ANKARA ÜNİVERSİTESİ
(Ankara University)

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
(Institute of Social Sciences)

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
(Basic Islamic Sciences, Islamic Law)

İSLAM HUKUKU'NDA GEÇERLİLİĞİ İZNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR
(Dispositions Whose Validity Requires Permission in Islamic Law)

YÜKSEK LİSANS TEZİ
(Master Thesis)

Tezi Hazırlayan
(Submitted by)

Ayten EROL (VAHAPOĞLU)

Danışmanı
(Promoter)

Doç. Dr. İbrahim ÇALIŞKAN

November 1994

CONTENTS

	PAGE
PREFACE	V
ABBREVIATIONS	VI
INTRODUCTION	1
PART I. BASIC CONCEPTS	3
I. PERMISSION	3
A. DEFINITION	3
B. FORMATION	4
C. PERSONS IN NEED OF PERMISSION	4
D. LEGAL BASES	5
E. QUALIFICATION	6
F. CONDITIONS	6
G. IS PERMISSION A PROXY ASSIGNMENT (TAWKIL)	7
H. TYPES OF PERMISSION	9
I. WAYS OF GIVING PERMISSION	10
İ. PERSONS WHO HAVE THE AUTHORITY TO GIVE PERMISSION AND THE EXTENT OF THEIR AUTHORIZATION	15
J. DIFFERENCES BETWEEN PERMISSION AND APPROVAL	17
K. PERMISSION-CONSENT RELATIONSHIP	21
L. LEGAL CONTEXT OF PERMISSION	22
II. DISPOSITION	23
A. CAPACITY TO DISPOSE	24
PART II: DISPOSITIONS WHOSE VALIDITY DEPENDS ON THE PERMISSION OF GUARDIANS IN PUBLIC LAW	26
I. DISPOSITIONS WHOSE VALIDITY DEPENDS ON THE PERMISSION OF GENERAL GUARDIANS	26
A. DISPOSITIONS WHOSE VALIDITY REQUIRES THE PERMISSION OF PRESIDENT	26
1. Seizing the Cloths, Weapon, Vehicle and Other Belongings of a Person Killed in Battle Fields	26
2. Permission to Enter an Islamic Country (Eman)	29
3. Cultivating Waste Land (al-mawat)	31
4. Constructions and Occupations on Public Roads	35

B. DISPOSITIONS WHOSE VALIDITY REQUIRES THE PERMISSION OF JUDGE..... 36
1. Collecting the Expenses made on a found property from Owner (Lukata)..... 36
II. DISPOSITIONS WHOSE VALIDITY DEPENDS ON THE PERMISSION OF AN INDIVIDUAL GUARDIAN (LEGAL REPRESENTATIVE) 41
A. DISPOSITIONS OF A MINOR (MUMAYYIZ)..... 43
B. DISPOSITIONS OF AN IRRESPONSIBLE AND INTERDICTED PERSON..... 48
PART III: DISPOSITIONS WHOSE VALIDITY DEPENDS ON THE PERMISSION OF INDIVIDUAL OWNERS 53
I. DISPOSITIONS WHICH CONCERN INDIVIDUAL PERSONS AND REQUIRE THEIR PERMISSION..... 53
A. EUTHANASIA- ENDING LIFE ON DEMAND OF A PERSON... 53
B. THEIR MARRIAGE 58
1. The Way of Giving Permission for Marriage..... 58
2. Women Whose Permission Is Binding 59
3. Permission of a Virgin Women 60
4. Authority to Give Permission in Marriage..... 62
II. PASSAGE RIGHTS FROM PRIVATE PROPERTIES..... 65
A. PASSAGE RIGHTS FROM ROADS ON PRIVATE PROPERTIES (MURUR)..... 65
B. BENEFITTING FROM RIVERS AND VALLEYS ON PRIVATE PROPERTIES..... 67
III. DISPOSITIONS WHOSE VALIDITY REQUIRES THE PERMISSION OF HUSBAND..... 70
A. CANCELLATION AND ITS DIFFERENCE FROM REPUDIATION 70
B. DISSOLUTION OF MARRIAGE..... 70
1. Reasons for Dissolution..... 71
2. Dissolution of Marriage by Court 73
IV. DISPOSITION WHOSE VALIDITY DEPENDS ON THE PERMISSION OF DONOR..... 75
A. TAKING POSSESSION OF A DONATION 76
B. WITHDRAWAL FROM DONATION 79
C. AUTHORITY OF A DEPUTY (AGENT) TO DENOTE 79
V. DISPOSITION WHOSE VALIDITY DEPENDS ON THE PERMISSION OF PLEDGING PERSON..... 80

A. TAKING POSSESSION OF A MORTGAGE (RAHN) AND PERMISSION 80
B. BENEFITTING FROM A MORTGAGE (PLEDGE) 82
C. THE RIGHT TO DISPOSE ON A MORTGAGE 85
1. Making loan of non-fungible (ariyya) 85
2. Renting 86
3. Using as a Deposit (Wedia) 88
4. Using as a mortgage 88
5. Changing a mortgage 89
6. Selling a mortgage 89
CONCLUSION 92
REFERENCES 96

SUMMARY IN ENGLISH

1. INTRODUCTION

Our research is entitled as "Dispositions Whose Validity Requires Permission in Islamic Law".

In Islamic Law 'disposition (tasarruf)' is defined as the use of a property or a right by words or by action. That is to say, it indicates the capacity to dispose from his/her property. Disposition in turn requires authorization. Permission (idhn) is an authorization which concludes a *legal* transaction. Therefore, in order to make a legally valid transaction permission is required. Moreover, permission applies only the transaction for which the permission is given. The present study is deliberately restricted to dispositions whose validity requires permission in Islamic law.

The first objective is to provide an overview of the dispositions which are validated only by permission in Islamic law. Differences in views among scalars of Islamic law will also be examined. These will help to reflect the views of other systems of law concerning the subject.

We have restricted the dispositions which creates a legal result by permission which is an authorization. As well as being a law system in general sense, Islamic law is at the same time a divine regulation.

As known, dispositions in Islamic law are dispersed under several headings, such as worship (ibadath), transaction (muamalat) and penal (ukûba). Given its extremely broad coverage, the subject is restricted to the dispositions regarding transactions in general and partly to the criminal in the thesis.

In addition, since no longer exits (i.e. banned), the subject of slavery is excluded, it is only occasionally referred to.

It must be noted that mutual assent (a key element in the formation of contracts) is different from consent (rida, meaning permission) and, was not included in this research.

2. RESEARCH FOCUS

The thesis consists of three chapters. Chapter 1 focuses on the following general issues concerning permission; its definition, form, place, qualification, conditions, types, legal bases, ways of granting permission. Whether it (permission) is a deputy assignment (tawkil), those who have the authority to give permission and the extent of their authorization, differences between permission and approval, relationship between permission and consent, legal context of permission, disposition and capacity to dispose.

Chapter 2 consists of dispositions which are validated by the permission of legal guardian (i.e., legal representative) in the public law. These dispositions are examined under two categories. Dispositions whose validity depends on the permission of those who perform general guardianship (legal representative). And dispositions whose validity depends on the permission of a personal guardian.

Chapter 3 is allocated to the dispositions whose validity depends on the permission of individual persons who possess the right. A general assessment is provided in the conclusion.

3. CONCLUSIONS

Some of the major conclusions from the study can be stated as follows.

Both in Islamic and contemporary laws permission, in general, means to give "authorization".

In Islamic law, the Quran and Hadith constitute the legal bases of permission and, the legitimacy of permission derives from the necessity of life.

It is necessary that the person granted with permission is capable of selling and buying (akil), making profit, distinguishing the grave deception (ghabn fahish) from minor deception (ghabn yessir). In addition, he/she has to know that he is authorized to conclude that transaction. Furthermore, the person granting permission must have the legal guardianship to interdict (hajr) and lift the interdiction on the person granted with permission.

The person who is granted by permission can undertake any kind of

commercial (trade) activities at any time and in any place. That is, there can be no restriction on the commercial activities he/she can perform.

Permission can be in general and specific forms and can be given explicitly or implicitly.

Before explicitly declared, permission stays as a mere intention. In order to conclude a transaction permission must be objectively manifested.

According to both Islamic and contemporary laws, permission is a declaration of free will. Free wills can be expressed either by words or by behaviours. In Islamic law, permission is a unilateral disposal by which a person (a legal representative, owner or an official person) authorizes another person to conclude a transaction which the latter is not allowed to do otherwise.

The capacity to dispose is expanded with permission, and is restricted by *hajr* in Islamic law.

According to Islamic law, all military encouragements (such as grasping weapons, clothes, vehicles, so on, of a killed enemy) require permission of the president or the commander representing him in order these encouragements to be valid.

Permission to enter into a country is directly due to the head of the state or the authority representing him.

Idle soils which do not have any owner are at the disposal of the state and, can only be cultivated by the permission of the president or his representative.

Permission to dispose from public properties is due to public authorities while it is due to owners for private properties.

Conditional on the permission from public authorities and no harm be made to safe passage, new buildings and acquisitions may be made on public roads.

Announcement and protection expenses made on a found property can be collected from the owner given that the permission of judge has been obtained. If this is not possible, these expenses can still be collected from the owner if they can be proved.

The dispositions by a minor, which does not result in a definitive benefit or loss but are between these two extremes, are valid by the permission and approval of legal guardian.

Dispositions by an irresponsible person concerning his/her marriage, divorce and slavery are valid by the permission and approval of his/her

legal guardian. Dispositions which lead to consequences in between the definitive benefit and loss are valid by the permission and approval of liquidator (kayyim).

In Islamic law, it is essential to protect life. Therefore, it is not legitimate to end the life of a patient suffering from unbearable pain even by the patient's demand and permission. This kind of permission is invalid and the act of killing based on the patients's permission is not different from an intentional killing.

A woman who is of age (baligh) and has the capacity to undertake every kinds of fiscal transactions cannot be prevented from making a marriage contract. Without the permission of her legal guardian the marriage contract she has made is valid.

Roads on private properties are of the nature of private roads and, the permission of passage from and use of these roads are due to owner(s).

No member of a community to whom a river is allocated can dispose it without the permission of the other members, no matter whether any damage is made to it.

Wife, if the conditions are satisfied or she does not want to live together, has the right to divorce by the decision of judge.

In order donation to be valid, permission for the take-over by the donator is necessary.

According to Islamic law, in order the take-over of a mortgage (pledge) to be valid, permission of debtor is necessary.

In order both the lender and debtor to use the mortgage their mutual permission is required. Mutual permission is required in order they can make any disposition on the mortgage.

Finally, in Islamic law, only by mutual permission, sides of a mortgage contract can lend the mortgage, use it for another mortgage contract, change it with other mortgage and sell it. Moreover, in case of a mortgage is rent and submitted, be it through the permission of lender, the renting contract is considered to be invalid and the pawn on the mortgage disappears.

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKU'NDA GEÇERLİLİĞİ İZNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tezi Hazırlayan
Ayten EROL (VAHAPOĞLU)

Danışmanı
Doç. Dr. İbrahim ÇALIŞKAN

1993-1994

İÇİNDEKİLER

	SAYFA
ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM: GENEL BİLGİLER	3
I. İZİN	3
A. TANIMI	3
B. HUKUKİ DAYANAKLARI	4
C. ŞEKLİ	4
D. MAHALLİ (İZİN VERİLENLER)	5
E. ŞARTLARI	6
F. HÜKMÜ	6
G. İZİN VEKİLLENDİRME (TEVKİL) MİDİR?	7
H. İZNİN ÇEŞİTLERİ	9
I. İZİN VERME ŞEKİLLERİ	10
İ. İZİN VERME YETKİSİNDE OLANLAR VE YETKİ DERECELERİ	15
J. İZİN İLE İCAZET ARASINDAŞEKLİKİ FARKLAR	17
K. İZİN-RIZA İLİŞKİŞİ	21
L. İZNİN HUKUKİ MAHİYETİ	22
II. TASARRUF	23
A. TASARRUF YETKİSİ (SELAHİYETİ)	24
II. BÖLÜM: KAMU HUKUKUNDA GEÇERLİLİĞİ VELAYET SAHİBİNİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR	26
I. GEÇERLİLİĞİ UMUMİ VELAYETE SAHİP OLANLARIN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR	26
A. GEÇERLİLİĞİ DEVLET BAŞKANININ İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR	26
1. Savaşta Öldürülenin Elbisesinin, Silahının, Bineğinin (Taşıtının) ve Yanındaki Diğer Eşyaların Alınması (Maktulün Selebi)	26
2. İslam Ülkesine Girme İzni (Eman)	29
3. Ölü Arazilerin İhyası (Arazii Mevât)	31
4. Umumi Yolda Yapı ve İşgallerin Yapılması (Yeni Mecra İhdası)	35

B. GEÇERLİLİĞİ HAKİMİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUF 36
1. Buluntuya (Lukata) Yapılan Masrafların Asıl Sahibinden Geri Alınması 36
II. GEÇERLİLİĞİ FERDİ VELAYETE SAHİP OLAN VELİNİN (KANUNİ TEMSİLCİNİN) İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR 41
A. MÜMEYYİZ ÇOCUĞUN TASARRUFLARI 43
B. SEFAHET SEBEBİYLE HACREDİLMİŞ OLAN SEFİHİN TASARRUFLARI 48
III. BÖLÜM: GEÇERLİLİĞİ HAK SAHİBİ OLAN FERTLERİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR 53
I. KİŞİLERLE İLGİLİ HUSUSLARDA GEÇERLİLİGİ KENDİLERİNİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR 53
A. YAŞAM HAKKINDAN VAZGEÇİLMESİ 53
B. EVLENDİRİLMELERİ 58
1. Evlilikte İznin Veriliş Şekli 58
2. Evlilikte İzinleri Şart Olan Kadınlar 59
3. Evlilikte Bekar Kızın İzni 60
4. Evlilikte İzin Verme Yetkisi 62
II. ÖZEL MÜLKLERDEKİ İRTİFAK HAKLARI..... 65
A. ÖZEL MÜLKİYETTEKİ YOLLARDA GEÇİŞ (MURUR) HAKKI 65
B. ÖZEL MÜLKİYETTEKİ NEHİR VE DERELERDEN FAYDALANMA 67
III. GEÇERLİLİĞİ KOCANIN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR 70
A. FESHİN TANIMI VE TALAK İLE FESİH ARASINDAKİ FARKLAR 70
B. MAHKEME KARARIYLA EVLİLİĞE SON VERME (TEFRİK) 70
1. Mahkeme Kararıyla Evlilige Son Verme Sebebleri 71
2. Mahkemenin Evliliği Sona Erdirmesi 73
IV. GEÇERLİLİĞİ HİBE EDENİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUF 75
A. BAĞIŞLAMADA (HİBEDE) TESLİM ALMA (KABZ) 76
B. BAĞIŞLAMADAN (HİBEDEN) DÖNME (RÜCU) 79
C. VEKALETEN BAĞIŞLAMADA BULUNMA YETKİSİ 79
V. GEÇERLİLİĞİ REHİN VERENİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUF 80
A. REHNİN TESLİMİ (KABZI) VE İZİN DURUMU 80
B. REHİNDEN FAYDALANMA 82
C. REHİN ÜZERİNDEKİ TASARRUF KAKKI 85

1. Ödünç (Ariyet) Vermek 85
2. Kiraya Vermek 86
3. Emanet (Vedia) Vermek 88
4. Rehin Vermek 88
5. Rehni Değiştirmek 89
6. Rehni Satmak 89
SONUÇ 92
BİBLİYOGRAFYA 96

ÖNSÖZ

Kişi, hayatı boyunca sürekli tasarruf halinde bulunmaktadır. Fakat kişinin hukuken geçerli bir tasarruf muamelesi yapabilmesi için, tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir.

Bu nedenle, tasarrufların geçerli olabilmeleri hususunda bir yetkilendirme olan iznin gerekliliğini ortaya koyabilmek için "İslâm Hukuku'nda Geçerliliği İzne Bağlı Olan Tasarruflar" konusunu ele alarak imkânlarım ölçüsünde incelemeyi düşündüm.

Ayrıca, bu konu ile ilgili olarak İslâm hukuk ekollerinin görüşlerini ortaya koymak, günümüz hukuku ile mukayeseli bir sonuca ulaşmanın yararlı olacağı kanaatine vardım.

Tez konusunun seçiminde ve tezin hazırlanmasında her türlü destek ve yardımlarını esirgemeyen Değerli Hocam Doç. Dr. İbrahim Çalışkan'a teşekkürü borç bilirim.

Ayten EROL (VAHAPOĞLU)

KISALTMALAR

A.K.= Aile Kanunu.

Al.M.K.= Alman Medeni Kanunu.

Bkz.= Bakınız.

B.K.= Borçlar Kanunu.

b.y.= Kitabın basıldığı yer yok.

C.K.= Ceza Kanunu.

Çev.= Çeviren.

İsv.B.K.= İsviçre Borçlar Kanunu.

Mec.= Mecelle.

md.= Madde.

m.y.= Kitabın basıldığı matbaa yok.

T.B.K.= Türk Borçlar Kanunu.

T.M.K.= Türk Medeni Kanunu.

t.y.= Kitabın basıldığı tarih yok.

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

İslâm hukukunda tasarruf, bir mal veya hakkı sözlü veya fiili bir şekilde kullanmak olup, bir kimsenin kendine ait bir hak üzerinde istediğini yapmak salâhiyetini ifade eder. Bu salâhiyetin menkul veya gayri menkul mallar üzerinde kullanılması mümkün olabileceği gibi haklar üzerinde de kullanılması mümkündür.

Tasarrufun yapılabilmesi için yetki gerekmektedir. İzin ise, hukukî bir tasarrufun yapılabilmesi için verilen yetkidir. Dolayısıyla, hukuken geçerli bir tasarruf muamelesi yapabilmek için iznin varlığı zaruridir. Ayrıca izin, sadece izin verilen tasarruf muamelesi için geçerlidir.

Bu nedenle tezimizde "İslâm Hukuku'nda Geçerliliği İzne Bağlı Olan Tasarruflar" konusunu araştırdık.

Tez konumuz, İslâm hukukunda izin ile geçerli olan tasarrufları toplu bir şekilde ortaya koyabilmenin yanı sıra, bunlarla ilgili İslâm hukukçuları arasındaki görüş farklılıklarını inceleyip diğer hukuk sistemlerinin konumuzla ilgili olan görüşlerini aksettirmesi yönünden önem arzetmektedir.

II. KONUNUN SINIRLANMASI

İslâm hukukunda hukukî bir sonuç doğuran tasarrufları, bir yetkilendirme olan izin ile sınırlandırdık. İslâm hukukunun, hukukî olmasının yanı sıra dini bir hukuk olması, diğer hukuk sistemlerinden farklı bir özellik arzeder.

Bilindiği üzere, İslâm hukukundaki başlıca tasarruflar: ibadât, muamelât ve ukûbat olmak üzere bir kaç kısımda yer almıştır. Dolayısıyla konunun oldukça geniş olması gerçeğinden hareketle, tezimizde genelde muamelât, kısmen de ukûbat (ceza) ile ilgili olmak üzere izin ile geçerli olan tasarruflara yer verdik.

Ayrıca günümüzde geçerli olmaması nedeniyle yer yer değinmiş olsak da, kölelik hususunu araştırmamızın dışında bıraktık.

Burada belirtmemiz gereken bir diğer husus ise, akitlerin oluşmasında esas unsur olan karşılıklı rıza, izin anlamında kullanılan rızadan farklı olup bizim konumuzun dışındadır.

III. KONUNUN SUNULMASI

Tezimizi önsöz ve girişin dışında üç bölümde inceledik.

Birinci Bölüm; iznin tanımı, şekli, mahalli, hükmü, şartları, çeşitleri, iznin hukuki dayanakları, izin verme şekilleri, iznin vekillendirme olup olmadığı, izin verme yetkisinde olanlar ve yetki dereceleri, izin ile icazet arasındaki farklar, izin-rıza ilişkisi, iznin hukukî mahiyeti, tasarruf ve tasarruf yetkisi hususlarının yer aldığı genel bilgilerden oluşmaktadır.

İkinci Bölüm, Kamu hukukunda geçerliliği velâyet sahibinin iznine bağlı olan tasarruflardan meydana gelmektedir. Bu tasarrufları, geçerliliği umumî velâyete sahip olanların iznine bağlı olan ve geçerliliği ferdî velâyete sahip olan velinin (Kanunî Temsilcinin) iznine bağlı olan tasarruflar olmak üzere iki şekilde inceledik.

Üçüncü Bölümde, geçerliliği hak sahibi olan fertlerin iznine bağlı olan tasarruflara yer verdik.

Sonuç kısmında ise, bütün bölümlerin genel bir değerlendirmesini yaptık.

Tez konumuzu incelerken konumuzla ilgili olarak İslâm hukuku sahasında geçmişte ve günümüzde yazılmış kitaplardan, ansiklopedi ve sözlüklerden yararlanacağımız gibi diğer hukuk sistemleriyle mukayese yapmak için bu kitaplardan da elimizden geldiği kadar faydalanmaya çalışacağız. Sonuç kısmında ise, bütün bölümlerin genel bir değerlendirmesi yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. İZİN

A. İZNİN TANIMI

İzin, arapça bir kelime olup bir şeye izin vermek, mubah kılmak ve bilmek anlamına gelen e-zi-ne ( ) fiilinden türetilmiş isimdir.[1]

İznin sözlük anlamı, bir şeyin yapılabilmesi maksadıyla verilen veya alınan serbestlik, yasağın kaldırılması, müsaade, ruhsattır.[2]

İslâm hukukçularının çoğunluğu, lügatta izni, genel olarak "yetkili kılma", "mubah kılma" anlamında tarif ederlerken,[3] bazı İslâm hukukçuları ise, lügatta izni, "bilme" anlamında tarif etmişlerdir.[4]

İslâm hukukunda ise izin, bir şahsa mahsus olmak üzere hacrin fekkedilmesi ve hakkın iskâtı olarak tanımlanmaktadır. Yani, hacr altında olan kimsenin üzerindeki hacr hükmünü kaldırmak ve kişinin tasarruflarının men edilişini de yetki vererek ortadan kaldırmak demektir.[5]

Mecelle'nin 942. maddesinde bu husus, şu şekilde tarif edilmiştir: "Bir şahsa mahsus olmak üzere; şer'i olarak sabit olan hacri bab-ı ticarette fekketmek ve hakk-ı men'i iskât ve velâyeti me'zûna isbat eylemektir ki izin verilen şahsa me'zun denilir."[6] Ayrıca mecelle, izin ve salâhiyet vermeyi vekâlet verme kabul etmiştir (md. 1452).[7]

İngilizce karşılığı permission olan izin, yine İslâm hukukunda ehliyetsiz bir insanın belirli bir hukukî muameleyi sonuçlandırması veya

---

[1]İbn Manzûr, Cemaluddin Muhammed b.Mukrim, Lisanu'l-Arab, XIII, 9, 10.

[2]Tekin, Talât, Türkçe Sözlük, 490.

[3]Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, Kitabu'l-Mebsut, XXV, 2; İbn Abidin, Muhammed b. Emin, Haşiye Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar, VI, 155; Fetâvâ Hindiyye, V, 64; Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade, Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, III, 6,7; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 221; De Bellefonds, Y. Linant, Encyclopaedia of Islam, III, 1016.

[4]el-Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed, el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye, VIII, 278; el-Ayıntâbî, Abdülhamid, Tercemetü't-Tahtâvi, VII, 256; ez-Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmi Ve Edilletuh, V, 434.

[5]Serahsi, XXV, 2; İbn Abidin, VI, 155; Fetâvâ Hindiyye, V, 64; el-Ayıntâbî, VII, 256; el-Aynî, VIII, 278; ez-Zuhaylî, V, 434; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 221.

[6]Ali Haydar, Dureru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, III, 6, 7.

[7]Ali Haydar, III, 797; Karaman, II, 77.

ticari bir muameleyi yerine getirebilmesi için yetkili kılınması olarak da tanımlanmaktadır. Örneğin, mümeyyiz çocuğa velisinin veya köleye sahibinin verdiği yetki gibi.[8]

İzin kısaca, mümeyyiz olan mahcura yapması yasak olan bazı hususlarda salâhiyet vermektir, şeklinde de tarif edilmiştir.[9]

Günümüz hukukunda ise izin, genel olarak bir hukuki muamelenin yapılması veya bir hakkın kullanılması için verilen salâhiyet (yetki) dir.[10]

Yukarıdaki tanımlardan anlaşılacağı üzere, gerek İslâm hukukunda gerekse günümüz hukukunda izin, genel olarak "yetki verme (yetkili, salâhiyetli kılma)" anlamında kullanılmaktadır. Tezimizde de izin bu anlamda ele alınacaktır.

B. İZNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

İslâm hukukunda, iznin hukuki dayanaklarını Kur'ân-ı Kerim ve Sünnet teşkil etmektedir. Şöyle ki, izinle ilgili Kur'an-ı Kerimde pek çok âyet-i kerime mevcuttur. Örneğin; bir âyet-i kerimede şöyle buyurulmaktadır: " İyi toprak -Rabbinin izniyle- bitki verir, çorak toprak kavruk bitki çıkarır. Şükredecek millet için böylece âyetleri yerli yerince açıklarız.[11]"

Diğer bir âyet-i kerimede de; "Hiç bir kimse Allah'ın izni olmadan ölmez; o, belli bir vakte bağlanmıştır..."[12] şeklinde emrolunmaktadır.

Yine Kur'an-ı Kerimde "Allah seni affetsin; doğrular sana belli olup, yalancıları bilmeden önce niçin onlara izin verdin?"[13] ve "...onlarla, zinâdan kaçınmaları, iffetli olmaları ve gizli dost tutmamış olmaları halinde, velilerinin izniyle evlenin ve örfe uygun bir şekilde mehirlerini verin..."[14] âyet-i kerimeleri iznin meşruiyetini göstermektedir.

İznin meşruiyetine esas teşkil eden ikinci dayanak (kaynak), Hz.

---

[8]De Bellefonds, Y. Linant, Encyclopaedia of Islam, III, 1016.

[9]Türk Hukuk Lûgati, 180.

[10]Türk Hukuk Lûgati, 180; Uslu, T. Azmi, Yeni Hukuk Lügati Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 164, 165.

[11]el-Arâf, 7/58.

[12]Alî İmran, 3/145.

[13]Tevbe, 9/43.

[14]Nisâ, 4/25.

Peygamber'in (s.a.v.) Sünnetidir. Buna örnek olarak Hz. Peygamberin şu hadis-î şerifini göstermek mümkündür: "Açıkça izni alınmadan (danışılmadan) dul kadın ve izni alınmadan bekâr kız evlendirilemez" buyurmuş. "Onun izni nasıl anlaşılır?" sorusuna da "susması ile" cevabını vermiştir."[15]

Yine Hz. Aişe'den rivayet edilen bir hadis-î şerifte de Hz. Peygamber "Velisinden izinsiz evlenen kadının nikâhı batıldır"[16] buyurmaktadır.

Burada şu hususu da belirtelim ki, İslâm hukukunda iznin meşru olmasının sebebi, ihtiyaçtır. Dolayısıyla insan bazen, işlerinin çokluğu nedeniyle, ticarete katılamayıp, çocuğun yardımına ihtiyaç duyabilmektedir.[17]

C. İZNİN ŞEKLİ

İslâm hukukunda iznin şekli, izin verenin, izin verilene (çocuğa veya köleye) "sana ticarete izin verdim" demesinden ibarettir.[18]

Bir başka deyişle iznin şekli, izin verenin, izin verilen üzerine izni mübah kılması yani izin verdiğini belirtmesidir.[19]

D. İZNİN MAHALLİ (İZİN VERİLENLER)

İslâm hukukunda iznin mahalli, Mecelle'nin 942 ci maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: " Sabi mümeyyiz ile muteh ve kesb-i salah eden sefih mahcurdur."[20] Yani, mümeyyiz çocuk ile bunak ve malını boş yere harcayan sefih kimseler hacir statüsündedirler. Bunlar, ticari tasarruf-

---

[15]Azîmâbâdî, Avnu'l-Ma'bud, VI, 116; İbn Mâce, Ebî Abdillah Muhammed b. Yezide'l-Kazvînî, es-Sünen, I, 602; Tirmizî, Ebu İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre, el-Câmiu's-Sahih (es-Sünen), III, 415; Ebî Davûd, Süleyman b. el-Eşas es-Sicistânî el-Ezdî, es-Sünen, II, 231; İbn Hacer, el-Askalânî, Bulûgu'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm, 173.

[16]İbn Mâce, es-Sünen, I, 605; Ebî Davûd, es-Sünen, II, 229; Tirmizî, es-Sünen, III, 408; ez-Zeylaî, Cemâluddin Ebi Muhammed, Nasbu'r-Raye li Ehâdisi'l-Hidaye, III, 184, 195, 196; İbn Hacer el-Askalânî, 173; İbnu'l-Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdullah, Ahkâmu'l-Kur'ân, III, 1476; Tahâvî, Şerhu Ma'âni'l-Asâr, II, 4.

[17]Ali Haydar, III, 8, Madde 942.

[18]Fetâvâ Hindiyye, V, 64; Ali Haydar, III, 8, Madde 942.

[19]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 222.

[20]Ali Haydar, III, 8; Bkz. Şener, Abdulkadir, İslâm Hukuku'nda Hacr, 25, 26.

larının geçerli olabilmesi için izne ihtiyacı olan kimselerdir.

E. İZNİN ŞARTLARI

İslâm hukukunda iznin şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

1) İzin verilenin, izin verilen tasarrufu yapmaya âkıl (malın alış ve satışını bilmesi) ve bu tasarrufu kasdetmesi [kazancı kasdetmesi, gabni fahişten (büyük aldanma) gabni yesiri (az bir aldanmayı) ayırabilmesi] şarttır. Örneğin; mümeyyiz olmayan çocuğa ve deliye izin verilemez. Verilse de hükmü geçersizdir.[21]

2) İzin verilen kimsenin (çocuk veya köle olsun), bu tasarrufu yapmaya izinli olduğunu bilmesi gerekmektedir.[22] Öyle ki çocuğa izin verilmiş olduğu halde çocuk kendisine izin verildiğini bilmeden tasarruf etse bu tasarrufu bazı İslâm hukukçularına göre doğru olmaz.[23] Mecelle, çocuğa tasarrufa izinli olduğunu haber veren kimse âdil olmasa da haber vermesi ile çocuğun izinli olacağı görüşündedir.[24]

Ayrıca veli tarafından gizli (zımnî) izin verilen temyiz çağındaki çocuğun bu izni bilmesi, bazı İslâm hukukçularına göre, izinli olduğu zaman ve bununla beraber tasarrufun geçerliliğinde şart olduğu halde, bazılarına göre şart değildir.[25] Biz izin verenin vermiş olduğu gizli iznin, izin verilen tarafından bilinmesinin şart olduğu düşüncesindeyiz.

3) İzin verenin, izin verileni hacr etmeye veya hacrini kaldırmaya velâyeti bulunmasıdır.[26] Örneğin; bir çocuğa kardeşi ve annesi, vasisi olmadığı halde izin verse bu izinin hükmü geçersiz olmaktadır.[27]

İznin şartı ile ilgili bu hususlar Mecelle'nin 942. maddesinde şu şekilde bildirilmektedir: "Mezun'un tasarrufa âkil ve tasarrufu kasıd ve me'zun edildiğine ilmi lâhık ve izin verenin, hacren ve ıtlâken, men'en ve

---

[21]Ali Haydar, III, 6-8.

[22]Fetâvâ Hindiyye, V, 67; Ali Haydar, III, 8.

[23]Ali Haydar, III, 44, Madde 968.

[24]Ali Haydar, III, 8, Madde 942.

[25]Ali Haydar, III, 45, Madde 968; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 74, 75.

[26]İbn Abidîn, Haşiye Reddü'l-Muhtar, VI, 173; Fetâvâ Hindiyye, V, 64; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 222.

[27]Ali Haydar, III, 8, Madde 942.

ıskâten me'zuna velâyeti bulunmasıdır".[28]

F. İZNİN HÜKMÜ

İslâm hukukunda iznin hükmü, izin verilenin, mahcur olduğu tasarruflarından ticaretle ilgili olanlarının izinle geçerli olmasıdır.[29]

Mecelle'nin 942. maddesinde de iznin hükmü, "Me'zunun ticaret kabilinden, ticaret tevâbıından ve ticaret zaruretinden olan tasarruflara mâlik ve bunlardan olmayana gayr-i mâlik olmasıdır" şeklinde tarif edilmektedir.[30] Yani, iznin hükmü, kendisine izin verilmiş olan kimsenin ticari tasarrufları için geçerli olup, ticari olmayan tasarrufları için ise geçersiz olması şeklinde ifade edilebilir.

G. İZİN VEKİLLENDİRME (TEVKİL) MİDİR?

İznin vekillendirme (tevkil) olup olmadığı hususunda İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. İslâm hukukçularının çoğunluğu; Hanefi'ler, Mâliki'ler, Zahiri'ler, Zeydi'ler ve Caferî'ler iznin vekillendirme olmadığı, iskât olduğu, İmam Züfer ve İmam Şafiî ise, iznin vekillendirme ve yerine geçirme (inabe) olduğu görüşündedirler. İhtilaf edilen nokta ise, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre izin, iskât (izin verenin hakkını düşürme) olduğu için zaman, mekân itibariyle ve bir çeşit veya bir şahıs ile muamele ve ticaret bakımından kayıtlandırma ve vakitlendirmeye uygun sayılmamaktadır. İmam Züfer ve İmam Şafiî'ye göre ise izin, vekillendirme ve yerine geçirme olduğu için, bunlarla kayıtlandırılır ve hususileştirilir.[31]

İmam Züfer, örnek olarak köleyi vermiştir. Köle, sahibi için ve onun izni ile tasarruf eder. Onu tasarruftan men eden engel köleliktir. Ve kölelik izinden sonra da vardır. Böylece izin verenin onun tasarrufunu kayıtlandırması doğrudur. Bunu vekildeki hüküme benzetmektedir. Çünkü

---

[28]Ali Haydar, III, 8.

[29]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 222.

[30]Ali Haydar, III, 8.

[31]Serahsi, XXV, 10, 17, 18; Kâsâni, Alauddin Ebu Bekr b. Mes'ud, Bedâi'u's-Sanâi fi Tertibi'ş-Şerâi, VII, 192; İbn Abidin, Haşiye Reddü'l-Muhtar, VI, 155; el-Aynî, el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye, VIII, 278, 279; Fetâvâ Hindiyye, V, 66, 67; el-Ayıntâbî, Tercemetü't-Tahtâvi, VII, 256; Ali Haydar, III, 6, 7; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 224-227; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 74, 75.

vekil, müvekkil için tasarruf etmektedir. Müvekkil izin vermedikçe tasarruf etmesi vekil için geçerli olmamaktadır.[32]

Ayrıca, Şafiî'ler, ticarette köle için iznin, vekillendirme olmadığı görüşündedirler. Şöyle ki, eğer izin verilen (mezun) kölenin sahibi onu satar veya onun köleliği son bulursa (onu azad ederse), iznin biteceği çünkü sahibinin izni köle için istihdam olduğu, vekillendirme olmadığı görüşündedirler.[33]

Mecelle'ye göre, velinin izni zaman, mekân ve bir çeşit alış veriş ile kayıtlandırılmaz (Mecelle, Madde, 970).[34] Mecelle'nin de kabul ettiği Hanefi'lerin görüşüne göre izin, iskât (izin verenin hakkını düşürme) olup iskât ise, kayıtlandırmayı kabul etmez. Bu itibarla böyle bir kayıtlandırma yapılsa da mümeyyiz çocuk ve bunak (matuh) her çeşit ticareti yapabilir, mal rehin edebilir, hatta fahiş gabin ile satışta bulunabilirler. Öyle ki, veli bir ay için izin verse de yeniden hacir etmedikçe izinli olarak kalırlar.[35]

İznin zaman ile kayıtlandırılamayacağı ve hususileştirilemeyeceğini şu şekilde örneklendirmek mümkündür: Mümeyyiz çocuğa velisi, bir gün veya bir ay alış veriş için izin verse, mümeyyiz çocuk, velisi onu tekrar hacir etmedikçe ebedî olarak izinli kalmaktadır. Fakat izinden sonra velisi yeniden hacır ve verdiği izni iptal edebileceği Mecelle'nin 973 üncü maddesinde geçmektedir.[36]

İzin, mekân ile de kayıtlandırılamaz. Şöyle ki, mümeyyiz çocuğa velisi,"fülan çarşıda alıs veriş et" dese, çocuk her yerde alış verişe izinli olmuş olur.[37]

Yine mümeyyiz çocuğa velisi, "fülan cins malı al sat" hatta "başka cins malları alıp satma" demiş olsun veya olmasın, mümeyyiz çocuğun, her cins ve dilediği malları alıp satabilmesi, iznin bir çeşit alış veriş ile

---

[32]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 224, 225.

[33]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nâsır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 225, 226.

[34]Ali Haydar, III, 45, 46.

[35]Ansay, 74, 75; Mevsûa Cemal Abdu'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmi, İzn, IV, 227.

[36]Kâsâni, VII, 192; Fetâvâ Hindiyye, V, 66, 67; Ali Haydar, III, 48, 49, Madde 969.

[37]Fetâvâ Hindiyye, V, 67.

kayıtlandırılamıyacağı hususuna örnek verilmiştir.[38]

Bu izin ve vekâlet arasında bir ayrılık olarak değerlendirilmez. İnsana izin verilir, fakat onun nefsine ve hareketlerine malik olunmaz. Bunun yanı sıra onun izni doğrudur ve izin verilenin tasarrufu geçerlidir. Örneğin, kadın evlilik aktine katılmaya malik olmaz. Reşide olursa İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, bu hususta velisi için onun rızasını ve iznini almak aktin geçerliliği için gereklidir.[39]

Sonuç olarak diyebiliriz ki, izin de bir vekillendirme değil, izin verenin hakkını düşürme söz konusu olmaktadır. Bu nedenle de, izin verilen kimse, her yerde ve her zaman ticaret edebileceği gibi, her çeşit alım-satımı da yapabilir.

