte yandan insanın, özellikle kıtlık ve yokluk zamanlarında kullanmak, kimseye el-avuç açmak zorunda kalmamak amacıyla malından bir şeyler biriktirmesi de son derece yerinde bir davranıştır. Durum böyle olunca, İslâm'ın servet biriktirmeye karşı prensip itibariyle olumsuz bir tavrının olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

*Servet biriktirme ve malı depolama konusunda Kur'ân, servetle ilgili ifası zorunlu görevlerin yapıp yapılmadığını ve niyeti (kasıt-sâik) esas almakta; söz konusu işlem hakkındaki yargısını buna göre belirlemektedir. Söz gelimi Kur'ân'da Hz. Yusuf'un, Mısır'da yaptıklarından övgüyle söz edilmektedir. Buna göre Hz. Yusuf (as), iyi ve bol mahsulün alındığı yedi yıl ihtiyaç fazlası mahsulleri, onu takip edecek yedi kurak ve kıtlık yılları için anbarlarda depolamış, böylece Mısır halkını açlık sebebiyle helâk olmaktan kurtarmış, daha sonra da bu başarısından ötürü kraldan kendisini hazinedâr tayin etmesini istemiş ve buna lââyık olduğunu ifade etmiştir.*²²

²⁰ Haşr 59/7. *كَي لَا يَكُونَ دَوْلَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ*

²¹ Bkz. Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, 289-290.

²² Yusuf 12/47-49,55. Bkz. Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 285.

Servet yağma konusunda *Kur'ân*'ın önümüze serdiği ikinci durum ise, bunun tam tersidir. *Kur'ân*, malı biriktirip topluma karşı görevlerini yerine getirmeyenler için oldukça ağır ifadeler kullanmaktadır. "*Ey iman edenler! Bilin ki, hahamların, rahiplerin çoğu, insanların mallarını haksızcasına yiyip yutuyor ve onları Allah'ın yolundan alıkoyuyorlar. Fakat bütün o altın ve gümüşü toplayıp Allah yolunda harcamayanlar var ya, işte onlara sonraki hayat için çok çetin azabı müjdele.*"²³

Serveti yağma konusuna *Kur'ân* bu şekilde temas ederken, Hz. Peygamber (sav)'in, günlük ekonomik-ticarî hayatta belki de en yaygın şekilde karşılaşılan karaborsacılıktan (ihtikâr) söz ettiğini görmekteyiz. Toplumun ihtiyaç duyduğu malları, kıtlık ve yokluk zamanında pahalıya piyasaya sürme amacıyla stoklama demek olan ihtikâr, hadislerde lânetlenmiştir. "*Pazara mal getiren (câlib) rızıklandırılmış, karaborsacı ise lânetlenmiştir*"²⁴; "*Karaborsacı ne fena bir kuldur! Allah Teâlâ fiyatları ucuzlatırsa keyfi kaçır, yükseltirse ferahlar*"²⁵; "*Kim müslümanlara karşı bir yiyecek maddesini stoklarsa, Allah onu cüzzam ve iflâsla cezalandırır.*"²⁶

Hadislerde bu şekilde ağır ifadelerle sözü edilen karaborsacılığın haramlığı hususunda İslâm hukukcuları ittifak halindedirler.

Karaborsacılık esasen, insanın durmak bilmeyen, ölçü ve sınır tanımayan daha fazla kazanma hirsinin (tamâh) ürünüdür. Ticarî faaliyetlerde sürekli kazanmaya çalışmak yerinde ve doğru bir davranış olmakla birlikte, müslümanın tek hedefinin daha fazla kazanma ve kârına kâr katma duygusu içinde olmasını İslâm hoş karşılamamaktadır. Zira bu duygu, ölçü tanımamaya ve topyekün toplumu, sömürülmesi gereken bir güruh olarak telakki etmeye sebep olabilmektedir. Halbuki İslâm'ın öngördüğü toplumsal yapı, toplumu oluşturan bireylerin karşılıklı ilişkilerinin kardeşlik esasına dayalı olarak şekillendiği bir yapıdır. Sürekli fırsat kollayan, toplumun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri piyasaya sunma hususunda sırf kendisi açısından en uygun zaman ve fiyatı bekleyen, insanların zaaf anlarından yararlanmaya çalışan bir karakter özelliğini İslâm doğru bulmamakta ve bunu islâh etmeyi hedeflemektedir. Kaldı ki, insanları karaborsacılığa sevkeden, daha fazla kazanma, kârına kâr katma duygusundan başkası değildir. Bütün bunlardan dolayı **Kamil Miras**'ın da belirttiği gibi, *halkın felâketiyle saadet temin etmek isteyen muhtekirler, beşeriyetin en sefil tabakası olduğu için, İslâm dini en büyük savaşlarından birini bunlara karşı açmıştır.*²⁷

Karaborsacılık, muhtekir açısından son derece kârlı bir iş olmakla birlikte, toplum açısından fevkalâde zararlıdır. Karaborsacılığın topluma yönelik çift yönlü zararı söz konusudur. Bir taraftan ihtiyaç duyulan şeylerin zamanında tedarik edilememesi, diğer taraftan da bu nesnelere normal piyasa değerinin üstünde bir bedelle almak zorunda kalma söz konusudur. İşte bundan dolayı hadislerde karaborsacılık yapanların lanetlenmiş oldukları ifade edilmiştir. Öte yandan İslâm'da bu davranış biçimi, yalnızca dinî-ahlâkî yaptırımlarla karşılık bulmamış, hukukî müeyyidelerle de desteklenmiştir. Çünkü *fert ve toplumu her türlü zarardan korumak İslâmî ilkelerle hareket eden bir devletin aslî görevlerindedir.*

Akid serbestisi teorisinin, hem in'ikad serbestisini, hem de tanzim serbestisini ihtiva ettiğine daha önce işaret etmiş ve hukukî işlemlerde "*rızâ*"ya vurgu yapan naslardan hareketle İslâm hukukunun in'ikad serbestisini oldukça geniş bir çerçevede benimsediğini, fakat adâlet ilkeleri ve kamu maslahatının gerektirmesi durumunda bu serbestinin

²³ Tevbe 9/34. والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فيشرهم بعذاب أليم

²⁴ İbn Mâce, "Ticârât" 6. الجالب مرزوق واحتكر ملعون

²⁵ Miras, *Tecrîd-i Sarîh Tercemesi*, VI,449.

²⁶ İbn Mâce, "Ticârât" 6. من احتكر على المسلمين طعاما ضربه الله بالجنام والإفلاس.

²⁷ Miras, *Tecrîd-i Sarîh Tercemesi*, VI,450. Krş. Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 285.

sınırlandırılabilceğini belirtmiştik. İşte İslâm hukukunda kamu yararı mülâhazasıyla in'ikad serbestisinin sınırlandırıldığı durumlardan biri de ihtikâr halidir.²⁸

Nitekim karaborsacılığın yasak ve mutlakla önlenmesi gereken bir durum olduğunda İslâm hukukçuları ittifak halindedirler. Çünkü karaborsacılık, toplumun zarara maruz kalmasına sebep olan bir faaliyettir; toplumdaki zararı def'etmek ise, devletin temel görevlerindedir. Aynı şekilde insan yiyeceği ve temel gıda maddelerinde ihtikârın haram olduğunda da görüş birliğine varan fakihler²⁹, bunlar dışındaki emtianın bu kapsama dahil edilip edilemeyeceğinde ihtilaf etmişlerdir.

İmâmiyye ekolüne mensup hukukçular, ihtikâr kapsamını mutlak anlamda gıda maddesiyle sınırlı tutarken³⁰; İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu "*Kim müslümanlara karşı bir yiyecek maddesini stoklarsa, Allah onu cüzzam ve iflasla cezalandırır*"³¹ hadisinden hareketle ihtikârın kapsamını, gıda maddesi ve hayvan yemi olarak belirlemiş (Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri)³²; diğer bir kısım İslâm hukukçusu ise, karaborsacılığın yasaklanma gerekçesini esas almak suretiyle emtianın niteliği ya da türüne bakılmaksızın insanların ihtiyaç duyduğu ya da piyasaya sunulmayıp stoklanmasından toplumun zarar gördüğü her şeyi ihtikâr kapsamında değerlendirmişlerdir (Mâlikî mezhebi ve Hanefî fakihlerden **Ebu Yûsuf** (182/798)).³³

Kapsamı geniş tutan ikinci görüş sahiplerine göre ihtikârı yasaklayan hadislerde gıda maddelerinden söz edilmesi, yasak kapsamını belirleme amacına yönelik olmayıp; insanların, gıda maddelerine olan ihtiyacının diğer mallara göre daha fazla olmasından ve hayatın idamesi için birinci derecede ihtiyaç mallarından olması sebebiyledir. Dolayısıyla bu durum İslâm hukukunda gıda maddeleri dışında ihtikârın söz konusu olmadığı anlamına gelmez.³⁴

İhtikâr (karaborsa) yasağının gerekçesi (illet) ve amacı dikkate alındığında, toplumun zarar gördüğü her türlü emtia stoklamasının, hadislerde yasaklanan ihtikâr kapsamında ele alınması gerektiği açıktır. Bu noktada ihtikârı gıda maddesi ve hayvan yemi ile sınırlı tutanlardan Hanefî fakih **Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî** (189/805)'nin, bu görüşünü, "*hükümlerde galip/baskın unsur ve genel durum dikkate alınır*"³⁵ şeklinde gerekçelendirmesi ve ihtikârdan halinde zarar görmesinin de ancak gıda maddesi ve hayvan yeminin stoklanması durumunda söz konusu olacağını ifade etmesi; birinci görüşün de esasen böyle bir açılıma müsait olduğunu göstermektedir.

Öte yandan ihtikâr kapsamının, zarar ölçüsüne bağlı olarak geniş tutulması mekâsîd (İslâm hukukunun fert ve toplum hayatında gerçekleştirmeyi istediği hedefler) açısından olduğu kadar, toplum gerçekleri açısından da isabetli bir yaklaşımdır. Zira çağdaş alimlerden **Karadâvî**'nin de işaret ettiği gibi³⁶, insanların yaşam tarzlarına göre ihtiyaçları gelişmekte; nice tahsînî ihtiyaçlar hâcî, hâcîler de zarûrî hale gelebilmektedir. Bu noktada, teknik sahada

²⁸ İslâm hukukunda hak ve adâletin temini için in'ikad serbestisine getirilen sınırlamalar hususunda bkz. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47-48; a.mlf., *el-Hisbe*, 16; İbn Kayyım, *et-Turukû'l-hukmiyye*, 244 vd.; Kırkağâcî, *el-Kavâid*,51-52; Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,561-564,574. Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,168-180; Dönmez, "*İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidî Görüş*",153.

²⁹ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XX,69-70.

³⁰ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*,II,21. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, *el-İmâm Zeyd*, 292.

³¹ İbn Mâce, "Ticârât" 6.

³² İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XX,69-70; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,129; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,154; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 254.

³³ İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XX,69-70; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,129; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,160-161.

³⁴ Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 263-264; Apaydın, "*İhtikâr*", 369.

³⁵ Kâsânî, a.g.e., V,129. إن الضرر في الأعم الأغلب

³⁶ Karadâvî, *el-İktisâd*, 313.

görülen gelişmeler de önemli bir etkiye sahiptir.³⁷ Durum böyle olunca ihtikârın nelerde söz konusu olacağını belirlemede, toplumsal şartları dikkate almak ve "ihtiyaç" kriterine göre hareket etmek gerekmektedir.

Bu arada Hz. Peygamber (sav)'in "Pazara mal getiren (câlib) rızıklandırılmış, karaborsacı ise lânetlenmiştir"³⁸ hadisinden hareketle, müstahsil ve ithalatçıların (yerel pazara dışarıdan mal getirenler) mallarını piyasaya arz etmeyip stoklamaları ve daha sonra yüksek fiyattan satmaları, fıkıh doktrininde ihtikâr olarak değerlendirilmemiştir.³⁹ Kanaatimizce bu doktriner yaklaşımda, lafzî yorumun esas alınması (çünkü hadiste câlib kelimesi geçmektedir) yanında; yerli üretimi teşvik, pazara mal arzını artırma, ürün kalite ve çeşitliliğini sağlamak suretiyle serbest rekabet ortamını oluşturma gibi mülahazalar ve dönemin piyasa ve pazar şartları da etkili olmuştur. Ancak günümüzde dünyanın küçüldüğü ve neredeyse eski dönemlerdeki bir tek şehir konumuna geldiği hesaba katılırsa, günümüz şartlarında bu gibi durumların da artık ihtikâr kapsamına girdiği söylenebilir.⁴⁰ Bu noktada ihtikârın yasaklanmasındaki illet (toplumun zarar görmesi) dikkate alınmalıdır. Yani ölçü, toplum ihtiyaç duymasına rağmen herhangi bir emtianın pazara arz edilmeyip stoklanmasından toplumun bir şekilde zarar görmesidir. Dolayısıyla stoklanan malın cinsi, şahsın kendi üretimi ya da başkasından daha önce satın alıp depolamış olması gibi hususlar ihtikârın kapsamını tayinde dikkate alınması gereken unsurlardan değildir.⁴¹

Karaborsacılık hususunda İslâm hukukçuları bir de stoklama süresi, diğer bir ifadeyle piyasaya sunmama müddeti üzerinde durmuşlar ve bir rivâyetten hareketle genellikle kırk günlük bir süreden söz etmişlerdir. Fakat bir nesnenin stoklanıp topluma arz edilmemesinden insanların sınıtıya düşmesi ve toplumun zarar görmesi, nesnenin özelliğine göre değişir. Hatta bazen dakikalar bile belirleyici olabilir ki, tıbbî maddelerde durum böyledir. Dolayısıyla bir faaliyetin ihtikâr sayılabilmesi için, mutlak anlamda sürenin herhangi bir belirleyiciliği yoktur. İhtiyacın şiddeti ve boyutu, stoklanan malın özelliği gibi hususlar süre açısından ölçü alınacaktır.

Şu halde piyasada sun'î fiyat artışlarına sebep olan ihtikâr, spekülasyon, kumar, hileli satışlar...öncelikle kanunla yasaklanmalı ve gerekli yasal düzenlemeler zamanında yapılmalıdır.⁴² Bu, devletin öncelikli görevlerindedir. Böylece hukuk, toplumda koruyucu ve önleyici bir fonksiyon da icra etmiş olacaktır. Bu fonksiyonun tam olarak ifası için de, yasal mevzuata aykırı davranışlar hem medenî, hem de cezâî müeyyideye tabi tutulmaktadır.

Gerekli yasal düzenlemeler yerine getirildikten sonra, ihtiyaç fazlası malını piyasaya sürmeyip karaborsacılık yapan şahıslara, yaptıklarının yanlışlığı ve toplumun bundan zarar gördüğü çeşitli vesile ve yöntemlerle anlatılır ve hâlâ stokçulukta direnirlerse, toplum maslahatını gerçekleştirme ve zararı giderme amacıyla bu mallar ihtiyaç sahiplerine piyasa değerinden (emsal bedel) satılır.⁴³ Bu durumda bireyin akid serbestisi çerçevesinde in'ikad serbestisi hukuken sınırlandırılmış olmaktadır. Çünkü rızâsı olmamasına rağmen bir akdi kabullemek durumunda kalmıştır. Dolayısıyla İslâm hukuku, adâlet kaideleri ve toplum maslahatının gerektirmesi durumunda in'ikad serbestisinin hukuken sınırlandırılmasını

³⁷ Bazı çağdaş karaborsacılık yöntemleri için bkz. Arabî, *el-İktisâd*, 297-308.

³⁸ İbn Mâce, "Ticârât" 6.

³⁹ Su'ûdî, *en-Nütef*, I,486; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XX,70 vd.; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,129; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,154. Bu görüşün iktisadî açıdan yorumu için bkz. Tabakoğlu, *İslâm ve Ekonomik Hayat*, 104-105.

⁴⁰ Apaydın, "İhtikâr", 369.

⁴¹ Krş. Mevâfi, *ed-Darar*, I,230.

⁴² Mevdûdî, *Üsûsü'l-İktisât*, 124.

⁴³ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,21; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,129; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47.

benimsemektedir. İn'ikad serbestisinin sınırlandırılması ise, bireyin, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerinden bir kısmının sınırlandırılması demektir. O halde ihtikâr, özel mülkte tasarruf yetkisinin kanunen sınırlandırılma gerekçesi olmaktadır ve bu sınırlamanın amacı kamu yararının tahakkukudur.

Bu sınırlamanın kapsamını ise, **Yunus Apaydın**'ın ifadesiyle⁴⁴ ihtikâr konusunda İslâm hukukçularının serdettikleri görüşlerin genel amaçlarından hareketle şu şekilde belirlemek mümkündür:

a) İnsanların ihtiyaç duydukları ve eksikliği durumunda zarara maruz kalacakları şeylerin saklanması ihtikârdır. İhtiyaç duyulan bu şey, gıda maddesi olabileceği gibi, ilahtan giyime kadar her türlü madde olabilir.

b) İhtikârın gerçekleşmesi açısından malın, başka bir şehirden veya başka bir ülkeden getirilmiş olması ile, içerden satın alınması veya bizzat kendi üretimi olması arasında fark yoktur.

c) İhtikârın haram kılınma illeti "*insanların ihtiyacı*" olduğuna göre, bir mal her zaman ve her yerde ihtikâr hükümlerine tabi değildir. Bu itibarla, insanların ihtiyaç duymadığı daha doğrusu saklanmasından zarar görmeyecekleri malların elde tutulup saklanması (ticari hayatın normal gereklerinden olan depolama) ihtikâr hükümlerine tabi değildir.

İslâm hukukçularının ihtikâr yasağı ile birlikte ele aldıkları diğer bir husus da, devletin fiyatlara müdahalede bulunması, daha genel bir ifadeyle "*fiyat kontrolü*" meselesidir. Çünkü ihtikâr, malın piyasa fiyatının üstünde satışa arz edilmesi sonucunu doğurmaktadır; esasen amacı da budur. Bu fiyat farklılığından toplum zarar gördüğü için, bu husus, fiyatlara devlet müdahalesi konusunu gündeme getirmektedir. Birazdan görüleceği üzere İslâm hukukçularının ihtikâr konusundaki görüşleriyle, narh konusundaki görüşleri arasında özellikle çerçeveyi tespit ve amaç açısından büyük bir paralellik bulunmaktadır.

3. Fiyatların Belirlenmesinde Devlet Müdahalesi (Narh)⁴⁵

Narh, tüketiciyi korumak amacıyla, özellikle ihtiyaç maddeleri için devletçe belirlenen fiyat demektir.

İslâm hukukçularının narh tanımlarında esas unsuru, narh uygulamasının söz konusu olduğu/olabileceği nesnelere, yani narhın mahallinin oluşturduğu görülmektedir. Fukahanın narh tariflerini tek tek ele alıp çeşitli açılardan tahlil eden **Dirîni**⁴⁶, sonunda şöyle bir tarif yapmaktadır: "*Kişisel ihtiyaç fazlası mal, iş ve menfaatlerin karşılıklarının makul olmayan ölçüde arttığı, insanların, hayvanların ya da devletin de buna şiddetli ihtiyaç hissettiği durumlarda, bu mal ve hizmetlerin, kanunen yetkili bir makam tarafından, uzman şahıslarla istişâre etmek suretiyle belirli âdil bir karşılığa bağlanmasına narh denir.*"⁴⁷

Bir tanımın taşınması gereken unsurlar açısından eskilerin ifadesiyle "*efrâdını câmi ağyârını mâni*" olduğu kesin olan **Dirîni**'nin bu tarifi, kısa ve hafızada kolayca tutulabilir (mûcez) özellikte olmadığından öğrenilmesi zor bir tanımdır. Kaldı ki bir tanımda bu kadar teferruatın bulunmasına ihtiyaç da yoktur. O halde kısaca *narh, mal ve hizmetlerin karşılığının devlet tarafından belirlenmesi demektir.*

⁴⁴ Bkz. Apaydın, "*İhtikâr*", 370.

⁴⁵ Fukaha, fiyatlara devlet müdahalesini (التدخل) (التعرض) gibi kelimelerle de ifade etmekle birlikte (Dirîni, *Buhûs mukârene*, I496), Arap dilinde fiyatların devlet tarafından belirlenmesi için yaygın olarak (التسعير) kelimesi kullanılmaktadır. Fakat Osmanlı Devletinde bu terim, Farsça'dan alınmış "*narh*" kelimesiyle karşılanmıştır. Bkz. Türkçe Sözlük, *TDK*, "*Narh*" md. II,1072.

⁴⁶ İslâm hukukçularının narh tanımları ve eleştirileri için bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,535-542.

⁴⁷ Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,542.

İnsanoğlu tabiat itibariyle sürekli daha fazla kazanmayı, kârına kâr katmayı ister. Esasen üretimde bulunup mal ve hizmetlerin topluma arz edilmesiyle güdülen gaye de kazançtır. İşte her hâlükârda kazanma ve kâr oranını olabildiğince yükseltme arzusu insanların, zaman zaman oldukça ilginç yöntemler geliştirmesine yol açmaktadır. Söz gelimi *Brezilya* kahve tüccarlarının, sezonun oldukça verimli geçmesi ve üretim bolluğu sebebiyle piyasada kahve fiyatlarının ucuzlaması üzerine, arzın azalmasını ve böylece fiyatların yükselmesini sağlamak için ellerindeki kahvelerin bir kısmını yakma yoluna gittikleri görülmektedir.⁴⁸ Dolayısıyla malın bir kısmını telef etme pahasına bu tür usullere başvurulması ve bundan da toplumun zarar görmesinden ötürü fiyatların devlet kontrolünde şekillenmesi fikri, insanlık tarihi boyunca sürekli gündeme gelmiştir.

Ekonomik faaliyetlere devletin müdahalesi hususunda eskiden beri lehte ve aleyhte olmak üzere iki görüş olagelmıştır.⁴⁹ Her türlü hak ve hürriyetlerin kullanımında bireyi öne çıkararak ferdiyetçi görüş sahipleri, devletin iktisadî hayata karışmaması gerektiğini düşünürler. Çünkü bu, bireyin iktisadî hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanamaması demektir. Fakat buna rağmen, ferdiyetçi görüşün kurucusu kabul edilen **Adam Smith** (1790), üreticilerin tek bir fiyat üzerinde anlaşma sağlamaları durumunda devletin fiyatlara müdahalede/sınırlamada bulunabileceğini kabul etmektedir. Zira ona göre fiyatlara müdahale edilmemesinin sebebi, üreticiler arasında rekabetin oluşmasıdır. Anlaşma, rekabeti öldüreceğinden devlet müdahale edebilir.⁵⁰

Devletin fiyatlara sınırlama getirmesi, temelde akid serbestisine getirilen bir sınırlamadır. Daha önce de belirtildiği gibi akid serbestisi, hem in'ikad, hem de tanzim serbestisini ifade etmektedir. Kamu yararına olmak üzere ve piyasada denge ve istikrarın temini amacıyla İslâm hukukunun in'ikad serbestisine sınırlamalar getirdiği, bu bağlamda karaborsanın yasaklandığını daha önce görmüştük. İşte aynı düşünceden hareketle tanzim serbestisinin de sınırlandırılması yoluna gidildiği görülmektedir ki, fiyatların devlet tarafından belirlenmesi böyledir. Dolayısıyla kamu maslahatına aykırı düşen ve adâlet esasını zedeleyen durumlarda siyasî otorite, İslâm hukukunun temel prensiplerini zedelememek kaydıyla hukuken bağlayıcı özellikte çeşitli sınırlamalarda bulunabilmektedir.⁵¹

Celal Yeniçeri'nin de işaret ettiği gibi eşya fiyatlarını sınırlandırmak, aynı zamanda kişi hürriyetini sınırlandırmak anlamına gelir. Çünkü insanlar mallarını istedikleri gibi satamazlarsa hürriyetleri kısıtlanmış olur. Halbuki İslâm hukuku, hür kişilerin, hürriyet haklarını serbestçe kullanabilmeleri hususunda çok titizdir. İnsanın alış-verişine müdahale etmek "*şu fiyattan alacaksın, bu fiyattan satacaksın*" demek, bir nevi onu hacr altına almaktır.⁵²

Ancak bireysel hak ve hürriyetlerin serbestçe kullanımı hususunda oldukça hassas olan İslâm hukuku, kamu maslahatının korunması noktasında da aynı ölçüde hassastır. Hatta kişisel yarar ile kamu yararının çatışması durumunda, kamu yararının dikkate alınması İslâm hukukunun temel küllî prensiplerindedir.⁵³ Dolayısıyla bireyin bir hakkını serbestçe kullanımından kamu zarar görüyorsa, bu durumda ferdî hürriyetler hukuken sınırlandırılacaktır. Diğer taraftan hak ve hürriyetlerin kullanımı hususunda, İslâm hukukunun kötüye kullanımlara izin vermediği de bilinmektedir.

⁴⁸ Mübârek, *el-İktisâd*, 80.

⁴⁹ Keleş, "*İslâm'a Göre Para Politikası*", 116. (Ergin, *İktisat*, 486).

⁵⁰ Nebhân, *el-İtticâhu'l-cemâî*, 60.

⁵¹ Nebhân, a.g.e., 156.

⁵² Yeniçeri, *İslâm iktisadının Esasları*, 328.

⁵³ Bkz. *Mecelle*, md.26.

Burada hemen işaret edilmesi gereken diğer bir husus da İslâm'ın, her türlü muâmelede adâleti ve ölçülü olmayı ısrarla istemesi, taraflardan birinin zarara girmesi sonucunu doğuracak muamelelerden de sakındırması gerçeğidir.⁵⁴ Nitekim bu hususun bir gereği olmak üzere **Hz. Ali** (ra), söz gelimi satım sözleşmesinde bedelin, taraflardan hiçbirisine haksızlık etmeyecek ve zulme sebep olmayacak şekilde olması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁵ Nitekim bu prensipler, akidlerde "hata" ve özellikle de kıymette hata (gabn) konusuna açık bir şekilde yansımıştır.⁵⁶ Diğer taraftan dirâyetli çağdaş İslâm hukukçularından **Dirîni**'nin de isabetle belirttiği gibi, İslâm hukukunun fert ve toplum hayatına yönelik hukukî düzenlemelerinde ilke edindiği temel husus, fert-toplum maslahatının sağlanması ve adâletin tahakkukudur.⁵⁷ Fiyatlara devlet kontrolü hususunda da bu iki esas belirleyici olacaktır.

İslâm'da mal ve hizmetlerin karşılığının, normal/serbest piyasa⁵⁸ işleyişi içinde kendiliğinden şekillenmesi temel ilkedir. Dolayısıyla mal ve hizmetlerin karşılığı, iktisadî hayatın serbest akışı içinde ve tam rekabet şartları altında, arz ve talep ilişkilerine göre teşekkül edecektir ki, bu şekilde oluşan fiyata da "piyasa fiyatı" denir.⁵⁹

İslâm hukukunun temel kaynaklarında piyasa fiyatının, baskılardan, dış müdahalelerden uzak, serbest bir ortamda oluşması hedefine yönelik bir takım sınırlandırıcı hükümler de bulunmaktadır. İnsanların ihtiyaç duyduğu zarurî malları ucuza kapatıp saklayarak, o malın yokluğundan yararlanmak suretiyle pahalıya satma (*istifçilik/karaborsacılık/ihlikâr*), şehirlinin köylü adına satış yapması (*bey'u'l-hâzir li'l-bâdî*), pazara inmekte olan köylülerin ve dışarıdan mal getirenlerin yoluna çıkıp, onlar henüz pazara girmeden mallarının şehir girişinde kapatılması (*telakki'l-celeb, telakki'r-rukbân*)⁶⁰, teslim-tesellümden (kabz) önce satış⁶¹ yasakları hep bu amaca yöneliktir.⁶² Sözü edilen sınırlamalardan karaborsacılığın zararı yalnızca tüketici kesime yönelik olmakla birlikte, son iki durumda zarar gören hem üretici ve pazara mal getirenler, hem de tüketici kesimdir. Çünkü köylü ya da pazara mal getiren kesim henüz piyasa fiyatını öğrenmeden malını satmış olacak; bu durumda piyasa fiyatlarını şehirli belirleyeceğinden, tüketiciler - alternatiften yoksun bırakıldıkları için- bunu kabullenmek zorunda kalacaklardır.

Aynı şekilde hem üretici hem de tüketiciyi korumak amacıyla mal fiyatlarını sunî olarak yükseltecek spekülâtif müdahaleler, alıcı olunmadığı halde bir mala yüksek fiyat vererek alışverişi kızıştırmak, bir fiyat üzerine anlaşılan iki kimsenin alışverişi üzerine fark verip arttırarak talip olmak yasaklanmıştır.⁶³

Bütün bunlarla piyasada mal dolaşımının en kısa yoldan ve en uygun fiyatlarla sağlanması amaçlanmıştır. Üretici ve tüketici arasına giren ve bir hizmet üretmeden geçinen araçların ortaya çıkışı engellenmek istenmiştir. Bu bağlamda ahlâkî ilkeler hukukî

⁵⁴ Nisâ 4/29; Mâide 5/8; Nahl 16/90; İsrâ 17/35; Şuarâ 26/182.

⁵⁵ Bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,594. قال علي كرم الله وجهه: يجب أن يكون البيع بأسعار لا تحف بالفريقين من البائع والمبتاع.

⁵⁶ Dönmez, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidi Görüş",154-155.

⁵⁷ Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,534.

⁵⁸ "Bugün bütün ülkelerde arz ve talebin karşılaştığı piyasalar, ne tam anlamıyla serbest rekabet şartlarına ve ne de tekel şartlarına sahiptir. Mevcut piyasalar, daha ziyade, serbest rekabet şartlarının az veya çok aksadığı veya birkaç büyük firmanın üstünlük sağladığı bir durum arz etmektedir." Bkz. Demirci, *Ekonominin Temelleri*, 83.

⁵⁹ Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 354; Döndüren, *Kâr Haddi*, 134. Aynı anlamı ifade etmek üzere, "emsâl fiyat", "emsâl kıymet", "âdil kıymet" ve "rayiç bedel" terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. Döndüren, a.g.e., 134.

⁶⁰ Buhârî, "Buyû" 58,64,68,72; Müslim, "Buyû" 21; Nesâî, "Buyû" 18; Ebu Dâvud, "Buyû" 45; Tirmizî, "Buyû" 17,18. لا تلعوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناحشوا ولا يبيع حاضر لباد

⁶¹ Buhârî, "Buyû" 54,55; Müslim, "Buyû" 29-32; Ebu Dâvud, "Buyû" 65.

⁶² Bu tür muamelelerin piyasa fiyatının oluşmasına etkisi için bkz. Döndüren, *Kâr Haddi*, 134-138.

⁶³ Tabakoğlu, *İslâm ve Ekonomik Hayat*, 106.

müeyyidelerle takviye edilerek, iktisadî hayatın tekelci müdahalelerden uzak, kendi kuralları içinde işlemesi istenmiş, böylece fiyat istikrarının da sağlanması amaçlanmıştır.⁶⁴

Piyasa denge ve istikrarını sağlamaya dönük bu tür sınırlamalardan hareketle, üreticiden tüketiciye mal akışını önleyen ve fiyatların yapay artışına yol açan aracılık ve komisyonculuk gibi faaliyetlerin, İslâm hukukunda ilke olarak yasaklandığını söyleyebiliriz.⁶⁵ Nitekim şehirlinin köylü adına satış yapmasının ne anlama geldiğini **İbn Abbâs'a** sorulmuş, O da, "*köylüye simsarlık yapmaması*" şeklinde cevap vermiştir.⁶⁶

Normal piyasa işleyişini sağlamak amacıyla bu tür sınırlamalar öngören *İslâm hukuku, alış-verişlerde kârı yasaklamadığı gibi, kâr için belirli bir sınır da belirlememiş, bu husus, itidal, kanaat, hoşgörü ve kolaylık gösterme gibi dinî âdâbın gereklerine riâyet edilmesi şartıyla, ticâretin genel şartlarına ve tâcir ile söz konusu malın özel durumuna bırakılmıştır.*⁶⁷ Esasen genel olarak iktisadî muamelelerde ve hassaten ticarete gaye kazanmaktır. Dolayısıyla bir akdin taraflarından her birisi, imkan bulabildiği ölçüde yaptığı işlemde kazanç ve menfaat elde etmeye çalışacaktır. Nitekim âyet ve hadislerde ticâret ve kazançtan genel olarak söz edilmiş ve ekonomik hayatın belirli ölçülere uyularak, kendi tabii kuralları içinde yürümesi amaçlanmıştır.⁶⁸ Diğer taraftan İslâm, arz ve talep unsurları çerçevesinde serbest piyasa fiyatının oluşmasını prensip olarak vâz etmekle kalmamış, az önce de işaret edildiği gibi serbest rekâbete engel teşkil eden durumları da yasaklamıştır. İşte *normal piyasa fiyatının oluşmasına engel teşkil eden durumlardan biri de fiyatlara dışarıdan müdahalede bulunulmasıdır (narh).*

Ön bilgiler çerçevesinde işaret edilmesi gereken hususlardan biri de, akidlerde bedeller arası eşitlik meselesidir. Bedeller arasında eşitlik bulunması her ne kadar gerekli ise de, aslında bu eşitlik tamamen nazarîdir. Zira **İbrahim Kafi Dönmez'in** de belirttiği⁶⁹ gibi, eşyanın mutlak değerleri arasında eşitlik sağlamak mümkün değildir. Kıymet takdiri, fertlere ve onların ihtiyaçlarına kıyasla gözönüne alınan nisbî bir durumdur. Nice şeyler vardır ki, taliblisinin nazarında gerçek değerinin çok üstünde bir kıymete sahiptir. Arz ve talep kanununun bu konudaki önemi de unutulmamalıdır. Durum böyle olduğuna göre, hukuken muâmele ehliyetine sahip kişilerce yapılmış bir akidde, -prensipten dolayı- İslâm hukuku, hukukî işlemin taraflara sağladığı menfaatte gerçek eşitlik aramaz ve bu gerçek eşitsizlik akdin iptalini gerektirmez. O halde aslolan, akidlerdeki ivaz nisbetsizliğinin akdin sıhhatine tesir etmemesidir. Bu esas, akid hürriyeti ve iktisadî dalgalanmalar üzerine bina kılınan ticaretin ruhuna da uygun düşmektedir. Fakat riba, ihtikâr, gayri meşru ticarî muameleler ve gabn-ı fâhiş gibi taraflardan biri açısından zulüm içeren ve iktisadî dengeyi bozan durumlarda hukukun müdahalesi gerekmektedir.

a. Narh Konusunda Hukukî Görüşler

Devletin fiyatlara sınırlama getirmesi hususunda, âyetlerde olumlu ya da olumsuz kesin bir hüküm bulunmamaktadır.⁷⁰ *Nisâ Sûres'i* nin 29. âyetinde yer alan geniş akid serbestisine bir çok durumda sınırlayıcı hükümler getirildiğinden, fiyat (semen) konusunda getirilecek sınırlamaların da, -mahiyetin iyice gözden geçirilmeden- bu âyete aykırılığı

⁶⁴ Tabakoğlu, a.g.e.,106.

⁶⁵ Krş. Günay, "*İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlanılması*", 170.

⁶⁶ İbn Kayyım, *et-Turukü'l-hukmiyye*, 243.

⁶⁷ Bu konuda mezhep ve müctehidlerin görüşleri için bkz. Döndüren, *Kâr Haddi*, 127-134.

⁶⁸ Bu hususta bkz. Bakara 2/275,282; Nisâ 4/29. Krş. Döndüren, a.g.e., 125-126.

⁶⁹ Dönmez, "*İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidî Görüş*",155.

⁷⁰ Bâcî, *el-Müntekâ*, V,18-19.

peşinen ileri sürülemez.⁷¹ Diğer yandan devletin fiyatları kontrolü meselesi, Hz. Peygamber (sav) zamanında gündeme gelmiş, ashabın, piyasada fiyatların aşırı yükseldiği ve buna müdahale etmesi gerektiği şeklindeki talebine Rasûlullah (sav) olumlu cevap vermemiş ve şöyle demiştir: "Şüphesiz ki, fiyatları tayin eden, darlık ve bolluk veren, rızıklandırıcı ancak Allah'tır. Ben sizden hiç kimsenin mal ve canına yapmış olduğum bir haksızlık sebebiyle hakkını benden ister olduğu halde, Rabbime kavuşmak istemem."⁷² Fiyatlara müdahale talebine Rasûlullah (sav)'in "bunu yapmam fakat, Allah'a dua ederim", "fiyatları düşüren/ucuzlatan ve yükselten/pahalılandırıcı Allah'tır" şeklinde karşılık verdiğini gösteren hadisler de bulunmaktadır.⁷³

İşte Hz. Peygamber'in bu beyanı, müctehidlerin ve fıkıh ekollerinin, devletin piyasaya müdahale edip edemeyeceği hususundaki ihtilaflarının kaynağını oluşturmuştur. Hadisin zâhirinden hareket edenler narh konusunda olumsuz görüş açıklarken; bunun, piyasada fiyatların normal bir biçimde şekillendiği şartlar için geçerli olduğunu ve Rasûlullah (sav)'in de bundan dolayı fiyatlara müdahaleyi reddettiğini düşünenler ise, akidlerde tanzim serbestisinin kötüye kullanıldığı ve bundan toplumun zarar gördüğü durumlarda idarenin fiyatlara müdahale edebileceği görüşündedirler. Bu arada, Hz. Peygamber'in, fiyatlara müdahalede bulunma yolundaki talepleri reddettiği şeklindeki hadislerin, narh uygulamasının yasaklığını açıkça ifade etmek şöyle dursun, buna işaret etmekten bile uzak olduğunu; bu tür hadislerin sadece, Hz. Peygamber (sav)'in o günün şartlarında fiyat sınırlamasını emretmemeyi uygun gördüğünü söyleyenler de olmuştur.⁷⁴ Nitekim kamu yararının gerektirmesi durumunda narh uygulanabileceğini söyleyenler de görüşlerini, Hz. Peygamber'in narhla ilgili hadisleri yanında, maslahat ve sedd-i zerîa prensiplerine dayandırmaktadırlar.⁷⁵

Öncelikle İslâm hukukunda, fiyatların devlet tarafından belirlenmesi hususunda aslolan hürmet olduğunu belirtelim.⁷⁶ Yani devletin piyasaya müdahalede bulunmaması ve fiyatların serbest bir ortamda kendiliğinden oluşması temel ilkedir. Ancak bu temel prensipte anlaşılan İslâm hukukçuları, bu yasak hükmünün sürekli mi yoksa muayyen şartlara mı bağlı olduğu hususunda ihtilaf halindedirler.

1. Sözleşmelerde rızânın temel unsur olduğunu ifade eden âyet⁷⁷ ve Rasûl-i Ekrem (sav)'in, ashabın fiyatlara müdahale isteğini geri çevirdiği ile ilgili hadislerden hareketle İslâm hukukçularının bir kısmı, fiyatlara devlet müdahalesinin mutlak anlamda câiz olmadığı görüşündedir. Hanefîlerin mütekaddimûnu⁷⁸, Şâfiî⁷⁹, Hanbelî⁸⁰, İmâmîyye⁸¹ ve Zâhiriyye mezheplerinin görüşü bu doğrultudadır. Öte yandan son dönem İslâm hukukçularının önde gelenlerinden ve müstakil ichtihadlarıyla tanınan Şevkânî (1250/1834) ve Ebu'l-Hayr

⁷¹ Dönmez, a.g.mkl., 156.

⁷² Ebu Dâvud, "Buyû" 49; Tirmizî, "Buyû" 73; İbn Mâce, "Ticârât" 27; Dârimî, "Buyû" 13; Ahmed, Müsned, II,327; III,85,106,286. عن أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول الله لو سعرت؟ فقال: "إن الله هو الغابض الباسط الرازق المسعر، وإني لأرجو أن أنقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال".

⁷³ Bkz. Şevkânî, *Neylûl-evtâr*, V,283.

⁷⁴ Dönmez, a.g.mkl., 156.

⁷⁵ Bâcî, *el-Müntekâ*, V,18-19; İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, 38-39.

⁷⁶ Hanefî hukukçular bunu "tahrîmen mekruh" terimiyle ifade ederler. Fakat ister "haram", ister "tahrîmen mekruh" denilsin, her hâlükârda bu, yasaklığı ifade etmektedir. Bu ilke ve fikhî kaynakları için bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,546.

⁷⁷ Nisâ 4/29. إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم

⁷⁸ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 90; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,129; Menbecî, *el-Lübâb*, II,525.

⁷⁹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, V,408-410; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,79.

⁸⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni'*, IV,151-152.

⁸¹ Hullî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,21.

Sıddîk Hasen Hân (1336/1918) da, her ne şart altında ve ne tür nesnelere için olursa olsun, fiyatlara devlet müdahalesinin câiz olmadığını söylemektedir.⁸²

Fiyatlara devlet müdahalesini doğru bulmayanlar, bu uygulamanın, hür ve reşid insanların mallarında tasarruf konusunda hacr altına alınmaları demek olduğunu söylerler. Halbuki mükellef ve fiil ehliyetine sahip olan insanların hacredilmesi câiz değildir.⁸³ Tasarruf hürriyeti olmadan mülkiyetin de bir anlamı yoktur. Kaldı ki devlet, bütün insanların maslahatını gözetmekle yükümlüdür. *Fiyatları ucuzlatmak suretiyle tüketicilerin maslahatını gözetmek, pahalılık yaratarak satıcıların menfaatini gözetmekten farklı değildir. Yani toplumun hiçbir kesiminin maslahatının, diğerlerine göre bir üstünlüğü ve önceliği yoktur.* O halde iki maslahatın çatışması durumunda, tarafların yararının ictihadla dengelenmesi gerekir. Bunu da devlet yapmamalı; müşteri, mal ve hizmetleri daha ucuza elde etmeye çalışırken, satıcı da daha fazla kâr elde etmeye yönelik gayret içinde olmalı, sonunda aralarında yine kendileri anlaşmalıdır.⁸⁴

Narh uygulamasının doğru olmadığını söyleyenler, bunun iktisadî açıdan da yanlış olduğu fikrindedirler. Bu grupta yer alan hukukçular iktisadî açıdan meseleyi iki noktada değerlendirmektedirler:

Bunlardan birincisi, herhangi bir nesnenin ucuz ya da pahalı oluşunun, arz talep kanunuyla ilgisinin olmadığı iddiasıdır. Yani ucuzluk, bir nesnenin piyasada bol bulunmasının; pahalılık da az oluşunun sonucu değildir. Bazen bir ürünün piyasada bolca bulunmasına rağmen pahalı, ya da az bulunmasına rağmen ucuz olması mümkündür. O halde fiyatların düşük veya yüksek oluşu tamamen Allah'ın takdirine bağlı bir durumdur. *Allah'ın kudret ve takdirine bağlı olan hususlarda ise, bireylerin hiçbir şekilde müdahale hakkı yoktur.*⁸⁵

Narh uygulamasının iktisadî açıdan doğurduğu ikinci mahzur ise, narhın, fiyatların ucuzlaması şöyle dursun, tam tersine yükselmesine sebep olmasıdır. Çünkü pazarda malını istediği fiyattan satamayacağını bilen üretici ya da ithalatçı, malını pazara sunmayı tercih eder. İstifçilik ise, piyasada mal arzının azalmasına yol açacağından talep fazlaşması olur ki, bu da fiyatların yükselmesi demektir. Bundan da her iki kesim zarar görür. Çünkü üretici ya da ithalatçı zamanında malını piyasaya sunamamış, tüketici kesim ise, pahalıya almak zorunda kalmıştır. Sonuç olarak ifade etmek gerekirse bu hukukçulara göre narh;

a) *Piyasaya mal arzının azalmasına ve ithalatın gerilemesine*

b) *Kalitesiz mal arzına*

c) *Karaborsaya sebep olur.*⁸⁶

2. *Fiyatların devlet tarafından tesbiti konusunda İslâm hukukçuları arasındaki görüş ise, bunun belirli şartlara bağlı olduğudur.* Piyasada fiyatların normal bir şekilde ve arz talep kanunu çerçevesinde şekillendiği durumlarda devlet, herhangi bir biçimde fiyatlara müdahalede bulunamaz. Fakat fiyatların sunî müdahalelerle oluşturulduğu ve bundan bir kısım satıcıların ve toplumun zarar görmesi halinde, kamu yararına olmak ve adâleti sağlamak amacıyla devlet fiyatlara müdahalede bulunabilir. Mâlikî mezhebiyle, bazı Şâfiî hukukçular⁸⁷ ile müteahhir Hanefîlerin⁸⁸, ayrıca Hanbelîlerin görüşü bu şekildedir. Ancak bu

⁸² Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V,284; S.H.Hân, *Fethu'l-allâm*, II,35.

⁸³ Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,129.

⁸⁴ Mâverîdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V,409-410. Krş. Dirînî, *Buhûs mukârene*, I,549-550; Döndüren, *Kâr Haddi*, 177.

⁸⁵ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 48-49.

⁸⁶ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,152. Krş. Dirînî, *Buhûs mukârene*, I,552-554.

⁸⁷ Bkz. Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,79.

⁸⁸ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,161.

görüşü benimseyen Hanefî hukukçular, idarenin narh uygulamasında bulunabilmesi için, piyasa fiyatının üstünde tutulan fiyatın fâhiş ölçüde olması ve gerek narha karar verme gerek narh miktarını belirleme hususunda yetkililerin bilirkişilerle istişârede bulunmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedirler.⁸⁹ İmâmiyye ve Zeydiyye'den bazı fakihler de aynı kanaattedirler.⁹⁰

Muayyen şartlara bağlı olarak cevâz görüşünü benimseyenler de görüşlerini, *Hz. Peygamber*'in narhla ilgili hadisleri yanında, maslahat ve sedd-i zerâ gibi hukukî prensiplere dayandırmaktadırlar.⁹¹ Nitekim kamu yararının gerektirmesi durumunda -belirlenen fiyat âdil olmak şartıyla- narh uygulamasının câiz, hatta vâcip olduğunu söyleyen Hanbelî hukukçu **İbn Teymiyye** (728/1327), karaborsacılığın (ihtikâr) önüne geçebilmek için narh uygulamasının zorunlu olduğunu belirtmekte; böylece görüşünü sedd-i zerâi' ilkesine dayandırmaktadır.⁹²

Bu görüş sahiplerine göre *Hz. Peygamber* (sav)'in narhtan kaçınması, tüccara zulüm olacağı endişesine dayanır. Çünkü fiyatların yükselmesinde *Medine* halkının rolü olmamış, serbest rekâbetle arz ve talep sonucu fiyatlar kendiliğinden yükselmiştir. Yani tüketicinin istismar edilmediği ve karaborsanın görülmediği bir piyasa hakimdir. Böyle bir toplumda narha gerek duyulmaması ise, normal ve tabiidir.⁹³ Dolayısıyla *Hz. Peygamber*'in narh uygulamasından kaçınmasıyla ilgili hadisler, belirli şartlarla ilgilidir. Yani o gün için ashab, iktisatçıların deyimiyle arz ve talep kanunu neticesi yahutta emtianın azalıp nüfusun artması sonucu normal bir fiyat artışıyla karşı karşıya bulduklarından *Peygamber Efendimiz* fiyatlara müdahalede bulunmamıştır. "*Fakat işler sarpa sarmış, insanlar bozulmuş, piyasayla oynayan vurguncu ve ihtikârcılar türemiş bir topluma gelince, hadis-i şerifte böyle bir toplumda fiyat tahdit ve kontrolünün yasaklığına dair herhangi bir delâlet yoktur. Ve söz konusu böyle bir cemiyette fiyatları tahdit ve kontrolün, Rasulullah'ın kendi dönemi için korktuğu haksızlıkla hiçbir alâkası yoktur. Bilâkis, piyasayı ellerinde bulunduran bu tamahkâr ve harîs vurguncuları kendi hallerine bırakmak, insan kitlelerini onların amansız pençesine terketmek, asıl önlenmesi gereken bir haksızlık ve ortadan kaldırılması icap eden bir tehlikedir.*"⁹⁴

Kaldı ki bu dönemde *Medine*'de, günlük yaşayış gayet sade idi ve insanlar un öğütme, ekmek yapma gibi işlerini evlerinde bizzat kendileri yapıyorlardı. Ayrıca bu tür ihtiyaçlar, üretici ile tüketici arasına üçüncü bir kişi girmeden doğrudan üreticiden temin ediliyordu. Dolayısıyla pazarın bu şekilde işlediği bir toplumda devletin fiyatlara müdahalede bulunmaması normal bir durumdur.⁹⁵

Öte yandan narh uygulamasını sırf ülke içindeki arz-talep ilişkisine bağlamak doğru değildir. Bunun yanısıra malların maliyet fiyatlarının tam olarak bilinmemesi, iç piyasadaki

⁸⁹ Mevsilî, a.g.e., IV,161. Müteahhir Hanefî hukukçular narh konusundaki görüşlerini şu cümlelerle ifade etmektedirler: "*Emtia sahipleri piyasaya tahakküm kurar ve mallarını piyasaya fâhiş fiyattan arz ederler; idare de, müslüman toplumun hakkını ancak piyasaya müdahale etmek suretiyle koruyabilecek durumdaysa, narh koymasında herhangi bir sakınca yoktur.*" Bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,554-555 (*Netâicü'l-efkâr*, VIII,492). Benzer ifadeler için bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,161. Dirîni, bu ifadeyi usul ilkeleri açısından eleştirmekte ve öncüller ile sonuç arasında uygunluk bulunmadığını söylemektedir. Zira müslümanların hakkını heder olmaktan korumak yalnızca câiz değil vâciptir. Bu vâcibin de ancak söz konusu şartlarda narh uygulamasının vâcip olmasıyla tahakkuk edeceği açıktır. Bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,555. Dirîni'nin bu itirazı hukuk nokta-i nazarından son derece yerindedir.

⁹⁰ Bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, 547.

⁹¹ Bâcî, *el-Müntekâ*, V,18-19.

⁹² Bkz. İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, 38-39.

⁹³ Döndüren, *Kâr Haddi*, 178.

⁹⁴ Karadâvî, *İslâm Hukuku*, 194-195.

⁹⁵ İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 253-254.

mallar ile ithal edilen mallar arasındaki maliyet farkı ve ithal edilen mallarda, pazara girinceye kadar yolda meydana gelen kayıplar önemli bir etkidir. Hz. Peygamber'in narh uygulamasına yanaşmamasının sebepleri arasında bu tür sebeplerin bulunması da mümkündür. Çünkü bu şartlar altında fiyatların sınırlandırılması uygun olmazdı.⁹⁶ Bu durum aynı zamanda, söz konusu şartlarda meydana gelen değişimlere bağlı olarak fiyatlara devletin müdahalede bulunabileceğinin de delili olmaktadır. Yani narh, belirli şartların tahakkuk etmesine bağlıdır.

Bu görüşü seslendirenlerin başında Hanbelî hukukçulardan **İbn Teymiyye** (728/1327) ve **İbn Kayyim el-Cevziyye** (751/1350) gelmektedir. Bu iki hukukçuya göre, devletin piyasaya müdahale etmesini iki şekilde düşünmek mümkündür:⁹⁷

a) *İnsanlar mallarını maruf ölçüler içinde ve serbest piyasa ortamında alıp satarken, arz-talep dengesine bağlı olarak fiyatlarda yükselme ya da düşme olmuşsa, bu durumda, devletin fiyatlara müdahalede bulunması ve insanları, râzı olmadıkları halde tayin edilmiş bir fiyattan satışa zorlaması -meşru sebebe dayanmadığından- açıkça zulümdür ve câiz değildir.* Hz. Peygamber'in, piyasaya müdahale taleplerini geri çevirmesiyle ilgili hadislerin tamamı bu kapsamda düşünülmelidir.

b) *Devletin, adâleti sağlamak amacıyla insanları, emsal bedelden satışa zorlaması ve bundan fazlaya satımları yasaklaması. İşte bu tür devlet müdahaleleri, adâleti temin ettiği için câiz ve hatta vâciptir.* Kaldı ki narh, devletin, emsal bedeli, eşya ve hizmetlerin karşılığı olarak tayin etmesinden ibarettir.

Özetle belirtmek gerekirse, narhı benimseyen İslâm hukukçularına göre, fiyatların devlet tarafından kontrol edilip edilememesi hususunda ölçü, toplum maslahatıdır. Toplum yararı ancak narhla sağlanabiliyorsa devlet, düşük de yüksek de olmayan âdil bir fiyat belirlemede bulunur; böyle bir ihtiyacın olmayıp toplum yararının kendiliğinden gerçekleştiği durumlarda ise, müdahalede bulunamaz.⁹⁸

Hasılı narh konusunda cevaz görüşünde olan İslâm hukukçularına göre narh uygulaması bir vesiledir ve İslâm hukukçularının ittifakıyla vesileler, gayenin hükmünü alır. Vâcibe vesile olan şey vâcip, harama vesile olan da haramdır.⁹⁹ Binaenaleyh zulme aracı olan narh zulüm ve dolayısıyla haram, adâletin tahakkukunu sağlayan narh da adâlet olacağından vâciptir. O halde narh meselesi, İslâm hukukunun gerçekleştirmeyi amaçladığı temel hedeflerle (fert ve toplum yararının (maslahat) sağlanması, yine fert ve toplumdan zararın (mefsedet) giderilmesi: (celbü'l-mesâlih, def'u'l-mefâsid) birlikte değerlendirilmesi gereken bir husustur.

b. Narh Sebepleri

Kamu maslahatının gerektirmesi halinde devletin fiyatlara müdahalede bulunabileceğini prensipte benimseyen İslâm hukukçuları, idarenin bu yetkisinin kapsamını belirlemede farklı görüşlere sahip olmuşlardır. Burada sözü edilen yetkinin kapsamı açısından cevabı aranan soru şudur: Devletin fiyatları kontrol yetkisi, sırf piyasa fiyatının üstünde fiyat oluşumlarını önlemekle mi sınırlıdır, yoksa piyasa fiyatının altındaki fiyatlara müdahaleyi de içerir mi?

⁹⁶ Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 319-320.

⁹⁷ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47; a.m.f., *el-Hisbe*, 16-17; İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 244-245.

⁹⁸ İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 264. Krş. Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vârîde ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*,75.

⁹⁹ Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,561. وسيلة الواجب واجبة ووسيلة المحرم محرمة بالإجماع، فالوسيلة تأخذ حكم غايتها.

Mâlikî hukukçular bu soruya olumlu cevap vermişler ve fiyatların piyasa fiyatının üstünde tutulmasını narh sebebi kabul ettikleri gibi, altında tutulmasını da narh sebebi saymışlardır. Çünkü piyasa fiyatının altında satım, çarşı-pazar esnafına zarar verir. Halbuki İslâm'da başkasına zarar verme yasaklanmıştır.¹⁰⁰ Nitekim **Hz. Ömer** (ra) bir gün **Hatib b. Ebî Beltaa'nın**, piyasa fiyatının altında bir fiyatla pazarda kuru üzüm sattığını görünce ona: "Ya piyasa fiyatına sat, ya da pazarı terket!" uyarısında bulunmuştur.¹⁰¹ **Saîd b. Müseyyeb** (94/712), **Yahya b. Saîd** (143/760), **Leys b. Sa'd** (175/741) gibi ilk dönem fakihleri de aynı görüştedirler.¹⁰²

Bu meseleyle ilgili olarak **Zürkânî** (1122/1710), Mâlikî hukukçulardan dede **İbn Rüşd** (520/1126)'ün "*el-Beyân ve't-Tahsîl*" isimli eserinde, bu görüşün büyük bir hata olduğunu, zira alış-verişte müsamahalı davranan ve ucuza satış yapanlar, şayet bunu, insanların menfaatini düşünerek yapmışlarsa, kınanmak şöyle dursun onlara teşekkür bile edileceği kanaatinde olduğunu belirtmektedir.¹⁰³ Fakat işaret edilen eserde **İbn Rüşd**, böyle bir görüş belirtmemekte, hatta devletin belirlediği fiyatın altında ya da üstünde bir fiyata işlem yapmayı alışkanlık haline getirenlerin, te'diben cezalandırılacaklarını, bunun pazardan ihraç şeklinde de olmasının mümkün olduğunu söylemektedir.¹⁰⁴ Bu durumda **Zürkânî'nin** sözünü ettiği görüşü, düşük fiyattan mal satmanın sürekli olmayıp geçici olması ve piyasayı olumsuz etkileyecek seviyede olmaması şeklinde anlamak mümkündür.

Şu halde narh, genellikle en yüksek satış fiyatını belirlemek şeklinde olursa da, kimi durumlarda üreticileri ve özellikle küçük esnaf ve tüccarı korumak amacıyla en düşük satış fiyatını belirlemek biçiminde de olabilir. Birinci durumda narh fiyatının üstünde, ikinci durumda ise, narh fiyatının altında satış yasaklanmış olur. Kimi zaman da narh tek fiyat olarak belirlenir ve bunun altında ya da üstünde bir fiyatla satış yasaklanır.¹⁰⁵

Toplum maslahatının gerektirmesi durumunda devletin narh uygulamasında bulunabileceğini söyleyen fakihler, narh çerçevesini gıda maddeleriyle sınırlandırmışlar, ancak hayvan gıdasını da narh kapsamına dahil etmişlerdir.¹⁰⁶ Diğer bir husus ise, bölge (el-beled) dışından pazara getirilen mallar için narhın söz konusu olmayıp, narh kapsamının, pazarın bulunduğu çevrede üretilen mallarla sınırlı tutulmasıdır.¹⁰⁷ Dolayısıyla narh kapsamı, hem tür hem de bölge itibarıyla sınırlandırılmıştır.

c. Narh Fiyatının Tespiti

Narh kesin bir kâr haddini de ifade etmez. Narhta satış bedelinin üst sınırı ölçü alınmışsa, o malın satılabileceği en yüksek fiyat belirlenmiş olur. Satıcı narhın altında bir fiyatla satış yapabilir. Diğer yandan devletin koyacağı narh fiyatları içinde satıcıların kâr oranları genellikle eşit değildir. Gerçi uygulamada, ortak niteliklere sahip bir malın maliyeti ölçü alınarak, belirli bir kâr ilavesiyle narh fiyatı belirlenir, ancak maliyet farkları yüzünden, nazarî olan bu kâr oranı satıcıda değişik ölçüde gerçekleşir.¹⁰⁸

¹⁰⁰ İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 360; İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IX,314; Zürkânî, *Şerh*, III,299.

¹⁰¹ Muvatta', "Buyû" 57. إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا.

¹⁰² İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IX,314.

¹⁰³ Zürkânî, *Şerh*, III,299.

¹⁰⁴ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IX,314. Krş. İbn Abdilber, *el-Kâfi*, 360.

¹⁰⁵ Döndüren, *Ticaret ve İktisat İlmihi*, 283.

¹⁰⁶ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,79.

¹⁰⁷ Muvatta', "Buyû" 56. Ayrıca bkz. İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IX,313; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,79.

¹⁰⁸ Döndüren, *Kâr Haddi*, 126.

Narh konusunda çerçeveyi oldukça geniş tutan Mâlikî hukukçulara göre, devletin fiyatlara müdahalesi hususunda kriter, zarardır. Her ne şekilde olursa olsun toplumun zararına sebebiyet veren fiyat oluşumlarına devlet müdahalede bulunur ve âdil bir fiyat belirler. Bu âdil fiyata da herkesin uyması hukukî bir zorunluluktur.¹⁰⁹

Gerekli şartların oluşması ve narh uygulamasının teayyün etmesi durumunda, devletin tayin ettiği fiyatın altında ya da üstünde bir bedelle herhangi bir hukukî işlem yapılamaz. Fakat buna rağmen narh fiyatına aykırı olarak gerçekleşen işlemler hakkında Şâfiî hukukçu **Nevevî** (676/1277), her ne kadar farklı görüşte olanlar varsa da, daha sahih olanın, işlemin sahih fakat bunu yapanların, meşru otoritenin hukuk çerçevesindeki bir kararına muhalefet etmeleri sebebiyle tazirle cezalandırılmaları gerektiğini söylemektedir.¹¹⁰ Aynı hususta çağdaş İslâm hukukçularından **Dirîni** ise, âdil ve hukukî narh fiyatına muhalefet haram olduğundan, hukukî işlemin de bâtil olduğunu, bu sebeple narha aykırı elde edilen gelirin, insanların mallarını haksız sebeplerle yeme kapsamında olacağını ifade etmektedir.¹¹¹ Ancak her hâlükârda narh fiyatına muhalif davrananlar, ta'zirle cezalandırılmaktadırlar.¹¹²

d. Genel Değerlendirme

Buraya kadar verilen bilgilerden hareketle şunları söylemek mümkündür: Tarihî süreç içinde narh uygulaması toplumsal yapıya bağlı olarak gündeme gelmiş, bazen öne çıkmış bazen de geri çekilmiştir. Ahlâkî seviyenin yüksek olduğu, esnaf ve tüccarın kanaatkâr bulunduğu devirlerde, âdil bir piyasa fiyatı oluşmuş ve devlet müdahalesine gerek duyulmamış, böyle devir ve ülkelerde birinci tez kuvvet bulmuştur. Ancak ahlâkın bozulduğu ve ekonomik dar boğazlara girildiği dönemlerde ise fiyatlar sunî olarak yükselmeye başlayınca ikinci tez güç kazanmıştır.¹¹³ Nitekim sözünü ettiğimiz sebeplere bağlı olarak, **Saîd b. Müseyyeb** (94/712), **Rabîa b. Abdurrahmân** (136/753), **Yahyâ b. Saîd el-Ensârî** (143/760) gibi tâbiûn döneminin önde gelen bazı fakihleri, toplum menfaatini sağlamak amacıyla narh koymayı câiz görmüşlerdir.¹¹⁴ Esasen bu görüşün temelinde, İslâm hukukunda, bireysel yararlarla kamu yararının çatışması durumunda kamu yararının tercih edilmesi ve genel zararı gidermek için özel zarara katlanması şeklindeki temel kaide yatmaktadır. Yani "*Zarar-ı âmmî def' için zarar-ı hâs ihtiyar olunur.*"¹¹⁵

Hiz. Peygamber'in, fiyatlara müdahalede bulunma yolundaki talepleri reddettiği şeklindeki hadislerin, narh uygulamasının yasaklığını açıkça ifade etmek şöyle dursun, buna işaret etmekten bile uzak olduğunu; bu tür hadislerin sadece, *Hiz. Peygamber* (sav)'in, o günün şartlarında fiyat sınırlamasını emretmemeyi uygun gördüğü şeklindeki yoruma katılmak pek mümkün gözükmemektedir. Her şeyden önce *Hiz. Peygamber* söz konusu talep üzerine, narh bir tutum sergilemiştir. Nitekim Allah'ın huzuruna kimseye haksızlıkta bulunmadan, kul hakkından uzak bir şekilde çıkmak istemiştir. Kul hakkı, zulüm gibi ifadelerin İslâm hukuk metodolojisi açısından yasaklama ifade edeceği açıktır.

