



T.C.

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İSLAM HUKUKUNDA İRTİFAK HAKLARI

Doktora Tezi

Mustafa ÜNAL

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Programı

Mart 2023



T.C.

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İSLAM HUKUKUNDA İRTİFAK HAKLARI

Doktora Tezi

Mustafa Ünal

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Programı

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Mart 2023

ÖNSÖZ

Rahmân Rahîm Allah'ın adıyla. Hamd, âlemlerin Rabbi Allah içindir. Salat ve selam Rasulullah'ın, âl ve ashabının üzerine olsun.

İnsan, varoluşundan bu yana eşya ile ilişki içerisinde. İnsanın eşya ile olan bu ilişkisi, İslâm hukuk sistematîği içerisinde, muâmelât başlığı altında meseleci bir metot ile ele alınmıştır. Bu meseleler bütün halinde incelendiğinde, eşya hukukuna dair hakların milk, hukuk ve ibâha şeklinde tasnif edilebileceği görülmektedir. Nitekim İslâm hukukçuları asırlar içerisinde bu tasnif biçimini kullanmışlardır. Bu tasnifte yer alan kavramlar vermiş oldukları yetkilere göre milk, hukuk ve ibâha olarak sıralanmaktadır. Modern hukukta kullanılan tasnife göre aynî haklar ve sınırlı aynî hakları ifade etmek adına bu kavramların anlaşılması gerekmektedir.

Bu çalışmada, modern hukukta kullanılan tasnife göre sınırlı aynî hakların kapsamında değerlendirilen irtifak haklarının, İslâm hukuku bakımından hukuki mahiyetinin tespitine yönelik incelemelerde bulunulmuştur. Bu açıdan özellikle milk, hukuk ve ibâha nitelikli yetkiler tanıyan haklar birbirlerinden ayrılarak değerlendirmelerde bulunulmuştur.

İslâm hukuk sistematîğinde irtifak haklarının sınırlı olduğu ve yalnızca taşınmaza tabi olarak kurulacağına yönelik görüş, hakim konumdadır. Bu çalışma kapsamında ilgili görüş incelenmiş ve irtifak haklarının sınırlı sayıda olmadığı üzerinde durulmuştur. Ayrıca özellikle düzensiz kişisel irtifakların, İslâm hukukunda kabul edilmiş olduğunun tespiti yapılarak, şahsa bağlı irtifakların tesisinin mümkün olduğu ifade edilmiştir.

Doktora sürecimin tamamında yanımda olan, ilmi ve tecrübesiyle devamlı yol gösteren kıymetli hocam Prof. Dr. Mustafa Avcı'ya, bu çalışmanın hazırlanmasında emeklerini esirgemeyen ve tez jürimde bulunarak değerlendirmelerde bulunan hocalarım Prof. Dr. Şamil Dağcı'ya, Doç. Dr. Ahmet Akman'a, Doç. Dr. İlker Öztas'a ve Doç. Dr. Yasemin Güllüoğlu Altun'a teşekkürlerimi sunarım. Bu süreçte ne zaman ihtiyacım olsa yanımda olan kıymetli hocalarım Doç. Dr. Mehmet Aykanat'a ve Dr. Öğr. Üyesi İbrahim Ülker'e, çalışmanın son okumasını yapan ve kaynaklara ulaşmam noktasında

yardımlarını esirgemeyen Dr. Öğr. Üyesi Melikşah Aydın’a, Arş. Gör. Yasin Yılmaz’a ve Arş. Gör. Abdüssamed Atasoy’a ayrıca teşekkür ederim.

Farklı zorluklarla mücadele ettiğim bu süreçte devamlı olarak yanımda olan, bana çalışma alanı açıp her daim desteğini esirgemeyen kıymetli eşime teşekkürü bir borç bilirim.

Mustafa ÜNAL

KONYA - 2023



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	iii
ÖZET	x
ABSTRACT	xi
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ.....	1
1. KONUNUN MAHİYETİ VE ÖNEMİ	1
2. KONUNUN TASNİFİ VE SINIRLANDIRILMASI	2
3. ÇALIŞMANIN YÖNTEMİ VE KAYNAKLARI	4
4. KONUNUN SUNULMASI	7

BÖLÜM 1

HUKUKİ NİTELİĞİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKKI

1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE	9
1.1 SINIRLI AYNİ HAK	9
1.1.1 Aynî Hak	9
1.1.2. Milk.....	15
1.1.3. Hukuk.....	22
1.1.3.1. Hakku'l-milk.....	23
1.1.3.2. Hakku't-temellük	23
1.1.3.3. Hakku'l-intifa.....	24
1.1.3.4. Hakku'l-ihtisâs	25
1.1.3.5. Hakku't-tealluk	26
1.1.4. İbâha	27

1.2. İRTİFAK HAKKI	29
1.2.1. İrtifak	29
1.2.2. İrfak.....	35
1.2.3. Merâfîk ve Hukuk.....	36
2. İRTİFAK HAKLARININ HUKUKİ DAYANAĞI	37
3. İRTİFAK HAKLARININ MAHİYETİ VE ÖZELLİKLERİ.....	41
3.1. İRTİFAK HAKLARININ HUKUKİ MAHİYETİ.....	41
3.1.1. Yüklü Taşınmaz (Hadim Akar).....	44
3.1.2. Yararlanan Taşınmaz (Hakim Akar) veya Şahıs.....	49
3.1.3. Yararlanma Hakkı.....	51
3.2. İRTİFAK HAKKININ ÖZELLİKLERİ.....	53
3.2.1. Aynî Nitelikte Olması	53
3.2.2. Bir Menfaat Sağlaması	53
3.2.3. İlke Olarak Taşınmaza Tabi Olması.....	57
3.2.4. Yüklü Taşınmaz Malikinin Mülkiyet Hakkını Sınırlandırması.....	60
3.2.5. Yüklü Taşınmaz Malikine Olumlu Bir Edim Yüklememesi	60
4. İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI.....	61
4.1. YARARLANMA BİÇİMİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI	62
4.2. HAK SAHİBİNİN BELİRLENMESİ YÖNÜNDEN İRTİFAK HAKLARI	64
4.3. KAYNAKLARI AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI.....	65
4.4. KURULUŞ BİÇİMLERİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI	70
4.5. DIŞ ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI	71
4.6. KONUSU YÖNÜNDEN İRTİFAKLAR	71
4.7. YARARLANMA YETKİSİNİN KAPSAMI AÇISINDAN İRTİFAKLAR	72
4.8. HAK SAHİBİ KİMLİĞİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI	73
5. İRTİFAK HAKLARI ARASINDA SIRA DÜZENİ.....	73

BÖLÜM 2

EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARI

1. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKKI KAVRAMI VE MUHTEVASI	77
2. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARINA HAKİM OLAN İLKELER.....	80
2.1. YÜKÜN SINIRLILIĞI İLKESİ.....	80
2.2. YARAR İLKESİ	81
2.3. İRTİFAKIN ÖZDEŞLİĞİ İLKESİ.....	82
2.4. İRTİFAK YÜKÜNÜN AĞIRLAŞTIRILMAMASI İLKESİ.....	84
2.5. YÜKLÜ TAŞINMAZA EN AZ ZARAR VERECEK BİÇİMDE İRTİFAKTAN YARARLANMA İLKESİ	85
2.6. İRTİFAKIN İÇERİĞİNİN YALNIZCA YÜKLÜ VE YARARLANAN TAŞINMAZLA İLGİLİ OLMASI İLKESİ	87
2.7. İRTİFAKTAN BİZZAT YARARLANMA İLKESİ.....	87
2.8. YORUM İLKESİ	88
3. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKKININ KAZANILMASI VE SONA ERMESİ.....	89
3.1. İRTİFAK HAKKININ KAZANILMASI.....	89
3.1.1. Sözleşme.....	90
3.1.1.1. İvazlı Sözleşmeler.....	90
3.1.1.2. İvazsız Sözleşmeler.....	100
3.1.2. Sözleşme İçerisinde Şart Koşulması ve Zımni İrtifak	102
3.1.2.1. Şat Koşma	102
3.1.2.2. Zımni İrtifak.....	104
3.1.3. Zamanaşımı.....	107
3.1.4. Kanundan Doğması	112
3.1.5. Vasiyet.....	118
3.1.6. Kamu Ortaklığı	119
3.1.7. İzin	121
3.2. İRTİFAK HAKKININ SONA ERMESİ.....	124
3.2.1. Sözleşme ve Feragat	124

3.2.2. Sürenin Sona Ermesi.....	126
3.2.3. İrtifak Hakkının Konusu Olan Yararın Sona Ermesi.....	127
3.2.4. Yüklü veya Yararlanan Taşınmazın Yok Olması.....	130
3.2.5. Kamulaştırma.....	130
3.2.6. Yüklü ve/veya Yararlanan Taşınmazı Bölünmesi.....	131
3.2.7. Yararlanan Taşınmazın Terki	133
4. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARININ HÜKÜMLERİ.....	133
4.1. İRTİFAK HAKLARININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ	134
4.2. İRTİFAK HAKLARINDAN DOĞAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER.....	136
4.2.1. Yararlanan Taşınmaz Malikinin Hakları.....	137
4.2.2. Yararlanan Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri.....	138
4.2.3. Yüklü Taşınmaz Malikinin Hakları	145
4.2.4. Yüklü Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri	147
5. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARININ ÇEŞİTLERİ.....	149
5.1. KAYNAK (SU ALMA) HAKKI (HAKKU’Ş-ŞİRB).....	150
5.2. SU AKITMA (MECRA VE MESİL) HAKKI	156
5.3. GEÇİT İRTİFAKI (HAKKU’L-MURUR)	162
5.4. ÜST HAKKI (HAKK-I KARAR - HAKK-I TEALLİ)	166
5.5. KİRİŞ KOYMA HAKKI (VAZ-I HAŞB).....	177
5.6. KAR ATMA HAKKI (HAKKU-İLKÂİ’S-SELC)	180
5.7. PENCERE AÇMAMA İRTİFAKI.....	182
5.8. MANZARA İRTİFAKI.....	183
5.9. ÇÖP DÖKME İRTİFAKI	184
5.10. DEFİ HACET İRTİFAKI.....	185
5.11. SÜTRE KOYMA İRTİFAKI	185

BÖLÜM 3

ŞAHSA BAĞLI İRTİFAK HAKLARI (ŞAHSA BAĞLI MENFAAT MÜLKİYETİ)

1. ŞAHSA BAĞLI İRTİFAK HAKKI KAVRAMI VE MUHTEVASI

187

1.1. GENEL OLARAK	187
1.2. ŞAHSA BAĞLI İRTİFAK HAKLARI İLE EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARININ FARKLARI.....	189

2. ŞAHISLA KÂİM İRTİFAK HAKLARI

192

2.1. İNTİFA HAKKI.....	192
2.1.1. <i>İntifa Hakkı Kavramı</i>	192
2.1.2. <i>İntifa Hakkının Unsurları</i>	194
2.1.2.1. Hak Sahibi.....	195
2.1.2.2. Hakkın Konusu	197
a. İntifa hakkının konusu olarak taşınmazlar	198
b. İntifa hakkının konusu olarak taşınırlar	199
c. İntifa hakkının konusu olarak haklar	201
2.1.2.3. İntifa Hakkının Kapsamındaki Yetkiler.....	203
2.1.3. <i>İntifa Hakkının Özellikleri</i>	204
2.1.3.1. Aynî nitelikte olması.....	204
2.1.3.2. Bir Menfaat Sağlaması.....	205
2.1.3.3. Hakkın Konusu Olan Eşyanın Rakabesinden Bağımsız Olması	207
2.1.3.4. Sınırlandırılabilir Nitelikte Olması	208
a. Kapsamı bakımından sınırlandırılması	208
aa. Zaman bakımından sınırlandırılması.....	208
ab. Mekan bakımından sınırlandırılması	210
ac. Bir yetki ile sınırlandırılması.....	210
ad. Oransal olarak sınırlandırılması	212
b. Şeklî bakımdan sınırlandırılması	213
ba. Açıkça (serahaten) sınırlandırılması	213
bc. Örfen sınırlandırılması	213
c. Sınırlandırılmanın zamanı bakımından intifa hakkı.....	214
ca. Kurulması esnasında sınırlandırılması	214
cb. Kurulduktan sonra sınırlandırılması.....	214

2.1.4. İntifa Hakkının Kazanılması	215
2.1.4.1. Kira Sözleşmesi	215
2.1.4.2. Ariyet Sözleşmesi	216
2.1.4.3. Sulh Sözleşmesi	218
2.1.4.4. Vakıf	218
2.1.4.5. Vasiyet	221
2.1.4.6. İzin	222
2.1.4.7. İktâ	222
2.1.4.8. Kanundan kaynaklanması	224
2.1.4.9. Zamanaşımı.....	226
2.1.5. İntifa Hakkının Sona Ermesi.....	228
2.1.5.1. Hak Sahibinin Kişiliğinin Sona Ermesi	228
2.1.5.2. Rakabe Malikinin Kişiliğinin Sona Ermesi	231
2.1.5.3. Sürenin Sona Ermesiyle.....	231
2.1.5.4. Hakkın Konusu Olan Eşyanın Zayi Olması.....	232
2.1.5.5. Sözleşme ve Feragat	233
2.1.5.6. Fesih.....	234
2.1.5.7. Kamulaştırma.....	235
2.1.5.8. Mahkeme Kararı	235
2.1.5.9. Malik ve İntifa Hakkı Sahibi Sıfatlarının Birleşmesi	236
2.1.6. İntifa Hakkının Hükümleri	236
2.1.6.1. İntifa Hakkı Sahibinin Hakları.....	237
2.1.6.2. İntifa Hakkı Sahibinin Yükümlülükleri	241
2.1.6.3. Malikin Hakları.....	251
2.1.6.4. Malikin Yükümlülükleri	253
2.2. SÜKNÂ HAKKI	256
2.2.1. Genel Olarak.....	256
2.2.2. Kazanılması Bakımından Süknâ Hakkı.....	258
2.2.2.1 İradi Nedenlerden Kaynaklanması.....	258
2.2.2.2. Kanundan Kaynaklanması	264

3. DÜZENSİZ KİŞİSEL İRTİFAKLAR..... 270

3.1. GENEL OLARAK	270
-------------------------	-----

3.2. DÜZENSİZ KİŞİSEL İRTİFAKLARIN ÇEŞİTLERİ.....	273
3.2.1. Kaynak Hakkı.....	273
3.2.2. Su Akıtma Hakkı.....	274
3.2.3. Geçit İrtifakı.....	274
3.2.4. Üst Hakkı	275

BÖLÜM 4

İRTİFAK OLMALARI AÇISINDAN NİTELİKLERİ TARTIŞMALI HAKLAR

1. KAT İRTİFAKI	277
1.1. KAT MÜLKİYETİ	277
1.2. GENEL OLARAK KAT İRTİFAKI	279
1.3. KAT İRTİFAKI SAHİBİNİN HAKLARI VE BORÇLARI	283
1.3.1. Kat İrtifakı Sahibinin Hakları.....	283
1.3.2. Kat İrtifakı Sahibinin Yükümlülükleri.....	285
1.4. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN KAT İRTİFAKI	288
1.4.1. Kat İrtifakını Eşyaya Bağlı Borç Olarak Nitelendiren Görüş	289
1.4.2. Kat İrtifakını İrtifak Hakkı Olarak Nitelendiren Görüş.....	290
1.4.3. Kat İrtifakını Kendine Özgü Bir Aynî Hak Olarak Nitelendiren Görüş	291
1.4.4. Değerlendirme	292
2. KOMŞULUK HAKKI (HAKKU'L-CİVAR).....	294
2.1. GENEL OLARAK KOMŞULUK HAKKI.....	294
2.2. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN KOMŞULUK HAKKI.....	305
3. ŞEFE HAKKI	307
3.1. GENEL OLARAK ŞEFE HAKKI	307
3.2. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN ŞEFE HAKKI	308
SONUÇ	314
KAYNAKLAR.....	321
ÖZGEÇMİŞ	345

ÖZET

Aynî haklar, hak sahibine eşyayı kullanma, eşyadan yararlanma ve eşya üzerinde tasarrufta bulunma yetkilerini vermektedir. Bu yetkilerin tamamını içerisinde bulunduran aynî hak mülkiyet hakkıdır. Bu yetkilerin bir kısmını sağlayan haklar ise sınırlı aynî haklar olarak ifade edilir. Sınırlı aynî hakların bir türü de irtifak haklarıdır. İrtifak hakları, hak sahibine eşyanın menfaatinden yararlanma yetkisi verir. İrtifak hakları menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirildiği için “milk” kavramı içerisinde yer alır. İrtifak hakları, fıkıh kitaplarında “ırfak”, “hukuk” ve “merâfık” kavramları ile ifade edilmiştir.

İrtifak hakları, eşyaya bağlı irtifaklar ve şahsa bağlı irtifaklar olmak üzere ikiye ayrılırlar. Eşyaya bağlı irtifakların en çok görülen türleri şirb hakkı, mecra ve mesil hakkı, geçit hakkı ve üst hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte eşyaya bağlı irtifaklar bu haklarla sınırlı değildir. Farklı türlerde eşyaya bağlı irtifak hakkı kurulması mümkündür. Şahsa bağlı irtifaklar intifa ve süknâ hakları ile düzensiz kişisel irtifaklardır. Başta kira sözleşmesi olmak üzere menfaat mülkiyetinin devrini sağlayan diğer hukuki işlemler nedeniyle, İslâm hukukunda, müstakil olarak intifa ve süknâ hakkı tesisine ihtiyaç duyulmamıştır. Bununla birlikte düzensiz kişisel irtifakların kurulduğu görülmüştür.

İrtifak hakkı olmamasına rağmen, bazı yazarlar tarafından irtifak hakkı olarak değerlendirilen birtakım haklar bulunmaktadır. Bu hakların başında kat irtifakı, komşuluk hakkı ve şefe hakkı gelmektedir. Kat irtifakı, gerçek anlamda bir irtifak hakkı değildir. Bu hak, “hakku’t-temellük” kavramı kapsamında değerlendirilebilir. Komşuluk hakkı, mülkiyeti kısıtlayıcı bir neden olmakla birlikte irtifak hakkı olarak değerlendirilemeyecektir. Komşuluk hakkının irtifak haklarından farkları bulunmaktadır. Şefe hakkını, şirb hakkı gibi gören yazarlar bulunmaktadır. Ancak her iki kavram arasında çok fazla fark bulunmaktadır. Şefe, ibâha yetkisi sağlamaktadır. Dolayısıyla şefe bir irtifak hakkı değildir.

Anahtar Kelimeler: Milk, Sınırlı Aynî Hak, İrtifak Hakkı, Şirb Hakkı, İntifa Hakkı, Komşuluk Hakkı.

ABSTRACT

Rights in rem give the right holder the authority to use the res, benefit from the res and dispose of the res. The Rights in rem that includes all of these powers is the right of property. Rights that provide some of these powers are expressed as limited rights in rem. One type of limited rights in rem is easement rights. Easement rights give the right holder the authority to benefit from the res. Since easement rights are evaluated within the scope of benefit ownership, they are included in the concept of "milk". Easement rights are expressed in fiqh books with the concepts of "irfak", "hukuk" and "merâfik".

Easement rights are divided into two as servitudes attaching to property and servitudes attaching to a person. The most common types of servitudes attaching to property appear as shirb right, mecra and mesil right, right of passage and right of construction. However, servitudes attaching to property are not limited to these rights. It is possible to establish different types of servitudes attaching to property. Personal servitudes are the rights of usufruct and right of residence and irregular personal servitudes. In Islamic law, there was no need to establish the right of usufruct and right of residence independently, due to other legal transactions that ensure the transfer of the benefit ownership, especially the lease contract. However, it has been observed that irregular personal servitudes have been established.

Although there is no right of easement, there are some rights that are considered as easement by some authors. At the beginning of these rights are the construction servitude, the vicinity rights and the shafa right. Construction servitude is not an easement in the real sense. This right can be evaluated within the concept of "hakku't-tamalluk". The vicinity rights cannot be considered as a right of easement, although it is a reason for restricting ownership. The vicinity right has differences from easement rights. There are writers who understand the shafa right as the shirb right. However, there are many differences between the two concepts. It provides the shafa with the authority of ibaha. Therefore, it is not an easement to the shafa.

Keywords: Milk, Limited Rights in Rem, Easement rights, Shirb Right, Usufruct, The Vicinity Rights.

KISALTMALAR

ABD: Ankara Barosu Dergisi

b.: bin

BAEMK: Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Kanunu (Kanunu'l-Muamalatü'l-Medeniyeti'd-Devleti'l-İmârâtü'l-Arabiyyetü'l-Müttahidde)

bkz.: bakınız

c.: cilt

DİB: Diyanet İşler Başkanlığı

dn.: Dipnot

EBYÜ-HFD: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

FBE: Fen Bilimleri Enstitüsü

HAK: Hukuk-ı Aile Kararnâmesi

haz.: Hazırlayan

İHAD: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi

İMHFD: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜMHAD: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

KMK: Kat Mülkiyeti Kanunu

KÜHFD: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

m.: Madde

MAA: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye

MÜİFAV:	Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
OSAV:	Osmanlı Araştırmaları Vakfı
r.a.:	Radıyallahu anh
r.anhuma:	Radıyallahu anhuma
r.anha:	Radıyallahu anha
s.a.v.:	Sallallahu aleyhi ve sellem
SBE:	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SMK:	Sudan Medeni Kanunu (Kanunu'l-Muamelati'l-Medeniyye)
SÜHFD:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TDV:	Türkiye Diyanet Vakfı
TJSS:	The Journal of Social Science
TMK:	Türk Medeni Kanunu
thk.:	Tahkik
trc.:	Tercüme
ÜMK:	Ürdün Medeni Kanunu (el-Kanunu'l-Medenî el-Ürdünî)
yy.:	Yer bilgisi yok

GİRİŞ

1. KONUNUN MAHİYETİ VE ÖNEMİ

İslâm hukuku hayatın hiçbir alanını değerlendirme dışında bırakmamıştır. Bu bakımdan ibâdât, munâkehât, muâmelât ve ukubât şeklinde dört ana başlığa ayrılarak fûru-ı fıkıh içerisinde hayatın farklı alanlarına yönelik hükümler incelenmiştir. Muâmelât alanı dahilinde farklı başlıklar altında meseleci bir metot ile eşya hukukuna yönelik hükümler yer almaktadır. Eşya hukukunun kapsamı içerisinde sınırlı aynî hakların bir türü olan irtifak haklarına yönelik hükümler de ilk dönemden itibaren İslâm hukukunun konusu olmuştur. Doğrudan ayetlerin ve hadislerin ışığında gelişen irtifak haklarına dair hükümler günümüze kadar farklı irtifak türleri ile artarak gelmiştir. İnsanın, eşyanın menfaatine yönelik ihtiyacı, varoluşundan bu yana olmazsa olmaz bir hayat unsuru olarak gündeminde olmuştur. Zaman içerisindeki değişim ile insanın, eşyanın kullanımına yönelik ilişkisi çeşitlenerek devam etmektedir. Bu doğrultuda tarih boyunca insanların, eşyadan yararlanmak amacıyla kurmuş oldukları farklı sınırlı aynî hak türleri fıkıh kitaplarına konu olmuştur. Bu bakımdan kimi zaman bu hak türlerinin sınırlı sayıda olduğu iddia edilmiş olsa da tarihi süreç içerisinde çok çeşitli irtifaklarla karşılaşmıştır. Kimi zaman tarlasını sulamak için bir su kaynağından nöbetleşe yararlanan insanoğlu, kimi zaman evinin atık suyunu taşımak, kendi evinden yola ulaşabilmek veya kar atmak gibi nedenler için komşusunun taşınmazından faydalanmıştır. Kimi zaman ise bir eşyanın bütününden yararlanma ihtiyacı nedeniyle intifa hakkı tesis edilmesi gerekmiştir. Tüm bu yararlanmalar taşınmazın rakabe mülkiyetini malikte bırakırken menfaat mülkiyeti üzerinde malike yönelik bir sınırlandırma getirmiştir.

İrtifak haklarının meşruiyeti için delil kabul edilen: Rasulullah (s.a.v.) “*“Komşu, komşusunun duvarına bir tahta parçası atmasına (bir kazık çakmasına) engel olmasın” buyurmuştur.”* Sonra Ebu Hüreyre (r.a.) şöyle demiştir: “*Niye sizin bundan yüz çevirdiğinizi görüyorum. Allah’a (c.c.) yemin ederim ki ben bu sözü sizin omuzlarınız arasına atacağım” demiştir.*”¹ şeklindeki hadis-i şerif, bu hakların toplum için ne kadar

¹ Muhammed el-Buhârî, *Sahih-i Buhârî*, trc. Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi (İstanbul: Karınca&Polen Yayınları, 2017), *Kitabu'l-*

önemli görüldüğünü gözler önüne sermektedir. İrtifak hakları bir eşyayı yalnızca malikinin yararlanabilir olmasından çıkarmakta ve o eşyaya malik olmayan kimselere de yararlanma yetkisi tanımaktadır. Kimi zaman bu yararlanma yetkisi kanundan kaynaklanmaktayken kimi zaman kişilerin iradi olarak tesis edebilecekleri haklar ile sağlanmaktadır. Özellikle kanundan kaynaklanan irtifak haklarında toplumun çıkarının, bireysel çıkarlardan üstün tutulmuş olduğu görülmektedir. İrtifak hakları bu yönleri ile toplumun huzurunu sağlama açısından olumlu yönden işlevi haizdirler.

İslâm hukukunda irtifak hakları klasik fıkıh eserlerinde farklı başlıklar altında incelenmişken, modern dönemde günümüz İslâm hukukçuları tarafından sistematik biçimde ele alınmışlardır. Ancak modern dönemde bu hakları ele alan İslâm hukukçuları birbirlerinden farklı çıkarımlarda bulunmuşlardır. Genel olarak fıkıh kitaplarındaki örnekler üzerinden yola çıkan İslâm hukukçuları bu örnekleri bütüncül bir şekilde incelememiş yahut farklı biçimde yorumlamışlardır. Ülkemizde ise eşyaya bağlı irtifak hakları ve şahsa bağlı irtifak hakları farklı iki yüksek lisans tezinde çalışma konusu yapılmış olup, bu konular birlikte bütüncül biçimde ele alınmamıştır. Özellikle şahsa bağlı irtifak hakları hususunda gerek dünyada gerekse ülkemizde çok çeşitli görüşler bulunmaktadır. Yalnızca eşyaya bağlı ve şahsa bağlı irtifaklar yönünden değil aynı zamanda irtifak hakkı olup olmaması yönünden tartışmalı bulunan hakların da İslâm hukukunun eşya hukukuna yönelik getirmiş olduğu hak tasnifi kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Konu, hakkındaki tartışmalı meselelerin değerlendirilmesi yönünden büyük bir ehemmiyet arz etmektedir. Tüm bu hususlar, İslâm hukukunda irtifak hakları konusunun bütüncül ve sistematik biçimde değerlendirilmeye muhtaç olduğunu göstermektedir. Bu çalışmada bu ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştır.

2. KONUNUN TASNİFİ VE SINIRLANDIRILMASI

Fıkıh eserlerine bakıldığında eşya hukukuna yönelik müstakil bir bölüm görünmemektedir. Şahısların eşya üzerindeki hakları ile insan – eşya ilişkilerini ilgilendiren konuların oluşturmuş olduğu eşya hukuku, fıkıh sistemiği içerisinde

Mezâlim ve'l-Gasb, 20; Ebu'l-Hüseyn Müslim, b. İsmail el-Haccâc el-Kuşeyrî el-Nisâburî, *Sahîh-i Müslim*, thk. Muhammed Fuad Abdülbâkî, (Kahire: Daru'l-İhyau'l-Kütübi'l-Arabiyye: Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431), *Kitabu'l-Müsâkât*, 29 (1609).

“muamelat”² kısmı içerisinde eksiksiz olarak işlenmiştir. Bu kapsamı itibariyle eşya hukukunun içerisine eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet hakkı veren aynî haklar, bu hakları yakından ilgilendiren zilyetlik, tapu sicili ve sınırlı aynî haklar ile aynî teminat hukuku olarak nitelendirilen fer’î haklar girmektedir. Tüm bu muhtevası ile, klasik fıkıh kitaplarının muamelat kısmında eşya hukukuna dair meseleler büyü’, şirket, rehin, gasp, lukata, kısmet, istihkak ve ihyaü’l-mevat gibi başlıklar altında işlenir. Mecelle’de eşya hukukuna ilişkin düzenlemelerin geneli kitabü’l-büyu’ (birinci kitap), kitabü’r-rehn (beşinci kitap), kitabü’l-gasp ve’l-italaf (sekizinci kitap) ve kitabü’s-şirket (onuncu kitap) başlıkları altında yer almıştır. Bununla birlikte Tanzimat’tan sonra eşya hukukuna ait farklı düzenlemeler de yapılmış olup özellikle 1858 Arazi Kanunnamesi gayri menkullere dair fıkhi hükümleri bir araya getiren önemli bir kanun hüviyetindedir.³

Eşya hukukunun kapsamı içerisinde yer alan sınırlı aynî hakların bir türü de irtifak haklarıdır. İslâm hukukunda irtifak haklarının ele alınmış olduğu bu çalışmada, irtifak haklarına yönelik kavramsal çerçeve incelenerek irtifak haklarının hangi kavramlarla ifade edilmiş olduğu belirtilecektir. Bu kapsamda aynî hak, milk, hukuk, ibâha, irtifak, irfak ve merâfık kavramları ele alınacaktır. Ancak bu kavramların birçoğu anlam açısından çok geniş bir ihtivayı haizdir. Bu kavramlar eşya hukukuna ilişkin bir sınırlandırma ile ele alınacak ve irtifak haklarını ne şekilde ifade ettikleri belirtilecektir.

İrtifak hakları Kadri Paşa’nın Mürşidü’l-Hayran’da yer alan tanımını doğrultusunda İslâm hukukçularının birçoğu tarafından eşyaya bağlı irtifaklar ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Bu çalışmada öncelikli olarak eşyaya bağlı irtifaklar incelenecek olup, ardından İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından şahsa bağlı menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirilen, mer’î hukukta ise şahsa bağlı irtifak hakları olarak nitelendirilen haklara yer verilecek, son olarak ise irtifak hakkı olmaları açısından niteliği tartışmalı haklar ele alınacaktır.

² Bkz. Bilal Aybakan, “Muâmelât”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXX, (İstanbul: TDV Yayınları, 2005), 318, 319.

³ Halil Cin - Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: OSAV Yayınları, 2017), 669; Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Tarih ve Hukûk İstilâhları Kâmusu*, 1. Baskı (İstanbul: OSAV Yayınları, 2018), 109.

Şahsa bağlı irtifak hakları incelenirken görüleceği üzere İslâm hukukçularının intifa hakkına yönelik iki farklı intifa hakkı tanımlaması mevcuttur. Hanefîler intifa hakkı kavramıyla genel anlamda menfaat mülkiyetini kastederlerken, Malikîler şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikteki menfaat mülkiyetini ifade etmektedirler. Ancak Malikîlerin intifa kavramlarının içerisine şahsi haklar ve ibâha niteliğindeki yetkiler de girmektedir. Bu bakımdan her iki mezhebin tanımı da doğrudan mer'î hukuktaki kullanımıyla intifa hakkını ifade etmemektedir. Bununla birlikte Hanefîler şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikteki menfaat mülkiyetini de kabul etmekte olup iki mezhep arasındaki farklılık terminoloji üzerindedir. Bu çalışmada intifa hakkı kavramı, sınırlı aynî hak niteliğini haiz olması ve özellikle ibâha nitelikli yetkiler ve şahsi haklardan ayırt edilmesi bakımından Hanefîlerin tanımladığı biçimde kullanılmıştır.

İbâha nitelikli yetkilerin birer irtifak hakkı oluşturmadığı ifade edilmiştir. Bu bakımdan bazı İslâm hukukçuları tarafından irtifak hakları arasında sayılan kat irtifakı, komşuluk hakkı ve şefe hakkına yönelik ayrı başlıklar açılarak bu kavramların birer irtifak hakkı mahiyetinde olmadıkları ifade edilmiş ve bu hususlar tezin konusu dışında bırakılmıştır.

3. ÇALIŞMANIN YÖNTEMİ VE KAYNAKLARI

İslâm hukukunda irtifak haklarına yönelik birçok farklı kaynaktan yararlanılmıştır. Bu kaynakların başında ülkemizde “İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi” isimli yüksek lisans tezini hazırlamış olan Hasan Hacak’ın eseri yer almaktadır. Bu tezde, özellikle irtifak haklarına yönelik kavramsal çerçeve ve eşyaya bağlı irtifak hakları geniş ve açıklayıcı biçimde ele alınmıştır. Dolayısıyla bu çalışmada irtifak hakkının hukuki niteliği, kavramsal çerçevesi ve eşyaya bağlı irtifak haklarının çeşitleri ve türleri bakımından Hacak’ın eserinden ziyadesiyle istifade edilmiştir. Bununla birlikte Hacak’ın şahsa bağlı irtifak haklarını tamamen reddeden görüşüne katılmayarak bu hususlarda farklı eserler kaynak olarak kullanılmıştır. Bir diğer başvuru kaynağı ise Ahmet Bilgin’e ait olan “İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti” isimli makale olmuştur. Bu makalede özellikle düzensiz kişisel irtifakların tesisinin de İslâm hukuku bakımından kabul edilmiş olduğunun vurgulanması şahsa bağlı irtifaklara yönelik görüşümüzün oluşmasında etkili bir unsur olmuştur. Türkçe literatürde

irtifak hakları ile ilgili olarak, bu iki kaynak hariç yeni bir şey ortaya koyan çalışmaya rastlanılmamış olup genellikle bu kaynaklardan yararlanılan eserler ortaya konulmuştur. Bununla birlikte intifa ve süknâ hakkına yönelik Mehmet Gayretli tarafından “İslâm Hukukunda Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar” isimli yüksek lisans tezi yazılmış olup, bu kaynaktan da yararlanılmıştır. Ancak bu kaynakta intifa ve süknâ hakkı kurulma şekillerine göre incelenmiş olup, yeterli düzeyde sistematik bir şekilde yeniden derlenerek ele alınmamıştır. Çalışmamızda ise Gayretli’nin eserinden de yararlanılarak intifa ve süknâ hakkı ayrıca sistematik biçimde işlenmiştir.

İrtifak haklarına yönelik açıklamaları bakımından son dönem İslâm hukukçularından ciddi şekilde yararlanılmıştır. Yararlanılan kaynakların başında Abdurrezzâk Ahmed Senhûrî’ye ait “Masadıru’l-Hak fi’l-Fıkhi’l-İslâmî”, Mustafa Ahmed Zerkâ’ya ait “el-Fıkhü’l-İslâmî fi Sevbihî’l-Cedid: el-Medhal ila Nazariyyetü’l-İltizami’l-Amme fi’l-Fıkhi’l-İslâmî”, Vehbe Zuhaylî’ye ait “el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletuhu”, Muhammed Yusuf Musa’ya ait “el-Emval ve Nazariyyetü’l-Akd fi’l-Fıkhi’l-İslâmî” ve Ali El-Hafif’e ait “Ahkâmü’l-Muâmelâti’s-Şer’iyye” ile “el-Milkiyye fi-Şeriatî’l-İslâmiyye” isimli eserler yer almaktadır. Bu eserlerden başta, irtifak haklarının tasnifi ve kavramsal çerçevesi bakımından yararlanılmış olup, ayrıca bu hakların hükümlerine yönelik açıklamalardan da istifade edilmiştir. Özellikle Yusuf Musa ve Ali el-Hafif’in görüşleri doğrultusunda şahsa bağlı irtifaklara yönelik açıklamalar yapılmış ve bu eserlerden faydalanılmıştır.

Muasır yazarlardan sonra çalışmada başlıca yararlanılan iki kanun metni bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “Mürşidü’l-Hayrân ilâ Ma’rifeti Ahvâli’l-İnsân” isimli düzenlemedir. Mısır’da Kadri Paşa tarafından hazırlanmış olan kanun metni, özellikle içeriği Hanefî fıkına uygun olup, sistematik açıdan modern hukuk sistemlerindeki kanun düzenlemesini esas almış olması ve irtifak haklarına yönelik sistematik düzenlemeler yapmış olması bakımından, irtifak haklarına yönelik açıklamalarda bulunan İslâm hukukçularını etkilemiştir. İkinci olarak ise “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, başta irtifak haklarının kapsamı olmak üzere bu hakların içeriğinin anlaşılması bakımında çalışmaya etki etmiştir.

Konuyu meseleci bir şekilde farklı başlıklar altında ele alan klasik dönem fıkıh kitaplarından yararlanılmış, farklı başlıklar altındaki bilgiler sistematik biçimde

düzenlenmiştir. Eşya hukukuna dair temel kavramlar ve sistematüğın belirlenmesi bakımından İbn Receb'in "el-Kavâidi'l-İbn Receb" isimli eseri esas alınmıştır. İrtifak haklarının mahiyeti, türleri, içerikleri ve hükümlerine yönelik ise birçok fıkıh kitabı incelenmiş olup mezheplere göre başlıca ele alınan eserler şunlardır: Hanefî mezhebi açısından Serahsî'nin kaleme almış olduğu "Mebcut", Kâsânî'nin "Bedâ'iu's-Sanâ-i fî Tertibi's-Şerâi"si ve İbn Âbidin'in, "Reddû'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr" isimli eserleri incelenmiş olup özellikle Kâsânî'nin irtifak haklarına yönelik kullanmış olduğu kavramlara önem verilmiştir. Şafî mezhebi bakımından kullanılan başlıca eserler, Nevevî'nin "Ravzatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Muttakîn" isimli eseri ve Şirbînî'nin "Muğni'l-Muhtâc İlâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzî'l-Minhâc" isimli eseridir. Malikî mezhebi açısından Derdâr'ın "Şerhu'l-Kebir"i ile Sahnun'un "el-Müdevvenetü'l-Kübrâ"sından; Hanebelî mezhebi bakımından ise İbn Kudâme'nin "el-Muğni" isimli eserlerinden yararlanılmıştır.

Konuyla ilgili ön bilgi vermeleri ve kaynaklara ulaştırma noktasında bir kılavuz olmaları açısından bazı ansiklopedilerden de yararlanılmıştır. Özellikle ülkemizde hazırlanmış olan Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi ve Kuveyt'te hazırlanmış olan "el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye" ilgili maddeleri ile konuların çerçevelerinin çizilmesi ve kaynaklara ulaşılması bakımından yararlanılan kaynaklardan olmuştur.

Çalışmada, İslâm hukukuna ait kaynakların yanında modern hukuka ait kaynaklar da kullanılmıştır. Modern hukuka ait kaynaklar daha çok mukayese amacıyla kullanılmış olsa da İslâm hukuku ile çelişmediği durumlarda, konunun açıklanması amacıyla da kullanım alanı bulmuştur. Dolayısıyla İslâm hukuk sistemine aykırı olmadığı alanlarda modern hukuk kaynaklarının kullanımı yoluna gidilmiştir. Bu kaynakların başında, özellikle kavramlar ve eşyaya bağılı irtifak hakları bakımından, doğrudan sınırlı aynî hakları anlatmasından dolayı Bülent Köprülü ve Selim Kaneti'ye ait olan Sınırlı Aynî Haklar ve Mehmet Ünal'a ait olan Sınırlı Aynî Haklar isimli eserler yer almaktadır. İntifa hakkına yönelik açıklamalarda ise özellikle, Burak Özen'e ait olan Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı isimli eserden yararlanılmıştır. Bu eserlerin dışında başlıca M. Kemal Oğuzman, Özel Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir'e ait Eşya Hukuku, Kemal T. Gürsoy, Fikret EREN ve Erol Cansel'e ait Türk Eşya Hukuku, Jale Akipek'e ait Türk Eşya Hukuku (Mahdut Aynî Haklar), Hüseyin Hatemi, Rona Serozan

ve Abdülkadir Arpacı'ya ait Eşya Hukuku, A. Lale Sirmen'e ait Eşya Hukuku isimli eserlerden sıklıkla yararlanılmıştır. Bunların dışında gerek duyuldukça modern hukuk kapsamında yazılmış farklı eserlerden istifade edilmiştir.

4. KONUNUN SUNULMASI

Bu çalışma giriş ve sonuç bölümleri haricinde dört bölümden meydana gelmektedir. Giriş bölümünde konunun mahiyeti ve öneminden, hangi başlıklar altında tasnif edildiği ve hangi çerçeve ile sınırlandırıldığından, konuların işleniş yöntemi ve bu konular işlenirken yararlanılan kaynaklardan bahsedilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde irtifak hakkının hukuki niteliği açıklanmıştır. Bu bakımdan öncelikle irtifak hakkının hukuk sistematigi içerisindeki yeri gösterilmiş ve buna yönelik kavramlar incelenmiştir. Ardından günümüze kadar İslâm hukukçularının irtifak hakkını ifade ederken kullanmış olduğu kavramlara yer verilerek bunlara yönelik açıklamalarda bulunulmuştur. Bu kavramlar ifade edilirken irtifak haklarının kapsamı konusundaki tartışmalara yer verilmiştir. Kavramsal çerçevenin ifade edilmesinin ardından irtifak hakkına hukuki dayanak teşkil edecek delillere yer verilmiştir. Daha sonra irtifak haklarının unsurları ve özelliklerine yönelik açıklamalar yapılmış olup bu hakların kendi içerisinde nasıl sınıflandırılabilceği belirtilmiştir. Bu bölümde son olarak irtifak haklarının hem sınırlı aynî haklar arasındaki hem de diğer irtifak hakları arasındaki sıra düzenine değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde eşyaya bağlı irtifak hakları işlenmiştir. Bu bölümde öncelikle eşyaya bağlı irtifak hakları ile hangi çerçevenin anlaşılacağı ve bu hakların muhtevassından bahsedilmiştir. Ardından bu haklara hakim olan ilkelere yönelik açıklamalar yapılmıştır. Eşyaya bağlı irtifak haklarının kazanılması ve sona ermesine yönelik nedenler incelenmiş ve bu nedenler doğrultusunda ortaya çıkan farklılıklara değinilmiştir. Eşyaya bağlı irtifak haklarının hükümlerinin incelenmesinin ardından bu irtifak haklarının, yaygın olarak karşılaşılan çeşitleri ayrı ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde şahsa bağlı irtifak hakları işlenmiştir. Bu başlık işlenirken öncelikle İslâm hukukunda bu çeşit irtifak haklarının kabul edilip

edilmemesine yönelik tartişmalara değinilmiş ve İşlâm hukukçularının intifa hakkı kavramı ile ifade ettikleri kapsam ele alınmıştır. Bu hususta mezhepler arasındaki farklılıklara özellikle vurgu yapılmıştır. Ardından eşyaya bağlı irtifak haklarında olduğu şekilde, şahsa bağlı irtifak haklarının unsurları ve özelliklerine yönelik açıklama yapılmıştır. Bu hakların kazanılması ve sona ermesine yönelik açıklamalar yapılmıştır. Bu hakların kazanılmasına sebep olan hukuki nedenler doğrultusunda bu hakların hükümleri incelenmiştir.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, irtifak hakkı olmaları hususunda tartişma bulunan ve bu çalışma bakımından irtifak hakkı olarak değerlendirilmeyen haklara yer verilmiştir. Bazı İşlâm hukukçularının irtifak hakkı olarak kabul etmiş olduğu kat irtifakı, komşuluk hakkı ve şefe hakkına yönelik bilgiler verilmiş ve bu kavramların bir irtifak hakkını ifade etmediği belirtilmiştir.

Çalışmanın sonuç bölümünde ise, bu çalışma ile İşlâm hukukunda irtifak haklarına yönelik olarak yapılan açıklamalar ve tartişmalar neticesinde ulaşılan sonuçlara ö biçimde yer verilmiş, her bir bölümde işlenmiş olan konular toplu biçimde ele alınmıştır.

BÖLÜM 1

HUKUKİ NİTELİĞİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKKI

1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bir sınırlı aynî hak çeşidi olan irtifak haklarının anlaşılması için öncelikle sınırlı aynî hak kavramı işlenecek ve İslâm hukukunda irtifak haklarının hangi kavramlarla incelendiği de ele alınarak konunun kavramsal çerçevesi ortaya koyulacaktır. Bu bakımdan özellikle milk, hukuk ve ibâha kavramları açıklanarak İslâm eşya hukukunda hakların nitelikleri değerlendirilecektir. Bu değerlendirmenin ardından irtifak hakkına karşılık kullanılan kavramlar inceleme konusu yapılacaktır. Bu inceleme ile bu kavramların arasındaki farklar ve hangi nitelikteki hakları ifade ettikleri tespit edilerek, irtifak haklarına karşılık olarak hangilerinin daha çok kullanılmış oldukları belirlenecektir.

1.1 SINIRLI AYNÎ HAK

1.1.1 Aynî Hak

Sözlük anlamı itibariyle “göz, aslı, kendisi, bir şeyin eşi, tıpkısı, kaynak, pınar” manalarına karşılık gelen⁴ ayn kelimesi Kur’ân-ı Kerim’de organ olan göz anlamında ve suyun fişkırmış olduğu kaynak, pınar anlamlarında kullanılmıştır.⁵ Fıkıh ıstılahında çoğulu “a’yân” olan ayn kavramı, dışarıda mevcut olan, belirli ve müşahhas bir şeyi ifade

⁴ Ferit Develioğlu, *Lûgat* (Ankara: Doğu Ltd. Şti. Matbaası, 1970), 70.

⁵ Rağıb el-İsfahani, *Müfredat*, trc. Abdülkâki Güneş, Mehmet Yolcu, 3.Baskı, (İstanbul: Çıra Yayınları, 2012), 743, 744.

eder. Örneğin, bir kitap, koyun, belirli bir miktar para veya ev eşyası ayndır.⁶ Bu tanımıyla ayn ebedi olarak değer birimi (semen) olanlar, ebedi olarak satılmaya elverişli mal (mebi) olanlar ve hem mebi hem de semen olmaya elverişli olan, ölçülüp, tartılabilen misli mallar şeklinde üçe ayrılarak incelenebilir.⁷ Mecelle'nin de esas almış olduğu bu tanımın dışında fıkıh ıstılahında ayn kavramı iki anlamıyla daha kullanılmaktadır. Bunlardan biri deyn karşılığında olan şey diğeri ise rakabe teriminin karşılığıdır.⁸ Ayn hakiki bir maldır. Hakiki mal ise ihtiyaç vaktinde kullanılmak üzere biriktirilip, muhafaza altına alınabilme özelliğini haiz olan şey olarak tanımlanır.⁹ Deyn en geniş anlamıyla "kişinin zimmetinde sabit olan borç" olarak tanımlanırken daha dar anlamıyla kişinin zimmetinde sabit olan ve alacaklıya ait olan malı ifade etmektedir. Deyn kavramının eşya hukukundaki kullanımı bu yöndedir.¹⁰ Mecelle'de geniş anlamıyla tanımlanmış olup daha sonrasında verilen örneklerle deynin kapsamı daraltılmıştır.¹¹ Bu anlamda deyn hükmi bir maldır ve ancak borçlu tarafından ödenip, mal sahibinin eline geçtiği takdirde biriktirilip, muhafaza altına alınabilir.¹² Rakabe ise menfaati kapsam dışında bırakarak, eşyanın yalnızca madde varlığını karşılamak üzere kullanılır.¹³

⁶ MAA, m. 159; Hüseyin Galip, *Kamûs-ı Hukuk* (İstanbul: Cemal Efendi Matbaası, 1305), 168, 169; Kal'a-yı Sultâniyeli Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel Istılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası*, haz. Fethi Gedikli – İbrahim Enes Onat, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 35, 36; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılâhları Kamusu*, haz. Sıtkı Güllü, c. I, (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997), 123; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkıh İlmi ve İslâm Hukuku Terimleri Sözlüğü*, haz. Abdullah Kahraman, 1. Baskı (İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2016), 36, 37; Akgündüz, *Hukûk İstılâhları*, 109; Ahmet Bilgin, "İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/5, (1992), 81; Nezihammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, trc. Recep Ulusoy, (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 38; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005), 40; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 669; Recep Özdemir – Mustafa Harun Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku* (İstanbul: Hiperyayın, 2019), 25.

⁷ Yazır, *Fıkıh İstılâhları Kamusu*, c. I, 123; Serda Kurtoglu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, (İstanbul: Fatih Matbaası, 1973), 9.

⁸ Hayreddin Karaman, "Ayn", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. IV (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 258.

⁹ MAA, m. 126.

¹⁰ Ahmet Yaman - Halit Çalış, *İslam Hukuku*, 1. Baskı (Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018), 356; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 26.

¹¹ MAA, m. 158.

¹² Mehmet Âkif Aydın, "Deyn", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. IX (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 266, 267.

¹³ Halit Çalış, "Rakabe", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXIV (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 427; Karaman, "Ayn", c. IV, 258.

Aynî haklar, “*kişisel hakların aksine eşya üzerinde doğrudan doğruya mutlak egemenlik yetkisi veren ve herkese karşı ileri sürülebilen haklar*”¹⁴ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım doğrultusunda aynî hakta üç unsur bulunmalıdır. Öncelikle aynî hakkın konusu eşya olmalı, aynî hak sahibine ilgili eşya üzerinde doğrudan bir hakimiyet tesis etmeli ve herkese karşı ileri sürülebilmelidir.¹⁵ Ayn, akar ve menkul olarak ikiye ayrılmaktadır. Menkulün kapsamına ise ticari eşya ve nakit para da girmektedir. İslâm hukukçuları ayn ve deyn ayrımı yaparak, ayna ilişkin olan hak ve borçları aynî haklar kapsamına alırken, deyne ilişkin hak ve borçları da şahsî hakları karşılayacak şekilde ele almaktadırlar.¹⁶ Ancak deyn kapsam açısından şahsi haktan daha dardır. Örneğin belirli bir mala ilişkin teslim borcu, modern hukukta şahsî borca tekabül ederken, bu durum İslâm hukukunda aynî bir borç olarak karşımıza çıkar.¹⁷

Aynî haklar, asli aynî haklar ve fer’i aynî haklar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Bu ayrım da mülkiyet hakkı doğrudan, tam hakimiyet sağlayıcı nitelikteki asli aynî hakların içerisinde değerlendirilmiş olmakla birlikte, kimi İslâm hukukçuları tarafından irtifak hakları da bu grupta değerlendirilmiştir. Ancak bu İslâm hukukçuları intifa ve süknâ hakkını irtifak hakları kapsamında saymamaktadırlar. Fer’i aynî haklar için en önde gelen örnek ise rehin hakkıdır. Asli aynî haklar bağımsız nitelikteyken, fer’i aynî haklar bir hukuki işleme bağımlı niteliktedirler.¹⁸

Kıta Avrupası’nda ise sınırlı aynî haklar ile ilgili iki temel görüş bulunmaktadır. Eski Alman hukuku kaynaklı olan ayrıştırma (bölünme) teorisine göre mülkiyet hakkı kapsamındaki yetkilerden bazılarının ayrıştırılması ve bağımsızlaştırılması ile sınırlı aynî haklar oluşurken, Roma hukuku kaynaklı olan yükleme teorisine göre mülkiyetin

¹⁴ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 40; Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgati*, 3. Baskı (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991), 28; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 1. Baskı (Ankara: Doruk Kitap ve Yayınevi, 1976), 44; Kemal T. Gürsoy - Fikret Eren - Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984), 1, 2; Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 2. Baskı, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1972), 7, 8; M. Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 3; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2018), 7.

¹⁵ Ali Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku* (Samsun: Erol Ofset, 1996), 9; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 22.

¹⁶ Akgündüz, *Hukuk Istılâhları*, 109.

¹⁷ Aydın, “Deyn”, c. IX, 268; Karaman, “Ayn”, c. IV, 258.

¹⁸ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 81, 82.

kapsamındaki yetkilerin bağımsızlaştırılması değil mülkiyet hakkı sahibine yönelik bir kısıtlama getirilmesi söz konusudur. İsviçre hukukunda da hemen hemen ittifakla yükleme teorisi kabul edilir. Bu iki görüşten yola çıkarak merî hukukta mülkiyet hakları tam hakimiyet hakkı olarak nitelenmekte olup, sınırlı aynî haklar kısmî hakimiyet hakları olarak kabul edilmektedir.¹⁹ İslâm hukuku sistemi içerisinde bu hakları mücerret hak olarak kabul eden Hanefiler²⁰ yükleme teorisine, menfaat mülkiyeti olarak kabul eden cumhur²¹ ise bölünme teorisine yakın bir değerlendirme yapmıştır. Bununla birlikte irtifak hakları, ister mülkiyet hakkının sınırlandırılması isterse de mülkiyet hakkı kapsamındaki bir yetkinin bağımsızlaştırılması olarak kabul edilsin, eşya üzerinde tam bir hakimiyet sağlamaması nedeniyle, tam hakimiyet hakkı olarak kabul edilmemektedir. Kanaatimize göre de aşağıda incelenecek olan tam (mutlak, kâmil) milkin ihtiva etmiş olduğu yetkilerin tamamını ihtiva etmemesi nedeniyle irtifak hakları kısmî hakimiyet hakları kapsamında incelenmelidir.

Aynî haklar hak sahibine kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf (abusus) yetkilerini vermektedir.²² Sınırlı aynî haklar ise bu yetkilerin yalnızca birini,

¹⁹ Bülent Köprülü – Selim Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 2. Baskı, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983), 4, 5; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 879, 880; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2017), 504; Mehmet Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 1. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 8-10; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), c. IV, 109, 110; Gediz Kocabaş, *Sözleşmeden Doğan Geçit İrtifakı* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), 20, 21.

²⁰ Zeynüddin İbn Nüceym, *Resail-i İbn Nüceym el-İktisâdiyye ve'l-Müsemmât Er-Resâilü'z-Zeyniyye fi Mezhebi'l-Hanefiyye*, Thk. Muhammed Ahmed Serâc, Ali Cuma Muhammed (yy.: Daru's-Selâm, 1998-1999/1419-1420), 236, No: 636; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, latinize: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem, 2. Baskı, c. I, (İstanbul: DİB Yayınları, 2017), 313; Ömer Hilmi Efendi, “Mirâtü'l-Mecelle”, *Medresetü'l-Hukuk* (Beşinci Kısım Mecelle), (İstanbul: Der Matbaa-i Mekteb-i Sanâyi'-i Şahâne, sy. 5/1, 1298), 50, 51; Hasan Hacak, *İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1993), 129.

²¹ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 86, 89; Hacak, *Hak Kavramı*, 129; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 86; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 24.

²² Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 693; Akipek, Akıntürk, Ateş, *Eşya Hukuku*, 8; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 28.

ikisini veyahut bu yetkilerin bir kısmını sağlamaktadır.²³ Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar, mülkiyeti miktar açısından tahdide tabi tutan nitelikte değildir.²⁴

Sınırlı aynî haklar ihtivaları ne kadar geniş olursa olsun tam aynî hak olarak isimlendirilemezler. Bununla birlikte sınırlı aynî haklar da birer aynî hak olmaları dolayısıyla hak konusu ayn üzerinde doğrudan tasarruf yetkisi vermekte ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmektedirler. Yani dış muhtevaları (hak sahibinin eşya üzerindeki yetkilerinin üçüncü kişilere etkileri ve hükümleri, üçüncü kişilere karşı haiz olduğu hukuki korunma) bakımından mülkiyet ile sınırlı aynî haklar arasında bir fark yoktur. Yalnızca iç muhtevaları (hak sahibinin eşya üzerinde doğrudan doğruya haiz olduğu fiili ve hukuki egemenliği ile yetkileri) bakımından mülkiyete oranla daha sınırlıdır.²⁵ Yine ayrı birer aynî hak olmalarından kaynaklı olarak bir eşya üzerinde mülkiyet hakkı sona erse dahi bundan ayrı olarak sınırlı aynî haklar devam ederler, bu durumdan etkilenmezler. Örneğin, bir taşınmaz üzerinde taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının terk yoluyla sona ermesi durumunda, taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî haklar devam edecektir.²⁶ Mülkiyet hakkının terki durumunda, bir başkasının bu hakkı aslen kazanması mümkündür. Ancak kendisinden feragat edilen sınırlı aynî hak, mülkiyet hakkı gibi yerleşilecek bir gedik oluşturmaz. Sınırlı aynî haktan feragat edilmesi halinde, hak sahibinin feragat etmiş olduğu yetkileri tekrar malikin yetkileri arasına katılır.²⁷

Sınırlı aynî haklar hukuki nitelikleri itibariyle ayn üzerinde bazı aynî hakların değişimi sonucunda ortaya çıkan boşlukları doldurarak genişleyemez ve mülkiyet hakkının yerini alamazlar, tam aynî hak konumuna gelemeyiz. Bu durum “*sınırlı aynî hakların genleşmezliği ilkesi*” olarak ifade edilir. Mülkiyet hakkı ise bir veya birden fazla

²³ Şakir Berki, *Aynî Haklar* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965), 98; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 693; Akipek, Akıntürk, Ateş, *Eşya Hukuku*, 8; Oğuzman, vd. *Eşya Hukuku*, 28, 29.

²⁴ Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 368, 369; Mehmet Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar Hukuku* (İstanbul: Çıra Akademi Yayınları, 2019), 69.

²⁵ Hüseyin Hatemi – Rona Serozan – Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 672; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 693; Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Mahdut Aynî Haklar)*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1974), 3, 4; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 1, 2; Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 8, 612, 613; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 9. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 21, 27, 28; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 71; Antalya, *Eşya Hukuku*, c. IV, 110-112.

²⁶ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 5.

²⁷ Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 674.

sınırlı aynî hakkın sona ermesi durumunda, sınırlı aynî hakların getirmiş olduğu takyitten kurtulur, ayn üzerinde ortaya çıkan boşlukları doldurur. Bu durumda sınırlı aynî hakların daraltmış olduğu mülkiyet, yeniden tam bir egemenliğe dönüşmüş olur. Bu husus, “*mülkiyetin esnekliği ilkesi*” olarak ifade edilmiştir.²⁸

Sınırlı aynî haklar yararlanma hakları, teminat (güvence) hakları ve taşınmaz yükü olmak üzere üçe ayrılarak incelenir. Yararlanma haklarına, irtifak hakları da denir. Bu haklar kapsamı geniş veya dar olabilen ve hak sahibine malikin aleyhine bir sınırlama getirerek eşyanın menfaatinden yararlanma yetkisi veren veya eşyanın hak sahibince kullanılmasını sağlayan haklar olarak ifade edilir.²⁹

Klasik fıkıh eserlerinde eşya hukukuna ilişkin konular meselecî bir metotla işlenmiştir. Bu metot doğrultusunda İslâm hukukçularının eşya hukukuna ilişkin sistematik bir hak tasnifine gittiği görülmemiştir. Bununla birlikte eşya hukukuna ilişkin olarak bu eserlerde kullanılan bazı kavramlar mevcuttur. Aynî hak kavramının karşılığı olmak üzere kullanılan bu kavramların başında milk, ibâha ve hukuk terimleri gelmektedir.³⁰ Bu terimler, eşya üzerinde vermiş olduğu yetkilere göre güçlüden zayıfa doğru milk, hukuk ve ibâha şeklinde sıralanmaktadır.³¹

²⁸ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 5; Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 25; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 22.

²⁹ Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 26; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 698, 699; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 881, 882; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 6; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 3; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 18; Recep Özdemir, “Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Şahsi Hak-Aynî Hak Ayrımına Göre İslâm Hukukunun Sistematiğinin Değerlendirilmesi” *The Journal Of Academic Social Science Studies*, 44/1 (2016), 392.

³⁰ Hacak, *İrtifak Hakları*, 12; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 17.

³¹ Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Receb b. el-Hasan es-Selâmî el-Bağdâdî ed-Dımaşkî, *el-Kavâidi 'l-İbn Receb*, (Kahire: Mektebetü'l-Hânci, ty.), 188, 189; Halit Çalış, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, 1. Baskı (Konya: Yediveren Yayınları, 2004), 25; Hacak, *İrtifak Hakları*, 12

1.1.2. Milk

Eşya üzerinde en güçlü yetkileri ifade eden kavram “*milk*”tir.³² Milk sözlükte “*kudret, kuvvet, şiddet, iktidar, tasarruf*”³³ anlamlarında tanımlanmıştır. Milk fıkıh ıstılahında iki anlamda kullanılmıştır. Bunlardan birincisine göre milk, ister ayn isterse menfaat olsun insanın malik sıfatıyla üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu şey olarak tanımlanmaktadır ve Mecelle’de de benimsenmiş olan tanım budur.³⁴ Milk, ikinci tanımına göre insan ile eşya arasındaki hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır. Bu hukuki bağ sayesinde kişi, ilgili eşya üzerinde tasarruf yetkisini haiz hale gelirken, bir başkasının tasarruf yetkisi yasaklanmış olmaktadır.³⁵ Farklı mezheplere mensup İslâm hukukçularının yapmış oldukları tanımlar incelendiğinde hukuki bağ veya tasarruf yetkisinin ön plana çıkarıldığı benzer tanımlar yapıldığı görülmektedir. Maliki İslâm hukukçusu Karâfi, milkin hukuki bir hüküm olduğunu belirterek kendisine nisbet edilmiş olan kişiye bir ayn veya menfaatten yararlanma ve feragat etmesi durumunda ivaz alma yetkisi verdiğini ifade etmiştir.³⁶ İbnü’s-Sübkî’den naklen aldığı tarif ile Şafî İslâm

³² Ali Bardakoğlu, “Hak”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XV (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 144; Hacak, *İrtifak Hakları*, 12; Çalış, Özel Mülkiyet, 26; Yaman - Çalış, *İslam Hukuku*, 347; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 18; Hacı Mehmet Günay – Adnan Hoyladı, “İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 20/2, (2020), 775.

Mülkiyet kavramı milk masterından türetilmiş bir isimdir ve fıkıh kitaplarında neredeyse hiç görülmemekle birlikte günümüz İslâm hukukçuları tarafından milk kavramının karşılığında kullanılmaktadır. Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslamî fî Sevbihî'l-Cedid: el-Medhal ila Nazariyyetü'l-İltizami'l-Amme fî'l-Fıkhî'l-İslamî* (Şam: 1965), c. I, 241, 257; Fahri Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, 5. Baskı (Ankara: DİB Yayınları, 2012), 118. Türkçede de bu anlamda kullanılmaktadır. Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 9. Baskı, c. III (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 36; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 25.

³³ *Türk Hukuk Lûgati*, 234; Yazır, *Fıkıh İstılâhları Kamusu*, c. III, 422; Heyet, *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 6. Baskı, (Kuveyt: Vezâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1404/1983), c. XXXIX, 31; Abdullah b. Abdülaziz el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1408, 1988), 26; Hasan Hacak, “Milk”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXX, (İstanbul: TDV Yayınları, 2005), 62.

³⁴ MAA, m. 125.

³⁵ Galip, *Kamûs-ı Hukuk*, 243; Yazır, *Fıkıh İstılâhları Kamusu*, c. III, 422; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 377; *Türk Hukuk Lûgati*, 234; Develioğlu, *Lûgat*, 775; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 230; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 27; Abdülkerîm Zeydân, *el-Medhal li-Dirâseti's-Ser'iatü'l-İslâmiyye* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle Nâşirun, 2005/1425), 212, No: 251; Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî ve Edilletuhu*, trc. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, (İstanbul: 1994), c. V, 49; 50; c. VII, 11; Şevket Topal, *İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet*, (Ankara: STS Yayınları, 2014), 51; Yaman ve Çalış, *İslam Hukuku*, 348.

³⁶ Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrahmân el-Mısri el-Karâfi, *el-Furûk: Envâru'l-Buruk fî Envâi'l-Furuk*, (yy.: İlmi'l-Kütüb, ty.), c. III, 232-234; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. XXXIX, 31.

hukukçusu Suyûtî'nin de bu tanımları benimsemiş olduğu görülmektedir.³⁷ Yine Hanbelî İslâm hukukçularından İbn Teymiyye milki, eşya üzerindeki hukuki tasarruf yetkisi olarak belirtmiş³⁸ ve Hanefî İslâm hukukçusu İbn Hümmam milki, milke konu nesne üzerinde Şâri tarafından başlangıçtan tanınan tasarrufta bulunma yetkisi olarak tanımlamıştır.³⁹ İbn Nüceym ise “*bir engel olmadıkça*” ilavesi ile bu tanımları benimsemiştir.⁴⁰ Bu ilave malik olan kimsenin kısıtlı olması veya satım akdinde henüz teslimin gerçekleşmemesi gibi hallerde tasarruf yetkisinin tam olarak kullanılamayacağını göstermesi bakımından önemlidir.⁴¹ Tüm bu tanımlarda milkin hukuki bir bağ olduğuna vurgu yapıldığı görülmektedir.

Hanefî İslâm hukukçularından Serahsî, milki mutlak tasarruf yetkisi olarak tanımlamıştır.⁴² Kâsânî ise milki daha ayrıntılı bir tanımla “*mülkiyete konu şey üzerinde tasarruf yetkisinin yalnızca malike ait olması, milk sahibine tanınan yetki*”⁴³ olarak ifade etmiştir. Yine Hanefî İslâm hukukçularından Abdulaziz el-Buhârî ise milkin kişiye mutlak tasarruf yetkisi vermesinin yanında başkasının tasarrufunu engellemesi özelliğine de vurgu yapmaktadır.⁴⁴ Tüm bu tanımlarda ise milkin kişiye tanınmış olduğu tasarruf yetkisine vurgu yapıldığı görülmektedir.

Milk kapsamında tasarruf yetkisi hem kullanma, yararlanma, semerelerinden faydalanma, tüketme ve yok etme gibi fiili tasarrufları hem de bedel karşılığı hakkın

³⁷ Celâlüddîn Abdurrahmân es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûu Fıkhî's-Şafiiyye*, (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1403/1983) s.316.

³⁸ Takıyyüddin Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm b. Abdüsselâm b. Abdullah b. Ebî Kâsım b. Muhammed İbn Teymiyye el-Harrânî el-Hanbelî ed-Dımeşkî, *el-Kavdidu'u-Nürâniyye el-Fıkhiiyye*, tah: Ahmed b. Muhammed el-Halîl, 1. Baskı (Memleketü'l-Arabiyyetü's-Suûdiyye, Daru' İbn Cevzi 1422), 300.

³⁹ İbnu'l-Hümmam, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fetlu'l-Kadir alâ el-Hidâye*, telif: Şemseddin Ahmed el-Ma'ruf bi-Kadızzâde, (Mısır: Şirketü Mektebetü ve Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdü, 1389/1970), c. VI, 248.

⁴⁰ Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ Mezhebi Ebî Hanifetü'n-Numân*, thk. Eş-Şeyh Zekerîye Umeyrat, 1. Baskı (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1419/1999), 299.

⁴¹ Halit Çalış, “İslâm Hukuku Literatüründe Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve Konu ve Kapsam Açısından “Milk” Terimi” *İHAD*, 2, (2003), 188.

⁴² Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-eimmetü's-Serahsî, *el-Mebcut*, (Beyrut: Daru'l-Ma'rufe, 1414/1994), c. XIII, 8, 9.

⁴³ Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî el- Hanefî, *Bedâ'iu's-Sanâ-i fî Tertibi's-Şerâi*, (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986), c. VII, 128.

⁴⁴ Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed Alaeddin el-Buhârî el Hanefî, *Keşfu'l-Esrâr Şerh-i Usûlü'l-Pezdevî*, (yy.: Daru'l-Kütübi'l-İslâmiyye, ty.), c. I, 285.

düşürülmesi, mülkiyetin bir başkasına geçirilmesi veya eşyanın sınırlı aynî haklara konu edilmesi gibi hukuki tasarrufları ihtiva etmektedir. Aynı zamanda milk, velayet, vesayet veya vekalet gibi hukuki bir sebep bulunmadığı müddetçe, bir başkasının söz konusu eşya üzerinde tasarruf yetkisini yasaklamakta, herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Bu özelliği ile milk hakkı mutlak bir hak hüviyetinde olup eşya üzerindeki en güçlü yetkileri vermektedir.⁴⁵

Geçen asrın İslâm hukukçularından Ebu Zehra milki, “*bir nesnenin belirli bir şahsa ait olup, başkasının müdahalelerini engelleyen ve malike, şer'i engel olmadıkça milk konusu eşyada doğrudan tasarruf yetkisi veren aidiyet bağıdır.*”⁴⁶ şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımda yukarıda verilmiş olan klasik milk tanımlarından Kâsânî, İbn Hümmam ve İbn Nüceym'in tanımlarının birleştirildiği görülmektedir. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ ise “*Milk, bir engel bulunmadığı takdirde, şer'an, sahibine tasarruf yetkisi veren ve bir başkasının tasarrufta bulunmasını engelleyen bir aidiyet bağıdır.*”⁴⁷ şeklinde bir tanım yapmıştır. Bu tanımın, milk çeşitlerini kapsaması açısından şümullü aynı zamanda da öz bir ifade olduğu belirtilebilir.

Milk tanımlarında dikkat çeken diğer bir husus ise yalnızca tasarruf yetkisi ifadesi ile yetinilip ayrıca kullanma ve yararlanma yetkilerine değinilmemiş olmasıdır. Bunun sebebi ise tasarruf yetkisinin İslâm hukukçuları tarafından diğer yetkileri de kapsayacak şekilde kullanılmış olmasıdır.⁴⁸ Bununla birlikte inhisari nitelikte olması şartıyla tasarruf yetkisi kapsamındaki tüm yetkileri haiz olmasa da bu yetkilerin bir kısmı nedeniyle milkten söz edilebileceği belirtilmiştir.⁴⁹

⁴⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 12; Muhammed Yusuf Musa, *el-Emval ve Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmi* (yy.: Daru'l-Fikri'l-Arabiyye, 1986), 165; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 14. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2017), 337; Hacak, “Milk”, 62, 63; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 51, 52.

⁴⁶ Muhammed Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-akd fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, (yy: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 1996), 65.

⁴⁷ Zerkâ, *el-Medhal*, c. I, 241; Krş. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. III, 29; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 126, 127.

⁴⁸ Çalış, “Milk Terimi”, 190; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 124; Merî hukuk açısından da tasarruf yetkisi aynı kapsamı ihata edecek şekilde kullanılmıştır. Bkz. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 3.

⁴⁹ Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 124; Kaneti – Köprülü, *Sınırlı Aynî Haklar*, 4.

Milk, mülk terimi için cins türünden bir şeydir. Her mülkün aynı zamanda bir milk olduğu ifade edilebilirken, her milk aynı zamanda bir mülk değildir.⁵⁰ Milk, nesneleri, menfaatleri ve hakları kapsamına alır.⁵¹ Mülkiyet ise, içerdiği yetkilerin genişliği nedeniyle tarih boyunca tanımlanmakta zorlanılmış olsa da bugün, “*hukuk düzeni içerisinde kişiye eşyalar üzerinde, başkalarına karşı ileri sürebileceği en geniş yetkileri tanıyan, bununla birlikte bazı ödevler de yükleyen bir aynî hak*”⁵² olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla milk, mülkiyet kavramının yanında sınırlı aynî hakları ve hatta şahsi hak niteliğindeki alacak haklarını da içerisinde barındıran geniş bir kavramdır. Muhtevası dikkate alındığında milke en yakın kavram, modern hukuk literatüründeki “*aynî hak*” kavramıdır.⁵³ Aynî hak ve milk kavramları kısaca karşılaştırılırsa şunlar ifade edilebilir.⁵⁴

- Hem aynî haklar hem de milk eşya üzerinde söz konusu olurlar.
- Aynî hak eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlarken, milk yukarıdaki tanımlarda da görüldüğü üzere insan ile eşya arasında kurulan ve kişiye tasarruf yetkisi veren hukuki bir bağ olarak ortaya çıkar.
- Hem aynî hak hem de milk üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Hak sahibi, aralarında bir hukuki ilişki bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, hakkını ihlal eden herkese karşı hakkına riayet edilmesini isteyebilir.
- Deyn de milk kavramı içerisinde ele alınmıştır. Ancak aynî hak kavramı böyle bir muhtevayı haiz değildir. Bu bakımdan milk, aynî haktan ayrılmaktadır.

⁵⁰ İsfahani, *Müfredat*, 1011.

⁵¹ Ali el-Hafîf, *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'iyye*, trc. Rahmi Yaran, 4. Baskı (Ankara: TDV Yayınları, 2018), 74; Çalış, “Milk Terimi”, 202; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 673; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 19; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 775; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 46.

⁵² Akipek vd., *Eşya Hukuku*, 375-377; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 312.

⁵³ Hacak, “Milk”, c. XXX, 62; Mehmet Gayretli, *İslâm Hukukunda Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar* (İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1999), 15; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 19.

Bununla birlikte malike nispetle milkin mülkiyet olarak nitelendirileceği de ifade edilmiştir. Zeydân, *el-Medhal*, 212, No: 251.

⁵⁴ Bardakoğlu, “Hak”, c. XV, 144, 145; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 15; Hacak, *İrtifak Hakları*, 13.

Milk kavramının kimi zaman eşya hukuku ve malvarlığına ilişkin hakları aşan şekilde kullanıldığı da görülebilir. Ancak bu kullanımlar milk kavramının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinden kaynaklanan kullanımlar olup, doğrudan milk kavramı içerisinde değerlendirilen kullanımlar değildir. Dolayısıyla bazı klasik fıkıh kitaplarında, kısas uygulanması hususunda mağdurun ve yakınlarının yetkisini, evlilikte kocaya tanınan bir yetkiyi ifade etmek üzere, aynî hak kavramını aşacak şekilde karşılaşılan kullanımlar aslında milk kavramının bir türü ve teknik anlamda bir adlandırma olmayıp, milkin içerisinde barındırmış olduğu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme yetkisinden kaynaklı bir isimlendirmedir.⁵⁵

Milk, konusunun ayn veya menfaat olmasına göre klasik eserlerde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Konusu hem ayn hem de menfaat olan milk, “*mutlak (tam, kâmil) milk*” olarak ifade edilir. Ayn veya menfaatten yalnızca birini veyahut menfaatten de daha dar bir alanı kapsayan milk ise “*nâkıs milk*” olarak isimlendirilir. Nâkıs milk, bir şeyin rakabesine malik olunması, bir şey üzerinde şahsi intifa hakkının bulunması ve bir şey üzerinde eşyaya bağlı intifa hakkının bulunması olarak üçe ayrılır. Son iki kısım aslında menfaat mülkiyetine karşılık gelmektedir. İrtifak hakları da görüleceği üzere nâkıs milk kapsamına girmektedir.⁵⁶ Ayrıca kimi zaman nâkıs milk ile eş anlamlı olarak kimi zaman da bazı farklılıklarla zayıf milk kavramı da kullanılmaktadır. Zayıf milk bir malı satın almış olan müşterinin teslimden önceki milkidir. Burada henüz teslim gerçekleşmemiş olduğu için müşterinin milki tam anlamıyla oluşmamış, zayıf bir nitelik taşıyor olarak kabul edilir.⁵⁷ Bununla birlikte burada zayıf olarak da nitelense yine de milkten söz edilecektir. Nitekim kısıtlının veya ehliyetsiz olan kişinin de eşya üzerinde doğrudan tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bu kişilerin malik olmadıkları söylenemez. Dolayısıyla doğrudan bir tasarruf yetkisinin bulunmaması milkin de bulunmadığı anlamına gelmez. Vakıf taşınmazın rakabe mülkiyeti tasarruf edene ait değildir.

⁵⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 197; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 148; Çalış, “Milk Terimi”, 187; Hacak, “Milk”, c. XXX, 63; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 14; Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, trc. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener, (Ankara: OTTO Yayınları, 2018), 159 (136).

⁵⁶ Ebu Zehra, *Milkiyye*, 67; el-Hafif, *Muâmelâtü's-Şer'iyye*, 76, 77; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. V, 51; Zeydân, *el-Medhal*, 213, 214, No: 254; Yusuf Musa, *el-Emval*, 167; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 143; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. XXXIX, 33, 34; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 83, 84; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 52, 53; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 340; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 675; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 57-59; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 49.

⁵⁷ Hacak, “Milk”, 63; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 232.

Dolayısıyla burada da tasarruf yetkisi mülkiyetin kesin bir karinesi olarak düşünülmemelidir. Keza yukarıda da ifade edildiği üzere tasarruf yetkisinin kapsamına almış olduğu bazı intifa haklarının bulunması milkin bulunduğuna işaret eder.⁵⁸ Milkin konusuna göre yapılan mutlak (tam, kâmil) milk – nâkıs milk ayrımı merî hukuktaki mutlak aynî haklar ve sınırlı aynî haklar ayrımına benzerlik göstermektedir.⁵⁹

Ayn veya menfaat üzerine kurulu olmasına göre milk dört gruba ayrılarak incelenir⁶⁰:

1- Hem ayn hem de menfaat üzerine kurulu olan milk (Milkü'l-ayn ve'l-menfaa, el-milkü'l-kâmil, el-milkü'l-mutlak, el-milkü't-tam): Bu haliyle milk, merî hukuktaki mülkiyet kavramını karşılar ve eşya üzerindeki en geniş yetkileri verir.⁶¹ Tam milk, nâkıs milk ayrımındaki tam milki ifade eder. Bundan sonraki diğer üç grup ise nâkıs milki karşılayacaktır.

2- Eşyanın yalnızca menfaatini konu alan milk (Milkü'l-menfaa): Eşyanın çıplak mülkiyeti bir başkasına ait olduğu halde yalnızca menfaati üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisini haiz milktir. Milkü'l-menfaa içerisinde hak türleri, merî hukukta olduğu gibi intifa hakkı ve süknâ hakkı gibi çeşitlere ayrılarak incelenmemiş, konu olmuş oldukları işleme göre incelenmiştir. İleride görüleceği üzere milkü'l-menfaanın dayanmış olduğu işlemler özellikle kira, vasiyet, vakıf ve ariyet olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶² Bu milk türü içerisinde ayna bağlı menfaat mülkiyeti ve şahsa bağlı menfaat mülkiyeti şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır. Şahsa bağlı menfaat mülkiyetini karşılayacak şekilde bazı Maliki hukukçular intifa hakkı kavramını kullanıyor olmakla birlikte, Hanefiler hem eşyaya bağlı hem de şahsa bağlı menfaat mülkiyetini karşılayacak biçimde

⁵⁸ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXXIX, 34; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 123 - 126 ; Çalış, “Milk Terimi”, 189.

⁵⁹ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 542; Hacak, “Milk”, c. XXX, 63; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 73.

⁶⁰ İbn Receb, *el-Kavâid*, 195; Yusuf Musa, *el-Emval*, 167, 168.

⁶¹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 195; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 303; Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân*, 2. Baskı, (Bulâk: Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyyeti bi-Bulâk, 1308/1891), m. 11; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXXIX, 33; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 126; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 36; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 776.

⁶² İbn Receb, *el-Kavâid*, 196; Yusuf Musa, *el-Emval*, 167; Hacak, “Milk”, c. XXX, 63; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 338, 339; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 674.

intifa hakkı kavramını kullanmışlardır.⁶³ Özellikle şahsa bağlı irtifak hakları ve eşyaya bağlı irtifak hakları ayrımını doğuran bu ayrıma göre vakıf veya vasiyet gibi bir kişinin doğrudan kendisine bağlı olarak kazanmış olduğu haklar şahsa bağlı menfaat mülkiyeti kapsamında, bir eşya nedeniyle kazanılmış olan haklar ayna bağlı menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁴ Menfaat mülkiyeti hak sahibinin ölümü veya belirlenmiş olan sürenin son bulması ile sona erer.⁶⁵

3- Eşyanın yalnızca rakabesini (çıplak mülkiyetini) konu alan milk (Milkü'l-ayn bilâ menfaa): İkinci türde olduğu gibi burada da eşyanın rakabesi ve menfaati birbirinden ayrı olarak değerlendirilir ve milk yalnızca eşyanın rakabesi üzerinde bulunur. Milk burada eşyayı kullanma ve eşyadan yararlanma yetkisi vermez.⁶⁶ Bir kişinin bir şeyin aynını birine, menfaatini başka birine vasiyet etmesi veya yalnızca menfaatin vasiyet edilmiş olup, rakabenin varislere geçmiş olması gibi durumlarda yalnızca rakabe mülkiyetinden bahsedilir. Rakabeye malik olan kimse eşyadan yararlanamaz ve mülkü'l-menfaa sahibinin zararına olacak hiçbir tasarrufu gerçekleştiremez. Hatta Hanefilere ve Şafiîlerden Suyûti'ye göre mülkü'l-menfaa sahibinin izni olmaksızın rakabe maliki eşyayı bir başkasına satamaz.⁶⁷ Cumhura göre ise mülkü'l-menfaa hakkı saklı kalmak üzere yalnızca rakabe mülkiyetinin satımı mümkündür. Milkü'l-menfaa sona erdiği takdirde rakabe mülkiyeti yeniden tam mülkiyet haline gelir. Dolayısıyla rakabe mülkiyeti er geç tam mülkiyet haline gelecektir.⁶⁸

4- Yalnızca intifa yetkisi veren milk (milkü'l-intifa'î'l-mücerred): Hanefiler dışında cumhura göre, bu milk türünden milkü'l-menfaada olduğu gibi kişinin eşyanın menfaati üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisi vardır ancak bu menfaat üzerinde

⁶³ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 51; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 702.

⁶⁴ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 51; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 17, 18; Hacak, *İrtifak Hakları*, 116; Bardakoğlu, “Hak”, c. XV, 145.

⁶⁵ Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 129.

⁶⁶ İbn Receb, *el-Kavâid*, 196; Yusuf Musa, *el-Emval*, 167; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 51, 52; Zeydân, *el-Medhal*, 214, 215, No: 256; Hacak, “Milk”, c. XXX, 63; Bardakoğlu, “Hak”, c. XV, 145; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 53; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 776; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 49.

⁶⁷ Suyûti, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 326.

⁶⁸ İbn Receb, *el-Kavâid*, 196; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 303; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 51, 52; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 340; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 17; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 129.

herhangi bir temlik yetkisi mevcut değildir. Yani kişi bu menfaate yalnızca kendisi malik olup bir başkasına bu yetkiyi devredemez. Ancak burada da kişinin eşyanın menfaatinden yararlanması ve bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi nedeniyle milkin asgari şartları oluşmuştur. Bundan dolayı bu hak türü de milk kapsamında değerlendirilir. Örnek olarak ariyet alanın sahip olduğu yetki, satıcıların kendilerine tahsis edilmiş olan pazar alanları üzerindeki yetkileri, misafirin ikram edilmiş olan yemekten yeme yetkisi ve doğrudan kanundan kaynaklanan bazı irtifak hakları bu kapsamda değerlendirilmişlerdir.⁶⁹ Çağdaş İslâm hukukçuları milkü'l intifa yerine hakku'l-intifa terimini kullanmakta ve bunu eşya üzerinde yetki veren, milk-hukuk-ibâha ayrımındaki ibâha niteliğine yaklaştırmaktadırlar.⁷⁰

1.1.3. Hukuk

Hukuk kavramı çok geniş nitelikte olup, genel olarak hakları içerisine alıyor olsa da bu çalışmada konumuzla alakalı olarak sınırlandırılarak incelenmiştir. Derece bakımından eşya üzerindeki yetkilerden milk ve ibâha kavramlarının ifade ettikleri kısım arasında kalanları belirtmek için kullanılan terim hukuktur.⁷¹ Milkten daha zayıf, ibâhadan ise daha kuvvetli yetkiler sağlamaktadır. Hukuk terimi için “*yarı aynî haklar*” kavramı da kullanılmıştır.⁷² Milk-hukuk-ibâha ayrımını sistemleştirmiş olan İbn Receb hukuk kavramını beşe ayırarak incelemektedir⁷³:

⁶⁹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 197; Hacak, “Milk”, c. XXX, 63; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 18; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 777.

⁷⁰ Abdurrezzâk Ahmed Senhûrî, *Masadıru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, c. I, Beyrut: Daru'l-Fikr, 1953-1954, 32.; Zerkâ, *el-Medhal*, c. I, 285, c. III, 34.

⁷¹ Çalış, *Özel Mülkiyet*, 32, 33; Hacak, *İrtifak Hakları*, 12; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 346; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 182; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 778; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 23.

⁷² “*Un droit semi-reel's*” kavramı yarı ayni haklar anlamında Chafik Chehata tarafından kullanılış olup Chafik Chehata, *Theorie Generale de l'obligation en Droit Musulman Hanefite*, (Paris: Etitions Sirey, 1969), 176, literatürümüzde de benimsenmiştir. Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2000), 123; Ayrıntı için bkz. Hasan Hacak, “İslam Hukukunda Yarı Aynî Hak (Hukûk) Kavramının Analizi”, *İHAD*, 8, (2006), 184 vd.; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 182; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 778.

⁷³ İbn Receb, *el-Kavâid*, 188-195.

1.1.3.1. Hakku'l-milk

Hakku'l-milk, içerisinde bulunduğu hukuki durumdan kaynaklı olarak kişinin, sebebi mevcut olup tam olarak milke dönüşmemiş olan yarı aynî hakkıdır.⁷⁴ Bu kavram ile ifade edilen mülkiyet hakkı olmayıp, efendisi ile kitâbet anlaşması yapmış olan kölenin malı üzerindeki hakkı, henüz ihramda olan varisin, murisin kurmuş olduğu ağdaki av üzerindeki hakkıdır.⁷⁵ Bu hakkın milk niteliğine kavuşabilmesi için hukuki bir fiilin gerçekleşmesi, milke dönüşmesi bakımından mevcut olan engelin ortadan kalkması gerekmektedir. Bu hakkın milke dönüşmesi için ayrıca bir hukuki işleme ihtiyaç bulunmamaktadır.⁷⁶

1.1.3.2. Hakku't-temellük

Hakku'l-milk kavramı ile çok yakın bir kavram olan hakku't-temellük kavramı, içerisinde bulunduğu hukuki durumdan kaynaklı olarak bir kimsenin, tek taraflı iradesini kullandığı vakit bir ayn veya menfaat üzerinde milk niteliğini haiz bir hak sahibi olmasını sağlayan yetkiyi ifade eder.⁷⁷ Hakku't-temellük küçüğün malındaki babanın hakkını, şüf'a hakkı ile malik olunacak olan şey üzerindeki şefi'in kendine düşecek olan kısım üzerindeki hakkını, mudaribin kâr üzerindeki paylaşım öncesi hakkını ifade etmektedir. Bu hakların milke dönüşmesi için, hak sahibinin tek taraflı iradesini kullanması gerekmektedir. Hakku'l-milk kavramı gibi hak sahibi açısından mülkiyet hakkı ile neticelenecek olan birtakım durumları ifade etmektedir. Örneklerden görüldüğü üzere burada haklar, henüz taksimin gerçekleşmemiş olması gibi birtakım durumlar nedeniyle mülkiyet hakkına dönüşmemiş haldedir. Dolayısıyla hakku'l-milk ve hakku't-temellük geçici bir nitelik arz etmekte olup nihayetinde mülkiyet ile neticeleneceklerdir.⁷⁸

⁷⁴ Hacak, "Yarı Aynî Hak", 187.

⁷⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 188; Bardakoğlu, "Hak", c. XV, 145; Hacak, *İrtifak Hakları*, 20; Çalış, "Milk Terimi", 192.

⁷⁶ Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 184; Günay – Hoyladı, "Hakların Tasnifi", 778; Hacak, "Yarı Aynî Hak", 188.

⁷⁷ Hacak, "Yarı Aynî Hak", 190.

⁷⁸ İbn Receb, *el-Kavâid*, 188 - 189; Hacak, *İrtifak Hakları*, 20; Çalış, "Milk Terimi", 192; Bardakoğlu, "Hak", c. XV, 145; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 185, 186; Günay – Hoyladı, "Hakların Tasnifi", 779.

Hakku't-temellük kavramına yakın bir kavram olarak modern hukuk sistemlerinde “haklı beklenti” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Bu kavram ağırlıklı olarak idare hukuku alanında kullanılıyor olsa da, hukukun bütün alanlarında uygulama kabiliyetini haizdir.⁷⁹ Bu bakımdan hakku't-temellüğe benzer niteliğinin görülmesi açısından tanımının yapılması yerinde olacaktır. Haklı beklenti, “*bireyin hukuka uygun olmak kaydıyla yetkililerin taahhütleri ile süregelen hukuki uygulamalara güvenerek belirli hakları elde etme beklentilerinin hukuk güvenliği gerekçesiyle koruması, kendileri hakkındaki olumsuz değişikliklere karşı en azından bir dinlenilme hakkı verilerek korunması; bazen de korunan çıkarın niteliğine göre yeni bir karar alınması zorunluluğu*”⁸⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Hakku't-temellük kavramı bakımından hak sahibinin tek taraflı iradesini kullanarak hakkını elde etmesi söz konusuysa, haklı beklenti kavramı kişinin idarenin süregelen hukuki uygulamalarına güvenerek bir hak elde etme beklentisini ifade etmektedir. Hakku't-temellük, haklı beklentiye göre daha güçlü bir yetki sağlamakta olup, idarenin herhangi bir işlemine gerek kalmaksızın yalnızca kişinin tek taraflı iradesi ile hak sahibi olabilmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla haklı beklenti kavramı her ne kadar hakku't-temellük kavramına yakın bir anlam ifade etse de her iki kavramın nitelendirmiş olduğu yetkilerin mahiyetleri birbirlerinden farklıdır.