H. İZNİN ÇEŞİTLERİ

İslâm hukukçuları iznin hususi (hâs) ve umumî (âmm) olmak üzere iki çeşit olduğu görüşündedirler.[40] Ve bu iki çeşit izni genelde örneklerle tarif etmişlerdir. Şöyle ki, hususi izin, izin verenin, "bana bir dirhem et satın al" veya "benim için şu yiyeceği satın al" veya da, "ailen için bir elbise satın al" şeklinde belli bir şeyi almak veya satmak için verilen izindir. Bu şekilde verilmiş olan izin ticari izin sayılmayıp istihdam sayılmıştır. Böylece İslâm hukuku delillerinden olan istihsan ve kıyasa göre izin verilen, hususi izinle izinli olmuş olur. Daha açık bir şekilde ifade edecek olursak, izin veren, izin verilene, izin veren namına yiyecek, giyecek gibi bir şey almayı emrettiği zaman, bu istihdam olduğundan izin verilen ticarete izinli kabul edilmez. Çünkü ticarete izin, ticaretlerin hepsine izin demek olup parçalanması, ayrılması mümkün değildir. Ticari izin istihsana göre, bütün yönleriyle bir izin olmaktadır. Nitekim izin verenin, izin verilene " boyacılık yap" veya "terzilik yap" demesi durumunda, onun emri bir çok akitle ilgili olacağından bu şekilde verilmiş bir izin, ticâri izne delâlet etmektedir.[41]

Bu hususla ilgili olarak Mecelle'nin 969 uncu maddesinde "Ribh kasd

---

[38]Ali Haydar, III, 48, 49, Madde 969.

[39]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmi, İzn, IV, 226, 227.

[40]Kâsâni, VII, 191; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 227-230.

[41]Kâsâni, VII, 191; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 227; Şener, İslâm Hukuku'nda Hacr, 25.

olunduğuna delâlet eden akd-i mükerrerler ahz ve i'taya izindir." denilmektedir. Yani kazanç maksadına yönelik akitler alış-verişe izin anlamındadır.[42]

Umumî izine gelince, İslâm hukukçuları bunu izin verenin "ticarette veya ticaretlerde sana izin verdim" demesi şeklinde bir örnekle tanımlanmışlardır. İzin verilen kimse ic'mâen her türlü ticari tasarrufa sahip olmaktadır. Şöyle ki, ticaretin bir çeşidine izin verildiği zaman, yiyecek satışına v.b. gibi, daha önce de belirttiğimiz üzere, izin verilen kimse, ticaretin bütün çeşitlerinde tasarruf yapmaya izinli olmaktadır. Hanefi'ler bu görüştedirler.[43]

Bunların aksine İmam Şafiî ve Hanefi'lerden İmam Züfer'e göre, gerek hususi izin olsun, gerekse umumi izin olsun, hususi bir şarta ve hususi bir vakte bağlı olabileceği gibi umumi bir şarta ve umumi bir vakte de bağlı olabilmektedir.[44]

I. İZİN VERME ŞEKİLLERİ

İslâm hukukçuları izni, varlığı bilinmeden önce ortaya konulması gereken soyut bir halet-i ruhiye olarak düşünmüşler ve bu şekilde ortaya konulmadan önce onun sadece bir niyet olduğunu ifade etmişlerdir. Niyet ise, kendi başına bir tasarrufu meydana getirmeye yeterli değildir. Hareketsiz niyet tasarrufu oluşturmaya yetmemektedir.[45] Burada önemli olan nokta, iznin objektif (açık olarak) ortaya konulmasıdır. Çünkü objektif düşüncenin en belirgin özelliği içteki iradeyi değil, dışa vuran, ifade edilen iradeyi esas almaktır.[46]

İradeyi dışarıya yansıtan, onu gösteren ve tanıtan söze veya yazıya "irade beyanı" denilmektedir. Fakat bütün irade açıklamaları (irade beyanları), söz ve yazıdan ibaret değildir. İradenin söz veya yazı dışındaki hareketlerle ifade edilmesi de mümkündür: Baş sallama, gülerek el sıkma, fiyatı belli bir malın bedelini satıcıya uzatıp verme, satın

---

[42]Ali Haydar, III, 45; Serahsi, XXV, 25; Bilmen, VII, 281, 282; Şener, İslâm Hukuku'nda Hacr, 26.

[43]Kâsâni, VII, 192; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 227; Şener, İslâm Hukuku'nda Hacr, 25.

[44]Geniş bilgi için Bkz. Kâsâni, VII, 192.

[45]Hâmid, M.A., Mutual Assent in the Formation of Contracts, 41.

[46]Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 63; Hâmid, 41.

alınması teklif edilen bir malı alıp kullanmaya başlama v.s. gibi. Bunlara kısaca "irade hareketleri" denilmektedir. Örneğin, müşterilerin kendi kendilerine servis yaptıkları bir lokantada bir müşteri, elindeki tepsiye önceden hazırlanmış yemek tabaklarından bir kaçını seçerek koyarken, satıcının kasada oturan müstahdemi, bu yemeklerin bedelini hesaplayıp alırken, taraflar arasında çoğu kez herhangi bir görüşme geçmemektedir.[47]

Öyleyse diyebiliriz ki, irade beyanları, ya sözler ile ya da hareketler ile yapılabilir.

Bir irade beyanı olan izin, gerek İslâm hukukunda, gerekse günümüz hukukunda, açık (sarih) olarak verilebileceği gibi gizli, örtülü (zımnî) olarak ta verilebilmektedir.[48]

Bu husus, Mecelle'nin 971 inci maddesinde de "İzin sarahaten olduğu gibi delâleten dahi olur" şeklinde belirtilmiştir.[49]

Ayrıca bu esası Borçlar Kanununun 1/II. maddesi şöyle ifade etmektedir: "Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımnî dahi olabilir."[50]

İzin çeşitlerini şu şekilde açıklamamız mümkündür:

1. Açık (sarih) İzin: Eğer bir söz veya hareket hem hukuki bir sonuca varma iradesini hem de izin verme iradesini doğrudan doğruya ifade etmeye elverişli ise, açık bir izin söz konusu olmaktadır. Açık olarak verilen izinlerde, bir sözün veya hareketin doğrudan doğruya sahip olduğu anlam, yapılmak istenen işin ne olduğunu hemen göstermeye yetmektedir; ve bunun için ayrıca zihni bir çaba harcamaya lüzum kalmamaktadır.[51]

Bunu örnekle açıklayacak olursak, açık izin, rehin verenin rehini teslimde "sana izin verdim" veya "ona razı oldum" demesiyle olabileceği gibi , akit meclisinde rehin alana, rehini teslim alması (kabzetmesi) için,

---

[47]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 63.

[48]İbn Abidin, Haşiye Reddü'l-Muhtar, VI, 156, 158; Fetâvâ Hindiyye, V, 65; el-Ayıntâbî, VI, 256, 257; el-Aynî, VIII, 280; Ali Haydar, III, 49, 50, Madde 971; ez-Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmî Ve Edilletuh, V, 210, 221; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasir fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 222; Ansay, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 74, 75; Şener, İslâm Hukuku'nda Hacr, 26; Erkoç, H. Hüseyin, İslâm Hukuku'nda Hür Şahsın Ehliyeti, 31, 32; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 63.

[49]Ali Haydar, III, 49; Şener, 26; Erkoç, 31, 32.

[50]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 63.

[51]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 64.

"teslim al" diye emretmesiyle de olabilmektedir.[52]

İznin açık bir şekilde belirtilmesi, belli bir hareketle veya işaretle de yapılabilmektedir. Örneğin, bir mağazada satıcıdan satılık bir malın fiyatı soruluyor. Satıcının 500.000 lira demesi üzerine alıcı, herhangi bir söz söylemeden, 500.000 lirayı çıkarıyor ve satıcıya uzatıyor. Burada alıcının bu hareketi, yapmak istediği hukuki işlemi de, izin verme iradesini de doğrudan doğruya anlatmaya elverişli olduğu için açık bir izin sayılmaktadır.[53]

2. Gizli (zımnî) İzin: Bunlar, hukuki bir sonuca varma iznini «dolaylı yoldan» ifade eden sözler veya hareketlerdir. Tekinay bu hususu şu şekilde açıklamaktadır:

"a) Bazan bir irade beyanı vardır; ve bu beyan , açıklama yapma iradesine dayanmakla beraber hukuki sonuç iradesini dolayısiyle ifade etmektedir. Örneğin: Bir baba, velâyeti altındaki küçüğün yaptığı bir satışa muvafakat ettiğini açıkça bildirmemiştir; fakat alıcıdan satış bedelini ne zaman ödeyeceğini sormaktadır. Velinin bu talebi zımnî bir muvafakat beyanıdır.

b) Zımnî irade açıklamaları bazan sarih bir beyana eş tutulamıyan fiilî davranışlarla, maddi fiillerle vukubulur. Böyle davranışlara «delâlet edici fiiller» denir. Meselâ (A) kirli ceketini, temizleme fiyatlarını kapısında ilân eden elbise temizleyicisi (B) ye herhangi bir söz söylemeden uzatıp veriyor ve (B) nin derhal hazırladığı bir tesellüm (teslim alma) fişini alarak dükkândan ayrılıyor. Burada (A) nın, ceketini (B) ye uzatması bir istisna' sözleşmesi yapmak iradesine «delâlet eder»; diğer söyleyişle böyle bir iradeyi dolaylı olarak ifade eden bir harekettir; sonuç olarak zımnî bir irade açıklamasıdır."[54]

Burada zımnî bir irade açıklamasını, izinin bir irade beyanı olması sebebiyle, zımnî bir izin beyanı olarak düşünmemiz mümkündür. Ayrıca bu durumda, zımnî izin çeşidine, delâlet yoluyla izin de denilebilir. Rehin alanın rehin edilmiş malı akit meclisinde teslim alması ve rehin verenin buna ses çıkarmaması, itiraz etmemesi[55] durumu da delâlet yoluyla izine

---

[52]ez-Zuhaylî, Vehbe, V, 210, 221.

[53]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 64.

[54]Tekinay, Akman,Burcuoğlu, Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 64, 65.

[55]ez-Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmî Ve Edilletuh, V, 210, 221.

örnek teşkil etmektedir.

Yine, velisi temyiz çağındaki çocuğu alış-veriş yaparken görür de engel olmaz ve susarsa delâlet yoluyla ona izin vermiş sayılır[56] Bu hükmü Şafiî'ler de benimsemişlerdir.

Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, sükutun delâlet yoluyla izin olması, açık olarak bir yasak bulunmadığı takdirdedir. Görmekten maksat ilimdir. Gerek göz ile görmüş olsun, gerekse kendisine bildirilmek suretiyle öğrenmiş olsun.[57]

c) Susma (sükût): Kural olarak susma, genellikle zımnî bir izin açıklaması sayılmamakla birlikte, bazı istisnaî durumlarda gizli (zımnî) bir izin açıklaması gibi etkili olması mümkündür. Örneğin, İslâm hukukuna göre, nikahtan önce veya sonra, evlenecek olan bekar kıza sorulduğunda susması veya gülmesi, sessizce ağlamasi, izin anlamına gelmektedir.[58] "İznin Hukuki Dayanakları" konusunda geçen, Hz. Peygamberin hadis-î şerifi bu husus için delildir. Yine, kefalet aktinde mekfülün lehin (kendisine kefil olunan şahsın) susması,[59] rehin alanın rehin edilmiş malı teslim alma vaktinde rehin verenin susması, satıştan önce malın kusuru haber verildiğinde, kusura sükût, bağış yapanın, bağışlanan şeyin kabzedilmesi (teslim alınması) anında susması gibi durumlar da, izin anlamına gelmektedirler. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.[60]

Ayrıca susma, günümüz hukukunda bazan da kanunun özel bir hükmü gereğince bir irade (izin) açıklaması gibi etkili olmaktadır. Örneğin, BK. nun 387 ve 472 ci, Ticaret Kanununun 23 ve 92 ci maddeleri bu şekilde dir.[61]

Yukarıda açıklanan izinin veriliş şekilleri hususunda, İslâm hukuk

---

[56]Ali Haydar, III, 49, Madde 97; el-Ayıntâbî, III, 178, 179; VII, 256, 257; Karaman, II, 77; Şener, İslâm Hukuku'nda Hacr, 26; Erkoç, 31, 32.

[57]Ali Haydar, III, 49, 50, Madde 971.

[58]el-Ayıntâbî, Tercemetu't-Tahtâvî, III, 177; el-Karadağî, Ali Muhyiddin Ali, Mebdeu'r-Rıda fi'l-Ukûd, II, 967; Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, 117.

[59]Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 77.

[60]Geniş bilgi için bkz. el-Ayıntâbî, III, 177, 178, 179; Senhûrî, Abdurrazzak Ahmed, Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, II, 127-130; el-Karadağî, II, 967.

[61]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 68.

çuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefi'ler, Mâliki'ler ve Zeydî'ler, iznin açık olduğu gibi, gizli de olabileceği görüşünde iken, Şafiî'ler, Hanbeli'ler ve İmami'ler, iznin sadece açık olabileceği görüşündedirler.[62]

Şafiî'ler ve İmami'ler, izni tasarrufta bir şart olarak gördükleri için, susmayı tasarrufta yeterli görmemektedirler. Kölenin tasarrufu üzerine, sahibinin susmasını izin olarak kabul etmezler. Bunu başkasının malını sattığında susana benzetmektedirler.[63] Bunların aksine, Hanefi'lere göre bu, ticarete izin vermek demektir (Mecelle madde 1452).[64] Burada kölenin sahibinin susması bu tasarrufa bir izin örneğidir. Fakat bu konunun köleye açıklanması lazımdır. Çünkü insanlar bu köle ile çalıştıkları vakit, onların tasarruflarında sahibinin sükutunu bilmeleri gerekmektedir.[65] Hanbeli'ler de, velisi temyiz çağındaki çocuğu alış veriş yaparken görür ve onun tasarrufunu engellemezse çocuğun izinli olmayacağı görüşündedirler. Yine bunlara göre, rehin veren rehini satar ve rehin verilen susarsa veya rehin verilen rehini satar, rehin veren susarsa, susmaları izin olmaz.[66]

Ayrıca, sahibinin yanında onun malını satan kişinin (fuzûli) bu tasarrufu karşısında susan mal sahibinin, susmasının rıza ve izin olup olmaması hususunda fukaha arasında görüş ayrılığı vardır. Hanefi'ler, Şafiî'ler ve Hanbeli'lere göre, susmanın rızadan başka sebeb ve manâları olabileceği ihtimalinden dolayı bu susma, rıza ve izin sayılamaz; çünkü ihtimal delil olamaz. Maliki'lere göre, baskı altında susması haricinde, satış sırasında hazır olan veya o sırada satış yerinde bulunmadığı halde sonradan haberdar olup da uzun zaman susan mal sahibinin bu davranışı izin ve rıza manasına gelmektedir. Çünkü âdete göre mal sahibi, başkası tarafından malının satıldığını gördüğünde susmaz; eğer susuyorsa bu onun razı olduğunu göstermektedir. Zaten razı olmadığı takdirde susması da doğru

---

[62]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 223, 224.

[63]el-Aynî, VIII, 280; Fetâvâ Hindiyye, V, 113; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasir fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 224.

[64]Kâsânî, VII, 192; el-Aynî, VIII, 280; Fetâvây-ı Hindiyye, V, 65; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 222-224; Karaman, II, 77.

[65]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 222.

[66]İbn Kudame, Muvaffakuddin, el-Muğni, V, 85; Senhûrî, Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, II, 127; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasir fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 224.

değildir.[67]

Şunu da özellikle belirtmek gerekir ki, sükût muhtemel işler için tek başına delil olmaz. İzinde asıl olan, açık olması , delâlet lafzı izine delalet etmesi veya bir yazı ile veya anlaşılan bir işaretle olmasıdır.[68] Sesli konuşmanın zaruri olduğu durumlarda susmanın rıza olarak kabul edilmesi pek nâdirdir. Dilsiz bir kişinin yazısı şartsız olarak kabul edilir. Fakat teorik olarak diğer kişiler söz konusu olunca yazı ile rıza beyanı çok sınırlıdır.[69]

İ. İZİN VERME YETKİSİNDE OLANLAR VE YETKİ DERECELERİ

İslâm hukukunda ammenin hukuk ve menfaatini korumak görev ve yetkilerini taşıyan yetkili makamların, yetkileri çerçevesinde verdikleri izin ve emir, fertlerin kendi hakları sahasında verdikleri izin ve emir gibidir; bu hukuki izne dayanarak tasarrufta bulunan, meselâ pazar yerinde bir çukur açan veya tezgah ve dükkân kuran kimse bu fiilin sebeb olacağı zararı tazmin etmez; çünkü fiil hukuk dışı, haksız olarak uygulanmamıştır[70].

İzin, idare hukukunda, devlet başkanı, bakanlar, vali ve kaymakam gibi idare âmirleri tarafından verilir. Örneğin, piyango keşidesine idarenin, anonim ve kooperatif şirketlerin teşekkülüne Bakanlar kurulunun müsaade etmesi, askerlerin ve yabancı memurların evlenmeleri için verilen izin gibi.[71]

Ceza hukukunda, devletin şahsiyetine karşi suçlardan bazıları hakkında takibat yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlı olmaktadır (CK. 173).[72] Bazan da hukuki muamelenin tamamlanması resmi bir makamın (çok defa yargıcın) vereceği izne bağlı tutulmuştur. Örneğin, evli bir kadının kocası lehine olmak üzere üçüncü bir kişiye karşı borç altına girebilmesi için yargıcın buna izin vermesi gerekir (M.K. m. 169/II). O halde resmi

---

[67]Karaman, II, 77.

[68]Mevsûat Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 223.

[69]Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, 117.

[70]Karaman, II, 488; Bkz. örneklerle ilgili olarak Mec. mad. 919.

[71]Türk Hukuk Lûgati, 180.

[72]Türk Hukuk Lûgati, 180.

makamın izni, hukuki muameleyi tamamlayan bir unsur olmaktadır.[73]

Medeni hukukumuza göre de izin ancak asliye mahkemesince verilmektedir.[74]

İslâm hukukunda izin verme yetkisi, mümeyyiz çocuk ve bunak halindeki kimseler için, ilk derecede veli, vasidir. Bu kimselerin sebebsiz yere izin vermeden çekinmeleri halinde hâkimdir. Sefih yani malını boş yere israf eden ve bu israfiyle de toplumu zarara uğratan ve borçlu olan kimse için sadece hâkim izin verebilir. Bu kimselere veli ve vasilerinin izin verme hakları yoktur. Köleye de sahibi tarafından izin verilir.[75]

Temyiz çağındaki çocuğa izin veren velisi, çocuğun izni iyi kullanaması durumunda isterse geri alabilir. Velinin ölümü ve devamlı deliliği durumunda izin geçersiz olur. Bu hususla ilgili Mecelle'nin 976 cı madde sinde "Bir sağiri me'zun eden veli fevt oldukta vermiş olduğu izin batıl olur. Fakat hakimin izni vefatiyle yahut azliyle batıl olmaz."[76] denilmektedir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, hakim tarafından çocuğa verilmiş olan izin, çocuğun velisi tarafından geri alınamaz. Velisinin ölümü de işinde etkili olamaz. İznin yalnızca hakimin kararı ile kaldırılabileceği Mecelle'nin 977 ci maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: "Bir hakimin me'zun ettiği sağiri yine ol hakimin yahut halefi hacr edebilir; yoksa babası yahut diğer velisi hakimin vefatı yahut azli üzerine onu hacredemez."[77]

İslâm hukukunda çocuklara ticarete izin verme yetkisinde olan veliler sırasiyle şunlardır: 1- Babası, 2- Babası vefat etmiş ise vasiyyi muhtarı, 3- Vefat eden vasiyyi muhtarın hayatta iken tayin ettiği vasi, 4- Cedd-i sahihi, yani: Çocuğun babasının babası veya babasının babasının babası, 5- Cedd-i sahihin hayatta iken tayin etmiş olduğu vasi, 6- Bu vasinin tayin ettiği vasi, 7- Hakim veya onun vasiyyi mensubu. Bunların önceki varken

---

[73]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 40.

[74]Erkoç, 32; Bkz. M.K. Madde 362, 414.

[75]Erkoç, 31, 32; Ansay, 74.

[76]Ali Haydar, III, 66, 67.

[77]Ali Haydar, III, 67; Erkoç, 32.

sonrakinin velayeti geçerli olamaz.[78] Ayrıca çocuğun annesi, annesinin vasisi, kardeşleri, amcaları ve diğer yakınları ona ticaret için izin veremezler, hâkim tarafından vasi tayin edilmiş olsalar bile onların izinleri doğru olmaz.[79]

J. İZİN İLE İCAZET ARASINDAKİ FARKLAR

İcazet, lügatte izin, ruhsat ve bir şeyin caiz olduğunun ortaya konulması, beyan edilmesi ve onay manâlarına gelmektedir.[80]

İcazetin sözlük anlamı ise, hak sahibinden izinsiz ve fuzûlen yapılan bir tasarrufa, hak sahibinin haber alınca, izin vermesi, razı olmasıdır.[81]

İcazeti ıstılahda Ergüney şu şekilde tanımlamaktadır: "Vesayete tâbi olan yani yaşı itibariyle kanunen vesayet altında bulunması icab edip bu sebeble borç iltizamı gibi hukuki tasarrufa ehil olmayan ve fakat temyiz kudretini haiz olan veya temsil salâhiyeti bulunmadığı halde başkası namına bir akid yapan kimselerin, yapmış oldukları akid ve muamelelere, mümeyyiz olan küçüğün veli ve vasisi gibi Kanuni mümessilinin veya vekâlet gibi temsil salâhiyeti olmadan, akid kendi namına yapılan kimsenin, bu akid ve muameleye muvafakat etmeleridir.[82]

İzin ise, daha önce de belirttiğimiz gibi; ehliyetsiz bir insana, bir hukuki muamelenin yapılması veya bir hakkın kullanılması için yetki vermektir.[83]

Yukarıdaki tanımlardan anlaşıacağı üzere, izin ile icazet arasında en önemli fark, izin olacak bir şeyle, icazet ise olmuş bir şeyle ilgilidir. Yani izinde, ehliyetsiz bir insana, yapılmamış olan bir hukuki muameleyi yapmak için, yetkili kişi veya makam tarafından, yetki verme, icazette ise,

---

[78]Serahsi, XXV, 23; İbn Abidin, VI, 174; Ahmed İbrahim Bey, el-Muamelâtü'ş-Şer'iyyetü'l-Maliyye, 81; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukukı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye KAMUSU, VII, 286.

[79]Serahsi, XXV, 23; İbn Abidin, VI, 174; Fetâvâ Hindiyye, V, 110; Bilmen, VII, 286.

[80]Ergüney, Hilmi, Türk Hukuku'nda Lügat Ve Istılahlar, 197; Schacht, 122.

[81]Uslu, T. Azmi, Yeni Hukuk Lügati Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 135.

[82]Ergüney, 197; İcazet, MK. 16, 394, 395, BK. 38 de benzer şekilde tanımlanmaktadır.

[83]Uslu, 164, 165.

ehliyetsiz bir insanın, yetkisiz olarak yapmış olduğu bir hukuki muamelenin, yetkili kişi veya makam tarafından onaylanması söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

Tasarruf yetkisi olmayan kimsenin başkasına ait hak üzerinde yaptığı tasarruf muamelesi esasen hükümsüzdür. Fakat sonradan hak sahibinin göstereceği icazet ile tam bir tasarruf muamelesi olabilir (Al. M.K. 185, TBK 38 İsv BK. art. 38). İcazetin hüküm ifade etmesi için icazetin konusu olan muamelenin halen mevcut olması lazımdır. Çünkü bir akit icazet verilmeden önce akit yapanların isteği üzerine ortadan kaldırılabilir.[84]

Ayrıca, icazet, mâkabline yani geçmişe yönelik olup akit ve muamelenin geçmişte yapıldığı andan itibaren geçerli sayılan, tek taraflı hukuki muameledir. İzin ile icazet arasındaki farklardan birisi de, icazetten dönülemez,[85] aksine muamele yapılıncaya kadar izinden dönmek mümkündür.[86] Yani izin, muamelenin yapıldığı ana kadar geri alınabilir. Şu kadar ki tasarruf muamelesini yapacak olan kimse ile hak sahibi arasındaki dahilî münasebet izinden dönme meselesi bakımından önem kazanabilir.[87] İcazet, muamele yapıldıktan sonra verilen muvafakattir, halbuki izin muameleden önce verilmektedir.[88]

Vekâlet[89] konusunda, izin ve icazet tevkil anlamında kullanılmıştır.

---

[84]Ayiter, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, 128, 129.

[85]Türk Hukuk Lûgati, 14; Ergüney, 197, 198; Uslu, 135.

[86]Türk Hukuk Lûgati, 180; Bkz. (MK: 16, 90, 91, 120, 169, 388, 405, 406; TK. 5).

[87]Ayiter, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, 128, 129.

[88]Türk Hukuk Lûgati, 180.

[89]Vekâlet, lügatte hıfz, kifayet, zaman, itimat, teslim, tefviz manâlarına gelmektedir. İstılahta ise vekâlet, "Bir kimsenin kendisi de yapabileceği muamelâttan bir işini başkasına tefviz etmesi, onu kendi yerine ikame eylemesi" şeklinde tanımlanmıştır (Bilmen, VI, 311). Geniş bilgi ve örnekler için bkz. Bilmen, VI, 313, 342.

Vekâlet, vekille müvekkil arasında bir iç ilişkiden ibaret olup, vekâletten doğan haklar ve borçlar bu ikisini ilgilendirmektedir (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 169).

Vekil, asıl kişinin yetkisi, izni dahilinde hareket etmek zorundadır (Qadri, 110).

Vekâlet, kaynağı anlaşmaya bağlı olan temsil çeşididir. Başkası adına hareket eden temsilci, tasarruf muamelesini yaparken üzerinde tasarruf ettiği hakkın bir başkasına ait olduğunu açık olarak söyleyebileceği gibi, muamelenin içeriğinden de anlaşılması mümkün olmaktadır (Ayiter, 126).

"Vekâlet" ile "temsil" arasında bir takım farklar gözetilmiş olmasına

Medeni hukukumuzda icazet, Borçlar Kanununun, başkası hesabına tasarruf konusunda, "İş sahibi, yapılan işe icazet verirse vekâlet hükümleri câri olur" hükmü ile İslâm hukukunun "icâzet-i lâhika[90] vekâlet-i sâbıka hükmündedir" yani, sonradan verilen icazet, baştaki izin hükmündedir, prensibini[91] teyid etmektedir. Mecelle'de de, fuzûli olarak yapılan işlemlerde sonradan icazet verilmesinin, başta vekâlet verilmesi gibi sonuç doğuracağı belirtilmiştir: "icazeti lâhika vekâleti sabıka gibidir."[92] Örnek verecek olursak, bir kimse kira ile oturduğu evin bir kısmını mal sahibinin haberi olmayarak, onun hesabına başka birine kiralayıp da sonradan mal sahibi bu muameleye muvafakat etmek suretiyle icazet vermiş olsa, birinci kiracısına bu hususda vekâlet vermiş kabul edilir.[93] Tasarruf sonrası verilen onay, tasarruf öncesi yetkiye eşittir. Sonradan onaylamada (icazet), muamele yetkili kişi tarafından onaylanmadan önce askıda (mevkuf) olarak değerlendirilir, ne geçersizdir ne de tam geçerlidir; tam olarak sonuçlandırılması icazetle olur.[94]

Gerek İslâm hukukunda, gerekse günümüz hukukunda, izin gibi icazetin de açık bir şekilde beyan edilmesi mümkün olduğu gibi örtülü, gizli de beyanı mümkün olmaktadır.[95] Örneğin; müşterinin satın aldığı mal üzerinde tasarrufta bulunması satış aktinin tamamlandığı, satışa ve satış bedeline icazet verildiği manâsına gelmektedir.[96] Yetkisiz tasarrufta bulunan

---

rağmen, uygulamalarda "vekâlet" sözünün hemen her zaman "temsil" anlamında kullanıldığı görülmektedir. Öyle ki, bazı Türk hukukçuları bir kimseye temsil yetkisi verilmesini "vekâlet" kelimesi ile ifade etmişlerdir (Geniş bilgi için bkz. Tekinay, Akmam, Burcuoğlu, Altop, 176).

[90]İcâzet-i Lâhika, izinsiz yapılan bir şeye sonradan izin vermedir. Örneğin, bir kimse salâhiyeti olmadan birinin malını sattıktan sonra mal sahibine haber verse, mal sahibi de satışa rıza gösterse, satış aktini yapan kimseyi, satıştan evvel vekil etmiş gibi olur. Mecelle m. 303, 304, 1452, 1453. (Ergüney, 198).

[91]Serahsi, XXIV, 175, 181; De Bellefonds, Y. Linant, Encylopaedia of Islam, III, 1016; Karaman, II, 281.

[92]Ali Haydar, III, 797, 798, Madde 1453.

[93] Ergüney, 197, 198.

[94]De Bellefonds, III, 1016.

[95]Senhûrî, Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV,117; Karaman, II, 281; Ayiter, 128, 129.

[96]Senhûrî, IV, 117; Ayiter, 128, 129.

tarafından malı satılmış olan kimsenin, satış bedelini talep etmesi de gizli bir icazete örnek teşkil etmektedir.[97] Ayrıca icazet, izin gibi sözlü veya fiili olabilmektedir.[98] Örnek verecek olursak; "icazet verdim, razı oldum" gibi rızaya delâlet eden sözlerle yapılan icazet, sözlü icazettir. Fiili icazet ise, müşterinin muhayyer olduğu halde satın aldığı malı, satılığa çıkarması veya kira ve rehin vermesi gibi mâlik olmaya delâlet eden bir tasarrufu ile ortaya çıkmaktadır.[99]

Yukarıda geçtiği üzere, izin ile icazetin veriliş şeklindeki benzerlikler, her ikisinin de birer irade açıklaması olmasından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Fakat bu hususta belirtmemiz gereken izin ile icazet arasındaki bir diğer fark da, bazı istisnai durumlarda[100] sükûtun (susmanın), gizli bir izin gibi hüküm ifade etmesidir. Bunun aksine, hiç bir durumda susma, icazet sayılamamaktadır.[101] Mal sahibinin fuzûlinin (izinsiz tasarruf yapanın) tasarrufunu bildikten sonra susması, icazet olmamakla birlikte, mal sahibi, icazet vermiyorum deyince, satış reddedilir ve akit düşer. Bir daha da icazetle sıhhat kazanamaz.[102] Fakat Mâliki mezhebine göre fuzûli, mal sahibinin önünde bu akti yapmış o da sükut etmiş ise, bu icazet kabul edilmiştir. Yine Maliki'lere göre, akit yapılmış, fakat daha sonra haberi olmuş ve üzerinden bir yıl geçtiği halde sükutu devam etmiş ise, bu icazet sayılmıştır.[103]

İzin ile icazet arasında belirtmemiz gereken farklardan birisi de, izin veya icazetin beyan edilmesinin, kendi başına ayrıca bir tasarruf veya tasarruf muamelesi olup olmaması hususudur.

Açık bir şekilde ifade edecek olursak, bir kimsenin tasarrufta bulunabilmesi için diğerine verdiği izin veya ona bahşettiği yetki, kendi başına bir tasarruf muamelesi değildir. Çünkü iznin verilmesi ile, tasarruf muamelesi yapılırsa hak değişecektir. Buna karşılık yetkisiz bir tasar-

---

[97]Ayiter, 128, 129.

[98]Senhûri, IV, 193; Karaman, II, 281; Ergüney, 198.

[99]Ergüney, 198.

[100]Bkz. el-Ayıntâbî, III, 177-179; Senhûrî, II, 127-130; Karaman, II, 77; Schacht, 117.

[101]Serahsi, XXV, 16; Senhûrî, IV, 193; Karaman, II, 281.

[102]Senhûrî, IV, 193; Karaman, II, 281.

[103]Karaman, II, 281, 282.

ruftan sonra, tasarruf yetkisi olan kimsenin verdiği icazet, bir tasarruftur. Çünkü üzerinde tasarruf edilen hak, icazetin verilmesine kadar hiç bir şekilde değişmemiştir. Tasarruf muamelesi, icazetin verildiği anda hükümlerini meydana getirmekte, üzerinde tasarruf edilen hak o anda değişmektedir.[104]

İcazetin bildirilmesi için belli bir zaman yoktur; icazet kimin hakkı ise o kimse, bunu ilan etmedikçe, bildirmedikçe akit mevkuf olmaya devam eder.[105] Tasarruf zamanı ile icazet zamanındaki yetkili kişiler değişebilir. Örneğin, icazet zamanında çocuk, bulûğ ile ehliyet çağına gelmiş olabilir ve -vasisi daha önce, icazet vermediğini bildirmemiş olursa- icazet yetkisi artık ehil olan gence geçer.[106]

Mecelle'nin 378 inci maddesinde "Bey'i-fuzulide (izinsiz yapılan satışta) mal sahibi veya vekili, yahut velisi, yahut vasisi icazet verir ise nâfiz (geçerli) ve vermez ise münfesih (geçersiz) olur; fakat icazette bâyi (satıcı) ve müşteri ve mücaz (icazet verilen) ve mebî (satılan mal) kaim olmak şarttır; bunlardan birisi helâk olsa icazet caiz olmaz."[107] şeklinde ifade edilmektedir.

K. İZİN-RIZA İLİŞKİSİ

İzin ve rıza terimleri, gerek İslâm hukukunda gerekse günümüz hukukunda, hiç bir hukuki anlam gözetilmeden benzer manâlarda kullanılmıştır. Bununla ilgili olarak Kur'an-ı Kerimde; "..Onlara, zinâdan kaçınmaları, iffetli olmaları ve gizli dost tutmamış olmaları hâlinde, velîlerinin izniyle evlenin ve örfe uygun bir şekilde mehirlerini verin..."[108] âyetinde geçen velilerinin izni, velilerinin rızası anlamında da kullanılmış olması örnek verilebilir.[109]

Ayrıca Türk M. K.nun 90, 91, 198, 213 üncü maddelerinde, izin yerine

---

[104]Ayiter, 130, 131.

[105]Karaman, II, 277.

[106]Ali Kura'a, Dürusu'l-Muamelâti'ş-Şer'iyye, 130; Karaman, II, 277.

[107]Ali Haydar, I, 630, 631; Karaman, II, 281.

[108]Nisâ, 4/25.

[109]el-Karadağî, Mebdeu'r-Rıda fi'l-Ukûd, II, 1017.

rıza denilmektedir.[110] Yukarıda geçenlerden anlaşılacağı üzere, izin ve rızanın, genellikle aynı anlamda kullanılan farklı iki terim olduğu kanaatindeyiz.

Bu arada şunu da özellikle belirtmek isteriz ki, akitlerin (sözleşmelerin) oluşmasında temel unsur olan karşılıklı rıza,[111] izin anlamında kullanılan rızadan farklı olup bizim konumuz dışındadır.

L. İZNİN HUKUKİ MAHİYETİ

İzin, tek taraflı bir hukukî muamele[112] olup, bununla bir kimse (kanuni akdi mümessil veya hak sahibi, yahut resmi bir makam), diğerine, kendi başına yapmaya yetkili olmadığı bir muameleyi yapmak için yetki vermektedir.[113]

Tasarruf yetkisi hususunda iznini bildiren kimse, bu izni göstermek bakımından kendisinde bir hak bulunduğunu bilmelidir. Esasen iznini bildiren kimse, üzerinde tasarruf edilen hakkın sahibidir; veya hak sahibi olduğu düşüncesi ile diğerine tasarruf yetkisini tanımaktadır. İzin, yalnız izin verilen tasarruf muamelesi için geçerlidir. Örneğin; velisi, çocuğa on kadar tasarrufa izin verdikten sonra onu hacir ettiği zaman yapmış olduğu bu on tasarruf geçerli olmakta fakat gelecekte yapacağı onbirinci tasarruf geçersiz olmaktadır.[114] Ayrıca izin, izine bağlı yapılan tasarrufun, tasarrufu yapan tarafından, kendi namına yapılmasını

---

[110]Ayiter, 127.

[111]Bkz. el-Karadağî, II, 1001-1017; Karaman, II, 63, 73-77; Hâmid, Mutual Assent In the Formation of Contracts In Islamic Law, 41-43.

[112]Hukukî muamele, gerek İslâm gerekse batı hukuklarında " kanunun gerektirdiği muayyen bir hukukî netice meydana getirmeye yönelmiş mücerret iradedır" şeklinde tarif edilmektedir. (Karaman, II, 30).
Hukukî bir sonucun meydana gelebilmesi için yalnız bir kişinin irade beyanı yeterli ise, tek taraflı bir hukukî muamele söz konusu olmaktadır. Tek taraflı hukukî muameleleri oluşturan irade beyanlarının, hukukî sonuçlarını meydana getirebilmesi için bazan sadece açıklanmaları yeterli olmakla birlikte; çok defa belli bir muhataba yöneltilmeleri gerekmektedir.Aksi takdirde hukukî sonuç gerçekleşmez. Muhatap, ya belli bir kişidir veya makamdır. Örneğin, âzil beyanı vekile, nesebin reddine ilişkin irade beyanı mahkemeye, gayrımenkulün terkine ilişkin irade beyanı tapu sicil memuruna yöneltilmesi gerekmektedir. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 42, 43).

[113]Uslu, 164, 165.

[114]Ali Haydar, III, 7.

gerektirmektedir.[115]

İznin gerek tasarrufta bulunana gerekse muhataba açıklanması mümkündür. Önemli olan nokta iznin, yapılan tasarruf muamelesinin bir parçası olmayıp bu muamelenin hükmünü yerine getirebilmesi için bir şart olmasıdır.[116]

Tezimizin ikinci bölümüne geçmeden önce tasarruf ve tasarruf yetkisi üzerinde durmayı uygun görmekteyiz.