Diğer yandan hadisin esasen bir hüküm koyduğu, fakat bu hükmün belirli şartların tahakkukuna bağlandığı, söz konusu şartlar o gün için gerçekleşmediğinden dolayı da *Hiz.*

¹⁰⁹ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, IX,322. فإن أضر ذلك بالناس منع منه. أن كل ما أضر بالناس في أسعارهم في أسعائهم أن يمنعه الناس، فإن أضر ذلك بالناس منع منه.

¹¹⁰ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,79.

¹¹¹ Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,579.

¹¹² Döndüren, *Kâr Haddi*, 190.

¹¹³ Döndüren, a.g.e., 174.

¹¹⁴ Döndüren, a.g.e., 179.

¹¹⁵ *Mecelle*, md.26.

Peygamber'in, fiyatlara müdahale talebini kabul etmediğini söylemek de mümkündür. Nitekim "Hz. Peygamber'e vaki şikayette, satıcıların insafsızlığı, spekülasyon vb. durumlardan şikayet olunmayıp, sadece ve doğrudan doğruya "fiyatların yükselmesi"nden yakınıldığı dikkat çekmektedir... Demek ki, o günkü fiyatlardaki yükselme arz-talep ilişkisinden kaynaklanan tabii bir durum idi. Zaten bu sırada, köylülerin yolu tutularak daha pazara inmeden malın araçlar tarafından alınması, ihtikâr yapılması gibi yollar Hz. Peygamber tarafından açıkça yasaklanmış olduğu için, o günkü fiyat artışlarının şaibeli ve müdahaleyi gerektirici tarzda mütalaa olunması mümkün gözükmemektedir. Hem böyle bir durum söz konusu olsa, Hz. Peygamber'in bunu "takrir" ile karşılaması düşünülemez."¹¹⁶

Esasen bu mütala aynı zamanda, devletin piyasaya müdahalesini meşru ve zorunlu kılacak sebeplerin bulunması durumunda, fiyat kontrolü uygulamasının câiz olduğunu da ifade eder. Bu durumda söz konusu hadislerin, belirli şartların tahakkukuna bağlı olmak üzere bir hüküm koyduğunu söylememiz mümkündür. Nitekim toplumsal hayatın her bir alanında bu türden muayyen şartlara bağlı uygulamalara çokça rastlanmaktadır.

Narh uygulamasına karşı çıkan ve piyasada fiyatların teşekkülünün arz-talep unsurlarıyla herhangi bir ilgisinin bulunmadığı görüşünde olanlar arasında adı geçen Hanefî hukukçu **Ebu Yûsuf** (182/798)'un, konuyla ilgili ifadeleri dikkatle ele alındığında aslında onun cümlelerinin başka bir amaç için sevk edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. **Cengiz Kallek**'in de isabetle belirttiği gibi, aslında **Ebu Yûsuf**, taban fiyatlarla oynayarak üreticiyi ezabilen devlet başkanını ilâhî otoriteyle karşı karşıya getirerek frenlemeye çalışmakta ve böylece vergi mükelleflerini korumayı amaçlamaktadır. Yoksa "fiyatların düşük ya da yüksek olması göğün işidir ve keyfiyeti de bilinmez... Muhakkak ki o, Allah'ın işi ve kazasıdır" sözleriyle fiyatların belirlenmesinde kulun hiçbir rolü olamayacağını ileri sürmemektedir. Aksine, bu ifadelerin hemen başında ürünün bolluğunda fiyatların düşük, azlığında ise yüksek olduğunu zımnen kabullenmektedir. Üstelik devletin fiyatları fiilen belirleyebildiğini de gözlemlemektedir. Bu durumda **Ebu Yûsuf**, "bazen yiyecek çok ama pahalı olabilir, bazen de az ve ucuz" derken bir kurala değil -muhtemelen gözlemlerine dayanan- istisnâî durumlara işaret etmektedir.¹¹⁷

Diğer taraftan **İbn Kudâme** (620/1223)'nin sözünü ettiği ve narh uygulamasının, piyasaya mal arzının azalmasına ve ithalatın gerilemesine, kalitesiz mal arzına ve karaborsaya sebep olacağı şeklindeki gerekçelere katılmak mümkün değildir. Zira narh uygulamasında, zamanlama ve maliyet üzerinden makul bir kâr ilavesi oldukça önemlidir. Belki bu unsurlardaki eksikliklerin, özellikle de narh konusunda aceleci davranmanın ve narhı, ekonomik hayatın temel belirleyicisi haline getirmenin söz konusu mahzurları doğuracağını söylemek mümkündür.¹¹⁸ Ancak prensipte narhı kabul edenler, zaten narhın başvurulabilecek son çare olduğunu ve bu uygulamanın yukarıda sözü edilen sakıncaları barındırmayacak şekilde olması gerektiğini ifade etmektedirler. O halde söz konusu hususlar, narhın adem-i cevâzının gerekçesi olamaz.

İslâm'ın iki aslî kaynağında (*Kur'ân-Sünnet*), kâr için bir oranın belirlenmediği ve bunun insaf ve adâlet ölçüleri çerçevesinde fert ya da toplum olarak müslümanlara bırakıldığını daha önce ifade etmiştik. Durum böyle olunca, İslâmî prensiplere göre yönetilen bir devlette fiyatların ayarlanması ve denetimi, İslâmî değerlerle şartlanmış toplumun içinden gelmektedir. Bu nedenle de daha uzun ve daha etkilidir. İslâm toplumunda fiyatların adâlet ve insaf ölçüsü içinde tutulmasını istemek, toplumun hakkı olup bu, topluma karşı verilmiş

¹¹⁶ Dönmez, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidi Görüş", 157-158.

¹¹⁷ Kallek, "Ebu Yûsuf'un İktisadî Görüşleri", 15.

¹¹⁸ Bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I, 552-554.

bir imtiyaz değildir. Nitekim İslâm'ın fiyat teorisi, sağlıklı bir rekabet ve işbirliği ilkesine dayanmaktadır.¹¹⁹ Dolayısıyla fiyatlar serbest ve tam rekâbet¹²⁰ ortamında arz-talep dengelerine bağlı olarak oluşacaktır. Bu noktada bir sapma olur ve gerek görürse, devletin, fiyatlara müdahale ederek, kâr için belirli bir ölçü getirmesi de mümkündür ve kamu yararına getirilmiş olan bu sınırlamaya uymak gerekir. Dolayısıyla *örf ve âdetteki makul ölçüleri, yasal sınırlamaları göz ardı ederek, insanların bilgisizliğinden/güveninden de yararlanmak suretiyle malların mümkün olan en yüksek kârla satışa sunulması, ayrıca bu davranışa "İslâm'da kâr haddi yoktur" anlayışıyla meşruiyet atfedilmesi doğru olmaz.* Piyasanın ve fiyatların hür irâde ve serbest rekâbet ortamında oluşması için kâr haddinin önceden belirlenmemiş olması, ticarî hayatta kamu yararını hedef alan hukukî düzenlemelerin olmayacağı anlamına gelmez.¹²¹

Şu halde **Ali Keleş**'in ifadesiyle, "haksız ve yıkıcı rekabetin olmadığı, arz talep ile fiyatların dengeli bir şekilde belirlendiği piyasaya İslâmî prensipler çerçevesinde hareket eden bir devlet müdahale etmemelidir. Ancak tröst, kartel gibi tekelciliğin söz konusu olduğu durumlarda devlet, kamu yararını gözeterek piyasaya müdahale edebilme hakkına sahip olduğu gibi, gerekli görmesi halinde söz konusu iktisadî sahada kamu adına yatırım da yapabilir."¹²²

Günümüz şartları dikkate alındığında "bir taraftan büyük iktisadî teşekküllerin piyasaya hakim olması, diğer taraftan devletin müdahalesi sonucunda, tarafların semen belirleme serbestliği oldukça daraltılmıştır. Bu itibarla alıcılar genellikle fiilî bir tekele sahip olan büyük teşebbüslerin koydukları fiyatları kabul etmek veya onların sattığı şeyi almaktan vazgeçmek durumundadırlar. Devletin görevi, bütün toplumun iyiliğine olan yöntemi belirlemek ve uygulamaktır. Toplumun menfaat çatışması olan kesimleri arasında da, azınlığın ortalama hakkına zarar vermemek şartıyla, çoğunluğun iyiliğini gözetmek durumundadır. Bu suretle, "Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hassa katlanılır"¹²³ şeklinde toplayıcı genel kurala göre davranılmış olur. Ancak bu fiyat uygulaması genel ekonomi politikası çerçevesinde uygulanabilecek bir husustur. Böyle bir politika belirlenirken, sağlayacağı yararlar yanında doğuracağı sakıncalar da önceden iyi hesaplanmalı ve hangisi toplumun yararına ise o tatbik edilmelidir."¹²⁴

Diğer taraftan devletin piyasaya müdahale etmesi, temelde kamu yararı, sedd-i zerâa gibi prensiplere dayandığından, narha konu olma açısından emtia arasında ayırım yapmak doğru değildir. Akid serbestisinin kötüye kullanıldığı ve bundan da toplumun zarar gördüğü her türlü nesne için narh uygulaması söz konusu olmalıdır. Zira toplum menfaati ve zararın def'i açısından gıda maddesi ile diğer emtia arasında herhangi bir fark yoktur. Hatta bazen gıda maddesi dışındaki bir mal ya da hizmetin (elektirik gibi) piyasa fiyatının üstünde arzından, toplum oldukça fazla zarar görebilir.

İslâm'da mal ve hizmetlerin mübadelesinde normal piyasa fiyatı esas olduğu için, narh başvurulabilecek son çaredir. Her şeyden önce devletin, ticari hayatı tabii seyrine

¹¹⁹ Mannan, *İslâm Ekonomisi*, 295-296; Keleş, "İslâm'a Göre Para Politikası",119.

¹²⁰ Tam Rekâbet Piyasası: Piyasaya dışarıdan hiçbir müdahalenin olmadığı ve fiyatların serbestçe oluştuğu ideal piyasa şekline tam rekâbet piyasası denir. Çok sayıda alıcı ve satıcının yer aldığı bu piyasada, hiçbir tarafın diğer tarafa baskı yapabilmesi ve fiyatlarını kabul ettirmesi mümkün değildir. Tam rekâbet piyasası ve özellikleri için bkz. Demirci, *Ekonominin Temelleri*, 83-4,86. Mannan'a göre burada sağlıklı rekâbetten maksat, tam rekâbet ortamı olmayıp bununla kaçakçılıktan, spekülasyondan ve istifçilikten uzak bir rekâbet biçimi ifade edilmektedir. Bkz. Mannan, *İslâm Ekonomisi*, 295-296. Krş. Keleş, "İslâm'a Göre Para Politikası",119.

¹²¹ Bardakoğlu, "Hukukî ve Ticarî Hayat", 443-444.

¹²² Keleş, "İslâm'a Göre Para Politikası",119.

¹²³ *Mecelle*, md.26.

¹²⁴ Apaydın, "Narh", 449.

oturtacak ve narh uygulamasına ihtiyaç bırakmayacak idarî, sosyal, hukukî bir yapılanmaya gitmesi gerekir. Fakat imtiyazların ve gizli bir tekelleşmenin meydana geldiği alanlarda devletin sosyal amaçlı müdahalesine büyük ihtiyaç duyulmaktadır. Bunun için;

1. *Toplum şiddetle ihtiyaç duymasına karşın emtia sahiplerinin emsal bedelle satımdan kaçınmaları*
2. *Bir kısım malların muayyen insanların tekelinde olması*
3. *Satıcı ya da müşterilerin belirli bir bedelden satış yapma ya da satın alma hususunda anlaşmaları gibi şartların tahakkuk etmesi gerekir.*¹²⁵

Diğer taraftan devletin fiyatlara müdahalesi (narh) hususunda dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da, bu uygulamanın geçici bir tedbir olduğu ve maslahata hizmet ettiği sürece var olacağıdır. Dolayısıyla narh uygulamasına neden olan hususlar ortadan kalkar, piyasalar tabii seyrine döner, ya da narhla hedeflenen maslahatın gerçekleşmediği görülecek olursa, fiyat sınırlaması uygulamasına -meşruiyet gerekçesini kaybettiği için- son verilecektir. Zira *bir yetki, amacına hizmet ettiği sürece anlamlıdır/meşrûdur*. O halde özel mülkte tasarruf yetkisinin devlet müdahalesiyle ve narh şeklinde sınırlandırılması, sürekli olmayıp geçici bir sınırlandırmadır.

İslâm Fıkıh Akademisi, 10-15 Aralık 1988/1-6 Cemaziyelevvel 1409 tarihleri arasında *Kuveyt*'te gerçekleştirdiği Beşinci Dönem toplantısında "Kâr haddi" konusunu ele almış ve narhla ilgili şu kararı benimsemiştir: "Yetkililer, sunî amillerden kaynaklanan ve piyasanın sağlıklı işlemlerini önleyen açık bir durum bulmadıkça narh yoluyla piyasa ve fiyatlara müdahalede bulunamazlar. Böyle bir durumda ise yetkililer, söz konusu âmilleri ve durumu, pahalılık ve aşırı aldanma sebeplerini ortadan kaldırmaya imkan verecek âdil yöntemlerle müdahalede bulunabilirler."

Son olarak **İbrahim Kafi Dönmez**'in işaret ettiği fevkalâde önemli bir hususa dikkat çekmek istiyoruz. "Her devirde kendi şartları içerisinde ele alınıp çözüme kavuşturulmuş olması vâkiasına mukâbil; devletin maliye politikası, her malın kendi özelliği, istihdâm şartları... ve kısaca ekonomik portre ile yakından alakalı olan "piyasa kontrolü" ve "kâr haddi" konusunda bütün devirler için geçerli kabul edilecek normal ve azami ölçüler tespit edip bunları İslâm hukukuna mâletmek isabetli bir yol olmasa gerektir. Hz. Peygamber'in de, kendine yapılan müracaatı, böyle bir yolun açılmasını engellemek için reddetmiş olması muhtemeldir ve binlerce hukukî meseleyi inceden inceye ele alıp çözüme bağlayan İslâm hukukçularının bu konuda çok kesin sonuçlara varmak istemeyişleri, belki de bu sebebe dayanmaktadır."¹²⁶

Görüldüğü gibi İslâm hukuku servetin iktisadî tahakküm aracı olarak kullanılmasına müsaade etmemektedir. İslâm hukuku iktisadî faaliyetlerin, bu alanla ilgili temel hükümler ve küllî prensipler çerçevesinde kendi tabii seyri içinde işlemesi prensibini benimsemekte, ancak bu ilkeyi, yine küllî prensiplerden olan kamunun zarardan korunması ilkesiyle sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla esasen tabii olan insanlar arasındaki mülkiyet farkının, varlıkların yoksul ve zayıfları ezmesine sebep olmaması gerekmektedir. Bu bağlamda iktisadî birlikler kurmak, halk diliyle kötü günde kullanmak üzere mal biriktirmek, piyasaya sunulan mal ve hizmetlerin karşılığını her türlü baskıdan uzak serbest irâdeyle belirlemek, bireylerin en tabii haklarıdır ve İslâm bunları peşinen yasaklama yoluna gitmemiştir. Fakat bu yetkilerin kişisel çıkarlar uğruna ve kamuya zarar verme pahasına kullanılmasına da İslâm

¹²⁵ Celîlî, *Temellükü'l-emvâl*, II,586. Fıkıh ekollerinin narhın şartları konusundaki görüşleri ve bunların değerlendirmesi için bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,587-592.

¹²⁶ Dönmez, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidi Görüş",159.

peşinen karşı çıkmaktadır. Zira bireysel yarar kadar kamu yararı da hukukî himayeye sahiptir; hatta bu noktada kamu yararı öncelik hakkına sahiptir.

Girişte de işaret edildiği gibi ktisadî sebebe bağlı özel mülkiyet sınırlamalarının bir kısmı ise, ekonomik değerlerin en rantabl şekilde kullanılmasını ve böylece ülke kalkınmasını sağlama amacı taşımaktadır. Bu amaca yönelik sınırlamalar genellikle, bireylerin malik oldukları nesnelere hangi amaçla ve ne tür faaliyetler için kullanabileceklerinin/kullanmaları gerektiğinin, kamu yararı öngörüsüyle siyasî otorite tarafından belirlenmesi şeklinde olur.

B. ÜLKE KALKINMASI VE İKTİSADİ VERİMLİLİĞİ ARTIRMA AMAÇLI SINIRLAMALAR

Bu başlık altında iki konuyu ele alacağız: İktâ ve ihyâ'u'l-mevât. Bu iki müessese de, özel mülkiyete konu olmayıp bütün toplumun ortak ekonomik değeri konumunda bulunan ve kamu otoritesinin tasarrufundaki arazi ve taşınmazların, ülke ekonomisine kazandırılması amacını taşımaktadır. Dolayısıyla sözü edilen amacın tahakkuk edebilmesi, amaçla uyumlu bazı sınırlamaları, idarî ve hukukî denetimi öngörmektedir. Burada biz iktâ ve ihyâ'u'l-mevât konusunu;

a) Bireye sağladıkları yetkisinin hukukî niteliği

b) Bu yetkinin kullanımı ve onda tasarruf açısından öngörülen sınırlamalar bakımından işlemeye çalışacağız.

1. İktâ

Kamu otoritesinin, tasarrufundaki arazi ve taşınmaz malların mülkiyet, işletme veya faydalanma hakkını kişilere tahsis etmesi demek olan iktâ, tabiat kaynakları üzerinde iş gücü paylaşılması yöntemlerinden biridir. Kişi işletilmek üzere kendisine bırakılan arazi veya maden üzerinde en verimli istihsal yöntemlerini kendi araştırarak ve uygulayacaktır.¹²⁷ Öte yandan tabii kaynakların değerlendirilmesinde binlerce yıldır uygulanagelen bir usul olan¹²⁸ iktâ konusu, tarih boyunca geliştirilen iktisadî sistemlerin en belirleyici kriterlerinden biri olan mülkiyet sistemi içinde önemli bir yere sahiptir.¹²⁹ İslâm hukuku açısından da toprağın özel mülkiyete konu olup olmadığı ve fonksiyon itibarıyla özel mülkiyetin sosyal ödev mahiyetinde olduğu tartışmalarının en önemli ayağını teşkil etmektedir iktâ konusu. Hatta *İslâm sosyalizmi* tezini temellendirmede ileri sürülen görüşler ve kamu otoritesinin mülkiyet üzerindeki tasarruf hakkının sınırı gibi hususlar da iktâ konusunda odaklanmaktadır.¹³⁰

Giriş mahiyetindeki bu bilgilerden sonra öncelikle iktâ ile kazanılan hakkın hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira iktâ ile özel mülkiyet sınırlamaları arasındaki irtibatı göstermesi bakımından bu tespit zorunludur.

a. İktâ Suretiyle Kazanılan Hakkın Hukukî Niteliği

İktâ konusunda *Kur'ân*'da hüküm bildiren sarîh bir âyet bulunmamakta, bu müessese hukukî dayanağını *Hz. Peygamber*'in sözlü ve fiilî sünnetinden almaktadır. Nitekim *Hz.*

¹²⁷ Aktan, *Madenlerin Hukukî Statüsü*, 34.

¹²⁸ Aktan, a.g.e., 34.

¹²⁹ Gözübenli, "İktâ", XXII,49.

¹³⁰ Bkz. Gözübenli, "İktâ", XXII,49.

Peygamber çok sayıda kimseye farklı mülâhazalarla iktâda bulunmuştur. Bu iktâların büyük kısmı müellefe-i kulûba, bir kısmı da âtil duran tabii kaynakları verimli hale getirmek için yapılmıştır. Kaynağını sünnetten aldığı ifade ettiğimiz iktâ uygulamasının, konu, iktâda bulunulacak şahıslar (iktâdâr), devamlılık arz edip etmeme gibi özellikler bakımından sahabe devri uygulamaları -bilhassa **Hz. Ebu Bekir** ve **Ömer** dönemindekiler- sünnete açıklık getirmesi ve böylece iktânın hukukî mahiyetinin tam olarak anlaşılabilmesi açısından özel öneme sahiptir.¹³¹

Bu noktada Hanefî mezhebi imamlarından **Ebu Yûsuf** (182/798), *Hz. Peygamber* ve Râşid Halîfelerin insanların gönlünü İslâm'a ısındırmak, müslümanlara büyük hizmeti dokunmuş kişileri ödüllendirmek, düşmana karşı güç kazanmak, âtil vaziyetteki arazilerin imarını sağlayıp ekonomiye kazandırmak gibi amaçlarla iktâlarda bulduklarını ifade ettikten sonra; gerek iktâda bulunulacak şahısların belirlenmesi, gerek iktânın mülkiyet doğurup doğurmama açısından hukukî niteliğinin tayini hususunda İslâm'ın ve müslümanların maslahatına olmak kaydıyla devlet başkanının yetkili olduğunu söylemekte, böylece her zaman ve şartta uygulanabilecek bir ölçü koymaktadır.¹³² Ancak biz bu tür konulara girmeyecek, yalnızca iktâ ile elde edilen hak ve bu hakkın tabii olduğu sınırlamaları tespit çalışacağız.

Az önce de ifade ettiğimiz gibi *İslâm hukuk doktrininde iktâ umumiyetle, devlet başkanının idaresi altında bulunan işlenmemiş sahipsiz arazinin, mülkiyetini (rakabe) veya menfaatini uygun kimselere verme şeklinde tarif edilmiştir.* Ancak gerek *Hz. Peygamber*, gerek Râşid Halîfeler dönemindeki bazı uygulamalardan hareketle iktânın, yalnızca kullanma ve yararlanma hakkını verdiği, mülkiyetin ise kazanılmadığı görüşünde olanlar da bulunmaktadır.¹³³

Kanaatimiz odur ki, *Hz. Peygamber* ve Râşid Halîfeler dönemi uygulamalarından hareketle ve kesin bir dille, iktâ ile sırf kullanma hakkının elde edildiği, ya da mülkiyetin de kazanıldığını söylemek mümkün değildir; zira her iki durumu da gösteren uygulamalar bulunmaktadır. Bu konuda "Harâc"- "Emvâl" türü eserlerden herhangi birinin ilgili kısmının gözden geçirilmesi halinde, her iki şekil iktâ uygulamasının da bulunduğu görülecektir. Diğer taraftan şayet iktâ müessesesinin, ilk dönemlerden başlamak üzere tarihî süreç içerisinde gelişimi izlenecek olursa¹³⁴, müslüman toplumun yararına olmak kaydıyla hem temlîken, hem de istiğlâlen iktânın mümkün ve caiz olduğu görülür.¹³⁵ Bunlardan herhangi birisine karar vermek ya da ön plana çıkarmak, mevcut şartlara göre ilgili şahısların görüşünü de almak suretiyle siyasî idarenin takdir yetkisine bırakılmış ise de; bütün müslümanların ve hatta kıyâmete kadar gelecek nesillerin söz konusu nesnelere üzerindeki hakları da dikkate alındığında, temlîken iktâ usulünün pek uygun olmayacağını rahatlıkla ifade edebiliriz. Bununla birlikte, mülkiyetin de kazanıldığı iktâ durumlarında bu mülkiyetin, diğer yollarla kazanılan mülkiyetten farklı olduğu da gözden ırak tutulmamalıdır. Çünkü *iktâ ile elde edilen mülkiyet, zaman (süre) açısından sınırlı, duruma göre tasarruf şekli ve konusu belirlenmiş ve*

¹³¹ Gözübenli, "İktâ", XXII,49. Krş. Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 208.

¹³² Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 60-61. Krş. İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VI,237. Hz. Peygamber ve Râşid Halîfelerin iktâları için bkz. Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 60-62; Ebu Ubeyd, *el-Emvâl*, 286 vd.; Yahyâ b. Adem, *el-Harâc*, 77-81; Şâfiî, *el-Üm*, IV,46-52; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,194.

¹³³ Bu görüşün dayanakları için bkz. Aktan, *Madenlerin Hukukî Statüsü*, 34-37. Buna mukâbil Hz. Peygamberin iktâlarının tamamının, Hülefâ-yı Râşidîn dönemi iktâlarının ise büyük kısmının temlîken yani rakabe mülkiyetini de kazandıran iktâlar olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır. Bkz. Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 197. Bu husus için ayrıca bkz. İbn Nüceym, *er-Resâil*, 147; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 320-323.

¹³⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Nasrullah, *Tatavvuru nizâmî milkiyyeti'l-arâzi fi'l-İslâm*, 97 vd.

¹³⁵ Krş. İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VI,237.

en önemlisi de devamı imar şartına bağlı bir mülkiyettir. Diğer bir deyişle henüz kazanım aşamasında kamu yararı gözetilerek sınırlandırılmış bir mülkiyettir.

Genel olarak iktâ, *iktâu't-temlîk*, *iktâu'l-istiğlâl* ve *iktâu'l-irfâk* olmak üzere üç kısma ayrılır.¹³⁶

1. *İktâu't-temlîk*: Taşınmazlar üzerinde özel mülkiyet doğuran sebeplerden biridir. Bu tür iktâ ile iktâdâr, iktâ konusu akarın mülkiyetini kazanmaktadır ve maliki bulunduğu diğer mülklerde olduğu gibi hukukî çerçevede her türlü tasarrufta bulunabilir. Binaenaleyh iktâu't-temlîk ile sahip olunan hak, milk niteliğinde olduğu için araştırma konumuzun kapsamına dahildir.

2. *İktâu'l-istiğlâl*: Herhangi bir taşınmazın mülkiyetini değil sadece kullanım hakkını sağlayan iktâdır ki, buna *iktâu'l-imtâ* veya *iktâu'l-intifâ* da denmektedir. Hükümleri dikkate alındığında bu tür iktâların da iktâdâra milk nitelikli bir yetki sağladığı, ancak bunun yararlanma (menfaat) ile sınırlı nâkis mülkiyet olduğu anlaşılmaktadır.¹³⁷ Bazı hukukçuların iktâ konusunu, temlîkî ve gayri temlîkî olmak üzere ikiye ayırıp, temlîkî kısmı açıklarken iktâu'l-istiğlâlî bu kapsamda değerlendirmeleri de¹³⁸, bu şekilde kazanılan hakkın milk nitelikli olduğunu göstermektedir.

3. *İktâu'l-irfâk*.¹³⁹ Kamuya ait pazar yerleri, konaklama yerleri ve su rezervlerinden istifade, geniş yolların kenarlarında oturma, tezgah açma, gölgelik asma ya da hayvan bağlama gibi faydalanma önceliklerinin tahsisidir. Bu yetkinin ibâha özelliğinde olduğu açıktır ve bundan dolayı konumuz dışındadır.

Nelerden iktâu't-temlîk konusu olabileceği hususunda İslâm hukukçuları arasında bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte, dâruislâm'da müslüman ya da zimmlere ait mamur özel mülklerin iktâsının caiz olmadığı hususunda icmâ vardır.¹⁴⁰

Öte yandan kamu malı olan ya da kamunun yararlandığı otlak, yaylak, kışlak, baltalık, koruluk, harman alanı, köy meydanı, su rezervi, tuzla, yol, pazar yeri, park vb. taşınmazların da temlîken iktâsının caiz olmadığı hususunda görüş birliği vardır.¹⁴¹

Esasen iktâyâ konu olan ve olmayan malların bir hadiste birlikte söz konusu edildiğini görmekteyiz. *Dûmetü'l-Cendel*'de **Halid b. Velîd**'e müslüman olduklarını bildiren **Ükeydir**'e Hz. Peygamber bir mektup göndermiş ve bu mektupta iktâyâ konu olan ve olmayan malları da saymıştır. "*Çorak araziler, işletilmeyen araziler, sahipsiz araziler, zırhlar, silahlar, otlaklar ve kaleler bize aittir; hurmalıklar, imar edilmiş sulak kısımlar ise sizindir.*"¹⁴²

¹³⁶ İktâ çeşitleri ve herbirinin hükümleri için bkz. Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, VII,259-262; Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 197 vd.; Gözübenli, "*İktâ*", XXII,50-52. İktânın bu üçlü tasnifinden, ismen olmasa da hüküm ve içerik itibarıyla Ebu Yûsuf, Ebu Ubeyd gibi ilk dönem toprak hukuku yazarları da söz etmekte ise de; İmâm Şâfiî, "*iktâu temlîk*" ve "*iktâu irfâk*" kavramlarını da kullanmaktadır. Bkz. *el-Üm*, IV,49. Krş. İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,336,337. Öte yandan Hanefî hukukçu Kâsânî, aynı hususu, "*milk*" ve "*hak*" nitelikli iktâlar şeklinde ifade etmektedir. *el-Bedâi*, VI,194. Toprak hukukuyla ilgili olarak teferruat sayılabilecek bu kavramların oldukça erken dönemlerde kullanılmış olması, İslâm hukukunda kavram hukukçuluğu bakımından oldukça önemlidir.

¹³⁷ Aksi görüş için bkz. Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 205.

¹³⁸ İbn Nüceym, *er-Resâil*, 147; Rahabî, *er-Ritâc*, I,358 vd.

¹³⁹ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*,IV,49.

¹⁴⁰ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, IV, 47; İbn Zencûye, *el-Emvâl*, II,627-628,632; Ebu Ubeyd, *el-Emvâl*, 291; Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,193-194. Bu noktada Hz. Peygamber'in, Bilâl b. Hâris'e savaş gibi bir sebebe bağlı olmaksızın kendiliklerinde İslâm'ı kabul eden ve Medine hududu dahilindeki Akik denilen bir yeri iktâ etmesiyle ilgili değerlendirmeler için bkz. Ebu Ubeyd, a.g.e., 294.

¹⁴¹ Gözübenli, "*İktâ*", XXII,50. Krş. Şâfiî, *el-Üm*, IV,48; Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,194. Şâfiî, bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: "*İktâ ancak, müslümanlara zarar olmayan ve zorunlu olarak ihtiyaç duymadıkları arazilerden yapılır.*" *el-Üm*, IV,48. إنما يقطع من

الأرض ما لا يضر بالناس وما يستغنى به

¹⁴² Ebu Ubeyd, *el-Emvâl*, 208-209. Krş. Aktan, *Madenlerin Hukukî Statüsü*, 13.

b. İmar Zorunluluğu ve Süreyle Tahdit

İktâ suretiyle kazanılan mülkiyetin, uygulamanın amacı da dikkate alınmak suretiyle imar şartına bağlı olarak süreyle sınırlandırıldığını görmekteyiz. Binaenaleyh kamu yararı gözetilerek ihyâ maksadıyla iktâ edilen topraklar üç yıl üst üste âtil tutulursa Halife **Ömer**'in uygulamasına dayanılarak yetkili merci tarafından geri alınır. Zira **Hz. Ömer**, üç yıl ardarda işletilmeyen iktâ arazileri geri almış ve işletebileceklere iktâ etmiştir.¹⁴³ İhyâ konusunda *Mecelle'de* de (md. 1279) aynı süre kanunlaştırılmış olmakla birlikte, ne var ki bu süre **Hz. Ömer**'in ictihadı olup zamana ve şartlara göre farklı süreler takdir edilebilir.¹⁴⁴ Nitekim **Ziyâd b. Ebîh** gibi bazı *Emevî* dönemi valilerinin, iktâda buldukları arazinin ihyâ edilmesi için iktâdâra iki yıl süre verdikleri, bu süre içinde ihyâ edilmezse araziyi geri aldıkları görülmektedir.¹⁴⁵ Öte yandan Şâfiî hukukçular da bu hususta oldukça esnek bir tutum sergilemişler, **Hz. Ömer**'in, arazinin ihyâsı için üç yıl süre takdirinde bulunmasının kendi dönemi için uygun gördüğü bir uygulama olduğunu, binaenaleyh genel bir hüküm olamayacağını; imar etmeyip âtil bırakma halinin durum ve şartlara göre takdir edileceğini ifade etmişlerdir.¹⁴⁶

Ayrıca yine iktâ müessesesinin amacından hareket edildiğinde *bir kimseye ihyâ edemeyeceği kadar büyük toprakların iktâsı da caiz değildir*. Zira ihyâ edilebilecek miktardan fazla iktâda bulunma, bütün toplumun müşterek hakkı olan doğal kaynakların heder edilmesi demektir. Halbuki iktâ, doğal kaynakların âtil vaziyetten çıkarılıp ekonomiye kazandırılmasını amaçlamaktadır. Bunun bir gereği olarak iktâdârın, mevcut arazinin tamamını ihyâ edemediği görülürse, ihyâ edemediği kısım bırakılıp fazlalık elinden geri alınır.¹⁴⁷ Nitekim *Rasul-i Ekrem, Mezeyne* ya da *Cüheyne* kabilesinden bir grup insana iktâda bulunmuş, fakat onlar araziyi imar etmeyince başka bir grup insan araziyi imar etmişler; bunun üzerine iktâdârlar **Hz. Ömer**'e gelip söz konusu topluluktan davacı olmuşlardır. Bunun üzerine **Hz. Ömer** (ra): "*Şayet söz konusu araziyi ben veya Hz. Ebu Bekir iktâ etmiş olsaydı, onu imar edenlere verirdim; fakat Allah Rasûlü'nün iktâsına müdahale edemem*" demiş, sonra da bundan sonra uygulanacak hukukî mevzuatı ortaya koyan şu açıklamada bulunmuştur: "*Bir kişinin elinde iktâ yoluyla kazanılmış arazi bulunur ve onu üç sene peşpeşe ekip-dikmeden âtil bırakır, başkaları da gelip imar ederse, arazi imar edenlerindir.*"¹⁴⁸

Hukukî çekişmelerde uygulanacak hukukî mevzuatın toplum tarafından bilinmesi gerektiğini düşünen **Hz. Ömer**, söz konusu davanın kendisine arz edilmesinden önce, iktâdârların araziyi işletmemesi halinde, işletene verileceği şeklinde bir hükmün/uygulamanın bulunmaması sebebiyle, hukukî sebebe dayalı zilyedliği esas almış; ancak, iktâ müessesesinin amacını dikkate almak suretiyle yeni bir hukukî düzenleme yoluna gitmiştir. Buna göre, iktâ ya da ihyâ suretiyle kazanılan hakkın devamı imar şartına bağlıdır ve üç yıl peşpeşe arazinin işletilmeyip âtil bırakılması durumunda, hak kaybedilmektedir. **Hz. Ömer** bu yeni mevzuatı fiilen de uygulamıştır. Şöyle ki, *Hz. Peygamber* (sav), **Bilâl b. Hâris el-Müzenî**'ye *Kabeliye* adlı geniş bir araziyi içindeki altın madeniyle birlikte -bu aynı zamanda doktrinde teferruata yönelik bazı ihtilaflar olmakla birlikte prensip itibarıyla madenlerin de temlikî iktâsının mümkün olduğunu göstermektedir¹⁴⁹- iktâ etmişti.¹⁵⁰ Ancak daha sonra **Hz.**

¹⁴³ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 61; Yahyâ b. Adem, *el-Harâc*, 91; İbn Zencûye, *el-Emvâl*, II,644; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VI,194,195.

¹⁴⁴ Aktan, *Madenlerin Hukukî Statüsü*, 14.

¹⁴⁵ Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 188 (Belâzurî, *Fütûhu'l-buldân*, II,201).

¹⁴⁶ Bkz. Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 200-201.

¹⁴⁷ İbn Kudame, *el-Muğnî*, V,337-338. Krş. *Mecelle*, md.1273.

¹⁴⁸ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 61; İbn Zencûye, *el-Emvâl*, II,644-645..

¹⁴⁹ Maden iktâsı konusunda bkz. Aktan, *Madenlerin Hukukî Statüsü*, 37 vd.

Ömer, Bilâl'in arazinin tamamını işletemediğini görünce, "*Allah Rasûlü sana araziyi elinde bulundurсын ve insanları buraya sokmayсын diye iktâ etmedi, ekip imar edesin diye verdi. Binaenaleyh işletebildiğın kadarını al, kalanını iade et*" demiş ve işletemediği kısımları alıp müslümanlara taksim etmiştir.¹⁵¹

İlk dönem maliye, vergi ve toprak hukuku yazarlarından **Yahyâ b. Adem** (203/818), **Halife Ömer**'in bu siyasetinin **Hz. Ali** tarafından da aynen benimsendiğini gösteren bir bilgiye yer vermektedir. Buna göre **Hz. Ali**'ye bir kişi gelmiş ve "*Sahiplerinin imar edemeyip âtil bıraktıkları bir arazi vardı, ben de bu araziye su kanalları açtım ve ziraat yaptım*" demiş, bunun üzerine Halife şu mukâbelede bulunmuştur: "*O araziden elde ettiklerini afiyetle yiyebilirsiniz; çünkü sen, ifsâd eden değil islâh edensin; harâb eden değil ihyâ edensin.*"¹⁵²

Bununla birlikte *gerek iktâda bulunurken tayin edilen sürenin bitiminden önce gerek ihyânın gerçekleşmesinden sonra arazi işletildiği müddetçe iktâdan dönüş caiz olmaz; aksi bir davranış gasp sayılır.* Hatta **Ebu Yûsuf** (182/798), âdil idarecilerin ehil şahıslara ve usûlüne uygun yaptıkları iktâların, söz konusu arazi ister bizzat iktâdârın, ister vârislerin, isterse müşteri gibi şahısların elinde bulunsun, daha sonra gelen idareciler tarafından bozulamayacağını söylemekte, bunu da gasp olarak değerlendirmektedir. Ancak meşru bir sebep olması durumunda (arazinin imar edilmemesi, şartlara riâyet edilememesi gibi), idare iktâdan dönebilir ve araziyi başka bir şahsa iktâ edebilir.¹⁵³

c. Belirli Bir Kullanıma Tahsis ya da Bazı Hukukî İşlemlere Konu Edilmemesi Şartı

Öte yandan iktâ, belirli bir kullanıma tahsis edilmek şartıyla yapılabilir ve şartın yerine getirilmemesi durumunda geri alınabilir.¹⁵⁴ Nitekim **Atıyye b. Kays**'ın anlattığına göre, bir grup insan âdil **Halife Ömer**'den, *Şam*'da bulunan *Enzire* topraklarını atlarını otlatmak için istediler, Halife de bu yerleri onlara verdi. Fakat içlerinden bir kısmı araziye ekip dikmek suretiyle ziraate açıp tarla haline getirince, **Hz. Ömer** ellerinden toprakları geri almış, ziraat yapmaları sebebiyle de tazminata mahkum etmiştir.¹⁵⁵ Çünkü söz konusu iktâ belirli bir kullanıma (at otlatmaya) tahsis edilmiş, fakat iktâdârlar buna uymayıp, otlığı tarla haline getirmişlerdir. Zira otlak ile tarla amaç itibarıyla birbirinden oldukça farklı olduğu için otlığın tarlaya çevrilmesi yetkili idarî merciin iznine tabidir.¹⁵⁶ İşte bu durum, hem iktâ ile kazandıkları hakkı kaybetmelerine, hem de tahsis amacına muhalefet sebebiyle tazminat ödemelerine yol açmıştır.

Bu olayda sözü edilen iktânın, iktâu't-temlik olmayıp, iktâu'l-istiğlâl olduğu söylenebilir. Fakat aynı hükmün tam mülkiyet ifade eden iktâlar için de işletilmesine herhangi bir engel yoktur. Nitekim ilk dönem uygulamalarında bunun örneklerine de rastlamaktayız. Buna göre, bir arazi iktâ edilirken, *iktâ konusu arazinin, bir takım hukukî işlemlere konu edilmemesi şart koşulabilir.* Nitekim kaynaklar bize **Hz. Ömer**'in bu şekilde iktâda bulunduğundan söz ediyor. *Hz. Peygamber, Temîm ed-Dârî ve Ebu Sa'lebe el-Huşenî*'ye *Şam* bölgesinde bazı yerlerin iktâsını vaad etmiş, fakat bu iktâlar daha sonra o

¹⁵⁰ Ebu Dâvud, "İmâre", 36.

¹⁵¹ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 62; Yahyâ b. Adem, *el-Harâc*, 78, 93.

¹⁵² Yahyâ b. Adem, *el-Harâc*, 63.

¹⁵³ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 58,60; Şâfiî, *el-Üm*, IV,49.

¹⁵⁴ Gözübenli, "İktâ", XXII,50. Krş. Ebu Yûsuf, a.g.e., 58,60; Rahabî, *er-Ritâc*, I,417-418.

¹⁵⁵ Ebu Ubeyd, *el-Emvâl*, 296.

¹⁵⁶ Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 215.

bölgelerin fethini gerçekleştiren **Hz. Ömer** tarafından uygulanmıştı. Ancak **Hz. Ömer, Temîm**'e iktâ belgesini teslim ederken araziyi satmama şartını da getirmiştir.¹⁵⁷ Olayı bu şekilde aktaran **Ebu Ubeyd** (224/838), söz konusu arazinin halen **Temîm ed-Dârî**'nin aile fertlerinin elinde bulunduğunu, yani satmama şartına uyulduğunu söyler.¹⁵⁸

Şu halde iktâ't-temlik ile mülkiyet nakli gerçekleşmekle birlikte **Hz. Ömer**'in böyle bir akde konu olan araziye, ardarda üç yıl âtil kalması durumunda iktâdârdan alıp kamu yararı gereği başka birine verme politikası dikkate alınır, iktâ ile sağlanan mülkiyetin diğer yollardan elde edilenler seviyesinde olmadığı anlaşılmaktadır.¹⁵⁹ Zira iktâ dışı yollarla elde edilen mülkiyetin devamı imar şartına bağlı değildir.¹⁶⁰ Öte yandan az önce de işaret edildiği gibi siyasî otorite herhangi bir şahsa iktâda bulunurken, arazinin satılmaması ya da belirli bir kullanıma tahsis edilmesi gibi şartlar belirleyebilir ve bunlara muhalefet edilmesi veya şartların yerine getirilmemesi durumunda arazi geri alınır.

Sonuç itibarıyla iktâ ile kazanılan mülkiyet, baştan itibaren kamu yararına sınırlandırılmış ve belirli tasarruflara tahsis edilmiş durumdadır. Aslında iktâ müessesesinin amacı dikkate alındığında, ülke kalkınması ve toplumun ihtiyaç duyduğu ürünlere göre, iktâ konusu arazinin ne tür amaçlarla kullanılacağı, hangi ürünlerin yetiştirileceği gibi hususların şartname şeklinde belirlenmesinde fayda vardır. Ayrıca şartnamenin, ülkenin genel durumu göz önünde bulundurularak güncelleştirilmesi gerekir.

İktâ'u'l-istiğlâl yoluyla kazanılan hakkın da, hükümleri dikkate alındığında menfaatten yararlanma (kullanma) ile sınırlı nâkis mülkiyet niteliğinde olduğunu söylemiştik. Çünkü iktâdâr, sadece kullanım hakkına malik olduğu taşınmazı başkasına kiralayabilir, âriyet verebilir ya da ziraat ortaklığı (müzâraa) yapabilir. Bu hüküm, kiracının tasarrufu altındaki taşınmazı başkasına kiralamasının cevazına benzemektedir.¹⁶¹ Kira ve âriyetle ilgili sınırlamalarında da görüldüğü üzere, esasen malik olunmayan bir şeyin başkasına kiralanması caiz değildir. İktâ'u'l-istiğlâl ile kazanılan hak başkasına kiralanabildiğine göre, iktâdârın arazinin menfaatine malik olduğu anlaşılmaktadır.

İktâ olunan arazinin, ziraat ortaklığı şeklinde başkaları tarafından işletilmesinin cevazı zarûretini, son dönem muhaddis ve fakihlerinden **Kamil Miras** kendine özgü üslubuyla şöyle dile getiriyor: "Çünkü mukâtaa câri olduğu devirlerde bütün kurâ ve mezâri' (köyler ve mezralar) padişahlar tarafından mukâtaa suretiyle cündîlere (asker) yani sipâhîlere, devlet adamlarına, saray erkânına veriliyordu ki, bunların bu araziye bi'l-fiil işletmeleri imkânı yoktu. Ve bunların ekip dikmek, sulayıp yetiştirmek, harman edip kaldırmak gibi felâhât (çiftçilik) işleriyle iştiğâl etmeleri de muvâfik (uygun) değildi. Memleket dahilinde âsâyiş ve emniyet, tevzi-i adâlet gibi mesâlih-i ümmeti kim temin edecekti; hârice karşı hudûdu İslâmiyeyi kim muhâfaza edecekti. Dâhilde can, mal mâsuniyetinin, hârice karşı vatani sıyânetin temini ile iktisâdî vaziyetin salâhı nâmına memleket topraklarının cündîler elinde oyuncak olmaktan kurtarılıp erbâb-ı zirâatin demir ellerine verilebilmesi için mukâtaaya merbut arâzî hakkında icâre, müzâraa gibi ukûdun meşrûiyeti kabul edilmek zarûreti vardır."¹⁶²

Merhum **Kamil Miras**'ın bu ifadeleri, siyasî otorite tarafından iktâ müessesesinin zaman zaman amacı dışında kullanıldığının, müessesenin fonksiyonunu icrâ edebilmesi için

¹⁵⁷ Ebu Ubeyd, a.g.e., 288. Ayrıca bkz. Gözübenli, "İktâ", XXII,50.

¹⁵⁸ Ebu Ubeyd, a.g.e., 288.

¹⁵⁹ Gözübenli, "İktâ", XXII,51.

¹⁶⁰ Son dönemin önde gelen âlimlerinden Mevdûdî, iktâ dışı yollarla kazanılan mülk arazilerin de işletilmesinin toplum kalkınması açısından zorunlu olduğunu, şayet sahipleri tarafından işletmeyip âtil bırakılırlarsa, işletmeleri için devletin uygun bir süre verdikten sonra vergi koyması gerektiğini söyler. Bkz. *Üsûsü'l-iktisâd*, 122.

¹⁶¹ İbn Nüceym, *er-Resâil*, 146; Miras, *Tecrîd-i Sarih Tercemesi*, VII,260; Gözübenli, "İktâ", XXII,51.

¹⁶² Miras, *Tecrîd-i Sarih Tercemesi*, VII,260-261.

gerekli idarî ve hukukî denetimin ihmal edildiğinin açık beyanıdır. Daha önce de temas edildiği gibi iktâda bulunulacak şahısların belirlenmesi her ne kadar idarcilerin takdirine bırakılmışsa da, idarecilerin her türlü tasarrufunun maslahata yani kamu yararına uygun olması zorunludur. Bütün toplumun ortak malı olan doğal kaynakların sivil-asker bürokratlara ve idarecilerin yakınlarına iktâ edilmesi açık bir yetki tecavüzüdür.

Diğer tarftan iktâ yoluyla kazanılan mülkiyet ya da kullanma hakkının devamı, iktâ konusu arazinin işletilip âtil bırakılmaması şartına bağlıdır ki, merhum **Miras**'ın ifadelerinden bu şartın da ihlal edildiğini öğreniyoruz. Esasen **Kamil Miras**'ı, iktâ yoluyla kazanılan hakkın, kira sözleşmesi ya da ziraat ortaklığı gibi hukukî işlemlere konu edilmesinin cevazına hükmedilmesinin zorunlu olduğunu beyana sevkeden unsur da, "*erbâb-ı zirâatin demir elleri*" diye sitayişle sözünü ettiği çiftçiler tarafından arazinin işletilerek toplum yararına sunulması ve böylece iktâ ile hedeflenen amacın tahakkukundan başkası değildir.

Bu arada iktâ'ü-temlîke sıcak bakmayıp, devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan toprakların yalnızca yararlanma hakkının bireylere devredilmesini daha doğru bulanlar da olduğunu söylemiştik. Bu görüşün esas dayanağı, atıl vaziyette bulunan mübâh ya da devletin tasarruf ve denetimindeki toprakların ekonomiye kazandırılması ve toplumda ihtiyaç sahibi olanların, bedelsiz olarak toprağı işleme hakkı kazanmak suretiyle sıkıntılarının giderilmesidir. Dolayısıyla bu öngörüye göre, özel kişilerin işletmesine terkedilen doğal kaynaklar, ilgili kişilerce bizzat işletilmelidir. Zira Hz. Peygamber "*Kimin arazisi varsa onu ekip biçsin, buna gücü yetmezse müslüman bir kardeşine bağışlasın ve onu kiraya vermesin*"¹⁶³ diye emretmiştir. Tabii servetlerin intifa hakkına sahip olan kişilerce bizzat işletilmesi, kiraya verilmemesi gereği, bu servetlerin işlenmemiş halde iken kimsenin mülkiyetine konu olmamasının sonucu olarak görülmüştür.¹⁶⁴ Bu anlayışa göre iktâ'ü-istiğlâl ile kazanılan araziye kullanma hakkının başkasına kiralınması caiz değildir.

Ülke ekonomisini güçlendirme ve toplumdaki yoksul kesimin ihtiyaçlarını, devletin tasarrufunda bulunan tabii kaynaklardan bu kesimin yararlanması ve böylece kimseye yük olmadan hayatlarını idame ettirmelerini sağlama amaçlı iktâlarda, kötüye kullanımların da önüne geçme bakımından bu görüş yerindedir. Ancak özel kişilerin işletmesine terkedilen doğal kaynakların ilgili kişilerce bizzat işletilmesi şartını, bahse konu somut iktânın amacı ve kamu yararının gerektirmesi durumuyla sınırlı tutup, tüm iktâ uygulamalarını kapsayacak genel bir zorunluluk olarak görmemek gerekir.

Öte yandan toprağın sahibi tarafından bizzat işletilmesi ve kiraya verilmemesini ifade eden rivayetler¹⁶⁵ bulunmakla birlikte, bazı rivayetlerde bu yasağın sebebi (illeti) de açıklanmaktadır. **Müslim** (261/874)'in rivâyet ettiği bir hadiste **Câbir b. Abdullah** (ra) şöyle demektedir: "*Biz Rasûlullah (sav) zamanında su kenarlarını tarla sahibine vermek şartıyla araziye üçte birine yahut dörtte birine kiralardık. Derken Rasûlullah (sav) bu mesele için ayağa kalkarak şöyle buyurdu: "Kimin yeri varsa onu eksin; ekmezse din kardeşine (ekmesi için) versin. Din kardeşine vermezse yerine sahip olsun!"*"¹⁶⁶

İktâ'ü-istiğlâl ile kira sözleşmesi arasında, tasarruf yetkisi açısından bu benzerliğe rağmen, iki işlem arasında özellikle işlemin bağlayıcılığı açısından fark bulunmaktadır. Her iki işlem de sınırlı süreli bir akid olmakla birlikte, kira lâzım (bağlayıcı), iktâ'ü-istiğlâl ise gayri lâzım bir akiddir. Dolayısıyla iktâ'ü-istiğlâl, yetkili merci tarafından kamu yararı icabı geri

¹⁶³ Buhârî, "Hibe" 35; Müslim, "Buyû" 86,89,90,93-95,100,123; Tirmizî, "Ahkâm" 42; Nesâî, "Buyû" 107; "İmân" 45; İbn Mâce, "Şufa" 1; "Ruhûn" 7,8,12. من كنت له أرض فليرعها أو ليمتحنها أخاه، فإن أبا قليمسك أرضه.

¹⁶⁴ Bkz. Aktan, *Madenlerin Hukukî Statüsü*, 14.

¹⁶⁵ "Rasûlullah (sav) toprağın kiralınmasını yasakladı." Müslim, "Buyû", 87. أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرض عن كراء الأرض.

¹⁶⁶ Müslim, "Buyû", 96.

alınabilir ya da bir başkasıyla değiştirilebilir. Aynı şekilde iktâdârın ölümü veya yeni bir iktâu'l-istiğlâlê sahip olması halinde öncekinin intifâ hakkı düşürülüp başkasına devredilebilir.¹⁶⁷

Hukukî mahiyet itibariyle iktâu'l-istiğlâlin gayri lâzım bir akid olduğunun ifade edilip, sonra da bu yolla kazanılan hakkın kira gibi lâzım akidlere konu edilebileceğinin hükme bağlanması, hukukî istikrarın temini ve kazanılmış hakların korunması bakımından ciddi sıkıntılara yol açacaktır. Bu durumda ya bağlayıcı işlemlerde bulunmanın tecviz edilmemesi ya da kira gibi lâzım bir akdin teşekkülü durumunda kira süresi bitinceye kadar iktânın da bağlayıcı olduğunun benimsenmesi gerekecektir. **Ebu Yûsuf** (182/798)'un âdil idarecilerin usulüne uygun iktâlarını, daha sonraki idarecilerin meşru bir sebep olmaksızın bozamayacaklarını söylemesini, uygulamada istikrarın ve kazanılmış hakların korunması açısından da düşünmek gerekir. Bu tür iktâlarda söz konusu mahzurların giderilmesi hususunda, kullanım hakkına sahip olunan arazinin iktâdârca kiraya verilmesi, yetkili merciin iznine veya bu işlemi tecviz eden yerleşik bir örfün varlığına bağlanmıştır.¹⁶⁸ Binaenaleyh *iktâdârın hukuken bağlayıcı işlemlerde bulunma yetkisi yasal izin veya örfle sınırlandırılmış bulunmaktadır.*

Sonuç itibariyle hem tam mülkiyeti nakleden, hem de yalnızca menfaatten yararlanma (nâkıs mülkiyet) yetkisi sağlayacak şekilde iktâda bulunulabilir. Bu husus tamamen günün şartlarına göre kamu yararı gözetilmek suretiyle idarenin takdir yetkisine bağlıdır. Dolayısıyla devletin ihtiyaçları, bölgenin özellikleri gibi faktörlere bağlı olarak iktâ şartları ve uygulama farklılık gösterebilecektir. Ancak kanaatimizce hem temlikî hem de istiğlâlî iktâlarda, iktâdârın kazandığı hak milk nitelikli bir haktır ve henüz kazanım aşamasında kamu yararına hukuken sınırlandırılmıştır.

İktâu't-temlikte iktâdâr, diğer yollarla sahip olduğu mülklerinde tasarruf ettiği gibi tasarruf yetkisine sahiptir ve diğer özel mülklerinin tabi olduğu hukukî sınırlamalar bunun için de aynen geçerlidir. Ancak özel mülke konu nesnenin işletilmemesi ya da terk edilmesi durumunda, İslâm hukukçularının cumhuruna göre mülkiyet ortadan kalkmadığı halde, yine cumhur hukukçularına göre iktâ ile kazanılan mülkiyette bu durum geçerli değildir. Yani iktâda mülkiyetin devamı imarın devamına bağlıdır. Zira bu, müessesenin meşruiyet gerekçesidir.

İktâu'l-istiğlâl ile menfaate malik olunan iktâlar ise, genel itibariyle diğer usullerle kazanılan menfaat mülkiyeti hükümlerine tabidir. Fakat bazı hukukçular, iktâu'l-istiğlâl ile kazanılan mülkiyetin, kira, müzâraa, âriyet gibi işlemlere konu olmasını caiz görmekte birlikte; satım, hibe, vasiyet gibi işlemlerde bulunulamayacağını söylemektedirler.¹⁶⁹ Bizce bu ayırımı haklı ve makul gösterecek herhangi bir hukukî mesned bulunmamaktadır. Zira menfaatin, satım, hibe, vasiyet gibi işlemlere konu edinilmesi caizdir. İktâu'l-istiğlâl menfaat mülkiyeti sağladığına göre, bu tür tasarruflarda bulunmaya mani bir hal bulunmamaktadır.

Kimsenin özel mülkü olmayan ve imar edilip işletilmeye açılmamış âtil vaziyetteki arazilerin hali üzere terkedilmelerini doğru bulmayan Hanefî fakih **Ebu Yûsuf** (182/798), bu şekildeki arazilerin bir an önce işletilebilecek şahıslara iktâ edilmesinde -memleketin mâmur hale gelmesi yanında vergi gelirleri de artacağı için- kamu yararı bulunduğunu söyler ve kendisine göre iktâ konusundaki ölçünün de bu olduğunu belirtir.¹⁷⁰ Fakat iyi uygulandığında fevkalâde isabetli olan onun bu yaklaşımı, her hâlükârda iktâda bulunulmasının zorunlu

¹⁶⁷ Gözübenli, "İktâ", XXII,51.

¹⁶⁸ Gözübenli, "İktâ", XXII,51.

¹⁶⁹ İktâu'l-istiğlâl ile kazanılan hakkın milk nitelikli olmadığı, binaenaleyh satım, hibe, vasiyet gibi tasarrufların caiz olmadığı görüşü için bkz. İbn Âbidîn, *Raddü'l-muhtâr*, VI,237; Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 205.

¹⁷⁰ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 61.

olduğu şekilde düşünülmemelidir. Ümmetin siyasî sorumluluğunu üstlenen idarecilerin, içinde bulunulan zamanı, halkın iktisadî durumunu, siyasî vaziyeti ve benzeri şartları göz önünde tutarak önemli bir arazi hukuku müessesesi olan iktâ tasarrufunu, toplum yararına olacak şekilde ayarlaması gerekir. İktâda bulunmayı âdet haline getirmek her zaman uygun olmayabilir.¹⁷¹ Devletin siyasî-iktisadî durumunun bu konuda önemli tesiri vardır. İktâ müessesesinin tarihî yansımaları dikkate alındığında, içinde buldukları vaziyeti takdir edemeyen, geleceği düşünemeyen ya da başta akrabaları olmak üzere yakın çevresini kayırıp adâleti ve öbür dünyadaki hesabı unutan idarecilerin, lüzümsüz ve bolca iktâda bulunarak, devlet otoritesinin sarsılmasına, gelirlerin azalmasına sebep oldukları görülmektedir.

İktâ suretiyle bireylerin mülkiyetine geçen ya da kullanım hakkını kazandıkları mallar, aslında tüm müslüman toplumun ortak olduğu kamu mallarıdır. Dolayısıyla bu malların en verimli şekilde kullanılması gerekir. Gerek iktâda bulunurken, gerek iktânın hukukî niteliğini (temlikî veya istiğlâlî) belirlerken kamu otoritesinin bu hususu dikkate alması gerekir. Amaç kamu mallarının hem bireylere hem de topluma yarar sağlayacak şekilde verimli kullanımını sağlamak olunca, devletin bunu sağlamak üzere hazırladığı "*kullanma şartnamesi*"ne uymak zorunludur. İktâdârın kullanma şartnamesine muhalefet etmesi, elde ettiği hakkı kaybetmesi ve bu sebeple herhangi bir zarara yol açmış ise, tazminle sorumlu tutulması sonucunu doğurur.

İktâ konusunu, toplum yararı, ülke kalkınması ve gönüllerin İslâm'a ısındırılması gibi fevkalâde yüce amaçlar taşıyan bir müessesenin, zamanla kötüye kullanılabilmesine dikkat çeken *Allah Rasûlü*'nün şu beyanıyla bitirmek istiyoruz: Ashabdan **Enes b. Mâlik**'in anlattığına göre *Hz. Peygamber* (sav), Bahreyn'den bir miktar araziye ensardan bir grup sahabîye iktâ etmek istemiş, fakat bu ensar topluluğu: "*Ey Allah'ın Rasûlü! Bize iktâ buyurduğunuz gibi Muhâcir kardeşlerimize de vermedikçe bize ihsânda bulunmayınız*" talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine *Rasûlullah* (sav): "*Ey Ensâr topluluğu! Benden sonra siz, yakın bir gelecekte çok ağır hodgamlığa şahit olacaksınız. Fakat siz Havz-ı Kevser'de bana mülâkî oluncaya kadar sabrediniz!*" buyurdu.¹⁷²

Merhum **Kamil Miras**, bu hadisle ilgili olarak şöyle bir tespitte bulunuyor: "Rasul-i Ekrem kendisinden sonra gelecek padişahların iktâ-i arâzî gibi umûr-ı dünyaya taalluk eden hususlardaki hodgamlıklarını, milletin kanı ile müdafaa ettiği toprakları, **Mücâhid**lerden ve millet hâdimlerinden esirgeyip de hazîne-i hâssasına birer menbâ-ı vâridât edeceklerini, kendi a'vân ve ensârlarına bol bol ihsân edeceklerini haber vermiştir. Ve hakikaten Hulefâ-yı Râşidîn devri geçtikten sonra *Emevîlerin*, *Abbâsîlerin* hükümrân oldukları saltanat devirlerinde bu hal bütün fecâatiyle görülmüştür."¹⁷³

İktâ yoluyla kazanılan hakkın kira, ziraat ortaklığı gibi hukukî işlemlere konu edilebileceğini anlatırken yine **Kamil Miras**'ın, bunun cevazına hükmedilmesinin zorunlu olduğunu söylerken ifade ettiği gerekçeler, aynı fecâatin ilerleyen devirlerde de devam ettiğinin belgeleri niteliğindedir.

Kimsenin özel mülkünde bulunmayıp kamu adına siyasî otoritenin hüküm ve tasarrufunda bulunan âtil vaziyetteki servetlerin ülke ekonomisine kazandırılması amacıyla başvurulmuş diğer bir usul de , ihyâ uygulamasıdır.

¹⁷¹ Bkz. Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 210-211.

¹⁷² Miras, *Tecrîd-i Sarîh Tercemesi*, VII,258.

¹⁷³ Miras, a.g.e., VII,262.

2. İhyâ'ü'l-mevât

İhya, İslâm hukukunda sahipsiz ve işlenmemiş bir arazinin mâlik olma iradesiyle işlenmesi ve imarını ifade eden bir terimdir. Mevât tabiriyle ise genelde ziraat, yerleşim, üretim gibi bir amaçla hâlihazırda kullanılmayan, şahıs veya kamu malı da olmayan, sahipsiz ve verimsiz, fakat belirli bir emek harcanması sonucu yararlanılabilir nitelikteki topraklar kastedilir.¹⁷⁴

Mevât arazi ve bunun ihyâ yoluyla sahiplenilmesi, İslâm öncesi dönemde Araplar arasında bilinip uygulanan bir usuldü. Verimsiz ve hâlihazırda ziraata elverişli olmayan arazilerin, imara açılmak suretiyle toplum hizmetine sunulmasını amaçlayan bu uygulama İslâm tarafından da benimsenmiştir.

İslâm hukuk doktrininde mevât arazinin tanımı ve kapsamının belirlenmesinde, arazinin İslâm devletince elde edilme tarzı, o zamana kadarki hukukî statüsü, sahibinin müslüman olup olmaması, bir zamanlar sahipli ve mamur iken sonradan terk edilip âtil bırakılması, yerleşim alanlarına olan yakınlığı gibi hususlar tartışma konusu olmuştur.¹⁷⁵ Ancak mevât arazi tanımında kullanım ve mülkiyet dışı olma unsurlarının ön plana çıktığı görülmektedir. Yani *mevat arazi statüsünü belirleyen, toprağın hâlihazırda âtil vaziyette bulunması, kullanılmıyor ve yararlanılmıyor olması birinci, sahipsiz olması ikinci hareket noktasıdır.*¹⁷⁶

Bu ön bilgilerden sonra ihyâ'ü'l-mevât konusunun asıl bizi ilgilendiren kısmına yani, ihyâ ile elde edilen hakkın niteliği ve bu hakta tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılmasına geçebiliriz.