1.1.3.3. Hakku'l-intifa

Hakku'l-intifa kavramı, bir hukuki işlemde kaynaklanmayan, doğrudan kanundan doğan yararlanma yetkilerini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu bakımdan kanundan doğan irtifak haklarını ifade etmek için de kullanılmıştır. Özellikle Hanbelîler bazı irtifak haklarının kanundan doğabileceğini kabul etmişlerdir. Örneğin, komşunun duvarına giriş koyma, zorunluluk durumunda komşusunun arazisinden atık sularını

⁷⁹ Selman Sacit Boz, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 35, 36.

⁸⁰ Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 223.

akıtma (mesil) haklarının kanundan doğduğunu, bunlar için taraflar arasında bir hukuki işlem olmasına gerek olmadığını ifade etmektedirler.⁸¹

1.1.3.4. Hakku'l-iẖtisâs

Hak sahibinin veya bir başkasının maliki olmadığı bir şeyden sadece istifade etmesine imkan tanıyan ve ivazlı bir akitle devri mümkün olmayan haklar, hakku'l-iẖtisâs olarak adlandırılır.⁸² Hakku'l-iẖtisâs tanımından da görüldüğü üzere hak sahibine eşya üzerinde milk yetkisi vermeyip, intifa hakkı tanımaktadır. İntifa haklarını hususi olarak bir şeyden yararlanma hakkı olarak tanımlayanlara göre irtifak hakları bu kapsamda değerlendirilir. Ancak bu tip hakları mülkü'l-menfaa olarak değerlendirenlere göre irtifak hakları bu kapsamda incelenemez.⁸³ Hakku'l-iẖtisâsın ölü hayvanın derisinin tabaklanmadan önceki hali gibi esas itibariyle necis veya haram olmakla birlikte belirli bir dönüşüm ile birlikte kullanımı hukuka uygun hale gelen şeylerde, pazar yerleri, yollar, mescitler gibi belirli ölçülerde kullanım hakkı tanınan yerlerde, ihya amacı ile mevat arazinin tehciri durumlarında söz konusu olduğu belirtilmektedir.⁸⁴ Görüleceği üzere hakku'l-iẖtisâsa örnek olarak milke konu teşkil etmeyecek mallar üzerindeki iẖtisâs verilmektedir. Örneğin avcılıkta kullanılan köpek üzerindeki hak, aydınlanmada kullanılan kirli yağ, meytenin tabaklanmış olan derisi üzerindeki istifade yetkisi bu kapsamda sayılmaktadır. Bu örnekler İbn Receb ve İzz b. Abdüsselam tarafından veriliyor⁸⁵ olmakla birlikte Hasan Hacak tarafından nakledilmiştir. Ancak bir şeyin mal sayılıp sayılmaması hususunda bu konuda bir nas olup olmamasının yanında, insanların ihtiyaçlarını gidermek amacıyla kullanıyor olmaları ve ekonomik bir değer vermeleri de önemlidir. Hatta insanların tabiatları meyl etmese de iktisadi değer verip, ihtiyaçlarını gidermek için kullandıkları acı ilaçlar, henüz olgunlaşmamış olan meyveler gibi mallar

⁸¹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 191; Hacak, *İrtifak Hakları*, 19; Çalış, “Milk Terimi”, 193; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 780.

⁸² İbn Receb, *el-Kavâid*, 192; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 10; Bardakoğlu, “Hak”, c. XV, 145; Hacak, *İrtifak Hakları*, 18; Çalış, “Milk Terimi”, 193; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 27, 187; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 781.

⁸³ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 84.

⁸⁴ İbn Receb, *el-Kavâid*, 192; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 27; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 21, 22.

⁸⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 192; Ebû Muhammed İzzeddin Abdulaziz b. Abdisselâm b. Ebî'l-Kâsım b. Hasan es-Sülemî ed-Dımeşkî, *Kavâ'idü'l-Ahkâm fî'l-Mesâlihi'l-Enâm* (Kâhire: Mektebetü'l-Külliyyâtü'l-Ezheriyye, 1991), c. II, 86.

da vardır. Bundan dolayı özellikle iktisadi bir değer atfetme ve insanların ihtiyaçlarını karşılama özellikleri ön plana alınarak bir değerlendirme yapılması gerekecektir.⁸⁶ Nitekim çöpler ve hayvan artıklarından enerji üretilebilmekte, bazı mikroplardan ilaçlar elde edilmektedir. Bu nedenle şer'an necis kabul edilen veya ihrazı mümkün olmayan kimi şeyler, şer'an faydalanılması mümkün ve kullanımı bakımından hukuki bir sakıncanın olmadığı bazı ürünlerin hammaddesi konumundadırlar. Dolayısıyla bu gibi şeylerin üzerinde aslında milk kurulabilmektedir. Keza yukarıda verilmiş olan örnekler de bu gerekçelerle aslında üzerlerinde mülkiyet kurulmasına elverişli mallar konumunda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu örneklerin hakkı'l-ihtisâsa değil milke konu olacağını ifade eden Halit Çalış'ın görüşünü benimsemekteyiz.⁸⁷ Benzer şekilde hava, güneş ışığı ve ısısı önceleri mal kabul edilmemekle birlikte zamanla teknolojinin gelişmesi ile bunlardan faydalanmanın mümkün hale gelmesi, insanların bunları iktisadi bir değer atfederek edinmeye konu yapmaları durumunda artık bu ürünlerin de mal olduğu belirtilebilir.⁸⁸ Bazı İslâm hukukçuları irtifak haklarının mülkiyete konu olamayacağını belirterek, bu hakları hakkı'l-ihtisâs olarak ifade ederler. Ancak cumhur bu görüşe katılmamaktadır. İslâm hukukunda tam milk, nâkıs milk ayrımı içerisinde irtifak hakları nâkıs milk olarak değerlendirilirken, mer'î hukukta da aynî hak, sınırlı aynî hak ayrımı ile sınırlı aynî haklar kapsamında değerlendirilmektedir.⁸⁹

1.1.3.5. Hakkı't-tealluk

Hakkı't-tealluk durumunda hak sahibi olan kişi, eşyanın aynına da menfaatine de o anda malik değildir. Bir sebebe binaen doğmuş olan hakkın elde edilmesinin bu eşyaya bağlı kılınmış olması durumu mevcuttur. Bu durumda borç doğrudan borçlunun zimmetinde sabit değildir. Borçlu kişiye ait belirli bir eşya üzerinde kurulmuştur. Dolayısıyla borçlu tüm malvarlığı ile değil, yalnızca ilgili eşya ile sınırlı olarak borcundan sorumludur. Örneğin rehin alanın hakkını tamamıyla tahsil edene kadar rehin konusu eşya

⁸⁶ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 39; Alî Muhyiddîn Karadâğî, *İslâm İktisadî Mal*, trc. Abdullah Kahraman, 1. Baskı (İstanbul: Nida Yayınları, 2020), 32, 33.

⁸⁷ Çalış, "Milk Terimi", 194; Bu örneklerin hukuki işlemlere konu olabileceğine dair bkz. Nihat Dalgın, "İslâm Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11/11, (1999), 120-122.

⁸⁸ Karadâğî, *İslâm İktisadî Mal*, 34; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 31.

⁸⁹ Bilgin, "İrtifak Hakları", 89; Hacak, *Hak Kavramı*, 129.

üzerindeki hapis hakkı, kısıtlanmış olan müflisin malı üzerindeki alacaklıların hakkı, kölenin faili olduğu yaralama fiili sonucunda erş karşılığında köle üzerine taalluk eden hak bu niteliktedir.⁹⁰ Hakku't-tealluk bir nevi özel mülkiyetin fert yararına sınırlandırılmasıdır.⁹¹

1.1.4. İbâha

İslâm hukukçuları genel manada ibâhayı, toplumu oluşturan bütün fertlerin serbest bir biçimde mübah mallar ve kamu malları üzerinde, bir başkasına zarar vermeden yararlanma yetkisi olarak ifade etmişlerdir.⁹² Teknik anlamda ibâha ise eşya üzerindeki en zayıf yetkileri ifade ederken kullanılan terimdir.⁹³ Mecelle ibâhayı “*bir şeyi bila-ıvaz ekl ve tenavül etmek üzre ahara izin ve ruhsat vermektir.*”⁹⁴ şeklinde tanımlamıştır. Ancak Mecelle şârihleri Ali Haydar Efendi ve Hacı Reşid Paşa Mecelle’nin 1226. maddesinin şerhinde ibâhadan maksadın “*bila-ıvaz kendi malıyla intifa' etmek üzre ahara ruhsat vermek*”⁹⁵ olduğunu belirterek başka bir tanım yapmışlardır. Zerkeşi ise ibâhayı, “*bir aynı tüketmek veya bir aynı menfaatinden yararlanmak üzere, eşya sahibinin vermiş olduğu milk niteliğinde olmayan yetki ve ruhsat*”⁹⁶ olarak tanımlamıştır. İbâha yetkisinin en temel özelliği sınırlılıktır. Bu sınırlılık şahıs, konu, mekan ve zaman şeklinde dört farklı boyutta kendisini gösterir.⁹⁷ İbâha kavramına yönelik yapılan tanımlamalarda görüldüğü üzere ibâha, özel mülkiyete tabi mallar üzerinde malikin izni ile kurulabilen bir yetki, kamu malları ve mübah mallar üzerinde ise genel yararlanma yetkisi olarak karşımıza

⁹⁰ İbn Receb, *el-Kavâid*, 193; Hacak, “Yarı Aynî Hak”, 198-204; Çalış, “Milk Terimi”, 194; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 190; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 781.

⁹¹ Özel mülkiyetin fert yararına sınırlamaları için bkz. Çalış, *Özel Mülkiyet*, 203 vd.

⁹² Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 178; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. VI, 193.

⁹³ Çalış, *Özel Mülkiyet*, 37; Hacak, *İrtifak Hakları*, 12; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 19.

⁹⁴ MAA, m. 836.

⁹⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2194; Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l Mecelle*, c. VI (İstanbul: Dâru'l Hilafet-i'l Âliye, 1326), 172.

⁹⁶ ez-Zerkeşi Bedrüddin Muhammed b. Abdillâh b. Bahâdır eş-Şafîi, *el-Mensûr fi'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, 2. Baskı (Kuveyt: Vizâratü'l-Evkâfü'l-Kuveytiyye, 1985/1405), c. I, 73.

⁹⁷ Yaman - Çalış, *İslam Hukuku*, 346.

çıkmaktadır.⁹⁸ Bu bağlamda ibâha, özel mülkiyete ve kamu mülkiyetine konu teşkil eden mallar üzerine kurulmasına göre ikiye ayrılarak incelenebilir.

Özel mülkiyete konu olan mallar üzerinde, malikinin izin vermesi ile kurulan yetkiler ibâhanın ilk türünü oluşturur. Bir kişinin yemekten yemesine, evde yatmasına, arabaya binmesine izin vermek hususlarında verilen yetkiler ibâha niteliğindedir. Verilen bu izin ile ibâha yetkisini haiz olan kişi malik konumuna gelmemekte, kendisinin herhangi bir temellük yetkisi bulunmamakta sadece o şeyden verilen izin doğrultusunda faydalanabilmektedir. İbâha durumunda izin veren kişi, ibâha yetkisini haiz kişiden faydalanması karşılığında herhangi bir kıymet talep edemez.⁹⁹ Verilmiş olan iznin karineler ile hibe veya ariyet olduğuna hükmedilirse o zaman bu yetkinin ibâha değil milk niteliğinde olduğu değerlendirilebilir. Ancak mücerret izin ibâha olarak değerlendirilir, milk değildir.¹⁰⁰ Ariyet akdi Hanefî ve Malikilere göre milkü'l-menfaa Şafîi ve Hanbelîlere göre ibâha niteliğinde kabul edilir.¹⁰¹ Eşya hukuku anlamında ibâha terimi genellikle özel mülkiyete konu mallar üzerinde malikin vermiş olduğu izinle kurulan en zayıf yetki olarak kullanılmaktadır. Buna ibâha-i hasa (özel ibâha) da denir.¹⁰²

Aslen mübah mallar ile kamu mülkiyetine tabi olan yollar, meydanlar, mezarlıklar, akarsular, meralar, yaylaklar, kışlaklar vb. üzerinde kullanım açısından hakim olan ilkeler genellik, eşitlik, serbestlik ve ücretsizliktir.¹⁰³ Bu mallar üzerinde kişilerin genel, eşit, serbest ve ücretsiz biçimde yararlanmaları bir irtifak hakkı değil, kanundan kaynaklanan bir ibâha yetkisidir.¹⁰⁴ Bu yetkiye ibâha-i amme (genel ibâha) da

⁹⁸ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 301; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 79; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 37; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 22.

⁹⁹ MAA, m 875.

¹⁰⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, c. I, 283; Ali el-Hafif, *el-Milkiyye fi-Şeriatü'l-İslâmiyye*, (Beyrut: Daru'l-Fikri'l-Arabî, 1996/1416), 62, 63; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; Zeydân, *el-Medhal*, 216, No: 259; Hacak, *İrtifak Hakkı*, 21; Çalış, "Milk Terimi", 195; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 19; Günay – Hoyladı, "Hakların Tasnifi", 783.

¹⁰¹ Serahsî, *Mebcut*, c. XI, 133; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 214; İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî el-Kâhirî, *Muğni'l-Muhtâc İlâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc*, 1. Baskı, (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415/1994), c. III, 315; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 305; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VI, 199.

¹⁰² Yaman - Çalış, *İslam Hukuku*, 346.

¹⁰³ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 544; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 23.

¹⁰⁴ Bkz. Serahsî, *Mebcut*, c. XIV, 97 c. XXIII, 169, 175; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 49, 189, 192; Zerkâ, *el-Medhal*, c. I, 284; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 62, 63; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16;

denir.¹⁰⁵ İbâhanın bu türü, özel mülkiyete konu mallar üzerindeki ibâha yetkisinden farklı olarak, tüketme ve kullanma yetkisinin yanında kimsenin mülkiyetinde olmayan aslen mübah malları (serbest malları) ihraz yoluyla mülk edinmede görüldüğü gibi, milk sebebi de olabilmektedir. Örneğin, ormandan odun toplamak veya avlanmak durumunda ihraz yoluyla malik olmak mümkündür.¹⁰⁶ İnsanların kamu mallarından yararlanması bazı İslâm hukukçuları tarafından kamu ortaklığı gereği iktisap olarak ifade edilmiştir. Kamu lehine olan bu ibâha bir kamu ortaklığı gibi görülmüştür.¹⁰⁷ Mecelle’de herkesin hava, ı ışık, denizler ve büyük göllerden faydalanmasının serbest olduğu düzenlenerek bu kapsamda ibâhadan bahsedilmiştir.¹⁰⁸

1.2. İRTİFAK HAKKI

1.2.1. İrtifak

İrtifak sözlük anlamı itibariyle “*birinin kendi dirseğine veya koltuk yastığına dayanması, dolma, iki kemiğin hareketsiz kalmak üzere mafsallanması, hacet talep etme, ihtiyaç duyma*” manalarına gelmektedir.”¹⁰⁹ İrtifak kavramı klasik fıkıh kitaplarında doğrudan kullanılmamış olmakla birlikte bunun yerine başta merâfık olmak üzere farklı kavramlar kullanılmıştır.¹¹⁰ Bu kavramların fıkıh kitaplarında çoğunlukla bir arazi için su alma (mecra), kiriş koyma, çöp dökme, bir araziden geçme, bir nehirden çamaşır yıkama ya da genel olarak yararlanma için kullanıldığı görülmüştür.¹¹¹

İrtifak hakkı sahibine, üzerine kurulmuş olduğu eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini veya ikisini yahut bu yetkilerin bir kısmını

Zeydân, *el-Medhal*, 216, No: 259; Hacak, *İrtifak Hakları*, 21, 98; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 19; Günay – Hoyladı, “Hakların Tasnifi”, 783.

¹⁰⁵ Yaman - Çalış, *İslam Hukuku*, 346.

¹⁰⁶ Çalış, “Milk Terimi”, 196.

¹⁰⁷ Zeydân, *el-Medhal*, 225, 226, No: 270; el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 90; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 97.

¹⁰⁸ MAA, m. 1264, 1265, 1266.

¹⁰⁹ Develioğlu, *Lûgat*, 536; *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, c. III, 9; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 101.

¹¹⁰ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 86; Hasan Hacak, “İrtifak” *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 461; İbn Receb, *el-Kavâid*, 192-198; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 102; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 72.

¹¹¹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 31.

veren sınırlı aynî haktır. Örneğin bir taşınmaz üzerinde geçit hakkı sahibi olan kişi yalnızca o taşınmazdan geçme hakkına sahip olup ilgili taşınmaz üzerinde farklı tasarruflarda bulunamaz. Ayrıca irtifak hakkı sahibinin bu geçme hakkına da engel olunamaz. İrtifak hakkı sahibinin icra etmiş olduğu fiiller, hakkın olumlu (aktif) yönünü oluştururken, taşınmaz sahibinin katlanma ve kaçınma yükümlülüğü irtifak hakkının olumsuz (pasif) yönünü oluşturacaktır. Örneğimizde geçit hakkı sahibinin yüklü taşınmaz üzerinden geçmesi irtifak hakkının aktif yönünü, yüklü taşınmaz sahibinin bu geçişe katlanması ve geçişi engelleyici tasarruflardan kaçınması irtifak hakkının pasif yönünü oluşturacaktır.¹¹²

Verdiği yetkiler göz önüne alındığında irtifak haklarını mülkü'l-menfaanın bir çeşidi olarak görenler¹¹³ olduğu gibi buna karşı çıkanlar da bulunmaktadır. Bazı eserlerde irtifak hakları için hukuk-ı mücerrede terimi kullanılmaktadır. Keza ÜMK'da mücerret hak, bir taşınmaz lehine bir başka taşınmazın menfaati üzerinde kurulu olan irtifak hakkı olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁴ İrtifak hakları için mücerret hak tabirini kullanan hukukçular, irtifak haklarını eşyanın kuru mülkiyetinden ayrılmış bir yararlanma hakkı olarak görüp, mülkiyete konu olamayacaklarını savundukları için, mülkü'l-menfaa kapsamında değerlendirme yapanlara karşı çıkmışlardır.¹¹⁵ Hanefî fıkıh kitaplarında bazı irtifak hakları mücerret hak olarak nitelendirilir.¹¹⁶ Geçit irtifakı, şirb hakkı ve su akıtma hakkı (hakk-ı mesil) Mecelle'de mücerret hak olarak ele alınmış ve ancak araziye bağlı olarak bu hakların satımının mümkün olacağı düzenlenmiştir.¹¹⁷ Mecelle şârihlerinden Ali Haydar Efendi bunun nedeninin sayılan hakların mücerret hak olmasından kaynaklı olduğunu belirtirken¹¹⁸ yine Mecelle şârihlerinden olan Âtîf Bey, hakk-ı mururu hukuk-ı

¹¹² Berki, *Aynî Haklar*, 99; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 42, 43; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 699; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 38; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 61; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 636, 637; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 28, 29; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 18; Recep Özdemir, *İslam Hukukunda Mülkiyet (Teori ve İktisap)* (İstanbul: Hiperyayın Yayınları, 2018), 251; Antalya, *Eşya Hukuku*, 112.

¹¹³ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 86; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 24.

¹¹⁴ ÜMK, m. 1271.

¹¹⁵ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 87.

¹¹⁶ İbn Nüceym, *Resail*, 236, No: 636; Hacak, *Hak Kavramı*, 129.

¹¹⁷ MAA, m. 216; *Mürşidü'l-Hayrân*'da da bu hakların ancak araziye bağlı olarak satım sözleşmesine konu olabilecekleri kabul edilmiştir. *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 47.

¹¹⁸ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 313; Benzer görüş için bkz. Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l Mecelle*, c. II, 85.

mücerrede olarak nitelendirerek, geçilecek mahallin rakabesinin hakk-ı murur sahibine ait olmayacağını, hakk-ı murur sahibinin yalnızca oradan geçme hakkına sahip olacağını ifade etmiş ve bu haklara yönelik Hanefî anlayışı belirtmiştir.¹¹⁹ İlk Mecelle Şârihi olan Şemsi Efendi de benzer şekilde mesil hakkının satımının hukuka uygun olmayacağını, şirb hakkı ve murur hakkının ise akara bağlı olmaksızın mücerret hak sayılacaklarını bundan dolayı da satımlarının hukuka uygun olmayacağını ifade etmiştir.¹²⁰ Mecelle komisyonunda yer almış olan ve külli kâideleri şerh eden Ömer Hilmi Efendi de hakk-ı mururu bir mücerret hak olarak ele almış ve açıklamalarını bu doğrultuda yapmıştır.¹²¹ Ancak İslâm hukukçularının çoğunluğu irtifak haklarını milkü'l-menfaa kapsamında ele alır ve bir nâkıs mülk olarak değerlendirir.¹²² Mecelle Tadil Komisyonu da bu doğrultuda değişikliğe giderek bu hakları hukuk-ı müekke¹²³ olarak nitelendirmiş ve mücerret hak olarak kabul etmemiştir.¹²⁴ Hanefîlerin görüşüne göre dahi kaynak hakkı ve geçit hakkını mücerret bir hak saymak asla mümkün değildir. Çünkü kaynak hakkına göre hak sahibi, hakkın miktarı kadar su kullanabilir. Bu su ihraz edilmeden sahibinin mülkiyetinde de değildir. Geçit hakkında ise hak sahibinin yararlanacağı yol belirlidir. Bu iki hakta da maldan ve milkten tamamen ayrı bir halde bulunan mücerret haktan bahsedilemez.¹²⁵ Hal böyleyken irtifak haklarının kimisi için mücerret hak tabirinin kullanılması hukuk bütünlüğünü sağlamayacaktır. Nitekim diğer irtifak haklarını da tamamen mal ve milkten

¹¹⁹ Âtıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*, c. II, (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1318), 23.

¹²⁰ Şemsi Efendi, “İlk Mecelle Şerhi: Şemsi Efendi’nin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Kavâ'id-i Külliyesinin Şerhi Adlı Eseri”, haz. Sami Erdem, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 29 (2020), 74.

¹²¹ Ömer Hilmi Efendi, “Mirâtü'l-Mecelle”, 50, 51.

¹²² Bilgin, “İrtifak Hakları”, 89; Hacak, *Hak Kavramı*, 129.

¹²³ “İslâm hukukunda mülkiyet hakkında olduğu gibi konusu ayn teşkil etmeyen ve ayândan ayrı olarak düşünülebilen haklara müfred haklar denir.” Müfred haklar, hukuk-ı müekke¹²³ ve hukuk-ı mücerrede olmak üzere ikiye ayrılır. Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 703.

“Hukuk-ı Mücerrede: Def-i zarar için sabit olan ve örf-adet haline gelmedikçe devri ve bedel karşılığında verilmesi caiz olmayan haklardır. Şuf'a hakkı, şart muhayyerliği hakkı ve vakıf mallardaki istihkak hakkı gibi.” Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 703.

“Hukuk-ı Müekke¹²³: Def-i zarar için olmayıp asaleten sabit olan hukuktur.” Akgündüz, *Hukuk İstihkakları*, 530; “Hakk-ı mü'ekke¹²³: Mülkten mücerred olan kuvvetli haktır. Rehin hakkı gibi ki mürtehinin merhuna malik olmadığı ve hukuk-ı mücerrededen i'tiyaz dahi ca'iz olmadığı halde mürtehinin merhundaki hakkı, hukuk-ı mü'ekkededir. Merhununu itlaf eden kimseden mürtehin talep ve dava ederek merhunun mislini veya kıymetini alır.” *Türk Hukuk Lûgati*, 113; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 172.

¹²⁴ Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* (İstanbul: OSAV Yayınları, 1997), 354.

¹²⁵ Hacak, *Hak Kavramı*, dn. 340.

ayrı olarak değerlendirmek mümkün değildir. Dolayısıyla burada cumhurun görüşünün daha isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

İrtifak haklarını ilk kez terim anlamıyla kullanan Kadri Paşa “*Bir taşınmaz üzerinde başka bir şahsa ait diğer bir taşınmazın yararına olarak kabul edilen bir haktır*” şeklinde tanımlamıştır.¹²⁶ İslâm Konferansı Teşkilatı’na bağlı İslâm Fıkıh Akademisi de irtifak haklarına yönelik tanımını Kadri Paşa’nın tanımı ile aynı doğrultuda yapmıştır.¹²⁷ SMK’da ve BAEMK’da Kadri Paşa’nın tanımının kabul edilmiş olduğu görülmektedir.¹²⁸ Keza ÜMK’da da irtifak haklarının mücerret hak olduğu da belirtilerek Kadri Paşa’nın tanımının aynısı yapılmıştır.¹²⁹ Sonradan gelen birçok İslâm hukukçusunun Kadri Paşa’nın bu tanımını benimsemiş olduğunu ifade eden Ali el-Hafif, bu nitelendirmenin Kadri Paşa tarafından Batılı hukukçulardan alınmış olabileceğini ifade etmektedir.¹³⁰ Dolayısıyla yalnızca ayna bağlı menfaat mülkiyetinin irtifak hakkı olarak değerlendirilip, şahsa bağlı menfaat mülkiyetinin bu kapsam dışında tutulması çok keskin bir ayırım olmayıp bir isimlendirme farkı olarak karşımıza çıkmaktadır. İrtifak haklarının Kadri Paşa’nın tanımı ile ifade edilmesi, intifa, süknâ, şefe ve teallî başta olmak üzere şahsa bağlı menfaat mülkiyeti kapsamında incelenen hakları irtifak haklarının dışında bıraktığı ifade edilmiş ve bundan dolayı eleştirilmiştir.¹³¹ Ancak bu tanım irtifak haklarının çeşitleri anlatılırken görüleceği üzere eşyaya bağlı olarak tesis edilen teallî hakkını da kapsamına almaktadır. Şefe hakkı ise bir irtifak hakkı niteliğinde olmayıp, ibâha niteliğinde bir yetkidir.¹³² Bununla birlikte şefe yetkisini irtifak hakkı olarak nitelendirmekle birlikte, Kadri Paşa’nın tanımına katılan yazarlar da mevcuttur.¹³³ Bu durum aslında onların en azından düzensiz kişisel irtifaklar bakımından, irtifak haklarının yalnızca bir taşınmaz lehine kurulması fikrinde çok da ısrarcı olmadıklarını, intifa ve

¹²⁶ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 37; Hacak, *İrtifak Hakları*, 24; Akgündüz, *Hukûk Istılahları*, 606; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 257.

¹²⁷ Karar no: 171; 18/9, *Mecelleti Mecmau'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 443.

¹²⁸ SMK, m. 574; BAEMK, m. 1362.

¹²⁹ ÜMK, m. 1271.

¹³⁰ el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 89.

¹³¹ Zeydân, *el-Medhal*, 220, No: 263; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 89; Hacak, *İrtifak Hakları*, 28, 29; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 73.

¹³² *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 301; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 114, 115.

¹³³ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 97.

süknâ hakları gibi şahsi menfaat haklarına karşı bir ayırmda bulunmak maksadıyla bu tanıma katıldıklarını göstermektedir. İntifa ve süknâ hakları ise gerçekten bu tanımın dışında bırakılmışlardır. İslâm hukukçuları kaynak hakkının şahsa bağlı olarak tesisini mümkün görmekte ve bu durumda yalnızca bu hakkın dava konusu edilebileceğini ifade etmektedirler.¹³⁴ Keza Mecelle’de de geçit ve su akıtma irtifaklarının kişisel irtifak olarak kurulabileceğine ilişkin maddeler yer almakla birlikte¹³⁵ intifa ve süknâ hakları irtifak hakkı olarak düzenlenmemiştir.

İrtifak, Hanefiler’e göre bir akarın menfaatinden başka birisinin istifade etmesi amacıyla kararlaştırılmış bir hak olarak tarif edilirken, cumhura göre bir akara ait olan bazı menfaatleri elde etmek olarak tanımlanmıştır. Başta Malikiler olmak üzere cumhura göre bir insanın akardan istifadesinin yanında, akarın akardan istifadesi de mümkündür.¹³⁶ Bu tanıma göre özellikle düzensiz kişisel irtifaklar bakımından bir sorun kalmamaktadır. Dolayısıyla her ne kadar Kadri Paşa’nın tanımına katılıyor olmakla birlikte bir kimsenin eşyaya bağlı olmaksızın taşınmazdan faydalanabileceği bazı durumları da irtifak hakkı kapsamında değerlendiren yazarların, bu tanımdan etkilenmiş oldukları görülmektedir.

Klasik dönem Roma Hukukunda, İtalyan Medeni Kanununda ve Fransız Medeni Kanununda irtifak hakları Kadri Paşa’nın tanımındaki şekliyle kabul edilmiştir. Buna göre irtifak hakları ancak bir taşınmaz üzerinde başka bir taşınmaz lehine kurulabilen ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma yetkisi veren aynî haklar olarak kabul edilmiştir.¹³⁷ Alman hukukunda ise şahsa bağlı irtifak hakları düzensiz biçimde el değiştirmelerine izin verilmeksizin kabul edilmiştir.¹³⁸

¹³⁴ Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd el-Mevsîlî el-Beldecî, Mecdüddin Ebu’l-Fazl el-Hanefî, *el-İhtiyar Ta’lîlî’l-Muhtar* (Kahire: Matbuatu’l-Halebî (Suret: Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye), c. III, 70; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslamî*, c. VII, 103.

¹³⁵ MAA, m. 1145, 1168, 1225, 1226, 1232.

¹³⁶ *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, c. III, 10; Abdullah b. Amr es-Sahibânî, “Hakku’l-İrtifak ve Tabîkâtü’l-Muâsıra”, *Mecelletü’l-Külliyetü’ş-Şeriat ve Kanun bi-Tefhenâ’l-Eşrâf (JFSLT)*, 15/1 (2013), 597; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 172, 173.

¹³⁷ Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 694; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 895.

¹³⁸ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 64.

Mer'î hukukta irtifak hakları, “Bir taşınmaz üzerinde, bir kullanma ve yararlanmaya rıza göstermeyi, yahut mülkiyete özgü bazı hakların kullanılmasından kaçınmayı gerektiren ve diğer bir taşınmaz veya kişi yararına aynî hak olarak kurulan yüküm.”¹³⁹ olarak tanımlanmaktadır. Mer'î hukuktaki tanımı itibariyle irtifak hakları bir taşınmaz lehine kurulabileceği gibi bir kişi lehine de kurulabilmektedir. Bu tanımı itibariyle mer'î hukuktaki eşyaya bağlı irtifaklar cumhurun tanımına uygun şekilde tarif edilmiştir. Bunun yanında mer'î hukuk açısından irtifak hakları sadece bir taşınmaz üzerinde kurulan hakları değil, bir malvarlığı, taşınır veya alacak üzerinde de kurulabilen intifa hakkını da kapsamına almaktadır. Keza bir taşınmazdaki yapıdan tam bir yararlanma yetkisi veren üst hakkı da bu kapsam içerisine dahil edilmektedir.¹⁴⁰

Abdulkerim Zeydan, Kadri Paşa'nın Mürşidü'l-Hayran'da yer alan tanımı nedeniyle yalnızca bir gayrimenkulun lehine kurulmuş olan, gayrimenkuller üzerindeki hakların irtifak hakkı olarak isimlendirilmiş olduğunu oysa ki kat irtifakı, komşuluk hakkı gibi hakların da İslâm hukukçuları tarafından irtifak hakları arasında ifade edildiğini belirtmektedir.¹⁴¹ Buna göre mer'î hukukta ele alındığı şekliyle intifa hakkı ve süknâ hakkı gibi farklı haklar da irtifak hakları kapsamında değerlendirilebilir. Benzer değerlendirmede bulunan İslam hukukçuları bir gayrimenkulün üzerinde kurulmuş olan hakkın da bir gayrimenkul veya şahıs lehine olabileceğini ifade etmişlerdir.¹⁴² Keza Maverdî, kamu mülkiyetine tabi bir taşınmaz üzerinde belirli bir topluluk yararına kurulmuş olan hakları irtifak hakları olarak nitelendirmiştir.¹⁴³ Bu durum irtifak haklarının tüzel kişilik lehine de kurulabileceği izlenimini oluştursa da, burada köy halkı, belde halkı gibi bir topluluğa tanınmış olan özel nitelikli bir ibâha yetkisinden bahsedilecektir. İslâm hukukçuları genellikle bu kapsamda bir değerlendirmede bulunmamışlar ve Kadri Paşa'nın tanımı doğrultusunda irtifak hakları olarak yalnızca

¹³⁹ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 257; Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 168, 169; *Türk Hukuk Lûgati*, 166; TMK, m. 779, 794 vd.

¹⁴⁰ Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 44; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 895; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 43.

¹⁴¹ Zeydân, *el-Medhal*, 220, No: 263.

¹⁴² Muhammed Mustafa eş-Şelebi, *el-Medhal fi't-Ta'rif bi'l-Fıkhı'l-İslâmi ve Kavaidü'l-Milkiyye ve'l-Ukûd Fihî*, (Beyrut: Daru'n-Nadha, 1962/1382), 308, 309; Yusuf Musa, *el-Emval*, 168; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 117, 118; Hacak, *İrtifak Hakları*, 29, 30; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 107, 108.

¹⁴³ Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed bin Habib el-Basrî el-Maverdî, *el-Ahkâmü's Sultaniye*, thk. Ahmet Câd, (Kahire: Dâru'lhadis Yayınevi, 2006), 279.

eşyaya bağlı irtifakları nitelendirmişlerdir.¹⁴⁴ Ayrıca klasik fıkıh kitapları ve Mecelle'den anlaşıldığı üzere düzensiz kişisel irtifaklar kapsamında şahıs lehine kurulabilecek bazı haklar da irtifak hakkı kavramı içerisinde değerlendirilmekle birlikte intifa ve süknâ hakları genellikle irtifak hakları kapsamında değerlendirilmemiştir. Bu noktada şahsa bağlı menfaat mülkiyeti ile ayna bağlı menfaat mülkiyeti arasında bir isimlendirme farklılığına gitmişlerdir. Bu çalışmada ise öncelikli olarak eşyaya bağlı irtifaklar incelenecek olup, ardından şahsa bağlı menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirilen haklara yer verilecek, son olarak ise irtifak hakkı olmaları açısından niteliği tartışılmalı haklar ele alınacaktır.

1.2.2. İrfak

İrfak, pazar yerleri, yollar, meydanlar gibi herkesin kullanımına açık kamu mallarını ifade etmek için kullanıldığı gibi; bir kimseye menfaat tahsis etmek, bir şeyi kolaylık ve yumuşaklıkla çözmek anlamlarında da kullanılmaktadır.¹⁴⁵ Terim anlamıyla irfak, akardan istifade yetkisi tanımak olarak kullanılmaktadır. Buna göre, bir kimsenin başka bir kimseye kendi arazisinden geçme veya su geçirme izni vermesi gibi akardan herhangi bir şekilde belirli bir süreyle veya sürekli bir şekilde yararlanma imkanı tanınması irfak kavramı ile ifade edilebilir.¹⁴⁶

Maverdi irfak kavramı ile kamu mülkiyetindeki bir taşınmaz üzerinde, bir toplum lehine kurulmuş olan irtifak haklarını ifade etmiştir.¹⁴⁷

İrfak kavramı özellikle Maliki İslâm hukukçuları tarafından bir menfaatin karşılıksız olarak devredilmesi olarak geliştirilmiş ve bağlayıcılık bakımından ariyet hükmündedir. Bu mezhep bakımından irfak yapılması tavsiye edilmiş bir işlemdir.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî*, c. V, 43.

¹⁴⁵ *Türk Hukuk Lûgati*, 166; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 256.

¹⁴⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 32; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 102.

¹⁴⁷ el-Maverdî, *el-Ahkâmü's Sultaniye*, 279.

¹⁴⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 32.

Tanımlardan görülebileceği üzere irtifak kavramı doğrudan irtifak hakları kavramını ifade etmiyor olup, irtifak haklarının doğması için bir sebep niteliğindedir.¹⁴⁹

1.2.3. Merâfık ve Hukuk

Merâfık sözlükte, “dirsekler, mutfaklar, kilerler”¹⁵⁰ anlamlarına gelmektedir. Istılahta merâfık, “Bir şeyin tamamlayıcı unsurlarından, müştemilatından olup kendisine ihtiyaç görülen şeyler”¹⁵¹, “kendisinden yararlanılan arazi”¹⁵² olarak tanımlanmıştır. Merâfık kavramı, klasik İslâm hukuku eserlerinde bir akara izafe edilerek kullanıldığı takdirde, irtifak haklarının muhtevasını ifade etmektedir. Hukuk kavramını, sınırlı aynı hak kavramını ifade etmek için incelemiştik. Bununla birlikte kullanım alanı çok geniş olan hukuk kavramı hukuku’l-mebî, hukuku’l-memluk, hukuku’l-akar gibi kullanılarak merâfık kavramı gibi bir akara izafe edildiği takdirde irtifak haklarını ifade etmek için de kullanılmıştır.¹⁵³

Ebu Hanife ifade etmiş olduğumuz kapsamı itibariyle hukuk ve merâfık kavramlarını birbirine eşit görmüş ve birçok fıkıh kitabında hukuk kavramı ile eş anlamlı olarak merâfık kavramı kullanılmıştır.¹⁵⁴ Ancak Ebu Yusuf merâfık kavramını bir akarın kendi bünyesi içindeki veya dışındaki tüm menfaatler olarak ifade etmiş ve hukuk kavramından farklı olduğunu belirtmiştir. Buna göre evin mutfağı, lavabosu dahi merâfıkındandır ve bu nedenle merâfık hukuk kavramından daha geniş bir muhtevaya

¹⁴⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 33.

¹⁵⁰ Develioğlu, *Lûgat*, 738.

¹⁵¹ Bilmen, *Terimler Sözlüğü*, 140; Akgündüz, *Hukûk Istılahları*, 822; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 172; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 362.

¹⁵² Yazır, *Fıkıh Istılahları Kamusu*, c. III, 413.

¹⁵³ İbn Receb, *el-Kavâid*, 192-198; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 86; Hacak, *İrtifak Hakları*, 33.

¹⁵⁴ İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dımeşkî, *Reddû'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr*, 2. Baskı (Beyrut: Dâr'ul-Fikir, 1386/1966), c. V, 187; Şeyh Bedreddin Simâvî, *Câmiu'l-Fusuleyn* (Yargılama Usulüne Dair), ed. Hacı Yunus Apaydın (Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2012), 160; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 10.

sahiptir denilmektedir.¹⁵⁵ Bununla birlikte hukuk kavramının da aynı muhtevayı ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir.¹⁵⁶

Hukuk ve merâfık kavramları, bir akardan yararlanabilmek için zaruri olan şirb ve mecra hakkı gibi unsurları veya kiriş koyma ve balkon çıkıntısı gibi akara bağlı unsurları ifade etmek için kullanılmıştır. Bu kullanımları ile bir menfaat temini sağladıkları görülmektedir.¹⁵⁷ Bununla birlikte kişinin kendi malları üzerindeki yetkisini ifade etmek için de hukuk ve merâfık kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bundan dolayı bu kavramlar, irtifak haklarını ifade ediyor olmakla birlikte irtifak haklarından daha geniş bir kapsam için kullanım alanı bulmaktadır.¹⁵⁸

Hukuk ve merâfık kavramları, fıkıh kitaplarında geçmiş olduğu yerler dikkate alındığı takdirde bir akar üzerinde başka bir akar lehine kurulmuş olmaları ve hak sahibine üzerinde kurulmuş olan akarın menfaatinden faydalanma yetkisi vermesi açısından Kadri Paşa'nın tanımında yer alan irtifak hakkı kavramı ile örtüşür bir nitelik arz ettiği belirtilebilir. Bundan dolayı klasik fıkıh kitaplarında irtifak hakkı kavramı yerine özellikle bir akara izafe edildikleri takdirde hukuk ve merâfık kavramlarının kullanılmış olduğu belirtilebilir. Bununla birlikte bu iki kavramın da daha geniş bir muhtevayı haiz olduğu unutulmamalıdır.¹⁵⁹

2. İRTİFAK HAKLARININ HUKUKİ DAYANAĞI

Kur'ân-ı Kerim'de ve Sünnette bazı irtifak çeşitlerinin meşru görüldüğüne dair naslar bulunmaktadır. Kur'ân-ı Kerim'de Salih aleyhisselam kıssasında kaynak hakkına yönelik ayetler inmiştir.

¹⁵⁵ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, c. V, 187; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 10; Hacak, *İrtifak Hakları*, 34.

¹⁵⁶ Serahsî, *Mebsut*, c. XIV, 136, 137; İbn Kudâme el-Makdisî, Ebû Muhammed 'Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemâ'îlî, *el-Muğnî*, nşr. 'Abdullâh et-Turkî, 'Abdulfettâh Muhammed el-Hulv, (Riyad: 'Alemlü'l-Kutub, 1417/1997), c. VI, 140, 141.

¹⁵⁷ Serahsî, *Mebsut*, c. XIV, 136; Kâsânî, *Bedâiu's-Sana'i*, c. V, 164; c. VII, 29; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, c. V, 186 – 188; Yargı kararlarında hukuk ve merâfık kavramları ile birlikte menfaat kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVI, 83, No: 53; c. 60, 146, No: 104; c. 65, 367, No: 372.

¹⁵⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 34.

¹⁵⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 35.

*“Onlara, suyun (deve ile) kendileri arasında (nöbetleşe) paylaştırıldığını, bildir. Her su nöbetinde (şirb) sahibi hazır bulunsun.”*¹⁶⁰

Cessas, İmam Muhammed’in bu ayeti kişilerin bir su kaynağından nöbetleşe yararlanmak için anlaşma yapmalarının meşruiyetine delil kabul ettiğini belirtmiş ve kendisi de bu ayetin anlaşma ile bir menfaatten nöbetleşe yararlanılabileceğine delil olduğunu ifade etmiştir.¹⁶¹

*“Salih, şöyle dedi: “İşte bir dişi deve! Onun (belli bir gün) su içme (şirb) hakkı var, sizin de belli bir gün su içme (şirb) hakkınız vardır.”*¹⁶²

Bu ayette “şirbun” kelimesi sudan hak edilen payı belirtir¹⁶³ ancak bu payla ifade edilen yalnızca insanların su içmesi değil, aynı zamanda hayvanların ve tarlaların sulanmasıdır.¹⁶⁴

Bu ayetler kaynak hakkının hukuka uygun olduğunu göstermektedir. Bu ayetlerden yola çıkarak, bir kişinin kendi taşınmazı üzerinde başka kişiler lehine kaynak hakkı tesisinin hukuka uygun olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla bu ayetler irtifak haklarının meşruiyeti için birer delil konumundadırlar.¹⁶⁵

Sünnetten ve sahabe uygulamalarından da irtifak haklarının meşruiyetine dair deliller vardır.

Abdullah ibn Zübeyir (r.anhuma)’dan gelen bir rivayette Zübeyir b. Avvam (r.a.) ile Ensar’dan bir sahabe arasındaki tarlaları suladıkları su yolları ve su nöbetinden kaynaklı bir uyuşmazlık nakledilmiştir. Buna göre su öncelikle Zubeyir (r.a.)’ın hurmalığına geliyor sonra Ensar’dan olan sahabenin tarlasına gidiyordu. Ensar’dan olan

¹⁶⁰ Kamer, 54/28.

¹⁶¹ Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi el-Cessas, *Ahkâmu 'l-Kur'ân*, trc. Mehmet Keskin, c. VIII (Ankara: İ'tisam Yayınları, 2018), 393.

¹⁶² Şuarâ, 26/155.

¹⁶³ Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî, *el-Câmiu li-Ahkâmi 'l-Kur'ân ve 'l-Mübeyyinu Limâ Tedammenehû Mine's-Sünneti ve Âyi 'l-Furkân*, trc. Beşir Eryarsoy, c. XVI (İstanbul: Buruc Yayınları, 2015), 520.

¹⁶⁴ Hamdi Döndüren, *Ahkâmu 'l-Kur'ân / Kur'ân-ı Kerim ve Fıkhi Tefsiri*, 1. Baskı, c. VI (İstanbul: Erkam Yayınları, 2020), 649.

¹⁶⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 36, 37.

sahabe Zubeyr (r.a.)’ten suyu bırakmasını istemiş, o da kendi hurmalığını sulamadan suyu bırakmayacağını belirtmişti. Bunun üzerine iki taraf uyuşmazlıklarını Rasulullah (s.a.v.)’in huzuruna taşımışlardır. Rasulullah (s.a.v.) öncelikle Zubeyr (r.a.)’e tarlasını suladıktan sonra suyu salmasını söylemiş ancak Ensar’dan olan sahabenin bu hükme itirazı neticesinde Zubeyr (r.a.)’ın tarlasını, su hurma ağaçlarının köklerine erişinceye kadar sulayabileceğini ve bu esnada suyu hapsedebileceğini belirtmiştir.¹⁶⁶

Ebu Hureyre (r.a.)’ın nakletmiş olduğu bir rivayete göre Rasulullah (s.a.v.) fazla sudan bir başkasının kullanmasının men edilmemesini ifade etmiştir.¹⁶⁷ Bu hadisten suyun mülk edinilebileceği, dolayısıyla sözleşmelere konu olabileceği çıkarımı yapılmıştır.¹⁶⁸

Rasulullah (s.a.v.) birisinin tarlasındaki, hurma ağacından faydalanma hakkı veya sudan faydalanma hakkı olan kişinin o tarladan geçme hakkının da olacağını ifade etmiştir.¹⁶⁹ Yani bu hadiste birisine ait taşınmaz üzerinde bir başkasının sudan yararlanma, ağaçların meyvesinden yararlanma yani intifa ve geçit haklarının olabileceği belirtilmektedir.¹⁷⁰

Bu hadislerden bir su kaynağından ortaklaşa yararlanmanın mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Serahsî, Rasulullah (s.a.v.) döneminden beri insanların bu uygulamayı yapageldiklerini ve kimsenin bu uygulamayı inkar etmediğini belirtmiştir.¹⁷¹

Ebu Hureyre (r.a.)’ten rivayet edilen bir hadise göre Rasulullah (s.a.v.) hiç kimsenin, komşusunu duvarına giriş koymaktan men edemeyeceğini belirtmiştir.¹⁷² Bu

¹⁶⁶ Buhârî, *Kitabu’l-Müsâkât*, 6-8.

¹⁶⁷ Buhârî, *Kitabu’l-Müsâkât*, 2.

¹⁶⁸ İbn Hacer el-Askalânî, *İthâfû’l-Kârî bi’İhtisâri Fethu’l-Bârî*, İhtisar eden: Ebû Suhayb Safâ Ed-Davvî Ahmet el-Adevî, trc. Soner Duman, Abdullah Durmuş, Osman Güman (İstanbul: Polen Yayıncılık, 2007), c. V, 255.

¹⁶⁹ Buhârî, *Kitabu’l-Müsâkât*, 17.

¹⁷⁰ el-Askalânî, *Fethu’l-Bârî*, c. V, 281.

¹⁷¹ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 161.

¹⁷² Buhârî, *Kitabu’l-Mezâlim ve’l-Gasb*, 20; Müslim, *Kitabu’l-Müsâkât*, 29 (1609); İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, *Sünen-i İbn Mâce*, thk. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, (yy.: Daru’l-İhyau’l-Kütübi’l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431), *Ahkâm*, 15; Ahmed b. Hanbel, Ebû ‘Abdullâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî, *el-Musned* (nşr. Ebû’l-Mu‘âfi en-Nûrî), I-VI, (Beyrut: ‘Âlemu’l-Kutub, 1419/1998), c. I, 255.

hadis kiriş koyma irtifakının meşruiyetine delalet etmektedir. Bunun yanında irtifak haklarının kanundan doğabileceğini de bize göstermektedir.¹⁷³

Hz. Ömer (r.a.), Dahhak b. Halife ve Muhammed b. Mesleme arasındaki su akıtma (mecra) irtifakı ile ilgili bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuştur. Dahhak b. Halife arazisini sulamak amacıyla Medine yakınlarında akan bir nehirden arazisine su akacak bir kanal açmak istemiştir. Ancak bu suyun arazisine ulaşması için Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçmesi gerekmektedir. Muhammed b. Mesleme ise kendi arazisinden su geçirmeyi kabul etmemektedir. Dahhak bu mecra'nın Muhammed'in arazisine hiçbir zararı olmayıp bilakis faydasının olacağını belirterek onu ikna etmeye çalışsa da başarılı olamamıştır. Bunun üzerine Dahhak aralarındaki uyuşmazlığı Hz. Ömer (r.a.)'ın önüne getirmiştir. Hz. Ömer (r.a.) önce Muhammed'e suyun arazisinden geçmesinin kendisi içinde yararlı olduğunu ve bir zararının olmadığını bu duruma izin vermesini söylemiş ancak Muhammed izin vermeyince, hükmünü suyun Muhammed'in arazisinden geçirilmesi yönünde kurmuştur.¹⁷⁴ Hz. Ömer (r.a.)'ın bu hükmü mecra irtifakının meşruluğuna bir delil olarak görülmektedir. Ayrıca burada mecra irtifakının kanun tarafından kurulabileceğine de işaret vardır.

Hz. Ömer (r.a.)'ın önüne gelen mecra irtifakı ile ilgili bir olay daha bize nakledilmiştir. Bu olayda Abdurrahman b. Avf (r.a.) başkasının arazisinde bulunan mecrasını, kendi arazisi açısından daha uygun olacağını düşündüğünden dolayı bu arazinin başka bir kısmına taşımak istemiştir. Ancak bu duruma arazi sahibi razı olmamıştır. Bunun üzerine Abdurrahman b. Avf (r.a.) Hz. Ömer (r.a.)'a başvurmuştur. Hz. Ömer (r.a.) ise mecranın yerinin değiştirilmesini uygun bulmuş ve bu yönde hüküm kurmuştur.¹⁷⁵ Bu olayda da mecra irtifakının meşru bir hak olarak ele alındığı görülmektedir. Burada mecra irtifakı hakkı olan kişinin, kullanım hakkına konu olan taşınmaz kısmının değiştirilmesini talep edebileceğine de delalet vardır. Ancak bu talebin gerekli koşulları sağlaması gerekmektedir.

¹⁷³ el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, c. V, 364.

¹⁷⁴ Mâlik b. Enes, *Muvatta'*, thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, (Beyrut: Daru'l-İhyau't-Turâsi'l-Arabî, 1406/1985), *Akdiye*, 33.

¹⁷⁵ *Muvatta'*, *Akdiye*, 34.

Kur'ân, Sünnet ve sahabe uygulamalarından nakledilmiş olan bu deliller özellikle kaynak (şirb) hakkı, su akıtma (mecra) hakkı ve giriş koyma haklarının meşruiyetini ispat etmektedir. Dolayısıyla bu deliller irtifak haklarının kabul edilmiş olduklarına birer işaret niteliğindedirler. Bu deliller ışığında bir yasaklama normu olmadığı müddetçe irtifak haklarının kurulabileceği sonucu çıkarılabilir. Bununla birlikte bu delillerde irtifak haklarının sözleşme yoluyla nasıl kurulacağına bir işaret yoktur. Bazı irtifak haklarının kanunen kurulabileceği ise bu delillerde görülmektedir. Ancak irtifak haklarının kurulmuş olduğunu ve bu hakların niteliğinin bu örneklerde tartışılmadığını görmekteyiz. Kurulması açısından sözleşmelerin hükümleri ve ilk dönemden itibaren nasıl bir uygulama izlendiğinin incelenmesi gerekecektir.

3. İRTİFAK HAKLARININ MAHİYETİ VE ÖZELLİKLERİ

3.1. İRTİFAK HAKLARININ HUKUKİ MAHİYETİ

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak hakları milkü'l-menfaa kapsamında değerlendirilir. Bir menfaat mülkiyeti olan irtifak hakları nâkıs (eksik) mülkiyet olarak da ifade edilir. Bu isimlendirmelere dair açıklamalar kavramsal çerçeve içerisinde yapılmış olduğu için burada tekrar edilmeyecektir. Eksik mülkiyet olarak belirtilen irtifak hakları mülk edinilebilir niteliktedir ve taşınmazları ilgilendirir. Taşınmaz üzerinde bir başka taşınmaza bağlı şekilde kurulan irtifak hakları devamlı olarak bu taşınmazlara tabidir. Taşınmazların mülkiyeti kime intikal etmiş olursa olsun durum değişmeyecektir. Bu haklar, aynî hak olmalarından dolayı, hak sahibi vazgeçmedikçe veya meşru bir nedenden ötürü son bulmadıkça, yararlanan veya yüklü taşınmazların devrinden etkilenmeyecekler, varlıklarını sürdürebileceklerdir. Bu görüş Kadri Paşa'nın tanımını esas alan İslâm hukukçuları tarafından savunulmaktadır.¹⁷⁶

İslâm hukukçularının çoğunluğunun kabul etmiş olduğu görüşten, irtifak haklarının yalnızca taşınmaz lehine değil, şahıslar lehine de kurulabilmesini savunarak ayrılan ikinci bir görüş de mevcuttur. Bu görüş sahipleri Kadri Paşa'nın tanımının başına çoğunlukla ibaresi getirerek irtifak haklarının şahıs lehine kurulabilmesine de olanak

¹⁷⁶ Abdüsselam Davud el-Abbadi, *el-Milkiyye fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye*, (Beyrut, Müessesetü'r-Risâle, 2000), c. I, 220; Bilgin, "İrtifak Hakları", 89; Hacak, *İrtifak Hakları*, 24.

verilmesini savunmakta¹⁷⁷ ve şahsa bağlı menfaat mülkiyetinin bu kapsamda değerlendirilmemesinin isimlendirmeden kaynaklı olduğunu, dolayısıyla yalnızca eşyaya bağlı menfaat mülkiyetinin değil, şahsa bağlı menfaat mülkiyetinin de irtifak hakları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler.¹⁷⁸ Klasik fıkıh kitaplarında kaynak hakkının şahsa bağlı olarak tesisini mümkün görmekte ve bu durumda yalnızca bu hakkın dava konusu edilebileceğini ifade etmektedirler.¹⁷⁹ Keza Mecelle’de de geçit irtifakının¹⁸⁰ ve su akıtma irtifakının¹⁸¹, yalnızca taşınmaz lehine değil, şahıs lehine de kurulabileceği düzenlenmiştir. Ali Haydar Efendi de, MAA’nin 1145, 1168, 1225. ve 1226. maddeleriyle geçit hakkının şahsa nispet edilmiş olduğunu, 144. maddede taşınmaza nispet edilerek tanımlanmasına rağmen, 1232. maddesi ile de su akıtma (mesîl) hakkının şahsa nispet edilmiş olduğunu belirtmektedir.¹⁸² Mecelle’de intifa ve süknâ hakları bu kapsamda ifade edilmemiş olmakla birlikte, modern hukuk açısından düzensiz kişisel irtifaklar olarak ifade edilen irtifak hakları tanınmıştır.¹⁸³ Mecelle’nin düzenlemelerinden anlaşıldığı üzere İslâm hukukunda şahsa bağlı irtifak hakları da vardır. Nitekim İslâm hukukçuları irtifak haklarının, hangi hukuki işlemlere doğrudan tabi olduğunu hangilerinde ise ayrıca şart koşulmaları gerektiğini tartışmışlardır. Bu tartışmanın temelinde bazı irtifakların hem eşyaya hem de şahsa bağlı olarak kurulabilmesi, yani İslâm hukukunda düzensiz kişisel irtifakların mevcudiyeti yatmaktadır.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Şelebi, *el-Medhal*, 308, 309; Yusuf Musa, *el-Emval*, 168; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 117, 118; Hacak, *İrtifak Hakları*, 29, 30.

¹⁷⁸ el-Hafîf, *Muâmelâtî’ş-Şer’iyye*, 89; Zeydân, *el-Medhal*, 220, No: 263; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 117.

¹⁷⁹ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 70; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami*, c. VII, 103.

¹⁸⁰ MAA, m. 1225, “*Birinin arsasından, diğer kimsenin hakk-ı mürûru olduğu halde, arsa sahibi anı mürûr ve ubûrdan men’ edemez.*”

m. 1168: “*...Ve eğer tarîkin kapısı konak sahiplerinin olup da, ol kimsenin yalnız hakk-ı mürûru var ise, her biri hakkını alır. Şöyle ki, arsa bir kere hakk-ı mürûr ile ve bir kere hakk-ı mürûrsüz takvîm olunup, iki kısmet beynindeki fazla, hakk-ı mürûr sahibinin olur. Ve bâkisi hane sahiplerine âid olur.*”

¹⁸¹ MAA, m. 1232 “*Bir hanede, hakk-ı mesîli olan kârîzi, hane sahibi yahut satar ise müşterisi, kemâ fi’s-sâbık akmaktan men’ edemez.*”

¹⁸² Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. I, 313; c. III, 2124; c. IV, 2198.

¹⁸³ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 92.

¹⁸⁴ Bu duruma yönelik açıklamalar, irtifak hakkının özelliklerinden, “*İlke Olarak Taşınmaza Tabi Olması*” başlığı altında yapılacaktır.

İrtifak haklarının niteliğine yönelik bir diğer görüş de, bu hakların milk değil ihtisas niteliğinde olduğu yönündedir. Bu görüşe göre yalnızca irtifak hakkı sahibi olan kişinin yüklü taşınmaz üzerinde yararlanma yetkisi vardır. İrtifak hakkı sahibinin herhangi bir tasarruf yetkisi bulunamaz. Ancak irtifak hakları ihtisas yetkisi vermekle birlikte tasarruf yetkisi de verebilmekte ve aynî birer hak konumundadırlar.¹⁸⁵ Dolayısıyla bu görüşe katılmamakla birlikte “*hakku’l-iẖtisas*” başlığı altında gerekli açıklamalar yapıldığı için burada yeniden yer verilmeyecek olup bu kadarla iktifa edilecektir.

İrtifak haklarını mülkiyete konu teşkil edemeyecek olan mücerret haklar olarak değerlendiren Hanefilerin görüşü de irtifak haklarını ihtisas hakları olarak nitelendiren görüşe benzerlik arz etmektedir. Bununla birlikte Hanefiler irtifak haklarını ihtisas olarak değerlendirmeyip mücerret hak olarak değerlendirmekte ve eşyaya bağlı olarak tasarruflarının mümkün olduğunu aksi durumda mümkün olmadığını ifade etmektedirler.¹⁸⁶ Ancak özellikle kaynak ve geçit hakkı için taşınmazdan tamamen ayrı mücerret bir hakkın düşünülmesinin mümkün olmaması nedeniyle bu görüş eleştirilmiş ve Mecelle Tadil Komisyonları’nda da cumhurun görüşü doğrultusunda değişikliğe gidilmiştir.¹⁸⁷ “*Milk*” başlığı altında ayrıntılı bilgi verildiği için burada bu kadar açıklama ile iktifa edilecektir.

Bu görüşler doğrultusunda irtifak haklarının hukuki mahiyetinin anlaşılması için yüklü ve yararlanan taşınmaz kavramları ile yararlanma yetkisinin hukuki açıdan incelenmesi gerekmektedir.

¹⁸⁵ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 89.

¹⁸⁶ MAA, m. 216; *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 47; Serahsî, *Meḇsut*, c. XXIII, 166; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî’*, c. VI, 189; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. V, 80.

¹⁸⁷ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 354.

3.1.1. Yüklü Taşınmaz (Hadim Akar)¹⁸⁸

İrtifak hakkı ile yüklü bulunan ve kendisinden yararlanılan taşınmaz, yüklü taşınmaz¹⁸⁹ olarak isimlendirilir. Bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sağlamış olduğu yetki ve menfaatlerin bir kısmı başka bir taşınmaz lehine sınırlandırılmıştır. Bu taşınmaz üzerine yüklenmiş olan devamlı ve üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebilir nitelikte bir külfet bulunmaktadır. Bu külfetin yüklenmesinin ardından taşınmazın el değiştirmesi, yükümlülüğü kaldırmaz. Çünkü bu yükümlülük sınırlı da olsa bir aynî hak niteliğindedir. Taşınmazın sahibi kim olursa olsun üzerindeki irtifak hakkı devam edecektir.¹⁹⁰ Dolayısıyla yeni malikin irtifak hakkına yönelik rızasının olmadığına yönelik iddiaları dinlenmeyecek, irtifak hakkı mevcudiyetini devam ettirecektir.¹⁹¹

¹⁸⁸ Hadim ve hakim akar kavramları klasik fıkıh kitaplarında kullanılan kavramlar değildir. Bu kavramlar batı hukukundan alınmış ve İslâm hukukçuları tarafından kullanılan kavramlardır. Hacak, *İrtifak Hakları*, 25; Bundan dolayı bu çalışmada bugünkü terminolojide daha çok tercih edilen şekliyle hadim akar yerine yüklü taşınmaz, hakim akar yerine yararlanan taşınmaz kavramları tercih edilmiştir; Ayrıca yüklü taşınmaz için “*katlanan taşınmaz*” ve yararlanan taşınmaz için “*müstefit*” kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir. Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 96; Günümüzde Arapça kanunlarda yararlanan taşınmaz için “*akarı’l-müntefi*” kavramı; yüklü taşınmaz için ise “*akarı’l-mürtefik*” kavramı kullanılmaktadır. BAEMK, m. 1370, 1371, 1372; SMK, m. 578, 579.

¹⁸⁹ Taşınmaz, MAA’nin 129. maddesinde “*Gayr-i menkul: Akar denilen hane ve arazi misillü, mahall-i âhara nakli mümkün olmayan şeydir.*”; *Mürşidü’l-Hayrân*’ın 2. maddesinde “*Akar, bir yerden diğer bir yere nakli mümkün olmayan şey*” şeklinde tanımlanmıştır. Akarın genel olarak, “*Taşınmaz mal, toprak parçası anlamında bir hukuk terimi.*” olduğu belirtilmiştir. Hanefiler ağaçları ve binaları tek başlarına ele aldıklarında akar olarak değil ancak arazi ile birlikte düşündüklerinde akar olarak ifade etmişlerdir. Malikiler ise bina ve ağaçların nitelikleri bozulmadan araziden ayrı bir şekilde varlıklarını sürdürmelerinin mümkün olmadığından bahisle bunları her iki durumda da akar olarak isimlendirmişlerdir. Yusuf Musa, *el-Emval*, 163; Ali Şafak, “Akar”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. 2 (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 221; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 30; Mer’î hukuk açısından ise ağaçlar, geçici maksatlarla dikilen bitki niteliğinde olmadıkları müddetçe taşınmazın bütünüleyici parçası olarak kabul edilmektedir. Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 534.

¹⁹⁰ Ali el-Hafif, *el-Hakku ve’z-Zimme ve Te’sirü’l-Mevti fihimâ ve Buhûsu Uhra* (Kahire: Daru’l-Fikri’l-Arabî, 2010/1431), 86; Hacak, *İrtifak Hakları*, 25; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 104, 105.

¹⁹¹ Malikin mevcut irtifak hakkını kaldıramayacağına yönelik, tarafların iddiaları ve tanık beyanlarını da barındıran bir karar örneği şu şekildedir: “... ‘*İbâdullah Efendi’nin işbu mu’âyene olunan bağının şimâl cânibinde olan duvarının ortasında kadîmden Çaylıbendi demekle ma’rûf sekb olup duvar-ı mezbûrun taşrasında olan nehrin suyundan bizim her birimizin bağlarına sekb-i merkûmdan ve bağ-ı mezbûrun içinden su cârî olagelip her birimizin hakk-ı mecrâmız olup ve bu minvâl üzere ‘amel oluna gelmişiken târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem mezbûr ‘İbâdullah Efendi zikr olunan mecrâlarımızdan bağını muhâfaza murâd etmekle bağ-ı mezbûrun kible tarafında olan köşesinden karşısında olan işde ağacına dek tûlen altmış yedi çift adımı ve ‘arzen sekiz ayak işbu mu’âyene olunan mevzi’ Arık Ahmed’den ve mârû’z-zikr işde ağacından aşağı tûlen kırk üç çifte adımı ve ‘arzen sekiz ayak mevzi’ Laçin nâm kimesneden iştirâ olunup mezbûr ‘İbâdullah Efendi’nin ve bizim rızâlarımız ile mecrâlarımız mevzi’-i kadîmden tahvîl ve duvar hâricinden mârû’z-zikr iştirâ olunan mevzi’den hark ihdâs olunup merkûmun iltimâsıyla bağlarımızın suyunu mârû’z-zikr nehr-i muhdesden alup târîh-i kitâba gelince sekiz senedir bağlarımıza işbu mevzi’-i muhdesden suyumuzu icrâ edegelmişiken hâlen merkûm ‘İbâdullah Efendi kadîmî mecrâmızı sed idüp mâni’ olduğu gibi sonradan ihdâs ettirdiği*”

Mer'î hukuk açısından yalnızca intifa hakları taşınırılar üzerinde de kurulabilir. Bunun dışındaki bütün irtifak hakları taşınmazlar üzerinde kurulacaktır.¹⁹² İslâm hukukçuları açısından da intifa hakkı taşınırılar üzerinde kurulabilir nitelikte olmakla birlikte¹⁹³, İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu tarafından irtifak hakkı olarak nitelendirilmemesinden kaynaklı olarak bu çalışmada, üzerinde irtifak hakkı kurulu olan eşya anlatılırken daha çok yüklü taşınmaz kavramı kullanılacaktır.

Kadri Paşa'nın tanımını esas alan bu görüşe göre yüklü taşınmaz sahibi ile yararlanan taşınmaz sahibinin ise farklı kişiler olması gerekmektedir. Bir kişinin malik olduğu bir taşınmaz üzerinde başka bir taşınmazından yararlanması irtifak hakkı değildir. Bu yararlanma ilgili kişinin malik sıfatı nedeniyle haiz olduğu bir yararlanma hakkı olup ayrıca bir sınırlı aynî hakka dayanmamaktadır. Çünkü malik bir taşınmazın hem rakabesine hem de menfaatine sahiptir. Bir irtifak hakkından bahsedebilmek için yararlanma hakkının ancak başka birine ait bir taşınmaz üzerinde söz konusu olması

mevzi'-i mezbûrdan dahî bağlarımıza su icrâ ettirmeyip mâni' olmuştur su'âl olunup men' ve def' olunması matlûbumuzdur dediklerinde gibbe's-su'âl merkûm 'İbâdullah Efendi cevâbında benim bağımın mârû'z-zikr duvarında Çaylıbendi nâmıyla bend ve bağımın içinden mezbûrların bağlarının hakk-ı mecrâsı yoktur ve zikr olunan mevzi'i ben mezbûr Arık Ahmed'den yedi kuruşa iştirâ eyledim mülkümüdür mezbûrlara su icrâsına rızâ vermedim diye inkâr etmeğin müdde'ün-ı merkûmûndan müdde'âlarını mübeyyine beyyine taleb olundukda 'udûl-i müsliminden 'Ulvîzâde demekle ma'rûf es-Seyyid Mehmed Çelebi ibn es-Seyyid Sâlih ve 'Abdulkâdir Efendi ibn Mahmûd Efendi ve Sefer Halîfe ibn el-Hâc Velî ve 'Alî bin Lutfullah nâm kimesneler liecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olup eserü'l-iştîhâd fî'l-vâki' mezbûr 'İbâdullah Efendi'nin bağının mârû'z-zikr duvarının ortasında kadîmden işbu mu'âyene olunan mevzi'de Çaylıbendi demekle ma'rûf sekb olup ve müdde'ün-ı merkûmûnun bağlarının mârû'z-zikr sekbden ve merkûm 'İbâdullah Efendi'nin bağı içinden hakk-ı mecrâları olup sularını icrâ edegelmişler idi lâkin târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem mezbûr 'İbâd Efendi bağını muhâfaza murâd edip nizâ' etmeleriyle bizim huzûrumuzda işbu mu'âyene olunan duvar köşesinden iğde ağacına varınca tûlen altmış yedi çift adımı ve 'arzen sekiz ayak mevzi'i mezkûr Arık Ahmed'den merkûm 'İbâdullah Efendi yedi kuruşa iştirâ ve mezbûrların bağlarına su mecrâsı için ta'yîn edip ve mârû'z-zikr iğde ağacından aşağı tûlen kırk üç çift adımı ve 'arzen sekiz ayak mevzi' dahî üç guruşa iştirâ olunup bağlarının sularını târîh-i kitâba gelince sekiz senedir Çaylıbendi sed olunmak mukâbelesinde zikr olunan mevzi'lerden iki tarafın rızâlarıyla icrâ edegelmişlerdir biz bu husûsa şâhitleriz şehâdet dahî ederiz diye edâ-i şehâdet-i şer'îye eylediklerinde ba'de'tta' dîl ve 't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın sonradan iştirâ eylediği mülk mevzi'den mecrâyâ râzı olmadıkça mecrâ-yı kadîmleri olan Çaylıbendi'nden müdde'ün-ı merkûmûnun hakk-ı mecrâları olmak üzere mevlânâ-yı mezbûr tenbîh ve hükm eylediğini..." Konya Kadı Sicili, (1102-1103 / 1691-1692), Defter 37, haz. İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2015), No: 16-2, 23; Benzer kararlar için bkz. Konya Kadı Sicili, (1113 / 1701-1702), Defter 39, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016), No: 47-2, 81; Konya Kadı Sicili, (1115-1116 / 1703-1704), Defter 41, haz. İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016), No: 73-1, 95, 96, No: 100-1, 138, 139, No: 155-1, 223, 224.

¹⁹² Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 44; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 86; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 43.

¹⁹³ el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'îyye*, 90.

gerekmektedir.¹⁹⁴ Bu doğrultuda eğer malik daha önceden bir başkasının taşınmazı lehine kendi taşınmazı üzerine bir irtifak hakkı kurmuşsa, yararlanan taşınmaza malik olması durumunda irtifak hakkı kendiliğinden sona erecektir. Tanımdan bu sonuç anlaşılmakla birlikte İslâm hukukçuları bu meseleyi tartışmışlar ve malikin uzun süredir bir taşınmazı lehine başka bir taşınmazından yararlanması durumunda, yararlanmış olduğu taşınmazı (yükü taşınmazı) satması halinde bu hakkın satım sözleşmesinde şart koşulmamış olması durumunda dahi varlığını koruyacağı ifade edilmiştir. Burada önemli olan yararlanan taşınmaz üzerindeki hakkın kadim olmasıdır. Bir kullanımın kadim olması yalnız başına bir irtifak hakkı doğurmamakla birlikte, bu durumda sahih bir nedenden ötürü irtifak hakkının doğduğu ancak zamanla bu nedenin unutulduğu ve bu durumun hukuki sonucunun devam ettiği düşünülmektedir. Bundan dolayı yararlanan taşınmaz satılmadan önce aslında malik lehine irtifakın varlığından bahsedilebilir.¹⁹⁵ Ancak burada malik, mülkiyet hakkından kaynaklı yetkilerini kullanmakta ve irtifak hakkından doğan yetkileri askıda bulunmaktadır. Yararlanan taşınmazı satması durumunda irtifak hakkının hükümleri tekrar işlerlik kazanmaktadır. İslâm hukukçularının, kadim olan kullanımın satım sözleşmesinde şart koşulmasa dahi irtifak hakkı olarak varlığının mevcut olacağını kabulleri malik lehine irtifakın İslâm hukuku açısından mümkün olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Uygulamada da malik lehine irtifak hakkı örnekleri ile karşılaşılmaktadır. “...işbu mu‘âyene olunan dört dönüm tarlayı Hâcî Üveys oğulları ‘Ömer Ağa ve Üveys ve Mehmed Çelebi’den iki dönümü ben ve iki dönümü merkûmân İbrahîm ve Mehmed’in bâyi’leri Hâcî Mehmed ve Hasan iştirâ idüp nısfı benim ve nısf-ı âharı merkûmânın iken ben kendi tarlamı âhara bey‘ eylediğimde yine kendi tarlamdan âhar mülküme mürûr için ‘arzen on beş ayak mikdârı ifrâz ve mürûr ve ‘ubûr üzere iken ben sefere gittikten sonra merkûmân kendi tarlalarına duvar bina eylediklerinde ifrâz eylediğim tarîki tecâvüz ve duvarlarını benim bey‘ ettiğim tarla duvar bend ve tarîk-i müfrez-i mezbûru sed etmeleriyle mürûr ve ‘ubûruma mâni‘ olurlar su’âl olunup men‘ ve def ‘ ve divar-ı mezkûr kal‘ olunmak matlûbumdur...”¹⁹⁶ Bir başka örnekte ise vakıf

¹⁹⁴ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 93; Hacak, *İrtifak Hakları*, 26.

¹⁹⁵ Hasan b. Mansûr el-Üzcendi el-Ferğânî, *Fetevâ Kâdîhân fî Mezhebi'l-İmâmi'l-Âzâm Ebî Hanîfetü'n-Numân*, thk. Sâlim Mustafa el-Bedri, 1. Baskı, (Lübnan: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), c. III, 67, 68; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 91-93.

¹⁹⁶ Konya Kadı Sicili, (1148-1149 / 1736-1737), Defter 53, haz. İzzet Sak, İbrahim Solak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016), 80-2, 190, 191.

arazilerinden biri lehine diğeri aleyhine çöp dökme irtifakı tesis edilmiştir. Her iki arazinin de aynı vakfa ait olmasından dolayı burada malik lehine irtifaktan bahsedilebilecektir.¹⁹⁷

Malik lehine sınırlı aynî hak kurulup, kurulamaması batı hukuklarında da tartışılmıştır. Roma hukukundaki anlayış, İslâm hukukundaki genel kanaate uygun biçimde, irtifak haklarının ancak başkasına ait bir taşınmaz üzerinde kurulabileceğine yöneliktir. Bundan dolayı Roma hukuku anlayışına göre malik lehine irtifak hakkı tesis edilemez. Bu hukuk sisteminde malik kendi malı üzerinde irtifak hakkına sahip olamayacağı için, daha önceden bir başkasının taşınmazı lehine kendi taşınmazı üzerinde bir irtifak hakkı kurmuşsa, yararlanan taşınmaza malik olması durumunda irtifak hakkı kendiliğinden sona erecektir. Bu durum kaynaşma (birleşme) ilkesi şeklinde ifade edilmektedir.¹⁹⁸ Eski Alman (Cermen) hukukundaki anlayışa göre ise sınırlı aynî haklar ayırıştırma teorisi doğrultusunda mülkiyet hakkından bağımsız bir hale getiriliyorlardı. Mülkiyet hakkından bağımsız bir nitelik arz eden sınırlı aynî hakların malik tarafından kendi taşınmazı üzerinde kurulmasına bir engel yoktur. Malik içeriği belirsiz, geniş ve kapsamlı olan mülkiyet hakkının yanında içeriği belirli ve dar olan sınırlı aynî hakkı bu mülkiyet hakkından bağımsızlaştırarak kendi lehine kurabilir. Dolayısıyla bu anlayışa göre malikin kendi taşınmazı lehine irtifak hakkı tesis etmesi mümkündür. Malik lehine irtifak hakkı sadece bu örnekte anlatıldığı gibi malikin kendi taşınmazı üzerinde bir başka taşınmazı lehine irtifak hakkı tesisi ile değil, aynı zamanda yüklü taşınmaz malikin daha sonradan yararlanan taşınmaza veya yararlanan taşınmaz malikin daha sonradan yüklü taşınmaza malik olması ile de kurulmuş olur. Hem yüklü taşınmaza hem de yararlanan taşınmaza aynı kişinin malik olduğu durumda kısmî kaynaşma (birleşme) hali mevcuttur ve irtifak hakkı askıdadır. Malik bu süreçte mülkiyet hakkından kaynaklı olan yetkilerini kullanmaktadır. Bu taşınmazlardan biri el değiştirdiği takdirde irtifak hakkı tekrar eski

¹⁹⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVII, 166, No: 171.

¹⁹⁸ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 15; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 44; Mehmet Ünal, “Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/1-2 (2008), 224; Bahar Öcal Apaydın, *Roma Hukukunda Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları* (Ankara: Ankara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2013), 79 vd.

haline dönecektir.¹⁹⁹ Malik lehine kurulan irtifak hakkı malik irtifakı olarak da adlandırılmıştır.²⁰⁰ Ayrıca malik lehine irtifakın şahsa bağlı irtifaklar şeklinde kurulacağı da ağırlıklı kanaate göre bu görüş sahipleri tarafından benimsenmiştir.²⁰¹ Mer'î hukukta da bu anlayış benimsenmiştir.²⁰²

Malik lehine irtifak hakkı kurulabilmesinin malik açısından bazı faydaları mevcuttur. Örneğin birbirine bitişik halde iki ayrı evi olan bir kişinin, kullanmış olduğu evindeki atık suları diğer evi üzerinden geçiriyor olması veya kullanmış olduğu evindeki karları diğer evinin bahçesine atıyor olması durumunda, kullanmadığı evini satmak istediği takdirde bu haklara ya satım sözleşmesi ile şart koşarak yahut çok eskiden beri varlığını belirterek sahip olmaya devam edebilecektir. Ancak satım sözleşmesi ile şart koşabilmesi için örfen bu durumun mümkün olması gerekmektedir.²⁰³ Malik lehine irtifak hakkı kabul edilmediği takdirde birisinin bu hakları çok eskiden beri kullandığından bahisle kendisinde mahfuz tutması mümkün olmayacaktır. Biri ana yolun kenarında olan diğeri ise bunun gerisinde kalan ve ana yola çıkışı olmayan iki ayrı taşınmaza sahip olan kişinin, bu taşınmazlardan ana yolun kenarında olan taşınmazı elden çıkarmak istemesi durumunda diğer taşınmazı için geçit irtifakına ihtiyacı olacaktır. Ancak ana yol kenarındaki taşınmazı sattıktan sonra bu geçit irtifakını kurması zorlaşabilir. Bunu önlemek için malik henüz ana yol kenarındaki taşınmazını satmadan, gerideki taşınmazının lehine bir geçit irtifakı kurma yoluna gidebilir.²⁰⁴ Malik taşınmaz üzerinde sonradan kurulacak olan sınırlı aynî haklar arasında ön sırada olmak için lehine

¹⁹⁹ Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 21, 22; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 887; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 15, 17; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 45-49; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 506; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 623; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 23; Ünal, “Malik Lehine”, 224, 225, 228, 229.

²⁰⁰ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 624.

²⁰¹ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 887; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 16.

²⁰² TMK, m. 782: “Malik kendisine ait iki taşınmazdan biri üzerinde diğerinin lehine irtifak hakkı kurabilir.”

²⁰³ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 67, 68; *el-Fetevâ'l-Âlemgîriyye el-Marufetü bi'l-Fetevâ'l-Hindiyye*, 2. Baskı, (Beyrut: Daru'l-Fikir, 1310), c. V, 393, 394; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 91-93.

²⁰⁴ İslâm hukukçuları böyle bir irtifak hakkının satım sözleşmesi esnasında şart koşularak kurulacağını ifade etmişlerdir. el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 67, 68; *el-Fetevâ'l-Âlemgîriyye*, c. V, 393, 394; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2120; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 90, 91; Hacak, *İrtifak Hakları*, 88.

bir irtifak hakkı kurabilir. Örneğin üçüncü kişi lehine rehin hakkı²⁰⁵ tesis edecek olan malik, bundan önce taşınmazı üzerine bir geçit irtifakı kurarak rehnin paraya çevrilmesi durumunda bu geçit irtifakını kaybetmemiş olacaktır veya taşınmazı üzerinde intifa hakkı tesis ederek taşınmazın menfaatinden bir başkasının yararlanacağı durumda, bu intifa hakkında önce kendi taşınmazı lehine bir geçit irtifakı kurarak kendisine daha öncelikli bir irtifak hakkı tanıyabilecek ve taşınmazın menfaat mülkiyeti kendinde olmasa dahi geçit irtifakından yararlanabilecektir. Malik lehine irtifak hakkı tamamen ekonomik sebeplerle de kurulmak istenebilir. Kaynak çıkan bir taşınmazından bir başka taşınmazı lehine kaynak irtifakı kurduğu takdirde malik, yararlanan taşınmazı daha yüksek bir bedelle satabilecektir. Keza bu şekilde yararlanan taşınmaz üzerinde rehin hakkı tesis ettiği takdirde daha yüksek bir meblağı borç alabilecek ve rehnin paraya çevrilmesi durumunda yararlanan taşınmaza daha yüksek bir bedel teklif edilecektir. Dolayısıyla malik lehine irtifak hakkının kurulması bazı kişisel ve ekonomik sebeplerden kaynaklanmış olan bir ihtiyaçtır.²⁰⁶ Özellikle tapu siciline tescil yoluyla irtifak haklarının ayrıca görünebilip, ispat edilebildiği günümüz açısından taşınmazlar üzerinde malik lehine irtifak hakkının kurulması mümkün ve ihtiyaca cevap verir niteliktedir. İslâm hukukçularının vermiş olduğu örneklerde de görüldüğü üzere bu şekilde irtifak hakkının varlığını devam ettirmesi mümkündür.²⁰⁷ Tapu siciline tescil sistemi ile bu irtifak hakları ayrıca şart koşulmadan veya önceden beri varlığının ispatı için ayrıca bir çabaya girilmeden malik lehine tesis edilmiş olacaktır.²⁰⁸

3.1.2. Yararlanan Taşınmaz (Hakim Akar) veya Şahıs

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak hakkı ancak bir taşınmaz lehine kurulabilir. İrtifak hakkının kendi lehine kurulmuş olduğu taşınmaza yararlanan taşınmaz

²⁰⁵ İslâm hukukunda taşınmaz rehnine (ipotek) ilişkin tartışmalara konu kapsamı nedeniyle burada yer verilmeyecektir. İlgili tartışmalar için bkz. Recep Özdemir, “İslâm Hukukunda Gayrimenkul Rehni (İpotek)” *Türk – İslâm Medeniyeti Akademik Araştırmalar Dergisi*, 12/23 (2017), 89 vd.

²⁰⁶ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 17, 18; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 730, 731; Berki, *Aynî Haklar*, 101; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 19, 20; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 49, 50; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 887; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 506; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 625; Ünal, “Malik Lehine”, 229.

²⁰⁷ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân*, c. III, 67, 68; el-Hafîf, *Muâmelâtî’ş-Şer’iyye*, 91-93.

²⁰⁸ Nitekim tescil, tarih boyunca uygulanmış olup hukuk sistemimize yabancı olmayan bir işlemdir. Osmanlı’da tescilin görüldüğü farklı hukuki işlemler için bkz. İbrahim Ülker, *Osmanlı Noterlik Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 149 vd.

denir. Hak sahibi olan, lehine irtifak hakkı kurulmuş olan taşınmaz değil bu taşınmazın maliki olan kimsedir. İrtifak hakkının bir taşınmaz lehine kurulmuş olması, bu hakka taşınmaza bağlı olarak sahip olunabileceğini gösterir. İrtifak haklarının sınırlı aynı haklardan olmaları dolayısıyla bu taşınmazın devri durumunda irtifak hakkı sona ermeyecektir. Dolayısıyla yararlanan taşınmazın maliki kim olursa irtifak hakkına da o sahip olur.²⁰⁹

Şahsa bağlı olarak kurulan irtifaklarda ise irtifak hakkının asıl unsuru yararlanan taşınmaz değil, yararlanan kişidir. Mecelle’de kabul edildiği üzere İslâm hukukunda düzensiz kişisel irtifakların kurulması mümkündür.²¹⁰ Bu durumda irtifak hakkının unsuru olarak yararlanan taşınmazdan değil, yararlanan kişiden bahsedilecektir. Azınlık görüşe göre ise intifa ve süknâ hakları da dahil bütün şahsa bağlı irtifaklar İslâm hukukunda kabul edilmekte olduğundan²¹¹ ötürü bu durumda da yararlanan taşınmazdan değil yararlanan kişiden bahsedilecektir.

Kamu malları üzerinde belirli bir yöre, mahalle gibi bir topluluğun yararlanmasına imkan veren haklar da kurulabilmektedir. Bu haklar nitelik olarak irtifak hakları ile benzer bir mahiyettedirler. Milkü’l-menfaa olarak değil de daha çok ibâhaya benzer şekilde karşımıza çıksa da belirli bir topluluğun kullanımına has kılınmış olması nedeniyle ibâhadan daha kuvvetli bir görünüm arz eder. Örneğin bir meradan köylülerin hayvanlarını otlatmaları, odun toplamaları bu nitelikte kullanımlardır. Buradaki yüklü taşınmaz olan kamu arazisi (mubah arazi) aslında üzerinde kurulu olan yararlanma hakkı nedeniyle ihya yolu ile özel mülkiyet haline getirilemez.²¹² Bu şekilde bir topluluğun yararlanmasına sunulmuş olan taşınmazlar için “merâfiku’l-belde”, “merâfiku’l-karye” veya “merâfiku’l-ehli’l-belde” tabirleri kullanılmıştır.²¹³ Bu tip taşınmazlar belirli bir topluluğun kullanımına verilmiş olması nedeniyle kamunun bütününün kullanımına

²⁰⁹ el-Hafîf, *el-Hakku ve 'z-Zimme*, 86; Hacak, *İrtifak Hakları*, 26.

²¹⁰ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 92.

²¹¹ el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'îyye*, 89; Zeydân, *el-Medhal*, 220, No: 263; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 117.

²¹² Hacak, *İrtifak Hakları*, 26.

²¹³ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. VI, 192-194; Ebû Zekerîyyâ Muhîddin Yahyâ b. Şeref en-Nevevî, *Ravzatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Muttakîn*, thk. Zehîr Şâviş, 3. Baskı, (Beyrut-Dımeşk-Amman: el-Mektebi'l-İslâmiyye, 1412/1991), c. V, 282; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 498.

sunulmuş olan ibâha niteliğindeki yol, çöplük gibi yerlerden ayrılırlar.²¹⁴ Bu yetkiler bir köy, belde halkı gibi bir topluluğun tüzel kişilik oluşturması neticesinde bu tüzel kişilik lehine kurulan irtifak hakları gibi görünmektedir. Bu yetkiler bir belediye veya kamu idaresi gibi tüzel kişilik lehine kurulsada bu yetkilerden yararlananlar o tüzel kişiliği oluşturan toplumdur.²¹⁵ İslâm hukukçuları bu yetkileri irtifak hakları ile aynı kavramlarla nitelendirmişlerdir.²¹⁶ Ancak bu haklar her ne kadar toplumun genelinin istifade ettiği yollar, nehirler üzerindeki ibâha yetkisi şeklinde olmasada özel nitelikli birer ibâha yetkisidir. Buna göre bu yetki ile ilgili bölgede yaşayan halka, belirli bir taşınmaz üzerinden yararlanma izni verilmektedir. Keza bu, o bölgede yaşayanlar arasında eşitlik, ücretsizlik, genellik ve serbestlik ilkelerinin hakim olduğu bir yararlanma iznidir. Kamu mallarından yararlanma yetkisi zaman içerisinde bir belde halkından alınıp başka bir belde halkına verilebilir. Bu niteliği itibariyle de bu mallardan yararlanmak irtifak haklarından yararlanmaktan ayrılmaktadır.²¹⁷

3.1.3. Yararlanma Hakkı

İrtifak haklarının konusunu, ister mülkiyet hakkının ayrıştırılarak bağımsızlaştırılması şeklinde, isterse de mülkiyet haklarının haiz olduğu yetkilerin sınırlandırılması şeklinde kurulduğu görüşü benimsensin, bir taşınmaz üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkilerinden biri, ikisi veya bu yetkilerden bir kısmı oluşturmaktadır.²¹⁸ İntifa hakkı dışındaki tüm irtifak hakları, hak sahibine sınırlı bir yararlanma yetkisi tanırken; intifa hakkı eşya üzerinde tam yararlanma yetkisi tanımaktadır.²¹⁹ Bir kişi kendine ait bir taşınmaz üzerinden aynî bir hak niteliğinde irtifak hakkı kurabilecek ve bu taşınmaz üzerinde kurulan irtifak hakları ile bir taşınmazdan

²¹⁴ Nevevî, *Ravza*, c. IX, 322; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 498, 499; el-Maverdî, *el-Ahkâmü's-Sultaniye*, 277-279.

²¹⁵ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 63.

²¹⁶ el-Maverdî, *el-Ahkâmü's-Sultaniye*, 279; Nevevî, *Ravza*, c. IX, 322; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 498.

²¹⁷ Konya Kadı Sicili, (1126-1127 / 1714-1715), Defter 45, haz. İzzet Sak, Cemal Çetin, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016), 172-3, 373.

²¹⁸ Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 374; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 698, 699; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 39, 40; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 895; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 61; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 636; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 74.

²¹⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 513; Antalya, *Eşya Hukuku*, c. IV, 112, 113.

yalnızca malikin değil, daha geniş bir çerçevenin yararlanması sağlanacaktır. Dolayısıyla irtifak hakkı düşüncesinin temelinde kullanma ve yararlanma yetkilerinin malik dışındaki kişilere de tanınabilmesi yatmaktadır.²²⁰

İrtifak hakkının konusunu oluşturan yararlanma yetkisi, eşyaya bağlı irtifaklar açısından yararlanan taşınmazın, kişisel irtifaklar bakımından ise yararlanan kimsenin, yüklü taşınmaz üzerindeki hakkını ifade etmektedir. Yüklü taşınmaz sahibi malik olması dolayısıyla haiz olduğu bazı yetkilerini, yararlanan taşınmaz lehine sınırlandırmaktadır. Yani irtifak hakkının kurulmasıyla yüklü taşınmaz üzerindeki bazı menfaatler sınırlanıp, yararlanan taşınmaza yeni menfaatler tanınmaktadır. Bundan dolayı yüklü taşınmazın irtifak hakkı nedeniyle değerinde bir düşme olması ve yararlanan taşınmazın değerinde bir yükselme olması kuvvetle muhtemeldir.²²¹

Yararlanma hakkının kapsamı geniştir. Yararlanma hem teknik anlamda yüklü eşyanın ürünlerinden yararlanmayı hem de yüklü eşyadan üründen başka suretlerle elde edilen her türlü yararlanmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla aslında gerçek anlamda eşyayı kullanma ve bu eşyadan yararlanma niteliğinde olmayan, bununla birlikte hak sahibine menfaat sağlayan bazı hususlar da yararlanma kapsamında değerlendirilecek ve irtifak hakkının içeriğini oluşturacaktır. Malikin taşınmazda belirli bir mesleği icra etmemesi yahut belirli yüksekliği aşacak ölçüde bina inşa etmekten kaçınması da hak sahibi açısından menfaat sağlayacak ve geniş anlamıyla yararlanmanın kapsamında kabul edilecektir.²²²

Yararlanma yetkisi irtifak hakkının türünü belirleyecektir.²²³ Örneğin bir geçit irtifakında hak sahibine, yüklü taşınmaz üzerinde irtifaka konu olan yerden geçme hakkı tanınırken, giriş koyma irtifakında hak sahibine, komşusunun duvarına giriş koyma hakkı tanınmaktadır. Yüklü taşınmaz malikine ise yararlanma yetkisi karşılığında kaçınma ve katlanma görevi düşmektedir. “İrtifak Hakkının Hükümleri” başlığında bu görevler incelenecektir.