II. TASARRUF

Tasarruf, lügatta, bir şeyi istediği gibi kullanma yetkisi, kullanım, para veya herhangi bir şeyi dikkatli kullanma, idareli tüketme anlamına geldiği gibi, para biriktirme ve artırım anlamına da gelmektedir.[117]

İslâm hukukunda tasarruf, bir mal veya hakkı, sözlü veya fiili bir şekilde kullanmaktır. Bunlara örnek verecek olursak: satmak, kiralamak, âriyet, emanet vermek, hiyarla bir akdi feshetmek, ikrar hibe, nikah, boşanma gibi söz ile yapılan tasarruflar sözlü tasarruflardır. İntifa, istihlâk yapmak, yıkmak gibi fiille ilgili olan tasarruflar ise, fiili tasarruflardır.[118]

Günümüz hukukunda ise tasarruf, mal varlığını içeren bir hakkın doğrudan doğruya devredilmesini, gerekliliğini, içeriği itibariyle değişmesini veya ortadan kalkmasını meydana getiren, bir veya çok taraflı hukuki muamele olarak tanımlanmaktadır.[119]

Ayrıca tasarruf kelimesinin yine günümüz hukukuna göre ifade ettiği anlam, İngilizcedeki disposition karşılığıdır ki, bir kimsenin kendine ait bir hak üzerinde dilediğini yapmak salâhiyetini anlatır. Bu salâhiyet menkul veya gayri menkul mallar üzerinde kullanılabileceği gibi haklar üzerinde de kullanılabilmektedir. İslâm hukuku, bir kimsenin diğeri üzerindeki hâkimiyet hakkını kullanmasını «tasarruf» kelimesi ile ifade

---

[115]Ayiter, 127.

[116]Ayiter, 128.

[117]Tekin, 1422; İbn Manzur, IX, 189, 190.

[118]Türk Hukuk Lûgati, 323; Mahmasani, el-Mahamî Subhi, en-Nazariyetü'l-Amme, I, 71.

[119]Türk Hukuk Lûgati, 323.

etmektedir.[120]

A. TASARRUF YETKİSİ (SALAHİYETİ)

Aktin yapılabilmesi için ehliyet, tasarrufun yapılabilmesi için de yetki gerekmektedir.[121] Bir kimsenin tasarruf muameleleri yapabilmek hususundaki yetkisine tasarruf yetkisi denilmektedir. Esasen, hukuken geçerli bir tasarruf muamelesi yapabilmek için tasarruf yetkisine sahip olmak gerekmektedir. Bir hakkın sahibi kim ise, genellikle bu hak üzerinde tasarruf edebilmek yetkisi de ona ait olmaktadır. Yani herkes, ancak kendisine ait haklar üzerinde tasarruf edebilir. (A) nın, (B) ye ait bir mal üzerindeki mülkiyeti (C) ye geçirme yetkisi yoktur. Ancak şunu da belirtmemiz gerekmektedir ki, herkesin yalnız kendisine ait haklarda tasarruf yetkisine sahip olması esası, mutlak değildir. Öyle ki, bazı durumlarda, hak sahibi olmayan bir kimse de tasarruf yetkisine sahip olurken, bazı durumlarda da bizzat hak sahibi tasarruf yetkisinden yoksun bulunmaktadır. Asıl hak sahibinin tasarruf yetkisinden yoksun olmasını Tekinay şu şekilde örneklendirmiştir: "Müflis, iflâs masasına giren malların maliki olmasına rağmen, bunlar üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir; bu yetki iflâs masasının kanuni temsilcisi olan iflâs idaresine aittir. Yine mal birliği rejiminde, evli kadın birliğe giren (şahsi) mallarında -kural olarak- kocasının muvafakatı olmadan tasarruf etmek yetkisinden yoksundur (M.K. m. 199).[122]

Ayrıca, yetkisi olmaksızın bir başkasının malını satmak Mecelle'ye göre fuzûli bir akittir. Asıl mal sahibi bu akite icazet verip vermemek hususunda serbesttir. Ancak bir kimse diğerinin malını kendisine satsa, bu satışı geçerli olmamaktadır.[123]

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması,hak sahibinin şahsı ile ilgili sebeblerden dolayı bu yetkiyi kullanmaması durumunda söz konusu olmaktadır.

---

[120]Arsebük, Esat, Borçlar Hukuku, I, 287, 7 nolu dip not.

[121]Arsebük, I, 304.

[122]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 47.

[123]Ali Haydar, I, 631; III, 798.

Fakat bir hak içeriği itibariyle devredilemiyorsa[124] tasarruf yetkisinin sınırlandırılması söz konusu değildir. Malikin mülkü üzerinde yaptığı tasarruf muamelelerinin bazıları üçüncü şahıslara etkili olmamaktadır. Bu durum tasarrufun sınırlandırılması şeklinde ifade edilemez. Bu, hakların içerikleri gereğindendir.[125]

Menfaati korunan üçüncü şahıs, yapılan muameleye razı olduğu takdirde, tasarruf yetkisine konulan sınır ortadan kalkmaktadır. Bu rızanın dönülememek kaydıyla verilmesi mümkündür; oysa ki kanunî mümessil, ehliyetsizliği tamamlayan rızasından her zaman dönebilir. Çünkü rızanın gayesi, kâsırın menfaatlerini korumaktır.[126]

Ayrıca burada şunu da özellikle belirtmek isteriz ki, tasarruf yetkisi ile fiil ehliyetinin birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Ehliyet kişinin şahsi bir hali ve niteliğidir. Tasarruf yetkisi ise, bir kimsenin bir hak ile ilgili arasındaki belli bir ilgiden ibaret olmaktadır.[127]

İslâm hukukunda tasarruf ehliyeti, izin ile genişletilip hacir ile sınırlandırılır. Hacir statü ve statünün gerektirdiği hareketi belirtir. Yani statünün gereği olan şeyi yerine getirmektir. Normal şartlarda buluğa ermemiş küçük çocuk, köle hacir statüsündedir. Mümeyyiz olmayan çocuk ile deli ise, zorunlu olarak hacir statüsündedirler. Bir faaliyet olarak hacir, izni geri almak, geçersiz kılmak için gerekmektedir. Örneğin bu, görevini kötüye kullanan (halka zarar verecek olan) müftüye, hastalarına zarar verebilecek dikkatsiz bir doktora yetkili otoriteler tarafından resmen bildirilir.[128] Ayrıca iznin hacir ile iptal olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Umumi bir iznin ticaret ehli tarafından bilinmesi gerektiği gibi, hacrin de ticaret ehlinin çoğunluğu tarafından bilinmesi şarttır.[129] Yine hacir de Mecelle'nin 973 üncü maddesinin şerhine göre tahsis ve tecezzî

---

[124]Örneğin, bu hale intifa haklarında (MK. madde: 748) ve bazı alacaklarda (BK. madde: 519 f: 1) tesadüf edilmektedir (Arsebük, I, 304).

[125]Arsebük, Esat, Borçlar Hukuku, I, 304.

[126]Arsebük, I, 312.

[127]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 47.

[128]Schacht, 126.

[129]Fetâvâ Hindiyye, V, 86.

(parçalanma, ayrılma) kabul etmemektedir.[130]

[130]Ali Haydar, III, 48, 49.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HUKUKUNDA GEÇERLİLİĞİ VELAYET SAHİBİNİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

Velâyet ve vilâyet kelimeleri lügatta, sevgi, dostluk ve yardım anlamına gelmektedir. İslâm hukukçuları velâyeti, bir kimsenin söz ve tasarruflarının diğeri namına geçerli olması ve onun işlerini idâre etmesi şeklinde tanımlamışlardır. Hukukun kendilerine velâyet hakkı verdiği kimselere "veli" denmektedir. Velâyet, ehliyeti olmayan veya eksik bulunan kişilerin haklarını korumak amacıyla kabul edilmiş bir müessesedir.[1]

I. GECERLİLİĞİ UMUMİ VELAYETE SAHİP OLANLARIN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

İslâm hukukunda Şâri'in (kanun koyucu) şer'i hükümlerdeki tasarrufu, iftâ, kazâ ve imâmet olmak üzere üç çeşittir. İftâ şeklindeki hüküm umumi olmaktadır. Kazâ şeklindeki hüküm hakimin kâzasına, imâmet şeklindeki hüküm ise imamın (devlet başkanı) fermanına ait olmaktadır. Şâri'in tasarrufu bir meselenin hükmünü tarif ve tebliğ ise buna "iftâ" denilmektedir. Bir ihtilâfın halledilmesi ise bu tasarrufun ismi "kazâ" olmaktadır. Eğer ortada bir hüküm konulmuş ise, bunun ismine de "imâmet" denilmektedir.[2]

Bu bölümdeki tasarruflar, geçerliliği Devlet Başkanı'nın (imam) ve geçerliliği Hakimin iznine bağlı tasarruflar olmak üzere iki kısımda incelenecektir.

A. GEÇERLİLİĞİ DEVLET BAŞKANININ İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

1. SAVAŞTA ÖLDÜRÜLENİN ELBİSESİNİN, SİLAHININ, BİNEĞİNİN (TAŞITININ) VE YANINDAKİ DİĞER EŞYALARIN ALINMASI (MAKTULÜN SELEBİ)

İslâm hukukunda devlet başkanının gerekli görürse fazla bir sehm (hisse), bir atiyye veya muayyen bir para vermek üzere askerleri savaşa teşvik etmesine "tenfil" denilmektedir. Bu nedenle verilen mala da "nefl" denilip çoğulu "enfal" dir.[3] Bu hususda Kur'an-ı Kerimde; "Ey Peygamber!

---

[1]Karaman, I, 250.

[2]Arsebük, I, 317.

[3]el-Aynî, V, 744; Bilmen, III, 372.

Mü'minleri savaş için coştur"[4] şeklinde buyurulmaktadır.

Devlet başkanı veya onu temsil eden komutanın, yanında bulunan askerlere hitaben: "Her kim ne elde ederse kendisinin olsun" diye tahsis şeklinde teşvik yapması durumunda, her asker elde edeceği mala, esire hemen sahip olup, bundan devletin beşte birlik hissesi (humus) alınmaz.[5]

Yine, savaşta devlet başkanı ve onu temsil eden komutanın, "Kim bir düşmanı öldürürse, selebi=üzerinden çıkarılanlar onun olacaktır" şeklinde bir söz ile askerleri savaşa teşvik etmesi caiz görülmüştür. Bunun üzerine savaşta bir asker bir düşmanı öldürdüğü zaman selebine malik olmaktadır.[6] Bu şekilde yapılan bir teşvikte iki kişi birlikte bir düşmanı öldürecek olsalar, selebine ortak olarak hak kazanmış olurlar.[7] Teşvik ilânında hazır olmayanlar da şartı yerine getirdikleri zaman bundan faydalanabileceklerdir.[8]

Ayrıca devlet başkanını temsil eden komutan, ordusuna hitap ederek; "her kim düşmanın şöyle şöyle bir malını elde ederse, onun örneğin dörtte birine malik olsun" şeklinde teşvikte bulunması durumunda, buna kadınlar, çocuklar, köleler, zimmiler de dahil olmaktadırlar.[9]

Teşvik (tenfil) yapıp ikramiye verilmesini ilân eden komutan vefat edipte, yerine ordu arasından bir başkası tayin edildiği zaman, yapılmış olan teşvik geçerlidir. Çünkü ikinci komutan, birinci komutanın yardımcısıdır. Eğer ikinci komutan bu teşviki iptal ve bunu askerler arasında ilân ederse, o zaman bu teşviğin hükmü kalmayıp, bunu bizzat önceki komutan iptal etmiş gibi olur. Çünkü yardımcının tasarrufları asla döner.[10]

Savaş meydanında ve savaş ile girilen yerlerde ele geçen düşman malları ganimettir. Ganimetler ihrâz ile sahip olunan mallar cinsindendir. Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, maktulün selebi dışında savaşta elde edilen diğer ganimet mallar alan, bulan, kazanan askerin malı

---

[4]Enfal, 8/65.

[5]Kâsânî, VII, 115; Bilmen, III, 372, 373.

[6]el-Aynî, V, 744; Bilmen, III, 372, 373; Karaman, II, 22.

[7]Tahâvî, Şerhu Ma'âni'l-Asâr,II, 131; Bilmen, III, 374.

[8]Karaman, II, 22.

[9]Bilmen, III, 373.

[10]Bilmen, III, 375.

olmamaktadır.[11] Ganimet malların hepsi tesbit edilip toplandıktan sonra devletin beşte birlik hissesi (humus) alınır, daha sonra savaşa katılan gaziler arasında usulüne göre taksim edildikten sonra, gaziler kendilerine isabet eden mala sahip olurlar.[12]

İslâm hukukçuları, savaşta düşmanı öldüren müslüman gazinin, maktulün üzerinden çıkanlara sahip olması için, devlet başkanı ve onu temsil eden komutanın izninin gerekli olup olmaması hususunda farklı düşünmüşlerdir. Şöyle ki; Şafiî'ler[13] ve Hanbeli'lere[14] göre, devlet başkanının iznine gerek olmadan, ferdi (kişi kişiye) savaşlarda düşmanı ödüren müslüman gazi, öldürdüğü düşmanının üzerinden çıkanlara malik olabilir. Bunun için de Hz. Peygamberin, "Kim bir düşman neferini öldürürse selebi onundur (selebine malik olur)"[15] hadis-i şerifini delil olarak göstermişlerdir. Hanefi'-ler[16] ve Malikiler[17] ise, ancak devlet başkanının askeri teşvik için böyle bir söz vermiş olması durumunda, öldürülen düşmanın üzerinden çıkanlara (seleb) sahip olunabileceği görüşündedirler. Bu hükmü de Hz. Peygamber'in, "Kişi ancak imamına tâbi olur, uyar." mealindeki hadisine dayandırmışlardır.[18]

Düşüncemiz odur ki, tarih boyunca bilindiği üzere savaşlarda ordu, devlet başkanı ve onu temsil eden komutanın emirleri doğrultusunda hareket etmek zorundadır. Bu nedenle öldürülen düşmanın elbisesine, silahına, bineğine (taşıtına), ve yanındaki diğer eşyalara sahip olunması gibi, diğer

---

[11]Karaman, III, 54, 55.

[12]İbn Rüşd, el-Hâfid, I, 320, 321.

[13]eş-Şafiî, Ebi Abdillah Muhammed b. İdris, Kitabu'l-Ümm, IV, 66.

[14]İbn Kudame, Muvaffakuddin, el-Muğni, VIII, 388.

[15]ez-Zeylaî, Cemaluddin Ebî Muhammed, Nasbu'r-Râye li Ehâdisi'l-Hidâye, III, 428-431; et-Tirmizî, es-Sünen, IV, 131; İbnu'l-Arâbî, Ebu Bekr Muhammed, Ahkâmu'l-Kur'ân, II, 839; Mâlik b. Enes, el-Muvatta, II, 454; Cessâs, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razî, Ahkâmu'l-Kur'ân, IV, 233, 234; el-Aynî, V, 747; İbn Rüşd el-Hâfid, Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesıd, I, 321; ez-Zuhaylî, VI, 453, 454.

[16]el-Margînanî, Burhaneddin Ali b. Ebi Bekr, el-Hidaye Şerh Bidayetü'l-Mübtedî, X, 70.

[17]İbn Rüşd, el-Hâfid, I, 321.

[18] ez-Zeylaî, III, 431. Burada imamdan maksat, devlet başkanıdır. Bu hadisin zayıf olduğu söylenmektedir. (ez-Zeylaî, III, 431).

bütün askeri teşviklerin geçerli olabilmesi için, devlet başkanı ve onu temsil eden komutanın izni gerekmektedir.

2. İSLAM ÜLKESİNE GİRME İZNİ (EMAN)

Eman, geçici bir güvenlik anlaşması ve giriş iznidir. Müste'men kelimesi "güven emniyet" anlamına gelen "eman" kelimesinden oluşmuş olup, "eman verilen, güvenliğe kavuşan" anlamını ifade etmektedir. Terim olarak ise müste'min, geçici olarak İslâm ülkesine girme, orada güvenlik içinde kalma izni verilmiş yabancı (gayr-i müslim) anlamına gelmektedir.[19]

Bu husus Kur'an-ı Kerimde şu şekilde emrolunmaktadır: "Allah'a ortak koşanlardan biri -ülkeye girmek için- senden güvenlik isterse, Allah'ın Kelâmı'nı işitebilmesi için ona güvenlik ver; sonra da güvenlik içinde olacağı yere ulaşmasını sağla."[20]

Bu âyet, İslâmı öğrenmek, din hakkında, yaşadığı yerde bilgi edinmek amacıyla, ülkeye giriş izni isteyen bir gayr-i müslime izin vermeyi gerekli kılmakla birlikte, ülkede amacına ulaşmasını sağladıktan sonra tekrar ülkesine dönmek istemesi durumunda, can ve mal güvenliği içinde güvende olacağı yere kadar, herhangi bir zorlukla karşılaşmadan gitmesinin temin edilmesini de gerektirmektedir. Yine, Kur'an-ı Kerim'i dinlemek amacı dışında ticaret, seyahat, tedavi veya yakınlarını ziyaret gibi nedenlerle ülkeye gelmek isteyenlere izin vermek gerekli olmamakla birlikte, İslâm ülkesine giren bir gayr-i müslim, başka amaçla gelmiş olsa bile, İslâmı yaşayanları görüp bilgi sahibi olması düşüncesiyle izin verilmelidir.[21]

İslâm ülkesine izin ve eman ile giren gayr-ı müslimlerin ülkede, müste'men olarak uzun müddet kalmaları durumunda; kendilerinden cizye alınmaması (bugünkü anlamda vergi de diyebiliriz) ve devlete bir yarar sağlamadan hizmet ve nimetlerinden faydalanmaları, ayrıca ülkenin gizliliklerini öğrenip casusluk yapma ihtimalleri göz önünde bulundurulmak suretiyle uygun görülmemiştir. İslâm hukukçuları bu konuda aynı görüşü paylaşmakla beraber, ülkede kalma süresinin belirlenmesi hususunda farklı düşünmüşlerdir. Kimisi bir yıl , daha az, daha fazla diyenler olmuştur. Bu hususta bağlayıcı bir nas bulunmadığı için, süre belirleme işi devletin yetkililerine bırakılmıştır. Devletin ve müste'menin menfaat ve ihtiyacı

---

[19]Karaman, III, 243.

[20]Tevbe, 9/6.

[21]Karaman, III, 269.

göz önünde bulundurulmak suretiyle, süre yetkililer tarafından sınırlandırılacaktır.[22]

Buraya kadar İslâm ülkesine girmek için izin (eman) vermenin gereği ve ülkede kalma süresinin sınırlandırılması hususları üzerinde durmaya çalıştık. Şimdi üzerinde durmak istediğimiz husus ise, acaba ülkeye giriş izni olan emanı kim veya kimler verebilir?

İslâm hukukçularının çoğu, Câferi'ler, Zeydi'ler, İbâdi'ler, hiç kimsenin icazetine gerek olmaksızın, aklı başında, ergenlik çağına gelmiş kadın ve erkek her müslümanın bu emanı verebileceği görüşünü paylaşmaktadırlar.[23] Hanefi'ler, müslümanların safında düşmana karşı savaşan zimminin de bu emanı verebileceği görüşündedirler. Mâliki'ler ise, emanın geçerli olabilmesi için, devlete ve millete zarar vermemesi ve aynı zamanda devlet başkanının uygun görmesini şart koşmuşlardır.[24] Yukarıda geçen (Tevbe, 6) âyetini Mâliki'ler devlet başkanı ile tahsis etmektedirler. Ayette hitap Hz. Peygamber'edir; kendisinden sonra devlet başkanı sıfatı ile O'nun yerine geçenler bu görevi yerine getireceklerdir. Çalışkan, bu hususla ilgili olmak üzere, "... bugünkü devletlerarası uygulamalarda pasaport bir devletin emanı olmaktadır. Pasaport ve vize işlemlerini yürüten makamlar, devlet başkanı tarafından eman vermekle izinli sayıldıklarından, bu makamların dışında fertlerin eman vermesinin geçerli olmayacağını"[25] ifade etmiştir.

Sonuç olarak, devletin zarar ve menfaatini kollayıp gözetmekten devlet başkanının sorumlu olması nedeniyle, ülkeye giriş izni olan emanı verme yetkisinin, doğrudan doğruya devlet başkanına veya onu temsil eden makamlara ait olduğu kanaatini taşımaktayız.

---

[22]Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, III, 269, 270.

[23]Karaman, III, 244; Çalışkan, İbrahim, İslâm Ceza Hukuku'nda Gayr-i Müslimlerin Statüsü, 77.

[24]Karaman, III, 244.

[25]Çalışkan, 77.

3. ÖLÜ ARAZİLERİN İHYASI (ARAZİİ MEVAT)

Ölü arazi, harap, işlenmemiş, imar edilmemiş, sahipsiz arazi demektir. Müslim ve gayr-i müslim bir kimsenin mülkü ve tasarrufunda olmamakla beraber vakfa da ait olmayan, şehir ve kasaba halkına terk ve tahsis edilmeyen, köy kenarından yarım saat uzaklıkta dağlık, taşlık, kıraç yerler olarak ifade edilmektedir.[26]

İhya yolu ile elde edilecek arazi Mecelle'nin 1270. maddesinde şu şekilde tarif edilmiştir: "Araziyi mevat ol yerlerdir ki, kimsenin mülkü ve bir kasaba ve karyenin mer'ası ya muhtatabı yani baltalığı olmadığı halde aksâyı umrandan bâid ola. Yani kasaba ve karyenin en kenarındaki hanelerinden cehirrussavt olan (bağrıldığı zaman) kimsenin sadaası istismâ' olunmaya (sesin duyulmaması)."[27] Öyleyse, hiç bir kimsenin mülkü olmayan, kasaba veya köyden uzak, kasaba veya köyün mer'a veya baltalığı olmayan yerler, ölü arazi hükmünde olup, ihyanın söz konusu olabileceği yerlerdir.[28]

"Mevat" denilen ölü arazi, mülkiyetin kazanılması bakımından özellik arzeden toprak çeşitlerinden biridir. Roma hukukundan bu yana hemen bütün hukuklar, bu çeşit arazinin sadece işgal ile yani mülk edinmek maksadıyla üzerinde meşru sahiplik elde etmek (ihraz) suretiyle hususi mülkiyet konusu olacağı hükmünü benimsemişlerdir. İslâm hukuku ise, sadece işgali mülkiyet sebebi olarak yeterli görmemiş, buna ihya[29] şartını da ilave etmiş tir.[30] Hz. Peygamberin şu hadisi bu hükme temel teşkil etmektedir: "Ölü bir toprağı kim ihyâ ederse bu toprak onundur; haksız (zalim) kökün[31] ise

---

[26]eş-Şevkanî, Muhammed b. Ali, Neylu'l-Evtâr, VI, 45; Karaman, III, 77; Demir, Fahri, İslâm Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Ve Servet Dağılımı, 176; Ansay, 110.

[27]Ali Haydar, III, 545.

[28]Demir, 176.

[29]Mecelle'ye göre, Araziye tohum ekmek, fidan dikmek, nadas etmek, sulamak, sulama kanalı veya arkı yapmak (mad. 1275), toprağa sel suyunun girmesini önleyecek kadar duvar çekmek veya etrafını yükseltmek ihyadır (mad. 1276) (Karaman, III, 77).

[30]Karaman, III, 76; Demir, 198.

[31]Şerh yapanlar, "haksız kök (zalim ırk) den maksadın, bir kimsenin işgal ve ihya ettiği toprağa mâlik olmak amacıyla, haksız olarak ağaç dikmesi şeklinde açıklamışlardır. Bu ağacın toprağa işleyen köklerini "haksız damar ve kök" olarak ifade etmişlerdir. (Mâlik b. Enes, II, 743; Azimâbâdî, VIII, 330). Ayrıca, haksız kök (zalim ırk), açık ve gizli olur diyenler olmuştur. Bir adamın kuyu açtırmasını gizliye, bina yapmasını da

hakkı yoktur."[32]

İslâm hukukçuları, ölü arazinin ihya ile mülkiyet ifade edeceği hususunda aynı, fakat ihya için devlet başkanının (imam) izninin gerekli olup olmaması hususunda farklı düşünmüşlerdir.[33] İslâm hukukçularının çoğunluğu, ihya için devlet başkanının iznini gerekli görmemişler, buna Hz.Peygamber'in yukarıda geçen hadisini delil göstermişlerdir. Ebû Hanife ise, mülkiyetin kazanılması için devlet başkanının izninin gerekli olduğunu leri sürmüştür.[34] Bunu da Hz. Peygamber'in, "Kişi ancak imamına tâbi olur, uyar"[35] mealindeki hadisine dayandırmıştır. Ebu Hanife'ye göre, ölü arazi müslümanların fetihler yolu ile ele geçirdikleri arazidir. Böylece o, fethin ganimetlerindendir. Bu nedenle devlet başkanının (imamın) izni olmadan ganimetlerden bir şey elde etmek caiz değildir. Devlet başkanının izni olmadan kuşatma asla mülkiyet ifade etmez.[36]

İmam Muhammed ve İmam Ebû Yusuf, ihya eden kimsenin İslâm toplumundan olması durumunda, mülkiyetin kazanılması için devlet başkanının izninin gereksiz olduğu düşüncesi ile Ebû Hanife'den ayrı, fakat ihya eden kimsenin yabancı toplumdan (gayr-i müslim) olması durumunda ise, devlet başkanının izni olmadan asla mülkiyet elde edemeyeceği hususunda, Ebû

---

açığa örnek olarak vermişlerdir. (eş-Şevkânî, VI, 46).

[32]el-Buhârî, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail, Sahihu'l-Buhâri, III, 70, Bab, 15; Sünen et-Tirmizî, III, 656; Azîmâbâdî, Avnu'l-Ma'bûd Şerh Sünen Ebî Dâvûd, VIII, 327; ez-Zeylaî, IV, 288, 289; İbn Hacer, el-Askalani, 159; Mâlik b. Enes, II, 743.

[33]Kâsâni, VI, 194; İbn Kudame, Muvaffakuddin, V, 563; eş-Şevkânî, VI, 45; İbn Hazm, VII, 73, 74; el-Aynî, IX, 421; İbn Kayyim el-Cevziyye, (Şerh, Avnu'l-Ma'bûd'un altında), VIII, 327; Sâbık, Seyyid, Fıkhu's-Sünne,III, 195.

[34]İbnu'l-Humam, es-Sivasî, X, 69, 70, 71; el-Babertî, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud, Şerhu'l-İnâye ale'l-Hidâye, X, 70, 71, (Fethu'l-Kadir kenarında); Kâsâni, VI, 194, 195; İbn Kudame, Muvaffakuddin, V, 596; el-Margînanî, X, 70, 71; eş-Şevkânî, VI, 45; İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed, el-Muhallâ bi'l-Asâr, VII, 73, 74; İbn Kayyim el-Cevziyye, Şerh, VIII, 327; el-Aynî, IX, 421, 445; el-Ayın-tâbî, VIII, 45; ez-Zuhaylî, V, 545: Ali, Kura'a, 57, 58; Sâbık, III, 195.

[35]Kâsâni, VI, 194; ez-Zeylaî, III, 431.

[36]Ali el-Hafif, Ahkamu'l-Muamelâti'ş-Şer'iyye, 99, bkz. 3 nolu dip not.

Hanife ile aynı görüşü paylaşmışlardır.[37]

Hanbeli'ler,[38] ihya eden kişinin müslüman veya zımmi olabileceği ve devlet başkanının izni olmasa da ihya ettiği araziye mâlik olabileceği görüşündedirler. Hanefi'lere ve Hanbeli'lere göre, bu konudaki hadis, müslümanı gayr-i müslimden ayırmadığı için gayr-ı müslimler de ihya ile toprağın sahibi olabilirler.[39] Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi, Hanefilere göre ihyanın, devlet başkanının izni ile olması şarttır. Bunların aksine Şafiî'ler,[40] devlet izin verse de gayr-i müslimlerin, ölü arazilere ihya ile sahip olamayacakları düşüncesindedirler.

Mâlikiler, yerleşim bölgesine yakın olan bir yerdeki sahipsiz bir araziyi ihya etmek için devlet başkanının izninin gerekeceği fakat yerleşim bölgesinden uzakta bulunan araziyi ihya etmek için iznin gerekmeyeceği görüşündedirler.[41]

Devlet başkanı veya onu temsil eden kişi, bir kimseye ölü araziden bir yeri mülk olarak vermeyip, sadece kullanması için ihyasına izin vermesi durumunda, o kimse izin verildiği şekilde o yerde tasarruf edebilir. Fakat o yere mâlik olamaz.[42] Yine bir kimse devlet başkanının izni ile ölü araziden bir bölümünü ihya edip te kalanını bıraktığı takdirde, sadece bu ihya ettiği bölümlerin sahibi olabilir. Kalanına mâlik olamayacağı görüşünde olan İmam Muhammed, eğer o kimsenin ihya ettiği arazinin ortasında bir yer kalmış ise, dört tarafı o kimsenin mülkü olduğu için ortasında kalan yer de kendisinin olur demiştir. Bunun aksine İmam Ebû Yusuf, ölü araziden bir yerin yarısından fazlası ihya edildiği taktirde kalanının da ihya edilmiş sayılacağı görüşündedir.[43]

Zahirî'ler, herhangi bir yerin sahibi bulunmaz ve o yerin müslümanlar

---

[37]Kâsânî, VI, 194; İbn Kayyim el-Cevziyye, VIII, 327; Ahmed İbrahim Bey, 38; Ali Kura'a, 58; Ebu'l-Feth, Ahmed, Muhtasar Kitabu'l-Muamelât fi'ş-Şeriati'l-İslâmiyye, 37; Bilmen, VII, 190; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 246; Ansay, 111.

[38]İbn Kudame, Muvaffakuddin, V, 596; Bilmen, VII, 195, 196.

[39]Karaman, III, 410.

[40]er-Raşidî, Haşiye, IV, 240.

[41]İbn Hazm, VII, 73, 74; eş-Şevkânî, VI, 45; İbn Kudame, V, 543; Sâbık, III, 195; ez-Zuhaylî, V, 561, 562

[42]Ali İbrahim Bey, 37; Ali Kura'a, 57.

[43]Bilmen, 190, 191.

tarafından imâr edilmiş olduğu bilinmez ise, devlet başkanının izni olsun veya olmasın, o yer ilk elde edip ihya eden müslümanın olur diyerek, İmam Şafiî, Ebû Sevr ve Ebû Süleyman gibi düşünmüşlerdir.[44]

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, İslâm hukukunda mülkiyetin kazanılması için yeterli olmayan tahcir,[45] devlet başkanının izni ile olabileceği gibi, izinsiz de olabilmektedir.[46]

Bazan hukukçular arasında, bir konudaki hükmün (tasarrufun) tebliğ yolu ile mi, yoksa tenfiz yolu ile mi meydana gelmiş olması ihtilaflıdır. Örneğin burada, "arazii mevattan bir yeri ihya eden ona mâlik olur" hükmü Hz. Peygamber'in bir sözüdür. Bu hükmün tebliğ yolu ile olduğu gibi tenfiz yolu ile de oluşmuş olmasına ihtimal vardır. Eğer hüküm, tebliğ yolu ile meydana gelmiş denilirse, devlet başkanının izni olsa da olmasa da başkasının hakkı ile meşgul olmayan yerleri herkes ihya edebilir ve sonucunda o yerlere malik olabilir. İslâm hukukçularından, İmam Şafiî, İmam Malik, İmam Âhmed b. Hanbel bu görüştedirler. Eğer tenfiz yolu ile meydana gelmiş denilirse, bu yerleri devlet başkanının izni olmadıkça hiç kimse ihya edemez. İmamı Azam bu fikirdedir. Mecelle de bu esası kabul etmiştir; madde 1272.[47]

İslâm Hukuku'na göre, hiç kimsenin sahip olmadığı arazi devletin tasarrufundadır. Devlet bu arazileri belirli vergiler karşılığında vatandaşlara tahsis edebilir. Devlet başkanlarından birisi, yetkili olduğu söz konusu araziyi bir kimseye tahsis (iktâ') etmişse, artık ondan sonra gelen devlet başkanlarından hiç birisinin bu tasarrufu tanımamaya hakkı yoktur. Ayrıca devlet başkanının, bir müslümanın veya bir zımminin hakkını alıp başkasına tahsis etmek hak ve yetkisi olmadığı gibi, elinden almaya da

---

[44]Bilmen, VII, 196.

[45]Tahcir; arazinin etrafını taş, diken, kuru ağaç dalları v.b. ile çevirmek, arazinin içini ayıklamak, dikenleri yakmak, içinde kuyu kazmak, otunu biçip etrafına yığarak üzerine de sel suyunu önlemeyecek şekilde toprak koymaktır (Mecelle mad. 1277-78). Tahcir sadece üç yıl için ihyaya öncelik hakkı vermektedir. Hz. Ömer, "Ölü araziyi kim ihya ederse onun olur." hadisine binaen, çeviren üç sene ihya etmeden beklemişse artık bundan sonra çevirdiği arazi üzerinde hakkı kalmaz demiştir. Devlet başkanı o yeri ihya edilmek üzere başkasına verir. (Ebû Yusuf, Kitabu'l-Harac, 72; İbn Humam, es-Sivasî, X, 71, 72; İbn Kudame, V, 569; ez-Zuhaylî, V, 504; Ebu'l-Feth, 37; Ahmed İbrahim Bey, 36, 37; Demir, 199, 200, 201.

[46]el-Aynî, IX, 445; Bilmen, VII, 191, 192.

[47]Arsebük, I, 317.

hakkı yoktur.[48]

Öyleyse kimsenin sahip olmadığı ölü araziler, devletin tasarrufunda olup, ancak devlet başkanı ve onu temsil eden kişi veya makamın izni ile kullanıma elverişli hale getirilebilinirler.

4. UMUMİ YOLDA YENİ YAPI VE İŞGALLERİN YAPILMASI (MECRA İHDASI)

Bir faydalanma izni, faydalanma müsaadesi olan intifa hakkının[49] elde edilme yollarından bir tanesi de "umumi izin"dir. Umumi izinden maksat, akitsiz olarak faydalanma hakkının, yetkili makam tarafından, genel olarak verilmesidir. Amme menfaatlerine ve hizmetlerine tahsis edilmiş yerler, kurumlar ve şeylerden faydalanma hakkı umumi izin ile elde edilmektedir. Örneğin, umumi yollar, okullar, hastanelerde olduğu gibi.[50]

İntifa hakkının şahsa değil de eşyaya bağlı olan (aynî) çeşidine irtifak hakkı[51] denilmektedir. İrtifak hakkının kullanılması için izin verildiği zaman -izin süresince- irtifak hakkı tesis edilmiş olmaktadır. İzin verenin bunu her zaman geri alması mümkün olacağı gibi, izin verenin vefatı ile de hak sona ermektedir.[52] Umumi irtifak hakkı genel mülklerde (büyük nehirler v.b.) olduğu gibi, köprüler ve yollar üzerinde de herkes için söz konusu olmaktadır.[53] Burada irtifak haklarının, ya umumi veya hususi bir izin ile de, elde edilebileceğini söyleyebiliriz.

Umumi yolun her iki tarafında evi bulunan bir kimse, diğerine geçmek

---

[48]Demir, 188, 189.

[49]Senhûrî, I, 32.

[50]Bkz. Karaman, III, 112, 114.

[51]İslâm hukuk kaynaklarında "merâfık" ve "erfâk" terimleri bu haklarla ilgili olarak kullanılmışsa da "irtifak" kelimesi eski kaynaklarda yer almamaktadır. Bu terimi Kadri Paşa, Mürşidu'l-hayran isimli eserinde kullanmıştır. İrtifak kelimesi lügatta, dirsek yastığına yaslanmak anlamına gelmekle birlikte, dayanılan, faydalanılan şeye de irtifak ve mirfak denilmiştir. Ayrıca mirfak evin bölümleri anlamında da kullanılmaktadır. İslâm hukuk kaynaklarında irtifak hakları için mücerred haklar (el-hukuk el-mücerrede) tabiri de kullanılmıştır ki, rakabe mülkiyeti söz konusu olmaksızın hak ve menfaat mülkiyeti anlamına gelmektedir.(Karaman, III, 118). İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak hakları, "şirb, mecrâ, mesil, mürur, tealli ve civar"dır.(Geniş bilgi için bkz. Karaman, III, 119-125).

[52]Senhûrî, I, 64.

[53]ez-Zuhaylî, V, 591.

için, devletin izni olmadıkça köprü inşa' edemiyeceği gibi, teşebbüs ettiği taktirde de engellenir. Ayrıca bir kimse devletten izin almadıkça, umumi yolda alış veriş için oturamaz.[54]

İslâm hukukçuları, umumi yolda insanlara zararlı olacak, dükkân, mağza, bina v.b. gibi şeylerin yapılamayacağı bununla beraber, yapılmış veya yola uzanmış olanların ise yıkılması gerektiği hususunda aynı, insanlara zararlı olmayan yapı ve çıkıntılar ile işgaller üzerinde farklı düşünmüşlerdir.[55] İmam Ebû Yusuf, İmam Muhammed, İmam Şafiî ve Hanbeli'ler, umumi yolda insanlara zarar vermeyen yapı ve çıkıntıların yapılabilmesi için devletin iznini gerekli görmemişlerdir.[56]

İmam Ebû Hanife, İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed, zarar veren tasarrufların men edilmesi hususunda aynı, fakat zarar vermeyen tasarrufların yasaklanıp yasaklanmaması hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Şöyle ki, İmam Ebû Hanife, umumi yol üzerinde, yapı ve işgallerin devletin izni olmadan yapılamıyacağı,[57] yapıldıktan sonra insanlara zarar vermese de yıkılabileceği[58] ayrıca zararlı olmayan eski yapı ve işgallerin de yıkılamayacağı görüşündedir. Bunun aksine İmam Muhammed ve İmam Ebû Yusuf, yeni yapılmış olup kimseye zararı olmayan yapı ve işgallerin herhangi bir yasak söz konusu olmadıkça yapılabileceği, yapıldıktan sonra da zararlı olmadıkça yıkılamayacağı şeklinde düşünmüşlerdir. Dolayısıyla, yoldan faydalanmanın insanlar için meşru bir hak olduğunu, bu nedenle de devletten izin almanın gerekmediğini ileri sürmüşlerdir.[59]

Genel mülklerde, tasarruf devletin iznine, özel mülklerde tasarruf ise mâlikin iznine bağlı olmaktadır. Ayrıca izinsiz tasarrufun haksızlıklara neden olabileceği düşüncesi ile, burada İmam Ebû Hanife'nin görüşünü tercih edip, umumi yol üzerinde zarar vermemesi ve devletten izin alınması şartı ile, yeni yapı ve işgallerin yapılabileceği kanaatini taşımaktayız.