İslâm hukukçuları ihyâ ile mevât arazinin mülkiyetinin kazanılacağı yani elde edilen hakkın milk nitelikli bir hak olduğu kanaatindedirler. Arazinin çevresinin tel örgüyle çevrilmesi veya ihata duvarı içine alınmasının¹⁷⁷ ihyâ anlamına gelmediğinde görüş birliğine varan İslâm hukukçuları arasında, mülkiyeti kazandırıcı ihyâ fiilinin tanımında da esasa taalluk eden bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Genelde sulama, kanal açma, çeşme yapma, kuyu kazma, arazinin taşlarını ayıklama, bataklığı kurutma, hububat ekme, ağaç dikme, bina yapma gibi faaliyetler arazi ihyâsı olarak nitelendirilmişse de¹⁷⁸, bu konuda tüketici bir sayım yapma yerine, *değişen ve gelişen zaman içinde islah ve imar olarak kabul edilebilecek her faaliyetin hukuken ihyâ sayılması* görüşü ağırlık kazanmıştır.¹⁷⁹ Bu meselede **Şâfiî** (204/819) *"ihyâ ancak, örfe imar kabul edilen şeylerin tahukkuyla olur"*¹⁸⁰ şeklinde bir ölçü koymuştur. Hz. Peygamber'in ihyâ kelimesini mutlak olarak zikredip herhangi bir açıklamada bulunmaması da esasen, ihyânın örfi havale edildiğini göstermektedir. *Mecelle'de* (md. 1051) ihyâyâ *"araziyi ziraata elverişli hale getirme"* şeklinde sınırlı bir tanım getirilmiştir.

¹⁷⁴ Bkz. Şâfiî, *el-Üm*, IV,47; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,328-330; *Kânûn-ı Arâzi*, md.103; *Mecelle*, md.1270,1271; Aktan, *"İhyâ"*, XXII,7. Mevât arazinin tanımı ve kapsamını tayin hususunda İslâm hukukçularının görüşleri için bkz. Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 168-173.

¹⁷⁵ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,328-336; *Kânûn-ı Arâzi*, md.103; *Mecelle*, md.1270,1271.

¹⁷⁶ Aktan, *"İhyâ"*, XXII,7.

¹⁷⁷ Mülkiyet hakkının temelde emeğe dayandığı tezini savunan İngiliz filozof John Locke (1632-1704), bu tezin gereği olarak toprak mülkiyetinin devamı ve işletme (emek) ilişkisi hususunda şöyle demektedir: *"Toprak onu ilk açan ve ekene ait olmalıdır. Şayet bir kimse toprağını işletmeden bırakacak olursa bir çitle çevrilmiş olsa bile o, sahipsiz bir arazi farz edilebilir ve başkasının malı haline gelebilir."* Challaye, *Mülkiyetin Tarihi*, 79-80.

¹⁷⁸ *Mecelle*, md.1275-1276. Krş. Krş. Şâfiî, *el-Üm*, IV,47; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,344.

¹⁷⁹ Aktan, *"İhyâ"*, XXII,8.

¹⁸⁰ Şâfiî, *el-Üm*, IV,47,52. إن الإحياء الذي يعرفه الناس هو الإمارة. Krş. İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,344.

İhyâ işleminin mülkiyet veya intifa hakkı kazandırıcı bir ihyâ olarak kabul edilebilmesinin ihyâ eden açısından önemli bir şartı da bu fiillerin ihyâ kastı ile, başka bir deyişle mülkiyet kastıyla yapılmış olmasıdır.

İhyâ işleminin en başta gelen hukukî sonucu bu arazinin mülkiyetinin kazanılmasıdır. "Kim ölü bir arazi ihyâ ederse o arazi onunundur"¹⁸¹ hadisi bu hukukî sonucun kaynağını teşkil eder. Dolayısıyla ölü arazinin usulüne uygun tarzda ihyâ edilip işletilmesi halinde ihyâ edenin özel mülkü olacağı İslâm hukukçularının hâkim görüşüdür. Fakat **Hz. Ömer**'in uygulamaları delil gösterilerek ihyâ yoluyla sadece arazinin kullanım ve işletme (intifâ) hakkının geçtiği, çıplak mülkiyetin (rakabe) devlette kaldığı görüşünü ileri sürenler de olmuştur.¹⁸² Bir grup Hanefî fakihî ve **Ebu Ca'fer et-Tûsî** de dahil Ca'ferîler'in çoğunluğu bu görüştedir. *Osmanlı Devleti*'nde **Kânûnî**'ye kadar, ihyâ edilen ölü toprağın rakabe mülkiyetinin de kazanıldığı, ancak sonradan bu usulün kaldırılarak sadece kullanım ve işletme hakkının verildiğini¹⁸³ söyleyenler varsa da, *Osmanlı*'nın son dönem kanunlaştırmalarında devletin genel izninin, mevât arazinin intifâ hakkını bedelsiz olarak kazanabilmek için yeterli görülürken, mülkiyetin kazanılabilmesi için özel izin alınması şartından söz edilmiş olması, bu iddianın doğru olmadığını göstermektedir.¹⁸⁴

Bu bağlamda Osmanlı'nın son dönemi kanunlaştırmalarında ihyâ olunan arazinin hukukî statüsünü belirleme hususunda iki farklı kanun maddesi dikkat çekmektedir. Toprak hukukunun kanunlaştırmasını konu alan *Kânûn-ı Arâzî*'de (md. 103), "... rakabesi beytül-mâle aid olmak üzere..." denilmek suretiyle, ihyâ ile yalnızca arazinin tasarruf hakkının kazanıldığı, çıplak mülkiyetin ise devlete ait olduğu yani ölü arazinin mîrî arazi vasfını kazanacağı görüşü hükme bağlanmıştır. Halbuki *Kânûn-ı Arâzî*'den bir süre sonra hazırlanmış olan *Mecelle*'de ihyâ ile arazinin çıplak mülkiyetinin de kazanılacağı ifade edilmektedir. "*Bir kimesne izn-i sultânî ile arâzi-i mevâtadan bir yeri ihyâ ve imar eylese ana malik olur.*"¹⁸⁵ Bu maddeye göre ihyâ edilen ölü arazi mülk arazi grubuna girmektedir. Bununla birlikte *Mecelle*'de, aynı maddenin ikinci fıkrasında, bir şahsa yetkili merci tarafından ihyâ izni verilirken, çıplak mülkiyetin devlette kalıp ihyâ edenin sırf kullanma (intifa) hakkına sahip olduğunun ifade edilebileceği de belirtilmiştir. "*Ve eğer sultan yahut vekili bir kimseye bir yerden mücerred intifa edip de temellük etmemek üzere ihyasına izin verse ol kimse me'zûn olduğu vechile ol yerde tasarruf eder. Amma ol yere malik olmaz.*"

Dolayısıyla bu iki kanun hükmünün birbiriyle çeliştiği düşünülebilir. Ancak iki kanun mecmuasının ihyâ ve mülkiyet ilişkisine yaklaşımındaki farklılık, yetkili merci tarafından ihyâ izninin şartlı verilip verilmemesi durumuyla açıklanmıştır. Buna göre *Kânûn-ı Arâzî*'nin 103. maddesindeki düzenleme, ihyâ izninin şarta bağlanması halinde kazanılan hakkın özelliğini belirtmektedir. *Mecelle*'de ise, ihyâ izninin hem mutlak, hem de şarta bağlı olma durumları ayrı ayrı öngörülmek suretiyle her iki hale göre kazanılan hakkın hukukî niteliği hükme bağlanmıştır.¹⁸⁶

Âtıl toprakların ziraata elverişli hale getirilmesine olan talep ve ihtiyaçla, devletin bu konudaki düzenleyici ve teşvik edici rolünü birlikte değerlendiren İslâm hukukçuları, kamu otoritesinin mevât arazileri ihyâ ve imar etmek, uzun süre âtıl bırakmamak kaydıyla uygun gördüğü kimselere iktâ edebileceği görüşünde birleşmişlerdir. Bu husus, *Hz. Peygamber*

¹⁸¹ Muvatta' "Akdiye" 26; Buhârî "Hars ve'l-Müzâra'a" 15; Ebu Dâvud "Harâc" 37; Tirmizî "Ahkâm" 38

¹⁸² İhyâ ile kazanılan hakkın hukukî niteliği ile ilgili tartışmalar için bkz. Şafak, *İslâm Arazi Hukuku*, 183-186.

¹⁸³ Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, 46.

¹⁸⁴ *Mecelle*, md.1272; *Kânûn-ı Arâzî*, md.103.

¹⁸⁵ *Mecelle*, md.1272. Ayrıca bkz. md.1273,1280.

¹⁸⁶ Bkz. Cin, *Mîrî Arazi*, 39; a.mlf., *Osmanlı Toprak Düzeni*, 46-47.

döneminden itibaren yaygın bir uygulama kazanan iktâ müessesesinin mevât arazilere uygulanış biçimi olarak da görülebilir. Bu şekilde iktâ edilen arazi ihyâ edilmediğinde veya ihyâ sonrası uzun süre âtil tutulduğunda, bu durum, hakkın kötüye kullanımı olarak görülüp kamu otoritesine iktâdan rucû etme ve aynı yeri başka birine iktâ etme hakkı tanınmıştır. Nitekim Hanefi hukukçu **Kâsânî** (587/1191), üç yıl ardarda ihyâ edilmeyip arazinin âtil bırakılmasını, şahsın imar niyetinde olmadığı delili olarak yorumlanacağını söylemiştir.¹⁸⁷ Nitekim *Rasûl-i Ekrem* ve Hulefâ-yi Râşidîn döneminde iktâ edilen arazinin ihyâ edilmediğinde, veya üç yıl boş tutulduğunda geri alındığının örneklerine rastlanır.¹⁸⁸ *Kânûn-ı Ârâzî* (md. 103) ve *Mecelle*'deki (md. 1279) düzenleme de bu yödedir.

Bir arazi ihyâ edildikten ve mülkiyeti kazanıldıktan sonra terk edilmek suretiyle tekrar işletilmeyen ve verimsiz bir toprak haline geliren arazinin nasıl bir statüye tabi olacağı doktrinde ayrı bir tartışma konusudur. **Yahyâ b. Adem** (203/818)¹⁸⁹ gibi bazı hukukçular ihyâ ile kazanılan mülkiyetin, diğer usullerle elde edilen mülkiyet gibi olacağını, dolayısıyla artık işletilmeyip âtil bırakılsa bile ebediyen ihyâ edenin mülkünden çıkmayacağını, öldüğü takdirde vârislerine intikal edeceğini söylemişlerse de; İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre ihyâdan sonra terk, arazi üzerindeki mülkiyet hakkının kaybına sebep olur. Zira ihyâ ile kazanılan mülkiyet, aslında tüm toplumun ortak hak sahibi olduğu bir mülkiyet idi. İmar edilip tarım ve ziraata açılması durumunda bundan hem ihyâ edenin hem de toplumun faydalanacağı düşünülüyor için özel şahısların hüküm ve tasarrufuna verilmiş idi. Dolayısıyla âtil bırakılması durumunda devlet aynı araziye ihyâ edecek başka bir kişiye iktâ edebilir.¹⁹⁰

Mecelle'deki düzenlemeye de esas alınan (md. 1273) cumhur İslâm hukukçularının görüşü, ihyâ müessesesinin amacıyla da uygunluk arz etmektedir. Bu ise ihyâ ile kazanılan mülkiyet hakkının kayıtsız, şartsız ve süresiz olmadığı, ihyânın amacıyla sınırlı bulunduğu anlamını taşır. Bu meselede Mâlikî hukukçular mülkiyetin kaybını, uzun süre ilgisiz kalınmak suretiyle arazinin terkedildiği karînesine bağlamışlardır.¹⁹¹

Ülkenin iktisadî seviyesini yükseltme, tabii kaynakların en verimli şekilde kullanılmasını sağlama gibi amaçlarla özel mülkiyete getirilen/getirilebilecek sınırlamalar elbetteki bu iki uygulamayla sınırlı değildir. Esasen iktâ ve ihyâ-ı mevât, kamu otoritesinin hakimiyet ve tasarrufunda olup bütün toplumun hakkı bulunan servetlerin, kamu yararına olmak üzere fertlere açılmasından ibarettir. Ancak bu şekilde bireylerin kazandığı hakkın milk nitelikli olması da söz konusu olduğu için, bu aidiyetin bireylere bahşettiği hakların kamu yararına sınırlandırılması söz konusudur.

Bu iki müesseseye hakim olan hukuk düşüncesi dikkate alındığında, diğer yollarla kazanılan arazi mülkiyetine de çeşitli sınırlamalar getirilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.¹⁹² Bu bağlamda siyasî erk, iktisadî verimliliği artırmaya dönük olmak üzere

¹⁸⁷ Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,194.

¹⁸⁸ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 61, 65; Ebu Ubeyd, *el-Emvâl*, 362-368; *Mecelle*, md.1279. Muslehuddin, *Economics and Islam*, 102.

¹⁸⁹ Yahyâ b. Adem, *el-Harâc*, 90.

¹⁹⁰ Şâfiî, *el-Ûm*, IV,53; Kâsânî, *el-Bedâi*, VI,194,195.

¹⁹¹ Aktan, "*İhyâ*", XXI,9.

¹⁹² Krş. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III,90-91; Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, 168-171; 268-269. Bu noktada Hacı Mehmet Günay, Hz. Peygamber'in Bilâl b. Hâris'e verdiği büyük bir araziye Bilâl'in imar edememesi üzerine, Hz. Ömer'in işletemediği kısmı geri almasıyla ilgili uygulamasından hareketle, özel mülkiyet konusu arazilerin işletilmesini sağlamaya dönük bir takım sınırlamalarda bulunulamayacağını; zira Hz. Ömer'in geri aldığı arazi Bilâl'in şahsi mülkü olmayıp, sadece arazi üzerinde ihyâ için öncelik hakkının bulunduğunu söylemektedir. Bkz. "*İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*", 170. İhyâ ve iktâ ile kazanılan hakkın hukukî niteliği İslâm hukukçuları arasında tartışmalı olmakla birlikte, ilk dönem uygulamalarında ihyâ için üç yıllık bir süre belilemesinde bulunulduğu ve Bilâl b. Hâris'e arazinin Hz. Peygamber tarafından iktâ edilmesi ile Hz. Ömer'in işletemediği kısımları geri alması arasındaki süre de dikkate alınırsa, Bilâl'in arazi üzerinde ihyâ için öncelik hakkından öte bir yetkiye sahip olduğu görülür. Kaldı ki burada esas alınan birebir bu uygulama değil, bu uygulamaya da hakim olan hukuk düşüncesidir.

bireylere danışmanlık görevi yapma yanında, mülkiyetin kullanım ve nemalandırılma usullerini de belirleyebilir.¹⁹³ Bu cümleden olmak üzere mülk arazilerde tarımı yapılacak ürünler siyasî erk tarafından belirlenebilir. Aynı şekilde bireylerin mülkünde bulunan topraklarda yeni tarım alanlarının açılması kontrol altında tutulabilir. Nitekim geçerli bir maslahat söz konusu olduğu zaman mübâhların sınırlandırılmasının şer'î siyaset bakımından mümkün olduğunu söyleyen çağdaş âlimlerden **Yusuf el-Karadâvî**, bu bağlamda *Mısır* için pamuk, *Lübnan* için ise elma ekim alanlarının sınırlandırılmasında maslahat bulunduğunu söyler.¹⁹⁴ Ancak bu uygulamaların, birisi hukukî sınırlamaya, diğeri de sınırlamanın devamına/süresine yönelik olmak üzere iki önemli şartı vardır:

- a) Siyasî otoritenin bu alandaki düzenlemeleri, mutlaka kamu yararına olmak ve ilgili sınırlama da bu amacı tahakkuk ettirecek nitelikte olmak zorundadır.
- b) Bu tür sınırlamalar geçici sınırlamalardır ve gerekçenin ortadan kalkması ya da amacın tahakkukuyla birlikte sınırlama da sona erer.

İslâm hukukunda kamu yararına özel mülkiyet sınırlamalarının önemli bir bölümünü de siyasî ve sosyal amaçlı sınırlamalar oluşturur. Bu amaca dönük sınırlamaların bir kısmı doğrudan yasaklayıcı naslara, diğeri bir kısmı ise, çok yönlü mülahazalara bağlı olarak siyasî otoritenin düzenleme ve sınırlama yetkisine dayanmaktadır.

II. SİYASÎ SOSYAL AMAÇLI SINIRLAMALAR

Siyasî sosyal amaçlı mülkiyet sınırlamalarının bir kısmı doğrudan düzenleyici/sınırlandırıcı kanun hükümlerinden (naslardan), diğeri bir kısmı ise, İslâm hukukunun genel-külfî prensiplerinin yorumundan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda kamu maslahatına olmak kaydıyla idârenin de, temelde mübâh bir hak olan mülkiyet hakkıyla ilgili düzenleme ve sınırlamalarda bulunma yetkisi vardır.

Siyasî amaçlı mülkiyet sınırlamalarının bir kısmı, mülkiyetin siyasî nüfûz aracı olarak kullanılmasının önüne geçmeyi hedefler. Bu bağlamda insanoğlu sahip olduğu fizikî, maddî ve mânevî güç ve yetkiyi her an için bir baskı ve zulüm aracı olarak kullanabilecek özellikte olması gerçeğinden hareketle İslâm hukukçuları, servetin bir baskı aracı olarak kullanılması ve böylece kamu imkanlarından yararlanma, idarî görevler üstlenme gibi amaçlarla kullanılmasına hukuken engel olunacağını belirtmişlerdir. Aksi taktirde esasen hukuk çerçevesinde kullanıldığında hayır ve kurtuluş vesilesi olan mal, kötüye kullanılmak suretiyle şer aracı halinde dönüşmüş olacaktır.

Bu bağlamda âyet ve hadislerde insanın sahip olduğu her türlü imkan, yetki ve özelliğin ıslah edilmesine yönelik tavsiye ve irşadlara çokça yer verildiğini görmekteyiz. İman temelli bu tür ahlâkî tavsiye ve yönlendirmeler, fert ve toplum hayatında doğabilecek hukukî boşlukların, hukuk dışı amaçlar için kullanımının da önüne geçmektedir. Diğeri bir ifadeyle bunlar, hukukun ahlâkî ve mânevî müeyyidelerini teşkil etmektedir. İnsanın kolayca kötüye kullanabileceği ve büyük bir zulüm ve baskı aracı haline dönüşebilecek imkanların/hakların başında ise mülkiyet gelmektedir. Özellikle büyük miktarda malvarlığına sahip olanlar açısından bu tehlike hemen her an için söz konusudur. Nitekim bugün, ülkelerin siyasî, iktisadî, sosyal, hukukî bütün karar mekanizmalarında büyük servet sahiplerinin belirleyici rolü herkes tarafından müşahade edilmektedir.

¹⁹³ Bkz. Mübârek, *el-İktisâd*, 123; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 48-49; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,419; Ömerî, *el-Hak*, 189,195; Hammûd, *Takyîdu hurriyyeti'l-mâlikîn*, 71.

¹⁹⁴ Karadâvî, *İslâm Hukuku*, 62.

Servetin kolaylıkla baskı ve zulüm aracı haline dönüşebileceğini hususunda *Kur'ân* bize, zenginliği darb-ı mesel (*Kârun gibi zengin*) haline gelmiş, *Kur'ân*'ın ifadesiyle hazinelerine ait anahtarları, güçlü-kuvvetli bir topluluğun bile zor taşıyabileceği kadar zengin olan, ancak bu serveti halka karşı zulüm aracı olarak kullanan *Kârun*'dan söz etmektedir. Fakat sonunda Yüce Allah, onu da, sarayını da yerin dibine geçirmiş ve gelecek nesillere, servetin bolluğunun da darlığının da bir imtihan vesilesi olduğunu hatırlatmıştır.¹⁹⁵

Delayısıyla İslâm'da, servetin maddî kazanç teminine yönelik olarak bir baskı aracı haline dönüştürülmesine izin verilmediği gibi, siyâsî nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasına da izin verilmez. "*Mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin. Kendiniz bilip dururken, insanların mallarından bir kısmını haram yollardan yemeniz için o malları hakimlere (idarecilere veya mahkeme hakimlerine) vermeyin*"¹⁹⁶ âyetiyle yasaklanan, yalnızca hâkim, memur ya da herhangi bir devlet yetkilisine verilen rüşvet değil, aynı zamanda siyâsî nüfuz elde etmek için yapılan her türlü harcamadır.¹⁹⁷ Nitekim Hz. Peygamber (sav)'in bize örnek gösterdiği sahabe nesli de kazandığı servetleri diğer insanları sömürerek edinmedikleri gibi, toplum üzerinde sulta kurmak için de kullanmamışlar, aksine gerektiğinde tüm varlıklarını hayır işlerine sarfederek sosyal huzurun sağlanmasına büyük katkıda bulunmuşlardır.¹⁹⁸ Öte yandan **Muhammed Abdullah el-Arabî**'nin de belirttiği gibi¹⁹⁹, devlet başkanının görevlerinden biri de, servet sahiplerinin mallarını, siyâsî nüfuz elde etme amacıyla kullanmalarına engel olmaktır. Bu noktada gerekli idarî ve yasal düzenlemelerin yapılması da devlet başkanının görevleri arasındadır.

Mülkiyetin siyâsî nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasının, devlet imkanlarının haksız yollarla kazanılması, esasen hak sahibi olan şahısların bu imkanlardan mahrum bırakılması, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin ehil olmayan ellere tevdi edilmesi ve lâıyık olan şahısların açıkta kalması gibi bir çok haksızlık ve zulmü beraberinde getireceği açıktır.

Esasen müslüman açısından bir imtihan aracı olan servetin ve bu hakkın bireylere sağladığı imkanların, haksız kazanç, baskı ve zulüm vesilesi edinilmemesi; bu bağlamda özellikle ülkelerin geleceğini, dünya ülkeleri arasında edineceği yeri tayin eden, siyâsî, idarî, hukukî karar mekanizmalarının teşkili bakımından fevkalâde önemli bu giriş bilgilerinden sonra, siyâsî amaçlı mülkiyet sınırlamaları bağlamında dış ticaret sınırlamalarına geçebiliriz.

A. DIŞ TİCARET SINIRLAMALARI

Dış ticaret sınırlamalarına geçmeden önce öncelikle İslâm'ın, müslümanların gayri müslimlerle ticarî ilişkiler kurmasına izin verip vermediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

1. Dış Ticarî İlişkilerin Hukukî Temeli

"Yeryüzünde yürüyen her canlının rızığı, yalnızca Allah'ın üzerindedir"²⁰⁰ ; "O yerde ne varsa hepsini sizin için yarattı"²⁰¹ ; "Görmedin mi Allah yerdeki eşyayı ve emri uyarınca

¹⁹⁵ Kasas 28/78-83.

¹⁹⁶ Bakara 2/188.

¹⁹⁷ Bkz. Arabî, *el-İktisâd*, 151-152,211; a.mlf., "*el-Milkiyyetü'l-hâssa*",65,149,183.

¹⁹⁸ Kallek, "*Hilafet ve İktisat*",115.

¹⁹⁹ Arabî, *el-İktisâd*, 211.

²⁰⁰ Hûd 11/6.

²⁰¹ Bakara 2/29.

denizde yüzen gemileri sizin hizmetinize verdi²⁰² ; "Yeryüzünü size boyun eğdiren O'dur. O halde yeryüzünün sırtlarında dolaşın da Allah'ın size verdiği rızıklardan yararlanın ve bilin ki dönüş ancak O'nadır²⁰³ gibi ilâhî kelâmılar Yüce Yaratıcı'nın, kâinatın imkanlarını herhangi bir ayırma gitmeden bütün insanların faydasına eşit sunduğunu göstermektedir.²⁰⁴

Gerçekten de bütün evreni insanın hizmetine sunan Allah Teâlâ, kâinatın her bölgesini birbirinden farklı nimetlerle donatmıştır. Dolayısıyla dünyanın her bir köşesi farklı tür ve yoğunlukta yer altı ve yerüstü zenginliklere sahiptir ve bu zenginliklerin tamamı tüm insanlık için rızıktır, geçim vesilesidir. İşte bu durum insanın ihtiyaç duyduğu ve yeryüzünün değişik coğrafyalarına dağıtılmış halde bulunan maddelerin elde edilebilmesi için, bu bölgelere seyahatı ve alış-verişi zarurî kılmaktadır. Nitekim lütfu ve kereminin bir eseri olarak insanı rızıklandıran Yüce Mevlâ, insanoğlunu, belirli bir coğrafya ile sınırlamaksızın yeryüzünün tamamında rızık aramaya teşvik etmiştir. "Yeryüzünü size boyun eğdiren O'dur. O halde yeryüzünün sırtlarında dolaşın da Allah'ın size verdiği rızıklardan yararlanın²⁰⁵; "Namaz bitince yeryüzüne dağılın ve Allah'ın lütfundan isteyin.²⁰⁶

Bunun yanında Kur'ân, denizaşırı ticareti de tasvip ve teşvik etmektedir. "O denizi de (hizmetinize) ram etti ki, ondan taptaze et yiyesiniz ve ondan giyeceğiniz süsler çıkarasınız. Görüyorsun ki gemiler denizi yara yara akıp gitmektedir. Bunlar Allah'ın lütfunu aramanız ve O'na şükretmeniz içindir.²⁰⁷ "Rabbiniz O'dur ki, nimetinden aramanız için gemileri denizde yürütür. Doğrusu O, size karşı çok merhametlidir.²⁰⁸

Dolayısıyla yeryüzünün her bir coğrafyasının değişik oranlarda ve farklı nimetlerle donatılmış olması, toplumları birbirine bağlı ve muhtaç hale getirmiş, karşılıklı ticarî ilişkilere zemin hazırlamıştır. Nitekim insanların farklı toplumlar halinde yaratılmalarının hikmeti olarak Kur'ân-ı Kerim'de gösterilen "tanışma (teârûf)", karşılıklı mal mübadelesini, iyi ticarî ilişkileri de kapsamaktadır.²⁰⁹ Kaldı ki sosyologlar, bireyler ve toplumlar arası karşılıklı alış-veriş ya da ticaret fikrinin, insanın toplum halinde yaşama istidadı yanında, ülfet ve ünsiyet mefhumuyla da yakından alakalı olduğuna dikkat çekmektedirler.²¹⁰ Binaenaleyh zarûret ve maslahat ilkeleri tarihin en eski dönemlerinden itibaren toplumları, diğer insan grupları ve toplumlarla ticarî ilişkiler kurmaya sevk etmiştir. Bizzat Kur'ân, Mekke halkının kış ve yaz olmak üzere gerçekleştirdikleri iki ekonomik seyahatten söz etmekte, bunun onlara verilmiş büyük bir nimet olduğuna vurgu yapmakta ve buna karşılık kulluk görevini yerine getirmeleri istenmektedir.²¹¹ Zira özellikle tarıma elverişli olmayan Mekke'de, Kureys kabilesinin en önemli gelir kaynağını kışın (rihletü's-şita) güneye (Yemen), yazın (rihletü's-sayf) kuzeye (Suriye) giden ticaret kervanları sağlıyordu.²¹² Öte yandan vahyin nâzil olduğu dönemde Mekke ve çevresi, uluslararası ticarete merkezlik yapmakta, bu amaçla büyük ekonomik pazarlar ve panayırlar kurulmaktaydı ki, **Ahmed b. Hanbel** (241855)'in verdiği bilgiye

²⁰² Hac 22/65.

²⁰³ Mülk 67/15.

²⁰⁴ Bkz. Özel, "İslâm Hukukunda Ülke Kavramı ve Düşman Ülkelerle Ticarî İlişkiler",167.

²⁰⁵ Mülk 67/15.

²⁰⁶ Cum'a 62/10.

²⁰⁷ Nahl 16/14.

²⁰⁸ İsrâ 17/66. Ayrıca bkz. Rûm 30/46; Fâtır 35/12; Câsiye 45/12.

²⁰⁹ Besyûnî, *el-Hurriyyetü'l-İktisâdiyye fi'l-İslâm*, 518. Krş. Özel, "İslâm Hukukunda Ülke Kavramı ve Düşman Ülkelerle Ticarî İlişkiler",167-168; Güner, *Rasûlullah'ın Ehl-i Kitapla Münasebetleri*, 334-335.

²¹⁰ Sezen, *Sosyoloji Açısından Din*, 82. Krş. Güner, a.g.e., 334-335.

²¹¹ Kureys 106/1-4. Bu seyahatların uluslararası dış ticaret açısından yeri ve değerlendirmesi için bkz. Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 268-270.

²¹² Özel, "İslâm Hukukunda Ülke Kavramı ve Düşman Ülkelerle Ticarî İlişkiler",168.

göre²¹³, *Yemeri*'deki *Hubâşe* ve *Abdulkayslar*'ın topraklarında düzenlenen *Suhâr* ve *Debâ* panayırlarına *Hz. Peygamber* de bizzat iştirak etmiştir. Diğer taraftan **Buhârî** (256/869)'nin **Abdullah b. Abbas**'tan rivayet ettiği şu bilgi, bu panayırların konumunun İslâm'ın doğuşundan sonraki dönemlerde de korunduğunu göstermesi bakımından ilginçtir. **İbn Abbas** (ra) diyor ki: "*Câhiliyye döneminde Zül'-meczaz ve Ukaz Arabın ticaretgahı idi. Nûr-ı İslâm'ın tulû'u üzerine müslümanlar buralarda mevsim-i hacda alış-veriş etmeyi günah addetmişlerdi. Nihayet "Rabbimizin lütuf ve keremini aramanızda sizin için bir günah yoktur" âyet-i kerimesi nazil olup mevsim-i hacda müslümanların alış-veriş yaparak Rablerinin fazlû kereminden müstefid olmalarında günah olmadığı bildirildi.*"²¹⁴

Hz. Peygamber (sav)'in ticarî sahadaki pratiğinden yalnızca bir kaçını önümüze koyan bu uygulamalar ve *Kur'ân*'ın ifadesiyle insanların farklı topluluklar halinde yaratılmalarının hikmetini ifade eden ve ticarî ilişkileri de kapsayan teârûf (tanışma), İslâm'da ticarî ilişkilerin tüm insanlığı kapsadığının delilleri konumundadır. Dolayısıyla müslümanların gayri müslimlerle ticarî ilişkiler kurmasında prensip itibarıyla İslâm açısından hiçbir sakınca yoktur. Nitekim *Hz. Peygamber* ve ashabi hem sayı ve iktisadî güç itibarıyla oldukça zayıf oldukları *Mekke* döneminde, hem de bir topluluk oluşturmaya başladıkları ve nihayet devletlerini kurdukları *Medine* döneminde gayri müslimlerle ticarî ilişkilerde bulunmuşlardır.

Yukarıda işaret edilen ve *Hz. Peygamber* (sav)'in uygulamalarından örnekler sunan rivâyetler yanında, esasen *Mekke*'nin önde gelen tüccarlarından iken, tüm malvarlığını orada terketmek zorunda kaldığı için *Medine*'ye hicret sonrası ekonomik açıdan zayıf duruma düşen **Abdurrahman b. Avf**'in, yahûdîlere ait *Kaynuka pazarı*'nda ticarî faaliyetlerde bulunduğu ve kısa sürede tekrar eski zenginliğine kavuştuğu²¹⁵, *Hz. Hz. Ali* (ra)'ın, kuyumculuk yapan bir yahudî ile birlikte ızdır otu toplayıp sattığı²¹⁶, yahudilerden un satın aldığı²¹⁷, ashabin zaman zaman yahudîlerle ticarî ilişkilere girerek borçlu kaldıkları ve bu konuda *Hz. Peygamber*'den yardım istediklerine²¹⁸ dair rivâyetler, İslâm'da müslüman olmayanlarla ticarî faaliyette bulunmanın cevazının diğer delilleridir.²¹⁹

Nimetlerin değişik coğrafyalara ve farklı oranlarda yayılmış olması (fiilî/maddî unsur), insanın bu nimetlere olan ihtiyacı (fitrî unsur), bu unsurlara bağlı olarak naslarda yer alan tasvip ve teşvik ifadeleri (şer'î unsur) ve müslümanların tarihî tecrübesi (tarihî unsur) İslâm'da, İslâm dünyası ile diğer bölgeler arasında uluslararası ticarî bağların kurulmasının mümkün ve câiz olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Kaldı ki **Ahmet Yaman**'ın isabetle belirttiği üzere "*hac gibi ömürde bir defa farz olan bir ibâdet sırasında bile "(Hac mevsiminde ticaret yaparak) Rabbinizden gelecek bir lütuf ve keremi aramanızda size herhangi bir günah yoktur..."*²²⁰ âyetiyle ticareti onaylayan bir dinin, normal zamanlarda dış ticareti yasaklaması makul olamaz."²²¹ Öte yandan son asrın büyük âlimlerinden **Muhammed Hamidullah**'ın ifadesiyle, kendisi de bir ticaret adamı ve aynı mesleği icra eden hemşehrileri arasında son derece hürmet gösterilen itibarlı bir kervan tüccarı olan *Hz. Muhammed* (sav), hepsi de ticaret maksadıyla olmak üzere *Filistin*, *Yemen*, *Bahreyn-Uman* bölgelerini dolaşmıştı. Hatta

²¹³ Ahmed, *Müsned*, IV,206. Krş. Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II,953.

²¹⁴ Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, VI,174; Yaman, *Uluslararası İlişkiler*,270.

²¹⁵ Buhârî, "Buyû" 49; "Menâkibu'l-Ensâr", 2.

²¹⁶ Buhârî, "Buyû" 28; Ebu Dâvud, "Harâc" 20.

²¹⁷ Ebu Dâvud, "Lukata" 1.

²¹⁸ Buhârî, "Buyû" 51; "İstikrâz" 10; Ebu Dâvud, "Vasâyâ" 17; Nesâî, "Vasâyâ" 4; İbn Mâce, "Sadakât", 20.

²¹⁹ *Hz. Peygamber*'in ehl-i kitapla ticarî ilişkileri için bkz. Güner, *Rasûlullah'ın Ehl-i Kitap'la Münasebetleri*, 334-339. İslâm hukukunda dış ekonomik ilişkilerin meşruiyeti ve hukukî dayanakları için bkz. Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 275-279.

²²⁰ Bakara 2/198.

²²¹ Yaman, *Uluslararası İlişkiler*,276.

aynı maksatla *Kızıl Denizi* gemi ile geçmek suretiyle *Habeşistan'a* kadar ulaşmış olması da muhtemeldir. Böylece ilâhî irâdenin de dilemesiyle bu ülkelerde içine daldığı pek önemli problemler ve bizzat hayatın içinde yaşamak suretiyle edindiği bilgi ve tecrübeler, onun gerçekleştirdiği son derece geniş mâna ve önem taşıyan iktisadî islahat ve reformlarının anlaşılmasında bize yardımcı olma niteliğinde sayılmalıdır.²²²

Müslümanlar da her konuda olduğu gibi ticarî-iktisadî muamelelerde de Rehberleri'nin yolundan gitmişlerdir. Tarihî bir gerçeklik olarak müslümanların diğer toplum ve bölgelerle olan münasetlerinde, ticarî ilişkiler hep siyasî ilişkilerden önce gelmiş, ilk dönemlerden başlamak üzere müslümanlar, kısa bir süre içerisinde *Uzak Doğu* ve *Çirke* kadar ulaşmışlar, karadan ve denizden bütün *Afrika*, *Asya* ve *Avrupa'yı* dolaşmışlardır. "Müslümanlarla gayri müslimler arasındaki ticarî ilişkiler İslâm'ın tanınmasını ve yaygınlaşmasını da beraberinde getirmiştir. Dünyanın birçok ülkesinde İslâm'ın tebliğini dolaylı veya dolaysız yollarla müslüman tacirler üstlenmişler, güven veren barışçı kişilikleriyle çoğu zaman yerli yöneticilerin yanında hoşça kabul görmüşler; onlara, ülkelerinin ticarî ürünlerini pazarlayarak ya da oradan ihtiyaç duyulan dış ürünleri ithal ederek ticarî yarar sağlamışlardır. Bu ilişkiler, müslüman tüccara nüfuzlarını artırma ve dolayısıyla dinlerini rahatça tebliğ edebilme imkanı vermiştir. Bu arada girdikleri ülkelerde doğal olarak ticaret ve mübadelenin gelişmesinde ve böylece ekonomik ilerlemenin gerçekleşmesi ve bayındırlık faaliyetlerinin hızlanmasında etkili olmuşlardır."²²³ Hatta müslüman tacirler vasıtasıyla oluşan bu ticarî canlılık, İslâm'ın yayılmasına paralel bir şekilde genel anlamda uluslararası ticaretin canlanmasını sağlamıştır. Zira "İslâm'ın hakim olduğu geniş coğrafyada sağlanan uluslararası güvenlik, ticarî ilişkilerin artmasına ve güçlenmesine imkan verdi. *Uzak Doğu* ile *Avrupa* arasındaki karşılıklı mal mübadelesi büyük ölçüde müslüman tüccarlar vasıtasıyla sağlandı. Çok erken dönemlerden itibaren, İslâm hukuku ve İslâm dünyasındaki ticaret örfü, ticareti ve mal mübadelesini kolaylaştıran ticaret tekniklerinin oluşmasına imkan sağladı. Batı dünyasından çok önceleri İslâm dünyasındaki tacirler uzun mesafelerde kredi ve transfer mekanizmalarından faydalandılar."²²⁴

Dolayısıyla gerek İslâm hukukunun temel kaynaklarındaki ifadeler, gerek asr-ı saadetten başlamak üzere müslüman toplumların uygulamaları *İslâm hukukunda dış ticaret hususunda aslolanın serbestiyet (ibâha)* olduğunu göstermektedir. Hatta İslâm'a göre uluslararası ilişkilerde²²⁵ karşı tarafın tutumu²²⁶ belirleyici olmakla birlikte, ilişkilerin savaş esasına göre gelişmesi durumunda da, -bu hal muhariplerle sınırlı tutulacağından- sivil kesimlerle iyi ilişkiler sürdürülmeye devam edilecektir. Dolayısıyla barış zamanında olduğu gibi savaş halinde de düşman ülkelerin sivil tebaasıyla karşılıklı güvenin sağlanması halinde ticarî ilişkilerin kurulması baştan beri teşvik ve himaye görmüştür. Nitekim *Tebuk* ve *Hayber* gazveleri sırasında bazı sahâbîler ticaretle meşgul oldukları halde *Rasûlullah* kendilerini engellememiştir.²²⁷ Bu nas ve uygulamaları gözönüne alan müslüman hukukçular da

²²² Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II,957.

²²³ Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 274-275 (İzzeti, *İslâmın Yayılış Tarihine Giriş*, 302). Ayrıca bkz. Özel, a.g.mkl., 168-169.

²²⁴ Özel, a.g.mkl.,168.

²²⁵ İslâm hukukuna göre *Uluslararası İlişkilerin* temelinin barış (sulh) mı, yoksa savaş mı olduğu hususunda, her iki görüşün delilleri ve tartışmaları için bkz. Özel, *Ülke Kavramı*,45-48; Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 111-136.

²²⁶ Kur'an, gayri müslimlerle ilişkilerin onların tutumlarına göre belirleneceğini ifade etmektedir. "Allah sizi, din hakkında sizinle savaşmayan ve sizi yurtlarınızdan çıkarmayan kimselere iyilik etmekten, onlara âdil davranmaktan menetmez. Çünkü Allah âdil olanları sever. Allah sizi, ancak sizinle din hakkında savaşan, sizi yurtlarınızdan çıkaran ve çıkarılmanız için yardım eden kimselerle dost olmaktan meneder. Kim onlarla dost olursa işte zâlimler onlardır." Mümtahine 60/8-9.

²²⁷ Ebu Dâvud, "Cihad" 168; İbn Mâce, "Cihad" 24.

bugünkü uluslararası teâmülün aksine genel olarak savaş durumunun varlığını ticarî ilişkilere engel görmemişlerdir.²²⁸

Şu halde müslüman olmayan topluluklarla ticarî ilişkilerde bulunmanın meşruiyeti konusunda her hangibir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak müslüman birey ve toplulukların dış ticarî münasebetlerde bulunması hususunda İslâm hukukçularından bir kısmının çekinceli bir tavır sergiledikleri görülmektedir. Bu hukukçulara göre, dinin hükümlerinin tam olarak yaşanabilmesi ancak, tam anlamıyla serbest, dine ve dindara gereken saygının gösterildiği bir ortamda mümkündür. Bu özellikte olmayan bir yerde İslâm'ı tam olarak yaşayamama sıkıntısı her an için varolabilir; dolayısıyla müslümanın böyle bir yerde yaşaması doğru değildir. Diğer taraftan söz konusu hukukçuların bu yaklaşımlarının arkasında yatan sebeplerden biri de, gayri müslimlerin hukuk sistemlerinin müslümanlara tatbik edilmesi endişesidir.²²⁹ Hanefî hukukçulardan **Kâsânî** (587/1191), dâru'l-harbe ticaret için gitmede bir mahzur bulunmadığını, öteden beri uygulamanın da bu yönde bir seyir izlediğini ve hiçbir kimsenin, ticaret için ülke dışına çıktığı için ayıplama ya da kınamaya maruz kalmadığını belirtmekle birlikte; yine de orada müslümanın, İslâmî kişiliği sebebiyle alay konusu edilebileceğini, dolayısıyla canı ve inancı tehlikeden korumak bakımından gitmemenin daha iyi olacağını belirtir.²³⁰ Hanbelî âlimlerden **Haccâvî** ise, düşman toprağı yanında Hâricîler, Rafizîler ve Asîlerin elindeki yerlere ticaret için gitmenin mekruh, dinin gereklerini ifa imkanı bulunmaması halinde ise bunun haram olduğunu söyler.²³¹ Diğer bazı âlimler de kendilerine küfür ahkâmının uygulanacağı gerekçesiyle müslüman tüccarları dâru'lharbe gitmekten menetmişlerdir.²³²

İctihadlarında maslahat ve sedd-i zerfa ilkesine büyük bir yer veren **İmam Mâlik** (179/795) ve onu takip eden İslâm hukukçuları, müslümanın, ticarî faaliyetler için İslâm ülkesi dışına çıkmasına şiddetle karşı çıkmaktadırlar. Medine'nin imamı **Mâlik**'i böyle bir ictihada sevkeden husus, gayri müslimlerin hukuk sistemlerinin müslümanlara tatbik edilmesi endişesidir.²³³ Dolayısıyla devletin, müslümanların bu amaçla ülke dışına çıkmasına engel olması gerekir. Hatta **Mâlik**'in talebelerinden **Sehnûn** (240/854), ticarî amaçlı dış seyahatları büyük günahlardan saymakta, **İbnü'l-Kâsım** (191/806) da, buna binaen ağır tazir cezasını zorunlu görmektedir.²³⁴

Aynı şiddet ve hassasiyeti Zâhirî hukukçularda da görmekteyiz. Bu ekolün dirayetli fakihî **İbn Hazm** (456/1064), "*Ben müşrikler arasında oturan her müslümandan beriyim*"²³⁵ meâlindeki hadisi bu görüşe mesned göstermektedir. Ancak bu hadisin ticaret ve diğer ekonomik faaliyetlerle bir ilgisinin olmadığı, *Hz. Peygamber*'in bu sözüyle, daha çok imanî hassasiyete ve dâru'lislâm idaresine bağlılığa vurgu yaptığı ortadadır.²³⁶

Dış ticarî ilişkilerin meşruiyetini böylece tespit ettikten sonra, bir müslümanın İslâm ülkesi dışındaki ticarî faaliyetlerinde uyması gereken ilkeler ve hukukî mevzuatın ne olacağı meselesinin, İslâm hukukçuları arasında tartışma konusu olduğunu görmekteyiz. Mülkiyet sınırlamaları açısından da önemli olan bu hususa kısaca değinmek istiyoruz.

²²⁸ Özel, a.g.mkl., 169.

²²⁹ Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 287.

²³⁰ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII, 102.

²³¹ Özel, a.g.mkl., 175, 62. dipnot (*el-İknâ'*, II, 49).

²³² Özel, a.g.mkl., a.yer. (Zühayli, *Âsâru'l-harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, 513).

²³³ İbn Ferhûn, *Tebziratü'l-hukkâm*, II, 159. طري أحكام المشركين عليهم.

²³⁴ İbn Ferhûn, a.g.e., II, 159.

²³⁵ Nesâî, "Kasâme", 27.

²³⁶ Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 287-288.

2. Uyulması Gereken Hukukî Mevzuat

İslâm hukukunda dış ticarî ilişkiler konusunda müslümanın hareket alanını tayin eden en önemli husus, ticarî faaliyetlerin konu (ticareti yapılacak mal ve maddeler) ve şekil (iktisadî muamelelerde izlenecek yöntem ve ahkam) açısından dinî inançlarıyla örtüşmesidir. Daha açık bir ifadeyle İslâm hukukunun, ticarî muamelelerin kuruluş ve yürütülüşünde riayetini zorunlu kıldığı hukukî kayıtlara müslümanın uyması zorunludur. Dolayısıyla İslâm idaresi veya bağımsız işadamları, İslâm hukukunun cevaz vermediği muamele türü ve şekillerinden uluslararası planda da uzak duracaklardır. Kaldı ki bu tür kanunî sınırlamalar dış ticarete özgü değildir. Ancak bu tür kanunî sınırlamaların sürekli olup olmadığı, diğer bir ifadeyle ülke sınırları dışındaki muamelelerde de tatbik edilip edilmeyeceği İslâm hukukçuları arasında ihtilafıdır.

Ebu Hanife (150/767) ile talebesi ve aynı zamanda Hanefî fihhının tedvin edicisi **Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî** (189/805)'ye göre, *ticarî muamelelerin kuruluş ve yürütülüşüne yönelik kanunî sınırlamalar, İslâm ülkesi dahilindeki faaliyetler için geçerlidir.* Dolayısıyla müslümanların, ülke sınırları dışındaki ticarî muamelelerinde bu kanunî sınırlamalara uymama muafiyeti bulunmaktadır. Fakat bu muafiyet, yapılan muameleden müslümanın kârlı çıkması şartına bağlıdır. Binaenaleyh dâruharpte müslüman ile yabancı arasında faizli işlemler, domuz ve meyte satışı, kumar gibi şeyler -kârlı tarafın müslüman olması kaydıyla- caizdir. Bu iki müctehid söz konusu muafiyeti "*Dâruharpte müslüman ile harbî arasında faiz yoktur*" anlamındaki garib ve mürsel hadise dayandırmaktadırlar.²³⁷

Diğer taraftan aralarında Hanefî müctehidlerden **Ebu Yûsuf** (182/798)'un ve Hanefîlere oldukça yakın ictihadlara sahip bulunan **Evzâî** (157/773)'nin de bulunduğu Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî ve Zâhiriyye mezheplerinden oluşan cumhur İslâm hukukçularına göre ise, yukarıda sözü edilen kanunî sınırlamalar herhangi bir ülke ya da zamanla sınırlı olmayıp sürekli. Yani bir müslümanın ülke dışındaki ticarî işlemlerinde de bu sınırlamalara uyması zorunludur. Çoğunluğu teşkil eden bu hukukçular, naslardaki yasaklayıcı ifadelerin genel ve mutlak olmasından hareketle bu sonuca varmışlardır.²³⁸

İslâm hukuku hükümlerinin, İslâm ülkesi sınırları dışındaki muamelelere de uygulanıp uygulanmayacağı hususunda **Ahmet Yaman**'ın, hukuk felsefesi temelli fikhî mütalası son derece yerindedir. "*Haram kılınan şey, tasavvurların ötesinde mefsedet doğuracağı için haram kılınmıştır.*"²³⁹ Binaenaleyh **Ebu Yûsuf**'un da dediği gibi müslüman nerede olursa olsun İslâm ahkâmıyla sorumlu olacağından dışarıda da İslâm'ın emirleri ve yasakları kendisini bağlayacaktır.²⁴⁰ Öyleyse delil olarak garib ve mürsel bir hadise dayanmaktansa İslâm'ın genel ilkeleri ve maslahat anlayışından, üstelik faizi yasaklayan nasların açık ve sert üslubundan hareket etmek usule daha uygun görünmektedir. Şu halde uluslararası ticaret, bu ticareti yapanlar nerede olursa olsun İslâm borçlar, ticaret ve eşya hukuku başta olmak üzere bütün bir İslâm hukukunu dikkate alacaklardır ve onun getirdiği kayıtlar dahilinde muamelelerini yürüteceklerdir.²⁴¹

Tarihî tecrübenin de -özellikle ilk dönemler için- bu şekilde olduğunu söylemek mümkündür. Zira daha önce de ifade edildiği gibi İslâmı birçok değişik coğrafyaya müslüman

²³⁷ Zeylâî, *Nasbu'r-râye*, IV,44. Bu hadisle beraber diğer delillerin tartışmaları için bkz. Özel, *Ülke Kavramı*, 168-176. لا ربا بين المسلم والحرابي في دار الحرب

²³⁸ Kaynaklar için bkz. Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 291.

²³⁹ Yaman, a.g.e., 291.

²⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, X,95. إن المسلم ملتزم أحكام الإسلام حيث ما يكون.

²⁴¹ Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 291-292.

tacirler tanıtmıştır. Kısa bir zaman diliminde *Uzak Doğu* ve *Çirden, Afrika, Asya* ve *Avrupa*'ya kadar büyük bir coğrafyaya ulaşan ve İslâm'ın dolaylı ya da dolaysız tebliğini üstlenen bu müslüman tacirler; şayet kendilerini bu bölgelerde de İslâm hukukunun hükümleriyle bağlı görmeselerdi, güven veren bir kişilik ortaya koyamazlar ve dolayısıyla da tebliğini üstlendikleri dinin prensipleri inandırıcılığını kaybederdi.

İşte şimdi bu noktada bizim cevabını arayacağımız soru şudur: Bu nevi kanunî ve sürekli sınırlamalar dışında İslâm hukukunda, dış ticarete yönelik başka sınırlamalar da var mıdır ya da olabilir mi?

3. Sınırlama Düşüncesi ve Ticareti Sınırlandırılan Kalemler

Nasıl ki uluslararası ticaret çok eski dönemlerden beri bilinen ve uygulanan bir olgu ise, dış ticaret sınırlamaları da aynı geçmişe sahiptir. Her devlet bir taraftan kendi iç istikrar ve dinamizmini kaybetmeme ve milli sanayiini koruma, diğer yandan da hasım devletlerin ticaretini kısma ve onları ekonomik yönden zayıflatma amacıyla dış ticareti bazen yavaşlatma, bazen de sınırlandırma yoluna gitmişlerdir. Bu keyfiyet ekonominin siyasetle olan yakın ilgisinden de kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan *bu tür sınırlamaların asıl amacı, dış ticaretin, ülke menfaatlerini zedeleyecek biçimde gelişmemesini sağlamaktır.*²⁴²

Dış ticaret sınırlamalarına her devlette rastlandığını söylemiştik. Meselâ *Bizans'ta* yürürlükte olan kanunlar, silah, altın, şarap, zeytinyağı ve diğer başka bazı mamullerin İslâm öncesi devirde Arap yarımadasına ihracını yasakladığı gibi aynı zamanda Arap işadamlarının girip mal satabilecekleri pazarlar da sınırlandırılmıştı. Üstelik bunlar sınır kapılarında çok sıkı gümrük kontrollerine tabi tutuluyorlardı. Bizans'ta o zamanlarda yürürlükte olan *Justinien Kanunları*, daha önceki hükümdar tarafından konan benzer yasaklar hakkında bilgiler vermektedir.²⁴³

İslâm sonrası dönemde de aynı kısıtlamalar yaşanmıştır. Söz gelişi gemi yapımında kullanılan özel kerestelerin müslümanlara satılması yasaklanmıştır. Diğer taraftan Kilise kurumu, müslümanlara karşı sürekli ticarî kısıtlamalarda bulunmuş, iş başına gelen her papa, ticareti yasak olan malların bir listesini kiliseler aracılığıyla duyurmuştur. Fakat hıristiyan kaçakçılar bu listeyi her zaman delmişlerdir.²⁴⁴

Günümüzde de ülkeler kendilerince stratejik sayılan mal ve maddelerin giriş-çıkışlarını sıkı denetim altına almaktadırlar.

Müslümanlar da hem dinlerinden kaynaklanan hukukî, hem de dünya siyasetinden neşet eden siyasî, askerî ve iktisadî sebeplerle uluslararası ticarete belirli kayıtlarla yaklaşmışlardır. Müslümanların hukukundan kaynaklanan dış ticaret sınırlamalarının, ticareti yapılacak mal ve maddeler ve iktisadî muamelelerde izlenecek yöntem ve ahkam açısından söz konusu olduğunu, bu tür sınırlamaların, dış ticarete mahsus olmayıp genel ve sürekli sınırlamalar olduğunu daha önce ifade etmiştik. O halde birazdan sözü edilecek dış ticaret sınırlamaları, siyasî ilişkilere bağlı olarak askerî ve iktisadî sebeplerden kaynaklanan sınırlamalar olmaktadır.

Dış ticaret sınırlaması bir yana, bazı İslâm hukukçuları ülke içinde, bölgeler arası ticarete de sınırlama getirilebileceği kanaatindeirdiler. Son dönem İslâm hukukçularından *Mecelle* şârihi **Ali Haydar** (1936), *Mecelle'nin küllî kâideleri arasında bulunan "Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hâs ihtiyâr olunur"* şeklindeki 26. maddesini açıklarken ülke içi ticarî

²⁴² Yaman, a.g.e., 286.

²⁴³ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I,331; Yaman, *Uluslararası İlişkiler*,286-287.

²⁴⁴ Yaman, a.g.e., 287 (Ermenâzi, *eş-Ser'ud-devlî*, 170-171)

faaliyetleri bölgelerin ihtiyaç durumuna göre ele almaktadır. Buna göre söz gelimi bir bölge halkının buğdaya ihtiyacı olup, buğdayın bölge dışına ihracı o bölge halkına zararlı olacaksa; buğdayı ihraç etmekten mal sahipleri, stok için satın almaktan da yöre halkı menolunur.²⁴⁵ Aynı şekilde çağdaş İslâm hukukçularından **Abdülkerim Zeydan** da, herhangi bir gıda maddesinin bölge dışına ihracı, o bölgede fiyatların yükselmesine sebep olursa, buna engel olunacağını söylemektedir.²⁴⁶

Hukuk nokta-i nazarından, yöre halkının herhangi bir şekilde zararla karşı karşıya kalmalarını önlemeyi hedefleyen bu icthadlar, diğer taraftan da her bölgenin, kendi ihtiyaçlarını karşılayacak ziraî-ticarî bir faaliyet içinde bulunması zaruretini de ifade etmektedir. Dolayısıyla yöre halkının maslahatını korumayı hedefleyen bu sınırlamalar, hukukî ve ekonomik sebeplerden kaynaklanmaktadır.

İslâm hukukçularından bir kısmının, dış ticaret sınırlamalarından da önce, müslümanların ticarî faaliyetlerde bulunmak amacıyla İslâm ülkesi dışına çıkmasına iyi nazarla bakmadığını söylemiştik. Fakat fiilî durum ve fitrî ihtiyaç yanında İslâm'ın ana kaynaklarında ifade edilen temel yaklaşım ve müslümanların tarihî tecrübelerinin hukukî alt yapısını oluşturduğu dış ticaret konusunda, aslolanın cevaz/serbestiyet olduğunu söyleyen çoğunluk İslâm hukukçuları; bu cevaz hükmünün siyasî, askerî ve iktisadî sebeplerle sınırlandırılabilceği kanaatindedirler. Nitekim fıkıh literatüründe bu yaklaşımın izlerine rastlanmaktadır. Dış ticaret sınırlamaları söz konusu olduğunda İslâm hukukçularının, muhtemelen kendi dönemlerinde ülkelerin birbirlerine karşı daha çok askerî güçle üstünlük kurmaları gerçeğinden hareketle, askerî amaçlı sınırlamaları ön plana çıkardıkları görülmektedir. Nitekim başta silah ve silah yapımında kullanılan hammaddeler ve diğer savaş malzemeleri olmak üzere, düşmana kuvvet kazandıracak her çeşit malın satım ve pazarlaması genellikle yasaklanmıştır.²⁴⁷ Hanefî hukukçulardan **Kâsânî** (587/1191), bu tür dış ticaret sınırlamalarında kapsamın belirlenmesi hususunda ölçüyü, "*savaştta faydalanılabılır olma*"²⁴⁸ şeklinde tespit etmektedir. Hatta Hanefîlerin uygulamada bu ölçüyü oldukça geniş yorumladıklarını ve şu an için savaşta kullanılması mümkün olması bile, bu amaçla ve ileriye dönük olarak yapılan hazırlıkları da aynı kapsamda değerlendirdiklerini görmekteyiz. Söz gelişi at, fil gibi hayvanlardan henüz yavru olup şu anda savaşta kullanılması mümkün olmayanların, savaş için yetiştirilmek üzere gayrı müslimlere satılması caiz değildir.²⁴⁹

Hukukî işlemin konusu açısından konuyu bu şekilde ele alan İslâm hukukçuları bu kadarla da yetinmeyip, herhangi bir şekilde düşmana sızdırmasından endişe duyulan şahıslara da silah gibi savaş malzemelerinin satılmıyacağını söylemişlerdir. Söz gelimi harbî müste'menlere -zimmîler İslâm devleti otoritesine tabi oldukları için kontrol altındadırlar-silah satımı caiz değildir. Hatta düşmana sızdırmasından endişe edilirse zimmîye de savaş malzemesi satılamaz.²⁵⁰

İslâm hukukçularının bir kısmı müslüman toplumun bu tür sınırlamalara uymasının zorunluluğunu oldukça ağır nitelemelerle ifade etmişlerdir. Tâbiûn döneminin önde gelen âlimlerinden **Hasan-ı Basrî** (110/728), "*gayrı müslimlere savaş malzemesi satanın mü'min olmadığı, savaş malzemesi dışında gıda maddesi gibi ticarî maddeler satanın ise fâsık*"

²⁴⁵ Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm*, I,84.

²⁴⁶ Zeydan, *el-Medhal*, 83.

²⁴⁷ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 190; Tahâvî, *el-Muhtasar*, 442; Serahsî, *Şerhu's-siyerî'l-kebir*, IV,1567 vd.; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,102; Rahabî, *er-Ritâc*, II,421; İbn Ferhûn, *Tebziratü'l-hukkâm*, II,158,159,270; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III,390; S.H.Han, *Fethu'l-allâm*, II,40; Âbidî, *el-Emvâl*, 6.

²⁴⁸ Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,102. كل ما يستعان به في الحرب

²⁴⁹ Serahsî, *Şerhu's-siyerî'l-kebir*, IV,1568.

²⁵⁰ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III,390.

olduğunu söyler.²⁵¹ Mâlikî hukukçu **Sehnûn** (240/854)'un sözleri daha ağırdır: "Gayrı müslümlere silah hediye eden, müslümanlara karşı verdikleri mücadelede onların ortağıdır; silah satan ise, müslümanların kanı (canı) karşılığında rüşvet almış gibidir."²⁵²

Öte yandan bu tür ticarî sınırlamalara toplumun riayet edip etmediği hukukî denetime tabidir. Nitekim bu amaca yönelik yasal düzenlemelere toplumun uymasını sağlamak ve bu alanda denetimi gerçekleştirmek, muhtesibin görevleri arasında sayılmıştır. Hisbe konusunda eser verenlerden **İbn İvâz** (696/1296), bu konuya değinirken şunları söylemektedir: "Harpte düşmanın işine yarayacak olan her şeyin; savaş malzemelerinin, bu amaçla kullanılacak hammaddelerin (demir gibi), savaşta yük ve binek vasıtası olarak kullanılan hayvanların ve muhariplerin işine yarayacak elbiselerin satışına müsaade edilmez."²⁵³

Bunlar dışında giyim eşyaları, gıda maddeleri vb. ticarî eşyaların satımı, onlara yardım ve destek manası taşımadığından Hanefilere göre caizdir.²⁵⁴ Bu noktada Hanefilerin, uluslararası ticareti doğuran fizikî ve fitrî unsurları dikkate almak suretiyle özellikle savaş esasına dayalı uluslararası hasmâne ilişkilerde rastlanan temel hususlardan, "misillemeye" esasından hareket ettiklerini görmekteyiz. Nitekim Hanefî fakih **Serahsî** (483/1090), bu muafiyetin gerekçesini, müslümanların ihtiyaç duyduğu ilaç vb. maddelerin dış ticaret yoluyla temin edildiğini, müslümanların silah dışındaki maddelere dış ticaret sınırlaması getirmeleri halinde, onların da aynı şekilde davranacaklarını ve bunun da müslümanların aleyhine olacağını söyler.²⁵⁵

Gayrı müslimlerle ticarî muameleleri savaşta kullanılacak maddelerle sınırlayan ve özellikle gıda maddeleri ve giyim eşyası hususunda serbestiyeti benimseyen Hanefî fakihler, hukukî sınırlamalardan muaf tutulan bu kalemlerin hangi amaçlarla kullanıldığının önemli olduğunu ve bu konuda gayrı müslimlerin örfünün ölçü alınması gerektiğini söylemektedirler. Şayet ticareti serbest bırakılan bir malın, gayrı müslimlerce savaşla ilgili bir alanda kullanıldığı ve örfünün bu şekilde olduğu biliniyorsa, söz konusu malların ihracına da sınırlama getirilir.²⁵⁶

Buna rağmen bu tür ticarî faaliyetlerde de bulunmamak daha uygundur.²⁵⁷ Çünkü müslümanlar düşmanlarının işine yarayacak, onları kuvvetlendirecek her sebepten kaçınmalıdır.²⁵⁸

Dolayısıyla Hanefî hukukçulara göre, bir müslümanın herhangi bir şekilde düşmana yardım ve destek anlamı taşıyan hiçbir ticarî muamelede bulunmaması gerekir.²⁵⁹ Hatta Hanefî fakihler bu hususu sırf müslümanlar için düşünmemiş, harbî müste'menin de, dârulislâm'da bu tür maddeleri alıp dâruhharbe götürmesine müsaade edilmediği gibi, kendi ülkesinden getirdiği bir silahı daha kalitelisi ile değiştiremeyeceği²⁶⁰ ve satmak için

²⁵¹ İbn Ferhûn, *Tebşiratü'l-hukkâm*, II,159.

²⁵² İbn Ferhûn, a.g.e., II,159. من أهدى إليهم سلاحاً فهو شريكهم في جهاد المسلمين، ومن باع منهم سلاحاً، فكأنما أخذ رشوة على دماء المسلمين.

²⁵³ Yeniçeri, *İslâm iktisadının Esasları*, 265 (İbn İvâz, *Nisâbu'l-hisbe*, v.61/a-b, 62/a).

²⁵⁴ Serahsî, *Şerhu's-siyerî'l-kebir*, IV,1568,1570; a.mlf., *el-Mebsût*, X,92; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,102; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V,209.

²⁵⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, X,92. Krş. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,122.

²⁵⁶ Serahsî, *Şerhu's-siyerî'l-kebir*, IV,1570.

²⁵⁷ Serahsî, a.g.e., IV,1242,1567; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,102; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*, III,397; Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 288.

²⁵⁸ Serahsî, *Şerhu's-siyerî'l-kebir*, IV,1243; a.mlf., *el-Mebsût*, X,92; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,122. Krş. Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 288.

²⁵⁹ Bkz. Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, 190; Rahabî, *er-Ritâc*, II,421.

²⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, X,89,91-92; Kâsânî, *el-Bedâi'*, VII,102; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V,209,271; Rahabî, *er-Ritâc*, II,421.

müslümanlara düşman başka bir ülkeye götürmesine müsaade edilmeyeceği²⁶¹ de belirtilmiştir. Çünkü bütün bunlar düşman ülkelere destek sağlar; destek niteliğinde olan hiçbir faaliyete ise izin verilmez.²⁶²

Bu gerekliliğin hukukî niteliği hususunda Hanefiler bir ayrıntıyı dikkate almaktadırlar. Buna göre *bir haramın işlenmesine sebep olan ya da destek niteliği taşıyan işlemlerde, haramın, nesnenin bizzat aynıyla gerçekleşip gerçekleşmediği önemlidir.* Düşmana silah satma gibi masiyetin bizzat satım konusu nesnenin aynıyla gerçekleştiği işlemler tahrimen mekruh, böyle olmayıp masiyette kullanılabilmesi için belirli ameliyelerden geçmesi gereken nesnelerin -demir gibi- satımı ise tenzihen mekruhtur.²⁶³ Diğer taraftan, söz gelimi demir silah yapımında kullanıldığı gibi, başka amaçlarla da kullanılabilir. Dolayısıyla burada herhangi bir hükümde bulunabilmek için, yaygın (gâlib) kullanımın hangisi olduğunun bilinmesi gerekir.²⁶⁴

Fakat **Keylânî**'nin de belirttiği gibi²⁶⁵, İslâm'da masiyete yardımcı olmak yasaklanmıştır ve bu yasak haram olmayı gerektirir. Düşmana yardımcı olma da aynı şekildedir. Dolayısıyla doğrudan ya da dolaylı düşmana yardım anlamı taşıyan işlemlerin tamamı aynı kapsamda değerlendirilmeli ve *hükümün niteliğinde işlemin doğurduğu sonuç belirleyici olmalıdır.*

Nitekim İbâdî hukukçular, dış ticarî ilişkiler meselesini işlemin doğurduğu sonuca göre hükme bağlamaktadırlar. Binaenaleyh müslüman topluma karşı düşmana güç kazandıran hiçbir işlemde bulunulamaz. Hatta söz konusu işlem bir kira sözleşmesi dahi olabilir. Şayet gayri müslim, bir müslümanın evinde kiracı olarak oturduğunda mutadın üstünde bir güç kazanıyorsa/kârlı çıkıyorsa, müslümanın evini ona kiralaması caiz değildir.²⁶⁶ Bu meselede gayri müslimin normalin üstünde kazançlı çıkmasının, kira miktarının düşük tutulmasından öte, evin konumu sebebiyle kurduğu ticarî ilişkiler açısından düşünülmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan **Taberî** (310/923), savaş araç-gereçleri dışında diğer maddelerin ihracında bir sakınca olmadığını, *"fakiher bu hükümde icma etmişlerdir"* diyerek verir.²⁶⁷ Bir kuşatma anında düşmanın kuvvetlenmesine veya zaferin gecikmesine sebep olacak mal ve yiyecek ihracı yasaktır; bilerek ihraç edenler hapsedilerek cezalandırılır.²⁶⁸

"İhracı yasak mallar listesine askerî amaçlı olanların dışında fakat İslâm ülkesine iyi niyetler beslemeyen ülkelere yarar sağlayacak kalemlerin de dahil edilmesi kıyasa uygun düşmektedir. Zaten bugün de stratejik sayılan malların ihracat ve ithalatında büyük kayıtlamalar ve kısıtlamalar yapılmaktadır. *Osmanlı Devleti*'nde de dönemlere göre mesela tahıl, deri, pamuk, madenler gibi bazı malların *Osmanlı* ülkesinden ihracının yasaklandığı ya da kısıtlandığı izlenmektedir. Kezâ ülke içinde iktisadî buhran meydana getirmemek için kimi malların ithali-ihracı yasaklanmıştır. Bununla beraber gıda maddeleri üzerinde insanî mülahazalardan kaynaklanan bir müsamaha alanı var görünmektedir."²⁶⁹

Uluslararası boyutlu ekonomik ilişkilerde söz konusu olabilecek hukukî sınırlamalardan biri de çok uluslu ortaklıklara katılma meselesidir. Uluslararası ekonomik ilişkiler çerçevesinde

²⁶¹ Özel, a.g.mkl., 170 (*el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, II,234).

²⁶² Rahabî, *er-Ritâc*, II,421.

²⁶³ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 442; Merçînânî, *el-Hidâye*, IV,378; Keylânî, *Nazarıyyetü'l-bâis*, 155.

²⁶⁴ Serahsî, *Şerhu's-siyerî'l-kebîr*, IV,1569.

²⁶⁵ Keylânî, *Nazarıyyetü'l-bâis*, 155-156.

²⁶⁶ Sâlimî, *Cevâbât*, IV,303.

²⁶⁷ Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 288 (Taberî, *İhtilâfu'l-fukahâ*, 50).

²⁶⁸ Serahsî, *Şerhu's-siyerî'l-kebîr*, IV,1569; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*, III,397; Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 288.

²⁶⁹ Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 288-289.

belirli menfaatler güderek ve fakat hukukî çerçevesi iyi çizilmek şartıyla ortak ekonomik pazarlar kurulabilir. Aslında Şâfîiler yabancılarla ortaklığı ve şirketleşmeyi, onların bâtil ve haram işler yapacakları tezine bina ederek mekruh bulmuşlardır.²⁷⁰ Müslümanlar, İslâm'ın yasakladığı unsurları içinde barındıran işlemlerden nerede olursa olsunlar ve muhatapları kim olursa olsun kaçınmaları gerekir ve bu açıdan Şâfîilerin tezi önemlidir. Öyleyse yönetiminde kesin söz sahibi olunmayan, şirketin ekonomik politikasına yön verecek nisbette hissedar olunmayan çok uluslu bir şirketleşmeye müslümanlar, ancak gerektiğinde ve kayd-ı ihtiraziler (çekinceler) ile taraf olabilirler. Nitekim Hanbelî hukukçu **İbn Kudâme** (620/1223) de, yönetimde müslümanların söz sahibi olması halinde yabancılarla ortaklık kurulabileceğini ve bunun caiz olduğunu söylemektedir.²⁷¹

İslâm hukukunda dış ticaret sınırlamaları hususunda son olarak ekonomik ambargo meselesine temas etmek istiyoruz.

4. Ekonomik Ambargo

Ambargo, devletin korumak istediği menfaatlerle ilgili bir iç tedbir şeklinde belirebileceği gibi, savaş derecesine ulaşmayan bir zorlama veya açılacak bir savaş için önceden tedbir alma şeklinde de ortaya çıkabilir.²⁷² Ekonomik ve teknolojik açıdan kuvvetli olan devletler, kendi isteklerini yerine getirmek veya kendi açılarından haksız olan bir fiile karşı, cezâî yaptırım olarak tarih boyunca ambargo uygulamışlardır.²⁷³

Mekke müşrikleri İslâm'ın yayılışını önlemek amacıyla *Hz. Peygamber* ve O'na inanan ilk müslümanlara karşı ekonomik ambargo yöntemine de başvurmuşlardır. İslâm Tarihinin ilk kaynakları, *Mekke'de* İslâm'ın yayılışını önlemek amacıyla müşriklerin üç yıl süreyle müslümanlara karşı uyguladıkları kapsamlı ambargo ve bunun acı hatıralarından söz ederler. Bu son derece insafsız ve yok etmeyi hedefleyen ambargoyla İslâm'ın yayılışına engel olamayan *Mekkeliler*, *Medine'de* hicretten sonra da ekonomik ambargo diyebileceğimiz çeşitli baskı tedbirleri almışlar, müslümanların *Mekke'de* kalan malvarlıklarını dondurmuş, hatta müsadere etmişlerdir.²⁷⁴

Mekkelilerin bu tür iktisadî baskı ve ekonomik ambargoları karşısında kendisini savunmaya karar veren *Hz. Peygamber* (sav), karşı önlemlere başvurmuş ve bu amaçla ilk iş olarak bundan böyle *Kureyşe*'ye ait olan ticaret kervanlarının, İslâm nüfuz bölgesinden geçmemelerini bildirmek üzere, bir askerî devriyeyi *Mekkelilere* göndermiştir. Öte yandan *Hz. Peygamber* (sav), gıda maddeleri ve kumaş gibi kalemlerde ihracatı kısmış²⁷⁵, *Mekkelilerin*, *Medine'den* geçip *Mısır* ve *Suriye'de* varan yaz mevsimi ticaret yolunu kapamak için teşebbüste bulunmuştur. Özellikle bu son tedbir kısa sürede etkisini göstermiş, *Mekke* toplumunun ileri gelenlerinden **Safvân b. Ümeyye**, birgün şehir yöneticilerini bir araya toplamış ve "*Muhammed ve arkadaşları tüm sahil yolunu tutarak ticaretimizi bozdular. Elimizdeki sermayeyi bitirip tüketeceğiz. Ne yapalım?*" diye sorup alınabilecek karşı tedbirler hususunda görüş almak istemiştir.²⁷⁶

²⁷⁰ Kaynaklar için bkz. Yaman, a.g.e., 292.

²⁷¹ Yaman, a.g.e., 292.

²⁷² Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 33 (Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, II,387).

²⁷³ Yaman, a.g.e., 33.

²⁷⁴ Yaman, a.g.e., 34.

²⁷⁵ Hamidullah, *İslâmda Devlet İdaresi*, 397; Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 35.

²⁷⁶ Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 35.

Hudeybiye Anlaşması'nın da imzalandığı hicretin altıncı yılına rastlayan dönemde *Mekke*, uygulanan ambargo sebebiyle kıtlık tehlikesiyle karşılaşmış, dış ticaret yolları da abluka altında olduğundan büyük sıkıntılar yaşamıştı. İşte tam bu esnada Kureyşlilerin bütün tahıl ithalatını yaptıkları ve *Arabistan Yarımadası'nın* hububat ambarı durumundaki *Yemâme* idarecilerinden biri olan **Sümâme b. Üsâl**'in, İslâm'ı kabul etmesi ve Mekkelilere, "*Allah'ın Rasûlü izin vermezse size Yemâme'den bir habbe bile gelmeyecektir*" şeklinde bir haber göndermesi, müşrik *Mekke* halkını iyice bunaltmış, yardım talepleri üzerine *Hz. Peygamber (sav)* bölge valisi **Sümâme b. Üsâl** ile temas ederek gıda maddelerine yönelik ambargonun kaldırılmasını sağlamıştır.²⁷⁷ **Sümâme**'nin böyle bir karar almasında, *Mekke* müşriklerinin müslümanlara dönük düşmanca tutumlarının büyük rolü olmuştur.²⁷⁸ Esasen bu tür dış ticaret sınırlamaları, siyasî mülahazalarla öngörülmüş sınırlamalardır.

Hz. Peygamber'in bu uygulaması İslâm hukukçularının bir kısmını, silah ve silah yapımında kullanılan hammaddeler ve diğer savaş malzemeleri dışında kalan giyim eşyaları, gıda maddeleri vb. ticarî eşyaların satımının -düşmana yardım ve destek manası taşımadığından- cevazına hükmetmeye sevk etmiştir.²⁷⁹ Dolayısıyla *İslâm hukukunda, uluslararası ticarî ilişkilere dönük sınırlamalarda, gıda maddeleri üzerinde insani mülahazalardan kaynaklanan bir müsamaha alanının olduğunu söylemek mümkündür.*²⁸⁰

Bu tür sınırlamaların bedelini özellikle masum insanların ödediği dikkate alınırsa, söz konusu muafiyetin yerinde olduğu açıktır. Nitekim "sık müracaat edilen bir hasmâne ilişki şekli olan ambargo, daha ziyade kendi imkanlarıyla hayatını sürdüremeyen ve dışa bağımlı devletler üzerinde etkili olmaktadır. Dünya dengeleri ve üçüncü ülkelerin menfaatleri söz konusu olduğunda kolayca delinebilen bu uygulamanın tipik ve etkili bir şekli, 1991 yılındaki *Körfez Krizi* dolayısıyla *Irak* üzerinde görülmüştür. Adeta bütün dünyanın katıldığı bu ambargo, başta gıda olmak üzere bütün sektörlerde ithalata bağımlı olan *Irak* üzerinde etkisini göstermiş, ama maalesef müttefiklerin aceleci tutumları savaşı bir an önce gündeme getirmiştir."²⁸¹ Askerî müdahale, sayısız masum insanın öldürülmesi yanında, söz konusu ülkenin yer altı ve yerüstü ekonomik zenginliklerinin/varlıklarının büyük oranda tahrip edilmesiyle sonuçlanmış; fakat ne yazık ki ambargo yıllarca devam ettiği için, onbinlerce masum insan açlık, yetersiz beslenme, başta ilaç ve diğer tıbbî mekan ve malzeme eksikliğinden ötürü tedavi edilememe gibi sebeplerle hayatını kaybetmiştir ve kaybetmeye de devam etmektedir.

Dolayısıyla bu tür sakıncalar, ambargoyu uluslararası hasmâne ilişkiler açısından ele alan **Ahmet Yaman**'ın, şu mütalaasının ne kadar haklı olduğunu göstermektedir. "*Ekonomik ambargo, kendi bünyesinde etkili bir yaptırım çeşidi olmakla birlikte esasında rejimlerden ve idare edenlerden çok, masum halkı ve sivilleri etkilemektedir. Bunun için ambargonun ölçülü uygulanması ve beraberinde başka unsurların da devreye sokulması gerekmektedir. İşte Hz. Peygamber (sav) bu amaçla, açlık tehlikesiyle karşı karşıya kalan Mekke'ye, sivil halka harcanmak üzere yüklü bir para yardımında bulunmuş, yine aynı sebeple tahıl ambargosundan iyice bunalan Mekkelilerin yardım istirhamı üzerine bölge valisi Sümâme b. Üsâl ile temas ederek ambargonun kaldırılmasına aracılık etmiştir. Bu örnekler, aynı*

²⁷⁷ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 397.

²⁷⁸ Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 35.

²⁷⁹ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, X,92; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V,209.

²⁸⁰ Krş. Yaman, *Uluslararası İlişkiler*, 289; Özel, a.g.mkl., 171.

²⁸¹ Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 36.

*zamanda İslâm'ın öngördüğü uluslararası ilişkiler nazariyesinin insanî boyutunu göstermesi bakımından da dikkat çekmektedir.*²⁸²

Sonuç itibariyle İslâm hukuku, müslümanların, müslüman olmayanlarla ticarî ilişki kurmalarına cevaz vermektedir ve müslümanların tarihî uygulamaları da bu şekilde olmuştur. İslâm hukukunda herhangi bir ticarî faaliyetin meşru olabilmesi için gerekli şartlar ne ise, dış ticarî ilişkilerde de bu şartlar aynen geçerlidir. Dolayısıyla milliyet (ırk, etnik köken) ya da din ayırımı yapılmaksızın hukuk çerçevesinde kalmak şartıyla herkesle ve her devletle İslâm'a göre meşrû şeylerin ticaretinin yapılabilmesi temel esastır. Ancak ibâha nitelikli bu yetki, müslüman toplumun maslahatına yönelik olmak üzere siyasî, askerî, ekonomik bir takım hukukî sınırlamalara tabi tutulabilir. Hz. Peygamber (sav) dönemi uygulamalarından başlamak üzere müslümanların uluslararası ticarete yönelik uyguladıkları sınırlamalarda ön plana çıkan gerekçeler -esasen bunların tamamı temelde kamu maslahatını sağlama ve kamudan zararı giderme ilkesine dayanmaktadır- dikkate alındığında, İslâm hukukunda dış ticarî ilişkilerin çerçevesi ve kayıtları ile ilgili düzenleme ve hükümlerin statik olmayıp kamu maslahatı-zarar unsurlarına bağlı olarak oldukça dinamik bir özellik arz ettiği görülmektedir. Bu da, uluslararası ticarete yönelik sınırlamalar konusunda müslüman idarenin/devletin maslahatla sınırlı olmak üzere yetkili olduğu anlamına gelmektedir.²⁸³ Hz. Peygamber'in gıda maddeleri, kumaş gibi bazı ürünlerin ihracına, önce üstün bir maslahat öngörüsüyle sınırlama getirmesi, bir süre sonra da farklı ve daha üstün olduğuna inandığı başka bir maslahattan ötürü bu sınırlamayı kaldırması bu düşüncenin hukukî dayanağını oluşturmaktadır. Nitekim çağdaş İslâm hukukçularından **Fethi ed-Dirîni**, uluslararası ticarî ilişkilerin, doğurduğu sonuçlar bakımından karaborsacılık (ihtikâr) gibi olduğunu; müslüman toplumun zarar görmesi durumunda her iki faaliyetin de hukuken sınırlandırılacağını söylemekle²⁸⁴ aynı zamanda bu hususa da işaret etmiş olmaktadır.

Bununla birlikte günümüzde olduğu gibi dünyanın küçüldüğü, en ufak bir ticarî faaliyetin bile tüm dünya ülkelerini ve dolayısıyla bireyleri etkilediği, kısacası ilişkilerin globalleştiği bir ortamda özellikle siyasî amaçlı dış ticaret sınırlamalarına karar vermek oldukça zor gözükmektedir. Bu tür sınırlamalarda bulunurken, karşı tarafın da misillemede bulunabileceği, İslâm toplumu açısından zarurî olup, ancak o ülkeden ya da müttefiklerinden ithal edilebilecek bir mal ya da maddeye ihtiyaç duyulması gibi hususların mutlaka dikkate alınması gerekir. Aksi takdirde müslümanların yararına olacağı öngörüsüyle konan bir sınırlama pekâlâ ters bir etki meydana getirebilir. Ancak her hâlükârda İslâm hukukçularının prensip itibariyle cevazına hükmettiği bu tür sınırlamalarda kriter, müslüman toplumun maslahatı olacak, dolayısıyla herhangi bir sınırlamanın bu amacı tahakkuk ettirmediği görüldüğünde söz konusu karar derhal kaldırılacaktır. Binaenaleyh dış ticaret sınırlamalarında, sınırlamanın miktarı, kapsamı ve süresi maslahata göre belirlenecektir.

İslâm hukukunda özel mülkiyetin, kamu yararı mülâhazasıyla hukuken sınırlandırılması bağlamında dış ticaret sınırlamalarını **Ahmet Özel**'in şu cümleleriyle bitirmek istiyoruz.

"Müslüman hukukçuların, İslâm hukukunun temel kâideleri ve kendi zamanlarındaki şartlar çerçevesinde ortaya koydukları çözümlerin günün şartları muvacehesinde yeniden değerlendirilmesi gerektiği şüphesizdir... Müslümanların iktisaden güçlenmeleri ve uluslararası ticarî ilişkilerde karşılaştıkları problemlerin halli, geçmişte belli şartlar çerçevesinde varılan özel hükümlerle değil, bu hükümlerin de dayanağını teşkil eden İslâm

²⁸² Yaman, a.g.e., 36.

²⁸³ Krş. Hamidullah, *İslâmda Devlet İdaresi*, 305-306,397; Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I,281; Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 98.

²⁸⁴ Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,488,505. التصدير إذا أضر بالعامه كان في معنى الإحتكار من حيث الأثر.

hukukunun umumî kaide ve genel esaslarına başvurmakla ve bu konuda şâriin maksadını doğru bir şekilde kavramakla mümkündür. *Gayrı müslimlerle ticarî ilişkilerde müslümanların aleyhine sonuç doğurmayacak her türlü işbirliği, karşılıklı yardımlaşma ve mübadele prensip olarak caizdir.* Birçok âyet-i kerîmede müslümanların kâfirlere karşı birbirlerine yardımcı olmaları (Enfâl 8/73), onlara karşı güç hazırlamaları (Enfâl 8/6) ve müslümanların aleyhine olacak ilişkilerden sakınmaları (Âl-i İmrân 3/28; Mâide 5/51) emredildiği gibi "*Def-i mefâsid celb-i menâfiden evlâdır (Zararı önlemek, fayda sağlamaktan önceliklidir)*"²⁸⁵ kaidesi zarar ve menfaat dengesi ve tercihinde temel teşkil eder. Buna "*Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur (Umumî zararı önlemek için özel zarar yüklenilir)*"²⁸⁶, "*Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur (Daha şiddetli zarar daha hafif zararlarla önlenir)*"²⁸⁷ vb. kaideleri eklemek gerekir. Burada *menfaat ve zarar kavramları, bunların zaman ve şartlara göre kazanacağı anlam önem taşımaktadır.* Söz gelimi ülkelerin birbirlerine karşı daha çok askerî güçle üstünlük kurdukları geçmiş dönemlerde gayrı müslimlere her türlü silah satımı gayrı meşru sayılırken bugün artık silah satımı genel ticaretin önemli bir unsurunu teşkil etmekte, ancak henüz yaygınlık kazanmamış, stratejik önemi haiz silahların satımında hassasiyet gösterilmekte, bazı sınırlamalara gidilmektedir. Aynı durum diğer teknolojik aletler ve ham maddeler için de söz konusudur. Buna göre herhangi bir ticarî faaliyetin zararlı veya faydalı olup olmadığı büyük ölçüde zaman ve şartlara bağlı olarak izâfî bir durum arz etmektedir. Bugün fayda temin ettiği düşünülen bir şey yarın zararlı olabileceği gibi, bir devletle kurulan ticarî bir ilişki fayda sağlarken aynı ilişki bir başkasıyla kurulduğunda aleyhte olabilir. Bu sebeple *bugün gayrı müslim devletlerle kurulacak ticarî ilişkilerin sınırları, hangi tür malların alınıp satılabileceği, hangi ölçülerde işbirliği kurulabileceği meselesi büyük ölçüde müslüman siyaset ve ekonomi uzmanlarının söz konusu ilişkinin sağlayacağı umumî fayda ve zararlar ilgili tespit ve tahminlerine bağlıdır.*²⁸⁸

Çevreleri düşmanlarla sınırlan ilk İslâm toplumunun varlık mücadelesinde canları yanında mallarıyla da ön saflarda yer alan²⁸⁹, daha sonraları orduların ulaşamadığı dünyanın en ücra bölgelerine İslâm bayrağını taşıyan tebliğ erleri tüccarlara bugün de aynı hizmetleri ifa sorumluluğu düşmektedir. Aynı zamanda tüccarlık da yapmış olan *Hz. Peygamber (sav)*'in şu hadisi ne kadar da anlamlıdır. "*Tüccarlar konusunda size hayrı tavsiye ederim; onlar ufukların elçileri ve Allah'ın yeryüzündeki eminleridirler.*"²⁹⁰

İslâm'da kamu yararı mülahazasıyla özel mülkiyete getirilen sınırlamaların önemli bir kısmını da, sosyal amaçlı sınırlamalar oluşturur. Bu tür sınırlamalar, ya doğrudan yasaklayıcı/sınırlandıncı bir kanun hükmüne (nassa), ya da genel prensipler çerçevesinde fakihlerin yorumu ve idarenin düzenleme yetkisine dayanır. Söz gelimi altın, gümüş ve ipekle ilgili sınırlamalar büyük oranda yasaklayıcı naslara; hukuk dışı sonuçlara yol açan mülkiyet tasarrufları, kamuya ait alanları, tarihî eserlerin/mekanların ve tabii ve doğal çevrenin korunmasıyla ilgili sınırlamalar ise, temel küllî prensipler çerçevesinde maslahat düşüncesine dayalı yorumlardan kaynaklanmaktadır. Özetle çerçevesini çizmeye çalıştığımız bu sınırlamaların, özel mülkte tasarruf yetkisinin hukuken sınırlandırılmasına nasıl yansıdığına bir göz atalım.

²⁸⁵ *Mecelle*, md.30.

²⁸⁶ *Mecelle*, md.26.

²⁸⁷ *Mecelle*, md.27.

²⁸⁸ Özel, a.g.mkl., 171-173.

²⁸⁹ Ashabdan ticaretle uğraşanlar ve Allah yolunda yaptıkları infaklar için bkz. Kettânî, *et-Terâtîbu'l-idâriyye*, II,256-261, III,198-204.

²⁹⁰ Özel, a.g.mkl., 173 (Müttakî el-Hindî, *Kenzü'l-ummâl*, IV,11, (nr.9244)

B. İPEK ELBİSE VE KUMAŞ KULLANIMI

İnsanın altın, gümüş, inci, ipek gibi kıymetli maden ve eşyaya düşkünlüğü sebebiyledir ki *Kur'ân*'da cennet hayatının tasvirinde bu öğeler sıklıkla kullanılır.²⁹¹ Dünyada ipeğin kullanımına gelince, *Kur'ân*'ın lüks ve israfı, gösteriş ve böbürlenmeyi yasaklayan genel hükümleri dışında doğrudan ipeğin giyilmesini ve kullanımını konu alan özel bir ifadesi yoktur.²⁹² Hadislerde ise ipekle ilgili erkeklere mahsus bazı kayıt ve kısıtlamalar getirilmiştir.

"İpeği dünyada giyen âhirette giyemeyecektir."²⁹³

"Altın, gümüş, ipek ve dîbâc dünyada onlar için, ahirette sizin içindir."²⁹⁴

Sahâbeden **Berâ b. Âzib** şöyle demektedir: "Hz. Peygamber bize yedi şeyi emretti, yedi şeyi de yasakladı. Hastaları ziyaret etmeyi, cenazenin arkasından gitmeyi, hapsirana iyi dilekte bulunmayı, yemini yerine getirmeyi, mazluma yardım etmeyi, dâvete icâbet etmeyi ve selâmı yaymayı emretti. Altın yüzük kullanmayı, gümüş kaptan içmeyi, eyerlerin üzerine konan ipek örtü (meyâsir) kullanmayı, ipek ile nakışlanmış kumaş (kassî) kullanmayı, ipek (harîr), kalın ipekli kumaş (istebrak) ve erişi ve argacı (çözüğü ve atkısı) ipek olan kumaş (dîbâc) giyinmeyi yasakladı."²⁹⁵

"İpek ve altın ümmetimin kadınlarına helal, erkeklerine haramdır."²⁹⁶

Bunlara ilave olarak erkeklerin ipek elbise giymesi yasak olmakla birlikte, ticaretini yapma gibi işlemlerin²⁹⁷ ve elbise üzerinde bulunan alâmet (alem) miktarı az kullanımların caiz olduğunu²⁹⁸ ifade eden rivâyetler de bulunmaktadır. Öte yandan aynen altın ve gümüş kullanımında olduğu gibi, zarûretin gerekli kılması durumunda erkeklerin ipek giyebileceklerini de hadislerden öğrenmekteyiz. Nitekim **Buhârî** (256/869)'nin verdiği bilgiye göre Hz. Peygamber, **Züheyr** ve **Abdurrahman**'a yakalandıkları cilt hastalığı sebebiyle ipek elbise giyme hususunda ruhsat vermiştir.²⁹⁹

Bütün bu vb. rivâyetlerden hareketle İslâm hukukçuları ipek giymenin erkeklere haram olduğunu söylemişlerdir.³⁰⁰ Ancak ipek giymenin erkeklere haram olduğunda görüş birliğine varan fakihler, ipekten yastık, perde gibi ev eşyası edinme ve bunların üzerine oturma, ipek karışımı kumaşların kullanımı, elbisede ipeğin edindiği yer ve örgü biçimi, savaşta ipek giyme, hastalık halinde ipek giyme gibi hususlarda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Hanefî mezhebinin üç büyük imamı (**Ebu Hanîfe** (150/767), **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **Muhammed** (189/805) erkeklerin, savaş durumu dışında ipek giymesinin caiz olmadığı görüşündedirler. **Ebu Hanîfe**'ye göre bu hüküm, nehyin umumî olması sebebiyle savaş durumu için de geçerlidir. Kaldı ki savaş halinin ipek giymeyi zarûrî kılması halinde bu

²⁹¹ Bkz. Kehf 18/31; Hac 22/23; Fâtır 35/33; Duhân 44/53; İnsan 76/12,31.

²⁹² Bkz. Bardakoğlu, "Haramlar ve Helaller", 74.

²⁹³ Buhârî, "Libâs" 25; Müslim, "Libâs" 2; Nesâî, "Ziyet", 84; Tirmizî, "Ebed" 1; Ahmed, Müsned, II,298. من ليس الخريز في الدنيا لم يلبسه في الآخرة

²⁹⁴ Buhârî, "Libâs" 25; Nesâî, "Ziyet", 89. Krş. Ahmed, Müsned, II,298.

²⁹⁵ Buhârî, "Libâs" 45; Müslim, "Libâs" 1.

²⁹⁶ Buhârî, "Libâs" 30.

²⁹⁷ Buhârî, "Libâs" 25,30.

²⁹⁸ Buhârî, "Libâs" 25.

²⁹⁹ Buhârî, "Libâs" 29. İpek elbise giymeyle ilgili hadisler ve sıhhat değerlendirmeleri için bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV,222-237.

³⁰⁰ Suğdî, *en-Nütef*, I,248; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,360; İbn Kudâme, *el-Muçni*, I,342-343; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,157; İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeyniyye*, 102; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,157; Şevkânî, *es-Seylül-cerrâr*, IV,115; S.H.Hân, *Ravdatü'n-nediyye*, II,453

ihtiyaç, ipek karışımı elbiselerle giderilebilir. **Ebu Yûsuf** ve **Muhammed**'e göre ise savaş durumunda ipek giyilebilir. Şu var ki bu iki imam, ipeğin savaş durumunda giyilebilmesi için bedeni silaha karşı koruyacak sağlamlıkta olmasını şart koşmuşlardır. Diğer taraftan savaşta ipek giymenin bu iki imama göre psikolojik bir yönü de vardır. Şöyle ki, ipek parlaklığı ve alıcılığıyla düşmanın güzünde müslümanların güçlü-kuvvetli görülmesini sağlamak suretiyle onların kalbine korku salar. Yine üç Hanefî imama göre, ipeğin atkısı veya örgüsü ipek değilse, savaş durumu dışında giyilmesinde bir beis yoktur. Elbise üzerindeki alem gibi az müktarda ipek kullanımında da bir sakınca yoktur. Her ne kadar erkeklerin ipek elbise giymesi caiz değilse de, ipek ve ipek elbise ticareti yapmaları caizdir. Yani bizzat kullanım ile edinme ve hukukî işlemlere konu edinme birbirinden farklıdır. Öte yandan **Ebu Hanîfe**'ye göre, ipeğin perde, yastık, yaygı vb. ev eşyası olarak kullanılması ve bunların üzerine oturmak caizdir. Fakat **Ebu Yûsuf** ve **Muhammed**, ilgili hadislerde nehyin umumî ve ipeğin ev eşyası olarak kullanılmasının acem adeti olması gibi gerekçelerle bunların da caiz olmadığını söylemişlerdir. Diğer yandan Hanefî mezhebine göre erkek çocuklarına da ipek giydirmek caiz değildir. Bu hüküm, gelecekte yabancılık çekmemeleri ve zorlanmamaları için küçük yaştan itibaren çocukların, ebeveynleri tarafından dinî yaşantıya alıştırmaları amacını gütmektedir.³⁰¹

Erkeklerin ipek giymeleriyle ilgili olarak Hanefî imamların yaklaşımlarını yansıtan bu görüşler, esasen diğer fıkıh mektepleri ve müctehidlerin de hemen hemen benimsediği görüşlerdir. Fakat bu hususta **İmam Mâlik** (179/795)'in biraz daha katı bir tutum sergilediği görülmektedir. Zira *Medine*'nin imamına göre, erkeklerin hem savaş halinde hem de herhangi bir hastalık sebebiyle ipek giymeleri caiz değildir. Cilt hastalığı sebebiyle Hz. *Peygamber*'in **Zübeyr b. Avvâm** ve **Abdurrahman b. Avf**'a ipek giyme ruhsatı vermesi ise, bu iki sahâbîye has bir izin olabilir.³⁰²

Diğer taraftan Şâfiî alimlerden **Nevevî** (676/1277), ipeğin erkeklere de mübah olduğunu söyleyenlerin bulunduğunu, söz gelimi **İbnü'z-Zübeyr**'in ipeğin gerek erkeklere gerek kadınlara mübah olduğu kanaatini taşıdığını söylemektedir. Öte yandan **Nevevî**, çocuklara normal zamanlarda ipek elbise giydirmekle, bayram gibi sevinç günlerinde ipek elbise giydirmeyi birbirinden ayırmakta ve çocuklara bayram günlerinde ipekli elbise giydirilmesinde bir beis olmadığını ifade etmektedir.³⁰³

Erkeklerin ipek giymesinin yasaklanmasının gerekçesini (illet), "*gösteriş yapma, böbürlenme ve fakirlerin kalplerinin kırılması*" şeklinde tayin eden Hanbelî fakih **İbn Kudâme** (620/1223), savaş durumunda gösteriş yapma, böbürlenme kınanmadığından, savaşta ipek giymede herhangi bir sakınca olmadığını belirtir. Öte yandan Hz. *Peygamber*'in, **Zübeyr b. Avvâm** ve **Abdurrahman b. Avf**'a yakalandıkları cilt hastalığı sebebiyle ipek elbise giyme hususunda ruhsat verdiğine dair rivayeti, hastalık sebebiyle ipek giyme hususunda umumîleştiren **İbn Kudâme**, ipek giymenin iyi geldiği her türlü hastalığı ruhsat sebebi saymaktadır. Başka bir şey ile karışık dokunmuş ipek konusunda ise, İslâm hukukunun temel-küllî kâidelerinden birine atıfta bulunur. "*Haram olan, saf ipektir. Başka bir şey ile karışık dokunmuş kumaşta, ipeğin oranı daha fazla olmadığı sürece bu kumaştan yapılan elbisenin giyilmesinde bir sakınca yoktur.*"³⁰⁴

³⁰¹ Bkz. Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, 476; Suğdî, *en-Nütef*, I,248-249; Serahsî, *Şerhu's-siyer-i-kebîr*, IV,1425; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,360-363; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,157-158; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,157-158.

³⁰² Bkz. Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, 476.

³⁰³ Bkz. Bardakoğlu, "*Haramlar ve Helâller*", 76 (Nevevî, *Şerh Sahîh-i Müslim*, XIV, 32-33,38).

³⁰⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, I,342-343.

Yine bir Hanbelî hukukçu olan **İbn Kayyim el-Cevziyye** (751/1350) ipek konusunda farklı bir yaklaşım sergilemekte ve ipeğin haram kılınmasının sedd-i zerîa kabilinden olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla normalde kadınlara mübâh olan ipek, ihtiyaç ve râcih maslahat sebebiyle erkekler için de mübâhtir. Çünkü *sedd-i zerîa için haram kılınan her şey ihtiyaç ve üstün maslahat sebebiyle mübâh olur.*³⁰⁵

Bayram günlerinde çocuklara ipekli elbise giydirilmesinde bir sakınca olmadığını söyleyen **Nevevî** (676/1277)'nin müsâmahakâr tutumuna karşılık Hanbelî fakih **İbn Teymiyye** (728/1327), böyle bir ayırıma gitmeksizin oldukça müteşeddid bir tavır sergilemektedir. Ona göre müslüman bir erkeğe giymesi haram olan şeyin, erkek çocuklarına giydirilmesi de haramdır. Çocuğu namaz gibi ibâdetlere hazırlamakla mükellef olan ebeveynin, giyilmesi dinen haram olan bir şeyi çocuğa giydirmesi nasıl caiz olabilir! Nitekim bir gün **Hz. Ömer, Zübeyr b. Avvâm**'ın çocuğunun üzerinde ipek bir elbise görmüş, elbiseyi yırtıp atmış ve **Zübeyr'e**, çocuklara ipek giydirmemesini tenbih etmiştir. Aynı şekilde **İbn Mes'ûd** da kendi çocuğunun üzerindeki ipek elbiseyi yırtmıştır. Binaenaleyh giyilmesi haram olan şeyin, bu yasağa muhatap olan şahıslar için dikilmesi de, satılması da caiz değildir. Fakat kadınlara veya gayri müslimlere ipek elbise satılabilir. Nitekim **Hz. Ömer, Rasûl-i Ekrem**'in kendisine verdiği ipeği müşrik bir kişiye göndermiştir.³⁰⁶

Hz. Ömer'le ilgili bu olay yanında *Hz. Peygamber*'in, yine **Ömer'e** ipek bir elbise gönderip, **Ömer**'in şaşkınlık ifade eden sözleri üzerine, *"Ben onu sana giyesin diye değil, satıp yararlanasın ya da birine veresin diye gönderdim"* buyurmuş olmasından hareketle bilginlerin çoğunluğu, ipekli eşyanın alınıp satılmasının ve hediye edilmesinin caiz olduğu sonucuna varmışlardır. Aynı şekilde *Hz. Peygamber, Hz. Aişe*'nin satın aldığı ve üzerinde resimler bulunan perdeyi kaldırtmış fakat yaptığı satım sözleşmesine ilişmemiştir. Bu uygulamalardan hareketle kullanılması mekruh ya da haram olan şeylerin ticaretinin mübâh olduğu sonucu çıkarılmıştır.³⁰⁷

Ancak birazdan altın ve gümüş ev eşyasının ticaretinin yapılması hususu incelerken işaret edileceği üzere, ipek elbisenin sırf erkekler tarafından kullanılacak özellikte olup olmaması ve şahsın bizzat kendisi giymek amacıyla aldığı biliminin durumlarını dikkatten uzak tutmamak gerekir. Yani esasen mübâh olan ticarî faaliyetin *"günah ve düşmanlıkta yardımlaşma"*ya dönüşmemesi konusunda hassasiyet gösterilmelidir.

İpek elbise ve kumaş kullanımı konusunda genel bir değerlendirmede bulunmadan önce, bu konuyla yakından alakalı ve hemen aynı hukukî düzenlemelere tabi olan altın ve gümüşle ilgili sınırlamalara, özel mülkiyet sınırlamalarıyla ilgisi ölçüsünde değinmek istiyoruz.

C. ALTIN VE GÜMÜŞLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Kur'ân'da sıklıkla Allah'ın yeryüzünü insanlara tahsis ettiğinden, insanlar için birçok güzellik yarattığından söz edilir; Allah'ın yaratıp insanoğlu için hazırladığı bu güzelliklerin bilinip takdir edilmesi, kullanılıp şükredilmesi istenir. Dünya hayatının güzellikleri, cennet nimetleri olarak da sıklıkla altın ve gümüşten söz edilir.³⁰⁸

Diğer taraftan *Kur'ân*'da insanlara altın ve gümüşün sevdirdiğinden³⁰⁹, altın ve gümüşü biriktirip Allah yolunda harcamayanların elem verici bir azaba uğrayacaklarından³¹⁰,

³⁰⁵ Bkz. Apaydın, *"İbn Kayyim el-Cevziyye"*, XX,113.

³⁰⁶ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXII,89-90.

³⁰⁷ Bardakoğlu, *"Haramlar ve Helaller"*,77.

³⁰⁸ Âl-i İmrân 3/14; Kehf 18/31; Zuhuruf 43/71.

³⁰⁹ Al-i İmrân 3/14.

iyi kimselerin cennette altın bileziklerle süsleneceklerinden³¹¹ ve bu kimselere cennette altın tepsi ile kadeh dolaştırılacağından³¹² bahsedilmektedir.

İnsanlık tarihi de incelendiğinde altın, gümüş ve ipeğin özellikle ziynet eşyası olarak her devirde kullanıldığı görülmektedir.

H. Peygamber (sav)'in hadislerinde de, *Kur'ân*'da olduğu gibi çeşitli vesilelerle söz konusu edilen altın ve gümüşün, buna ilave olarak kullanım açısından bazı sınırlamalara da tabi tutulduğu görülmektedir. Bu sınırlamaları özetle ifade etmek gerekirse, kadın erkek ayırımı gözetmeksizin altın ve gümüş kaplardan yiyip içme, yalnızca erkeklere mahsus olmak üzere yüzük gibi altın ve gümüş ziynet kullanımı sınırlandırılmış; fakat zarûret hallerinde bu sınırlamaların kalkacağı da belirtilmiştir.

Ancak gerek âyetlerde gerekse hadislerde altın-gümüş edinmeyi yasaklayan bir hüküm bulunmadığı gibi, kullanımını sınırlayan hadisler de, her türlü kullanımı kapsamamakta, belirli şekillerle kullanım sahası sınırlandırmış bulunmaktadır. Fakat hadislerdeki ifadelerin örnekleme niteliğinde olup olmadığı, buna bağlı olarak benzer kullanımları da kapsayıp kapsamadığı İslâm hukukçuları arasında ihtilafıdır. Şimdi bu iki madenin kullanımına yönelik kayıtları, özel mülkte tasarruf yetkisi açısından kısaca ele alalım.

Altın ve gümüşle ilgili sınırlamaları üç alt başlıkta toplamak mümkündür. Bunlar, altın ve gümüş ev eşyası kullanımı, altın ve gümüş ziynet kullanımı ve altın yüzük meseleleridir.

1. Altın ve Gümüş Ev Eşyasıyla İlgili Sınırlamalar

H. Peygamber (sav), altın ve gümüş kaptan yiyip içmeyi yasaklamıştır. "*Altın ve gümüş kaplardan bir şey içmeyiniz ve bu ikisinden yapılan tabaklardan bir şey yemeyiniz. Çünkü bu tabaklar (sihâf) dünyada müşrikler, âhirette ise sizin içindir*"; "*Gümüş kaptan içen karnına cehennem ateşini akıtmaktadır*"³¹³; "*H. Peygamber, altın ve gümüş kaplardan yiyip içmemizi, ipek ve dîbâc giymemizi ve ipek üzerine oturmamızı yasakladı*"³¹⁴.

Bu hadisler altın ve gümüş kaplardan bir şey yeme ve içme hususunda bir bilgi vermekle birlikte, söz konusu madenlerden yapılmış kap kullanımına geçmeden önce, öncelikle bu tür kapların edinilip edinilemeyeceğini tespit zarureti vardır. Zira bu tür kapların edinilmesi mübâh değilse kullanımından da söz edilemeyecektir.

Bu noktadan hareketle altın ve gümüş ev eşyasıyla ilgili sınırlamaları edinme, kullanma, çocukların kullanması ve ticaretini yapma şeklinde ele almaya çalışacağız.

a. Edinme (Bulundurma)

Hadislerde altın ve gümüş kaplardan bir şey yeme-içmenin yasaklanması İslâm hukuk doktrininde dardan geniş doğru üç ayrı yoruma tabi tutulmuştur.

a) *Dar yorum*: Buna göre sadece yeme-içme amaçlı kullanımlar yasaklanmıştır. Zâhiriyye mezhebi ile son dönem alimlerinden **Şevkânî** (1250/1834)³¹⁵ ve **Ebu't-Tayyib Sıddîk Hasen Hân** (1307/1889)³¹⁶ bu yorumu benimsemektedirler.

³¹⁰ Tevbe 9/34.

³¹¹ Kehf 18/31.

³¹² Zuhruf 43/71.

³¹³ Müslim, "Libâs" 1.

³¹⁴ Buhârî, "Libâs" 27. *لَمَّا نَأْتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَشْرَبَ فِي آتِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، وَأَنْ نَأْكُلَ فِيهَا وَعَنْ لِبْسِ الْحَرِيرِ وَالذَّبِيحِ وَأَنْ يَخْلِسَ عَلَيْهِ.*

³¹⁵ Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, IV, 114-115.

b) *Orta yorum:* Altın ve gümüş kap kaçaktan yeme-içme yanında ev eşyası olarak kullanılması da yasaklanmıştır. Dar yorumu benimseyen fakihler dışındaki İslâm hukukçularının cumhuru bu yorum tarzını benimsemektedirler.

c) *Geniş yorum:* Hadislerde ifade edilen yasağın, altın ve gümüşün ev eşyası olarak bulundurulmasını da içermesi.

Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîler'den müteşekkil cumhur İslâm hukukçuları geniş yorumu benimsemiş ve sedd-i zerîa ilkesinden hareketle altın ve gümüş ev eşyası edinmenin de haram olduğunu söylemişlerdir.³¹⁷ Dolayısıyla cumhur İslâm hukukçularına göre *kullanılması haram olan şeyin edinilmesi (bulundurulması) de haramdır.*³¹⁸ Şâfiî usulcü **Zerkeşî** (794/1392)'nin de belirttiği gibi³¹⁹ esasen altın ve gümüş ev eşyası edinmeyi yasaklayan bir durum yoktur. Ancak edinme (evde bulundurulması), sonuç itibarıyla kullanmaya yol açabilir. Dolayısıyla bunların ev eşyası olarak bulundurulmasının yasak sayılması, harama yol açabileceği endişesinden kaynaklanmakta yani sedd-i zerîa ilkesine dayanmaktadır. Çünkü altın ve gümüş ev eşyasının edinilmesi sonuçta bunların kullanılmasına yol açabilir. Hatta Şâfiîler, hadisin zahirinden hareketle ticaret maksadıyla dahi olsa altın ve gümüş ev eşyasının edinilmesinin haram olduğunu belirtmişlerdir. Çünkü, altın ve gümüş kabın kullanımı kadın erkek ayırımı olmaksızın herkes açısından yasaktır.³²⁰

Bu görüşe göre altın ve gümüş kap, üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli olmayan nesnelere dendir.

Hanefî hukukçuların geniş yorum hususundaki görüşleri ise olumsuzdur. Söz gelimi **İmam Muhammed** (189/805)³²¹, üzerinde oturmamak ve uyumamak şartıyla süs eşyası olarak evde altın ve gümüşten yapılmış ve üzerine de ipek örtü serilmiş sandalye, koltuk bulundurulmasında herhangi bir sakınca görmemektedir. **Ebu Yûsuf** (182/798)'un görüşü de bu merkezdedir.³²² **Ebu Hanife** (150/767) ise, daha da müsamahakâr bir tutum sergilemekte, bu tür eşyaların üzerine oturulmasında ve yatılmasında da bir sakınca görmemektedir.³²³ Fakat **Tahâvî** (321/933), mezhepte **İmam Muhammed**'in görüşünün tercih edildiğini söylemektedir.³²⁴

Altın ve gümüş ev eşyası edinme/bulundurma konusunu hukukî açıdan ele alırken, edinme/bulundurma ile sınırlama arasındaki farka dikkat etmek gerekmektedir. Söz gelimi şarap üreticisine üzüm satma ile ilgili hukukî sınırlama, müslümanın hiçbir şekilde üzümle ilişkisinin olamayacağı, üzüm üreticiliği yapamayacağı veya mübah alanlarda üzümden yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Yani bir nesnenin, haram olan herhangi bir şeyin hammaddesi olarak kullanılması, -başka mübâh alanlarda kullanıma imkanı olduğu sürece- onun üretiminin tamamen yasaklanmasını gerektirmemektedir.

Diğer taraftan İslâm hukukunda özel mülkiyetin ve hatta daha genel anlamda herhangi bir hakkın takyidinde, zarûret ölçüsü esas alınır. Yani sınırlama hangi amaçla

³¹⁶ S.H. Hân, *Ravdatu'n-nediyye*, II,452.

³¹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, II,325; İbnul-uhuvve, *Meâlimu'l-kurbe*, 133-134; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXI,50; Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâid*, III,139-140.

³¹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, II,325; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXI,50; Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâid*, III,139-140. ما حرم استعماله حرم اتخاذه

³¹⁹ Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâid*, III,139-140.

³²⁰ Bardakoğlu, "*Haramlar ve Helaller*",87.

³²¹ Şeybânî, *el-İktisâb*, 80-81; Tahâvî, *el-Muhtasar*, 436-437; Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, IV,285,289.

³²² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,158; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,157.

³²³ Şeybânî, *el-İktisâb*, 80-81; Tahâvî, *el-Muhtasar*, 436-437; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,158; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,157.

³²⁴ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 436-437. Krş. Bardakoğlu, "*Haramlar ve Helaller*",87.

konulmuşsa, o hedefi gerçekleştirecek ölçüde tutulur, kapsamı daha fazla genişletilemez. Binaenaleyh sınırlama, nitelik, kapsam ve süre açısından zarûret miktarınca takdir olunur. Bu ölçülerin her bir sınırlamada hassasiyetle aranması gerekmektedir.

Muhtemelen hadislerde altın ve gümüş kullanımına yönelik sınırlamalardan söz edilirken ağır ifadelerin seçilmesinden hareketle ve oldukça geniş bir yorumla bazı İslâm hukukçuları, kullanma yanında altın ve gümüş eşya bulundurmanın da yasak olduğunu söylemişlerdir. Ancak bu görüşün, az önce işaret edilen çerçevede değerlendirilmesi ve ihtiyatla karşılanması gerekmektedir.

b. Kullanma

Altın ve gümüş ev eşyası bulundurma konusunda bu şekilde düşünen İslâm hukukçuları, biraz önce ifade edilen hadislerin açık beyanlarından hareketle altın ve gümüş kaplardan yemek yemenin ve bir şey içmenin haram olduğunu söylemişlerdir.³²⁵ Ancak **Muaviye b. Kurre** bu kaplardan yiyip içmeyi haram saymamış³²⁶, diğer taraftan Zâhirî mezhebinin kurucusu **Dâvud b. Ali** ise, altın ve gümüş kaptan yemenin caiz olduğunu söylemiştir.³²⁷ Fakat aynı zamanda büyük bir hadis otoritesi de olan Şâfiî hukukçu **Nevevî** (676/1277)'nin de belirttiği gibi, söz konusu alimleri böyle bir kanaat izharına sevkeden amil muhtemelen, altın ve gümüş kaptan bir şey yeme-içmenin kesin olarak yasak olduğunu ifade eden hadislerle vakıf olmamış bulunmalarıdır. Yoksa bu husustaki rivâyetlerin genelinin ve özellikle "*Gümüş kaptan içen karnına cehennem ateşini akıtmaktadır*"³²⁸ şeklindeki ağır tehdidin haramlığı gerektirdiğinde en ufak bir şüphe bulunmamaktadır.³²⁹

Altın ve gümüş kaptan yeme-içme hususunda durum böyle olmakla birlikte, söz konusu iki madenin ev eşyası olarak kullanımına yönelik bu sınırlamaların, yeme-içmeyle mi sınırlı, yoksa kıyas yoluyla buna benzer diğer kullanımları da kapsayıp kapsamadığı İslâm hukukçuları arasında ihtilâfıdır. Çağdaş yazarlardan **Mustafa Saîd el-Hin**'in da belirttiği gibi³³⁰, kaynağını nasları anlama ve yorumlama metodolojisine yönelik yaklaşım farklılıklarından alan bu ihtilâfın merkezinde, söz konusu yasağın illetinin tesbiti yer almaktadır. Hüküm istinbatında kıyası muteber bir usul olarak benimseyen ve yasağın illetini, "*kibir, gurur, fakirlerin kalplerini incitme*"³³¹ şeklinde tayin eden İslâm hukukçularının cumhuru, yeme-içme dışındaki kullanımları da, bu iki fiile kıyas ederek haram kapsamında değerlendirmişlerdir.³³² Buna göre altın ve gümüş kap, yazı gereci, sürmedanlık, ev eşyası vb. şekillerde kullanımı, cumhur İslâm hukukçularına göre kadın erkek ayırımı gözetmeksizin herkese haram kabul edilmiştir.

Diğer taraftan nasların talilini kabul etmeyen Zâhiriyye mezhebi³³³ ile, son dönem alimlerinden **Şevkânî** (1250/1834)³³⁴ ve **Ebu't-Tayyib Sıddîk Hasen Hân** (1307/1889)'a³³⁵

³²⁵ Şâfiî, *el-Üm*, I,58; Tahâvî, *el-Muhtasar*, 431,436-437; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, I,426; VI,99; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,360; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II,325; IX,146; Makdisî, *el-Udde*, 22; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,159; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 22; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,158-159; Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, IV,284-285.

³²⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX,146.

³²⁷ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, I,94.

³²⁸ Müslim, "Libâs" 1.

³²⁹ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, I,94.

³³⁰ Hin, *Eseru'l-ihtilâf*, 491.

³³¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX,146; Makdisî, *el-Udde*, 22; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,159. لأن فيه سرفاً وخبلاءً وكسر قلوب الفقراء.

³³² Mâverî, *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, 296; Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, 267; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II,325; IX,146; Makdisî, *el-Udde*, 22; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,159; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXI,49; Suyûtî, *el-Eşbâh*, 370; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 22; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,159; Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, IV,285.

³³³ Hin, *Eseru'l-ihtilâf*, 491.

(1307/1889)'a³³⁵ göre ise, altın ve gümüş kaptan yeme-içme ile ilgili yasağın illeti "*cennet ehline benzeme*"dir.³³⁶ Dolayısıyla yasak, yalnızca yeme-içmeyle sınırlı olup, bunun dışındaki kullanımlar mübâhtir. Fakat **İbn Hazm** (456/1064), altın ve gümüş kap kullanımını yasaklayan hadislerin, bu kaplardan yeme ve içmeyi yasaklayan hadislerle bir hüküm ziyadesinde bulunduğunu söylemekte ve bu kaplardan abdest ve gusül almanın da caiz olmadığını ifade etmektedir.³³⁷ Zira "*O, dünya üzerinde ne varsa sizin için yarattı*"³³⁸, "*De ki: Allah'ın kulları için yarattığı güzelliği, rızkın iyisini, temizini yasaklayan kim? De ki: Bunlar dünya hayatında imana erenler için meşrudurlar; Kıyâmet Günü'nde ise yalnızca onlara özgü olacaklardır. Anlama-kavrama yeteneği olan insanlar için bu mesajları biz işte böyle açık açık dile getiriyoruz!*"³³⁹ âyetleri, eşyadan yararlanma hususunda aslolanın ibâha olduğunu göstermektedir ve bu genel bir hükümdür. Dolayısıyla *Kur'ân*'daki bu genel ve esas hükmün dışına çıkabilmek için, tahsis delili gerekir. Yukarıda zikredilen hadisler altın ve gümüş kaplar için bu ibâhayı yeme ve içmeyle sınırlandırmış, yani tahsis etmiştir. O halde altın ve gümüş kaptan yeme içme dışındaki kullanımların da haram olduğunu söyleyebilmek için, muhalif tarafın da teslimiyet göstereceği ölçüde kuvvetli delile (muhasis) ihtiyaç vardır ki böyle bir delil bulunmamaktadır. Binaenaleyh haramlığı bunlarla sınırlamak ve delile istinad etmeden görüş belirtmemek gerekir. Sonuç itibarıyla altın ve gümüş ya da bunlarla kaplama kaplardan yalnızca yeme ve içme yasaklanmıştır ve önemli olan ağız, altın ve gümüşle süslü kısma değmemesidir.³⁴⁰

Hatta **Şevkânî** (1250/1834), altın ve gümüş kaplarla ilgili yasağın kapsamını her türlü kullanımı içine alacak şekilde tutmayı, "*Allah'ın müsaade etmediği bir şekilde insanlara, haram çerçevesini genişletme hususunda bu ne cür'et!*"³⁴¹ sözleriyle şaşkınlıkla karşılamaktadır.

Altın ve gümüş kap kullanımına yönelik yasak çerçevesini yeme-içmeyle sınırlayanlar, yasağın illetinin "*cennet ehline benzeme*" olduğu fikrindedirler. Bu görüşü benimseyen hukukçulara göre, kapsamı geniş tutan cumhurun öne sürdüğü "*kibirlenme, fakirlerin kalbini incitme*" gibi hususların illet olarak belirlenmesi doğru değildir. Zira **Şevkânî**'nin ifadesiyle, şayet yasağın gerekçesi (illeti) bu olsaydı, altın ve gümüşten daha değerli olan şeylerden (akîk, yâkût gibi) yapılan kapları kullanmanın da haram olması gerekirdi. Halbuki bunu söyleyen hiçbir âlim bulunmamaktadır.³⁴²

İllet hususunda **Şevkânî**'nin dile getirdiği bu itiraza cumhur İslâm hukukçuları **İbn Kudâme** (620/1223)'nin ağızdan şöyle mukabelede bulunurlar. Altın ve gümüş, yaygın olarak bulunan madenlerdir. Dolayısıyla bunların ev eşyası olarak kullanılması fakirlerin gönlünü incitir. Halbuki bunlardan daha pahalı da olsa diğer madenler altın ve gümüş kadar bol bulunmazlar. Şu halde bunların az bulunması zaten ev eşyası olarak kullanılmasına manidir. Kaldı ki fakirler, zenginlerin bu tür ev eşyası kullandıklarına -az bulunduğu için- vâkıf

³³⁴ Şevkânî, *Neylül-evtâr*, I,94-95; a.mlf., *es-Seylül-cerrâr*, IV,115.

³³⁵ S.H.Hân, *Ravdatü'n-nediyye*, II,452.

³³⁶ Şevkânî, *Neylül-evtâr*, I,94.

³³⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, I,208.

³³⁸ Bakara 2/29.

³³⁹ A'râf 7/32.

³⁴⁰ Şevkânî, *Neylül-evtâr*, I,94-95; a.mlf., *es-Seylül-cerrâr*, IV,109,114-115.

³⁴¹ Şevkânî, *es-Seylül-cerrâr*, IV,115.

³⁴² Şevkânî, *Neylül-evtâr*, I,95.

olamayacaklar, dolayısıyla kalplerinin incinmesi diye bir durum da söz konusu olmayacaktır.³⁴³

Bu arada yasağın illetini tespit hususunda başka bazı görüşler de ileri sürülmüştür ki, bu husus üzerinde ayrıca durulacaktır.

Altın ve gümüş kaptan yeme-içmeyle ilgili sınırlamaları, -sınırlamanın gerekçesi nasıl belirlenirse belirlensin- sırf yeme-içmeye özgü kılmanın makul ve hukukî bir dayanağı yoktur. Zira söz konusu yasağın gerekçesi (illet), "*cennet ehline benzeme*" dahi olsa, bu durum, yasağın bu iki fiille sınırlı tutulmasının gerekçesi olamaz. Çünkü bunun böyle olduğunu söyleyebilmek için, -**Şevkânî**'nin muhalif görüş sahiplerinden istediği gibi- cennet ehlinin altın ve gümüş kaplardan yalnızca yiyip içme şeklinde yararlanacağını gösteren bir delile ihtiyaç bulunmaktadır. Halbuki böyle bir delil yoktur. Kaldı ki illet olarak hangi husus belirlenirse belirlensin, bu husus İslâm hukuk metodolojisi açısından düşünüldüğünde, illetin asla mahsus (kâsır) olduğuna dair bir delil olmadığı sürece, illetin geçişli olduğu esası benimseneceğinden, bu da kıyas gereği, diğer kullanımların da aynı kapsamda değerlendirilmesini gerektirmektedir. O halde yeme-içme dışındaki kullanımların da bu iki fiile kıyaslanmasına mani bir hal mevcut değildir. Binaenaleyh mülkiyetin konusunun altın ya da gümüş kaplar olması durumunda, bu kaplardan yeme-içme ve diğer kullanımlar hukuken sınırlandırılmıştır. Sınırlamaya muhatap olma açısından kadın ve erkek arasında da herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

c. Çocukların Kullanması

İslâm hukukçularının bir kısmı altın ve gümüşle ilgili sınırlamaların çocuklar için de uygulanması gerektiği kanaatindedirler. Yani sınırlamanın niteliğine göre mükellef bireye haram olan hususlar, aynı şekilde çocuklar için de uygulanmalıdır. Söz gelimi kız ya da erkek çocuklara altın-gümüş kaplardan bir şey yedirmek ya da içirmek, altın ya da gümüş kaplama sandalye, kanepeler vb. şeylere oturtmak, erkek çocuğun parmağına altın yüzük geçirmek caiz değildir.³⁴⁴ Ancak bu tür doktriner yaklaşımların, yine de mükellef yetişkinler için düşünüldüğünü gözden ırak tutmamalıdır. Zira henüz mükellef olmadığı için çocuk, bu tür hükümlere muhatap da, sorumlu da değildir. Nitekim bu görüş sahipleri de tüm sorumluluğun, söz gelimi erkek çocuğa yüzük takan veya çocuğa altın-gümüş kaptan yedirip içirende olduğunu belirtmişlerdir.³⁴⁵

Şu halde İslâm hukukçularının bu görüşleri, hukukî olmaktan ziyade terbiye ve eğitim amaçlıdır. Gelecekte İslâm hukukunun hükümlerine muhatap olacak nesillerin iç dünyalarında, haramlardan sakınma ve helal ve hayır işlere yönelme hususunda bir hassasiyetin ve duygunun oluşması amaçlanmıştır. Çocuğun namaz, oruç gibi ibadetlere alıştırılmasına dönük hadislerin asıl vurgulamak istediği de zaten budur. Dolayısıyla Hanefî fakih **Meydânî** (1298/1881)'nin³⁴⁶ de ifade ettiği gibi, *çocuğun İslâmî davranış şekillerine alıştırılması ve gönlünün İslâm'a ısındırılması ebeveynin temel görevlerindedir*.

Bu görüşe göre İslâm'da hukukun, bireyleri hukuk kurallarına uymaya hazırlayıcı bir fonksiyonu da bulunmaktadır.

d. Ticaretini Yapma

³⁴³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX,147.

³⁴⁴ Bkz. Tahâvî, *el-Muhtasar*, 431; Meydânî, *el-Lübâb*, IV,158; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,159; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXII,89; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 288.

³⁴⁵ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,159.

³⁴⁶ Meydânî, *el-Lübâb*, IV,158. لأنه يجب عليه أن يعود الصبي طريق الشريعة ليألفها

Bazı İslâm hukukçularının, altın ve gümüş eşya ile ilgili nasları anlama ve yorumlamada, oldukça geniş bir yorum tarzı benimsediklerini ve bu iki madenden yapılmış eşyanın kullanımı ve bulundurulması yanında, ticaretinin yapılmasını da haram saydıklarını görmekteyiz. Zâhiriyye mezhebinin büyük hukukçusu **İbn Hazm** (456/1064), bu görüşü benimsektedir.³⁴⁷ Hanbelî hukukçulardan **İbnü'l-Kâsım** (191/806)'ın da aynı görüşte olduğu ifade edilmektedir.³⁴⁸ Çağdaş yazarlardan bazıları da bu kanaati tercih etmektedir.³⁴⁹

İbn Hazm, altın ve gümüş kap kaçakların esasen temellükünün caiz olmadığını, temellükü caiz olmayan şeyin satımının da caiz olmayacağını söyler. Dolayısıyla altın ve gümüş kaplar ancak kırıldıktan, yani kap olarak kullanılamayacak bir hale geldikten sonra satılabilir.

Bu durumda **İbn Hazm**'a göre, altın ve gümüş kapların temellükü hukuken sınırlandırılmış olmaktadır. Temellükü caiz olmayan şeyin, hukukî işlemlere konu edilemeyeceği ise tabiidir ve bu anlamda **İbn Hazm**'ın görüşü tutarlıdır. Fakat öncelikle bu tür eşyaların temellükünün caiz olmadığına ispat edilmesi gerekmektedir. Aslında geniş bir yorumla altın ve gümüş eşya bulundurmanın da -kullanıma sebep olabileceği endişesiyle- haram olduğunu söyleyen cumhur İslâm hukukçularının bu görüşleri de, tam olarak olmasa bile **İbn Hazm**'ın fikrine yakın bir anlam taşımaktadır. Bu noktadan hareketle cumhur İslâm hukukçularına göre altın ve gümüş ev eşyası satımının caiz olmadığı tespitinde bulunanlar olmuşsa da,³⁵⁰ söz konusu hukukçuların, altın ve gümüş eşyanın evde bulundurulmasından söz ettikleri dikkate alınır, ticarî faaliyetlerin bu kapsamda mütala edilemeyeceği görülecektir. Kaldı ki bu tür eşyaların gayri müslimlere pazarlanması da pekâlâ mümkündür.