²²⁰ Hacak, *İrtifak Hakları*, 27.

²²¹ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 57; el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 90; Hacak, *İrtifak Hakları*, 27; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 119; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 103.

²²² Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 40; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 638.

²²³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 27.

3.2. İRTİFAK HAKKININ ÖZELLİKLERİ

3.2.1. Aynî Nitelikte Olması

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak hakları milkü'l-menfaa kapsamında değerlendirilmiştir. Milk kavramının ise modern hukuktaki aynî hak karşılığında kullanılabileceği, milk kavramı incelenirken belirtilmişti. Milkü'l-menfaa olmalarından kaynaklı olarak irtifak hakları bir eşya üzerinde kurulabilecek, herkese karşı dermeyeran edilebilecek ve hak sahibine irtifak hakkı ile tanınmış olan yetkiden doğrudan istifade imkanı sağlayacaktır.

İrtifak haklarını ibâha veya hakku'l ihtisas olarak değerlendiren İslâm hukukçuları da olmuştur. Bu kavramlar incelenirken belirtildiği üzere, bu kavramlarla kastedilen irtifak hakları değildir. Hakku'l-ihtisas kişiye yalnızca eşya üzerinde kullanma hakkı vermekte ve ivazlı bir akitle devir yetkisi tanımamaktadır. Ayrıca bu yetki üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayan eşyaların kullanılması kapsamında değerlendirilmiştir.²²⁴ İbâha ise genel anlamda toplumu oluşturan fertlerin mübah mallar ve kamu mallarından yararlanma yetkisi olarak ifade edilmiştir.²²⁵ Bu yetki bir irtifak hakkı niteliğinde olmayıp izin, ruhsat mahiyetindedir. Bu yetki karşılığında ilgili eşyadan faydalanan kişiden herhangi bir kıymet talep edilemez.²²⁶ Dolayısıyla bu kavram da irtifak haklarını ifade etmemektedir. İrtifak hakları, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen, bir eşya üzerinde sahibine doğrudan yetki tanıyan haklardır. Bu hakların, milkü'l-menfaa kapsamında ele alınması ve aynî nitelikte olduklarının belirtilmesi gerekmektedir.

3.2.2. Bir Menfaat Sağlaması

Menfaat, yarar, kâr, hayır, çıkar, maddi ve manevi açılardan kendisinden istifade edilen şey, insanı iyi olana erıştiren şey manalarında kullanılmaktadır.²²⁷ Menfaat, bir eşyanın kullanılması ve eşyanın kullanılması yoluyla elde edilen fayda, eşyanın

²²⁴ Bardakoğlu, “Hak”, c. XV, 145; Hacak, *İrtifak Hakları*, 18; Çalış, “Milk Terimi”, 193.

²²⁵ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 178; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. 6, 193.

²²⁶ MAA, m. 836.

²²⁷ Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 212; Hasan Hacak, “Menfaat”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIX (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 131; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 360; Karadâğî, *İslam İktisadî Mal*, 35.

semerelerinden yararlanılması²²⁸ şeklinde tanımlanır.²²⁹ İrtifak hakları da kişiye eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini, her ikisini veya bu yetkilerin bir kısmını vermektedir.²³⁰ Bu bakımdan irtifak haklarının yüklü taşınmaz üzerinde hak sahibine tanımış olduğu yetki bir menfaattir. Nitekim irtifak haklarının mülkü’l-menfaa kapsamında değerlendirilmiş olduğu belirtilmişti. İrtifak hakları sağlamış olduğu menfaate göre farklı çeşitlerde karşımıza çıkmaktadır. Hak sahibinin, yüklü taşınmazdan gelip geçmesi noktasında geçit irtifakı olarak karşımıza çıkarken, yüklü taşınmazdaki kaynaktan faydalanması açısından kaynak hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu haklar rakabe mülkiyeti değil doğrudan menfaat mülkiyeti kapsamındadır. Ancak irtifak haklarının sağlamış olduğu menfaatin ve buna bağlı olarak irtifak haklarının, bir mal olarak kabul edilmesi hususu tartışmalıdır.

Mal, lügat anlamıyla kişinin malik olduğu her şey olarak tanımlanmaktadır.²³¹ Bu anlamı itibariyle hem maddi olan hem de olmayan şeyleri kapsamına almaktadır.²³² Hukuki açıdan mal, “*Aynî haklara ve hukuki işleme konu olabilen nesne anlamında hukuk terimi*” olarak tanımlanmaktadır.²³³ Mecelle madde 126’da ise mal kavramı şöyle tanımlanmıştır: “*Tab’ı insanî mail olup da vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir.*” Dolayısıyla bir şeyin mal kabul edilmesi için insan tabiatının meyletmesi²³⁴, o şeyin ekonomik bir değerinin olması ve fiziki bir varlığı haiz bulunması gerekmektedir.²³⁵

²²⁸ Karadâğî, *İslam İktisadî Mal*, 35; Ahmet Yaman - Halit Çalı, *İslâm Hukukuna Giriş*, 10.Baskı (İstanbul: İFAV Yayınları, 2015), 288.

²²⁹ Haneî hukukçular, menfaatleri daha çok fiil olarak nitelendirirken, cumhur “heyet” kavramı ile ifade etmiştir. Menfaatlerin hukuki açıdan niteliği için bkz. Hasan Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi* (İstanbul: Ensar Neşriyat: 2007), 95-97; Mehmet Barutçu, *Haneî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Mal Türlerinin Hukuki İşlemlere Etkisi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 37.

²³⁰ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 42, 43; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 61; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 615.

²³¹ el-Hafif, *Muâmelâtî’ş-Şer’iyye*, 59; Karadâğî, *İslam İktisadî Mal*, 31; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 25; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 46.

²³² Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 21.

²³³ Hasan Hacak, “Mal”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXVII (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 461.

²³⁴ İnsan tabiatının meyl etmesi özelliği İslâm hukukçuları tarafından eleştirilmiş, acı ilaçlar ve olgunlaşmadan yenilmeyen meyveler gibi insan tabiatının meyl etmediği ancak mal olarak kabul edilen şeylerin varlığı öne sürülmüştür. Zeydân, *el-Medhal*, 295 No: 239; Karadâğî, *İslam İktisadî Mal*, 32, 33.

²³⁵ Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 27, 28; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 21; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 42, 43; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 670; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 538; Aydın,

Mecelle'nin yapmış olduğu bu tanım Hanefî görüşüne uygundur ve hak ve menfaatleri kapsamı dışında bırakmaktadır. Nitekim benzer bir mal tanımı yapan Mürşidü'l-Hayran bu tanımının ardından aynı madde içerisinde malların iki sınıf olduğunu ifade etmiştir. Buna göre taşınır ve taşınmazlardan ibaret olan malların içerisine menfaatler girmemektedir.²³⁶ Hanefî hukukçular, menfaatleri mal olarak kabul etmeseler de²³⁷ mülk olarak kabul etmişlerdir.²³⁸ Menfaatlerin mülk olarak kabul edilmesinden dolayı prensip olarak hukuki işlemlere konu teşkil edemeyecekleri, ancak bir ayna bağlı olarak hukuki işleme konu edilebilecekleri belirtilmiştir. Mülk için malik olunan ve tahsisen tasarruf edilebilen şey nitelendirilmesi yapılırken, mal için saklanabilen ve mübadele edilebilen şey tanımlaması yapılmıştır.²³⁹ Genel bir ifade ile Hanefîlere göre “*her mal mülktür ancak her mülk mal değildir.*”²⁴⁰

Diğer üç mezhep hukukçuları ise menfaatleri de mal kapsamında değerlendirmektedir.²⁴¹ Cumhurun görüşüne uygun olarak mal için şöyle bir tanım yapılabilir: “*Mal, kazanılması ve kendisinden olağan şekilde istifade edilmesi mümkün şeydir.*”²⁴² Buna göre maldan kastedilen şey, malın sağlamış olduğu menfaattir ve malın değeri bu menfaat doğrultusunda belirlenir. Bundan dolayı mal değerlendirilirken, bu maldan sağlanan istifadenin değerlendirme dışında bırakılması uygun olmaz. Cumhur menfaati bir mal olarak kabul etmiş, yalnız başına hukuki işlemlere konu olabileceğini ve

Türk Hukuk Tarihi, 331; Eleştiriler için bkz. Zeydân, *el-Medhal*, 295, No. 239; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 29.

²³⁶ Mürşidü'l-Hayrân, m. 1.

²³⁷ Serahsî, *Mebsût*, c. V, 71; el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 61; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 39; Yusuf Musa, *el-Emval*, 162; Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 213; Hacak, “Mal”, c. XXVII, 463; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 41; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2016), 438; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 670.

²³⁸ MAA m. 125: “*Mülk, insanın mâlik olduğu şeydir; gerek âyân olsun ve gerek menâfi' olsun.*”

²³⁹ Kurtoglu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 20; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 30.

²⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 212, 213; Zeydân, *el-Medhal*, 212, 213, No: 252.

²⁴¹ el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 60; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 39; Yusuf Musa, *el-Emval*, 162; Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 215; Karadâğî, *İslam İktisadî Mal*, 33; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 29, 30; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 43; Hacak, “Mal”, c. XXVII, 462; Ahmet Akman, *İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 1. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 48, 50; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 670; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 22; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 31.

²⁴² Zeydân, *el-Medhal*, 205, 206, No: 239, 240; Yusuf Musa, *el-Emval*, 162.

telef olması durumunda failin sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir.²⁴³ Mal tanımlanırken her iki görüş açısından da örf'e önem verildiği görülmektedir. Bu doğrultuda günümüz İslâm hukukçuları, menfaatleri de mal tanımının kapsamına alarak malı, maddi bir kıymeti veyahut örf'e göre bir menfaati olan her türlü hak ve eşya olarak tanımlamaktadırlar.²⁴⁴ Dolayısıyla iktisadi olan ve şer'î olarak da benimsenen hak ve şeyler mal olarak kabul edilebilecektir.²⁴⁵ Domuz ve içki gibi hukuk düzeni tarafından meşru kabul edilmeyen şeyler ise iktisadi bir değer taşıyıcılar dahi hukuken mal olarak kabul edilmeyeceklerdir.²⁴⁶ Mezheplerin arasındaki bu iki görüşten özellikle insanların örfü ile amaçları ve işlemleri ile daha uyumlu olmasından ötürü menfaatleri mal kabul edeni tercihe uygun görünmektedir.²⁴⁷ Hanefî hukukçular da daha sonradan yetimlerin mallarını, vakıflara ve devlete ait olan mallar ile kiralanmak için hazırlanmış malları kendi görüşlerine istisna olarak belirtmişlerdir.²⁴⁸ Nitekim Mecelle Tadil Komisyonları'nda, menfaatin tazmini hususunda diğer mezheplerin görüşleri benimsenmiştir.²⁴⁹ Ayrıca menfaatleri, genel itibariyle mal olarak kabul etmemekle birlikte, vasiyet ve sulh başlıkları altında mal olarak nitelendiren Hanefiler de olmuştur.²⁵⁰

Mer'î hukukta mal, para ile kıymeti takdir edilebilen ve bir başkasına devri mümkün olan şeyler olarak tanımlanmıştır. Mallar maddi olanlar ve maddi olmayanlar biçiminde ikiye ayrılır ve menfaatler de mal olarak kabul edilir.²⁵¹

²⁴³ Faruk Beşer, *Sosyal Riskler Sigorta ve İslam*, 3. Baskı (İstanbul: Nun Yayıncılık, 2016), 170; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 332; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 670; Mustafa Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 1. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 110-112.

²⁴⁴ Karadâğî, *İslam İktisadi Mal*, 33, 34; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 30, 31; Krş. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 21, 22.

²⁴⁵ Barutçu, *Mal Türleri*, 23 vd.

²⁴⁶ Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 351.

²⁴⁷ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 61; Karadâğî, *İslam İktisadi Mal*, 33; Yaman - Çalış, *İslam Hukuku*, 351.

²⁴⁸ Gıyâseddin Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed Bağdâdî, *Mecmau'd-Damânât fî Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, (yy.: Dar'ul-Kitab'ul-İslâmiyye, ty.), 126, 130; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 61; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr*, c. VI, 206; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 670; Akman, *Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 48; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 45; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 538; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 360, 361.

²⁴⁹ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 360; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 670.

²⁵⁰ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. VI, 42, c. VII, 385.

²⁵¹ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 31. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013) 217, 218; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 25.

Çoğunluğun görüşüne göre menfaatlerin mal olarak kabul edilmesinden dolayı, irtifak hakları da mal olarak değerlendirilecektir. Hanefilere göre ise irtifak hakları bir mal niteliğinde olmayıp yalnızca milk kapsamında değerlendirilebilir. Bundan dolayı cumhura göre irtifak hakları doğrudan hukuki işlemlere konu olabilirken, Hanefilerde olamayacak ve irtifak haklarının tesisi farklı yollarla gerçekleştirilecektir.²⁵²

3.2.3. İlke Olarak Taşınmaza Tabi Olması

Yalnızca intifa hakları taşınırılar üzerinde de kurulabilmekte bunun dışındaki tüm irtifak hakları taşınmazları konu almaktadır. Bununla birlikte intifa hakları da İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından irtifak hakkı olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla irtifak hakları genel itibariyle taşınmazları konu almaktadır. İrtifak haklarının konusu taşınmaz olmakla birlikte İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak hakları yararlanan taşınmaza bağlı olarak kurulmaktadır. Yani burada hak sahibi yararlanan taşınmazın malikidir ve yararlanan taşınmazın malikinin değişmesi durumunda hak sahibi yeni malik olacak, eski malik artık irtifak hakkından faydalanamayacaktır.²⁵³ Ancak kuruluş biçimleri bakımından irtifak haklarını tasnif ederken ifade edeceğimiz üzere özellikle düzensiz kişisel irtifaklar şahsa bağlı olarak da kurulabilmekte ve intifa ve süknâ haklarını da irtifak hakkı olarak kabul eden görüş doğrultusunda şahsa sıkı sıkıya bağlı olan irtifak hakları da yine şahıs lehine kurulabilmektedir.

Hem eşyaya bağlı olarak hem de şahsa bağlı olarak kurulabilen irtifakların hukuki işlemler sırasındaki durumları farklılık arz eder. Buna göre yalnızca eşyaya bağlı olarak kurulabilen kirış koyma gibi haklar taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen hukuki işlemlerden doğrudan doğruya etkilenecekken²⁵⁴, hem eşyaya bağlı olarak hem de şahsa bağlı olarak kurulabilen kaynak hakkı, su akıtma hakkı, geçit irtifakı ve kar atma hakkı gibi irtifakların (düzensiz kişisel irtifaklar) hukuki işleminden etkilenmesi hukuki işlemin tabiatına veya bu işlem esnasında tarafların bir şart olarak ileri sürmesine göre değişiklik gösterecektir.

²⁵² Hacak, *İrtifak Hakları*, 43.

²⁵³ el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 89, 90; Hacak, *İrtifak Hakları*, 43; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 374, 375; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 43.

²⁵⁴ Serahsî, *Mebhut*, c. XV, 15; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 65; Hanefilerde kar atma ve mecra irtifaklarının doğrudan işlemin kapsamında sayılmadığına dair görüş için bkz. İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 190.

Dolayısıyla tarafların bir hukuki işlemde irtifak haklarının da dahil olduğunu beyan ettiği durumlarda bu haklar hukuki işlemde etkilenecekken, tarafların irtifak haklarını söz konusu etmediği durumlarda aralarındaki hukuki işlemin yapısına göre bu hakların etkilenip, etkilenecekleri tayin edilecektir.²⁵⁵ Bu bakımdan hukuki işlemler Hanefî İslâm hukukçuları tarafından ikiye ayrılarak incelenmiştir.

1- Menfaatin temlik niteliğini haiz icare, menfaatin vasiyeti ve vakıf gibi hukuki işlemlerin kapsamına irtifak hakları doğrudan girmektedir.²⁵⁶ Bu tip hukuki işlemlerde maksat bir eşyanın menfaatinden yararlanmaktır. Bundan dolayı bu tip hukuki işlemlerde irtifak hakları ile eşya arasındaki bağ kuvvetlidir. Nitekim bir taşınmazın irtifak hakları dahil olmaksızın kiralanması, sözleşmenin konusunu menfaatin gerçekleşmesine engel olacak ve bundan dolayı işlemi hükümsüz hale getirecektir.²⁵⁷

2- Satım sözleşmesi, hibe, sulh sözleşmesi ve taşınır veya taşınmaz bir eşyanın vasiyeti gibi bir menfaat mülkiyetinin değil, bir rakabe mülkiyetinin naklini amaçlayan hukuki işlemlerde irtifak hakları doğrudan hukuki işleme dahil olmazlar. Bu tip hukuki işlemlerde esas gaye eşyanın rakabesine malik olmaktır. Menfaatin temlikini sağlayan hukuki işlemlerin aksine bu tip hukuki işlemler doğrudan bir eşyadan yararlanma gayesini gütmemektedirler. Bu hukuki işlemlerin irtifak haklarını da içermesi için irtifak haklarının da dahil olduğunu gösteren kayıtların konulması gerekmektedir. Bu kayıt koyma, sözlü bir hukuki işlemde “*hukuk*” veya “*merâfık*” lafızlarının zikredilmesiyle olabilir.²⁵⁸ Bu şekilde irtifak haklarını kapsayacak şekilde genel lafızlar kullanılabileceği

²⁵⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 44.

²⁵⁶ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 172; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 189, 220; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 190; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. II, 482, c. III, 448; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 106, 107, dn. 108.

²⁵⁷ Ebu Zehra, *Milkiyye*, 76, 97, 98; Menfaatin temlikini konu alan sözleşmelerden olmamakla birlikte rehin sözleşmesine de irtifak haklarının dahil edilmemesi halinde işlem hükümsüz olacaktır. Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. V, 165.

²⁵⁸ MAA, m. 235; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. V, 165, c. VI, 189, 190; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 190; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 76, 97, 98; Hacak, *İrtifak Hakları*, 44, 45.

gibi²⁵⁹, devredilecek irtifak hakları ayrıca da zikredilebilir.²⁶⁰ Bu tip sözleşmelerde taşınmazı devreden malik, irtifak haklarından yararlanmaya devam edecektir. Yeni malik taşınmazı irtifak haklarından yoksun bir şekilde devralmış olacaktır. Dolayısıyla bu durum dahi İslâm hukuku açısından şahsa bağlı irtifakların kurulabileceğinin kabul edildiğini göstermektedir. Hanefilere ait olan bu görüşü Şafiîler de genel itibariyle benimsemişlerdir.²⁶¹

İslâm hukukçuları hangi sözleşmelerin irtifak haklarını doğrudan kapsamı içerisine aldığını hangilerinin ise bir kayıt ile kapsamı içerisine dahil ettiğini örfে göre tayin etmişlerdir. Dolayısıyla irtifak haklarının bir sözleşmenin kurulması esnasında bu sözleşmeye dahil olup olmayacakları o zamanın örfüne göre belirlenecektir. İnsanların aralarında kurmuş oldukları bir satım sözleşmesinde, bulunmuş oldukları bölgenin örfüne göre kaynak irtifakının da dahil edilmesi gerekiyorsa bu irtifak hakkı sözleşme kapsamında sayılacaktır. Ancak insanların bulundukları bölgenin örfüne göre kaynak irtifakı satım sözleşmesinin kapsamı dışında kabul ediliyorsa bu irtifak herhangi bir kayıt koyulmadıkça sözleşmeye dahil olmayacaktır.²⁶² Bununla birlikte hangi irtifakların doğrudan hukuki işlemlere dahil olduğu, hangilerinin ise dahil olmadığına dair mezhepler arasında farklı görüşler vardır.²⁶³ Bu tartışmalar, aslında hangi irtifakların yalnızca eşyaya bağlı olarak kurulabildiği, hangilerinin ise hem eşyaya hem de şahsa bağlı olarak kurulabildiğine yöneliktir. Yani hangi irtifakların düzensiz kişisel irtifakların kapsamına dahil olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Kanaatimizce bu tartışmanın kaynağını da örf

²⁵⁹ “...menzil-i mezbûr hâricinde vâki’ olan çeşmeden dâhil-i menzil-i mezbûra gelince olan mecrâ-i mâ’î kâffe-i hukûk ve merâfıkı ve âmme-i tevâbi’ ve levâhıkı ile ve yine zikrolunan Hisâr bağlarında vâki’ bir taraftan şeyhülislâm müftî’l-enâm iken vefât eden merhûm ve mağfûrun-leh Bahayî Efendi veresesi bağlarına ve bir taraftan Helvayî Hüseyin Bey bağına ve bazen Mücellâ bt. Abdülmennân nâm hâtun bağına ve bazen Mustafa Bey b. Mehmed bağına ve iki taraftan tarîk-ı hâssa müntehî olan mülk bağı eşcâr-ı müsmire ve gayr-ı müsmiresi ile ve kâffe-i hukûk ve merâfıkı ve âmme-i tevâbi’ ve levâhıkı ile...” İstanbul Kadı Sicilleri, c. 50, 103, No: 26; Ayrıca bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVI, 250, No: 282; c. 60, 146, No: 104; c. 65, 367, No: 372.

²⁶⁰ Kaynak hakkının satım sözleşmelerinde ayrıca zikredilmesine yönelik uygulamadan örnekler için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLI, 105, No: 107; c. XLII, 267, No: 548, 277, No: 570; c. XXV, 202, No: 221; Mecra irtifakının zikredilmiş olduğu örnekler için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XIX, 110, No: 60; c. LXVI, 156, No: 137; c. 41, 111, No: 119; c. XXIII, 108, No: 83; Diyarbakir Şer’iyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: 3789, c. I, 200, No: 61.

²⁶¹ Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. II, 482.

²⁶² İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. IV, 548.

²⁶³ Senhûrî, *Masadiru’l-Hak*, c. I, 64, 65; Hanefilerde kar atma ve mecra irtifaklarının doğrudan işlemin kapsamında sayılmadığına dair görüş için bkz. İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. V, 190

oluşturmaktadır. Nitekim irtifak haklarına ilişkin meselelerin çözümünde örf temel bir dayanak olarak kabul edilmiştir.²⁶⁴ Dolayısıyla İslâm hukuku açısından hangi irtifakların kişisel düzensiz irtifak olarak kabul edileceği örfe göre belirlenecektir.

Üzerinde düzensiz kişisel irtifak hakkı tesis edilmiş olan yüklü taşınmazın maliki menfaatin temlikini amaçlayan hukuki işlemleri gerçekleştiremeyecektir. Bununla birlikte rakabe mülkiyetinin temlikini amaçlayan hukuki işlemleri ise gerçekleştirebilecektir.

3.2.4. Yüklü Taşınmaz Malikinin Mülkiyet Hakkını Sınırlandırması

İrtifak hakkı, yüklü taşınmaz açısından bir külfet, yük niteliğindedir. Yüklü taşınmaz malikinin bu yük nedeniyle mülkiyet hakkından kaynaklanan kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini, ikisini veya bu yetkilerden bir kısmını yararlanan taşınmaz maliki lehine kullanmaktan kaçınması veya bu yetkileri yararlanan taşınmaz malikinın kullanmasına katlanması yahut hem kaçınma hem de katlanma yükümlülüğünün altına birlikte girmesi gerekmektedir. Örneğin, A'nın kendi taşınmazı üzerinde B lehine bir geçit irtifakı tesis etmesi durumunda, A artık B'nin bu taşınmaz üzerinde geçit irtifakı hakkından yararlanmasını engelleyecek tasarruflarda bulanamayacaktır.²⁶⁵ Ancak hakkın içeriği nedeniyle gelen sınırlamalar haricinde, malik eşyayı kullanmaya devam edecektir.²⁶⁶

3.2.5. Yüklü Taşınmaz Malikine Olumlu Bir Edim Yüklememesi

İrtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikine türüne göre katlanma, kaçınma veya hem katlanma hem de kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülükler olumlu (aktif) bir davranış gerektirmemektedir. Bu yükümlülüklerin haricinde irtifak hakkıyla, yüklü taşınmaz malikine verme veya yapma yükümlülüğü gibi olumlu bir davranış yüklenemeyecektir. Bu nitelikteki yükümlülükler irtifak hakkının aslî içeriğini oluşturamaz. Bununla birlikte bir yapma borcu irtifak hakkına yan edim yükümlülüğü

²⁶⁴ Hasan Keskin - Adnan Koşum, "İslam İmar Hukukunun Kaynakları ve Bu Alanda Geçmişten Günümüze Yapılan Çalışmalar" *İHAD*, 40, (2022), 272, 279.

²⁶⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 46; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 374.

²⁶⁶ Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 43; Mehmet Handan Surlu – Gülay Öztürk, *Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 145.

kapsamında bağlanabilir. Bu yükümlülük “irtifak yükümlülüğüne bağlı bir borç” olarak kurulabilir. Bu kapsamda yüklü taşınmaza malik olan kimse yan edim ile de yükümlü hale gelecektir. Asıl haktan bağımsız biçimde yan edimin el değiştirmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin bir geçit irtifakında, geçidin onarılması ve temiz tutulması yahut bir kaynak irtifakında kaynak mecrasının temizlenmesi ve onarılması yükümlülükleri yan edim olarak yüklü taşınmaz malikine yüklenebilecektir.²⁶⁷ İslâm hukuk sistemi bir sözleşme içerisinde iki sözleşme yapılmasını yasaklamaktadır.²⁶⁸ Dolayısıyla irtifak hakkının asli içeriğini oluşturacak nitelikte bir edimin ayrıca ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte tali edimler sözleşmede şart koşulabilecektir. Ancak bu şartın gereçli olması için örfen kabul edilen şartlardan kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi halde fasit şart olması söz konusu olacaktır.²⁶⁹ Yan edim, katlanma ve kaçınma yükümlülüğüne nazaran tali nitelikte olmalıdır. Sözleşmenin asıl amacı yan edim olmamalıdır. Yan edim ile hedeflenen amaç, irtifak hakkının kullanımını kolaylaştırmak, hakkın kullanımına yardım, bu kullanımı emniyet altına almak, mümkün kılmak yahut üçüncü kişiler için doğması mümkün olan zararlı etkileri önlemek olabilir. Bu sınırları aşan nitelikteki bir yükümlülük yan edim yükümlülüğü olmayıp, taraflar arasındaki adi bir borç olacak ve tarafların cüz’î halefleri bakımından etkili olmayacaktır.²⁷⁰

4. İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Klasik fıkıh kitaplarında irtifak hakları herhangi bir sınıflandırmaya tabi tutulmamıştır. Modern hukuktaki sınıflandırma yöntemlerinden yararlanılarak irtifak

²⁶⁷ Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 26; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 753; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 41; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 907, 908; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 514; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 639; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 56; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 103; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 55.

²⁶⁸ Muvatta‘, *Buyu*, 72; En-Nesâî, Hafız Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b. Dinâr, *Sünenü’n Nesâî*, Şerh: Hâfız Celaleddin es-Suyûtî, Hâşiye: İmam es-Sindî, trc. A. Muhtar Büyükcınar, Ahmet Tekin, Ö. Faruk Harman, Yaşar Erol, (İstanbul: Kalem Yayıncılık, 1981), *Buyu*, 73 (4553); Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahhâk, et-Tirmizî, Ebû İsâ, *Sünen-i Tirmizî*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdülbâki ve İbrahi Atvah, (Mısır: Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, 1975/1395), *Buyu*, 18 (1231).

²⁶⁹ Şevket Topal, “İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller” *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 12/12-13 (2001), 524.

²⁷⁰ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 907, 908.

haklarının farklı taksim biçimleri ile incelenmesi konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

4.1. YARARLANMA BİÇİMİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI

Yüklü taşınmazdan yararlanmanın biçimine göre irtifak hakları olumlu, olumsuz ve karma olarak tasnif edilebilir.²⁷¹

Olumlu irtifak hakları, hak sahibinin yüklü taşınmaz üzerinde aktif bir fiilde bulunması durumunda karşımıza çıkar. Bir geçit irtifakında hak sahibi olan kimsenin yüklü taşınmazın geçit irtifakı olarak belirlenen kısmından geçmesi, bir kaynak hakkı sahibinin yüklü taşınmazdan su alması durumları olumlu irtifaklara örnek olarak gösterilebilir. Örneklerde görüldüğü üzere bir yerden geçmek veya su almak aktif birer fiildir. Bu nitelikte bir fiil olmaksızın olumlu irtifaklardan yararlanmak mümkün değildir. Olumlu irtifakın söz konusu olduğu durumlarda yüklü eşyanın maliki olan kimse ise katlanma yükümlülüğü altındadır.²⁷² Fıkıh kitaplarında, hak sahibinin fiili yararlanma yetkisini ifade etmekte kullanılan hukuk ve merâfık kavramları ile ifade edilen irtifak hakları olumlu irtifak haklarıdır.²⁷³

Hak sahibi yüklü taşınmazdan, taşınmaz üzerinde aktif bir fiilde bulunmadan, yalnızca malikin bazı yetkilerini kullanmaması ile yararlanıyorsa bu durumda bir olumsuz irtifak hakkından bahsedilecektir. Olumsuz irtifak hakları, yüklü taşınmaz malikinin bazı yetkilerini kullanmasının yasaklanması ve bu yasaklanan yetkilerin kullanılmaması nedeniyle hak sahibi lehine bir menfaat sağlamaktadır. Hak sahibinin yararlanması için yüklü taşınmaz malikinin yetkilerini kullanmaktan kaçınması yeterlidir. Manzara irtifakı olumsuz irtifaklara verilebilecek en tipik örnektir. Manzara irtifakında yüklü taşınmaz malikinin, hak sahibinin manzarasını kapatacak nitelikte bina veya duvar gibi bir inşaat faaliyetinde bulunması veya başka bir engel koyması yasaklanmıştır. Hak sahibi, bu

²⁷¹ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 74.

²⁷² Berki, *Aynî Haklar*, 99; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 738; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 898; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 54; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 45; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 74, 102; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 514, 515; Hacak, *İrtifak Hakları*, 39; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 105; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 621, 622, 642; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 45, 46; Surlu - Öztürk, *Mecra Hakkı*, 147; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 107; Antalya, *Eşya Hukuku*, c. IV, 113.

²⁷³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 39.

yasaklama ile yüklü taşınmaz malikinin, manzarasını kapatacak eylemlerde bulunmasını engelleyebilir ve başkaca bir aktif fiilde bulunmadan irtifak hakkının sağladığı yararı elde etmiş olur.²⁷⁴

Hak sahibinin bir irtifak hakkının tesis etmiş olduğu yararı elde etmesi için, yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir eylemde bulunması ve yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkının konusuyla aynı nitelikteki yetkilerini kullanmaktan kaçınmasının gerektiği irtifak hakkı çeşitleri karma irtifak hakları olarak nitelendirilir. Karma irtifak haklarında hak sahibi aktif bir fiilde bulunurken, yüklü taşınmaz maliki hem katlanma hem de kaçınma yükümlülüğü altındadır. Malikin aynı anda hem katlanma hem de kaçınma yükümlülüğü altında olmaması halinde hak sahibinin irtifak hakkından yararlanması mümkün değildir. Örneğin üst hakkı kurulmuş olan bir yüklü taşınmazın maliki hem kaçınma hem de katlanma yükümlülüğü altındadır.²⁷⁵ Ayrıca intifa hakkını, irtifak hakkı olarak kabul edenlere göre karma irtifakların en tipik örneğini bu hak oluşturacaktır. Çünkü üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan bir taşınmazın maliki hem hak sahibinin fiillerine katlanacak hem de o taşınmazı kendisi kullanmaktan ve yararlanmaktan kaçınacaktır.²⁷⁶

İrtifak haklarının olumlu ve olumsuz olarak yararlanma biçimi bakımından tasnifi hak sahibinin fiili açısından olup, her iki durumda da yüklü taşınmaz maliki pasif konumdadır.²⁷⁷ Karma biçimdeki tasnif bakımından da yüklü taşınmaz maliki yine pasif durumda olmakla birlikte hem katlanma hem de kaçınma yükümlülüğü altına aynı anda girmesi nedeniyle olumlu irtifaklardan ayrılmıştır.

²⁷⁴ Berki, *Aynî Haklar*, 99; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 738, 739; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 899; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 55; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 46; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 75, 102; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 514, 515; Hacak, *İrtifak Hakları*, 39; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 622, 642; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 46, 47; Surlu - Öztürk, *Mecra Hakkı*, 147; Özdemir - Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 107; Antalya, *Eşya Hukuku*, c. IV, 113.

²⁷⁵ Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 752; Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, 1988), 101.

²⁷⁶ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 75, 103.

²⁷⁷ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 901; Hacak, *İrtifak Hakları*, 40; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 76, 103.

İslâm hukukunda olumlu irtifaklar genel kabul görüp, yaygınlık kazanmış olmasına rağmen olumsuz irtifakların kuruluşuna bazı sınırlamalar getirilmiş ve yaygınlığı olumlu irtifaklara nazaran daha düşük bir seviyede kalmıştır.²⁷⁸

4.2. HAK SAHİBİNİN BELİRLENMESİ YÖNÜNDEN İRTİFAK HAKLARI

İrtifak haklarının mahiyetine yönelik açıklamalar yapılırken belirtildiği üzere, bu haklar milkü'l-menfaa kapsamında değerlendirilmektedir. Milkü'l menfaa ise eşyaya bağlı menfaat mülkiyeti ve şahsa bağlı menfaat mülkiyeti olarak ikiye ayrılmaktadır. İrtifak kavramına ve mahiyetine ilişkin açıklamalar yapılırken görüldüğü üzere, İslâm hukukunda çoğunluğun görüşü eşyaya bağlı menfaat mülkiyetini, irtifak hakları olarak nitelendirmek yönünde olup, şahsa bağlı menfaat mülkiyetini bu kapsam dışında bırakmaktadır. Ancak diğer görüşe göre şahsa bağlı menfaat mülkiyetinin de irtifak hakkı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu görüşe göre irtifak hakları konusu yönünden eşyaya bağlı irtifak hakları ve şahsa bağlı irtifak hakları olarak ikiye ayrılırlar.

İrtifak haklarının bir şahıs lehine kurulması durumunda şahsa bağlı menfaat mülkiyetinden (şahsi intifa hakkından) bahsedilecektir. Şahsi intifa hakkı, “*lehine bir hak tesis edilmiş olan kimsenin, taşınır veya taşınmaz bir eşyayı, rakabesi kendine ait olmasa da kullanması (isti'mal:usus) veya onun semerelerinden yararlanmasıdır (istiğlal:fructus)*”²⁷⁹ şeklinde tanımlanmıştır. Şahsi intifa hakkı bu şekilde tanımlanmış olmakla birlikte, süknâ hakkı da intifa hakkı kapsamında düşünülerek bir şahsi intifa çeşidi olarak değerlendirilmiştir.²⁸⁰ İntifa ve süknâ haklarında durum bu şekilde olmakla birlikte gerek fıkıh eserlerinde²⁸¹ gerekse de Mecelle’de bazı irtifak haklarının şahıs lehine kurulabileceğine yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır.²⁸² Bu durum Hanefiler açısından, İslâm hukukunda intifa ve süknâ hakkı haricinde, modern hukuk açısından

²⁷⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 40.

²⁷⁹ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 13.

²⁸⁰ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 92.

²⁸¹ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 70; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 103.

²⁸² MAA, m. 1145, 1168, 1225, 1226, 1232.

düzensiz kişisel irtifaklar olarak adlandırılan şahsa bağlı irtifakların kurulabildiğini göstermektedir.²⁸³

Netice itibariyle intifa hakkı ve süknâ hakkı İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak hakkı olarak kabul edilmese de, özellikle Mecelle’de düzensiz kişisel irtifakların kurulabileceği yönünde maddelerin olması nedeniyle irtifak hakları konusu bakımından eşyaya bağlı irtifak hakları ve şahsa bağlı irtifak hakları olarak tasnife tabi tutulabilir.

4.3. KAYNAKLARI AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI

İrtifak hakları sözleşmeden doğan ve kanundan doğan irtifak hakları olarak ikiye ayrılabilirler. Burada kanundan doğan irtifak hakları ile kastedilen, mevcut matbu bir düzenleme olmayıp, naslar ile gerekliliği ortaya konmuş yahut halkın maslahatı doğrultusunda hakkında düzenleme yapılmış ve kazanılması için sözleşme yapılmasına ihtiyaç duyulmayan irtifak haklarıdır. Bu ayrım aslında İslâm hukukunda irtifak haklarının sınırlı olup olmadığı meselesini ortaya koymaktadır. Çünkü İslâm hukukunda irtifak haklarının yalnızca kanundan kaynaklandığını belirtenler olduğu gibi, sözleşmeden kaynaklı farklı irtifak haklarının olabileceğini ifade edenler de bulunmaktadır.

Başta Hanefiler olmak üzere, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak hakları yalnızca kanunda belirtilen sayılı haklar ile sınırlıdır. Bu hukukçular yalnızca kanuni irtifakları kabul eder ve sözleşmeden doğan irtifakları kabul etmezler. Bununla birlikte kanundan doğan irtifakları da dar bir biçimde ele almayıp, geniş kapsamda değerlendirirler. Bu görüşe göre irtifak hakları şirb hakkı, mecra hakkı, mesil hakkı, murur hakkı, tealli hakkı ve civar hakkı ile sınırlıdır. Bu haklara başka bir irtifak hakkı çeşidinin eklenmesi mümkün değildir.²⁸⁴ Bununla birlikte özellikle civar hakkı olarak

²⁸³ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 92.

²⁸⁴ Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 37; el-Hafif, *Muâmelâti’s-Ser’iyye*, 88; Zuhayli, *el-Fıkhu’l-İslami*, c. VII, 96; Heyet, *el-Mevsûatü’l-Fıkhi’l-İslâmî*, (Mısır: Vezâretü’l-Evkâf ve Şuûni’l-İslâmiyye, 1446), c. IV, 275; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 119; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 90, 93, 94; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku’l-İrtifak”, *Mecelleti Mecmau’l-Fıkhi’l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 287; Muhammed Revas Kalaci, “Hakku’l-İrtifak”, *Mecelleti Mecmau’l-Fıkhi’l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 358; Barutçu, *Mal Türleri*, 108.

nitelendirilen komşuluktan doğan haklar çok geniş bir muhtevayı haizdir. Komşuluk hakkı, mer'î hukukta mülkiyet kısıtlamaları olarak ele alınan birçok hakkı kapsamına almaktadır ve bir irtifak hakkı olarak düşünülmemelidir. Bu hak tipine ilişkin açıklama ilerleyen bölümde gelecektir. Dolayısıyla sayılan bu altı hakkın irtifak haklarının çeşitliliğini çok ciddi manada kısıtladığı düşünülmemelidir.²⁸⁵ Ayrıca Hanefiler hakkındaki genel kanaat bu yönde olsa da ilerleyen dönemlerde klasik Hanefî fıkıh kitaplarında farklı irtifak hakları da işlenmiştir. Kiriş koyma hakkı ve kar atma hakkı gibi kavramlaşmış irtifaklar bunlara örnektir.²⁸⁶ Mesil ve mecra hakları aynı muhtevayı haiz irtifak haklarıdır. Bu irtifakları farklı birer tip olarak sayma hususunda günümüz İslâm hukukçuları hataya düşmektedir. Tealli hakkı da hakk-ı karar denilen daha üst bir irtifakın özel bir çeşidi konumundadır. Bunlardan ötürü günümüz İslâm hukukçularının Hanefilerin yalnızca altı tip irtifak hakkını benimsemiş oldukları ve bunlardan farklı irtifak hakkının kurulamayacağı yönündeki görüşleri tutarlı değildir.²⁸⁷

Hanefiler irtifak haklarının, sözleşme yoluyla kurulmasına karşı çıkmış olmakla birlikte zamanaşımı, zımnî kabul ve sözleşme sırasında şart koşma gibi yollarla kurulabileceklerini kabul etmişlerdir. Özellikle örf haline gelmiş, yararlanma biçimleri açısından olumlu irtifakların sözleşmelerin kurulması sırasında şart koşulması suretiyle tesisi yeni irtifak tiplerinin bu mezhep açısından da kabul edilebildiğini göstermektedir. Bu yolla yararlanma biçimleri açısından olumlu irtifakların çeşitlerini sınırlı tutmamış olan Hanefîler, yeni irtifak tiplerini kabul etmişlerdir. Burada esas aldıkları ölçüt, dönemin örfü olmuştur. Yani aslında Hanefiler irtifak haklarının tipleri hususunda bir sınırlandırmaya gitmemiş olup irtifak haklarının kuruluş biçimleri hususunda bir sınırlamaya gitmişlerdir. Bu durum da Hanefilerin irtifak haklarını yalnızca altı tipte sınırlamadıklarını göstermektedir.²⁸⁸

Yararlanma biçimleri açısından olumsuz irtifakların ise Hanefî mezhebine göre kurulması daha zordur. Çünkü irtifak haklarının sözleşme ile kurulmasını kabul etmeyen Hanefilere göre, taşınmaz malikine bir katlanma ve kaçınma yükümlülüğü tanıyıp, hak

²⁸⁵ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 91.

²⁸⁶ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 20; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanai'*, c. V, 165; Hacak, *İrtifak Hakları*, 49.

²⁸⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 49, 50.

²⁸⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 50.

sahibinin aktif bir fiilini gerektirmeyen olumsuz irtifaklar bu nitelikleri gereği kідem ve zımnî kabul yoluyla da kurulamayacaklardır.²⁸⁹ Bu yolların haricinde ise yalnızca sözleşme sırasında şart koşma kalmaktadır. Hanefi kaynaklarda bu şekilde kurulmuş olan tek olumsuz irtifak tipi pencere açmama irtifakıdır. Buna göre bir ev paylaşılırken üst katın maliki alt katın belirli kısımlarının görüleceği şekilde pencere açmamayı kabul ederse, alt kat lehine bir irtifak hakkı doğacaktır.²⁹⁰ Ancak bu örnek olumsuz irtifakların sadece pencere açmama irtifakı ile sınırlı olduğunu göstermez. Bilakis olumsuz irtifakların da kurulabildiğini gösterir. Günümüz İslâm hukukçuları Hanefilerde olumsuz irtifaklar açısından başka örneklerin bulunmaması nedeniyle, bu mezhep açısından irtifak haklarının sınırlı bir biçimde ele aldığını ifade etmektedirler. Oysaki diğer mezhepler bakımından da olumsuz irtifaklar büyük bir gelişim göstermemişlerdir. Dolayısıyla mezhepler arası bir ayrıma gitmeksizin İslâm hukuku açısından irtifak haklarının kanundan kaynaklanan tiplerle sınırlı olmadığını ifade etmek gerekir.²⁹¹

İrtifak haklarının yalnızca belirtilen altı haktan ibaret olduğunu savunan İslâm hukukçularının gerekçeleri ise şöyledir: İrtifak haklarının kurulması tam mülkiyeti sınırlandırmak anlamına gelmektedir. Tam mülkiyet açısından aslanan ise herhangi bir kayda tabi olmamaktır. Dolayısıyla zaten istisnai bir nitelik taşıyan irtifak haklarının genişletilmesi düşünülemez.²⁹² İkinci olarak ise, Hanefiler prensip olarak irtifak haklarının sözleşme ile kurulmasını benimsememektedirler. Bu nedenle de taraflar yeni bir irtifak tipi geliştirememektedirler. Örf ve teamülden kaynaklı hoş görme niteliğinde yararlanılan veya ariyet sözleşmesinden kaynaklanan irtifaklar ise bağlayıcı olmamaları nedeniyle aynî hak niteliğini haiz değildirler.²⁹³

Şahsa bağlı menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirilen süknâ hakkını ise Hanefî İslâm hukukçuları kabul etmezler. Süknâ hakkına ilişkin nasların neshedildiği

²⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2160.

²⁹⁰ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2127.

²⁹¹ el-Hafif, *el-Milkiyye*, 117; Hacak, *İrtifak Hakları*, 51.

²⁹² Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 96; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 90; Hacak, *İrtifak Hakları*, 90; Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 37; Senhûrî, *Masadıru'l-Hak*, c. I, 34; el-Hafif, *el-Hakku ve'z-Zimme*, 64, 65, 85.

²⁹³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 49.

kanaatine sahiptirler.²⁹⁴ Şafiî mezhebine tabi olan birçok İslâm hukukçusu ise kadınlar açısından belirli şartlarda süknâ hakkının mevcudiyetinin kabul edileceğini savunurlar.²⁹⁵

Günümüz İslâm hukukçularından Ebu Zehra daha farklı bir görüş ileri sürmektedir. Ona göre irtifak hakları yalnızca şîrb, mesil (mecra) ve murur hakkı ile sınırlıdır. Ebu Zehra, yararlanan taşınmaz lehine kurulmuş olan irtifak haklarını, yüklü taşınmaz üzerindeki bir ortaklık olarak belirtmektedir.²⁹⁶ Buna göre bir yüklü taşınmaz üzerindeki şîrb hakkından yararlanma açısından hem yüklü taşınmaz maliki hem de yararlanan taşınmaz maliki arasında bir ortaklık söz konusudur. Aynı şekilde mecra irtifakında da her iki taşınmaz maliki arasında yüklü taşınmazdan geçerek yararlanma hususunda bir ortaklık mevcuttur. Ancak mesil hakkı açısından bir ortaklığın olduğunu ileri sürmek güçtür. Çünkü yalnızca yararlanan taşınmazın su akıtmasını konu alan bu hakkın her iki taşınmaz maliki arasında ortaklığa konu olması düşünülemez. İrtifak kavramını ve bu hakların mahiyetini incelerken belirtilmiş olduğu üzere bu haklar yüklü taşınmaz üzerinde bir külfet niteliğindedir. Bu hakların bir ortaklık şeklinde kurulması gerekmemektedir. Yüklü taşınmaz maliki açısından bir külfet doğururken, yararlanan taşınmaz malikine de yetki tanıyan bu hakların ortaklık olarak ele alınması isabetli değildir. Yüklü taşınmaz malikinin bu ortaklıkta herhangi bir menfaati olmamakta bilakis mülkiyet hakkından doğan yetkileri sınırlanmış olmaktadır. Ayrıca belirtmiş olduğumuz üzere yazarın saymış olduğu irtifak haklarından olan mesil hakkı ortaklık kurulması bakımından elverişli değildir. Bu görüş kendi içerisinde dahi birtakım tutarsızlıklar barındırmaktadır.²⁹⁷

Başta Mâlikiler olmak üzere İslâm hukukçularının diğer görüşüne göre ise irtifak hakları yukarıda belirtilen altı hak çeşidi ile sınırlı değildir. Sözleşme yolu ile taraflar aralarında yeni bir irtifak hakkı tesis edebilirler.²⁹⁸ İslâm Fıkıh Akademisi de muasır örf

²⁹⁴ Ebû Abdillâh Fahrüddîn Muhammed b. Ömer b. Hüseyin er-Râzî, *Mefâtihu'l-Gayb=Tefsîrû'l-Kebîr*, (Beyrut: Daru'l-İhyai't-Tüрасil Arabî, 1420), c. VI, 492; Bilgin, "İrtifak Hakları", 94.

²⁹⁵ Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Abbâs Ahmed b. Hamza Şehâbeddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhu'l-Minhâc* (Beyrut: Daru'l-Fikir, 1404/1984), c. VII, 154, 155; Bilgin, "İrtifak Hakları", 94.

²⁹⁶ Ebu Zehra, *Milkiyye*, 77.

²⁹⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 51, 52.

²⁹⁸ Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 34; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. VII, 96; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. III, 15; *el-Mevsûatü'l-Fıkhî'l-İslâmî*, c. IV, 275; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 119; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704.

doğrultusunda farklı irtifak haklarının kurulabileceğini belirtmiştir.²⁹⁹ Bu görüş doğrultusunda manzara irtifakı, araç park yeri irtifakı gibi farklı irtifak türlerinin tesis edilmesi mümkün hale gelmektedir. Nitekim Hanefilere nispet edilen görüşün de tutarlı olmadığı ifade edilmiştir. Bundan dolayı İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından irtifak haklarının kanundan kaynaklanan belirli tiplerle sınırlı olmadığı ifade edilebilir. Biz de bu görüşü savunmakta, irtifak haklarını yalnızca belirli tiplerle kısıtlı olarak ele almamaktayız.

Mer'î hukuk açısından aynî haklar belirli sayı ve tipe bağlılık (numerus clausus) ilkesine tabidir. Dolayısıyla bir aynî haktan bahsedebilmek için bu hakkın adının, tipinin ve muhtevasının açıkça kanunda belirlenmiş olması gerekir. Bununla birlikte irtifak hakları açısından bu prensibe bir istisna getirilmiştir. İrtifak haklarının adı, tipi ve muhtevası kanunda belirtilen türleri olduğu gibi, irtifak hakkı tanımına uygun olduğu müddetçe bu hususları belirlemenin taraflara bırakılması da mümkün görülmüştür. Önemli olan kurulacak olan irtifak hakkının mümkün, hukuka ve ahlaka uygun olması, yüklü taşınmaz malikinin davranışlarına değil, yüklü taşınmaz mülkiyetine sınırlandırma getirmesi ve yüklü taşınmaz malikinin asli edim yükümlülüğünün olumlu edimlerden ibaret olmaması şartlarını taşımasıdır. Borçlar hukukundaki sözleşme tasnifindekine benzer biçimde irtifak haklarının da kanunda adı, tipi ve muhtevası belirtilmiş olanları isimli (tipik) irtifak hakları, belirtilmemiş olanları ise isimsiz (atipik) irtifak hakları olarak nitelendirilebilir.³⁰⁰ Bu hususta mer'î hukukun irtifak haklarına bakışı İslâm hukuku ile bir paralellik arz etmektedir. İslâm hukukunda da özellikle yukarıda ifade etmiş olduğumuz şirb, mecra, mesil, murur ve tealli hakları isimli (tipik) irtifaklar olarak nitelendirilebilir. Bunlar haricinde daha sonra taraflarca belirlenmiş olan farklı irtifak tipleri için ise isimsiz (atipik) irtifaklar nitelendirilmesi yapılabilir. Manzara, çöp dökme, sütne koyma irtifakları gibi daha sonradan ortaya çıkmış olan irtifak türleri isimsiz irtifaklara örnek olarak gösterilebilir. Komşuluk (civar) hakkı ise niteliği itibariyle bir irtifak hakkı olmaması nedeniyle bu tasnifin dışında tutulmalıdır. Ancak komşuluk hakkından kaynaklı olarak taraflar arasında farklı isimsiz irtifakların kurulması mümkündür.

²⁹⁹ Karar no: 171; 18/9, *Mecmau'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 444.

³⁰⁰ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 88, 105-108; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 896; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 513.

4.4. KURULUŞ BİÇİMLERİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI

İrtifak hakları, tarafların anlaşarak aralarında kurabildikleri sözleşmeye dayalı (iradi) irtifaklar ve doğrudan kanundan kaynaklanan kanuni irtifaklar olmak üzere ikiye ayrılabilir.³⁰¹

A ve B aralarında anlaşarak A'nın yol kenarındaki taşınmazının üzerinde B'nin A'nın taşınmazına komşu olan ancak yola cephesi olmayan taşınmazı lehine bir geçit irtifakı kurabilirler. Bu durumda sözleşmeye dayalı bir irtifak hakkından bahsedilecektir. A komşusu B'nin duvarına giriş koymak isteyebilir. Bu durumda Hanbelî mezhebine göre giriş koyma irtifakı belirli şartlar dahilinde doğrudan kanundan doğan bir irtifak olması hasebiyle A, B ile aralarında bir sözleşme yapmaksızın girişlerini B'nin duvarına koyabilecektir. Bu örnekteki giriş koyma irtifakı, kanuni irtifak olarak nitelendirilecektir.³⁰²

İslâm hukukunda irtifak haklarının yalnızca kanuna dayalı olarak kurulabileceğini bundan dolayı sözleşmeye dayalı irtifaklardan bahsedilemeyeceğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Buna göre irtifaklar yalnızca mülkiyetin kanuni birer sınırlamalarıdır. Sözleşmeye dayalı irtifakların kurulamayacağını ifade eden İslâm hukukçuları, bu şekildeki irtifakların teamül ve örf kaynaklı basit birer hoş görmeden kaynaklandığını belirtmektedirler. Ancak bu görüş kabul edildiği takdirde bir iyi niyet olarak hoş görmeden kaynaklı olan bir yararlanmadan ötürü, taraflara bir hakkın varlığı nedeniyle bağlayıcılık yüklenemez. Yüklü taşınmaz maliki olan kimse her zaman bu hoş görmesinden vazgeçebilir. Yüklü taşınmazın devri durumunda yeni malik aynı yararlanmayı hoş görmeyebilir. Bu hoş görmeden yararlanan kimsenin ölümü veya yararlanan taşınmazın devredilmesi gibi durumlarda yeni kullanıcıya karşı aynı hoş görme ile yaklaşılabilir.³⁰³ Bu görüşe göre ortada aslında bir hakkın bulunduğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla irtifak haklarının kuruluşu açısından bu görüşü kabul etmemekteyiz.

³⁰¹ Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 118; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 93; Hacak, *İrtifak Hakları*, 41.

³⁰² Hacak, *İrtifak Hakları*, 41.

³⁰³ Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 118, 119; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 94.

4.5. DIŞ ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI

İrtifak hakları dış özellikleri açısından görülebilen bazı alametleri haiz olmaları itibariyle görülebilen (zahir) ve görülemeyen (gayri zahir) irtifaklar olarak ikiye ayrılabilir.³⁰⁴

Geçit irtifakı veya su akıtma irtifakı gibi harici bazı işaretleri ve alametleri haiz olan ve bunlar vesilesiyle anlaşılabilen irtifaklara görülebilen irtifaklar denir. Geçit irtifakında hak sahibinin gelip geçerken kullanmış olduğu alan veya su akıtma irtifakında suyun akıtılmış olduğu su yolları bu irtifakların harici birtakım alametleridir. Bu alametler vesilesiyle bu irtifaklar görülüp anlaşılabilir. Manzara irtifakı gibi hak sahibinin yararlanması için herhangi harici bir işareti haiz olmayan irtifaklar ise görülemeyen irtifaklar olarak adlandırılırlar. Su akıtma irtifakında suyun yer altından borular sayesinde akıtılması halinde su akıtma irtifakı görünmeyen irtifak olarak nitelendirilebilecektir.³⁰⁵

Bu tasnif açısından önemli olan tamamen yararlanılan irtifak hakkının dışsal özellikleri açısından görülebilir olup olmamasıdır. Yoksa hak sahibinin veya yüklü taşınmaz malikinin fiilleri önemli değildir. Kaynak irtifakı, su akıtma irtifakı gibi bazı irtifaklar, durumlarına göre görülebilen veya görülemeyen irtifaklar olarak karşımıza çıksa da, manzara irtifakı gibi her durumda görülemeyen irtifaklar olarak nitelendirilen irtifak hakları da mevcuttur.³⁰⁶

İrtifak haklarının görülebilen – görülemeyen şekilde sınıflandırılması, zamanaşımı ve zımni kabul yolları ile kurulmaları açısından önem arz etmektedir. Görülemeyen irtifakların bu şekilde kurulmaları prensip olarak mümkün değildir.³⁰⁷

4.6. KONUSU YÖNÜNDEN İRTİFAKLAR

Mer'î hukukta irtifak hakları taşınmaz ve taşınır üzerinde kurulmalarına göre konuları yönünden ikiye ayrılarak incelenmiştir. Mer'î hukuk açısından intifa hakları

³⁰⁴ Abdurrezzâk Ahmed Senhûrî, *el-Vasît fî Şerhi 'l-Kanûni 'l-Medenî*, c. IX (Beyrut: 1968), 1294, 1295; Hacak, *İrtifak Hakları*, 40; Kalaci, “Hakku'l-İrtifak”, 358.

³⁰⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 40.

³⁰⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 40.

³⁰⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 41.

haricindeki bütün irtifak hakları yalnızca taşınmazları konu alabilirler. İntifa hakları ise hem taşınırları hem de taşınmazları konu alabilir. Bundan dolayı mer'î hukukta bu tasnifte yalnızca taşınırları konu alan intifa hakları diğer irtifak haklarından ayrılmış olarak kabul edilebilir.³⁰⁸ İrtifak haklarının mahiyetine yönelik açıklamalar yaparken belirttiğimiz üzere, intifa hakkı İslâm hukukuna göre de taşınırlar üzerinde kurulabilmektedir ancak İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu tarafından irtifak hakkı olarak nitelendirilmemektedir.³⁰⁹ Bundan dolayı irtifak haklarına yalnızca taşınmazların konu olabileceği belirtilmekte,³¹⁰ böyle bir tasnife hacet kalmamaktadır. Bununla birlikte intifa hakkını da irtifak hakkı olarak kabul edenler açısından böyle bir tasnif yapmak mümkündür. Bu durumda intifa hakkı haricindeki bütün irtifak hakları konusu yönünden taşınmazlar üzerinde kurulan irtifak hakları olarak kabul edilip yalnızca intifa hakkı taşınırları da konu alabilen bir irtifak hakkı olarak nitelendirilir.

4.7. YARARLANMA YETKİSİNİN KAPSAMI AÇISINDAN İRTİFAKLAR

İntifa hakkı konusu bakımından diğer irtifaklardan ayrıldığı gibi yararlanma yetkisinin kapsamı açısından da diğer irtifak haklarından ayrılmaktadır. Buna göre intifa hakkı bir eşya üzerinde kullanma ve ürünlerinden yararlanmayı kapsayan (usus-fructus) tam yararlanma yetkisi verirken diğer irtifak hakları, hak sahibine bu yetkilerden birini veya bir kısmını tanıyarak sınırlı bir yararlanma yetkisi vermektedir.³¹¹ Mer'î hukuk açısından yapılan bu sınıflandırma biçimi, İslâm hukukçularının çoğunluğunun intifa hakkını bir irtifak hakkı olarak nitelendirmemeleri nedeniyle İslâm hukukunda yapılamayacaktır. Bununla birlikte intifa hakkının da irtifak hakkı olabileceğini belirten diğer görüşe göre böyle bir ayırım yapılabilir ve intifa hakkı tam yararlanma sağlayan irtifak hakkı, diğer irtifak hakları ise sınırlı yararlanma sağlayan irtifak hakları olarak tasnif edilebilir.

³⁰⁸ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 86.

³⁰⁹ el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 89, 90.

³¹⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. V, 43.

³¹¹ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 897; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 47.

4.8. HAK SAHİBİ KİMLİĞİ AÇISINDAN İRTİFAK HAKLARI

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre malik lehine irtifak hakkı tesisi mümkün olmadığı için böyle bir tasnife gidilemeyecektir. Ancak azınlık görüş doğrultusunda malik lehine irtifak haklarının kurulması mümkün olabilir. Bu takdirde lehine irtifak hakkı kurulan kişinin malik veya üçüncü bir kişi olmasına göre irtifak hakları bir tasnife tabi tutulabilecektir.³¹²

5. İRTİFAK HAKLARI ARASINDA SIRA DÜZENİ

Aynı taşınmaz üzerinde birbiri ile çatışmadan kullanılabilen birden fazla irtifak hakkının bulunması durumunda, bu haklar üzerinde sıra eşitliği vardır. Dolayısıyla bu haklardan herhangi birinin diğerinden öncelikli olduğu ifade edilemez. Bu hallerde bir irtifak hakkının kullanılması esnasında bir başka irtifak hakkının kullanımı zarar görmemektedir.³¹³ Örneğin bir pencere açmama irtifakı ile su akıtma irtifakının aynı taşınmaz üzerine birlikte kurulduğu durumda, hak sahipleri herhangi bir zarara uğramamaktadır dolayısıyla bu irtifaklar arasında bir öncelikten bahsedilemeyecektir.

Aynî haklar üzerinde hakim olan ilkelerden biri kuruluş tarihi itibarıyla öncelik (kıdeme itibarı) ilkesidir. Bu ilkeye göre aynı taşınmaz üzerinde birbiri ile bağdaşmaz nitelikte birden fazla irtifak hakkının bulunması durumunda, tarih bakımından daha önce kurulmuş olan irtifak hakkına öncelik tanınacaktır.³¹⁴ Örneğin bir taşınmaz üzerinde önce A sonra B lehine bir geçit irtifakı kurulması durumunda, A ve B birbirleri ile anlaşarak bu geçit irtifakını kullanabilirler. Ancak aralarında herhangi bir anlaşmaya varmazlarsa, geçit irtifakını kullanma yetkisi öncelikli olarak A'ya aittir. Çünkü böyle bir durumda her iki kişinin de aynı taşınmaz üzerinde geçit irtifakına sahip olması yetkilerinin çatışmasına ve aynı anda kullanılmamasına neden olmaktadır. Aynı irtifak hakkının değil de, muhtevaları çatışan farklı irtifak haklarının aynı taşınmaz üzerinde kurulması halinde de benzer durum söz konusudur. Örneğin, bir taşınmaz üzerinde önce A lehine bir manzara

³¹² Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 73.

³¹³ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 891.

³¹⁴ Hatemi - Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 675-680; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 732; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 29; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 892; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 23, 24; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 17; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 509; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 31; Semra Karabacak Furuncı, “Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi”, *İÜHF*, 74/2 (2016), 780.

irtifakı, ardından B lehine bir geçit irtifakı, son olarak da C lehine bir üst hakkı kurulması durumunda ya taraflar anlaşarak kendi yetkilerini kullanacaklar yahut kuruluş tarihi itibarıyla önce olan kendi yetkisini öncelikli olarak kullanacaktır. Bu ikinci durumda B, A lehine kurulmuş olan manzara irtifakına, C ise A lehine kurulmuş olan manzara irtifakına ve B lehine kurulmuş olan geçit irtifakına engel olmadan kendi haklarından yararlanmalıdır.³¹⁵

Aynı taşınmaz üzerinde aynı anda birden fazla irtifak kurulması durumunda ise hak sahipleri, irtifak hakları kurulurken oluşturulan oranlarla haklarından yararlanırlar. Örneğin, aynı taşınmaz üzerinde aynı anda iki farklı kaynak hakkı kurulması durumunda bu haklardan nasıl yararlanılacağı oransal olarak belirlenecektir. Bir saniyede 40 litre akan bir kaynaktan irtifak haklarından birine göre 30 litre, diğerine göre 10 litre yararlanılması kararlaştırılmışsa daha sonradan bu kaynaktan oluşacak değişimler de oransal olarak irtifak hakkı sahiplerine yansıyacaktır. Yani bu kaynaktan akan su miktarı saniyede 20 litreye düşerse, irtifak hakkı sahiplerinin kullanım oranları da saniyede 15 ve 5 litre olarak gerçekleşecektir.³¹⁶

Aynı taşınmaz üzerine kurulmuş olan irtifaklardan önce gelenin veya aynı sırada olanın sona ermesi durumunda diğer irtifaklar aralarındaki sıra ve oran bölünmeden onun yerine ilerler. Bu durum sırada ilerleme olarak nitelendirilir. Örneğin, saniyede 30 litre su veren bir kaynak üzerinde, saniyede 20 litre yararlanma yetkisi veren üç ayrı kaynak hakkı kurulması durumunda zaman açısından ilk kurulan irtifak hakkı sahibi hakkından tam olarak yararlanacakken, ikincisi saniyede 10 litre olarak yararlanacak, üçüncü sıradaki ise hiç yararlanamayacaktır. İlk sıradaki irtifakın sona ermesi durumunda ikinci sıradaki irtifak hakkından tam olarak yararlanacak, üçüncü sıradaki ise saniyede 10 litre olarak yararlanacaktır. Bu kaynak irtifaklarının aynı sırada olmaları durumunda ise bütün irtifak hakkı sahipleri saniyede 10 litre kullanacaklardır. Bu irtifaklardan bir tanesinin sona ermesi durumunda ise diğer irtifak hakkı sahipleri saniyede 15 litre olarak kullanacaklardır.³¹⁷

³¹⁵ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 24; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 732, 733; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 17, 18.

³¹⁶ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 18, 19.

³¹⁷ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 19.

İntifa hakkı, sahibine eşya üzerinde mülkiyet hakkından sonra en geniş yetkileri veren haktır. Bir taşınmaz üzerinde hem intifa hakkının hem de irtifak hakkının bulunması durumunda hakların muhtevası açısından bir çatışma olacaktır. Bu durumda eğer haklar aynı zamanda kurulmamışsa, önce kurulmuş olanın öncelik hakkı olacaktır. Ancak aynı anda kurulmuş olan bir intifa hakkı ve irtifak hakkının bulunması durumunda ise intifa hakkının sağlamış olduğu yetkiler göz önüne alındığında bu iki hak sahibinin taşınmazdan birlikte yararlanması mümkün görünmemektedir.³¹⁸

Üzerinde irtifak hakkı tesis edilmiş olan bir taşınmaz üzerinde sonradan kurulacak bir irtifak hakkının daha öncelikli olması isteniyorsa bu durumda taşınmaz üzerinde kurulmuş olan irtifak hakkı sahiplerinin de rızalarının alınması gerekmektedir.³¹⁹

Merî hukuk açısından bir taşınmaz üzerinde kanundan doğan veya kamulaştırma nedeniyle kurulacak olan bir irtifak diğer irtifak haklarına göre öncelikli olacaktır. Bu durumda kamulaştırma bedelinin bir kısmı irtifak hakları sahiplerine ödenmelidir.³²⁰

İrtifak hakkı ile diğer sınırlı aynî haklar arasındaki öncelik sırası da kuruluş tarihi itibarıyla öncelik ilkesine göre belirlenecektir. Örneğin bir irtifak hakkının rehin hakkından önce kurulması durumunda irtifak hakkı, rehnin paraya çevrilmesinden etkilenmeyecek ve varlığını devam ettirecektir. Rehin hakkının kuruluş tarihi bakımından ise, rehin hakkının yer aldığı derecenin kuruluş tarihi önem taşıyacaktır. Ancak İslâm hukuku açısından bir rehin sözleşmesi yapılırken irtifak hakkının kapsam dışında bırakılması hukuki işlemi hükümsüz hale getirecektir. Dolayısıyla irtifak hakkı önce kurulmuş olsa da rehin sözleşmesinden etkilenecektir.³²¹ Bir irtifak hakkının rehin hakkı tesis edilmiş olan bir taşınmaz üzerinde kurulması halinde ise rehin (merhûn) paraya çevrilirken bu irtifak hakkı izale olmaksızın teklif edilen bedel rehin alanın (mürtehinin) alacağını karşılıyorsa bu irtifak hakkı varlığını devam ettirecektir. Bununla birlikte üzerinde irtifak hakkı ile birlikte rehnin paraya çevrilmesi durumunda teklif edilen bedelin rehin alanın alacağını karşılamaması halinde bakılır: Eğer üzerinde irtifak hakkı olmaksızın teklif edilen bedel önceki bedelden yüksekse rehin üzerinde irtifak hakkı

³¹⁸ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 20.

³¹⁹ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 20.

³²⁰ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 21.

³²¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. V, 165.

bulunmaksızın paraya çevrilir ancak teklif edilen yeni bedel yüksek değilse irtifak hakkı izale olmaz. Örneğin, A taşınmazı üzerinde 45000 TL'lik borcu karşılığında ipotek kurmuştur. Ardından bu taşınmaz üzerinde C lehine bir kaynak hakkı tesis etmiştir. Taşınmaz bu haliyle paraya çevrilmek istendiğinde kendisine en fazla 40000 TL teklif edilmektedir. Taşınmaz üzerinde kaynak hakkı olmaksızın paraya çevrilmek istendiğinde ise 50000 TL teklif edilmektedir. Bu durumda taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının rehin alan açısından bir zarara neden olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu halde taşınmaz üzerinde irtifak hakkı olmaksızın paraya çevrilecektir. Örneğimizde taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda elde edilen 50000 TL'nin 45000 TL'si B'ye verilecek kalan kısımdan ise kaynak irtifakı hakkı sahibine ödeme yapılacaktır. Eğer bu kısım kaynak irtifakının değerini karşılıyorsa buradan da kalan kısım A'ya ait olacaktır ancak karşılamıyorsa A bu bedelden hiçbir pay alamayacaktır.³²² Mer'î hukukta, rehin kurduktan sonra taşınmazın üzerinde sınırlı aynî hak tesis edilmesi durumunda uygulanan çözüm bu şekildedir. İslâm hukukunda ise rehin konusu olan mal üzerinde üçüncü kişiler lehine bir sınırlı aynî hak tesis edilemeyeceği belirtilmiştir.³²³

³²² Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 26 – 29; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 30, 31; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 893, 894.

³²³ Recep Özdemir, *İslâm Teminat Hukuku* (İstanbul: Hiperyayın Yayınları, 2017), 125.

BÖLÜM 2

EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARI

1. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKKI KAVRAMI VE MUHTEVASI

Eşyaya bağlı irtifak hakları, bir taşınmaz üzerinde bir başka taşınmaz lehine tesis edilmiş olan bir yük olarak tanımlanmaktadır.³²⁴ İrtifakın taşınmaz lehine kurulması, hak sahibinin taşınmaz olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Ancak bilindiği üzere taşınmazlar hak sahibi olamazlar. Burada hak sahibi olan lehine irtifak kurulmuş olan taşınmazın (yararlanan taşınmazın) maliki olan kimsedir. Hak sahipliği kişinin kendi öz kimliğinden değil yararlanan taşınmazın maliki olmasından kaynaklanmaktadır.³²⁵ Eşyaya bağlı irtifakın kurulması ile yüklü taşınmaz maliki, mülkiyet hakkının muhtevastaki bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınmak veya irtifak hakkı sahibinin, yüklü taşınmaz üzerinde hakkı doğrultusunda yetkilerini kullanmasına katlanmak zorunda kalmaktadır.³²⁶

Eşyaya bağlı irtifak hakları, Kadri Paşa'nın irtifak tanımını yansıtmaktadır.³²⁷ Roma hukukundaki klasik irtifak kavramı da aynı muhtevayı ifade eder.³²⁸ Bu doğrultuda İslâm hukukçularının çoğunluğu irtifak haklarını yalnızca eşyaya bağlı irtifaklardan

³²⁴ Berki, *Aynî Haklar*, 99; Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 690; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 53 vd.; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 906; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 49; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 53 vd.; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 648 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 517; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 103.

³²⁵ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 49; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 47, 53; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 95; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 648; Antalya, *Eşya Hukuku*, c. IV, 117.

³²⁶ Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 103, 104; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 907; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 649.

³²⁷ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 37.

³²⁸ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 906.

ibaret saymışlardır.³²⁹ Ancak Hanefî fıkıh eserlerinde ve Mecelle’de düzensiz kişisel irtifakların da kurulabileceği görülmektedir.³³⁰

Eşyaya bağlı irtifak haklarında yararlanan taşınmazın maliki irtifak hakkının da sahibidir. Burada irtifak hakkı mülkiyet hakkına bağlıdır. Bu irtifak hakkı ne sağılar arası ne de ölüme bağlı bir hukuki işleme konu olamaz. Eşyaya bağlı irtifak hakları ancak yararlanan taşınmazın konu olacağı hukuki işlemlere tabi olabilir. Onun durumu tam anlamıyla yararlanan taşınmazla sıkı sıkıya bağılılık gösterir. Bu açıdan kişisel irtifaklardan ayrılır.³³¹ Nitekim fıkıh eserlerinde bu durum incelenmiş ve irtifak hakları arasında ayırım yapılmıştır. Oradaki incelemelere bakıldığı takdirde taşınmaza bağılı olarak kurulmuş irtifak haklarının, taşınmazın tabi olduğu hukuki işlemlere tabi olduğu ve bunlardan ayrı olarak hukuki işlemlerin dışında bırakılamadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan İslâm hukukçuları düzensiz kişisel irtifaklar ile eşyaya bağılı irtifaklar arasında ayırma giderek bir incelemede bulunmuşlar ve incelemiş oldukları irtifaklara göre belirleme yapmışlardır.³³²

Eşyaya bağılı irtifak hakları ancak bir taşınmaz üzerinde kurulabilir ve irtifakın içermiş olduğu yük taşınmaza bağılıdır. Dolayısıyla burada katlanma ve/veya kaçınma yükümlülüğü yüklü taşınmazın malikine aittir. Yüklü taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi durumunda, irtifakın içermiş olduğu yükümlülük yeni malike ait olacaktır. Bundan dolayı bu tip irtifak haklarının hem yararlanan taşınmaz yönünden hem de yüklü taşınmaz yönünden eşyaya bağılı bir nitelik arz ettiği ifade edilebilir. Kısacası, eşyaya

³²⁹ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 89; Hacak, *İrtifak Hakları*, 24.

³³⁰ el-Mevsılî, *el-İhtiyar*, c. III, 70; MAA, m. 1145, 1168, 1225, 1226, 1232; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 103.

³³¹ el-Hafîf, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 89; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 906; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 51, 52; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 517, 518; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 784; Antalya, *Eşya Hukuku*, c. IV, 117.

³³² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 220, c. V, 165; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. II, 482; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 190; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 64, 65; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 97, 98; Hacak, *İrtifak Hakları*, 44, 45.

bağlı irtifakların sağlamış olduğu hak ve yükümlülüklerin sahipleri ilgili taşınmazların malikleridir.³³³

Eşyaya bağlı taşınmazın üç temel unsuru olarak karşımıza yüklü taşınmaz, yararlanan taşınmaz ve yararlanma hakkı çıkmaktadır. Bu unsurlar irtifak hakkının hukuki mahiyeti incelenirken ilk bölümde ele alındığı için burada tekrarlanmayacaktır.

Eşyaya bağlı irtifak hakları olumlu, olumsuz ve karma irtifak biçiminde kurulabilir.³³⁴

Eşyaya bağlı irtifak hakları, hak sahibine daima eşyadan sınırlı bir yararlanma yetkisi tanımaktadır. Bu niteliği itibarıyla eşyaya bağlı irtifaklardan kaynaklanan yük, yüklü taşınmazın mülkiyet hakkının içeriğini boşaltacak düzeyde olamaz. Tam bir yararlanma yetkisi için eşya üzerinde intifa hakkı kurulması gerekmektedir. İntifa hakkı ise eşyaya bağlı olarak kurulamamaktadır.³³⁵

Eşyaya bağlı irtifak hakkı yüklü taşınmazı bütün olarak ilgilendirir. Müşterek mülkiyetin söz konusu olduğu taşınmazlar için irtifak hakkı kurulması hususu modern hukuk açısından incelenmiştir. Buna göre taşınmaz üzerinde tesis edilecek olan irtifak hakkı bütün taşınmazı ilgilendireceği için yalnızca bir müşterek malikin tasarrufu ile böyle bir irtifak hakkı kurulamayacaktır. Ancak paylardan birinin lehine başka bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi hususunda ise iki farklı görüş vardır. Bunlardan birincisine göre böyle bir irtifak hakkı tesis edilemeyecekken, ikincisine göre bu şekilde bir irtifak hakkının kurulması mümkündür. Örneğin paydaşlardan biri, ulaşım açısından zorluklar barındıran yolu kullanmak yerine komşu taşınmazın maliki ile anlaşarak kendi payına bağlı olarak bir geçit irtifakı kurmak istediği durumda, ikinci görüşe göre böyle bir irtifak hakkı kurulabilecektir. Bununla birlikte bir pay üzerinde münhasıran kullanma yetkisinin bulunması hususunda bu paya bağlı olarak irtifak

³³³ el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'îyye*, 89; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 50, 51; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 47, 53, 54; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 97; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 648; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 54.

³³⁴ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 907; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 102.

³³⁵ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 49, 50, 57; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 907; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 103.

hakkının kurulmasını her iki görüş de kabul etmektedir.³³⁶ Mer'î hukuk açısından da pay lehine irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir.³³⁷

Eşyaya bağlı irtifak hakları yalnızca yüklü taşınmaz malikinin, kendi taşınmazından yararlanma ve taşınmazını kullanma yetkilerini sınırlandırabilir. Yüklü taşınmaz malikinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ise söz konusu olamaz.³³⁸

Yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmazın konumları irtifak hakkından beklenen yararın elde edilmesine uygun olmalıdır. Bu bakımda iki taşınmazın birbirine bitişik biçimde komşu olması gerekli değildir. Örneğin geçit irtifakı bakımından taşınmazların birbirine bitişik olması aranacakken, manzara irtifakı bakımından birbirine bitişik olmamaları da mümkündür. Önemli olan irtifak hakkının kendinden beklenen yararı sağlamasıdır.³³⁹

Eşyaya bağlı irtifak veya farklı bir kullanımıyla taşınmaza bağlı irtifak kavramı, taşınmaz irtifakı kavramından farklıdır. Eşyaya bağlı irtifak kavramı irtifak hakkı sahibinin tayinini belirtirken, taşınmaz irtifakı kavramı irtifak hakkının konusuna işaret eder. Buna göre taşınmaz irtifakı kavramı ile ifade edilen irtifak hakkının bir taşınmazı konu aldığıdır. Dolayısıyla burada irtifak hakkının şahsa ve veya eşyaya bağlı olarak kurulmuş olması önem arz etmemektedir.³⁴⁰

2. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARINA HAKİM OLAN İLKELER

2.1. YÜKÜN SINIRLILIĞI İLKESİ

İrtifak hakkı, eşya üzerinde hak sahibine doğrudan doğruya bir hakimiyet sağlayan, yararlanma veya kullanma yetkisini yahut bu yetkilerden her ikisini birden veren sınırlı aynî haktır. İrtifak hakkı sahibine sağlanan bu yetki taşınmaz üzerinde bir

³³⁶ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 910; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 50, 51; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 99.

³³⁷ TMK, m. 692, 697, 700; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 910; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 55.

³³⁸ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 101.

³³⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 54.

³⁴⁰ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 110.

yük oluşturmaktadır. Bu yük, irtifak hakkı sahibinin yüklü taşınmazdan irtifak hakkının içeriği doğrultusunda yararlanmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla her ne kadar bir aynî haktan bahsedilmiş olsa da bu aynî hak mülkiyet hakkı kadar kapsamlı değildir ve yalnızca irtifak hakkının konusu ile sınırlıdır. Örneğin üzerinde bir kaynak hakkı tesis edilmiş olan taşınmazdan yalnızca belirli bir miktar ve biçimde su alınabilir. Bunun dışında yüklü taşınmazda hayvan otlatılamaz. Hayvan otlatma işlemi irtifak hakkının kapsamına dahil değildir. Bu şekilde irtifak hakkı sahibinin yüklü taşınmazdan yalnızca irtifak hakkının muhtevası doğrultusunda yararlanabilmesi yükün sınırlılığı ilkesi olarak nitelendirilmektedir. Bu ilke sayesinde mülkiyet hakkının sağlamış olduğu bütün yetkiler irtifak hakkı sahibine tanınmayarak, mülkiyet hakkının içerisi tamamen boşaltılamamaktadır.³⁴¹

İntifa hakkının, irtifak haklarından farklı olarak eşya üzerinde tam yararlanma yetkisi tanınması nedeniyle yükün sınırlılığı ilkesine tabi olduğu söylenebilir. Ancak intifa hakkı açısından, “İntifa Hakkı” başlığında görüleceği üzere, yük belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bu hak bakımından da niteliği farklı olsa da yükün sınırlılığı ilkesinden bahsedilebilir.³⁴²

2.2. YARAR İLKESİ

İrtifak hakları ile bir taşınmazdan yalnızca taşınmaz malikinin değil, daha fazla kişinin yararlanabilmesi amaçlanmaktadır.³⁴³ Dolayısıyla yarar ilkesi irtifak hakkının temelinde yatan malik dışındaki kişilerin de taşınmazdan yararlanması düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Yarar ilkesi ile kastedilen objektif ve gayri şahsi bir yarardır. Burada dikkat edilmesi gereken yararlanan taşınmazın değil onun belirli tipteki malikinin yararadır. Bunun asıl nedeni ise irtifak haklarının yalnızca eşyaya bağlı olarak değil şahsa bağlı olarak da kurulabilmesidir. Yarar ilkesi bu şekilde ifade edilerek düzensiz kişisel

³⁴¹ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 111, 112, 114; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 649.

³⁴² Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 113.

³⁴³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 27.

irtifakları da kapsamına almaktadır. Batı hukukunda yıllardır tartışılmış olan ve Türk-İsviçre hukukunda kabul gören anlayış da bu yöndedir.³⁴⁴

Fıkıh eserlerinde özellikle belirli tipte ifade edilmiş olan irtifaklarda hak sahibine sağlanan yarar da belirlidir. Bununla birlikte irtifak haklarının yalnızca belirli tipteki irtifaklarla sınırlı olmadığını tarafların aralarında yeni isim, tip ve muhtevada irtifak hakkı oluşturabileceklerini belirtmiştik. Buna göre oluşturulacak olan bu yeni tipteki irtifak hakları kurulurken aranan yarar, hukuki niteliği açısından makul, hukuka ve ahlaka uygun bir yarar olmalıdır. Bu şartları taşımayan bir yarar hukuk nazarında itibara alınamayacağından ötürü irtifak hakkının kurulmasını sağlamayacaktır.

2.3. İRTİFAKIN ÖZDEŞLİĞİ İLKESİ

Eşyaya bağlı irtifaklar yüklü taşınmaz üzerinde yararlanan taşınmaz malikine bir yarar sağlamaktadır. Bu yarar sürdüğü müddetçe irtifak hakkı da bir süreyle sınırlı olarak kurulmuş olmadığı sürece, aynî niteliğinden ötürü varlığını devam ettirecektir. Ancak bu yararın sona ermesi durumunda irtifak hakkının akıbeti ile ilgili olarak belirli süre ile kurulmuş olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılır.

İrtifak hakkı bir süreye bağlı olmaksızın kurulmuş ise kendisinden beklenen yararın sona ermesi durumunda artık bu hakkın kullanımı imkansız hale gelmiş olacaktır. Bu durumda irtifak hakkının yüklü taşınmaz üzerine getirmiş olduğu sınırlama kalkmış olacaktır. Ancak daha sonradan bu yararın tekrar elde edilmesi mümkün olursa bu durumda irtifak hakkı sahibi taşınmazdan yararlanmaya devam edecektir. Örneğin kaynak hakkı sahibinin, suyun tükenmesinden dolayı bu hakkını kullanamaması durumunda zamanla kaynağa yeniden su toplanması veya giriş koyma irtifakı bulunan hak sahibinin duvarın yıkılması durumunda artık bu hakkını kullanamazken daha sonradan yüklü taşınmaz malikinin yeniden duvar inşa etmesi hallerinde, irtifak hakkı sahipleri yeniden irtifak haklarını kullanabileceklerdir.³⁴⁵ Dolayısıyla irtifakın özdeşliği ilkesi belirli bir süreyle kurulmamış olan irtifak haklarında yararın yeniden temininin mümkün olması durumunda geçerli değildir. Tamamen sona ermeyip bu yararın kısmen

³⁴⁴ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 116-118.

³⁴⁵ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 220; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 185; Hacak, *İrtifak Hakları*, 103.

azalması durumunda ise yararlanan taşınmazların birden fazla olması durumunda her biri oranları nispetinde irtifak hakkından yararlanmaya devam edebilir.³⁴⁶

Belirli bir süreye tabi olarak kurulmuş irtifaklar açısından ise irtifakın sağlamış olduğu yararın ortadan kalkması durumunda irtifak hakkı artık son bulacaktır.³⁴⁷ Dolayısıyla belirli süre ile kurulmuş olan irtifak hakları açısından irtifakın özdeşliği ilkesi geçerlidir.

Mer'î hukukta da benzer şekilde irtifak hakkından beklenen yararın sona ermesi durumunda, yüklü taşınmaz malikine irtifak hakkının terkinini imkanı tanınmıştır. Hatta yüküne oranla yararın çok az kalmış olması durumunda dahi yüklü taşınmaz maliki bedeli mukabilinde irtifak hakkının terkinini talep edebilmektedir.³⁴⁸ Bununla birlikte yararın geçici olarak kesintiye uğramış olduğu durumlarda irtifak hakkının terkinini istenemeyecektir. Bu durumda haktan geçici bir süre yararlanılamamış olmakla birlikte hak varlığını korumuş olacaktır.³⁴⁹

İrtifak hakkı ile özdeş olan yarar irtifak hakkının kurulmasına neden olan yarar olup, yararlanan taşınmaz malikinin daha sonradan ortaya çıkan yararı değildir. Dolayısıyla irtifak hakkının özdeşliği ilkesince, hak sahibinin irtifak hakkına söz konusu olan yeri irtifak kurulurken elde edilmesi amaçlanmış olan yararın sona ermesi durumunda başka bir yarar sağlamak amacıyla kullanması da engellenmiş olmaktadır.³⁵⁰ Örneğin kar atma irtifakı kurulmuş olan bir yüklü taşınmaz üzerine, zamanla iklimin değişmesi ve artık kar atmaya ihtiyaç kalmaması durumunda, irtifak hakkı sahibinin çöp

³⁴⁶ Şeyhülislâm Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, haz. Süleyman Kaya, ed. Mustafa Demiray, 1. Baskı (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), 422, No: 2472.

³⁴⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, 38, 39; Mansûr b. Yunus b. İdrîs el-Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ' an-Metni'l-İknâ'*, thk. Hilal Museylihî Mustafa Hilal (Riyâd: Mektebetü'n-Nasr, ty.), c. III, 413; Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. III, 185; Hacak, *İrtifak Hakları*, 103, 104.

³⁴⁸ TMK, m. 785“*Lehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiç bir yarar kalmamışsa, yüklü taşınmazın maliki bu hakkın terkinini isteyebilir.*

Yüküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının, bedel karşılığında kısmen veya tamamen terkinini istenebilir.”

³⁴⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 70; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 926, 927; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 126, 127.

³⁵⁰ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 663; Modern hukuk açısından bu durum tartışılmış ve mahkemelerden, hak sahibinin yararı olduğu müddetçe irtifakın farklı şekilde devam edeceğine yönelik kararlar çıktığı gibi aksi yönde de kararlar çıkmıştır. Ancak daha sonradan verilen kararlar irtifak hakkının kuruluşu esnasındaki yararın sona ermesi durumunda irtifak hakkının sona ereceğini, hak sahibinin farklı bir yararı için devam ettirilemeyeceğini belirtmektedir. Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 120, 121.

dökmesi, bu irtifakın yararının sona erdiği nedeniyle mümkün olmayacaktır. İrtifakın özdeşliği ilkesi gereğince irtifak hakkı sağlamış olduğu yarar doğrultusunda kullanılabilecek dolayısıyla kar atma irtifakı çöp dökme irtifakına dönüştürülemeyecektir.

2.4. İRTİFAK YÜKÜNÜN AĞIRLAŞTIRILMAMASI İLKESİ

İrtifak yükünün ağırlaştırılması, irtifak hakkının tesisi esnasında tarafların öngördüğü yükün zaman içerisinde önemli oranda artırılması anlamına gelmektedir. İrtifak hakkı sahibinin yararlanmasını artırması sonucunda, yüklü taşınmaz malikinin katlanma ve/veya kaçınma yükümlülüğü artmaktadır. Yüklü taşınmaz malikinden bu şekilde ağırlaşan yükümlülüğe katlanması beklenmez. Örneğin günde 100 litre su alınması amacıyla tesis edilmiş bir irtifaktan, yararlanan taşınmaz malikinin 150 litre su alması veya günde bir defa kullanma hakkı olan geçit irtifakından yararlanan taşınmaz malikinin iki veya daha çok kez yararlanması durumunda irtifak yükü ağırlaşmış olacaktır.³⁵¹ Bir geçit irtifakında hak sahibinin merkep ile geçme yetkisi olduğu durumlarda, bu irtifaktan kağnılarla geçerek yararlanması mümkün olmayacaktır.³⁵² Merkep ile geçit için ayrılan yol ile kağnılarla geçit için ayrılan yol farklıdır ve bu durum irtifak yükünü ağırlaştırmış olur.

İrtifak yükünün ağırlaştırılmış olup olmadığının tespiti hususu irtifak hakkının tesisi esnasında sağlayacak olduğu yararın miktar, sayı veya ölçü gibi objektif verilerle belirlenmiş olması ve bu şekilde bir belirlemenin yapılmamasına göre iki şekilde değerlendirilir. İrtifak hakkının tesisi esnasında taraflar irtifakın içeriğini belirlemişlerse

³⁵¹ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 129; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 944; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 527.