---

[54]Bilmen VII, 181, 386; Ali Haydar, II, 910, Madde 927.

[55]Ali el-Hafif, 64; Ahmed İbrahim Bey, 25, 31; Karaman, III, 131.

[56]ez-Zuhaylî, V, 607, 608.

[57]ez-Zuhaylî, V, 605.

[58]Ali Haydar, II, 910, 911, Madde 927; III, 484, Madde 1213.

[59]Ali el-Hafif, 64; Ahmed İbrahim Bey, 31; Bilmen, VII, 386, 387; Karaman, III, 131.

B. GEÇERLİLİĞİ HAKİMİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

1. BULUNTUYA (LUKATA) YAPILAN MASRAFLARIN ASIL SAHİBİNDEN GERİ ALINMASI

Lukata, buluntu eşya demek olup, bir yerde bulunan ve sahibi bilinmeyen ve mübah olmayan mal anlamına gelmektedir. Malı bulan kimseye, mültakit veya lâkit denilmektedir. Lukata üzerinde bir mülkiyet elde edilemez.[60] Onu kendisine mal etmek üzere alan kimse gâsıb durumuna[61] girmiş olur.[62] Bu duruma girmemek için onu, sahibine vermesi, sahibini bilmiyorsa bozulacak şeylerden olduğu takdirde bozulmadan önce ilân (tarif) etmesi gerekmektedir.[63]

Bir buluntu (lukata) hakkında ilan yapıldığı halde belirli bir müddet sonra sahibi ortaya çıkmazsa, bulan kişinin bulduğu şeyi ne yapacağı hususunda İslâm hukukçuları bazı yönlerden farklı düşünmüşlerdir. Hanefi'ler ve Maliki'ler, bulan kişi isterse belki sahibi bulunur düşüncesi ile, buluntuyu korumaya devam eder, isterse fakirlere sadaka olarak verir görüşünü paylaşmışlardır. Ayrıca, Hanefi'ler, bulan kişi buluntuyu dilerse

---

[60]Bununla ilgili olmak üzere, Hz. Peygamber; "Birinin kaybettiği şeyi (dâlle) bulup kendi malına katan ancak şaşkın (dâll) kişidir." buyurmuştur.(İbn Hacer, el-Askalanî, 164, 165; el-Aynî, VI, 29; Selmân, Nuh Ali, İbrau'z-Zimme min Hukuki'l-İbâd, 280).

[61]Lukatayı bulan gâsıp durumuna girmemesi için, onu sahibine haber vermek üzere (yani bu niyetle) almış olması, iki şahit önünde bu şekilde aldığını söylemesi (bu Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göredir; Mecelle de bu şarttan bahsedilmemiştir), ayrıca ilân etmesi şarttır. Bu şartları yerine getirdiği zaman buluntu (lukata), bulanın yanında emanet olur. (Ansay, 93).

[62]Ali Haydar, II, 419, Madde 769.

[63]Karaman, III, 55, 56; Ansay, 93.
Bu hususla ilgili lukatatayı soran kişiye Hz. Peygamber: "Bir yıl müddetle onu ilân et, sahibi çıkmazsa, bulduğun şeyin cinsini, miktarını, kabını ve diğer evsafını iyice tesbit ederek kendine harca. Sonradan sahibi çıkar gelirse ona borcunu ödersin." cevabını vermesi üzerine soran, "Ya Resulallah, kayıp koyun hakkında ne buyurursunuz?" diye sorunca da "Onu da al, çünkü o ya senin olacak, ya bir başka kardeşinin olacak, ya kurdun." buyurdu. Soru soran devam etti: "Ya Resulallah, kayıp deveyi ne yapalım?" Bu soru Hz. Peygemberi sinirlendirmişti. O kadar ki elmacık kemikleri kızarmıştı, buyurdu: "Deveden sana ne? Papucu ayağında suyu sırtında. Sahibi gelip buluncaya kadar ona bir şey olmaz" buyurmuştur. (Ebî Davûd, es-Sünen, II, 135, Hadis No: 1704; İbn Mâce, es-Sünen, II, 837; İbn Hacer, el-Askalanî,164, 165; el-Aynî, VI, 29; Selmân, 280).
Hadiste ilanın bir yıl olması tavsiye edilmiş olmakla birlikte, bunun sınırlama mahiyetinde olmadığı ve "sahibinin aramaktan vaz gettiği anlaşılıncaya kadar" ilanının uygun olacağı ifade edilmiştir. Tazmin sorumluluğunu düşürmek için bir defa ilan yeterli görülmektedir. (Karaman, III, 56).

hakime havale edebileceği, kendisi zengin ise bundan faydalanamayacağı fakat -zimmetinde bir borç olmak üzere- hakimin izin vermesi durumunda, faydalanabileceği düşüncesindedirler.[64] Fakat bulan kişinin fakir olması durumunda ise, buluntudan bizzat veya hakimin izni ile faydalanabileceği, ayrıca kendisinin fakir olan babasına, fakir olan büyük oğluna, kendisinin fakir olması durumunda, fakir olan küçük oğluna ve fakir bulunan karısına sadaka verebileceği görüşündedirler.[65]

Nitekim, İmam Malik, Sevrî, Evzaî, İmam Ebû Hanife ve İmam Şafiî, bulan kimsenin buluntuda tasarruf edebileceği görüşünü paylaşmışlardır. Fakat, İmam Malik ve İmam Şafiî'ye göre, sahibi ortaya çıktığında ödemek koşulu ile, bulan kimsenin, müddet geçtikten sonra fakir gibi zengin olması durumunda da buluntuya sahip olabileceyi, İmam Ebû Hanife ise, sahip olamayacağı ancak sadaka (tasadduk) olarak verilebileceği düşüncesindedir.[66]

Anlaşilacağı üzere bu husus, İslâm hukuk sisteminin temel prensiplerinden biri olan "malın korunması" prensibine dayanmaktadır. Buluntu eşyayı almaktan ilk amaç malın korunmasıdır. Buluntunun korunması için yapılan harcamaların hakimin izni ile yapılması durumunda, sahibinden geri alınması mümkün olmaktadır.

Hz. Peygamber'in; "Kim bir yitik bulursa,adalet sahibi bir kimseyi veya adalet sahiplerini şahit tutsun, gizlemesin, kayıp ta etmesin, eğer sahibi çıkmazsa o, Aziz ve Celil olan Allah'ın malıdır. Onu dilediğine verir."[67] hadis-i şerifi buluntu için yapılan harcamalarda hakimin izninin gerekli kılmaktadır.

İslâm hukukçuları, hakimin izni ile bulan kimsenin buluntuda yaptığı harcamaların mâlikinin zimmetinde bir borç, hakimden izinsiz yapılan harcamaların ise teberru olacağı hususunda görüş birliğine varmışlardır.[68]

---

[64]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 256, 257; el-Aynî, VI, 31, 32; Bilmen, VII, 258.

[65]Bilmen, VII, 258.

[66]eş-Şevkânî, VI, 95; İbn Rüşd, el-Hafid, II, 256, 257.

[67]Ebî Davûd, es-Sünen, II, 136, H.N. 1709; İbn Hacer, el-Askalanî, 165, H.N. 800; ez-Zeylaî, III, 466; el-Aynî, VI, 17.

[68]el-Aynî, VI, 29, 30, 31; Fetâvâ Hindiyye, II, 290, 291; Selmân, 297, 298; ez-Zuhaylî, V, 778, 779; Bilmen, VII, 252; Karaman, II, 57.

Medeni kanunumuza (madde 695) göre, ilan veya zabıtaya haber verilmesinden itibaren beş yıl içinde sahibi çıkmadığı zaman, buluntuyu bulan kimse, görevini yapmış ise ona sahip olmakta, eğer iade ederse masraflarına karşı tazminat almaktadır. İslâm hukukunda ise, hakimden izin almaksızın yaptığı masraflardan dolayı bir ücret isteyemez.[69] Gerek İslâm hukukunda[70] gerekse günümüz hukukunda[71] buluntunun satılması gerekiyorsa satılır.

İslâm hukukuna göre, hakim tarafından buluntuların harcanmasına izin verilmesi için buluntu oldukları delil ile ispat edilmelidir. Hakimin izni ile harcanan buluntunun (lukata) helâk olması durumunda ise, bulan kimse, harcamış olduğu nafaka bedelini sahibinden isteyebilmektedir.[72]

Bulan kimse, buluntunun bir şahsa ait olduğunu söylediği halde başka birisi çıkıp buluntunun sahibinin kendisi olduğunu delil ile ispat etmesi durumunda buluntu, bu delil sahibine ait olmuş olur. İmam Ebû Yusuf'a göre, bulan kimse, bu buluntuyu (lukata) hakimin izni ile sahibiyyet iddiasında bulunan kişiye teslim etmiş ise, kendisinin ödemesi gerekmez. Fakat İmam Muhammed, hakimin bu izni bulan kimsenin ikrarına binaen verdiği için, bulan kimsenin ödemesi gerektiği görüşündedir.[73] Bulan kimse (mültakit), hakimin izni ile buluntuyu sattıktan sonra, sahibi ortaya çıktığı zaman, parasından başka bir şey isteyemez. Çünkü bu satış muamelesi bir şer'i velayet (kanuni velayet) ile geçerli olmuş bulunmaktadır.[74]

Ayrıca, bulan kimse buluntuyu, yaptığı harcamaları geri almak için sahibine vermeyebilir. Buluntunun sahibinin, bulan kimsenin (mültakitin) hakimin izni ile, buluntu için yapmış olduğu masrafları ödemekten kaçınması durumunda ise, hakim buluntuyu (lukata) satıp onun parasından öder ve kalanını sahibine verir.[75]

Günümüz hukukunda bu husus M.K. 695/2 ye göre, "lukata sahibine iade

---

[69]Ansay, 93.

[70]ez-Zuhaylî, V, 779; Ali Haydar, II, 481, 482, Madde 785.

[71]Bkz. M.K. 694.

[72]Bilmen, VII, 252.

[73]el-Aynî, VI, 19; Bilmen, VII, 254, 255.

[74]Bilmen, VII, 254, 255.

[75]el-Ayıntâbî, V, 73, 74.

olundukta bulunan kimse bütün masraflarını almakla beraber münasip bir ikramiyeye müstehak olur." şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda, bulan kimse (mültakit), arama ve ilan görevlerini layıkıyla yerine getirmiş olduğu takdirde, yapmış olduğu zarurî-faydalı bütün masraflarının ödenme sini isteyebilmektedir. Bunun aksine, bulan kimse kendisine ait olan ilan ve arama görevlerini yerine getirmede, gereken önlemleri almada ihmal davranmış, özellikle buluntuyu gizlemeye teşebbüs etmiş ise, bu takdirde sadece, hak sahibi için de zaruri olan masraflarını isteyebilir. Kalan masraflarından dolayı herhangi bir hak iddia edemez.[76]

Buluntunun canlı olması durumunda, bunun sahibini bulup teslim edinceye kadar beslemek gerekecektir. Bulan kişinin, hakime haber vermeksizin, onun iznini almadan beslemek için yaptığı masraflar daha önce de belirtildiği üzere teberru sayılmaktadır. Hakime baş vurması durumunda, hakim, kiraya müsait hayvanlardan ise (at, katır v.b. gibi), kiraya verip kazancından beslemesi, kiraya müsait olmayan hayvanlardan olursa (koyun, keçi gibi), satıp parasını saklaması veya hayvanın bedelini aşmamak kaydıyla, kendi malından beslemesi hususlarından birisi ile hüküm verebilir.[77] Hayvanın bedelini aşmamak kaydı ile kendi malından beslemesi durumunda, bulan kişinin yaptığı besleme masrafı mal sahibinin borcu olup, sahibinin bulunduğu zaman, bu masrafı ödemesi gerekmektedir. Aksi takdirde bulan kimse, malı hapis edebilir.[78]

Ayrıca Şafiî'lere göre, bir kimse kır bir yerde sahipsiz bir hayvanı bulduğu zaman, isterse ilan ettikten sonra ona sahip olabilir, isterse hakimin izni ile satıp parasını saklayabilir, eti yenilebilecek hayvanlardan ise kesip etini yiyebilir. Fakat, ilan edip sahibi ortaya çıktığı vakit, ona sahip olduğu günkü kıymetini ödemesi gerekmektedir.[79]

Eğer bulunan bir çocuk (lakit) ise, fukahanın çoğunluğu çocuk için hakimden izinsiz harcama yapılır görüşündedirler. Buradaki durumu yetimin vasisi, velisi gibi değerlendirmişler ve velinin bulunmuş çocuk için harcama yapmasında hakimin iznine itibar edilemeyeceği şeklinde düşünmüş-

---

[76]Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Lükata Ve Define, XX, 182, 183; Aynı hususlar için bkz. Tanık, Tahir, Menkul Mülkiyetini İktisap Yolu Olarak Lukata, 896.

[77]el-Ayıntâbî, V, 73.

[78]Karaman, II, 45.

[79]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 256, 257; Bilmen, VII, 258.

lerdir. Çocuğu bulanın, onun hem şahsı hem de malı üzerinde velayeti olduğundan çocuk için onun malından harcama yapabilir. Çünkü çocuk için harcama (babasının malından) çocuğun muhtaç olması ile şartlandırılmıştır. Böylece bu hususta gerekli olan harcamalar için, zaruret hali bulunması nedeni ile hakimden izin istemeyi gerekli görmemişlerdir. İmam Şafiî'ye göre, hakimin izninin dışında, bulunmuş çocuk için harcama yapması doğru olmazken, Hanbeli'ler,[80] gerektiği zaman bulan kimsenin, çocuk için onun malından harcama yapabileceği görüşündedirler.

İslâm hukukunda, buluntu için, özellikle bulunmuş bir hayvan, bir lakit için yapılan harcamalar, bunun -sonradan da verilebilen- hakimin izni ile olması durumunda bir yükümlülük meydana getirmektedir. Yukarıda geçtiği üzere kural, izinsiz yapılan masrafların teberru sayılmasıdır. Fakat, adet ve hal gereği tasarruflara hakimin hükmü olmadan cevaz verilmektedir. Örneğin, birlikte yolculuk eden bir kaç arkadaştan birisi hastalansa diğerleri, bedeli ona ait olmak üzere, tedavisi için gerekli olan şeyleri izinsiz satın alabilir; çünkü âdetle sabittir. Bu durum, İslâm hukukunun "Örf ile tayin nass ile tayin gibidir." prensibine dayandırılmaktadır. Bir köylü bir tarlada, sahibi bilinmeyen yaralı olarak yatmakta olan bir hayvan gördüğünde, onu kendi ahırına getirip yemini, suyunu verse, hatta bir baytar çağırıp tedavi ettirse masraflarını, sonradan ortaya çıkacak sahibinden isteyebilir.[81]

Öyleyse, İslâm hukukunda buluntunun "malın ve canın korunması" esasları gereği alınması, vakti geldiğinde sahibine iade etme niyeti ile emanet olarak saklanması, ilan edilmesi gerekmektedir. Ayrıca sahibinin ortaya çıkmaması durumunda buluntunun, bulan kimsenin olup, ihtiyacı olmadığı takdirde sadaka olarak verilmesi uygun görülmektedir. İlan ve koruma masraflarının mal sahibinden geri alınabilmesi için, bu masraflar hakimden izin alınarak yapılabileceği gibi, bunun mümkün olmaması durumunda ise buluntu için yapılan bu masraflar, ispat edilerek sahibinden alınabilir. Çünkü izinsiz yapılmış olan masraflar bağış kabul edilirse, özellikle günümüzde, yapılması temenni edilen müdahalelerden herkesin kaçınmasına sebebiyet verilmiş olunacağı düşüncesindeyiz.

II. GEÇERLİLİĞİ FERDİ VELAYETE SAHİP OLAN VELİNİN (KANUNİ TEMSİLCİ-

---

[80]İbn Kudame, Muvaffakuddin, V, 754, 755.

[81]Ansay, 189.

NİN) İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

Geçerliliği ferdi velayete sahip olan velinin (kanuni temsilcinin) iznine bağlı olan tasarruflara geçmeden önce, kanuni temsilin hangi çeşit bir temsil şekli olduğu ve kanuni temsilciden nelerin anlaşılacağı hususları üzerinde durmayı uygun görmekteyiz. Öncelikle bizi burada ilgilendiren temsil çeşidi, temsil yetkisinin[82] kaynağı, hukuki bir muamele olan, doğrudan doğruya (vasıtasız)[83] temsil olmayıp, temsil yetkisinin kaynağı, bir kanun hükmü olan, vasıtalı (dolaylı veya örtülü) temsildir.

Vasıtalı temsilde temsilci, temsil edilen için (onun hesabına), üçüncü şahıslarla hukuki muamele yaparken kendi adına hareket etmektedir. Bu durumda muamelenin sonuçları temsilcinin şahsında gerçekleşmekte ve temsilci kendi adına yapmış olduğu muameleden doğan hakları, temsil ettiği kimseye devretmek, temsil edilenin de bu muameleden doğan borçları üstlenmek zorunluluğu vardır. (BK: m. 32/III). Örneğin, (A) nın adına (C), (B) ile yapacağı bir muameleyi (B) ye, (A) nın adına hareket ettiğini bildirmeden, kendi namına yapması durumunda, vasıtalı temsil söz konusu olmaktadır.[84]

Kanuni temsil yetkisinde, temsil edilen kişinin iradesi söz konusu olmamaktadır. Bu yetki, kendiliğinden veya bir mahkeme kararıyla gerçekleşebileceği gibi hukuki bir muamelenin kanuni bir sonucu olarak da gerçekleşebilmektedir. Kendiliğinden gerçekleşen kanuni temsil yetkisine örnek olarak velâyeti vermek mümkündür (MK. m. 268). Velinin kanuni temsilciliği evlilik içi doğum olayına dayanmaktadır. Vasinin (MK. m. 391), kayyımın (MK. m. 376) veya bir miras şirketi temsilcisinin (MK. m. 581) temsil yetkileri kanundan doğmakla birlikte, bir mahkeme kararı gerektir-

---

[82]Hak sahibi, bir başkasının kendi hakkı üzerinde tasarruf etmesini isteyebilir, bu nedenle de tasarruf yetkisini başkasına devredebilir. Bu durumda tasarruf yetkisinin dayanağı hak sahibinin iradesi olur. Hak sahibi kendisine bir temsilci (mümessil) tayin edebilir ve temsilci hak sahibi namına hareket eder. Bu şekilde hareket eden temsilcinin haiz olduğu yetkiye (selâhiyet), "temsil yetkisi" denilir. (Ayiter, 125, 126: Tekinay, Akmam, Burcuoğlu, Altop, 167).

[83]Bir kimsenin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak, başkası adına ve hesabına hukuki muamele yapmasına "temsil" denilmektedir. Temsilcinin yaptığı hukuki muameleden doğan hakların ve borçların kendiliğinden temsil edilen kişinin şahsında gerçekleşmesi şeklindeki temsile, doğrudan doğruya temsil veya vasıtasız temsil denilmektedir. Buna vekâleti örnek verebiliriz.(Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 167; Bkz. Karaman, II, 336).

[84]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 167, 168; Bkz. Karaman, II, 336.

mektedir. Yani söz konusu temsilcileri, kanunda yazılı sebepler varsa, yargıç tayin eder. Hukuki bir muamelenin kanuni bir sonucu olarak gerçekleşen kanuni temsil yetkisine örnek olarak ta, evlenme sözleşmesi yapılırken eşler birbirlerine iradi olarak temsil yetkisi vermezler. Fakat, kanunun tayin ettiği ölçüler içinde, koca karısının, karı da kocasının temsilcisi sıfatıyla hareket edebilir (MK. 154, 155), örneğini verebiliriz.[85]

Kâsırın[86] babası ve babadan dedesi bulunursa velâyet ve vesâyet hakkı bunlara ait olmaktadır. Bunların bulunmaması durumunda; velâyet hakkı kasırın kendi asabesinden[87] olan akrabasına ait olup, bunlardan hangisi daha yakın ise veli o, olmaktadır. Arıca, asabeden kimse yoksa, velâyet anneye geçmektedir. İslâm hukuku prensip olarak vasiyi tayin hakkını babaya vermiştir. Vefatından önce onun seçtiği kimse vasi olmakta, babanın vasi tayin etmemiş olması durumunda ise, bu hak dedeye (babanın babasına) geçmektedir. Bunların tayin ettiği bir vasi de olmadığı zaman, vasi tayin yetkisi hakime geçmektedir. Hakimin tayin ettiği vasiye "vasiyyu'l-qâdi" denilmektedir.[88]

Yasal gözetimci (veli) ve vasiyetle atanan gözetimci (vasi), aynı zamanda birer aracı ve/veya o işi yerine getiren kişilerdir.[89]

Öyleyse velayette, kendiliğinden gerçekleşen bir kanuni temsil yetkisi söz konusu olmaktadır. Bu yetkiye sahip olan kişiye de kanuni temsilci denilmektedir.

A. MÜMEYYİZ ÇOCUĞUN TASARRUFLARI

Eda ehliyeti; şer'an muteber şekilde fiil ve muamelelerde bulunmak yetkisidir. Kâsır (eksik) ve kâmil (tam) olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Kâsır eda ehliyetine, mümeyyiz çocuğu ve ma'tuhu, kâmil eda ehliyetine ise, baliğ (reşit) olan kimseyi örnek verebiliriz. Şahsın, haklarını bizzat kullanması selâhiyetine, bugün medeni hakları kullanma ehliyeti

---

[85]Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 168, 169.

[86]Vasinin, kâsırın malında mahkemeden izinsiz tasarruf edemeyeceği hususlar için bkz. Ebû Zehra, Muhammed, el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye, 494, 495.

[87](araya kadın girmeksizin kişinin erkek akrabası, baba, babanın babası, oğul, oğlun oğlu, amca...gibi).

[88]Karaman, I, 196.

[89]Schacht, 120.

denmektedir.[90]

İslâm hukuku, günümüz hukukunda olduğu gibi insanın fiil ve tasarruflarını, akıl ve iradelerinin seviye ve gelişme derecesini dikkate alarak çeşitli taktir ve hükümlere bağlamıştır: Çocuğa doğduğu andan bâliğ oluncaya kadar sabî, sağir denir. Sağir, mümeyyiz olan ve mümeyyiz olmayan (gayr-i mümeyyiz) şeklinde iki kesimdir.[91]

Mecelle'nin 943 üncü maddesinde mümeyyiz olan ve mümeyyiz olmayan çocuk şu şekilde tarif edilmiştir: Mümeyyiz olmayan (gayr-i mümeyyiz), "bey'u şirayı fehmetmiyen (alış verişin manâ ve hükmünü anlamayan); yani mülkiyeti bey'in sâlib ve şirânın câlip olduğunu bilmiyen ve onda beş aldanmak gibi gabn-i fahiş olduğu belli olan bir gabn-ı, gabni yesirden temyiz[92] ve tefrik eylemiyen çocuk olup, bunları temyiz eden çocuğa sağir-i mümeyyiz denir."[93]

T.M.K. nun 13 üncü maddesi "...makul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmayan her şahıs, kanûn-i medenice mümeyyizdir." demekte ve çocuğun temyiz çağının başlangıcını belirli bir yaşa bağlamamaktadır.[94]

Veli (ana baba), nasıl çocuğu temsil yetkisini haiz iseler, aynı şekilde çocuk da gerek ailesi, gerek se kendisi için hukukî tasarruflarda bulunabilmek hakkına mâliktir. Bunun için de çocuğun mümeyyiz olması ve velisinin izninin bulunması şarttır.[95]

Mümeyyiz olmayan (gayri mümeyyiz) çocuğun tasarruf ehliyeti yoktur. Onun sözlü tasarrufları, velisi izin verse de, geçerli olmamak-tadır.[96]

---

[90]Zeydan, Abdülkerim, Fıkıh (İslâm Hukuku) Usulü, II, 124; Ansay, 71.

[91]Ansay, 71; Bkz. Sava Paşa, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, II, 347; Zeydan, 126-130.

[92]Temyiz: Bütün sonuçlara, kapsamlı olmasa da, iyi ile kötü, hayır ile şer, faydalı ile zararlıyı birbirinden ayırarak idrâk etmek, anlamak demektir. (Karaman, I, 185).

[93]Ali Haydar, III, 9; Karaman, I, 185; Ansay, 71.

[94]Karaman, I, 185.

[95]Esen, Bülent Nuri, Türk Medeni Hukuku Talebe Notları, 32.

[96]el-Cezîrî, Abdurrahman, Kitabu'l-Fıkh ala'l-Mezâhibi'l-Erba'a, II, 366; Bilmen, VII, 181.

Mümeyyiz çocuğun tasarrufları ise, fıkıh kitaplarında[97] genel olarak üç çeşitte incelenmiştir:

1- Mümeyyiz çocuğun tamamen zararına olan tasarruflar (zarar-ı mahz): Mümeyyiz çocuğun bu çeşit tasarrufları doğru olmadığı gibi, kanuni temsilcisinin de onun adına böyle bir tasarrufta bulunması doğru değildir. Örneğin, hibe, sadaka, vakıf, iâre, borca kefalet ve talâk gibi tasarruflar bu çeşit tasarruflardandır.

2- Mümeyyiz çocuğun tamamen yararına olan tasarruflar (nef-i mahz): Mümeyyiz çocuğun bu çeşit tasarrufları geçerli olmakla birlikte, velisinin izin ve icazetine de ihtiyacı yoktur. Hibe ve sadakayı kabul bu çeşide örnektir (Mecelle 853). Ayrıca, başkasına vekâleten alış-veriş, nikah boşanma, dâvâ gibi tasarrufların çocuğun yetişmesinde fayda sağlıyacağı ve muhtemel bir zararın da müvekkile ait olacağından dolayı, bu tasarrufları da doğru kabul edilmektedir.

3- Hem zarar hem de yarar ihtimali bulunan tasarruflar (nef'i ile zarar beyninde): Bu çeşit tasarrufların geçerli (nafiz) olması, mümeyyiz çocuğun kanuni temsilcisinin izin ve icazetine bağlıdır (Mecelle 974).[98] Bu izin, daha önce belirtildiği üzere, önceden umumi olarak verilebileceği gibi, tasarruftan sonra icazet vermekle de gerçekleşebilir.[99] Ayrıca, Hanbeli'ler, sonradan onayı (icazeti) red ederler ve çocuğun kendi başına yapabileceği bir muamele için gerekli olan izni velisinin önceden vermesi gerektiği görüşündedirler.[100] Alış-veriş, kiraya vermek, kiralamak, rehn vermek ve almak, ziraat ortakçılığı, emaneti kabul,[101] sulh, istisna',

---

[97]Kâsâni, VI, 16, 20, 207; VII, 171; el-Cezîrî, II, 363; en-Nevevî, Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref, el-Mec'mû'Şerh el-Mühezzeb, IX, 158; İbn Abidin, VI, 173; Fetâvâ Hindiyye; V, 110; Senhûrî, IV, 180; el-Ayıntâbî; VII, 266, 267; Muhammed Ebû Zehra, Muhammed, 440; Ali el-Hafif, 277; Ebu'l-Feth, 48, 48; Ahmed İbrahim Bey, el-Muamelâtü'ş-Şer'iyyetü'l-Maliyye, 77, 78; Bilmen, VII, 273, 281.

[98]en-Nevevî, IX, 158; Ali el-Hafif, 277.

[99]Esen, 32.

[100]De Bellefonds, III, 1016.

[101]Mâlikinin izni olmadan emanet olan malın kabul edildiği takdirde, telef olması, ödenmesi için bir sebebtir. (Kâsâni, VI, 113). Ayrıca mahcur çocuğun malı koruyamıyacağı için, emaneti kabulü doğru değildir. İmam Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre, emanetin helâk olması durumunda mahcur çocuğa tazmin gerekmez. İmam Ebû Yusuf, tazminin gerekeceği görüşündedir. (Kâsâni, VI, 207).

vekâlet gibi tasarruflar bu çeşite örnek teşkil etmektedir.[102]

Bu çeşit tasarruflar için velisi izin vermekten kaçındığı veya velisi bulunmadığı zaman, hakim fayda gördüğü takdirde ona izin verebilir. Bu durumda hâkimin izni hükümdür, diğer veliler çocuğu hacredemezler.[103] Fakat bu izni veren hâkim veya başka bir hâkim onları tekrar hacredebilir (Mecelle 977). Ayrıca, mümeyyiz çocuğa izin vermiş olan en yakın velisinin, örneğin babası veya vasisinin vefatı veya delirmesi durumlarında izin geçersiz olur. Bunun aksine, hakimin izni, hüküm olduğundan onun hakimiyyet sıfatı ile yapmış olduğu kanuni muameleler, vefatı, delirmesi veya azl edilmesi ile geçersiz olmamaktadır.[104]

Mümeyyiz çocuk izin verilen alandaki tasarruflarda bâliğ hükmündedir (Mecelle 967, 972). Yine tamamen zarar ihtimali olmayan tasarrufları geçerli, tamamen zarar ihtimali olan tasarrufları geçersizdir.[105] Me'zun olan çocuk velinin katılımı olmaksızın, me'zun olduğu tasarruflardan dolayı mahkemede müddei ve müddeaaleyh olabilir. Öyle ki, kendisine yemin de verilebileceği gibi başkasını de tevkil edebilir. Fakat me'zunun, me'zun olduğu ticaret alanı dışında kalan tasarruflardan dolayı aleyhine açılan, örneğin bir gasb dâvâsında velisinin bulunması şarttır.[106] Bütün bu hususlar günümüz hukukunda da bu şekildedir.[107]

Mümeyyiz çocuğun fayda ile zarar arasında olan tasarruflarına, velisi izin vereceği gibi, kendisi de, tasarruflara izinli olduğu zaman veya bulûğdan sonra izin verebilir.[108]

Velisinin, mümeyyiz çocuğa ticarete (alış-veriş) izin vermesinin doğru olup olmaması hususunda İslâm hukukçuları farklı düşünmüşlerdir.[109] Hanefi ve Maliki'ler, mümeyyiz olan ve mümeyyiz olmayan çocuğun tasarrufla-

---

[102]Örneklerle ilgili bkz. Kâsâni, VII, 195; el-Cezîrî, III, 106; Ali Haydar, III, 52, 53; Ahmed İbrahim Bey, 80.

[103]el-Ayıntâbî, VII, 268; Ali Haydar, III, 58.

[104]Bilmen, VII, 283.

[105]Bilmen, VII, 282.

[106]Ali Haydar, III, 57, Madde 972.

[107]Ansay, 72.

[108]Bilmen, VII, 281.

[109]Serahsi, XXV, 21; Cessâs, II, 356, 357.

rını ayırmışlardır. Şafii ve Hanbeli'ler ise ikisinin tasarrufları arasında fark görmemişlerdir. İmam Ebû Hanife,[110] Hanbeli'ler[111] ve Zeydi'ler, velisi, mümeyyiz çocuğa alış veriş yapmasına izin verdiği zaman, onun tasarruflarının doğru olacağı görüşünde olup, buna da, "Yetimleri, evlenme çağına gelene kadar deneyin; onlarda olgunlaşma[112] görürseniz mallarını kendilerine verin..."[113] âyetini delil göstermişlerdir.[114]

İmam Şafiî ve İmami'ler ise, mümeyyiz çocuğun gayri mükellef olduğunu dolayısıyla mükellef olmayanı, mümeyyiz olmayana benzeterek, velisi izin verse de baliğ oluncaya kadar ticari tasarruflarının ne izin ile ne de icazet ile doğru olmayacağı görüşündedirler.[115]

Mümeyyiz çocuğa velisi tecrübe maksadıyla malının bir kısmını teslim edip, alış-veriş yapmasına izin vermek suretiyle, malı güzel kullanıp kullanamadığını öğrenebilir. Malı güzel kullandığı takdirde velisinin kalan malını da kendisine teslim etmesi uygun görülmüştür.[116] Ayrıca, mümeyyiz çocuğa velisi izin verdiği zaman, çocuk bu tasarrufları velinin yerine yapmakta, izin müddetince hacri kalkıp ehliyeti tam olmaktadır.[117] Fakat, aliş-veriş yapıp da parayı teslim almadan velisi onu hacredecek[118] olursa, çocuğun bu tasarrufu geçersiz olup, para müşteriye iade edilir.[119]

İzin verilmiş olan çocuk, kendi malını para karşılığı veya gabn-i

---

[110]Serahsi, XXV, 21.

[111]İbn Kudame, Muvaffakuddin, IV, 272, 273.

[112]Küçüklüğün son bulması, bulûğun, rüşdün emaresidir, şeklinde açıklanmıştır. (Muhammed Ebû Zehra, Muhammed, 104).

[113]Nisâ, 4/6.

[114]Cessâs, II, 356.

[115]el-Cezîrî, II, 366; Cassas, II, 357; ez-Zuhaylî, V, 419; Mevdû'at Cemal Abdü'n-Nasir fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, 229, 230, 231; De Belle-fonds, III, 1016.

[116]Ali Haydar, III, 44, Madde 968.

[117]Ebû Zehra, Muhammed, 441.

[118]Çocuğun hacredilmesi ile ilgili hususlar için bkz. Kâsâni, VII, 206; İbn Kudame, Muvaffakuddin, IV, 505; İbnu'l-Humam, IX, 254; el-Cezîrî, II, 346, 347; Fetâvâ Hindiyye, V, 86; Ali Haydar, III, 59, Madde 973. Ayrıca çocuğu hacr eden veli, önceden ona izin veren veli olmalıdır. (Ali Haydar, III, 58).

[119]Serahsi, XXIV, 180.

yesir (az bir aldanma) ile satabileceği gibi, bu şekilde mal da alabilir. Fakat, fahiş gabin (büyük aldanma) ile alış-verişte fakihler farklı düşünmüşlerdir. Fahiş gabin ile alım satımın geçerli olması İmamı Azam'a göredir; çünkü, küçük çocuk izinle baliğ hükmünde olmuştur, baliğin fahiş gabin ile satışı da doğrudur. Ancak, tasarruf vekil için söz konusu olduğunda, vekilin fahiş gabin ile satışına cevaz verip, alışına cevaz vermemiştir. İmameyne göre ise, fahiş gabin ile satış doğru değildir. Çünkü, ticaretten maksat kazançtır, yoksa itlâf, teberru' değildir. Ayrıca, bizzat velinin fahiş gabin ile satışı doğru değildir.[120]

İmam Ebû Hanife, ticaret aktinde ödenmesi mümkün olduğu için onun bir ticaret olduğu teberru olmadığı görüşündedir. Ödenmesi mümkün olan şeyin hükmü olur. Mal başka malla değiştirilir. Bu nedenle bütün satış hükümleri geçerlidir demiştir.[121]

Mümeyyiz çocuğun, velisinden izinsiz satış yapması durumunda, satışı geçerli olmaz. Bu satış, fahiş gabin ile olmamak şartıyla velisinin icazeti ile geçerli hale gelebilir.[122]

İzin verilmiş olan mümeyyiz çocuk, izinli olduğu tasarruflarda gerek velisi tasdik etsin, gerek tasdik etmesin ve çocuk ikrar zamanında borçlu olsun veya olmasın ikrarı, geçerlidir. Fakat, çocuğa izin veren baba veya vasinin çocuk aleyhine borç, satış, alış, kiralama, emanet, rehin ve vekâletle ilgili tasarrufları ikrar ettiğinde, çocuğun ikrarı geçersizdir. Çünkü izin olmayan hususlarda ikrar da batıl olmaktadır.[123]

Mümeyyiz çocuğun vasiyyetinin doğruluğu hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ebû Hanife, veresenin zarara uğrayacağı ve çocuğun da sevaba ihtiyacı bulunmadığını gerekçesiyle, vasiyetini doğru bulmamıştır. Bunun aksine İmam Şafiî, çocuğa zararı olmayacağı ve sevap olacağı düşüncesiyle doğru kabul etmiştir.[124] Biz, varislerin zarara uğrayacağı için, mümeyyiz çocuğun vasiyetinin doğru olmayacağı düşüncesinde olan Ebû Hanife'nin görüşünü tercih etmekteyiz.

---

[120]Kâsâni, VII, 194; Ali Haydar, III, 52; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 227; Ansay, 74, 75.

[121]Mevûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, İzn, IV, 228.

[122]el-Cezîrî, II, 240.

[123]Serahsi, XXV, 23; Ali Haydar, III, 54, Madde 972.

[124]Karaman, I, 185.