Az önce **İbn Hazm**'ın görüşünün kendi içinde tutarlı, fakat altın ve gümüş kap edinmenin (temellükünün) caiz olmadığına ispata muhtaç olduğunu söylemiştik. Bu konuda hadis kitapları bize, kullanımı haram olan bir nesnenin, haram alan ve şekil dışındaki mübâh alanlarda kullanılmak veya hukukî işlemlere konu edinmek üzere temellükünün caiz olduğuna dair bilgiler nakletmektedirler. **Buhârî** (256/869)'den öğrendiğimize göre **Hz. Ömer** (ra), satılmakta olan ipek bir elbise görmüş ve *Hz. Peygamber* (sav)'e "*Yâ Rasûlallah! Şu elbiseyi satın alsan da, hem sana gelen heyetleri kabul sırasında, hem de Cuma günleri giysen!*" demiş, fakat *Rasûl-ı Ekrem* onun bu talebine, "*Bunu ancak nasipsizler giyer*" şeklinde karşılık vermiştir. Ancak *Hz. Peygamber* (sav) bu olaydan bir müddet sonra **Ömer**'e ipek bir elbise göndermiş; **Ömer**: "*İpek elbise konusunda o söylediklerinden sonra bana ipek elbise mi gönderiyorsun*" diyerek şaşkınlığını ifade edince, *Rasûlullah* (sav), "*Ben bunu sana satasın ya da birine veresin diye gönderdim*" buyurmuştur.³⁵¹

Buhârî bize benzer bir olaydan daha söz ediyor. **Hz. Ali** (ra) şöyle anlatıyor: "*Hz. Peygamber, bana ipek bir elbise göndermişti. Ben bunu giyerek dışarı çıktım. Hz. Peygamber'in yüzünde kızgınlık ifadesi görünce elbiseyi hanımlar arasında paylaştırdım.*"³⁵²

Bu rivayetlerde söz konusu edilen hususun altın ya da gümüş kap değil, ipek elbise olduğu söylenebilir. Fakat altın-gümüş ile ipek, hukukî sınırlamalar açısından aynı hükümlere tabi olmaları sebebiyle hadislerde genelde bir arada zikredilmişlerdir. Ancak burada asıl önemli olan kullanımı haram olan bir şeyin, temellükünün ve mübâh alanlarda tasarrufunun caiz olup olmamasıdır. İşte söz konusu hadisler bize bunun caiz olduğunu göstermektedir.

³⁴⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,466.

³⁴⁸ Vefâ, *Bey'u'l-a'yânî'l-muharrame*, 59 (*Hâşiyetu İbnu'l-Kâsım ale'l-Ravdi'l-murbi*, I,103).

³⁴⁹ Vefâ, a.g.e., 59.

³⁵⁰ Vefâ, a.g.e., 59.

³⁵¹ Buhârî, "Libâs" 25,30.

³⁵² Buhârî, "Libâs" 30.

Diğer yandan hadis kitapları bize altının da, mübâh alanlarda kullanılmak ve tasarrufta bulunmak amacıyla temellükünün caiz olduğunu gösteren bilgiler sunmaktadır. **İbn Abbâs** (ra)'ın anlattığına göre *Rasul-i Ekrem*, bir şahsın parmağında altın yüzük görmüş, onu çıkarıp atmış ve "*ateş parçası bir halkaya rağbet ediyor da onu parmağınıza geçiriyorsunuz!*" demiştir. Hz. *Peygamber* oradan ayrıldıktan sonra sahabîler o şahsa, "*yüzüğünü al, ondan faydalanırsın*" demişler fakat söz konusu şahıs, "*Hayır asla! Allah Rasûlü'nün çıkarıp attığı bir şeyi kesinlikle almam*" demiştir. Dolayısıyla ashab-ı kiramin söz konusu şahsa, yüzüğünü alıp ondan faydalanması önerisinde bulunmaları, altından yüzük edinme yasağının, altın yüzüğün temellükünün de yasak olduğu anlamına gelmediğini, ondan başka mübâh alanlarda faydalanmanın caiz olduğunu göstermektedir. Olaya muhatap olan kişinin yüzüğü başka amaçlarla faydalanmak üzere almaktan çekinmesi ise, *Allah Rasûlü'nün* bu denli şiddetli muamelesini gerektirecek bir file konu olmasından ötürü olması mümkündür.

Diğer taraftan Hz. *Peygamber*, **H. Aişe**'nin satın aldığı ve üzerinde resimler bulunan perdeyi kaldırmış fakat yaptığı satım sözleşmesine ilişmemiştir.

Hz. *Peygamber*'in bu tür uygulamaları ve açık beyanları karşısında, altın ve gümüş eşya ticareti yapmanın "*günah ve düşmanlıkta yardımlaşma*" kapsamında değerlendirilmesi ve izâlesi gerekli bir münker olarak görülmesinin³⁵³ isabetli olmadığı açıktır. Zira bu mütalaa kabul edilecek olursa, Hz. *Peygamber*'in, dikkate alınması zorunlu bir maslahatı ihmal ettiği sonucu çıkar ki, Allah Rasûlü için böyle bir şey tasavvur bile edilemez.

Dolayısıyla altın ve gümüş kapların yeme-içme vb. amaçlarla kullanılması caiz olmamakla birlikte, bunların söz gelişi ticaretini yapmak amacıyla temellükü caizdir ve yukarıdaki rivayetler bunun açık delilleridir. Fakat burada bir hususun dikkatlerden kaçmaması gerekmektedir. Ticarî amaçlı altın-gümüş kap edinmenin caiz olması, bu nesnelere istenilen herkese satımının da caiz olması demek değildir. Söz gelimi bir müslümanın, yeme-içme veya buna benzer amaçlarla altın ve gümüş kap edinmesi caiz olmadığı gibi, kesin olarak bu işlerde kullanacağı bilinen bir müslümana söz konusu kaplardan satması da caiz değildir.³⁵⁴ Nitekim birazdan görüleceği üzere hukuk dışı sonuçlara yol açan mübâh tasarruflar, doğrudukları sonuç dikkate alınmak suretiyle hukuken yasaklanmıştır. Öte yandan hisbe yazarlarından **İbnu'l-Uhuvve** (7291329), bu gibi hususlarda her bölgenin yerel örfünün dikkate alınacağını ve kullanması/kullanılması dinen haram olan nesnelere satışının yasaklanacağını söylemektedir.³⁵⁵ Yani burada malik açısından, akid yapabileceği şahıslar sınırlandırılmıştır. Bu hususta ölçü, "*günah ve düşmanlıkta yardımlaşmama*" prensibidir. İşte bu gibi durumlarda edinilmesi haram olan bir şeyin hukukî işlemlere konu edilmesinin mefsedeye yol açtığı, dolayısıyla maslahat ve sedd-i zerîa ilkesi gereği yasaklanmasının doğru olduğu söylenebilir.

Özetle belirtmek gerekirse, İslâm hukukunda özel mülkte tasarruf yetkisine getirilen hukukî sınırlamalara bireylerin riayetini sağlama ve sınırlamaların amacının tahakkuk etmesini temin maksadıyla gösterilecek hassasiyet, amacını aşır hakkin özüne dokunacak seviyeye ulaşmamalıdır. Zira sınırlamalar hususunda, zarûret hükümleri geçerlidir ve her sınırlama zarûret miktarınca takdir olunur.

Altın ve gümüş ev eşyasıyla ilgili hukukî sınırlamalar çerçevesinde buraya kadar sözü edilen bulundurma, bu tür nesnelere çocukların kullanması ve ticaretinin yapılmasıyla ilgili

³⁵³ Bkz. Vefâ, *Bey'u'l-a'yânî'l-muharrame*, 59.

³⁵⁴ Bkz. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXII,89-90.

³⁵⁵ İbnu'l-uhuvve, *el-Hisbe*, 133-134.

hükümler, az sonra ele alınacak olan altın ve gümüş ziynet kullanımı ve altın yüzükle ilgili olarak da aynen geçerlidir.

Şu halde altın ve gümüşle ilgili hukukî sınırlamaların bir diğer türünü de, bu iki madenden yapıma ziynet kullanımı oluşturmaktadır.

2. Altın ve Gümüş Ziynet Kullanımı

Altın ve gümüşün ziynet eşyası olarak kullanımı yalnızca kadınlar için caizdir.³⁵⁶ Erkeklerin altın ve gümüş ziynet eşyası kullanmaları haramdır ve bu hususta İslâm hukukçuları arasında görüş birliği vardır.³⁵⁷ Zira Hz. Peygamber (sav), "Altın ve ipek ümmetimin erkeklerine haram, kadınlarına helâldir"³⁵⁸ buyurmuştur.

Erkeklerin altın ve gümüş ziynet eşyası kullanımı yasaklanırken, kadınların bu sınırlamadan muaf tutulmalarının, bir çok sebebinin olması mümkün ise de, herhalde en önemli gerekçe; fitrî ihtiyaçların karşılanması ve kadın ve erkek arasındaki fitrî farklılıkların muhafaza edilmesidir. Çünkü kadınlar fitraten güzellik ve süslenmeye düşkünlüdürler.³⁵⁹ Dolayısıyla onların fitrî olan bu ihtiyaçları, belirli bir muafiyeti gerektirmiş, fakat bu da, lüks ve israfa kaçmama, bu ziynetleri yabancılara karşı gösteriş ve cinsî cazibe aracı olarak kullanmama gibi bazı kısıtlamalara tabi tutulmuştur.³⁶⁰ Öte yandan fitrat itibarıyla ziynete düşkün olmayan erkeklerin, altın ve gümüş ziynet kullanmaları yasaklanmak suretiyle farklı iki cins arasındaki fitrî özelliklerin muhafazası hedeflenmiştir.

Dolayısıyla İslâm hukukunda özel mülkiyet sınırlamalarında, beşer fitratının korunması düşüncesinin de önemli bir yerinin olduğunu görmekteyiz. Nitekim bireylerin kendi iç dünyalarında, aile içi ilişkilerde ve toplumsal yapı içerisindeki bir takım sapma ve problemlerin temelinde, kadın ve erkeğin her birinin sahip olduğu fitrî duygu ve özelliklerin bozulması yatmaktadır. Bu sebeple İslâm, bu tür sorunların yaşanmasına fırsat vermeme bakımından, bireylerin fitratlarının bozulmamasını sağlayacak bazı hukukî düzenlemeler/sınırlamalar da öngörmüştür ki, altın ve gümüşün erkekler tarafından ziynet olarak kullanılması yasağı da bunlardandır.

Altın ve gümüşle ilgili sınırlamalar çerçevesinde, sözünü ettiğimiz gerekçeyle irtibatlı diğer bir husus da altın yüzük meselesidir.

3. Altın Yüzük

Hemen ifade edelim ki, altın yüzük kullanımıyla ilgili olarak âyetlerde herhangi bir hüküm bulunmamakta, hadislerde ise, genel olarak erkeklerin altın yüzük kullanmasını yasaklayan rivayetler yanında, yasağın genel olmayıp belirli şahıslarla sınırlı tutulduğunu gösteren rivayetler de vardır. Bunlara ilave olarak bazı önde gelen sahabîlerin bizzat altın yüzük taktıklarını gösteren bilgilere de rastlanmaktadır.

³⁵⁶ Çağdaş hadis âlimlerinden merhum Muhammed Nâsiruddîn el-Elbânî (1999), altın bilezik kullanımının kadınlara da haram olduğunu söylemektedir. Bu görüşün delilleri ve eleştirisi için bkz. Ensârî, İsmail b. Muhammed, *İbâhatü't-tehallî bi'z-zehebi'l-muhallak li'n-nisâ ve'l-red ale'l-Elbânî fi tahrîmih*, Beyrut 1394/1974.

³⁵⁷ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 436-437; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II,324; Makdisî, *el-Udde*, 22; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,159; Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, III,162-163,139-140.

³⁵⁸ Ebu Dâvud, "Hâtem" 3; Tirmizî, "Libâs" 1.

³⁵⁹ Krş. Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 22.

³⁶⁰ Krş. Bardakoğlu, *"Haramlar ve Helaller"*,86.

Bir çok hadis mecmuasında bulunan ve hadis otoritelerinin sıhhatine hükmettikleri bir hadise göre "Hz. Peygamber altın yüzük kullanmayı yasaklamıştır."³⁶¹ Öte yandan **Berâ b. Âzib**, *Rasûl-i Ekrem*'in yedi şeyin yapılmasını emrettiğini, yedi şeyi ise yasakladığını haber vermekte ve yasaklananlar arasında "altın yüzük kullanma'yı da saymaktadır.³⁶² Diğer taraftan **Buhârî** (256/869)'nin rivayetine göre, *Rasûlullah* altından bir yüzük takıyordu. İnsanların da altın yüzük edindiğini görünce altın yüzüğü çıkarmış ve bunu artık hiç takmayacağını söylemişti. İnsanlar da bunun üzerine yüzüklerini çıkarmışlardır.³⁶³

Ayrıca Hz. *Peygamber*'in altından bir yüzük edindiği ve kaşını da avuç içine getirdiği, insanların da bu şekilde yüzük edindiklerini görünce, altın yüzüğü çıkarıp yerine gümüş bir yüzük edindiğini yine **Buhârî**'den³⁶⁴ öğreniyoruz. Hatta aynı kaynakta yer alan bir bilgiye göre, uzun süre Peygamber Efendimiz'in hizmetinde de bulunmuş olan **Enes b. Mâlik**, bu hususta bize bir ayrıntıdan daha sözediyor: "Hz. *Peygamber* bir gün gümüş bir yüzük takmıştı. İnsanlar da gümüş yüzük yapıp taktılar. *Rasûlullah* yüzüğü çıkarınca insanlar da parmaklarından yüzükleri çıkardılar."³⁶⁵ Bununla birlikte altın yüzük kullanımını yasaklayan *Allah Rasûlü'nün*, ashabın "o halde neden yüzük edinelim?" şeklindeki sorusuna, "demir (*hadîd*), gümüş (*verik*) ya da bakırdan (*sufur*)" cevabını verdiğini de **Nesâî** (303/915)'den öğrenmekteyiz.³⁶⁶

Bu genel naslar yanında, altın yüzük kullanımını yasağının tüm insanları kapsamadığını ve belirli şahıslarla sınırlı tutulduğunu ifade eden hadisler de bulunmaktadır. **Nesâî**'nin **Hz. Ali** (ra)'den naklettiği şu rivayet böyledir. **Hz. Ali** diyor ki: "*Sevgilim -O'na salât ve selâm olsun- bana üç şeyi yasakladı. Demiyorum ki, bütün insanlara yasakladı. Beni, altın yüzük takmaktan, ipek kumaşlı ve iyice kırmızıya veya sarıya boyanmış kumaştan dikilmiş elbise giymekten ve secde ve rukû halinde iken Kur'ân okumaktan nehyetti.*"³⁶⁷ Yine **Hz. Ali**'den gelen diğer bir rivayette, "*Peygamber Efendimiz, benim altın yüzük takmamı yasakladı; ancak, sizleri de yasakladı, demiyorum*"³⁶⁸ şeklindedir. Ancak bu rivayetin "sizleri de

³⁶¹ Buhârî, "Libâs" 45; Tirmizî, "Salât",195; "Libâs",13; Ahmed, Müsned, I,138. أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن خاتم الذهب.

³⁶² Buhârî, "Cenâiz",3; Müslim, "Libâs",3; Nesâî, "Cenâiz",53; İbn Mâce, "Keffârât",12, Ahmed, Müsned, I,439. Ali Yardım altın yüzük kullanımının haram olduğu kanaatinde olanların, bu hükmün pek çok hadisle sabit olduğunu söylediklerini, aslında sözü edilen rivâyetlerin kısm-ı âzâminin Berâ b. Âzib'den nakledilen ve Hz. *Peygamber*'in bir çok şeyi yasakladığı ve emrettiği bu hadisin, altın yüzükle ilgili kısmının sanki müstakil bir hadismiş gibi algılanmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Ali Yardım'a göre "rivayet yollarının çokluğundan söz edebilmek için, o hadisin bir çok sahabe kanalıyla, onlardan da yine pek çok tabiün vasıtasıyla ve yine onlardan da yeteri sayıda râvî yoluyla rivayet edilmiş olması gerekir." Bkz. *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 26-27. Senedin müntehâsı dikkate alındığında bu görüş isabetli olmakla birlikte, Ali Yardım'ın, hadisçilerin seneddeki her farklılığı/değişikliği yeni bir rivayet olarak değerlendirmeleri gerçeğini gözden kaçırdığı anlaşılmaktadır. Temel hadis mecmualarından herhangi birinden, bir konuyla ilgili ardarda birkaç hadisin okunması, sözünü ettiğimiz ayrıntıyı yakalamak için yeterli olacaktır.

³⁶³ Buhârî, "Libâs" 46. Bu tür hadislerde Rasûl-i Ekrem'in söz konusu fiil için, "nebeze", "taraha", "neze'a", "vaza'a" gibi kelimelerin kullanıldığına dikkat çeken Ali Yardım, bu kelimeler arasında birbirinden farklı bazı anlam incelikleri bulunmakta birlikte hepsinin kesiştiği ortak anlamın, "çıkardı" olduğunu söyler. Daha sonra söz konusu kelimelerin Türkçe'ye "parmağından çıkarıp attı", "yüzüğünü attı" şeklinde çevrilmesinin yanlış olduğunu söyleyen Yardım, bunun gerekçesini şöyle açıklamaktadır: "Kaydetmek yerinde olur ki, Peygamber Efendimiz'in konuşmasının yapıldığı yer, Mescid-i Nebevî'nin minberidir. İşe yaramaz bir nesneyi insanların yakınından uzaklaştırıncasına fırlatıp atma, bir Peygamber tavrı olmadığı gibi, altın mühür-yüzük, çöp sepetine atılacak türden bir nesne de değildir. Tercüme ve yorumlarda abartılı ve gerçek dışı tutumlardan sakınılması, aynı zamanda bir ifade edebidir." Bkz. *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 17. Söz konusu kelimelerin yaşayan Türkçe karşılığı bakımından çıkardı şeklinde çevrilmesi yerinde olmakla birlikte, çıkarıp attı gibi ifadeler de çöpe atma gibi tahkir ifadesi değildir.

³⁶⁴ Buhârî, "Libâs" 45.

³⁶⁵ Buhârî, "Libâs" 47. Altın yüzük kullanımıyla ilgili diğer bazı rivayetler için bkz. Ebu Dâvud, "Libâs",14, "Hâtem",9; Tirmizî, "Libâs", 1; Nesâî, "Ziyet", 40;

³⁶⁶ Nesâî, "Ziyet", 50,53.

³⁶⁷ Nesâî, "Tatbîk", 61.

³⁶⁸ Nesâî, "Ziyet",43.

yasakladı, demiyorum" şeklinde bir açıklamanın yer almadığı ve sırf *Rasûlullah*'ın yasağını ihtiva eden varyantları da bulunmaktadır.³⁶⁹

Bu arada ashabdan bazılarının altın yüzük taktıklarını ve bu halin vefatlarına kadar devam ettiğini görmekteyiz. **Talha b. Ubeydullah, Sa'd b. Ebu Vakkâs, Suheyb-i Rûmî, Berâ b. Âzib, Enes b. Mâlik, Zeyd b. Erkam...** altın yüzük kullandıkları bilinen sahabîlerdendir.³⁷⁰ Söz gelimi Bedir ehlinden olan **Ebu Üseyd es-Sâidî** öldüğü zaman çocukları, parmağından altın yüzük çıkarmışlardır.³⁷¹ Önde gelen sahabe biyografisi yazarlarından **İbn Sa'd** (230/844), cennetle müjdelenen sahabîlerden **Talha b. Ubeydullah**'ın, cemel günü şehit edildiğinde parmağında altın yüzük bulunduğunu yazar.³⁷² Bu meselede **Ahmed b. Hanbel** (241/855), bize oldukça dikkat çekici bir bilgi sunmaktadır. **Berâ b. Âzib**'in âzadlısı veya hizmetçisi olan **Muhammed b. Mâlik** anlatıyor: "*Ben, Berâ b. Âzib'in parmağında bir altın yüzük görmüştüm. Çevresindeki insanlar ise ona; Hz. Peygamber yasakladığı halde niçin altın yüzük takıyorsun? dediklerinde o, şöyle cevap vermiştir: Birgün Rasul-i Ekrem'in huzûr-ı saâdetlerinde bulunuyorduk. Önünde bulunan harp esirleri ile ganimet artığı ev eşyalarını taksim etmekle meşguldü. Sonunda kala kala bu yüzük kalmıştı. Başını kaldırıp ashabına baktı, sonra gözlerini indirdi. Tekrar başını kaldırarak onları yine gözleriyle süzdü ve yine önüne baktı. Üçüncü defa tekrar bakışlarını kaldırıp çevresine göz gezdirdi. Sonunda da:*

-*"Berâ! Biraz yaklaş"* dedi. Ben de gelip huzurlarına oturdum. Önündeki yüzüğü eline aldı, bileğimden tutarak şöyle buyurdu:

-*"Al, Allah ve Rasûlü'nün sana hediyesi olan bu yüzüğü parmağına tak!"*

Berâ hep şöyle derdi: "*Şimdi siz benden, ne diye, Rasûlullah (sav)'in bizzat taktığı bu yüzüğü çıkarmamı istiyorsunuz?*"³⁷³

Erkeklerin altın yüzük kullanması meselesinde oldukça dikkat çeken diğer bir olay da **Hz. Ömer** (ra) ile **Suheyb-i Rûmî** arasında geçmiştir. Muhaddis **Nesâî** (303/915)'nin "*Erkeklerin altın yüzük kullanmasına ruhsat*" şeklindeki bâb başlığı altında aktardığı rivayetten öğrendiğimize göre, bu güzîde iki sahabî arasındaki diyalog şu şekilde cereyan etmiştir:

Hz. Ömer:

-*"Bakıyorum da, altın yüzük takıyorsun!"*

Suheyb:

-*"Onu senden daha hayırlı olan bir zat görüp kınamadı da, kınamak sana mı düştü!"*

Hz. Ömer:

-*"Kimdir o zât?"*

Suheyb:

-*"Rasûlullah sallallâhu aleyhi ve sellem!"*³⁷⁴

³⁶⁹ Bkz. Tirmizî, "Libâs", 13.

³⁷⁰ Geniş bilgi için bkz. İbn Sa'd, *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, III,143,220,558; IV,368; Buhârî, *et-Târîhu'l-kebîr*, III,410; VII,351; Tahâvî, *Şerh meânî'l-âsâr*, IV,259 vd. Ali Yardım, altın yüzük kullanan onüç sahabî ismi zikretmektedir. Bkz. *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 39.

³⁷¹ İbn Sa'd, *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, III,558; Buhârî, *et-Târîhu'l-kebîr*, III,410.

³⁷² İbn Sa'd, a.g.e., III,220.

³⁷³ Ahmed, Müsned, IV,294; İbn Sa'd, *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, IV,368; Tahâvî, *Şerh meânî'l-âsâr*, IV,259. Krş. Yardım, *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 41-42.

³⁷⁴ Nesâî, "Ziyânet", 42. Krş. Yardım, *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 41-42.

Bütün bu verilerden hareketle erkeklerin altın yüzük takması meselesinde İslâm hukukçularının iki görüş halinde ihtilaf ettiklerini görmekteyiz. Bir kısım İslâm hukukçusu bazı sahabîlerin altın yüzük kullanmasıyla ilgili rivayetlerden hareketle erkeklerin altın yüzük takmasının mübâh olduğunu söylemiştir.³⁷⁵ Ayrıca bu hukukçular cevaz hükmü için şöyle bir çıkarımda da bulunmaktadırlar. Hadislerde altın ile gümüş kullanım bakımından eşit tutulmuştur. Söz gelimi altın kaplardan yeme-içme yasak olduğu gibi gümüş kaplardan yeme-içme de yasaktır. Binaenaleyh gümüş yüzük kullanmak mübah olduğuna göre altın yüzük kullanma da mübah olmalıdır.³⁷⁶

Buna mukabil çoğunluğu (cumhur) teşkil eden İslâm hukukçuları ise, erkeklerin altın yüzük kullanmalarını yasaklayan rivayetleri daha kuvvetli ve sağlam bulmuşlar ve bunları ihticaca esas almak suretiyle erkeklerin altın yüzük kullanmasının haram olduğunu söylemişlerdir.³⁷⁷ Bu hükme kaynaklık eden ve *Hz. Peygamber*'in uygulamasından örnekler sunan yukarıdaki rivayetlerde, *Rasûlullah*'ın gümüş yüzüğü de elinden çıkardığı, bu konuda ashabin da ona uyduğu ifade edilmekteyse de; İslâm hukukçuları -genel olarak yüzük takma hoş görülmemekle birlikte³⁷⁸- gümüş yüzük takmada herhangi bir sakınca olmadığı görüşündedirler. Nitekim *Hz. Peygamber* de, bu meseleyi kendisine soran ashaba, gümüş yüzük kullanımını önermiştir.

Bu arada erkeklerin altın yüzük kullanmasının mübâh veya yasak olduğunu ifade eden rivayetleri inceleyen âlimlerden bazıları, rivayetler arasındaki teâruzu giderme bakımından nesih iddiasını söz konusu etmişlerdir. Konuyla ilgili hadisleri ve bazı sahabe uygulamalarını aktardıktan sonra Hanefî fakih ve muhaddis **Tahâvî** (321/933), erkeklerin altın yüzük kullanmasının başlangıçta mübâh olduğunu, fakat sonradan yasaklandığını söyler. Bu durumda ona göre, nehiy ifade eden hadisler, ibâha bildirenleri neshetmiş olmaktadır.³⁷⁹

Meseleyi aynı zâviyeden ele alan ve sahanın otoritelerinden **İbn Şâhin** (385/995)'e göre ise, ilk başta erkekler altın yüzük takıyorlardı fakat daha sonra, erkeklerle ilgili olmaksızın genel anlamda bir yasaklama söz konusu oldu; altın yüzük takılmaması istendi, bilâhare Peygamber Efendimiz kadınların altın yüzük takınmalarına izin verdi. Şu halde sonraki cevaz hükmü, evvelki tahrîmi neshetmiş oldu.³⁸⁰

Hadislerde nesih konusunda eser yazanlardan **Hâzîmî** (584/1188) ise, daha taferruatlı sayılabilecek bilgiler vermektedir. **Hâzîmî**'ye göre, **Berâ b. Âzib**, **Sa'd b. Ebu Vakkâs**, **Suheyb er-Rûmî**, **Talha b. Ubeydullah** gibi sahabîlerin altın yüzük takmalarıyla ilgili rivayetler, nehiy bildiren rivayetlerle neshedilmiştir. **Berâ**'nın *Hz. Peygamber*'den sonra altın yüzük kullanması ise, nehiy bildiren hadislerden haberdar olmadığını gösterir. Aynı durum **Sa'd b. Ebu Vakkâs**, **Suheyb er-Rûmî**, **Talha b. Ubeydullah** için de geçerlidir.³⁸¹

³⁷⁵ Bkz. Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,259.

³⁷⁶ Tahâvî, a.g.e., IV,260.

³⁷⁷ Tahâvî, *el-Muhtasar*, 431; a.mlf., *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,260; Makdisî, *el-Udde*, 22; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,159.

³⁷⁸ Ebu Dâvud'un rivayet ettiği bir hadisten, Hz. Peygamber'in, idarî görevi olmayanların yüzük kullanmalarını yasakladığını öğrenmekteyiz. Bkz. Ebu Dâvud, "Libâs",11. Ayrıca bkz. Nesâî, "Zîynet", 10; Ahmed, Müsned, IV,134,135. İslâm hukukçuları da umumiyetle herhangi bir ihtiyaca mebni olmaksızın yüzük takmayı hoş görmemişler, terki evlâdır demişlerdir. Nitekim muhaddis Kirmânî, Hulvânî'nin bazı öğrencilerini yüzük takmaktan menettiğini söyler. Bununla birlikte bir ihtiyaçtan dolayı yüzük takmak sünnet kabul edilmiş, devlet başkanlarının ve yargı mensuplarının yüzük takmalarında bir sakınca olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, IV288.

³⁷⁹ Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,262.

³⁸⁰ İbn Şâhin, *Nâsihu'l-hadîs ve mensûhuh*, 446.

³⁸¹ Hâzîmî, *el-İtibâr*, 234-235.

Her şeyden önce şu hususu belirtmeliyiz ki, *teâruz halinde gibi gözüken nasları anlama ve yorumlamada, hemen ilk anda nesih yöntemine başvurmak sağlıklı bir yöntem değildir.* Zira çelişkili gözüken hemen bütün nasları nesih yoluna başvurmadan anlama ve yorumlama mümkündür. Aşağıda görüleceği üzere altın-gümüş kullanımıyla ilgili rivayet malzemesi için de aynı ihtimal söz konusudur. Dolayısıyla hadislerden bir kısmını hüküm bakımından devre dışı bırakma anlamındaki nesih usûlü, belki çok sınırlı sayıda nas için söz konusu olabilecek bir durum olmakla birlikte, kanaatimizce bu gibi hallerin de tadrîc, tahsis, takyîd, beyân, istisnâ gibi usullerle açıklanması imkan dahilindedir. Kaldı ki **Ali Osman Koçkuzu**'nun da isabetle belirttiği gibi³⁸², ilgili rivayetlerin hiçbirisinde tespit edilmiş nesih iddiası yoktur. Ayrıca neshi tespiti yarayacak delillerden de mahrum bulunmaktayız.³⁸³

Öte yandan genel olarak birbiriyle çelişkili gözüken naslar arasındaki teâruzu giderme noktasında nesih iddiasının söz konusu edilmesinde kanaatimizce, mezheb görüşünü temellendirme ve ekolün imamını hadislerle muhalefet eden konumunda göstermeme gayretinin de önemli etkisi bulunmaktadır.

Şu halde **Tahâvî**, **İbn Şâhin** ve **Hâzimî** gibi âlimlerin sözünü ettiği nesih iddiasını belgelemek mümkün olsaydı, belki nesih değil ama tahsis veya istisnadan söz edebilirdik. Fakat ne yazık ki, bunu tespit etme imkanından mahrumuz. Ayrıca **Hâzimî**'nin nesih iddiasını açıklarken, **Berâ b. Âzib** ve ashâbın önde gelenlerinden bazılarının altın yüzük kullandığına dair rivayetler için, demek ki onlar yasak bildiren hadislerden haberdâr değildiler demesi, onun bu konudaki araştırmasının eksik olduğunu ya da bazı hususları dikkatten kaçırdığını göstermektedir. Çünkü biraz önce de gördüğümüz gibi, Rasul-i Ekrem'in yedi şeyin yapılmasını emrettiğini, yedi şeyi ise yasakladığını haber veren ve yasaklananlar arasında "altın yüzük kullanma"yı da sayan hadisin râvîsi **Berâ b. Âzib**'dir.³⁸⁴ Hatta yasak bildiren rivayetlerin büyük bir kısmı bu sahabî vasıtasıyla nakledilmiştir.³⁸⁵ Dolayısıyla **Berâ b. Âzib**'in yasak bildiren hadislerden haberdâr olmaması mümkün değildir. Şu halde **Hâzimî**'nin iddiası temelsizdir.

Bu durumda *altın yüzük takan sahabîlerin, bu meselede yasak bildiren nasları kesin yasaklama (tahrim) şeklinde anlamadıkları ve onlara göre Rasul-i Ekrem'in bunu kastetmediğini söylemek pekâlâ mümkündür.* Böylece **Berâ**'nın rivayeti ile uygulaması arasındaki farkın sebebi de ortaya çıkmış olmaktadır. Yani bu ve diğer sahabîlerin anlayışına göre yasak bildiren rivayetler, kesin haramlık ifade etmemektedir.

Bu arada altın yüzük kullanımı meselesinin, çeşitli maslahatlarla değişik zamanlarda gündeme gelmiş olması da muhtemeldir.

Burada işaret etmek isteriz ki, ilk dönem (mütekaddimûn) âlimleri ile müteahhir âlimlerin nesih kavramına yükledikleri anlam farklıdır. Mütekaddimûn, mutlakın takyîdi, âmmin tahsîsi, mücmelin beyânı ve bu arada şer'î bir hükmün, daha sonraki başka bir şer'î hükümle yürürlükten kaldırılması için de nesih kelimesini kullanmaktadırlar.³⁸⁶ Dolayısıyla bu ayrıntının dikkatten kaçırılmaması gerekir. Şu halde **Tahâvî**, **İbn Şâhin** ve **Hâzimî** gibi âlimlerin nesih kavramıyla, aslında tahsis ya da istisnayı kastetmiş olmaları da muhtemeldir.

Bu arada az miktarda altın kullanımına ruhsat veren rivayetlerin bulunduğu da dikkatten kaçırılmamalıdır. *Emevî* halifelerinin ilki olan **Muâviye**, haclarından birinde, muhâcirûn ve ensâra mensup çok sayıda güzîde sahabenin bulunduğu bir topluluğa hitaben;

³⁸² Koçkuzu, *Hadiste Nâsîh Mensûh*, 273.

³⁸³ Krş. Koçkuzu, a.g.e., 274.

³⁸⁴ Bkz. Buhârî, "Cenâiz",3; Müslim, "Libâs",3; Nesâî, "Cenâiz",53; İbn Mâce, "Keffârât",12, Ahmed, Müsned, I,439.

³⁸⁵ Bu hususta bir değerlendirme için bkz. Yardım, *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 26-27.

³⁸⁶ Bu konuda bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, III,99 vd.

"Sizler, Hz. Peygamber'in, "az bir miktar hariç altın kullanmayı yasakladığını biliyorsunuz, değil mi?" diye sorduğunda; onlar, hep bir ağızdan: "Allah için, evet!" karşılığını vermişlerdir.³⁸⁷ "Az bir miktar" şeklinde tercüme edilen "mukatta'an" kelimesi için **İbnü'l-Esîr** (606/1209), "Hz. Peygamber bu ifadesiyle; yüzük, küpe ve benzeri az bir miktarı kastetmiştir. Az bir miktar (yesîr) ise, zekât düşmeyen kadarı demektir" açıklamasını yapar.³⁸⁸

Altın yüzük meselesiyle ilgili rivâyet malzemesi, ilk dönem uygulamaları, miktar itibariyle az sayılan kullanımların ruhsat kapsamında değerlendirilmesini ifade eden rivayet ve yorumlar, âlem/rozet miktarı kullanımlara izin verilmesi gibi hususlardan hareketle yüzüğün, şekil (hacim ve desen) ve amaç bakımından örfle yakın ilgisinin bulunduğu dikkat çeken bazı İslâm hukukçuları, altın ya da gümüş yüzük edinmenin hükmünü tayinde bu hususun önemli olduğunu söylemişlerdir. Merhum **Kâmil Miras**'ın bu meseleyle ilgili izahları özetle şu şekildedir:³⁸⁹ Yüzüğün yapılış ve kullanılış tarzında örfün büyük etkisi vardır. Eski zamanlarda kullanılan kaba yüzükler gitgide zarifleşmiş ve bugün artık, nişan halkaları istisna edilirse, erkekler yüzük takmayı neredeyse terketmişler ve hatta yüzük takmak ayıp sayılır olmuştur. Bu itibarla şu sebep ve delillere dayanarak altın nişan halkası kullanmak mübâh sayılabilir:

1. Bir kere, altın yüzük kullanma çoğunluk tarafından haram görülse bile bunun mübâh olduğunu söyleyenler de vardır.

2. **İmam Muhammed** (189/805) övünme ve böbürlenme kastı olmaksızın altın ve gümüş kapları süs eşyası olarak kullanmanın caiz olduğunu ve bunun nimeti gösterme anlamına geleceğini söylemiştir. Nişan yüzüğü de övünmek için değil, teberrüken ve hatıra olarak takıldığına göre aynı şekilde mübâh olması gerekir.

3. Âlimler, erkeklerin esas itibariyle gümüş yüzük kullanmalarının bile, bir zaruret ve bir lüzum ürerine mübâh olduğunu, bunun dışında kullanılmasının anlamsız olduğunu söylemişlerdir. Nişan yüzüğü kullanımında da örften kaynaklanan bir zaruret bulunduğu açıktır.

4. Altının kullanılmasının haramlık sebebi, israf ve övünme vesilesi yapılmasıdır. Halbuki günümüzde bir halkanın ekonomik değeri israf sayılacak bir durumda değildir.

Erkeklerin altın yüzük edinmelerinin haram kılınış gerekçesi (illet), "israf ve övünme" şeklinde belirlenir ve bu hüküm ile örf arasında birebir ilişki kurulursa, **Kâmil Miras**'ın söyledikleri tamamen yerindedir. Hatta bu durumda, özellikle günümüz şartlarında erkeklerin altın nişan yüzüğü takmalarının mübâh, ancak söz gelimi platin nişan yüzüğü takmalarının ise haram olduğunu söylemek de mümkündür. Çünkü platin altına göre daha kıymetli olduğu için, herkes platin yüzük edinmemekte, dolayısıyla platin yüzük farklılık ve üstünlük göstergesi kabul edilmektedir.

İşte bu tür farklılıklara da işaret etmesi bakımından **Ali Bardakoğlu**'nun şu ilave ve uyarısı son derece önemlidir. "**Kâmil Miras**'ın hareket noktası ve sonuçlaması yerinde olmakla birlikte bir hususa daha işaret edilebilir. O da, *eğer müslümanlar, nişan halkası olarak altını değil de yaygın olarak gümüşü tercih etmeye başlamışlarsa, yani artık bu durum örfleşmişse, bu teamüle uymak daha doğru kabul edilebilir.* Ancak, yine de altın nişan halkası takanlar varsa bunlara haram işleyenler ya da bile bile hadise aykırı davrananlar gözüyle bakılmaması herhalde daha doğru olur. Öte yandan altın ve ipeğin âlem (nişan ve

³⁸⁷ Ebu Dâvud, "Hatem" 9; Nesâî, "Ziyet", 40; Ahmed, Müsned, IV,92,93,95,98,99.

³⁸⁸ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, IV,82. Krş. Yardım, *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 9-10.

³⁸⁹ Miras, *Tecrid-i Sarîh Tercemesi*, IV,288-289. Krş. Bardakoğlu, "*Haramlar ve Helaller*",89.

rozet) olarak kullanılmasının başta Hanefîler olmak üzere bir kısım fakihlerce caiz görüldüğünü de burada hatırlamak gerekir.³⁹⁰

Ancak bizce bir toplumda müslümanlar yaygın olarak, altın yerine gümüş nişah halkası takıyorlarsa, bu teamüle uymak daha doğru kabul edilebilirden öte kabul edilmelidir. Zira naslara ve bunlardan hareketle oluşturulmuş doktriner yaklaşımlara dayanan örfî uygulamalara herkes -kanaat ve ictihadı farklı da olsa- uymaya gayret göstermelidir. Müslüman toplumun geneli tarafından benimsenmiş hususlara muhalefet etmek ve farklı olmaya çalışmak İslâm'da hoş karşılanmamıştır. Bu noktada "*İhtilaftan sakınmak müstehâbdır*" kâidesi son derece önemlidir.

Öte yandan İslâm'da altın yüzük kullanımı konusunu hadisler ışığında inceleyen **Ali Yardım**, netice itibariyle **Kâmil Miras** merhumla aynı kanaati paylaşmakla birlikte, bu görüşü dile getirirken farklı bazı öncüllerden hareket etmektedir. Altın nişan yüzüğü kullanmanın caiz olduğunu söyleyen **Yardım**'ın gerekçeleri özetle şu şekildedir.³⁹¹

a) Asr-ı saâdetde altın yüzük kullanımı meselesi ilk defa hicrî altıncı yılda *Hz. Peygamber*'in civar ülke başkanlarına İslâm'a davet mektupları göndermeye başlamasıyla birlikte gündeme gelmiştir.

b) Hadislerde kullanılan "*hâtem*" kelimesi yalnızca yüzük anlamına gelmeyip, aynı zamanda mühür anlamı da taşımaktadır. Dolayısıyla *hâtem* kelimesinin *Rasul-i Ekrem*'e nisbet edildiği hadisleri "*Hz. Peygamber'in mühür-yüzüğü*" şeklinde anlamak gerekir.

c) Altın yüzük edinmenin yasak olduğunu ifade için kullanılan "*hurime*", "*nehâ*" gibi kelimeler, hüküm bakımından haramlık ifade etmez. Çünkü her yasaklanan şey, muhakkak kötü, çirkin ve zararlı olduğundan dolayı yasaklanmamıştır.

d) Altın yüzük kullanımını yasaklayan hadislerin çoğu, mühür şeklinde yapıp üzerine de "*Muhammed Rasulullah*" ifadesi kazılan yüzüklerdir, yani siyasî amaçlıdır. Binaenaleyh hadislerde yasak olduğu ifade edilen yüzük, "*şövalye yüzüğü*"dür, "*nişan yüzüğü*" değil.³⁹²

e) Ashabın önde gelenlerinden azımsanmayacak bir grubun vefatına kadar altın yüzük kullandıkları bilinmektedir. Âyet ve hadislerde kendilerinden övgüyle söz edilen bu güzide neslin bile bile haram işlediklerini söylemek mümkün değildir.

f) Hangi madenden olursa olsun esasen erkekler için yüzük, ziynet olmayıp, sırf bir hatıradan ibarettir. Dolayısıyla erkeklerin altın yüzük kullanmalarında herhangi bir sakınca yoktur; hiç kimse bir başkasını bu sebeple kınamamalıdır.

Ali Yardım'ın da belirttiği gibi hadislerde "*hâtem*" kelimesi genellikle mühür anlamında kullanılmıştır. Hatta *Hz. Peygamber*'in, altından bir yüzük edinmesi üzerine ashabın da altından yüzük edinmeleri karşısında, altın yüzüğü çıkarıp gümüşten bir yüzük edindiğini ifade eden hadislerle ilgili olarak muhaddis **Nesâî** (303/915)'de şöyle bir ayrıntıya rastlamaktayız. "... *gümüşten bir yüzük edindi ve mühür işleri dışında onu hiç takınmazdı.*"³⁹³ Dolayısıyla yüzükle ilgili sınırlamaların belki tamamının olmasa bile büyük bir kısmının, idarenin işleyişi bakımından siyasî amaç taşıdığını söylemek mümkündür. En azından yüzüğün üzerine işleme yapılmaması ve özellikle de "*Muhammed Rasûlullah*" ifadesinin

³⁹⁰ Bardakoğlu, "*Haramlar ve Helaller*",89.

³⁹¹ Yardım, a.g.e.,10-11,14-15,17-19.

³⁹² Ali Yardım bu meseleyi şu şekilde açıklamaktadır: Bizim "*altın yüzük*" diye ifade ettiğimiz nesne hadis metinlerinde hep, "*hâtemü'z-zehab*" şeklinde geçer. Türkçe'ye de bu, genel bir ifade ile "*altın yüzük*" diye tercüme edilebilir. Bu konu ile ilgilenenler, dikkati, her nedense yüzüğün sadece "*mâdenî*" üzerine teksif etmişlerdir. Halbuki Hz. Peygamber yüzüğü, mâdeninden dolayı "*altın*" olduğu için değil, biçiminden dolayı "*hâtem*" olduğu için yasaklamışlardır. Bu durumda günümüzde kullanılan "*nişan yüzükleri*", Hz. Peygamber'in yasakladığı yüzük türü değildir. Türkçemizde bu "*hâtem*" türü yüzüklere, "*şövalye yüzüğü*" (kaşı kalın ve köşeli bir tür yüzük) denmektedir. Bkz. *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 14-15.

³⁹³ Nesâî, "Ziynet", 53. فكان يحتم به ولا يلبسه

kazınmamasıyla ilgili rivayetler bu şekildedir. Bu durumda yasaklama gerekçesi, yüzüğün altından olması değil, idarî işler için kullanılabileceği endişesi olmaktadır. Nitekim bir hadiste idarî görevi olmayanların yüzük edinmesi yasaklanmıştır.³⁹⁴

Altın yüzük meselesinin hukukî dayanaklarını teşkil eden rivayet malzemesi ve bunlara dayalı doktriner tartışmalara işaret ettikten sonra öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, mevcut delillerden hareketle erkeklerin altın yüzük kullanmasının hükmü konusunda, özellikle haramlık açısından kesin bir hükme varmak oldukça zordur. Zira konuyla ilgili oldukça farklı rivayet ve uygulamaların bulunması, bu meselede kesin bir hüküm belirleme ve bunda ısrarcı olmaya imkan vermemektedir. Hatta bundan da önce hadislerde "*hâtem*" kelimesiyle anlatılan şeyin bugün kullanılan şekliyle bir yüzük olup olmadığını tespit dahi ciddi anlamda zordur. Diğer bir ifadeyle ilgili hadislerin bizim "*nişan yüzüğü*" diye bildiğimiz yüzüğü konu edinip edinmediği kesin değildir. Az bir miktar altın kullanımına izin verildiği ve bunu ifade için kullanılan kelimenin (mukatta'an) hadis lügatlarında "*yüzük, küpe vb. şeyler*" anlamına geldiğinin belirtilmiş olması bu bakımdan câlib-i dikkattir. Bu noktada yüzük meselesinin ilk defa diplomatik ilişkiler çerçevesinde civar ülke yöneticilerine gönderilen mektupların mühürlenmesi ve böylece resmiyet kazanması dolayısıyla gündeme gelmiş olması ve *Allah Rasûlû'nün* idarî görevi olmayanların yüzük kullanmasını yasaklaması da önemlidir. Öte yandan hatırı sayılır bir çok sahabînin altın yüzük kullandıkları da bilinmektedir.

İşaret edilen hususlar yanında kanaatimizce erkeklerin altın yüzük kullanmasının, bir de ziyet boyutu vardır. Genel anlamda erkeklerin altın ve gümüşden ziyet edinmeleri yasaklanmıştır ki bu yasaklama temelde fitratla alakalıdır. Aynı hususun altın yüzük kullanımı için de düşünülmesine bizce bir mani yoktur. Yani erkeklerin altın yüzük kullanmasının, ziyet amacıyla olup olmadığı veya böyle bir anlam taşıyıp taşımadığı da dikkate alınmalıdır. Bu noktada özellikle nişan yüzüklerinin ziyet anlamı taşımaktan çok, bir anı ve hatıra özelliğinde olduğu söylenebilir. Alem (nişan ve rozet) miktarı altın kullanımının cevazı ise hadislerle sabittir.³⁹⁵

Şu halde mevcut naslardaki zecrî ifadelerden hareketle ve "*hâtem*" kelimesinin bugün kullanıldığı şekliyle nişan yüzüğünü de kapsamı ihtimaline binaen, erkeklerin altın yüzük takmalarının mekruh olduğu söylenebilirse de, haram olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla erkeklerin altın yüzük takması hoş bir şey olmamakla ve bunu yapmalarını tavsiyeye şâyân olmakla birlikte, altın yüzük takma ya da takmama dinde samimiyetin veya dinî mübâlâtsizliğin göstergesi gibi algılanmamalıdır. Yani altın yüzük takanlara haram işleyenler ya da bile bile hadise aykırı davrananlar gözüyle bakılmaması herhalde daha doğru olur. Ancak müslüman toplumun nişan yüzüğü konusunda benimsediği ve uyguladığı genel durum -bugün için gümüş yüzük- mutlaka dikkate alınmalı, yanlış anlama ve buna bağlı ithamlara da fırsat verilmemelidir.

Diğer yandan *Rasûl-i Ekrem'in* idarî görevi olmayanların yüzük takmalarını hoş görmemesi ve bizzat kendisinin de yüzüğü sırf resmî işler için kullanması, bunun dışında normal zamanlarda yüzük takmamasıyla ilgili hadisler dikkate alındığında, her şeyden önce -gümüş de olsa- yüzük takmanın sünnet olduğunu söylemek mümkün değildir.

Buraya kadar altın ve gümüşle ilgili sınırlamaları çeşitli açılardan ele almaya çalıştık. Fakat her ne kadar hadislerde altın ve gümüş kullanımına yönelik değişik sınırlamalar öngörülmüş ise de, zarûret halinde bu sınırlamaların kalkacağı da ifade edilmiştir.³⁹⁶ Söz

³⁹⁴ Bkz. Ebu Dâvud, "Libâs", 11.

³⁹⁵ Bkz. Buhârî, "Libâs", 25.

³⁹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX,148; Menbecî, *el-Lübâb*, II,651; Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâid*, II,162-163.

gelişi *Kilâb* savaşında **Arfece b. Esed**'in burnu kesilmiş ve gümüşten bir burun yaptırmış, fakat burnu koku yapınca *Hz. Peygamber* (sav) ona altından bir burun yaptırmasını emretmiştir.³⁹⁷ Dolayısıyla *Hz. Peygamber*, altının bariz özelliklerinden birinin de kokmaması olduğuna işaret etmiştir.³⁹⁸ Şu halde zarûret hallerinde, zarûreti giderecek miktarda altın ya da gümüşten yararlanmak mümkün ve caizdir.³⁹⁹

Diğer taraftan altın ve gümüş karışımı veya altın ya da gümüş kaplama eşya kullanımı hususunda Mâlikî ve Şâfiî hukukçular sert bir tutum sergilerken, Hanefîler ve özellikle de Hanbelîler daha yumuşak/müsâmahalı bir tavır göstermişlerdir. Hanefîler altın ve gümüş kaplama kaplardan yeme-içme hususunda, ağzın altın veya gümüş kısma temas etmemesi şartıyla kullanımın caiz olduğunu söylemekte; Hanbelî hukukçular ise, karışımda altın-gümüş miktarı daha az olmak kaydıyla bu tür kapların kullanımında bir sakınca görmemekte, örfen az sayılan karışımların ihtiyaç halinde kullanılmasını caiz kabul etmektedirler.⁴⁰⁰

Hadislerde altın ve gümüş kullanımı ile ipek kullanımına getirilen sınırlamalar hemen hemen aynıdır. Nitekim İslâm hukuk literatüründe bu iki konu birlikte ele alınmış ve fakihlerin doktriner yaklaşımları da aynı paralelde olmuştur. Altın, gümüş ve ipek kullanımıyla ilgili sınırlamaların gerek çerçevesini belirleme ve gerek güncelliğini tayin için, söz konusu sınırlamaların gerekçesini (illet) tespit zarureti vardır.

4. Altın, Gümüş ve İpekle İlgili Sınırlamaların Gerekçesi (İlet Tespiti)

İslâm hukukçularının, bu sınırlamaların gerekçesini genel olarak üç şekilde belirlediklerine şahit olmaktadır: Bunlar, "*cennet ehline benzeme*", "*acem adeti*" ve "*israf, gösteriş yapma, böbürlenme ve fakirlerin kalplerini kırma/incitme*" şeklindedir.

Şayet söz konusu sınırlamaların gerekçesi "*cennet ehline benzeme*" ise, bu durumda altın, gümüş ve ipek kullanımına yönelik sınırlamalar, kapsam ya da mahiyet açısından herhangi bir değişikliğe uğramaksızın her dönem için geçerli olacak ve ebediyen devam edecektir. Zira cennet ehline benzeme illeti, her zaman ve dönem için geçerlidir. İlet mevcut olduğu sürece ilgili hükmün de mevcut olması temel usul kurallarındandır.

Fakat altın, gümüş ve ipek kullanımına hadislerle getirilen sınırlamaların gerekçesinin, "*acem adeti*" veya "*israf, gösteriş yapma, böbürlenme ve fakirlerin kalplerini kırma*" olduğunun benimsenmesi durumunda, söz konusu nesnelere yönelik sınırlamaların, zamana bağlı olarak hem kısmen ya da tamamen kalkması, hem de sınırlama çerçevesinde daralma veya genişleme imkan dahilinde olabilecektir. Çünkü söz konusu illetler, zaman ve coğrafyaya bağlı olarak farklılaşmaya müsaidir.

a) "*Cennet ehline benzeme*" gerekçesi (illet), cennet ehline altın-gümüş kâselerden içecekler ikram edileceğini belirten âyetler ve söz konusu nesnelere kullanımını yasaklayan rivayetlerin bir kısmında, "*altın, gümüş ve ipekli giysiler dünyada onlar (müslüman olmayanlar), âhirette ise sizin içindir*"⁴⁰¹; "*dünyada ipek giyenler, âhirette giyemeyecektir*"⁴⁰²;

³⁹⁷ Ebu Dâvud, "Hâtem" 7.

³⁹⁸ Kettânî, *et-Terâtibü'l-idâriyye*, II,293.

³⁹⁹ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, II,324; IX,148; Menbecî, *el-Lübâb*, II,651; Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, II,162-163.

⁴⁰⁰ Bu hususta mezheplerin görüşleri için bkz. Vefâ, *Bey'û'l-a'yânî'l-muharrame*, 61-71.

⁴⁰¹ Buhârî, "Libâs", 25; Nesâî, "Ziyet", 89. Krş. Ahmed, Müsned, II,298.

⁴⁰² Buhârî, "Libâs", 25; Müslim, "Libâs", 2; Nesâî, "Ziyet", 89; Tirmizî, "Edeb", 1. Krş. Ahmed, Müsned, II,298.

"eğer cennetin takısını ve ipeğini seviyorsanız, onu bu dünyada giyip takınmayınız"⁴⁰³ gibi ifadelerle dayandırılmaktadır.

Ali Bardakoğlu'nun da haklı olarak ifade ettiği gibi⁴⁰⁴, şayet cennet ehline benzeme durumu, bir işin yasak olması sonucuna götürseydi, müslümanların asırlardır meşru sayarak yapageldikleri birçok şeyi de terketmeleri gerekirdi. Zira cennet ehline sunulacak nimetler altın-gümüş kâseler ve ipek elbiselerden ibaret değildir.

Diğer yandan şayet yasaklama gerekçesi "*cennet ehline benzeme*" olsaydı, ilgili sınırlamaların kadın erkek ayırımı yapmaksızın herkesi kapsamaması gerekirdi. Zira bu gerekçeye göre kadınlarla erkekler arasında söz konusu sınırlamalar bakımından ayırım yapmayı gerektirecek bir hal bulunmamaktadır. Halbuki hadislerde kadınlar için bir takım muafiyetler getirilmiştir.

Dolayısıyla söz konusu sınırlamaların illeti cennet ehline benzeme olamaz. Altın, gümüş ve ipekten cennette mahrum kalmak istemeyenlerin bunlarla ilgili sınırlamalara dünyada uymaları gerektiğini ifade eden hadislerin ise, söz konusu nesnelere kullanımına getirilen sınırlamaların gerekçesini tayin etme gibi bir amaç taşımadığı ortadadır. Bu hadislerde asıl anlatılmak istenen ise, dinî emir ve yasaklara harfiyyen uyulması durumunda, bu itaat ve bağlılığın karşılığının âhirette fazlasıyla görüleceği ve böylece kulluk bilincine sahip olup bunun gereklerini yerine getirenlere sunulacak nimetlerden de mahrum kalınmayacağıdır. Diğer bir ifadeyle ömrün, Allah'a kulluk ve *Rasûl-i Ekrem'e* ittiba ile geçirilmesini temin bakımından âhret nimetleri ve mahrumiyetler bir araç olarak kullanılmıştır. Nitekim pek çok âyet ve hadiste bu yöneme başvurulduğunu görmekteyiz.

b) Bu tür nesnelere kullanımına yönelik sınırlamalar için söz konusu edilen gerekçelerden biri de "*acem adeti*" değildir. Bu gerekçelendirmeye kaynak teşkil edebilecek bazı rivayetler de bulunmaktadır. Önde gelen hadis alimlerinden **Ebu Dâvud** (275/888)'un verdiği bilgiye göre *Hiz. Peygamber*, on maddeden oluşan bir yasaklar listesinden söz etmiştir. **Ebu Reyhâne** şöyle anlatıyor: "*Hiz. Peygamber (sav), on şeyi yasaklamıştı: Kadınların genç görünmek için dişlerine estetik ameliyat yaptırmasını (veşr), vücuda dövme yaptırmayı (veşm), yüz ve kaştan kıl yolmayı (netf), üstsüz olarak erkeğin erkekle aynı yorgan altında yatmasını, yine üstsüz olarak kadının kadınla aynı yorgan altında yatmasını, erkeğin elbisesinin eteğine acemler gibi ipek şerit diktirmesini veya yine acemler gibi elbisesinin omuzlarına ipek şerit diktirmesini, ganimet malına yetiyecekmişcesine at yarışı yapmayı (nühbâ), süslü eğer takımlarına binmeyi ve idarî görevi olmayanların yüzük takmalarını yasakladı.*"⁴⁰⁵

Hiz. Ömer devrinde yaşanmış bir olay da acem adeti gerekçesi bakımından önemlidir. *Basra* âmili **Ziyâd** anlatıyor: **Ebu Mûsa el-Eş'arî** ile birlikte **Hiz. Ömer**'in huzuruna çıktık. Halife **Ömer**, parmağımdaki altın yüzüğü görünce; "*Siz bu altın yüzükleri takarak acemlere benzemişsiniz!*" dedi ve bunu üç defa tekrarladı. Bunun üzerine **Ebu Mûsa el-Eş'arî**, "*İşte bak, benim yüzüğüm demirden*" deyince **Hiz. Ömer** (ra) ona: "*Bu daha da kötü!*" şeklinde mukabelede bulundu.⁴⁰⁶

Dikkat edilecek olursa **Ebu Reyhâne**'den rivayet olunan hadis, altın, gümüş ya da ipeğin haram oluşundan söz etmemekte; fitratın korunması, kötülüğe sebep olabilecek

⁴⁰³ Nesâî, "Ziyet", 39; Ahmed, Müsned, V,359. Krş. Yardım, *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 28.

⁴⁰⁴ Bardakoğlu, "*Haramlar ve Helaller*",88.

⁴⁰⁵ Ebu Dâvud, "Libâs",11. Acem adeti gerekçesiyle ilgili diğer bir rivayet için bkz. Ahmed, Müsned, II,298. Bu hadisin, altın yüzük kullanımının yasaklanma gerekçesini "*acem adeti*" olarak belirleme açısından değerlendirmesi için bkz. Yardım, *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, 33-34.

⁴⁰⁶ Tahâvî, *Şerh meâni'l-âsâr*, IV,263.

kapıların önceden kapanması, dünyaya aşırı bağlılığa ve dinî hassasiyetin kaybına sebep olabileceği endişesiyle başka milletleri taklit ve özentiyi yasaklama ve böylece müslüman kimliğini bozulmaktan koruma gibi genel bazı dinî-ahlâkî tedbirleri ihtiva etmektedir. Dolayısıyla bu hadisin altın, gümüş ve ipeğin kullanımıyla ilgili sınırlamaların gerekçesini belirlemeyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Öte yandan herhangi bir şeyi başkalarının (acem) yapıyor olması, o şeyin müslümanlar tarafından yapılamayacağı anlamına gelmez. Nitekim Hz. *Peygamber*'in acem adetlerini dikkate alması, söz konusu adetlerin o millet için şiar olması, diğer bir ifadeyle tevhid inancıyla çelişmesi halinde söz konusu olmuştur. Herhangi bir şeyin sırf acem adeti olduğu için yasaklandığını gösteren bir bilgiye sahip değiliz. Hatta Hz. *Peygamber*'in bir fiilin sakıncalı olmadığını açıklarken zaman zaman acem davranışlarından iktibasta bulunduğunu biliyoruz. Nitekim azil yapmakta bir sakınca olmadığını anlatırken *Rasûl-i Ekrem* (sav): "*Bir sakıncası olsaydı Farslılar ve Rumlar da yapmazdı*"⁴⁰⁷ demiştir.

Dolayısıyla bir işin acem adeti olması tek başına yasak gerekçesi olamaz. Belki bu noktada altın ve gümüş kap kullanma veya ipek elbise giymenin acem muhitlerinde toplumsal bir farklılığı simgelediği, üstünlük ve böbürlenme vesilesi olduğu biliniyorsa; müslümanları bu tür özentilerden sakındırma, üstünlüğün lüks ve maddî varlıkla ölçülmediğini öğretmek üzere bir tedbir olarak acem adeti unsuru önemli olabilir. **Ebu Reyhâne** hadisinde yasaklar arasında sayılan "*erkeğin elbisesinin eteğine ya da omuzlarına acemler gibi ipek şerit diktirmesi*" ifadeleri de asıl gerekçenin işaret ettiğimiz şekilde olabileceğini göstermektedir.

Bu noktada müslüman kimliğin inşası ve korunması bakımından da bu tür tedbirler söz konusu edilebilir. Nitekim **Hz. Ömer**'in sözlerini bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Fakat bu durumda da dikkat edilirse acem adeti, yasaklama gerekçesi sayılmamakta; kibir, gurur, maddî durum sebebiyle imtiyaz gibi tutum ve davranışların yanlışlığını, başka milletleri taklit ve özentinin çirkinliğini anlatmada bir veri olarak kullanılmaktadır.

Bu noktada **Hz. Ömer**'in **Ebu Mûsa el-Eş'arî**'ye gösterdiği tepki önemlidir. **Ebu Mûsa**, "*işte bak, benim yüzüğüm demirden*" şeklinde bayanda bulunarak, kendisinin dinen sakıncalı bir davranışta bulunmadığını ifade etmek istemiştir. Daha önce altın yüzükle ilgili rivayetler münasebetiyle de gördüğümüz gibi, maden olarak demirden yüzük edinilmesine yönelik sınırlama şöyle dursun, mutlaka yüzük edinilecekse, bunun madenin belirlenmesinde önerilen alternatifler arasında demir de bulunmaktadır. Buna rağmen **Hz. Ömer**'in **Ebu Mûsa**'ya, "*bu daha da kötü*" şeklinde tepki göstermesinin bir anlamı olmalıdır. Kanaatimizce âdil halife **Ömer**'in bu tepkisinin sebebi, müslüman bireylerin kişilik ve şahsiyetinin korunması hususunda, örnek konumda olan idarecilerin gösterdiği tesâhüddür. Devletin başında bulunan idarecilerin, diğer milletlerin örf-âdetini, davranış biçimlerini benimsemekte bir sakınca görmediğini müşahede eden fertlerin, bir süre sonra, ölçü tanımaksızın hayatın her alanında başkalarını taklit etmeye başlayacakları aşikârdır. İşte **Hz. Ömer** (ra), kişiliğin korunması noktasında bu bilincin canlı tutulması gerektiğini düşünmüş ve söz konusu iki sahabîye böylesine sert tepki göstermiştir.

Netice itibarıyla ifade etmek gerekirse altın, gümüş ve ipekle ilgili sınırlamalarda acem adeti gerekçesinin de makul olduğu söylenemez.

c) *Bu durumda söz konusu sınırlamaların gerekçesinin, kadın ve erkek cinsinin yaradılıştan sahip oldukları eğilim ve özelliklerin korunması gibi fitrî; İslâm'ın sadeliği özendirme, lüks, israf, gösteriş ve böbürlenmeden sakındırma gibi ahlâkî tavsiyeleri yanında;*

⁴⁰⁷ Müslim, "Nikah", 141; İbn Mâce, "Nikah", 61; Ahmed, Müsned, VI,434.