³⁵² “Mahmiye-i Konya 'da vâki ' Polatlar Mahallesi sâkinlerinden Bedel ibn Mehmed nâm kimesne meclis-i şer'-i hatîr-ı lâzımü't-tevkîrde râfi'atü'l-kitâb Sultân bint-i Şâh 'Unsûr nâm hatun mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm idüp merkûme Sultân Hatun'un menzili kurbunda benim müvekkilim mürûr ve 'ubûr edecek yolum vardır su'âl olunsun dedikde gibbe'ssu'âl merkûme Sultân Hatun cevâbında mezbûrun benim menzirimde merkeb geçecek yolu vardır kanglı (kağnılı) geçecek yolu yoktur diyecek mezbûr Bedel'den kanglı yolu olduğunu mübeyyine beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı 'aciz edip istihlâf etmeğin merkûme Sultân'a kanglı mürûr edecek yolu olmaduğuna yemîn teklîf olundukda ol dahi 'alâ vefki'l-mes'ûl yemîn-i billahi'l-'azîm etmeğin zeyl-i kitâbda isimleri mestûr olan müsîlimîn merkeb yolu vardır diye ihbâr etmeğin mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu...” Konya Kadı Sicili (1070-1071 / 1659-1661), Defter 10, haz. İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014), No: 151-3, 280.

bu durumda irtifak yükünün ağırlaştırılmış olup olmadığının tespiti yukarıda belirtilmiş olan örneklerdeki gibi olacaktır.³⁵³

İrtifakların içeriğinin objektif verilerle belirlenmemiş olması durumunda bu irtifakların içeriği yararlanan taşınmaz malikinin ihtiyacına göre tespit edilir. Yararlanan taşınmaz malikinin ihtiyacına göre irtifak yükünün ağırlaşması veya hafiflemesi mümkündür. Örneğin, bir geçit irtifakının söz konusu olduğu durumda yararlanan taşınmaz üzerinde bir bina varken bu geçit irtifakından günde 5 defa yararlanılıyorsa bu taşınmazın devrinden sonra üzerine üç bina daha yapılması durumunda geçit irtifakından yararlanılması günde 20 defaya çıkabilir veya yararlanan taşınmaz maliki bu geçit irtifakından hayvan üzerinde geçerek yararlanıyorken daha sonradan motorlu taşıtla geçebilir. Sırf yararlanan taşınmaz malikinin değişmesi nedeniyle de bu yük ağırlaşabilir. Üzerinde lehine geçit irtifakı bulunan bir taşınmazı daha önce bir kişi kullanıyorken, bu taşınmazın çok daha kalabalık bir aileye satılması durumunda yük somut anlamda ağırlaştırmış görünmektedir. Ancak bu durumlarda yükün ağırlaştırılmaması ilkesi ihlal edilmiş değildir.³⁵⁴ Çünkü sonradan ortaya çıkan bu durumlar irtifakın kuruluş amacına uygun ve tarafların öngörüsü dahilindedir. Ancak irtifak hakkının tesisi esnasında yükün, tarafların öngördüğü oranın üzerinde artmaması gerekmektedir. Örneğin, evine ulaşmak için komşusunun taşınmazı üzerinde geçit irtifakı tesis edilen yararlanan taşınmaz malikinin daha sonra buraya bir araba tamirhanesi kurması durumunda irtifak yükü önemli miktarda artmış olacaktır. Bu durum irtifak yükünün ağırlaştırılmaması ilkesinin ihlali niteliğinde olacağı için irtifak hakkı kapsamında değerlendirilmeyecektir.³⁵⁵

2.5. YÜKLÜ TAŞINMAZA EN AZ ZARAR VERECEK BİÇİMDE İRTİFAKTAN YARARLANMA İLKESİ

Eşyaya bağlı irtifaklar açısından yüklü taşınmazdan elde edilecek olan her yarar ilke olarak, bu taşınmaza ve sahibine zarar verecektir. Ancak irtifak hakkının birden fazla şekilde kullanımı mümkün olabilir. Bu durumda hak sahibi irtifakı, yüklü taşınmazı ve

³⁵³ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 130, 131.

³⁵⁴ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 49.

³⁵⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2194; Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l Mecelle*, c. VI, 96; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 83; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 944, 945; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 131, 132; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 527, 528.

malikini en az zarara uğratacak şekilde kullanmalıdır. Örneğin bir geçit irtifakı tesis edilmiş olan yüklü taşınmazın bir kısmı verimli bir kısmı verimsiz nitelikteyse, irtifak hakkı sahibinin verimsiz kısmı kullanması gerekmektedir. Yahut geçit irtifakı tesis edilmiş bir taşınmazın bir kısmı çamur bir kısmı kuru olduğu halde, hak sahibinin traktörle çamur kısımdan geçerek arazide çukur ve iz oluşturmaması gerekmekte, kuru yerden geçerek hakkını kullanması gerekmektedir. İrtifak hakkı kullanılırken elde edilecek olan yarar, yüklü taşınmaz ve malikine verilecek zarardan büyük olmalıdır. Yüklü taşınmaza en az zarar verecek biçimde irtifaktan yararlanma ilkesi genel bir kaide olan dürüstlük ilkesinden³⁵⁶ kaynaklanmaktadır.³⁵⁷

İrtifak hakkı sahibi olan kimse, hakkından yararlanırken daha az zarar verebilecek durumda olduğu halde daha fazla zarar verebilecek şekilde hakkını kullanıyorsa bu durumda o kişinin asıl maksadının hakkından yararlanmak olmadığı karşı tarafı zarara uğratmak olduğu anlaşılır.³⁵⁸ Burada hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.³⁵⁹ Dolayısıyla bu kişi hakkını kullandığı gerekçesi ile korunmayacak ve vermiş olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü tutulacaktır.³⁶⁰

³⁵⁶ TMK, m. 2: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”

³⁵⁷ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 81; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 936; Berki, *Aynî Haklar*, 103; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 133, 134; Hacak, *İrtifak Hakları*, 109; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 105; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 301, 302; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 103.

³⁵⁸ MAA, m. 2: “Bir işten maksat neyse, hüküm ona göredir” Bu kaide Mecelle’de fikhın tanımının hemen ardından verilerek İslâm hukuk sisteminde maksadın önemini göstermiştir.

³⁵⁹ Hakkın kötüye kullanılması için bkz. Fethi, ed-Dureyni, *Nazariyyetü’t-Te’assuf fi İstimâli’l-Hak fi’l-Fıkhü’l-İslâmî* (Beyrut: Müessesetü’r Risâle, 1988), 87 vd.; Saffet Köse, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması* (İstanbul: İFAV Yayınları, 1997), 49 vd.; Musa Süheyl Baysal, “Mecelle Madde 2 Bağlamında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, *Mecelle Üzerine Etütler*, ed. Ahmet Akman, Mustafa Ünal, 1. Baskı, c. I (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 78 vd.; M. Kemal Oğuzman - Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 27. Bası, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021), 247 vd.; Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 11. Baskı, c. I (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016) 241 vd.; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 208 vd.; O. Gökhan Antalya - Murat Topuz, *Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri)*, 4. Baskı, c. I, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 449 vd.; Bilge Öztan, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 41. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016), 179 vd.; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku)*, c. I, 14. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 177 vd.

³⁶⁰ Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 213.

2.6. İRTİFAKIN İÇERİĞİNİN YALNIZCA YÜKLÜ VE YARARLANAN TAŞINMAZLA İLGİLİ OLMASI İLKESİ

İrtifak hakkının içeriği yüklü taşınmaz ve yararlanan taşınmazla ilgili olmalıdır. Taraflar bir araya gelerek kendilerine ait olmayan bir başka taşınmaz adına irtifak hakkı tesis edemezler. Örneğin A ve B taşınmazlarının malikleri, içlerinden birinin C taşınmazını satın alması durumunda bu taşınmazın manzarasını kapatacak yükseklikte bir yapı yapmayacaklarını taahhüt etmeleri halinde C taşınmazı lehine bir irtifak hakkı tesis edilmiş olmaz. Çünkü bu durumda ilgili irtifak hakkı A ve B'nin dışındaki bir başka taşınmaza yöneliktir.³⁶¹

2.7. İRTİFAKTAN BİZZAT YARARLANMA İLKESİ

Eşyaya bağlı irtifak hakkı, yararlanan taşınmaz malikinin duymuş olduğu bir ihtiyaçtan dolayı kurulur. Dolayısıyla bu hakkı yararlanan taşınmazla alakası olmayan birinin kullanması mümkün değildir. İrtifaktan yararlanma yetkisi yararlanan taşınmazın maliki, kiracısı gibi kimselere aittir. Hak sahibi olan kimseler bu yararlanmayı bizzat elde etmek zorunda olup, borçlandırıcı bir işlemle bir başkasına devredemezler. Bir başkasını kendi taşınmazlarına bağlı bir irtifaktan yararlandırılamazlar.³⁶²

Yararlanma biçimi açısından olumlu bir irtifaktan yalnızca hak sahibi yararlanabilir. Örneğin bir geçit irtifakından yalnızca yararlanan taşınmazın malikinin yararlanması mümkün olup, malik bu yararlanmayı bir başkasına devredemez. Bununla birlikte olumsuz irtifaklar açısından aynı durum söz konusu değildir. Olumsuz irtifaklardan da aslolarak hak sahibinin yararlanması mümkün olsa da elverdiği ölçüde yararlanan taşınmazla ilgisi olmayan başka kimselerin yararlanması da mümkün olabilir. Örneğin bir manzara irtifakından yararlanan taşınmaz maliki yararlanırken, konumları elverdiği ölçüde diğer taşınmaz malikleri de yararlanmış olacaktır. Çünkü olumsuz irtifaklar yalnızca yüklü taşınmaz malikinin kaçınması ile hak sahibi lehine bir yarar ortaya çıkarır, hak sahibinin ayrıca aktif bir fiilde bulunmasına gerek yoktur. Benzer şekilde yine aktif bir fiilde bulunmamasına rağmen durumun elverdiği ölçüde

³⁶¹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 53.

³⁶² Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 134, 135.

başkalarının da bu irtifaktan yararlanması mümkün hale gelir. Kişisel (şahsi) irtifaklar ise irtifaktan bizzat yararlanma ilkesine tabi değildirler. Örneğin, intifa hakkının devri mümkün olduğu gibi, süknâ hakkından da kişi ev halkı ile birlikte yararlanmaktadır. Dolayısıyla kişisel irtifaklar ile olumsuz irtifaklar hariç, yararlanan taşınmaza yönelik olarak kurulmuş olan irtifaklardan üçüncü kişilerin yararlanması mümkün değildir.³⁶³

2.8. YORUM İLKESİ

İrtifak hakkı tesis edilirken içeriği net bir biçimde ortaya konmamışsa tarafların aralarında çıkacak uyuşmazlıklar bakımından bir sıra doğrultusunda yorum yapılacaktır. Nitekim günümüzde çoğu zaman insanlar bir irtifak hakkı tesis ederken bu irtifak hakkının ismini veya tipini belirtmekte, ancak içeriğine yönelik bir tayinde bulunmamaktadırlar. Dolayısıyla irtifak haklarının içeriğine yönelik yoruma başvurma bir ilke olarak zikredilebilir.³⁶⁴

İrtifak haklarının içeriğine ilişkin yorum yapılırken bir sıralamanın takip edilmesi gerekmektedir. Mer'î hukuk açısından bu sıralama kanunda belirtilmiştir.³⁶⁵ İslâm hukuku bakımından da benzer bir sıralamanın takip edilmesi uygun olacaktır. Buna göre irtifak hakkının kurulmasının tescile bağlanmış olduğu bir hukuk düzeninde öncelikle bu tescile bakılacaktır. Tescildeki açıklamalar yeterli ise buna göre belirleme yapılacaktır. Ancak tescildeki açıklamaların yeterli olmaması durumunda irtifak hakkının kazanma sebebine bakılacaktır. “İrtifak Hakkının Kazanılması” başlığı altında incelenecek olan bu sebepler farklılık göstermektedir. Örneğin irtifak hakkı tesisinin, taraflar arasında kurulmuş olan bir sözleşme ile veya bir sözleşmede şart koşulmuş olması ile gerçekleşmesi durumunda bu sözleşmenin veya şartın içeriği incelenecek, gerekmesi durumunda yorum yöntemlerine başvurulacaktır. Bu şekilde de meselenin çözümlenmemesi durumunda irtifak hakkının uzun süredir ne şekilde kullanıldığı incelenecektir. Bu yolla bir çözüm elde edilememesi halinde hak sahibinin tesis edilmiş

³⁶³ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 135, 136.

³⁶⁴ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 136.

³⁶⁵ TMK, m. 787, 789, 838/II, 1022/III.

olan irtifak ile karşılamayı amaçladığı ihtiyaçları araştırılacak ve yine bir çözüme ulaşılamaması halinde yerel adetlere başvurulacaktır.³⁶⁶

3. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKKININ KAZANILMASI VE SONA ERMESİ

3.1. İRTİFAK HAKKININ KAZANILMASI

İrtifak haklarının kuruluş biçimlerine göre sınıflandırılmasında görüldüğü üzere İslâm hukukçularının bir kısmı tarafından irtifak haklarının yalnızca kanundan doğabileceği ifade edilmişken diğer bir kısmı tarafından ise irtifak haklarının kazanılmasının yalnızca kanuni yolla değil başta sözleşme olmak üzere başka nedenlerden de kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Buna ilişkin tartışma ilgili başlık altında incelenmiş olduğu için burada tekrarlanmayacaktır. Bize göre başta sözleşme olmak üzere farklı yollarla irtifak hakkı tesisinin mümkün olduğu için buna yönelik bir inceleme yapılacaktır.

İrtifak hakları aslen kazanma, tesisen kazanma ve devren kazanma olmak üzere üç yolla kazanılır.³⁶⁷ Aslen ve tesisen kazanma, devren kazanmadan ayrılarak doğrudan (ibtidaen) kazanma olarak da ifade edilmiştir.³⁶⁸ Aslen ve tesisen kazanma yollarında yeni bir irtifak hakkı kurulmaktadır. Örneğin sözleşme yoluyla daha önce mevcut olmayan bir irtifak hakkı tesisen kazanılmış olmakta, zamanaşımı yoluyla da aslen kazanılmış olmaktadır. Bununla birlikte devren kazanma yoluyla ise daha önce mevcut olan bir irtifak hakkının el değiştirmesi söz konusudur. Eşyaya bağlı irtifak hakları açısından bu el değiştirme, yararlanan taşınmazın el değiştirmesi ile mümkündür. Dolayısıyla yararlanan taşınmazın mülkiyetinin kazanılmasını gerektiren sebepler bu taşınmaza bağlı olarak irtifak haklarının da kazanılmasını gerektiren sebepleri oluşturmaktadır.³⁶⁹

³⁶⁶ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 137.

³⁶⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 79; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 911.

³⁶⁸ Senhûrî, *el-Vasît*, c. IX, 1301; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 64.

³⁶⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 79.

İrtifak haklarının kazanılmasında modern hukuktakinin aksine İslâm hukukunda bir tescil şartı öngörülmemiştir. Bununla birlikte genel itibariyle sözleşmelerin yazı ile kayıt altına alınması tavsiye edilmiştir.³⁷⁰

3.1.1. Sözleşme

Sözleşme, Mecelle’de “*Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüd etmeleridir ki, icab ve kabulün irtibatından ibarettir.*”³⁷¹ şeklinde tanımlanmıştır. Eşyaya bağlı irtifaklar bakımından tanımdaki icab ve kabulü gerçekleştirecek olanlar yüklü taşınmaz maliki ve yararlanan taşınmaz malikidir. Yüklü taşınmaz malikinin borçlanması ise katlanma ve/veya kaçınma yükümlülüğü altına girmesidir.

3.1.1.1. İvazlı Sözleşmeler

İrtifak haklarının kazanılmasında en genel sebep sözleşmedir. Taraflar aralarında yaptıkları bir sözleşme ile bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine daha önceden mevcut olmayan bir irtifak hakkı tesis edebilirler. Bu sözleşmenin yapılabilmesi menfaatlerin yalnız başlarına sözleşmeye konu olabilmelerinin kabulüne bağlıdır.³⁷² İrtifak hakkının özelliklerini açıklarken, “*Bir Menfaat Sağlanması*” başlığında ele aldığımız üzere menfaat Hanefilere göre mal olarak kabul edilmezken cumhura göre mal olarak kabul edilmektedir. Bundan kaynaklı olarak irtifak haklarının sözleşme ile kurulabilmesi hususunda Hanefiler ile diğer mezhep hukukçuları arasında görüş ayrılığı meydana gelmiştir. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak haklarının sözleşme yolu ile kurulabilmesi kabul edilmiş olmasına rağmen, Hanefiler irtifakların prensip itibariyle bu şekilde kurulmasını kabul etmemektedirler.³⁷³ Ancak Hanefilerin irtifak haklarının sözleşme ile tesisini kabul etmeyişlerinin temel nedeni, bu hakları menfaat kabul etmemeleri değildir. Hanefilerin görüşü açıklanırken bu hususa da değinilecektir.

³⁷⁰ Bakara, 2/282, 283.

³⁷¹ MAA, m. 103.

³⁷² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 120; Hacak, *İrtifak Hakları*, 79.

³⁷³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 79; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 351, 352; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 76; Ekinci, *İslam Hukuku*, 454; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku'l-İrtifak”, 298.

Öncelikle cumhura göre irtifak haklarının sözleşme ile kurulmasına yönelik açıklamalar yapılacak olup ardından Hanefî hukukçuların bu husustaki görüşleri ifade edilecektir.

İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından irtifak haklarının sözleşme yoluyla kurulması kabul edilmiş ve buna yönelik açıklamalarda bulunulmuştur.³⁷⁴ Özellikle Şafîî hukukçular açısından irtifak hakları bir menfaat olarak değerlendirilmiş ve sözleşmeye konu olmaları bakımından maddi bir mal ile irtifak hakları arasında bir fark görmemişlerdir. Nitekim eşyaya bağlı irtifak hakları doğrudan bir taşınmaza bağlıdır ve sürekli bir varlığı haizdirler. Bu düşünceden hareketle irtifak haklarının sözleşme yoluyla kurulması mümkün hale gelmektedir.³⁷⁵

Sözleşme ile kurulmaları bakımından Şafîî mezhebi hukukçuları tealli hakkı ve şirb hakkı açısından farklı değerlendirmeler yapmışlardır. Buna göre, hava hakkı olarak isimlendirdikleri, tealli hakkı ile birlikte karar hakkını kapsamında bulunduran, hakkın sözleşme yoluyla kurulmasını hukuka uygun bulmazlar. Ancak Hanbelî ve Malikî hukukçulara göre ise bu işlem hukuka uygundur.³⁷⁶ Şirb hakkını ise diğer irtifak hakları gibi menfaat olarak değerlendirmemektedirler. Bu hakkı maddi bir mal olarak sudan ibaret görmektedirler. Dolayısıyla şirb hakkının satımında sözleşme belirli miktar suyu konu almaktadır. Sözleşmenin konusu olan su bir kaynak veya mecrada olmasından dolayı devamlı biçimde diğer sularla karışarak artmaktadır. Bu halde karışmış olan suyun sözleşmeye konu teşkil edeni ile sonradan karışmış kısmının ayrılması mümkün değildir. Bundan ötürü maddi bir varlığa karşılık gelen şirbin satım sözleşmesi yoluyla

³⁷⁴ Sözleşme yoluyla kurulabileceği belirtilmiş çeşitli irtifaklar için bkz. Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 179, 180, 185; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ*, c. III, 402, 403, 407, 413; İbn Receb, *el-Kavâid*, 200, 202; Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî, *Sahnûn*, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, c. X (Riyad: Vizâreti's-Şuunu'l-İslâmiyye ve'd-Da'vet ve'l-İrşâdî'-Suudiyye, ty.), 51; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 212, 213, 222, 223; Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-Kavâid*, c. III, 229; Ebu'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. Ahmed b. Selâme el-Kalyûbî, *Haşiyeta Kalyûbî ve Umeyre*, (Beyrut: Daru'l-Fikir, 1990/1410), c. II, 393-396; Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed ed-Derdîr el-Adevî, *eş-Şerhu'l-Kebir li's-Şeyh Ahmed ed-Derdîr Ala Muhtasar Halil* (Desûkî Haşiyesi ile birlikte), (yy. Daru'l-Fikir, ty.), c. IV, 16; Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. IV, 408; *El-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, c. III, 15; Hacak, *İrtifak Hakları*, 80; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 351, 352.

³⁷⁵ Abdülkerim b. Muhammed er-Rafî el-Kazvinî, *Fethül-Azîz bi-Şerhi'l-Vecîz* (Beyrut: Daru'l-Fikir, 1431), c. X, 323-329; Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 222, 223; Hacak, *İrtifak Hakları*, 80; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 121.

³⁷⁶ Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ*, c. III, 407; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebir*, c. IV, 16; Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 261.

kurulamayacağı ifade edilmiştir.³⁷⁷ Ancak bu prensiplerini zaruret veya güçlü bir ihtiyaç duyulması durumlarında esnetmişler ve kira sözleşmesi açısından şirb hakkının konusunu bir ayn olarak değil menfaat olarak değerlendirmişlerdir. Bu değerlendirme neticesinde şirb hakkının kira sözleşmesi yoluyla kurulması mümkün hale gelmiştir.³⁷⁸

Maliki mezhebine tabi hukukçular birkaç günlük suyun satımını hukuka uygun görürlerken, şirb hakkının satımını hukuka uygun bulmazlar.³⁷⁹ Hanbelîler de şirb hakkının satım sözleşmesi yoluyla kurulmasını hukuka uygun bulmazlarken, ihtiyaç duyulması nedeniyle bunun mümkün olduğu kanaati ağırlık kazanmıştır.³⁸⁰ Tüm bu görüşlerden hareketle şirb hakkının da tartışmalı olmakla birlikte farklı sözleşmelerle tesisinin mümkün olduğu ifade edilebilir.³⁸¹

İslâm hukukçuları irtifak hakkının sözleşme yoluyla kurulmasında belirli bir sözleşme türünü şart koşmamışlardır. İrtifak hakkı tesisi satım sözleşmesi ile olabileceği gibi kira veya sulh sözleşmeleri ile de gerçekleştirilebilir. Örneğin geçit hakkının tesisi amacıyla yüklü taşınmaz maliki ile yararlanan taşınmaz maliki arasında bir satım sözleşmesi düzenlenebileceği gibi bu hakkın belirli süreliğine kiralanması yoluna da gidilebilir. Modern hukuktakinin aksine İslâm hukukunda kira akdinin şahsi değil aynî bir hak doğurduğu ifade edilmektedir. İslâm hukukçuları satım sözleşmesi ile maddi bir malın temlikini gerçekleştirilirken, kira sözleşmesi ile menfaatin temlikinin gerçekleştiğini belirtmişlerdir.³⁸² Nitekim Mecelle kira sözleşmesini “*menfaat-ı ma’lûmeyi ivaz-ı ma’lûm mukabelesinde bey’ etmek demektir*”³⁸³ şeklinde tarif ederek bu durumu açıkça belirtmiştir. Bundan dolayı bir kira sözleşmesi ile sınırlı aynî hak niteliğinde olan bir

³⁷⁷ Ebû Zekerîyyâ Muhîddin Yahyâ b. Şeref en-Nevevî, *el-Mecmu’ Şerhü’l-Mühezzeb*, (Beyrut: Daru’l-Fikir, ty.), c. XV, 239, 240; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 448; Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebir*, c. IV, 16; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 96.

³⁷⁸ Nevevî, *Ravza*, c. V, 179; Nevevî, *el-Mecmu’*, c. XV, 240, 241.

³⁷⁹ Sahnûn, *Müdevvene*, c. XV, 192; Derdîr, *eş-Şerhu’l-Kebir*, c. IV, 16.

³⁸⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VII, 28, 29.

³⁸¹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 81.

³⁸² el-Hafîf, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 513; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami*, c. V, 52; Senhûrî, *Masadiru’l-Hak*, c. I, 32; Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 35; Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 1. Baskı (Konya: Tekin Kitabevi, 2014), 142; Akman, *Akdi Mesuliyet ve Tazminat*, 24, 25; Nuri Kahveci, *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2016), 194; Ali Bardakoğlu, “İcâre”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXI, (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 380; *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, c. I, 252.

³⁸³ MAA, m. 405.

irtifak hakkının tesisi mümkün görülmektedir. İslâm hukukçularının çoğunluğu sulh sözleşmesinin anlaşma konusu ve bedeline göre satım, kira gibi farklı sözleşme tiplerinin özelliklerini taşıyacağını ifade etmişlerdir.³⁸⁴ Buna göre satım veya kira sözleşmesinin niteliklerini taşıdığı durumlarda sulh sözleşmesi ile de irtifak hakkı tesisi mümkün olacaktır.³⁸⁵

Klasik fıkıh kitaplarında başlarda irtifak hakkının sözleşme ile tesisine yönelik bir belirleme yapılmamış olup, farklı çözümler üretilmiştir. Örneğin üst hakkının tesisine yönelik bir sözleşme yapmak yerine kişinin evinin üst katının veya çatısının³⁸⁶ bina yapması için bir başkasına satılması düşüncesi geliştirilmiştir.³⁸⁷ Dolayısıyla konusu bir hak olan değil maddi bir mal olan sözleşmeler yoluyla irtifak hakları tesis edilmiştir. Zamanla özellikle Şafiî hukukçular tarafından irtifak haklarının sözleşmeye konu olması fikri geliştirilmiştir. Aynı doğrultuda, bu mezhep içerisinde irtifak haklarının sözleşme ile kurulması fikri de gelişmiş ve yaygınlaşmıştır.³⁸⁸ Bu bakımdan, özellikle satım sözleşmesi ile irtifak hakkının tesisi fikrinin gelişmiş olduğunu görmekteyiz.

³⁸⁴ Fahrettin Atar, “Sulh”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXVII (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 482; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VI, 407, 408; Akman, *Akdi Mesuliyet ve Tazminat*, 237, 238; Hasan Elek, “İslam Hukukunda Malla İlgili Sulh Anlaşması”, *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2/2, (2013), 212.

³⁸⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 81; Esra Çetinkaya, *Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi: Üsküdar ve Bursa Şer'yye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016), 40-42.

Sulh sözleşmesi yoluyla geçit irtifakı tesisine ilişkin uygulama örnekleri için bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 37, No: 217-1, 360; Konya Kadı Sicili, (1103-1104 / 1692-1693), Defter 38, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016), No: 138-1, 226.

³⁸⁶ Bu şekilde irtifak hakkının kurulması Hanefiler tarafından da kabul edilmiş ve Osmanlı uygulamasında binanın çatısını konu olan sözleşmelerle karşılaşmıştır. “*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki mezkûr 'Alî meclis-i şer' de mezbûr 'Alî Baba Çelebi muvâcehesinde bi't-tav' ve 'r-rızâ ikrâr ve i'tirâf kılup karye-i mezkûre taht-ı tasarrufumda olan bir damım ki kıbleten mezkûr 'Alî Baba ve etrâf-ı selâsesi arz-ı hâliyye hudûdu müntehîdir işbu 'Alî Baba Çelebi'ye üçyüz akçaya bey'-i bâtla bey' edip meblağ-ı mezbûru bi't-temâm alıp kabûl ve kabz etdim meblağ-ı mezbûru teslim eyledim dedikde mukırr lehu 'Alî Baba Çelebi tasdik edip defter olundu...*” Konya Kadı Sicili, Defter 1, No: 176-2, 456; Benzer örnekler için bkz. Konya Kadı Sicili, (1071-1072 / 1661-1662), Defter 11, haz. İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014), No: 138-6, 330.

³⁸⁷ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 219, 220; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 179; Muasır İslâm hukukçularının bir kısmı üst hakkının satın alınmasını, irtifak hakkı kazandırıcı bir sebep olarak ayrı bir başlık altında incelemişlerdir. Ancak bu durum yine bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Diğer irtifak hakkı tesisi amacıyla kurulan sözleşmelerden farkı ise, burada bir malın sözleşme konusu yapılması suretiyle irtifak hakkının tesis ediliyor olmasıdır. Bkz. el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'yye*, 93; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124.

³⁸⁸ Rafiî, *Fethü'l-Aziz*, c. X, 324-329; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 219, 220.

Bir irtifak hakkı tesisini konu alan sözleşme nitelikleri itibariyle satım, kira ve sulh sözleşmelerinden birtakım farklılıkları haizdir. Öncelikle irtifak hakkı maddi bir mal değil, menfaattir. Satım sözleşmesinin konusu ise maddi bir mal olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları satım sözleşmesini oluşturacak nitelikte lafızlar kullanmış olsalar da bu sözleşme, menfaatin temlikini sağlayacak olan kira sözleşmesine benzeyecektir. Kira sözleşmesinde ise süre şartı bulunmaktadır.³⁸⁹ İrtifak hakkı tesisini konu alan bir sözleşme ise belirli bir süre şartı olmadan da kurulabilir. Ayrıca irtifak haklarında belirli bir süre hak sahibi yüklü taşınmazdan yararlanma imkanına sahip olmasa dahi hakkı sona ermeyip devam etmekte daha sonradan bu imkana kavuştuğunda yararlanma mümkün hale gelmektedir. Örneğin bir giriş koyma irtifakında girişlerin koyulduğu duvarın yıkılması ile giriş koyma irtifakı son bulmayacak, duvarın yeniden inşası ile hak sahibi yararlanmaya devam edecektir. Kira sözleşmesi açısından ise böyle bir durum söz konusu olmayacaktır.³⁹⁰ Bu nitelikleri itibariyle irtifak hakkı tesisini konu alan sözleşmeler, tipik kira sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmeler süreyle sınırlı olmaksızın (müebbet) kurulabilmelerinden dolayı satım, bir menfaatin temlikini gerektirmelerinden ötürü ise kira sözleşmesine benzemektedirler. Farkları ve benzerlikleri göz önüne alındığında aslında irtifak hakkının tesisini hem satım hem de kira sözleşmesinden farklı bir sözleşmenin sağladığı ifade edilebilir. Fıkıh kitaplarında kavramlaşmış şekilde görülmesi de İslâm hukukçularının irtifak hakkı tesisini konu alan sözleşmeleri satım ve kira sözleşmelerinden farklı ele aldıkları ifade edilebilir.³⁹¹ Bu nitelikleri itibariyle bir irtifak hakkının tesisini konu alan sözleşmeler, atipik bir sözleşme olarak ele alınıp, irtifak sözleşmesi olarak adlandırılabilir. İrtifak sözleşmesi, satım veya kira sözleşmesine yönelik lafızların kullanılmış olmasına bakılmaksızın, konusu menfaat olan, belirli süreli veya bir süre belirlenmeksizin kurulabilen bir sözleşme olarak ifade edilebilir.³⁹²

³⁸⁹ el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 515; Kahveci, *İslam Borçlar Hukuku*, 199; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 653, 654.

³⁹⁰ Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. IV, 407; Buhûti, *Keşşâfu'l-Kinâ'*, c. III, 413.

³⁹¹ Özellikle Şafî ve Hanbelî mezhepleri açısından hakim olan görüş bu yöndedir. Nevevî, *Ravza*, c. IV, 219, 220; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 179; Receb, *el-Kavâid*, 200, 202.

³⁹² Hacak, *İrtifak Hakları*, 82; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 352.

Sözleşme ile irtifak hakkının tesisine yönelik olarak cumhurun görüşü yukarıda ifade edildiği şekilde olup Hanefîler bu görüşe karşı çıkmışlardır. Hanefî hukukçulara göre taraflar kendi aralarında yapacakları bir sözleşme ile irtifak hakkı tesis edemezler.³⁹³ Hanefî fıkıh kitaplarında irtifak hakları ile ilgili hukuk-ı mücerrede terimi geçmektedir.³⁹⁴ Bu kavram ile Hanefî fakihlerin kastetmiş oldukları, irtifak haklarının kuru mülkiyetten ayrı bir yararlanma hakkı olup, mülkiyete de konu olamamasıdır. Bundan dolayı irtifak haklarını menfaat mülkiyeti olarak kabul edenlere de karşı çıkmışlardır.³⁹⁵ Özellikle geçit irtifakı (hakku'l-murur), kaynak hakkı (hakku's-şirb) ve su akıtma (hakku'l-mesil) Mecelle'de mücerret hak olarak ele alınmıştır.³⁹⁶ Hanefîlerin bu hakların sözleşme ile tesisini mümkün görmemesinin nedeninde ise ihtilaf vardır. Bir kısım İslâm hukukçusu, bunun nedenini mülkiyete konu olmayan bu hakların bir sözleşmeye konu olması mümkün olmayacağı için bir sözleşme yoluyla tesisi de mümkün değildir³⁹⁷ şeklinde belirtirken; diğer bir görüşe göre ise bu hakların sözleşme yoluyla tesisi cehalet³⁹⁸ ve garar³⁹⁹ nedeniyle sahih değildir.⁴⁰⁰ İlk görüştekilere göre irtifak haklarının mücerret birer

³⁹³ Serahsî, *Mebhut*, c. XXIII, 183; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. IV, 181; c. VI, 48; c. VII, 29; Ebû'l-Hasen Burhanüddin, Ali b. Ebî Bekir b. Abdülcelîl el-Fergânî el-Merginânî, *el-Hidâye fi Şerh-i Bidâyetü'l-Mübtedi*, thk. Talâl Yusuf, (Beyrut: Daru'l-İhyai't-Türâsi'l-Arabî, 1431), c. III, 47; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 79, 80; İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 428; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 93; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 121; İbrahim Ahmed Osman, "Hakku'l-İrtifak", 298.

³⁹⁴ İbn Nüceym, *Resail*, 236, No: 636; Hacak, *Hak Kavramı*, 129.

³⁹⁵ Âtîf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*, c. II, 23; Bilgin, "İrtifak Hakları", 87.

³⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 313; Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l-Mecelle*, c. II, 85; Âtîf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*, c. II, 23; Şemsi Efendi, "İlk Mecelle Şerhi", 74.

³⁹⁷ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 93, 94; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 94; Bilgin, "İrtifak Hakları", 101.

³⁹⁸ Konu veya bedel açısından sözleşmenin bilinmezlik içermesi durumu olarak ifade edilen cehalet, aşırı bir bilinmezlik (fahiş cehalet) olması durumunda sözleşmeyi fasid kılar. Mustafa Ünal, "İslam Borçlar Hukukunda Fesad Müeyyidesi ile Kısmi Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Müeyyidelerinin Mukayesesi", *TJSS*, 3/3, (2019), 455; İbrahim Kâfi Dönmez, "Cehalet", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. 7 (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 221; Necmeddin Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukuna Garar*, (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013), 78.

³⁹⁹ Sözleşmenin konusu ile ilgili taraflar açısından haksız kazanca neden olacak ölçüdeki belirsizlik garar olarak ifade edilmektedir. Karşılıklı ivazlı sözleşmelere (malî muavaza sözleşmelerinde) gararın sözleşmenin konusunda aslî olarak bulunması halinde ve bu gararın aşırı olması durumuna, ilgili sözleşme fasid olacaktır. Ünal, "İslam Borçlar Hukukunda Fesad Müeyyidesi", 454, 455; İbrahim Kâfi Dönmez, "Garar", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XIII, (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 366.

⁴⁰⁰ Serahsî, *Mebhut*, c. XXIII, 170; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 48; Muhammed b. Muhammed b. Mahmud Ekmeleddin Ebû Abdullah İbn eş-Şeyh Şemseddin İbn Şeyh Cemâleddin er-Rûmî el-Bâbertî, *Şerhu'l-Inaye ale'l-Hidaye (Fethü'l-Kadir ile birlikte)*, (Lübnan: Daru'l-Fikir, 1970/1389), c. VI, 428; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 80; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 313; *el-Mevsüatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 16; Hacak, *İrtifak Hakları*, 84; İbrahim Ahmed Osman, "Hakku'l-İrtifak",

hak olması onların temlikini yasaklamaktadır. Diğer görüştekilere göre ise, irtifak hakları mücerret birer hak olmalarından dolayı yeterli ölçüde bilinebilir değillerdir. Bundan dolayı satım, kira ve hibe gibi sözleşmelere konu olmaları durumunda bu sözleşmeler geçersiz hale gelecektir.⁴⁰¹ Yani irtifak haklarının sözleşmeye konu olmalarını salt mücerret hak olmaları değil, bu mücerret hak nitelikleri itibarıyla garar ve cehalet barındırmaları engellemektedir. Ayrıca irtifak hakları bir menfaat olup, Hanefilere göre mütekavvim mal olmadıkları için sözleşmelerde bedel de olamazlar. Dolayısıyla bu haklarla ilgili bir dava veya kısas hakkı ile alakalı davalarda irtifak hakları mukabilinde sulh sözleşmesi yapmak mümkün olmayacaktır.⁴⁰²

Hanefî mezhebi içerisinde irtifak haklarının sözleşme ile tesisinin mümkün olmadığı görüşüne zıt görüşler de bulunmaktadır. İmam Muhammed sulama suyu için su akıtma irtifakı kurulamayacağını ancak yağmur sularının akıtılması için bu irtifakın kira sözleşmesi ile kurulabileceğini belirtmiştir.⁴⁰³ Ebu Hanife'nin aksine, İmameyn üst hakkının kira sözleşmesi yoluyla tesisini mümkün görmektedir.⁴⁰⁴ Müteahhirûn'dan olan bazı Hanefî hukukçular diğer irtifaklarla ilgili mezhebin genel görüşünü benimsemiş olmakla birlikte, mezhebin ilk dönem fakihlerinden gelen bir rivayeti ve bazı yörelerde örf haline gelmiş olmasını esas alarak, kaynak hakkının sözleşme yoluyla tesis edilebileceğini savunmuşlardır. Bu hukukçulara göre, özellikle Belh halkı arasında bir teamül halini almış olan kaynak hakkının satım sözleşmesi ile tesisine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla kaynak hakkının da selem ve istisna sözleşmelerinde olduğu gibi hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu görüş yerel bir teamülün mezhebin genel kanaatinin aksine hareket edilmesine yeterli olmayacağı (mezhebin hakim olduğu yerlerin genelinde örf haline gelmediği için kıyasa tercih edilmeyeceği) gerekçesiyle

298; Zuhaylî daha önce irtifak haklarının mücerret hak niteliklerinden dolayı tek başlarına satılmalarının mümkün olmadığını ifade etmekle birlikte daha sonradan burada asıl nedenin bu haklarda hakim olan bilinmezlik olduğunu ifade etmiştir. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 102.

⁴⁰¹ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 177; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 48; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 80; İbn Hümmam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 429, 430; Hacak, *İrtifak Hakları*, 84.

⁴⁰² İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 80; c. VI, 446; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 94; Hacak, *İrtifak Hakları*, 84.

⁴⁰³ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. IV, 180.

⁴⁰⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. IV, 180.

kabul görmemiş ve diğer görüş fetvaya esas alınmıştır.⁴⁰⁵ Hanefî mezhebinin ilk dönem fakihleri geçit hakkının satım sözleşmesi ile tesisini hukuka uygun bulmuşlardır. Bunu temellendirirken geçit hakkının belirli bir mal olan ayn ile bağlantılı olduğunu ifade etmişler, bundan dolayı cehalet unsurunun gerçekleşmeyeceğine vurgu yapmışlardır. Bu temellendirmeyi yaparken de özellikle üst hakkı ile karşılaştırma yapmışlar ve üst hakkının hava ile alakalı olduğunu, havanın ise bir ayn teşkil etmediğini ifade etmişlerdir. Dolayısıyla geçit hakkının tesisinin, üst hakkı gibi irtifakların aksine mümkün olacağını belirtmişlerdir.⁴⁰⁶

Kaynak hakkına yönelik azınlık görüş mezhep içerisinde daha sonradan yaygınlaşmamış olsa da geçit irtifakına yönelik olan görüş yaygınlık arz etmektedir. Nitekim İslâm hukukçuları kaynak hakkının satım sözleşmesi ile tesisine yönelik görüşü ifade ederken fetvanın bu yönde olmadığını belirtmişlerdir. Bununla birlikte geçit hakkına yönelik açıklamalarda böyle bir ifadeye yer vermemişlerdir.⁴⁰⁷ Mecelle’de dahi geçit irtifakının yalnız başına sözleşmeye konu olabileceği düzenlenirken, su akıtma irtifakının suyun akacağı yer belirlenmeden sözleşmeye konu olamayacağına işaret edilmektedir.⁴⁰⁸ Ancak suyun taşınmazın hangi kısmından akacağı ve suyun akıtılacağı künk boru veya yarık gibi tesisin özellikleri belirlendiği takdirde sözleşme geçerli olacaktır.⁴⁰⁹ “Mahmiye-i Konya’da vâki ‘Türbe-i Celâliye Mahallesi’nde sâkin Dervîş ibn Bostân Beşe nâm kimesne meclis-i şer’-i hatîr-ı lâzımü’t-tevkîrde (mahkemede) râfî ‘ü’l-kitâb ‘umdetü’l-müderrisîn Mevlânâ ‘Abdulhalîm Efendi mahzarında ikrâr ve takrîr-i kelâm edip Hergele Çeşmesi demekle ma’rûf çeşme suyundan mûmâ-ileyh ‘Abdulhalîm Efendi’nin menziline su cârî olmak lâzım gelmekle benim menzilim içine künkler döşeyip zikr olunan çeşmeden su icrâsı için mezbûr ‘Abdulhalîm Efendi yedinden dörtyüz akça alıp menzilim içinden su icrâsına izin verdim bade’lyevm zikr olunan çeşme suyundan benim menzilim içinden kendi menziline suyu icrâ ettirsin dedikde gıbbe’t-tasdîk mâ-

⁴⁰⁵ Merginani, *el-Hidaye*, c. III, 47; İbn Hümam, *Fethü’l-Kadir*, c. VI, 428, 429; İbn Âbidin, *Reddü’l-Muhtar*, c. VI, 447; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 96; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 121.

⁴⁰⁶ Merginani, *el-Hidaye*, c. III, 47; İbn Hümam, *Fethü’l-Kadir*, c. VI, 428; İbn Âbidin, *Reddü’l-Muhtar*, c. V, 80; *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, c. III, 16.

⁴⁰⁷ İbn Âbidin, *Reddü’l-Muhtar*, c. V, 80; c. VI, 447; İbn Hümam, *Fethü’l-Kadir*, c. VI, 430; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. I, 313.

⁴⁰⁸ MAA, m. 1168; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. I, 313.

⁴⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. I, 313; *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, c. III, 16.

vaka'a li-ecli't-temessük bi't-taleb ketb olundu..."⁴¹⁰ İlgili kararda da görüldüğü üzere ivazlı bir sözleşme ile su akıtma irtifakının kurulmasına Osmanlı'da izin verilmiştir.⁴¹¹

Ali Haydar Efendi, kaynak irtifakının da geçit irtifakı gibi bir ayna taalluk edeceği, dolayısıyla bunun da sınırları belirli şekilde satımının mümkün olacağından cehalet ve aldanmanın bulunmayacağını ifade etmiş ve bu nedenle yalnız başına sözleşmeye konu olabileceğini belirtmiştir.⁴¹² Bu haliyle Mecelle'de Belh hukukçularının görüşünün esas alındığı ifade edilebilir.⁴¹³ Mecelle'den önceki Osmanlı uygulamasında ise bu hakkın sınırları belirlenmiş halde, bağlı olduğu taşınmazla birlikte satım akdine konu olduğu görülmektedir.⁴¹⁴ Nitekim Şeyhülislâm Feyzullah Efendi, "*Zeyd'in bahçesinin bir nehirden hakk-ı şirbi olmakla Zeyd ancak hakk-ı şirbini Amr'a semen-i maluma bey' ve kabz-ı semen eylese bey'-i mezbur sahih olur mu?*" şeklindeki soruya "*olmaz*" yanıtını vermiştir.⁴¹⁵ Bununla birlikte kaynak irtifakı, özellikle su akıtma irtifakı ile birlikte sözleşmelere konu olmuştur.⁴¹⁶ Bu irtifak hakları haricindeki irtifaklara ilişkin ise Hanefî mezhebi içerisinde bir tartışmaya rastlanmamaktadır. Mezhebin genel tutumu kaynak ve geçit irtifakı haricindeki irtifakların sözleşme yoluyla tesis edilemeyeceği yönündedir. Bu irtifakların sözleşme ile tesisi hususu garar ve cehalet nedeniyle sahih görülmemesinden dolayı fasid⁴¹⁷ veya batıl müeyyidelerinden her ikisinin de fıkıh eserlerinde kullanıldığı görülmektedir.⁴¹⁸ Bununla birlikte garar ve cehalet sözleşmeyi fasid hale getiren

⁴¹⁰ Konya Kadı Sicili, Defter 10, 49-4, 89.

⁴¹¹ Benzer farklı kararlar için bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 38, No: 138-1, 226; İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXIII, 139, No: 80; c. XXXI, 240, No: 235.

⁴¹² Ebu Zehra, *Milkiyye*, 95; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 313; Senhûrî, *Masadrü'l-Hak*, c. I, 64; Bilgin, "İrtifak Hakları", 102; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 120, 121.

⁴¹³ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 122.

⁴¹⁴ "*Kündün harkı demekle ma'rûf su harkından her on günde bir gün sabahtan vakt-i zuhra değin hakk-ı şirbi olan tahmînen bin kütüklü bir kıt'a mülk bağımı yanında bir miktar arz-ı hâliyesi ile mezbûr Anaz'a iki yüz on riyâlî kuruşa bey'-i bâtt-ı sahîh-i şer'î ile bey' edip*" İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXV, 202, No: 221; Şirb hakkının satım sözleşmesine konu olduğu farklı örnekler için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLI, 105, No: 107; c. 42, 267, No: 548, 277, No: 570; c. XXXI, 119, No: 72; c. XXXI, 479, No: 587.

⁴¹⁵ Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 419, No: 2451.

⁴¹⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXXI, 358, 414; c. XXXI, 240, No: 235.

⁴¹⁷ Fasid müeyyidesinin günümüz hukuku açısından bir incelemesi için bkz. Ünal, "İslam Borçlar Hukukunda Fesad Müeyyidesi", 458 vd.

⁴¹⁸ Serahsî, *Mebhut*, c. XXIII, 177; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 48; İbn Hümmam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 429, 430; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 80, 81; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 16.; Hacak, *İrtifak Hakları*, 85.

nedenlerdendir. İrtifak hakları ile ilgili olarak mevcut cehalet sözleşmeyi batıl kılacak düzeyde değildir. Nitekim İslâm hukukçuları fıkıh kitaplarında her iki müeyyideyi de kullanmış olsalar da fesada ilişkin kullanım daha çoğunluktadır. Keza İslâm hukukçuları arasında bu hususa özellikle işaret edenler olmuş ve bazı yörelerde bu tip sözleşmelerin örf haline gelmesi, mezhep içindeki zayıf görüşe göre hukuka uygun olması ayrıca sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri doğrultusunda hareket etmesi ve böyle bir hakkın satımının hüküm doğurduğunun genel kabul görmesi sebeplerinden ötürü, bu tip sözleşmelerin batıl değil, fasid sözleşmeler sayılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴¹⁹

Cumhurun ve Hanefilerin görüşlerini bir arada değerlendirdiğimiz takdirde şu farklılıklara ulaşmaktayız:

- Hanefî hukukçular irtifak hakkını konu alan sözleşmelerin cehalet nedeniyle sözleşmeyi fasid (kimi hukukçulara göre batıl) kıldığını ifade etmektedir. Onlara göre konusu irtifak hakkı olan sözleşmelerdeki cehalet unsurunun telafisi mümkün değildir. Bu bakımdan sözleşme sahih kabul edilemez. Örneğin üst hakkında yapılacak binanın belirsizliği veya su akıtma irtifakında akacak olan suyun miktarının bilinmemesi bu sözleşmeyi fasid hale getirecektir.⁴²⁰ Cumhur ise bu sözleşmelerdeki cehaleti telafisi mümkün olmayan ve bu nedenle de sözleşmeyi fasid kılan bir unsur olarak görmemektedir.⁴²¹ Cumhura göre bu sözleşmelerdeki cehalet, taraflarca giderilebilir veya sözleşmenin sıhhatine etki etmeyecek ölçüde önemsiz bir hale getirilebilir. Bunun için sözleşme yapıldığı esnada taraflar, sözleşme konusu hakkın kapsam ve sınırlarını tayin etmelidirler. Aksi halde cehalet unsuru sözleşmenin sıhhatini etkileyecektir. Örneğin su akıtma hakkını konu alan bir sözleşmede tarafların bu su akıtma tesisinin yerini, boyunu, mahallini vb. belirlemeleri gerekmektedir.⁴²² Bu belirleme irtifak hakkının niteliğine göre farklılık arz edecektir. Örneğin su akıtma hakkı için kurulacak bir yerin hacminin

⁴¹⁹ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân*, c. III, 67, 68; el-Fetevâ 'l-Âlemgîriyye, c. V, 393; Hacak, *İrtifak Hakları*, 86.

⁴²⁰ Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 177; Kâsânî, *Bedâiu 's-Sanai'*, c. VI, 48; İbn Âbidin, *Reddû 'l-Muhtar*, c. V, 80.

⁴²¹ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 221; Şirbînî, *Muğni 'l-Muhtâc*, c. III, 181; Remli, *Nihâyetü 'l-Muhtâc*, c. IV, 413.

⁴²² Buhûtî, *Keşşâfu 'l-Kınâ'*, c. III, 401; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 96; Kalyûbî, *Haşiye*, c. II, 396.

belirlenmesi⁴²³, tealli hakkında duvarların uzunluğunun ve genişliğinin belirlenmesi⁴²⁴, giriş koyma irtifakında girişlerin ağırlığının belirlenmesi gerekmektedir.⁴²⁵

- Cumhur, irtifak haklarının sözleşme yoluyla kurulmasını toplumun bir ihtiyacı olarak kabul etmektedir. Bundan dolayı hacet nedeniyle buradaki sözleşme esnasında hakkın konusuna dair birtakım belirlemeler ile azaltılmış olan cehaleti önemsiz görmektedir.⁴²⁶ Hacet nedeniyle meşru görülen bu sözleşmelerin ayrıca konularının menfaat niteliğinde olmasından ötürü yine süresiz kira sözleşmesi şeklinde kurulabilmeleri de aynı sebeple meşru görülmüştür.⁴²⁷ Bundan dolayı ister satım isterse de kira sözleşmesi şeklinde olsun, konusu irtifak hakkı olan sözleşmeler cumhura göre belirli süreli veya süresiz şekilde kurulabilecektir.⁴²⁸

Eşyaya bağlı irtifak haklarının devren iktisabı, kendisine bağlı olan taşınmazın el değiştirmesi ile mümkündür. Bu durumda ise mezhepler arasında temel bir görüş ayrılığı yoktur. İrtifak hakkının bağlı olduğu taşınmazla birlikte devrini, tek başına sözleşmeye konu olmasını sahih kabul eden cumhur gibi, Hanefiler de sahih kabul etmektedir. Hatta Mecelle’de ve Mürşidü’l-Hayrân’da kaynak, geçit ve su akıtma irtifaklarının bu şekilde satımının meşru olduğu açıkça düzenlenmiştir.⁴²⁹

3.1.1.2. İvazsız Sözleşmeler

İrtifak hakları yukarıda bahsetmiş olduğumuz ivazlı sözleşmelerin yanında hibe ve ariyet sözleşmeleri ile de kurulabilir.⁴³⁰ Bununla birlikte ariyet sözleşmesinin aynî bir hak doğurması hususunda İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı mevcuttur. Maliki ve Hanefî hukukçular, ariyet sözleşmesinin tıpkı kira sözleşmesi gibi menfaat mülkiyeti doğurduğunu belirtmişlerdir. Ancak Hanefiler aynı zamanda irtifak haklarının temlikî tasarruflara konu olamayacağını savunduklarından dolayı bu mezhep hukukçularına göre

⁴²³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, 28.

⁴²⁴ Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 181.

⁴²⁵ Buhûtî, *Keşşâfu’l-Kınâ*, c. III, 401, 413; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 181.

⁴²⁶ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 221, 222; Remli, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, c. IV, 413.

⁴²⁷ Buhûtî, *Keşşâfu’l-Kınâ*, c. III, 401, 413.

⁴²⁸ Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 179; Hacak, *İrtifak Hakları*, 87.

⁴²⁹ MAA, m. 216; Mürşidü’l-Hayrân, m. 47.

⁴³⁰ Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. II, 482; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 221; Senhûrî, *Masadıru’l-Hak*, c. I, 64.

ariyet sözleşmesi ile irtifak hakkının tesisi mümkün olmamaktadır. Ayrıca Hanefiler ariyet sözleşmesinin bağlayıcı olmadığını ifade etmektedirler.⁴³¹ Dolayısıyla bağlayıcı niteliği haiz olmayan bir sözleşme ile sınırlı aynî hakkın doğmuş olmasından bahsedilemeyecektir. Burada temlikî söz konusu olan menfaat mülkiyeti aslında ibâha niteliğinde bir yetkidir. Keza Ali Haydar Efendi de ariyet sözleşmesinin menfaat mülkiyetini temlik ettiğini kabul etmekle birlikte, bağlayıcı olmadığını ifade ederek bu sözleşmenin ibâha niteliğinde olduğunu belirtmektedir.⁴³² Bundan dolayı ariyet sözleşmesi ile ancak ibâha niteliğinde bir yetkinin verilmesi söz konusu olmaktadır.⁴³³ Buna göre Hanefilere göre ariyet sözleşmesi her iki bakımdan da irtifak hakkı kazandırıcı niteliği haiz değildir.

Maliki mezhebine mensup hukukçular, yukarıda ifade edildiği üzere irtifak haklarının sözleşme ile kurulmasını benimsemişler, ariyet sözleşmesi ile menfaat mülkiyetinin doğacağını ve bu sözleşmeden geri dönülemeyeceğini, sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcı olduğunu ifade etmişlerdir.⁴³⁴ Ariyet sözleşmesi ile menfaatin temlikini, ister belirli bir süreye bağlı, isterse de süresiz olsun irtifak olarak nitelendirmişlerdir. Olağanüstü bir durum ortaya çıkmadıkça bu irtifaktan dönülemeyecektir.⁴³⁵ Ancak sürenin dolması durumunda sözleşmeye konu olan hak taşınmaz malikine dönecektir.

Bu görüşe karşı, Şafii ve Hanbelî hukukçular ise ariyet sözleşmesinin ibâha niteliğinde olduğunu, aynî bir hak doğurmadığını ifade etmişlerdir.⁴³⁶ Dolayısıyla

⁴³¹ MAA, m. 806: “Muîr, istediği vakit iâreden rucû edebilir.”; Senhûrî, *Masadıru'l-Hak*, c. I, 32; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 70; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 150.

⁴³² Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1396, c. III, 2194

⁴³³ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 258; el-Feteva'l-Hindiyye, c. IV, 363; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 542, 543; Hacak, *İrtifak Hakları*, 100.

⁴³⁴ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92, 543, 545; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 146; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124; Beşir Gözübenli, “Âriyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. 3 (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 380; Mehmet Âkif Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları* (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 223.

⁴³⁵ Ebu'l-Kasım b. Selmun el-Kinânî, *el-Akdu'l-Munazzam li'l-Hukkam*, (Kahire: Daru'l-âfâk el-Arabî, 1432), 491-497; Ebu'l-Hasan Ali b. Abdüsselam et-Tesulî, *el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe*, (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1998), c. II, 413, 414; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92; Hacak, *İrtifak Hakları*, 100.

⁴³⁶ İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ*, c. IV, 63; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 315; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 543; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 150.

sözleşme yolu ile irtifak hakkının kazanılmasını kabul eden bu iki mezhep hukukçularına göre ariyet sözleşmesi ile irtifak hakkı kazanılamayacaktır. Çünkü bağlayıcı kabul edilmeyen ariyet sözleşmesi ile menfaat mülkiyetinin temliki gerçekleşmeyecek olup yalnızca ariyet alanın ibâha niteliğinde bir yetkisi olacaktır. Bu yetki “milkü’l-intifa” kavramı ile ifade edilmiştir.⁴³⁷ Bu kavramda milk ifadesi geçse de, belirtildiği üzere burada bir milkten değil ibâha niteliğindeki bir yetkiden bahsedilmektedir.⁴³⁸ Dolayısıyla ariyet sözleşmesi yoluyla irtifak hakkı ancak Maliki hukukçulara göre kurulabilmektedir.

3.1.2. Sözleşme İçerisinde Şart Koşulması ve Zımni İrtifak

İrtifak hakkı tesisi doğrudan buna yönelik bir sözleşme ile gerçekleşmesinin yanında, bir sözleşme içerisinde şart koşulması veya tarafların sözleşme esnasında bu durumu zımnen kabul etmesi yoluyla da kurulabilir.

3.1.2.1. Şat Koşma

Fürû fıkıh açısından şart, bir hukuki işlemin işlemeye başlamasını gelecekte gerçekleşecek bir olaya bağlaması açısından tâliki, işlemekte olan hükümlerin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi ihtimal dahilinde olan bir olaya bağlanması açısından infisâhi veya bir hukuki işlemi sınırlandırması açısından takyîdi olarak nitelendirilir.⁴³⁹ İrtifak haklarının tesisini sağlayan şartlar sözleşme konusu üzerinde bir sınırlandırma getirmesinden dolayı takyîdi şartlar arasında ele alınmaktadır. Dolayısıyla şart koşma işlemi bir sözleşmeden ayrı bir şekilde düşünülemez. Şart koşma yoluyla irtifak hakkı tesisi işlemi, bir taşınmazın taksimi ve satımı esnasında taşınmaz lehine bir irtifak hakkının şart koşulması ile gerçekleşebileceği gibi mevcut devam eden durumun irtifak hakkına dönüştürülmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Bu tip sözleşmelerde

⁴³⁷ İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb b. Said Şemseddin İbn Kayyım el-Cevziyye, *Bedâiu’l-Fevaid* (Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-Arabiyye, ty.), c. I, 3, 4.

⁴³⁸ Senhûrî, *Masadiru’l-Hak*, c. I, 32; Hacak, *İrtifak Hakları*, 101.

⁴³⁹ Mehmet Boynukalın, “Şart”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXVIII (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 364; Osman Kaşıkçı, “Şart”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXVIII (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 365, 366.

sözleşmenin konusu yine taşınmazdır ancak sözleşmenin muhtevasında ek olarak bir şart bulunmaktadır ve sözleşmenin kurulması ile bu şart bağlayıcılık kazanmaktadır.⁴⁴⁰

Cumhur irtifak hakkının tesisini sözleşme yoluyla da mümkün gördüğü için şart koşmaya ayrıca bir önem atfetmemiştir. Bununla birlikte sözleşme yoluyla irtifak hakkı tesisini mümkün görmeyen Hanefiler açısından ilk akla gelen irtifak hakkı kazandırıcı işlem şart koşma olmuştur.⁴⁴¹ Mecelle’de de bu şekilde irtifak hakkı tesisi düzenleme altına alınmıştır.⁴⁴² Ancak sözleşmede koşulan bu şartın örfে uygun olması aranmıştır. Örfে uygun olmayan bir şart ile irtifak hakkı tesisi mümkün görünmemektedir. Çünkü bu tip bir şart sözleşmeyi fasit kılacaktır.⁴⁴³ Dolayısıyla şart koşma yoluyla yalnızca örfen uygun görülen irtifak çeşitleri tesis edilebilecektir.⁴⁴⁴

Şart koşma yoluyla irtifak hakkı tesisi özellikle satım ve taksim sözleşmelerinde karşımıza çıkmaktadır. Bir taşınmazı konu alan satım sözleşmesinde satıcının taşınmazı irtifakla yüklü olmak şartıyla alıcıya icapta bulunması durumudur. Alıcının bu sözleşmeyi kabulü halinde artık satım sözleşmesinin konusu olan taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis edilmiş olacaktır. Örneğin bir kimse geçit hakkı kendisinde kalmak üzere taşınmazını bir başkasına satabilir veya taşınmazlarından birinin üzerinde su akıtma hakkının bulunması şartını koşarak taşınmazını alıcıya satabilir. Bu durumlarda geçit hakkı ve su akıtma hakkı sözleşme esnasında şart koşulması ile tesis edilmiş olacaktır.⁴⁴⁵ Bir kimsenin taşınmazlarından birinin atık suyunu bir başka taşınmazının üzerinden geçirmiş olması

⁴⁴⁰ el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 90, 91; el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 67, 68; el-Fetevâ’l-Âlemgîriyye, c. V, 393, 394; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2120; Hacak, *İrtifak Hakları*, 88.

⁴⁴¹ Serahsî, *Mebcut*, c. XV, 20, 22, 28, 29; c. XVII, 89, 93; İbn Hümam, *Fethü’l-Kadir*, c. VIII, 288; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. V, 78; Zeydân, *el-Medhal*, 226, No: 270; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 120; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku’l-İrtifak”, 299.

⁴⁴² MAA: m. 1145: “Bir kimse, hakk-ı mürûru bâkî olmak üzere, mülkü olan tarîkı satabildiği gibi, iki kişi beyninde müşterek olan bir akarın taksiminde, tarîk-i müşterekin rakabesi, yani mülkiyeti birinde kalmak ve diğerinin yalnız hakk-ı mürûru olmak üzere kısmet dahi câiz olur.”

⁴⁴³ el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 90, 91; Hacak, *İrtifak Hakları*, 89; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 120.

⁴⁴⁴ Örneğin, su akıtma irtifakının şart koşma yoluyla tesisi, toplumda böyle bir örf bulunduğu için kabul edilmişken, kar atma irtifakının aynı şekilde tesisi uygun görülmemiştir. el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 67, 68; el-Fetevâ’l-Âlemgîriyye, c. V, 394; el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 90, 91.

⁴⁴⁵ İbn Hümam, *Fethü’l-Kadir*, c. VI, 452; el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 67-69; el-Fetevâ’l-Âlemgîriyye, c. V, 393, 394; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. V, 78; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2096; el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 91; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 120.

ve bu işlemin henüz kadim olmamış olması durumunda, bu taşınmazların satımı esnasında su akıtma irtifakı şart olarak ileri sürülmemiş olursa, önceki malikin işlemi bir irtifak hakkına değil, mülkiyet hakkına dayanmış olduğu için artık yeni malikler bu şekilde atık suyu diğer taşınmaz üzerinden geçiremeyeceklerdir.⁴⁴⁶ Benzer şekilde A bir atık suyunu B'nin izniyle, B'nin taşınmazından bir kaç sene geçirmiş olsa, daha sonra B kendi taşınmazını C'ye satarken bu kullanımı şart olunmamışsa, A artık atık suyunu oradan geçiremeyecektir. Ancak şart olunması durumunda A lehine bir irtifak hakkı doğmuş olur.⁴⁴⁷

Ortak malların paylaşımı maksadıyla yapılan taksim sözleşmesinde⁴⁴⁸ irtifak hakkı tesisi, bir taşınmazın bağımsız hisselerine bölünmesi sırasında bu hisselerden biri lehine diğerinin üzerine bir irtifak hakkı kurmak amacıyla şart koşulması şeklinde gerçekleşmektedir. Paylaştırma esnasında bir geçit irtifakı tesisi, bu şekilde irtifak hakkı kurulmasına en yaygın örneklerdendir.⁴⁴⁹ Bu şartın geçerli ve uyulması gereken bir nitelik arz ettiği Mecelle'de de belirtilmiştir.⁴⁵⁰

3.1.2.2. Zımnî İrtifak

Bir kişinin iki ayrı taşınmazı olup, bu taşınmazlardan biri lehine diğeri üzerinde irtifak hakkı mahiyetinde bir yetki kullanması durumunda, üzerinde irtifak hakkı mahiyetinde bir yetki kullanılan taşınmazın satımı veya paylaştırılması durumunda yeni malik olacak tarafın bu hususu bilmesine rağmen bir itirazda bulunmaması halinde irtifak hakkı tesis edilmiş olacaktır.⁴⁵¹ Muasır İslâm hukukçuları bu durumu zımnî irtifak veya zımnî kabul olarak ifade etmişlerdir.⁴⁵²

⁴⁴⁶ Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 421, No: 2467.

⁴⁴⁷ Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 422, No: 2468.

⁴⁴⁸ Bkz. Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2117 vd.; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976), c. VII, 58 (11-17); Hamza Aktan, "Kısmet", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXV (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 497.

⁴⁴⁹ Serahsî, *Mebcut*, c. XV, 23.

⁴⁵⁰ MAA: m. 1166: "*Hîn-i kismette, bir hissennin diğerr hissede, tariki yahut mesîli olması şart edilirse, ol şarta riayet olunur.*"

⁴⁵¹ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân*, c. III, 67, 68; el-Fetevâ'l-Âlemgîriyye, c. V, 393, 394.

⁴⁵² Senhûrî, *el-Vasit*, c. IX, 1336; Hacak, *İrtifak Hakları*, 89.

Fıkıh kitaplarında bu şekilde irtifak hakkının kurulması ile ilgili birçok örnek verilmiştir. Örneğin bir taşınmazın taksim sözleşmesi ile ikiye ayrılırken, hissedarlardan birinin duvarında diğer hissedarın kirişlerinin bulunuyor olması durumunda sözleşmede kiriş koymaya ilişkin herhangi bir şart olmaması halinde duvara kirişlerini koyan kimse bu hakkını sürdürecektir. Ancak taksim sözleşmesinde bu kirişlerin kaldırılması şart koşulmuş olursa artık bu şarta uyulması gerekecektir.⁴⁵³ Ali Haydar Efendi, taksim sözleşmesi esnasında bu kirişlerin duvar üzerinde bulunuyor olduğu halde paylaşımın yapıldığını ve sözleşmede kaldırılmasına yönelik şart bulunmadığını bundan dolayı kiriş koyma hakkının mevcut olduğunu benzer şekilde vermiş olduğu farklı örneklerle belirtmektedir.⁴⁵⁴ Bu örnek ile ilgili açıklama yapan İslâm hukukçuları buradaki taksim sözleşmesi esnasında zımni bir kabulün bulunduğunu ve bunun neticesinde irtifak hakkının tesis edilmiş olduğunu ifade emekteler. Bunun nedeni ise irtifak hakkının malikleri farklı taşınmaz üzerinde kurulabilir nitelikte kabul edilmesi ve malikin bu hakkı, öncesinde mülkiyet hakkının kendine vermiş olduğu bir yetki kapsamında kullanıyor olmasına dayandırmaktadırlar. Dolayısıyla burada taksim sözleşmesi ile bir irtifak hakkı tesis edilmiş olmaktadır.⁴⁵⁵

Satım sözleşmesi yoluyla zımni irtifak türünden bir irtifak hakkının tesisi taksim sözleşmesine göre belirli farklılıklar gösterecektir. Fıkıh kitaplarındaki örnekler bakıldığında taksim sözleşmesindekinden farklı olarak bu durumda zımni irtifak olarak bir irtifak hakkının tesis edilmesi için bu hakkın kadim olması şartı aranmıştır. Örneğin birbirine bitişik halde iki taşınmazı olan bir şahıs, bir taşınmazı lehine diğer taşınmazı üzerinde atık sularını geçirmesi durumunda, atık sularını geçirmiş olduğu taşınmazını satmak istediğinde bakılır: Eğer bu taşınmaz üzerinden diğer taşınmazın atık sularının geçiyor olması kadim ise bu durumda satım sözleşmesi esnasında şart koşulmasa dahi irtifak hakkının varlığı kabul edilecektir. Bunun nedeni olarak, bir hakkın eski olmasının başlı başına bir hak doğurmayacağı ancak burada irtifak hakkının aslında sahih bir nedene dayanıyor olmakla birlikte üzerinden uzunca bir süre geçmesinden dolayı bu nedenin unutulduğu, geriye ise sadece o nedenin hukuki neticesinin kaldığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla burada eskiden beri devam eden bu durumun mevcudiyeti

⁴⁵³ MAA, m. 1170; Serahsî, *Mebcut*, c. XV, 20.

⁴⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2127.

⁴⁵⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 26, 90.

korunacaktır ve satım akdi sonucu taşınmazın mülkiyeti el değiştirmiş olsa da su akıtma irtifakı eski malikte kalacaktır. Ancak malikin kullanımı kadim olmaz ise bu durumda örfe uygun olması koşuluyla irtifak hakkının kendisine ait olmasını şart koşabilir. Aksi takdirde mülkiyeti irtifak hakkı ile birlikte devretmesi gerekecektir.⁴⁵⁶

Satım sözleşmesi için verilmiş olan örnek ile taksim sözleşmesi için verilmiş olan örnek arasında farklılık bulunmaktadır. Öyle ki, taksim sözleşmesi için hakkın kadim olması gerekmemekte, mevcut duruma ortakların razı olmaları ve bunun kalkmasına yönelik bir şart ortaya koymamaları aranmaktadır. Oysaki satım sözleşmesinde bu hakkın kadim olması gerektiği ifade edilmekte aksi durumda Hanefîlere göre örfe uygun olması koşuluyla ancak sözleşmeye koyulacak bir şart ile irtifak hakkı tesis edilebileceği belirtilmektedir. Buradan çıkardığımız sonuç, taksim sözleşmelerinde tarafların zımnen bir irtifak hakkı tesis ettiklerinin kabul edilebileceği yönündeyken, satım sözleşmeleri açısından farklı bir değerlendirme yapmaktayız. Buna göre hakkın kadim olmasının belirtilmesi aslında daha önce sahih bir nedenle irtifak hakkının tesis edilmiş olduğunun düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda irtifak hakkı tesisi zımni olarak satım sözleşmesi ile gerçekleşmemekte bilakis daha önceden doğmuş olan irtifak hakkının malik lehinde bulunmasından dolayı askıda bulunan hükümleri yeniden işlerlik kazanmaktadır. Burada zannedildiğinin aksine aynı kişi kendi taşınmazlarından birinin lehine bir diğerinin üzerine irtifak hakkı tesis etmemekte, daha önceden sahih bir yolla irtifak hakkı tesis edilmiş olan bir taşınmaza malik olmaktadır. Bundan dolayı malikin mülkiyet hakkından kaynaklı yetkilerini kullandığı, irtifak hakkının satım sözleşmesi esnasında zımni kabul yoluyla kurulduğuna ve irtifak haklarının zahirde bir takım alametlerinin bulunup bulunmamasına göre tasnif yapılarak görünen bir alameti bulunan irtifakların kadim olarak kurulabilecekleri, bunun dışındakilerin ise kurulamayacakları ancak bu duruma da kar atma ve su yolu ile bir taşınmaz üzerinde bulunan havuza su boşaltılması irtifaklarının istisna getirilmiş olduğu görüşüne katılmamaktayız.⁴⁵⁷ İslâm hukukçularının yapmış olduğu bu tasnifte kullanmış oldukları örnekler aslında taksim

⁴⁵⁶ Ayrıntı ve farklı örnekler için bkz. Serahsî, *Mebcut*, c. XV, 20; el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 67-69; *el-Fetevâ'l-Âlemgîriyye*, c. V, 393, 394; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 189; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2189-2191; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92.

⁴⁵⁷ Aksi yönde, Hacak, *İrtifak Hakları*, 90.

sözleşmesi ve satım sözleşmesi için verilmiş olan örnekler olup, bunların arasındaki asıl farklılık konu oldukları sözleşmelerdir.

3.1.3. Zamanaşımı

İrtifak haklarının sözleşmeye dayalı ilişkilerin ardından temel kazanım nedeni zamanaşımıdır. Bu hak kazanım nedeni, İslâm hukukunun temel ilkelerinin birinden olan ve Mecelle’de de külli kâideler arasında yer alan “*kadim kıdemi üzerine terk olunur*”⁴⁵⁸ prensibidir. Bu ilke gereğince hukuka uygun olarak kadim olan uygulamanın aksine bir delil bulunmadıkça, insanların bunu haklı bir nedenden ötürü sürdürdükleri düşünülerek olduğu şekilde bırakılması kabul edilmiştir. Zahirde insanların uygulaması ne yöndeysse buna itibar edilmiştir.⁴⁵⁹ Anlaşılabacağı üzere, irtifak haklarının tesisinde istishâb kaynağı doğrultusunda hareket edilecektir. Dolayısıyla burada aslında hak kazanılmasına neden olan sebep bir uygulamanın üzerinden belirli bir süre geçmesi değil, bu uygulamanın sebebi olan hukuki işlemin unutulmuş olmasıdır. Bundan dolayı bu uygulamanın bir sebebe dayanmadığının veya hukuka aykırı bir sebebe dayandığının ispatı halinde artık zamanaşımı yoluyla hak kazanılamayacaktır.⁴⁶⁰ Örneğin, bir kimsenin haksız yere on beş yıl boyunca bir başkasının arazisinden su geçirmesi durumunda, arazisinden su geçen kişi on beş yıl boyunca bu durumu dava etmemiş olsa dahi daha sonra dava ettiği takdirde, su geçirme fiili bir irtifak hakkına neden olmayacaktır. Çünkü bu durumun geçerli bir sebebe dayanmadığı bilinmektedir. Yalnız başına belirli bir süre devam etmiş olması bir irtifak hakkı doğurmaz.⁴⁶¹ Benzer şekilde bir kimsenin arazisinden yirmi yıl boyunca geçmiş olursa, daha sonra arazi sahibi, arazisinin etrafına bir duvar örerek bu geçişe engel

⁴⁵⁸ MAA, m. 6.

⁴⁵⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 54; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, c. I, 257 (5); el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92; Şelebi, *el-Medhal*, 311; Abdülkerim Zeydân, *el-Vecîz fî Şerhi'l-Kavâ'id-i'l-Fıkhiyye fî's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye*, (Beyrut: Müessesetü'r-Risâlet, 1422/2001), 50; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 98; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 352; Ahmet Şimşirgil – Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 2. Baskı (İstanbul: KTB Yayınları, 2008), 94; Nurettin Sezen, *Mecelle'nin Külli Kaideleri* (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) ve Açıklamaları, 1. Baskı (Ankara: Aktif Hayat Yayınları, 2016), 52; N. Ahmet Özalp, *İslam Hukukunun Genel İlkeleri -Kavaid-i Külliye-*, 1. Baskı (İstanbul: Büyüyenay Yayınları, 2017), 17.

⁴⁶⁰ Mürşidü'l-Hayrân, m. 48; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 54; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, c. VII, 183 (397); el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92; Zeydân, *el-Vecîz*, 50; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 96; Yusuf Musa, *el-Emval*, 172; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 14; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Hacak, *İrtifak Hakları*, 91; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 98, 99.

⁴⁶¹ Konya Kadı Sicili, (1135-1136 / 1723-1724), Defter 49, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016), No: 188-2, 450, 451.

olabilir. Yirmi yıl boyunca bu araziden geçmiş olmak, bir geçit irtifakı tesis etmeyecektir.⁴⁶² Bir izne binaen bir yerden yararlanan kimsenin bu kullanımı belirli bir süre sürmüş olsa dahi iznin geri alınması durumunda haksız olacaktır. Dolayısıyla izin ile olan kullanım, kadim bir kullanım olmayacak ve iznin geri alınması ile sebebini de yitireceği için bir irtifak hakkı tesisine imkan vermeyecektir.⁴⁶³ Bir kimsenin taşınmazından bir başkasının su akıtma irtifakı nedeniyle, irtifak tesislerinin geçiyor olması, yüklü taşınmaz sahibine herhangi bir hak doğurmaz. Dolayısıyla yüklü taşınmaz sahibinin irtifak tesislerinde bir delik açıp buradan geçen suyu kullanması durumunda, bu tesislerin kadimden beri kendi taşınmazından geçtiği artık hak sahibi olduğu iddiası dinlenmeyecektir. Ne kadar kadim olursa olsun yüklü taşınmaz sahibi bu uygulamadan dolayı irtifak hakkı sahibi olmayacaktır.⁴⁶⁴

“*Zarar kadim olmaz*” ilkesi gereğince, söz konusu kullanımın komşu evin bayanların kullanımına ait kısımlarını gören pencerelerinin bulunması veya komşunun kuyusunu kirleten su borularının bulunması gibi hallerde mevcut zarardan ötürü, ilgili kullanımın bir irtifak hakkı meydana getirmeyeceği ifade edilmiştir.⁴⁶⁵ Ancak dikkat edilmelidir ki, burada irtifak hakkının tesisini sağlayan temel neden uzun süreden beri süren kullanma değil, bu kullanımın bir hukuki sebebe dayandığının düşünülmesidir. Bundan dolayı pencerelerin, komşu evin bayanların kullanımına ait kısımlarının inşasından önce açılmış olduğu veya su borularının, komşunun kuyusundan önce de orada bulunduğu biliniyorsa artık bu kullanımların bir irtifak hakkı tesis etmediği söylenemeyecektir. Dolayısıyla bu durumlarda hangi kullanımın kadim olduğunun tespiti gerekecek ve buna göre belirleme yapılacaktır. Eğer pencereler ve su boruları daha önce yapılmışsa bunlar kaldırılamayacaktır ancak daha sonradan yapılmış olmaları durumunda

⁴⁶² Ahmed Akgündüz, *Şeyhülislâm Ebussu'ûd Efendi Fetvâları (Fetâvâ-yı Ebussu'ûd Efendi)*, (İstanbul: OSAV Yayınları, 2018), 681, 682.

⁴⁶³ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 50; Şeyhülislâm Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, haz. Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu, Asuman Erkan, ed. Mustafa Demiray, 1. Baskı (İstanbul: Klasik Yayınları, 2011), 584, No: 2993, 2997; Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 421, No: 2466.

⁴⁶⁴ Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 420, No: 2457.

⁴⁶⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 96; *El-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. III, 14.

yirmi yıldır da duruyor olsalar mevcut zarardan ötürü kadim bir kullanım kabul edilmeyecektir.⁴⁶⁶

Kadim, Mecelle’de “*Kadim, oldur ki, evvelini bilir kimse olmaya*”⁴⁶⁷ şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla insanların mevcut uygulamanın daha öncesini bilmedikleri durum kadim olarak belirtilecektir.⁴⁶⁸ Görüleceği üzere Hanefî mezhebi doğrultusunda oluşturulmuş olan Mecelle’de bir uygulamanın kadim olması için net bir süre şartı konulmamıştır. Bununla birlikte Malikiler bir uygulamanın kadim olması için üzerinden 4, 10 ve 20 yıl geçmesi gibi farklı süre şartları ileri sürmüşlerdir.⁴⁶⁹ Ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bu durum dikkate alınmıştır. Örneğin 25 yıl⁴⁷⁰, 40 yıl⁴⁷¹, 60 yıl⁴⁷², 90 yıl⁴⁷³, 100 yıl⁴⁷⁴ gibi süreler boyunca su akıtma, geçit veya kaynak irtifakı gibi hakları kullandıklarını ispat eden kişilerin bu kullanımı engellenememiş ve irtifak hakları kabul edilmiştir.

Tüm mezhep hukukçuları kıdemi hak doğurucu bir neden olarak görmüşlerdir. Hanefiler kıdemi istihsana dayalı bir hüküm olarak değerlendirmişlerdir. İlk dönem Hanefî fakihler bir hakkın hukuki bir nedeni olmaksızın kazanılamayacağından dolayı kıdeme itibar etmemişlerdir. Mezhebin daha sonra gelen hukukçuları ise kıyasa aykırı olarak örfe dayalı istihsan gereğince kıdemi hak doğurucu bir neden olarak ele almışlardır. Bu mezhepte fetva, sonraki dönem hukukçularının görüşüne göre

⁴⁶⁶ Zeydân, *el-Medhal*, 226, No: 270.

Davalının 12 yıldır mecraı kullandığını ifade etmesine rağmen, buradaki mecra hakkının başkasına ait olması durumunda davalı bakımından bir hak doğurmayacağına dair bkz. Diyarbekir Kadı Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: 3803, c. XIII, 520, No: 140.

⁴⁶⁷ MAA, m. 166.

⁴⁶⁸ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusuleyn*, 1047; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 230; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VI, 12 (72); Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 289.

⁴⁶⁹ *el-Mevsûatü'l-Fıkhi'l-İslâmi*, c. IV, 276; Hacak, *İrtifak Hakları*, 92.

⁴⁷⁰ Konya Kadı Sicili, Defter 37, No: 18-2, 27.

⁴⁷¹ Konya Kadı Sicili, (1080-1081 / 1669-1670), Defter 14, haz. Fatih Küçük, İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014), No: 113-2, 191, 192

⁴⁷² Konya Kadı Sicili, Defter 14, No: 121-4, 207.

⁴⁷³ Konya Kadı Sicili, Defter 14, No: 120-3, 204, 205.

⁴⁷⁴ Diyarbekir Şer'iyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: AHK02, c. a02, 106, No: 172.

verilmiştir.⁴⁷⁵ Nitekim hukukun genel prensiplerinden biri olarak bu durumu ilkeleştirmişlerdir.

Bir uygulamanın kadim olması nedeniyle irtifak hakkı kazandırmasının ancak olumlu irtifaklar için mümkün olduğu ifade edilmiştir. Olumsuz irtifaklarda hak sahibinin aktif bir fiilinden ve bundan kaynaklı olarak uzun süreli bir kullanımından bahsedilemeyeceğinden dolayı zamanaşımı yoluyla irtifak hakkı kazanımının yalnızca olumlu irtifaklar bakımından geçerli olduğu belirtilmiştir.⁴⁷⁶ Bununla birlikte olumsuz irtifakların da kadim olması mümkündür. Örneğin sahih bir yolla bir taşınmaz lehine manzara irtifakı kurulmuş ancak aradan geçen yıllarda irtifakın sebebi unutulmuş olabilir. Lakin halk arasında yararlanan taşınmaz lehine böyle bir irtifak olduğuna dair hakim bir kanaat bulunabilir ve yararlanan taşınmaz maliki bu irtifak hakkına aykırı davranılması halinde yüklü taşınmaz maliki aleyhinde mahkemeye başvurarak manzara irtifakı hakkını kullanabilir. Bu mahkemeye başvurması ile manzara irtifakına yönelik zilyetliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yararlanan taşınmaz malikinin daha önce sahih bir şekilde kurulmuş olmasına rağmen sebebi unutulmuş olan hakkının yok sayılmaması adına olumsuz irtifakların da kadim olmaları nedeniyle kazanılmaları düşünülebilir.⁴⁷⁷ Ancak bu durumun ispatı çok zor olacaktır. Bununla birlikte fıkıh kitaplarında da bu yolla kazanılan irtifak haklarına örnek olarak olumlu irtifaklar verilmiş, olumsuz irtifaklar belirtilmemiştir. Örneğin bir kimse öncesi bilinmeyen bir süreden beri komşusunun bahçesinden su akıtsa veya komşusunun bahçesi üzerinden geçiyor olsa, komşusu bu su akıtmanın veya geçmenin hukuka aykırı bir nedene dayanmaksızın engellenmesini talep

⁴⁷⁵ Serahsî, *Mebsut*, c. XVII, 94; el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân*, c. III, 67, 68; el-Feteva'l-Âlemgîriyye, c. V, 393, 394; *Netîcetü'l-Fetâvâ*, der. es-Seyyid Ahmed Efendi, es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî, haz. Süleyman Kaya, Betül Algın, Ayşe Nagehan Çelikçi, Emine Kaval, 1. Baskı (İstanbul: Klasik Yayınları, 2014), 384, No: 1785, 1786; el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 92, 93; Hacak, *İrtifak Hakları*, 91, 92.

“Zeyd'in menziline cereyan eden su kadimden bi-hakkın Amr'ın menziline cereyan eden suyun mecrasından cereyan edegelmişken Amr Zeyd'e "Ba'de'l-yevm razı olmam, ahar yerden icra eyle" demeye kadir olur mu? el-Cevap: Olmaz.” Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 419, No: 2456.

⁴⁷⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 92.

⁴⁷⁷ Modern hukuk açısından yolsuz bir tescil bulunmadığı durumlarda olumsuz irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanımı tartışılmış ve bu şekilde bir görüş ileri sürülmüştür. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 63; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 201; Kanımızca İslâm hukuku açısından da olumsuz irtifakların bu yolla kazanımı açısından bir engel olmamakla birlikte bu durumun ispatı çok güç olacaktır.

edemez.⁴⁷⁸ Çünkü bu uygulamanın öncesi bilinmemekte ve haklı bir nedene dayandığı düşünülmektedir. Dolayısıyla burada söz konusu haklar nitelikleri itibarıyla kullanıcılarının mülk hakkı kapsamına dahil olacaklar ve “*Hiç kimse mülkünde tasarruftan men’ olunamaz*”⁴⁷⁹ ilkesi gereğince kullanımları engellenemeyecektir. Bir kimsenin kamuya ait bir yerde kadimden beri geçit irtifakı olsa, bu yere bir başkasının bina veya duvar inşa etmesi durumunda bu yapı yıkılacaktır. Kadimden beri olan kullanım bir irtifak hakkı olarak kabul edilecektir.⁴⁸⁰ Benzer şekilde bir kimsenin kamuya ait bir su kaynağından kadim bir süredir yararlanmasını sağlayan kaynak irtifakını bir başkası engelleyemeyecek ve kadimden beri olan kullanım bir irtifak hakkı olarak tanınacaktır.⁴⁸¹ Bir kimsenin kadimden beri taşınmazı lehine bir yerden su akıtmış olmasına daha sonradan engel olunmak istenemeyecektir. Kadimden beri süren bu kullanım bir irtifak hakkı olarak tanınacaktır.⁴⁸² Ancak gerek su akıtma olsun gerekse bahçeden geçme olsun henüz kadim değilse “*Bir kimsenin mülkünde, anın izni olmaksızın, âhar bir kimsenin tasarruf etmesi, câiz değildir*”⁴⁸³ ilkesi gereğince üzerinden su akıtılan veya geçilen taşınmaz sahibi ilgili fiillerin engellenmesini isteyebilecektir.⁴⁸⁴

⁴⁷⁸ MAA, m. 1224; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 49, 51, 52; Serahsî, *Mebsut*, c. XVII, 94; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 258; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 55; c. III, 2189; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, c. I, 257 (5); Bilgin, “İrtifak Hakları”, 98; Zeydân, *el-Vecîz*, 50; Osman Öztürk, *Mecelle'nin Külli Kâideleri*, 1. Baskı (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2019), 21; Şimşirgil – Ekinci, *Mecelle*, 94; Abdullah Tuzcu, *Kur'an-ı Kerim Açısından Mecelle'nin Külli Kaideleri* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012), 38, 39; Sezen, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 52; Özalp, *Kavaid-i Külliye*, 17.

Yahya Efendi bir fetvasında bu durumu belirtmiştir: “*Zeyd'in mülk bağının suyu kadimden câri 'Amr'ın bağı içinde olan nehirden sulana gelmiş iken hâlen 'Amr bî-gayr-ı vech Zeyd'in bağına ol nehirden su vermemeye kâdir olur mu? el-Cevap: Olmaz.*” Konya Kadı Sicili, Defter 39, No: 47-2, 81; Uygulamadan örnekler için bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 45, No: 37-2, 65, 66.

⁴⁷⁹ MAA, m. 1197.

⁴⁸⁰ “... *Mezkûr Seydî Mahmûd Fakîh dâhî kadîmden tasarrufumdadır diye nizâ' edip mâ-beynlerinde münâza 'ât-ı kesîre ve muhâsamât-ı şedîde vâki' olduktan sonra mezkûr Seydî Mahmûd Fakîh mukırr ve mu'terif olup târîh-i kitâbdan iki yıl evvel ağıl isminde binâ ettiği duvarı yıkıp giderim benim kadîmden geçegeldiğim yoluma mâni' olmayın dimeğin mezbûr el-Hâc Emrullah ve sâ-yir zikr olan (...karalı...) hakkı olan kimesneler bu minvâl üzere müdde'iden olan yoluna mâni' olmayıp zikr olan duvar yıkılmak üzere râzî olduklarında vâki'-i hâl defter olundu...*” Konya Kadı Sicili (970-1019), Defter 1, haz. Leyla Özpolat, İzzet Sak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016), No: 132-1, 309.

⁴⁸¹ Konya Kadı Sicili, Defter 10, No: 180-2, 348, 349.

⁴⁸² Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 419, No: 2456, 420, No: 2459, 2461.

⁴⁸³ MAA, m. 96.

⁴⁸⁴ Konya Kadı Sicili, Defter 37, No: 59-1, 97.

Bu durumda zamanaşımı yoluyla hak kazanılması mümkün olmayıp ancak başka bir gerekçe ile irtifak hakkı kurulabilecektir.⁴⁸⁵

Modern hukuk açısından da zamanaşımı ile irtifak hakkı kazanılması mümkün olmakla birlikte⁴⁸⁶ İslâm hukukuna göre farklılık göstermektedir. İslâm hukukunda irtifak hakkının daha önceden haklı bir nedene dayanarak tesis edilmediği biliniyorsa zamanaşımı ile irtifak hakkı kazanılamazken, modern hukukta zamanaşımı ile irtifakın kazanılması yolsuz bir tescilin bulunduğu durumlarda da geçerlidir. Üzerine yolsuz tescil bulunan kişi iyiniyetli olduğu durumda olağan zamanaşımı yoluyla 10 yıl sonra, iyiniyet şartını taşımadığı takdirde ise olağanüstü zamanaşımı yoluyla 20 yıl sonra irtifak hakkını kazanacaktır.⁴⁸⁷ Ayrıca İslâm hukuku açısından zamanaşımı yoluyla kazanmanın ancak olumlu irtifak hakları açısından söz konusu olduğu ifade edilmesine rağmen, modern hukukta olumsuz irtifakların da zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkündür.⁴⁸⁸

3.1.4. Kanundan Doğması

İrtifak haklarının kaynakları açısından tasnif edilirken, İslâm hukukçularının arasındaki görüş ayrılığından bahsedilmişti. Sonuç olarak ise irtifak haklarının kanun ile sınırlı olmadığı, aslolarak tarafların aralarındaki sözleşme kaynaklı ilişkiler ile kurulduğu beyan edilmişti. İrtifak haklarının kuruluş biçimleri açısından tasnifinde ise bir kısım İslâm hukukçusunun yalnızca bu hakların kuruluşunun kanundan kaynaklanacağını, tarafların kendi aralarındaki hukuki işlemlerle bu hakları kuramayacaklarını ancak örf ve teamül gereği bu tip kullanıma müsaade edebileceklerini ifade ettikleri, buna mukabil çoğunluk görüşün bu yönde olmadığı belirtilmişti. İslâm hukuku açısından doğrudan kanundan doğan irtifak hakları olduğu gibi, mülkiyet hakkının komşuluk ilişkileri nedeniyle kısıtlanması mahiyetindeki uygulamalar da mevcuttur.