B. SEFAHET SEBEBİYLE HACREDİLMİŞ OLAN SEFİHİN TASARRUFLARI

Sefeh, terim olarak, akıl hafifliği ve zaafı demektir (Mecelle 946). İslâm hukukunda sefeh, aklı başında, temyiz gücü tam olup, malı üzerinde akıl, mantık ve iktisâdın gerektirdiği şekilde, tasarrufta bulunamama durumudur. Bu durumda bulunan kimseye "sefih" denilmektedir.[125]

Sefeh, ehliyeti ortadan kaldırmaz. Sefih tam ehliyet sahibi olup, bütün mükellefiyetlere muhatap ve onlardan sorumludur.[126] Sefihler, sefih olarak bulûğa erenler ve sonradan sefih olanlar, olmak üzere iki çeşittir. Zahirî'ler dışındaki İslâm hukukçuları, sefih olarak bulûğa eren kimselere mallarının teslim edilmeyeceği hususunda görüş birliğine varmışlardır.[127] Bu hususa da, "Allah'ın sizi başına diktiği (geçiminize gerekli kıldığı) mallarınızı sefihlere (beyinsizlere) vermeyin..."[128] âyetini delil göstermişlerdir.

Ayrıca, "Yetimleri evlenme çağına gelene kadar deneyin; onlarda olgunlaşma (rüşd=akıl ve salah) görürseniz mallarını kendilerine verin..."[129] âyeti, çocuğa malı, buluğa erdikten sonra, rüşd sahibi (ölçülü, akıllı, dengeli davranan kişi) olduğundan emin olunduğu vakit teslim edileceğine delâlet etmektedir. Ayette, malın verilmesi için buluğa ermek ve rüşd şart koşulmaktadır. Burada cumhûr ile Zahirî'lerin farklı düşünmelerinin nedeni, Zahirî'lerin rüşdü, akli başında olarak buluğa ermek şeklinde, cumhûrun ise, aklın salahı (yeterliliği, ehilliği) ve malı koruma gücü şeklinde düşünmelerinden kaynaklanmaktadır. Yani cumhûra göre, her rüşd sahibi (reşît) insan, aklı başında insan ise de, her aklı başında insan reşît değildir. Yaşı ne kadar büyük olursa olsun, yaşlı, ihtiyar bir kimse olsa bile, rüşdünü ispat etmediği takdirde, reşit insan olamaz. Bu sebeble de küçük çocuğa, buluğa erdikten sonra da mâli tasarruflarda bulunması için mal verilemez. Şafiî'ler, Mâliki'ler, Hanbelî'ler, Caferî'ler, İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed bu görüştedirler.[130]

İmam Ebû Hanife ise, 25 yaşına girmese bile, insanın rüşd sahibi

---

[125]Zeydan, 154; Karaman, I, 192.

[126]Sava Paşa, II, 338.

[127]Şebramlesî, Haşiye, III, 349; Zeydan, 155; Karaman, I, 192.

[128]Nisâ, 4/5.

[129]Nisâ, 4/6.

[130]Zeydan, 155, 156.

larak bulûğa erer de, rüşdü kesin olursa, kendisine malının verileceği, bunun aksine reşid olarak bulûğa ermez veya rüşdü bilinmezse 25 yaşına kadar bekleneceği görüşündedir. Burada Ebû Hanife, bir kimseye malının verilebilmesi için 25 yaş sınırı koymuştur. Yani, rüşdü bilinsin, bilinmesin 25 yaşına basan kimsenin rüşdüne hükmedilip, kendisine malının verileceği görüşündedir.[131]

Yine, İslâm hukukçuları arasında, sefehin bir hacir[132] sebebi olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır.[133] Şöyle ki, cumhur (Şafiî'ler, Hanbelî'ler, Mâlik'ler, Câferî'ler, İmam Muhammed ve İmam Ebû Yusuf), sefihin hacir altına alınması gerektiği görüşündedir.[134] Ayrıca, İmam Muhammed, hacir için sefâhetin başlamasını yeterli görürken, Ebû Yusuf, sefihin sadece hakimin hükmüyle hacir altına alınabileceği düşüncesindedir.[135] Bunların aksine İmam Ebû Hanife ve Zâhirî'lere göre, sefih hacr altına alınamaz. Kişisel hürriyete son derece önem veren İmam Ebû Hanife, aklı başında olan bir insanın hacredilmesini, malının ziyan olmasından daha büyük bir kötülük olarak nitelendirmiştir. Ve bu durumu onların insaniyet ve hürriyetlerine aykırı görmüştür. Biz burada, "...Sefih tamamen kendisine âit olan malda tasarrufta bulunmaktadır. Onun malında hiç kimsenin hakkı yoktur dolayısıyla sefihin kendi malındaki tasarrufuna engel olunamaz."[136] diyen, İmam Ebû Hanife'nin görüşünü tercih etmekteyiz.

Hanefi'ler,[137] sefihin tasarruflarını, eksik kabul edilen ve eksik kabul edilmeyen tasarruflar olmak üzere iki kısımda incelemişlerdir. Birinciye, sefihin hacr hususundaki malî tasarruflarını, ikinciye ise,

---

[131]Delilleri için bkz. Zeydan, 157, 158.

[132]İslâm hukukçuları, hacri farklı şekilde tanımlamışlardır. Hane fî'ler hacri, "hususi bir tasarrufta, hususi bir şahısla ilgili, hususi bir yasaktan ibarettir." şeklinde tarif etmişlerdir (el-Cezîrî, II, 346).
Şafiî'ler hacir, "hususileşmiş sebebler için malda tasarrufun yasaklanmasıdır." derken, Hanbeli'ler hacri, "mâlikin kendi malında tasarruftan men edilmesidir." şeklinde tanımlamışlardır (el-Cezîrî, II, 347).

[133]Serahsi, XXIV, 157; Karaman, I, 193; Ebu'l-Feth, 49-51; Ansay, 73; Bkz. Zeydan, 159-161.

[134]Deliller için bkz. Zeydan, 159-161.

[135]Ebû Zehra, Muhammed, 450; Bilmen, VII, 272.

[136]Zeydan, 162.

[137]Ebû Zehra, Muhammed, 451, 452.

nikah, talâk (boşanma), itâk (kölelik) gibi tasarrufları örnek vermişlerdir. Sefih, yani malını boş yere harcayan ve masraflarında israf eden kimse, hacr konusunda olan malî tasarruflarında (alım, satım, kiralama gibi), mümeyyiz çocuk gibi kabul edilmiştir (Mecelle, mad. 990).[138] Fakat İmam Muhammed, mahcur sefih ile, mümeyyiz çocuğun şu tasarrufları arasında farklar olduğu görüşündedir. Vasinin, çocuğun malında tasarrufu doğru iken, mahcur sefihin malında tasarrufu doğru değildir. Sefihin kölelik, boşanma ve nikâhı caiz olduğu halde, çocuğunkiler bâtıldır. Mahcur sefih, vasiyet ettiği zaman, hayır yapmak için vasiyette bulunması istihsânen geçerli olmakta iken, çocuğun vasiyeti geçersiz olmaktadır.

Sefih, reşit oluncaya kadar -çoğunluğa göre- hibeyi kabul, vasiyet gibi sadece faydalı olan tasarrufları, başkasının izin ve icazetine gerek olmaksızın geçerlidir. Fakat fayda ve zarar arasındaki tasarruflarının geçerli olabilmesi için, kayyimin icazeti gerekmektedir (Mecelle, 990, 991).[139]

Sefihin nikâhı, velisinin izni ile geçerli olmaktadır.[140] Sefihin alış-verişle ilgili tasarrufları, Hanefi'ler ve Mâlikî'lere göre, velisinin icazetine bağlıdır.[141] Şafiî'ler[142] ve Hanbelî'lere[143] göre de velisinin izni ile geçerli olmaktadır.

Sonuç olarak, rüşt, kişiyi her çeşit tasarruf yapmaya ehil kılmaktadır. Bunun aksine reşit olmayan kişinin tasarrufları sözlü ve fiili olarak ayrılmış, bazı muameleleri, mümeyyiz olmak kaydı şart koşularak bizzat yerine getirebildiği halde, diğer bazı tasarruflarında kanuni temsilcisinin rıza ve muvafakatı aranmış ve hatta bazen hakimin müsaadesi de şart koşulmuştur diyebiliriz. Öyleyse, mümeyyiz çocuğun, alış-veriş, kiraya vermek, kiralamak, rehin vermek ve almak, ziraat ortakçılığı, sulh, istisna', vekâlet v.b. gibi tamamen yarar veya tamamen zarar arasındaki

---

[138]Ali Haydar, III, 79.

[139]Ali Haydar, III, 80, 8; İbnu'l-Humam, Kemaluddin es-Sivasî, Tekmile Şerh Fethu'l-Kadir, IX, 262-264; eş-Şebramlesî, III, 349; Ebû Zehra, Muhammed, 451-453; Ebu'l-Feth, 49-51; Ansay, 73.

[140]İbn Kudame, Muvaffakuddin, VI, 503; el-Cezîrî, II, 371; ez-Zuhaylî, V, 446.

[141]ez-Zuhaylî, V, 446.

[142]eş-Şebramlesî, Haşiye, III, 349.

[143]İbn Kudame, Muvaffakuddin, IV, 525, 526.

tasarrufları, velisinin izin ve icazeti ile geçerli olmaktadır. Velisi bu tasarruflara izin vermekten kaçındığı zaman veya velisi bulunmadığı zaman, fayda gördüğü takdirde, çocuğa izin hakim tarafından verilmektedir. Mümeyyiz çocuğun vasiyeti geçersizdir. Sefihin, hukukçuların çoğunluğuna göre, reşit oluncaya kadar, sadece faydalı olan tasarrufları doğru olmaktadır. Sefihin eksik kabul edilmeyen nikâh, boşanma, kölelikle ilgili tasarrufları velisinin izin ve icazeti ile geçerlidir. Fayda ve zarar arasındaki tasarrufları da kayyimin icazeti ile geçerli olmaktadır. Sefih hacir konusu olan malî tasarruflarda, mümeyyiz çocukla aynı, nikâh, boşanma, kölelik ve vasiyet gibi tasarruflarda farklı statüdedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEÇERLİLİĞI HAK SAHİBİ OLAN FERTLERİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

I. KİŞİLERLE İLGİLİ HUSUSLARDA GEÇERLİLİĞİ KENDİLERİNİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

A. YAŞAM HAKKINDAN VAZGEÇİLMESİ

İslâm hukukunda prensip olarak, izni olmadan bir başkasının malında ve hakkında hiç bir kimsenin tasarruf yetkisi yoktur. Ayrıca, bunun için gerekli olan izin ve rızanın önceden bildirilmiş olması da şart değildir. Bir başkasının izni ile, ona ait bir hakkı kullanan kimsenin, bundan meydana gelecek zararı ödemesi gerekmemektedir. Örneğin, arazi sahibinin izni ile, arazide çukur açan veya kuyu kazan kimse için, bunlardan dolayı tazminat vermesi söz konusu olmamaktadır. Ayrıca, günümüz hukukunda da bazı kanunlar, malı zarara uğramış olan kimsenin rızası ve kabul etmesi ile, ameliyat ve spor karşılaşmalarında alınan yaralar ve kaybedilen uzuvlar nedeniyle, tazminat istenemiyeceğini kabul etmişlerdir.[1]

Bunlar, vücudun yaralanması ve mala verilen zararlar ile ilgili hükümlerdir. Burada özellikle şu hususlar üzerinde durulacaktır: Hayatın sona erdirilmesi şeklinde bir fiil, hayat sahibinin izin ve rızasına dayansa da doğru olur mu? Yani, ölümcül bir hastanın, bir an önce ızdırapsız bir hale getirilmesi için, gerek kendi rızası ile olsun, gerekse acımak duygusu ile olsun, ona yardım etmek ve ızdırabını dindirmek için öldürülmesi, hukuken doğru mudur? Ayrıca, bu şekilde bir öldürme fiili işleyen kimseye ceza gerekir mi?

Hukukçular, bu meseleyi tartışmışlar ve farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Ceza hukukunda, bu hususla ilgili olmak üzere üç değişik görüşe raslamak mümkündür:

Bunlardan birinci görüşe göre, insan kendi hayatının sahibidir. Sahibi olduğu şey üzerinde kendi kendine tasarruf hakkı olması nedeniyle, kişi kendini yok etme hakkına mâliktir. Ayrıca, bu hakkı kendisi kullanabileceği gibi, başka biri vasıtası ile de kullanabilir. Böyle bir durumda, mağdurun izin veya rızası ile hareket edilmekle birlikte, ahlâki ve insani sebeplerle de hareket edilmiş olduğundan, fail ceza görmemelidir. Burada öldüren kimse, mağdurun isteğine uyarak onu öldürmesi durumunda, adam öldürmek kasdı ile hareket etmemiş, hissi ve toplumsal bir görev yerine getirmiştir. İtalyan cezacılarından Ferri başta olmak üzere, bazıları bu görüştedirler. Eski Roma hukukunda da bu konuda "mağdurun rızası, gayri

---

[1]Karaman, II, 487.

meşru'u, meşru kılar" görüşü hâkim olmasıyla birlikte, mağdurun rızası ile meydana gelen öldürme fiiline ceza verilmemektedir.[2]

Ayrıca, Fransızların, bu fiile ceza verilmemesi görüşünde bulunan cezacıları görüşlerini, irade teorisine dayandırmışlardır. Bunlar, katil suçunun meydana gelmesi için, manevi unsur olan kasıtın bulunması gerektiğini, kasıtın ise, şu'ur, ile istemekle (irade ile) oluştuğunu söylemişlerdir. Burada faili, aynen intihar etmek isteyen kimsenin tabancasının tetiğini çekmek için kullandığı ele benzetmişler, tetiği kendisi çekmemiş de başkasına çektirmiş gibi düşünmüşlerdir.[3]

İkinci görüşe göre ise, insan hayatının mukaddes olması nedeniyle, insanlara, hangi şart ve sebebler etkisi altında olursa olsun, öldürmek hakkı verilemez. Failin adam öldürme suçundan mahkum edilmesi gerekir. Ayrıca, suçlunun iyi hislerinin hakim tarafından takdiri, suç için hafifletici bir sebeb olarak dikkate alınması mümkündür. Garruad bu görüştedir.[4]

Yine bu görüşe göre, hastanın ızdırap içerisinde kıvranması, ağrılara dayanamaması, hiç bir zaman onun hayatına son vermeyi gerekli kılmaz. Bugünkü tıbbın bilmediği bir çok hususların var olmasının yanı sıra, şifasız denilen bir hastalığın, çok kısa bir süre sonra şifasının, ilacının bulunduğu bir gerçektir. Ayrıca, hastanın ızdırabı ise, her şahsın dayanma gücüne göre değişen keyfiyetlerdendir.[5] Bu görüş, ileride bahsedileceği üzere, İslâm hukuku görüşüne de uygundur.

3- Bu hususda üçüncü görüş de, öldürmek kasdında, öldürmek suretiyle zarar niyeti aranması gereken bir unsurdur. Yani, acımak duygusu ile hareket ederek ızdırap çeken bir kimsenin hayatına son verme durumunda, zarar verme niyeti bulunmadığından faile ceza verilemeyeceği şeklindedir. Fakat, kanunlar bu niyeti dikkate almamışlardır. Bu hususla ilgili olarak Aygen, şu görüşleri ileri sürmektedir: "...kanunda öyle bir boşluk var diye faile adam öldürmek suçundan dolayı ceza vermek, veya bu boşluğu doldurmak kasdıyla faile hiç ceza vermemek de cemiyet menfaatiyle kabili telif değildir. Zira bir insanın, diğerinin hayatına kıymak hakkı yoktur. Buna

---

[2]Arıkan, Ötanezi (Euthanasia), 120, 121; Aygen, Acımak Hissi Veya Maktulün Muvafakati Veya Talebi İle Adam Öldürme, VIII, 1, 7.

[3]Arıkan, 121.

[4]Arıkan, II, 122, 123; Aygen, VIII, 7, 8.

[5]Arıkan, 122.

mukabil, adi bir adam öldürmede suçluya verilen cezayı, acımak hissiyle adam öldürme suçlusuna da teşmil etmek, suç ile ceza arasında bulunması icap eden nisbet kaidelerini ihlâl eder. Bu sebeble acımak hissinin tesiri altında ve mağdurun talebi ile veya rızasıyla adam öldürme fiilinin, adi adam öldürme suçundan ayrı ve müstakil bir suç telâkki edilmesi ve kanunlara bu yolda hükümler konulması daha uygun olur."[6]

Ayrıca, 1 Ocak 1942 de yürürlüğe giren en son İsviçre Federal Kanununun 113 üncü maddesi bu hususla ilgili olup, bir kimseyi, ciddi ve ısrarlı isteği üzerine öldürene verilecek cezayı göstermektedir. Bu ceza adam öldürme fiilinin esas cezasından daha hafif olmakla beraber, suç da benzeri suçlara göre daha ayrıcalıklıdır. Ve bu hükmün uygulanabilmesi için, öldürülecek kimsenin istekte bulunması; isteğin ciddi, ısrarlı ve açık olması; teklif ve isteğin doğrudan doğruya öldürülecek kimseden gelmesi şartları aranmıştır.[7]

Bu çeşit ölüme hukuk dilinde, "huzur, rahat ve kolaylık içerisinde ölüm" anlamına gelen "ötanazi" (Euthanasia) denilmektedir.[8] Ötanazi, şifası mümkün olmayan bedeni ızdıraplardan kurtarmak için, acısız vasıtalarla insan hayatına son vermek şeklinde tanımlanmaktadır.[9]

Ötanazi leh ve aleyhine bir çok tartışmalar olmakla birlikte, 930 tarihli İtalyan ceza kanunundan başka hiç bir kanuna girmemiştir.[10]

Bizim kanunumuza göre, ötanazinin gerçek bir katil fiilinden farkı yoktur. Hukukçular bu hususun, özel bir içerik arzettiğini kabul etmekle beraber, hangi durumlarda ölümün bir şifa olacağı kıstasını bulmanın çok zor, hatta imkânsız olduğu görüşündedirler. Çünkü, iyileşmesi mümkün olmayacağı zannedilen hastalıklardan, bir çok kimselerin iyileştikleri ve uzun süre o hastalığın izini görmeden yaşadıkları görülmüş ve işitilmiş bir gerçektir. Ayrıca hukukçular, böyle bir durumun kabulünün bir çok suistimallere yol açabileceğini düşünmekle birlikte, kadere inanmayı, ötanaziyi

---

[6]Aygen, VIII, 7, 8; Bkz. Boran, Kâmil, Rıza İle Öldürme Ve İntihar, III, 564.

[7]Boran, Rıza İle Öldürme Ve İntihar, III, 564.

[8]Arıkan, 120.

[9]James, Selwyn, Euthanasia - Öldürerek ıstıraptan kurtarma yanlış bir hareket midir? IV, 583. Uygulama ile ilgili örnekler ve uygulanış şekli ile ilgili geniş bilgi için bkz. James, IV, 583-585.

[10]Arıkan, 121.

kabul etmekten daha akılcı bir hareket olarak görmüşlerdir. Günümüz hukukçularından Arıkan, bazı özel durumların, verilen ceza ile uygun olmayacak derecede ağır olmasından dolayı, bu gibi durumlarda (jürinin kararı) bizde jüri olmadığı için, kanunun hakime bahşettiği takdiri hafifletici sebebinin, bu hususa ait olmak üzere genişletilmesi durumunda, meseleye çözüm bulunabileceği görüşündedir.[11]

İslâm hukukuna gelince; İslâm hukukçuları arasında bir kimsenin kendisinin öldürülmesine izin vermesi durumunda, öldürmenin mübah olup olmayacağı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı fakihler, insanın kendi nefsinin mâliki olmadığı ve aleyhine şer'i bir delil (nas) olmadıkça bir insanı öldürmenin asla doğru olmayacağı düşüncesi ile, kişinin kendisinin öldürülmesine izin vermesinin, öldürmeyi mübah kılmayacağı görüşündedirler. Bunun aksine, sonraki fakihler ise, izin ile öldürmenin mübah olabileceği düşüncesindedirler. Bu görüş ayrılığının yanı sıra fakihler, bu şekilde bir öldürmenin cezası hususunda da farklı düşünmüşlerdir.[12]

İmam Züfer dışındaki Hanefi'ler,[13] öldürmeye iznin, şüphe oluşturduğu, bundan dolayı haddin düştüğü ve bu şekildeki öldürmenin kısası değilde, diyeti gerektirdiği görüşündedirler.

İmam Züfer ise,[14] buradaki iznin şüphe oluşturmadığı, bu nedenle de kısasın gerektiği düşüncesindedir.

Maliki'ler, bu çeşit iznin kısasa engel olmadığı ve kısasın gerekli olduğu görüşündedirler. Şafiî'ler ve Hanbelî'ler ise, kişinin malında olduğu gibi, kendinin öldürülmesinde de hakkı bulunduğunu, bu sebepten dolayı, ne kısasın ne de diyetin gerekli olmadığı düşüncesindedirler.[15]

Biz burada, ızdırap içerisinde bulunan bir hastanın kendisinin öldürülmesi için izin vermiş olsa bile, hastalık anında verilen bu iznin, sağlıklı ve geçerli olmayacağı düşüncesiyle, iznin şüphe oluşturmayacağı kanaatini taşımaktayız.

İslâm hukukunda hayat, bir Allah vergisidir. Hayatı veren Allah

---

[11]Arıkan, 122, 123.

[12]ez-Zuhaylî, VI, 260.

[13]Kâsânî, VII, 236.

[14]Kâsânî, VII, 236; ez-Zuhaylî, VI, 260; Karaman, II, 487.

[15]Kâsânî, VII, 236; ez-Zuhaylî, VI, 260.

olduğu gibi, alacak olan da yine O'dur. Hiç bir kimsenin, hangi şekil ve sebeple olursa olsun Allah vergisi bulunan hayat üzerinde tasarruf hakkı yoktur. Bu nedenle de insanı, kendi arzusuna göre öldürmek fiilinin kasden adam öldürmek fiilinden hiç bir farkı bulunmamaktadır.[16] Ayrıca, insanı kendi isteğine göre öldürmek fiilindeki hukuki hüküm, intiharlar için de söz konusu olmaktadır. Şöyle ki, intihar eden kimse, burada ceza görmesi mümkün olmasa da, öteki dünyada fiilinin hesabını, aynen bir katil gibi verecektir. Karşılıklı intihar olayları ise, iki tarafın kendi iradelerini birleştirmekle olmaktadır.[17]

Esasen İslâm hukukuna göre, şifası bulunmayan hastalık yoktur. Bu hususa, Hz. Peygamber'in; "Tedavi olunuz, gerçekten aziz ve celil olan Allah ne kadar hastalık koymuş ise, onun için ilâç ta koymuştur. Sadece bir hastalık var ki, onun tedavisi yoktur. O da ihtiyarlıktır."[18] mealindeki hadisi esas teşkil etmektedir.

Demek ki, gerek İslâm hukukunda, gerekse günümüz hukukunda, hayat, Allah vergisi olduğu için, hiç bir kimsenin kendi hayatı üzerinde ne şekil ve sebeble olursa olsun, tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca, İslâm hukukunda "canın korunması" esastır. Bu nedenle de, çok acı çekmekte bulunan bir hasta, kendisinin öldürülmesini isteyip, buna izin vermiş olsa da öldürülmesi doğru değildir. Dolayısıyla, bu şekildeki iznin geçersiz ve öldürmek fiilinin kasden adam öldürmek fiilinden farksız olduğu düşüncesindeyiz.

---

[16]Aygen, VIII, 3; Arıkan, 120.

[17]Arıkan, 120.

[18]Ebî Dâvud, Süleyman, Sünen-i Ebî Dâvud ve Tercemesi, IV, 609, 610.

B. EVLENDİRİLMELERİ

1. EVLİLİKTE İZNİN VERİLİŞ ŞEKLİ

İslâm hukukçuları; Hanefi'ler,[19] Şafiî'ler,[20] Malikî'ler,[21] ve Hanbeli'ler,[22] evlenme akdinin sıhhati için gerekli olan iznin veriliş şeklinin iki çeşit olduğu görüşündedirler. Bunlardan birincisi, erkekler ile dul kadınlar için telaffuzla, diğeri ise, kendilerinden izin istenen kızlar için rıza anlamına gelen sükût ile olmaktadır. Örneğin, bulûğ çağındaki bekâr kızın, kendisi hazır bulunduğu halde, velisi tarafından evlendirildiğinde, kocanın kim olduğunu bilerek, susması, nikaha razı olmuş demek olup, reddetmesi durumunda ise nikah geçersiz olmaktadır.[23]

Evlenmede kızın izni için sükûtu yeterli gören cumhur, bunu Hz. Peygamber'in; "Dul evlenmesinde velisinden daha yetkilidir. Kız evlendirilirken ona danışılır. Onun izni de susmasıdır."[24] hadisine dayandırmıştır. Yine bu akit için izin vermemek ise, söz konusu kişiler için telaffuzla olmaktadır.

Ayrıca, bazı Şafiî hukukçuları,[25] kızın izninde, onu evlendiren kimse babası veya babasının babası olmadığı takdirde, telaffuzu şart koşmuşlardır. Maliki'lere göre kıza, bu konuda isteği sorulmadan önce, susmasının rıza kabul edileceği bildirilmelidir.[26] Hanefi'ler, kıza soran yabancı ise, susmasının geçerli olmayacağı görüşündedirler. Yani, Hanefi'ler, kızın velisinden utanabileceği, diğerlerine ise, daha rahat söyleyebileceği düşüncesi ile, velisinin dışındaki yakınlara karşı açıkca

---

[19]Serahsi, IV, 196, 197; V, 3, 4, 10; İbnu'l-Humam, III, 264, 266, 269; eş-Şevkânî, VI, 254.

[20]eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, V, 15; eş-Şebramlesî, V, 177.

[21]İbn Rüşd, II, 3.

[22]İbn Kudame, VI, 493, 494.

[23]Serahsi, V, 2; el-Ayıntâbî, IV, 174; Bilmen, II, 49.

[24]İbn Mâce, I, 601; Azîmâbâdî, VI, 124; ez-Zeylaî, III, 195; İbnu'l-Arabî, III, 1477.

[25]eş-Şebramlesî, V, 175.

[26]ez-Zuhaylî, VII, 212, 213; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 239.

söylemesini uygun görmüşlerdir.[27]

Yine, bulûğ çağındaki bekar kızın gülmesi, tebessüm etmesi veya sessizce ağlaması da, yardımcı delillerle birlikte evliliğe izin sayılacağı kabul edilmiştir.[28]

2. EVLİLİKTE İZİNLERİ ŞART OLAN KADINLAR

Dul ve bülûğa ermiş olan kadınların evlenmelerinde izinlerinin şart olduğu hususunda, -Hasan-i Basri'den rivayet olunan bir görüş dışında- İslâm hukukçularının hepsi görüş birliğine varmışlardır.[29]

Buna da Hz. Peygamber'in "Dul evlenmesini yürütür."[30] hadisini delil göstermişlerdir.

Fakat, İslâm hukukçuları, dul ve bulûğa ermemiş olan kadınların evlenmelerinde izinlerinin gerekli olup olmaması hususunda farklı düşünmüşlerdir. İmam Ebû Hanife ile İmam Mâlik,[31] babasının bulûğa ermemiş dul kadından izin almadan onu evlendirebileceği görüşünü paylaşırlarken, bunların aksine İmam Şafiî,[32] bulûğa erince ve kendisine danışılıncaya kadar hiç kimsenin onu evlendiremiyeceği görüşündedir. Ayrıca bu hususta Mâliki mezhebinin sonraki alimleri,[33] değişik görüşler ileri sürmüşlerdir. Şöyle ki; bir görüşe göre, boşandıktan sonra bulûğa ermememiş olduğu takdirde, babası onu izni olmaksızın evlendirebilir. Bir diğer görüş ise, bulûğa ermiş olsa da babası onu, evlendirebilir. Bir başka görüş de, bulûğa ermemiş olsa da babasının onu evlendiremiyeceği görüşüdür.[34]

---

[27]eş-Sevkanî, VI, 254, 255; Mevûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 238, 239.

[28]İbnu'l-Humam, III, 264, 266, 269; el-Aynî, IV, 120; İbn Kudame, VI, 491; el-Cezîrî, IV, 32, 34; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasir fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 238, 239; Bilmen, II, 48, 49.

[29]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 4; İbn Kudame, Muvaffakuddin, VI, 492, 493; İbn Hazm, IX, 38; el-Cezîrî, IV, 37.

[30]İbn Mâce, I, 602.

[31]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 5; el-Cezîrî, IX, 39; eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, V, 15.

[32]eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, V, 15; Serahsi, IV, 196, 197; el-Aynî, IV, 125, 126.

[33]Birinci görüş Eş'eb'e, ikincisi, Sahnun'a, üçüncüsü, Ebû Tamman'a aittir.

[34]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 5.

Esasen, İslâm hukukçularının çoğunluğu (cumhur), dul olan kadının evlenmesinde izninin şart olduğu hususunda görüş birliğine varmışlardır.[35] Ve bunun için de, bulûğa eren veya ermeyen dul kadının ikisini de kapsayan Hz. Peygamber'in, "Dul kadın kendini evlendirmekte, velisinden çok, kendisi yetkilidir..."[36] hadisini delil göstermişlerdir.

Yine, Hz. Peygamber'in, "Dul kendisine, danışılmadan ve izni alınmadan evlendirilemez"[37] hadisi, bu husus için delil olup, ayrıca İmam Şafiî'nin görüşünü de destekler mahiyettedir.

3. EVLİLİKTE BEKAR KIZIN İZNİ

İslâm hukukçuları; Hanefi'ler,[38] Şafiî'ler,[39] Maliki'ler,[40] ve Hanbeli'ler[41] babanın, izin almadan küçük oğlu ile, bulûğ çağına gelmemiş bekâr kızını, İbn Şübrüme ve Ebu Bekr el-Asam'dan[42] gelen rivayet dışında, evlendirebildiğinde görüş birliğine varmışlardır. Hz. Aişe altı veya yedi yaşında iken, babası Hz. Ebu Bekir onu Hz. Peygamber'e vermiş ve

---

[35]İbnu'l-Humam, III, 262; el-Mergînanî, III, 293; eş-Şebramlesî, V, 175; İbn Hazm, IX, 35, 36.

[36]Tirmizî, III, 416, Bab 8, H.N. 1108; Ebî Davûd, II, 232; İbn Mâce, I, 601; Azîmâbâdî, VI, 124; İbnu'l-Arabî, III, 1477; Mâlik b. Enes, II, 524, 525; ez-Zeylaî, III, 182, 195; Tahâvî, II, 6, 7; İbn Hacer, el-Askalanî, 173.

[37]Ebî Davûd, II, 231; Tirmizî, III, 415; İbn Mâce, I, 602; Azîmâbâdî, VI, 116; İbn Hacer, el-Askalanî, 173; İbn Hazm, IX, 58; eş-Şevkânî, VI, 252.

[38]Serahsi, IV, 212; el-Babertî, III, 274; Muhammed Ebu Zehra, 105.

[39]eş-Şebramlesî, V, 177.

[40]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 5, 6.

[41]İbn Kudame, Muvaffakuddin, VI, 492, 493.

[42]İbn Şübrüme ve Ebu Bekr el-Asam, küçük erkek ve küçük kız çocuğunu, bülûğ çağına gelene kadar babasının, evlendiremiyeceği görüşündedirler. "Yetimleri evlenme çağına kadar deneyin..." (Nisâ, 4/6) âyetini buna delil göstermişlerdir. Ayette, küçüklüğün sona ermesi nikah çağına gelmekle sınırlandırılmıştır. Küçüklerin evlendirilmeleri geçerli olsaydı bu sınırlama anlamsız olurdu, şeklinde düşünmüşlerdir. Bunun yanı sıra evlenmenin amacı birlikte yaşamak, mutlu olmak, aile kurmak ve çoğalmaktır. Küçüklerin bunların hiç birini gerçekleştiremeyeceklerini, ayrıca velâyetin de bülûğdan sonra olduğunu ileri sürmüşlerdir (Serahsi, IV, 212; eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, Neylu'l-Evtâr; VI, 252; Karaman, I, 243, 244).

dokuz yaşında iken de Hz. Peygamber'in onunla zifafa girmiş olmasını buna delil göstermişlerdir.[43] Bunu da; "Ey İnananlar! Andolsun ki, sizin için, Allah'a ve âhiret gününe kavuşmayı umanlar ve Allah'ı çok anan kimseler için Resûlullah en güzel örnektir."[44] âyeti ile desteklemişlerdir.

Fakat, bulûğ çağındaki bekâr kızların evlenmelerinde, izinlerinin gerekli olup olmaması hususunda, İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.[45] Şöyle ki; İmam Malik[46] ve İmam Şafiî,[47] baliğ olan kızın sadece babasının, ondan izin almadan onu evlendirebileceği düşüncesindedirler. Bunlara göre, kızın rızasının alınması gerekli olmayıp yalnızca, iyi bir davranış olarak değerlendirilmiştir.

Bunların aksine, İmam Ebû Hanife'ye göre, bulûğ çağındaki kızı, rızası olmadan hiç bir kimse evlendiremiyeceği gibi, kızın rızası alınmadan yapılan evlilik akti de geçersizdir.[48] Bu hususa Hz. Peygamber'in; "Açıkca izni alınmadan dul kadın ve rızası anlaşılmadan bekâr kız evlendirilemez" buyurduğu, "Onun rızası nasıl anlaşılır?" sorusuna da "sükût ile"[49] cevabını verdiği, hadisini delil göstermiştir.

Ayrıca, babanın bulûğ çağındaki kızını, izni olmaksızın evlendirmesinin doğru olmayacağı hususu; "...Herkesin kazandığı kendisinedir, kimse başkasının yükünü taşımaz..."[50] âyetine dayandırılmıştır.[51]

---

[43]Serahsi, IV, 212; İbn Rüşd, II, 5, 6; İbn Hazm, IX, 40; Sâbık, II, 116; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 240.

[44]Ahzâb, 33/21.

[45]Bkz. Tirmizî, III, 416, Bab, 18.

[46]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 4; İbn Hazm, IX, 39; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 239.

[47]eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, V, 15; eş-Şebramlesî, Haşiye, V, 175.

[48]el-Cezîrî, IV, 34; IX, 39; İbn Rüşd, el-Hafid, II, 4; İbnu'l-Arabî, III, 1477; Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 238, 239; Halid-Neca, 71.

[49]Ebî Davûd, II, 231; Tirmizî, III, 415; Azîmâbâdî, VI, 116; İbn Mâce, I, 602; İbn Hacer, el-Askalanî, Bulûgu'l-Meram, 173; eş-Şevkânî, VI, 252; ez-Zeylaî, III, 194, 195; Sâbık, II, 115.

[50]En'am, 6/164.

[51]İbn Hazm, IX, 41.

4. EVLİLİKTE İZİN VERME YETKİSİ

Evlilikte izin verme yetkisinde olanlara gelince; hür, akıllı ve bulûğa ermiş olan erkeklerin evlenme akitlerinin sıhhati için izin vermelerinin şart olduğu hususunda İslâm hukukçuları arasında görüş birliği vardır.[52]

Fakat, İslâm hukukçuları arasında, kadının kendisinin nikah akdi yapmasının caiz olup olmaması ve sıhhati hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır.[53] Evlenme aktinde, evlenecek olan erkek ile kadının evlenmesinde, bazı İslâm hukukçuları, sadece velinin iznini şart koşarlarken, bazısı da sadece evlenen kişinin iznini şart koşmuşlardır.[54]

İmam Ebû Hanife ve İmam Ebû Yusuf,[55] hür, akıllı, bulûğ çağına ermiş ve tam ehliyeti haiz kadının, kendi malında dilediği gibi tasarrufa mâlik olduğu düşüncesiyle, bekâr veya dul olması, kocanın denk olması veya olmaması gibi farklar gözetmeksizin, velisinin izin ve icazeti olmasa da kadının, kendi kendine yapmış olduğu nikâhının doğru ve geçerli olduğu görüşündedirler. Bu görüşlerini de, "...kocaları ile evlenmelerine engel olmayın..."[56] âyetine dayandırmışlardır. Fakat, denk olmayan koca için velilerin itiraz hakkının olduğu düşüncesindedirler. Velinin itiraz hakkı ise, nikahın yenilenmesiyle ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, hür, mükellef kadının, ilk önce velisinin izni ile dengi olmayan bir kimse ile evlendikten sonra boşanması ve daha sonra velisinin izni olmaksızın o kimse ile yeniden evlenmesi durumunda, velisi bu nikahı bozdurma hakkına mâlik olmaktadır.

Bunların aksine İmam Muhammed'e göre,[57] kadının asabeden olan velisinin iznini almadan, kendi dengine ve mehri misl ile olsa da, evlenmesi durumunda, nikahının mevkuf olup, geçerli olabilmesi için velisinin icazeti gerekmektedir. Öyle ki, veli icazetten kaçındığı zaman, azil olacağından velâyet hakkını hakim düşürerek nikahını yeniler. Bu şekilde önceki nikah

---

[52]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 4.

[53]Fetâvâ Hindiyye, VI, 252.

[54]İbn Rüşd, II, 3, 4.

[55]Serahsi, V, 10; Kâsâni, I, 247; İbnu'l-Humam, III, 256; el-Cezîrî, IV, 51; Halid-Neca, 33; Bilmen, II, 55, 56.

[56]Bakara, 2/232.

[57]Kâsâni, I, 247; İbnu'l-Humam, III, 256.

geçersiz olmuş olur. Fakat daha sonra İmam Muhammed'in bu görüşünden dönmüş olduğu açıklanmaktadır.[58]

İmam Şafiî,[59] İmam Malik,[60] İmam Ahmed b. Hanbel[61] ve Zahirî'ler[62] ise, "İçinizden, kocasız kadınları evlendiriniz..."[63] âyeti ile, kadının evlenebilmesi için velisinin iznine ihtiyacı olduğu ve öteden beri velileri tarafından evlendirildikleri hususlarını ileri sürerek, kadının evlenme akdi yapmasının doğru olmadığını söylemişlerdir.[64]

Ayrıca, Hz. Peygamber'in üç defa, "Hangi kadın ki velilerinin izni olmadan evlenirse onun nikâhı batıldır, ...eğer veliler arasında ihtilaf çıkarsa velisi olmayanın velisi sultandır."[65] ve "Velisiz nikah yoktur."[66] anlamındaki hadislerini de bu husus için delil göstermişlerdir.