*toplumda bireyler arası kardeşliği sağlayıp, çatışmaya fırsat vermeme gibi sosyal amaçlı tedbirler ve servetin atıl bırakılmayıp toplum kalkınmasına yardımcı olacak şekilde aktif kullanıma arz edilmesi gibi iktisadî unsurları da kapsayacak şekilde belirlenmesi herhalde daha isabetli olacaktır.*⁴⁰⁸

Nitekim İslâm Dini, insanlar için sade bir hayatı öngörmüş, zenginlerin ve toplumun önde gelenlerinin, fakir ve yoksullara karşı kibirlenip böbürlenmelerini ortadan kaldırmak istemiş, sade ve olabildiğince eşit bir hayatı öngörmüştür. **Kâmil Miras**'ın ifadesiyle Hâtemü'l-Enbiyâ'nın istihdâf ettikleri bu ahlâkî ve toplumsal gaye ile beraber ikinci ve iktisadî bir gayeleri de halkı israftan, bilinçsiz harcamalardan sakındırmak idi. Nice hânümânları söndüren ve muazzam medeniyet ve saltanatları korkunç sarsıntılarla yıkan israf ve bilinçsiz harcamaları ortadan kaldırmak ve zengin-fakir herkesi, tutumlu, eşit, temiz bir hayata sahip kılmak istiyordu.⁴⁰⁹

Öte yandan İslâm, giyim konusunda giyilen şeyin temiz, israf ve aşırılıktan uzak, kibir ve gurur özelliklerinden hali olmasını istemiştir. Giyilen elbisenin temizlik ve zerafetine büyük önem veren İslâm, erkeklerin ipekli giymesini de yasaklamıştır. İslâm Dini, insanlık tarihinin her döneminde birer gurur ve böbürlenme aracı olan ve bu amaçla harcanılan ağır masraflarla, kişilerin ve sonuç itibarıyla de toplumların servet ve saadetlerini mahveden ipekli giyim düşkünlüğüne; altın, gümüş gibi değerli madenleri süs eşyası olarak kullanma alışkanlığına karşı ahlâkî ve sosyal amaçlı prensipler vaz etmiş, insanlara orta halli ve son derece aklî ve insanî bir giyim ve hayat yolu göstermiştir.⁴¹⁰

Diğer taraftan ebediyet yurduna hazırlık aşaması özelliğindeki dünya hayatının, asıl amaca uygun yaşanmasını temin bakımından insanın tüm gayret ve himmetinin geçici zevk ve nitelere sahip olma uğrunda harcanmaması istenmiştir. Yani dünya süs ve nimetleri, âhireti unutturmamalıdır. Dolayısıyla her toplumda lüks ve şatafatın göstergesi konumundaki altın, gümüş ve ipekle ilgili bazı sınırlamalar getirilmek suretiyle, âhiret bilincinin canlı tutulması hedeflenmiştir. İlgili sınırlamalara uyanlara âhirette bu nimetlerin bolca sunulacağı ifade edilmiş olması da sözünü ettiğimiz bilincin canlı tutulmasını istihdâf etmektedir.

Dolayısıyla altın, gümüş ve ipekle ilgili hadislerin genel içeriği ve bunlara dayalı müctehidlerin doktriner yaklaşımları göz önüne alınınca, söz konusu nesnelere lüks harcama kabul edildiği, böbürlenme ve övünmeye vesile olduğu ve bu sebeple de fakirlerin kalbinin kırılmasına yol açtığı için hukukî sınırlamalara tabi tutulduğu söylenebilir. Bu tür nesnelere kullanımıyla ilgili olarak Hz. Peygamber'in yerleştirmeye çalıştığı anlayışın, toplumun zengin ve fakir üyeleri arasında olası çatışmaların engellenmesine yönelik ve belirtilen sınırlamaların bu açıdan önemli bir tedbir olduğu dikkatten uzak tutulmamalıdır. Söz gelimi ipeğin o dönemin en şatafatlı ve lüks giysilerinden olduğu düşünülürse bu durum daha iyi anlaşılır.

Öte yandan Hz. Peygamber (sav), bu tür lüks tüketim malzemelerini yasaklamakla hem müslümanları dünya nimetlerine gereğinden fazla dalıp âhireti unutmaktan korumak, hem de toplumda diğer insanların, özellikle üzerini örtecek bir parça elbiseyi bulmakta zorlanan fakir kimselerin rencide olmasını, toplumda lüks ve israfın yaygınlaşmasını önlemek istemiştir. Sırf lüks ve gösterişe yönelik olmak üzere evlerde saf altın-gümüş veya bunlarla kaplama ev eşyaları, ipek duvar halısı vb. bulundurulmasının -bunların ekonomik değeri

⁴⁰⁸ Bu tür sınırlamalarla güdülen maksatlar için bkz. Miras, *Tecrîd-i Sarih Tercemesi*, IV,286,290; Karaman, *Günlük Hayatımızda Helaller Haramlar*, 54-55.

⁴⁰⁹ Miras, a.g.e., IV,286.

⁴¹⁰ Miras, a.g.e., IV,290.

dikkate alındığında- büyük bir ekonomik değerin atıl bırakılması ve ülke kalkınmasından esirgenmesi olduğu ortadadır.

Kanaatimizce altın, gümüş ve ipek kullanımının örfle de sıkı ilişkisi bulunmaktadır. Çeşitli vesilelerle bu nesnelere kullanımına izin verilmesi, Hz. Peygamber devri dahil sahabe ve onları izleyen nesil içinde ipekli elbise giyen ya da söz gelimi altın yüzük kullananlara rastlanması önemlidir. Ziyet anlamı taşımayan ya da alem niteliğindeki kullanımları, savaş vb. durumlarda ipek elbise giyilebileceği gibi doktriner yaklaşımlar da dikkatten uzak tutulmamalıdır. Bu durumda söz konusu bu üç nesnenin kullanımıyla ilgili sınırlamaların kesin ve nihaî hüküm olduğunu söylemek yerine biraz esnek bir tutum benimsemek daha isabetli olabilir. Altın, gümüş ve ipekle ilgili naslarda öngörülen belirli sınırlamaların hukukî vasfını ifade etmek için ilk müctehidlerin "haram" yerine "mekruh" kavramını tercih etmeleri sanırım sözünü ettiğimiz durumun ve anlayışın eseridir.

Bütün bu mülahazalar bize, İslâm hukukunda dinî, iktisadî, siyasî ve sosyal sebeplerle ve kamu yararına olmak üzere özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını ve sınırlandırılmasının da mümkün olduğunu göstermektedir. Bu bahsi bitirirken son dönemin önde gelen İslâm hukukçularından merhum **Mustafa ez-Zerkâ** (1999)'nın konuyla ilgili şu iki fetvâsına yer vermek istiyoruz:⁴¹¹

Soru: İpek duvar veya yer halısı bulundurmak ve kullanmak caiz midir?

Cevap: İpek duvar veya yer halısı kullanmak haram değildir. Haram olan, erkeklerin ipek giymesidir. Şu kadar var ki, söz konusu halının saf ipekten olması durumunda bu davranış, israf ve mütekebbirlere özenme niteliğinde olduğu için mekruhtur.

Soru: Evin bir köşesine, kullanmamak ve sırf bir müze gibi bulundurmak amacıyla saf gümüşten yapılmış kap-kacak koymak caiz midir?

Cevap: Bu tür nesnelere süs amacıyla edinilmesi kullanma demektir; zira söz konusu eşyalar bu şekilde kullanılmaktadır, dolayısıyla haramdır.

İslâm hukukunda sosyal amaçlı mülkiyet sınırlamalarının önemli bir ayağını da, hukuk dışı sonuçlara yol açan mübâh tasarrufların engellenmesi oluşturmaktadır. İslâm'ın öngördüğü ferdî hayat ve toplumsal düzen göz önünde bulundurulduğunda, bireylerin eylemlerinin doğurduğu sonuçların hukuk denetimi dışında tutulmasının mümkün olmadığı, bunun hukuk fikriyle de uyum sağlamadığı görülmektedir. Bu noktada İslâm bireylerin tutarlı bir kişiliğe sahip olmalarına büyük önem vermektedir.

D. HUKUK DIŞI SONUÇLARA YOL AÇAN MÜBÂH/MEŞRÛ

TASARRUFLAR

Yüce Allah'ın lütfu ve ihsanının bir eseri olmak üzere yaratıp insanın hizmetine sunduğu sayısız nimetler, ne yazık ki bazen, insanın yaratılış gayesini unutmaması, kulluk bilincinden uzaklaşması, geçici dünya zevkini âhiretin sonsuz mutluluğuna tercih etmesi gibi bir çok sebeple kötü amaçlar için kullanılabilir. Hem hayatın/ömrün, hem de yaşam için zorunlu nimetlerin kötüye kullanılması demek olan bu tür durumların önüne geçebilmek için dinî-ahlâkî yönlendirme ve müeyyidelerin fevkalâde büyük bir önemi bulunmaktadır.

İslâm dini fert ve toplum hayatı için zararlı unsurları yasaklamakla kalmamış, aynı zamanda bu tür zararlı şeylere karşı topyekün mücadele edilmesini de istemiştir. Yani *müslüman bireyin haramı irtikab etmemesi yeterli olmayıp, aynı zamanda ona karşı*

⁴¹¹ Zerkâ, *el-Fetâvâ*, 353-354.

*mücadele vermesi de gerekmektedir. Çünkü tasavvurların ötesinde mefsedetler doğuracağı için haram kılınan eylemlerin etkisi, çoğu zaman onu irtikab edenlerle sınırlı kalmamakta, tüm toplumu kuşatmaktadır. Yani iyiliğin de kötülüğün de olumlu ya da olumsuz topluma yönelik bir etkisi bulunmaktadır. İşte bundan dolayı merhamet sahibi Yüce Allah mümin kullarını "Bir de öyle bir fitneden sakının ki o, içinizden sadece zulmedenlere erişmekle kalmaz (umuma sirayet ve hepsini perişan eder). Biliniz ki Allah'ın azabı şiddetlidir"⁴¹² âyetiyle uyarılmaktadır. Öte taraftan *Mâide Sûres'i*nin ikinci âyeti bu gibi hususlar için genel bir prensip belirlemektedir: "Erdemi ve ilâhî sorumluluk bilincini geliştirmede birbirinizle yardımlaşın, kötülüğü ve düşmanlığı artırmada değil; Allah'a karşı sorumluluğunuzun bilincinde olun: Ve unutmayın ki Allah'ın intikamı çetindir!"⁴¹³*

Bu naslardan hareketle İslâm hukuk doktrininde, hukukî işlemin konusu ve kuruluş biçimi itibariyle herhangi bir sakınca bulunmama ile birlikte, hukuk dışı sonuçlara (harama) yol açan işlemlerin cevazı tartışılmıştır. Fıkıh literatüründe bu içeriğe sahip olması dolayısıyla şarap üreticisine üzüm satma, yol kesicilere veya sosyal kargaşa (fitne) anında silah satma ve dinen meşrû olmayan bir şeyin ticaretini yapacak olan birine emlak kiralama konularının ele alındığını görmekteyiz. Fıkıh ekollerinin ve müctehidlerin daha fazla şarap üreticisine üzüm satma meselesi üzerinde durmaları ve bu konudaki görüşlerinin diğer cüz'î/hukukî olaylara bakış açılarını da yansıtmıştıktan ötürü, biz de aynı usulü takip edecek, yeri geldikçe -şayet varsa- farklılıklara işaret edeceğiz.

İstatistikî verilerin de doğrulamasıyla fert ve toplum hayatında olumsuz etkileri en fazla görülen hukuk dışı (haram) eylemlerin başında içki gelmektedir. Nitekim bu özelliği sebebiyle olsa gerek Hz. Peygamber (sav), içkinin üretimi ile ilgili ön hazırlık aşamasından tüketimine kadar geçen süreçte etkisi ve rolü olanların tamamına lânet etmiştir. "Hz. Peygamber içki konusunda on kişiye lânet etmiştir: Suyunu çıkarmak üzere üzümü sıkın, sıktıran, şarabı içen, taşıyan, kendisine taşınan, servis yapan, satan, parasını yiyen, satın alan ve kendisi için satın alınan."⁴¹⁴ Hatta bu tür hadislerden hareketle "içki, bütün kötülüklerin anasıdır" sözü darb-ı mesel haline gelmiştir.

İçki üretiminde kullanılan temel maddelerin başında üzüm gelmektedir ve en yaygın kullanıma sahip olan hammadde durumundadır. Ancak bu durum, daha önce altın ve gümüşle ilgili sınırlamalar münasebetiyle de işaret edildiği üzere, bir müslümanın üzüm üreticiliği yapamayacağı, bunun müslümana helâl olmadığı anlamına asla gelmez. İlk dönem hukukçularından **İbn Zencûye** (251/865)'nin de belirttiği gibi, bir müslümanın üzüm bağı kurması ve bu işle iştigal etmesinde dinen hiçbir sakınca yoktur.⁴¹⁵ Birazdan görüleceği gibi, içki imalatçısına üzüm satma yasağının hukukî dayanaklarından birini teşkil eden "*sedd-i zer'â*" ilkesinden hareketle içki imalatında kullanılacağı endişesiyle üzüm üretimi yasaklanamaz. Nitekim bu prensibin (sedd-i zer'â) doktrinde en geniş uygulama alanı bulunduğu Mâlikî mezhebinin önde gelen fakihlerinden **Karâfî** (684/1285), bu hususta icma bulunduğunu belirtmektedir.⁴¹⁶ Bununla birlikte çağdaş alimlerden merhum **Mustafa es-Sibâî**, Mâlikî hukukçuların, şayet bir yöre halkı şarap imalinde kullanmak üzere üzüm yetiştirmeyi alışkanlık haline getirirse; devletin o bölgede üzüm üretimini sınırlandırabileceği ve hatta üzüm üretimini tamamen yasaklayabileceği görüşünde olduklarını belirtmektedir.⁴¹⁷

⁴¹² Enfâl 8/25.

⁴¹³ Mâide 5/2.

⁴¹⁴ Tirmizî "Buyû" 59; İbn Mâce "Eşribe" 6. لعنت الخمر على عشرة أوجه: بعينها وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومبتاعها وحاملها والمحمولة إليه وأكل ثمنها وشاربها وساقبها

⁴¹⁵ Bkz. İbn Zencûye, *el-Emvâl*, III,1071-1072.

⁴¹⁶ Karâfî, *el-Furûk*, III,436.

⁴¹⁷ Sibâî, *İslâm Sosyaliizmi*, 187-188.

Ancak bu tür uygulamaların, şer'î siyaset çerçevesinde, te'dib amaçlı ve geçici olduğu dikkatten uzak tutulmamalıdır. Kaldı ki, herhangi bir maddenin, dinen haram olan hususlar için hammadde olarak kullanılıyor olması, mülk edinilmesinin de câiz olmaması anlamına gelseydi, çok sayıda nesnenin, mülkiyete geçirilmesinin ve onlardan yararlanmanın câiz olmaması gerekirdi.

Dolayısıyla üzüm üreticiliği yapmak, gıda maddesi olarak tüketmek ya da ticaretini yapmak, kısacası meşru olmak kaydıyla her türlü yararlanma ve tasarrufta bulunmak câizdir. Diğer taraftan yararlanılması câiz olan bir şeyi satmak da meşrudur. Ancak böyle bir satış mübah olmayan bir maksadı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanılacaksa acaba bu câiz olur mu? İşte bu noktada İslâm hukukçuları, içki üretiminde kullandığı bilinen bir şahsa üzüm satmanın, hukuken mümkün ve geçerli olup olmadığı hususu üzerinde durmuşlardır. Yani içki üreticisine hammadde satmak câiz midir? Satanın dinî-hukukî sorumluluğu var mıdır ya da nedir?

Öncelikle şunu ifade edelim ki, *İslâmî prensipleri özümsemiş, kulluk bilincine sahip bireylerin oluşturduğu bir toplumda, dinin yasakladığı alanlarda faaliyette bulunulamaz; devlet de bu tür oluşumlara müsaade etmez/edemez. Çünkü helâl-haram bilinci bireyleri frenlediği gibi, özellikle kamuyu da ilgilendiren hususlarda helâl-haram hududunu korumak devletin görevleri arasında bulunmaktadır. Aynı şekilde İslâm ülkesi vatandaşı (zimmi) olsun ya da olmasın (harbî) yabancıların, kamuya açık alanlarda dinen meşru olmayan faaliyetlerine de izin verilmez. Zira toplumun menhiyyattan korunması hususunda, yasak bir fiili icra edenin kimliği önemli değildir.*

O halde içki üreticisine hammadde satma meselesini, sözünü ettiğimiz toplumsal yapının oluşmadığı durumlar ya da korsan faaliyetler için düşünmek gerekmektedir.

İçki üreticisine hammadde satımının hükmü hususunda İslâm hukukçuları arasında temelde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır.

1. *İslâm hukukçularının bir kısmı, satım sözleşmesiyle, sözleşmeye konu nesnede (akdin mahalli) meşru olmayan işlerin yapılması ya da mahallin meşru olmayan amaçlar için kullanılmasını birbirinden ayrı mütala etmiş, dolayısıyla içki imalatçısına üzüm satmanın herhangi bir sakıncası (lâ be'se) olmadığını yani mübah olduğunu söylemiştir. Çünkü bu hukukçulara göre, satım sözleşmesi gerekli temel unsur ve şartları haiz bir şekilde gerçekleşmiş ve tamamlanmıştır; dolayısıyla akid sahihtir. Tâbiûn fakihlerinden **Hasan-ı Basrî** (110/728), **Atâ b. Ebu Rabâh** (115/733), **Süfyân es-Sevrî** (161/777)⁴¹⁸ ve **İmâm Mâlik**'in hocası **Rabîa**'nın bu görüşte oldukları ifade edilmektedir.⁴¹⁹*

Bu görüşü benimseyen fakihlere göre akdin yapıldığı şahıs ya da kurum değil, satım konusu önemlidir; dolayısıyla satım konusu helâl olmak kaydıyla istenilen herkesle alış-veriş yapılabilir. Hatta **Süfyân es-Sevrî** ve **Rabîa** bu konudaki kanaatlerini "*helâl olan şeyi istediğine sat*" vecizesiyle ifade etmişlerdir.⁴²⁰ Öte yandan ilk dönem Mâlikî hukukçularından **Mağribî** (363/974), bu görüşü herhangi bir fakihe nisbet etmeksizin mutlak bir şekilde zikretmektedir.⁴²¹

Hanefî mezhebinin kurucu müctehidi **Ebu Hanîfe** (150/767)'ye göre de içki imalatçısına üzüm satmakta herhangi bir sakınca (lâ be'se) yoktur.⁴²² Çünkü üzüm, bizzat

⁴¹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,154.

⁴¹⁹ Venşerîsî, *el-Mi'yâr*, V,25.

⁴²⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,154; Venşerîsî, *el-Mi'yâr*, V,25. مع الخلال لمن شئت.

⁴²¹ Mağribî, *el-İktisâr*, 81.

⁴²² Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,378; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,162.

aynıyla masiyet işlenen nesnelere değildir; haram bir madde olması ancak belirli kimyasal dönüşümlerden geçmesiyle mümkündür. Dolayısıyla fitne ve karmaşa anlarında silah satmadan farklıdır; zira meşru olmayan işlerde silahın bizzat aynı kullanılmaktadır.⁴²³

2. *Çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçularına göre ise, hukuk dışı (haram) sonuçların doğmasına yol açan satımlar caiz değildir.* Ancak bu hukukçular arasında da caiz olmamanın hukukî niteliği hususunda ihtilaf bulunmaktadır.

a) *Günahta yardımlaşmayı yasaklayan âyet⁴²⁴, konuyla ilgili hadisler ve sedd-i zerîa ilkesinden hareketle Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî ve Zâhiriyye mezhebi hukukçuları içki imalatçısına üzüm satmanın haram olduğu görüşündedirler.*⁴²⁵ Son dönem İslâm hukukçularından **Şevkânî** (1250/1834) ve **Ebu'l-Hayr Siddîk Hasen Hân** (1336/1918) da bu görüşü benimsemektedir.⁴²⁶

Haram hükmünü benimseyenlere göre, "Erdemi ve ilâhî sorumluluk bilincini geliştirmede birbirinizle yardımlaşın, kötülüğü ve düşmanlığı artırmada değil; Allah'a karşı sorumluluğunuzun bilincinde olun: Ve unutmayın ki Allah'ın intikamı çetindir!"⁴²⁷ âyetindeki nehiy tahrîm ifade etmektedir. İçki imalatçısına üzüm satma da âyette ifade edilen günahta yardımlaşma kapsamında bir fiil olduğundan bu da haramdır.⁴²⁸

Öte yandan Hz. Peygamber (sav), içkinin üretiminden tüketimine kadar herhangi bir şekilde rolü bulunanların tamamına lânet etmiştir. Çünkü bu aşamalarda doğrudan ya da dolaylı katkılar, bizzat harama katkı mahiyetindedir yani günahta yardımlaşmadır. Durum böyle olunca, içki imalatçısına üzüm satmak ona verilebilecek en büyük desteği sağlamak demektir. Dolayısıyla bu hareket de hadiste lânetlenen davranışlardandır. Kaldığı mesele İslâm hukuk metodolojisi prensipleri açısından ele alındığında da, lâneti mucib bir fiil haram olmayı gerektirir.⁴²⁹

Bu görüşü benimseyen İslâm hukukçularının bir kısmı, meseleyi oldukça geniş bir çerçevede ele almış ve bir şekilde haram irtikabında kullanılacak her türlü satım sözleşmesini bu kapsamda değerlendirmişlerdir. Bu hukukçulara göre, içki sofrasına meze olabilecek her türlü nesnenin satımı, şarapçıya kadeh satımı, kumar alet edevâtı imal edene tahta vb. hammadde satımı gibi işlemlerin tamamı haramdır ve bâtıldır.⁴³⁰

İçki imalatçısına üzüm satmanın haram olduğunu benimseyen İslâm hukukçularına göre, satım sözleşmesinin gerekli temel unsur ve şartlara haiz olarak vücut bulduğu iddiası da doğru değildir. Çünkü söz konusu unsur ve şartlara hüküm bağlanmaması sonucunu doğuran "mani" bulunmaktadır. Yani satım sözleşmesinin taraflarından biri olan alıcının, içki imalatçısı olması ve bunun da satıcı tarafından biliniyor olması, akdin temel unsur ve şartlarına hüküm bağlanmasına manidir; dolayısıyla işlem bâtıldır.⁴³¹

Sonuç itibarıyla bu görüşü seslendiren İslâm hukukçularına göre, herhangi bir şeyi Allah'a isyan için kullanacağı veya orada meşru olmayan işler yapacağı kesin olarak bilinen

⁴²³ Merğînânî, a.g.e., IV,378; Mevsilî, a.g.e., IV,162. لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل بعد تغيره.

⁴²⁴ Mâide 5/2. تعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان.

⁴²⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,522; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,154; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,84; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,130; Venşerîsî, *el-Mi'yâr*, V,25; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III,471; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 252-253.

⁴²⁶ Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V,201; S. H. Han, *Fethu'l-allâm*, II,40.

⁴²⁷ Mâide 5/2.

⁴²⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,154.

⁴²⁹ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,130.

⁴³⁰ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III,471; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 252-253. Krş. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,522.

⁴³¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,155.

şahıs ya da kurumlara bir şey satmak asla helâl değildir ve bu tür işlemler mutlaka bozulmalıdır.⁴³²

b) *Hukuk dışı sonuçlar doğuran satım sözleşmesini doğru bulmayan İslâm hukukçularından diğer bir kısmı ise, ilgili nasların delâletinin kat'î (kesin) olmaması ve akdin taraflarının hukukî tasarruf ehliyetine sahip, konusunun da akde mahal olmaya uygun bulunması yani akdin temel unsurlarında herhangi bir eksiklik olmaması sebebiyle, işlem esasen sahih olmakla birlikte; söz konusu hukukî eylem, âyette yasaklanan gûnahta yardımlaşma türünden olduğu için şarap imalatçısına üzüm satmanın mekruh olduğu kanaatindedirler.* Hanefî fıkıh mektebinin kurucu imamlarından **Ebu Yûsuf** (182/798) ve **İmâm Muhammed** (189/805)⁴³³ ile **İmâm Şâfiî** (204/819)⁴³⁴ bu kanaattedir. Bu tür hukukî işlemlerde **İmâmeyn**, kastı (bâis) dikkate almakta, taraflardan birinin (alıcı) kötüniyetli olmasını, kıyastan ayrılmak suretiyle istihsânda bulunma gerekçesi saymaktadırlar ki bu da, söz konusu işlemin, kötülükte yardımlaşma anlamında olması sebebiyle mekruh olmasını gerektirmektedir.⁴³⁵ **İmâm Şâfiî** ise, şekil şartları itibarıyla sahih olan herhangi bir işlemi, sırf bir takım dedikodular ve ithamlar (töhmət) sebebiyle bâtil sayamayacağını, ancak akid kastının meşru olmadığına ortaya çıkması durumunda işlemin fâsid olacağını söylemektedir.⁴³⁶

Dirâyetiyle tanınan Şâfiî hukukçu **Nevevî** (676/1277), kerâhe ya da tahrîm görüşlerinden hangisi benimsenirse benimsensin, buna rağmen yapılan satım sözleşmesinin sahih olduğunu ifade etmektedir.⁴³⁷ Bunun anlamı ise, akdin her türlü hukukî sonuç doğurması demektir. Yani satıcı semene, alıcı da satım konusu nesneye (üzüm) malik olmaktadır ve işlem sahih olduğu için kazanılan mülkiyet, temiz (tîb) bir mülkiyettir.

İçki imalatçısına üzüm satmanın mekruh olduğu görüşü esas alınır, **Nevevî**'nin ifadelerine katılmak mümkün olmakla birlikte, işlemin haram olduğunun benimsenmesi durumunda -ki **Nevevî** de bu görüşü benimsemektedir-⁴³⁸, **İbn Kudâme** (620/1223)'nin de isabetle belirttiği gibi⁴³⁹ tahrimin gereği, işlemin bâtil yani hiçbir hukukî sonuç doğurmaması olmalıdır. Aksi takdirde bir işlemin önce hukuken meşru olmadığını (haram) söyleyip, daha

⁴³² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII,522. وهو مفسوخ أبداً. لا يجل بيع شيء ممن يرقن أنه يعصي الله به أو فيه، وأيضاً بـ. Ayrıca bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,154.

⁴³³ Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,378; Mevslî, *el-İhtiyâr*, IV,162. Hakkında kesin nas bulunmayan ya da mevcut deliller arasında teâruz sebebiyle bir tercih imkanının olmadığı durumlarda ihtiyatla hareket eden Hanefî fakihler, bu tür meseleleri, "*el-Hazar ve'l-İbâha*", "*el-İstihsân*", "*Kitâbü'z-Zühd ve'l-Vera*" ya da "*Kitâbu'l-Kerâhiye*" dedikleri ayrı bir ana bölümde toplamışlardır. Fıkıhın bir ilim olarak henüz yeni tedvin edilmeye başlandığı ilk müctehidler döneminde, bu dönemin hukukçularının bir meseleye özellikle "*haram*" nitelemesinde bulunma hususundaki hassasiyetleri ve kavram hukukçuluğunun da henüz başlamadığı dikkate alınır; bu ana başlık altında toplanan meselelerin, "*bunun hükmü mekruhtur, dolayısıyla yapılmasında pek de bir mahzur yoktur*" anlamına asla gelmediği anlaşılacaktır. Nitekim müteahhir Hanefî hukukçuların bu ana bölümün hemen girişinde, yanlış anlamaları önlemek için mekruh kavramına yönelik bir ikazlarıyla karşılaşmaktayız. "*Ebu Hanîfe ve Ebu Yûsuf'a göre mekruh, harama daha yakın demektir; İmam Muhammed'e göre ise mekruh, bizzat haram demektir. Fakat kesin nas bulamadığı için haram demekten sakınmıştır.*" Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV,360; Mevslî, *el-İhtiyâr*, IV,153; Aynî, *el-Binâye*, XI,77.

Öte yandan Hanefî fakihlerden Bedruddîn el-Aynî, bu hususta daha açık bir bilgi nakleder. Buna göre Ebu Yûsuf, hocası Ebu Hanîfe'ye "*Herhangi bir şey için mekruh dediğinde bununla neyi kast ediyorsun?*" diye sormuş, O da; "*haram*" şeklinde cevap vermiştir. *el-Binâye*, XI,77. Diğer taraftan haram ve mekruh kavramlarının kullanımı hususundaki bu hassasiyetin esasen tüm ilk dönem imam ve müctehidler için söz konusu olduğunu söyleyen İbn Kayyım el-Cevziyye, bu ayrıntıya dikkat etmeyen çoğu müteahhir fukahânın, imamlarının görüşlerini tespit ve aktarmada hataya düştüğünü, onların mekruh dediği hususları haram şeklinde naklettiklerini söylemektedir. *İlâmu'l-muvakkîn*, I,39-40,43. Dolayısıyla bu uyarılar, özellikle Hanefî müctehidler için harama yol açan işlemlerin hükmü konusundaki görüşlerini anlamada dikkatten kaçırılmamalıdır.

⁴³⁴ Şâfiî, *el-Üm*, III,90.

⁴³⁵ Keylânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, 156-157.

⁴³⁶ Şâfiî, *el-Üm*, III,90. أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم يظلم بهتمة.

⁴³⁷ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,84.

⁴³⁸ Nevevî, a.g.e., III,84.

⁴³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,154-155.

sonra da bu hukukî düzenlemeye rağmen işlenmiş bir fiil ya da tasarruf hakkında sahih hükmü vermek, izah edilemeyecek bir hukukî çelişkidir. O halde *bir hükümle gerçekleştirilmek istenen amacın tahakkuk edebilmesi için, başta biçilen değer yargısı ile, işlem meydana geldikten sonra verilen yargının uyumlu olması gerekir. Aksi takdirde hukukî düzenlemelerden beklenen fayda sağlanamadığı gibi, bireylerin hukuka olan saygısı da zayıflar.*

Bu arada içki imalatçısına üzüm satma meselesinin, *"bir işden maksad ne ise hüküm ona göredir"*⁴⁴⁰ kâidesine göre değerlendirileceğini; satış ticaret kastıyla yapılmış ise câiz, içki imalatında kullanılması amacıyla yapılmış ise haram olduğunu söyleyen hukukçular da olmuştur. Tasarrufun hükmünü, şahsın iyi niyetli ya da kötü niyetli (sübjektif ölçü) oluşuna göre belirlemeyi öngören bu yaklaşım, uygulamada, tespit güçlükleri sebebiyle haksızlık ve zulümlere de yol açabilecek bir kriterdir. Kaldı ki bu durumda *"günah olan hususlarda yardımlaşmama"* ölçüsüne riâyet edilmiş olmamaktadır. Öte yandan bu ölçü esas alındığında, müslüman bireyin sürekli içinde taşıması gereken haramlara karşı hassasiyet duygusunda zamanla zayıflamalar meydana gelebilir. Bu son husus, her ne kadar dinî ve vicdânî boyutla alakalı ise de, aynı kaynaktan beslenen İslâm hukukunda, herhangi bir konuda öngörülen çözüm biçiminin bu tür sakıncalara kapı aralamaması gerekir.

Buraya kadar anlatılan hususlar, alıcının şarap imalatçılığı yaptığının kesin olarak bilindiği durumlar hakkındadır. Fakat böyle bir kesinliğin bulunmadığı hallerde, sırf bazı dedikodu ve şüphelerden hareketle, herhangi bir şahsın veya kurumun, satın aldığı üzüm vb. maddeleri içki imalatında kullandığına hükmedilemez. Çünkü İslâm hukukunda, aksi delillerle sabit olmadığı sürece berâat-ı zimmet asıldır. Dolayısıyla sırf şüpheye dayalı olarak bir müslüman suçlanamaz, töhmet altında bulundurulamaz. Zira büyük fakih **İmam Şâfiî** (204/819)'nin de vurguladığı gibi, *İslâm hukukunda hükümler, şüphe ve varsayımlara değil, kesin bilgi ifade eden delillere dayanmaktadır.*⁴⁴¹

Dolayısıyla bazı İslâm hukukçularının içki imalatçısına üzüm satımı konusundaki ihtiyatlı tavırlarını ve özellikle bu işlemin hükmünü ifade ederken *"mekruh"* nitelemesini tercih etmelerini⁴⁴², müslüman bireye karşı gösterilmesi gereken hassasiyet ve iyiniyetin ürünü olarak görmek gerekmektedir. Nitekim Şâfiî fakiplerden **Hayruddîn er-Remî** (1004/1596), mekruh hükmünün, içki imalatında kullanıp kullanmayacağından şüphe içinde olunan şahıslara üzüm satımı hakkında olduğunu, yoksa masiyete sebep olan her türlü tasarrufun haram olduğunda herhangi bir tereddüdün bulunmadığını açıkça ifade etmektedir.⁴⁴³ Öte yandan Şâfiî ve diğer bazı İslâm hukukçularının, mekruh görüşünü gerekçelendirirken, *"söz konusu alıcı şahıs, üzümü içki imalatında kullanabileceği gibi başka meşru işlerde de kullanabilir"*⁴⁴⁴ demeleri de bunu göstermektedir.

Bu durumda, içki imalatçısına üzüm satmanın mekruh olduğunu söyleyenlerin, alıcının üzümü içki imalatında kullanıp kullanmayacağına kesin olarak bilinmediği durumları dikkate alarak bu kanaate vardıklarını ifade edebiliriz. Dolayısıyla günümüzde olduğu gibi, sırf içki imalatı yapan ve bu amaçla kurulmuş fabrikalara şıralık üzüm satımının -başka bir yerde kullanımı söz konusu olmayacağına göre- haram olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

⁴⁴⁰ *Mecelle*, md.2. الأمور بمقاصدها.

⁴⁴¹ Şâfiî, *el-Üm*, III,90. ولست أحمل للتهمة أبدا موضعا في الحكم، إنما أقضي على الظاهر.

⁴⁴² Şâfiî, a.g.e., III,90; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,84.

⁴⁴³ Remî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III,471.

⁴⁴⁴ Şâfiî, *el-Üm*, III,90.

İçki imalatçısına üzüm satma meselesini, daha genel bir ifadeyle, esasen meşru/mübâh olmakla birlikte hukuk dışı sonuçlar doğuran satımları, günah ve kötülükte yardımlaşmayı yasaklayan âyet, konuyla ilgili fer'î deliller, sedd-i zer'â ilkesi yanında; İslâm'ın öngördüğü fert ve toplum modelini de dikkate alarak değerlendirmek gerekmektedir.

Mâide Sûres'nin hemen başında kötülük ve günahta yardımlaşmayı yasaklayan ikinci âyet, fıkıh usûlü terimiyle ifade etmek gerekirse âmdir. Yani her türlü kötülük ve günahta yardımlaşmayı yasaklamaktadır. Nitekim içki ile ilgili olarak hadiste lânet edilen on kişi arasında, doğrudan bu günahı işleyenler yanında, dolaylı yollardan buna katkıda bulunanlar da sayılmıştır. Şu halde bir müslümanın bizzat haram işlememesi gerektiği gibi, bir şekilde harama katkı, destek anlamı taşıyan eylemlerden de uzak durması gerekmektedir. Dolayısıyla bir grup insanın birlikte içki alemi yapması, içki fabrikası işletmesi, bir kişinin canına kıyması günahta yardımlaşma olduğu gibi; bir keşe içki parası verme, kendisi içki içmemesine rağmen başkalarına içki sofrası hazırlama, servis yapma, nakliyesinde bulunma, içki alemi için mekan hazırlama (evinin anahtarını verme gibi), düşmana ya da eşkiyaya silah satma, fuhuş amaçlı kullanılmak üzere evini kiralama... da günahta yardımlaşma ve dolayısıyla haramdır. Binaenaleyh içki imalatçısına üzüm satmanın, günahta yardımlaşma olduğu açıktır.

Öte yandan İslâm hukukunda kötülüğe giden yolların kapanması (sedd-i zer'â) temel prensiplerdendir. Dolayısıyla *bir işlemin kuruluşu ile, bunun hangi amaç için yapıldığını/kullanılacağını birbirinden bağımsız değerlendirmek mümkün değildir*. Durum böyle olunca, taraflardan birinin ne ile iştigal ettiği ve akid konusunu ne tür işler için kullanacağını baştan bilindiği durumlarda; akdin kuruluş aşamasında herhangi bir sakınca barındırmaması, şahsı sorumluluktan kurtaramaz. Kaldı ki sedd-i zer'â, esasen meşru olan bir fiilin, sakıncalı bir duruma sebep olmasından dolayı yasaklanması⁴⁴⁵ demektir. Binaenaleyh içki imalatçısına üzüm satma meselesi, bu ilkeyle tam anlamıyla örtüşmektedir.

Diğer taraftan İslâm'da herbir hukukî düzenleme bir amaca matuftur ve asıl önemli olan da bu amacın tahakkukudur. Ancak bu amacın gerçekleşebilmesi bir takım vesilelerle olur. Bu da amaçal uyumlu olmayan araçların hukuken muteber olmamasını gerektirir. Zira hikmet sahibi Şâri'nin bir şeyi emredip sonrada, emredilen hususun öncüllerini/araçlarını yasaklaması düşünülemediği gibi, yasakladığı hususlarda, yasağa götüren yolları/vesileleri serbest bırakması da düşünülemez.⁴⁴⁶ Binaenaleyh *İslâm hukukunda, vesilelerin yalnız başına bir hükmü olmayıp, gayelerin hükmünü almaktadırlar. Dolayısıyla haramın vesilesi haram, vâcibin vesilesi de vâcib olmaktadır*.⁴⁴⁷ O halde içki imalatçısına üzüm satmanın hükmü de, şarap üretmenin hükmü, yani haramlık olacaktır. Aynı durum harama yol açan diğer hukukî işlemler için de aynen geçerlidir.

Esasen meşru olmakla birlikte, hukuk dışı sonuçlara yol açan tasarrufları, zarûrât-ı dîniyye açısından da ele almak gerekmektedir. Dinin mutlaka korunmasını istediği, vazgeçilmez temel umdelerden kabul edip, sevkettiği hükümlerde gözönünde bulundurduğu, zarûrât-ı dîniyye denilen hususlardan biri de akıldır. İçkinin haram kılınmasının en büyük sebebi (illet) de aklın korunması değil midir?! Dolayısıyla içki içmek akli ifsad ettiği gibi, içki üretimine katkı sağlamak da aklın ifsadına yardımcı olmak demektir. Aynı şekilde yol kesici eşkiyalara veya fitne zamanında bir şahsa silah satma işlemlerinde, duruma göre, zarûrât-ı dîniyyeden olan canın, malın ve ırzın, korunmak bir yana tehlikeye maruz bırakılması; emlakın gayri meşru işler için kiraya verilmesi durumunda da aklın ya da ırzın, kısacası

⁴⁴⁵ Burhânî, *Sedd-i zer'â*, 95. سد الذرائع: هو منع الجائز الذي يؤدي إلى فعل محظور.

⁴⁴⁶ Ebu Zehra, *Mâlik*, 370.

⁴⁴⁷ Şâfiî, *el-Üm*, IV,57, الحرام. إن الذرائع إلى الحلال والحرام، تشبه معاني الحلال والحرام. Kırş. Karâfi, *el-Furûk*, II,61. إن وسيلة الحرام محرمة، فوسيلة الواجب واجبة.

zarûrat-ı dîniyyeden olan hususlardan birinin heder edilmesi ve ortadan kaldırılması vardır. Dolayısıyla her türlü hukukî işlem ve tasarrufta, dinin her hâlükârda korunmasını istediği vazgeçilmez temel unsurlardan birinin bundan zarar görüp görmediği mutlaka dikkate alınmalıdır.

Diğer taraftan sözlü ya da fiili bir tasarrufun sahih olabilmesi için, başlangıç ya da kuruluş aşamasında hukuka uygunluk şart olmakla birlikte bu yeterli olmayıp, aynı zamanda doğurduğu sonuçlar itibariyle de meşru ve hukuka uygun olması gerekir. Dolayısıyla *bir tasarruf, sonuç itibariyle meşru olmayan bir duruma yol açıyor ya da böyle bir sonucun oluşmasına katkıda bulunuyorsa, söz konusu tasarrufun kuruluş aşamasında hukuka uygun olması bireyi sorumluluktan kurtarmaz. Diğer taraftan Şâri'in bir şeyi yasaklayıp da, ona giden/götüren yolları yasaklamaması da düşünülemez.* Durum böyle olunca harama yol açan satımlar yasaklanmalı, gerekli hukukî mevzuat buna göre düzenlenmeli, aykırı tasarruflar da medenî ve cezâî müeyyideyle desteklenmelidir.

Sonuç itibariyle İslâm hukukunda bireylerin, her türlü yararlanma ve tasarruf yetkisine sahip buldukları meşru/helâl mülklerdeki tasarrufları, herhangi bir şekilde hukuk dışı bir sonuç doğurmama/harama yol açmama şartına bağlı olarak hukuken sınırlandırılmıştır. Özel mülkiyete getirilen bu tür kanunî sınırlamalarla, fertlerin ve özellikle de toplumun maslahatı düşünülmüş ve toplumdaki zararı giderme hedeflenmiştir. Günün şartlarına göre bu amaca yönelik kanunî düzenlemelerin yapılması ve yasal mevzuatın hazırlanması devletin görevi, toplumun da hakkıdır.

İslâm hukukunda mülkiyetin kamu yararına sınırlamalarından birini de, tüm toplumun ortak malı konumundaki kamuya ait alanların korunması teşkil eder. Herkesin eşit seviyede hak sahibi olduğu bu tür alanların özel mülkiyet tasarruflarından olumsuz etkilenmemesi, hukukî sınırlamaları gerekli kılmıştır.

E. KAMUYA AİT ALANLARIN KORUNMASI

Oyun alanları, park ve bahçeler, dinlenme ve piknik yerleri, cadde ve sokaklar... tüm toplumun ortak kullanım ve istifadesine açık alanlardır. Bu tür kamuya ait alanlardan herkesin ibâha nitelikli yararlanma hakkı vardır. Dolayısıyla kaynağını kanundan alan ve tüm toplum fertlerinin eşit olduğu (ibâha âmme) kamu mallarından ve mübâh (serbest) mallardan yararlanma hakkının kullanımı, yine kanunen başkalarına zarar vermeme şartıyla sınırlandırılmıştır.⁴⁴⁸

Özel mülkteki bir tasarrufun kamuya ait alanlara tecavüz özelliği taşıması durumunu, İslâm hukuk doktrininde özel mülkte tasarruf yetkisini itlak-takyid açısından ele aldığımız bölümde incelemiş, fıkıh mektepleri ve müctehidlerin konuyla ilgili görüşlerini aktarmıştık. Dolayısıyla burada, -konu bütünlüğü açısından- tekrara da sebep olmayacak şekilde kısa atıfta bulunmakla yetinilecektir.

Kamuya ait alanlardan herkes yürümek, oturmak, gezinti yapmak gibi -söz konusu alanın özelliğiyle uyumlu olmak ve başkasına zarar vermemek şartıyla- çeşitli şekillerde yararlanabilir ve bu hususta İslâm hukukçuları ittifak halindedirler. Fakat bireylerin kendi özel mülklerdeki tasarruflarının, kamuya ait alanları da ilgilendirmesi durumunda, hükme esas olacak kriterin ne olacağı İslâm hukukçuları arasında ihtilaf konusu olmuştur.

Hanbelî mezhebine mensup hukukçular, kamuya ait alana tecavüz eden özel mülkiyet tasarruflarıyla ilgili olarak oldukça ihtiyatlı bir tutum sergilemişler ve belki de iyiniyet ve

⁴⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII,178. Ayrıca bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I,284; Ali Hafif, *el-Milkiyye*, 70; Abbâdî, *el-Milkiyye*, I,155; Hacak, *İrtifak Hakları*, 21.

müsâmahanın kötüye kullanılabileceğinden endişe duydukları için, söz konusu tasarruftan toplumun zarar görüp görmediğine bakılmaksızın mutlaka kanunen önlenmesi gerektiği kanaatindedirler.⁴⁴⁹ Bu hususta yalnızca, birey açısından zarurî ve örfen müsâmaha edilebilecek ölçüdeki tasarruflara izin verilebilir. Bu fıkıh mezhebinin önde gelen hukukçularından **İbn Teymiyye** (728/1327) bu duruma, siva kalınlığındaki taşkınlıkları örnek vermekte⁴⁵⁰, böylece müsâmaha alanının oldukça dar tutulduğunu ifade etmektedir.

İslâm hukukçularının cumhuru ise, mübah mallardan ve kamuya ait alanlardan yararlanma hususundaki ibâha nitelikli genel yetkinin özelliğini dikkate almak suretiyle, bu konuda ölçüyü zarar olarak belirlemişlerdir. Zararın tespitinde ise örfe müracat edilecektir. Dolayısıyla özel mülkteki bir tasarrufun kamuya ait alana tecavüz etmesi halinde, toplum maslahatı, zarar ve maruf ölçü esas alınacak; bu çerçevedeki tasarruflar geçerli kabul edilecektir.⁴⁵¹ Nitekim *Mecelle*'de "*Bir kimse hanesini ta'mir edecek oldukça marreye zarar vermemek şartı ile tarikin bir tarafında serian çamur yapıp binasına sarf edebilir*"⁴⁵² denilmek suretiyle, kamuya ait alanın ve buradan yararlananların zarar görmemesi şartıyla bazı basit faaliyetlerin yapılabileceği ifade edilmiştir.

Ancak herhangi bir şekilde toplumun zarar görmesine sebep olan faydalanma ve tasarruflarda bulunulamaz. Binaenaleyh yolu daraltan, trafik sıkışıklığına sebep olan, kamuya ait bir alandan insanların hiçbir sıkıntıyla karşılaşmadan rahatça yararlanmasını güçleştiren davranışlarda bulunulamaz.⁴⁵³ Bu gibi zarara yol açan tasarruflar kadîm de olsa "*Zarar kadîm olmaz*"⁴⁵⁴ kaidesi gereği hukuken engellenir. "*Tarîk-i âmm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişinler (pencere çıkması, cumba) gibi mârreye zarar-ı fâhişi olan şeyler kadîm olsa bile ref'ettirilir.*"⁴⁵⁵ Nitekim çarşı-pazar ve şehir hayatının denetimiyle görevli olan muhtesibin görevleri arasında bu tür davranışlara engel olmak da sayılmıştır.⁴⁵⁶

Herkesin kamu hizmetlerinden rahatça yararlanmasına engel olan ya da hizmet araçlarının zarar görmesi, hizmetin geçici veya sürekli durmasına sebep olacak tasarruflar da hukuken sınırlandırılır. Söz gelimi bir şahıs kendi mülkünde elektrik ya da telefon hatlarına değecek şekilde ağaç dikemez.⁴⁵⁷

Görüldüğü gibi çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçularına göre, kamuya ait alanlara tecavüz anlamı taşıyan özel mülkiyet tasarruflarında, sınırlama alanı daha geniş tutulmakta, buna bağlı olarak da müsâmaha çerçevesi genişlemektedir. Bu görüş, bir yandan mülkiyetin vazgeçilmez özelliği olan tasarruf yetkisinin serbestçe kullanımına imkan tanırken, diğer taraftan da, söz konusu yetkinin başkasına zarar verecek şekilde kullanılmasına fırsat vermemektedir. İşte bu özelliği sebebiyle bizce de daha isabetlidir. Dolayısıyla herkes, gelip geçenleri rahatsız etmemek şartıyla kaldırırma emtia koyabilir, balkon çıkıntısı uzatabilir.

Fakat kamuya ait alanların niteliği ve özel mülkteki tasarrufun mahiyeti ve hacmi, her zaman eşit ve aynı olmayacağından, her olaya uygulanabilecek genel bir ölçü belirlemek

⁴⁴⁹ Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 306; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXX,10.

⁴⁵⁰ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXX,10.

⁴⁵¹ Mâverdi, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 338; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,438-439; Venşerîsî, *Mesâlik*, 142; Şevkânî, *Neylül-evtâr*, V,342; Âbidî, *el-Emvâl*, 126; Şelebî, *el-Medhal*, 362-363. Ayrıca bkz. *Mecelle*, md.1213-1215,1217.

⁴⁵² *Mecelle*, md.1215.

⁴⁵³ Bkz. Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,438-439; Âbidî, *el-Emvâl*, 126.

⁴⁵⁴ *Mecelle*, md.7.

⁴⁵⁵ *Mecelle*, md.1214.

⁴⁵⁶ İbnü'l-uhuvve, *Meâlimu'l-kurbe*, 135.

⁴⁵⁷ Örucü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, 188.

doğru olmaz. O halde bu gibi durumlarda, hangi tasarrufların, ne ölçüde yapılabileceği, diğer bir ifadeyle müsâmaha sınırının tesbiti, yerel örfe göre belirlenecektir.⁴⁵⁸

Bu noktada zarar kavramı, sırf maddî anlamda düşünülmemeli, estetik ve mimarî açıdan da ele alınmalıdır. Yani kamu alanına taşan herhangi bir mülkiyet tasarrufu, söz konusu kamu alanından yararlananlar ya da kamu hizmet araçları bakımından maddî bir zarara yol açmamakla birlikte; ilgili yerleşim biriminin estetik ve mimarî yapısını bozuyorsa, bu da önlenmesi gereken zarar kapsamında mütala edilmelidir.

O halde hem kamuya ait alanlardan herkesin yararlanma yetkisi, hem de özel mülkteki tasarrufların kamuya ait alanları da ilgilendirmesi durumunda ölçü, toplumun zarar görüp görmemesidir ve bu da, tasarrufun ve bundan etkilenen alanın özelliğine bağlı olarak örfen tayin edilecektir. Söz gelimi işlek bir caddede kaldırıma oturmak gelip-geçenler açısından zarar sayılırken, bu özellikte olmayan cadde ve sokaklarda kaldırıma oturmak bir yana eşya koymak bile pekala -sıkıntıya yol açmadığı için- zarar sayılmayabilir.⁴⁵⁹

Kamuya ait alanlara tecavüz niteliği taşıyan fiil ve tasarruflar sebebiyle, herhangi bir kişi zarar görürse, tasarruf sahibi -sebepe olduğu için- bu zararı tazmin eder. Söz gelimi bir kimse, bütün insanların istifade hakkının bulunduğu cadde ya da sokağa evinden kalas, balkon çıkıntısı vb. uzatır ve bu, sokaktan geçen bir şahsın ölümüne sebep olursa; diyet ödemek zorundadır. Zira söz konusu tasarruf makul ölçüyü aşmış ve şahıs kusurlu davranmıştır. Dolayısıyla masum bir canın heder olmaktan korunması için, bu tür faaliyette bulunanlar tazminle sorumlu tutulurlar.⁴⁶⁰

İslâm hukukunda sosyal amaçlı mülkiyet sınırlamalarının diğer bir grubunu da, tarihî eserlerin/mekanların korunması oluşturmaktadır. Bu tür eserlerin ülkenin kültürel zenginliklerini oluşturması itibariyle, zarar verici faaliyetlerden korunmasında kamu yararı söz konusudur.

F. TARİHÎ ESERLER

Toplumların zenginlikleri yalnızca, yer altı ve yerüstü varlıkları, ekonomik faaliyetleri, iktisadî refah seviyesi, hakim olduğu coğrafi alan gibi hususlarla ölçülmez. Bunun yanında ait olduğu medeniyetten devraldığı ve güç bulduğu kültürel varlıklar ve tarihî eserler de, toplumlara, en az yukarıda sayılan unsurlar kadar zenginlik katmaktadır. Dolayısıyla bu durum, tarihin ilk dönemlerinden itibaren toplumlara, sahip oldukları kültürel ve tarihî eserlere ayrı bir önem vermeye, bu zenginliklerin korunmasına yönelik idarî-hukukî düzenlemelerde bulunmaya yöneltmiştir. Söz gelimi Roma hukukuna ait kaynaklarda, binaların tamir veya restore edildikleri zaman, eski şekillerinin değiştirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu durum aynı zamanda, Roma hukukunda özel mülkte tasarruf yetkisinin kamu yararına kanunî sınırlamasını göstermektedir.⁴⁶¹ Hele günümüzde bir takım tarihî eserlerin ve mekanların korunması, tabii şekillerinin muhafazası milletler üstü bir hal almış, insanlığın ortak değerleri arasında kabul edilir olmuştur.

Tarihî özelliğe sahip eserler, devlet mülkiyetinde olabildiği gibi, özel mülkiyette de bulunabilir. Özel mülkiyet konusu olmayan tarihî eserlerin korunması, siyasî erkin yetki ve sorumluluk alanındadır. Aynen kamuya ait alanların korunmasında olduğu gibi, tarihî eserlerin de, bireylerin kendi özel mülklerindeki tasarruflarından olumsuz etkilenmemesini

⁴⁵⁸ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III,438-439; Venşerîsî, *Mesâlik*, 142.

⁴⁵⁹ Nevevî, a.g.e., III,438-439; Âbidî, *el-Emvâl*, 126.

⁴⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII,6.

⁴⁶¹ Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 93.

temin amacıyla çeşitli hukukî düzenlemelerde bulunulabilir. Bu cümleden olmak üzere, örneğin bir kimsenin tarihî nitelikteki bir esere bitişik konumdaki arsasında kazı/hafriyat yapmasından, söz konusu eser zarar göreceyse, hafriyata izin verilmez. Aynı şekilde sözü edilen arsada yapılacak inşaatın, gerek fizikî yapı, gerekse estetik özellikler itibariyle sözü edilen tarihî eseri olumsuz etkilememesi gerekir. Ayrıca tarihî eserler için belirli bir mücavir alan tayin edip, bu mücavir alanda inşaat yapılmasına ruhsat verilmeyeceği hükme bağlanabilir, hatta kamu yararının gerektirmesi halinde söz konusu alandaki özel mülkler kamulaştırılabilir.

Tarihî eserlerin, bireylerin özel mülk ve tasarrufunda olması da mümkündür. Söz gelimi bir şahsa miras olarak intikal etmiş ve bugün için tarihî özellik arz eden altın ya da gümüş bir küp veya konak, tarihî eser olmaları sebebiyle özel mülkiyetten çıkmış olmaz. Esasen meselenin bizi ilgilendiren boyutu da burasıdır. Bir kimsenin özel mülkünde bulunan, ancak tarihî özellik taşıyan herhangi bir nesnenin sahibi tarafından kullanımı ve tasarrufuna, sırf tarihî eser sayılmasından dolayı müdahale edilebilir, sınırlama getirilebilir mi? Söz gelişi kişi, mülkiyetinde bulunan tarihî özelliğe sahip altın ya da gümüş bir tası istediği gibi satabilir mi? Yine aynı özelliğe sahip konağını yıkabilir veya tabii şeklini bozacak şekilde onarabilir mi? Daha açık bir ifadeyle bu tür eserlerin, aynı zamanda ülkenin tarihî ve kültürel zenginliğini oluşturduğu tezinden hareketle devlet, kamu yararı gerekçesiyle sınırlamada bulunabilir mi?

İslâm hukuk literatüründe tarihî eserlerin bu tür özelliklerinin dikkate alındığını ve buna göre hüküm sevk edildiğini gösteren herhangi bir bilgiye rastlayamadık. Bu durumu, toplumsal telakkiler, dönemin anlayışı ve ihtiyaç gibi unsurların böyle bir konuyu gündeme getirmeyi zorunlu kılmamasıyla açıklamak mümkündür. Ancak bu, İslâm hukunun temel ilkelerinden hareketle bir belirlemede bulunamayacağı anlamına da gelmemektedir.

Her şeyden önce, kişisel mülkiyette bulunan tarihî bir eserin kullanımının kanunen sınırlandırılmasının doğru olmadığını gösteren açık bir delil bulunmamaktadır. Yani sınırlamayı yasaklayıcı bir hüküm yoktur. Diğer taraftan bu tür varlıkların, toplumların mânevî zenginliklerini oluşturduğu dikkate alındığında, meselenin, toplumu ilgilendiren bir boyutunun olduğu da kesindir. Öyleyse bu tür eserlerin kullanımı ve tasarrufundan toplum da doğrudan etkilenmekte, maddî zarar yanında, mânevî anlamda da zarara uğramaktadır. Aynı şekilde tarihî eserlerin tabii şekillerini muhafaza eder halde tutulması, sırf maliklerine maddî anlamda bir kazanç sağlamamakta, aynı zamanda ülkeye de zenginlik katmaktadır. Nitekim ülkeler arası turistik seyahatlerin sebepleri dikkate alındığında, tarihî eser ve mekanları görüp ziyaret etme gerekçesinin önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Gerçekten de tarihî eser/meکان bakımından zengin olan ülkeler, bugün için devletlerin önemli bir ekonomik kaynağını teşkil eden turizm gelirlerinden daha fazla pay almaktadırlar.

Şu halde bu tür zenginliklerin korunmasında toplum maslahatı söz konusudur. Toplum maslahatının bulunduğu hususlarda kişisel yararın sınırlandırılabilmesi ise, İslâm hukukunda benimsenmiş temel kâidelerdendir. Dolayısıyla prensip itibariyle, özel mülkiyette bulunan kültürel-tarihî eserlerin kullanımı ve bunlarda tasarruf yetkisinin, kamu yararına hukuken sınırlandırılması mümkündür.

Öte yandan İslâm hukuku kaynaklarında özel mülkiyete konu tarihî eserlerin korunması ve bir takım tasarruf sınırlamalarının öngörüldüğü sonucuna varabileceğimiz bazı verilere de sahibiz. Nitekim Hanefî hukukçulardan **Sadrüşşehîd** (536/1141), meskun bir mahallede (mahalle âmira) evi bulunan bir kimsenin, evini yıkıp yıkamayacağını söz konusu etmekte ve şöyle demektedir: "*Ev kendi mülkü olduğu ve mülkünde de dilediği gibi tasarruf yetkisine sahip bulunduğu için kıyas gereği evini yıkabilir. Fakat bu hususta Ebu'l-Hasen*

el-Kerhî, bir tür istihsândan hareketle, meskun mahalledeki evin yıkılamayacağını, çünkü bunun mahallenin zarar görmesine (harâb) sebep olacağını söylemiştir.⁴⁶²

Bu ictihadı sırf evlerin birbirine yakın olması, dolayısıyla bir evin yıkılmasının diğerlerinin zarar görmesine yol açabileceği gibi sebeplerle açıklamak mümkün olmakla birlikte, mahallenin tabii yapısının ve estetiğinin bozulmaması ile izah etmek de pekâlâ mümkündür. Çünkü bir takım tedbirler almak suretiyle bitişikteki evlerin zarar görmemesi sağlanabilir. Fakat aynı durum mahallenin estetik yapısının korunması hususunda geçerli değildir. Binaenaleyh bu noktadan hareketle az katlı özel yerleşim alanlarına yüksek binaların yapımına -yerleşim alanının estetiğini bozacağı için- ruhsat verilmemesi gerektiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

Kültürel-tarihî zenginliklerin kullanımı ve bunlarda tasarruf yetkisinin kanunen sınırlandırılması, bu varlıkların muhafazasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla sınırlama, bu amacın tahakkukuna yönelik olmak ve bu miktarla sınırlı tutulmak zorundadır. Yani bireyin söz konusu eseri tahrip, imha, zayıflatma gibi anlamlar taşımayan, diğer bir ifadeyle esere zarar vermeyen ve koruma çerçevesindeki tasarrufları geçerlidir. O halde sınırlamanın kapsamı da sınırlandırılmıştır.

Kişisel mülkiyette bulunan tarihî-kültürel eserlerin korunması hususunda, öncelikle idarenin, idarî ve yasal bir yapılanmaya gitmesi gerekir. İslâm hukukunun genel kâideleri dikkate alındığında, bu konuda yapılacak yasal düzenlemelerin, şu iki hususun dışına çıkamayacağı söylenebilir:

1. *Bu tür varlıklar, bireylerin özel mülkünde kalmak üzere, korunmasına yönelik denetimde bulunulabilir.* Bu amaçla yapılabilecek hususların başında, şahısların elinde bulunan tarihî eserlerin dökümünün çıkarılması ve böylece denetiminin sağlanabilmesi için, el değiştirmelerde tescil zorunluluğu getirme gelmektedir. Bu noktada devletin yetkisi, söz konusu eserlere tarihîlik vasfı kazandıran özelliklerin muhafazası hususunda denetim ve takipten ibarettir.

2. *Bireyin, tarihî-kültürel niteliğe haiz eserine ihtiyacı var ve bu ihtiyacını karşılayabilmesi için de sözü edilen eserin tahrip edilmesi ya da tabii şeklinin değiştirilmesi zorunlu ise, bu durumda devlet, eserin kıymetini ödemek suretiyle kamulaştırmada (istimlâk) bulunabilir.* Söz gelimi mesken ihtiyacı olan ve bu amaçla kullanılmaya elverişli olmayıp tarihî özellik arz eden bir köşkü, sahibi yıkıp yerine ev yapmak isterse, bu durumda devlet, söz konusu köşkü kıymetini ödemek suretiyle istimlâk eder. Böylece hem kişilerin hakkı, hem de kamu yararı korunmuş olur.

İnsan tabii bir çevrede yaşar ve bu çevre, hem bireyin hem de kainattaki bütün canlıların sağlıklı bir hayat sürdürmesinde belirleyici bir konuma sahiptir. Esasen kainattaki dengeyi sağlayan ve bu bakımdan insan için bir nimet konumunda bulunan her türlü mahlukatın, sebze, meyve ve bitkilerin... tür zenginliği içerisinde varlığını sürdürebilmesi, tabii çevrenin muhafazasına bağlıdır.

Diğer yandan bireyin, içinde yaşadığı toplumsal çevre (insan çevresi) yanında tabii-doğal çevrenin de, ekonomik seviyesine olumlu ya da olumsuz etkisi söz konusudur. Esasen bu anlamda tabii-doğal çevre, insanın tüm malvarlığının ilk ve temel kaynağını teşkil eder. Kaynak açısından durum bu şekilde olduğu gibi, bireyin mülk ve tasarrufunda bulunan tabii-doğal kaynakların, ekonomik değer olarak bireye katkı sağlayabilmesi de, uygun çevre şartlarına bağlıdır.

⁴⁶² Sadruşşehîd, *el-Hitân*, 130.

Şu halde şahsın hem kişisel menfaati, hem de toplum menfaati çevrenin korunmasını gerektirmektedir. Nitekim özel mülkiyetin kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalarının bir boyutunu da, çevre etkisi yaratan mülkiyet tasarruflarının hukuken sınırlandırılması oluşturmaktadır.

G. ÇEVRENİN KORUNMASINA YÖNELİK SINIRLAMALAR

Bugün itibariyle insanlığın gündemindeki en önemli problemlerin başında çevre sorunları gelmektedir. Topyekün bütün insanlığı tehdit eden çok yönlü çevre sorunları karşısında, bir taraftan ülkeler düzeyinde, diğer yandan da dünya çapında çeşitli organizasyonlara gidilmekte, tabii doğal çevrenin korunması ve bireylerde bir çevre duyarlılığı oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede çok yönlü olarak sürdürülen faaliyetler hukukî düzenlemelerle de yaptırıma bağlanmakta ve artık "*Çevre Hukuku*" diye bir hukuk branşından söz edilmektedir.