⁴⁸⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2189.

⁴⁸⁶ TMK, m. 780.

⁴⁸⁷ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 62, 63; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 918; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 191; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 193-203.

⁴⁸⁸ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 63; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 918; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 200, 201; Yolsuz tescilin olmadığı durumlarda zamanaşımı yoluyla olumsuz irtifakların kazanılması tartışmalıdır. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 63; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 201.

Mülkiyet hakkının kısıtlanması niteliğinde olup, irtifak hakkı mahiyetinde olmayan uygulama, malikin komşuya fahiş bir zarar vermeksizin hakkını kullanması durumudur. Bu tip uygulamaları da irtifak hakkı kapsamında değerlendiren İslâm hukukçuları bulunmaktadır.⁴⁸⁹ Burada aslında mülkiyet hakkının kanuni bir takyidi ve hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması söz konusudur. Bunun dışında ne bir taşınmaz irtifakla yüklenmiş ne de bir taşınmaz lehine irtifak hakkı tanınmış değildir. Dolayısıyla bu tip kısıtlamaların irtifak hakkı mahiyetinde kabul edilmemesi gerekmektedir. Örneğin komşusunun evinin bahçesi, mutfak gibi alanlarını görecektir şekilde pencere yapmanın⁴⁹⁰, komşusunun kuyu suyunu kirletecek şekilde tuvalet çukuru açmanın yasaklanması⁴⁹¹ aslında komşuya tanınmış bir hak olmayıp, malikin komşusuna fahiş zarar vermesinin önüne geçmek amacıyla mülkiyet hakkının kanunen kısıtlanması ve hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması mahiyetindedir.⁴⁹²

İslâm hukuku açısından doğrudan kanundan doğan irtifaklar, fıkıh kitaplarındaki örnekler incelendiğinde komşuluk ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Bunlar yalnızca mülkiyet hakkının kısıtlanması niteliğinde olmayıp, aynı zamanda komşu taşınmaz maliki lehine bir irtifak hakkı da doğurmaktadır. Örneğin iki komşu taşınmaz malikinden birinin arazisini sulamak için başka bir yolu olmaması durumunda komşusunun taşınmazından suyu geçirmesi için kanundan doğan bir su akıtma irtifakından bahsedilecektir. Bu su akıtma irtifakı muhteva olarak, sözleşme yoluyla kurulmuş olan bir su akıtma irtifakından farklı nitelikte değildir.⁴⁹³ Burada yukarıdaki gibi mülkiyetin doğrudan daraltılması durumu söz konusu olmayıp aynı zamanda komşu taşınmaz malikine olumlu bir irtifak hakkı tanınmaktadır. Bu irtifakın komşuluk ilişkilerinden kaynaklanan bir mülkiyet kısıtlaması mı olduğu yoksa doğrudan kanundan doğan bir irtifak hakkı mı olduğu ise hukukçular tarafından tartışılmıştır.

Modern hukuk açısından, ilk ifade edilen durum olan komşuluk ilişkileri nedeniyle mülkiyetin doğrudan kısıtlanması ile ikinci ifade ettiğimiz durum olan komşu

⁴⁸⁹ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 93; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124; Bilgin, "İrtifak Hakları", 97, 98.

⁴⁹⁰ MAA, m. 1202.

⁴⁹¹ MAA, m. 1212.

⁴⁹² Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 120, 121; Hacak, *İrtifak Hakları*, 93.

⁴⁹³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 93.

taşınmaz lehine bir irtifak hakkı tanınması nedeniyle mülkiyetin sınırlandırılması durumları birbirinden ayrılmıştır. Buna göre mülkiyetin doğrudan sınırlandırılması durumu irtifak hakkı olarak ele alınmamış ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmiştir. Bununla birlikte mülkiyetin dolaylı sınırlandırılması ise komşu taşınmazlardan birinin üzerinde diğerinin lehine kanun tarafından bir irtifak hakkı doğurması nedeniyle, kanuni (zaruri) irtifaklar olarak nitelendirilmiştir. Kanuni irtifaklar muhteva açısından sözleşmeye dayalı biçimde kurulmuş olan irtifaklarla aynı muhtevayı haizdir.⁴⁹⁴ Ancak kanundan doğan bu şekildeki sınırlandırmaların hiçbir şekilde irtifak hakkı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtenler de bulunmaktadır.⁴⁹⁵

İslâm hukukçularının bir kısmı kanuni ve sözleşmeye dayalı irtifak ayrımının olmadığını, her iki tür irtifakında aynı mahiyet ve hükümde olduğunu belirtirken⁴⁹⁶ diğer bir kısmı ise böyle bir ayrımın yapıldığını ifade etmektedir.⁴⁹⁷ İrtifak haklarının kuruluşlarına göre tasnifi en sistematik şekilde Hanbelî mezhebi hukukçuları tarafından incelenmiştir. Bu mezhep hukukçuları sözleşmeye dayalı irtifak hakları ile kanuni irtifakları birbirinden ayrı tasnif etmişler ve sözleşmeye dayalı irtifak haklarını milk kavramı kapsamında değerlendirirken, kanuni irtifakları hukuk kavramı içerisinde ele almışlardır. Kanuni irtifaklar için hakku'l-intifa nitelendirmesi yapılmıştır.⁴⁹⁸ Kanuni irtifakları, sözleşmeye dayalı irtifaklardan ayıran İslâm hukukçuları komşuluk hakkı kapsamında ele alınan mülkiyetin doğrudan sınırlandırılması mahiyetinde olan uygulamaları ise irtifak hakkı olarak değerlendirmemektedirler.⁴⁹⁹

Hanefî mezhebi hukukçuları, ilke olarak irtifak haklarının doğrudan kanundan doğmasını kabul etmemektedirler. Ancak başta Hanbelî mezhebi olmak üzere diğer mezheplerde kanuni irtifaklara ilişkin farklı irtifak türleri kapsamında açıklamalar

⁴⁹⁴ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 6, 7; Mehmet Necmettin Kazancı, *Zorunlu İrtifaklar* (Ankara: Ankara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2014), 29 vd.

⁴⁹⁵ Bkz. Surlu – Öztürk, *Mecra Hakkı*, 43-48; Kazancı, *Zorunlu İrtifaklar*, 22 vd.

⁴⁹⁶ el-Hafif, *el-Milkiyye*, 115, 116.

⁴⁹⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 94.

⁴⁹⁸ İbn Receb, *el-Kavâid*, 191; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ*, c. III, 411-413.

⁴⁹⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 95; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 97, 98.

yapılmıştır.⁵⁰⁰ Kanuni irtifakın nasıl ele alındığının anlaşılması için bu irtifak türleri örnek olarak incelenecektir:

- Kaynak hakkı: Hanbelî ve Maliki mezhebi hukukçularına göre komşu taşınmazlardan birinin su bulamadığı için mahsulünün telef olacak olması durumunda, diğerinin taşınmazındaki ihtiyaç fazlası suyu almaya hakkı vardır. Bu hak doğrudan kanundan doğmaktadır.⁵⁰¹ Bununla birlikte bu hak bir ihtiyaca binaen doğduğundan ötürü bu ihtiyaç hali ortadan kalktığında son bulacaktır. Dolayısıyla bu hak doğrudan irtifak hakkı kapsamında ele alınmamalıdır.⁵⁰²

- Su akıtma hakkı: Hz. Ömer (r.a.) önüne gelen bir uyuşmazlıkta bir zararının olmayıp bilakis faydasının olacağı kanaatine vararak komşu taşınmazlardan suya ulaşma imkanı olmayan taşınmaz lehine diğerinin üzerinde su akıtma (mecra) irtifakı tesisine karar vermiştir.⁵⁰³ Buradan yola çıkarak Hanbelî mezhebine mensup bazı İslâm hukukçuları su akıtma irtifakının kanundan doğabileceğini belirtmişlerdir.⁵⁰⁴ Muasır İslâm hukukçuları arasında da bu örnekten hareketle su akıtma irtifakının kanundan doğacağını ifade edenler bulunmaktadır.⁵⁰⁵ Ancak cumhur Hz. Ömer (r.a.)'ın bu uygulamasının her iki taşınmaz açısından faydalı olup bir zarar ortaya çıkmadığı durumda görüldüğünü, bunun ise tek başına su akıtma irtifakının kanundan doğmasına delil olamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla zaruret halinde de olsa bir kişinin mülkünde onun izni olmaksızın tasarruf edilemeyeceğinden bahisle bu hakkın kanundan doğacağını kabul etmemişlerdir.⁵⁰⁶

Mahkeme kararlarında, Osmanlı'da su akıtma irtifakının kanundan doğmasının kabul edildiği görülmektedir. Örneğin mahkemeye intikal etmiş olan bir anlaşmazlıkta

⁵⁰⁰ *El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 11; Hacak, *İrtifak Hakları*, 95.

⁵⁰¹ Sahnûn, *Müdevvene*, c. XV, 190, 191; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VI, 377-379.

⁵⁰² Hacak, *İrtifak Hakları*, 96; Kaynak hakkının kanunen doğması mer'î hukukta kabul edilmektedir. TMK, m. 761.

⁵⁰³ Muvatta', *Akdiye*, 33.

⁵⁰⁴ İbn Receb, *el-Kavâid*, 191, 198; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, 28.

⁵⁰⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 101, 102.

⁵⁰⁶ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 221; Sahnûn, *Müdevvene*, c. XV, 191, 192; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, 28, 29; Buhâtî, *Keşşâfu'l-Kinâ'*, c. III, 403; Mecra hakkının kanunen doğacağı mer'î hukukta kabul edilmektedir. TMK, m. 744.

davacı taraf, davalı tarafın, kendi bahçesinden suyu geçirdiği için zarara uğradığını, oysaki davalı tarafın suyu nehirden doğrudan alma imkanının bulunduğunu, bu durumun mahkeme tarafından incelenmesi ve bahçesinden su geçirilmesinin önlenmesini talep etmiştir. Bu doğrultuda inceleme yapan mahkeme davalının suyu doğrudan nehirden alabileceği ve bu iş için davacının bahçesinden su geçirmeye ihtiyacı olmadığını tespit etmiştir. Bundan dolayı davalının, davacının bahçesinden su geçirmeye hakkı olmadığı ifade edilmiştir.⁵⁰⁷ Bu karardan anlaşılabacağı üzere eğer davalının suyu doğrudan nehirden alma imkanı olmasaydı, davacının bahçesi üzerinde kanundan doğan su akıtma hakkı bulunacaktı. Bir başka kararda ise su künklerinin bulunduğu arazilerde ağaçların köklerinin künklere zarar verdiğiinden bahisle, künklerin artık kamuya ait yollardan geçirilmesi talep edilmiş ve mahkeme bu talebi kabul etmiştir. Burada kamuya ait yollar üzerindeki irtifak hakkı doğrudan mahkeme kararı ile kurulmuş olmaktadır.⁵⁰⁸ Ayrıca Osmanlı'da, devlet başkanının yaptırmış olduğu su yollarından suyu kendi taşınmazına getirmek için kanunen belirlenmiş olan su miktarını hakk-ı mecra olarak vererek, su akıtma irtifakı da tesis edilmiştir.⁵⁰⁹

Konumları nedeniyle yukarıda olan taşınmazın yağmur, kar yağması gibi durumlarda aşağıda olan taşınmaz üzerine akması halinde aşağıdaki taşınmazın katlanma yükümlülüğünü kanuni irtifak olarak değerlendirenler olmuştur.⁵¹⁰ Ancak burada taşınmaz maliklerinin bir tasarrufu söz konusu olmayıp tamamen taşınmazların konumlarından kaynaklı gerçekleşen bir durum söz konusudur. Burada bir irtifaktan değil, mülkiyeti kısıtlayıcı bir nedenden bahsedilebilir.⁵¹¹

- Geçit irtifakı: Bir araziye ihya ederek malik olan kişinin arazisinin etrafını daha sonra başka kimselerin ihya etmesi durumunda eğer ilk ihya edilen arazinin ana yola çıkışı kalmamışsa, son ihya işlemini gerçekleştiren kişinin veya tek bir kişinin ihyası ile önceki

⁵⁰⁷ Konya Kadı Sicili, Defter 10, No: 43-2, 77, 87.

⁵⁰⁸ Konya Kadı Sicili, Defter 39, 64-2, 110.

⁵⁰⁹ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVI, 232, No: 259; c. XXXI, 105, No: 55, 118, No:71.

⁵¹⁰ el-Hafif, *el-Milkiyye*, 115, 116.

⁵¹¹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 96.

arazinin ana yola çıkışının kalmaması durumunda bu kişinin arazisinden ilk malike geçit hakkı tanınır.⁵¹²

- Kiriş koyma hakkı: Rasulullah (s.a.v.) hiç kimsenin komşusunu duvarına kiriş koymaktan men edemeyeceğini belirtmiştir.⁵¹³ Bu hadisten yola çıkan Hanbelîlere, Zahirîlere ve İmam Şafî'nin eski görüşüne göre, kiriş koyma hakkı doğrudan kanundan doğmaktadır. Buna göre inşaat yapacak olan kimsenin kirişlerini komşusunun duvarına koyması, ona bir zarar vermemek şartıyla mümkündür. Diğer mezhep mensupları ise bu hadisin menduba⁵¹⁴ işaret ettiğini belirtmişler ve kiriş koyma hakkının kanundan kaynaklanmadığını belirtmişlerdir. İrtifak tesis eden bir sebep olmadıkça komşusunun duvarına kiriş koyan kimsenin, bir başkasının mülkünde izinsiz tasarrufta bulunmuş olacağından dolayı, bu işleminin hukuka aykırı olacağını belirtmişlerdir.⁵¹⁵

- Pencere açmama irtifakı ev inşası için idareden alınan izin esnasında doğrudan idare tarafından bir başkasının taşınmazı lehine koyulacak bir kayıtlı da kanundan doğabilir.⁵¹⁶

Tüm bu örneklerde görüldüğü üzere İslâm hukukçuları kanuni irtifakları tartışmış ve bazı irtifak tiplerinin doğrudan kanundan kaynaklı olarak kurulmasını kabul etmişlerdir. Bununla birlikte sözleşmeye dayalı irtifaklar ile kanuna dayalı irtifaklar arasında muhteva açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu irtifaklarla birlikte İslâm

⁵¹² MAA, m. 1274; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2234; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 91, 92; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 59, 60; Geçit irtifakının kanunen doğacağı mer'î hukukta kabul edilmektedir. TMK m. 747.

⁵¹³ Buhârî, *Kitabu'l-Mezâlim ve'l-Gasb*, 20; Müslim, *Kitabu'l-Müsâkât*, 29 (1609); İbn Mâce, *Ahkâm*, 15; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, c. I, 255.

⁵¹⁴ Mendup: Şer'an yapılması kesin ve bağlayıcı olmayacak bir biçimde istenen ve terk edilmesi durumunda, terk edenin kınanmadığı; bununla birlikte yapılması terk edilmesinden daha hayırlı olan şeylerdir. Ebu Hâmid Muhammed İbn Muhammed el-Gazzâlî, *Mustasfâ*, trc. Yunus Apaydın, 2. Baskı (İstanbul: Klasik Yayınları, 2017), 150; Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, trc. İbrahim Kâfi Dönmez, 28. Baskı (Ankara: TDV Yayınları, 2017), 323; Ferhat Koca, "Mendup", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. 29 (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 128; Nuri Kahveci, Alparslan Alkış, Mustafa Genç, Alimcan Buğda, *İslam Hukuk Başlangıcı*, ed. Nuri Kahveci, 1. Baskı (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 194.

⁵¹⁵ el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, c. V, 364; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 178; Muhammed b. Yusuf b. Ebî'l-Kâsım b. Yusuf el-Abdarî el-Gırnâtî, Ebu Abdullah el-Mevvâk el-Mâlikî, *et-Tâc ve'l-İklîl el-Muhtasar Halîl*, (yy.: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1416/1994), c. VII, 150; Abbadi, *el-Milkiyye*, c. III, 123-125; Buhârî, *Keşşâfu'l-Kınâ*, c. III, 411; Kinânî, *el-Akdu'l-Munazzam*, 491, 492; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 186.

⁵¹⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, c. 73, 433, No: 569.

hukukçuları kanundan kaynaklanan şefe hakkından da bahsetmişlerdir. Ancak şefe, irtifak hakkı olmayıp malikin mülkiyetini sınırlandıran ibâha niteliğinde bir yetkidir.⁵¹⁷ Su kuyusu, nehir gibi yerlerde kanun, ihtiyacı olan herkes için su içme yetkisi tanımıştır. Malikin ihtiyacını aşan her kaynak kanun tarafından şefe ile yüklenmiştir.⁵¹⁸

3.1.5. Vasiyet

Vasiyet kişinin malını, ölümü sonrasında bir kişiye veya teberru maksadıyla hayır cihetine temlik etmesidir.⁵¹⁹ Vasiyet yoluyla irtifak hakkı tesisi mümkündür.⁵²⁰ Ancak bu irtifak hakkının değeri terekenin üçte birini geçmemelidir.⁵²¹ Hanefiler de, sözleşme yoluyla irtifakın tesis edilmemesi hususunda belirttikleri unsurların vasiyet işlemini batıl kılmayacağından ötürü, bu yolla irtifak tesisini kabul etmişlerdir.⁵²²

Bir taşınmaz maliki başka bir şahıs lehine veya bir şahsın taşınmazına bağlı olacak şekilde vasiyette bulunarak irtifak hakkı tesis edebilir. Görüleceği üzere burada vasiyet öncelikle şahsa bağlı irtifaklar için mümkün görünmekle birlikte, eşyaya bağlı irtifaklar açısından da mümkün hale gelmektedir. Ancak her iki durumda da vasiyet lehtarı bir şahıstır. Şahsa bağlı irtifaklar açısından böyle olmakla birlikte, eşyaya bağlı irtifaklarda da, taşınmazın maliki vasiyet lehtarı olmaktadır. Bununla birlikte vasiyet yoluyla kurulan irtifak haklarının özellikle düzensiz kişisel irtifaklar, intifa ve süknâ hakları olduğu görülmektedir.⁵²³ Bundan dolayı yalnızca şahsa bağlı irtifak haklarının vasiyet ile tesisinin mümkün olduğunu, eşyaya bağlı irtifakların bu şekilde tesis edilemeyeceğini

⁵¹⁷ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 301; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 114, 115.

⁵¹⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 97.

⁵¹⁹ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. V, 115; Abdusselam Arı, “Vasiyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XLII (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 552, 553; Adem Albayrak, *İslam Hukukunda Vasiyet* (Yozgat: Bozok Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017), 5.

⁵²⁰ Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 183; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 190; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. V, 70; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 68; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 107, dn. 108; Albayrak, *İslam Hukukunda Vasiyet*, 5; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 65; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 100; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 77; Sahibânî, “Hakku'l-İrtifak”, 612.

⁵²¹ Buhârî, *Vesâya*, 2, 3; Müslim, *Vasiyye*, 5 (1628); Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Arı, “Vasiyet”, 553, 554.

⁵²² Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 77.

⁵²³ Serahsî, *Mebcut*, c. XVII, 93; c. XXIII, 183, 185, 186; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 190; c. VII, 352, 353; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 82, 83; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 93, 94.

ifade eden yazarlar olmuştur.⁵²⁴ Şahsa bağlı olarak kurulan bu tip hakları irtifak saymayanlara göre vasiyet yoluyla irtifak hakkı tesis edilemez. Yalnızca şahsa bağlı menfaat mülkiyetinin tesisi mümkündür.⁵²⁵ Yukarıda belirttiğimiz üzere vasiyet yoluyla eşyaya bağlı irtifakların tesisi, vasiyet edenin bir şahsın taşınmazına bağlı olacak şekilde kendi taşınmazı üzerinde irtifak kurulmasını vasiyet etmesi yoluyla mümkün olmaktadır. Burada vasiyet lehtarının taşınmaz değil, taşınmazın maliki olması tesis edilen irtifak hakkının şahsa bağlı bir irtifak olması anlamına gelmemektedir. Nitekim eşyaya bağlı irtifaklar sağlararası işlemlerle tesis edildiği takdirde dahi hak sahibi olan, taşınmazın kendisi değil o taşınmazın malikidir. Eğer vasiyet eden ilgili irtifak hakkının yalnızca o an taşınmazın maliki olan kimsenin kullanmasını istemiş olsaydı doğrudan şahsa bağlı olacak şekilde vasiyette bulunabilirdi. Bunun yerine eşyaya bağlı irtifak hakkı şeklinde vasiyette bulunmuş olması, vasiyet edenin de iradesinin bu yönde olduğunu gösterecektir. Vasiyetle hem şahsa bağlı hem de eşyaya bağlı irtifak haklarının tesisinin mümkün olduğunu ifade eden yazarlara katılmaktayız.⁵²⁶

Modern hukuk açısından da vasiyetin ancak gerçek veya tüzel kişi lehine yapılabileceği belirtilmiş olup⁵²⁷, vasiyet yoluyla şahsa bağlı irtifak haklarının kurulması kabul edilmiş, eşyaya bağlı irtifakların da kanundaki şartları sağlaması durumunda kurulabileceği belirtilmiştir.⁵²⁸

3.1.6. Kamu Ortaklıđı⁵²⁹

Kamu ortaklığı ile nehirler, yollar gibi kamu malı niteliğindeki taşınmazların menfaatleri üzerinde insanların ortak bir şekilde yararlanma hakkı ifade edilmektedir.⁵³⁰

⁵²⁴ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 107, dn. 108.

⁵²⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 88.

⁵²⁶ Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 32, 33, 65; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Bilgin, "İrtifak Hakları", 100; Mehmet Ünal, "Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/3, (2016), 2842, 2843.

⁵²⁷ Zahit İmre – Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 12. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 13.

⁵²⁸ İmre – Erman, *Miras Hukuku*, 131.

⁵²⁹ Bu başlık altında yapılacak olan açıklamalar "İrtifak Hakkının Kazanılması" başlığının, "Kanundan Doğması" ve "İzin" alt başlıklarının her ikisini birden ilgilendirmesi, ayrıca İslâm hukukçularının kamu ortaklığını ayrı bir irtifak hakkı kazanma sebebi olarak değerlendirmeleri nedeniyle bu çalışmada da ayrı bir başlık açılarak inceleme yapılmıştır.

⁵³⁰ Zeydân, *el-Medhal*, 225, 226, No: 270; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 90; Bilgin, "İrtifak Hakları", 97; Hacak, *İrtifak Hakları*, 97, 98.

Nitekim bu şekildeki mallar üzerinde insanların genellik, eşitlik, serbestlik ve ücretsizlik ilkeleri doğrultusunda kullanım yetkileri vardır.⁵³¹ Buna göre umumi bir yol kenarındaki evin geçit irtifakı, bir nehrin kenarındaki arazinin kaynak irtifakı, kamuya ait bir kanalizasyona bitişik olan evin su akıtma irtifakı bulunacaktır. Çağdaş İslâm hukukçuları irtifak hakkı kazandırıcı işlemlerden biri olarak kamu ortaklığını belirtmişler ve bunu, irtifakların kanun yoluyla kazanılması olarak ifade etmişlerdir.⁵³² Ancak buradaki söz konusu kullanımlar ile ilgili bir belirleme yapmak için öncelikle bu kullanımların, milk nitelikli birer hak mı yoksa ibâha niteliğinde mi oldukları incelenmelidir.

İslâm hukukçuları aynı kavram ile ifade etmekle birlikte özel mülkiyete konu olan mallar ile kamu mülkiyetine konu olan mallar üzerindeki yetkileri birbirinden ayırarak incelemişlerdir.⁵³³ Özel mülkiyet üzerinde ibâha niteliğinde malikin vermiş olduğu izin ile bazı kimselerin kullanma yetkisi olsa da bunlar asla irtifak hakkı kapsamında değildir. Burada kamu malları için bahsedilen yetkiler, özel mülkiyete konu mallar üzerinde bir irtifak hakkı ile elde edilebilir olsalar da kamu malları üzerinde böyle bir irtifak hakkının kurulamayacağı İslâm hukukçuları tarafından belirtilmiştir. Çünkü kamu malları üzerindeki insanların kullanım yetkileri, aslında bir taşınmaz veya kişiye bağlı olarak tanınmış sınırlı bir aynî hak olmayıp, kanun tarafından tanınmış olan izin ve ruhsat niteliğindedir. Dolayısıyla, kamu malları üzerinde insanların ortak bir şekilde yararlanmaları bir irtifak hakkı değil, kanundan kaynaklanan bir ibâha yetkisidir.⁵³⁴ Mecelle’de herkesin hava, ışık, denizler ve büyük göllerden faydalanmasının serbest olduğunun düzenlenmesi de bunlar üzerinde bir irtifak hakkı tesisi anlamına gelmeyip, kanun tarafından izin ve ruhsat verilmiş olduğunu göstermektedir.⁵³⁵ Dolayısıyla Mecelle’nin bu hükümleri ibâha niteliğini haiz yetkileri düzenlemektedir.

⁵³¹ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 544; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 23.

⁵³² Zeydân, *el-Medhal*, 225, 226, No: 270; el-Hafif, *Muâmelâti’s-Şer’iyye*, 90; Şelebi, *el-Medhal*, 310, 311; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 97; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 122; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 76; Sahibânî, “Hakku’l-İrtifak”, 608; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku’l-İrtifak”, 297; Kalaci, “Hakku’l-İrtifak”, 355.

⁵³³ MAA, m. 955; Serahsî, *Mebhut*, c. XXIII, 169, 170; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi’*, c. V, 165.

⁵³⁴ Bkz. Serahsî, *Mebhut*, c. XIV, 97; c. XXIII, 169, 175; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi’*, c. VI, 49, 189, 192; Zerkâ, *el-Medhal*, c.1, 284; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 62, 63; Hacak, *İrtifak Hakları*, 21, 98.

⁵³⁵ MAA, m. 1264, 1265, 1266.

Kamu malları üzerinde yalnızca belirli bir mahalle, belde halkı gibi bir topluluğa yararlanma yetkisi veren haklar da bulunmaktadır. Bu haklar belirli bir topluluğun kullanımına özgülenmiş olması nedeniyle ibâhadan daha kuvvetli bir görünüm arz eder.⁵³⁶ Örneğin bir meradan köylülerin hayvanlarını otlatmaları, odun toplamaları bu nitelikte haklardır. Buradaki yüklü taşınmaz olan kamu arazisi aslında üzerinde kurulu olan yararlanma hakkı nedeniyle ihya yolu ile özel mülkiyet haline getirilemez.⁵³⁷ Bu şekilde bir topluluğun yararlanmasına sunulmuş olan taşınmazlar için “merâfiku’l-belde”, veya “merâfiku’l-ehli’l-belde” tabirleri kullanılmıştır.⁵³⁸ Bu haklar bir köy, belde halkı gibi bir topluluğun tüzel kişilik oluşturması neticesinde bu tüzel kişilik lehine kurulan irtifak hakları gibi görünmekte ve bu tüzel kişiliği oluşturanlar arasında bir kamu ortaklığı olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Nitekim sonuçta bu yetkilerden faydalananlar bu tüzel kişiliği oluşturan toplumun üyeleridir.⁵³⁹ İslâm hukukçuları bu yetkileri irtifak hakları ile aynı kavramlarla nitelendirmişlerdir.⁵⁴⁰ Ancak bu yetkiler her ne kadar toplumun genelinin istifade ettiği yollar, nehirler üzerindeki ibâha yetkisi şeklinde olmasa da özel nitelikli birer ibâha yetkisidir. Buna göre bu yetki ile ilgili bölgede yaşayan halka, belirli bir taşınmaz üzerinden yararlanma izni verilmektedir. Keza bu, o bölgede yaşayanlar arasında eşitlik, ücretsizlik, genellik ve serbestlik ilkelerinin hakim olduğu bir yararlanma iznidir. Dolayısıyla gerek halkın tamamına, gerekse belirli bir bölge halkına tanınmış olsun, kamu malları üzerinde serbestlik, eşitlik, genellik ve ücretsizlik ilkelerinin hakim olduğu bu yetkiler birer irtifak hakkı olarak değil ibâha nitelikli izin ve ruhsat olarak kabul edilmekte ve bir irtifak hakkı kazandırıcı sebep olarak değerlendirilmemektedir.

3.1.7. İzin

Bir taşınmaz maliki başka bir taşınmaz malikine, taşınmazı üzerinde irtifak haklarından yararlanması için izin verebilir. Bu izin doğrultusunda, izin verilen kişi ilgili

⁵³⁶ Nevevî, *Ravza*, c. IX, 322; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 315, 498; el-Maverdî, *el-Ahkâmü’s-Sultaniye*, 277-279.

⁵³⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 26.

⁵³⁸ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 192-194; Nevevî, *Ravza*, c. V, 282.

⁵³⁹ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 63.

⁵⁴⁰ el-Maverdî, *el-Ahkâmü’s-Sultaniye*, 279; Nevevî, *Ravza*, c. IX, 322; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 315, 498.

irtifak hakkından yararlanır. Bazı İslâm hukukçuları verilen bu izin ile irtifak hakkı kazanıldığını ifade etmişlerdir.⁵⁴¹ Özellikle Malikiler açısından verilen iznin bağlayıcı bir niteliği haiz olmasından kaynaklı olarak bu görüş savunulsa da, diğer mezhepler bakımından izin veren iznini istediği zaman geri alabilir. İzin geri alındıktan veya her halükarda izin verenin ölümünün ardından daha önce irtifak hakkından yararlanan kişinin, yararlanmaya devam etme hakkı sona erer.⁵⁴² Dolayısıyla buradaki izin ile bir irtifak hakkı kazanılmamakta, yalnızca ibâha niteliğinde bir yetkiden (mücerret haktan) bahsedilmektedir.⁵⁴³ Nitekim Mecelle bu durumda verilen izni doğrudan ibâha olarak nitelendirmiştir. Mecelle ibâhayı, “*İbâha: Bir şeyi bilâ-ivaz ekl ve tenâvül etmek üzere âhara izin ve ruhsat vermektir*”⁵⁴⁴ şeklinde tanımlamakla birlikte Ali Haydar Efendi “*Mübihin ibâhasından rücu’u salahıyyeti vardır*”⁵⁴⁵ şeklinde düzenlemede söz konusu olan ibâha ile kendi eşyası üzerinde ücretsiz bir şekilde yararlanması için bir başkasına izin vermenin kastedildiğini belirtmiştir.⁵⁴⁶

Bir kimsenin duvarına giriş koymasına izin verildiği takdirde bu izinden dönülürse giriş koyan kimse artık girişlerini çekmek zorundadır ve daha önce taşınmazından geçmesi için izin verilen kişi bu taşınmaz devredildiği takdirde yeni malike karşı bu izin doğrultusunda bir hak ileri süremeyecektir. Çünkü bir defa rıza gösterilmiş bir zararın sürekliliğinden söz edilemez.⁵⁴⁷ Eğer burada bir irtifak hakkı mevcut olsaydı bu zararın sürekliliği mümkün olacaktı. Görüleceği üzere burada yalnızca ibâha nitelikli bir yetki (mücerret hak) bulunmakta olup herhangi bir sınırlı aynı haktan bahsedilemez. Ayrıca burada yapmış olduğumuz açıklamalar genel olarak özel mülkiyete tabi bir eşyanın kullanımı için verilmiş olan izne yönelik olsa da, doğrudan kanun

⁵⁴¹ Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 64; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 77; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 11; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 352.

⁵⁴² Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 64; Zeydân, *el-Medhal*, 216, No: 259; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, c. VII, 183 (399), el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. 2194, 2195.

⁵⁴³ Zeydân, *el-Medhal*, 216, No: 259; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, c. VII, 183 (399), Bilgin, “İrtifak Hakları”, 99.

⁵⁴⁴ MAA, m. 836.

⁵⁴⁵ MAA, m. 1226.

⁵⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2194.

⁵⁴⁷ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2194, 2195; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 99.

tarafından kamu mallarına yönelik verilmiş izin⁵⁴⁸ veya doğrudan nas ile herkesin kullanımına açılmış eşya üzerindeki izin⁵⁴⁹ de yine ibâha niteliğindedir.⁵⁵⁰ Dolayısıyla izin, irtifak hakkı kazandırıcı bir neden değildir. Uygulamada da bir kimsenin, taşınmazı üzerinde irtifak hakkı mahiyetindeki kullanımlara izin vermesi veya o seferlik müsamaha göstermesi durumunda daha sonradan bu izninden dönebileceği ve bu kullanımın bir irtifak hakkı doğurmayacağı kabul edilmiştir. Bu durumlarda mevcut iznin bir irtifak hakkı doğurduğu ileri sürülse de mahkemeler tarafından kabul edilmemiştir. Örneğin, bir kimsenin komşusunun bahçesine su akıtması durumunda komşusu bu duruma birkaç sene izin verdikten sonra zararının ortaya çıktığını görüp iznini geri alabilir⁵⁵¹, veya bir kimsenin kendi tarlasına ulaşmak için komşusunun tarlasından geçmesi durumunda, komşusu birkaç defa izin vermiş olsa da bu izinden dönebilecektir.⁵⁵² Bir kimse izinle bir başkasının taşınmazına girip kuyusundan su alsa, daha sonra taşınmaz sahibinin bu izinden dönmesi durumunda artık bu kimse ilgili taşınmaza giremeyecek ve bir müddet girip kuyudan su aldığı için hakkı olduğunu iddia etmesi dinlenmeyecektir.⁵⁵³ Benzer şekilde komşusu iznini geri almayıp kendi taşınmazını bir başkasına devretmiş yahut malikin vefatıyla taşınmaz mirasçılara geçmiş olsa bu durumda yeni malik izin vermediği veya başka bir işlemle irtifak hakkı tesis edilmediği müddetçe, izne binaen ilgili yararı sağlayan kimsenin artık yetkisi kalmayacaktır.⁵⁵⁴

İzin mahiyeti itibariyle ariyet niteliğini haiz görülmüş ve klasik fıkıh kitaplarında buradan yola çıkarak açıklamalar yapılmıştır.⁵⁵⁵ Muasır İslâm hukukçularından da, izin ve ariyeti aynı başlık altında ele alan yazarlar olmakla birlikte⁵⁵⁶ ariyet iki tarafın karşılıklı irade beyanları ile kurulacak olan bir sözleşme olması itibariyle⁵⁵⁷ tek taraflı olarak

⁵⁴⁸ Bu izin türü İslâm hukukçularının irtifak hakkı doğuran bir neden olarak ele almaları sebebiyle, “*Kamu Ortaklığı*” başlığı altında ayrıca incelenmiştir.

⁵⁴⁹ MAA, m. 1254, 1255, 1256.

⁵⁵⁰ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 100.

⁵⁵¹ Konya Kadı Sicili, Defter 37, 59-1, 97.

⁵⁵² *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 50; Konya Kadı Sicili, Defter 37, 61-1, 100.

⁵⁵³ Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 421, No: 2466.

⁵⁵⁴ Bkz. Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 584, No: 2993, 2997.

⁵⁵⁵ *el-Feteva'l-Hindiyye*, c. IV, 363; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 92.

⁵⁵⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 99.

⁵⁵⁷ MAA, m. 804: “*İâre, icab ve kabul ile ve teâtî ile mün'akid olur.*”

verilen izinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada ariyet, sözleşme yoluyla irtifak hakkının kazanılmasına yönelik açıklamalar kapsamında değerlendirilmiştir.

3.2. İRTİFAK HAKKININ SONA ERMESİ

İrtifak hakları belirli bir süre tayin edilerek veya süresiz bir biçimde kurulabilmektedir. İrtifak haklarının süreli veya süresiz olması açısından sona erme biçimleri de farklılık arz edecektir. Mer'î hukuk açısından irtifak hakkının sona ermesinin temel nedeni terkindir. İrtifak haklarının kurulmasının tescile tabi olması durumunda aşağıda inceleyeceğimiz sona erme nedenlerinden, sözleşme ve feragat durumunda hak terkin ile sona erecek olup diğer durumlarda hak kendiliğinden sona erip terkin şekilsel bir işlev görecektir.

3.2.1. Sözleşme ve Feragat

Cumhura göre hak sahibinin bedel karşılığında irtifak hakkından feragat etmesi bir sulh sözleşmesi çerçevesinde mümkündür. Yüklü taşınmaz ve yararlanan taşınmaz maliklerinin aralarında irtifak hakkından feragati konu alan bir sulh sözleşmesi yapmaları suretiyle, yararlanan taşınmaz maliki hakkının sona ermesine rıza gösterir, yüklü taşınmaz maliki de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi kabul eder. Bu sözleşme neticesinde yüklü taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı sona ermiş olur.⁵⁵⁸ Ayrıca sulh sözleşmesinden hak sahibinin feragati karşılığında ödenecek olan bedelin, irtifak hakkı tesisinde kararlaştırılmış bedele eşit olması gerekmemektedir. Taraflar yeni bir bedel üzerinde anlaşabilirler.⁵⁵⁹ Cumhur irtifak haklarını menfaat mülkiyeti olarak değerlendirmesinden dolayı karşılıklarında bedel alınmasını hukuka uygun bulmuştur.⁵⁶⁰

Hanefî hukukçular ise irtifak haklarını mücerret bir hak saymalarından dolayı sulh sözleşmesi çerçevesinde, hak sahibinin hakkından bir bedel karşılığında feragat etmesini hukuka uygun bulmamışlardır. Dolayısıyla irtifak hakkının ıskatı hak sahibinin açık veya zımni feragati ile mümkün olacaktır. Hak sahibi geçit hakkından feragat ediyorum diyerek açık bir feragatte bulunabileceği gibi geçit hakkı bulunan yer üzerinde bir bina

⁵⁵⁸ İbn Receb, *el-Kavâid*, 200.

⁵⁵⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, 39, 40; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ*, c. III, 404.

⁵⁶⁰ Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ*, c. III, 413; Hacak, *İrtifak Hakları*, 102.

inşa edilmesine rıza göstererek zımnî feragatte de bulunabilir.⁵⁶¹ Ancak geçit hakkının bulunmuş olduğu yola bakan kapı veya penceresini kapatmakla zımnî bir feragatte bulunmuş olmaz. Bu kapı veya pencereyi yararlanan taşınmaz maliki daha sonra yeniden açabilir.⁵⁶² İrtifak hakkı sahibi açısından sadece kapı veya pencereyi kapatmak mevcut durum açısından geçit hakkını kullanmayacağı anlamına gelmekle birlikte, bu hakkın tesis edilmiş olduğu yere bina yapılmasına rıza göstermek artık bu hakkı asla kullanmayacağı yani bu haktan feragat ettiği anlamına gelmektedir. İrtifak haklarının feragat ile bu şekilde ıskat edilmesi “*mücerret hak iptal ile batıl olur*”⁵⁶³ şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu mezhebe göre bazı durumlarda irtifak hakkından feragatin bir bedel mukabilinde gerçekleşmesi mümkün olduğu yönünde de görüş nakledilmiştir. Örneğin yüklü taşınmaz malikinin, hak sahibi ile anlaşmak suretiyle taşınmazını ilgili irtifaktan arı şekilde bir başkasına satması durumunda, satım bedeli üzerinde irtifak hakkı sahibinin de payı olacaktır. İrtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin bu satımına rıza göstererek bir bedel karşılığında irtifak hakkından feragat etmiş olacaktır. İmam Serahsî de bu görüşü tercih etmiştir.⁵⁶⁴ “*Zeyd mülk menzili arsasında câri Amr’ın ancak hakk-ı mecrası olmakla Amr çeşmesi suyunun fazlasını Zeyd’in menzili arasından maluma bey’ ve teslim edip Amr dahi bey’a razı olsa Amr’ın hakk-ı mecrası sâkit olur mu? el-Cevap: Olur.*”⁵⁶⁵ Ancak bu satımın ardından benim daha önceden su akıtma irtifakım vardı şimdi sâkit oldu diyerek Amr’ın, Zeyd’den bir bedel isteyemeyeceğini belirten Yenişehirli Abdullah Efendi, Hanefî mezhebi içerisindeki, bu haktan feragatin bir bedel karşılığında yapılamayacağı görüşünü benimsemiştir.⁵⁶⁶ Ayrıca irtifak hakkı sahibinin, irtifakından feragatte bulunmaması durumunda ise bu satım sonucunda hakkı devam edecektir.⁵⁶⁷

⁵⁶¹ MAA, m. 1227; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2195; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. 7 (400); Bilgin, “İrtifak Hakları”, 104.

⁵⁶² MAA, m. 1222; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 175.

⁵⁶³ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2195; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 183 (400).

⁵⁶⁴ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 56, 57; Hacak, *İrtifak Hakları*, 102.

⁵⁶⁵ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü’l-Fetevâ*, 585, No: 2999.

⁵⁶⁶ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü’l-Fetevâ*, 585, No: 3000.

⁵⁶⁷ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 56, 57.

Gerek cumhura gerekse de Hanefilere göre olsun, karşılığında bedel alınmayan irtifak hakkından feragat tek taraflı bir hukuki işlem olacağından ötürü karşı tarafın rızasına ihtiyaç olmaksızın sonuç doğuracaktır.⁵⁶⁸

İrtifak hakkından feragat edilirken yararlanan taşınmaz üzerinde, bu hakkı bilerek sınırlı aynî hak sahibi olmuş kimselerin de rızalarının alınması gerekmektedir. Çünkü bu kimseler ilgili irtifak hakkından faydalanacakları düşüncesi ile taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kazanmışlardır. Yararlanan taşınmaz malikinin bu kimselerin rızasını almadan doğrudan haktan feragat etmemesi gerekir. Yararlanan taşınmaz üzerinde irtifak hakkından önce sınırlı aynî hak sahibi olmuş kimselerin rızalarının aranıp aranmayacağı hususu ise tartışmalıdır.⁵⁶⁹

3.2.2. Sürenin Sona Ermesi

Tarafların aralarındaki sözleşme ile tesis etmiş oldukları irtifaklar haricinde, şart koşma, zamanaşımı gibi yollarla kurulan irtifaklar için belirli bir süre tayin edilmemektedir. Bu şekilde kurulan irtifaklar süresiz niteliktedirler. Sözleşme ile tesis edilen irtifaklar ise belirli süreli nitelikte olabildikleri gibi süresiz nitelikte de olabilirler. Bu duruma taraflar sözleşme ile karar verirler. Dolayısıyla belirli bir süre tayin edilerek sözleşme yoluyla tesis edilmiş olan irtifak hakları, bu sürenin sona ermesiyle, ayrıca bir bedel ödenmesine gerek kalmaksızın, ortadan kalkacaktır.⁵⁷⁰

Cumhurun aksine Hanefilerin irtifak haklarının sözleşme ile tesisini kabul etmedikleri yukarıda belirtilmişti. Sözleşme ile irtifak hakkı tesisi haricinde diğer nedenlerden ötürü ise irtifak hakları belirli bir süreye tabi olarak kurulamamaktadır. Bundan dolayı Hanefiler irtifakları belirli süreli değil, süresiz (devamlı) şekilde kurulan

⁵⁶⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 107, dn. 108; Hacak, *İrtifak Hakları*, 102; Modern hukuk açısından da aynı durum söz konusudur. Bkz. Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 227, 259.

⁵⁶⁹ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 920, 921.

⁵⁷⁰ Nevevî, *Ravza*, c. II, 222; Kinânî, *el-Akdu'l-Munazzam*, 491-496; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 179; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 84; Hacak, *İrtifak Hakları*, 103; Kalaci, "Hakku'l-İrtifak", 378.

haklar olarak görmektedirler. Bu niteliği gereği irtifak haklarının belirli bir sürenin sonunda sona ereceğini kabul etmezler.⁵⁷¹

3.2.3. İrtifak Hakkının Konusu Olan Yararın Sona Ermesi

Eşyaya bağlı irtifaklar yüklü taşınmaz üzerinde yararlanılan taşınmaz malikine bir yarar sağlamaktadır. Belirli bir süre ile sınırlı olarak kurulmuş olmayan irtifak hakları, kendilerinden beklenen yarar devam ettiği müddetçe aynî niteliklerinden ötürü varlıklarını sürdüreceklerdir. Bu yararın sona ermesi durumunda ise irtifak hakkının akıbeti ile ilgili olarak belirli süre ile kurulmuş olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılmıştır.

Kaynak irtifakı hakkı olan kişinin, kaynağın tamamen kuruması nedeniyle bu hakkından yararlanamaması veya giriş koyma hakkı olan kişinin duvarın yıkılması nedeniyle bu hakkından yararlanamaması gibi durumlarda irtifak haklarından beklenen yarar son bulmuş demektir. Süresiz olarak kurulmuş olan irtifak haklarından beklenen yararın sona ermesi durumunda doğrudan hak sona ermeyecek ancak bu hakkın kullanımı imkansız hale gelmiş olacaktır. Bu durumda irtifak hakkının yüklü taşınmaz üzerine getirmiş olduğu sınırlama kalkmış olacaktır. Bununla birlikte yıkılan duvarın yeniden yapılması veya kuruyan kuyudan yeniden su çıkmaya başlaması gibi durumlarda olduğu gibi, daha sonradan yararın tekrar elde edilmesi mümkün hale gelirse irtifak hakkı son bulmadığı için hak sahibi, hakkından faydalanmaya devam edecektir.⁵⁷²

Üzerinde giriş koyma hakkı bulunan duvarın yıkılması ve irtifak hakkı tesis edilirken belirlenen süre içerisinde yeniden inşasının mümkün olmaması gibi durumlarda ise, irtifak hakkı sona erecektir. Dolayısıyla belirli bir süreye tabi olarak kurulmuş irtifaklar açısından, irtifakın sağlamış olduğu yararın ortadan kalkması halinde irtifak hakkı da son bulacaktır. Bu durumda yüklü taşınmaz malikinin, irtifak hakkı sahibine bir tazminat ödemesi gerekecektir.⁵⁷³

⁵⁷¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. V, 13; Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Ebû Bekr Alaeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, 2. Baskı (Beyrut: Daur'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994/1414), c. III, 51; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, c. VI, 217.

⁵⁷² Nevevî, *Ravza*, c. IV, 220; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 181; Hacak, *İrtifak Hakları*, 103.

⁵⁷³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, 39, 40; Buhûfî, *Keşşâfu'l-Kinâ'*, c. III, 413; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 181; Hacak, *İrtifak Hakları*, 103, 104.

Roma hukuku bakımından irtifak hakkından beklenen yararın ortadan kalkması halinde ayrıca bu durumun zamanaşımı süresince devam etmiş olması şartıyla irtifak hakkı ortadan kalkacaktır. Yalnızca yararın ortadan kalkmış olması irtifak hakkını sona erdirmeyecektir. Benzer şekilde Alman hukukunda da tescil ile tesis edilmeyen irtifak hakkı, kendisinden beklenen yararın ortadan kalkması ve bu durumun zamanaşımı süresince devam etmesi halinde ortadan kalkacaktır. Tescil ile hakkın kazanıldığı modern hukuk sistemlerinde de belirli süre boyunca irtifak hakkından beklenen yararın ortadan kalkması halinde, terkin istenebileceği kabul edilmiştir.⁵⁷⁴ Bununla birlikte tescilin bulunması durumunda zamanaşımı süresinin geçmesinin beklenmeyeceğini düzenleyen hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Nitekim bu yöndeki görüşler, tescil bulunan bir hakkın kullanmama ile ortadan kalkmayacağına dayanarak yaygınlık kazanmakta ve kendisinden beklenen yararın ortadan kalktığı irtifak haklarının terkin edilmesi için zamanaşımı süresinin geçmesinin beklenmesine gerek olmadığını belirtmektedir.⁵⁷⁵

İrtifak hakkından beklenen yararın tamamen kaybolmayıp ciddi oranda azalması, irtifak hakkının sağladığı yarar ile taşınmaz üzerindeki yük arasında ciddi bir orantısızlık oluşması durumlarında yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının sona erdirilmesini talep edebilir. Bu talebi halinde yararlanan taşınmaz malikine hakkı oranında bir bedel vermesi gerekir. İrtifaktan beklenen yararın ciddi oranda azalmış olduğunun tespiti mahkeme tarafından yapılmalıdır. Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının sonlandırılmasını mahkemeden talep edebilir. Bu şekilde yararın ciddi oranda azalması ve taşınmaz üzerindeki yük ile elde edilen yarar arasında orantısızlık olması durumunda hakkın kötüye kullanılması gündeme gelecektir. Dolayısıyla bu durumda irtifak hakkının sona erdirilmesi hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesinden kaynaklanmaktadır.⁵⁷⁶ Yararın ciddi oranda azalmadığı durumlarda ise hak sahiplerinin yararlanmaları da kısmen azalmış olup irtifak hakkı son bulmayacaktır.⁵⁷⁷ İrtifak hakkından beklenen yararın yüke oranla ciddi şekilde azalması halinde irtifak hakkının sona erdirilmesi için şu şartlar birlikte aranacaktır: İlk olarak, irtifakın hak sahibine sağlamış olduğu yarar ile

⁵⁷⁴ Gülen Sinem Tek, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2017), 181-183.

⁵⁷⁵ Tek, *Sona Ermesi*, 185, 186.

⁵⁷⁶ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 930; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 234; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 524, 525.

⁵⁷⁷ Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 422, No: 2472; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 74.

yüklü taşınmaz üzerindeki yük arasındaki denge bozulmuş olmalıdır. Bu durum yararın zamanla azalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, yükün zamanla artması şeklinde de gerçekleşebilir. Yük ve yarar birlikte artmış olmakla birlikte ikisi arasında yine de ciddi bir orantısızlık meydana gelmiş olması da mümkündür. Tüm bu durumlarda yük ve yarar arasındaki dengenin bozulduğu kabul edilmelidir. İkinci şart ise yük ve yarar arasındaki orantısızlığın sonradan ortaya çıkmasıdır. Tarafların baştan bilerek katlanmış oldukları bir orantısızlık hali, irtifak hakkının bu nedenle sona erdirilmesi için söz konusu edilemez. Üçüncü şart, yük ile yarar arasındaki orantısızlığa sebep olan yüklü taşınmaz maliki olmamalıdır. Kişi kendi neden olduğu bir orantısızlıktan faydalanarak irtifak hakkının kaldırılmasını isteyemez. Son şart ise yüklü taşınmaz malikinin, irtifakın sona erdirilmesi nedeniyle yararlanan taşınmaz malikinin zararını tazmin etmesidir.⁵⁷⁸ İslâm hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesinin, modern hukuk sistemlerinden çok daha önce gelişmiş olmasını⁵⁷⁹ da göz önüne alarak, şartları gerçekleştiği takdirde, irtifak hakkından beklenen yararın ciddi oranda azalması ve taşınmaz üzerindeki yük ile haktan sağlanan yarar arasında orantısızlık bulunması durumunda, yararlanan taşınmaz malikine ödenecek tazminat karşılığında, irtifak hakkının sona erdirilmesini İslâm hukuku açısından da mümkün kabul etmek gerekecektir.

İrtifak hakkının özdeşliği ilkesince kendisinden beklenen yarar sona ermiş olmasına rağmen, yararlanan taşınmaz maliki farklı bir tür menfaat için bu hakkı kullanmaya devam edemez.⁵⁸⁰ Zira hakkın değişen ihtiyaçlar doğrultusunda kullanımı ancak sonradan çıkan bu ihtiyaçların, hakkın kullanım amacı kapsamında olması ile mümkündür.⁵⁸¹ Örneğin geçit irtifakı hakkı sahibi, daha sonradan taşınmazına ana yola çıkacak bir yol yapılması durumunda bu geçit irtifakından, taşınmazındaki atık suların tahliyesi için yararlanamaz. Mer'î hukukta da irtifak hakkından beklenen yararın sona ermesi durumunda taşınmaz malikine terkin imkanı tanınarak, irtifak hakkının sona

⁵⁷⁸ Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 75; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 241-244; Yararın ortadan kalkması veya azalması ile irtifak hakkının sona ermesinin kriterleri için bkz. Tek, *Sona Ermesi*, 187-191, 229-234.

⁵⁷⁹ Zeydân, *el-Medhal*, 126, No: 83; Saffet Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 12. Baskı (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019), 276.

⁵⁸⁰ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 70; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 927, 928; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 120, 121, 237.

⁵⁸¹ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 663.

ermesi düzenlenmiştir.⁵⁸² Ayrıca yararın kısmen elde edilmesi imkansız hale gelmişse, irtifak hakkının da kısmen kaldırılması kabul edilmiştir.⁵⁸³

3.2.4. Yüklü veya Yararlanan Taşınmazın Yok Olması

Deniz kenarındaki bir yüklü taşınmazın oluşan çökme neticesinde sular altında kalıp yok olması durumunda bu taşınmaz üzerinde aynî haklar da sona erecektir. Aynı şekilde bir yararlanan taşınmazın yok olması durumunda da artık bu taşınmaza bağlı olarak kullanılan haklar, bağlı oldukları eşyanın ortadan kalkması nedeniyle sona ereceklerdir. Dolayısıyla gerek yüklü taşınmazın gerekse yararlanan taşınmazın yok olması, eşyaya bağlı irtifak hakkını da sona erdirecektir.⁵⁸⁴

3.2.5. Kamulaştırma

Yüklü taşınmazın kamulaştırılması durumunda, bu taşınmazın mülkiyeti sona erecek⁵⁸⁵ ve bu duruma bağlı olarak, mülkiyet üzerinde kurulmuş olan irtifak hakları da son bulmuş olacaktır.⁵⁸⁶ Yüklü taşınmazın bir kısmının kamulaştırılması halinde ise, bu taşınmazın üzerinde kurulu irtifakların durumu farklılık arz edecektir. Buna göre yüklü taşınmazın kısmen kamulaştırılması, üzerinde kurulu irtifak hakkından yararlanılmasını imkansız veya faydasız hale getiriyorsa, bu irtifak hakkı dolaylı olarak sona ermiş olacaktır. Kısmen kamulaştırmanın, yüklü taşınmaz üzerindeki irtifak hakkını hiç etkilememiş olması durumunda ise irtifak hakkı varlığını devam ettirecektir. Ancak kısmen kamulaştırmanın yüklü taşınmaz üzerindeki irtifakı kısmen etkilemiş olması durumunda, irtifak hakkı yüklü taşınmazın kamulaştırma dışı kalan kısmı üzerinde varlığını devam ettirecektir. Bu durumda irtifak hakkının sağlamış olduğu yarar

⁵⁸² TMK, m. 785; Bkz. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 68, 69; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 923, 927-930; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 126, 127, 236.

⁵⁸³ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 73; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 928.

⁵⁸⁴ Kalaci, “Hakku’l-İrtifak”, 378; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 68; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 921, 922; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 253, 254.

⁵⁸⁵ Murat Şen, “İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi”, *EBYÜ-HFD*, 1/1, (1997), 182.

⁵⁸⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 104; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 67; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 922; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 784; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 249; Cihan Yaylak, “Kamulaştırmanın Sınırlı Aynî Haklara Etkisi”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 6/2 (2017), 94.

kamulaştırma nedeniyle azalmış olacaktır.⁵⁸⁷ Yararlanan taşınmazın kamulaştırılması ise irtifak haklarının varlığını etkilemeyecektir. Bu durumda irtifak hakkı bağlı olduğu taşınmazla birlikte kamulaştırmayı yapan kuruma ait olacaktır.⁵⁸⁸

İrtifak haklarını mücerret hak olarak değerlendiren Hanefilerin görüşüne karşı, menfaat mülkiyeti olarak ele alan cumhurun görüşü doğrultusunda bir aynî hak niteliğinde olan irtifak haklarının da doğrudan kamulaştırılması mümkün olabilir. Buna göre, örneğin okul veya yol gibi kamu yararına bir eserin yapılmasının önünde engel teşkil eden yüklü taşınmaz üzerindeki geçit irtifakı bu vesileyle kamulaştırılabilecektir. Dolayısıyla irtifak haklarının kamulaştırılması da irtifak haklarını sona erdiren bir neden olarak ifade edilecektir.⁵⁸⁹

Gerek yüklü taşınmazın kamulaştırılmasında gerekse irtifak hakkının kamulaştırılmasında olsun, kamulaştırma yapan idare irtifak hakkının bedelini ödemek zorundadır.⁵⁹⁰

3.2.6. Yüklü ve/veya Yararlanan Taşınmazı Bölünmesi

Yüklü taşınmazın ve/veya yararlanan taşınmazın bölünmesi halinde bu durumdan irtifak hakkı da etkilenecektir. Ancak irtifak hakkı mahiyeti itibariyle bölünemeyen bir hak olmasından dolayı taşınmazlarla aynı şekilde bölünemeyecektir. Yüklü taşınmaz ve yararlanan taşınmazın bölünmesi ayrı ayrı ele alınarak irtifak hakkının durumu şu şekilde belirtilebilir:

Yararlanan taşınmazın bölünmesi durumunda irtifak hakkı, yüklü taşınmazın yükünü arttırmadığı müddetçe, bölünme esnasında ayrıca belirtilmiş olup olmamasına bakılmaksızın, her iki taşınmaz açısından da devam edecektir.⁵⁹¹ Eğer ki, bölünen taşınmazların her birinin irtifak hakkından faydalanması, yüklü taşınmazın yükünü

⁵⁸⁷ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 249.

⁵⁸⁸ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 249.

⁵⁸⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 67; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 247, 248.

⁵⁹⁰ Mer'î hukuk açısından bu durum kanunla düzenlenmiştir. Bkz. Kamulaştırma Kanunu, m. 8/4; İslâm hukuku açısından da, kamulaştırılacak olan taşınmazın bedelinin peşin olarak ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şen, “Kamulaştırma Müessesesi”, 182; Hamza Aktan, “İstimlâk”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. 23 (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 366; Bu taşınmaz üzerinde bulunan birer aynî hak olan irtifak haklarının da bedelinin ödenmesi gerekmektedir.

⁵⁹¹ MAA, m. 1165; BAEMK, m. 1371; SMK, m. 578.

arttırıyorsa bu durumda, yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkının sona erdirilmesini talep edebilir. Bununla birlikte irtifak hakkının sağlamış olduğu yararın bölünebilmesi halinde bu yarar, bölünen taşınmazların bölünmeleri ile orantılı olarak devam edecektir. Örneğin günlük yüz litre su alarak faydalanmak üzere kurulmuş olan bir kaynak irtifakı, 10000 metrekairelik yararlanan taşınmazın, 4000 ve 6000 metre kare olarak bölünmesi durumunda 40 ve 60 litre yarar sağlayacak şekilde devam edecektir. Ancak geçit irtifakı gibi objektif ölçülerle kullanım durumu belirlenemeyen irtifaklar açısından, bir taşınmazın bölünmesi sonucu meydana gelen öngörülebilir artışların, taşınmaz yükünü ağırlaştırmadığı kabul edilir. Örneğin geçit hakkından yararlanan konut niteliğindeki bir binanın bölünmesi sonucu bu binada birden fazla ailenin oturması durumunda, yüklü taşınmaz maliki önceden bir aile oturuyordu şimdi çok daha fazla kişi oturduğu için yük ağırlaştırmıştır diyemez. Binanın bölünen tüm kısımları için irtifak hakkı mevcudiyetini devam ettirecek ve yeni malikler geçit hakkının tesis edilmiş olduğu alana yeni kapılar açabileceklerdir.⁵⁹² Nitekim genellikle bu gibi durumlarda irtifaktan yararlanan kişi sayısında önemli bir değişiklik olmayıp, öncesinde müşterek malik olarak irtifaktan yararlanan kimselerin, bölünme sonrasında her birinin ayrı ayrı malik olarak yararlanması söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte bölünme sonucunda yeni maliklerden birinin binayı konut olarak değil de, araba tamirhanesi olarak kullanması durumunda irtifak yükünün ağırlaştığı kabul edilecektir.⁵⁹³

Yararlanan taşınmazın bölünmesi sonucu, ortaya çıkan bölümlerden bazılarının irtifak hakkı yararsız hale gelmiş olabilir. Örneğin bir binaya ulaşmak amacıyla kurulan bir geçit irtifakından, bölünme sonucu üzerinde bina olmayan taşınmaz açısından bir yarardan bahsedilemeyecek veya taşınmazın bölünen her iki kısmında da binanın bazı bölümlerinin olmasına rağmen bunlardan bir kısımda bulunanların başka bir yoldan geçme imkanı olup diğer kısımda bulunanların bu geçit irtifakından geçebileceği durumlarda artık diğer yolu kullanabilecek olan kısım açısından bir yarardan bahsedilemeyecektir.⁵⁹⁴ Bu durumda, irtifak hakkından yararlanan bölüm, taşınmazın

⁵⁹² MAA, m. 1172; Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 56; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. VII, 29; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2194; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 90, 91.

⁵⁹³ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 83; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 944, 945; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 131, 132; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 529, 530.

⁵⁹⁴ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2120.

bölünmesi sonucunda kimin olmuşsa irtifak hakkından o faydalanacak, diğer bölüm veya bölümler açısından irtifak hakkı sona erecektir.⁵⁹⁵

Yüklü taşınmazın bölünmesi durumunda, irtifak hakkı bütün bölümler üzerinde devam edecektir. Ancak yararlanan taşınmazın bölünmesi açıklanırken belirtildiği üzere, bazı bölümler üzerinde irtifak hakkından faydalanma ihtiyacı veya imkanı kalmamış olabilir. Bu durumda irtifak hakkı, sahibi açısından yararlanma imkanı kalmamış olan bu bölümler açısından sona erecektir. Örneğin üzerinde geçit irtifakı tesis edilmiş olan bir yüklü taşınmazın bölünmesi sonucunda, geçit irtifakından beklenen yararın bölümlerden bazıları ile sağlanıp, diğerleri üzerinde bu irtifaktan faydalanmaya ihtiyaç olmaması durumunda, ilgili bölümler açısından irtifak hakkı sona erdirilebilecektir.⁵⁹⁶

3.2.7. Yararlanan Taşınmazın Terki

Terk ile yeni bir mülkiyet kurulmaksızın malikin rızasıyla mülkiyet sona erer.⁵⁹⁷ Mülkiyetin sona ermesi ile birlikte irtifak hakkı da sahipsiz kalacağından ötürü sona ermiş olacaktır. Ancak terk edilen bu taşınmazın üzerinde yeniden mülkiyet kurulması ile bu taşınmaza bağlı irtifak hakkı da yeniden doğacaktır.⁵⁹⁸

4. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARININ HÜKÜMLERİ

İrtifak haklarının hükümleri ile bu hakların tesisi sonucu ortaya çıkan hukuki sonuçlar ve bu hakların kullanımı sırasında tarafların uyması gereken kurallar ifade edilmektedir. Bu hukuki sonuçların ve kuralların tespiti ise irtifak haklarının kapsamının tespiti ile ortaya çıkmaktadır. Bu kapsam doğrudan mülkiyet hakkının muhtevası ile alakalı olsa da irtifak hakları mülkiyet hakkının kapsamının sınırlanması ile elde

⁵⁹⁵ MAA, m. 1165; BAEMK, m. 1371; SMK, m. 578; Benzer durum mer'î hukukta da benimsenmiştir. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 91; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 811; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 71; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 254, 255; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 661; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 530; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 69.

⁵⁹⁶ SMK, m. 579; BAEMK, m. 1372; Berki, *Aynî Haklar*, 105; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 93; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 70; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 256; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 660; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 530; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 69, 70.

⁵⁹⁷ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1278; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 106, 107.

⁵⁹⁸ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 258.

edilmiştir. Bundan dolayı bu irtifak hakkının mülkiyet hakkını ne oranda sınırladığının tespit edilmesi ve bu sınırlamanın kapsamının belirlenmesi ile irtifak haklarının hükümleri ele alınabilecektir.⁵⁹⁹

4.1. İRTİFAK HAKLARININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ

İrtifak haklarının kapsamlarının belirlenebilmesi için, irtifak hakkının kazanma nedeninin incelenmesi gerekecektir.⁶⁰⁰ İrtifak hakları maddi birer mal değildirlir. Bundan dolayı sözleşme ile kuruluşları sırasında kapsamaları net biçimde belirli değildir. Nitekim Hanefî mezhebi tarafından sözleşme ile kurulmama nedenleri de budur.⁶⁰¹ Diğer mezheplere göre ise irtifak haklarının muhtevası belirli sınırlar içerisinde netleştirilebilir, bilinmezlik düzeyi asgari seviyeye indirilirse sözleşme yoluyla irtifak hakkı kurulabilmektedir.⁶⁰² Ayrıca Hanefîlerden de bazı irtifaklar açısından bu görüşü benimseyen fakihler bulunmaktadır.⁶⁰³ Dolayısıyla irtifak haklarının tesisi esnasında kapsamlarının belirlenmesi, aslında bu sözleşmelerin geçerliliğini sağlamaktadır. Taraflar sözleşmelerin geçerli bir şekilde kurulması için kapsamı belirlerken aynı zamanda hak ve yükümlülüklerini de belirlemiş olmaktadır.⁶⁰⁴ Sözleşme ile kurulan irtifaklar açısından, bilinmezlik düzeyi en az seviyeye indirilirken taraflar bilinmezlik oluşturan noktaları sözleşme içerisinde açıklığa kavuşturacaklardır. Örneğin bir geçit irtifakının arazinin neresinden geçeceğini, bu irtifakın uzunluğunun ve eninin ölçülerini, günde ortalama ne kadar kullanılabileceğini sözleşmede belirteceklerdir.⁶⁰⁵ Bir üst hakkı kurulurken, bu hak vesilesiyle inşa edilecek olan binanın ağırlığı ile alakalı olan bütün

⁵⁹⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 106; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 932.

⁶⁰⁰ Mer'î hukuk açısından irtifak hakkının kapsamı öncelikli olarak tescile bakılarak belirlenir. Ancak çoğu durumda tescil yeterli açıklıkta olmadığı için kazanma sebebine bakılması gerekmektedir. TMK, m. 787; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 74; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 932, 933; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 525, 5256.

⁶⁰¹ Bâbertî, *el-İnaye*, c. VI, 428; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. VI, 48; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 80; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 313; Hacak, *İrtifak Hakları*, 84.

⁶⁰² Rafîî, *Fethü'l-Aziz*, c. X, 323-329; Hacak, *İrtifak Hakları*, 80; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 121.

⁶⁰³ İbn Hümmam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 428; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 80.

⁶⁰⁴ Hacak, *İrtifak Hakları*, 106; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 65.

⁶⁰⁵ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 221; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 185; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, c. III, 401; Sulh sözleşmesi ile kurulmuş bir geçit irtifakı örneği için bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 37, No: 217-1, 360.

bilgiler sözleşmede belirtilecektir.⁶⁰⁶ Atık suların akıtılacağı bir su akıtma irtifakı kurulurken taraflar akıtacakları suyun biriktiği yerin yüzey ölçüsünü belirtecekler, suyun akıtılacağı yolun ölçülerini belirleyeceklerdir.⁶⁰⁷ Su akıtma irtifakında ne ölçüde suyun akacağı ve bu irtifaktan yararlanmak maksadıyla kurulmuş tesisler için bakım masraflarının kime yükleneceği de belirlenebilir.⁶⁰⁸ İrtifak hakkının kapsamı doğrudan sözleşme ile tesis edildiği durumlarda sözleşme içerisinde belirlenecek olmakla birlikte, sözleşme içerisinde şart koşulması durumunda da yine bu sözleşme içerisinde belirlenecektir.

İrtifak haklarının kurulmasında en yaygın sebep sözleşme olması nedeniyle genellikle bu hakların kapsamı belirttiğimiz üzere sözleşmelerle belirlenecektir. Bununla birlikte diğer irtifak hakkı tesis eden sebeplerin bulunması halinde de yine irtifak haklarının kapsamının belirlenmesi gerekecektir. Zamanaşımı yoluyla tesis edilen bir irtifak hakkının kapsamı, kadimden beri hak sahibinin nasıl kullanıyor olduğuna bakılarak belirlenecektir. Örneğin bir geçit hakkını kullanan kişi kadimden beri kullanmış olduğu ölçüler üzerinden bir irtifak hakkına sahip olacak, bu ölçülerin daha geniş düzeyde olanını talep edemeyecektir. Yüklü taşınmaz maliki de bu ölçülerden daha dar olan farklı ölçüler ile irtifak hakkının tesis edilmesini talep edemeyecektir. Artık yüklü taşınmaz maliki ile yararlanan taşınmaz maliki arasındaki hak ve yükümlülükler kadimden beri mevcut olan uygulama doğrultusunda belirlenecektir.⁶⁰⁹

Kanundan doğan bir irtifakın kapsamı kanun ile veya bu kanunu açıklayıcı nitelikte olan diğer düzenleyici işlemlerle belirlenebilir. Vasiyet ile bir irtifakın tesisinde ise vasiyet eden irtifakın kapsamını belirtmelidir. Vasiyet edenin bu kapsamı

⁶⁰⁶ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 221; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 181.

⁶⁰⁷ Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ*, c. III, 401.

⁶⁰⁸ “...müvekkilim mûmâ-ileyh Mûsâ Efendi'nin mülkü olan Şâdî Beg Hamamı suyundan mezkûr İbrahîm Çelebi mülk menziline müceddeden binâ eylediği havzuna cârî olmak üzere vekâletim hasebiyle bir masura su verdim mukâbesinde 'âcilen mezbûr İbrahîm Çelebi yedinden kırk kile buğday aldım ve beher sene hamam-ı mezbûrun su cârî olan künklerine top çekmek için beşer esedî kuruş dahî vermek üzere mezbûr İbrahîm Çelebi kabûl eyledi ba'de'l-yevm hamam-ı mezbûr suyundan mezkûr İbrahîm Çelebi'nin menzilinde vâki' havzuna bir masura su cârî olsun dedikde gıbbe't-tasdik mâ-vaka'a li-ecli't-temessük bi't-taleb ketb olundu...” Konya Kadı Sicili, Defter 14, No: 102-1, 170, 171; Farklı kararlar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVI, 232, No: 259; c. XXVII, 96, No: 72; c. XXIX, 183, No: 220.

⁶⁰⁹ MAA, m. 1224; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2189, 2190; Hacak, *İrtifak Hakları*, 107; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 79; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 935, 936.

belirtmemesi durumunda iradesini yok saymamak gerekir. Dolayısıyla bu durumda örfe göre belirleme yapılabilir. İrtifak hakkının kapsamı açısından belirsizlik olduğu durumlarda meselelerin çözümü için örf, temel bir kaynak olarak görülmüştür.⁶¹⁰ Nitekim, BAEMK’da irtifak hakkının kapsamının tesisi esnasındaki belge ile eğer bu belgede yeterince belirleme yapılmamışsa geçerli olan örfe göre tespit edileceği düzenlenmiştir.⁶¹¹

4.2. İRTİFAK HAKLARINDAN DOĞAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

İrtifak haklarının kapsamının belirlenmesinin ardından bu kapsam doğrultusunda yüklü taşınmaz malikinin ve yararlanan taşınmaz malikinin hak ve yükümlülükleri belirlenecektir. İrtifak hakları aynî hak nitelikleri gereğince yüklü taşınmaz üzerinde, yararlanan taşınmaz malikine doğrudan kullanabileceği ve üçüncü kişilere karşı dermeyeran edebileceği bir egemenlik yetkisi vermektedir. Yüklü taşınmaz malikinin de, mülkiyet hakkı nedeniyle yüklü taşınmazdan doğrudan doğruya yararlanma ve haklarını üçüncü kişilere karşı dermeyeran edebilme yetkisi vardır. Bu durumda yüklü taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı ve irtifak hakkı olmak üzere, hak sahipleri farklı kişiler olan iki farklı aynî hak bulunmuş olacaktır. Dolayısıyla gerek yüklü taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olan yüklü taşınmaz malikinin, gerekse aynı taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sahibi olan yararlanan taşınmaz malikinin, haklarını kullanabilmeleri için, karşılıklı olarak hak ve yükümlülüklerinin tespit edilmesi gerekecektir. Her iki hak sahibinin genel olarak uyması gereken kural ise dürüstlüktür. Dürüstlük kuralı gereğince hak sahipleri, hakkın kötüye kullanılmasından kaçınmalıdırlar.⁶¹² Hakkın kötüye kullanılması durumunda bu hak, hukuk sistemi tarafından korunmayacaktır.⁶¹³

⁶¹⁰ Keskin – Koşum, “İslam İmar Hukuku”, 272, 279.

⁶¹¹ BAEMK, m. 1367.

⁶¹² Muvatta’, Akdiye, 33, 34; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 80; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 936; Hacak, *İrtifak Hakları*, 107; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 374.

⁶¹³ Akipek, Akıntürk, Ateş, *Türk Medenî Hukuku*, 189; Mehmet Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, 14. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 251; Oğuzman - Barlas, *Medeni Hukuk*, 284; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 213.

4.2.1. Yararlanan Taşınmaz Malikinin Hakları

İrtifak hakkı sahibinin, hakkını kullanabilmesi için çoğu durumda yüklü taşınmaz üzerine yol, boru hattı, çeşme gibi tesislerin yapılması gerekmektedir. Yararlanan taşınmaz maliki, hakkını koruması ve kullanabilmesi için gerekli olan ilgili tesislerin inşası, onarımlarının yapılması başta olmak üzere bütün tedbirleri almaya yetkilidir.⁶¹⁴ Örneğin, bir geçit irtifakının kurulu olduğu taşınmaz üzerinde, hak sahibi yol inşa edebilir, geçeceği yer üzerindeki çalıları kaldırabilir, bu yolun bakım ve onarımını yerine getirebilir veya bir su akıtma irtifakının söz konusu olduğu durumda, irtifak hakkı sahibi suyun akacağı tesisi inşa edebilir, kontrolünü, yenilemesini ve onarımını yapabilir. Tüm bu işlemleri yaparken hak sahibinin, yüklü taşınmaz malikinden izin almasına gerek de yoktur. Bu işlemleri gerçekleştirebilmek için gerektiği durumda yüklü taşınmaza girebilir.⁶¹⁵ İrtifak hakkı sahibinin, hakkını muhafaza etmek amacıyla, hakkın kullanılmasını zorlaştıran veya engelleyen sebepleri kaldırma yetkisi vardır. Örneğin, su akıtma irtifakında suyun akmasını engellemek için önüne set koyulması veya geçit irtifakında insanların geçmemesi için geçit irtifakına konu olan yer üzerine duvar örülmesi gibi durumlarda, irtifak hakkı sahibi, bu seti veya duvarı ortadan kaldırmaya yetkilidir.⁶¹⁶

Yüklü taşınmaz üzerindeki yükü ağırlaştırmadığı müddetçe, yararlanan taşınmazın maliki dışındaki kimselerin de irtifak hakkından faydalanma yetkileri vardır. Örneğin yararlanan taşınmazda kiracı olan, intifa hakkı olan kimseler, yararlanan taşınmaz lehine kurulmuş olan geçit irtifakından faydalanabileceklerdir.⁶¹⁷ Benzer şekilde yüklü taşınmaz üzerindeki yükü ağırlaştırmamak kaydıyla, yararlanan taşınmaz

⁶¹⁴ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 81; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 937; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 526; Hacak, *İrtifak Hakları*, 108; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 63; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 104; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 141.

⁶¹⁵ MAA, m. 1228; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 53; Ebû Yusuf Ya'kûb b. İbrâhîm el-Ensârî, *Kitabu'l-Harâc*, thk. Tâhâ 'Abdurra'ûf Sa'd, Sa'd Hasen Muhammed, (Kahire: el-Mektebetu'l-'Ezheriyye, ty.), 113; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222; Zeydân, *el-Medhal*, 222, No: 265, 266; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2190, 2196; Bilgin, "İrtifak Hakları", 105; Kurtoglu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 124; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 141.

⁶¹⁶ Serahsî, *Mebsut*, c. XVII, 96; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222.

⁶¹⁷ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 81; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 65.

maliki ortaya çıkan yeni ihtiyaçları doğrultusunda taşınmazın kullanımında bazı değişiklikler yapabilir.⁶¹⁸

4.2.2. Yararlanan Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri

Yararlanan taşınmaz malikinin yetkisi, kurulması esnasında kapsamı belirlenmiş olan irtifak hakkından yararlanmaktır. Dolayısıyla hak sahibinin temel yükümlülüğü irtifak hakkının kullanımı esnasında bu kapsamın içerisinde kalmaktır. Hak sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkının kapsamı dışında herhangi bir tasarrufta bulunamayacaktır. Nitekim irtifak haklarının sınırlı aynî hak olarak nitelendirilmeleri de bu durumu ifade etmektedir. İrtifak hakları eşya üzerinde mülkiyet hakkı gibi tam aynî hak niteliğini değil kısmi aynî hak niteliğini haizdirler. Bu nitelikleri gereği hak sahibine yalnızca kapsamları doğrultusunda yüklü taşınmazdan yararlanma yetkisi verirler. Bu yetkileri itibariyle de mülkiyet hakkından önceliklidirler.⁶¹⁹ Örneğin kaynak irtifakı hakkı sahibi, bu hakkı doğrultusunda yüklü taşınmazdan su alabilecektir. Ancak daha fazla su almak için suyun gelmiş olduğu yeri genişletemez.⁶²⁰ Konum itibariyle arazisi daha yukarıda olan kaynak hakkı sahipleri ihtiyaçları arttığı için daha fazla su alıp, aşağı konumda kalan hak sahiplerini susuz bırakamazlar,⁶²¹ bir duvar örüp suyun akışını kesemezler veya bu duvar ile geçit irtifakına engel olamazlar.⁶²² Birden fazla kaynak hakkı sahibinin olması durumunda sulama oranları veya süreleri ile ilgili bir anlaşmazlığa düşülmesi halinde, hakkın tesisi esnasında bir belirleme yapılmamışsa, her bir hak sahibi arazisi ile oranlı olarak bu hakkı kullanma yetkisini haiz olup daha fazla kullanımlardan kaçınmakla yükümlüdür.⁶²³ Hak sahibi, su akıtma irtifakı için kurulmuş olan oluğun boyutlarını büyütemeyecek veya su taşınmazın üzerinden oluktan akıyorken, yüklü taşınmazı kazarak bir kanal inşa edemeyecek veya bu oluktan yan komşunun atık suyunu

⁶¹⁸ Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 64.

⁶¹⁹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslamî*, c. VII, 101; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 81; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 157.

⁶²⁰ MAA, m. 1269; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 185, 186; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2128, 2225.

⁶²¹ Konya Kadı Sicili, Defter 45, No: 37-2, 65, 66.

⁶²² Konya Kadı Sicili, Defter 45, No: 63-1, 121, 122.

⁶²³ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 73.

da akıtamayacaktır.⁶²⁴ Geçit irtifakından yararlanma hakkı müşterek maliklerden birisi, bu irtifaktan yararlanma hakkı olmayan başka bir taşınmazı için, üzerinde geçit irtifakı bulunan bir taşınmaza kapı açamaz.⁶²⁵ Ayrıca su akıtma irtifakından yararlanan kişi, su akıtmaya, kaynak irtifakından yararlanan, kaynaktan su almaya veya geçit irtifakından yararlanan buradan geçmeye zorlanamaz. Yararlanan taşınmaz malikine yetkileri yükümlülük gibi ifa ettirilemez. Bunun gibi, irtifak hakkından yararlanması için gerekli tesisleri inşa etmek de yararlanan taşınmaz malikinin yükümlülüğü değildir. İrtifaktan yararlanmak istediği takdirde bu tesisleri inşa edebileceği gibi başka birisine de inşa ettirebilir veya yüklü taşınmaz maliki ile anlaşarak bu inşa ettirme işini yüklü taşınmaz malikinin yapmasına veya müşterek yapılmasına karar verebilirler. Bu bakımdan tesisleri inşa etmek de bir yetkidir ve yükümlülük şeklinde hak sahibine yüklenemez.⁶²⁶

İrtifak hakkının kullanımı için kurulmuş olan tesislerin mülkiyeti ise irtifak hakkının tesisi esnasında belirleneceği üzere yüklü taşınmaz malikine veya yararlanan taşınmaz malikine ait olabilir. Mülkiyetin kime ait olacağı belirlenirken bakım ve onarım yükümlülüğünün kime ait olduğu da belirlenebilir. Bakım ve onarım yükümlülüğü ile ilgili olarak iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre, irtifak tesisinin mülkiyeti kimin olursa bakım ve onarım yükümlülüğü de ona ait olacaktır. Eğer bu tesis yararlanan taşınmaz malikine ait olursa irtifakın hak kapsamında kullanılması esnasında gereken bakım ve onarım yükümlülüğü yararlanan taşınmaz maliki üzerinde olacaktır.⁶²⁷ İkinci görüşe göre ise bu tesisten kim yararlanıyorsa mülkiyet kime ait olursa olsun bakım ve onarım yükümlülüğü yararlananların üzerindedir.⁶²⁸ Mülkiyeti bir kişiye ait olmayan tesislerin bakım ve onarım yükümlülükleri ise “*mazarrat menfaat mukabelesindedir*”⁶²⁹ ilkesi gereğince irtifak hakkı sahibine aitken, bu tesislerden yüklü taşınmaz maliki ile ortak bir şekilde yararlanılması durumunda, yararlanma oranlarına göre bakım ve onarım yükümlülükleri de müşterek hale gelecektir. Benzer şekilde bir irtifaktan birden fazla

⁶²⁴ Serahsî, *Mebsut*, c. XVII, 95, 96.

⁶²⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2129.

⁶²⁶ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 147, 148.

⁶²⁷ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 71, 72; Rafîî, *Fethü'l-Azîz*, c. X, 323; Hacak, *İrtifak Hakları*, 111.

⁶²⁸ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 174; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 101; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 109; Yusuf Musa, *el-Emval*, 177.

⁶²⁹ MAA, m. 87.

taşınmaz malikinin yararlanması durumunda bakım ve onarım yükümlülüğü, bu malikler arasında oranlarına göre belirlenecektir.⁶³⁰ Bir irtifak hakkından müşterek olarak yararlanan kimselerden birisi bakım ve onarıma muhtaç olan bir irtifak tesisinin ıslahı için diğer yararlananlara başvurduğu takdirde olumsuz bir cevap alırsa, mahkemeye başvurarak hakimnin izniyle gerekli bakım ve onarımı gerçekleştirebilir. Bu durumda ortaya çıkan masraflardan irtifak hakkından yararlanan diğer kimseler paylarına düşen kısmı ifa etmedikleri takdirde, bakım ve onarım yükümlülüğünü yerine getiren kimse, bu kimseleri gerekli masrafları ifa edene kadar irtifak hakkını kullanmaktan men edebilir.⁶³¹ Uygulamada taraflar bu onarım yükümlülüklerini kendileri sözleşme ile kararlaştırdıkları durumlarda tesislerin mülkiyeti yüklü taşınmaz malikinde olsa dahi bakım ve onarım masraflarını yararlanan taşınmaz malikine bırakmaktadırlar.⁶³² Bakım ve onarım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda kamu zarara uğrayacaksa, idare irtifak hakkı sahiplerinden bu yükümlülüğün cebren yerine getirilmesini talep edebilir. Örneğin bir akarsuyun kollarından kendi arazileri için su alan taşınmaz malikleri, bu akarsuyun kollarını temizlemezler, gerekli bakımları yapmazlarsa zamanla akarsuyun azalması veya kuruması gibi sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu durumda kamu zarara uğrayacağından dolayı, bu akarsudan faydalananlardan idare, cebren gerekli bakımı yapmalarını talep edebilir.⁶³³ Fırat ve Dicle nehirleri gibi bütün müslümanların ortak kullanımına açık olan ibâha nitelikli su kaynaklarının bakım ve onarım yükümlülükleri ise devlet başkanının görevidir. Bu kaynakların bakım ve onarımları nedeniyle ortaya çıkan masraflar yararlananlara yükletilmeyip, devletin hazinesinden karşılanır.⁶³⁴ Ancak devletin hazinesinde para bulunmaması ve bakım ve onarımın gerçekleştirilmediği takdirde kamu zararının ortaya çıkacağı durumlarda, devlet başkanı kamu maslahatı için halkı onarıma zorunlu tutulabilir. Nitekim Hz. Ömer (r.a.) böyle bir durumda “siz bu işi yapmazsanız,

⁶³⁰ MAA, m. 1308, 1322, 1327; Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 107, 108; Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 174; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 176; c. III, 2262, 2281, 2286; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 85; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 943; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 170.

⁶³¹ MAA, m. 1323; Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 421 No: 2465.

⁶³² Konya Kadı Sicili, Defter 14, No: 102-1, 170, 171.

⁶³³ MAA, m. 1322, 1323, 1324; Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 108; Yusuf Musa, *el-Emval*, 177, 178; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 128.

⁶³⁴ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harac*, 110; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 72; İbrahim Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr (Mevkufat)*, Şerh: Mehmed Mevkûfâtî, trc. Ve sadeleştirme: Ahmed Davudoğlu (İstanbul: Sağlam Kitabevi, 1980), c. II, 394, 395; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 104; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 87; Yusuf Musa, *el-Emval*, 177.

çocuklarınızı satmak zorunda kalırsınız” demiştir.⁶³⁵ Devlet başkanının yaptırmış olduğu irtifak tesislerinin bakım yükümlülüğünü devlet başkanı farklı yollardan karşılayabilir. Örneğin, Osmanlı’da Kanuni Sultan Süleyman’ın yaptırmış olduğu su yollarının bakımını yedi köy halkı üstlenmiştir. Bunun karşılığında bu köylerin halkları tüm vergilerden muaf tutulmuştur.⁶³⁶

Yararlanan taşınmazın bir vakıf olması durumunda, vakfın bakım ve onarım yükümlülüğü üzerinde olan vakıf mütevellisinin⁶³⁷, irtifak haklarının kullanımı için kurulmuş olan tesislerin bakım ve onarımını da gerçekleştirmesi gerekecektir. “*Vech-i tahrîr-i sicil budur ki zikr olan hamamın su yolu künkleri Çeşme Kapusu’ndan hamama gelince rakabeye muhtâc olup ve câmekân firâş olmasına muhtâc olup görülmesi mütevellisi Mehmed Çelebi’ye icâzet verilip defter olundu...*”⁶³⁸

Yararlanan taşınmaz malikinin, yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kapsamı dışındaki tasarruflarının yasak olması için, bu tasarrufların herhangi bir zarara neden olması şart değildir. Çünkü yüklü taşınmaz kendi mülkiyetinde değildir ve hiç kimse kendi mülkiyetinde olmayan bir eşya üzerinde, malikinin rızası olmaksızın tasarrufta bulunamaz.⁶³⁹ Bundan dolayı irtifak hakkı sahibi de, yüklü taşınmaz maliki açısından bir zarar ortaya çıkarmasa da, hakkının kapsamı dışındaki tasarruflara yetkili değildir.⁶⁴⁰

İrtifakın kullanım yerinin ve biçiminin değiştirilmesi, irtifak hakkının kapsamına dahil değildir. Bundan dolayı irtifakın kullanım yerine ve biçimine karar verildikten sonra irtifak hakkı sahibi bunu değiştiremeyecektir. Yüklü taşınmaz malikinin rızası olmaksızın yapılacak olan bir değişiklik durumunda artık irtifak hakkının kullanım yeri veya biçimi hakkın kapsamı dışında olacaktır. Örneğin bir geçit irtifakında arazinin neresinden geçileceği belirlendikten sonra yararlanan taşınmaz maliki, hakkın kullanım yerini

⁶³⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî*, c. VII, 104; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 87.

⁶³⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXXI, 545, No: 684; Benzer bir karar için bkz. Diyarbekir Şer’iyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: 3741, c. XI, 168, No: 22.

⁶³⁷ Ahmet Akman, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, 1. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 170.

⁶³⁸ Konya Kadı Sicili, Defter 1, No: 111-8, 279; Benzer kararlar için bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 39, No: 232-1, 372.

⁶³⁹ MAA, m. 96; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanai'*, c. VI, 265.

⁶⁴⁰ Serahsî, *Mebcut*, c. XV, 58.

değiştiremeyecektir.⁶⁴¹ Bir su akıtma irtifakında su borularla akıtılıyorken, kanaldan akıtılamayacak veya kanaldan akıtılıyorken, borulardan akıtılamayacaktır.⁶⁴² Çünkü her iki durumda da hakkın kullanım yeri ve biçimi değişmiş hale gelmektedir. Ancak bir su akıtma irtifakının her iki taşınmaz maliki açısından da daha faydalı olduğundan bahisle önüne getirilen bir uyuşmazlıkta Hz. Ömer (r.a.) irtifakın yerinin değiştirilmesine karar vermiştir.⁶⁴³ Bu durum her iki tarafın da maslahatına olması durumunda hakime başvurarak irtifakın yerinin değiştirilebileceğini göstermekte ise de genel kanaat başkasının mülkünde, malikin rızası dışında tasarrufta bulunmamaktır.⁶⁴⁴ Kaynak irtifakı hakkı olan kişi, suyun geleceği yeri ve bu haktan yararlanması için kararlaştırılmış olan vaktini değiştiremez. Farklı vakitleri bir araya toplayamaz.⁶⁴⁵ İrtifakın yeri veya kullanım biçimi kendisi için açık bir zarara yol açtığı takdirde yararlanan taşınmaz maliki değiştirme yetkisini haiz olur.⁶⁴⁶

Yararlanan taşınmaz maliki hakkını kullanırken, yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek biçimde hareket etmelidir. Nitekim “*zarar kadim olmaz*”⁶⁴⁷ ilkesi doğrultusunda hakkın kapsamı dışında bir zarara neden olan irtifak haklarının zamanaşımı yoluyla kurulamayacağı belirtilmiştir.⁶⁴⁸ İrtifak haklarına hakim olan bu ilke, özellikle irtifak hakkının birden fazla biçimde kullanılmasının mümkün olduğu durumlarda kendini göstermektedir. Örneğin üzerinde geçit irtifakı tesis edilmiş olan taşınmazın bir kısmının verimli, diğer kısmının verimsiz olması durumunda hak sahibi bu verimsiz kısımdan geçmelidir.⁶⁴⁹ İlke olarak eşyaya bağlı irtifaklar açısından yüklü taşınmazdan elde edilecek olan her yarar, bu taşınmaza ve sahibine zarar verecek olsa da burada asıl kastedilen hakkın kötüye kullanılmaması ve irtifak hakkının kapsamı dışında bir zararın verilmemesidir. Bundan dolayı yararlanan taşınmaz malikinin hakkını

⁶⁴¹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2129.