Şafiî'lere göre,[67] velisinin evlendirmeden kaçınması halinde kadın hakime baş vurup evlendirilmesini isteyebilir. Hakimin durumu velisine bildirmesi ve velinin meşru bir sebeb ortaya koyamaması durumunda, kadının zarar görmemesi için velâyet hakkı hakime geçer. Bu takdirde kadın, hakim tarafından evlendirilir. Yoksa hakimin izin vermesi ile, kadın kendi kendini evlendiremez.

Malikî'ler ve Şafiî'ler, veli, nikahın rüknü olduğu için, kadınların kendi kendilerine veya başkalarını vekil tayin etmeleri ile nikahlarının

---

[58]Bilmen, II, 57.

[59]eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, V, 17; eş-Şebramlesî, V, 171, 172.

[60]İbn Rüşd, el-Hafid, II, 8,9.

[61]İbn Kudame, Muvaffakuddin, VI, 448, 449.

[62]İbn Hazm, IX, 35, 36.

[63]Nur, 24/32.

[64]Serahsi, V, 11; el-Cezîrî, IV, 51; ez- Zeylaî, III, 190; Halid, Hasan - Neca, Adnan, 70, Karaman, I, 249.

[65]Tirmizî, III, 408; Ebî Davûd, II, 229; İbn Mâce, I, 605; İbnu'l-Arabî, III, 1476; Tahâvî, Şerhu Meâni'l-Asâr, II, 4; ez-Zeylaî, Nasbu'r-Râye, III, 184, 195, 196; İbn Hacer, el-Askalanî, Bulûgu'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm, 173; Halid-Neca, 71.

[66]İbn Mâce, I, 605; Ebî Davûd, II, 229; Tirmizî, III, 407, 409, 417; İbn Hacer, el-Askalanî, Bulûgu'l-Meram, 173.

[67]eş-Şebramlesî, V, 171.

geçerli olmayacağı görüşündedirler.[68] Hanefi ve Hanbelî'lere göre, veli nikahın şartıdır.[69]

Akit yapan iki kişinin ehliyeti tam olduğu zaman örneğin, füzulinin başkası için veli olması veya yakın veli (baba, dede) varken, uzak velinin veli olması geçersizdir. Bu gibi durumlarda akit, akit sahibinin icazeti ile geçerli olur. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf, akıl baliğ olan kadının kendi nefsi üzerinde tam velayeti bulunduğu, bu nedenle de hiç bir kimsenin kadın üzerinde velayet için zorlamaya hakkı olmadığı düşüncesindedirler.[70]

Yine, bu düşünceyi destekler mahiyette bulunan A.K. 8 inci maddesinde şöyle denilmektedir: "On yedi yaşını itmam etmiş kebire (büyük kız) bir şahıs ile tezevvüc etmek üzere müracaat ettiğinde hâkim keyfiyeti velisine tebliğ eder ve veli itiraz etmediği ve ya itirazı vârid görülmediği halde izdivacına müsaade eder."[71]

Olumlu bir hukuk düzeninin evlenme yaşını tayin etmesi daha çok çeşitli ırkların ve coğrafi şartların vasıflarına bağlıdır. Bunda örf ve âdetin de rolü bulunmaktadır. Çeşitli devletlerin mevzûatında evlenme yaşı erkek için 14-21, kadın için 12-18 arasında değişmektedir.[72]

T.M.K. nun 88 inci maddenin ikinci fıkrasına göre, erkek onyedi, kadın onbeş yaşını doldurmadıkça evlenemez. Fakat fevkalâde hallerde önemli bir sebeb olması durumunda, onbeş yaşını tamamlamış erkek ve ondört yaşını bitirmiş kızın evlenmelerine ana, baba veya vasisini dinledikten[73] sonra, hakim izin verebilir. Günümüz hukukçuları, bu maddenin uygulanmasında kanuni temsilcinin izninin şart olmadığı görüşündedirler.[74]

---

[68]eş-Şebramlesî, V, 172; Kâsâni, I, 247; İbnu'l-Humam, II, 256; Sâbık, II, 117.

[69]el-Cezîrî, IV, 46; Bilmen, II, 58.

[70]Halid-Neca, Ahkâmu Ahvali'ş-Şahsiyye fi't-Teşrîati'l-İslâmiyye, 33.

[71]Köni, Evlenmeye İzin, 5933, 5934; Karaman, I, 249.

[72]Karaman, I, 246.

[73]Burada ana, baba veya vasinin dinlenmesi; küçük tarafından ana ve babasından veya vasisinden habersiz açacağı evlenmeye izin dâvâsı sonucunda, ana, babanın veya vasinin haklarına bu şekilde yapılacak emrivâki ve tecavüzleri önlemek ve bu evlenmenin evlenmeye izin isteyenin menfaatlerine uygun olup olmadığını anlamak içindir. (Yılmaz, XXX, 333; Bkz. Köni, 5938).

[74]Köni, Ekrem, Evlenmeye İzin, 5938; Yılmaz, Orhan, Evlenmeye İzin Dâvaları Ve temyiz Mahkemesi İçtihatları, XXX, 332, 333.

Sonuç olarak, İmam Ebû Hanife'nin görüşünün İslâm hukukunun esaslarına daha uygun olduğunu dolayısıyla; bülûğ çağına gelmiş olan ve her türlü mali tasarrufu bizzat yapmaya ehliyeti bulunan bir kadının nikah akdi yapmaktan men edilemeyeceği ve velisinin izin ve icazeti olmasa da yaptığı nikâhın geçerli olacağı düşüncesindeyiz.

II. ÖZEL MÜLKLERDEKİ İRTİFAK HAKLARI

A. ÖZEL MÜLKİYETTEKİ YOLLARDA GEÇİŞ (MURUR) HAKKI

İslâm hukukunda, geçiş (murur) hakkı, daha önce belirttiğimiz üzere, irtifak haklarından biri olup, Mecelle'nin 142 nci maddesinde; "Aherin milkinden geçmek hakkıdır."[75] şeklinde tarif edilmiştir. Yani, bir gayr-i menkul (hâkim akar) sahibi, kendi gayr-i menkulüne gidebilmek, ulaşabilmek için bir başka gayr-i menkulden (hâdim akar)[76] geçmek zorunda ise, geçtiği yol gerek kendi mülkü olsun, gerekse diğer gayr-i menkul sahibinin (hâdim akar) mülkü olsun, bir geçiş irtifak hakkının varlığı söz konusu olmaktadır.[77]

Umumi veya hususi yol kapsamında olmayıp bir gayr-i menkulün (akar) diğer gayr-i menkul üzerindeki geçiş hakkı, bu hakkı ortadan kaldıracak hukuki bir sebeb bulunmadıkça engellenemez. Hâkim gayr-i menkul sahibi, hakkın kapsamına göre, bu haktan faydalanabilir.[78]

Belli kimselerin özel mülkü olan veya çıkmaz durumunda bulunan sokaklar, hususi yol (tarik-i hâss) olarak nitelendirilmiştir. Esasen, özel mülklerde irtifak hakkı sadece mâlikinin izni ile geçerlidir.[79] Burada, irtifak hakkının hususi bir izin ile elde edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu hakkın kullanımı izin müddetince geçerli olup, izin veren bu izninden her zaman dönebileceği gibi, izin verenin vefatı ile de hak, son bulmaktadır.[80] Çünkü, bir zararın izin ve rıza ile gerekli kılınması mümkün

---

[75]Ali Haydar, I, 234.

[76]"İrtifaklarda daima kendisine külfet yüklenen bir gayr-i menkul vardır; buna "hâdim gayr-i menkul" denir. Eğer irtifaktan -bir şahıs değil de- bir gayr-i menkul faydalanmakta ise buna da "hâkim gayr-i menkul" denilmektedir." (Karaman, III, 108).

[77]Karaman, III, 131.

[78]Karaman, III, 132.

[79]ez-Zuhaylî, V, 591.

[80]Senhûrî, I, 64.

olmayacağı için, kendi malından başkasının karşılıksız faydalanmasına izin veren kimsenin bu izninden dönme yetkisi vardır.[81]

Örneğin, bir kimse, geçiş hakkı olmadığı halde, sadece sahibinin izniyle bir arsadan bir süre geçse, daha sonra sahibi isterse onu bu geçişten alıkoyabilir. Bu arsa satıldığı takdirde müşterisi de bu yasağa yetkili olur. Ayrıca mücerret hak, iptal ile geçersiz olur. Böylece, birinin arsasından belirli bir yolda, sadece geçiş hakkı olan kimsenin izniyle, arsa sahibinin o yol üzerine bina yapması durumunda, o kimsenin bu geçiş hakkı düşer.[82]

Dolayısıyla, hususi yoldan faydalanma hakkı sahibine veya sahiplerine ait olup, başkalarının bu yoldan faydalanması ise, sahibinin veya sahiplerinin izni ile kayıtlandırılmıştır. Ayrıca, diğer ortakların izni olmadan yolun sahipleri de, bilinmeyen bir biçimde yolu kullanamazlar.[83]

Bunu bir örnekle açıklayacak olursak, hususi yolda geçiş hakkı bulunan kimse, o yola kapı açabilir. Fakat, eskiden hususi yolda kapısı olmayan kimsenin o yolda geçiş hakkı olmadığından, hususi yol sahiplerinin iznini almadan, binasından o yola kapı açmağa hakkı bulunmamaktadır. Çünkü hususi yol, onda geçiş hakkı olanların ortak mülküdür. Yol sahiplerinden her biri oturmakla ilgili şeyleri orada yapabilirler. Örneğin, o yoldan arabalarını geçirebilir, çöp dökmeye mahsus yerine çöp dökebilirler. Fakat oturmakla ilgili olmayan şeyleri orada yapamazlar.[84]

Fakat, bu çeşit yola sahip olanların veya bu gibi sokaklardan sadece kendileri faydalanan kimselerin, gerektiğinde halkın bu yollara ihtiyacı olabileceğinden dolayı, sokağı kapatma veya satma hakları bulunmamaktadır (Mecelle, mad. 1223).[85] Bunun yanı sıra, Mecelle'nin 1220 inci maddesine göre de, hususi yoldan faydalananlardan birisi, diğerlerine zararı olsun veya olmasın, onlardan izinsiz yola bir yapı yapamayacağı gibi, işgalde de

---

[81]Ahmed İbrahim Bey, el-Muamelâtü'ş-Şer'iyyetü'l-Maliyye, 25.

[82]Bilmen, VII, 183.

[83]ez-Zuhaylî, V, 607, 608.

[84]Ali Kura'a, Dürusu'l-Muamelâti'ş-Şer'iyye, 33; Bilmen, VII, 181, 182.

[85]Ali Haydar, III, 498.

bulunamaz.[86] Ayrıca, hususi yola bakan kapı veya pencerenin kapatılmış olması, yeniden açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır.[87] Bütün bu hükümler, ortak faydalanma ve mülkiyet hakkı prensiplerinin yanı sıra, Hz. Peygamber'in; "Zarar vermek te, zarar ile karşılamak da yoktur"[88] hadisine dayandırılmıştır.[89]

Öyleyse, İslâm hukukunda özel mülkiyetteki yollar, hususi yol kapsamında olmakta, başkalarının bu yollardan geçmesi ve faydalanması için hususi yol sahibinin veya sahiplerinin izninin olması gerekmektedir.

B. ÖZEL MÜLKİYETTEKİ NEHIR VE DERELERDEN FAYDALANMA

İslâm hukukunda, bir topluluğa tahsis edilmiş olan nehirden, hiç bir kimsenin diğerlerinin izni olmadan, zarar versin veya vermesin tasarruf etme hakkı bulunmamaktadır.[90] Örneğin, bir nehir suyunu büyük bir nehirden alıyorsa ve ortaklardan biri, ondaki suyu artırmak için ilave yapmak isterse diğer ortakların da iznini alması gerekmektedir. Yine, ortaklardan birisi, arazisini sulamak için müşterek nehirden küçük bir nehir açmak istemesi durumunda, diğer ortakların izni olmadan bunu yapamaz.[91]

Nitekim, belirli kimselerin mülkünde olan nehir ve derelerin suyundan, insanlar ve binekleri faydalanabilirler. Fakat bu sularla sahibinin izni olmadan zıraatini ve ağaçlarını sulayamazlar. Daha açık bir ifade ile, bir topluluğa ait olan nehirden veya bir kimsenin, yer altında bulunan su kanalı, su kaynağı veya kuyusundan hiç bir kimse izinsiz arazisini sulayamaz. Fakat şefe hakkı olmasından dolayı o nehirden su içebilir. Bununla beraber hayvanlarının çokluğu nedeniyle, nehrin veya su kanalının zarar görmesinden korkulmaz ise, hayvanlarını da götürüp sulaya-

---

[86]Ali Haydar, III, 495; Ali Kura'a, 32; Bilmen, VII, 181; Karaman, III, 132.

[87]Ali Haydar, III, 497, Madde 1222.

[88]İbn Hacer, el-Askalanî, Bulûgu'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm, 160; Sâbık, es-Seyyid, Fıkhu's-Sünne, II, 246.

[89]Karaman, III, 132.

[90]Ali Kura'a, 13.

[91]Kâsânî, VI, 190; Ali Kura'a, 13.

bileceği gibi, bir kap ile su alıp evine ve bahçesine götürebilir.[92]

Bu çeşit sularda suyun aktığı yol bir kişinin veya belli kişilerin mülküdür. Bu nedenle başkalarının bu suda sulama (şirb) hakları olmayıp, su alma (şefeh) hakları[93] bulunmaktadır.[94]

İslâm hukukçuları şirb hakkını, "zirâî mahsulleri sulamak için söz konusu olan su hakkı" olarak düşünmüşlerdir. Bununla beraber, insan ve hayvanların içmeleri ile ilgili olan su hakkına da "şirb" veya "şefeh" hakkı denilmiştir. Mecelle'nin 1262 nci maddesinde şirb, "Ekin ve hayvan sulamak için su ile intifa etmek nevbetidir (vakti ve zamanıdır)"[95] şeklinde tanımlamıştır. Şirb hakkı ise, Mecelle 143. maddesinde şöyle tarif etmiştir: "Bir nehirden nasîb-i muayyen-i malûmdur (tayin edilmiş belli paydır)".[96] Ayrıca, şefe hakkını da, 1263. maddesinde "Su içme hakkı demektir." şeklinde tanımlamıştır.[97]

Bu hususla ilgili olmak üzere, su hakkı, Kurân-ı Kerim'de, Salih (a.s.) dilinden: "İşte bir deve; onun (bir günlük) su hakkı (şirb), sizin de belli bir gün su hakkınız vardır"[98] buyurulan âyette, gün esasına göre belirlenmiştir.

Sulama hakkı (şirb hakkı) sahipleri, kendilerine tahsis edilmiş olan ortak nehri hakimin izni ile temizlemeleri durumunda, temizlemekten kaçınan ortağı, masrafdan hissesine düşen miktarı ödeyinceye kadar, o nehirden sulama yapmasını engelleyebilirler. İmam Ebû Hanife ve İmam Ebû Yusuf, hususi nehir ortaklarının hâkimden izin almaksızın nehri temizlemeleri durumunda, hükmün aynı olacağı ve temizlemekten kaçınmış olan ortağın

---

[92]el-Ayıntâbî, VIII, 50; Ebû Yusuf, Kitabu'l-Harac, 113; ez-Zuhaylî, V, 497, 595; Bilmen, VII, 187.

[93]Şefeh hakkı, şirb hakkından daha özel ve daha az kapsamlıdır. Şirb canlı ve cansızı içine alırken, şefeh sadece canlıların su ihtiyacı ile ilgilidir. Şefeh kelimesi, dudak anlamında gelip, sadece susuzluğu gidermek için alınan su olarak açıklanmıştır. Fakat, bununla beraber şefeh hakkı, yemek pişirmek, abdest almak, gusletmek, çamaşır yıkamak gibi insanlarla ilgili diğer su ihtiyaçlarını da kapsamaktadır.(Karaman, III, 125, 126).

[94]Ali Haydar, III, 536, 537, Mad. 1266, 1267; Karaman, III, 126.

[95]Ali Haydar, III, 534.

[96]Ali Haydar, I, 235.

[97]Ali Haydar, III, 534; Karaman, III, 125.

[98]Şu'arâ, 26/155.

hissesine düşen masrafı ödeyene kadar, suyun kullanımından diğer ortaklar tarafından engelleneceği görüşündedirler. Bunların aksine, İmam Muhammed'e göre, hakimin izni olmaksızın temizleme ve düzenleme yaptıklarında müteberri sayılacakları için kaçınan ortağında, suyu kullanmasına engel olamazlar.[99]

Biz burada, hususi nehir ortaklarının hakimden izin almadan temizleme ve düzenleme için yapmış oldukları masrafların teberru olmayacağı, kaçınan ortağın hissesine düşen miktarı verinceye kadar suyu kullanmasına engel olunması gerektiği düşüncesinde olan, İmam Ebû Hanife ve İmam Ebû Yusuf'un görüşünü tercih etmekteyiz.

Herkesin su alma (şefeh) hakkı bazı durumlarda zarurete, bazı durumlarda ise ihtiyaca dayanmakla birlikte, su yolu sahibinin bundan zarar görmediği hususu ile su kullanılır hale getirilmedikçe mübah olduğu hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Bunların yanı sıra, su yolu sahibinin suya ihtiyacı olacağından, bundan faydalanma hakkı öncelikle kendisine ait olmaktadır.[100]

Ayrıca, bir kimse, tarlasını veya ekinini, başkasının suyundan sulasa, su koruma altına alınmadan birinin mülkü olamayacağı için, o kimseye tazmin gerekmemektedir.[101]

Suyun kullanma hakkı ait olduğu topraktan satışla değil fakat hukuk ile ayrılabilir. Bir kanal içindeki su, şahıs malı olmasına rağmen, herkes ondan içme hakkına sahiptir. Örneğin, cenaze yıkayabilir. Fakat suyu kullanmak için sahibinin izni olmadan arazisinden bazı özel durumlar dışında geçemez.[102] Çünkü, bir şahsın mülkü olan arazide, hiç bir kimsenin sahibinden izinsiz tasarruf edemeyeceği ve arazi sahibi izin verdiği takdirde arazisindeki mallar veya kuyulardaki sulardan faydalanabilineceği esastır.[103] Yine, başkasının hakkı, mülk arazi ile ilgili olduğu zaman, malikin ve hakkın sahibinin izni dışında olan tasarrufu yasaklanır. Hak sahibinin izni ve rızası olmadan onun mülkünde tasarruf sadece zaru-

---

[99]Bilmen, VII, 164.

[100]Karaman, III, 126.

[101]el-Ayıntâbî, VIII, 55.

[102]Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, 143.

[103]Kâsânî, VI, 193.

retten dolayı olabilir.[104] Örneğin, bir kişi, bir başkasının arazisinde onun izni olmaksızın bir nehir, kuyu veya su kanalı açması halinde bundan men edilir. Ayrıca, açtırma durumunda, söz konusu olan araziye bir zarar vermişse, bu zararın kıymetini ödemesi gerekeceği[105] hususu da göz önünde tutulmalıdır.

---

[104]Kâsânî, VI, 264.

[105]Ebû Yusuf, 119.

III. GEÇERLİLİĞİ KOCANIN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUFLAR

A. FESİH'İN TANIMI VE TALAK İLE FESİH ARASINDAKİ FARKLAR

İslâm hukukunda fesih terim olarak, sona erdirme, ortadan kaldırma anlamına gelmektedir. Müslüman bir hâkimin, kadının baş vurması üzerine evliliği sona erdirmesi ile ilgili olup, buna, yargı kararıyla evlilik aktinin (sözleşmesinin) sona erdirilmesi de denilmektedir.[106]

Talâk (boşanma) ile nikâhın feshi (evliliğin sona erdirilmesi) hususları birbirinden farklı olup, akit zamanında veya daha sonra ortaya çıkan bir eksiklik veya kusur sebebiyle evlilik akdini bozmaya fesih denilmektedir. Boşama genel olarak hakimin hükmüne bağlı değildir. Fesih ise, denklik, kadının İslâma girmemekte ısrarı, mehrin eksikliği, büluğ çağı muhayyerliği gibi, takdir ve tahkike ihtiyaç duyulan durumlarda hakimin hükmüne bağlı olmakla birlikte, irtidâd, nikah mânileri gibi takdir ve tahkiki gerektirmeyen durumlarda ise, hakimin hükmüne bağlı olmamaktadır.[107]

B. MAHKEME KARARIYLA EVLİLİĞE SON VERME (TEFRIK)

İslâm hukukunda boşama yoluyla evliliği sona erdirme hakkı kocaya verilmiş[108] olmakla birlikte, kadın için de evliliği sona erdirmek için

---

[106]Fyzee, Asaf, Outlines of Muhammadan Law, 160.

[107]Karaman, I, 293, 294.

[108]İslâm hukukunda boşama yetkisi, prensip olarak kocaya verilmiştir. Fakat, nikâh aktinde şart koşulmuş olması durumunda, kadın da bu yetkiye sahip olmaktadır. Ayrıca, böyle bir şart bulunmasa da, akitten sonra herhangi bir zamanda koca karısına boşama yetkisi verebilmektedir. Bu durumda da kadın boşama hakkına sahip olmaktadır. Bu istisnâi durumlar dışında kadının boşama yetkisinin olmaması, araya hâkim girmeden erkeğe serbest boşama yetkisinin verilmesi tenkit edilmiştir. Yine, bir taraftan kadının mağdur edildiği diğer taraftan da ailenin sağlam temeller üzerine oturtulmamış, bunun için gerekli emniyet tedbirleri alınmamış olduğu ileri sürülmüştür (Karaman, I, 296).

Ayrıca, koca, kadının evliliği sona erdirme hakkını kendine göre şartlarla sınırlandıramaz. Kadının evliliğe son verme hakkına tecavüz edecek şartlarla sınırlandırma durumunda verilen boşanma kararı geçersiz olup, evlilik akti geçerlidir. Fakat, eğer kadın evlilik sözleşmesinde boşanma hakkının kendisine verilmesini şart koşmuş ve bu kabul edilerek evlilik sözleşmesi yapılmış, koca da bunu uygun görmüşse hem evlilik sözleşmesi ve hem de şartı geçerli ve etkili olmaya devam edecektir (Nasir; 116).

iki yol bulunmaktadır: Bunlardan birincisine " muhâlâ'a",[109] diğerine ise, tefrik denilmektedir.[110]

Tefrik, koca ile ilgili bazı sebeb ve hallerden dolayı kadının, hâkime baş vurarak bunları ispat etmesi durumunda evliliği sona erdirme hükmü almasıdır. Yine, geçimsizlik ve hastalık gibi bazı sebeblerden dolayı kocanın da bu yolu izleyip, aynı sonucu alabilmesi mümkündür.[111]

Dolayısıyla, özellikle boşama hakkına sahip olmayan kadının, evlilikte zarar görmesini önlemeye yönelik, bazı sebebler söz konusu olmaktadır ki, bu sebeblerin ortaya çıkması durumunda, kadın için hakime baş vurma ve evliliğe son vermesini (tefrik) isteme hakkı doğmaktadır.[112]

1. MAHKEME KARARIYLA EVLİLİĞE SON VERME (TEFRİK) SEBEBLERİ

İslâm hukukunda hâkim, örneğin, bir kimsenin süt kardeşi ile, iddet içinde bulunan bir kadınla veya mürted ve müşrik bir eşle evli bulunması gibi, hukuki ve meşrû olmayan bir evliliğe, talâk veya fesih şeklinde son verebilir. Bununla birlikte, küçük iken velileri tarafından evlendirilmiş olanların bulûğdan sonra bu evliliğe razı olmamaları ve mehr-i misilden az bir mehir ile evlenen ergen kadının bu evliliğe rıza göstermediği zaman velinin hâkime bildirmesi gibi, eşlerden birine veya velilerine ait olan tercih ve rıza hakkının kullanılması ile de hâkim, talâk veya fesih şeklinde evliliğe son verebilmektedir.[113]

Bunlardan başka, özellikle boşama hakkına sahip bulunmayan kadının evlilikten zarar görmemesine yönelik olmak üzere, belli başlı mahkeme kararıyla evliliğe son verme (tefrik) sebebleri şunlardır:

1- Geçimsizlik ve anlaşmazlık.

2- Kocanın kusurlu oluşu (iktidarsızlık).

---

[109]Muhâlâ'a: Kadının evlilik bağından kurtulabilmek için, kocası ile bir bedel karşılığında anlaşmasıdır.

[110]Karaman, III, 387.

[111]Karaman, III, 387, 388.

[112]İbn Rüşd, II, 41-44; Ebû Zehra, Muhammed, el-Ahvalü'ş-Şahsiyye, 366, 367.

[113]Karaman, I, 313.

3- Kocanın geçimi temin edememe durumu.[114]

4- Geçerli mazeret olmadan kocanın bulunmaması (kayıp olması).

5- Kocanın hapse girmiş olması.

6- Zihar.

7- Lian.[115]

8- İ'lâ.[116]

9- Kötü muamele. Hanefi'ler, kötü muameleyi boşanma sebebi olarak görmemişlerdir. Fakat, böyle bir durum Şafiî bir hâkime incelettirmek mümkündür.[117]

Nitekim, müslüman eşler için söz konusu olan tefrik usûlü, gayr-i müslimler için de geçerli olmaktadır. Gayr-i müslimler, yukarıda geçen sebeblerden her hangi birinin gerçekleşmesi durumunda, İslâm mahkemesine baş vurarak bunu ispat ettikleri takdirde, hâkimin tefrik için hüküm vermesi mümkün olmaktadır. Bu hususta A.K. 138. maddede, mûseviler de hıristiyanlarla aynı hükümlere tâbi tutulmuştur. 132-137. maddelerde düzenlenmiş olan "hıristiyanlar için tefrik sebebleri" genelde İslâm hukukundaki tefrik sebeblerini de içermektedir.[118]

---

[114]İmam Malik, İmam Şafiî ve İmam Ahmed b. Hanbel, nafakayı kocanın temin edememesi durumunda, kadının isteği üzerine hâkimin tefriğe hükmetmesinin caiz olmasına: "Boşama iki defadır. Ya iyilikle tutma veya iyilik yaparak bırakmadır."(Bakara, 2/229) ve "...kadınları haklarına tecavüz etmek için onlara zararlı olacak şekilde tutmayın..."(Bakara, 2/231) âyetlerini delil olarak ileri sürmüşlerdir. Yine, Hz. Peygamber'in; "Zarar vermek te, zarar ile karşılamak ta yoktur." hadisini bu hususa delil göstermişlerdir (Sâbık, Fıkhu's-Sünne, II, 246; İbn Hacer, el-Askalanî, 160).

[115]"Li'an; karısını zina ile suçlayan koca ile eşinin hâkim önünde belli şekilde yeminleşmeleridir. Bazı İslâm hukukçularına göre, bu yemin sonunda, doğrudan boşanmış olurlar, bazılarına göre, hâkim boşar (Karaman, III, 383).

[116]İ'lâ; erkeğin karısına dört ay ve daha fazla bir zaman yaklaşmamaya yemin etmesidir.

[117]Nasir, 126; Tefrik sebebleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Sâbık, es-Seyyid, Fıkhu's- Sünne, II, 246- 251; Ebû Zehra, Muhammed, 346, 347, 365-367; Qadri, Anwar Ahmad, Islamic Jurisprudence in the Modern World, 154-157; Karaman, I, 314-322.

[118]Karaman, III, 387, 388.

2. MAHKEMENİN EVLİLİĞİ SONA ERDİRMESİ

Mahkemenin evliliği sona erdirmek için gerçek müdahalesi, ingilizce karşılığı divorce proper olan, uygun boşama olarak ta adlandırılır. Arapça tefrik anlamında olup, hukukçular arasında ihtilaf konusudur. Şöyle ki; Hanefi'ler, evliliğin sona erdirilmesinin kocanın özel bir hakkı olduğunu belirtip, yalnızca kocanın iktidarsızlığı gibi kalıtsal kusurların olması halinde mahkemeye müdahale yetkisi tanımışlardır. Ayrıca, Hanefi hukukçusu İmam Muhammed, bu kusurlara bulaşıcı bir hastalık ve cüzzamı da ilâve etmiştir. İmam Şafiî, İmam Malik ve İmam Ahmed b. Hanbel, bazı özel durumlarda kadına boşanmak için mahkemeye baş vurma hakkı tanımışlardır. Hâkim bu durumda, kocanın hakkında karar vermek üzere hareket eder. Caferî'ler, sadece, kocanın iktidarsızlığı halinde, evlenmeden önce kadının bu durumu bilmemesi ve kadının bu durumu öğrenir öğrenmez hemen mahkemeye baş vurması durumlarında tefrike izin vermişlerdir. Daha ılımlı bir görüş de, Lübnanlı sünni müslümanlara uygulanan ve Suriye, Fas, Irak, Ürdün ve Cezayir kanunlarında kabul edilen "Osmanlı Aile Hakları Kanunu'n"da yer almıştır.[119]

İslâm hukukunda koca eşine zarar veriyorsa kadın kocasından ayrılmak için kadıya (hâkime) baş vurur ve durumunu ispat edemediği takdirde dâvâsı reddedilir. Fakat bu iddia, tekrar ederse her ikisinin âilesinden birer kişi olmak üzere hâkim iki hakem gönderir. Hakemlerin gönderilmesinin gayesi, ikisinin (karı-koca) arasını birleştirmek, barıştırmak, bedelli veya bedelsiz ayrılmaları hususunda en uygun olanı yapmaktır.[120]

Bununla ilgili olarak Kurân-ı Kerim'de; "Karı kocanın arasının açılmasından endişelenirseniz, erkeğin âilesinden bir hakem ve kadının âilesinden bir hakem gönderin; bunlar düzeltmek isterlerse, Allah onların aralarını buldurur. Doğrusu Allah her şeyi Bilen ve haberdar olandır."[121] buyurulmuştur.

İslâm hukukçuları, eşlerin arasını ayırmak hususunda görüş birliğine varmış olan iki hakemin, tefrik için kocanın iznine ihtiyaçlarının olup olmadığı hususunda farklı düşünmüşlerdir. Cumhur, ihtiyaç olduğu görüşündedir. Malikiler ise aksi görüştedir. Bu hususta kadını en çok gözeten

---

[119]Nasir, 125, 126.

[120]ez-Zuhaylî, VII, 340, 341.

[121]Nisâ, 4/35.

Mâlikî mezhebi olmuştur.[122] Bu durum, "Allah'ın kimini kimine üstün kılmasından ötürü ve erkeklerin, mallarından sarf etmelerinden dolayı erkekler kadınlar üzerine hâkimlerdir..."[123] âyetini mezheplerin farklı yorumlamasından kaynaklanmaktadır. Öyle ki, mahkeme yoluyla kadının evliliği sona erdirmesi mümkün görülmesine rağmen, mezhepler hangi şartların aranacağı, nasıl bir yol izleneceği hususlarında anlaşamamışlardır.[124]

Hanefi'lere göre, karı koca arasında geçimsizlik, anlaşmazlık ortaya çıktığı takdirde, eşlerden her ikisi veya sadece birisi mahkemeye baş vurup durumu bildirmesi halinde hâkim, meseleyi inceler. Her iki tarafa veya haksız görülen tarafa öğüt verir ve gerekirse uyarıda bulunur. Eğer mesele, tedkik ve tahkik gerektiriyorsa, hâkim bu iş için iki hakem tayin edebilir. Hakemler, eşlerin arasını düzeltmeye çalışırlar. Fakat kocanın izni olmadan boşanmak için hüküm veremezler. Hatta, kocanın karısına haksız olarak kötü davranmasını kadının ispat etmesi durumunda hâkim erkeği uyarıp, evlilik hukukuna uymasını kendisinden isteyebilir.[125] Fakat, sadece bununla ayrılmalarına karar veremez. Şafiî'ler de bu durumunda tayin edilen hakemlerin, kocanın vekaletini haiz olmadıkça aralarını ayıramayacakları görüşündedirler. Hanbelî mezbinde bu hususa dair iki değişik görüş bulunmaktadır. Şöyle ki, bir görüşe (Ata'nın görüşü) göre hakemler, karı-kocanın vekilleri durumunda olup, onların izinleri olmadıkça aralarını ayıramazlar. Diğer görüşe göre,[126] hakemler, hâkim durumunda olup, uygun gördüklerini yapabilirler. Eşlerin rızalarını almadan, karşılıklı veya karşılıksız ayrılmalarına karar verebilirler. Zahiri'ler ise, hakemlerin eşlerin aralarını ayıramıyacağı görüşündedirler.[127]

İslâm hukukçuları arasındaki bu görüş farkı, hakemlerin güç ve yetkisi ile ilgilidir. Hanefî ve Şafiî mezheplerine göre, hakemlerin işi sonuca bağlama yetkisi olmayıp, sadece eşler tarafından kabul edilip edilmeyeceği belli olmayan barıştırma girişimlerinde bulunma yetkileri vardır. Eşlerin, hakemleri, meseleyi boşanma veya başka bir sonuca bağlama-

---

[122]ez-Zuhaylî, VII, 340, 341; Qadri, 157; Fyzee, 161.

[123]Nisâ, 4/34.

[124]Fyzee, 161, Qadri, 157.

[125]Halid-Neca, Ahkâmu Ahvâlü'ş-Şahsiyye, 201; Bilmen, II, 362.

[126]Hz. Ali, İbn Abbas ve Evzaî'den rivayet edilmiştir.

[127]Bilmen, II, 362, 363.

ları için bizzat tayin etmeleri durumunda ise, onların kararlarına uymak zorundadırlar. Hasan Basri, Katâde ve diğer bazı İslâm hukukçuları, hakemlerin barıştırmada zorlayıcı olabileceği fakat boşanma işleminde eşleri zorlayıcı olamayacakları görüşündedirler. İbn Abbas, Sa'id İbn Cübeyr, İbrahim Nehâi, Şa'bi, Muhammed İbn Sirin ve diğer bazı İslâm hukukçularına göre ise, hakemler, barıştırma veya boşama gibi uygun gördükleri her şeyi zorla kabul ettirme yetkisine sahiptirler. Hilafetleri döneminde, Hz. Osman, Hz. Ali (r.a.) şartlar gereğince, barışma veya ayrılma kararını uygulama yetkisine sahip hakemler tayin etmişlerdir. Örneğin, Ebu Talib'in oğlu Akil ile (Utbe İbn Rebia'nın kızı olan) karısı Fatıma'nın meselesi Hz. Osman'ın mahkemesine getirilince, Hz. Osman, kocasının ailesinden İbn Abbas'ı, kadının ailesinden de Muaviye'yi tayin etmiş ve onlara şartlar gereği eşleri barıştırma veya boşandırma yetkisi vermiştir. Bu da bize, hakemlerin hükmî, resmî bir yetkilerinin olmadığını, yetkili otorite onlara belli yetkiler verdiği takdirde, onların zorlayıcı yetkilere sahip olabileceğini göstermektedir.[128]

Öyleyse, İslâm hukukunda, boşama yetkisine sahip olan kocanın, özellikle evlilik hukukuna uymaması, söz ve fiille ezâ ve cefâda bulunarak evlilik hayatını çekilmez hale getirmesi durumunda, kadının da şartlar gerçekleşince veya birlikte yaşamayı istemez ise, hâkim aracılığı ile boşama yetkisi bulunmaktadır. Hâkimin bu yetkiyi kullanması, bazı durumlarda re'sen, bazı durumlarda ise, zarar gören veya ayrılmak isteyenin baş vurması halinde söz konusu olmaktadır.

IV. GEÇERLİLİĞİ HİBE EDENİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUF

İslâm hukukunda bazı tasarruflar, karşılıklı rıza; yani icab ve kabül ile tamam olmakla birlikte, icaba muhatap olan taraf kabulden kaçındığı taktirde, hâkim onun yerini almaktadır. Bu durumda tasarruf ya karşılıklı rıza ile veya hâkimin kararı ile tamamlanmaktadır. Bir kaç örnek verecek olursak, hibe bunlardan biri olup, ya karşılıklı rıza ile veya bağışlayanın iradesi ve hâkimin hükmü ile tamam olmaktadır. Yine, şûf'a hakkı, sahibinin karşılıklı rızalarıyla veya hak sahibinin iradesi ve hâkimin hükmü ile tamamlanmaktadır. Diğer bir örnek de, akrabaya karşı nafaka borcu, ya karşılıklı rıza ile veya hâkimin nafaka mükellefi adına borç almaya izin vermesi ve fiilen de borç alınmasıyla gerçekleşmektedir.

---

[128]Mevdûdî, Ebu'l-Al'â, Tefhimu'l-Kur'ân, I, 358.