Ülkemizde de çevrenin korunmasına yönelik bir takım hukukî düzenlemelere gidilmiş ve bu bağlamda sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı *Anayasâ*'da (md.56) yerini almış, ayrıca 2872 sayılı *Çevre Kanunu* çıkarılmış, maddî ya da manevî anlamda çevreyi kirleten her türlü faaliyet yasaklanmıştır. Buna göre is, kurum, duman, koku, gürültü, kanalizasyon suları, sanayi atıkları, tarım ilaçları ile suyu veya toprağı kirletme, radyoaktif maddeler yayma gibi maddî fiil ve tasarruflar; bir villanın yanında iyileşme ümidi bulunmayan hastalar için yapılan şifa yurdu, müşterilerin açıkta giyinip soyunduğı yüzme havuzları, bar, pavyon gibi olumsuz manevî tesirler yaratan faaliyetler yasaktır. Bu arada çevre konusundaki hassasiyet, özel mülkiyet tasarrufları karşısında çevrenin korunmasını gerektirmiş ve çevre etkisi yaratan tasarruflar hukuken sınırlandırılmıştır. Bu noktada Türk hukukunda çevre etkileri düşünülerek taşınmaz maliki için öngörölmüş bulunan komşu taşınmazlara taşkın müdahalelerden kaçınma yükümü, mülkiyete dışarıdan getirilen bir sınırlama olarak değil, gerçekte sosyal işlevi nedeniyle mülkiyetin muhtevasında yer alan ödevlerden kabul edilmiştir. Nitekim bu ödevler karşılığında malike hiçbir tazminat ödenmemektedir. Üstelik bu ödevlerin ihlali mülkiyet hakkının aşkın kullanılması sonucunu doğurmaktadır.⁴⁶³ Ancak mülkiyete dayalı bir tasarrufun çevreyi kirlettiğı gerekçesiyle hukuken sınırlamadan söz edebilmek için; çevrenin kirlenmiş olması, kirlenmede hukuka aykırılığın bulunması, tasarrufun zarara yol açması ve zarar ile kirletici faaliyet arasında illiyet bağının bulunması gerekir.⁴⁶⁴

İslâm'ın çevre konusuna yaklaşımının ana noktasını ise, içindeki canlı cansız her şeyle birlikte kainatın olağanüstü bir denge ve intizam içinde yaratılmış olması gerçeğı oluşturur. Nitekim Yüce Allah *Kur'ân*'da müteaddid kereler bütün evreni bir düzen içinde yarattığından söz etmektedir. "*O, gök-kubbeyi yükseltmiş ve ona gerektiğı gibi biçim vermiştir.*"⁴⁶⁵ "*Ne güneş aya yetişebilir, ne de gece gündüzü geçebilir. Her biri bir yörüngede hareket ederler.*"⁴⁶⁶ "*Güneş ve ay (O'nun buyruğı doğrultusunda) kendileri için belirlenen yörüngelerde hareket ederler.*"⁴⁶⁷

Bu akıllara durgunluk veren düzen ve dengenin bir gereğı olmak üzere hiçbir şey boş ve amaçsız yaratılmamıştır. "*Ey Rabbimiz! Sen bunların hiçbirini anlamsız ve amaçsız yaratmadın.*"⁴⁶⁸ "*Biz göğü ve yeri ve ikisi arasındaki şeyleri hakikati inkar edenlerin sandığı*

⁴⁶³ Sirmen, *Çevre Etkileri*, 284.

⁴⁶⁴ Bkz. Sirmen, *Çevre Etkileri*, 297-300.

⁴⁶⁵ Nâziât 79/28.

⁴⁶⁶ Yâsin 36/40.

⁴⁶⁷ Rahmân 55/5.

⁴⁶⁸ Âl-i İmrân 3/191.

*gibi bir amaç ve anlamdan yoksun yaratmadık.*⁴⁶⁹ Dolayısıyla insanoğlunun bugün itibariyle mahiyetini kavrayamadığı, fonksiyonunu tespit edemediği en ufak zerrenin bile, bu kainat düzeninde bir yeri, görevi bulunmaktadır.⁴⁷⁰

Evrendeki bu olağanüstü denge ve intizamın kaynağını *Kur'ân*, Allah Teâlâ'nın gerçek anlamda tek ilah oluşuyla açıklamaktadır. *"Eger yer ile gökte Allah'tan başka ilahlar olsaydı, hem yer hem de gök fesada uğrardı."*⁴⁷¹

Genel olarak her şeyi bir ölçüyle yarattığını beyan eden Yüce Allah⁴⁷², bu bağlamda bütün bitki ve nebâtâtı oran itibariyle de dengeli yaratmış, gökten suyu bir ölçüye göre indirmiştir. *"Yeryüzünü yayıp üzerine yerinden oynatılmaz dağlar yerleştirdik ve orada miktarı ve ölçüsü belirli olan şeyler bitirdik."*⁴⁷³ *"Her şeyin hazineleri yalnız bizim yanımızdadır. Biz onu ancak belli bir ölçüyle indiririz."*⁴⁷⁴ *"Biz suyu gökten (belirlediğimiz) bir ölçüye göre indiriyor, sonra da onu yeryüzünde tutuyoruz."*⁴⁷⁵

İşte bu şekilde yaratılış itibariyle tam bir mükemmelliğe sahip olan kainat, hayatın devamı için gerekli her türlü donanımına sahip bir şekilde insanın kullanım ve istifadesine sunulmuştur.⁴⁷⁶ Bütün bunlar karşısında Yüce Allah, insanoğlundan, ölçülü hareket edip mükemmel olan bu yapıyı bozmamasını istemektedir. *"İyi bir düzene sokulmuşken yeryüzünde bozgunculuk yapmayın. Korkuyla ve umarak yalvarın O'na; çünkü Allah'ın rahmeti her zaman iyilik yapanlarla beraberdir."*⁴⁷⁷

Ancak ne yazık ki insanlar zaman zaman Allah Teâlâ'nın bu istğine uygun davranmamışlar, yeryüzünde fesad çıkarmışlardır. İnsanoğlunu bu tür davranışlardan uzak tutmak ve evrendeki düzenin korunması amacıyla insana verilen nimetleri hatırlatan *Kur'ân*⁴⁷⁸, bununla birlikte girdikleri ülkeleri ifsad eden hükümdarlardan da söz etmektedir.⁴⁷⁹ Öte yandar *Kur'ân*, münafikların belirgin özelliklerinden birinin de, işbaşına geçtiklerinde ortalığı karıştırma, ekinleri tahrip edip nesilleri bozmaya çalışma olduğunu ifade eder.⁴⁸⁰

İşte bu noktada *Kur'ân*, beşeriyetin karşı karşıya olduğu sorunların, kendi bilinçsiz ve ölçüsüz davranışlarından kaynaklandığı tespitinde bulunmaktadır. *"(Allah'ın buyruklarını umursamaz hale gelen şu) insanların kendi elleriyle yapıp-ettikleri sonucunda karada ve denizlerde düzen bozuldu. Bu şekilde Allah, belki doğru yola geri dönerler diye yaptıklarının bazı (kötü) sonuçlarını onlara tattıracaktır."*⁴⁸¹

Kur'ân'ın genel bir şekilde "fesad" kelimesiyle dile getirdiği husus **Râğıb el-İsfehânî**'nin ifadesiyle bir şeyin tabii dengesinin/şeklinin bozulmasını ifade eder.⁴⁸² Dolayısıyla her türlü nesnenin ve topyekün kainatın, yaradıldığı şekil üzere tabii halinin muhafaza edilmeyip, ihtiras ve bencillik sonucu bozulması fesaddir ve Allah Teâlâ fesadı

⁴⁶⁹ Sâd 38/27.

⁴⁷⁰ Özellikle hayvan türlerinin yok olmasıyla ilgili dikkat çekici bir uygulama ve sonuçları için bkz. Çeker, "İslâm'da Çevre Sağlığı", 77.

⁴⁷¹ Tevbe 9/128; Enbiya 21/22.

⁴⁷² Kamer 54/49.

⁴⁷³ Hicr 15/19; Şûra 42/27.

⁴⁷⁴ Hicr 15/21.

⁴⁷⁵ Mü'minûn 23/18; Zuhruf 43/11.

⁴⁷⁶ İbrahim 14/32-34; Nahl 16/12,14; Hac 22/65.

⁴⁷⁷ A'râf 7/56.

⁴⁷⁸ A'râf 7/74.

⁴⁷⁹ Neml 27/34. Ayrıca bkz. Bakara 2/11; A'râf 7/56,85; İsrâ 17/4.

⁴⁸⁰ Bakara 2/205.

⁴⁸¹ Rûm 30/41.

⁴⁸² Râğıb, *el-Müfredât*, 571.

yasaklamaktadır. Şu halde *Kur'ân*'ın verileri esas alındığında, bugün itibarıyla tüm dünyanın çözüm aradığı sorunların başında gelen çevre sorunlarının kaynağı, olağanüstü bir düzenle, her şeyin ölçülü ve dengeli yaratıldığı, fonksiyonsuz hiçbir zerreinin bulunmadığı kainat düzeni ve imkanlarının, insanoğlu tarafından bencil ve bilinçsizce kullanılması, bozulmaya çalışılması gayretidir.

Buraya kadar âyetlerden hareketle ifade etmeye çalıştığımız İslâmî hassasiyetinin, insan pratiğindeki ilk izlerine *Hz. Peygamber*'in hayatında rastlanmaktadır. Bu noktada özellikle iki hususa işaret etmek istiyoruz. *Hz. Peygamber*'in çevrenin korunmasına yönelik uygulama ve beyanları çerçevesinde yorumlayabileceğimiz hususların iki ayağı bulunmaktadır:

a) Mevcut tabii çevrenin korunmasını amaçlayan uygulamalar. Bu amaca yönelik olmak üzere *Hz. Peygamber*, *Mekke* ve *Medine* şehirleri için bir sit (harem) alanı belirlemiş, bu alan dahilinde her türlü avlanmayı, yeşilliklerin koparılmasını yasaklamıştır.⁴⁸³ Aynı şekilde savaşlarda eli silah tutmayan yaşlıların, kadınların, çocukların öldürülmesini yasakladığı gibi, ağaçların kesilmesini de yasaklamıştır.⁴⁸⁴ Bu bağlamda dikkat çeken diğer bir husus da suların kirletilmemesidir. Nitekim *Hz. Peygamber* (sav), "*Sakin ha durgun suya bevletmeyin, sonra gelir de onda yıkanırınız*" buyurmuştur.⁴⁸⁵ Aynı şekilde yol üzerlerine, su kanallarına ve ağaç diblerine (gölgeliklere) def-i hacette bulunmak, laneti gerektiren hareketler arasında sayılmıştır.⁴⁸⁶

b) Çevrenin güzelleştirilmesi ve imar edilmesine yönelik uygulamalar. Bu amaç doğrultusunda anlaşılması mümkün olan hususların başında her vesileyle ağaç dikilmesinin tavsiye edilmesi gelmektedir. Hatta *Hz. Peygamber* bu hususu o kadar özendirmiştir ki, dikilen ağacın meyvesinden yiyen her canlının, şahsın sevap kazanmasına sebep olacağı ifade edilmiştir. "*Bir müslüman ağaç diker ya da ekin eker de, ondan insan, kuş veya bir hayvan yerse, bütün bunlar onun için sadaka yerine geçer.*"⁴⁸⁷

Kişinin sağlığı başta olmak üzere sahip olduğu bütün maddî değerlerinde, tabii insan çevresi kadar doğal çevrenin de katkısı bulunmaktadır. Tabii dengenin bozulduğu bir çevrede sağlıklı hayat sürdürmek mümkün olmadığı gibi, özellikle tabii servetlerin insana ekonomik değer üretebilmesi de mümkün değildir. Fabrika atıklarının döküldüğü ırmaklardan/kanallardan sulanan tarım arazilerde, ürün dekoltesinin düşük ya da kalitesiz olduğu artık herkesin malumu hususlardandır. Dolayısıyla özel mülkiyet tasarruflarının çevreye zarar vermeyecek şekilde sınırlandırılması toplumsal bir zarurettir.

Şu halde çevre etkisi yaratan özel mülkiyet tasarruflarının hukuken sınırlandırılması İslâm'ın temel prensip ve ana gayeleri bakımından da zorunludur. Zira İslâm'ın mutlaka korunup gözetilmesini istediği hususlar arasında can ve malın korunması da bulunmaktadır. Bu noktada canın korunmasını, sırf hayatîyetin devamı açısından düşünmek doğru değildir. Binaenaleyh maddî veya manevî anlamda çevreye zarar veren her türlü mülkiyet tasarrufu hukuken sınırlandırılır. Söz gelimi sanayi atıklarının, bir faaliyetten etrafa yayılan radyoaktif maddelerin, suyu ya da toprağı kirleten tarım ilaçlarının... çevreyi kirletmesi durumunda

⁴⁸³ İlgili hadisler için bkz. Şevkânî, *Neylû't-evtâr*, V,33-35, 41-46.

⁴⁸⁴ Ağaçların kesilmesiyle ilgili hukukî görüşler ve savaş hukuku açısından yorumu için bkz. Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 140-141.

⁴⁸⁵ Buhârî, "Vudû", 68; Müslim, "Tahâre", 94-96; Ebu Dâvud, "Tahâre", 36; Nesâî, "Tahâre", 30,45; Tirmizî, "Tahâre", 51; İbn Mâce, "Tahâre", 25; Dârimî, "Vudû", 54; Ahmed, Müsned, II,259,265. لا يورث أحدكم في الماء الدائم ثم يتنسل منه

⁴⁸⁶ İbn Mâce, "Tahâre", 25.

⁴⁸⁷ Buhârî, "Hars", 1; Müslim, "Müsâkât", 7-10; Tirmizî, "Ahkâm", 40; Dârimî, "Buyû", 67; Ahmed, Müsned, III,147. ما من مسلم يفرس غرساً أو يروع ررعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو هيمة إلا كان له به صدقة

kamu yararına olmak üzere ilgili tasarruf hukuken sınırlandırılır. Hatta özel mülkiyet tasarruflarının çevreye zarar vermesi halinde, bu tür tasarrufların hukuken engellenmesi bir yana, İslâm hukukunun ana gayelerini teşkil eden ve mutlaka korunması ve her bir tasarrufta dikkate alınması gereken ve klasik literatürde "zarûziyyât" diye isimlendirilmiş bulunan "din, akıl, nefis, mal ve nesil" unsurlarına, günümüzde artan önemi sebebiyle "çevrenin muhafazası" unsurunu ilave etmenin zorunlu olduğunu söyleyenler de olmuştur.⁴⁸⁸

Yukarıda meâli verilen ve insanlığın karşı karşıya olduğu problemlerin, bizzat kendi yapıp-ettiklerinin sonucu olduğu teşhisinde bulunan *Rûm Sûres'*nin 41. âyetiyle ilgili olarak çağdaş âlimlerden **Muhammed Esed** (1992)'in yaptığı açıklamalar, bugün itibarıyla gelinen noktanın hem sebeplerini, hem de yapılması gerekenleri ortaya koymaktadır. "Böylece günümüzde korkunç bir şekilde –üstelik henüz kısmen- ortaya çıkan doğal çevremizdeki yoğun çürümeye ve tahribat, burada "insanın kendi yapıp-ettiklerinin bir sonucu" yani insanın, kendi kendini tahrip eden –çünkü katı materyalist bir temele dayanan- teknolojik gelişmelerin ve insanlığı daha önce hayal bile edemediği ekolojik felaketlerle karşı karşıya getiren çığınca faaliyetlerin bir sonucu olarak görülmüştür. Toprağın, havanın ve suyun sanayi atıkları ve şehir çöpleri yüzünden dizginlenemeyen şekilde kirlenmesi; bitki örtüsü ve denizlerin artan bir şekilde zehirlenip yok olması; yaygın uyuşturucu ve görünürde "faydalı" ilaç kullanımı sebebiyle insanın kendi bedeninde ortaya çıkan her türlü genetik bozukluklar ve insanlara yararlı bir çok hayvan türünün giderek yok olması. Bütün bunlara, insanın sosyal hayatındaki hızlı bozulmayı ve çürümeyi, cinsel sapıklıkları, suçları ve şiddeti ve son aşamada nükleer dehşeti ilave edebiliriz. Bunların tümü, son tahlilde, insanın Allah'a ve mutlak mânevî/ahlâkî değerlere karşı umursamazlığının ve bunun yerine "maddî ilerleme"yi tek önemli hedef sayan inançlara tutsaklığının bir sonucudur."⁴⁸⁹

H. SOSYAL ŞARTLARA BAĞLI OLARAK DEVLETİN KOYDUĞU GEÇİCİ SINIRLAMALAR

İslâm hukukçuları mülkiyet hakkının esasen mübâh bir hak olduğu görüşündedirler.⁴⁹⁰ Mübâh olan hususlarda idarenin sınırlama yetkisi hususunda, bunun helali haram kılma anlamına geldiği gerekçesiyle karşı çıkanlar olmakla birlikte⁴⁹¹, *çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçularına göre, adâlet ve maslahat esaslarına uygun olmak şartıyla siyasî erk, mübâh alanlarda düzenleme yapabilir, sınırlamada bulunabilir.* Zira idarenin bu tür faaliyetleri, helali haram kılma ya da haramı helale dönüştürme anlamında olmayıp, belirli bir mübâhin işlenmesi halinde bunun, müslümanların zararına sonuç doğuracağı öngörüsüyle söz konusu mübâhin yasaklanması/sınırlandırılmasından ibarettir.⁴⁹² Başka bir deyişle bu durum, ictihâdî faaliyetin mümkün olduğu bir alanda, müslümanların maslahatı düşünülerek yapılmış bir ictihaddan ibarettir. Dolayısıyla açık nas bulunmayan ictihada açık hususlarda, devlet başkanının bir mübâhin yapılmasını emretmesi ya da yasaklaması halinde, toplumun buna riayeti zorunludur. Şu halde siyasî erk, kamu maslahatı mülâhazasıyla mübâh bir yetki olan mülkiyet hakkında tasarrufla ilgili çeşitli sınırlamalarda bulunma yetkisine sahiptir.

⁴⁸⁸ Bkz. Kallek, "Hilafet ve İktisat", 112.

⁴⁸⁹ Esed, *Kur'ân Mesajı*, II,828-829.

⁴⁹⁰ Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,261; Ebu Sünne, "Tahdîdü'l-milkiyye fi'l-İslâm", 361; Zeydan, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 82.

⁴⁹¹ Bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,261-262; Zeydan, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 83.

⁴⁹² Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,262; Dirîni, *el-Hak*, 111.

Bu meseleyle ilgili olarak çağdaş İslâm hukukçularından **Ebu Sünne**, mülkiyet hakkının "*mübâh*" bir hüküm olduğunu ve *ilke olarak, mübâh hükümlerin icrasının elde edilecek maslahattan daha büyük bir mafsedete sebep olması durumunda harama dönüştüğünü* belirtir.⁴⁹³ Nitekim kavâid kitaplarında bu husus, "*mübâh fiiller, başkasına zarar vermeme şartıyla geçerlidir*" şeklinde formüle edilmiştir.⁴⁹⁴

Bu noktada özel mülkiyet tasarruflarından kamunun zarar görmemesini temin amacıyla, şehir planlaması ve şehir mimarisi açısından idarenin düzenleme yetkisi ve bunun bağlayıcılığı üzerinde duran Şâfiî hukukçu **Nevevî** (676/1277), merkezî idarenin ve yerel meclislerin belirli maslahatlara dayalı olarak belirlediği imar-iskan planlarına uymanın hukukî bir zorunluluk olduğunu belirttikten sonra, meseleyi kendi döneminde (hicrî VII. asrın ikinci yarısı, *Şam*) cari uygulamaya dayalı olarak ele almakta ve şunları söylemektedir. Umumî yola bakan kısımda açılan çıkıntı ya da balkonların caddenin genişliği ile uyumlu olması, imar-iskan planı gereği zorunludur. Şayet cadde geniş veya balkon ya da çatı penceresinin açılacağı kısım büyük bir meydan ise, bu durumda ev sahipleri resmi makamdan izin alındığını gösterir mühürlü bir belge ibraz etmek şartıyla çıkıntıyı bir buçuk metre uzatabilirler. Fakat cadde ya da sokak dar ise, çıkıntı uzunluğu daha kısa olmak durumundadır. **Nevevî** bu gibi düzenleme ve sınırlamaların amacını ise, cadde ve sokaklarda insanların ihtiyaçlarını hiçbir sıkıntıyla karşılaşmadan kolayca görebilmeleri ve ulaşmalarını rahatlıkla sağlayabilmeleri şeklinde açıklamaktadır.⁴⁹⁵

Şu halde İslâm hukuku prensip itibarıyla idarenin, siyasî-sosyal şartlara bağlı olarak özel mülkiyete geçici sınırlamalar getirme yetkisini kabul etmektedir. Ancak her konuda olduğu gibi bu konuda da idarenin söz konusu yetkisi mutlak değildir. İdarenin herhangi bir düzenleme ve sınırlamasının şer'an muteber ve riayeti zorunlu sayılabilmesi için;

- Sınırlama temelde ictihadî bir faaliyet olduğundan, sınırlamanın ictihad ehliyetine sahip şahıslardan/makamdan sadır olması,
- Sınırlamanın herhangi bir nassa ve İslâm'ın genel-külfî prensiplerine aykırılık arz etmemesi,
- Kamu yararına ve bu yararı gerçekleştirecek özellik ve ölçüde olması zorunludur.

Bu hususları kamu yararının tahakkuku, adâletin ikamesi, zararın önlenip sıkıntının bertaraf edilmesi şeklinde ifade etmek de mümkündür.⁴⁹⁶

İdarenin mülkiyetle ilgili düzenleme ve sınırlama yetkisinin temel çerçevesini bu şartlar oluşturmakla birlikte, bunlar temel esasları teşkil eder. Bu genel ilkeler doğrultusunda herbir somut olayda devlet müdahalesi ve sınırlamanın çerçevesi ise, zaman ve şartlara göre belirlenir.⁴⁹⁷

İdarenin iktisadî sahada sosyal şartlara bağlı olarak düzenleme/sınırlama yetkisinin bulunması, aynı zamanda sosyal gerçeklik gereğidir yani realiteye uygundur. Zira iktisadî alanda, tabii afetler, savaş gibi durumlar yanında; ülkenin kendi iç dengeleri ve genel dünya ölçeğindeki gelişmelere bağlı olarak önceden tahmin edilemeyen gelişmelerin, krizlerin yaşanması her an için mümkündür. Esasen tarihî tecrübe de bunu doğrulamaktadır. Dolayısıyla beklenmedik iktisadî gelişmeler karşısında siyasî erkin, müslüman toplumun

⁴⁹³ Ebu Sünne, "*Tahdîdül-milkiyye fi'l-İslâm*", 361.

⁴⁹⁴ Kırkağâcî, *el-Kavâid*, 20.

⁴⁹⁵ Nevevî, *el-Mecmû'*, XIII,397. Bu husus için ayrıca bkz. Mübârek, *el-İktisâd*, 42.

⁴⁹⁶ Bkz. Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,255.

⁴⁹⁷ Bkz. Arabî, *el-İktisâd*, 159.

maslahatına olmak üzere takdir yetkisi olmalıdır ki, bu tür sıkıntılar toplumun daha geniş kesimlerine yayılarak dayanışma içinde ve mümkün olan en kısa sürede atlatılabilsin.

Nitekim bu halin, ilk müslüman neslin hayatında örneklerine rastlamaktayız. Bir kurban bayramı sırasında *Medine*'ye dışardan çok sayıda muhtaç insan gelmesi üzerine *Hz. Peygamber* (sav) müslümanlardan, kurban etlerinin üç günden fazla saklanmamasını istemiştir. Daha sonra söz konusu topluluğun *Medine*'den ayrılmalarıyla birlikte geçici olan bu sıkıntı ortadan kalkınca *Allah Rasûlü* şöyle buyurmuştur: "*Kurban etlerini üç günden fazla saklamamanızı karşı karşıya kaldığımız bir sıkıntıdan dolayı istemiştım. Dolayısıyla artık etlerinizi istediğiniz süre içerisinde yiyebilir, saklayabilir, tasadduk ebebilirsiniz.*"⁴⁹⁸

Daha önce de işaret edildiği gibi idarenin bu tür sınırlamaları kalıcı değil, sınırlamaya gerekçe teşkil eden sebebin varlığına bağlı olarak geçicidir. Nitekim ertesi sene ashabin kurban etleri konusuna yine aynı şekilde mi hareket edeceklerini sormaları üzerine *Hz. Peygamber* (sav): "*Hayır! O öyle bir seneydi ki, insanlar sıkıntı içindeydi. Bunun üzerine ben de, bu insanların kurban etlerinden nasiblenmelerini arzulamıştım*" buyurmuştur.⁴⁹⁹

Daha sonra Râşid Halifeler döneminde *Hz. Peygamber*'in bu uygulaması ve beyanından hareketle **Hz. Ömer** (ra), "*Bugün de insanlar benzer sıkıntılarla karşılaşsalar, ben de her evde aynı uygulamanın yapılmasını isterdim. Zira insanlar açlık yüzünden helâk olamazlar/olmamalıdır*"⁵⁰⁰ demek suretiyle, *Allah Rasûlü*'nün bahse konu uygulamasının, zatiyla sınırlı olmayıp bütün müslüman idarecilerin aynı yetkiye sahip bulunduğunu beyan etmiştir.

Nitekim **Hz. Ömer**'in bu beyanı doğrultusunda uygulamada bulunduğunu da görmekteyiz. Bir ara *Medine*'de et kıtlığının yaşanması ve tüm nüfusun zarurî ihtiyacını karşılayacak kadar etin bulunmaması üzerine **Hz. Ömer** (ra), haftada peşpeşe iki gün et yenilmesini yasaklamıştır. Çünkü haftanın bütün günlerinde halkın hepsine et kâfi gelmiyordu. Bu hususta **Hz. Ömer** yasağın toplum tarafından tam olarak uygulanmasını da titizlikle denetlemiştir. Nitekim *Medine*'nin tek kasabı olan **Zübeyr b. Avvâm**'ın *Bakî'* yanındaki mezbahasına uğrar, eğer yasağa uymayan birisini görürse onu sopayla cezalandırır ve şöyle derdi: "*Karnını iki gün tutamadın mı?*"⁵⁰¹

Hz. Peygamber'in yukarıda arz edilen uygulama ve beyanı, İslâm'da siyasî otoritenin toplumsal gelişmelere (konjunktür) bağlı olarak ve kamu yararına olmak üzere, özel mülkte tasarruf yetkisine çeşitli sınırlamalar getirme hususunda yetkili olduğunu göstermektedir. Ancak bu tür sınırlamalar geçici sebeplere bağlı olduğu için, meşruiyeti sebebin varlığına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle sınırlama gerekçesi ortadan kalkınca, sınırlama da sona erer.⁵⁰²

Mülkiyet hakkı ve buna dayalı yetkilerin kullanımında iktisadî, siyasî, sosyal şartların dikkate alınması ve hakkın özüne dokunmayıp kamu yararını sağlayacak ölçüde olmak şartıyla idarenin sınırlama yetkisine sahip olması prensibi, İslâm hukukunda özel mülkiyet sınırlamalarının, özellikle de kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların, statiklikten uzak oldukça dinamik bir yapı arz ettiğinin de bir göstergesi durumundadır. Dolayısıyla bir taraftan ülke içi gelişmeler, diğer taraftan da genel dünya dengeleri dikkate alınmak suretiyle, ilgili ehil şahısların görüşü doğrultusunda hukuken bağlayıcı tarzda bir takım mülkiyet

⁴⁹⁸ Buhârî, "Hudûd", 31; Müslim, "Cihad", 49; "Edâhî", 24-37; Ebu Dâvud, "Edâhî", 1; "İmâre", 19; Nesâî, "Dahâyâ", 37; Muvatta', "Dahâyâ", 7; Ahmed, Müsned, I,56; II,51. إنما غنيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا.

⁴⁹⁹ Müslim, "Edâhî", 34.

⁵⁰⁰ Kâsânî, *el-Bedâi'*, IV, 36. Krş. Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,264.

⁵⁰¹ Karadâvî, *İslâm Hukuku*, 60-61; Ali Hafif, "*el-Milkiyyetü'l-ferdiyye*", V,478-479; Zeydan, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 83.

⁵⁰² Krş. Zeydan, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*, 86.

sınırlamalarında bulunmak her zaman için mümkün olmaktadır. Bu hususta günümüz şartları göz önünde bulundurulduğunda, riyeti zorunlu şartların belki de en önemlisi, herbir somut sınırlamanın doğurabileceği sonuçların iyi hesap edilmesidir. Bu noktada meşruyet açısından, bireyin özel mülkündeki tasarruflarında, tasarrufun doğurduğu sonuçlar ile, idarenin tasarruflarının doğurduğu sonuçlar arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.

Yalnızca mülkiyetle ilgili hususlarla sınırlı olmayıp, genel anlamda idarenin her türlü tasarrufunu kapsayacak şekilde İslâm hukukçuları bütün bu hususları, "*İdarenin her türlü eylem ve tasarrufu maslahata dayalı olmak zorundadır*"⁵⁰³ şeklinde formüle etmişlerdir.

Bu bölümü, günümüz İslâm hukukçularından **Abdülkerim Zeydân**'ın, konunun ana fikrini ve hukukî hükümlerin uygulanabilirlik şartını da kapsayan ifadeleriyle bitirmek istiyoruz.⁵⁰⁴

"Aslında İslâm hukukunda aslolan, özel mülkiyetin kamu yararına sınırlamalarına devletin müdahil olmaması ve bireylerin bunu gönüllü olarak yerine getirmesidir. Zira İslâm'da birey, Allah katında her türlü tasarrufundan kişisel olarak sorumludur. Bundan dolayı da İslâm'ın kendisine tanıdığı hakları kullanma ve tasarruf hususunda tam yetkili kılınmıştır. Çünkü ferdi sorumluluk esastır ve sorumluluk hürriyeti de gerektirmektedir.

Ne var ki dünya ve ahiret hayatının birbiriyle uyumlu olması ve kulluk imtihanında insanlara yardımcı olma bakımından Allah Teâlâ, topluma ve onu temsilen siyasi otoriteye, bireyin tasarruflarını kontrol izni vermiştir. İşte bunlardan birisi de mülkiyet hakkı ve bu hakda tasarruf yetkisinin kullanımudur. Dolayısıyla idare, topluma zarar veren ya da kamunun meşru maslahatını ihlal eden hususlarda kişinin tasarruflarına müdahale eder.

Şu halde bireysel hakların kullanımı ve tasarrufunda kamu maslahatını gözetme hususunda prensip, fertlerin bunu Allah'a kulluk çerçevesinde gönüllü olarak yerine getirmesidir. Bu noktada kişilerin ihmalde bulunması durumunda, kamu maslahatını koruyup toplumdan zararı bertaraf etmek üzere idarenin müdahalesi/zorlaması ise istisnadır.

Diğer yandan, madem ki bireysel hakların kullanımında kamu yararının gözetilmesi meselesinde ferdi sorumluluk esas, o halde kişilerin, Allah katındaki sorumluluk gereği, haklarını kullanırken kamu maslahatını dikkate almalarını sağlayacak şekilde imanî ve ahlâkî açıdan takviye edilmeleri zorunludur. Zira kamu yararını gözetme hususunda devletin mutlak yetkili olup her türlü müdahale hakkının bulunduğu kabul edilse dahi, bu amacın tahakkuk edebilmesi için vicdanlarda dinî duygunun güçlendirilmesinden asla müstağni kalınamaz. Çünkü ferdin tasarruflarının bir kısmı pasif yani yapmama şeklindedir. Serveti depolama (kenz), kamunun istifade edeceği şekilde nemalandırmama gibi. İşte bu tür hallere, en azından kişinin gizli olan mallarında devletin vakif olması mümkün değildir. Hatta bu durumun aleni olan tasarruflarda dahi tespitine imkan yoktur. Zira bazen zarar kastının somut yansımaları bulunmayabilir, hileli yollarla kamu yararının ihlal edildiği gizlenebilir.

Bütün bunlar, *İslâm'da siyasi otoritenin aslı görevinin, planlı, programlı ve kapsamlı bir şekilde din eğitiminin yaygınlaştırılması ve dinî duygunun geliştirilmesi olduğunu göstermektedir.* Zira kişisel hak ve hürriyetlerin kullanımında, kamu yararını sağlayacak en önemli ve en tesirli güvence budur. Elbette bu durum, bu alanda devlet denetiminin hiç olmayacağı anlamına gelmez. Hukukî murakabeye ihtiyaç sürekli vardır. Çünkü Allah bireylerin, "*Kur'ân hükümleri doğrultusunda gönüllü olarak yerine getirmedikleri görevlerini, hukuk gücüyle ifa ettirir.*"

⁵⁰³ Kırkağâcî, *el-Kavâid*, 30.

⁵⁰⁴ Zeydân, *el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyeti'l-ferdiyye*, 36-38.

SONUÇ

"İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalar" konusuna tahsis edilen bu çalışma neticesinde başlıca şu hususlar tespit edilmiş bulunmaktadır:

1. İslâm'da mülkiyet sisteminin esasını özel mülkiyet teşkil etmektedir. Bireylere mülkiyet hakkı tanınması, fitrat gereği olmanın yanında, âyet ve hadislerin açık beyanlarıyla sabit müsellem hususlardandır. Nitekim İslâm hukukçularının gündeminde hiçbir zaman özel mülkiyetin meşruiyeti tartışması olmamıştır.

2. İslâm hukukuna kaynaklık teşkil eden temel metinlerde (*Kur'ân ve Sünnet*) ve bunlardan hareketle oluşmuş İslâm hukuk doktrininde mülkiyet, sırf ekonomik-hukukî bir mesele olarak görülmemiş, tevhid inancı etrafında çok yönlü bir konu olarak ele alınmıştır. Bu noktada mülkiyetin ilâhî bir istihlâf ve rabbânî bir bağış olduğundan söz eden naslar, mülkiyet hükümleri ile İslâmî inanç esasları arasında kuvvetli bir bağ oluşturmaktadır. Dolayısıyla İslâm'ın mülkiyet konusuna yaklaşımı, dinî-ahlâkî tavsiye ve yönlendirmeler temelinde hukukî düzenlemelere dayanmaktadır.

3. İslâmî düşünce geleneğinin özünü teşkil eden tevhid inancıyla, varlık-bilgi-değer sistemleri arasındaki bağıllık ve tutarlılık gereği mülkiyet hakkı da dahil bütün haklar, kaynağını, Şâri'in, insana bu hakları tanımasından alır. Bu noktada bireye mülkiyet hakkı tanıyan Şâri', daha baştan itibaren mülkiyeti kazanım ve tasarruf usul, sınır ve gayesiyle birlikte sınırlandırılmış bir hak olarak tanımıştır. Bu anlamda mülkiyet hakkı, verildiği kadar var olan bir haktır. Bu anlayışın tabii sonucu olarak İslâm hukuk felsefesinde, hakkın belli bir gaye ve hikmete bağlı olarak Allah tarafından kullara lutfedildiği ve bağışlandığı, haklarda aslolanın serbestiyet değil bu anlamda bir kayıtlılık ve sınırlılık olduğu fikri hakim olmuştur. Diğer bir ifadeyle bu görüş, hakkın esasında gaye değil meşrû bir gayeyi gerçekleştirmede vasita konumunda bulunduğu ve ancak şâriin yönlendirdiği amaçlar çerçevesinde kullanılmasının doğru olacağı anlamına gelmektedir. Bu noktada İlâhî irâdeye bağıllık ve şâriin gözettiği amaçla kayıtlılık açısından fert ve toplum hakları arasında da bir fark gözetilmez. Hakkın menşei ile ilgili bu bakış açısı, aynı zamanda ferdî ve ictimâî hak ve sorumluluklarla temel hak ve hürriyetlerin meşrûiyet zemin ve çerçevesini de belirler.

4. İslâm hukukunda birey her türlü söz ve fiilinden şahsen sorumludur. Hakka dayanmayan yetkiden ve yetkisiz sorumluluktan söz edilemeyeceğinden, kişi, mülkünde hukuk tarafından belirlenen çerçevede dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Esasen mülkiyetin bir aidiyet olduğunun ifade edilmesi de, onun bu yönüne vurgu yapmaktan başka bir şey değildir.

5. Hakların menşei konusunda belirtilen temel esas ve insanın toplumsal bir hayat sürdürmesi gerçeği karşısında mutlak hak fikrinden söz etmek mümkün değildir. Zira bireyin içinde yaşadığı topluma karşı da sorumlulukları vardır ki, hukuk fikri de, toplumsal hayat sürdüren bireylerin çatışan menfaatlerinin âdil bir şekilde dengelenmesi ihtiyacının ürünüdür. Bunun gereği olarak da her kanun normu, kanun koyucunun çatışan menfaatlere biçtiği kıymetin bir ifadesidir. Kaldı ki hukukun amacı da menfaatler arasında bir muvazene kurmak ve adaleti sağlamaktır. Şu halde şayet hukuk, herhangi bir hürriyeti sınırlandırmış ise, orada mutlaka başka bir hürriyetin korunması ya da fert veya toplumdan bir zararın bertaraf edilmesi vardır. Bu aynı zamanda başka şahısların haklarının da hukukî güvenceye sahip olması prensibinin de gereğidir. Gerek hukuk ilminin, gerek hukuk nizamının gayesi de, ferdin serbest faaliyetinin hudutlarını çizmek ve çerçevesini belirlemektir.

6. İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalarla, bir yandan bizzat bireyin kendi maslahatı, diğer yandan da öteki şahısların ve kamunun maslahatı sağlanmaya ve korunmaya çalışılmıştır. Bu noktada temel amaç, bireyin tasarruflarının sınırlandırılmasından ziyade, olabildiğince zararın bertaraf edilmesidir. Dolayısıyla zarara yol açmamak kaydıyla malik, dilediği gibi tasarrufta bulunabilmektedir. Bu düşüncenin bir gereği olarak mülkünde tasarrufta bulunan şahıs, söz konusu tasarrufun zarara yol açmamasını sağlamak üzere, mülkiyetin konumu ve tasarrufun özelliği ile uyumlu önlemleri aldığı taktirde, herhangi bir şekilde hukukî sınırlamadan söz edilemez. Dolayısıyla İslâm hukukunun özel mülkiyetle ilgili düzenlemelerinde tasarruf serbestisi ile zararın giderilmesi aynı anda sağlanmaya ve bir denge kurulmaya çalışılır.

7. Bireyin mülkünde tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilmesi için, mahiyet itibariyle hukuken izalesi zorunlu fiilî bir zararın olması şarttır. Sırf mücerred tahmin ve iddialara dayanarak kişi mülkünde tasarruftan alıkonamaz. Ancak konumu ve özelliği gereği herhangi bir mülkiyet tasarrufunun zarara yol açacağı, yaşanan benzer tecrübelerden hareketle biliniyorsa, bu tür tasarruflara hukuken müdahale edilir. Kaldı ki bu, hem tasarruf sahibi ve bundan zarar görme konumunda olan şahıslar, hem de tüm toplum açısından maslahat gereğidir. Ayrıca böyle bir uygulama hukukî olduğu kadar, iktisadî ve sosyal faydalar da sağlayacaktır.

8. Herhangi bir özel mülkiyet tasarrufunun, diğer fertler bakımından zarara sebebiyet vermesi halinde, sorun bir denge sorunudur ve prensip itibariyle eşit derecede iki şahsî menfaatin çatışması durumunda, zilyed ve mülk ciheti tercih edilir. Bu hal dışındaki durumlarda ise, kendi mülkünde tasarrufta bulunan şahıs ile, bu tasarruftan zarar gören şahısların, tasarruf serbestisi ya da sınırlılık prensibinin uygulanması halinde mahrum kalacakları maslahat ya da maruz kalacakları zararın önemi ve büyüklüğü dikkate alınarak bir tercihte bulunulacaktır. Bu noktada tasarrufun zarara yol açıp açmadığı ve şayet ortada bir zarar varsa, bunun hoşgörüyü karşılama gereken yani katlanılabilir nitelikte olup olmadığının tespiti gibi hususlarda yerel örfün hakemliğine müracaat edilir. Dolayısıyla zarar hususunda kriter yerel örfür.

9. İslâm hukuku hakkın kötüye kullanılmasına müsaade etmemektedir. Bu hususta İslâm hukukunda kötü niyet her ne kadar himaye görmüyorsa da, mülkiyet hakkının kullanımından üçüncü şahısların ve özellikle komşuların zarar görmesi durumunda bu hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirleyen ölçü, bireyin tasarrufta bulunduğu esnadaki niyeti değil, bu tasarrufun doğurduğu maddi sonuçtur (objektif ölçü). Böylece mülkünde tasarrufta bulunan kişinin iyi niyetli veya kötü niyetli olup olmadığına bakılmaksızın bu hakkın kullanımının hakkaniyet ilkesine göre dengesiz ve örfen katlanılamaz sayılacak ölçüde bir zarara yol açıp açmadığı esas alınarak mülkiyet hakkının kullanımı daha objektif ve uygulanabilir bir esasa oturtulmuş olmaktadır. Bununla birlikte malikin zarar kastı taşıdığına, bir takım karînelere anlaşılması halinde, bu durum hakkın kötüye kullanıldığının bir göstergesi kabul edilir ve tasarrufu hukuken sınırlandırılır.

10. İslâm hukuku özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılması hususunda bireysel iradeye önemli bir yer vermekte, bu bağlamda serbest iradeyle oluşan hukukî işlemin yapısından, başka bir şahsın aynî hakkının taalluk etmesinden ya da hukukî işlemlerin kuruluşu esnasında belirlenen şartlarla özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı hallere rastlanmaktadır. Ancak bireysel irade bir sınırlama gerekçesi kabul edilmekle birlikte, bu yetkinin amacı dışında kullanılmasına da izin verilmemektedir.

11. Özel mülkiyete fert yararına getirilen kanunî sınırlamalarda, bir taraftan maliklerin, diğer taraftan da onlarla ilişkide bulunan şahısların zarar görmemesi hedeflenmiştir. Dolayısıyla mülkiyet sınırlamaları sırf malik dışındaki şahıslar ya da kamu

maslahatı açısından ele alınmamış, aynı zamanda bizzat malikin maslahatı gereği de bazı sınırlamalar söz konusu edilmiştir. Nitekim malda tasarruf hususunda yeterli akli olgunluğa ve tecrübe birikimine sahip olmayanların tasarrufları, kendi menfaatleri gereği kanunen sınırlandırılmıştır. Malikin tasarruflarından üçüncü şahısların olumsuz etkilenmesinin söz konusu olduğu durumlarda ise, bu şahısların maslahatı gereği kanunî sınırlama yoluna gidilmiştir. Bu noktada hakkın kötüye kullanılmaması ve aile bireyleri arasında ayırimcılığa fırsat vermeme amacıyla bazı kanunî sınırlamalar da söz konusu edilmiştir.

12. Kamu yararı düşüncesiyle özel mülkiyete getirilen sınırlamalarda ise, öncelikle ve mümkün olduğunca fert ve kamu yararı aynı anda sağlanmaya çalışılmakla birlikte, bu mümkün olmazsa; *"kişisel yarar ile kamu yararı çatışırsa, öncelik kamu yararının sağlanmasına verilir"*, *"genel zararı gidermek için özel zarara katlanılır"*, *"daha büyük ve kalıcı zararları gidermek için, gerekirse daha küçük ve geçici zararlar irtikab edilir"* gibi ilkeler gereği kamu yararı tarafı tercih edilir. Zira bireysel hak ve hürriyetler, ancak toplumsal hak ve hürriyetlerle kesiştiği asgarî müştereklere riâyet etmek kaydıyla kullanılabilir.

13. Özel mülkiyet tasarrufları karşısında kamu yararının korunabilmesi için, yeni iskan ve sanayi alanlarının oluşturulması, kısa ve uzun vadeli imar-iskan planlarının hazırlanması, şehirlerin tabii doğal dokusunun, mimarî-estetik özelliklerinin, tarihî mekanların ve tabii doğal çevrenin muhafazası açısından gerekli idarî-hukukî düzenlemelerin vaktinde yapılması yanında, özellikle uygulamanın tam bir tarafsızlık ve titizlikle takip edilmesi gerekmektedir. Bununun yanında müslüman toplumun sorumluluğunu üstlenen idarecilerin, servetin bir zulüm aracı haline dönüşmemesi ve servet sahipleri tarafından toplumun sömürülmemesi hususunda son derece hassas olmaları gerekmektedir. Bu noktada globalleşen dünyada büyük çaplı ve dış ticarete yönelik iktisadî tedbir ve sınırlamaların, çok yönlü bir çalışmayı gerektirdiği ve uygulamanın doğuracağı sonuçların iyi hesap edilmesi gerektiği ortadadır. Ancak bu konuda gerek iç piyasa dengeleri, gerek uluslararası ticarî ilişkiler bakımından müslüman birey ve idarecilerin, her bir söz ve eylemleri karşısında Allah katında şahsen sorumlu olacaklarını unutmamaları gerekmektedir.

14. Kamu yararına sınırlamalar noktasında, İslâm'ın genel amaç ve ilkelerine ve mülkiyetle ilgili temel prensiplere aykırı olmamak şartıyla siyasî erk, değişen zaman ve şartlara bağlı olarak bir takım geçici sınırlamalarda bulunma yetkisine sahiptir. Ancak bu noktada sınırlamada bulunulurken adâletin sağlanması ve sınırlamayla beklenen amaçların gerçekleştirilmesi açısından, her bir somut olayla ilgili yetkin şahısların görüşlerinin alınması zaruridir. Fakat bütün bunlardan da önemlisi şahısların mülkiyetle ilgili sorumluluklarını eksiksiz yerine getirmesi ve fert ve kamunun zarar görmesine yol açacak eylemlerden kaçınmalarını sağlama bakımından, bireylerin kişisel sorumluluk bilinçlerinin güçlendirilmesi ve bu bağlamda dinî-ahlâkî motiflerin ön plana çıkarılması yani din eğitime ağırlık verilmesi, idarenin yapması gereken işlerin başında gelmektedir. Zira bu husus, idarî-hukukî düzenlemelerden beklenen neticelerin elde edilebilmesinin ön şartıdır.

15. İslâm hukukunda özel mülkiyete getirilen sınırlamalar, özellikle miktar ve süre itibarıyla zaruret hükümlerine tabidir. Her şeyden önce sınırlamaların hakkın özüne dokunmaması yani mülkten istifadeyi imkansız kılan ya da oldukça zorlaştıran nitelikte olmaması gerekmektedir. Bu ilke doğrultusunda sınırlamaya sebep teşkil edecek durumun objektif kriterlerle ve hassasiyetle tespit edilmesi, daha sonra da sınırlama çerçevesinin zararı giderecek ölçüde tutulması zorunludur. Dolayısıyla özel mülkiyetle ilgili hukukî sınırlamalar, sınırlama gerekçesinin ortadan kalkması, sınırlamayla gerçekleştirilmek istenen amacın tahakkuk etmesi, sınırlamanın amacı gerçekleştirilemez hale gelmesi gibi durumlarda son bulur.

BİBLİYOGRAFYA*

- Abbâdî, Abdüsselâm Davûd, *el-Milkiyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye, tabîatuhâ ve vazîfetuhâ ve kuyûduhâ*, Amman 1974, I-III, (*el-Milkiyye*).
- *"el-Hukûk fi'l-İslâm"*, (el-Hukûk fi'l-İslâm içinde), Amman 1994, I-II, (I,181-233).
- Abdilber, Muhammed Zeki, *Ahkâmu'l-muâmelâti'l-mâliyye fi'l-mezhebi'l-Hanbelî, arz menhecî*, Doha 1986, (*Ahkâmu'l-muâmelât*).
- *"Lâ darara ve lâ dirâra fi'l-İslâm ve isâetü isti'mâli'l-hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî"*, Mecelletü'l-kânûn ve'l-iktisâd, Matbaatü Âbir, sy: 55, yy., 1986, (*Lâ darara*).
- Abdülbâkî, Muhammed Fuâd (1968), *el-Mu'cemu'l-müfehres li elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm*, ikinci baskı, Kahire 1408/1998.
- Abdürrezzâk, Ebu Bekir (211/826); *el-Musannef*, thk: Habîburrahmân el-A'zamî, üçüncü baskı, Beyrut 1403/1983, I-XI.
- Âbidî, Muhammed el-Alevî, *el-Emvâl fi'l-Fikhi'l-Mâlikî*, Kuzey Afrika 1991, (*el-Emvâl*).
- Ahmed b. Hanbel (241/855), *el-Müsned*, İstanbul 1981, I-VI.
- Ahmed b. Yahyâ el-Murtazâ (840/1436), *Kitâbu'l-ezhâr fi Fikhi'l-eimmeti'l-ethâr*, Beyrut 1405/1985 (es-Seylü'l-cerrâr ile birlikte), (*Kitâbu'l-ezhâr*).
- Ahmed İbrahim Bey (1364/1945), *et-Terike ve'l-hukûku'l-müteallika bihâ; el-mevâris, el-vasıyye, tasarrufâtü'l-merîd marada'l-mevt*, Kahire 1407/1987, (*et-Terike*).
- *"el-Hak ve re'yu Fukahâi's-Şerîati'l-İslâmiyye min haysü itlâkihî ve takyîdihî"*, Mecelletü'l-kânûn ve'l-iktisâd, VI/3, Kahire 1355/1936, (s.403-408), (*el-Hak*).
- Ali Abdülkadir, *"Land Property and Land Tenure in İslâm"*, Islamic Quarterly, c.5, sy. 1-2, London 1959, (*Land Property*).
- Ali Cum'a Muhammed, *el-Mekâyil ve'l-mevâzîn eş-Şer'iyye*, Kahire 1998.
- Ali el-Hafîf, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, üçüncü baskı, Kahire, tsz., (*Ahkâmu'l-muâmelât*).
- *ed-Damân fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Ma'hedü'l-buhûs ve'd-dirâsâti'l-Arabiyye, yy., 1971, (*ed-Damân*).
- *el-Milkiyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1990, (*el-Milkiyye*).
- *eş-Şerikât fi'l-Fikhi'l-İslâmî, buhûs mukârene*, Ma'hedü'd-dirâsâti'l-Arabiyye el-âlemiyye, yy., tsz., (*eş-Şerikât*).
- *"el-Milkiyyetu'l-ferdiyye ve tahdîduhâ fi'l-İslâm"*, Mecelletü'l-Ezher, c:36, sy:1-4, Kahire 1964, (*el-Milkiyyetu'l-ferdiyye*).
- *"el-Milkiyyetu'l-ferdiyye ve tahdîduhâ fi'l-İslâm"*, et-Tevcîhu't-teşrîfî fi'l-İslâm min buhûs mü'temerâti Mecmai'l-Buhûsi'l-İslâmiyye, c. 1, Kahire 1391/1971.
- Ali Haydar Efendi (1936), *Düraru'l-hukkâm şerh Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul 1330, I-IV, (*Düraru'l-hukkâm*).
- Ali el-Kârî, Nûruddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Sultân Muhammed (1014/1605), *Fethu bâbi'l-Inâye bi şerhi'n-Nukâye*, tah: Muhammed Nezzâr Temîm-Heysem Nezzâr Temîm, Beyrut 1418/1997, I-III, (*Fethu bâbi'l-Inâye*).
- *el-Masnû' fi ma'rifeti'l-Hadîsi'l-Mevzû'*, thk.-ta'lîk: Abdülfettâh Ebu Gudde, beşinci baskı, Haleb 1994.

* Şahıs isimlerinin yazımında izafetler dikkate alınmamıştır.

- Akgündüz, Ahmet, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Ankara 1988, (Vakıf).
- Akın, İlhan F., *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul 1964.
- Akipek, G.Jale, *Gayrimenkul Mâlikinin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri*, İstanbul 1955.
- Akman, Galip Sermet, *Taşkın İnşaat*, İstanbul 1982.
- Aktan, Hamza, *İslâm'da Madenlerin Hukukî Statüsü*, Erzurum 1986.
- *"İhyâ"*, DİA, İstanbul 2000, (XXII,7-9).
- Âlim, Yusuf Hamid (1977), *el-Mekâsîdül-âmmе li's-Şerâti'l-İslâmiyye*, ikinci baskı, Herndon 1415/1994, (Mekâsîd âmmе).
- Âmir, Abdülaziz, *Dürûs fi hakkı'l-milkiyye*, Dârû'n-nehdati'l-Arabiyye, Kahire, tsz.
- Amoretti, Biancamaria Scarica, *"Some observations on the evolution of the concept of private property in the Muslim world: Methodological notes"*, Annalı, c.34, sy.3, Napoli 1974, (Methodological notes).
- Apaydın, H.Yunus, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1989, (Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü).
- *"Fesad"*, DİA, İstanbul 1995, (XII,417-421).
- *"İbn Kayyim el-Cevziyye"*, DİA, İstanbul 1999, (XX,109-123).
- *"Narh"*, İslâm'da İnanç İbâdet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, İstanbul 1997, (III,447-449).
- *"Kâr Haddi"*, İslâm'da İnanç İbâdet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, İstanbul 1997, (II,533-534).
- Arabî, Muhammed Abdullah, *Muhâdarât fi'l-iktisâdi'l-İslâmî ve siyâseti'l-hukm fi'l-İslâm*, Matbaatü's-şarki'l-Arabî, Kahire, tsz., (Muhâdarât).
- *"el-Milkiyyetu'l-hâssa ve hudûduhâ fi'l-İslâm"*, et-Tevcîhu't-Teşrîî fi'l-İslâm min buhûs mu'temerâti Mecmai'l-Buhûsi'l-İslâmiyye, c.1, Kahire 1391/1971, (el-Milkiyyetü'l-hâssa).
- Arafe, Muhammed, *"Tahdîdu'l-milkiyye fi'l-İslâm"*, Mecelletu'l-Ezher, c.24, (s.141-145).
- Aral, Vecdi, *İnşaat (Üst) Hakkı*, İstanbul 1962.
- Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1987.
- Asım Efendi (1235/1819), *el-Okyânûsu'l-basît fi tercemeti'l-Kâmûsi'l-muhît*, İstanbul 1305, I-IV.
- Atar, Fahrettin, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 1990.
- Aydın, Mehmet Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, üçüncü baskı, İstanbul 1999.
- *"Zekâtın Sarf Yerleri ve Taksim Usûlü"*, İbâdet ve Müessese Olarak Zekât, İstanbul 1984, (s.111-156).
- *"Arazi Kanunnâmesi"*, DİA, İstanbul 1991, (III,346-347).
- *"Avârız"*, DİA, İstanbul 1991, (IV,108).
- *"Çocuk"*, DİA, İstanbul 1993, (VIII,361-363).
- Aydınlı, Abdullah, *Hadis İstılahları Sözlüğü*, İstanbul 1987.
- Aygün, Dursun, *İslâm Hukukunda İstimlâk*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi, Konya 1998.
- Ayiter, Nuşin, *Eşya Hukuku*, ikinci baskı, Ankara 1983.

- Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed (855/1451), *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, ikinci baskı, Beyrut 1411/1980, I-XII, (*el-Binâye*).
- *Umdetü'l-kârî şerh Sahîhi'l-Buhârî*, Dâru ihyâit-türâsi'l-Arabî, Beyrut, tsz., I-XXV, (*Umdetü'l-kârî*).
- Azîmâbâdî, Muhammed Eşref b. Emir es-Siddikî (1905'ten sonra) - Ebu Tayyib Muhammed Şemsülhak (doğumu 1857), *Avnu'l-Ma'bûd şerh Sünen-i Ebî Dâvûd*, thk: Abdurrahman Muhammed Osman, Beyrut 1399/1979, I-XIV, (*Avnu'l-ma'bûd*).
- Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman (494/1100), *el-Müntekâ*, Dâru'l-küttâbi'l-Arabî, Beyrut (Kahire 1332 baskısından tıpkı basım), I-VII.
- Bahru'l-Ulûm, Izzuddîn, *el-Hacr ve ahkâmuhû fî's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1400/1980, (*el-Hacr*).
- Baltâcî, Muhammed, *el-Milkiyyetü'l-ferdiyye fî'n-nizâmî'l-iktisâdî el-İslâmî*, Kahire 1988, (*el-Milkiyyetü'l-ferdiyye*).
- Ba'î, Abdülhamîd Mahmud, *el-Milkiyye ve davâbituhâ fî'l-İslâm*, Kahire 1985, (*el-Milkiyye*).
- Bardakoğlu, Ali, "*Haramlar ve Helaller*", İlmihal II, İSAM, İstanbul 1999, (II,29-193).
- "*Hukukî ve Ticarî Hayat*", İlmihal II, İSAM, İstanbul 1999, (II,341-457).
- "*Bey*", DİA, İstanbul 1992, (VI,13-19).
- "*Hak*", DİA, İstanbul 1997, (XV,139-151).
- "*Hibe*", DİA, İstanbul 1998, (XVII,421-426).
- "*Vasiyet*", İslâm'da İnanç İbâdet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, İstanbul 1997, (IV,440-442).
- Başgil, Ali Fuat, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, İstanbul 1946.
- Bedrân, Bedrân Ebu'l-Ayneyn, *el-Mevâris ve'l-vasiyye ve'l-hibe fî's-Şerîati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûn*, İskenderiye 1985, (*el-Mevâris*).
- *Târîhu'l-fikhi'l-İslâmî ve nazariyyetu'l-milkiyye ve'l-ukûd*, Beyrut, tsz., (*Nazariyyetu'l-milkiyye*).
- Beğavî, el-Huseyn b. Mes'ûd (516/1122), *Şerhu's-sünne*, tah: Şuayb el-Arnâvut, ikinci baskı, Beyrut 1403/1983, I-XVI.
- Behûtî, Mansûr b. Yunus (1051/1641), *er-Ravdu'l-murbi' bi şerh zâdi'l-müstakni'*, tah: Muhammed Abdurrahman Avad, beşinci baskı, Beyrut 1414/1994, (*er-Ravdu'l-murbi'*).
- Berki, Ali Himmet, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, Ankara 1955.
- *Vakıflar*, ikinci baskı, İstanbul 1946.
- Besyûnî, Said Ebu'l-Futûh Muhammed, *el-Hurriyyetü'l-iktisâdiyye fî'l-İslâm ve eseruhâ fî't-tenmiye*, Mansûre 1408/1988, (*el-Hurriyyetü'l-iktisâdiyye fî'l-İslâm*).
- Beşer, Faruk, *İslâm'da Zenginlik ve Fakirlik Kavramları*, İstanbul 1991.
- Beydâvî, Nâsiruddîn Ebu'l-Hayr Abdullah b. Ömer b. Muhammed (691/1292), *Envâru't-tenzîl ve esrâru't-te'vîl*, nşr: Muhammed Abdurrahman el-Mar'aşî, Beyrut 1418/1998, I-V, (*Envâru't-tenzîl*).
- Beyhakî, Ebu Bekir Ahmed b. Huseyn b. Ali (458/1065), *es-Sünenu'l-kübrâ*, tah: Muhammed Abdülkâdir Atâ, Beyrut 1414/1994, I-XI.
- Bezdevî, Fâhru'l-İslâm Ali b. Muhammed (482/1089), *el-Usûl*, Beyrut 1418/1997, (Keşfu'l-esrâr'la birlikte).
- Bilmen, Ömer Nasuhi (1971), *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul, tsz., (*Hukuk-ı İslâmiyye Kamusu*).

- Buhârî, Alâuddîn Abdülazîz b. Ahmed (730/1329), *Keşfu'l-esrâr*, Beyrut 1418/1997, I-IV.
- Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail (256/869), *el-Câmiu's-sahîh*, İstanbul 1981, I-VIII.
- et-Târîhu'l-kebîr, Haydarâbad 1362, I-VIII.
- Burhânî, Muhammed Hişâm, *Seddü'z-zerâi' fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*, Beyrut 1406/1985, (*Seddü'z-zerâi'*).
- Can, Yılmaz, *İslâm Şehirlerinin Fizikî Yapısı*, Ankara 1995.
- Cassâs, Ebu Bekir Ahmed b. Ali (370/980), *Ahkâmu'l-Kurân*, tah: Muhammed es-Sâdik Kamhâvî, Beyrut 1405/1985, I-V.
- *Muhtasar ihtilâfu'l-ulemâ*, thk: Abdullah Nezîr Ahmed, Beyrut 1416/1995. I-V.
- Cebûrî, Abdullah Muhammed, *Fikhu'l-İmâm el-Evzâi*, Bağdat 1397/1977, I-II.
- Celîlî, Abdurrahman, *Temelluku'l-emvâl ve tedehhulu'd-devle fi'l-İslâm*, Riyad 1988, (*Temelluku'l-emvâl*).
- Cevherî, İsmail b. Hammâd (393/1003), *es-Sihâh: Tâcu'l-lüğa ve sıhâhu'l-Arabiyye*, Kahire 1376-77/1956-57, I-VII, (*es-Sihâh*).
- Challaye, Felicien, *Mülkiyetin Tarihi*, trc: Turgut Aytuğ, ikinci baskı, İstanbul 1969.
- Cin-Akgündüz, Halil-Ahmet, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1990, I-II.
- Cin, Halil, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, üçüncü baskı, Konya 1992, (*Osmanlı Toprak Düzeni*).
- *Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, ikinci baskı, Konya 1987, (*Mirî Arazi*).
- "Arazi", DİA, İstanbul 1991, (III,342-346).
- Cürcânî, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (482/1089), *el-Muâyât fi'l-akl ev el-Furûk*, tah: Muhammed Fâris, Beyrut 1414/1993, (*el-Muâyât*).
- Cürcânî, Seyyid Şerîf Ali b. Muhammed (816/1413), *Kitâbu't-Ta'rîfât*, Beyrut 1403/1983.
- Cûcû, Hasen Ali Muhammed, *el-Kuyûdü'l-vâride alâ salâhiyyeti'l-hâkim fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*, Câmiatu Umm Der'ân el-İslâmiyye, Yayınlanmamış doktora tezi, Sudan 1994, (*el-Kuyûd*).
- Çalış, Halit, *İslâm Hukukunda Haksız İktisap*, Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Şanlıurfa 1995.
- Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, Konya 1991.
- *İslâm Hukukunda Çocuk*, İstanbul 1990.
- "Fıkıh'ta Hasta", Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sy.7, Konya 1997, (s.31-66).
- "İslâm'da Çevre Sağlığı", İlim ve Sanat, sy.38, İstanbul 1995, (s.76-82).
- Çobanoğlu, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964.
- Çörtoğlu, İ.Sahir, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları*, Ankara 1982.
- "Gayrimenkul Mülkiyetine Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarla Konan Sınırlamalar", Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi, c.5, sy.2, Ankara 1973. (s.212 vd.).
- Dalgın, Nihat, *İslâm Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sy:11, Samsun 1999, (s.97-128), (*Mal Kavramı*).