⁶⁴² Serahsî, *Mebhut*, c. XVII, 95, 96; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. VI, 265; Sahnûn, *Müdevvene*, c. XV, 193.

⁶⁴³ Muvatta', *Akdiye*, 34.

⁶⁴⁴ MAA, m. 96.

⁶⁴⁵ MAA, m. 1269; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2225.

⁶⁴⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 109.

⁶⁴⁷ MAA, m. 7.

⁶⁴⁸ MAA, m. 1213, 1214.

⁶⁴⁹ Bu ilkeye yönelik ayrıntılı açıklamalar “*Yüklü Taşınmaza En Az Zarar Verecek Biçimde Kullanma İlkesi*” başlığında yapılmıştır.

kullanırken zarara neden olmaması hususu hakkın kapsamı dışındaki zararlar açısından düşünülmelidir.

Yararlanan taşınmaz maliki, irtifak hakkını kapsamı dahilinde kullanırken, bir zarar ortaya çıksa, bu zararı ortaya çıkaran fiili doğrudan gerçekleştirmedeği müddetçe bu zarardan ötürü sorumlu olmayacaktır.⁶⁵⁰ Örneğin su akıtma irtifakı kapsamında atık sularını bir borudan akıtırken, hak sahibinin herhangi bir kusuru olmaksızın bu borunun delinmesi durumunda yüklü taşınmaz maliki zarara uğrayabilir. Bu durumda yararlanan taşınmaz maliki, irtifak hakkı kapsamında, mütesebbib olarak fiili işlemiş olduğundan dolayı kasten zarar vermeye yönelik bir fiili olmadığı müddetçe zarardan sorumlu tutulamayacaktır.⁶⁵¹ Bu durumda irtifak hakkı sahibi yalnızca, yüklü taşınmaz malikinin daha fazla zarara uğramaması için, irtifak tesisini tamir yükümlülüğü altına girmiş olacaktır.⁶⁵² Ancak bir geçit irtifakını kullanan hak sahibi buradan geçerken taşınmaz üzerinde herhangi bir kusuru bulunmaksızın, çukur oluştursa, bu fiilinden ötürü sorumlu olacaktır. Aslında irtifak hakkı sahibinin buradan geçme hakkı olmasına rağmen, herhangi bir kastı olmasa dahi, taşınmazdaki çukuru kendi fiili ile mübaşir olarak oluşturmamasından ötürü sorumlu tutulması gerekecektir.⁶⁵³ Bununla birlikte mütesebbib olmasından dolayı sorumlu olmadığı zararların, aynı nedenden dolayı meydana gelmeye devam etmesinden dolayı, irtifak hakkı sahibi sorumlu tutulabilir. Örneğin atık sularını akıtmış olduğu borunun kusuru olmaksızın delinmesi sonucu ortaya çıkan zarardan irtifak hakkı sahibi zararlı tutulmazken, bu boruyu tamir etmemesi ve buna rağmen kullanmaya devam etmesi durumunda meydana gelen yeni zararlardan sorumlu tutulacaktır.⁶⁵⁴ Çünkü artık hak sahibinin, irtifakı kullanımı hakkın kapsamı dışında kabul edilecek ve zarar ortaya çıkaracağını bilmesine rağmen icra ettiği fiilleri hukuka aykırı bir nitelik teşkil edecektir. Yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkı kapsamındaki sorumluluğu “yed-i eman” niteliğindeyken, artık “yed-i damân”a dönüşmüş olacaktır.⁶⁵⁵ Başka bir deyişle,

⁶⁵⁰ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 46.

⁶⁵¹ MAA, m. 93; Mütesebbibin sorumluluğu için bkz. Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 100-103.

⁶⁵² Hacak, *İrtifak Hakları*, 110.

⁶⁵³ MAA, m. 92; Mübaşirin sorumluluğu için bkz. Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 98, 99.

⁶⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2199.

⁶⁵⁵ “Yed, yed-i emânet ve yed-i damân olmak üzere ikiye ayrılır. Kendisine bir mal vedîa suretiyle bırakılmış olan kimsenin, müste'cir ve müste'irin, velâyet, vesâyet, vekâlet gibi bir hak selâhiyetiyle bir malı elinde bulunduranın yedleri yed-i emânettir. Kusuru olmayarak o mal telef ya da kaybolsa

irtifak hakkı sahibi, fiilleri bu hakkın kapsamı içerisinde olduğu müddetçe hukuki bir yetkiye dayanarak, yüklü taşınmazdan yararlandığı için yed-i emanet kapsamında sorumlu tutulurken, böyle bir hukuki yetkiye dayanmadığı durumda, yed-i damân kapsamında sorumlu tutulacaktır. Ayrıca irtifak hakkı sahibi doğrudan bir zarara yönelik kastı olmasa dahi, irtifak hakkı kapsamını aşan kullanımlarından ötürü sorumlu tutulacaktır. Çünkü irtifak hakkı kapsamı dışındaki kullanımı ile fiili, verilmiş olan iznin dışına çıkmış olacaktır. Dolayısıyla artık kusuru olmasa dahi sorumlu tutulması gerekecektir.⁶⁵⁶ Yararlanan taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanımı nedeniyle üçüncü kişilerin bir zarara uğramaları durumunda sorumlu tutulacaklardır. Örneğin, bir su akıtma irtifakında akan suyun bir başkasının duvarına zarar vermesi durumunda bu zararı giderme yükümlülüğü yararlanan taşınmaz malikinin olacaktır.⁶⁵⁷ Ancak yararlanan taşınmaz malikinin mütesebbib olup zarara yönelik herhangi bir kusuru bulunmaması halinde sorumluluğuna gidilemeyecektir. Mer'î hukukta da benzer sorumluluk hükmü benimsenmiştir. Buna göre irtifak hakkının kapsamı dışında kullanılmasından ötürü bir zarar ortaya çıkarsa, hak sahibinin bu zararı izale etmesi gerekecektir.⁶⁵⁸ Hak sahibi kusuru olmasa dahi, hakkın kapsamı dışında kullanılmasından ötürü doğan zarardan sorumlu tutulacaktır.⁶⁵⁹

Yararlanan taşınmaz maliki, irtifak hakkından yararlanma yetkisini borçlandırııcı bir işlem ile bir üçüncü kişiye devredemez. Taşınmaza bağlı irtifak hakkının niteliği gereği böyle bir işlem mümkün değildir. Çünkü irtifak hakkı ancak yararlanan taşınmaz

damân lâzım gelmez. Gasp, fuzûlî işgal gibi bir suretle bir malı elinde bulunduran kimsenin yedi, yed-i damândır yani kusuru olmasa da gasp olarak elinde tuttuğu mal zayi ve telef olsa tazmin etmesi lâzım gelir.” Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 610.

⁶⁵⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2198, 2199; İrtifak hakkının kapsamı dışında kullanılması, ortaya çıkan zarardan ötürü failin kusuru olduğunu göstermez. Fail bu zararlardan dolayı kusuru olmasa dahi, sırf kullanmaya hakkı olmamasından ötürü sorumlu tutulacaktır. Kimi yazarlar bu durumda failin, hakkı kapsamı dışında kullanmasını doğrudan zarara yönelik bir kast olarak varsaymışlardır. Yed-i damân sorumluluğu kapsamında kast olmasa dahi fail sorumlu tutulabileceğinden dolayı bu yazarların görüşüne katılmamaktayız. Hacak, *İrtifak Hakları*, 110.

⁶⁵⁷ Konya Kadı Sicili, Defter 37, 43-2, 71.

⁶⁵⁸ TMK, m. 730.

⁶⁵⁹ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 937.

ile birlikte devredilebilir. Yararlanan taşınmazdan ayrı olarak kira sözleşmesi gibi bir sözleşme ile taşınmaza bağlı bir irtifakın devri mümkün değildir.⁶⁶⁰

4.2.3. Yüklü Taşınmaz Malikinin Hakları

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanımını engellemediği ve zorlaştırmadığı müddetçe taşınmazı üzerinde istediği şekilde tasarrufta bulunabilir. Bu taşınmazı üzerinde yeni bina inşa edebileceği gibi, daha önce var olan binasına yeni bir kat daha ilave edebilir.⁶⁶¹

Yüklü taşınmaz malikinin, irtifak hakkı sahibi ile anlaşmaksızın, irtifakın yerini değiştirme yetkisi yoktur.⁶⁶² Yapılmış olan bu tip değişiklikleri, irtifak hakkı sahibinin eski haline döndürme yetkisi vardır.⁶⁶³ Bu yer değişikliği nedeniyle üçüncü kişilerin zarara uğraması durumunda, onlar da mahkemeye başvurarak irtifak hakkının yerinin önceki haline dönmelerini talep edebilirler.⁶⁶⁴ Ancak irtifak hakkı sahibi için hiçbir zararı olmadığı, bilakis menfaatinin bulunduğu durumlarda, yer değişikliği için gereken ödemeleri de üstlenmesi kaydıyla, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği yapmasına izin verilmiştir. Örneğin, giriş koyma irtifakında irtifak hakkı sahibine zarar vermemek şartıyla girişlerin duvarın alt kısmına indirilebileceği belirtilmiştir. Çünkü duvarın alt kısmı yukarısından fazla yük taşır ve bu durum hak sahibinin de lehinedir. Buna göre irtifak hakkı sahibinin tamamen lehine olan, hakkın niteliğini değiştirmeyen ve bir zarara neden olmayan değişiklikler, yüklü taşınmaz malikince yapılabilecektir. Ancak irtifak hakkı sahibinin zararı söz konusu olursa böyle bir işlem gerçekleştirilemez.⁶⁶⁵ Ayrıca irtifak yerinin değiştirilmesi talebi, irtifakın niteliğinin değiştirilmesini içermez. Yüklü taşınmaz maliki, irtifakın niteliğinin değiştirilmesini talep edemez.⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 104; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 156.

⁶⁶¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 265; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2151, 2155, 2160; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 304, 305; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 157; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 104.

⁶⁶² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 265; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ*, c. III, 411; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 304.

⁶⁶³ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XCIV, 72, No: 38; c. XCVI, 301, No: 256.

⁶⁶⁴ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LVII, 551, No: 423.

⁶⁶⁵ MAA, m. 1211; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 71; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2175; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 180 (348).

⁶⁶⁶ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 939; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 167.

İrtifakın yerinin değiştirilmesi için gerekli şartlar şu şekilde sıralanabilir:⁶⁶⁷

1- İrtifak hakkı fiili olarak yüklü taşınmazın belirli bir kısmı üzerinde kullanılıyor olmalıdır. Taşınmazın tamamı üzerinde kullanılan üst hakkı gibi bir irtifakın yeri değiştirilemez.

2- İrtifakın yeri değişmeye uygun olmalıdır. Pek çok durumda irtifakın yerinin değişimi mümkün değildir. Örneğin, kaynak irtifakında, irtifak ancak suyun bulunduğu yerden sağlanır.

2- Yüklü taşınmaz malikinin bu yer değişikliği nedeniyle bir menfaati bulunmalıdır.

3- Bu yer değişikliği, irtifak hakkı sahibinin de menfaatine olmalı, onu herhangi bir zarara uğratmamalıdır.⁶⁶⁸

4- Yer değiştirme nedeniyle ortaya çıkan masraflar, yüklü taşınmaz maliki tarafından karşılanmalıdır.

Tüm bu şartların bir arada bulunması halinde irtifakın yerinin değiştirilebileceği ifade edilebilir. Nitekim Osmanlı uygulamasında da kişilerin irtifak hakkının yerinin değiştirilmesi için mahkemeye başvurdukları ve mahkemenin gerekli şartların oluşup oluşmadığını incelediği görülmektedir.⁶⁶⁹ Dolayısıyla mutlak bir ifade ile yüklü taşınmaz malikinin, irtifakın yerinin değiştirilmesini talep etme hakkı yoktur şeklindeki görüş, isabetli görünmemektedir.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2175; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 87, 88; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 69; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 939-941; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 165, 166; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 659, 660; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 528, 529; Kocabaş, *Geçit İrtifakı*, 273 vd.; Arif Barış Özbilen, “İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi” *İÜHF*, 77 (2), 2019, 479 vd.

⁶⁶⁸ Mer'î hukukta, yer değişikliğinin, yüklü taşınmaz maliki açısından büyük bir yarar sağlaması durumunda, irtifak hakkı sahibinin ona nispetle küçük zararının tazmin edilmesi şartıyla, irtifakın yerinin değiştirilmesine müsaade edilmektedir. Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 940; Özbilen, “Yerin Değiştirilmesi”, 484.

⁶⁶⁹ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XC, 433, No: 378.

⁶⁷⁰ Krş. Hacak, *İrtifak Hakları*, 110.

Yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikine ait olan tesisin, taşınmazına zarar vermemesi için onarım ve bakımının yapılmasını irtifak hakkı sahibinden talep edebilir. Yüklü taşınmaz maliki tesis üzerinde kendi neden olmadığı hasarın veya arızanın giderilmemesi nedeniyle zarara uğraması durumunda bu zararının izalesini, irtifak hakkı sahibinden talep edebilecektir.⁶⁷¹

İrtifak hakkının sona ermesi nedenlerinden birinin, hakkın konusu olan yararın sona ermesi olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Buna göre yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının konusu olan yararın sona ermesi ve yeniden elde edilmesinin imkansız olması durumunda, irtifak hakkının sonlandırılarak taşınmazından irtifak yükünün kaldırılmasını talep edebilir.

4.2.4. Yüklü Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri

Yüklü taşınmaz malikinin temel yükümlülüğü, yüklü taşınmazı irtifak hakkının kullanımına uygun vaziyette bulundurmak, irtifak hakkının kullanımını engelleyecek, zorlaştıracak tasarruflardan kaçınmak ve irtifaktan yararlanılmasına katlanmaktır.⁶⁷² Örneğin, taşınmazı üzerinde geçit irtifakı tesis edilmiş olan yüklü taşınmaz maliki, irtifakın kurulu olduğu bölümü hak sahibinin geçişi için uygun halde bulundurmalıdır. Buraya geçmeye engel olacak nitelikte eşya koymamalı, yapı inşa etmemelidir. Bu geçit irtifakı için belirlenmiş olan alanın dışında kalan kısımda ise, irtifak hakkının kullanımını engellemeyecek veya zorlaştırmayacak biçimde istenildiği gibi tasarrufta bulunulabilir.⁶⁷³

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibi ile anlaşmaksızın, irtifakın yerini değiştirmemekle yükümlüdür. Örneğin, bir su akıtma irtifakının kurulu olduğu taşınmaz üzerinde malik, irtifak hakkı için belirlenmiş olan yeri değiştiremeyecek, bunu yükseltip alçaltamayacaktır. Tüm bu işlemleri ancak irtifak hakkı sahibinin izni ile

⁶⁷¹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2198, 2199; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 304.

⁶⁷² Bilgin, "İrtifak Hakları", 106; Hacak, *İrtifak Hakları*, 110; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 82; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 943; İrtifak hakkının olumlu, olumsuz veya karma nitelikte tasnifine göre katlanma ve kaçınma yükümlülüklerine yönelik ayrıntılı açıklama, "*Yararlanma Biçimi Açısından İrtifak Hakları*" başlığında belirtilmiştir. Dolayısıyla burada tekrar edilmeyecektir.

⁶⁷³ Serahsî, *Mebcut*, c. XVII, 96; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 265.

gerçekleştirebilir.⁶⁷⁴ Ancak irtifak hakkı sahibi için hiçbir zararı olmadığı bilakis menfaatinin bulunduğu durumlarda, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği yapmasına izin verilmiştir.⁶⁷⁵ Yer değişikliğinin mümkün olduğu böyle durumlarda, irtifak hakkı sahibine hiçbir zarar verilmemesinin şart olması nedeniyle yer değişikliği için yapılması gereken masrafları da yüklü taşınmaz maliki ödemekle yükümlüdür.⁶⁷⁶

İrtifak hakkının kullanımı amacıyla kendisinden faydalanan tesisin yararlanan taşınmaz malikinin mülkiyetinde olabileceği gibi, yüklü taşınmaz malikinin de mülkiyetinde olabileceği belirtilmişti. Bakım ve onarım masrafları için mülkiyeti esas alan görüşe göre, bu tesis kimin mülkiyetindeyse, hakkın kapsamı dahilinde, kullanımından dolayı gereken bakım ve onarım masraflarını karşılama yükümlülüğü de ona aittir. Buna göre yüklü taşınmaz malikinin mülkiyetinde olan bir tesisin normal şartlar altında bakım ve onarımı irtifak hakkı sahibine yükletilemeyecektir. Örneğin bir su akıtma irtifakında, yüklü taşınmazda bulunan ve bu taşınmazın malikine ait olan bir binanın çatısından yararlanıldığı durumlarda, bu binanın çökmesi veya çatının harap olması gibi hallerde bakım ve onarım masrafları yüklü taşınmaz malikine ait olacaktır. Çünkü yüklü taşınmaz maliki, taşınmazını irtifak hakkının kullanımına uygun halde bulundurmakla yükümlüdür.⁶⁷⁷ Bakım ve onarım masrafları için yararlanmayı esas alan görüşe göre ise bu irtifak hakkından kim yararlanıyorsa o bakım ve onarımla yükümlü olacaktır.⁶⁷⁸ Benzer şekilde tesisin müşterek olması veya tesis üzerinde bir mülkiyetin bulunmaması durumlarında irtifak hakkı sahibinin yanında, yüklü taşınmaz malikinin de tesisten faydalanması halinde bu kişiler, yararlanma oranlarına göre tesisin bakım ve onarım yükümlülüğünü üstleneceklerdir.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 265; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ*, c. III, 411.

⁶⁷⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2175; Aksi görüş için bkz. Hacak, *İrtifak Hakları*, 110.

⁶⁷⁶ İrtifak yerinin değiştirilmesi ile ilgili benzer düzenleme mer'î hukukta da yer almaktadır. TMK, m. 791.

⁶⁷⁷ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 71, 72; Rafiî, *Fethü'l-Aziz*, c. X, 323; Hacak, *İrtifak Hakları*, 111.

⁶⁷⁸ Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 174; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 101.

⁶⁷⁹ MAA, m. 1308, 1322, 1327; Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 174; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 176; c. III, 2262, 2281, 2286; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 85; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 943; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 170.

Yüklü taşınmazın bir vakıf olması ve halkın genelinin yahut bazı mahalle veya belde halklarının kullanımına sunulmuş ibâha nitelikli bir hakkın kullanımı için yapılmış tesislerin bakım ve onarım yükümlülüğünü vakıf mütevellisi yerine getirmektedir.⁶⁸⁰ Bununla birlikte şiddetli kış gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıkan zararın giderilmesi için ilgili haktan yararlanan halktan da bakım ve onarım masraflarının karşılanması için yardım talep edilebilmektedir.⁶⁸¹

Yüklü taşınmaz malikinin, irtifak hakkını etkilemediği müddetçe taşınmazı üzerinde tasarruflarda bulunmasına engel yoktur. Ancak taşınmazını devrederken üzerinde tesis edilmiş olan irtifak hakkını belirtmekle yükümlüdür. İslâm hukukçuları bir taşınmaz üzerinde bir başkasının irtifak hakkının bulunmasının o taşınmaz için ayıp teşkil edeceğini belirtmişlerdir. Bundan dolayı üzerinde irtifak hakkı tesis edilmiş olan yüklü taşınmazın, bu irtifak hakkı belirtilmeden bir satım sözleşmesine konu olması durumunda müşteri açısından ayıp muhayyerliğinin bulunacağı ifade edilmiştir.⁶⁸² Dolayısıyla yüklü taşınmaz maliki bu taşınmazın devri esnasında üzerinde irtifak hakkı tesis edilmiş olduğunu gizlememelidir.

5. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARININ ÇEŞİTLERİ

İrtifak haklarının yalnızca belirli tiplerle sınırlı olup olmadığı hususu, kaynakları açısından tasnif edilirken incelenmişti. Sonuç olarak İslâm hukuku kaynaklarında bazı irtifak hakları özellikle vurgulanmış olmakla birlikte, irtifak haklarının bunlarla sınırlı olmadığı belirtilmişti. Bu doğrultuda, kaynaklarda özellikle vurgulanmış olan kaynak hakkı, su akıtma hakkı, geçit irtifakı, üst hakkı başta olmak üzere zamanla inceleme konusu yapılmış diğer irtifaklara da bu başlık altında değinilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki İslâm hukuku açısından irtifak hakları sınırlı bir yapıda olmadığı için zaman içerisinde burada belirtilenlerin haricinde de irtifak hakları tesis edilebilir. Keza İslâm hukuku kaynaklarında teknik olarak henüz irtifak haline gelmemiş olsa da, kapsamı

⁶⁸⁰ Akman, *Eski Vakıflar Hukuku*, 170.

⁶⁸¹ Konya Kadı Sicili, Defter 45, 48-3, 90, 91.

⁶⁸² İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 189; Satım sözleşmesine konu olan taşınmazın üzerinde geçit irtifakı gibi temel irtifakların bulunmaması durumu da ayıp muhayyerliğinin bulunmasını gerektirmektedir. İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 189, 190; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelle'ti'l-Ahkâm*, c. III, 2124.

itibariyle irtifak hakkına benzeyen odun toplama⁶⁸³, balık avlama⁶⁸⁴, hayvan bağlama⁶⁸⁵ ve hayvan otlatma⁶⁸⁶ gibi haklar da mevcuttur. Bu hakların yanında günümüzde de hava ve deniz alanları ile bağlantılı farklı irtifak hakları, araç park yeri irtifakı, binalarda yaşayan insanların ihtiyaç duyduğu bahçe ve çocuk oyun alanı gibi irtifaklar ve benzerleri gündeme gelmekte ve tartışılmaktadır.⁶⁸⁷ Bu bölümde irtifakların genel özellikleri belirtilecek olup, irtifak haklarının tesisi, sona ermesi, yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmaz maliklerinin hak ve yükümlülükleri ayrı başlıklar altında incelenmiş olduğu için burada yer verilmeyecektir.

5.1. KAYNAK (SU ALMA) HAKKI (HAKKU'Ş-ŞİRB)

Modern hukukta, başkasının taşınmazında bulunan bir kaynağın sularını almak veya akıtmak yetkisi olarak tarif edilen kaynak hakkı⁶⁸⁸, fıkıh kitaplarında “*hakku 'ş-şirb*” olarak ifade edilmiştir.⁶⁸⁹ Şirb, Kur’ân-ı Kerim’de iki farklı ayette geçmektedir.⁶⁹⁰ Bu ayetlerde, su kaynağından belirli bir pay veya bu payın alınacağı zaman anlamlarında kullanılmıştır.⁶⁹¹ Sözlük anlamı itibariyle de şirb, ayetlerde geçtiği manaya uygun ifade edilmiştir.⁶⁹² Mecelle’de “*bir nehirden, nasîb-i muayyen-i ma'lûmdur*”⁶⁹³ ve “*ekin ve hayvan sulamak için su ile intifa' etmek nöbetidir*”⁶⁹⁴ şeklinde iki ayrı hakk-ı şirb tanımı yapılmıştır. Bu tanımlardan ilki şirb hakkının bir su kaynağından, zaman veya bu kaynağın farklı delikleri, yolları ile belirlenmiş yararlanma hakkı olduğunu ifade

⁶⁸³ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 193.

⁶⁸⁴ Sahnûn, *Müdevvene*, c. XV, 195.

⁶⁸⁵ Serahsî, *Mebsut*, c. XIV, 137.

⁶⁸⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 193.

⁶⁸⁷ İbrahim Ahmed Osman, “Hakku'l-İrtifak”, 305 vd.; Ahmed b. Abdulaziz el-Haddad, “Hukuku'l-İrtifak” *Mecelleti Mecmau'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 339.

⁶⁸⁸ Kaneti – Köprülü, *Sınırlı Aynî Haklar*, 172; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1005.

⁶⁸⁹ ÜMK’da, SMK’da ve BAEMK’da da bu irtifak hakkı “*hakku'ş-şirb*” kavramı ile ifade edilmektedir. ÜMK, m. 1292, SMK, m. 593, BAEMK, m. 1382.

⁶⁹⁰ Şu’âra, 26/155; Kamer, 54/28.

⁶⁹¹ İsfahani, *Müfredat*, 544; Ebû Hayyân el-Endülsî, *Tuhfetu'l-Erib bimâ fi'l-Kur'âni mine'l-Ğarîb (Kur'ân Lugatî)*, thk. Samir el-Meczûb, trc. Enes Selam, 1. Baskı (İstanbul: İşaret Yayınları, 2019), 110.

⁶⁹² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 188; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 78; el-Hafif, *Muâmelâtî'ş-Şer'iyye*, 94; Yusuf Musa, *el-Emval*, 172; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. III, 13.

⁶⁹³ MAA, m. 143.

⁶⁹⁴ MAA, m. 1262; ÜMK’da bu tanım aynı şekilde kabul edilmiştir. ÜMK, m. 1292; SMK’da ve BAEMK’da da benzer tanımlama mevcuttur. SMK, m. 592, 593; BAEMK, m. 1382.

ederken⁶⁹⁵, ikinci tanım şirb hakkının ancak tarla ve hayvanların sulanması için süresi veya miktarı belirlenmiş olan bir yararlanma hakkı olduğunu belirtmektedir. Buna göre ikinci tanımda su kaynağının kullanım amacı özelleştirilmiştir. Mürşidü'l-Hayrân'da ise hakk-ı şirb “bir araziye, ağacı veya ekini sulamak için sudan (nöbetleşe) faydalanma hakkıdır”⁶⁹⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımların ışığında ıstılaḥi bakımdan şirb hakkının, gerek üzerinde bir özel mülkiyet bulunsun gerekse bulunmasın, bir su kaynağından tarla, bağ, bahçe gibi tarım arazisini veya hayvanları sulamak amacıyla zamanı veya miktarı belirli olan yararlanma hakkı olarak ifade edildiği görülmektedir.⁶⁹⁷ Şirb hakkına yönelik tanımlarda bu hakkın, özellikle tarım arazisi veya hayvan sulamak amacıyla kullanılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte Serahsî, şirb hakkını hem arazileri hem de arazi dışı kullanımları kapsayacak şekilde bir su alma hakkı olarak tanımlamıştır.⁶⁹⁸ Bu tanım Mecelle’de yer alan ilk tarife uygundur. Fıkıh kitaplarında bir hanenin su ihtiyacını tamamıyla karşılamak maksadıyla kurulmuş olan bir kaynak hakkı da şirb hakkı olarak ifade edilmiştir.⁶⁹⁹ Dolayısıyla burada önemli olan bu hakkın devamlı bir nitelik arz eden irtifak hakkı mahiyetinde olmasıdır. İslâm Fıkıh Akademisi şirb hakkını tanımlarken bir taşınmazdan bir başka taşınmaza su akıtılmasını da kapsam dahiline almaktadır.⁷⁰⁰ Ancak bu durumda su akıtma (mecra ve mesil) irtifakı da şirb ile aynı kapsamda değerlendirilmiş olacaktır. Ancak şirb hakkından bahseden fıkıh kitaplarında, “Su Akıtma Hakkı” başlığında görüleceği üzere, mecra hakkına ayrıca yer verilmiştir. Bu hak aynı kapsamda ele alınmamıştır. Mer’î hukuk bakımından yalnızca hak sahibi tarafından suyun alınıp kendi taşınmazına akıtıldığı durumlar kaynak hakkı olarak ifade edilmiş, hak sahibine ait hayvanların su ihtiyaçlarının giderilmesi için kurulmuş olan hak, kaynak hakkı olarak değerlendirilmemiştir. Bu şekilde tesis edilen

⁶⁹⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 218.

⁶⁹⁶ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 38.

⁶⁹⁷ Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 392; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VI, 12 (69), c. VII, 57 (5); el-Hafif, *el-Milkiyye*, 117; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. VII, 96; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 78; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 77.

⁶⁹⁸ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 161.

⁶⁹⁹ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 161; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. V, 10, c. VI, 188-192; Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Hısnî el-Maruf bi-Alâüddîn el-Haskefî el-Hanefî, *Dürü'l-Muhtar Şerhu Tenvîru'l-Ebsâr ve Cami'i'l-Bihar*, thk. Abdulmen'am Halil İbrahim (yy., Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2002/1423), 674.

⁷⁰⁰ Karar no: 171; 18/9, *Mecmau'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 443.

hak eşyaya bağlı ise taşınmaz yükü, şahsa bağlı ise atipik bir irtifak olarak değerlendirilmiştir.⁷⁰¹

Şirb hakkının, “*hakku ’ş-şirb*” şeklinde kavram olarak kullanımı yalnızca Hanefi mezhebine özgüdür. Kur’ân-ı Kerim’de de geçmesi nedeniyle tüm mezhepler bu hakkı ilk kaynaklardan itibaren incelemiş olmakla birlikte bu şekilde bir kavramlaşmaya gitmemişlerdir.⁷⁰² Hanefiler haricindeki diğer mezhepler bu haktan bahsederken yalnızca şirb kavramını kullanmışlardır.⁷⁰³ Hanefilerde ise “*hakku ’ş-şirb*” şeklindeki kullanım ilk olarak Kâsânî’de görülmektedir.⁷⁰⁴ Kâsânî’den sonra ise bu kavramın kullanımı yaygınlaşmış ve bu mezhep içerisinde yazılmış olan son kaynaklar da dahil bu şekilde yer almıştır.⁷⁰⁵ Nitekim bu mezhep hükümleri doğrultusunda hazırlanmış olan Mecelle’de de bu hak, “*hakk-ı şirb*” şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁰⁶ Bu hakkın “*hakku ’s-saky*” kavramı ile ifade edildiği yerler de görülmektedir.⁷⁰⁷ Hakku’s-saky kavramı esas itibariyle arazi sulama hakkı anlamına gelmektedir.⁷⁰⁸

Kaynaklarda şirb hakkı ile birlikte ifade edilen bir kavram da şefe hakkıdır. Mecelle’de su içme hakkı⁷⁰⁹ olarak ifade edilen şefe hakkı, aslı itibariyle bir irtifak hakkı mahiyetinde olmayıp, malik açısından mülkiyet üzerinde bir sınırlandırma, yararlananlar açısından ise bir ibâhadır.⁷¹⁰ Şefe hakkına ilişkin açıklamalar son bölümde verileceği için burada, bu kadarla yetinilecektir.

⁷⁰¹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 557.

⁷⁰² Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 161; Sahnûn, *Müdevvene*, c. XV, 192-198; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VI, 377-379.

⁷⁰³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 55.

⁷⁰⁴ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 188-192.

⁷⁰⁵ İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. V, 189, 190, 637, c. VI, 437, 442; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. I, 218.

⁷⁰⁶ MAA, m. 143, 216, 235, 955, 1008, 1010, 1014, 1015, 1016, 1151, 1224, 1262, 1267, 1269, 1322, 1323, 1324, 1555, 1662.

⁷⁰⁷ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 188-192; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. VI, 438.

⁷⁰⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 55; Osmanlı uygulamasında bu anlamıyla kullanılmıştır. Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XVI, 505, No: 635; c. XCIII, 163, No: 168.

⁷⁰⁹ MAA, m. 1263.

⁷¹⁰ *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, c. VI, 301; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556; Özdemir – Kırıkk, *İslâm Eşya Hukuku*, 114, 115.

Su kaynakları dört kategoride ele alınmıştır. Bunlardan ilki özel sarnıç, depo gibi ihraz edilmiş özel mülkiyete tabi sulardır. Bu sular üzerinde malikinden başka kimsenin, zaruret durumu haricinde, hakkı yoktur. Malik isterse özel mülkiyetine tabi olan bu suları satabilir. İkincisi özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerindeki kuyularda, havuzlarda, küçük pınarlarda bulunan sudur. Şefe hakkı kapsamı dışında bu sulardan izinsiz bir başka kimsenin kullanma hakkı yoktur.⁷¹¹ Üçüncüsü küçük nehirlerin suyudur. Bununla köy, mahalle gibi küçük yerleşim birimlerinde olan su kaynakları ifade edilir. Bu su kaynağından o yerleşim birimindekilerin yararlanma hakkı vardır. O yerleşim birimindekiler için bu kaynaktan yararlanmak ibâha niteliğindedir.⁷¹² Bu kaynak üzerinde o yerleşim birimindekilerin ortaklığı mevcuttur. Bu yerleşim birimi dışındakilerin bu kaynak üzerinde şefe kapsamı dışında bir hakları yoktur.⁷¹³ Üçüncü tür sular üzerinde bir müşterek mülkiyet olduğu kabul edilmiş ve bu bakımdan ikinci tür sulara benzetilmiştir. Özellikle ikinci ve üçüncü su çeşitleri bakımından irtifak mahiyetindeki şirb hakkından bahsedilecektir. Dördüncüsü ise büyük nehirlerin suyudur. Dördüncü tür sular ile özel mülkiyet üzerinde bulunmayan kamunun kullanımına açık olan nehirler kastedilmiştir. Bu nehirlerden yararlanmak da şirb hakkı olarak nitelendirilmiş olsa da, burada şirb hakkı ile kastedilen esas olarak bir ibâhadır. Yani halkın bu nehirleri kullanımının serbest olmasıdır.⁷¹⁴ Dördüncü tür suların kullanımının herkes açısından serbest olmasının temelini, “*Üç şeyde herkes ortaktır; su, ot ve ateş*”⁷¹⁵ hadisi oluşturmaktadır. Keza Mecelle üçüncü türden olan su kaynaklarından yararlanmayı “*şirb-i has*” olarak ifade

⁷¹¹ Uygulamada bu şekilde su kaynakları üzerine kurulmuş kaynak irtifakı örnekleri ile sık sık karşılaşmaktadır. Bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 45, No: 108-1, 220, 221.

⁷¹² İbâha niteliğinde olan bu hakkın kullanımının da, şirb hakkında olduğu gibi o belde sakinlerince su nöbeti yoluyla gerçekleştirilmesi mümkündür ve uygulamada buna yönelik kullanımlarla karşılaşmaktadır. Konya Kadı Sicili, Defter 14, No: 64-3, 108, 109; İstanbul Kadı Sicilleri, c. 50, 661, No: 703.

⁷¹³ Uygulamada bu şekilde su kaynakları üzerine kurulmuş kaynak irtifakı örnekleri ile sık sık karşılaşmaktadır. Bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 45, No: 37-2, 65, 66.

⁷¹⁴ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 108, 110; Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 164, 165; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 188-192; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 70, 71; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 39-42; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 187 (421-423), Ebu Zehra, *Milkiyye*, 78; el-Hafif, *Muâmelâtü's-Şer'iyye*, 94-99; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. VII, 97-100; Yusuf Musa, *el-Emval*, 172, 173; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 125, 126; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 121; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 706; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 115-118.

⁷¹⁵ Ebû Bekir bin Ebî Şeybe, *Kitabü'l-Musannefi'l-Ehâdis ve'l-Âsâr*, thk. Kemal Yusuf el-Hût, (Riyâd: Mektebü'r-Rüşd, 1409), c. V, 7 (23194); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, c. V, 364; Ibn Mâce, *Ruhûn*, 16; Ebû Davud Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, trc. Necati Yenieli, Hüseyin Kayapınar, (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1987), *Buyû*, 60.

ederken, dördüncü türden olan nehirlerden yararlanmanın bu kapsama dahil olmadığını belirtmiştir.⁷¹⁶ Dolayısıyla buradaki ibâha durumu şîrb hakkı olarak ifade edilmiş olsa da irtifak hakkı niteliğini haiz değildir. Bu tür su kaynaklarının kullanımı bir başkasına zarar vermediği müddetçe başka kimseler tarafından engellenemeyecek ve herkes serbest ve ücretsiz bir şekilde bu kaynaklardan yararlanabilecektir.⁷¹⁷ Bazı İslâm hukukçuları ikinci ve üçüncü tür suları tek bir kategori içerisinde inceleyerek suları üç tür olarak ele almışlardır. Bununla birlikte suların hükümleri konusunda farklı bir görüş belirtmemişlerdir.⁷¹⁸

Şafiî hukukçular şîrb hakkının konusunu, diğer irtifak haklarından farklı olarak, menfaat değil, maddi bir mal niteliğinde su görüyorlar. Bundan dolayı bu hakkın diğer irtifak hakları gibi sözleşme ile kurulamayacağını ifade ediyorlar.⁷¹⁹ Ancak zaruret ve hacet halinde kira sözleşmesi ile kurulmasını kabul ediyorlar.⁷²⁰ Hanbelî ve Malikî hukukçuların bakış açısı da benzer özellik taşımaktadır.⁷²¹ Özellikle Malikîler bir kişinin mülkiyetinde bulunan kaynaktan çıkmış olan suyun üzerinde de doğrudan o kişinin mülkiyet hakkı olduğunu, bu suların ihraz altına alınmış sular gibi olduğunu ifade etmektedirler.⁷²² Bu bakış açısının temel nedeni ise diğer irtifaklar yalnızca fiili bir yararlanmaya imkan tanırken, şîrb hakkından yararlanılmasının sonucunda belirli bir miktar suya malik olunmasıdır. Örneğin geçit irtifakından yararlanan hak sahibi yalnızca o yoldan geçerek fiili bir istifadede bulunmuş olur. Ancak şîrb hakkından yararlanan kişi bu yararlanması ile belirli miktar suya malik olacaktır. Muhtevası bu şekilde belirli olan şîrb hakkı bölünebilir bir özellik de göstermektedir. Yararlanan taşınmaz maliki, başka

⁷¹⁶ MAA, 955; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 1779.

⁷¹⁷ Bu husus fetvalara da yansımıştır. Örneğin Osmanlı Döneminde, mülkiyet altında olmayan büyük bir nehrin bir tarafından bir kimse tarlasını sulamak istediği takdirde, bu sulama işleminin bir başkasına zararı da dokunmuyorsa, bu nehirden daha önceden beri tarlalarını sulayanların, bu kişinin tarlasını sulamasına engel olmaya yetkilerinin olup olmadığı sorulması üzerine, Şeyhülislâm Yenişehirli Abdullah Efendi engel olmaya yetkilerinin olmayacağı cevabını vermiştir. Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 583, No: 2989, 2990.

⁷¹⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 94-99; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 118-120; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 78 vd.; Zeydân, *el-Medhal*, 221, No: 264; Şelebi, *el-Medhal*, 312-314.

⁷¹⁹ en-Nevevî, *el-Mecmu'*, c. XV, 239, 240; Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 448.

⁷²⁰ Nevevî, *Ravza*, c. V, 179; Nevevî, *el-Mecmu'*, c. XV, 240, 241.

⁷²¹ Sahnûn, *Müdevvene*, c. XV, 192; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebir*, c. IV, 16; Buna ilişkin ayrıntı irtifak haklarının sözleşme yoluyla kurulmasında incelendiği için burada tekrarlanmamıştır.

⁷²² el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 95.

bir taşınmaz malikine şirb hakkından doğan belirli bir payını devredebilecektir.⁷²³ Hanefiler ise şirb hakkının konusunu bir mal olarak kabul etmemekte ve taşınmazdan ayrı olarak devrini mümkün görmemektedirler.⁷²⁴ Hanefiler ancak suyun bir kap, sarnıç, depo içerisinde ihraz edilmesi durumunda mal olarak hukuki işlemlere konu olabileceğini kabul etmişlerdir.⁷²⁵ Uygulamada miktarı belirli olan bir suyun hukuki işleme konu olabilmesi kabul edilmiştir.⁷²⁶

Abdullah b. Ömer (r.anhuma)'ya kölesi kendi arazisini suladıktan sonra artan suyunu satıp satamayacağını sormuştur. Bunun üzerine Abdullah b. Ömer (r.anhuma) Rasulullah (s.a.v.)'in “*Her kim otların çoğalmasına mani olmak için ihtiyacından fazla suyunu satarsa Allah da (c.c.) kıyamet gününden ondan ihsanını men eder*” buyurduğunu, bundan dolayı artan suyun satılamayacağını, ücretsiz olarak verilmesi gerektiğini aktarmıştır.⁷²⁷ Abdullah b. Mesud'dan gelen bir rivayette de vadinin alt kesiminde olanların su kaynağından içme ve sulama ihtiyaçlarını giderinceye kadar, üst kesiminde olanlarına karşı emir konumunda oldukları belirtilmektedir.⁷²⁸ Dolayısıyla ihtiyaçlarını giderinceye kadar suyu dilerlerse hapsederler dilerlerse farklı şekilde tasarrufta bulunabilirler. Ancak ihtiyaçlarını giderdikten sonra artan su üzerinde hapsedme hakları kalmamaktadır. Bu rivayetlerden ilkinin doğrudan şefe hakkına yönelik olduğu ifade edilmektedir. Buna göre hayvanlar suya yakın olan yerlerde otlarlar ve suyun engellenmesi durumunda ot da bitmez. Bundan dolayı şefe yetkisinin kullanımına engel olunmaması gerekmektedir. Nitekim şefe hakkı açıklanırken bu yetkiden yararlanmak

⁷²³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 55.

⁷²⁴ MAA, m. 216; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 47; Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 166; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 189, 190; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 80; Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 419, No: 2451.

⁷²⁵ Serahsî, *Mebcut*, c. XXIII, 165; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 188.

⁷²⁶ “...müvekkilim mûmâ-ileyh Mûsâ Efendi'nin mülkü olan Şâdî Bey Hamamı suyundan mezkûr İbrahim Çelebi mülk menziline müceddeden binâ eylediği havzuna cârî olmak üzere vekâletim hasebiyle bir masura su verdim mukâbesinde 'âcilen mezbûr İbrahim Çelebi yedinden kırk kile buğday aldım...” Konya Kadı Sicili, Defter 14, No: 102-1, 170, 171.

⁷²⁷ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 109; Abdurrezzâk b. Hemmâm es-San'ânî, *el-Musannef*, nşr. Heyet, (Kahire: Dâru't-Te'sîl, 1435/2015), c. VI, 452; İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, c. XI, 487; Ebû Ya'lâ Ahmed b. 'Alî el-Mevsîlî, *Musnedu Ebî Ya'lâ*, (yy. Dâru't-Te'sîl, 1438/2017), c. I, 545; Ebû'l-Hasen Alî b. Ömer ed-Dâreku'nî el-Bağdâdî, *el-İlelu'l-Vâride fi'l-Ehâdisi'n-Nebevi*, thk. Muhammed b. Sâlih ed-Debbâsî, (Beyrut: Mu'essesetu'r-Reyyân, 1432/2011), c. V, 72; İbn Zenceveyh, Ebû Ahmed Hamîd b. Maḥled b. Kuteybe el-Ḥorasânî, *Kitâbu'l-Emvâl*, thk. Şâkir Zeyb Feyyâd, (Riyad: Merkezu'l-Melik Faysal, 1406 /1986), 660.

⁷²⁸ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 115.

için insanların kuvvet kullanabilecekleri belirtilecektir. Dolayısıyla bu rivayette, suyun şirb hakkı kapsamında olmadığı belirtilmektedir.⁷²⁹ Her iki rivayet birlikte ele alındığında lafzen doğrudan bir ayırım yapılmayıp şirb hakkı bakımından da suyun ivazsız verilmesinin tavsiye edildiği görülmektedir. Özellikle bulundukları arazinin ihtiyacını aşan pınarlar ve akarsu kolları açısından bu hüküm doğrultusunda hareket edilmeli ve suyun fazlası ihtiyaç duyulmamasına rağmen arazide tutulmamalıdır. İslâm hukukçuları şirb hakkı bakımından ivazsız olarak suyun verilmesini şefeden ayırarak müstehap olarak görmüşler ve buna yönelik olarak kaynak sahibini zorlamamışlardır. Dolayısıyla şirb hakkının ivaz karşılığında hukuki işlemlere konu olabileceği ifade edilmekte ve şirb hakkı kapsamındaki bir yararlanmanın zor kullanılarak elde edilemeyeceği belirtilmektedir.⁷³⁰

Şirb hakkının tesisi ve devrine ilişkin açıklamalar irtifak haklarının kazanılması bölümünde belirtilmiştir. Bununla birlikte şirb hakkında dikkat çeken bir durum, miras yoluyla intikalinin bütün mezheplere göre mümkün görülmesidir.⁷³¹

5.2. SU AKITMA (MECRA VE MESİL) HAKKI

Su akıtma hakkı, bir taşınmaz için gereken suları veya bir taşınmaz üzerinde biriken sular ile atık suları başka bir taşınmaz üzerinden geçirme yetkisi veren bir irtifaktır.⁷³² Bu irtifak hakkı fıkıh eserlerinde mecra ve mesil hakkı olarak iki farklı kavramla ifade edilmiştir. Bu iki kavram birden su akıtma irtifakı olarak nitelendirilebilir.⁷³³ Bu hak Mecelle’de “*Hakk-ı mesîl: Bir hanenin, harice suyu ve seli akmak ve damlalık hakkıdır.*”⁷³⁴ şeklinde tarif edilmiştir.

Çağdaş bazı İslâm hukuku müellifleri, mecra ve mesili ayrı ayrı iki irtifak hakkı şeklinde ele almaktadır. Onlara göre mecra irtifakı, kaynak hakkı sahibi olan kimsenin,

⁷²⁹ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 99.

⁷³⁰ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 107; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 98, 100.

⁷³¹ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 183; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanai'*, c. VI, 189, 190; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 127; Özellikle Hanefilerin mirasın mallarda ve ayıp muhayyerliği gibi bazı haklarda söz konusu olduğunu belirtmesi ve irtifak haklarının mücerret haklar olarak kabul edilmesi bu sonuçta etkili olmuştur. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 95, 102; Yusuf Musa, *el-Emval*, 169.

⁷³² Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556, 557; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku'l-İrtifak”, 290.

⁷³³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 66; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 77.

⁷³⁴ MAA, m. 144.

suyu kaynağından kendi taşınmazına taşınması amacıyla kurulan bir haktır ve kapsamına temiz ve kullanmaya müsait olan sular girer. Mesil irtifakı ise mecra irtifakının aksine, bir çatı veya arazi üzerinde birikmiş olan sular ile bir evin atık sularının dışarıya akıtılması amacıyla kurulan bir haktır. Görüleceği üzere mesil irtifakının kapsamında temiz ve kullanıma hazır sular yer almaz. Mecra irtifakı temiz suların yararlanan taşınmaza taşınması mahiyetindeyken, mesil irtifakı yararlanan taşınmazdaki atık suların taşınması mahiyetindedir.⁷³⁵ ÜMK’da ve SMK’da da belirtilen bu tanımlar doğrultusunda mecra ve mesil irtifakları ayrı ayrı ele alınmıştır.⁷³⁶ İslâm Fıkıh Akademisi ise mecra irtifakını şirb hakkı kapsamında değerlendirmiş ve mesil irtifakını ayrıca tanımlamıştır. Buna göre şirb hakkı kapsamındaki bir suyun taşınması amacıyla kurulan hak da şirb hakkı kapsamında değerlendirilecek olup yalnızca birikmiş, atık suların akıtılması amacıyla kurulan irtifak hakkı mesil irtifakı olarak adlandırılacaktır.⁷³⁷ BAEMK’da da mecra hakkı ayrıca tanımlanmış olsa dahi şirb hakkı ile aynı başlık altında incelenmiş olup mesil hakkı yukarıda belirtilen tanımla doğrultusunda başka bir başlık altında ele alınmıştır.⁷³⁸

Klasik fıkıh kitaplarında mecra ve mesil irtifaklarının muhtevaları kesin bir biçimde ayrılmamıştır. Bu iki kavram da, su akıtma irtifakını ifade edecek şekilde birbirlerinin yerine kullanılmıştır. Klasik fıkıh eserlerinde, kaynak irtifakı sahibi olan kimsenin, suyu taşınmazına getirmek amacıyla bir başkasının arazisinde kurmuş olduğu irtifak hakkı hem mecra hem de mesil irtifakı olarak nitelendirilmişken, atık suyu tahliye amacıyla başka birinin taşınmazı üzerinde kurulmuş olan irtifak hakkı da hem mecra hem de mesil irtifakı olarak nitelendirilmiştir.⁷³⁹ Mürşidü’l-Hayrân’da da mecra ve mesil

⁷³⁵ Zeydân, *el-Medhal*, 222, No: 265, 266; el-Hafîf, *Muâmelâti’s-Ser’iyye*, 99-101; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 84, 89; el-Hafîf, *el-Milkiyye*, 122, 123; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, c. VII, 109; Şelebi, *el-Medhal*, 317; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 127-130; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 706; Yusuf Musa, *el-Emval*, 178; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 353; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 80; Sahibânî, “Hakku’l-İrtifak”, 620; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku’l-İrtifak”, 290, 291; Kalaci, “Hakku’l-İrtifak”, 362, 363.

⁷³⁶ ÜMK, m. 1298, 1302; SMK, m. 594, 597.

⁷³⁷ Karar no: 171; 18/9, *Mecmau’l-Fıkhî’l-İslâmî*, 443.

⁷³⁸ BAEMK, m. 1389, 1392.

⁷³⁹ Serahsî, *Mebhut*, c. XIV, 139, c. XVII, 95; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sana’*, c. VI, 192; İbn Nüceym, *Resail*, 235, 236, No: 633, 634, 636; Buhûtî, *Keşşâfu’l-Kınâ’*, c. III, 412; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 221, 222; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 185; İbn Receb, *el-Kavâid*, 191, 198, 204; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 376; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 122.

kavramlarına yönelik bir ayrıma gidilmemiştir.⁷⁴⁰ Nitekim bazı müellifler bu iki kavramın birbirine çok yakın olduğunu belirtmişler ve aralarında bir ayrıma gitmemişlerdir.⁷⁴¹ Son dönem eserlerine kadar İslâm hukukçuları bu kavramlaştırmayı sürdürmüşler ve her iki kavramı ayrı ayrı birer irtifak olarak incelememişlerdir.⁷⁴² Bu çalışmada da bundan kaynaklı olarak her iki kavram, su akıtma irtifakı olarak nitelendirilerek birlikte ele alınacaktır. Ayrıca uygulamada da atık suların geçtiği yerler için ayrıca bir ifade kullanılmamış olup bunlar yine mecra kavramıyla ifade edilmiştir. Dolayısıyla uygulama açısından da bir kavram farklılaşmasından bahsedilemez.⁷⁴³

İslâm hukukunda temel irtifak tiplerinden biri olan su akıtma irtifakı, ilk dönemlerden itibaren fıkıh eserlerinde yer almıştır. Bu dönemlerde doğrudan mecra ve mesil şeklinde kavramlaşmış olmasa da “*tesyîli’l-ma*” (su akıtma) şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁴⁴ Aslında bu çalışmada mecra ve mesili birlikte ifade etmek için kullanmış olduğumuz kavram ilk dönemlerde kullanılmış olan kavramdır. Bununla birlikte bu hakkın kavramlaştırılmasına ilk olarak Serahsî’de rastlanmaktadır. Serahsî ilk dönemlerde görülse de kavramlaşmamış olan *tesyîli’l-ma* ifadesini, “*hakku tesyîli’l-ma*” (su akıtma hakkı) şeklinde sıkça tekrarlamıştır.⁷⁴⁵ Serahsî’den sonra gelen Hanefî hukukçular da su akıtma irtifakını bu tabiri kullanarak ifade etmişlerdir.⁷⁴⁶ Bu kavramın yanında Kadîhan “*hakku icrâi’l-ma*” kavramını da kullanmış⁷⁴⁷ ve daha sonra gelen müellifler her iki kavramı da su akıtma irtifakını ifade etmek için kullanmışlardır.⁷⁴⁸ İbn Âbidin *hakku tesyîli’l-ma* kavramını kısaltarak “*hakku’l-mesil*” olarak kullanmış⁷⁴⁹ ve

⁷⁴⁰ *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 44-47.

⁷⁴¹ Rafîî, *Fethü’l-Aziz*, c. X, 329.

⁷⁴² “... *mesil* ile *mecrâ* bir *ma’nâda* ve *yekdiğere mürâdif* olmakla, birisiyle iktifa edilmek münasip olacağı gibi...” Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2189; ““*Hakk-ı Mecra*”: *Bir yerden suları akıtmak, kehrizi geçirmek salâhiyetidir. Buna “hakk-ı mesil” de denir.*” Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 57 (3).

⁷⁴³ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XC, 433, No: 378; c. LVII, 551, No: 423.

⁷⁴⁴ Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî, *Kitabu’l-Asl*, thk. Muhammed Boynukalın, (Beyrut: Dâru İbn Hâzım, 2012), c. III, 277.

⁷⁴⁵ Serahsî, *Mebsut*, c. XIV, 139, 170, c. XVII, 94-96, c. XXIII, 174.

⁷⁴⁶ Semerkândî, *Tuhfetu’l-Fukaha*, c. III, 281; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sana’i*, c. VI, 192, 258, 259; Merginanî, *el-Hidaye*, c. III, 47.

⁷⁴⁷ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdihân*, c. III, 68, 69.

⁷⁴⁸ İbn Nüceym, *Resail*, 235, 236, No: 633, 634, 636; İbn Hümam, *Fethü’l-Kadir*, c. VI, 429, 430; İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. V, 79, 189.

⁷⁴⁹ İbn Âbidin, *Reddû’l-Muhtar*, c. VI, 443.

Mecelle, su akıtma irtifakını genellikle bu kavramla ifade etmiştir.⁷⁵⁰ Bununla birlikte Mecelle'nin tercih ettiği diğer bir kavram da hakku'l-icrâi'l-ma kavramının kısaltması olan “*hakku'l-mecra*” olmuştur.⁷⁵¹ Klasik fıkıh eserlerinde ise böyle bir kavramlaşma görülmemektedir. Nitekim Ali Haydar Efendi bu iki kavramın eş anlamlı olduğunu, bunlardan yalnız biriyle yetinilebileceğini belirtmiştir.⁷⁵² Ayrıca Osmanlı'da hakk-ı mecra tabiri, bir kimsenin su kaynağından evine su getireceği vakit, bu sudan kanunen devlete vereceği kısmı ifade etmek için de kullanılmıştır. İnsanlar kimi zaman su kaynağından suyu evlerine getirirken devlet başkanının yaptırmış olduğu su yollarını kullanmışlar kimi zamansa kamu arazisini kullanmışlardır. Bundan dolayı hakk-ı mecra olarak ifade edilen bu miktar, hem kamuya ait su yollarının veya arazinin kullanımının karşılığı hem de bir vergi niteliğindedir.⁷⁵³

Şafiîler açısından su akıtma irtifakı ile ilgili ilk kavramlaşmaya Gazzali'de rastlanmaktadır. Gazzali bu irtifakı, “*hakku'l-mesil*” ve “*hakku'l-mecra*” kavramları ile ifade etmiştir.⁷⁵⁴ Rafii bu kullanımlara ek olarak “*icrâi'l-ma*” kavramını da kullanmıştır.⁷⁵⁵ Nevevî bu irtifakı ifade ederken, “*hakku'l-mesil*” kavramının yanında “*hakku'l-icra*” kavramını da kullanmıştır.⁷⁵⁶ Hakku'l-mesil ve hakku'l-mecra (hakku'l-icra) kavramları daha sonraki müelliflerce de benimsenmiştir.⁷⁵⁷

Hanbelî eserlerinde su akıtma irtifakı ile ilgili olarak İbn Receb'in kullanmış olduğu “*hakku icrâi'l-ma*” kavramına rastlanmaktadır.⁷⁵⁸ Malikîlerde ise su akıtma irtifakı ile ilgili açık bir kavramlaşma görülmemektedir.⁷⁵⁹

⁷⁵⁰ MAA, m. 144, 235, 1151, 1165, 1168, 1224, 1231.

⁷⁵¹ MAA, m. 1224.

⁷⁵² Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2189.

⁷⁵³ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXII, 629, No: 1030, 383, No: 637; c. XXIX, 183, No: 220; c. XXXI, 103, No: 54; c. XXXI, 118, No: 71; c. XXVII, 96, No: 72.

⁷⁵⁴ Rafiî, *Fethü'l-Aziz*, c. X, 324, 328.

⁷⁵⁵ Rafiî, *Fethü'l-Aziz*, c. X, 323, 328, 329.

⁷⁵⁶ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222.

⁷⁵⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 185, 186, c. VI, 406; Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. IV, 119.

⁷⁵⁸ İbn Receb, *el-Kavâid*, 191, 198.

⁷⁵⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 69.

Su akıtma irtifakının kurulmasındaki amaç, suyun naklidir. Nakledilmek istenen su yüklü taşınmazın ötesinde bulunan bir kaynaktan, yararlanan taşınmaza getirilecek olan bir su olabileceği gibi, yararlanan taşınmazda bulunan bir evin çatısında veya arazisi üzerinde biriken sular ile bu evin atık suları da olabilir. Her iki ihtimalde de su akıtma irtifakının vermiş olduğu yetki ile yüklü taşınmaz üzerine kurulan tesisler vasıtasıyla bu suyun nakli gerçekleştirilmiş olur.⁷⁶⁰

Su akıtma irtifakı, yüklü taşınmaz üzerinde suyun akması için su arkları, boru, künk gibi gerekli tesisi bulundurmaya gerektireceğinden dolayı, tâli olarak üst hakkını da doğurmaktadır. Su akıtma irtifakı, hak sahibine yüklü taşınmaz üzerinde gerekli tesisleri inşa etme yetkisi vermektedir.⁷⁶¹ Su akıtma irtifakında suyun akmış olduğu nehri temizleyip, bu nehrin kenarına ıslah amacıyla çamur koyulması durumunda, yüklü taşınmaz maliki yalnızca su akıtma irtifakının olduğunu, bu şekilde çamurla ıslah yapamayacağını (su akıtma irtifakı için bir tesis bulunduramayacağını) ileri sürerek, yararlanan taşınmaz malikinin ilgili fiiline engel olamaz.⁷⁶²

Yararlanma biçimi açısından olumlu nitelikte bir irtifak olan su akıtma irtifakı, hak sahibine suyu akıtmak ve bu suyun akması için gerekli tesisi inşa etmek, bu tesisin bakımını gerçekleştirmek haklarını verirken; yüklü taşınmaz maliki bu haklar karşısında katlanma yükümlülüğü altındadır. Bu katlanma yükümlülüğünün içerisinde su akıtma tesisinin taşınmaz üzerinde bulundurulması, buradan suyun geçirilmesi ve bu tesisin bakım ve onarım işlemleri için hak sahibinin taşınmaza girmesi yer almaktadır.⁷⁶³ Su akıtma hakkına sahip olan kimse, onarım ve bakım işlemleri için su akıtma tesisinin bulunduğu yerin kenarından geçme hakkına da sahiptir. Bundan dolayı tali olarak bu kişinin bir geçit irtifakının bulunduğundan da bahsedilebilir. Ancak yalnızca buradan onarım ve bakım amacıyla geçebilirken, bu tesisin kenarlarına ağaç vb. dikemez. Bu

⁷⁶⁰ Hacak, *İrtifak Hakları*, 67.

⁷⁶¹ İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 429; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 557.

⁷⁶² Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, No: 586, No: 3010.

⁷⁶³ MAA, m. 1228; Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 113; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2190, 2196; Bilgin, "İrtifak Hakları", 105; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 124; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 141.

araziye su akıtma tesisi haricinde herhangi bir alet yerleştiremez.⁷⁶⁴ Yüklü taşınmaz maliki, yalnızca su akıtma irtifakının olduğu, geçit irtifakının olmadığından bahisle hak sahibini engelleyemeyecektir. Tamir ve onarım için kendi taşınmazına girmek isteyen hak sahibini engelleyen malikin, hak sahibinin girmesine izin vermesi veya tamir ve onarımı kendisi yerine getirmesi gerekmektedir. Malikin iki durum arasında seçim hakkı vardır.⁷⁶⁵ Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıklarda su akıtma irtifakı ile birlikte onarım maksatlı geçit irtifakının bulunduğu kabul edilmiştir.⁷⁶⁶

Evinin çatısından komşu taşınmaza akan yağmur suları için kişinin, su akıtma irtifakı kurmasına gerek yoktur. Komşu taşınmaz maliki yağmur sularının akmasına katlanmakla yükümlüdür. Bu suyun akmasına engel olunamaz. Bu durumu zorunlu su akıtma irtifakı olarak nitelendirenler⁷⁶⁷ olmasına rağmen, yağmur sularının bu şekilde akması bir irtifak hakkı olmayıp, mülkiyeti kısıtlayıcı bir sebeptir. Bu yönüyle yağmur suları, atık sulardan ayrılmaktadır.⁷⁶⁸

Mecra ve mesil irtifakı özellikle tarihi görünümü itibarıyla su akıtma maksadıyla kurulmasından ötürü bu çalışmada doğrudan su akıtma irtifakı başlığı altında her iki kavram toplanmış olsa da günümüzde mecra irtifakı daha geniş bir muhtevayı ifade etmektedir. Mecra irtifakı sadece su ve benzeri akıcı cisimlerin nakli amacıyla değil, enerjinin naklini ve dağıtımını sağlamak maksadıyla da kurulabilmektedir. Bu bakımdan sadece su akıtmak için kurulan tesislerin değil aynı zamanda doğalgaz borularının, elektrik ve telefon tellerinin, kablolarının ve direklerinin de birer mecra olarak kabul edilmesi gerekecektir. Nitekim mer'î hukukta bu husus açıkça belirtilmiştir.⁷⁶⁹

⁷⁶⁴ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 176; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 100; Surlu – Öztürk, *Mecra Hakkı*, 49.

⁷⁶⁵ MAA, m. 1228; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 53.

⁷⁶⁶ Konya Kadı Sicili, Defter 39, No: 47-2, 81.

⁷⁶⁷ el-Hafif, *el-Milkiyye*, 116.

⁷⁶⁸ Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 124; Hacak, *İrtifak Hakları*, 96.

⁷⁶⁹ TMK, m. 727, 744; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 540; Surlu – Öztürk, *Mecra Hakkı*, 24.

5.3. GEÇİT İRTİFAKI (HAKKU'L-MURUR)

Geçit irtifakı, fıkıh eserlerinde “*hakku'l murur*” kavramı ile ifade edilmektedir.⁷⁷⁰ Murur esas itibariyle geçiş anlamına gelmekle birlikte, günümüz ıstılahındaki geçit irtifakını ifade etmek için kullanılmıştır.⁷⁷¹ Mecelle’de geçit irtifakı, “*Hakk-ı mürûr: Âharın mülkünden geçmek hakkıdır.*”⁷⁷² şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanıma göre geçit irtifakı sahibi yalnızca yoldan geçmek hakkına sahip olup, yolun rakabesine sahip değildir.⁷⁷³ Buna göre geçit irtifakı, kişiye bir taşınmaz üzerinde, başka bir taşınmaza ulaşım amacıyla geçme hakkı verir. Bir taşınmaz lehine kurulan geçit irtifakından, o taşınmazı kullanan herkes yararlanabilecektir.⁷⁷⁴

Geçit irtifakı, hakku'l-murur olarak kavramlaşmadan önce fıkıh kitaplarında farklı terimlerle ifade edilmiştir. Hanefiler ilk eserlerinde bu haktan “*tarık*” ve “*memerr*” kavramları ile bahsetmişlerdir.⁷⁷⁵ Serahsî ile birlikte geçit hakkı için kullanılan kelimelerde bir kavramlaşma görülmektedir. Serahsî bu irtifak tipini ifade ederken “*hakku'l-memerr*”, “*hakku't-tetarruk*” ve “*hakku'l-murur*” kavramlarını kullanmıştır. Serahsî bu kavramlardan hakku't-tetarruk ve hakku'l-murur kavramlarını kamuya ait yollardan geçme yetkisini de kapsayacak şekilde geniş bir manayı ihtiva edecek şekilde kullanmışken⁷⁷⁶, hakku'l-memerr kavramını, kişinin bir başkasının taşınmazı üzerindeki geçit hakkını ifade edecek şekilde kullanmış⁷⁷⁷, bu kavramla kamuya ait yollardan geçişi belirtmemiştir. Buna göre özellikle hakku'l-memerr kavramı ile geçit irtifakını ifade etmiştir.

⁷⁷⁰ ÜMK’da SMK’da ve BAEMK’da da bu kavram tercih edilmiştir. ÜMK, m. 1289, SMK, m. 528, BAEMK, m. 1379.

⁷⁷¹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 56; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 124, 125.

⁷⁷² MAA, m. 142.

⁷⁷³ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 218; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VI, 12 (68).

⁷⁷⁴ Ebu Zehra, *Milkiyye*, 90; Hacak, *İrtifak Hakları*, 56; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 557; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 78.

⁷⁷⁵ Şeybânî, *Kitabu'l-Asl*, c. III, 278, 286, 292; Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Cafer b. Hamdan Ebü'l-Hüseyn el-Kudûrî, *el-Muhtasarü'l-Kudûrî fi'l-Fıkhî'l-İslâmi*, (yy., Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997/1418), 228.

⁷⁷⁶ Serahsî, *Mebhut*, c. XV, 23, 52, 56, 57, 58, c. XXII, 176.

⁷⁷⁷ Serahsî, *Mebhut*, c. XV, 28, 56, 57, c. XXIII, 200.

İlk olarak Serahsî'nin eserlerinde yer vermiş olduğu bu üç kavramın dışında, “*hakku'l-istittrak*” kavramının yol edinme hakkı manasını karşılayacak şekilde fıkıh kitaplarında kullanıldığı görülmektedir.⁷⁷⁸ Ancak bu kavram yaygınlaşmamıştır. Kâsânî ve Merginânî gibi mezhebin önde gelen fakihleri ise eserlerinde geçit irtifakını karşılayacak şekilde genellikle “*hakku'l-murur*” kavramını kullanmışlardır.⁷⁷⁹ İlerleyen dönemde geçit hakkını ifade etmek için *hakku'l-murur* dışındaki kavramların kullanımı tamamen son bulmamış olsa da en çok bu kavram yaygınlaşmıştır.⁷⁸⁰ Mecelle’de de geçit hakkı esas olarak *hakku'l-murur* kavramı ile ifade edilmiş⁷⁸¹, yer yer *hakku't-tarîk* kavramı da kullanılmıştır.⁷⁸²

Şafîî fakihler geçit hakkını karşılayacak şekilde genellikle “*hakku'l-istittrak*” kavramını kullanmışlardır.⁷⁸³ Bu kavramla birlikte bazı Şafîî fakihler Serahsî’de görüldüğü üzere “*hakku'l-memerr*” kavramını da kullanmışlardır.⁷⁸⁴ Mezhebin bazı müelliflerinin “*hakku'l-murur*” kavramını kullandığı da görülmüştür.⁷⁸⁵ Ancak bu mezhep açısından ağırlıklı olarak kullanılan kavram “*hakku'l-istittrak*” olmuştur. Hanbelîler, Şafîîlere benzer şekilde ağırlıklı olarak “*hakku'l-istittrak*” kavramını kullanmışlar daha sonraları bu kavramla birlikte “*hakku'l-murur*” kavramını da kullanmışlardır.⁷⁸⁶ Malikî mezhebi açısından ise geçit hakkı için ağırlıklı olarak kullanılmış olan bir kavramdan bahsedilmemektedir.⁷⁸⁷

⁷⁷⁸ Semerkandi, *Tuhfetu'l-Fukaha*, c. III, 281; Es'ad b. Muhammed b. el-Hüseyin, Ebu'l-Muzaffer, Cemâl el-İslâm el-Kerâbisî en-Nişâburî, el-Hanefî, *el-Furuk*, thk. Muhammed Temum, (Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf, 1982/1402), c. II, 137.

⁷⁷⁹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. V, 164; c. VI, 49, 258, 265; c. VII, 29; Merginânî, *el-Hidâye*, c. III, 47, 109; c. IV, 473.

⁷⁸⁰ İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 429, 430; Bâbertî, *İnaye*, c. VI, 429; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, c. IV, 443, 518, c. V, 77, 78, 80, 446, 447, c. VI, 89, 445, 597.

⁷⁸¹ MAA, m. 142, 216, 235, 926, 928, 1145, 1168, 1172, 1219, 1220, 1222, 1224, 1225, 1226, 1227, 1555.

⁷⁸² MAA, m. 1016, 1151, 1165.

⁷⁸³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 175, 188; Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. IV, 402; Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf eş-Şirâzî, *el-Mühezzebe fi fikhî'l-İmam eş-Şafîî*, (yy., Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ty.), c. II, 140.

⁷⁸⁴ Rafîî, *Fethü'l-Aziz*, c. X, 324; Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-Kavâid*, c. III, 229; Kalyûbî, *Haşiye*, c. II, 396; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. VI, 406.

⁷⁸⁵ Ebu'z-Ziya Nureddin b. Ali Şebrâmellisî, *Haşiye ala Nihâyetü'l-Muhtâc* (Beyrut: Daru'l-Fikir, 1404/1984), c. IV, 131.

⁷⁸⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VII, 32, 50-52; İbn Receb, *el-Kavâid*, 202, 203.

⁷⁸⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 58.

İslâm hukuku kaynaklarında şirb hakkında bahsedilirken farklı kategoriler içerisinde suların durumları incelendiği gibi, geçit irtifakından bahsedilirken de öncelikle yolların mahiyetleri üçe ayrılarak ele alınmıştır. Bunlardan ilki kamuya ait yollardır (tarîk-ı âmm). Bu yollardan geçme yetkisi devlet tarafından tüm insanların yararlanmasına sunulmuştur. Mecelle’de bu durum “*Herkesin tarîk-ı âmmde hakk-ı mururu vardır*”⁷⁸⁸ şeklinde düzenlenmiştir. Bu yollardan gerek o yolun bulunduğu mahalle halkının gerekse diğer mahallelerde yaşayan insanların geçme hakları vardır.⁷⁸⁹ Bu yolların kenarında oturanlar, bu yollara açılan kapı ve pencere yapmakta özgürdürler.⁷⁹⁰ Ancak yapmış oldukları yapıların yola ve gelip geçene rahatsızlık vermemesi gerekmektedir.⁷⁹¹ Yolu kapatacak nitelikte bir yapının inşa edilmesi durumunda bu yapıların yıkılması gerekecektir.⁷⁹² Bu yollar üzerine idarenin izni olmaksızın karşıdan karşıya geçmek üzere yapılan köprü veya kapıya çıkmak için yapılan merdivenler gibi yapıların durumu hakkında üç farklı görüş vardır. Ebu Hanife, idareden izinsiz bu tip yapıların yapılmasına engel olunacağını ve her ne suretle yapılmış olursa olsun yıkılması gerektiğini; Ebu Yusuf, zarar vermedikleri takdirde bu yapıların inşasına engel olunmaması ve yapılmışsa da yıkılmaması gerektiğini; İmam Muhammed ise bu yapıların inşasına engel olunması gerektiğini ancak yapılmışlarsa zararlı olmadıkça yıkılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Mecelle bu hususta bu tip yapıların inşasının engellenmesini ancak, yapılmış olan yapıların zarar vermedikçe yıkılmamasını belirterek, İmam Muhammed’in görüşünü benimsemiştir.⁷⁹³ Şafîiler de zararlı olmadığı müddetçe bu nitelikteki yapıların kamuya ait yollar üzerine yapılabilmesi görüşünü benimsemişlerdir.⁷⁹⁴ Bu yapılar eskiden yapılmış olsalar dahi, eğer yola veya gelip geçene zarar veriyorlarsa yıktırılırlar.⁷⁹⁵ Muasır İslâm hukukçuları neyin zararlı olup olmadığına, idarenin karar vereceğini bundan dolayı Ebu Hanife’nin görüşünün tercih

⁷⁸⁸ MAA, m. 926.

⁷⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. II, 1707; Şelebi, *el-Medhal*, 318; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 122.

⁷⁹⁰ Bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 41, No: 35-2, 36, 37.

⁷⁹¹ MAA, m. 1213, 1214, 1218.

⁷⁹² Konya Kadı Sicili, Defter 37, No: 227-2, 376.

⁷⁹³ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. II, 1709-1711; c. III, 2179; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 181 (386); Şelebi, *el-Medhal*, 318; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 130.

⁷⁹⁴ Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 171.

⁷⁹⁵ MAA, m. 1213.

edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.⁷⁹⁶ Bu yollar üzerindeki geçit hakkı şefe hakkına benzer nitelikte bir yararlanma yetkisi vermektedir. Bu bakımdan bu yollardan geçmek bir irtifak niteliğinde değil, ibâha nitelikli bir yetkidir. Bu yetki kişilere doğrudan kanundan verilir ve irtifak hakkı tesis eden diğer sebeplerle bu yollar üzerinde böyle bir yetki kurulamaz.⁷⁹⁷ Bu yollar üzerindeki geçme yetkisini de, geçit irtifakı kapsamında kabul eden yazarlar bulunmaktadır.⁷⁹⁸

İkinci tür yollar ise özel mülkiyete tabi (tarîk-ı has) olan yollardır. Mecelle’de “*tarîk-ı hâss, çıkmaz sokaktır*”⁷⁹⁹ şeklinde tarif edilmiş olsa da, Ali Haydar Efendi bu tarifin yeterli olmadığını, her çıkmaz sokağın tarîk-ı hâss niteliğinde olmayıp her çıkar sokağın da tarîk-ı âmm niteliğini haiz olmadığını belirtmiş ve tarîk-ı hâssın özel mülkiyete tabi olan yol olduğunu ifade etmiştir. Bu yollar üzerinde malik veya maliklerin geçme hakkı vardır. Ancak bu geçme hakkı doğrudan mülkiyet hakkına dayanmakta olduğu için bir irtifak hakkından bahsedilemez. Bu yolların malikleri başkalarının bu yollardan geçmesine engel olabilirler.⁸⁰⁰ Maliklerden biri diğerlerinin bu yolu kullanmasına ise engel olamaz.⁸⁰¹ Bununla birlikte bu yollar üzerinde irtifak hakkı tesisi mümkündür. Böyle bir yol üzerine tesis edilmiş olan irtifak hakkı sırf yararlanan taşınmaz malikinin, o yola bakan kapısını kapatmasıyla son bulmaz. Geçit irtifakının aynî nitelikte olması nedeniyle kapıyı kapatan malik veya yararlanan taşınmazın devredilmesi nedeniyle yeni malik bu yola yeniden kapı açabilecektir.⁸⁰² Böyle bir yolda geçit irtifakı bulunan kişiler, yolun malikinden izinsiz, yol üzerine zararlı olup olmaması fark etmeksizin herhangi bir şey inşa edemezler. Geçit irtifakı o yoldan geçme ve süknâ hakkı kapsamındaki yararlanma biçimlerini hak sahibine verirken, herhangi bir şey inşa etme

⁷⁹⁶ el-Hafîf, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 102.

⁷⁹⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 56.

⁷⁹⁸ el-Hafîf, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 101; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 130.

⁷⁹⁹ MAA, m. 956.

⁸⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 1780; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 181 (392); Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 122.

⁸⁰¹ Konya Kadı Sicili, Defter 38, No: 57-2, 85; Bu durumda diğer maliklerin de hakk-ı mururu olduğu ifade edilmektedir. Ancak buradaki hakk-ı murur bir irtifak hakkı niteliğinde olmayıp, mülkiyet hakkından kaynaklı olan geçme hakkıdır.

⁸⁰² MAA, m. 1222; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 175.

hakkını vermez.⁸⁰³ Başlangıçtan beri kamuya kapalı olarak yapılmamış özel mülkiyete tabi yollar, izdiham anında halkın bu yollardan faydalanabilmesi için malik veya malikleri tarafından kapatılamayacaklardır.⁸⁰⁴ Bu kamuya tanınmış bir irtifak hakkı olmayıp, mülkiyeti sınırlayıcı bir tedbirdir.

Üçüncü tür yollar geçit (memerr) olarak ifade edilmektedir. Bu yerler aslında kamu mülkiyetine veya özel mülkiyete ait yollar şeklinde değildirler. Bunlar özel mülkiyete tabi bir taşınmazda bir başka kimsenin irtifak hakkına bağlı olarak geçmiş olduğu özel geçitlerdir. Bu geçit ancak irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılabilir. Geçit irtifakının en yaygın şekli de budur.⁸⁰⁵

5.4. ÜST HAKKI (HAKK-I KARAR - HAKK-I TEALLİ)

Üst hakkı, fıkıh eserlerinde hakk-ı karar kavramı altında incelenmiştir.⁸⁰⁶ Hakk-ı karar bir başkasına ait taşınmaz üzerinde hak sahibine inşaat yapma, ağaç dikme veya daha önceden yapılmış olan inşaatı, dikilmiş ağacı muhafaza etme yetkisi vermektedir. Taşınmazda yapılacak olan inşaat toprağın üzerinde olabileceği gibi altında da olabilir.⁸⁰⁷ Bunun önünde bir engel olmamakla birlikte fıkıh eserlerindeki örnekler toprağın üzerinde yapılmış olan inşaatlara yöneliktir. Ayrıca ağaçlarda İslâm hukukçuları tarafından taşınmaza bağlı olup, uzun müddet varlığını koruyabilmesi dolayısıyla duvar gibi bir yapı olarak görülmüş ve üst hakkının konusu olabileceği kabul edilmiştir.⁸⁰⁸ Karar hakkı, bir taşınmaz üzerindeki bina ve ağaçların üzerinde bulundukları taşınmazın mülkiyetinden ayrılabilmelerini ve bir başkasının mülkiyetine tabi olabilmelerini mümkün kılmıştır.

⁸⁰³ MAA, m. 1220; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2185; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 182 (393).

⁸⁰⁴ MAA, m. 1223; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2188; Zeydân, *el-Medhal*, 223, No: 267; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 182 (396); Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 110, 111; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 93; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 122.

⁸⁰⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 57.

⁸⁰⁶ Şelebi, *el-Medhal*, 320; Hacak, *İrtifak Hakları*, 58.

⁸⁰⁷ Şelebi, *el-Medhal*, 320; Mer'î hukuk açısından bunun mümkün olduğu doğrudan kanunla düzenlenmiştir. TMK, m. 726; Bu hakkın hem toprağın altında hem de üstünde yapı inşa yetkisi vermesinden dolayı üst hakkı olarak değil, inşaat hakkı olarak isimlendirilmesinin daha uygun olduğunu ifade eden modern hukukçular olmuştur. Kaneti – Köprülü, *Sınırlı Aynî Haklar*, 158; Berki, *Aynî Haklar*, 118; Bu hakkı inşaat hakkı olarak nitelendiren İslâm hukukçuları mevcuttur. Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 376; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 78.

⁸⁰⁸ Serahsî, *Mebcut*, c. XV, 29-32; Nevevî, *Ravza*, c. V, 200, 215; Mardin, *Kat Mülkiyeti*, 10.

Üzerinde karar hakkı tesis edilmiş olan yüklü taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde, karar hakkı sahibinin bina ve ağaçların mülkiyetine sahip olmasına katlanmakla yükümlüdür.⁸⁰⁹ Karar hakkının olmaması durumunda bir başkasının taşınmazı üzerine yapı inşa eden kimse ancak taşınmaz sahibi ile aralarında şahsi hak doğuran bir sözleşme yapabilecektir. Bu durumda taşınmazın devredilmesi durumunda, üzerinde yapı inşa eden kimse şahsi hakkını yeni malike karşı ileri süremeyecektir. Bir sınırlı aynî hak niteliğindeki karar hakkı ise, üçüncü kişilere dermeyeran edilebileceğinden ötürü bu tür olumsuzlukların doğmasına engel olacaktır. Özellikle günümüz açısından uygulaması artmış olan “yap-işlet-devret” modeli bu hak sayesinde işlerlik kazanabilecektir.⁸¹⁰

Mer’î hukukta yalnızca tek başına bağımsız halde inşa edilen yapılar üst hakkının konusu olabilmektedir. Bu bakımdan ağaçlar, bir binanın farklı katları ve bir binanın parçası veya devamı niteliğindeki yapılar üst hakkının konusu olamamaktadır.⁸¹¹ İslâm hukukunda ise karar hakkı çok daha geniş bir muhtevayı konu almaktadır. İnşa edilen bağımsız yapıların yanında, ağaçlar ve bir binanın farklı katları da karar hakkının konusu olabilmektedir. Dolayısıyla karar hakkı bu kapsamı itibariyle modern hukuktaki üst hakkından ayrılmaktadır.⁸¹² Karar hakkının kapsamı üç kısma ayrılarak incelenebilir.

1- Karar hakkının kapsamına ilk olarak başkasına ait bir arazi üzerinde, başka bir taşınmaza bağlı olmayan, bağımsız nitelikteki yapı ve ağaçlar girmektedir. İslâm hukukçularının ağaçları da yapı eseri gibi değerlendirmelerinden dolayı bu kapsamı açısından karar hakkı üst hakkına benzerlik göstermektedir.⁸¹³ Bu kapsamı itibariyle karar hakkı, “*hıkr*” kavramıyla da nitelendirilmektedir.⁸¹⁴ Ancak modern hukuktaki üst hakkının kapsamına ağaçların girmediği unutulmamalıdır. Ayrıca bu muhtevadaki bir karar hakkında hak sahibi bu hakkını bir taşınmaza bağlı olarak kazanmamakta, doğrudan şahsa bağlı olarak kazanmaktadır. Bundan dolayı bu nitelikteki bir karar hakkı şahsa bağlı

⁸⁰⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 59.

⁸¹⁰ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 991; Kaneti – Köprülü, *Sınırlı Aynî Haklar*, 160.

⁸¹¹ Emre Ergin Ergani, *Üst Hakkı* (Antalya: Akdeniz Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2015), 26.

⁸¹² Hacak, *İrtifak Hakları*, 59.

⁸¹³ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 29-32; Nevevî, *Ravza*, c. V, 200, 215; Şelebi, *el-Medhal*, 330; Mardin, *Kat Mülkiyeti*, 10.

⁸¹⁴ el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 103.

bir irtifak hakkı mahiyetindedir. Şahsa bağlı irtifak haklarını kabul etmeyen yazarlar, bu kapsamı itibariyle karar hakkını bir irtifak hakkı olarak değerlendirmezler.⁸¹⁵

Klasik dönem fıkıh eserlerinde bu şekilde arazi üzerindeki yapı ve ağaçların mülkiyetinin arazinin mülkiyetinden ayrılabilceği belirtilmekle birlikte bu durum için genellikle karar hakkı kavramı kullanılmamıştır. Son dönemde ise karar hakkı kavramının kullanımının yaygınlaştığı görülmektedir. Özellikle karar hakkı ile sahip olunan taşınmazların vakfedilebilmesi belirtilirken bu hakkın söz konusu edildiği görülmektedir. İslâm hukukçuları araziden ayrı olarak mülkiyetine sahip olunan yapıların sahibi tarafından vakfedilebileceğini belirtmişler ve bu yapılara karar hakkı nedeniyle malik olduğunu belirtmişlerdir.⁸¹⁶ Zamanaşımı yoluyla miri arazinin ve vakıf arazinin mülkiyeti kazanılamazken, üzerinde bulunan yapıların on yıl boyunca itirazsız bir şekilde tasarruf edilmesiyle karar hakkının konusu olacağı ifade edilmiştir.⁸¹⁷

2- Karar hakkının kapsamına ikinci olarak, başkasına ait mevcut bir yapının üzerinde bir yapı inşa etmek girmektedir. Bu kapsamı itibariyle hakk-ı kararın söz konusu olduğu arazi ve bu arazideki mevcut yapı yüklü taşınmaz konumunda olurken, bunun üzerine inşa edilen kat yararlanan taşınmaz olmaktadır. Bu kapsamı itibariyle karar hakkı, Hanefî fakihler tarafından “*hakku’l-tealli*” olarak isimlendirilmiştir.⁸¹⁸ Bir binada birden fazla kat olması durumunda ise birden fazla tealli hakkı kurulması mümkündür.⁸¹⁹ Bu katları bir taşınmaz olarak kabul etmeyerek tealli hakkının yalnızca şahıs lehine kurulabileceğini ifade eden müellifler bulunmakla birlikte bu görüşe katılmamaktayız.⁸²⁰ Ayrıca bu kapsamı itibariyle de karar hakkı şahsa bağlı olarak kurulabilmekte, yani mevcut yapı üzerine bir yapı inşa etme hakkı doğrudan bir şahsa da verilebilmektedir.⁸²¹ Karar hakkı bu niteliği göz önüne alındığında bir düzensiz kişisel irtifak olarak karşımıza

⁸¹⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 59.

⁸¹⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 40-48; Akman, *Eski Vakıflar Hukuku*, 66.

⁸¹⁷ 1858 Tarihli Arâzî Kânûnnâme-i Hümayunu, m. 78, (in: Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, c. 3 (İstanbul: OSAV, 2012), 908).

⁸¹⁸ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. 5 80, c. VI, 217; Şelebi, *el-Medhal*, 320.

⁸¹⁹ el-Hafîf, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 103; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 558.

⁸²⁰ el-Hafîf, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 89.

⁸²¹ Serahsî, *Mebhut*, c. XV, 28; el-Hafîf, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 89.

çıkmaktadır. Dolayısıyla tealli hakkının yalnızca eşyaya bağlı olarak kurulabileceğini belirten yazarlara da katılmamaktayız.⁸²²

Tealli hakkı sahibi, kendi katının yıkılması veya yok olması nedeniyle hakkını kaybetmez ve yüklü taşınmaz maliki, bu durumun kendisini herhangi bir zarara uğratmayacak olmasından dolayı, yeniden kat yapılmasını talep edemez. Alt kat maliki kendi katını kasten yıkarsa, tealli hakkı sahibi, hakkını kullanabilmek için alt kat sahibini kendi katını inşa etmeye zorlayabilir. Ayrıca alt kat malikinin bu fiili nedeniyle bir zarara uğramış olması durumunda, tealli hakkı sahibi zararını da tazmin ettirebilecektir. Alt katın kendiliğinden yıkılması durumunda ise, tealli hakkı sahibi, alt kat sahibini zorlayamayacak ancak mahkemeye başvurarak alt katı ve üst katı inşa etmek ve alt kat için yapmış olduğu harcamaları bu katın malikinden almak için izin isteyebilecektir.⁸²³ Mahkeme kararı veya yüklü taşınmaz malikinin izni ile alt katı inşa eden tealli hakkı sahibi, masraflarını talep edebilecekken, mahkeme kararı veya izin olmaması durumunda ancak yapının kıymeti ölçüsündeki masraflarını talep edebilecektir. Yüklü taşınmaz malikinin bu masrafları ödemekten kaçınması durumunda, tealli hakkı sahibi inşa etmiş olduğu yapıda alt kat malikini oturmaktan men edebilir ve masraflar karşılığında hakkı olan miktarı elde edinceye kadar burayı kiraya verebilir.⁸²⁴

Gerek yüklü taşınmaz malikinin gerekse tealli hakkı sahibinin birbirlerine zarar verecek tasarruflarda bulunma yetkileri yoktur. Örneğin yüklü taşınmaz maliki yapının zayıflamasına sebep olacak şekilde yeni bir pencere veya kapı açamayacak, tealli hakkı sahibi ise yapının kolonlarının taşıyamayacağı ölçüde ağır yükler yüklemeyecektir. Birbirlerine herhangi bir zararı olmayan, duvarı boyamak veya çivi çakmak gibi tasarrufları ise hem yüklü taşınmaz maliki hem de tealli hakkı sahibi serbestçe yapabilecektir. Zararlı olup olmadığı hususunda netlik bulunmayan tasarruflarda bulunulması ise, Ebu Hanife'ye göre hukuka uygun değilken, İmameyn'e göre hukuka

⁸²² Hacak, *İrtifak Hakları*, 29.

⁸²³ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 66, 67; Şirbînî, *Muğni'l-Minhâc*, c. III, 183; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2154; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 174 (364); Şelebi, *el-Medhal*, 321, 322; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 103, 104; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 111; Zeydân, *el-Medhal*, 224, No: 268; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 133.

⁸²⁴ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 67.

uygun olarak değerlendirilmiştir.⁸²⁵ Çünkü Ebu Hanife'ye göre bu gibi durumlarda esas olan tasarruf yasağıdır. Gerek tealli hakkı sahibinin olsun gerekse yüklü taşınmaz malikinin olsun yapacakları tasarruflar diğerinin hakkına taalluk edecek niteliktedir. Bundan dolayı ancak bir zarar vermeyeceği kesin olan tasarruflarda bulunulması mümkün olmakla birlikte, zarar verici nitelikte olan veya zarar verme şüphesi bulunan tasarruflar geçerli değildir. İmameyn'e göre ise burada esas olan tasarruf serbestliğidir. Kişiler kendi aynî hakları bulunan alanlar üzerinde bir başkasına kesin bir şekilde zarar vermeyecek olan tasarruflarda bulunmakta serbesttirler. Ancak zarar vereceği kesin olan tasarruflarda bulunamazlar. Bundan dolayı birlikte zarar vermesi şüpheli olan durumlar tasarruf serbestisi içerisinde değerlendirilecektir. Örneğin tealli hakkı sahibinin kendi katına ağır bir yük taşıması durumunda bu yükün yapının kolonları ve duvarları üzerinde zararlı bir etki doğurup doğurmayacağı şüpheli olabilir. Ebu Hanife'ye göre tealli hakkı sahibinin böyle bir yükü taşıma yetkisi yokken, İmameyn'e göre vardır.⁸²⁶ Bu durum Ebu Hanife'nin tealli hakkı nedeniyle ortaya çıkan ilişkiyi, yan yana komşuluktan ayrı değerlendirdiğini göstermektedir. Çünkü Ebu Hanife yan yana komşu olan kişilerin zarara neden olsa dahi, malik oldukları taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabileceklerini ve bu tasarrufları nedeniyle bir zarar ortaya çıkarsa ancak diyaneten sorumlu tutulacaklarını belirtmiştir.⁸²⁷ Alt kat, üst kat maliklerinin durumunda ise, üst katın tealli hakkı bulunurken alt katın yağmurun ve güneşin olumsuz etkilerinden korunma hakkı (çatı hakkı) bulunmaktadır ve bu haklar tarafların tasarruflarını sınırlamaktadır.⁸²⁸ Keza Mecelle'de de bu durum belirtilmiştir.⁸²⁹ Buna göre yan yana komşulukta esas olanın tasarruf serbestliği olduğunu savunan Ebu Hanife, tealli hakkının söz konusu olduğu durumlarda aksi görüştedir. Bununla birlikte Çalış, Ebu Hanife'nin alt kat malikinin yalnızca binanın temelinde yapacağı işlemler açısından, üst kat malikinin binanın

⁸²⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2153, 2154; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 203; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707.