Ayrıca, Borçlunun malını zorla (haciz yoluyla) satışta hâkimin hükmü, borçlunun iradesinin yerini tutmaktadır.[129]

Bağışlama (hibe) akti, bağışlayanın, hür, bağışladığı şeye mâlik, âkil, bâliğ, sağlıklı, uyanık ve borcu olmayan biri olması durumunda gerçekleşmektedir. Ayrıca, aktin gerçekleşmesi için, kölenin sahibinden izin alması, küçüğün velisi veya kâsırın vasisinin rıza göstermesi veya alacaklının borçluya icazet vermiş olması (hibenin borçlunun bütün servetini kapsaması durumunda alacaklının hakkı zarar göreceği için) gerekmektedir.[130] Mevcut olmayan bir şeyin ve başkalarına ait olan malların bağışlanması geçerli ve doğru olmamaktadır. Ayrıca, bir insanın başka bir insana, bağışlayanın veya bağışlananın hayatı boyunca bağışlanan şeyden faydalanma imkânını vermesine (hibe etmesine), zamanla kayıtlandırılmış ömri hibe denilmektedir. Örneğin, Bağışlayanın, bağışlanan kimsenin bir sene evde oturmasına veya bir toprağı ekip biçmesine izin vermesi gibi.[131]

A. BAĞIŞLAMADA (HİBEDE) TESLIM ALMA (KABZ)

Bağışlamada (hibede) teslim alma iki şekilde olmaktadır. Birincisi almakla yani, bağışlanılan taşınır bir malı, bağışlananın teslim almasıyla gerçekleşmektedir. İkincisi, tahliye ile. Bu da, taşınmaz bir malın bağışlayan tarafından boşaltılması veya bir evin anahtarının bağışlanana teslim edilmesi şeklinde olmaktadır. Hibe bir teberru olduğu için, bağışlanan (mevhubun leh) tarafından teslim alınıncaya kadar bağışlayanın (vâhib) mülkiyetinden çıkmamakta ve hibeden dönmek mümkün olmaktadır. Burada teslim almadan önce sadece hibe akti ile mülkiyet nakledilmiş olmamakla beraber, mülkiyetin nakledilmesi için de sadece kabul yeterli görülmemiştir. O halde, hibenin bir teberru akti olması nedeniyle, bağışlayanın sahipliği, ancak bağışlananın teslim alması ile ortadan kalkmaktadır. Nitekim, teslim almadan önce yapılmış olan hibe akti geçerli olmakla birlikte, Hz. Peygamber'in "Hibe, ancak kabz edilirse geçerli olur."[132] hadisi, hibenin bir hüküm bildirmesi, bir sonuç doğurması için teslim

---

[129]Karaman, II, 49, 50.

[130]İbn Kudame, Muvaffakuddin, V, 663.

[131]Ferruh, Ömer, İslâm Aile Hukuku, 158, 159.

[132]el-Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed, Umdetü'l-Kârî fi Şerhi Sahih el-Buhârî, VI, 288.

alınmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.[133]

Mecelle de bu hususu benimsemiş, teslim ve kabz ile ilgili olmak üzere 837 nci maddesinde; "Hibe, icap ve kabul ile mün'akid ve kabz ile tamam olur." demiştir.[134]

İslâm hukukçularının çoğunluğu da; Nahai, Sevri, el-Hasen b. Salih, İmam Ebû Hanife, İmam Şafiî ve Hanbeli'ler, hibenin tamam olması için bağışlanan kişinin, teslim almasını şart koşmuşlardır. Bununla birlikte, teslim almadan önce hibeden dönülebileceği (rücu) ve teslim almanın sıhhati için, bağışlayan tarafından bağışlanılan şeyi (mevhub) teslim almaya izin verilmesi gerektiği görüşündedirler.[135]

Ayrıca Şafiî'ler, bağışlayan ile bağışlanandan biri veya her ikisinin teslim almadan önce vefat etmesiyle veya bağışlayanın izinden dönmesiyle veya mahcur bir hale gelmesiyle iznin geçersiz, bağışlamanın ise, feshedilmiş olacağı görüşündedirler. Diğer bir görüşe göre de, teslim almadan önce vefat etmiş olan bağışlayanın veya bağışlananın varisi, teslim veya teslim almaya izin hususunda kendi yerlerine geçer. Varis, murisin halefi olduğu için, ölüm ile hibe akti fesh olmaz. Hanbeli'ler, bağışlananın, bağışlanan şeyi teslim almadan, bağışlayanın vefat etmesi durumunda, bağışlamadan dönmek veya teslim almaya izin vermek yetkisinin varislere geçeceği ve bağışlananın teslim almadan önce vefat etmesiyle hibenin geçersiz olacağı görüşündedirler. Maliki'ler ise, hibenin, sadece icab ve kabul ile tamam olacağı, bağışlananın, izne ihtiyaç olmadan bağışlanan şeyi teslim alabileceği düşüncesindedirler.[136]

Esasen, bir kimsenin malında izni olmaksızın başkasının tasarrufda bulunması doğru olmayacağından dolayı, hibeyi (bağışlanılanı) teslim almak için bağışlayanın açık veya üstü kapalı (gizli) olmak üzere izni gerekmektedir. Bağışlayanın bağışlayana hitaben: "Şu malımı sana bağışladım, onu al." veya "Fülan yerde bulunan fülan malımı sana hibe ettim, git onu al." demesi teslim almaya açık bir izin örnekleridir. Ayrıca, bağışlayanın

---

[133]Şener, İslâm Hukuku'da Hibe, 40, 41.

[134]Şener, İslâm Hukuku'nda Hibe, 43.

[135]Serahsi, XII, 57; Kâsâni, VI, 123; İbnu'l-Humam, IX; 20, 21; İbn Kudame, Muvaffakuddin, V, 606, 607; el-Cezîrî, III, 300; el-Aynî, VII, 801; ez-Zuhaylî, V, 210; Bilmen, IV, 227, 229, 230; Ahmed İbrahim Bey, 256; Şener, 41, 42.

[136]Bilmen, IV, 229, 230.

sadece teklifte bulunması, örneğin; "Şu malımı sana hibe ettim." demesi de, teslim almaya gizli üstü kapalı bir izindir. Bağışlayanın isteğinin yerine gelmesi ise, ancak teslim alma (kabz) ile mümkün olacaktır.[137] Çünkü hibede teslim alma, satışta kabul gibi görülmüştür. Satışta, satıcının izninin ve rızasının dışında kabul geçersizdir. Öyleki, satıcıdan izinsiz müşteri malı, paranın ödenmesinden önce teslim aldığı takdirde, satıcı için reddetme hakkı bulunmaktadır. Aynen bunun gibi bağışlayanın izni dışında olan teslim alma da geçersiz kabul edilmektedir.[138]

Yine, delâlet yoluyla izine bağlı olmak üzere, bağışlanılan kimse, bağışlanılan şeyi o yerde (mecliste) teslim alması ile ona mâlik olmakta, bağışlayanın bu durumda susması da teslim almaya izin anlamına gelmektedir.[139]

Bağışlayan teslim almaya açık (sarih) izin verince, bağışlanan kişi, bağışlanılan şeyi, hibe meclisinde teslim alabileceği gibi, o yerden (mec listen) ayrıldıktan sonra da istihsan ve kıyasa göre teslim alabilmekte ve bununla da hibe tamam olmaktadır. Fakat, bağışlayanın teslim almaya üstü kapalı izin vermesi durumunda ise, teslim alma (kabul), meclis ile kayıtlandırılmıştır. Yani bu durumda, bağışlanan kişi, bağışlanan şeyi o mecliste teslim almasıyla hibe tamam olmakta, meclisten sonra teslim alması geçerli olmamaktadır.[140]

İmam Şafiî, teslim almanın, bağışlayanın (vahib) malında bir tasarruf olmasından dolayı, onun izni olmadan asla doğru olmayacağı görüşündedir.[141] Hanefi'ler,[142] hibede teslim almayı, kabul yerinde bir rükun olarak görmüşler, kabulü de meclisle kayıtlandırmışlardır. Dolayısıyla meclisten sonra asla geçerli olmayacağı görüşündedirler. Kıyasa göre, gerek mecliste olsun, gerekse meclisten sonra olsun, bağışlayanın izni olmadan bağışlananın, bağışlanan şeyi teslim alması caiz görülmemiştir.

---

[137]Serahsi, XII, 58; Kâsâni, VI, 123, 124; Bilmen, 227.

[138]Serahsi, XII, 57; Kâsâni, VI, 123.

[139]Kadihan, Mahmud el-Özcendi, Fetâvâ (43), I, 337, 338; Bilmen, IV, 227.

[140]Kâsânî, VI, 124; İbnu'l-Humam, IX, 21, 22, 23; el-Aynî, VII, 801; el-Ayıntâbî, VII, 103; Bilmen, IV, 227.

[141]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 246.

[142]Kâsânî, VI, 124; İbnu'l-Humam, IX, 20-23; el-Ayıntâbî, VII, 801.

Yine kıyasa göre, bir müste'min, kendisine bağışlanmış olan bir malı teslim alması için bir müslümana izin verip kendisi dari harbe döndükten sonra, o müslümanın bu malı teslim alması durumunda, bağışlama geçersiz kabul edilmiştir. Burada, teslim almadan önce dari harbe dönmüş olması ile ölü gibi düşünülmüştür. Fakat bunun aksine, aynı durum istihsana göre caiz görülmüştür. Kendisinin dari harbde bulunduğu zaman, dari İslâmda bulunan bir malını almak için bir kimseyi göndermesi durumunda, o malın bu kimseye teslim edilmesine ait olan iznin önceden verilmiş olması gerektiği gibi, yukarıdaki durumda da müste'menin önceden vermiş olduğu izni, dari harbe dönmesinden sonra da geçerlidir. Bir müslümanın bir müste'mene ve bir müste'menin bir müslümana hibesi caiz görülmüştür. Zimmî'ler, muamelelerle ilgili hususlarda İslâmî hükümlere tâbi oldukları için, hibede müslümanlar için söz konusu olan hükümler, onlar için de geçerli kabul edilmiştir.[143]

B. BAĞIŞLAMADAN (HİBEDEN) DÖNME (RÜCU)

İslâm hukukunda bağışlayanın, açık veya gizli (üstü kapalı) teslim almaya izin verip, henüz teslim alma gerçekleşmeden teslim almadan men etmesi durumunda, hibeden dönme söz konusu olmakta ve artık teslim almaya yetki ortadan kalkmaktadır.[144] Örneğin, bağışlayanın "bu malı sana hibe ettim" demesinden sonra, bağışlananın teslim almasını yasaklaması hibeden dönme anlamına gelmektedir. Burada bağışlayanın teklifi, her ne kadar üstü kapalı olarak teslim almaya izin olsa da, açık bir yasak bulunmasından dolayı, buna itibar edilmemektedir. Öyle ki, teslim almaya açık izin verilmiş olsa da yasak geçerli olduğundan teslim almanın gerçekleşmesi mümkün olmamaktadır.[145]

C. VEKALETEN BAĞIŞLAMADA (HİBEDE) BULUNMA YETKİSİ

İslâm hukukunda bağışlama (hibe) akti veya bağışlanılan şeyin bağışlanana teslim edilmesi, vekâletle yapılabilmektedir. Fakat, müvekkil adına bağışlamada bulunabilmesi için vekile, bağışlama hususunda özel yetki verilmesi gerekmektedir. Çünkü, umumi vekâletle birinin malî işlerine bakan vekilin, kendisine özel bir yetki verilmedikçe müvekkili adına hibe gibi bağışlama çeşidinden olan tasarruf ve muamelelerde bulunması mümkün

---

[143]Bilmen, IV, 231.

[144]İbn Kudame, Muvaffakuddin, V, 651; Bilmen, IV, 227.

[145]Bilmen, IV, 263.

olmamaktadır.[146]

Bir kimse gerek menkul ve gerek gayri menkul olsun satın aldığı bir malı, henüz teslim almadan başkasına bağışlayarak, teslim alınması için bağışlanan kişiye izin verebilir. Bu durumda bağışlanan kişi, bağışlayan namına vekâleten ve kendisi için de asaleten teslim alır.[147]

Sonuç olarak, islâm hukukunda bağışlama (hibe), karşılıklı rıza ile veya hâkimin kararı ile tamam olmakla birlikte, bağışlayanın iradesi ile de tamamlanmaktadır. Bu durumda, bağışlanan şeyin, bağışlanan tarafından teslim alınmasının geçerli olabilmesi için, bağışlayanın izin vermesi gerekmektedir.

VI. GEÇERLİLİĞİ REHİN VERENİN İZNİNE BAĞLI OLAN TASARRUF

A. REHNİN TESLİMİ (KABZI) VE İZİN DURUMU

Rehin, lugatta; hapis, tutmak, sabit ve devamlı olmak anlamında olup, hukuken; bir kişinin malını borcuna garanti olarak teslim etmesidir. Rehin alan kişi aldığı rehini borç ödeninceye kadar emanet olarak saklayabilir.[148]

Kur'an-ı Kerimde; "Eğer yolculukta olup kâtip bulamazsanız alınan rehin yeter..."[149] buyurulmaktadır. Bu âyet, rehnin teslim alınmasının gerekli olduğu hususunda delil gösterilmiştir.[150]

İslâm hukukunda, rehnin tesliminin geçerli olabilmesi için ön görülen şartlardan birisi, rehin verenin (râhin) teslim almaya izin vermiş olmasıdır.[151] Hibede kabule benzetildiği gibi, bu hususta da teslim alma (kabz), rükne benzetilmiş ve rehin verenin izni olmadan geçerli görülmemiştir.[152] Dolayısıyla rehin veren, ya rehnin maliki olmalı veya onu

---

[146]Şener, İslâm Hukuku'nda Hibe, 88.

[147]Bilmen, IV, 229.

[148]Qadri, 108.

[149]Bakara, 2/283.

[150]el-Cezîrî, II, 330; eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, VII, 107.

[151]Kâsânî, VI, 138; İbn Kudame, IV, 367, 368; el-Cezîrî, Kitabu'l-Fıkh ala Mezahbi'l-Erbaa', II, 330; eş-Şerbâsî, Ahmed, Yese'lûnek fi'd-Din ve'l-Haya', III, 187; Karaman, III, 142; Qadri, 108.

[152]Kâsânî, VI, 138.

rehnetmeye maliki tarafından izinli bulunmalıdır.[153]

Rehin veren, teslim almaya izin verir ve teslim almadan önce izninden dönerse (rücû), iznin hükmü ortadan kalkar. Fakat, teslim aldıktan sonra izinden dönmesi durumunda ise, rehin teslim alınmış olacağından iznin her hangi bir etkisi söz konusu değildir.[154]

Rehin alan (mürtehin), rehnedilen şeyi, akit meclisinde açık veya gizli izin ile teslim alabileceği gibi akit meclisinden sonra açık izinle de teslim alabilir. Bunları örnekle açıklayacak olursak; rehin verenin, "ona teslim almaya izin verdim, razı oldum veya teslim al v.b." sözlerle izin vermesi açık izne örnektir. Açık izinde, rehnedilen şeyin akit meclisinde teslim alınması ile, meclisten sonra teslim alınması eşittir. Gizli izin ise, örneğin; rehin alanın, rehin verenin huzurunda rehni teslim alması durumunda rehin verenin susması, onu yasaklamaması şeklinde meydana gelmektedir. Her iki çeşit izin de İslâm hukuku delillerinden olan istihsan ve kıyasa göre caiz olmaktadır. Fakat gizli iznin hükmü, akit meclisinde teslim alma ile geçerli olup, meclisten sonra teslim alma için geçersizdir.[155]

Rehni alacaklının teslim alması şart olmayıp; veli, vasi, yed-i emin gibi temsilcilerin teslim alması ile de bu şartın yerine gelmesi mümkündür.[156]

Ayrıca, mâlikin rehne izni, doğrudan (mutlak) veya kayıtlandırılmış (mukayyed) olabilir. Doğrudan olması durumunda, asıl izne bağlı olarak rehin alan (mürtehin), az veya çok dilediği herhangi bir cinste, herhangi bir mekânda ve istediği herhangi bir insana onu rehnedebilir. İzin kayıtlandırılmış olursa rehin, bir ölçüyle veya bir mekânla veya bir şahısla sınırlandırılır. Böylece, tasarruf edenin, izinle tasarrufu izin ölçüsünde kayıtlanmış olur.[157]

---

[153]Bilmen, VII, 19.

[154]İbn Kudame, el-Muğni, IV, 367, 368.

[155]Kâsânî, VI, 13; el-Cezîrî, II, 327, 328; Karaman, III, 142.

[156]Karaman, III, 142.

[157]Kâsâni, VI, 136. Örneklerle ilgili bkz. aynı eser, VI, 136.

B. REHİNDEN FAYDALANMAK

Mecelle'nin 750. maddesi, rehin alan ve rehin verenin bizzat rehinden yararlanmaları, kullanmak suretiyle faydalanmaları ile ilgili hususları içermektedir.[158] Rehin verenin izni olmadıkça rehin alanın rehinden faydalanması mümkün değildir.[159] Örneğin; rehnedilmiş olan evde oturamaz, bahçe ise meyvasını alıp yiyemez, hayvansa sütünden faydalanamaz. Çünkü, rehin alanın hakkı, rehni hapisten ibaret olup, onu kullanmak değildir.[160] Fakat, rehin verenin izin vermesi veya mübah kılmasıyla, rehin alan, rehni kullanabileceği gibi, meyva ve süt gibi hasılatını da alabilir. Bunlara karşılık ta, kendisine bir borcun olması söz konusu değildir.[161] Çünkü, rehin verenin, rehin alana bahçesinin meyvesini yemesi hususunda izin vermesi ve rehin alanın da onu yemesi durumu, rehin verenin yemesi gibi olacağından, rehin alanın bunu ödemesi gerekmemektedir.[162]

Rehin alan, rehin verenin izni olmadan rehinden faydalanırsa, gasip hükümleri uygulanır.[163] Rehin verenin izni ile rehin alan, rehinden faydalanması durumunda, alacağının garantisi dışında, alacağına karşı bir menfaat sağlamış olur. Alacağın sağladığı menfaat faiz kabul edildiğinden, bu faydalanma caiz görülmemiştir.[164] Hanefi'ler, faydalanma şartının borçlanma akdi sırasında veya daha önce ileri sürülmemesi kaydıyla, bunun caiz olabileceği görüşündedirler.[165]

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, rehinden bizzat mâlikinin veya üçüncü şahsın faydalanması tarafların anlaşması ile olmakta, bu durumda ise, faiz ihtimali ortadan kalkmaktadır. Rehin alanın faydalanması, rehin verenin buna izin vermesi ve faydalanmayı mübah kılması sonucunda olduğun-

---

[158]Bkz. Ali Haydar, II, 367-371.

[159]Kâsânî, VI, 164; İbn Nuceym, el-Eşbah ve'n-Nazâir, 115; Sâbık, III, 188; Bilmen, VII, 44, 45; Karaman, III, 156; Ali el-Hafif, 438: Ebu'l-Feth, 174; Qadri, 108.

[160]Bilmen, VII, 44, 45; Ali el-Hafif, 438.

[161]Kâsânî, VI, 164; Bilmen, VII, 44, 45; Karaman, III, 156.

[162]el-Ayıntâbî, VIII, 110, 111.

[163]Ali Haydar, II, 780, 781, Madde 891; II, 832, Madde 901.

[164]el-Ayıntâbî, VIII, 111, el-Cezîrî, II, 335; Sâbık, es-Seyyid, Fıkhu's-Sünne, III, 1888; Bilmen, VII, 44; Karaman, III, 156.

[165]Bilmen, VII, 44; Karaman, III, 156.

dan, bu faydalanma ile borcun bir kısmının veya tamamının düşmesi söz konusu değildir.[166]

İslâm hukukçularının çoğunluğu; Ahmed, İshak, Leys, Hasan b. Ziyade, İmam Şafiî, İmam Ebû Hanife ve İmam Malik, rehin alanın ihtiyacı olması halinde, rehin veren izin vermedikçe, rehin alanın, rehnin hiç bir şeyinden faydalanamıyacağı görüşündedirler. Rehin veren için de aynı durum geçerlidir.[167] Zahiri'ler de aynı görüştedirler.[168]

Her ne kadar Mecelle'nin 750 nci maddesinin metninde sadece rehin alanın faydalanması ifade edilmiş ise de, esasen hüküm, rehin alanın izni ile rehin verenin (mâlikin) de rehinden faydalanmasını geçerli kılmaktadır. Çünkü rehin, sahibinin malı olup, mülkiyet hakkı her türlü tasarrufa yetki vermektedir. Burada tasarrufa engel, mülkiyet ile ilgili olan malın, aynı zamanda rehinle de ilgili olmasıdır. Dolayısıyla, rehin alanın izni ile bu engel ortadan kalkınca faydalanma geçerli hale gelmiş olur (Mec. mad. 46).[169]

Demek ki, rehin alanın izni olmadan, rehin verenin de rehinden faydalanması, rehne zararlı olsun veya olmasın caiz görülmemiştir. Rehnin hükmü hapis olduğu için bu faydalanma hapse zıttır.[170]

Bu nedenle de İslâm hukukçuları rehin verenin, rehnedilmiş şeyden faydalanıp faydalanamıyacağı hususunda farklı düşünmüşlerdir:

Hanefi'ler, rehin verenin hangi sebeble olursa olsun rehin alanın izni olmaksızın rehnedilmiş şeyden faydalanmasının doğru olmayacağı görüşündedirler.[171]

Şafiî'lere göre,[172] teslim alınmış olan rehinde, rehin alanın izni olmadıkca, rehin verenin satış, vakıf, başkasına rehin verme gibi mülkiyyeti ortadan kaldıracak tasarruflarda bulunmaya hakkı yoktur. Fakat, rehin verenin, reholunmuş şeyin değerini eksiltmeyecek şekilde ondan

---

[166]Karaman, III, 156.

[167]eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, Neylü'l-Evtâr, V, 353; Cessâs, II, 269.

[168]Bilmen, VII, 45, 46.

[169]Ali Haydar, I, 111; Karaman, III, 156.

[170]Sâbık, III, 188; Ali el-Hafif, 438; Bilmen, VII, 44, 45.

[171]el-Cezîrî, Kitabu'l-Fıkh ala Mezâhibi'l-Erba'a, II, 335; Selman, 98.

[172]er-Ramlî, Şihâbuddîn Ahmed, Nihayetü'l-Muhtac, III, 261.

faydalanabilme hakkı vardır. Örneğin, rehnedilmiş (merhun) hayvana binebileceği gibi, rehnedilmiş evde oturabilir. Yalnız rehin veren, rehnedilmiş şeyin üzerine bina yapamaz, ağaç dikemez.[173]

Malikî'ler,[174] rehin verenin, rehnedilen şeyden faydalanmasının geçerli olmayacağı, dolayısıyla bunun rehin vermeye ters olacağı görüşündedirler. Hanbeli'ler de, bu görüşü paylaşmakla birlikte, rehin alanın izin vermesi durumunda daha sonra bundan dönebileceği düşüncesindedirler.[175]

Hanbeli'ler, varlık veya faydalanmanın devamı harcama yapmayı gerektirmeyen ev, arâzi ve eşya gibi rehinlerden, rehin verenin izni olmadıkça, rehin alanın faydalanmasını geçerli görmemişlerdir. Fakat, varlık veya menfaatini korumak için harcama yapılması gerekli olan rehinlerde, rehnin mâlikinin, onu elinde bulunduran alacaklıya gereken masrafı yapması ve bu masraf karşılığında kullanması için izin vermesini uygun görmüşlerdir. Ayrıca Hanbelî'ler, sütünden veya taşıma gücünden faydalanılan rehinleri, diğer rehinlerden istisna etmişlerdir. Öyle ki, bunların dışındaki rehinlerden faydalanmanın geçerli olması genellikle rehin verenin iznine bağlı iken, bu iki çeşit rehinden, rehnin mâlikinin izni olmasa da faydalanılmasının geçerli olduğu görüşündedirler.[176]

Bu görüşlerini de Hz. Peygamber'in; "Binek hayvanı rehnedilmiş olursa bakımı karşılığında sütü içilir; nafaka (masraf) binen ve içene düşer."[177] hadisine dayandırmışlardır.

Burada şunu da belirtelim ki, İslâm hukukçuları; Hanefi'ler, Şafiî'ler, Maliki'ler, Hanbeli'ler ve Zahiri'ler, rehnedilen şeyin, sütünden ve taşıma gücünden faydalanılan rehinler dışındaki bir rehin olması durumunda, rehin verenden izinsiz kullanılmasının caiz olmayacağında görüş birliğine varmışlardır.[178]

O halde, İslâm hukukunda gerek rehin verenin, gerekse rehin alanın

---

[173]Bilmen, VII, 45, 46.

[174]ed-Dusûkî, Muhammed Arif, Haşiyetü'd-Dusukî ala's-Şerhi'l-Kebir, III, 241.

[175]Bilmen, VII, 45, 46.

[176]Karaman, III, 157; Selman, 98.

[177]Tirmizî, III, 555; Cessâs, Ahkamu'l-Kur'ân, II, 270; Sâbık, III, 189.

[178]Selmân, Nuh Ali, İbrau'z-Zimme min Hukuki'l-İbâd, 97, 98.

rehinden faydalanmalarının geçerli olabilmesi için, birbirlerinin izinleri gerekmektedir.

C. REHİN ÜZERİNDEKİ TASARRUF HAKKI

İslâm hukukunda rehinden faydalanmada olduğu gibi, rehin verenden izinsiz rehin alanın ve rehin alandan izinsiz rehin verenin, rehin üzerinde tasarruf etmesi geçerli görülmemiştir.[179] Burada rehin üzerindeki belli başlı bazı tasarruflar ve bunların geçerliliği üzerinde durulacaktır.

1. ÖDÜNÇ (ARİYET) VERMEK

İslâm hukukunda ödünç vermenin (ariyet) tamam olması için, ödünç veren kişinin (muîr), açık veya üstü kapalı izni ile, ödünç alan kişinin (müsteîr) ödünç verilen malı teslim alması şarttır. Teslim alma gerçekleşmeden ödünç vermenin hükmü geçersizdir.[180]

Burada üzerinde duracağımız husus ise, rehnin ödünç verilmesidir. Hanefiler, tek taraflı irade ile feshedilmesi ve vaz geçilmesi (rücû) mümkün olan tasarrufların, rehne ters olmayacağı ve rehni ortadan kaldırmayacağı için, gerek rehin verenin, gerekse rehin alanın diğerinin izni ile rehni ödünç verebileceği görüşündedirler. Rehnin ödünç verilebilmesi için, taraflardan birisi ile üçüncü şahıs arasında fark gözetmemişlerdir. Ayrıca Hanefi'ler, rehin verenin, rehin alana, rehni kullanması için izin verdiği taktirde bu ödüç verme hükmünde olacağından dolayı, kullanırken rehnin zarar görmesi durumunda, rehin alanın onu ödemesinin gerekmiyeceğini düşünmüşlerdir. Bunu da tazmin sorumluluğunun ortadan kaldırılması için bir hile olarak görmüş ve caiz olduğuna hükmetmişlerdir (Mec. mad. 748, 749 ve şerhleri).[181]

İmam Mâlik, İbn Ebi-Leylâ ve İmam Şafiî gibi bazı fakihler, borcun vâdesini aşmayan zamanlar içerisinde, rehin alan razı olmasa da, rehin verenin bunu ödünç verebileceği görüşündedirler. Yine bu fakihler, rehin verenin örneğin, evde bizzat oturması, hayvanı bizzat kullanması gibi hususlarda farklı düşünmüşlerdir. Bununla birlikte, rehin verilen malın menfaatinin rehne dahil olmayıp, rehin verene ait olacağı ve rehin alanın

---

[179]Senhûrî, I, 35, 36; el-Cezîrî, II, 337; Ebu'l-Feth, Ahmed, Muhtasaru Kitabi'l-Muamelât fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye, 171; Ahmed İbrahim Bey, 187.

[180]Bilmen, IV, 194, 195.

[181]Karaman, III, 152; Bkz. Ali Haydar, II, 362, 367.

bunlar üzerinde hakkı bulunmayacağından dolayı, rehin verenin başkasına ödünç vermesinin rehin alanın rızası olmasa da caiz olacağı görüşündedirler. Hanbeli'lere göre ise, rehin verenin izin ve rızası şartı ile, rehin alan rehni ödünç verebilir. Bu mezhebde aksi görüşte olanların bulunmasının yanı sıra, rehin alanın izni ile rehin veren borçlunun, rehni ödünç verdiği taktirde rehnin sona ermeyeceği görüşü hâkimdir.[182]

İslâm hukukunda bir kimse, başkasının malını onun izni ile ve ondan ödünç olmak üzere, kendi borcuna karşılık rehin verebilir. Buna ödünç verilmiş rehin (rehn-i müstear) denilmektedir. Bu rehni sahibi her hangi bir şey ile kayıtlandırmadan vermiş olursa, ödünç alan, bunu istediği şekilde az veya çok borç karşılığında rehin verebilir. Fakat, rehnin sahibinin bunu bir miktar, bir cins, bir şahıs veya bir yer ile kayıtlandırarak izin vermesi durumunda ise, ödünç alan bunu sadece o şekilde rehin verebilir.[183]

Öyleyse, İslâm hukukunda, rehin verenin ve rehin alanın birbirlerinin izni ile rehni ödünç verebileceklerini söylememiz mümkündür.

2. KİRAYA VERMEK

İslâm hukukçuları arasında rehnin kiraya verilmesi hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır: Hanefi'lere; İmam Ebû Hanife, İmam Ebû Yusuf, İmam Muhammed, İmam Hasan b. Ziyade ve İmam Züfer'e göre, İslâm hukukunda tek taraflı irade ile bozulmayan ve vaz geçilmesi (rücu) imkânsız olan kira, hibe, satım gibi tasarruflarda, taraflardan birinin, diğerinin izni olmadan tasarruf edememesi esastır. Bu tasarrufların izinli yapılması durumunda ise, rehin akdi bozulmakta ve yeni bir akit yapılmadığı sürece rehin olan şey, tekrar rehin olamamaktadır. Anlaşılacağı üzere, burada ödünç vermenin (ariyetin) tam tersi bir durum söz konusudur. Ayrıca, rehnin taraflardan birinin izni ile kiracıya (üçüncü şahıs) verilmesi halinde, rehnin hükümsüz ve kira ücretinin de rehin verene ait olacağını düşünmüşlerdir. Dolayısıyla Hanefi'ler rehin alanın, rehin verenin izni ile rehni kiraya vermesi veya rehin verenin, rehin alanın izni ile rehni kiraya vermesi durumlarında rehedilen şeyin, rehin olmaktan çıkacağı ve tekrar rehin olamayacağı

---

[182]Karaman, III, 154, 155.

[183]Bilmen, VII, 31.

görüşündedirler.[184]

Maliki'lerden İbn Kasım ise, rehin alanın rehni, rehin verenin izni ile kiraya verdiğinde, ücret rehnin malikine ait olup, rehinin geçerli olacağı görüşündedir. Fakat, rehin veren rehni kiraya verdiği veya onda oturduğu vakit rehin geçersiz olur demiştir.[185]

Ayrıca, İmam Mâlik, İbn Ebi Leylâ ve İmam Şafii'ye göre, borcun süresi bitmemiş olması şartıyla, rehin veren, rehin alanın izni olmasa da rehni başkasına kiraya verebilir. Çünkü, rehnin menfaati rehne dahil olmayıp rehin verene aittir. Rehin alanın bunlar üzerinde hakkı söz konusu değildir, şeklinde düşünmüşlerdir. Hanbeli'ler ise, rehin verenin izin ve rızası şartı ile, rehin alanın rehni kiraya verebileceği görüşündedirler. Ayrıca Hanbeli'lerin çoğunluğuna göre, ödünç vermede olduğu gibi, rehin alanın izni ile rehin veren borçlunun rehni kiraya vermesi sonucunda rehin son bulmamaktadır.[186]

Rehin veren, rehin alana kendisi için bir ev kiralamasına izin vermesi durumunda, rehin alan bunu fiilen kiralamazsa, rehnin hükmü yine geçersiz olmaktadır. Ayrıca, rehin verenin, rehin müddetinden fazla bir zamanda rehnedilen şeyi kiraya vermesi doğru kabul edilmemiştir.[187]

Belirtmemiz gereken bir diğer husus da, rehin alandan izinsiz rehin veren, rehni bir başkasına kiraya verirse, bu akit rehin alanı ilgilendirmez. Fakat, rehin verenden izinsiz rehin alanın onu kiraya vermesi durumunda, ücret rehin alana ait olmakla birlikte doğru olmaz ve rehin veren tekrar malı rehin haline getirebilir. Bu durumda ise, rehin alanın ödeme sorumluluğu bulunmaktadır.[188]

Biz burada, Hanefi'lerin görüşünü tercihin daha doğru olacağını, dolayısıyla gerek rehin alan alacaklının izni ile, gerekse rehin veren borçlunun izni ile olsun rehnin kiraya verilip teslim edilmesi durumunun, kira aktinin ve rehnin geçersiz, ayrıca hapis hakkının da ortadan kalkması sonucunu doğuracağı düşüncesindeyiz.

---

[184]Kâsânî, VI, 171; İbn Nuceym, Zeynü'l-Abidîn b. İbrahim, el-Eşbah ve'n-Nazâir, 115; Cessâs, II, 269; Bilmen, VII, 42, 43; Karaman, III, 153.

[185]Cessâs, II, 269.

[186]Karaman, III, 155.

[187]el-Cezîrî, Kitabu'l-Fıkh ala Mezâhibi'l-Erba'a, II, 333, 334.

[188]el-Ayıntâbî, VIII, 111; Karaman, III, 154.

3. EMANET (VEDİA) VERMEK

Emanet akti, tek taraflı irade ile bozulabilen ve vaz geçilmesi mümkün olan bir tasarruftur. Bağlayıcı olmamasının yanı sıra bununla rehin bozulmamaktadır. Rehin verene emanet etmekle üçüncü şahsa emanet etmek arasında, ödeme (tazmin) sorumluluğu yönünden fark gözetilmiştir. Şöyle ki, rehin alan, rehin verene emanet ettiği zaman, ödeme sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Yalnız, rehni istediği zaman geri alabilmesi söz konusudur. Ayrıca taraflardan birinin, diğerinin izni ile rehni üçüncü bir kişiye emanet vermesi halinde ise bu kişi, emin kimse (yed-i adl) kabul edilir. Bu durumda rehin alanın ödeme sorumluluğu bulunmaktadır.[189]

Rehin aktinden sonra rehnedilen şey, rehin alan ile rehin sahibinin izinleri ile üçüncü bir kişiye emanet verilmesi durumunda, rehnedilen şeyi sadece rehin alan , rehin verenin izni olmadan alamaz. Rehin alan, rehnedilen şeyi kendi elinde tutmaya yetkili olduğu için, bunu emaneten vermiş olduğu üçüncü kişiden geri alabilmesi mümkündür. Fakat, rehin verenin borcunu ödemediği sürece rehni, rehin alandan alma yetkisi olmadığından, rehnedilen şeyin emaneten verilmiş olduğu üçüncü kişiden de alma yetkisi yoktur. Kendisine rehin emanet edilen kişi, rehin akti esnasında rehni, rehin verenin izni olmadıkca rehin alana, rehin alanın izni olmadıkca da rehin verene veremez. Verdiği taktirde geri isteyebilir. Çünkü bu rehinde, rehin verenin de, rehin alanın da hakkı söz konusudur. Hatta, rehni geri almadan rehin zarara uğrarsa, söz konusu kişi, onun aynısını veya değerini ödemesi gerekmektedir.[190]

4. REHİN VERMEK

İslâm hukukunda rehin veren, rehin alanın izni ile rehni başkasına teslim ve rehin verebileceği gibi, rehin alan da, rehin verenin izni ile rehni bir başkasına teslim ve rehin verebilir. Bu durumda birinci rehnin hükmü geçersiz olup, ikinci rehin geçerli olur. Fakat, rehin alandan izinsiz rehin veren, rehni bir başkasına rehin verdiği taktirde hükmü geçersiz olmakla birlikte, birinci rehin alan hukuken bunu geri alma hakkına sahiptir. Ayrıca rehnin, ikinci rehin alanın elinde bir zarara uğraması durumunda da aynısını veya değerini ödettirir. Bu bedel de rehin yerine geçer. Yine rehin alan da, rehin verenden izinsiz rehni bir başka-

---

[189]Karaman, III, 153.

[190]Bilmen, VII, 47.

sına rehin olarak veremez. Vermesi durumunda rehin veren, bunu birinci rehin alanın yanında ikinci rehin alandan geri isteyebilir. Böylece rehin, birinci rehin alanın yanında rehin olmaya devam eder. Bu rehnin, ikinci rehin alanın yanında bir zarara uğraması halinde ise, rehin veren bunu isterse birinci rehin alana, isterse ikinci rehin alana tazmin ettirir.[191]

Hanefi'ler, rehin akti devam ederken, rehin verilmiş olan malın, taraflardan birine rehin olarak verilmesi ile, yine taraflardan birisinin, diğerinin izni olmadan rehni, bir başka kişiye rehin vermesi hükmünün geçersiz olduğu görüşündedirler.[192]

5. REHNİ DEĞİŞTİRMEK

Rehin veren ile rehin alanın rızaları ile bir rehnin başka bir rehin ile değiştirilmesi mümkündür. Bir kimse borcuna karşılık, onun değerinde olan bir halısını rehin bırakmış, daha sonra bir saat getirip "Bunu rehin olarak al.» demesi üzerine rehin alan, halıyı geri verip saati alsa, borcu değerinde olan bu saat rehnedilmiş olup, halı rehin olmaktan çıkmış olur. Yalnız, rehin alan saati teslim almaz ise, halı rehin verene geri verilsin, verilmesin rehin olmakta devam eder. Saati teslim aldığı halde halıyı geri vermedikçe de halı rehin olarak kalmış, saat ise, emanet bulunmuş olur. Diğer bir görüşe göre de rehin verene henüz geri verilmemiş olsa da, rehin alanın ikinci rehni teslim almasıyla birinci rehin, rehin olmaktan çıkar.[193]

6. REHNİ SATMAK

Rehin alan kişi, borcu kapatmak için rehni satamaz. Çünkü, rehnin mâliki rehin verendir. Fakat, rehin alan kişi hâkimden rehnin satılıp rehin verenin borcunun kapatılmasını isteyebilir.[194]

Rehin alan, rehin verenin izni olmaksızın rehni sattığı taktirde bu füzûli bir satış olur. Bununla beraber rehin veren, isterse bu satışı fesh eder, isterse icâzet şartlarının bulunması halinde, icâzet vererek satışı

---

[191]Bilmen, VII, 42, 43.

[192]Karaman, III, 153.

[193]Bilmen, VII, 23.