- Dârekutnî, Ebu'l-Hasen Ali b. Ömer (385/995), *es-Sünen*, thk: es-Seyyid Abdullah Hâşim Yemânî el-Medenî, Dâru'l-mehâsin, Kahire, tsz. I-IV.
- Dârimî, Ebu Muhammed Abdullah b. Abdurrahman (255/868), *es-Sünen*, İstanbul 1981, I-II.
- Davudoğlu, Ahmet (1983), *Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, İstanbul 1977-1980, I-XII, (*Müslim Şerhi*).
- Debs-Ziadeh-Dilger, Richard A-Farhat J.-Konrad, "*İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı*", İslâm Hukuku Üzerine Araştırmalar, trc: Halit Ünal, Kayseri 1994, (s.97-119).
- Debû, İbrahim Fâdil, *Damânu'l-menâfi', dirâse mukârene fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûnî'l-Medenî*, Amman 1417/1997, (*Damânu'l-menâfi'*).
- Debûr, Enver Mahmud, "*Mâhiyyetu maradî'l-mevt ve te'sîruhû fi't-tasarrufât bi sıfatın âmme*", Mecelletü's-şerîa ve'l-kânûn, Camiatü'l-İmârâtî'l-Arabiyye el-Müttahide, sy.2, yy., 1408/1988, (s.73-106), (*Maradu'l-mevt*).
- Debûsî, Ebu Zeyd Ubeydullah Ömer b. İsa (430/1038), *Te'sîsü'n-nazar*, thk: Mustafa Muhammed el-Bakkânî ed-Dimaşkî, Dâr İbn Zeydûn, Beyrut, tsz.
- Demir, Fahri, *İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Ankara 1988, (*Mülkiyet Hakkı*).
- Demirci, Rasih, *Ekonominin Temelleri*, Ankara 1996.
- Derdîr, Ebu'l-Berekât Sîdî Ahmed b. Muhammed (1201/1786), *eş-Şerhu'l-kebîr*, Beyrut 1417/1996, I-VI, (Hâşiyetü't-Desûkî ile birlikte).
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arafe (1230/1815), *Hâşiyetü't-Desûkî ale's-Şerhi'l-kebîr*, Beyrut 1417/1996, I-VI.
- Dirînî, Muhammed Fethî, *Buhûs mukârene fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve Usûlih*, Beyrut 1994, I-II, (*Buhûs mukârene*).
- *el-Hak ve medâ sultânî'd-devle fi takyîdih*, ikinci baskı, Beyrut 1404/1984, (*el-Hak*).
- *el-Menâhicu'l-usûliyye fi'l-ictihâd bi'r-re'y fi't-Teşrî'l-İslâmî*, üçüncü baskı, Beyrut 1418/1997, (*Menâhic usûliyye*).
- *Nazariyyetü't-teassüf fi isti'mâli'l-hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, ikinci baskı, Amman 1419/1998, (*et-Teassüf*).
- Divitçiođlu, Sencer, *Asya Üretim Tarzı ve Osmanlı Toplumunu*, İstanbul 1971.
- Dođmî, Muhammed Râkân, *Himâyetu'l-hayâti'l-hâssa fi'Şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1405/1985.
- Döndüren, Hamdi, *İslâm Hukukuna Göre Alım-Satımda Kâr Hadleri*, Balıkesir 1984, (*Kâr Hadleri*).
- *Ticaret ve İktisat İlmihali*, İstanbul 1993.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "*İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidî Görüş*", İslâm Hukukuna Göre Alış-Verişte Vâde Farkı ve Kâr Haddi, dördüncü baskı, İstanbul 1990. (s.151-160).
- "*Cünûn*", DİA, İstanbul 1993, (VIII,125-129).
- Ebu Arabî, Gâzî, "*eş-Şartu'l-mâni' mine't-tasarruf beyne'l-ıtlâk ve't-takyîd fi'l-Kânûnî'l-Medenî el-Ürdünî ve'l-Fikhi'l-İslâmî*", Dirâsât, sy.25, Amman 1998, (s.115-131), (*Şartu'l-mâni'*).
- Ebu Dâvud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (275/888), *es-Sünen*, İstanbul 1981, I-V.
- Ebu Hanîfe et-Temîmî, en-Nu'mân b. Muhammed b. Mansûr b. Ahmed b. Hayyûn (363/974), *Deâimu'l-İslâm ve zikri'l-helâl ve'l-harâm ve'l-kazâyâ ve'l-ahkâm an ehl-i beyt-i*

Rasûlillâh aleyhi ve aleyhim efdalû's-selâm, tah: Âsaf b. Ali Esğar Feydî, Kâhire 1379/1960, I-II, (*Deâimu'l-İslâm*).

Ebu Sünne, Ahmed Fehmî, *el-Örf ve'l-âdeh fi re'yi'l-fukahâ, Arz nazariyye fi't-teşri'i'l-İslâmî*, ikinci baskı, yy., 1412/1992, (*el-Örf*).

——— *"Tahdîdu'l-milkiyye fi'l-İslâm"*, Mecelletu'l-Ezher, c.24, Kahire 1952, (s.360-363).

Ebu Ubeyd, Kâsım b. Sellâm (224/838), *Kitâbu'l-emvâl*, tah: Muhammed Halil Hirâs, Beyrut 1406/1986.

Ebu Yahya, Muhammed Hasen, *Nizâmu'l-arâdî fi sadri'd-devleti'l-İslâmiyye*, Amman 1408/1988, (*Nizâmu'l-arâdî*).

——— *"Milkiyyetü'l-arâzî fi's-Şerîa ebâne'l-fütûhâti'l-İslâmiyye"*, Mecelle Külliyyetü's-Şerîa ve'l-Kânûn (Ezher), sy.4, Kahire 1410/1989, (s.161-224).

Ebu Ya'lâ, Muhammed b. Huseyn el-Ferrâ (458/1066), *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, nşr: el-Fikî Muhammed Hâmid, Beyrut 1403/1983.

Ebu Ya'lâ, Muhammed b. Muhammed b. El-Huseyn b. Muhammed (526/1131), *Kitâbu't-temâm limâ sahha fi'r-rivâyeteyn ve's-selâs ve'l-erba' ani'l-İmâm, ve'l-muhtâr mine'l-vecheyn an ashâbihî'r-ranîn el-kirâm*, tah: Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tayyâr-Abdülazîz b. Muhammed b. Abdullah el-Meddallâh, Riyad 1414/1994, I-II, (*Kitâbu't-temâm*).

Ebu Yûsuf, Ya'kûb b. İbrahim (182/798), *Kitâbu'l-harâc*, 1302 Bulak baskısından tıpkı basım, Beyrut, tsz.

Ebu Zehra, Muhammed (1974), *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, yy., 1977, (*el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*).

——— *el-Mîrâs inde'l-Ca'feriyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, yy., tsz.

——— *et-Tekâfülü'l-ictimâî fi'l-İslâm*, Kahire 1964, (*et-Tekâfülü'l-ictimâî*).

——— *Ebu Hanîfe*, Dâru'l-fikr, Kahire, tsz.

——— *İbn Hanbel*, Dâru'l-fikr, Kahire, tsz.

——— *İbn Hazm*, Dâru'l-fikr, Kahire, tsz.

——— *el-İmâm Zeyd*, Dâru'l-fikr, Kahire, tsz.

——— *Mâlik*, Dâru'l-fikr, Kahire, tsz.

Ebu'l-Bekâ, Eyyûb b. Musa el-Huseynî (1094/1683), *el-Külliyyât: Mu'cem fi'l-mustalahât ve'l-furûk el-luğaviyye*, thk: Adnan Derviş-Muhammed el-Masrî, Beyrut 1412/1992, (*el-Külliyyât*).

Ebu'l-Meâsî, Kemâl Cevdet, *"el-Vesâil ve'l-ğâyât fi't-Teşri'i'l-İslâmî"*, Mecelle Külliyyetü's-Şerîa ve'l-Kânûn (Ezher), sy.1, Kahire 1403/1982, (s.127-183).

Ebu'l-Ulâ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, İstanbul 1947.

Ebussuud, Mahmut, *İslâmî İktisadın Esasları*, trc: Ali Özek, İstanbul 1969.

Elmalılı, Muhammed Hamdi Yazır (1942), *Hak Dini Kur'ân Dili*, İstanbul 1979, I-X.

Ensârî, İsmail b. Muhammed, *İbâhatü't-tehallî bi'z-zehebi'l-muhallak li'n-nisâ ve'r-red ale'l-Elbânî fi tahrîmih*, Beyrut 1394/1974.

Erbay, Celal, *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*, Bakü 1995.

Erdoğan, Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul 1990.

Erman, Hasan, *"Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları"*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c.XXXVIII, sy.1-4, İstanbul 1973.

- Ersoy, Arif, *"İktisadî Kalkınma ve Sosyal Denge İlişkisi"*, İktisadî Kalkınma ve İslâm, İstanbul 1987, (s.192-210).
- Esed, Muhammed (1992), *Kur'ân Mesajı (Meâl-Tefsir)*, trc. Cahit Koytak – Ahmet Ertürk, İstanbul 1999, I-III.
- Eskicioğlu, Osman, *"Altın"*, DİA, İstanbul 1989, (II,536).
- Ettafeyyîş, Muhammed b. Yusuf (1332/1914), *Şerhu Kitâbi'n-nîl ve şifâi'l-alîl*, üçüncü baskı, Cidde 1405/1985, I-XVII, (*Şerhu Kitâbi'n-nîl*).
- Fadl Münzir Abdülhuseyn, *el-Vazîfetu'l-ictimâiyye li'l-milkiyyeti'l-hâssa*, Bağdat 1977, (*Vazîfe ictimâiyye*).
- Fâsî, Allâl (1974), *Mekâsîdü's-Şerîati'l-İslâmiyye ve mekârimuhâ*, beşinci baskı, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, yy., 1993, (*el-Mekâsîd*).
- Fazlurrahman (1989), *Ana Konularıyla Kur'ân*, trc: Alpaslan Açıkgenç, Ankara 1987.
- *"İslâmiyet ve İktisadî Adâlet Meselesi"*, trc: Yusuf Ziya Kavakçı, Erzurum 1976.
- Fencerî, Muhammed Şevkî, *"el-Mezhebu'l-iktisâdî fi'l-İslâm"*, el-İktisâdu'l-İslâmî, Mekke 1400/1980.
- Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Ali (770/1368), *el-Misbâhu'l-munîr*, Beyrut 1987.
- Fiğlalı, Ethem Ruhi, *"İbâziyye"*, DİA, İstanbul 2000, (XIX,256-261).
- Fîrûzâbâdî, Mecdüddîn Muhammed b. Yakub (817/1415), *el-Kâmûsu'l-muhît*, Beyrut 1415/1995.
- Gazzâlî, Muhammed b. Muhammed b. Muhammed (505/1111), *el-Mustasfâ fi ilmi'l-usûl*, Bulak 1322, I-II, (*el-Mustasfâ*).
- *el-Vasît fi'l-mezheb*, tah: Ahmed Mahmud İbrahim-Muhammed Muhammed Tâmir, Kahire 1417/1997, I-VII, (*el-Vasît*).
- Gazzâlî, Muhammed (1996), *el-İslâm ve'l-menâhicü'l-iştirâkiyye*, Kahire 1997.
- Gözübenli, Beşir, *"Âriyet"*, DİA, İstanbul 1991, (III,379-380).
- *"Ateh"*, DİA, İstanbul 1991, (IV,51-52).
- *"İktâ"*, DİA, İstanbul 2000. (XXII,49-52).
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslâm'da Şahsiyet Hakları*, Ankara 1996.
- Günay, Hacı Mehmet, *İslâm Hukukunda Kamu Malları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1997, (*Kamu Malları*).
- *"İslâm Hukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması"*, Çerçeve, sy.16, İstanbul 1996, (s.168-171).
- Güner, Osman, *Resûlullah'ın Ehl-i Kitap'la Münâsebetleri*, Ankara 1997.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1985.
- Güzelhisârî, Mustafa Hulûsi (1215/1800), *Menâfiu'd-dekâik fi şerh mecâmiu'l-hakâik*, İstanbul 1308, (*Menâfiu'd-dekâik*).
- Hacak, Hasan, *İslâm Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1993, (*İrtifak Hakları*).
- *"İrtifak"*, DİA, İstanbul 2000, (XXII,460-464).
- Hâdimî, Ebu Saîd Muhammed b. Mustafa b. Osman (1176/1762), *Mecâmiu'l-hakâik*, İstanbul 1308.

- Hallâl, Ebu Bekir Ahmed b. Muhammed (311/923), *el-Hassü ale't-ticâra ve's-sinâa ve'l-amel, ve'l-inkâr alâ men yeddeî et-tevekküle fî terki'l-amel, ve'l-hucce aleyhim fî zâlike*, tah: Abdülfettâh Ebu Gudde, Beyrut 1415/1995, (*el-Hassü ale't-ticâra*).
- Hamidullah, Muhammed, *İslâm Peygamberi*, trc: Salih Tuğ-Said Mutlu, İstanbul 1969, I-II.
— *İslâm'da Devlet İdaresi*, trc: Kemal Kuşcu, beşinci baskı, Ankara 1979.
- Hamitoğulları, Beşir, "*İslâm İktisadının Sermaye Birikimi Modeli ve Bankacılık Düzeni*", İslâm Ekonomisinde Finansman Meseleleri, İstanbul 1992, (s.354-418).
- Hammâd, Re'fet Muhammed, *en-Nazariyyetu'l-âmmé li'l-hak, Dirâse mukârene bi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dâru'n-nehdâti'l-Arabiyye*, Kahire, tsz. (*el-Hak*).
- Hammûd, Meshûr Hasen, *Takyîd hurriyyeti'l-mâlikîn fi'l-îcâr beyne's-Şerîa ve'l-Kânûn*, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Amman 1988, (*et-Takyîd*).
- Hamza, Mahmud (1305/1887), *el-Ferâidu'l-behiyye fi'l-kavâid ve'l-fevâid el-Fikhiyye*, Dimaşk 1406/1986, (*el-Ferâidu'l-behiyye*).
- Hanbûle, Muhammed Ali, *el-Vazîfetü'l-ictimâiyye li'l-milkiyyeti'l-hâssa*, Kahire 1974, (*Vazîfe ictimâiyye*).
- Hasenî, Ahmed, *Fikhî ve İktisadî Açından İslâm'da Para*, trc: Adem Esen, İstanbul 1996.
- Hasenî, Ebu'l-Feyd Ahmed b. Muhammed b. es-Siddîk el-Ğumârî (1380/1960), *el-Hidâye fî tahrîci ehâdîsi'l-Bidâye*, tah: Adnan Ali Şellâk, Beyrut 1407/1987, I-VIII.
- Hassûn Tâhâ, *Hakku'l-milkiyye*, Kuveyt 1977.
- Hâtemî, Hüseyin, *İslâm Açısından Sosyalizm*, İstanbul 1967.
- Hatîb, Ahmed Ali, *el-Hacr ale'l-medîn li hakkı'l-ğuremâ fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûni'l-mukâren*, Kahire 1384/1964, (*el-Hacr*).
- Hattâbî, Ebu Süleyman Hamed b. Muhammed (388/998), *Meâlimu's-sünen*, Beyrut 1411/1991, I-IV.
- Hâzimî, Ebu Bekir Muhammed b. Mûsa (584/1188), *el-İ'tibâr fî beyânî'n-nâsih ve'l-mensûh mine'l-Eser*, Haydarâbad 1319, (*el-İ'tibâr*).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1831), *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, trc: Cenap Karakaya, İstanbul 1991.
- Heysemî, Nuruddîn Ali b. Ebu Bekir (807/1404), *Buğyetu'r-râid fî tahkîk Mecmau'z-zevâid ve menbeu'l-fevâid*, tah: Abdullah Muhammed ed-Dervîş, Beyrut 1994, I-X, (*Mecmau'z-zevâid*).
- Hin, Mustafa Saîd, *Eseru'l-ihtilâf fi'l-kavâidi'l-usûliyye fî ihtilâfi'l-fukahâ*, altıncı baskı, Beyrut 1418/1998, (*Eseru'l-ihtilâf*).
- Hırakî, Ebu'l-Kâsım Ömer b. el-Huseyn (334/945), *el-Muhtasar*, Ta'lik: Muhammed Züheyr eş-Şâviş, Dimaşk 1378.
- Hullî, Ebu'l-Kâsım Necmüddîn Ca'fer b. el-Hasen (676/1277), *Şerâiu'l-İslâm fî mesâili'l-helâl ve'l-harâm*, tah: Abdülhuseyn Muhammed Ali, Necef 1389/1969, I-IV, (*Şerâiu'l-İslâm*).
- Humeynî, Mustafa el-Müsevî (1368/1948), *Bedîu'd-dürar fî kâideti nefyi'd-darar*, ikinci baskı, yy., 1414/1993, (*Bedîu'd-dürar*).
- Husarî, Ahmed, *es-Siyâsetü'l-iktisâdiyye ve'n-nizâmu'l-mâliyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, nşr: Mektebetü'l-külliyâti'l-Ezheriyye, Kahire, tsz. (*es-Siyâsetü'l-iktisâdiyye*).
- Huseyn, Ahmed Ferrâc, *el-Milkiyye ve nazariyyetu'l-akd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Müessesetü's-sekâfeti'l-Câmiyye, Kahire, tsz. (*el-Milkiyye*).

- İbn Abdilber, Ebu Ömer Yusuf b. Abdullah b. Muhammed (463/1071), *el-İstizkâr*, tah: Abdülmü'tî Emin Kal'âcî, Kahire 1414/1993, I-XXX.
- *el-Kâfî fi Fıkhı ehli'l-Medîne el-Mâlikî*, ikinci baskı, Beyrut 1413/1992, (*el-Kâfî*).
- İbn Abdirrafi', Ebu İshak İbrahim b. Hasen (733/1332), *Muînu'l-hukkâm ale'l-kadâyâ ve'l-ahkâm*, tah: Muhammed b. Kâsım b. İyâd, Beyrut 1989, I-II, (*Muînu'l-hukkâm*).
- İbn Abdisselâm, İzzüddîn Ebu Muhammed Abdülazîz b. Abdisselâm (660/1262), *Kavâidu'l-ahkâm fi mesâlihî'l-enâm*, Beyrut 1410/1990, I-II, (*el-Kavâid*).
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin (1252/1836), *Hâşiye Raddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerh Tenvîri'l-ebşâr*, tah: Muhammed Subhî Hasen Hallâk-Âmir Huseyn, Beyrut 1419/1998, I-XII, (*Raddu'l-muhtâr*).
- "*Neşru'l-arf fi binâ-i ba'di'l-ahkâm ale'l-örf*", Mecmûatu'r-rasâil içinde, Dâru İhyâi't-türâsî'l-Arabî, Beyrut, tsz. (*Neşru'l-arf*).
- "*el-Ukûdu'd-durriyye fi kavli'l-vâkıf ale'l-ferîzati's-Şer'iyye*", Mecmûatu'r-rasâil içinde, Dâru İhyâi't-türâsî'l-Arabî, Beyrut, tsz., (*el-Ukûdu'd-durriyye*).
- İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir (1973), *Mekâsıdu's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, el-Müessesetü'l-Vataniyye li'l-Küttâb, Cezayir tsz. (*el-Mekâsıd*).
- İbn Atiyye, Ebu Muhammed Abdülhak (541/1146), *el-Muharraru'l-vecîz fi tefsîri'l-Kitâbi'l-Azîz*, tah: er-Rahâlî el-Fârûk-Abdullah b. İbrahim el-Ensârî-es-Seyyid Abdü'l-Âl es-Seyyid İbrahim-Muhammed eş-Şâfî Sâdık, I-XV, Doha 1977, (*el-Muharraru'l-vecîz*).
- İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed (741/1310), *el-Kavânînu'l-fıkhiyye*, Dâru'l-fıkr, yy., tsz.
- İbn Dakîk el-İd, Takıyyuddîn Ebu'l-Feth (702/1302), *İhkâmu'l-ahkâm şerh Umdeti'l-ahkâm*, Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, Beyrut, tsz., I-IV, (*İhkâmu'l-ahkâm*).
- İbn Ebi'd-Dünya, Ebu Bekir (281/894), *İslâhu'l-mâl*, tah: Mustafa Muflih el-Kudât, Mansûra 1410/1990.
- İbn Fâyi', Abdurrahman b. Ahmed b. Muhammed, *Ahkâmu'l-civâr fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Cidde 1416/1995, (*Ahkâmu'l-civâr*).
- İbn Ferhûn, Ebu'l-Vefâ İbrahim b. Ali Muhammed (799/1397), *Tebşiratu'l-hukkâm fi usûli'l-akdiye ve menâhici'l-ahkâm*, Tahric-Ta'lîk: eş-Şeyh Cemal Maraşlî, Beyrut 1416/1995, (*Tebşiratu'l-hukkâm*).
- İbn Hacer el-Askalânî, Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed (852/1448), *Fethu'l-Bârî bi şerh Sahîhi'l-Buhârî*, Bulâk 1300 baskısından ofset, Beyrut, tsz., I-XIII, (*Fethu'l-bârî*).
- İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd (456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, tah: Abdülgaffâr Süleyman el-Bendârî, Beyrut 1048/1988, I-XII.
- Muhammed Ali İbnü'l-Merhûm, *Tehzîbu'l-furûk ve'l-kavâidu's-seniyye fi'l-esrâri'l-Fıkhiyye*, tah: Halil el-Mansûr, Beyrut 1418/1998 (Karâfî, el-Furûk'la birlikte), I-IV, (*Tenzîbu'l-furûk*).
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebu Abdullah Muhammed b. Ebu Bekir (751/1350), *İ'lâmu'l-muvakkîin an Rabbi'l-âlemîn*, Ta'lîk: Tâhâ Abdurraûf Sa'd, Beyrut 1973, I-IV, (*İ'lâmu'l-muvakkîin*).
- *et-Turuku'l-hukmiyye fi's-siyâseti's-şer'iyye (el-Firâsetü'l-mardiyye fi ahkâmi's-siyâseti's-şer'iyye)*, thk: el-Fikî Muhammed Hâmid, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut, tsz., (*et-Turuku'l-hukmiyye*).
- İbn Kesîr, İsmail b. Ömer (774/1373), *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, ikinci baskı, Beyrut 1970, I-VII.

- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (620/1223), *el-Muğnî*, Beyrut 1405/1984, I-XII.
- İbn Mâce, Ebu Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî (273/886), *es-Sünen*, İstanbul 1981, I-II.
- İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem (711/1311), *Lisânu'l-arab*, Dâru Sâdır, Beyrut, tsz., I-XV.
- İbn Nüceym, Zeynülâbidîn b. İbrahim (970/1562), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut 1405/1985.
 ——— *el-Fevâidü'z-zeyniyye fî Mezhebi'l-Hanefiyye*, tah: Ebu Ubeyde Meşhûr b. Hasen Âl Selman, Demmâm 1414/1994, (*el-Fevâidü'z-zeyniyye*).
 ——— *Resâil İbn Nüceym*, Beyrut 1400/1980.
- İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman (795/1393), *Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem fî şerh hamsîne hadîsen min Cevâmii'l-kelim min ehâdîsi Rasûli'l-A'zam*, tah: Ma'rûf Zürayk, Beyrut 1417/1996, (*Câmiu'l-ulûm ve'l-hikem*).
 ——— *el-Kavâid fî'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, tsz., (*el-Kavâid*).
- İbn Rüşd el-Cedd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (520/1126), *el-Beyân ve't-tahsîl*, tah: Muhammed Haccî, Beyrut 1404/1984, I-XX.
- İbn Rüşd el-Hafîd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (595/1198), *Bidâyetu'l-müctehid ve nihâyetu'l-muktesid*, İstanbul 1985, (*Bidâyetu'l-müctehid*).
- İbn Sa'd, Muhammed b. Sa'd (230/844), *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, Berut 1380/1960, I-VIII.
- İbn Şâhin, Ebu Hafs Ömer b. Ahmed b. Osman (385/995), *Nâsihu'l-hadîs ve mensûhu*, thk: Semîr b. Emîn ez-Züheyrî, Zerkâ 1408/1988.
- İbn Teymiyye, Takîyüddin Ahmed b. Abdülhalim (728/1327), *el-Hisbe fî'l-İslâm*, Takdim: Muhammed el-Mübârek, Dâru'l-kütübi'l-arabiyye, yy. 1387/1967, (*el-Hisbe*).
 ——— *el-Kavâidu'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, tah: Abdüsselâm Muhammed Ali Şahin, Beyrut 1414/1994.
 ——— *Mecmûatu'l-fetâvâ*, Tahrîc: Âmir el-Cezzâr-Enver el-Bâz, Riyad 1418/1997, I-XXXVII, (*el-Fetâvâ*).
 ——— *Nazariyyetu'l-akd*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, tsz.
- İbn Zencûye, Humeyd b. Mahled b. Kuteybe b. Abdullah (251/865), *Kitâbu'l-emvâl*, thk: Şakir Zîb Feyyâd, Riyad 1406/1986, I-III.
- İbnu'l-Arabî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdullah (543/1148), *Ahkâmu'l-Kur'ân*, thk: Ali Muhammed el-Becâvî, Dâru ihyâi'l-kütübi'l-Arabiyye, yy. 1376/1957, (I-IV).
- İbnu'l-Esîr, Mecdüddîn Ebu's-Seâdât el-Mübârek b. Muhammed (606/1209), *en-Nihâye fî ğarîbi'l-hadîs ve'l-eser*, tah: Tahir Ahmed ez-Zâvî-Mahmud Muhammed et-Tanâhî, Dâru ihyâi'l-kütübi'l-Arabiyye, Beyrut. tsz., I-V, (*en-Nihâye*).
- İbnu'l-Hümâm, Kemalüddîn Muhammed b. Abdulvâhid (861/1456), *Fethu'l-kadîr*, Kahire 1389/1970, I-X.
- İbnü'l-Münzir, Muhammed b. İbrahim (318/930), *el-İcmâ*, thk: Muhammed Husâm Beyzûn, Beyrut 1414/1993.
- İbnu'l-Uhuvve, Muhammed b. Muhammed b. Ahmed (729/1329), *Meâlimu'l-kurbe fî ahkâmi'l-hisbe*, tah: Muhammed Mahmud Şa'bân-Siddîk Ahmed İsa el-Muti'î, Kahire 1976, (*Meâlimu'l-kurbe*).
- İbnu's-Şât, Ebu'l-Kâsım Kâsım b. Abdullah (723/1323), *İdrâru's-şurûk alâ envâri'l-furûk*, tah: Halil el-Mansûr, Beyrut 1418/1998, I-IV, (Karâfî, Furûk'la birlikte), (*İdrâru's-şurûk*).

- İlkiyâ el-Herrâsî, Imâdüddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Ali (504/1110), *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Beyrut 1403/1983, I-IV.
- İmre, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul 1971.
- İrşid, Mahmud Abdülkerim Ahmed, *el-Milkiyye fî fikri Bâkir es-Sadr, Dirâse mukârene, Câmiatü'l-Yermûk*, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Yermuk 1996, (*el-Milkiyye*).
- İsnevî, Cemâlüddîn Ebu Muhammed b. el-Hasen (772/1270), *et-Temhîd fî tahrîci'l-furû' ale'l-usûl*, nşr: Heytû Muhammed Hasen, dördüncü baskı, Beyrut 1407,1987, (*et-Temhîd*).
- Kadri Paşa, Muhammed (1306/1888), *Mürşidu'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*, Takdim-ta'lik: Salahuddin Abdüllatif en-Nâhî, Amman 1987, (*Mürşidu'l-hayrân*).
- Kâdî Simavne, Mahmud b. İsrâîl (823/1420), *Câmiu'l-fusûleyn*, el-Matbaatü'l-kübrâ el-Mısıryye, Mısır 1301, I-II.
- Kal'âcî, Muhammed Ravvâs, *Mevsûatu Fikhi İbrahim en-Nehâî*, Mekke 1399/1979, I-II.
- Kaffâl eş-Şâsî, Ebu Bekir Fahru'l-İslâm Seyfüddîn Muhammed b. Ahmed (507/1113), *Hilyetü'l-ulemâ fî ma'rifeti mezâhibi'l-fukahâ*, nşr: Yasin Ahmed Derâdike, Amman 1988, I-VIII, (*Hilyetü'l-ulemâ*).
- Kallek, Cengiz, "Ebu Yûsuf'un İktisadî Görüşleri", İslâm Araştırmaları Dergisi, sy.1, İstanbul 1997, (s.1-18).
- "Hilafet ve İktisat, Usûl Üzerine", Divan, sy.2, İstanbul 1996.
- "Ebu Ya'lâ el-Ferrâ", DİA, İstanbul 1994. (X,253-255).
- Kanyılmaz, İbrahim, "İslâmiyet ve Finansman Teorisi", İslâm Ekonomisinde Finansman Meseleleri, İstanbul 1992, (s.23-77).
- Karadâvî, Yûsuf, *Devru'l-kıyem ve'l-ahlâk fî'l-iktisâdi'l-İslâmî*, Beyrut 1417/1996, (*el-İktisâd*).
- *İslâm Hukuku, Evrensellik-Süreklilik*, trc: Yusuf Işıcık-Ahmet Yaman, İstanbul 1997.
- Karâfî, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs (684/1285), *el-Furûk*, tah: Halil el-Mansûr, Beyrut 1418/1998, I-IV.
- *ez-Zehîra*, tah: Muhammed Haccî, Beyrut 1994, I-XIV.
- Karakoç, Sezai, *İslâm Toplumunun Ekonomik Strüktürü*, sekizinci baskı, İstanbul 1985.
- Karaman, Hayreddin, *Günlük Hayatımızda Helaller Haramlar*, İstanbul 1995.
- *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1987, I-III.
- *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, İstanbul 1990, I-III.
- Kâsânî, Ebu Bekir Alâuddin b. Mes'ûd (587/1191), *Bedâ'iu's-sanâ'i fî tertîbi's-şerâ'i*, Beyrut 1974, I-VII, (*el-Bedâ'i*).
- Kâsım el-Konevî, Kâsım b. Abdullah b. Mevlânâ Hayruddîn Emîr Ali (978/1570), *Enîsü'l-fukahâ fî ta'rîfâti'l-elfâz el-mütedâvile beyne'l-fukahâ*, tah: Ahmed b. Abdürrezzâk el-Kubeysî, ikinci baskı, Cidde 1407/1987, (*Enîsü'l-fukahâ*).
- Kâsımî, Muhammed Cemâlüddîn (1332/1914), *Mehâsinu't-te'vîl*, tah: Muhammed Fuad Abdülbâkî, Beyrut 1415/1994, I-VII.
- Kattân, Mennâ' Halil, "Mefhûm ve menhec el-İktisâdî el-İslâmî", el-İktisâdü'l-İslâmî, Mekke 1400/1980.
- Kavakçı, Yusuf Ziya, *Hisbe Teşkilatı*, Ankara 1975.
- Keleş, Ali, "İslâm'a Göre Para Politikası", İLAM Araştırma Dergisi, c.2, sy.2, İstanbul 1977, (s.105-130).

- Kenûn, Abdullah, "*el-Milkiyyetu'l-ferdiyye fi'l-İslâm*", et-Tevcîhu't-Teşrîî fi'l-İslâm min buhûs mu'temerâti Mecmai'l-Buhûsi'l-İslâmiyye, c.1, Kahire 1391/1971, (*el-Milkiyyetu'l-ferdiyye*).
- Kettânî, Muhammed Abdülhay b. Abdülkebîr (1962), *et-Terâtîbü'l-idâriyye: Hz. Peygamberin Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar*, trc: Ahmet Özel, İstanbul 1991-93, I-III.
- Kevserî, Muhammed Zâhid (1952), *en-Nüketü't-tarîfe fi't-tehaddüs an rudûd İbn Ebî Şeybe alâ Ebî Hanîfe*, Kahire 1365, (*en-Nüketü't-tarîfe*).
- Keylânî, Abdullah İbrahim Zeyd, *Nazariyyetu'l-bâis ve eseruhâ fi'l-ukûd ve't-tasarrufât fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Amman, tsz., (*Nazariyyetu'l-bâis*).
- Koçkuzu, Ali Osman, *Hadisde Nâsîh Mensûh*, İstanbul 1985.
- Koschaker, Paul, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, trc: Kudret Ayiter, Ankara 1977.
- Köprülü-Kaneti, Bülent-Selim, *Sınırlı Aynî Haklar*, İstanbul 1972.
- Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul 1997, (*Hakkın Kötüye Kullanılması*).
- "Anne-Babanın Bağış (Hibe) Konusunda Çocukları Arasında Yaptığı Ayrımcılık", *Mehir*, sy.4, Konya 1999, (s.14-20), (*Ayrımcılık*).
- Kurtoğlu, Serda, *İslâm Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972.
- Kurtubî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed (671/1273), *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, beşinci baskı, Beyrut 1417/1996, I-XXI.
- Kutub, Seyyid (1966), *el-Âdâletü'l-ictimâiyye fi'l-İslâm*, altıncı baskı, Beyrut 1399/1979.
- *fi Zilâli'l-Kur'ân*, Beyrut 1405/1985, I-VI.
- Mağribî, Nu'mân b. Muhammed (363/974), *Kitâbu'l-iktisâr*, tah: Muhammed Vahîd Mîrzâ, Dimaşk 1376/1957.
- Mahmasânî, Subhî, *el-Mebâdiu's-Şer'iyye ve'l-Kânûniyye fi'l-hacr ve'n-nafakât ve'l-mevâris ve'l-vasiyye*, üçüncü baskı, Beyrut 1962 (*el-Mebâdi'*).
- *en-Nazariyyetu'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, ikinci baskı, Beyrut 1972, I-II, (*el-Mûcebât ve'l-ukûd*).
- Makdisî, Behâuddîn Abdurrahman b. İbrahim (624/1227), *el-Udde şerhu'l-Umde*, tah: eş-Şeyh Halil Me'mûn Şihâ, beşinci baskı, Beyrut 1417/1997, (*el-Udde*).
- Mâlik b. Enes (179/795), *el-Muvatta'*, İstanbul 1413/1992, I-II.
- *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Beyrut 1415/1994, I-V.
- Mardin, Ebu'l-Ulâ, *Kat Mülkiyeti*, İstanbul 1948.
- *Toprak Hukuku Dersleri*, İstanbul 1947.
- Mannan, *İslâm Ekonomisi*, trc: Bahri Zengin, İstanbul 1973.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb (450/1058), *el-Ahkâmu's-sultâniyye ve'l-vilâyâtu'd-dîniyye*, thk: Ahmed Muhammed el-Bağdâdî, Kuveyt 1409/1989, (*el-Ahkâmu's-sultâniyye*).
- *el-Hâvî'l-kebîr*, tah: Ali Muhammed Muavvid-Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1414/1994, I-XX.
- Medkûr, Sellâm, *İslâm Hukuk Başlangıcı*, trc: Ruhi Özcan, İstanbul 1995.
- Mehdî, Nezîh Muhammed es-Sâdik, *el-Milkiyye fi'n-nizâmi'l-iştirâkî*, Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire, tsz., (*el-Milkiyye*).
- Menbecî, Ebu Muhammed Ali b. Zekerîyya (686/1287), *el-Lübâb fi'l-cem beyne's-Sünne ve'l-Kitâb*, tah: Muhammed Fadl Abdülazîz el-Murâd, Cidde 1403/1983, I-II, (*el-Lübâb*).

- Mer'â b. Yusuf (1033/1623), *Delîlü't-tâlib ilâ neyli'l-metâlib*, tah: Abdullah Ömer el-Bârûdî, Beyrut 1405/1985, (*Delîlü't-tâlib*).
- Mergînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebû Bekir (593/1197), *el-Hidâye şerh Bidâyeti'l-mübtedî*, Ta'lîk-Tahrîc: Muhammed Adnan Dervîş, Dâru'l-erkâm, Beyrut, tsz., I-IV, (*el-Hidâye*).
- Mes'ûd Efendi (1310/1893), *Mir'âtu'l-Mecelle*, Kahire 1894, I-II.
- Meşhûr, Emîre Abdüllatîf, *el-İstismâr fi'l-iktisâdî'l-İslâmî*, Kahire 1991, (*el-İstismâr*).
- Mevâfî, Ahmed, *ed-Darar fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Hober 1418/1997, I-II, (*ed-Darar*).
- Mevdûdî, Ebu'l-A'lâ (1979), *Mes'ele mikliyyetu'l-ard fi'l-İslâm*, Dimaşk 1376/1957, (*Mikliyyetu'l-ard*).
- *Üsüsü'l-iktisâd beyne'l-İslâm ve'n-nuzumu'l-muâsıra*, Arapça'ya trc: Muhammed Âsim el-Haddâd, ikinci baskı, Amman 1387/1967, (*el-İktisâd*).
- Mevsilî, Abdullâh b. Mahmud b. Mevdûd (683/1284), *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut, tsz., I-V, (*el-İhtiyâr*).
- Meydânî, Abdülganî el-Ğanîmî (1298/1881), *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb*, İstanbul, tsz., I-IV, (*el-Lübâb*).
- Muhammed, Abbâs Husnî, *el-İştirât li maslahati'l-ğayr fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûni'l-mukâren*, Cidde 1404/1984, (*el-İştirât*).
- Muhammed b. Ma'cûz, *el-Hukûku'l-ayniyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve't-taknîni'l-Mağribî*, yy., 1410/1990, (*el-Hukûku'l-ayniyye*).
- Mursî Bey, Muhammed Kamil, *el-Emvâl*, üçüncü baskı, Kahire 1362/1943.
- Musannifek, Ali b. Mecdüddîn b. eş-Şâherûdî (875/1470), *el-Hudûd ve'l-ahkâmu'l-fikhiyye*, nşr: Âdil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Muavvad, Beyrut 1411/1991, (*el-Hudûd*).
- Muslehuddin, Muhammed, *Economics and Islam*, Lahor 1980.
- Muslih, Abdullâh b. Abdülazîz, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, Beyrut 1408/1988.
- Mübârek, Muhammed (1981), *Nizâmu'l-İslâm, el-İktisâd*, Beyrut 1392/1972, (*el-İktisâd*).
- Müslim b. Haccâc, Ebu'l-Huseyn el-Kuşeyrî (261/874), *el-Câmiu's-sahîh*, İstanbul 1981, I-III.
- Naim-Miras, Ahmed-Kâmil, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercemesi*, Ankara 1984, I-XIII.
- Nasrullah, Muhammed Ali, *Tatavvuru nizâmi milkiyyeti'l-arâzi fi'l-İslâm*, Beyrut 1982.
- Nebhân, Muhammed Faruk, *el-İtticâhu'l-cemâi fi't-teşrîi'l-iktisâdî el-İslâmî*, üçüncü baskı, Beyrut 1405/1985, (*el-İtticâhu'l-cemâi*).
- Nesâî, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şu'ayb (303/915), *es-Sünen (el-Müctebâ)*, İstanbul 1981, I-VIII.
- *es-Sünen el-kübrâ*, thk: Abdülgaffâr Süleyman el-Bendârî-Seyyid Kisrevî Hasen, Beyrut 1991, I-VI.
- Nesefî, Necmüddîn b. Hafs (537/1142), *Tilbetü't-talebe fi'l-istilâhâti'l-Fikhiyye*, tah: eş-Şeyh Halil el-Meyyis, Beyrut 1406/1986 (*Tilbetü't-talebe*).
- Nevevî, Muhyiddîn Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref (676/1277), *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, Dâru'l-fikr, Beyrut, tsz.
- *Ravdadu't-tâlibîn*, tah: Âdil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Muavvid, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, tsz., I-VIII.

- *Tahrîru't-tenbîh (mu'cem lügavî)*, tah: Fâyid ed-Dâye-Muhammed Rıdvan ed-Dâye, Dımaşk 1410/1990.
- Oğuzman-Seliçi, M.Kemal-Özer, *Eşya Hukuku*, altıncı baskı, İstanbul 1992.
- Olgaç, Senaî, *Kazaî ve İlmî İctihadlara Göre Türk Medenî Kanunu Şerhi*, İstanbul 1967.
- Onar, Siddik Sami, "*Türkiye'de Mülkiyet Hakkının Takyidleri ve Neticeleri*", Siyasî İlimlerde Fikir Dünyası Dergisi, sy.17, Ankara 1957.
- Osman, Muhammed Re'fet, "*et-Teassüf fi isti'mâli'l-hukûk fi's-Şerîati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûn*", Mecelle Külliyyetü's-Şerîa ve'l-Kânûn (Ezher), sy.1, Kahire 1403/1982, (s.2-50), (*et-Teassüf fi isti'mâli'l-hukûk*).
- Ömer Hilmi Efendi, *Ahkâmu'l-evkâf*, İstanbul 1307.
- Ömerî, İsmail, *el-Hak ve nazariyyetu't-teassüf fi isti'mâli'l-hak fi's-Şerîa ve'l-Kânûn*, Musul 1405/1984, (*et-Teassüf*).
- Ömerî, Mûsa Muhammed Sa'd, *Ahkâmu's-şuyû' fi'l-fikhi'l-İslâmî, Dirâse mukârene bi'l-Kânûni'l-Medenî el-Ürdünî*, el-Câmiatü'l-Ürdüniyye, Yayımlanmamış doktora tezi, Amman 1997, (*Ahkâmu's-şuyû'*).
- Örücü, Esin, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul 1976.
- Özakman, H.Cumhur, *Türk Hukukunda Mecra İrtifakları*, İstanbul 1978.
- Özel, Ahmet, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı: Dârulislâm Dârulharb*, İstanbul 1988.
- "*İslâm Hukukunda Ülke Kavramı ve Düşman Ülkelerle Ticarî İlişkiler*", I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya 1997, (s.152-177), (*Düşman Ülkelerle Ticarî İlişkiler*).
- Özen, Şükrü, "*İbn Şübrüme*", DİA, İstanbul 1999, (XX,379-381).
- Özsunay, Ergun, *Zarurî Geçit Hakkı Kavramı ve Kanunî Şartları*, İstanbul 1963.
- Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973.
- Râğib el-İsfehânî, Ebu'l-Kâsım Huseyn b. Muhammed (502/1108), *el-Müfredât fi ğarîbi'l-Kur'ân*, İstanbul 1986, (*el-Müfredât*).
- Rahabî, Abdülazîz b. Muhammed (1184/1770), *Fikhu'l-mulûk ve miftâhu'r-ritâc el-mursad alâ hizâneti Kitâbi'l-harâc*, Bağdat 1973, I-II, (*er-Ritâc*).
- Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Hamza b. Şihâbuddîn (1004/1596), *Nihâyetu'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, Beyrut 1414/1993, I-VIII, (*Nihâyetu'l-muhtâc*).
- Rasâ', Ebu Abdullah Muhammed (894/1489), *Şerh Hudûd İbn Arafe*, tah: Muhammed Ebu'l-Ecfân-et-Tâhir el-Me'mûrî, Beyrut 1993, I-II, (*el-Hudûd*).
- Râzî, Fahrüddîn Muhammed b. Ömer (606/1209), *Mefâtihu'l-ğayb (et-Tefsîru'l-kebîr)*, nşr: Merkezü'n-neşrMektebu'l-i'lâmî el-İslâmî, üçüncü baskı, yy., 1311, I-XXXII.
- Reysûnî, Ahmed, *Nazariyyetu'l-mekâsid inde'l-İmâm eş-Şâtîbî*, dördüncü baskı, Herndon 1416/1995, (*el-Mekâsid*).
- *Nazariyyetü't-tagrîb ve't-tağlîb ve tatbîkuhâ fi'l-ulûmi'l-İslâmiyye*, Meknes (Mağrib) 1994.
- Rizâ, Muhammed Reşit (1935), *Tefsîru'l-Kur'ân'il-Hakîm (Tefsîru'l-menâr)*, ikinci baskı, Dâru'l-ma'rife, Beyrut, tsz., I-XII, (*el-Menâr*).
- Sabbâğ, Resid Mustafa, *Müzekkira ani'l-ahkâmi'l-hâssa bi'l-i'sâr*, Tunus 1980, (*Müzekkira*).
- Sadde, Abdülmun'im Ferec, *el-Milkiyye fi Kavânîni'l-bilâdi'l-Arabîyye*, Kahire 1961, (*el-Milkiyye*).

- Sadr, Muhammed Bâkır, *İktisâdunâ*, üçüncü baskı, Beyrut 1389/1969, I-II.
- Sadrüşşehîd, Hüsâmuddîn Ömer b. Abdülazîz b. Mâze (536/1141), *Kitâbu'l-hîtân*, tah: Abdullah Nezîr Ahmed, Cidde 1416/1996.
- Sâhî, Şevkî Abdûh, *el-Mâl ve turuku istismârihî fi'l-İslâm*, Kahire 1981, (*el-Mâl*).
- Salih, Abdülgaffâr İbrahim, *el-İflâs fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, *Dirâse mukârene*, Kahire 1400/1980, (*el-İflâs*).
- Sâlimî, Nuruddîn Abdullah b. Humejd (1332/1914), *Cevâbâtü'l-İmâm es-Sâlimî*, tah: Abdüssettâr Ebu Gudde-Abdullah es-Sâlimî, Bediyye 1417/1996, I-VII.
- *Cevâhiru'n-nizâm fî ilmeyi'l-edyân ve'l-ahkâm*, tah: İbrahim Eттаfeyyiş, Kâhire 1346, I-III.
- Sâlûs, Ali Ahmed, *el-İktisâdu'l-İslâmî ve'l-kadâyâ el-Fikhiyye el-muâsıra*, Beyrut 1996, (*el-İktisâdü'l-İslâmî*).
- Sâmerrâî, Numan Abdürrezzâk, "*Maradu'l-mevt ve ahkâmuhû fi'l-muâmelât*", Mecelletü'l-buhûsi'l-Fikhiyye el-muâsıra, V/17, Riyad 1413/1993, (s. 57-113).
- Savvâ, Ali Muhammed Huseyn, "*Menhecü'l-İslâm fi'l-infâk ale'n-nefs ve medâ sultatu veliyyi'l-emr fî takyîdih*", *Dirâsât*, c.12, sy.8, Amman 1985, (s. 57-85), (*Menhecü'l-İslâm*).
- Sâyis, Muhammed Ali, "*Milkiyyetu'l-erfâd li'l-ard ve menâfiuhâ fi'l-İslâm*", et-Tevcihu't-Teşrîî fi'l-İslâm min buhûs mu'temerâti Mecmai'l-Buhûsi'l-İslâmiyye, c.1, Kahire 1391/1971, (*Milkiyyetu'l-erfâd li'l-ard*).
- Schacht, Joseph (1969), *İslâm Hukukuna Giriş*, trc: Mehmet Dağ-Abdülkadir Şener, Ankara 1977.
- Selâme, Ahmed, *Nazariyyetu'l-hak fi'l-Kânûni'l-Medenî*, Kahire 1960.
- Semînî, Ziyâuddîn Abdülaziz (1223/1808), *Kitâbu'n-nîl ve şifâu'l-alîl*, (Ettafeyyiş, Şerh Kitâbu'n-Nîl'le beraber), üçüncü baskı, Cidde 1405/1985, I-XVII.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed (1971), *Akdü'l-îcâr (îcârü'l-eşya)*, el-Mecmau'l-ilmî el-Arabî el-İslâmî, Beyrut, tsz.
- *Mesâdiru'l-hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî, dirâse mukârene bi'l-Fikhi'l-Ğarbî*, Dâru'l-fikr, Beyrut, tsz. I-VI.
- Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ebû Sehl (483/1090), *el-Mebsût*, Beyrut 1414/1993, I-XXX.
- *Şerhu's-siyeri'l-kebîr*, thk ve nşr: Salahaddin Müneccid (I-III), Abdülaziz Ahmed (IV-V), Kahire 1958-1971.
- Serozan, Rona, *Komşunun Arsasına Taşan Yapı*, İstanbul 1977.
- Sezen, Yümni, *Sosyoloji Açısından Din*, İstanbul 1988.
- Sibâî, Mustafa, *İslâm Sosyalizmi*, trc: A. Niyazoğlu, İstanbul 1974.
- Siddîk Hasen Hân, Ebu't-Tayyib Siddîk b. Hasen b. Ali el-Huseynî el-Kannûcî (1307/1889), *er-Ravdatu'n-nediyye şerh Dürari'l-behiyye*, Ta'lik-Tahrîc: Muhammed Subhî Hasen Hallâk, ikinci baskı, Birmingham 1413/1993, I-II, (*Ravdatu'n-nediyye*).
- Siddîk Hasen Hân, Ebu'l-Hayr Nûru'l-Hasen b. Muhammed el-Kannûcî (1336/1918), *Fethu'l-allâm li şerh Bulûğî'l-merâm*, tah: Ebu Abdurrahman Salah b. Muhammed b. Uveyda, Beyrut 1418/1997, I-II, (*Fethu'l-allâm*).
- Siddîkî, Muhammed Necatullah, "*İslâm İktisat Düşünce Tarihi Üzerine Yapılan Çalışmaların Bir Tahlîli*", trc: Ömer Açıkgöz, *İslâmî Araştırmalar*, c:11, sy:3-4, Ankara 1999, (s.220-235).

- Sirmen, Lâle, "*Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XL/1-4, 1988, (s.281-306).
- Sübki, Tâciüddîn Abdülvehhâb b. Ali b. Abdülkâfi (771/1369), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Ivaz, Beyrut 1411/1991, I-II.
- Suğdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Huseyn b. Muhammed (461/1068), *en-Nütef fi'l-fetâvâ*, tah: Salâhuddîn en-Nâhî, ikinci baskı, Beyrut 1404/1984, I-II, (*en-Nütef*).
- Sultan, Enver, "*Nazariyyetü't-teassüf fi isti'mâli hakkı'l-milkiyye*", Mecelletü'l-kânûn ve'l-iktisâd, I/17, Kahire 1947, (s.71-136), (*Nazariyyetü't-teassüf*).
- Sultan, Salâhuddîn Abdülhalîm, *Sultatu veliyyi'l-emr fi fardi vezâif mâliyye: Darâib*, Cîze 1409/1988, (*ed-Darâib*).
- Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nezâir fi kavâidi ve furûi Fikhi's-Şâfiyye*, Beyrut 1413/1983, (*el-Eşbâh*).
- Şa'bân, Zekiyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, trc: İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 1990.
- Şafak, Ali, *İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı*, İstanbul 1997.
- "*İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi*", İslâm Hukukuna Göre Alış-Verişte Vâde Farkı ve Kâr Haddi, dördüncü baskı, İstanbul 1990, (s.60-110), (*Kâr Haddi*).
- Şâfiî, Ebu Abdullâh Muhammed b. İdrîs (204/819), *Ahkâmu'l-Kur'ân*, tah: Abdülganî Abdülhâlik, Beyrut 1412/1991.
- *İhtilâfu'l-hadis*, Beyrut 1413/1993, (el-Ümm'le birlikte).
- *er-Risâle*, tah: Ahmed Muhammed Şâkir, el-Mektebetü'l-ilmîyye, Beyrut, tsz.
- *el-Üm*, Tahrîc-Ta'lîk: Mahmud Mataracî, Beyrut 1413/1993, I-IX.
- Şâtîbî, Ebu İshâk İbrahim b. Musa (790/1388), *el-Muvâfakât*, tah: Abdullah Dırâz, üçüncü baskı, Beyrut 1417/1997, I-IV.
- Şâzelî, Hasen Ali, *Nazariyyetu's-şart fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dirâse mukârene beyne'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, Kahire, tsz., (*Nazariyyetu's-şart*).
- Şekerci, Osman, *İslâm Şirketler Hukuku*, İstanbul 1981.
- Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi't-ta'rîf bi'l-Fikhi'l-İslâmî ve kavâidu'l-milkiyye ve'l-ukûd fih*, Beyrut 1983, (*el-Medhal*).
- Şeltût, Mahmud Muhammed (1964), *el-İslâm Akîde ve Şerîa*, onyedinci baskı, Kahire 1417/1997.
- Şeltût-Sâysis, Mahmud Muhammed-Muhammed Ali, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-Fikh*, Dâru'l-meârif, yy., 1986.
- Şener, Abdülkadir, *İslâm Hukukunda Hibe*, Ankara 1984.
- "*İslâm Hukukunda Hacr*", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c.XXI (1976), XXII (1977).
- Şevkânî, Muhammed b. Ali (1250/1834), *Neylü'l-evtâr*, Tahrîc: Halil Me'mûn Şihâ, Beyrut 1419/1998, I-VIII.
- *es-Seylü'l-cerrâr el-mütedeffik alâ Hadâiki'l-ezhâr*, tah: Mahmud İbrahim Zâyid, Beyrut 1405/1985, I-IV, (*es-Seylü'l-cerrâr*).
- Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen (189/805), *el-Câmiu's-sağîr*, Beyrut 1406/1986.
- *el-İktisâb fi'r-rizki'l-müstetâb*, tah: Mahmud Arnûs, Beyrut 1406/1986, (*el-İktisâb*).
- *Kitâbu'l-hucce*, tah: Mehdî Hasen el-Keylânî, Haydarâbad 1/1965; 2/1968; 3/1969; 4/1971, I-IV.

- Şeyhzâde (Dâmâd), Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman (1078/1667), *Mecmau'l-ehur fî şerh Mülteka'l-ebhur*, Tahrîc: Halil Umrân el-Mansûr, Beyrut 1419/1998, I-IV, (*Mecmau'l-ehur*).
- Şeyzerî, Abdurrahman b. Nâsır b. Abdullah (589/1193), *İslâm Devletinde Hisbe Teşkilâtı*, trc: Abdullah Tunca, ikinci baskı, İstanbul 1993.
- Şenkîti, Ahmed b. Ahmed el-Muhtâr el-Cekenî, *Mevâhibu'l-celîl min edilleti Halîl*, Katar 1407/1987, I-IV, (*el-Mevâhibu'l-celîl*).
- Şibir, Muhammed Osman, "*Hudûdu'l-adl beyne'l-evlâd ve muâlecetu'l-cevr fih fi'l-Fikhi'l-İslâmî*", Dirâsât, sy:24, Amman 1997, (s.84-98), (*Hudûdu'l-adl*).
- Şîrâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yûsuf (475/1083), *el-Mühezzeb*, tah: Zekeriyya Umeyrât, Beyrut 1995, I-III.
- *et-Tenbîh*, tah: Ali Muavvid-Adil Abdülmevcûd, Beyrut 1418/1997.
- Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc*, tah: Ali Muhammed Muavvid-Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1415/1994, I-V, (*Muğni'l-muhtâc*).
- Tabakoğlu, Ahmet, *İslâm ve Ekonomik Hayat*, İstanbul 1987.
- Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerîr (310/923), *Câmi'u'l-Beyân fî te'vîli'l-Kur'ân*, Takdim: Halil el-Meyyis, Tahrîc: Sıdkî Cemîl el-Attâr, Beyrut 1415/1995, I-XV, (*Câmiu'l-beyân*).
- Tabersî, Ebu Ali el-Fadl b. el-Hasen b. el-Fadl (548/1153), *Mecmau'l-beyân fî tefsîri'l-Kur'ân*, tah: İbrahim Şemsüddîn, Beyrut 1418/1997, I-X, (*Mecmau'l-beyân*).
- Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme (321/933), *el-Muhtasar*, tah: Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, Kahire 1370.
- *Şerh meânî'l-âsâr*, Kahire 1386/1966, I-IV.
- Tahiroğlu, Bülent, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, İstanbul 1981.
- Talegânî, Mahmut (1979), *İslâm ve Mülkiyet*, trc: Ahmet Saidoğlu, İstanbul 1989.
- Taki Abd Sâlim, "*el-Milkiyyetu'l-ferdiyye ve hudûduhâ fi'l-İslâm*", Nedvetü'l-iktisâdi'l-İslâmî, Bağdat 1983, (*el-Milkiyyetu'l-ferdiyye*).
- Taşkömür, Hikmet, "*Osmanlı Mahallesinde Beşeri Münasebetler*", Mesken ve Mesken Mimarimiz, İstanbul 1995.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1989.
- *Kat Mülkiyeti*, İstanbul 1991.
- *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar*, İstanbul 1994.
- *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri*, İstanbul 1988.
- Tesûlî, Ebu'l-Hasen Ali b. Abdüsselâm (1258/1842), *el-Behçe fî şerhi't-Tuhfe*, Dâru'r-reşâdi'l-hadîse, yy., 1991, I-II, (*el-Behçe*).
- Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Serve (279/892), *el-Câmiu's-sahîh*, İstanbul 1981, I-V.
- Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, Ankara 1984.
- Türkçe Sözlük*, TDK, İstanbul 1992, I-II.
- Türkmânî, Adnan Halid, *Davâbitu'l-milkiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Cidde 1404/1984, (*Davâbitu'l-milkiyye*).
- Türkmen, Ali, *İslâm Eşya Hukuku*, Samsun 1996.
- Ûdeh, Abdülkâdir, *el-Mâl ve'l-hukm fi'l-İslâm*, ikinci baskı, Bağdat 1383/1964.

- Umarî, Musa Muhammed Sa'd, *Ahkâmu's-şuyû' fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dirâse mukârene bi'l-Kânûni'l-Medeniyyi'l-Ürdüni*, el-Câmiatü'l-Ürdüniyye, Yayınlanmamış doktora tezi, Amman 1997, (*Ahkâmu's-şuyû'*).
- Uzunpostalıcı, Mustafa, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, I-II, Konya 1987-1990.
- Üçok-Mumcu, Coşkun-Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Beşinci baskı, Ankara 1985.
- Ünalın, Abdülkerim, *İslâm Hukuku Açısından Hak ve Hakkın Kötüye Kullanılması*, İzmir 1997.
- Vefâ, Muhammed, *Bey'u'l-a'yânî'l-muharrame fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûni'l-vadî*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, tsz., (*Bey'u'l-a'yânî'l-muharrame*).
- Venşerîsî, Ahmed b. Yahya (914/1508), *İdâhu'l-mesâlik ilâ kavâidi'l-İmâm Ebû Abdullâh Mâlik*, tah: es-Sâdik b. Abdurrahman el-Ğirnâbî, Trablus 1401/1981, (*İdâhu'l-mesâlik*).
- Wensinck, A.J., *el-Mu'cemu'l-müfehres li elfâzi'l-Hadîsi'n-Nebevî (Concordance)*, Leiden 1936-1969 baskısından ofset, İstanbul 1986, I-VIII.
- Yahya b. Adem el-Kuraşî (203/818), *Kitâbu'l-harâc*, Tashih ve şerh: Ahmed Muhammed Şâkir, Dâru'l-ma'rife, Beyrut, tsz.
- Yaman, Ahmet, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, İstanbul 1998.
- *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara 1998.
- Yaran, Rahmi, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul 1997.
- Yardım, Ali, *İslâm'da Altın Yüzük Kullanımı*, İstanbul 1998.
- Yeniçeri, Celâl, *İslâm İktisadının Esasları*, İstanbul 1980.
- *İslâm'da Devlet Bütçesi*, İstanbul 1984.
- Yunus, Abdullah Muhtar, *el-Milkiyye fi's-Şerâti'l-İslâmiyye ve devruhâ fi'l-iktisâdî'l-İslâmî*, İskenderiye 1987, (*el-Milkiyye*).
- Yusuf Musa, Muhammed, *el-Emvâl ve Nazariyyetu'l-akd fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, yy., 1987, (*el-Emvâl*).
- *et-Terike ve'l-mîrâs fi'l-İslâm*, ikinci baskı, Kahire 1967.
- Zehebî, Ebu Abdullah Muhammed Şemsüddîn (748/1347), *Hakku'l-câr*, tah: Ebu İsmail Hişâm b. İsmail es-Sekâ, Riyad 1405/1985.
- *Mîzânü'l-îtidâl fi nakdi'r-ricâl*, thk: Ali Muhammed el-Becâvî, Dâru'l-fikr, Beyrut, tsz., I-IV.
- Zekeriyya el-Ensârî, Ebu Yahya, *Esne'l-metâlib şerh Ravdu't-tâlib*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, Kahire 1313, I-IV, (*Şerh*).
- Zemaşşerî, Ebu'l-Kâsım Mahmud b. Ömer (538/1143), *el-Keşşâf*, tah: Abdarrazzâk el-Mehdî, 1417/1997, I-IV.
- Zencânî, Şihâbuddîn Mahmud b. Ahmed (656/1258), *Tahrîcü'l-furû' ale'l-usûl*, tah: Muhammed Edîb Sâlih, dördüncü baskı, Beyrut 1402/1982, (*Tahrîcü'l-furû'*).
- Zenûn, Hasen, *Muhâdarât fi'l-Kânûni'l-Medenî el-İrâkî*, Kahire 1955 (*Muhâdarât*).
- Zerkâ, Ahmed b. Muhammed (1357/1938), *Şerhu'l-kavâidi'l-Fikhiyye*, Takdim: Mustafa ez-Zerkâ-Abdülfettâh Ebu Gudde, Beyrut 1403/1983.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed (1999), *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm: el-Fikhu'l-İslâmî fi sevbihi'l-cedîd*, dokuzuncu baskı, Beyrut 1968, I-III, (*el-Medhal*).
- *Fetâvâ Mustafa ez-Zerkâ*, Dimaşk 1420/1999, (*el-Fetâvâ*).
- *Siyâğa kânûniyyi li nazariyyeti't-teassüf bi-isti'mâli'l-hak fi Kânûnin İslâmiyyin*, ikinci baskı, Amman 1987, (*et-Teassüf*).

- Zerkeşî, Şemsüddîn Muhammed b. Abdullah (772/1370), *Şerhu'z-Zerkeşî alâ Muhtasari'l-Hırakî*, tah: Abdullah b. Abdullah b. Cibrîn, Riyad 1413/1993, I-VII.
- Zerkeşî, Bedrüddîn Muhammed b. Bahadır b. Abdullah (794/1392), *el-Mensûr fi'l-kavâid*, tah: Teysîr Fâik Ahmed Mahmud-Abdüssettâr Ebu Gudde, ikinci baskı, Vizâratü'l-Evkâf ve's-Şuûn, yy. 1982, I-III.
- Zeydân, Abdülkerim, *el-Kuyûdu'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye li'l-maslahati'l-âimme fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*, Uman 1402/1982 (*el-Kuyûdü'l-vâride ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye*).
- *el-Medhal li dirâseti's-Şerâti'l-İslâmiyye*, Beyrut 1411/1990 (*el-Medhal*).
- *el-Vecîz fi usûli'l-Fıkh*, Beyrut 1987, (*el-Vecîz*).
- Zeylaî, Faruddin Osman b. Ali (743/1343), *Tebyînü'l-hakâik şerh Kenzü'd-dekâik*, Bulak 1313-1314'den ofset, el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, Beyrut, tsz., I-VI, (*Tebyînü'l-hakâik*).
- Zeylaî, Cemâlüddîn Abdullah b. Yusuf (762/1360), *Nasbu'r-râye fi tahrîc ehâdîsi'l-Hidâye*, üçüncü baskı, Beyrut 1407/1987, I-IV, (*Nasbu'r-râye*).
- Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuh*, Dımaşk 1984, I-VIII.
- Zürkânî, Muhammed (1122/1710), *Şerhu'z-Zürkânî alâ Mevatta İmâm Mâlik*, Beyrut 1401/1981, I-IV, (*Şerh*).