⁸²⁶ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 106; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 112; Yusuf Musa, *el-Emval*, 182; Osman Kaşıkçı, "Mecelle'de Kat Mülkiyeti", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/1, (1998), 142, 143; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 203.

⁸²⁷ es-Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 21; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, c. VI, 264, 265, c. VII, 29, 29; Vehbe Zuhaylî, *Nazariyetü'd-Damân*, (Dimaşk: Dâru'l-Fikr, 1998), 27; Ebû Muhammed Ali b. Ahmed İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Beyrut: Dâru'l-Kitabi'l-İlmiyye, 2003, c. VII, 84-86; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, c. II, 186, 187; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 108; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 193 vd.

⁸²⁸ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusuleyn*, 1071, Hacak, *İrtifak Hakları*, 72.

⁸²⁹ MAA, m. 1192.

temelinde hakkının bulunmadığından bahisle, komşuluk hakkı kapsamında sınırlandırılacağını benimsemiş olduğunu belirtmiştir. İmameyn'e göre ise üst katın ayakta kalması alt kata ve alt katın temeline bağlı olduğu için bu durumda da komşuluk hakkından kaynaklı sınırlamalar değil, alt kat – üst kat malikleri arasında geçerli olduğunu belirttikleri sınırlamalar uygulanacaktır.⁸³⁰

Kendi katını bir başkasının katı üzerine inşa etme hakkı veren tealli hakkı, karar hakkının en yaygın görülen türüdür. Bu yaygınlığı nedeniyle bazı İslâm hukukçuları tarafından tealli hakkı kavramı, karar hakkının önüne çıkarılmış ve doğrudan bu hak, üst hakkının karşılığı gibi işlenmiştir.⁸³¹ Tealli hakkı bir binanın farklı şahıslara ait olan katları arasındaki irtifak ilişkisini ifade ederken, karar hakkı kapsamındaki diğer hakları belirtmemektedir. Ayrıca tealli hakkı şeklindeki bir kavramlaşma Hanefî fakihler tarafından geliştirilmiş ve kullanılmış olmakla birlikte diğer mezheplerce bu şekilde benimsenmemiştir. Bu sebeplerden ötürü tealli hakkının yalnızca karar hakkının bir çeşidi olarak ele alınması ve kapsamı içerisindeki diğer irtifak haklarının dışarıda bırakılmaması için bir üst başlık olarak karar hakkının işlenmesi gerekmektedir.⁸³²

Tealli hakkının doğrudan üst hakkı, kat mülkiyeti veya kat irtifakı terimleriyle ifade edildiği görülmektedir.⁸³³ Ancak belirtildiği gibi tealli hakkı, karar hakkının bir çeşididir. Bu haliyle üst hakkına daha yakın olan kavram tealli hakkı değil, karar hakkıdır. Kat irtifakının ise irtifak hakkı mahiyetinde olup olmadığı tartışmalıdır. Kat irtifakı müşterek mülkiyet altındaki arazide arsa payına bağlı olarak kurulan ve hak sahibine yapı tamamlandıktan sonra kat mülkiyeti kurulmasını talep etme yetkisi veren bir haktır.⁸³⁴ Kişinin tealli hakkı sahibi olmak için arazi üzerinde müşterek mülkiyetinin bulunmasına ihtiyaç yoktur. Bilakis bu durumda arsa da alt kat da tealli hakkı sahibine ait değildir.⁸³⁵

⁸³⁰ Çalış, *Özel Mülkiyet*, 105.

⁸³¹ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 102, 103; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 132, 133.

⁸³² Hacak, *İrtifak Hakları*, 60.

⁸³³ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 102, 103; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 132, 133; Cin - Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707; Ekinci, *İslâm Hukuku*, 455; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 81; Osman Kaşıkçı, "Eski Hukukumuzda Üst Hakkı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1 (1999), 49.

⁸³⁴ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 719; Abdüssamet Uslu, *Kat İrtifakı*, 1. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 14.

⁸³⁵ Serahsî, *Mebhut*, c. XIV, 132.

Ayrıca belirtildiği üzere tealli hakkı yalnızca kat mülkiyetini talep etme yetkisi vermemekte, burada kendi yapısını bulundurma yetkisi tanınmaktadır. Bu haliyle henüz inşa edilmemiş bir yapı ile alakalı olan kat irtifakı kavramı tealli hakkını karşılamakta yetersiz kalacaktır. Tealli hakkını haiz olmak için taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyete sahip olmaya gerek olmadığından kat irtifakı gibi kat mülkiyeti kavramı da tealli hakkının yerine kullanılamayacaktır.⁸³⁶ Kat mülkiyeti ve kat irtifakına yönelik ayrıntılı açıklamalar son bölümde yapılacak olup, bahsedilen nitelikleri itibariyle tealli hakkını karşılamadığı ifade edilmekle yetinilecektir.⁸³⁷

3- Karar hakkının kapsamına son olarak bir taşınmazın üzerinde, bazı uzantı ve çıkıntılara sahip olma yetkisi girmektedir. Bu kapsamda kurulmuş olan bir karar hakkında, yararlanan taşınmaz konumundaki bir yapının balkon gibi çıkıntılarının yüklü taşınmaza uzanması⁸³⁸ veya yararlanan taşınmaza ait olan bir su akıtma tesisinin çıkıntılarının yüklü taşınmaz üzerine uzanması gibi durumlar söz konusudur.⁸³⁹ Bu uzantı ve çıkıntılar yararlanan taşınmaza devamlı olarak bağlı olduğu için karar hakkının bu kısmı her zaman eşyaya bağlı olarak kurulmaktadır. Dolayısıyla bu nevi bir karar hakkına ancak, yararlanan taşınmaza malik olmak suretiyle sahip olunabilecektir.⁸⁴⁰ Ayrıca bir evin bahçesine uzanan ağaç dallarının veya eğilen duvarın da bu nevi karar hakkına konu olması İslâm hukukçuları tarafından kabul edilmiş, özellikle Malikî ve Hanbelî hukukçuları bu durumun ödenecek bir bedel karşılığında irtifak haline dönüştürülmesini mümkün görmüşlerdir.⁸⁴¹ Mer'î hukukta taşkın yapıya yönelik yapılan düzenlemeler ile başka bir taşınmaz üzerindeki uzantı ve çıkıntılar için bir irtifak hakkı tesis edilebileceği düzenlenmiştir. Bu irtifak hakkının, üst hakkı olabileceği gibi (isimsiz) atipik nitelikte bir irtifak hakkı olabileceği de kabul edilmiştir.⁸⁴²

⁸³⁶ Üst hakkı ve kat mülkiyetinin de birbirlerinden farklı olduğuna dair bkz. S. Sulhi Tekinay, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 5, 6.

⁸³⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 60.

⁸³⁸ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 20, 59.

⁸³⁹ Bâbertî, *İnaye*, c. VI, 429; İbn Hümmam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 428-430; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 80, 81.

⁸⁴⁰ Hacak, *İrtifak Hakları*, 61.

⁸⁴¹ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 20,21; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 186; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, c. III, 407; Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 255.

⁸⁴² Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 537.

Fıkıh eserlerinde karar hakkına yönelik örnekler incelendiğinde bunların daha çok, karar hakkının ikinci ve üçüncü tür kapsamına dahil örnekler olduğu görülmektedir.⁸⁴³ Ancak karar hakkının bu kısmına dair verilmiş örneklere bakıldığında, bu hakkın sözleşme yoluyla kurulmasını Şafiî mezhebi hukukçuları hukuka uygun bulmazlar. Hanbelî ve Malikî hukukçulara göre ise bu işlem hukuka uygundur. Ancak bu durumda alt kat mevcut ise bu katın sınırları dahilinde kurulacak olan tealli hakkının nitelikleri belirlenmeli, eğer alt kat mevcut değilse daha sonradan tarafların arasında bir anlaşmazlığa neden olmayacak şekilde bu alt katın ve kurulacak olan tealli hakkının sınırları ile diğer nitelikleri belirlenmelidir.⁸⁴⁴ Keza sözleşme ile irtifak hakkı tesisini mümkün görmeyen Hanefî hukukçular da tealli hakkının bu yolla kurulamayacağını belirtirler. Hatta geçit hakkını bu görüşlerine istisna olarak gösterirken, özellikle tealli hakkı ile mukayese eder ve bu hakkın konusunun bir ayn ile alakalı olmayıp, havayı konu aldığını belirtirler.⁸⁴⁵ Hanefîler ancak üst katın inşa edilmiş olmasının ardından tealli hakkının sözleşme yoluyla tesisini mümkün görmüşlerdir.⁸⁴⁶ Ayrıca Hanefîlere göre karar hakkının belirli bir süreyle sınırlı olarak kurulması mümkün değildir. Bundan dolayı karar hakkı bir yapının sürekli biçimde belirli bir mekanda bulunması niteliğindedir. Bir evin üst katının yıkılmasında olduğu gibi, bu hak nedeniyle malik olunan bir yapının yıkılması durumunda tealli hakkının varlığı devam etmektedir. Bu niteliği itibarıyla Hanefîler bu hakkı bir taşınmaz hükmünde düşünmüşler ve özellikle şüf'a hakkının söz konusu olduğu durumlarda bu hakkın önemli etkilerinin olacağını belirtmişlerdir.⁸⁴⁷ Mecelle Tadil Komisyonu'nda ise tealli hakkının alım satımı hukuka uygun görülmüştür.⁸⁴⁸ Komisyon

⁸⁴³ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 20, 21, 59; Bâbertî, *İnaye*, c. VI, 429; İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 428-430; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 80, 81; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 179-182; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ*, c. III, 407; Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 250-257.

⁸⁴⁴ Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kinâ*, c. III, 407; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebir*, c. IV, 16; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 181; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 103; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 112; Zeydân, *el-Medhal*, 224, No: 268; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 133; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707.

⁸⁴⁵ İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 80; İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 428; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 103; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 111.

⁸⁴⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 354.

⁸⁴⁷ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. V, 13; Hacak, *İrtifak Hakları*, 62.

⁸⁴⁸ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 356.

zamanın ihtiyaçları doğrultusunda Malikî ve Hanbelî mezhebinin g r   lerine uygun biçimde kanunla tırma yapılmasını teklif etmiştir.⁸⁴⁹

Kapsamı göz önüne alındığında karar hakkının konusunun yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı inşa etme ve bulundurma hakkı olduğu görülmektedir. Bu yapı ilk iki kapsamı düşünüldüğünde doğrudan taşınmaza bağlı olabileceği gibi bir balkon çıkıntısı gibi yalnızca o taşınmazın hava sahasına da uzanmış olabilir.  nemli olan ilgili yapı veya ağacın yüklü taşınmaza bağlı şekilde bulunması olmayıp, bu taşınmazın yer veya hava sahasında bulunmasıdır. Bununla birlikte karar hakkının konusu yalnızca yapı eserleri değildir. Yukarıda bahsedildiği gibi ağaçlar ve hatta taşınır mahiyette bulunan mecrâ tesisleri de karar hakkının konusu olabilirler.⁸⁵⁰ Mer'î hukuk açısından ise taşınır mahiyetteki eşyalar üst hakkının konusu olamazlar. Ta ınırlar açısından taraflarca atipik nitelikte farklı bir irtifak hakkı tesis edilebilir.⁸⁵¹

Kapsamının genişliği ile orantılı olarak karar hakkı ile ilgili birçok kavram fakihler tarafından kullanılmıştır. Ancak bu kavramların hiçbiri tüm mezheplerin üzerinde ittifak ederek kullanacağı şekilde yaygınla mamıştır. Özellikle, Hanefiler ve  afi lerin farklı kavramlar geliştirdikleri görülmektedir. İmam Muhammed'in bu hakkı ele aldığı anla ılmakla birlikte bu hakka has bir kavram geliştirdiği görülmemektedir.⁸⁵² Diğer irtifak haklarında da görüldüğü üzere, ilk kavramla maya Serahsî ile birlikte kar ıla ılmaktadır. Serahsî bu hakkı genel biçimde ifade ederken “*hakku'l-karar*”⁸⁵³ kavramını kullanırken, tealli hakkı olarak ifade edilen kapsamı için üst katın karar hakkı anlamında “*hakku'l-karari'l-ulv*”⁸⁵⁴ kavramını kullanmıştır. Daha sonradan tealli hakkına d n  m   olan hakku'l-karari'l-ulv kavramı, aynı zamanda bu hakkın karar hakkı kapsamında değerlendirildiğini, karar hakkının bir türü olduğunu göstermektedir. Serahsî'den sonra gelen Semerkandî ise hakku'l-karar kavramını kullanmış olmakla

⁸⁴⁹ Ka ıkı, *İ l m ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 367; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707.

⁸⁵⁰ Hacak, *İrtifak Hakları*, 61.

⁸⁵¹ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 990.

⁸⁵²  eyb n , *Kitabu'l-Asl*, c. III, 278, 280, 281, 292.

⁸⁵³ Serahsî, *Meb ut*, c. XV, 20, 24, 59.

⁸⁵⁴ Serahsî, *Meb ut*, c. XV, 28; XVII, 92; XVIII, 92; c. XX, 145; Her zaman tealli hakkı için bu kavram kullanılmamış olup kimi zaman yalnızca hakku'l-karar kavramının kullanıldığı da görülmektedir. Serahsî, *Meb ut*, c. XIV, 132.

birlikte yeni bir kavram olarak “*hakku’t-tealli*”yi kazandırmıştır.⁸⁵⁵ Semerkandî’nin öğrencisi olan Kâsânî ise hakku’t-tealli kavramını hiç kullanmamış olup bu kavram yerine “*hakku’l-bina ala’s-sufl*” kavramını geliştirmiştir.⁸⁵⁶ Bu şekilde kullanım ise daha çok Şafîî mezhebi içerisinde yaygınlaşmış bir kavramdır. Bununla birlikte Kâsânî’nin hakku’l-karar kavramını da diğer müelliflere oranla çok az kullanmış olduğu, eserinin yalnızca bir yerinde geçtiği görülmektedir.⁸⁵⁷ Serahsî’den itibaren hakku’l-karar kavramı yaygınlaşmış ve genel olarak kullanılır olmuştur. Bununla birlikte hakku’t-tealli kavramının aynı yaygınlıkta kullanıldığı görülmez. Bu kavramın yaygınlık kazanması Merginânî ile olmuştur. Merginânî tealli hakkını ifade etmek için önceki müelliflerde kullanılan kavramları terk etmiş ve hakku’t-tealli kavramını kullanmayı tercih etmiştir.⁸⁵⁸ Merginânî’den itibaren hakku’t-tealli kavramının kullanılması Hanefî mezhebinde yaygınlaşmış ve daha genel kapsamlı olarak hakku’l-karar kavramının kullanımı yerleşmişken, bu hakkın özel bir türü mahiyetinde de hakku’t-tealli kavramının kullanımı yerleşmiştir.⁸⁵⁹ Bununla birlikte hakku’l-karar kavramının, tealli hakkını ifade etmek için de kullanılmaya devam ettiği de görülmüştür.⁸⁶⁰ Mecelle’de hakk-ı karar kavramı kullanılmış⁸⁶¹, Mecelle Tadil Komisyonu’nda ilave edilen bir madde de ise hakk-ı tealli kavramına yer verilmiştir.⁸⁶²

Şafîî mezhebi açısından karar hakkına ilişkin ilk kavramlaşma Gazzali’de ve sonrasında Rafîî’de görülmüştür. Bu hukukçular mevcut bir yapı üzerine, yapı inşa etme yetkisini “*hakku’l-bina*” kavramı ile ifade etmişlerdir.⁸⁶³ Bu iki müellifin ardından Nevevî yaygın bir şekilde aynı kavramı kullanmış⁸⁶⁴, mezhebin daha sonra gelen fakihleri

⁸⁵⁵ Semerkandî, *Tuhfetü’l-Fukaha*, c. III, 51.

⁸⁵⁶ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. V, 10, 13.

⁸⁵⁷ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 257.

⁸⁵⁸ Merginânî, *el-Hidaye*, c. III, 47.

⁸⁵⁹ İbn Hümam, *Fethü’l-Kadir*, c. VI, 428-430; *el-Fetva’l-Hindiyye*, c. VI, 276; İbn Âbidin, *Reddü’l-Muhtar*, c. IV, 520, 522, 523, c. V, 52, 53, 80, 81, 444, 546, c. VI, 217, 218, 237, 282, 287.

⁸⁶⁰ İbn Âbidin, *Reddü’l-Muhtar*, c. V, 444; c. VI, 217.

⁸⁶¹ MAA, m. 1192, 1213.

⁸⁶² Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 356.

⁸⁶³ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 220; Rafîî, *Fethü’l-Aziz*, c. X, 324-328.

⁸⁶⁴ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 219-221.

tarafından da bu kullanım benimsenmiştir.⁸⁶⁵ Bu mezhep fakihlerinin kullanmış oldukları “*hakku’l-bina*” ve “*hakku’l-bina ala’s-süfl*” kavramları, Hanefîlerdeki *hakku’t-tealli* kavramını karşılamaktadır.

Şafîîlerin kullanmış olduğu bir diğer kavram ise “*hakku’l-heva*” kavramıdır. *Hakku’l-heva* kavramı genellikle bir yapıya ait uzantı ve çıkıntıların başka bir taşınmaz üzerinde, herhangi bir fiziki bağlantısı olmaksızın, bulunma hakkını ifade etmektedir.⁸⁶⁶ Bu bakımdan karar hakkının kapsamı içerisinde üçüncü tür olarak ifade etmiş olduğumuz kısmı nitelendirmektedir. Ancak bu kavramın kullanımı mezhep içinde *hakku’l-bina* kavramının kullanımı kadar yaygınlık göstermemiştir. *Hakku’l-heva* kavramı da ilk olarak Gazzali’nin ve sonrasında Rafîî’nin eserlerinde görülmektedir.⁸⁶⁷ Nevevî ise bu kavramı kullanmamıştır. Bu mezhep fakihlerinden olan Zerkeşi ise Nevevî’nin aksine bu kavramı kullanmıştır.⁸⁶⁸ Bununla birlikte bu kavramın ifade etmiş olduğu hak biçimine dair örnekler, diğer kavramlarla ifade edilene oranla daha az rastlanan türdendir. Böyle olması da bu kavramın fıkıh eserlerinde çok yaygın olarak kullanılmamasının nedenlerindendir. Hanefîler ise Şafîîlerin *hakku’l-heva* ile ifade etmiş oldukları kapsamı karşılayacak bir kavram kullanmamışlar, bu durumu *hakku’l-karar* kavramının geniş kapsamı içerisinde ele almışlardır.⁸⁶⁹

Şafîî mezhebindeki anlamıyla, *hakku’l-heva* kavramının kullanımı Malîkî mezhebinde de görülmüş olmasına rağmen, bu kullanım yaygınlık kazanmamıştır.⁸⁷⁰ Bunun haricinde Malîkî mezhebinde karar hakkına ilişkin bir kavramlaşmaya rastlanmamaktadır. Aynı şekilde Hanbelî mezhebinde de benzer bir kavramlaşma bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu iki mezhep açısından da böyle bir hakkın mefhum itibariyle mevcut olduğu görülmektedir. Nitekim bu iki mezhep karar hakkının sözleşme

⁸⁶⁵ Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 179, 180, 185, c. IV, 106; Remli, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, c. IV, 409; Kalyûbî, *Haşiye*, c. II, 396.

⁸⁶⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 64.

⁸⁶⁷ Rafîî, *Fethü’l-Aziz*, c. X, 324, 328.

⁸⁶⁸ Zerkeşi, *el-Mensûr fi’l-Kavâid*, c. III, 226.

⁸⁶⁹ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 59; MAA, m. 1192, 1213.

⁸⁷⁰ Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 254.

ile kurulabilmesi açısından diğer mezheplere oranla çok daha serbest bir görüş benimsemişlerdir.⁸⁷¹

Karar hakkının sona ermesi durumunda, bu hakka dayanarak inşa edilmiş olan yapının mülkiyeti yüklü taşınmaz malikine geçecektir. O zamana kadar arazinin bütünleyici parçası olarak kabul edilmeyen yapı, üst hakkının sona ermesi ile arazinin bütünleyici parçası haline gelecektir. Bu mülkiyetin tabi olduğu arazi malikine geçmesi ile birlikte yapıyı inşa eden karar hakkı sahibinin herhangi bir talepte bulunup bulunamayacağına, hakkın tesisi esnasında taraflar karar verir.⁸⁷²

5.5. KİRİŞ KOYMA HAKKI (VAZ-I HAŞB)

Ciz' veya haşeb kelimeleri ile ifade edilmiş olan giriş⁸⁷³, “yapılarda dört köşe kalın keresteden, demirden veya betonarmeden yapılmış yatay destek parçası”dır.⁸⁷⁴ Yeni bir katın inşası, kolonlara dayanan girişler üzerinde kurulmaktadır. Giriş koyma hakkı da hak sahibine yeni bir kat, tavan veya çatı inşa ederken, girişlerinin uçlarını komşusuna ait bir duvara veya direğe dayama yetkisi veren bir irtifaktır.⁸⁷⁵

Giriş koyma hakkı Hanefilere ait eserlerde sıklıkla incelenmiştir. İrtifaklara ilişkin verilen birçok örnekte giriş koyma hakkına değinilmiş, taşınmazların paylaştırılması veya komşuluk haklarına ilişkin kısımlarda bu haktan bahsedilmiştir.⁸⁷⁶ Bununla birlikte günümüz İslâm hukukçuları genellikle irtifak haklarından bahsederken bu hakkı ayrıca

⁸⁷¹ Sahnûn, *Müdevvene*, c. X, 51; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, c. III, 407; İbn Receb, *el-Kavâid*, 143, 154; Derdîr, *Şerhu'l-Kebir*, c. III, 14; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 103; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 133.

⁸⁷² Kaneti – Köprülü, *Sınırlı Aynî Haklar*, 172; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 997; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 540.

⁸⁷³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 65.

⁸⁷⁴ TDK, “Giriş”, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr>.

⁸⁷⁵ Hacak, *İrtifak Hakları*, 65; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 142.

⁸⁷⁶ Bkz. Serahsî, *Mebhut*, c. XV, 20, 32, c. XVII, 89, 90, 93, c. XXIII, 177, 200; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 191, 257, c. VII, 29; Merginani, *Hidaye*, c. III, 175; İbn Hümmam, *Fethü'l-Kadir*, c. VIII, 288; el-Haskefi, *Dürü'l-Muhtar*, 541; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusuleyn*, 1061, 1063, 1075-1077; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 212-214, 226; Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. IV, 405-407, 410; Fıkıh eserlerinin yanında, düzenlenen kanunlarda da bu hakka ilişkin maddeler yer almıştır: MAA, m. 1012, 1170, 1210, 1211, 1316; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 71.

işlememektedirler.⁸⁷⁷ Bu durum haklı olarak, onların eserleri açısından bir eksiklik şeklinde değerlendirilmektedir.⁸⁷⁸

Ebu Hüreyre (r.a.)’ten rivayet edildiğine göre, Rasulullah (s.a.v.): “‘*Komşu, komşusunun duvarına bir tahta parçası atmasına (bir kazık çakmasına) engel olmasın*’” buyurmuştur.” Sonra Ebu Hüreyre (r.a.) şöyle demiştir: “Niye sizin bundan yüz çevirdiğinizi görüyorum. Allah’a (c.c.) yemin ederim ki ben bu sözü sizin omuzlarınız arasına atacağım” demiştir.”⁸⁷⁹ Kiriş koyma hakkının meşruiyetini gösteren bu hadis İslâm hukukçularının bir kısmı tarafından duvarın sahibi izin versin veya vermesin komşusunun kiriş koyma hakkının olduğu yani bu hakkın doğrudan kanundan doğduğunun delili olarak görülürken diğer bir kısmı ise komşunun izin vermesini şart olarak görmüştür. Hakkın doğrudan kanundan doğduğunu ifade eden görüşler, Ahmed b. Hanbel’e, Malikîlerden İbn Habîb’e ve İmam Şafîi’ye aittir. Ancak İmam Şafîi’nin önceki görüşü bu yönde olup yeni içtihadı olarak iki yönde de görüş nakledilmiş olup, meşhur olanına göre duvar sahibinin iznini şart koştur. Hanefîlerin ve Malikîlerin görüşü de bu yöndedir. Hadisteki emrin menduba, yasağın ise tenzihen mekruha⁸⁸⁰ işaret ettiğini belirtmişlerdir.⁸⁸¹

Taşınmaz malikinin rızasının şart olduğunu ifade edenler bunun gerekçesi olarak müslümanın malının rızası dışında kullanılmasının haram olduğunu beyan etmişler ve

⁸⁷⁷ el-Hafîf, *Muâmelâti’s-Ser’iyye*, 89; Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 37; Senhûrî, *Masadiru’l-Hak*, c. I, 34, 35; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 125-133; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 119-124; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556-558; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 705-707.

⁸⁷⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 65.

⁸⁷⁹ Buhârî, *Kitabu’l-Mezâlim ve’l-Gasb*, 20; Müslim, *Kitabu’l-Müsâkât*, 29 (1609).

⁸⁸⁰ Tenzihen mekruh: Şer’an kesin ve bağlayıcı bir biçimde yasaklanmayıp, yapılması istenmeyen fiillerdir. Terk edilmesi yapılmasından daha hayırlı olan bu fiili işleyen kimse cezalandırılmasa da kınanır. Gazzâlî, *Mustasfâ*, 150; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 331; Ferhat Koca, “Mekruh”, TDV İslâm Ansiklopedisi, c. 28 (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 583; Kahveci, vd., *İslâm Hukuk Başlangıcı*, 194, 195.

⁸⁸¹ Şemsüddîn Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Osmân b. Kaymaz, ez-Zehebî, *Hakku’l-Câr*, thk. Ebî İsmail Haşim b. İsmail es-Sak (yy.: Daru’l-İlmi’l-Kütübi’n-Neşr ve’t-Tevzî, 1985/1405), 36; el-Askalânî, *Fethu’l-Bârî*, c. V, 364; Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 178; Ahmed Davudoğlu, *Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi* (İstanbul: Sönmez Yayınevi, 1978), c. VIII, 4561; İmam Muhyiddin en-Nevevî, *Sahih-i Müslim Şerhi el-Minhâc*, trc. Beşir Eryarsoy, (İstanbul: Karınca & Polen Yayınları, 2016), c. VIII, 405; Sahibânî, “Hakku’l-İrtifak”, 615, 616.

hadisin hükmünü bu şekilde ifade etmişlerdir. Aksi görüşte olanlar ise bu durumun genel kaideyi tahsis ettiğine işaret etmişlerdir.⁸⁸²

Kiriş koyma hakkının doğrudan kanuni biçimde kurulması görüşünü benimseyenlere göre bu durum komşunun ihtiyaç duyması ile başka bir işleme gerek kalmaksızın gerçekleşir. Ancak yüklü taşınmaz malikinin kendi ihtiyacı olması durumunda komşu taşınmaz maliki bu haktan yararlanamayacaktır. Ayrıca kirişi yerleştirmek açısından duvarın delip delinmemesi de önemsenmemiştir. Çünkü duvar delinse dahi bu delik kısım giriş ile kapatılmış olacaktır.⁸⁸³ Ancak burada irtifak hakkına hakim olan ilkelerden, yüklü taşınmaza en az zarar verecek biçimde kullanma ilkesi doğrultusunda duvara olabildiğince az zarar vermeye özen gösterilmelidir. Koyulan girişler nedeniyle duvar sahibinin zarara uğraması durumunda, bu girişler kaldırılabilecektir.⁸⁸⁴

Kiriş koyma hakkının tek başına alım satımı diğer irtifak haklarında da belirtildiği üzere Hanefilere göre hukuka uygun değildir. Bununla birlikte Mecelle Tadil Komisyonu'nda müstakil olarak bu hakkın, girişlerin miktarı ve sıfatı belirli olacak şekilde, alım satımının hukuka uygun kabul edilmesi, Maliki ve Hanbelî mezheplerinin görüşleri dikkate alınarak teklif edilmiştir.⁸⁸⁵

Rasulullah (s.a.v)'in hadisine dayanan giriş koyma hakkına dair kavramlaşma ilk olarak Serahsî'de görülmektedir. Serahsî giriş koyma hakkını hakku'l-vadi'l-cuzû' olarak nitelendirmiştir.⁸⁸⁶ Bu nitelendirmenin ardından mezhebin kaynaklarında yaygın olarak aynı kavram kullanılmıştır.⁸⁸⁷ Şafîîlerin kaynaklarında giriş koyma hakkı işlenmiş olmakla birlikte bu hakka yönelik Hanefilerdekine benzer bir kavramlaştırmaya rastlanmamaktadır.⁸⁸⁸ Benzer şekilde Maliki ve Hanbelî kaynaklarda da bir

⁸⁸² el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, c. V, 364; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 186.

⁸⁸³ el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, c. V, 364.

⁸⁸⁴ İstanbul Kadı Sicilleri, c. 86, 468, No: 453.

⁸⁸⁵ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 356, 366, 367.

⁸⁸⁶ Serahsî, *Mebhut*, c. XV, 20, 32, c. XVII, 89, 93.

⁸⁸⁷ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 257; Merginani, *el-Hidaye*, c. III, 173; İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VIII, 288.

⁸⁸⁸ Nevevî, *Ravza*, c. IV, 212-214, 226; Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. IV, 405-407, 410; ez-Zehebî, *Hakku'l-Câr*, 36; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 178.

kavramlaşmaya rastlanmazken⁸⁸⁹, İbn Receb'in Hanefilerin kullanmış olduğu kavrama yakın biçimde hakku'l-vadi' kavramını kullandığı görülmektedir.⁸⁹⁰

Kiriş koyma hakkı kapsamında girişler koyulduktan sonra bunların yeri sağa, sola veya aşağıdan yukarıya olacak şekilde değiştirilemez. Çünkü bu şekilde girişlerin yerlerini oynatmak duvara zarar verir. Bununla birlikte ucu duvarın yüksek kısmındayken, daha alçak kısmına koymak ise duvarın aşağı kısmının yukarısına oranla daha fazla yük taşıyabileceğinden dolayı mümkündür. Dolayısıyla girişlerin yerini oynatmak noktasındaki esas kriter bir zarara neden olmamasıdır. Herhangi bir zarara neden olması durumunda girişlerin yerleri değiştirilemez.⁸⁹¹

Kiriş koyma hakkını komşuluk hakkı kapsamında değerlendiren ve ayrıca bir irtifak hakkı olarak ele almayan bir görüş de bulunmaktadır.⁸⁹² Komşuluk hakkı ile ilgili kısım da belirtileceği üzere biz komşuluk hakkını irtifak hakkı olarak değerlendirmiyor ve irtifak hakkı niteliğindeki hakları komşuluk hakkının kapsamından ayrı inceleme konusu yapıyoruz. Bundan dolayı giriş koyma hakkının komşuluk hakkı kapsamında değerlendirilmesi görüşüne katılmamaktayız.

5.6. KAR ATMA HAKKI (HAKKU-İLKÂÎ'S-SELÇ)

Kar atma hakkı, bir yapının üzerinden birikmiş olan karları küreyerek bir başkasının arazisine atma yetkisi veren bir irtifaktır. Su akıtma irtifakındaki, bir binanın çatısında biriken suların bir başkasının taşınmazından akıtılmasına benzer mahiyettedir.⁸⁹³ Bu hakkın bir irtifak hakkı olduğu Kâsânî tarafından açıkça belirtilmiştir.⁸⁹⁴ Nitekim bu hakka değinen müellifler de bunu bir irtifak hakkı niteliğinde

⁸⁸⁹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 66.

⁸⁹⁰ İbn Receb, *el-Kavâid*, 143.

⁸⁹¹ MAA, m. 1211; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 71; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2175; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 180 (348).

⁸⁹² Sahibânî, "Hakku'l-İrtifak", 599.

⁸⁹³ Hacak, *İrtifak Hakları*, 69; Halit Çalış, "Eşya Hukuku", *İslâm Hukuku El Kitabı*, ed. Talip Türcan, 6. Baskı (Ankara: Grafiker Yayınları, 2017), 419.

⁸⁹⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. V, 165.

işlemişlerdir.⁸⁹⁵ Çağdaş yazarlar ise genellikle bu hakkı irtifak hakları arasında ele almamışlardır.⁸⁹⁶

Kar atma hakkında, yararlanan taşınmaz genellikle bir bina niteliğindedir. Bu irtifak, hak sahibine, bina üzerinde biriken karları, binasını muhtemel zararlardan korunmak için, komşu araziye atma yetkisi vermektedir.⁸⁹⁷ Yararlanma biçimi açısından olumlu bir irtifak tipi olan kar atma irtifakında, yüklü taşınmaz maliki arazisine atılan karlara katlanmakla yükümlüdür.

Bir kimsenin evindeki karı, kamuya ait yollara atmaya hakkı vardır. Bu durum umumu'l-belvâdan⁸⁹⁸ kaynaklanmaktadır. Bu kardan dolayı o yoldan geçen birisi kayıp düşse, karı atan kişi sorumlu tutulamaz.⁸⁹⁹ Kamuya ait yollara kar atma, bir irtifak hakkı niteliğinde olmayıp, kamuya ait yollardan geçmede olduğu gibi, kanun tarafından herkese tanınmış olan ibâha nitelikli bir yetkidir.

Kar atma irtifakı, günlük hayatta yukarıda işlenmiş irtifaklar kadar sıklıkla karşılaşılan bir irtifak olmamasından dolayı, kaynaklarda daha az yer tutmuştur. Hanefi müellifler bakımından, kar atma hakkını kavram niteliğinde ilk kez Kâsânî kullanmış olup⁹⁰⁰, daha sonraları bu hakka konu olarak yer verilse de bir kavram biçiminde genellikle rastlanmamaktadır.⁹⁰¹ Bununla birlikte son dönem fakihlerinden İbn Âbidin de bu kavramı kullanmıştır.⁹⁰²

⁸⁹⁵ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân*, c. III, 68; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222.

⁸⁹⁶ Hacak'tan önce bu hakkın bir irtifak hakkı olduğuna işaret eden çağdaş bir müellife rastlanmamaktadır. Hacak, *İrtifak Hakları*, 70.

⁸⁹⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 69; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 141.

⁸⁹⁸ Umumu'l-belva: “Çokça karşılaşıldığı ve toplumda yaygınlaştığı için mükelleflerin kaçınmasının hayli zor olduğu hadiselerle bilinmemesinin âdeten mümkün olmadığı olay veya durumları ifade eder.” Mustafa Baktır, “Umumu'l-Belvâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XLII (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 155.

⁸⁹⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1711.

⁹⁰⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanai'*, c. V, 165.

⁹⁰¹ el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân*, c. III, 68; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222

⁹⁰² İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 189.

Şafiî kaynaklarda kar atma hakkı “ilkâî’s-selc” kavramı ile ifade edilmiş olup⁹⁰³ Malikilerin ve Hanbelîlerin bu hakka yönelik bir kavramlaşmaya gittikleri görülmemiştir.⁹⁰⁴

Osmanlı uygulamasında da görülen kar atma irtifakı bir hak olarak ele alınmıştır. Örneğin taraflar arasında bir uyuşmazlıkta, komşularının bahçesine kar kürüyen taraflar bunu haksız olarak yaptıklarını belirtmişlerdir.⁹⁰⁵ Bu karar kar kürüme yetkisinin bir hakka dayanarak kullanılabileceğini de göstermektedir.

5.7. PENCERE AÇMAMA İRTİFAKI

Pencere açmama irtifakı, taşınmazının belirli yerleri görünecek şekilde bir başka taşınmazda pencere açılmasını engelleme yetkisi veren bir haktır. Yararlanma biçimi açısından olumsuz bir irtifak türü olan pencere açmama irtifakı, yüklü taşınmaz malikine bir kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir. Hanefî fıkıh eserlerinde işlenmiş olan bu irtifak türü, bu mezhep kaynaklarında açıkça ele alınmış olan tek olumsuz irtifaktır. Bu irtifakın sözleşme esnasında şart koşma yoluyla tesis edileceği ifade edilmiştir.⁹⁰⁶

Yargı kararlarında bir yapı inşa ederken, bir kimsenin taşınmazı⁹⁰⁷ veya mahalleli lehine pencere açmama irtifakı kurulduğu görülmüştür.⁹⁰⁸ Bu durumda ev inşa eden kimse, irtifak hakkı sahipleri haklarından feragat etmeden inşa etmiş olduğu yapıda pencere açamayacaktır. Bu irtifak hakkının doğrudan kanundan doğduğu da görülmektedir. Bir kimse yanmış olan evinin yerine yeniden ev inşa etmek için idareden izin istediğinde bu izin bir başka kimsenin taşınmazı lehine pencere açmama irtifakı kurularak verilebilmektedir.⁹⁰⁹

⁹⁰³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 185, 186; Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222; Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. IV, 413, 415; Kalyûbî, *Haşiye*, 396.

⁹⁰⁴ Hacak, *İrtifak Hakları*, 70.

⁹⁰⁵ Konya Kadı Sicili, Defter 1, No: 218-1, 567.

⁹⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2127; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 144.

⁹⁰⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LVII, 70, No: 2.

⁹⁰⁸ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXIII, 370, No: 465.

⁹⁰⁹ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXIII, 433, No: 569.

Komşuluk hukuku kapsamında bir taşınmazın genellikle kadınların kullanmış olduğu kısımları görülecek şekilde, pencere açılmaz. Eğer böyle bir pencere açılırsa, bu pencerenin önüne tahta perde veya duvar ördürülerek komşu taşınmazın ilgili kısımlarını görmesi engellenir.⁹¹⁰ Bu durum pencere açmama irtifakı ile karıştırılmamalıdır. “*Komşuluk Hakkı*” başlığında görüleceği üzere, bahsedilen durum bir mülkiyet kısıtlaması olup, irtifak hakkı değildir.⁹¹¹

5.8. MANZARA İRTİFAKI

Manzara kısaca görünüş olarak tanımlanmakla⁹¹² birlikte hukuki açıdan hava koridoru, ışık, ısı veya estetik bakımından hukuki yarar sağlayan görünüm olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla bir taşınmazın manzarasından bahsedebilmek için, o taşınmazın orman ve deniz kenarı gibi doğal güzellikleri veya şehrin ışıkları gibi bakan insana estetik bir zevk veren yerleri gören bir açısının olması zorunlu değildir. Bu nedenle bir dairenin manzaraya sahip olmak için üst katlarda veya yüksek mevkilerde bulunması gerekmemekte olup zemin katta olması da mümkündür. Zemin kattaki dairenin almış olduğu güneş ışığı ve ısısı onun manzarası kapsamındadır. Açıklamalardan anlaşılabileceği üzere manzara yalnızca, estetik bir güzellik değildir. Caddeye bakan bir evin penceresinden görünen nesneler manzara kapsamında ele alınırken, aralarında boşluk bırakılan inşa edilmiş binaların hava koridorları da bu kapsamda değerlendirilir.⁹¹³ Bu doğrultuda manzara irtifakı ile ilgili olarak şöyle bir tanımlama yapılabilir: Bir taşınmazın güneş ve rüzgardan daha iyi yararlanabilmesi veya görüş alanının kapanmaması gibi manzarası kapsamındaki menfaatlerini engelleyecek ölçüde bir başka taşınmazın belirli bir bölümünde tasarrufta bulunulmaması hakkıdır. Buna göre bir başka taşınmaz üzerinde manzarayı engelleyecek olan şey, inşa edilecek bir bina veya duvar gibi yapı olabileceği gibi ağaç, reklam panosu veya moloz yığını gibi manzarayı engelleyici nitelikte başkaca şeyler de olabilir.⁹¹⁴

⁹¹⁰ MAA, m. 1202.

⁹¹¹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 70; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 120, 121.

⁹¹² TDK, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr>.

⁹¹³ Bedia Güleş, “Taşınmaz Manzarası Üzerindeki Hukuki Yararın Korunması” *SÜHFD*, 28/2 (2020), 635.

⁹¹⁴ Güleş, “Taşınmaz Manzarası”, 636.

Komşuluk hukuku nedeniyle bir kimsenin ışığını tamamen kesmek fahiş bir zarar olarak değerlendirilerek yasaklanmıştır.⁹¹⁵ Ancak komşuluk hakkına yönelik yapılan açıklamalarda görüleceği üzere buradaki sınırlandırma bir irtifak hakkı olmayıp malikin mülkiyet hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıdır.⁹¹⁶ Nitekim manzara irtifakı ile komşuluk hukuku nedeniyle mülkiyeti kısıtlayıcı nedenlerin kapsamı da farklıdır. Yukarıda belirtilen manzara kapsamına giren her şey bu irtifak hakkının konusu olabilmektedir. Ancak komşuluk hukuku nedeniyle mülkiyet hakkının kısıtlanması rüzgarın, güneş ısısının veya görüş alanının kapatılması gibi durumları konu almaz. Yalnızca ışığın tamamen kesilmesi gibi fahiş bir zarara yol açan durumları konu alır.⁹¹⁷

Yararlanma biçimi açısından olumsuz irtifak hakkı olan manzara irtifakında, hak sahibinin aktif bir eylemi olmamakla birlikte yüklü taşınmaz malikin kaçınma yükümlülüğü vardır. Bu mahiyeti itibarıyla Roma hukukundan itibaren, Batı hukuk sistemlerinde görülmüş olan ve mer'î hukukta da kabul edilen manzara irtifakına⁹¹⁸, bir taşınmaz üzerinde bina yapmama veya belirli bir yükseklikten fazla olacak şekilde bina yapmama irtifakı biçiminde Maliki mezhebi kaynaklarında rastlanmaktadır.⁹¹⁹ Manzara irtifakının genellikle satım veya taksim sözleşmeleri esnasında şart koşulması yoluyla tesis edilmiş olduğu görülmektedir.⁹²⁰

5.9. ÇÖP DÖKME İRTİFAKI

Çöp dökme irtifakı, yararlanan taşınmaz malikine, yüklü taşınmaz üzerine çöplerini, atıklarını dökebilme yetkisi veren bir haktır. Yararlanma biçimi açısından olumlu bir irtifak hakkı olan çöp dökme irtifakında yüklü taşınmaz malikin katlanma yükümlülüğü söz konusudur.⁹²¹ Kar atma irtifakına benzer bir mahiyet taşıyan bu hakla Şafiî mezhebi fıkıh eserlerinde karşılaşılmaktadır. Kaynaklarda bu irtifak hakkının doğrudan sözleşme yoluyla belirli bir süre tayin edilerek veya süresiz şekilde

⁹¹⁵ MAA, m. 1192.

⁹¹⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 70; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 120, 121.

⁹¹⁷ MAA, m. 1192.

⁹¹⁸ Güleş, “Taşınmaz Manzarası”, 639-643.

⁹¹⁹ *el-Mevsûatü'l-Fıkhî'l-İslâmi*, c. IV, 275; Kinânî, *el-Akdu'l-Munazzam*, 491, 492.

⁹²⁰ Abbadi, *el-Milkiyye*, c. I, 261.

⁹²¹ Modern hukuk sistemlerinde de bu irtifak türü görülmektedir. Senhûrî, *el-Vasit*, c. IX, 1316.

kurulabileceği belirtilmiştir.⁹²² Çöp dökme irtifakı ile hayatın akışı içerisinde karşılaşılmış ve yargı kararlarına bu irtifak hakkı yansımıştır.⁹²³

5.10. DEFİ HACET İRTİFAKI

Önceki dönemlerde birçok ev içerisinde tuvalet barındırmıyor, tuvaletler dışarıya inşa ediliyordu. Ancak her ev sahibinin tuvalet inşa edecek ölçüde arazisi olmayabiliyordu. Bundan dolayı insanların bir başkasının taşınmazından bu amaçla yararlanmaları, bir ihtiyaç olarak görülmüştür. Defî hacet irtifakı, insanların bu ihtiyaçlarına binaen, bir başkasının taşınmazından yararlanma yetkisi veren bir haktır. Şafiî mezhebi fıkıh eserlerinde karşılaşılan bu haktan çöp dökme irtifakı ile birlikte bahsedilmiştir. Bu hakkın sözleşme ile belirli bir süre tayin edilerek veya süresiz olarak kurulabileceği belirtilmiştir.⁹²⁴

Defî hacet irtifakı, doğrudan tuvaletin bir başkasının arazisine yapılması şeklinde görülebileceği gibi bu tuvaletin lağımının bir başka araziye inşa edilmesi şeklinde de görülebilir.⁹²⁵

5.11. SÜTRE KOYMA İRTİFAKI

Sütre koyma irtifakı, bir taşınmazın belirli bölümlerinin görünmesini engellemek amacıyla başka bir taşınmaz üzerine, bu bölümlerin görünmesini engelleyecek niteliği haiz sütre koyulması yetkisi veren bir haktır. Genellikle iki komşu taşınmaz üzerinde bulunan evlerin arasındaki duvara bir sütre koyulması yoluyla bu irtifak hakkından yararlanılır.⁹²⁶

⁹²² Nevevî, *Ravza*, c. IV, 222, 223; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 186; Hacak, *İrtifak Hakları*, 75; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 144.

⁹²³ Bkz. “...nâm kimesne[ler] li ecli's-şehâde meclis-i şer'-i ma'kûda hâzırûn olup istişhâd olunduklarında filvâki' zikr olunan odalar[da] sâkin olanlar kadîmü'l-eyyâmdan kenîflerinin fazalâtını ihrâc eyleyip işbu arsada bir kuyu hafr edip ol kuyuya vaz' edegeldikleri kırk seneden beri ma'lûmumuzdur...” Bu kararda çöp dökme irtifakı ile defî hacet irtifakının birlikte kurulduğu görülmektedir. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVII, 166, No: 171.

⁹²⁴ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 186.

⁹²⁵ Yargı kararlarında bu şekilde tesis edilmiş irtifak hakları ile karşılaşılmaktadır. Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVII, 166, No: 171.

⁹²⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 75; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 144.

Sütire koyma irtifakı, yararlanan taşınmaz malikine sütire koyma yetkisi vermesi itibariyle olumlu bir irtifak izlenimi veriyor olsa da aslında olumsuz bir irtifaktır. Çünkü bu irtifak ile hedeflenen asıl amaç, yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmazın ilgili kısmını görmemesidir. Bu açıdan sütire koyma irtifakı, yüklü taşınmaz malikine bir kaçınma yükümlülüğü getirmektedir.⁹²⁷ Kadimden beri var olan sütirenin yıkılması durumunda yüklü taşınmaz malikinin yeniden sütire koyması için mahkemeye başvurulabilir. Uygulamada da görüldüğü üzere sütire koyma masrafları her durumda yararlanan taşınmaz malikinin yükümlülüğünde olmayıp, yüklü taşınmaz malikine de yüklenebilir.⁹²⁸

Müşterek bir taşınmazın malikler arasında paylaşılması sonucunda, her birinin payından diğerinin payında kalan genellikle kadınların kullanmış olduğu kısımların görünmesi durumunda, aralarına müşterek bir sütire koymalarını hakim emredebilir. Bu durumda sütire koyma irtifakı doğrudan kanundan doğmaktadır.⁹²⁹ Benzer şekilde, kişinin yeni inşa ettiği bir yerin komşusuna zararı olacağından dolayı mahkeme tarafından sütire koyulması emredilebilir.⁹³⁰ Ancak bu durumda artık sütire koyma irtifakından değil, komşuluk hakkından kaynaklı bir mülkiyetin kısıtlanması durumundan bahsedilecektir.⁹³¹

Sütire koyma irtifakına Hanefî mezhebi kaynaklarında temas edilmiş olsa da⁹³², net bir irtifak türü olarak Hanbelî mezhebi kaynaklarında rastlanmaktadır. Kaynaklarda bu hakkın sözleşme yoluyla tesis edildiği görülmektedir.⁹³³ Bu hakka pozitif hukukta da rastlanmaktadır.⁹³⁴

⁹²⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 75, 76.

⁹²⁸ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXIX, 474, No: 597.

⁹²⁹ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 178, (379).

⁹³⁰ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXIX, 503, No: 659.

⁹³¹ Benzer örnekler için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXVI, 90, No: 33.

⁹³² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 181.

⁹³³ Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ*, c. III, 410, 411.

⁹³⁴ Senhûrî, *el-Vasit*, c. IX, 1316.

BÖLÜM 3

ŞAHSA BAĞLI İRTİFAK HAKLARI (ŞAHSA BAĞLI MENFAAT MÜLKİYETİ)

1. ŞAHSA BAĞLI İRTİFAK HAKKI KAVRAMI VE MUHTEVASI

1.1. GENEL OLARAK

Doğrudan doğruya hak sahibinin şahsına bağlı olarak kurulan irtifak hakları şahsa bağlı irtifak hakları olarak nitelendirilmektedir. Bu haklar eşyaya bağlı irtifak haklarından farklı olarak, hak sahibinin bir yararlanan taşınmaza bağlı olarak belirlendiği türde değildirler. Şahsa bağlı irtifak haklarında, hak doğrudan doğruya bir gerçek kişi, tüzel kişi veya topluluk üzerine sabit olur. Herhangi bir aracı unsura gerek yoktur. Bu tür haklarda bir yararlanan taşınmaz unsurundan bahsedilemez. Bunun nedeni ise şahsa bağlı irtifak haklarının bir taşınmazın değil, hak sahibi kişinin veya topluluğun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kuruluyor olmasıdır.⁹³⁵ Bununla birlikte şahsa bağlı irtifak hakları yalnızca taşınmazlar üzerinde söz konusu olmayıp, taşınırılar üzerinde de söz konusu olabilir.⁹³⁶

Modern hukuk açısından şahsa bağlı irtifak hakları, hak sahibine bağlılık durumlarına göre ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, şahsa sıkı sıkıya bağlı irtifak hakları (şahısla kâim irtifaklar) ve düzensiz kişisel irtifaklardır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı irtifak hakları, hakkın kişinin şahsına bağlı olup bir başkasına devredilemediği, mirasçılara

⁹³⁵ Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 47; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 269; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 671; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 531; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 77.

⁹³⁶ el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 89, 90; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 269; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 77.

intikal etmediği ve devamının hak sahibi olan kişinin şahsen canlı olarak var olmasına bağlı olduğu haklardır.⁹³⁷ Bu haklar intifa ve süknâ haklarıdır. Hanefiler bu hakları menfaat mülkiyeti veya şahsi intifa hakkı olarak nitelendirirken, Malikiler başta olmak üzere cumhur intifa hakkı olarak isimlendirmektedir. Hanefiler ise intifa hakkı kavramıyla genel manada menfaat mülkiyetini ifade etmişlerdir.⁹³⁸ Şahsa bağlı irtifak haklarının diğer çeşidi olan düzensiz kişisel irtifaklar ise kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan, sağılar arası hukuki işlemlerle devredilebileceği gibi miras ve vasiyet yoluyla da intikal edebilir. Düzensiz kişisel irtifaklar yalnızca şahsa bağlı olarak kurulmayıp, taşınmaza bağlı olarak da kurulabilmektedir. Bu irtifaklar İslâm hukukçuları tarafından ayrıca ele alınmamış olup genel olarak irtifak haklarına ilişkin yapılan açıklamalarda bunlara da değinildiği ve kanuni düzenlemelerde bunların da göz önüne alındığı görülmüştür. İrtifak haklarının mahiyeti açıklanırken ifade edildiği üzere, günümüzde İslâm hukukçularının çoğunluğu irtifak haklarının yalnızca taşınmazlar lehine kurulabildiği görüşünü benimsemişlerdir. Bununla birlikte hangi irtifak haklarının yüklü taşınmazın konu edildiği sözleşmelere doğrudan konu olacağı, hangi sözleşmelere ise konu olması için ayrıca şart koşulmasının gerekeceği hususu fukaha tarafından tartışılmıştır. Bunun neticesinde bazı sözleşmelerde irtifak haklarının taşınmazdan ayrı bir şekilde şahıs lehine kurulabileceği kabul edilmiştir.⁹³⁹ Ayrıca Mecelle’de de irtifak haklarının yalnızca taşınmaz lehine kurulabileceği belirtilmemiş ve şahıs lehine kurulabilmesine imkan tanınmıştır.⁹⁴⁰ Bu doğrultuda düzensiz kişisel irtifakların İslâm hukuku açısından da fakihler tarafından incelenmiş olduğu görülmektedir.⁹⁴¹ Dolayısıyla kanaatimizce düzensiz kişisel irtifaklar İslâm hukuku açısından da kabul edilmektedir. Buradan yola çıkarak İslâm hukuku açısından irtifak haklarının yalnızca taşınmaz lehine değil, şahıs lehine de kurulabildiği ifade edilebilir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı olan irtifak hakları ise

⁹³⁷ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 947; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 672; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 77; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 271.

⁹³⁸ Karâfi, *el-Furuk*, c. I, 193, fark: 30; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 52; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 78; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 53; Cin- Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 702, 703; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 90; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 45, 46.

⁹³⁹ el-Mevsili, *el-İhtiyar*, c. III, 70; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 220, c. V, 165; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 190; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, c. II, 482; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 64, 65; Ebu Zehra, 97, 98; Hacak, *İrtifak Hakları*, 44, 45.

⁹⁴⁰ MAA, 1145, 1168, 1225, 1226, 1232.

⁹⁴¹ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 92.

Hanefilere göre menfaat mülkiyeti kapsamında ele alınmışken, Malikilere göre intifa hakkı olarak ifade edilmiştir. Süknâ hakkı için ayrıca başlık açılmamış, bu hak da intifa hakkı kapsamında ve kuruluş şekline göre fıkıh doktrini içerisinde ele alınmıştır. Bu haklar için irtifak hakkı kavramı genel olarak kullanılmamış olmakla birlikte, menfaat mülkiyeti kapsamında ele alındıkları görülmekte ve modern hukuk sistemine bu bakımdan benzer olup terminolojik açıdan bir fark olduğu anlaşılmaktadır. Kadri Paşa'nın irtifak hakkı kavramını yalnızca eşyaya bağlı irtifakları içerisine alacak şekilde kullanmasından⁹⁴² etkilenen çağdaş İslâm hukukçuları, her ne kadar şahsa bağlı irtifak haklarının söz konusu olmadığını ifade etseler de düzensiz kişisel irtifaklar için yeterli açıklamada bulunmamışlardır. Bununla birlikte Kadri Paşa'nın tanımının Batılı hukukçulardan alınmış olma ihtimali yüksektir.⁹⁴³ Nitekim Roma hukuku da şahsa bağlı irtifak haklarını kabul etmemekte ve bu doğrultuda oluşturulmuş olan İtalyan ve Fransız medeni kanunlarında bu haklar, irtifak hakları kapsamında ele alınmamaktadır.⁹⁴⁴ Ancak bu haklar üzerindeki tartışma daha çok terminolojik bir nitelik taşımakta olup, şahsa bağlı menfaat mülkiyeti kapsamında bu hakların içerikleri genel itibariyle benzer şekilde ele alınmaktadır. Nitekim Malikiler bir şahsa yararlanma ve kullanma yetkileri vermekle birlikte bir başkasına temlikî mümkün olmayan menfaat mülkiyetini intifa hakkı olarak nitelendirerek incelerken, Hanefiler menfaat mülkiyeti olarak incelemişlerdir. Bununla birlikte aradaki fark terminolojik bir nitelik arz etmiş, mahiyet itibariyle aynı noktalarda birleşmiştir.⁹⁴⁵

1.2. ŞAHSA BAĞLI İRTİFAK HAKLARI İLE EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKLARININ FARKLARI

Şahsa bağlı irtifak hakları mer'î hukukta doktrinin çoğunluğu tarafından şahsî (kişisel) irtifak hakları olarak ifade ediliyor olsa da bu haklar da eşyaya bağlı irtifak hakları gibi aynî nitelikte haklar olup, şahsî (nisbî) nitelikte haklar değildir. Bu bakımdan her iki irtifak hakkı tipi açısından bir farklılık bulunmamaktadır.⁹⁴⁶ Bu haklar hukuki

⁹⁴² *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 37.

⁹⁴³ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 89.

⁹⁴⁴ Oğuzman, vd, *Eşya Hukuku*, 895.

⁹⁴⁵ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 113.

⁹⁴⁶ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 93.

niteliklerine uygun olarak, mer'î hukukta azınlıkta kalan yazarlar tarafından şahsa bağlı irtifak hakları olarak nitelendirilmektedir.⁹⁴⁷ Biz de aynı nedenden ötürü bu ifadeyi tercih etmekteyiz.

Eşyaya bağlı irtifak hakları, bir taşınmaz lehine kurulmakta olup, hak sahibi bu taşınmazın maliki veya başka bir hukuki nedenden ötürü bu taşınmazı kullanma hakkı olan kimsedir. Bu tür haklardan yararlanma yetkisi belirli bir kişiye ait olmayıp, aracı unsur olan eşyaya göre hak sahibi tayin edilmektedir. Örneğin bir geçit irtifakında yüklü taşınmazdan yararlanan taşınmaza geçmek isteyenler bu hakkı kullanacak olup belirli bir hak sahibinden bahsedilemeyecektir. Buna karşılık şahsa bağlı irtifak hakları doğrudan doğruya bir kişi veya topluluk lehine kurulmakta olup, bu kişi veya kişilerin hak sahibi olmaları için herhangi bir aracı unsura ihtiyacı bulunmamaktadır. Bu tip haklarda hak sahibinden başkasının hakkı kullanması söz konusu değildir.⁹⁴⁸

İntifa hakkı eşya üzerinde tam yararlanma yetkisi vermektedir. Buna karşılık gerek eşyaya bağlı irtifak hakları, gerekse diğer şahsa bağlı irtifak hakları böyle bir yetki vermemektedir. İntifa hakkı dışındaki irtifak haklarının vermiş olduğu yetki sınırlı yararlanma yetkisidir.⁹⁴⁹

Eşyaya bağlı irtifak hakkı hak sahibinin ölümü veya taşınmazın devri ile son bulmamaktadır. Yalnızca hak sahibi değişse dahi yüklü taşınmaz üzerindeki bu hak varlığını devam ettirecektir. Dolayısıyla yüklü taşınmaz üzerindeki bu hak hakkını sona erdiremeyecek veya bu irtifak hakkı için bir bedel talep edemeyecektir. Bununla birlikte şahsa sıkı sıkıya bağlı olan irtifak hakları açısından aynı durum söz konusu değildir. Bu irtifaklar bir başkasına devredilemeyecek olup, çoğu durumda hak sahibinin ölümü ile son bulacaktır.⁹⁵⁰ Ancak düzensiz kişisel irtifaklar bu bakımdan eşyaya bağlı irtifaklar ile benzer özellik göstermektedir.

⁹⁴⁷ Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 270.

⁹⁴⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Sher'iyye*, 89; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 94; Zeydân, *el-Medhal*, 227, No: 271; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 118, 119; Aydın, *Hukuk Tarihi*, 351; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 77.

⁹⁴⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 513.

⁹⁵⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 94; el-Hafif, *Muâmelâti's-Sher'iyye*, 90; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 119; Aydın, *Hukuk Tarihi*, 351; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 77.

Eşyaya bağlı irtifak hakları her zaman bir taşınmaz üzerinde söz konusu olurken, şahsa bağlı irtifak hakları hem taşınmazlar üzerinde hem de taşınırlar üzerinde söz konusu olabilir. Bu bakımdan eşyaya bağlı irtifak hakları genellikle yüklü taşınmazın değerinin düşmesine de neden olurlar.⁹⁵¹ Mer'î hukuk bakımından bu haklar alacak hakları üzerinde dahi söz konusu olabilir.⁹⁵²

Eşyaya bağlı irtifak hakları sözleşme ile süreli olarak kurulabildikleri gibi süresiz biçimde de kurulabilirler. Süre ile kayıtlı olmadan kurulan eşyaya bağlı irtifak hakları, yüklü veya yararlanan taşınmaz malikinin değişmesinden veya ölmesinden etkilenmeksizin varlıklarını sürdürürler. Sürekli nitelik gösteren eşyaya bağlı irtifak haklarına karşılık şahsa bağlı irtifak hakları çoğu durumda hak sahiplerinin ölümü ile sona erecek olup, geçici nitelik gösterirler.⁹⁵³

Eşyaya bağlı irtifak hakları yüklü taşınmaz maliki açısından bağlayıcı niteliktedir. Yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkını sona erdiren nedenler olmaksızın kendiliğinden bu hakkı sona erdiremeyecek, katlanma ve/veya kaçınma yükümlülüklerini yerine getirecektir. Bununla birlikte şahsa bağlı irtifak haklarının her zaman bağlayıcı bir nitelik arz etmeyeceği ifade edilmiş, örnek olarak ise, ariyet yoluyla kurulmuş olan irtifak hakları gösterilmiştir.⁹⁵⁴ Ancak ariyet sözleşmesinin bağlayıcı olmadığını kabul eden görüşe göre, bu sözleşme ile aslında bir aynî hak değil ibâha niteliğinde bir yetki verilmiş olacaktır. Dolayısıyla intifa hakkını da bir sınırlı aynî hak olarak incelememizden ötürü bu görüşe katılmamaktayız.

⁹⁵¹ Zeydân, *el-Medhal*, 227, No: 271; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 90; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 94; Aydın, *Hukuk Tarihi*, 351; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 77; İrtifak hakkının taşınmazın değerine etkisine dair bkz. Tayfun Özpak, *Taşınmaz Değerlemesi ve Sınırlı Aynî Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi* (İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi (FBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006), 36 vd.; Umutcan Akduman, *Sınırlı Aynî Hakların Değerlemesine İlişkin Esaslar ve Uygulamaları* (Ankara: Gazi Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2021), 86, 90 vd.; Zeynep Örs Gündoğan, *Sınırlı Aynî Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi* (İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi (FBE), 2019), 40 vd.

⁹⁵² Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 895; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 77.

⁹⁵³ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 94; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 90; Zeydân, *el-Medhal*, 227, No: 271; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 119; Aydın, *Hukuk Tarihi*, 351; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 77.

⁹⁵⁴ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 90.

2. ŞAHISLA KÂİM İRTİFAK HAKLARI

2.1. İNTİFA HAKKI

2.1.1. İntifa Hakkı Kavramı

Menfaat ile aynı kökten gelen intifa kavramı, sözlük anlamı itibariyle yararlanma, faydalanma, menfaat elde etme ve istifade etme manalarında kullanılmaktadır.⁹⁵⁵ İstilahî olarak ise intifa hakkı, Mer'î hukuka göre rakabesi başkasına ait olan bir eşya üzerinde belirli bir kişiye kullanma ve yararlanma yetkilerini tanıyan, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak tanımlanmaktadır.⁹⁵⁶ Bununla birlikte İslâm hukuku açısından intifa hakkı kavramı iki farklı biçimde ele alınmaktadır.

Başta Maliki hukukçular olmak üzere Hanefîler dışındaki cumhur, intifa hakkıyla bir kimseye verilmiş genel bir izinden kaynaklanan menfaat yetkisi veren mücerret bir ruhsatı ifade ediyor olmasına rağmen⁹⁵⁷, Hanefîler bu hakkı, hem şahsa bağlı hem de eşyaya bağlı menfaat mülkiyetlerini ifade etmek için kullanmışlardır. Menfaat mülkiyeti cumhura göre, sahibine eşyadan yararlanma ve bu yararlanma hakkını bir başkasına devredebilme hakkını verirken, intifa hakkı yalnızca eşyadan yararlanma yetkisi vermektedir. Dolayısıyla intifa hakkı sahibi bu hakkını bir başkasına devredemeyecektir. Kendisine tanınmış olan ruhsat nedeniyle eşyanın menfaatinden faydalanabilse de herhangi bir temlik hakkını haiz olmayacaktır. Hanefîler ise menfaat mülkiyetini, intifa hakkı ile eş anlamlı olarak bir şeyi kullanma, onun semerelerinden yararlanma yetkisini veren ve başkasına temlikî mümkün bir hak olarak ifade etmektedirler. Hanefî fakihlere göre aksine bir kayıt bulunmadığı takdirde intifa hakkı kazandırıcı nitelikteki bütün sebepler kişiye menfaati temlik yetkisi vermektedir.⁹⁵⁸ Bununla birlikte bir başkasına

⁹⁵⁵ <https://sozluk.gov.tr>; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 26.

⁹⁵⁶ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 947; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 814; Berki, *Aynî Haklar*, 105; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 86; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 26; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 278; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 531; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 644; İntifa hakkı ile ilgili modern hukuktaki tanımlamalar için bkz. Burak Özen, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, 1. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 19, 20; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 78, 79.

⁹⁵⁷ Cumhura göre bazı şahsi haklar dahi intifa hakkı kapsamında ele alınmıştır. *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXXIX, 35, 36.

⁹⁵⁸ MAA, m. 587, 819; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 831; c. II, 1415; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 298, 299; Zeydân, *el-Medhal*, 215, No: 258; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 53; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 45, 46; Ekinci, *İslam Hukuku*, 455, 456.

devri mümkün olmayan şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikteki intifa hakkını da kabul etmektedirler. Bir kimseye menfaat mülkiyeti tanınırken belirli kayıtlarla takyit edilmesi, örf ve adet nedeniyle farklı manilerin olması gibi durumlarda, artık şahsa sıkı sıkıya bağlı bir intifa hakkından bahsedilecektir. Örneğin, bir kimse evini sadece yurt dışındaki öğrencilerin oturması için vakfetmiş olsa artık bu evde sadece yurt dışındaki öğrenciler oturabilecekler ancak bu hakkı bir başkasına devredemeyeceklerdir. Benzer şekilde kamunun kullanımına sunulmuş olan yollar, okullar, hastaneler gibi kamu mallarından yararlanan kimseler bu menfaatleri bir başkasına devredemeyeceklerdir. Dolayısıyla mezhepler arasındaki her iki görüşe göre de aynı müesseseler kabul edilmiş olmakla birlikte farklı bir kavramlaşmaya gidilmiştir.⁹⁵⁹

Klasik fıkıh kitaplarında intifa hakkı, “*milkü’l-menfaa*” ve “*milkü’l-intifai’l-mücerred*” kavramları ile ele alınmıştır. İlk bölümde “*milk*” başlığı altında ifade edildiği üzere *milkü’l-menfaa* hem eşyaya bağlı hem de şahsa bağlı menfaat mülkiyetini bütün olarak ele almaktadır.⁹⁶⁰ *Milkü’l-intifai’l-mücerred* ise Hanefiler dışındaki cumhura göre bir başkasına devri mümkün olmayan kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakları ele almaktadır.⁹⁶¹ Bu kavram aynı zamanda *ibâha* nitelikli hakları da ifade etmekte kullanılmaktadır. Çağdaş İslâm hukukçuları bu nitelikteki yetkileri ifade ederken daha çok *hakku’l-intifa* kavramını kullanmışlardır.⁹⁶² Bu bakımdan özellikle şahsa sıkı sıkıya bağlı irtifak hakları *milkü’l-intifai’l-mücerred* kavramı kapsamında ele alınabilir. Ancak düzensiz kişisel irtifaklar bu kapsamda değerlendirilemeyecek olup *milkü’l-menfaa* kapsamında değerlendirilecektir. Hanefilerin ifade etmiş olduğu biçimde intifa hakkı bu

⁹⁵⁹ Karâfî, *el-Furuk*, c. I, 193, 194, fark: 30; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami*, c. V, 52; c. VII, 14; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 70; el-Hafîf, *Muâmelâti’s-Ser’iyye*, 78; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 113; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 702, 703.

İbn Nüceym, Şafiîlerin ariyet noktasında Malikilerden ayrıldığını ve intifa hakkı sahibi olanın, intifa konusu eşyayı ariyet olarak verebileceğini kabul ettiklerini belirtmektedir. Buna karşı Suyûtî ariyet yetkisinin de bulunmadığını belirtmiştir. Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 316, 317; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 304, 305.

⁹⁶⁰ İbn Receb, *el-Kavâid*, 196; Hacak, “Milk”, c. XXX, 63; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 338, 339; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 674.

⁹⁶¹ İbn Receb, *el-Kavâid*, 197; Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 316; Karâfî, *el-Furuk*, c. I, 193, 194, fark: 30; Hacak, “Milk”, c. XXX, 63; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 18, 31.

⁹⁶² Zerkâ, *el-Medhal*, c. I, 285, c. III, 34; Senhûrî, *Masadiru’l-Hak*, c. I, 32.

iki kavramı da ihata etmekteyken, Malikiler intifa hakkı ile milkü'l-intafı'l-mücerret kavramını ifade etmektedirler.

Hanefilerin kullanımına uygun bir biçimde Kadri Paşa, intifa hakkını, rakabesi hak sahibine ait olmasa dahi hakkın konusu olan ayn baki kaldığı müddetçe bir malı kullanma ve onun gelirlerinden yararlanma yetkisi veren bir haktır⁹⁶³, şeklinde tarif etmiştir. Mer'î hukuk açısından intifa hakkı bir menfaat mülkiyeti olarak ele alınmakla birlikte şahsa sıkı sıkıya bağlı bir irtifak hakkı olarak düzenlenmiştir.⁹⁶⁴ Bu bakımdan mer'î hukukta intifa hakkı Malikilerin kullandığı terminoloji içerisinde ele alınmış gibi görünmekle birlikte aslında Malikilerin ibâha nitelikli yetkileri ve bazı şahsi hakları da bu kapsamda değerlendirdikleri düşünüldüğünde⁹⁶⁵, Hanefilerin tanımına daha uygun düşmektedir. İbâha nitelikli yetkiler ve şahsi haklar mer'î hukuk bakımından intifa hakkı ile ifade edilmemektedir. Bununla birlikte modern hukuk açısından intifa hakkının devredilemez ve intikal etmez şekilde düzenlenmesi doğrudan bu hakkın niteliğinden kaynaklı olan bir zorunluluk değildir. Bilakis bu durum hukuk sistemlerinin ekonomik anlayışı ve hukuk politikasındaki tercihlerine bağlı olarak değişmektedir. Nitekim Türk ve İsviçre hukuklarında intifa hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı olup devredilemezken, Alman hukukunda özellikle tüzel kişiler bakımından bu hakkın devri kabul edilmekte olup, Fransız, İspanyol ve İtalyan hukuk sistemlerinde aksi kararlaştırılmadıkça bu hakkın devredilebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla intifa hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olması onun niteliğinden kaynaklanmamakta, ilgili hukuk sisteminin düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır.⁹⁶⁶ Bu bakımdan her ne kadar TMK'da yer alan düzenlemeler şahsa sıkı sıkıya bağlı olmalarından kaynaklı olarak Malikilerin anlayışına uygun görünse de genel manada modern hukuk açısından intifa hakkı Hanefilerin tanımına uymaktadır.

2.1.2. İntifa Hakkının Unsurları

İntifa hakkının unsurları hak sahibi, hakkın konusu ve hakkın kapsadığı yetkiler olmak üzere üç başlık altında ele alınabilir.

⁹⁶³ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 13.

⁹⁶⁴ TMK, m. 794.

⁹⁶⁵ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXXIX, 35.

⁹⁶⁶ Özen, *İntifa Hakkı*, 9, 294.

2.1.2.1. Hak Sahibi

İntifa hakkına sahip olabilmek için bir gerçek veya tüzel kişi olmak gereklidir. Dolayısıyla irtifak hakkına sahip olabilmenin ilk şartı, mülkiyet hakkında olduğu gibi hak (vücub) ehliyetini haiz olmaktır.⁹⁶⁷ Bir menfaat mülkiyeti niteliğinde bulunan intifa hakkı birden fazla kişiye tanınabilir. Bu durumda hakkın konusunun menfaati üzerinde paylı mülkiyetten veya elbirliği mülkiyetinden bahsedilecektir.⁹⁶⁸ Paydaşlardan birinin paydaşlığının son bulması durumunda, bu paydaşın payı oranında malikin, hakkın konusundan yararlanma yetkisi canlanacaktır.⁹⁶⁹ Paydaşlardan birinin kendi hakkını bir başkasına yahut diğer paydaş veya paydaşlara temlik etmesi mümkündür.⁹⁷⁰ Paydaşların paylarını aynı kişiye temlik ederek, eşyanın menfaati üzerindeki paylı mülkiyet durumuna fiilen son vermeleri de mümkündür.⁹⁷¹ Bu şekilde payların bir kişide toplanması paylı mülkiyeti doğrudan sona erdirmeyecektir. Örneğin bir vakıf arazi üzerinde hak sahiplerine hisseleri oranında yararlanma imkanı tanındığı durumlarda, hak sahiplerinin birden fazla hissesi olabilecektir. Bu durumda hak sahibi hisselerden fiilen birlikte yararlanıyor olsa da bu hisseler birleşmeyecek olup varlıklarını devam ettirecektir.⁹⁷²

⁹⁶⁷ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 27.

⁹⁶⁸ Özen, *İntifa Hakkı*, 21; Mer'î hukuk açısından paylı mülkiyete ve elbirliği mülkiyetine yönelik hükümlerin kıyas yoluyla intifa hakkında da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 98; Özen, *İntifa Hakkı*, 27.

⁹⁶⁹ Özen, *İntifa Hakkı*, 27.

⁹⁷⁰ "...ale'l-iştirâk mutasarrıf olduğumuz mezra 'anın nısf hakk-ı tasarrufunu evkâf-ı mezbûre mütevellisi ma'rifet[iy]le mezbûre zevceme tefvîz edip mukâbelesinde mezkûrenin yedinden bin altı yüz elli râyic fi'l-vakt akçe alıp kabz eyledim dedikde mukırr-ı merkûmu akvâl-i meşrûhasında mesfûre Fâtıma Hâtun vicâhen ve şifâhen tasdik eyledikde mâ vaka'a vukû'u üzre gıbbe't-taleb kayd olundu..." İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXII, 63, No: 31; Başka kararlar için bkz. Diyarbakir Şer'îyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: 3715, c. I, 37, No: 52.

⁹⁷¹ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVI, 142, No: 138; c. XXXVI, 128, No: 135.

⁹⁷² "...Merhûm Sofu Mehmed Paşa Vakfı'ndan altı hissede iki hissesini ve Ayasofya-i Kebîr Vakfı'ndan altı hissede üç hissesi ve Sofyanos Vakfı'ndan kezâlik altı hissede üç hissesi ki cem'an sekiz hissesi cidâr-ı hısn ile ma'an icâre-i mu'accele ve mü'eccele ile benim taht-ı tasarrufumda olmağın hâlen ben zikr olunan sekiz sehm hisse-i şâyi'amın hakk-ı tasarrufunu sekiz yüz kuruş bedel mukâbelesinde mütevellileri izniyle müvekkil-i müşârun-ileyh Ahmed Efendi'ye ferâğ ve tefvîz eylediğimde ol dahi ber-minvâl-i muharrer tefevvüz ve tesellüm ve kabûl eyledikten sonra bedel-i ferâğ-ı merkûm sekiz yüz kuruşu müvekkil-i müşârun-ileyh yedinden tamâmen alıp kabz eyledim fîmâ ba'd sâlifü'z-zikr Vakıfhân yedinde olan sekiz sehm hisse-i şâyi'am müvekkil-i müşârun-ileyh Ahmed Efendi'nin hakk-ı müfевvezidir benim kat'an alâka ve medhalim kalmamışdır keyfe mâ yeşâ ve yahtâr mutasarrıf olsun..." İstanbul Kadı Sicilleri, c. 63, 266, No: 276.

İntifa hakkı sahibinde aranan ikinci şart ise belirli olmasıdır. Dolayısıyla intifa hakkının tüzel kişiliği olmayan bir topluluk lehine tesisi mümkün değildir. Bu topluluğun mevcut veya ileride gelecek olan üyeleri böyle bir intifa hakkının sahibi olamazlar. Çünkü bu durumda hak sahibi belirli olmamaktadır.⁹⁷³

Şahsi ve ekonomik nedenlerle malik lehine intifa hakkı tesisine ihtiyaç duyulmaktadır. Malikin taşınmazı üzerinde kurulacak olan sınırlı aynî haklar arasında ön sırada yer alabilmek için lehine intifa hakkı tesis etmeye ihtiyacı olabilir. Keza modern hukuk açısından malik lehine intifa hakkı tesis edilebileceği, eşyaya bağlı irtifak haklarında olduğu gibi mümkün görülmektedir.⁹⁷⁴ İslâm hukuku bakımından malik lehine intifa hakkının tesisi ise sözleşme yoluyla mümkün görünmemektedir. Zira bu durumda sözleşmenin tarafları farklı kişiler olmayacak veya bir sözleşme ile iki sözleşmenin yapılması gerekecektir. Bir sözleşme içerisinde iki sözleşme yapılması ise yasaklanmıştır.⁹⁷⁵ Sözleşmede şart koşularak intifa hakkının tesis edilebilmesi için ise bu şartın örfen kabul edilen şartlardan olması gerekmektedir. Aksi halde fasit şart olması söz konusu olacaktır.⁹⁷⁶ Bununla birlikte vakfeden kendisini vakıf lehtarını yapabilmektedir.⁹⁷⁷ Dolayısıyla vakıf yoluyla malik lehine intifa hakkından bahsedilebilecektir. Bu durumda eşyanın rakabesi vakfedenin elinden çıkmış olur. Artık sadece eşyanın menfaatinden yararlanır ve öldüğü takdirde bu menfaat ihtiyaç sahiplerine sarf edilir.⁹⁷⁸ Keza uygulamada buna yönelik örnekler görülmüştür.⁹⁷⁹ Ayrıca lehine intifa hakkı tesis edilmiş olan taşınmaza daha sonradan malik olan kimse, aynı taşınmaz üzerinde hem intifa hakkı hem de mülkiyet hakkına sahip olacaktır. Bu durumda intifa hakkı sona ermiş olmayacak, hak sahibinin intifa hakkına yönelik yetkileri askıda olacaktır. Bu süreçte hak sahibi mülkiyet hakkından kaynaklı yetkilerini kullanmış olacaktır. Bu taşınmazlardan birinin el değiştirmesi durumunda intifa hakkı eski haline gelecektir. Özellikle tapu siciline tescil

⁹⁷³ Özen, *İntifa Hakkı*, 24, 25.

⁹⁷⁴ Özen, *İntifa Hakkı*, 34, 35.

⁹⁷⁵ Muvatta', *Buyu*, 72; Nesâî, *Buyu*, 73 (4553); Tirmizî, *Buyu*, 18 (1231).

⁹⁷⁶ Topal, "Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller", 524.

⁹⁷⁷ Akman, *Eski Vakıflar Hukuku*, 60.

⁹⁷⁸ İbn Hümmam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 225; Vehbe Zuhaylî, *Vesâyâ ve'l-Vakf fi'l-Fıkhi'l-İslâmî* (Dimeşk: Daru'l-Fikir, 1998/1419), 141, 179.

⁹⁷⁹ İstanbul Kadı Sicilleri, c. 60, 493, No: 558; İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLII, 572, No: 516; Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 233, 241, No: 1201, 1242.

yoluyla intifa haklarının ayrıca görünebilip, ispat edilebildiği günümüz açısından taşınmazlar üzerinde malik lehine intifa hakkının kurulması mümkün ve ihtiyaca cevap verir niteliktedir. Tapu siciline tescil sistemi ile bu intifa hakları başka bir nedenin varlığı aranmaksızın tesis edilebilecektir. Bu sayede taşınmazını bir başkasına devreden kimse hayatı boyunca taşınmazın bütün menfaatlerinden mahrum kalmamış olacaktır. Malikin, lehine kurmuş olduğu intifa hakkı ile belirli bir süre daha taşınmazının menfaatlerinden yararlanması mümkün hale gelecektir.⁹⁸⁰ Taşınırlar açısından, yukarıda bahsettiğimiz üzere, genel olarak intifa hakkı kurucu sebepler ile intifa hakkı tesisi olanaklı görünmemektedir. Ancak tescil gibi bir nedenle intifa hakkının doğacağına kabul edilmesi durumunda, tescile tabi olan taşınırlar bakımından malik lehine intifa hakkının tesisi olanaklı görülebilir.⁹⁸¹ Örneğin satım sözleşmesinde mülkiyetin nakli sözleşme ile gerçekleşeceğinden dolayı sözleşme yapılmış olsa dahi satıcı, lehine tesis edilmiş olan intifa hakkından yararlanabilecektir. Bu durumda sözleşme ile rakabe mülkiyeti devredilmiş olacak, menfaat mülkiyeti tescil ile belirlenen süre boyunca satıcıda kalacaktır. Ayrıca örfen böyle bir şart koşulmasının meşru görülmesi durumunda da taşınırlar üzerinde malik lehine intifa hakkı kurulabilecektir. Tüm bunlarla birlikte gerek vakıf yoluyla gerekse satım sözleşmesinde şart koşulması yoluyla bir intifa hakkı tesisi durumunda aynı zamanda mülkiyet hakkının temliki de gerçekleşeceği için gerçek anlamda malik lehine bir intifa hakkının kurulmadığı da ifade edilebilir.

2.1.2.2. Hakkın Konusu

İntifa hakkı taşınmazlar, taşınırlar ve bazı hakların üzerinde tesis edilir. Bu bakımdan intifa hakkı konusuna göre üç kısımda incelenir. Mer'î hukuk açısından bu üç kısma ek olarak malvarlığı üzerinde de intifa hakkı kurulabileceği belirtilmiştir.⁹⁸² Ancak malvarlığı üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi, eşya hukukuna hakim olan belirlilik ilkesine aykırı olacağı için malvarlığına dahil olan taşınmazların, taşınırların ve hakların ayrı ayrı intifa hakkına konu olması gerekecektir. Zira malvarlığı hak ve borçlardan

⁹⁸⁰ Özen, *İntifa Hakkı*, 37.

⁹⁸¹ Modern hukuk açısından taşınırlar üzerinde bu şekilde malik lehine intifa hakkı tesis edilebileceği belirtilmiştir. Özen, *İntifa Hakkı*, 39.

⁹⁸² TMK, m. 794.

oluşan bir bütün olup, müstakil olarak ne bir mal ne de bir eşyadır.⁹⁸³ Ancak ticari işletmelerin malvarlıkları için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığı düzenlenmiş olmasından dolayı ticari işletmelerin malvarlıkları üzerinde doğrudan intifa hakkı tesis edilebilecektir.⁹⁸⁴ Dolayısıyla istisnalar haricinde mer'î hukukta her ne kadar intifa hakkının konusu olarak malvarlığı ayrıca sayılmış olsa da bu malvarlığı kapsamındaki taşınır, taşınmaz ve haklar üzerinde ayrı ayrı intifa hakkı tesis edileceğinden dolayı bu husus İslâm hukuku ile konu bakımından büyük bir farklılık teşkil etmeyecektir.

Paylı mülkiyet üzerinde intifa hakkı tesis edilebilecektir. Bu durum doğrudan hali hazırda mevcut bir paylı mülkiyetin paydaşlarından birinin kendi payı üzerinde intifa hakkı tesis etmesi şeklinde olabileceği gibi henüz paylı mülkiyet rejimine tabi olmayan bir taşınmazın maliki tarafından paylara bölünerek, bu paylardan biri veya birkaçı üzerinde intifa hakkı tesis edilmesinde de görülebilir.⁹⁸⁵

a. İntifa hakkının konusu olarak taşınmazlar

İntifa hakkı tesis eden sebeplerden biri vasıtasıyla taşınmazlar, intifa hakkının konusu olabilirler. Mer'î hukukta bir taşınmazın üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi için tapu kütüğüne tescil şartı vardır.⁹⁸⁶ İslâm hukuku kaynaklarında buna yönelik bir belirleme yapılmamış olmakla birlikte, İslâm hukukuna bağlı kalınarak, yapılacak olan bir kanunlaştırma ile tescil şartı veya benzeri bir resmi şekil şartı getirilebilir.⁹⁸⁷ Her ne kadar şekil şartı getirilmiş olsa da intifa hakkının doğması için gerekli sebeplerin yine bulunması gerekecektir. Dolayısıyla resmi şekil şartı bu sebepler haricinde bir başka yolla intifa hakkının doğmasını sağlamayacaktır.

⁹⁸³ Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 831; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 100; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 683; Özen, *İntifa Hakkı*, 40; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 87.

⁹⁸⁴ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 111; Berki, *Aynî Haklar*, 109; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 535; Özen, *İntifa Hakkı*, 50.

⁹⁸⁵ Özen, *İntifa Hakkı*, 50, 51.

⁹⁸⁶ TMK, m. 795.

⁹⁸⁷ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 28.

b. İntifa hakkının konusu olarak taşınırlar

İntifa hakkına, eşyaya bağlı irtifak haklarının aksine taşınır mallar da konu teşkil edebilir.⁹⁸⁸ Ancak taşınır malların tüketilebilir olup olmamasına göre intifa haklarının hükümlerinde farklılık oluşacaktır. Kendisinden istifade edilmesi için tüketilmesi gerekmeyen ve kullanılmakla kendisinden bir şey eksilmeyip, aslı baki kalan mallar tüketilmeyen mallardır.⁹⁸⁹ Bu malların intifa hakkına konu olması durumunda kendilerinden tabiatlarına uygun şekilde istifade edilir. Bu mallardan yararlanılırken gerekli koruma sağlanır ve hakkın süresi dolduktan sonra bu malların rakabe sahibine aynen iade edilmesi gerekir.⁹⁹⁰

Kendisinden beklenen yararın elde edilmesi için, yiyecek, içecek, yakıt vb. gibi maddi anlamda tüketilmesi gereken mallar ile para gibi elden çıkarılması gereken şeyler tüketilebilen eşyaları oluşturur.⁹⁹¹ Bu malların intifa hakkına konu teşkil etmeleri açısından tüketilmeyen mallarla aynı durumda değerlendirilmeleri söz konusu değildir. Öncelikle bu malların intifa hakkının konusunu teşkil etmesi hususu tartışmalıdır. Tüketilebilen mallar üzerinde intifa hakkının kurulabileceğini belirten yazarlar, özellikle herkesin yararlanma hakkı olduğu kamu malları üzerindeki istifade yetkisini örnek olarak göstermektedirler.⁹⁹² Ancak önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere bu mallar üzerindeki yetki bir aynî hak mahiyetinde olmayıp ibâha niteliğindedir. İnsanların bu mallardan yararlanması genellik, eşitlik, serbestlik ve ücretsizlik prensipleri doğrultusunda gerçekleşmekte olup, intifa hakkı tesis eden hukuki işlemler bu durumda bulunmamaktadır. Bu mallardan yararlanma yetkisi, sürekli biçimde kişilere tanınmış, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen aynî nitelikte bir yetki değildir. Dolayısıyla bu örnekler tüketilebilen malların intifa hakkına konu teşkil etmesine bir örnek olarak gösterilemez.

⁹⁸⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 90; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. VII, 94; Aydın, *Hukuk Tarihi*, 351.

⁹⁸⁹ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 540; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 352; Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 52; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 13; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 37.

⁹⁹⁰ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 28.

⁹⁹¹ Özdemir – Kıyılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 52; Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 50; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 540; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 352; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 13, 533; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 37.

⁹⁹² Muhammed İbn Ma'cuz, *el-Hukuku'l-Ayniyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve't-Taknînü'l-Mağrib*, 1. Baskı (Fas: 1990), 355.

Özel mülkiyete tabi tüketilebilen malların üzerinde intifa hakkı kurulup kurulamayacağı hususunda fakihler farklı örnekler üzerinden farklı görüşler belirtmişlerdir. İlk görüşe göre tüketilebilen bir mal kendisine yararlanması için verilmiş olan kimsenin bu malı tüketmesi durumunda, bu kimse malı kendi mülkiyeti altında tüketmiş olacaktır. Dolayısıyla bu malı tüketen kimse intifa hakkı sahibi olarak değil, malik olarak tüketmiş olacaktır. Örneğin bir kimseye faydalanması için yemek veya para verilmesi durumunda bu yemek veya parayı tüketen kimse fiilini malik sıfatıyla gerçekleştirmiş olacaktır. İkinci görüşe göre ise burada her ne kadar bu kimseye ilgili malı tüketmesi için izin verilmiş olsa da, bu mallar malikinin mülkiyetinden çıkmayacaklardır. Bununla birlikte bu malı tüketen kimse bir izin doğrultusunda hareket ettiği için fiili hukuka aykırılık taşımayacak ve ilgili malı tazmin yükümlülüğü altına girmeyecektir. Hanefîlerin çoğunluğu ilk görüşü kabul etmektedirler.⁹⁹³ İlk görüş tercih edildiği takdirde artık intifa hakkından değil mülkiyet hakkından bahsedileceği için tüketilebilen malların intifa hakkına konu teşkil etmesi kabul edilmeyecektir. İkinci görüş tercih edildiğinde ise, intifa hakkından yararlanılan malın, rakabesinin baki kalması ve tekrardan sahibine dönmesi gerekirken, tüketilmiş olduğu için bu iade gerçekleşmeyecektir. Ayrıca tüketimin bir izinden kaynaklanması nedeniyle tüketen kimseye bir tazmin yükümlülüğü de yüklenmemektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre de tüketilebilen malların intifa hakkına konu teşkil etmesi mümkün değildir.⁹⁹⁴

Tüketilebilen malların menfaatinin temlik edilmesi durumunun zahiren ariyet olsa da manen karz hükmünde olacağı belirtilmiştir.⁹⁹⁵ Mürşidü'l-Hayrân'da tüketilebilen malların intifa hakkı sahibi tarafından tüketilmesi durumunda, hakkın sona ermesi halinde hak sahibinin bu malların mislini veya kıymetini vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu şekilde alınan eşyaların karz hükmünde olmasından dolayı, hak sahibinin kusuru olmasa dahi eşyaya gelen zarardan sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.⁹⁹⁶ Bu düzenlemede tüketilen malların intifa hakkı konusu olması hususunun karz hükmünde görülmesi, Hanefîlerin ilk görüşünün tercih edildiğini göstermektedir. Çünkü karz sözleşmesi ile mülkiyetin

⁹⁹³ el-Hafîf, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 80, dn. 83.