[194]Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasır fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, IV, 246; Qadri, Anwar Ahmad, Islamic Jurisprudence in the Modern World, 108.

geçerli kılabilir. Satışı fesh etmesi durumunda, satılan rehin mevcut ise, rehin veren onu müşteriden alıp yine rehin olmak üzere rehin alana teslim edebilir. Fakat, satılan rehin mevcut değilse, rehin veren, onun kıymetini isterse müşteriye ve isterse rehin alana ödetebilir.[195] Çünkü, rehnin satılmasının doğru ve geçerli olabilmesi için, rehin verenin izninin olması esastır. Fakat rehin alanın, rehnin zarara uğraması veya yok olmasından korkması halinde, hâkimden izin alarak rehni satması mümkündür. Bu durumda, sattığı rehnin parası elinde yine rehin olarak kalır. Hâkime baş vurma mümkün olmaz ise, rehin alan, rehni satabilir.[196]

Rehin alanın rızası ve izni olmadan rehin verenin rehni sattığı taktirde satış geçerli (nafiz) olmamakla beraber, bununla rehin alan alacaklının hapis hakkı da değişmemektedir. Borç ödendiğinde veya rehin alan satışa razı olduğunda satış geçerli olup, rehnin bedeli borca karşılık rehin olmaktadır (Mec. mad. 747).[197]

Nitekim, İmam Şafiî, İmam Ebû Hanife ve İmam Muhammed, rehin alanın, rehin verene rehnin satılması için izin vermesi durumunda, rehnin satışından elde edilen paranın, yine bir rehin olacağı görüşündedirler. Çünkü, müşteriden parayı teslim almak veya onun yerine mal almak aynıdır. Rehnedilen şey para olduğu taktirde onun rehnedilmesi doğru değildir. Para bir borç olduğundan, borcun rehnedilmesi doğru değildir, şeklinde düşünmüşlerdir.[198]

Hanbeli'ler[199] ise, bunu rehin alanın hakkını iptal eden bir tasarruf olarak görmüşlerdir. Şöyle ki, borcun vâdesi dolmadan rehin alanın, rehnin satılması için rehin verene izin vermesi halinde, rehin akdinin hükümsüz olacağı, bununla birlikte bedel üzerinde rehin alanın hakkı kalmayacağını düşünmüşlerdir. Bu nedenle de, rehin alanın satışa izin vermesiyle rehin üzerindeki hakkının düşeceğini ileri sürmüşlerdir.

---

[195]Kâsânî, VI, 146, 147; eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, III, 128; eş-Şebramlesî, III, 284; el-Cezîrî, II, 335; Ebu'l-Feth, 174; Ahmed İbrahim Bey, 188.

[196]Kâsânî, VI, 148; eş-Şafiî, Kitabu'l-Ümm, III, 128; eş-Şebramlesî, III, 284; el-Ayıntâbî, VIII, 94, 95; Bilmen, VII, 42,43.

[197]Ali Haydar, II, 355; İbnu'l-Humam, Kemaluddin es-Sivasî, Tekmiletü Şerh Fethu'l-Kadir, X, 179; Bilmen, VII, 42, 43; Karaman, III, 154.

[198]el-Cezîrî, II, 335, 336; İbn Kudame, IV, 446.

[199]İbn Kudame, Muvaffakuddin, el-Muğni, IV, 446; Karaman, III, 156.

Ayrıca Hanbeli'ler, borcun vâdesi dolduğu zaman rehin alanın izni ile sahibinin rehni satması durumunda, bedel üzerinde öncelik hakkının rehin alan alacaklının olacağını düşünmüşlerdir.[200]

Dolayısıyla, sahibinin rehni satması, ya rehin alanın izin ve icazetinin olması veya borcunu ödemesi hallerinde söz konusu olmaktadır. Öyle ki, rehin veren, rehnettiği şeyi sattıktan sonra, bir başka kimseye onu kiraladığı, rehin verdiği veya hibe ettiği taktirde rehin alan bunlara razı olup izin verdiği zaman, bu akitler için geçen satış geçerli olmaktadır.[201]

Sonuç olarak, rehin aktinde tarafların, rehnedilmiş olan malı, birbirlerinin izni olmadan satamayacaklarını söyleyebiliriz.

---

[200]Karaman, III, 156.

[201]el-Ayıntâbî, Abdülhamid, Tercemetü't-Tahtâvî, VIII, 99.

SONUÇ

İslâm hukukunda izin, ehliyetsiz bir insanın belirli bir hukukî muameleyi sonuçlandırması veya ticari bir muameleyi yerine getirebilmesi için yetkili kılınması olarak tanımlanır. Velisinin mümeyyiz çocuğa verdiği yetki bu hususa örnek teşkil eder.

Günümüz hukukunda da izin, genel olarak bir hukuki muamelenin yapılması veya bir hakkın kullanılması için salâhiyet (yetki) verme anlamına gelir. Dolayısıyla izin, gerek İslâm hukukunda gerekse günümüz hukukunda genel olarak "yetki verme (yetkili, salâhiyetli kılma)" anlamına gelmektedir.

İslâm hukukunda iznin rüknü (şekli), izin verenin, izin verilen üzerine izni serbest kılması, izin verdiğini belirtmesi olarak ifade edilir. Ayrıca, hacir statüsünde bulunup ticari tasarruflarının geçerli olabilmesi için kendilerine izin verilmesi gerekli olan kimseler; mümeyyiz çocuk ile bunak ve malını boş yere harcayan sefihlerdir.

İslâm hukukunda, iznin hukukî dayanakları Kur'ân-ı Kerim ve Sünnet olup meşru olmasının sebebi ise, ihtiyaçtır. Çünkü kişi bazen işlerinin çokluğu nedeniyle, ticarete katılamayıp, çocuğun yardımına ihtiyaç duyabilir. İznin hükmü, kendisine izin verilmiş olan kimsenin ticari tasarrufları için geçerli, ticari olmayan tasarrufları için geçersiz olması şeklinde ifade edilir.

İslâm hukukunda izin verilen kimsenin malın alış ve satışını bilmesi (âkil), kazancı kasdetmesi, büyük aldanmadan az bir aldanmayı ayırtedebilmesinin yanı sıra, bu tasarrufu (alış-veriş) yapmaya izinli olduğunu bilmesi ve izin verenin izin verileni hacretmeye veya hacrini kaldırmaya velâyeti bulunması şarttır.

İzinde bir vekillendirme (tevkil) değil, izin verenin hakkını düşürme söz konusu olmaktadır. Bu nedenle de, izin verilen kimse, her yerde ve her zaman ticaret edebileceği gibi, her çeşit alım-satımı da yapabilir.

İslâm hukukunda izin hususi (hâs) ve umumî (âmm) olmak üzere iki çeşittir.

İzin, varlığı ortaya konulmadan önce sadece bir niyettir. Niyet ise, kendi başına bir tasarrufu meydana getirmeye yeterli değildir. Bu nedenle, iznin objektif olarak ortaya konulması gerekir. Çünkü objektif düşüncenin en belirgin özelliği içteki iradeyi değil, dışa vuran, ifade edilen iradeyi esas almaktır.

İradeyi dışarıya yansıtan, onu gösteren ve tanıtan söze veya yazıya

"irade beyanı" denilir. İradenin söz veya yazı dışındaki hareketlerle ifade edilmesi de mümkündür. Örneğin, baş sallama, gülerek el sıkma, fiyatı belli bir malın bedelini satıcıya uzatıp verme gibi hareketlere "irade hareketleri" denilir. O halde irade açıklamaları, ya irade beyanları ile ya da irade hareketleri ile yapılabilirler.

Dolayısıyla, bir irade açıklaması olan izin, gerek İslâm hukukunda, gerekse günümüz hukukunda, açık olarak verilebileceği gibi gizli (üstü kapalı) olarak ta verilebilir.

Bunlardan ayrı olmak üzere susma (sükût), esas itibariyle, genelde gizli bir izin açıklaması kabul edilmemekle birlikte, bazı istisnaî durumlarda gizli bir izin açıklaması gibi etkili olur. İslâm hukukuna göre, nikahtan önce evlenecek olan bekar kıza sorulduğunda susması gizli bir izin açıklamasına örnek teşkil eder.

İzin, İdare hukukunda, devlet başkanı, bakanlar, vali ve kaymakam gibi idare âmirleri tarafından verilir. Ceza hukukunda, devletin şahsiyetine karşi suçlardan bazıları hakkında takibat yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlı olmaktadır (CK. 173). Bazan da hukuki muamelenin tamamlanması resmi bir makamın (çok defa yargıcın) vereceği izne bağlı tutulmuştur. Medeni hukukumuza göre ise izin, ancak asliye mahkemesince verilir.

İslâm hukukunda izin verme yetkilisi, mümeyyiz çocuk ve bunak halindeki kimseler için, ilk derecede veli ve vasidir. Bu kimselerin sebebsiz yere izin vermeden çekinmeleri halinde ise hâkimdir. Sefih yani malını boş yere israf eden ve bu israfiyle de toplumu zarara uğratan ve borçlu olan kimse için sadece hâkim izin verebilir. Bu kimselere veli ve vasilerinin izin verme hakları yoktur. Köleye de sahibi tarafından izin verilir.

İslâm Hukukunda izin ile icazet arasındaki belli başlı farklar şunlardır: İzin olacak bir şeyle, icazet ise olmuş bir şeyle ilgilidir. Yani izinde, ehliyetsiz bir insana, yapılmamış olan bir hukuki muameleyi yapmak için, yetkili kişi veya makam tarafından, yetki verme, icazette ise, ehliyetsiz bir insanın, yetkisiz olarak yapmış olduğu bir hukuki muamelenin, yetkili kişi veya makam tarafından onaylanması söz konusudur.

İcazetten dönülemez, aksine muamele yapılıncaya kadar izinden dönülebilir. İcazet, muamele yapıldıktan sonra verilen muvafakattir, halbuki izin muameleden önce verilmektedir. Bazı istisnai durumlarda susma, gizli bir izin gibi hüküm ifade etmesine karşılık, hiç bir durumda susma,

icazet sayılamamaktadır. Bir kimsenin tasarrufta bulunabilmesi için diğerine verdiği izin veya ona bahşettiği yetki, kendi başına bir tasarruf muamelesi değildir. Çünkü iznin verilmesi ile, tasarruf muamelesi yapılırsa hak değişecektir. Buna karşılık yetkisiz bir tasarruftan sonra, tasarruf yetkisi olan kimsenin verdiği icazet, bir tasarruftur. Çünkü üzerinde tasarruf edilen hak, icazetin verilmesine kadar hiç bir şekilde değişmemiştir.

Bu arada belirtmek isteriz ki, akitlerin oluşmasında temel unsur olan karşılıklı rıza, izin anlamında kullanılan rızadan farklı olup bizim konumuz dışındadır.

İslâm hukukunda izin, tek taraflı bir hukukî muamele olup, bununla bir kimse (kanunu, akdi mümessil veya hak sahibi, yahut resmi bir makam, diğerine, kendi başına yapmaya yetkili olmadığı bir muameleyi yapmak için yetki vermektedir.

İslâm hukukunda tasarruf, bir mal veya hakkı, sözlü veya fiili bir şekilde kullanmak anlamına gelir. Aktin yapılabilmesi için ehliyet, tasarrufun yapılabilmesi için de yetki gerekmektedir. Dolayısıyla, bir kimsenin tasarruf muameleleri yapabilmek hususundaki yetkisine tasarruf yetkisi denilmektedir.

Ehliyet kişinin şahsi bir hali ve niteliğidir. Tasarruf yetkisi ise, bir kimsenin bir hak ile ilgili arasındaki belli bir ilgiden ibaret olmaktadır. İslâm hukukunda tasarruf ehliyeti, izin ile genişletilip hacir ile sınırlandırılır.

İslâm hukukunda savaşta öldürülen düşmanın elbisesine, silahına, bineğine (taşıtına), ve yanındaki diğer eşyalara sahip olunması gibi, diğer bütün askeri teşviklerin geçerli olabilmesi için, devlet başkanı ve onu temsil eden komutanın izni gerekmektedir.

Devletin zarar ve menfaatini kollayıp gözetmekten devlet başkanının sorumlu olması nedeniyle, ülkeye giriş izni olan emanı verme yetkisi, doğrudan doğruya devlet başkanına veya onu temsil eden makamlara aittir.

Ayrıca, İslâm hukukunda mülkiyetin kazanılması için yeterli olmayan tahcir, devlet başkanının izni ile olabileceği gibi, izinsiz de olabilmektedir.

İslâm hukukunda kimsenin sahip olmadığı ölü araziler, devletin tasarrufunda olup, ancak devlet başkanı ve onu temsil eden kişi veya makamın izni ile kullanıma elverişli hale getirilebilirler.

Genel mülklerde, tasarruf devletin iznine, özel mülklerde tasarruf

ise mâlikin iznine bağlı olmaktadır. Ayrıca izinsiz tasarrufun haksızlıklara neden olabileceği düşüncesi ile, umumi yol üzerinde zarar vermemesi ve devletten izin alınması şartı ile, yeni yapı ve işgaller yapılabilir.

İslâm hukukunda kural, buluntu için izinsiz yapılan masrafların teberru sayılmasıdır. Fakat, adet ve hal gereği tasarruflara hakimin hükmü olmadan cevaz verilmektedir. Çünkü izinsiz yapılmış olan masraflar bağış kabul edilirse, özellikle günümüzde, yapılması temenni edilen müdahalelerden herkesin kaçınmasına sebebiyet verilmiş olunacağı ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla, buluntunun "malın ve canın korunması" esasları gereği alınması, vakti geldiğinde sahibine iade etme niyeti ile emanet olarak saklanması, ilan edilmesi gerekmektedir. Ayrıca sahibinin ortaya çıkmaması durumunda buluntunun, bulan kimsenin olup, ihtiyacı olmadığı takdirde sadaka olarak verilmesi uygun görülmektedir. İlan ve koruma masraflarının mal sahibinden geri alınabilmesi için, bu masraflar hakimden izin alınarak yapılabileceği gibi, bunun mümkün olmaması durumunda ise buluntu için yapılan bu masraflar, ispat edilerek sahibinden alınabilmesi mümkündür.

Kanuni temsil yetkisinde, temsil edilen kişinin iradesi söz konusu değildir. Bu yetki, kendiliğinden veya bir mahkeme kararıyla gerçekleşebileceği gibi hukuki bir muamelenin kanuni bir sonucu olarak ta gerçekleşebilir. Velayette, kendiliğinden gerçekleşen bir kanuni temsil yetkisi söz konusu olmaktadır. Bu yetkiye sahip olan kişiye de kanuni temsilci denilmektedir.

Rüst, kişiyi her çeşit tasarruf yapmaya ehil kılmaktadır. Bunun aksine reşit olmayan kişinin tasarrufları sözlü ve fiili olarak ayrılmış, bazı muameleleri, mümeyyiz olmak kaydı şart koşularak bizzat yerine getirebildiği halde, diğer bazı tasarruflarında kanuni temsilcisinin rıza ve muvafakatı aranmış ve hatta bazen hakimin müsaadesi de şart koşulmuştur. Dolayısıyla, mümeyyiz çocuğun, alış-veriş, kiraya vermek, kiralamak, rehin vermek ve almak, ziraat ortakçılığı, sulh, istisna', vekâlet v.b. gibi tamamen yarar veya tamamen zarar arasındaki tasarrufları, velisinin izin ve icazeti ile geçerli olur. Velisi bu tasarruflara izin vermekten kaçındığı zaman veya velisi bulunmadığı zaman, fayda gördüğü takdirde, çocuğa izin hakim tarafından verilir. Mümeyyiz çocuğun vasiyeti geçersizdir. Sefihin, hukukçuların çoğunluğuna göre, reşit oluncaya kadar, sadece faydalı olan tasarrufları doğru olur. Sefihin eksik kabul edilmeyen nikâh, boşanma, kölelikle ilgili tasarrufları velisinin izin ve icazeti ile geçerlidir. Fayda ve zarar arasındaki tasarrufları da kayyimin icazeti ile geçerli

olmaktadır. Sefih, hacir konusu olan malî tasarruflarda mümeyyiz çocukla aynı, nikâh, boşanma, kölelik ve vasiyet gibi tasarruflarda farklı statüdedir.

Ötanazi leh ve aleyhine bir çok tartışmalar olmakla birlikte, 930 tarihli İtalyan ceza kanunundan başka hiç bir kanuna girmemiştir. Gerek İslâm hukukunda, gerek se günümüz hukukunda, hayat, Allah vergisi olduğu için, hiç bir kimsenin kendi hayatı üzerinde ne şekil ve sebeble olursa olsun, tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca, İslâm hukukunda "canın korunması" esastır. Bu nedenle de, çok acı çekmekte bulunan bir hasta, kendisinin öldürülmesini isteyip, buna izin vermiş olsa da öldürülmesi doğru değildir. Dolayısıyla, bu şekildeki izin geçersiz ve öldürmek fiili kasden adam öldürmek fiilinden farksızdır.

İslâm hukukçuları, evlenme akdinin sıhhati için gerekli olan iznin veriliş şeklinin erkekler ile dul kadınlar için sözle, kendilerinden izin istenen kızlar için rıza anlamına gelen sükût ile olmak üzere iki çeşit olduğu görüşündedirler. Esasen, İslâm hukukçularının çoğunluğu, dul olan kadının evlenmesinde izninin şart olduğu hususunda ve babanın, izin almadan küçük oğlu ile, bulûğ çağına gelmemiş bekâr kızını, evlendirebildiğinde görüş birliğine varmışlardır. Fakat, bulûğ çağındaki bekâr kızların evlenmelerinde, izinlerinin gerekli olup olmaması hususunda, İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Ayrıca, hür, akıllı ve bulûğa ermiş olan erkeklerin evlenme akitlerinin sıhhati için izin vermelerinin şart olduğu hususunda İslâm hukukçuları aynı, kadının kendisinin nikah akdi yapmasının caiz olup olmaması ve sıhhati hususunda farklı görüştedirler. İmam Ebû Hanife'nin görüşünün İslâm hukukunun esaslarına daha uygun olduğu düşüncesiyle, bülûğ çağına gelmiş olan ve her türlü mali tasarrufu bizzat yapmaya ehliyeti bulunan bir kadın nikah akdi yapmaktan men edilemez ve velisinin izin ve icazeti olmasa da yaptığı nikâh geçerlidir.

İslâm hukukunda özel mülkiyetteki yollar, hususi yol kapsamında olmakta, başkalarının bu yollardan geçmesi ve faydalanması için hususi yol sahibinin veya sahiplerinin izninin olması gerekmektedir.

Bir topluluğa tahsis edilmiş olan nehirden, hiç bir kimsenin diğerlerinin izni olmadan, zarar versin veya vermesin tasarruf etme hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca, hususi nehir ortaklarının hakimden izin almadan temizleme ve düzenleme için yapmış oldukları masraflar teberru değildir. Kaçınan ortağın hissesine düşen miktarı verinceye kadar suyu kullanmasına

engel olunabilir.

İslâm hukukunda eşlerin arasını birleştirmek, bunun mümkün olmaması durumunda ayırmak için tayin edilmiş olan hakemlerin hükmî, resmî bir yetkileri olmamakla birlikte, yetkili otorite onlara belli yetkiler verdiği takdirde, zorlayıcı yetkilere sahip olurlar.

Yine, İslâm hukukunda, boşama yetkisine sahip olan kocanın, özellikle evlilik hukukuna uymaması, söz ve fiille ezâ ve cefâda bulunarak evlilik hayatını çekilmez hale getirmesi durumunda, kadının da şartlar gerçekleşince veya birlikte yaşamayı istemez ise, hâkim aracılığı ile boşama yetkisi bulunmaktadır. Hâkimin bu yetkiyi kullanması, bazı durumlarda re'sen, bazı durumlarda ise, zarar gören veya ayrılmak isteyenin baş vurması halinde söz konusu olmaktadır.

Bağışlama (hibe), karşılıklı rıza ile veya hâkimin kararı ile tamam olmakla birlikte, bağışlayanın iradesi ile de tamamlanır. Bu durumda, bağışlanan şeyin, bağışlanan tarafından teslim alınmasının geçerli olabilmesi için, bağışlayanın izin vermesi gerekir. Bağışlayanın teslim almaya üstü kapalı izin vermesi durumunda bağışlanan kişi, bağışlanan şeyi o mecliste teslim almasıyla hibe tamam olmakta, meclisten sonra teslim alması geçerli olmamaktadır.

Bağışlayanın, teslim almaya izin verip, henüz teslim alma gerçekleşmeden teslim almadan men etmesi durumunda, hibeden dönme söz konusu olmakta ve artık teslim almaya yetki ortadan kalkmaktadır. Ayrıca, bağışlama (hibe) akti veya bağışlanılan şeyin bağışlanana teslim edilmesi, vekâletle yapılabilir.

İslâm hukukunda, rehnin tesliminin geçerli olabilmesi için rehin verenin teslim almaya izin vermiş olması şarttır. Ayrıca, rehni alacaklının teslim alması şart olmayıp; veli, vasi, yed-i emin gibi temsilcilerin teslim alması ile de bu şartın yerine gelmesi mümkündür.

Gerek rehin verenin gerekse rehin alanın rehinden faydalanmalarının geçerli olabilmesi için birbirlerinin izninin olması gerekmektedir. Rehinden faydalanmada olduğu gibi, rehin verenden izinsiz rehin alanın ve rehin alandan izinsiz rehin verenin, rehin üzerinde tasarruf etmesi geçersizdir.

Bu nedenle, İslâm hukukunda rehin veren rehin alanın, rehin alan rehin verenin izni ile rehni ödünç verebilir, başkasına rehin verebilir, başka bir rehin ile değiştirebilir ve satabilir. Yine gerek rehin alan alacaklının, gerekse rehin veren borçlunun izni ile olsun, rehnin kiraya verilip teslim edilmesi durumu, kira aktinin ve rehnin geçersiz, ayrıca

hapis hakkının da ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

- **Abdülbaki, Muhammed Fuâd,** *el-Mu'cemü'l-Müfehres li Elfazı'l-Kur'ânı'l-Kerim,* Daru'l-Hadis, el-Ezher 1988.
- **Ahmed İbrahim Bey,** *el-Muamelâtü'ş-Şer'iyyetü'l-Maliyye,* Daru'l- Ensar, Kahire 1936.
- **Ali Kura'a,** *Dürusu'l-Muamelâti'ş-Şer'iyye,* Matbaatü'l-Fütûh, (b.y.), (t.y.).
- **Ali el-Hafîf,** *Ahkâmu'l-Muamelâti'ş-Şer'iyye,* Daru'l-Fikri'l-Arabî, Üçüncü baskı, Mısır (t.y.).
- **Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade,** *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelle-ti'l-Ahkâm,* Matbaatu Ebuzziya, İstanbul 1330.
- **Ansay, Sabri Şakir,** *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku,* İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., İkinci baskı, Ankara 1953.
- **Arıkan, Baha,** *Ötanezi (Euthanasia),* Ankara Barosu Dergisi, No: 2, 1954.
- **Arsebük, Esat,** *Borçlar Hukuku,* Arkadaş Matbaası, İkinci baskı, İstanbul 1943.
- **Aygen, Cemal,** *Acımak Hissi veya Maktulün Muvafakati veya Talebi İle Adam Öldürme,* Ankara Barosu Hukuk Dergisi, No: 99-100, 1952.
- **el-Ayıntâbî, Abdülhamid,** *Tercemetü't-Tahtâvî ala'd-Dürri'l-Muhtar,* Buharizade Hacı Salih Matbaası, (b.y.), 1286.
- **Ayiter, Kudret,** *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri,* İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll., ort., Ankara 1953.
- **el-Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed,** *el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye,* Daru'l-Fikr, (b.y.), 1980.
- ————, *Umdetü'l-Kârî fi Şerhi Sahih el-Buhârî,* Dâru'l-Amire, (b.y.), 257.
- **Azîmâbâdî,** *Avnu'l-Ma'bûd Şerh Sünen Ebî Dâvûd,* Dâru'l-Fikr, (b.y.), (t.y.).
- **el-Babertî, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud,** *Şerhu'l-İnâye ale'l- Hidaye, (Fethu'l-Kadir Kenarında),* Dâru'l-Fikr, İkinci Baskı, Beyrut (lübnan) 1977.
- **de Bellefonds, Y. Linant,** *Idhn, Encylopaedia of Islam (İslam Ansiklopedisi izin maddesi),* İkinci baskı, (m.y.), Leiden 1971.
- **el-Beyk, Sıdkı,** *el-Mürşidu ila Ehadîs « Sünen et-Tirmizî »,* Birinci Baskı, Matbaatu'l-Fecr, Kahire 1969.

- **Bilmen, Ömer Nasuhi,** *Hukukı İslâmiyye ve İstilahâtı Fıkhıyye KAMUSU,* Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul 1985.
- **Boran, Kâmil,** *Rıza İle Öldürme Ve İntihar,* İleri Hukuk Dergisi, III.
- **el-Buhârî, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail,** *Sahihu'l-Buhârî, el-Mektebetü'l-İslâmiyye,* Ofset Basımevi, İstanbul 1981.
- **el-Cezîrî, Abdurrahman,** *Kitabu'l-Fıkh alâ'l-Mezâhibi'l-Erba'a,* Dâru İhyai't-Turâsi'l-Arabî, Yedinci Baskı, Beyrut (Lübnan) 1986.
- **el-Cessâs, Ebubekr Ahmed b. Ali er-Razî,** *Ahkâmu'l-Kur'an,* Dâru'l-İhyai't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut (Lübnan) 1985.
- **Çalışkan, İbrahim,** *İslâm Ceza Hukuku'nda Gayri müslimlerin Statüsü (Doktora Tezi),* Ankara 1986.
- **Demir, Fahri,** *İslâm Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Ve Servet Dağılımı (Doktara Tezi),* Emel Matbaacılık Sanayiî, Ankara 1988.
- **Ebu'l-Feth, Ahmed,** *Muhtasaru Kitabi'l-Muâmelât fi's-Şerîati'l-İslâmiyye,* (m.y.), Mısır 1924.
- **Ebî Davûd, Süleyman b. el-Eş'as el-Sicistânî el-Ezdî,** *es-Sünen,* el-Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul (t.y.).

————, *Sünen Ebî Davûd Ve Tercemesi,* Ter. İbrahim Koçaşlı, Milsan A.Ş., İstanbul 1983.

- **Ebû Yusuf, Yakub b. İbrahim,** *Kitabu'l-Harac,* Matbuatu's-Selefiyye, Bulak 1302, Kahire 1927-8.
- **Ebû Zehra, Muhammed,** *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye,* (m.y.), İkinci baskı, Kahire 1950.
- **Ergüney, Hilmi,** *Türk Hukuku'nda Lügat ve Istılahlar,* Yenilik Basımevi, İstanbul 1973.
- **Erkoç, H. Hüseyin,** *İslâm Hukuku'nda Hür Şahsın Ehliyeti,* (Lisans Tezi), Basılmamıştır, Ankara 1977.
- **Esen, Bülent Nuri,** *Türk Medeni Hukuku Talebe Notları,* Recep Usluoğlu Matbaası, Ankara 1941.
- **Ferruh, Ömer,** *İslâm Aile Hukuku,* Sebil Matbaası, İstanbul 1978. *"el-Usretu fi'ş-Şer'il-İslâmi"* Mütercim, Yusuf Ziya Kavakçı, Beyrut 1951.
- *el-Fetâvâ el- Hindiyye (el-Alemgiriyye),* el-Matbaatu'l-Kubrâ'l-Emiriyye, Bulak, Mısır 1310.
- **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin,** *Lükata ve Define,* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, XX, 1955.
- **Fyzee, Asaf A.A.,** *Outlınes of Muhammadan Law (Muhammedi Hukuku'nun Ana hatları),* Third Edıtıon, Oxford Unıversıty Press, London 1964.

- **Hâmid, M.A,** *Mutual Assent in the Formation of Contracts in Islamic Law, (İslâm Hukuku'nda Akitlerin (Sözleşmelerin) Oluşumunda Karşılıklı Onay (Rıza),* Journal of Islamıc and Conparative Law, The Journal of the Centre for Islamıc Legal Studies, Institute of Administration, Ahmadu Bello University, Zaria, Nigeria, VII, 1977.
- **Halid, Hasan -Neca, Adnan,** *Ahkâmu Ahvâlü'ş-Şahsiyye fi't-Teşrii'l-İslâmiyye,* Daru'l-Fikr, İkinci Baskı, Beyrut (Lübnan) 1972.
- **İbn Abidin, Muhammed Emin,** *Haşiye Reddü'l-Muhtar ala'd- Dürri'l-Muhtar: Şerh Tenviru'l-Ebsâr,* Daru'l-Fikr, İkinci Baskı, Beyrut (Lübnan) 1979.
- **İbnu'l-Arabi, Ebubekr Muhammed b. Abdullah,** *Ahkâmu'l-Kur'ân,* Daru'l-Fikr, Üçuncü Baskı, (b.y.) 1972.
- **İbn Hacer, el-Hafız el-Askalani,** *Bulûgu'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm,* Dâru'l-Kitabi'l-Arabî, Mısır 1954.
- **İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said,** *el-Muhallâ bi'l-Asâr,* Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut (Lübnan) 1988.
- **İbnu'l-Hümam, Kemaluddin es-Sivasî,** *Tekmiletü Şerh Fethu'l-Kadir,* Daru'l-Fikr, İkinci Baskı, Beyrut (Lübnan) 1977.
- **İbn Kayyim el-Cevziyye,** *Şerh, (Avnu'l-Ma'bûd Şerh Sünen Ebî Dâvûd'un altında),* Dâru'l-Fikr, (b.y.), (t.y.).
- **İbn Kudame, Muvaffakuddin,** *el-Muğni,* Mektebetü'l-Cumhuriyyeti'l-Arabiyye Mektebetü'r-Riyâdi'l-Hadîse, el-Ezher Mısır (t.y.).
- **İbn Mâce, Ebî Abdillah Muhammed b. Yezide'l-Kazvînî,** *es-Sünen,* Dâru'l-Fikr, (b.y.), (t.y.).
- **İbn Manzur, Cemaluddin Muhammed b. Mukrim,** *Lisanu'l-Arab,* Dâru Sadr, Beyrut (t.y.).
- **İbn Nuceym, Zeynü'l-Abidîn b. İbrahim,** *el-Eşbah ve'n-Nazâir,* el-Matbaatü'l-Hüseyniyyetü'l-Mısrıyye, Kahire 1904.
- **İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed el-Hafid,** *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l- Muktesıd,* Matbaatu Ahmed Hamdi el-Bafravî, Daru Kahraman, İstanbul 1985.
- **James, Selwyn,** *Euthanasia-Öldürerek İstıraptan Kurtarma Yanlış Bir Hareket midir?,* İleri Hukuk Dergisi, (Avni Givda tarafından Survey Graphic ve Reader's Digestte çıkan yazısından dilimize kısaltılarak çevrilmiştir).
- **el-Karadağî, Ali Muhyiddin Ali,** *Mebdeu'r-Rıda fi'l-Ukûd,* Daru'l-Beşairi'l-İslâmiyye, Beyrut (Lübnan) 1985.

- **Karaman, Hayreddin,** *Mukayeseli İslâm Hukuku,* Zafer Matbaası, İstanbul 1987.
- **el-Kâsânî, Alauddin Ebu Bekr b. Mes'ud,** *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertibi'ş-Şerâi',* Daru'l-Kitabi'l-Arabiyye, İkinci Baskı, Beyrut (Lübnan) 1982.
- **Kazihan, Mahmud el-Özcendi,** *Fetâvâ, (el-Fetâvâ el-Hindiyye'nin kenarında),* İkinci Baskı, el-Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, Bulak, Mısır 1310.
- **Köni, Ekrem,** Evlenmeye İzin, Hukuki Bilgiler Mecmuası, 1938.
- **Mahmasânî, el-Mahamî Subhi,** *en-Nazariyetü'l-Amme li'l-Mucibati ve'l-Ukudi fi't-Teşriati'l- İslâmiyye,* Matbaatu Mektebetü'l-Keşşaf, Beyrut 1948.
- **Mâlik b. Enes,** *el-Muvatta,* Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, Beyrut (Lübnan) 1985.
- **el- Mergînanî, Burhan ed-Din Ali b. Ebi Bekr,** *el-Hidaye Şerh Bidayetü'l-Mübtedî,* Dâru'l-Fikr, İkinci Baskı, Beyrut (Lübnan) 1977.
- **Mevsûa Cemal Abdü'n-Nasir fi'l-Fıkhi'l-İslâmî,** *İzn,* (m.y.), Kahire 1969.
- **Mevdûdî, Ebu'l-Al'â,** *Tefhimu'l-Kur'ân-Kur'ân'ın Anlamı Ve Tefsiri,* Ter. Muhammed Han Kayanî, Yusuf Karaca, Nazife Şişman, İsmail Bosnalı, Ali Ünal, Hamdi Aktaş, Doğan Ofset, İstanbul 1991.
- **Nasır, Jamal J. (Jamal Jamil),** *The Islamic Law of Personal Status (İslâm Şahıs Hukuku),* İkinci Baskı, Graham-Trotman Ltd., London 1990.
- **en-Nevevî, Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref,** *el-Mec'mû' Şerh el-Mühezzeb,* Dâru'l-Fikr, (b.y.), (t.y.).
- **Qadrı, Anwar Ahmad,** *Islamic Jurisprudence in the Modern World: a Reflection upon Comparative Study of the Law (Modern Dünyada İslâm Hukuk İlmi: Bir Mukayeseli Hukuk Çalışması),* N.M. Tripathi Private Limited Princess Street, Bombay-2, First Edition, Hindistan 1963.
- **Redhouse, James W,** *A Turkısh and Englısh Lexıcon,* Amerikan Elçiliği İçin A.H. Boyajıyan tarafından basılmıştır, İstanbul 1890.
- **er-Ramlî, Şihâbuddîn Ahmed,** *Nihayetü'l-Muhtac ila Şerhi'l-Minhac,* (m.y.), Kahire 1888.
- **er-Raşidî,** *Haşiye, (Nihayetü'l-Muhtac'ın kenarında),* (m.y.), Kahire 1888.
- **Sâbık, es-Seyyid,** *Fıkhu's-Sünne,* Dördüncü Baskı, Beyrut (Lübnan), 1983.
- **Sava Paşa,** *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd,* (1392 tarihli Fransızca aslından Baha Arıkan tarafından Türkçeye çevrilmiştir.) Yeni Matbaa, Ankara 1956.
- **Schacht, Joseph,** *An Introduction to Islamic Law (İslâm Hukuku'na Bir Giriş),* Oxford University Press, London 1964.
- **Selman, Nuh Ali,** *İbrau'z-Zimme min Hukuki'l-İbâd, Dâru'l-Beşîr,* Birinci

baskı, Amman 1986.

- **Senhûrî, Abdurrazzak Ahmed**, *Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, Beyrut (Lübnan) 1903-1904.
- **Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl**, *Kitabu'l-Mebsut*, Dâru'l-Mârife, Beyrut (Lübnan) 1978.
- **Şafiî, Ebi Abdillâh Muhammed b. İdris**, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut (Lübnan) 1980.

————, *Kitabu'l- Ümm*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emirîyye, Birinci Baskı, Bulak, Mısır 1325.

- **Şebramlesî**, *Haşiye*, (Nihayetü'l-Muhtac'ın kenarında), (m.y.), Kahire 1888.
- **Şener, Abdulkadir**, *İslâm Hukuku'nda Hibe (Doçentlik Tezi)*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1984.

————, *İslâm Hukuku'nda Hacr (Lisans Tezi)*, Basılmamıştır, Ankara 1966.

- **eş-Şerbâsî, Ahmed**, *Yese'lûnek fi'd-Dîn ve'l-Haya'*, Dâru'l-Celîl, Beyrut (Lübnan) 1986.
- **eş-Şevkânî, Muhammed b. Alî b. Muhammed**, *Neylu'l-Evtâr Şerh Müntakâ'l-Ahbâr min Ehadîsi Seyyidi'l-Ahyâr*, Dâru'l-Fikr, Lübnan (t.y.).
- **Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed**, *Şerhu Ma'âni'l-Asâr*, Matbaatu'l-Mustafa li Muhammed Mustafa Hân, Kahire 1882 / 3.
- **Tanık, Tahir**, *Menkul Mülkiyetini İktisap Yolu Olarak Lukata*, Adalet Dergisi, 1956.
- **Tekin, Talât**, *Türkçe Sözlük*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968.
- **Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop**, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Fakülteler Matbaası, Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- *Türk Hukuk Lûgati*, Maarif Matbaası, Ankara 1944.
- **Tirmizî, Ebu İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre**, *el-Câmiu's-Sahih (es- Sünen)*, Matbaatu Mustafâ el-Babi'l-Halebî ve Evlâdihi, Birinci Baskı, Mısır 1962.
- **Uslu, T. Azmi**, *Yeni Hukuk Lügati Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul Matbaası, İstanbul 1964.
- **Wensinck, A.J.**, *el-Mucemü'l-Müfehres li Elfazi'l-Hadisi'n-Nebevî*, Dâru'd-Da've, İstanbul 1988 (Concordance et Indıces De La Tradıtıon Musulmane).
- **Yılmaz, Orhan**, *Evlenmeye İzin Dâvaları Ve Temyiz Mahkemesi İçtihatları*, İstanbul Barosu Dergisi, XXX.

- **ez-Zuhaylî, Vehbe,** *el-Fıkhu'l-İslâmî Ve Edilletuh*, Dâru'l-Fikr, İkinci Baskı, Dımeşk 1989.

- **Zeydan, Abdülkerim,** *Fıkıh (İslâm Hukuku) Üsulü*, Çev. Ruhi ÖZCAN, Emek Matbaacılık, İkinci baskı, (b.y.) 1982.

-**ez- Zeylâî, Cemâluddin Ebî Muhammed Abdillah b. Yusuf,** *Nasbu'r-Râye li Ehâdisi'l-Hidâye*, Dâru'l-Hadîs, Mısır (t.y.).