⁹⁹⁴ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 28, 29.

⁹⁹⁵ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 55.

⁹⁹⁶ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 22.

hükmen karz verende kaldığı yönünde azınlık görüşü bulunmasına rağmen, mülkiyetin temlikinin gerçekleştiği Hanefilerin çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir.⁹⁹⁷ Hanefiler tüketilebilen malların söz konusu olduğu bu tür işlemler için “*mecâzi*” kavramını kullanmışlardır.⁹⁹⁸ Kadri Paşa’nın düzenlemesi ile aynı doğrultuda, mer’î hukuk açısından tüketilebilen malların intifa hakkına konu olması kabul edilmiştir. Tüketilebilen bir malın mülkiyeti aksi kararlaştırılmadığı takdirde intifa hakkı sahibine geçecektir. İntifa hakkı sahibi, hakkı sona erdiği vakit tüketilebilen malın o günkü değerini geri verecektir. Bu nitelikleri göz önüne alınarak İslâm hukukçularının nitelendirmesine benzer şekilde mer’î hukukta bu hakka “*gerçek olmayan intifa hakkı*”, “*intifa hakkı benzeri (şibih intifa hakkı)*” denilmiştir.⁹⁹⁹ Dolayısıyla mer’î hukukta da her ne kadar tüketilebilen mallar üzerinde intifa hakkı kurulabileceği belirtilmiş olsa da bunun intifa hakkı tabiriyle kast edilen nitelikte olmadığı ifade edilmiş ve bu şekilde kurulan hak gerçek olmayan intifa olarak nitelendirilmiştir.

c. *İntifa hakkının konusu olarak haklar*

İslâm hukukunda intifa hakkı tesis eden tasarrufların bir kısmı, hak sahibine, üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan malın menfaatini temlik edebilme yetkisi vermektedir. Bu yetkiye dayanarak kiracı olan kimse, malı bir başkasına kiraya vererek yeni bir intifa hakkı tesis edebileceği gibi, bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi olan kimse tarafından taşınmazın tamamı üzerinde veya bu taşınmazın lehine sabit olan eşyaya bağlı irtifaklar üzerinde yeni bir intifa hakkı tesis edilebilir. Dolayısıyla İslâm hukukunda menfaatin temlikini sağlayan işlemlerle intifa hakkının kurulması durumunda, hak sahibi menfaat kendisine temlik edildiği için bu menfaat üzerinde yeniden intifa hakkı tesis edebilecektir.¹⁰⁰⁰ Menfaatin temlik edilmediği durumlarda ise, eşyayı kullanan kimse intifa hakkı tesis edemeyecektir. Böyle bir işlem yapması halinde bir başkasının mülkü

⁹⁹⁷ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi’*, c. VII, 396; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 55; H. Yunus Apaydın, “Karz”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIV (İstanbul: TDV Yayınları 2001), 522.

⁹⁹⁸ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 55.

⁹⁹⁹ Berki, *Aynî Haklar*, 107; Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 702; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 103; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 821; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 98; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 533; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 86; Özen, *İntifa Hakkı*, 52; Gökçe Canarslan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 43.

¹⁰⁰⁰ MAA, m. 587, 819; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. I, 831; c. II, 1415.

üzerinde izinsiz bir işlem yapmış kabul edileceğinden dolayı bu işlem geçersiz olacaktır.¹⁰⁰¹ Ayrıca ariyet sözleşmesi ile tesis edilen intifa hakkının yalnızca Malikilere göre temlik edilebileceğini¹⁰⁰², Hanefilere göre bu sözleşmenin bağlayıcı olmadığından dolayı bağlayıcı bir sözleşme ile menfaatin temlikinin mümkün olmadığını ancak ariyet yoluyla mümkün olduğunu¹⁰⁰³, diğer mezheplere göre ise burada menfaatin temlik edilmeyip ibâha yetkisinin doğmuş olduğunu¹⁰⁰⁴ eklemek gerekir.

Menfaatin temlikine yönelik verilmiş olan örnekler üzerinden, hakların da intifa hakkının konusu olabileceğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır.¹⁰⁰⁵ Ancak menfaatin hak sahibine geçmediği durumlarda salt olarak bir hakkın intifa hakkı konusu olduğu görülmemektedir. Bu örneklerde ise menfaat hak sahibine geçmiş olduğu için artık hakkın değil milkin üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu yazarların görüşüne katılmamaktayız. Çalışmanın ilk bölümünde verilmiş olan milk-hukuk-ibâha ayrımı göz önüne alındığında milk kavramı kapsamı üzerinde intifa hakkının tesis edilmiş olduğunu, milkten daha kuvvetsiz olan hukuk ve ondan daha kuvvetsiz olan ibâha nitelikli hak ve yetkilerin üzerinde sahiplerinin yeniden intifa hakkı tesis edemediklerini belirtebiliriz. Dolayısıyla mer'î hukukta ifade edildiği şekliyle haklar intifa hakkına konu olmamakta ancak milkin üzerinde intifa hakkı tesis edilebilmektedir.

Mer'î hukukta bir hakkın intifa hakkına konu olabilmesi için iki şartın arandığı ifade edilmektedir. Bu iki şart devredilebilir ve doğrudan doğruya yahut ihtiva ettiği edim bakımından yararlanmaya elverişli olmasıdır.¹⁰⁰⁶ Örneğin bir alacak hakkı üzerinde intifa

¹⁰⁰¹ MAA, m. 96; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1420.

¹⁰⁰² el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92, 543, 545; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 146; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124; Gözübenli, "Âriyet", c. III, 380; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 150.

¹⁰⁰³ MAA, m. 806, 824; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1421, 1424; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115.

¹⁰⁰⁴ İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; Buhûti, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, c. IV, 63; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 315; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 543.

¹⁰⁰⁵ İbn Ma'cuz, *el-Hukuku'l-Ayniyye*, 354; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 29.

¹⁰⁰⁶ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 106; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 835, 836; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 99, 100; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 682, 683; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 535; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 86, 87.

hakkı kurulduğu takdirde, alacak yine alacaklıya kalacaktır. İntifa hakkı sahibi ise bu alacağın getirisini (kâr payı vb.) elde edecektir.¹⁰⁰⁷

2.1.2.3. İntifa Hakkının Kapsamındaki Yetkiler

Mülkiyet hakkının kapsamına kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri girmektedir. İslâm hukuku açısından bu yetkilerden hangilerinin intifa hakkının kapsamına girmiş olduğu, tesis edilen işleme göre farklılık göstermektedir. Menfaatin temlikini de sağlayan bir işlemle kurulmuş olan intifa hakkının muhtevasında bu kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri bulunmakla birlikte, tasarruf yetkisi yalnızca menfaat mülkiyeti üzerinde söz konusu olacak olup rakabe üzerinde söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁰⁸ Bu durum Kadri Paşa tarafından net bir şekilde belirtilmiş¹⁰⁰⁹, menfaat mülkiyetinin ivazlı, ivazsız¹⁰¹⁰ yahut sınırlı bir şekilde devredilebileceği düzenlenmiştir.¹⁰¹¹ Bu üç yetki ancak tam mülkiyet hakkına sahip olan kimselerde tam anlamıyla söz konusu olabilir. Menfaat mülkiyetinin temlikini sağlayarak tesis edilen intifa hakkı ise hak sahibine nâkıs mülkiyet hakkı sağlamaktadır.

Menfaat mülkiyetinin temlikini gerçekleştirmeyen bir sebeple kurulmuş olan intifa hakları, hak sahibine kullanma ve yararlanma yetkilerini verecektir. Bu haklar açısından bir tasarruf yetkisinden bahsedilemeyecektir.¹⁰¹² Ancak bu yetkiler de koyulacak farklı kayıtlarla daha da daraltılabilir. Bu şekilde daraltılan haklar için farklı isimlendirmelerin kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin yalnızca kullanma yetkisi verip, semerelerinden yararlanma yetkisi vermeyen bir intifa hakkını Kadri Paşa “*isti’mal hakkı*” olarak nitelendirmiştir.¹⁰¹³ Günümüzde bazı kanunlarda da isti’mal hakkı kavramı yer almakta ve süknâ hakkı ile birlikte değerlendirilmektedir.¹⁰¹⁴

¹⁰⁰⁷ Berki, *Aynî Haklar*, 108; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 106; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 836, 837; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 682, 683; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 535; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 86, 87.

¹⁰⁰⁸ MAA, m. 587, 819; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. I, 831; c. II, 1415.

¹⁰⁰⁹ *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 14.

¹⁰¹⁰ *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 15.

¹⁰¹¹ *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 16.

¹⁰¹² MAA, m. 96; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. II, 1420.

¹⁰¹³ *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 13, 43.

¹⁰¹⁴ ÜMK, m. 1220; SMK, m. 698; BAEMK, m. 1349.

Mer'î hukukta intifa hakkı, hak sahibine kullanma ve yararlanma yetkilerini verecek olup tasarruf yetkisini vermeyecektir. Ancak intifa hakkının kullanılması bir başkasına devredilebilecektir. Bu ise intifa hakkının devri niteliğinde olmayıp, bir aynî hak değil şahsi hak meydana getirecektir. Mer'î hukuk açısından kira sözleşmesi menfaat mülkiyetini temlik etmeyeceği için intifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan eşyayı bir başkasına kiraya verebilecektir. Bu durumda yalnızca intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisi kurulacak olup, malik ile üçüncü kişi arasında herhangi bir ilişki kurulmayacaktır. İntifa hakkının sona ermesi durumunda doğrudan üçüncü kişinin hakkı da sona erecektir.¹⁰¹⁵

2.1.3. İntifa Hakkının Özellikleri

İntifa hakkının önemli özellikleri arasında, aynî nitelikte olması, bir menfaat sağlaması, hakkın konusu olan eşyanın rakabesinden bağımsız olması ve sınırlandırılabilir nitelikte olması sayılabilir. Müellifler genellikle bu özellikler arasında intifa hakkının varise intikal etmemesini de saymışlardır.¹⁰¹⁶ Ancak bu çalışmada ilgili husus, intifa hakkının sona ermesi kapsamında ele alınacağı için ayrıca burada açıklamada bulunulmamıştır.

2.1.3.1. Aynî nitelikte olması

İntifa hakkı tesis eden sebepler göz önüne alındığı takdirde görüleceği üzere, bu hak menfaat mülkiyeti sağlamaktadır. Milk kapsamı içerisinde yer alan menfaat mülkiyetinin bazı farklılıklar haricinde modern hukuktaki aynî haklara karşı geldiği çalışmanın ilk bölümünde ifade edilmişti. Hak sahibine menfaat mülkiyetini temlik eden intifa hakkı, herkese karşı dermeyeran edilebilecek ve hak sahibine intifa hakkı ile tanınmış olan yetkiden doğrudan istifade imkanı sağlayacaktır. Dermeyeran edilebilme özelliği gereğince intifa hakkı, hakkın konusunun malikinin alacaklılarının taleplerinden etkilenmeyecektir. Alacaklıların talepleri intifa hakkının mevcudiyetini

¹⁰¹⁵ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 138, 139; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 686; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 532; Özen, *İntifa Hakkı*, 100.

¹⁰¹⁶ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 84; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 37.

etkilemeyecektir.¹⁰¹⁷ Yalnızca intifa hakkı kurulduğu esnada malik olan kimse değil daha sonradan hakkın konusunun maliki olan herkes, intifa hakkını tesis eden borç ilişkisine taraf hale gelecektir.¹⁰¹⁸ İntifa hakkını tesis eden nedenlerde yapılacak değişiklikler, aynı etki doğuracaktır. Bu nedenlerde nasıl değişiklik yapılacağı ise nedenlerin kendi özelliklerine göre belirlenecektir. Aynı niteliğinden kaynaklı olarak, hakkın konusunun taksimi durumunda, intifa hakkı devam edecektir. Bu taksim intifa hakkını kendiliğinden sona erdirmeyecektir.¹⁰¹⁹

İbâha veya hakku'l ihtisas yoluyla insanlara bir takım yararlanma yetkisi verilmektedir. Bu kavramlar incelenirken belirtildiği üzere, bu kavramlarla kastedilen gerçek anlamda bir intifa hakkı değildir. Hakku'l-ihtisas, kişiye yalnızca eşya üzerinde kullanma hakkı vermekte ve ivazlı bir akitle devir yetkisi tanımamaktadır. Bu bakımdan şahsa sıkı sıkıya bağlı bir intifa hakkı izlenimi uyandırır da bu yetki, üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayan eşyaların kullanılması kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁰²⁰ İbâha ise genel anlamda toplumu oluşturan fertlerin mübah mallar ve kamu mallarından yararlanma yetkisi olarak ifade edilmiştir.¹⁰²¹ Bu yetki bir intifa hakkı niteliğinde olmayıp izin, ruhsat mahiyetindedir. Bu yetki karşılığında ilgili eşyadan faydalanan kişiden herhangi bir kıymet talep edilemez.¹⁰²² Dolayısıyla bu iki kavram çerçevesinde verilen yetkiler intifa hakkı niteliğinde değildir. İntifa hakkı, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen ve konusu üzerinde sahibine doğrudan yetki tanıyan haktır. Bu hak, menfaat mülkiyeti kapsamında incelenir ve aynı bir nitelik arz eder.

2.1.3.2. Bir Menfaat Sağlaması

İntifa hakkı, sahibine bir menfaat sağlamaktadır. Bu menfaat hukuka uygun nitelikte ve bilinebilir olmalıdır. Menfaatin hukuka uygun bir nitelik arz etmesi için mütakavvim olması gerekmektedir. Hukuka aykırı bir amaç doğrultusunda elde edilmek

¹⁰¹⁷ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 97; Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 815; Özen, *İntifa Hakkı*, 100.

¹⁰¹⁸ Özen, *İntifa Hakkı*, 106.

¹⁰¹⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 125, 126.

¹⁰²⁰ Bardakoğlu, “Hak”, c. XV, 145; Hacak, *İrtifak Hakları*, 18; Çalış, “Milk Terimi”, 193.

¹⁰²¹ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 178; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi'*, c. VI, 193.

¹⁰²² MAA, m. 836.

istenen menfaat gayri mütekavvim olacaktır ve intifa hakkının konusunu teşkil edemeyecektir. Örneğin kilise yapmak kumar oynatmak veya içerisinde şarap satmak için bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesis edilemeyecektir.¹⁰²³ İntifa hakkının bilinebilir olması için ise, kurulması esnasında menfaatin sadece isminin belirtilmesi, miktarını sınırlamak için yeterli olmuyorsa, müddetinin de açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin bir evin, tarım arazisinin kiralanması durumunda ne süre ile kiralandığı net bir şekilde belirtilmelidir. Bu durumlarda süre, menfaatin ölçüsü olacaktır. İntifa hakkının konusu olan menfaat teslim edilebilir nitelikte olmalıdır. Bu şartlar sağlanmadığı takdirde sahih bir şekilde intifa hakkı tesis edilememiş olacaktır. İntifa hakkının tesisi esnasında menfaatten yararlanmayı engelleyecek bir ayıp bulunmamalı ve menfaatin mahalli hak sahibi tarafından biliniyor olmalıdır. Bu iki şartın bulunmadığı durumlarda sözleşme bağlayıcı nitelikte olmayacaktır.¹⁰²⁴ İntifa hakkının sağlamış olduğu menfaatin gelir getirmesi ise zorunlu değildir. Manevi, estetik bir yarar dahi menfaat olarak kabul edilebilir. Örneğin bir tablo üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi durumunda maddi değil, estetik bir yarar bulunmaktadır.¹⁰²⁵

İntifa hakkı, hak sahibine konusu üzerinde kullanma, yararlanma ve sınırlı düzeyde tasarrufta bulunma yetkilerini verir. Hak sahibinin tasarruf yetkisi, menfaat mülkiyetini temlik eden bir yolla intifa hakkının kurulması durumunda söz konusu olup, menfaat mülkiyeti temlik edilmemişse söz konusu değildir.¹⁰²⁶ Dolayısıyla bir kira sözleşmesi¹⁰²⁷ ile kurulmuş olan intifa hakkı, hak sahibi tarafından bir başkasına devredilebilecekken¹⁰²⁸, menfaat mülkiyetini temlik etmesi hususunda mezhepler

¹⁰²³ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 176, c. VII, 352; c. V, 527, 562; Nevevî, *Ravza*, c. V, 319, c. VI, 98; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebir*, c. IV, 9; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 524; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VI, 32, 33; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 42, 43; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 514; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 381, 382.

¹⁰²⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 175, 179-184, 195-197; Derdîr, *Şerhu'l-Kebir*, c. IV, 8, 9; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 453-460, 524; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VI, 26, 30, 31; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 516, 517; Kahveci, *İslam Borçlar Hukuku*, 198, 199; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 381.

¹⁰²⁵ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 96; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 531.

¹⁰²⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1415.

¹⁰²⁷ Kira sözleşmesinin menfaatin temlikini sağladığına dair bkz. el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 513; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. V, 52; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 32; Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 35; Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 142; Akman, *Akdi Mesuliyet ve Tazminat*, 24, 25; Kahveci, *İslam Borçlar Hukuku*, 194; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 380; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 252.

¹⁰²⁸ MAA, m. 587.

arasında tartışmalar olan ariyet sözleşmesinin söz konusu olması veya intifa hakkının sınırlandırılmış olması gibi durumlarda, menfaat mülkiyeti üzerindeki tasarruf yetkisi de sınırlandırılmış yahut tamamen kaldırılmış olabilir. Mer'î hukuk açısından intifa hakkının sahibine bir tasarruf yetkisi vermeyeceği, intifa hakkının unsurları açıklanırken ifade edilmişti.

İntifa hakkı hak sahibine, konusu üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerini vermektedir. Bu kullanma ve yararlanma yetkileri ise tamamen sınırsız değildir. Bu hak kullanılırken, konusunu zarara uğratamaz. Hakkın konusunun özgülenmiş olduğu şeyi değiştiremez.¹⁰²⁹ Ekonomik olarak özgülenme yönü ve şekli malik açısından büyük önem arz edecektir. Dolayısıyla burada hak sahibinin sınırlarının tespiti önemlidir. Hakkın konusunun bir araç olarak kullanılıp kullanılmaması, ne kadar sürede eski haline dönebilecek olması veya ekonomik açıdan etkilerinin oranı gibi farklı nedenler bu sınırların tespitinde önemli olacaktır. Dolayısıyla bu hususta somut olayın göz önüne alınması gerekecektir.¹⁰³⁰

İntifa hakkının sağlamış olduğu menfaatin bir mal olarak kabul edilip edilmemesi hususu ise mezhepler arasında ihtilaflıdır. Hanefiler menfaatleri mal kabul etmemekte, cumhur ise mal olarak kabul etmektedir.¹⁰³¹ Buna yönelik açıklamalar ilk bölümde irtifak hakkının özellikleri açıklanırken yapıldığı için burada bu kadarla iktifa edilecek, tekrar edilmeyecektir.

2.1.3.3. Hakkın Konusu Olan Eşyanın Rakabesinden Bağımsız Olması

İntifa hakkı, hak sahibine yalnızca menfaat mülkiyetini verecek olup bunun dışında üzerinde kurulmuş olan eşyanın rakabesini vermeyecektir. Nitekim, hak sahibinin tasarruf yetkisi asla bu rakabeyi konu alamayacaktır. Bir eşya üzerinde intifa hakkı tesis edildiği takdirde artık rakabe mülkiyetinin yanında bir aynî hak daha kurulmuş demektir. Bu iki aynî hak birbirinden bağımsızdırlar. Dolayısıyla intifa hakkı sahibi olan kimse ile

¹⁰²⁹ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 34, 126; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 533, 542; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 100; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 687.

¹⁰³⁰ Ayrıntı için bkz. Özen, *İntifa Hakkı*, 63 vd.

¹⁰³¹ el-Hafif, *Muâmelâti 'ş-Şer'iyeye*, 60; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. V, 39; Karadâğî, *İslam İktisadî Mal*, 33; Demir, *Mülkiyet Hakkı*, 29, 30; Topal, *Satış Akdi ve Mülkiyet*, 43; Hacak, “Mal”, c. XXVII, 462; Akman, *Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 48, 50; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 670.

eşyanın rakabesine malik olan kimse arasında herhangi bir ortaklıktan bahsedilemeyecektir. Her ikisinin de yetkileri farklıdır. Üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olan bir eşyanın malikinin ancak rakabe üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Bunun dışında o eşyayı kullanma veya eşyadan yararlanma yetkileri bulunmamaktadır.

2.1.3.4. Sınırlandırılabilir Nitelikte Olması

Mülkiyet hakkını, intifa hakkı ile sınırlandırmış olan kimsenin bu hakkı tesis eden hukuki işlemde şart koşmuş olduğu sınırlamalara uyulması gerekir.¹⁰³² İntifa hakkı kapsamı bakımından zaman, mekan veya belirli bir yetki kaydıyla sınırlandırılabilir.¹⁰³³ Sınırlandırılmanın şekli bakımından açıkça veya örfe göre sınırlandırmadan bahsedilebilir. Bunun yanında sınırlandırmanın intifa hakkının tesisi esnasında olması veya daha sonradan olması da mümkündür. Dolayısıyla intifa hakkının sınırlandırılması kapsamı bakımından üçe, hem şekli bakımından hem de sınırlandırmanın zamanı açısından ise ikiye ayrılarak incelenecektir.

a. Kapsamı bakımından sınırlandırılması

aa. Zaman bakımından sınırlandırılması

İntifa hakkı tesis edilirken belirli bir süre ile sınırlandırılabilir. Böyle bir sınırlandırmanın olduğu durumlarda sürenin sona ermesiyle intifa hakkı da sona erecektir.¹⁰³⁴ Örneğin bir yıl süre ile kurulmuş olan bir kira sözleşmesi sona erdiğinde intifa hakkı da başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erecektir. İki saat süreyle ariyet verilmiş olan bir arabaya üç saat süreyle binilemeyecektir.¹⁰³⁵ Bununla birlikte bağlayıcı olmayan bir sözleşme ile menfaatin temlik edilmesi halinde bu sürenin sona ermesi beklenmeksizin de sona erdirilebilecektir. Örneğin, Hanefilere göre ariyet sözleşmesi ile

¹⁰³² *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 19.

¹⁰³³ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 307; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 84; Zeydân, *el-Medhal*, 217, No: 261; Yusuf Musa, *el-Emval*, 168; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 149; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 558; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 75; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 35.

¹⁰³⁴ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 679, 680; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 103; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16.

¹⁰³⁵ MAA, m. 817.

menfaatin temlikî durumunda, bu sözleşme bağlayıcı olmadığı için sürenin bitmesi beklenmeksizin ilgili kullanım sona erdirilebilecektir.¹⁰³⁶ Bu nedenle ariyet sözleşmesi ile menfaatin temlikinin bir aynî hak doğurduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte Malikilere göre ariyet sözleşmesi bağlayıcı bir sözleşme olduğundan dolayı süre sona ermeden intifa hakkı sona ermeyecektir. Sürenin sona ermesiyle intifa hakkı kendiliğinden sona erecektir.¹⁰³⁷ Bu süre kapsamında hak sahibi, aynî nitelikteki bu hakkını herkese karşı ileri sürebilecektir. İntifa hakkı için tayin edilmiş sürenin bitiminden sonra, intifa hakkından yararlanan kimse bir başkasının mülkünden istifade ettiği için gâsıb hükmünde olacak ve kusuru olmasa dahi hakkın konusu olan şeye gelen zararlardan ötürü sorumlu tutulacaktır.¹⁰³⁸ Genel durum bu şekilde olmakla birlikte intifa hakkının süresinin dolmasının ardından kazandırıcı işleme göre iade yükümlülüğü arasındaki farktan kaynaklı olarak, hak sahibinin sorumluluğunda da farklılık olmaktadır. İntifa hakkı kira sözleşmesi ile kazanılmışsa burada hakkın konusu olan eşyayı gelip alması gereken kiraya veren olduğundan¹⁰³⁹ dolayı eğer gelip almamışsa ve hak sahibinin herhangi bir kusuru yoksa, hak sahibinin sorumluluğuna gidilmeyecektir. Ancak ariyet sözleşmesinin kurulmuş olması durumunda iade yükümlülüğü ariyet alanda¹⁰⁴⁰ olduğu için eğer ariyet alan iade etmeden hak konusu eşya bir zarara uğrarsa, kusuru bulunmasa dahi hak sahibi sorumlu tutulacaktır.¹⁰⁴¹

Kira sözleşmesi yoluyla kurulmuş olan bir intifa hakkı açısından cumhura göre süre yönünden herhangi bir üst sınır bulunmamakla birlikte¹⁰⁴² Malikilere ve Hanefilere göre bazı durumlarda, hak belirli bir süre ile sınırlanmak zorundadır. Örneğin, Malikilere göre bir hayvan üzerinde en fazla bir yıl süreyle kira yoluyla intifa hakkı tesis edilebilecekken, bir arazi üzerinde en fazla otuz yıl süreyle kira yoluyla intifa hakkı tesis edilebilecektir. Hanefilerde ise yetim ve vakıf taşınmazları üzerinde kira yoluyla en fazla

¹⁰³⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1421.

¹⁰³⁷ el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 149, 150.

¹⁰³⁸ MAA, m. 548, 817; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1409.

¹⁰³⁹ MAA, m. 594.

¹⁰⁴⁰ MAA, m. 830.

¹⁰⁴¹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1410.

¹⁰⁴² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 181; Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî, İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, (Kâhire: Daru'l-Hadis, 2004/1420), c. IV, 7; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslamî*, c. VI, 26.

üç yıl süreyle intifa hakkı tesis edilebileceği ifade edilmiştir. Ancak mezhep içerisinde bu hususta farklı görüşler ortaya çıkmış, vakıfların harap olması ve kısa süreli kiraya verilmemesi, kira değerinde bir artma veya eksilme olmaması gibi durumlarda daha uzun süreli intifa hakkı tesisi de mümkün görülmüştür. Bazı Şafî fakihlerden de taşınmazların en fazla bir veya üç yıllığına kiralanabileceğine yönelik görüşler nakledilmiştir.¹⁰⁴³

ab. Mekan bakımından sınırlandırılması

İntifa hakkı konusundan yalnızca belirli bir yerde yararlanılabileceği hususunda sınırlandırma getirilebilir. Örneğin bir arabanın yalnızca belirli bir şehirde kullanılması şartıyla ariyet olarak verilmesi veya vakfedilmesi durumunda artık bu araba sadece belirtilen şehirde kullanılabilecektir. Benzer şekilde bir hayvanın ancak belirli bir köyde tutulması şartıyla ariyet olarak verilmesi durumunda bu hayvandan ancak o köyde yararlanılabilecektir.¹⁰⁴⁴ İntifa hakkından yararlanılmak üzere belirlenmiş olan mekanın dışındaki kullanımlarda hak sahibi, gâsıb hükmünde kabul edileceğinden dolayı, kusuru olmasa dahi hak konusu üzerinde ortaya çıkan zararlardan ötürü sorumlu tutulacaktır.¹⁰⁴⁵ Bununla birlikte herhangi bir zararın ortaya çıkamaması durumunda malik, şarta uyulmadığı gerekçesi ile başta kararlaştırılmış olandan daha yüksek miktarda bir ücret talep edemeyecektir.¹⁰⁴⁶ Bununla birlikte belirli bir yere gitmek şartıyla bir araç üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi ve ücretin peşin ödenmesi durumunda, intifa hakkı sahibinin belirli bir mesafe gittikten sonra hastalanarak seyahatten aciz kalması halinde, gittiği mesafeye isabet eden ücretin dışındaki kısım, hak sahibi tarafından geri alınabilecektir.¹⁰⁴⁷

ac. Bir yetki ile sınırlandırılması

Mutlak manada intifa hakkı kişiye kullanma, yararlanma ve eğer menfaatin temlikî gerçekleşmiş ise bu menfaat mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunma yetkilerini

¹⁰⁴³ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 181; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 473; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî*, c. VI, 26; *Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 279; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 381.

¹⁰⁴⁴ MAA, m. 546, 817; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslamî*, c. VII, 16; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 150.

¹⁰⁴⁵ MAA, m. 545, 821; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 792; c. II, 1409.

¹⁰⁴⁶ *Netîcetül'l-Fetâvâ*, 334 No: 1545.

¹⁰⁴⁷ *Netîcetül'l-Fetâvâ*, 346, No: 1603.

birlikte vermektedir. Ancak intifa hakkı bu yetkilerin bir kısmı ile sınırlandırılabilir.¹⁰⁴⁸ Dolayısıyla intifa hakkının tam yararlanma yetkisi sağlaması bir yedek hukuk kuralı niteliğindedir.¹⁰⁴⁹ Örneğin, tarım arazisinin menfaatini vasiyet eden kimse, bu vasiyeti ile yalnızca belirli bitkilerin ekilmesini belirterek intifa hakkına sınırlandırma getirebilir.¹⁰⁵⁰ İntifa hakkı sahibinin tasarruf yetkisi de kısıtlanabilir. Örneğin bir kimseye bir at kiralanırsa, normal şartlarda bu kimse ata kendisi binebileceği gibi bir başkasına bu at üzerinde intifa hakkı tesis ederek onun binmesini de sağlayabilir. Ancak intifa hakkı yalnızca hak sahibinin ata binmesiyle sınırlandırılmış olursa artık bu at üzerinde bir başkasına intifa hakkı tesis edilemeyecektir, yalnızca hak sahibi bu ata binebilecektir.¹⁰⁵¹ Bununla birlikte ivazlı bir işlemle tesis edilen intifa hakkında eğer kullanıcı değiştikçe, hakkın konusunun kullanımı da değişmeyecekse, hak sahibinin tasarruf yetkisi sınırlandırılmayacaktır.¹⁰⁵² İslâm hukuku açısından süknâ hakkı da bir yetki sınırlandırılması ile kurulmaktadır. Örneğin, bir kimse evini yalnızca hak sahibinin içerisinde oturma yetkisi ile sınırlandırarak kiraya vermesi durumunda, bir başkasının oturması halinde farklılık olmayacağından ötürü, söz konusu takyit geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla bu şekilde tesis edilen bir süknâ hakkının temlikî mümkün olacaktır.¹⁰⁵³ Bu tür sınırlandırmaların geçerli olması hususunda bakılacak olan husus tefavüt (farklılık) olmasıdır. Eğer tefavüt yoksa takyit geçerli kabul edilmeyecektir.¹⁰⁵⁴ Burada tefavüt ile işaret edilen yükün ağırlaştırılmaması ilkesidir. Yükün ağırlaştırılmasını gerektirecek bir farklılık olmadığı müddetçe, intifa hakkının temlikini engelleyici nitelikteki bir kayıt geçerli kabul edilmeyecektir.

Bir intifa hakkının münhasıran bir yetki ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı da önemlidir. Örneğin bir at yalnızca yük yüklemek üzere ariyet olarak verilmiş veya kiralanmışsa bu ata binilemeyecektir yahut bir at üzerinde yalnızca buğday yüklemek

¹⁰⁴⁸ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 16, 19; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16.

¹⁰⁴⁹ Özen, *İntifa Hakkı*, 55.

¹⁰⁵⁰ el-Hafîf, *el-Milkiyye*, 103.

¹⁰⁵¹ MAA, m. 427; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 52; el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 518; Ariyet sözleşmesi için de aynı örnek verilmiştir. MAA, m. 819; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1418.

¹⁰⁵² MAA, m. 428.

¹⁰⁵³ MAA, m. 428, 528; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 51, 52; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 633, 770.

¹⁰⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 633.

üzere intifa hakkı tesis edilmişse bu ata ne daha ağır olan taş veya demir yüklenebilecek ne de binilebilecektir.¹⁰⁵⁵ Ancak sınırlama inhisari nitelikte değilse bu durumda hak sahibi kendisine verilen yetki ile daha hafif kabul edilebilecek şekilde de hakkın konusundan yararlanabilecektir. Örneğin bir at üzerinde intifa hakkı tesis edilirken, buğday yüklenebileceği yönünde bir sınırlandırma getirilmişse hak sahibi bu ata, yükün ağırlaştırılmaması ilkesi gereğince demir veya daha ağır bir yük yükleyemeyecektir. Bununla birlikte buğdaydan daha hafif nitelikteki yükleri ise bu ata yükleyebilecektir. Benzer şekilde binmekle sınırlı olarak kurulmuş olan bir intifa hakkında, ata yük yüklenemeyecekken, yük yüklenmekle sınırlı olarak kurulmuş olan bir intifa hakkında ata binilebilecektir. Çünkü bir hususa izin, onunla eşit olana veya daha hayırlısına da izin demektir.¹⁰⁵⁶

ad. Oransal olarak sınırlandırılması

İntifa hakkı kapsamı bakımından bazı yetkilerin çıkarılması ile sınırlandırılabilmesi gibi oransal olarak da sınırlandırılabilir. Bu durumda kişiye hakkın konusu üzerinde belirli bir oran ile mukayyet olarak intifa hakkı tesis edilir. Örneğin bir taşınmaz üzerinde kişiye 1/2 oranında bir intifa hakkı tesis edilebilir. Bu durumda hak sahibi, hakkın konusundan yarı oranında yararlanabilecektir.¹⁰⁵⁷ Bu durum kendisinden yararlanması bu şekilde bölünebilecek olan eşyalar açısından mümkündür. Oransal olarak sınırlandırma ile paylı mülkiyet üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi birbiri ile karıştırılmamalıdır. Paylı mülkiyet üzerinde tesis edilen intifa hakkı yalnızca o payı ilgilendirmekte ve bu paylar intifa hakkı ile kayıtlı olarak bir başkasına devredilebilmektedir. Üzerinde intifa hakkı tesis edilmemiş paylar ise yüksüz biçimde bir başkasına devredilebilmektedirler. Ancak oransal olarak sınırlandırılarak tesis edilmiş olan intifa hakkı tüm eşya üzerinde tesis edilmiştir. Dolayısıyla eşyanın herhangi bir kısmının bu orandan ari biçimde temliki mümkün değildir.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁵ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. V, 679, 680; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 103, 104.

¹⁰⁵⁶ MAA, m. 550, 558, 818; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, 52; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1412, 1420.

¹⁰⁵⁷ Özen, *İntifa Hakkı*, 28.

¹⁰⁵⁸ Özen, *İntifa Hakkı*, 28.

b. Şeklî bakımdan sınırlandırılması

ba. Açıkça (serahaten) sınırlandırılması

İntifa hakkı tesisi esnasında veya daha sonrasında taraflar sözlü yahut yazılı beyanlarıyla, hakkın kapsamını sınırlandırabilirler. Bu şekilde yapılan sınırlandırma açıkça (serahaten) sınırlandırma olarak nitelendirilir.

bc. Örfen sınırlandırılması

İntifa hakkı tesis edilirken açıkça herhangi bir sınırlandırma yoluna gidilmemişse, örfün benzer durumlar için getirmiş olduğu sınırlandırmalar, aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe, dikkate alınır. Bu durumda örfen geçerli olan sınırlandırmalar, tarafların açıkça koymuş oldukları kayıtlar gibi kabul edilir.¹⁰⁵⁹ Nitekim Mecelle külli kâidelerinde bu durumu “*Örfen ma’ruf olan şey, şart kılınmış gibidir.*”¹⁰⁶⁰ şeklinde ifade etmiştir. Örneğin bir kimsenin açıkça herhangi bir kayıt konulmaksızın ariyet olarak almış olduğu yahut kiralamış olduğu bir hayvanı, insanların normal şartlarda ihtiyaç anında kullanmamış oldukları bir yolda kullanmaması gerekecektir. Çünkü insanların kullanımı bir hüccettir ve aksine bir şart olmadığı müddetçe ona göre hareket etmek gerekir.¹⁰⁶¹ Ancak bu kimse, hayvanı söz konusu yolda kullandığı takdirde, kusuru olmasa dahi hayvana gelecek herhangi bir zarardan ötürü sorumlu tutulacaktır.¹⁰⁶² Bunun nedeni örfen o yolun kullanılmıyor olması ve açıkça şart olarak koşulmasa dahi intifa hakkının o yolun kullanılmaması şartıyla tesis edildiğinin kabul edilmesidir. Ancak intifa hakkı tesis edilirken açıkça o yolun kullanılabileceği belirtilirse bu durumda hak sahibi o yolu kullanabilecektir. Benzer şekilde oturmak için kiralanmış bir daire, kiracı tarafından değirmenci, demirci gibi daireye zarar verecek bir işyeri için kiraya verilemez. İntifa hakkı kurulurken buna yönelik ayrıca bir belirleme yapmaya gerek yoktur.¹⁰⁶³ Örfen hakkın konusu üzerinde bu şekilde tasarrufta bulunulamayacağı tespit edilmektedir.

¹⁰⁵⁹ MAA, m. 527, 528, 816; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 107, 110.

¹⁰⁶⁰ MAA, m. 43.

¹⁰⁶¹ MAA, m. 37.

¹⁰⁶² MAA, m. 821; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 681; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1419, 1420; el-Hafîf, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 526.

¹⁰⁶³ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 51, 52; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 633.

c. Sınırlandırılmanın zamanı bakımından intifa hakkı

ca. Kurulması esnasında sınırlandırılması

İntifa hakkı tesis edilirken sınırlandırılabilir. Bu şekilde sınırlandırma yapılırken, irtifakın hangi yoldan tesis edilmiş olduğu önemli değildir.¹⁰⁶⁴

cb. Kurulduktan sonra sınırlandırılması

İntifa hakkının tesisinden sonra sınırlandırılması ise hangi işlemle kurulduğuna bağlıdır. Bağlayıcı bir sözleşme ile kurulmuş olan intifa hakkı daha sonradan sınırlandırılmayacaktır. Dolayısıyla kira sözleşmesi, sulh sözleşmesi gibi bağlayıcı bir sözleşme ile tesis edilmiş intifa hakkı daha sonradan sınırlandırma kabul etmeyecektir. Bununla birlikte taraflar anlaşılırsa hak üzerinde sınırlandırma yapabilirler. Ancak bu tesis edilmiş olan intifa hakkının sınırlandırılması olmayıp, önceki intifa hakkının feshedilip yerine yenisinin tesis edilmesini sağlayan bir sözleşme niteliğini haiz olacaktır. Menfaat vasiyeti yoluyla kurulmuş olan bir intifa hakkı, vasiyet edenin ölümünün ardından başlayacağı için daha sonradan sınırlandırılması mümkün değildir. Nitekim bu durumda, Hanefilere göre bağlayıcı olmayan ariyet sözleşmesi dahi bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla vasiyet yoluyla bir kimseye bir mal ariyet olarak bırakılırsa artık bu işlemin aynî bir hak doğurduğu, dolayısıyla intifa hakkı tesis ettiği ifade edilebilir.¹⁰⁶⁵ Bir kimse vakıf yoluyla intifa hakkı tesis etmişse, vakfiyesinde takyit ve tağyir hakkını şart koştuğu takdirde, daha sonradan bir sınırlandırma yapabilecektir. Ancak böyle bir şart koşmayan kimsenin intifa hakkı üzerinde daha sonradan herhangi bir sınırlandırma yapması mümkün değildir. Ariyet sözleşmesi ile tesis edilmiş olan intifa haklarının sonradan sınırlandırılma meselesi ise, mezhepler arasında ihtilaflıdır. Ariyet sözleşmesinin bağlayıcı bir sözleşme olduğu görüşünde olan Malikilere göre¹⁰⁶⁶, bu şekilde tesis edilmiş olan intifa hakkı daha sonradan sınırlandırılmayacaktır. Hanefilere göre bu sözleşme bağlayıcı olmadığı için¹⁰⁶⁷ daha sonradan da sınırlandırılabilir. Ancak bu şekilde

¹⁰⁶⁴ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 36.

¹⁰⁶⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1389; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 84.

¹⁰⁶⁶ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92, 543, 545; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 146; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124; Gözübenli, "Ariyet", c. III, 380.

¹⁰⁶⁷ MAA, m. 806.

bağlayıcı olmayan ve daha sonradan sınırlandırmalara açık olan bir hakkın aynî nitelik taşıdığından bahsedilemez. Şafii ve Hanbelîlere göre bu sözleşme ibâha niteliğinde bir yetki verdiğinden dolayı¹⁰⁶⁸ daha sonra sınırlandırma yapılabilecek olsa da bu yetki bir intifa hakkı niteliğinde değildir. Dolayısıyla intifa hakkının ariyet sözleşmesi yoluyla daha sonradan sınırlandırılabilceğini ifade eden yazarlara katılmamaktayız.¹⁰⁶⁹

2.1.4. İntifa Hakkının Kazanılması

Şahsi yararlanma anlamında intifa hakkı, yetkili makam tarafından verilmiş olan genel izinle, özel mülkiyete tabi bir eşyanın kullanımına ilişkin olarak maliki tarafından verilmiş olan izin ve ruhsatla veya kira sözleşmesi gibi intifa hakkı neticesini doğuran sözleşme ve tasarruflarla tesis edilir. Geniş anlamıyla menfaat mülkiyetini kazandıran nedenlerin başlıcaları izin, kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, vakıf ve vasiyettir.¹⁰⁷⁰

2.1.4.1. Kira Sözleşmesi

Kira sözleşmesi bir bedel mukabilinde menfaat mülkiyetini kazandıran rızai nitelikte bir sözleşmedir.¹⁰⁷¹ Bu bakımdan mer'î hukuktaki gibi şahsi bir hak değil¹⁰⁷², aynî bir hak doğurmaktadır. Menfaat mülkiyeti kendisine geçmiş olan kimse, eşyadan tam bir yararlanma ve bu menfaati bir başkasına bedelli veya bedelsiz bir şekilde temlik edebilme hakkına sahip olacaktır. Bununla birlikte kira sözleşmesine takyit şartları

¹⁰⁶⁸ İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; Buhûfî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, c. IV, 63; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 315; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 543.

¹⁰⁶⁹ Krş. Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 37.

¹⁰⁷⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. V, 52; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 113, 114; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704.

¹⁰⁷¹ MAA, m. 405; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 470; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 50; Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer Tercümesi*, trc. Arif Erkan (İstanbul: Eser Neşriyat, 1980), c. III, 380; Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 225; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 513; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. V, 52; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 32; Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 35; Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 142; Akman; *Akdi Mesuliyet ve Tazminat*, 24, 25; Kahveci, *İslâm Borçlar Hukuku*, 194; Bardakoğlu, “İcâre”, c. XXI, 380; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 252; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 91; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 274.

¹⁰⁷² Mer'î hukuk açısından şahsi bir hak doğurmuş olmakla birlikte, malikin mülkiyeti temlik etmesi veya üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi halinde, bu mülkiyete yahut sınırlı ayni hakka bağlı olarak yeni malik ile intifa hakkı sahibi arasında farklı hükümler meydana gelmektedir. TBK, m. 310, 311; Bkz. Selin Sert, “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Ayni Hak Kurulması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4/1 (2014), 70 vd. Bu şekildeki düzenlemeler kira sözleşmesinin, şahsi hak kapsamında değerlendirilse de, ayni hak benzeri düzenlemelere ihtiyaç duyduğunu göstermektedir.

konulabilir. Hak sahibi sözleşmeden ancak bu şartlar doğrultusunda yararlanabilecektir. Menfaatin bir başkasına temlikinin yasaklanması veya sözleşmenin konusu olan menfaatin ondan yararlanana göre değişen bir niteliği haiz olması gibi durumlarda, hak sahibi menfaati bir başkasına bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak devredemeyecektir.¹⁰⁷³ İslâm hukukunda özellikle kira sözleşmesi ile menfaatin devrinin mümkün olması, belirli bir süre ile kurulacak olan intifa hakları bakımından, ayrıca bir hukuki işlem yoluyla bu hakkın tesisine ihtiyacı azaltmıştır.¹⁰⁷⁴

2.1.4.2. Ariyet Sözleşmesi

Ariyet sözleşmesi, bedelsiz olarak menfaatin temlikini sağlamaktadır.¹⁰⁷⁵ Ariyet sözleşmesinin menfaat mülkiyeti kazandırıp kazandırmadığı hususunda Hanefiler arasında tartışma bulunmaktadır. Bir kısım Hanefî hukukçu bu sözleşmenin bir menfaat mülkiyeti kazandırmadığını ifade etmektedir. Bu hukukçulara göre ariyet sözleşmesi ariyet alana ancak ibâha yetkisi vermektedir. Dolayısıyla bir malı ariyet alan kimse onu bir başkasına temlik de edemeyecektir.¹⁰⁷⁶ Bu durumda bir sınırlı aynî haktan bahsedilemeyeceğinden dolayı bu görüşe göre ariyet sözleşmesi intifa hakkı tesis etmemiş yalnızca ibâha yetkisi vermiş olacaktır.

Hanefî mezhebine mensup hukukçuların çoğunluğuna göre ise ariyet sözleşmesi menfaat mülkiyetinin temlikini sağlayacaktır. Mezhep içerisinde genel kabul görmüş olan görüş bu yöndedir. Herhangi bir sınırlandırma koyulmadığı durumlarda ariyet sözleşmesi ile intifa hakkının tesis edilmesi durumunda, ariyet alan bu hakkı bir başkasına temlik edebilecektir. Ancak ariyet sözleşmesi bağlayıcı olmayan bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşme tek taraflı olarak feshedilebilecektir. Bu nitelikteki bir sözleşme ile tesis edilmiş olan intifa hakkının bağlayıcı bir sözleşme ile temliki mümkün olmayacaktır. Bununla

¹⁰⁷³ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 15; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 81; Zeydân, *el-Medhal*, 217, No: 260; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 114; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 91, 92.

¹⁰⁷⁴ Hüseyin Hatemi, *İslam Hukuku Dersleri* (İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012), 109.

¹⁰⁷⁵ MAA, m. 812.

¹⁰⁷⁶ el-Mevsilî, *el-İhtiyar*, c. III, 55; Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 211; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 82, 543, 545; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 114; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 92, 93.

birlikte ariyet alanın yine bir ariyet sözleşmesi ile intifa hakkını temlik edebileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁷⁷

Her ne kadar ariyet sözleşmesi ile menfaat mülkiyetinin temlik edileceği görüşü kabul edilse de burada temlikî söz konusu olan menfaat mülkiyeti aslında ibâha niteliğinde bir yetkidir. Çünkü aynî haklar herkese karşı dermeyeran edilebilir niteliği haiz haklardır. Ancak ariyet sözleşmesi bağlayıcı nitelikte bir sözleşme olmamasından dolayı malike karşı bu hak dermeyeran edilememektedir. Bu sözleşmenin kurulması ile birlikte malikten ariyet konusu malın teslimi, ariyet alan tarafından talep edilemeyecektir.¹⁰⁷⁸ Bundan dolayı ariyet sözleşmesi ile ancak ibâha niteliğinde bir yetkinin verilmesi söz konusu olmaktadır.¹⁰⁷⁹ Nitekim Ali Haydar Efendi her ne kadar menfaat mülkiyetinin temlikini sağladığını belirtse de ariyet sözleşmesini, bağlayıcı olmadığını beyan ederek, ibâha niteliğini haiz bir sözleşme olarak nitelendirmiştir.¹⁰⁸⁰ Hanefî mezhebi içerisindeki cumhurun görüşünün kabul edilmesi durumunda dahi ariyet sözleşmesinin bir intifa hakkı doğurduğu kabul edilemeyecektir.

Malikiler ariyet sözleşmesini menfaatin temlikini sağlayan, bağlayıcı nitelikte bir sözleşme olarak kabul etmektedirler. Olağanüstü bir durum ortaya çıkmadıkça bu irtifaktan dönülemeyecektir.¹⁰⁸¹ Sözleşmenin kurulması ile birlikte ariyet alan, ariyet konusu eşyanın kendisine teslimini talep edebilecektir. Bunun için yargı yoluna başvurabilecektir.¹⁰⁸² İntifa hakkı kurucu nitelikte bir sözleşme olan ariyet sözleşmesi,

¹⁰⁷⁷ MAA, m. 806, 824; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 55; Halebî, *Mültekâ'l-Ebhûr*, c. II, 211, 212; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1421, 1424; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 15; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 543, 544; Zeydân, *el-Medhal*, 217, No: 260; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 93.

¹⁰⁷⁸ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 311.

¹⁰⁷⁹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. VI, 258; *el-Feteve'l-Hindiyye*, c. IV, 363; Hacak, *İrtifak Hakları*, 100; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 542, 543.

¹⁰⁸⁰ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1396, c. III, 2194.

¹⁰⁸¹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 15; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 92, 543, 545; el-Muslih, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, 146; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124; Gözübenli, “Âriyet”, c. III, 380; Kinânî, *el-Akdu'l-Munazzam*, 491-496; et-Tesulî, *el-Behce*, c. II, 413, 414; Hacak, *İrtifak Hakları*, 100; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 93.

¹⁰⁸² *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 311.

aynı zamanda ariyet alana bu hakkı bir başkasına bedeli mukabilinde veya bedelsiz olarak temlik etme yetkisini de verecektir.¹⁰⁸³

Şafii ve Hanbelî hukukçular ise ariyet sözleşmesinin ibâha niteliğinde olduğunu, aynî bir hak doğurmadığını ifade etmişlerdir.¹⁰⁸⁴ Bununla birlikte ibâha nitelikli bu yetki “*milkü’l-intifa*” kavramı ile ifade edilmiştir.¹⁰⁸⁵ Bu kavramda milk ifadesi geçse de, belirtildiği üzere burada bir milkten değil ibâha niteliğindeki bir yetkiden bahsedilmektedir.¹⁰⁸⁶ Dolayısıyla ariyet sözleşmesi yoluyla intifa hakkı ancak Maliki hukukçulara göre kurulabilmektedir.

Menfaat vasiyeti yoluyla kurulmuş olan bir intifa hakkı, vasiyet edenin ölümünün ardından başlayacağı için daha sonradan malikin sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Bu durumda, Hanefîlere göre bağlayıcı olmayan ariyet sözleşmesi dahi bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla vasiyet yoluyla bir kimseye bir mal ariyet olarak bırakılırsa artık bu işlemin aynî bir hak doğurduğu, dolayısıyla intifa hakkı tesis ettiği ifade edilebilir.¹⁰⁸⁷

2.1.4.3. Sulh Sözleşmesi

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre sulh sözleşmesi, anlaşma konusu ve bedeline göre satım, kira, ariyet, hibe, ibra ve selem gibi farklı sözleşme tiplerinin özelliklerini taşıyacaktır.¹⁰⁸⁸ Buna göre kira sözleşmesinin niteliklerini taşıdığı durumlarda sulh sözleşmesi ile de intifa hakkı tesisi mümkün olacaktır.¹⁰⁸⁹

2.1.4.4. Vakıf

Vakıf, rakabe mülkiyetinin temellük edilmesini men ederek (mülkiyeti asıl sahibi olan Allah Teâlâ’ya tahsis ederek) menfaati bir cihete ebediyen sarf etmek,

¹⁰⁸³ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115.

¹⁰⁸⁴ İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; Buhûtî, *Keşşâfu’l-Kinâ’*, c. IV, 63; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, c. III, 315; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslami*, c. VII, 15; el-Hafîf, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 543.

¹⁰⁸⁵ İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; İbn Kayyım, *Bedaiu’l-Fevaid*, c. I, 3, 4.

¹⁰⁸⁶ Senhûrî, *Masadrü’l-Hak*, c. I, 32; Hacak, *İrtifak Hakları*, 101.

¹⁰⁸⁷ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. II, 1389.

¹⁰⁸⁸ Atar, “Sulh”, c. XXXVII, 482; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslami*, c. VI, 407, 408; Akman, *Akdi Mesuliyet ve Tazminat*, 237, 238; Elek, “Sulh Anlaşması”, 212.

¹⁰⁸⁹ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 32.

bağlamaktır.¹⁰⁹⁰ Dolayısıyla vakıf yoluyla menfaatin temlikî gerçekleştirilebilir. Bir vakfın lehtarı olan kimse, vakfedilen malın menfaatlerinden kendisine verilenlere malik olur. Örneğin bir kimsenin evini arkadaşına vakfetmesi durumunda bu kimse, o evin menfaatlerine malik olacaktır. Herhangi bir kayıt koyulmaksızın bu şekilde bir vakıf işleminin gerçekleştirilmesi durumunda vakıf lehtarı, elde etmiş olduğu menfaati bir başkasına devrederek yeni bir intifa hakkı da kurabilir.¹⁰⁹¹ Mütevellî yoluyla menfaatin temlik edildiği yargı kararlarında da görülmektedir.¹⁰⁹² Bir vakfın menfaatinin temlikî için tefviz¹⁰⁹³ ve ferağ¹⁰⁹⁴ kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramlar çalışmada ayrıca bir intifa hakkı kazandırıcı neden olarak yazılmamış olup, vakıf ve iktâ yoluyla tesis edilmiş olan intifa hakkının temlikini ifade etmek amacıyla kullanılmıştır.

Bir taşınmazın geliri bir kimseye ait olmak üzere ilgili taşınmaz vakfedilirse, vakıf lehtarının bu taşınmazın yalnızca gelirinden mi yararlanma hakkı olduğu yoksa aynı zamanda bu taşınmazda bizzat ikamet etmek gibi yararlanma haklarının da bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır. Hanefîlerin çoğunluğuna göre böyle bir durumda, vakıf lehtarının ilgili taşınmazda oturması hukuka uygun değildir. O ancak taşınmazın gelirinden faydalanabilir. Bu durumda vakfedilen taşınmaz, vakfın lehtarına kiralanabilir ve lehtarın da bu kirayı ödemesi gerekir. Diğer görüşe göre ise, vakıf lehtarı isterse o taşınmazın gelirinden yararlanır, isterse de kendisi taşınmazda ikamet edebilir. Çünkü bu kimse o taşınmazın menfaatini temlik edebilmektedir. Dolayısıyla taşınmazın menfaatini

¹⁰⁹⁰ Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. I, 755; Akman, *Eski Vakıflar Hukuku*, 39; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115; Hacı Mehmet Günay, “Vakıf”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XLII (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 475; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 93.

¹⁰⁹¹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 15; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 72; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 82; Zeydân, *el-Medhal*, 217, No: 260; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 94.

¹⁰⁹² “...bir taraftan merhûm Kadızâde Efendi türbesine ve bir taraftan tarîk-i âmma müntehî olan bir bâb bakkâl dükkânı ve üstünde olan bir bâb odanın hakk-ı tasarrufunu ma'rîfet-i mütevellî ile mezbûr Yorgi'ye tefvîz edip, ol dahi tefevvüz ve kabûl eyledikten sonra mukâbilinde mezbûr Yorgi yedinden beş bin nakd-i râyic fi'l-vakt akçe alıp kabz eyledim...” İstanbul Kadı Sicilleri, c. XIII, 326, No: 469; Benzer kararlar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLV, 591, No: 532; c. XXII, 63, No: 33; c. XXII, 69, No: 44; c. XXII, 171, No: 263, c. XXII, 180, No: 280; c. LII, 191, No: 309.

¹⁰⁹³ Tefviz: Bir taşınmazın intifa hakkının belirli bir bedel karşılığında bir başkasına temlik edilmesini ifade etmektedir. Abdussamet Bakkaloğlu, “Tefviz” *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XL (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 310.

¹⁰⁹⁴ Ferağ: Mîrî arazi ve icareteynli vakıflarda hak sahibinin haiz olduğu tasarruf yetkisinin bir başkasına terk ve tefviz edilmesini ifade etmek amacıyla kullanılan bir terimdir. Ali Bardakoğlu, “Ferağ” *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XII (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 351.

temlik yetkisi olan kimse aynı zamanda o menfaate malik demektir. Malik olan kimse ise başkasının onun lehine yararlanabildiği menfaatten doğrudan kendisi de yararlanabilir¹⁰⁹⁵.

Vakıf kurulurken, vakfedenin yalnızca oturma hakkı tanınması durumunda, vakıf lehtarının taşınmazın gelirinden istifade hakkı yoktur. Bu hususta Hanefîler arasında görüş birliği vardır. Bu şekilde kurulan vakıf işlemi bir süknâ hakkı tesis etmiş olacaktır.¹⁰⁹⁶

Vakfeden mutlak bir ifade kullanmış olup, gelir elde etme veya kullanma yetkilerinden bahsetmemiş olursa, bu durumda vakıf sadece gelir elde etme ifadesi kullanılmış gibi değerlendirilir.¹⁰⁹⁷ Bunun nedeni ise o zamanın örfünde mutlak ifade ile gelir elde etmenin kast edilmesidir. Bundan dolayı örfün değişmesi ile birlikte hüküm de değişecektir. Örneğin mutlak bir ifade ile hem gelir elde etmenin hem de kullanma yetkilerinin birlikte kast edilmesinin örf haline gelmesi durumunda artık lehtar her iki yetkiden de istifade edebilecektir. Ancak bu hususta herhangi bir örfün bulunmaması ve iradenin neye yönelik olduğunu tespit amacıyla vakfedene müracaat imkanının olmaması durumunda, mutlak ifade ile gelir elde etmenin kast edildiği kabul edilir. Çünkü gelir elde etme, kullanmadan daha kapsamlı bir menfaattir.¹⁰⁹⁸

Vakıf yoluyla, malik lehine intifa hakkı tesisi de mümkündür. Bir kimse kendi lehine vakıf kurabilir. Bu durumda eşyanın rakabesi vakfedenin elinden çıkmış olur. Artık sadece eşyanın menfaatinden yararlanır ve öldüğü takdirde bu menfaat ihtiyaç sahiplerine sarf edilir.¹⁰⁹⁹ Şafîîlere ve Hanbelîlere göre ise kişi kendi lehine vakıf tesis edemeyeceği için bu yolla malik lehine intifa hakkı kurulamaz.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁵ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 82.

¹⁰⁹⁶ Ebu Zehra, *Milkiyye*, 73; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 83; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 94.

¹⁰⁹⁷ “Zeyd menziline vakfettikde “Falan mescitte imam olanlara vakfettim” deyip süknâ ve galleden birini tasrih eylemese şart olunan süknâ mıdır yoksa galle midir? el-Cevap: Galledir.” Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 150, No: 988, 183, No: 1014.

¹⁰⁹⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 83.

¹⁰⁹⁹ İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 225; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 178, 179.

¹¹⁰⁰ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 524; İbn Kudâme, *Muğni*, c. VIII, 191, 192; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 179, 180, 181.

2.1.4.5. Vasiyet

Vasiyet, eşyaya bağlı irtifak haklarının kazanılmasında da bahsedildiği üzere, kişinin ölüm sonrasına bağlayarak malını teberru yoluyla bir şahsa veya hayır cihetine temlik etmesidir.¹¹⁰¹ İntifa hakkının kazanılması açısından önemli olan menfaat vasiyetidir. Vasiyet terekenin üçte birini aşmamalıdır.¹¹⁰² İntifa hakkını tesis eden menfaat vasiyetinin terekenin üçte birini aşıp aşmadığının tespitinin nasıl yapılacağına yönelik iki ayrı görüş bulunmaktadır. Hanefilere ve Malikilere göre yararlanma müddetine bakılmaksızın menfaati vasiyet edilmiş olan aynın rakabesinin değeri esas alınmalıdır. Bu miktar, mirasın üçte biri içerisindeyse vasiyet yerine getirilir. Ancak malın değerinin terekenin üçte birini aşması durumunda, vasiyet üçte birlik kısım için geçerli olacaktır. Örneğin bir ev üzerinde intifa hakkının vasiyet edilmesi durumunda, bu evin yarısı terekenin üçte birini karşılıyorsa, vasiyet lehtarları ancak evin yarısının menfaatinden istifade edebilecektir. Bir arazinin intifa hakkının vasiyet edilmesi durumunda, tereke bu araziden ibaretse vasiyet lehtarları ancak arazinin üçte biri üzerinde intifa hakkına sahip olur. Bu durumda arazi kiraya verilir ve elde edilen gelirin üçte biri intifa hakkı sahibine ödenir.¹¹⁰³ Şafîilere ve Hanbelîlere göre ise menfaatin vasiyet edilmesi durumunda, aynın değeri değil vasiyet edilen menfaatin değeri esas alınacaktır. Çünkü vasiyet edilen aynın kendisi değil menfaatidir.¹¹⁰⁴

Vasiyet eden kimsenin, birine eşyanın rakabesini diğerine ise menfaat mülkiyetini vasiyet etmesi mümkündür. Bunun yanında eşyanın rakabesi varislerde kalmak üzere, menfaat mülkiyeti de bir başkasına vasiyet edilebilir. Ancak menfaat mülkiyetinin varislerde kalması, eşyanın rakabesinin bir başkasına vasiyet edilmesi mümkün değildir.¹¹⁰⁵ Bundan dolayı vasiyet yoluyla intifa hakkı kurulabilir. Bununla birlikte

¹¹⁰¹ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. V, 115; Arı, “Vasiyet”, c. 42, 552, 553; Albayrak, *İslam Hukukunda Vasiyet*, 5; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 94, 95.

¹¹⁰² Buhârî, *Vesâya*, 2, 3; Müslim, *Vasiyye*, 5 (1628); Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Arı, “Vasiyet”, 553, 554.

¹¹⁰³ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. VI, 695; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 82, 83.

¹¹⁰⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VIII, 459 - 461; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 82, 83.

¹¹⁰⁵ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 18.

vasiyet yoluyla eşyanın rakabesi kendinde kalacak olan varis intifa hakkı sahibi haline getirilerek bir başkası rakabe maliki haline getirilemez.

Vasiyet yoluyla kurulan intifa hakkının hükümleri, vakıf yoluyla kurulan intifa hakkı gibidir.¹¹⁰⁶ Bundan dolayı burada tekrar edilmeyecektir.

2.1.4.6. İzin

İntifa hakkının gerek idare tarafından verilmiş olan genel izinle gerekse eşya malikinin vermiş olduğu genel veya özel izinle kurulabileceği ifade edilmiştir. Bu izin istendiği vakit geri alınabilecek ve kişiye menfaatin temlikini sağlamayacaktır. Bu kapsamda kurulmuş olan hak aynı bir niteliği haiz olmayıp ibâha yetkisi vermektedir.¹¹⁰⁷ İzni, intifa hakkı kazandırıcı bir sebep olarak gören İslâm hukukçuları olmakla birlikte biz belirtmiş olduğumuz nedenlerden dolayı bir ibâha niteliğinde görmekteyiz. Bundan dolayı izni intifa hakkı kazandırıcı bir neden olarak değerlendirmemekteyiz.¹¹⁰⁸

2.1.4.7. İktâ

Taşınmazlar üzerinde hak kazandırıcı işlemlerden biri de Rasulullah (s.a.v.) ve sahabe döneminden itibaren uygulanagelen iktâdır.¹¹⁰⁹ İslâm devletlerinde iktânın üç farklı biçimde uygulanmış olduğu görülmektedir. Bunlar “iktâu’t-temlik”, “iktâu’l-irfâk” ve “iktâu’l-istiğlâl” olarak tasnif edilebilir.¹¹¹⁰

İktâu’t-temlik, bir taşınmazın mülkiyetinin bir kimseye verilmesi yoluyla özel mülkiyet doğuran bir sebeptir. Taşınmazın yalnızca menfaat değil, rakabe mülkiyeti de

¹¹⁰⁶ el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 82; Zeydân, *el-Medhal*, 217, No: 260; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115; Bkz. Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 93.

¹¹⁰⁷ İzni menfaat mülkiyetini kazandırıcı bir neden olarak saymakla birlikte, bu iznin ibâha niteliğinde olduğunu da başlıkta belirten yazarlar bulunmaktadır. Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 95.

¹¹⁰⁸ İzin ile ilgili açıklamalar eşyaya bağlı irtifak hakkının kazanılması kapsamında yapılmış olup, burada tekrar edilmeyecektir.

¹¹⁰⁹ Bkz. Mustafa Demirci, “İktâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 43-46; Sadi S. Kucur, “İktâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 47-49; Beşir Gözübenli, “İktâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 49.

¹¹¹⁰ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 570; Gözübenli, “İktâ”, c. XXII, 50. İktâu’l-irfâk ile iktâu’l-istiğlâl birlikte değerlendirilerek ikili bir tasnif yapan İslâm hukukçuları da bulunmaktadır. Ancak bu çalışmada ibâha ile menfaat mülkiyetinin birbirinden ayrılması amacıyla üçlü tasnif tercih edilmiştir.

bu iktâ çeşidinde temlik edilecektir. Bu iktâ çeşidine devlete ait olan mevat arazi, mamur topraklar ve madenler konu olabilir.¹¹¹¹

İktâu'l-irfâk¹¹¹², kamuya ait olan pazar yerleri, su kaynakları, konaklama yerleri ve tezgah açma veya hayvan bağlama gibi yararlanma önceliklerinin tahsis edilmesidir. Kamu yararı bulunması halinde Hanbelîlere ve Şafiîlere göre bu tür iktâlar kurulabilir. Bu tür iktâlar kamu yararının kalkması durumunda yetkili merci tarafından geri alınabilir ve miras hükümlerine tabi olmaz.¹¹¹³ İktânın bu türü daha çok ibâha niteliğini haizdir. İntifa hakkının kazanılması açısından iktânın bu iki çeşidi konumuzun dışındadır.

İktâu'l-istiğlal, devlet arazilerinin, rakabe mülkiyetinden ari biçimde yalnız menfaat mülkiyetinin temlik edilmesidir. Bu bakımdan, “iktâu'l-intifa” veya “iktâu'l-imtâ” olarak da isimlendirilmektedir. Bir kimseye iktâu'l-istiğlal yoluyla bir arazinin menfaatinin temlik edilmesi durumunda, hak sahibi olan kimse menfaat mülkiyetini bir başkasına temlik edebilmektedir. İktâu'l-istiğlal yoluyla temlik edilmiş olan bir menfaat mülkiyeti, hak sahibinin ölmesi durumunda mirasçılara intikal etmeyecek olup devlete geri dönecektir. Ancak devlet başkanı, mirasçılara intikal edecek şekilde de iktâu'l-istiğlal tesis edebilir. Kamu yararı gereğince iktâu'l-istiğlal geri alınabilir.¹¹¹⁴ Şafiîler, iktâu'l-istiğlali menfaat mülkiyetini temlik edecek şekilde değil, ariyet sözleşmesine benzer olarak ibâha niteliğinde görmüşlerdir. Bundan dolayı örf bulunmaması veya devlet başkanının izin vermemesi durumlarında hak sahibinin menfaati temlik edemeyeceğini ifade etmişlerdir.¹¹¹⁵ Hanbelîler ise bu hususta Şafiîlerden ayrılarak iktâu'l-istiğlali menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirilmişlerdir. Bununla birlikte Hanbelîler de iktâyı ariyet gibi bağlayıcı olmayan bir işlem olarak değerlendirmişler ve her ne kadar

¹¹¹¹ Gözübenli, “İktâ”, c. XXII, 50; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 83; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 109.

¹¹¹² İktâyı ikili tasnife tabi tutarak inceleyenler bu kavramı iktâu'l-istiğlali de kapsayacak biçimde kullanmaktadırlar. Ayrıca bu şekilde kullanarak iktâu'l-intifa ve iktâu'l-imtâ kavramlarını da karşıladığını belirtmektedirler. *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 81, 82.

¹¹¹³ Gözübenli, “İktâ”, c. XXII, 50.

¹¹¹⁴ Zeynü'd-din Ahmed b. Ahmed b. Abdülatif ez-Zebidî, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi*, trc. ve şerh: Kâmil Miras, 5. Baskı (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1981), c. VII, 260; Gözübenli, “İktâ”, c. XXII, 50; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 85, 86.

¹¹¹⁵ Suyûti, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 316.

menfaat mülkiyeti olarak nitelendirirler de ibâha gibi ele almışlardır.¹¹¹⁶ Dolayısıyla Şafîî ve Hanbelîlerin dışındaki İslâm hukukçularına göre iktâu'l-istiğlal intifa hakkı kazandırıcı bir neden olarak değerlendirilebilir.

Asıl olan iktânın bedelsiz yapılması olmakla birlikte, Hanefîler ve Malikîler ile Hanbelîler ve Şafîîlerin bir kısmına göre iktâ işlemi bir bedel mukabilinde de yapılabilir. Ancak Şafîîlerin çoğunluğu iktâyı ibâha kapsamında değerlendirdiği için bir bedel mukabilinde yapılabileceğini kabul etmemektedir.¹¹¹⁷ Nitekim Osmanlı'da miri arazilerin menfaat mülkiyetlerinin bedel karşılığında temlik edildiğine dair örnekler görülmektedir. Ferağ yoluyla hak sahiplerinin, rakabesi devlete ait olan taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkilerini temlik ettikleri görülmektedir.¹¹¹⁸ Örneklerden de görüleceği üzere ferağ yoluyla da intifa hakkı tesisi mümkündür. Bununla birlikte vakıf yoluyla intifa hakkının tesisinde de belirtildiği üzere ferağ, intifa hakkı kazandırıcı bir neden olarak ayrıca ele alınmayarak, vakıf ve iktâ yoluyla kurulmuş olan intifa hakkının devrini ifade ederken kullanılarak iktifa edilmiştir.

2.1.4.8. Kanundan kaynaklanması

İntifa hakkı, yukarıda belirtilen sebepler ile iradi olarak tesis edilebileceği gibi kanundan da kaynaklanabilir. Kanundan kaynaklanan intifa hakları “*kanuni intifa hakkı*” olarak da nitelendirilebilir.¹¹¹⁹ İslâm hukukçuları kanundan kaynaklanan intifa haklarını ifade ederken özellikle bazı örnekler üzerinde durmuşlardır. Bu örnekler göz önüne

¹¹¹⁶ İbn Receb, *el-Kavâid*, 196.

¹¹¹⁷ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 86; Gözübenli, “İktâ”, c. XXII, 50.

¹¹¹⁸ “...cem'an dokuz kıt'a tarlalarımın hakk-ı tasarruflarını, ma'rifet-i sâhib-i arz ile merkûm Yani ve diğer Yani'ye ale'l-iştirâki's-seviy yüz kıt'a ri'yâlî kuruş bedel mukâbelesinde tefvîz bi'l-ferâğ eylediğimde anlar dahi vech-i muharrer üzre tefevvüz ve kabûl edip bedel-i ferâğ olan mezbûrû'n-na't yüz kuruşu nısfıyyet üzre merkûmân Yani ve diğer Yani yedlerinden alıp kabz edip mârrû'z-zikr tarlaları mahallerinde zabt u tasarrufa tarafımdan merkûmân Yani ve kız karındaşı kızının oğlu merkûm diğer Yani'yi taslît eyledim min ba'd mârrû'z-zikr tarlalar merkûmân Yani ve diğer Yani'nin dâhil-i taht-ı tasarrufu olmuştur emsâli gibi mutasarrıf olsun dedikde gıbbe't-tasdîk mâ hüve'l-vâki' kayd şüd...” İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVIII, 324, No: 332; Benzer kararlar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLI, 111, No: 119; c. XXII, 61, No: 28; c. XXII, 70, No: 47, c. XXII, 77, No: 14, c. XXII, 81, No: 74; c. XXII, 83, No: 78, c. XXII, 105, No: 124; Diyarbekir Şer'iyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: 3754, c. III, 602, No: 646; Diyarbekir Şer'iyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi, No: 3789, c. I, 236, No: 101.

¹¹¹⁹ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 41.

alındığı takdirde İslâm hukuku bakımından intifa hakkının kanundan kaynaklı olarak kurulabileceği görülmektedir.

Kanundan kaynaklanan intifa haklarına ilk olarak belirli bir cenin lehine vasiyette bulunmak örnek gösterilebilir. Malikîlere göre bir kimsenin belirli bir malı, belirli bir cenin lehine vasiyette bulunması durumunda, cenin doğmadan vasiyette bulunanın ölmesi halinde, ceninin varisleri, doğum anına kadar vasiyet edilen mal üzerinde intifa hakkına sahip olacaklardır.¹¹²⁰ Vasiyet ile ilgili bir başka örnek ise bir kimsenin ileride doğacak olan tüm çocukları lehine belirli bir malı vasiyet etmesi halidir. Maliki mezhebine göre vasiyet anında mevcut olmayan bir kimseye de vasiyette bulunmak mümkün olduğu için böyle bir örnek gündeme gelecektir. Ancak cumhura göre bu şekilde bir vasiyet geçerli değildir.¹¹²¹ Maliki mezhebine göre bir kimsenin ileride doğacak olan tüm çocukları lehine vasiyette bulunması durumunda, vasiyet lehtarlarından mevcut olanlar, hak sahibi olabilecek diğer kimselerin varlığından ümit kesilinceye kadar, vasiyete konu teşkil eden mal üzerinde intifa hakkına sahip olurlar. Yeni bir vasiyet lehtarının bulunmasından ümit kesildiği vakit, vasiyet edilen malın rakabesi de vasiyet lehtarlarına geçecektir.¹¹²² Vasiyet, iradi bir intifa hakkı kazandırıcı sebep olmasına rağmen burada ifade edilen durumlarda kanundan kaynaklı olarak intifa hakkının kazanılmasına neden olmaktadır.

Yetimlere ait olan mallar üzerinde vasilere intifa hakkı tanınmıştır. Yetimler reşit oluncaya kadar vasiler onların mallarını ellerinde tutarak koruyacaklardır. Vasilerin maddi durumlarının kötü olması ve bu mallara ihtiyaç duymaları durumunda, bu malların menfaatinden faydalanma hakları bulunmaktadır. Bu durumda vasilerin, yetimlerin malları üzerinde belirli şartlar dahilinde intifa hakkının bulunduğu söz edilebilir.¹¹²³

¹¹²⁰ Mehmet Dirik, “İslam Hukukunda Ceninin Mal Varlığı Hakları”, *İHAD*, 20, (2012), 226.

¹¹²¹ Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed ed-Derdîr el-Adevî, *eş-Şerhu's-Sağir alâ Akrebi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-İmam Mâlik*, (yy. Daru'l-Marife, ty.) c. IV, 581, 582; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 30 – 32; Dirik, “Cenin Mal Varlığı Hakları”, 226.

¹¹²² İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 356.

¹¹²³ Nisâ, 4/6; Kurtubî, *el-Câmiu li-Ahkâmi'l-Kur'ân*, c. IV, 605; Döndüren, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, c. II, 418; Ömer Nasuhi Bilmen, *Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Mealî Âlisi ve Tefsiri*, c. II, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1990), 555; Celal Yıldırım, *Kur'an Ahkâmı*, 1. Baskı, c. I, (Ankara: Debir Yayınları, 2020), 285.

Bir defada hasat edilen bir mahsulün ekili bulunduğu bir arazinin satılması durumunda satıcı, herhangi bir ücret ödemeksizin, mahsulünü hasat zamanı gelinceye kadar arazide tutma hakkına sahiptir.¹¹²⁴

2.1.4.9. Zamanaşımı

Eşyaya bağlı irtifakların tesisinde sözleşmeden sonra en önemli sebep olarak zamanaşımına vurgu yapılmıştı. İntifa hakkının tesisi noktasında da istishâb bir kaynak olarak karşımıza çıkacak ve bu doğrultuda hareket edilebilecek, Mecelle’de külli kâideler arasında yer alan “*kadim kıdemi üzerine terk olunur*”¹¹²⁵ prensibi işletilebilecektir. Bu ilke doğrultusunda, insanların yararlanmalarının haklı bir nedene dayandığı düşünülerek, hukuka uygun olarak kadim olan uygulamanın aksine bir delil bulunmadıkça, eşyadan yararlanma olduğu şekilde bırakılacaktır. İnsanların uygulaması ne yönde buna itibar edilecektir.¹¹²⁶ Dolayısıyla burada aslında hak kazanılmasına neden olan sebep bir uygulamanın üzerinden belirli bir süre geçmesi değil, bu uygulamanın sebebi olan hukuki işlemin unutulmuş olmasıdır. Bundan dolayı bu uygulamanın bir sebebe dayanmadığının veya hukuka aykırı bir sebebe dayandığının ispatı halinde artık zamanaşımı yoluyla hak kazanılamayacaktır.¹¹²⁷ Ayrıca “*zarar kadim olmaz*” ilkesi gereğince, eşyadan yararlanmanın bir zarara neden olması durumunda artık intifa hakkının doğduğundan bahsedilemeyecektir.

Bir izne binaen eşyanın menfaatinden yararlanan kimsenin bu kullanımı belirli bir süre sürmüş olsa dahi iznin geri alınması durumunda haksız olacaktır. Dolayısıyla izin ile

¹¹²⁴ İbn Receb, *el-Kavâid*, 191.

¹¹²⁵ MAA, m. 6.

¹¹²⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 54; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, c. I, 257 (5); el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92; Zeydân, *el-Vecîz*, 50; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 98; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 352; Şimşirgil – Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 94; Sezen, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 52; Özalp, *Kavaid-i Külliye*, 17.

¹¹²⁷ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 48; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 54; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, c. VII, 183 (397); el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 92; Zeydân, *el-Vecîz*, 50; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 96; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 14; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 123; Hacak, *İrtifak Hakları*, 91; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 98, 99.

olan kullanım, kadim bir kullanım olmayacak ve iznin geri alınması ile sebebini de yitireceği için bir intifa hakkı tesisine imkan vermeyecektir.¹¹²⁸

Kadim, Mecelle’de “*Kadim: Oldur ki, evvelini bilir kimse olmaya*”¹¹²⁹ şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla insanların mevcut uygulamanın daha öncesini bilmedikleri durum kadim olarak belirtilecektir.¹¹³⁰ Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere Hanefi mezhebi doğrultusunda oluşturulmuş olan Mecelle’de bir uygulamanın kadim olması için net bir süre şartı konulmamıştır. Önemli olan husus yararlanma durumunun öncesinin bilinmemesidir.

Tüm mezhep hukukçuları kıdemi hak doğurucu bir neden olarak görmüşlerdir. Hanefiler kıdemi istihšana dayalı bir hüküm olarak değerlendirmişlerdir. İlk dönem Hanefi fakihler bir hakkın hukuki bir nedeni olmaksızın kazanılamayacağından dolayı kıdeme itibar etmemişlerdir. Mezhebin daha sonra gelen hukukçuları ise kıyasa aykırı olarak örfe dayalı istihsan gereğince kıdemi hak doğurucu bir neden olarak ele almışlardır. Bu mezhepte fetva sonraki dönem hukukçularının görüşüne göre verilmiştir.¹¹³¹ Nitekim hukukun genel prensiplerinden biri olarak bu durum ilkeleştirilmiştir.

Modern hukuk açısından da zamanaşımı ile intifa hakkı kazanılması mümkün görülmüştür.¹¹³² Bununla birlikte zamanaşımı ile kazanma, İslâm hukukuna göre farklılık göstermektedir. İslâm hukukunda intifa hakkının daha önceden haklı bir nedene dayanarak tesis edilmediği biliniyorsa zamanaşımı ile intifa hakkı kazanılamazken, modern hukukta zamanaşımı ile intifa hakkının kazanılması yolsuz bir tescilin bulunduğu durumlarda da geçerlidir. Lehine yolsuz tescil bulunan kişi iyiniyetli olduğu durumda olağan zamanaşımı yoluyla 10 yıl sonra, iyiniyet şartını taşımadığı takdirde ise olağanüstü

¹¹²⁸ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 50; Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 584, No: 2993, 2997; Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 421, No: 2466.

¹¹²⁹ MAA, m. 166.

¹¹³⁰ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusuleyn*, 1047; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 230; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VI, 12 (72).

¹¹³¹ Serahsî, *Mebsut*, c. XVII, 94; el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân*, c. III, 67, 68; *el-Feteva'l-Âlemgîriyye*, c. V, 393, 394; *Netîcetü'l-Fetâvâ*, 384, No: 1785, 1786; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 92, 93; Hacak, *İrtifak Hakları*, 91, 92.

¹¹³² TMK, m. 780.

zamanaşımı yoluyla 20 yıl sonra hakkın konusu olan taşınmaz üzerinde intifa hakkını kazanacaktır. Taşınırлар açısından ise iyiniyetle beş yıl boyunca aralıksız ve çekişmesiz olarak hakkın konusu olan eşyaya zilyet olan kimse zamanaşımı yoluyla intifa hakkını kazanacaktır.¹¹³³

2.1.5. İntifa Hakkının Sona Ermesi

Şahsa bağlı intifa haklarının, genel itibariyle hak sahibinin vefatıyla, intifa hakkının süresinin dolmasıyla, hakkın konusu olan eşyanın zayi olmasıyla veya kira yahut ariyet sözleşmelerinde mal sahibinin vefat etmesi ile sona ereceği belirtilmiştir.¹¹³⁴ Bununla birlikte intifa hakkının, kuruluş biçimlerine göre ikâle ve fesih yoluyla sona ermesi de mümkündür.

2.1.5.1. Hak Sahibinin Kişiliğinin Sona Ermesi

İntifa hakkının, hak sahibinin ölümü ile sona erip ermeyeceği hususunda, bu hakkın tesis sebeplerine göre farklılık olduğu görülmektedir. Buna göre intifa hakkı kazandırıcı işleme göre bu hakkın, hak sahibinin ölümünün ardından varislere intikal edip ermeyeceği ifade edilebilecektir.

Kira sözleşmesi ile kurulmuş olan bir intifa hakkının hak sahibinin ölümü ile sona erip ermeyeceği hususunda tartışmalar vardır. Hanefîlere göre, hak sahibinin ölmesi ile kira sözleşmesi ile tesis edilmiş olan intifa hakkı sona erer. Buna göre bir kira sözleşmesi ile tesis edilmiş olan intifa hakkı, kiracının ölmesi ile sona erecek ve varisler o kiracının yerine geçemeyecektir. Ancak arazide henüz olgunlaşmamış ekin veya meyvenin bulunması gibi hakkın konusunun iadesinin, hak sahibine zarar verecek olduğu istisnai hallerde emsal ücret mukabilinde bunlar olgunlaşana kadar hak devam edebilir.¹¹³⁵

¹¹³³ Özen, *İntifa Hakkı*, 127, 128.

¹¹³⁴ el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 86; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 559; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 100; Hak sahibinin kişiliğinin sona ermesi haricindeki diğer nedenler benzer şekilde günümüzde de kabul edilmektedir. Bkz. ÜMK, m. 1215; SMK, m. 696; BAEMK, m. 1344.

¹¹³⁵ MAA, m. 526; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 36; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 52; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 271; c. VI, 308, 311; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 17; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 87, 527, 531; Şelebi, *el-Medhal*, 332, 333; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 1000; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 559.

ÜMK'da, SMK'da ve BAEMK'da da bu husus düzenleme altına alınmıştır.¹¹³⁶ Şafî ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise, kiracının ölümü intifa hakkını sona erdirmeyecektir. Çünkü Şafii ve Hanbelî mezhebinde menfaatler mal olarak kabul edilmekte ve varislere intikal edebilmektedir.¹¹³⁷ Malikilere göre ise kiralayan, varislerin zimmetine razı olduğu takdirde kalan ücreti varisler öder ve buna karşılık olarak menfaatten faydalanabilirler. Kiralayanın varislerin zimmetine razı olmama hakkı vardır. Bununla birlikte varislerin böyle bir hakkı yoktur. Onlar kiracının yerine geçmek istemezlerse, kiracının sözleşmeyi feshetmemesi durumunda gerekli ücreti ödemekle yükümlüdürler, kendileri sözleşmeyi feshedemezler.¹¹³⁸ Mecelle'de de hak sahibinin ölümü ile kira sözleşmesi ile kurulan intifa hakkının sona ereceği kabul edilmiştir.¹¹³⁹

Ariyet sözleşmesi ile tesis edilmiş olan bir intifa hakkı, Malikilere göre bağlayıcı nitelikte olduğundan ötürü varislere intikal edecektir.¹¹⁴⁰ Cumhura göre ise bu hak varislere intikal edebilir nitelikte değildir. Bunun nedeni ise ariyet sözleşmesinin bağlayıcı nitelikte olmaması¹¹⁴¹ ve ibâha niteliğinde bir yetki doğurmasıdır.¹¹⁴²

Vasiyet ve vakıf işlemleri ile kurulmuş olan bir intifa hakkı varislere intikal etmeyeceği hususunda görüş birliği olduğunu ifade eden yazarlar¹¹⁴³ bulunsa da bu görüş yalnızca Hanefilere aittir. Buna göre, bu şekilde kurulan intifa hakkı, hak sahibinin ölümü ile sona ermiş olacak ve hakkın sağlamış olduğu menfaat yeniden malike dönecektir. Bu nitelikte kurulmuş olan intifa hakları varislere intikal açısından şahsa sıkı sıkıya bağlılık özelliği göstermektedir. Ancak Hanefiler haricindeki cumhura göre henüz süresi dolmamış olan bir vasiyet işlemi ile tesis edilmiş intifa hakkı varislere geçebilecektir.

¹¹³⁶ ÜMK, m. 1216; SMK, m. 697; BAEMK, m. 1345.

¹¹³⁷ *El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 307, 308; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 531; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 339; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 675, 704; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 664; Zeydân, *el-Medhal*, 209, 218; No: 243, 261; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 559.

¹¹³⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 531.

¹¹³⁹ MAA, m. 442.

¹¹⁴⁰ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 308; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 92, 543, 545; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 17; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 124; Gözübenli, "Âriyet", c. III, 380.

¹¹⁴¹ MAA, m. 806.

¹¹⁴² İbn Receb, *el-Kavâid*, 198; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ'*, c. IV, 63; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. III, 315; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 543; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 17; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 308.

¹¹⁴³ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 37.

Örneğin, bir kimseye bir evde on yıl müddetle oturması vasiyet edildiği takdirde, bu kimsenin iki yıl sonra ölmesi halinde, varisleri bu kimsenin yerini alacaklar ve kalan süre boyunca ilgili menfaatten yararlanacaklardır.¹¹⁴⁴ Dolayısıyla vakıf ve vasiyet yoluyla tesis edilmiş olan intifa hakkının fakihler arasında ittifakla varislere intikal etmeyeceğini ifade edenlerin görüşüne katılmamaktayız.

Hanefilere göre menfaat bir mal olmadığı için her halükarda varislere intikal etmeyecektir. Bundan dolayı nasıl kurulmuş olursa olsun, hak sahibinin ölümü ile intifa hakkı sona erecektir.¹¹⁴⁵ Bunlardan yalnızca yukarıda ifade etmiş olduğumuz eşyaya bağlı irtifak hakları kapsamında istisna olacağı ifade edilmiştir.¹¹⁴⁶ Bu doğrultuda Mürşidü'l-Hayran'da kuruluşlarına göre ayrı ayrı belirleme yapılmadan, hak sahibinin ölümünün intifa hakkını sona erdireceği belirtilmiştir.¹¹⁴⁷

Bu konuyla ilgili açıklamada bulunan müellifler tarafından ibâha niteliğinde verilmiş olan yetkilerin de varislere intikal etmeyeceği belirtilmiş olmakla birlikte bu yetkilerin aynî hak niteliğinde olmamasından ötürü intifa hakkı kapsamı içerisinde değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla ibâha niteliğindeki yetkileri bu kapsamda değerlendiren yazarlara katılmamaktayız.¹¹⁴⁸

Mer'î hukuk açısından şahsa sıkı sıkıya bağlı bulunan intifa hakkının varise intikal etmesi söz konusu değildir.¹¹⁴⁹ Dolayısıyla kişiliğin sona ermesi ile intifa hakkı sona erecektir. Mer'î hukukta kiracının ölmesi ile kira sözleşmesi sona ermeyecektir. Ancak mer'î hukukta kira sözleşmesi bir intifa hakkı doğurmayacak olup, şahsî nitelikte bir hakkın doğumuna neden olduğu için bu bakımdan her iki hukuk sisteminin mukayesesi kâbil değildir.

¹¹⁴⁴ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 308; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 85; Hacak, *İrtifak Hakları*, 104.

¹¹⁴⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116.

¹¹⁴⁶ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 84.

¹¹⁴⁷ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 35.

¹¹⁴⁸ Bkz. Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 37.

¹¹⁴⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 98; Özen, *İntifa Hakkı*, 148, 149.

Tüzel kişinin hak sahibi olması durumunda, tüzel kişiliğin sona ermesi halinde tasfiye süreci söz konusu olacaktır. İntifa hakkının bu tasfiye sürecinde de devam edeceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla hak tasfiyenin sona ermesi ile son bulacaktır.¹¹⁵⁰

2.1.5.2. Rakabe Malikinın Kişiliğinin Sona Ermesi

İntifa hakkının bir kira veya ariyet sözleşmesi ile tesis edilmiş olması durumunda, Hanefilere göre rakabe malikinın ölmesi intifa hakkını sona erdirecektir. Bu durumda hakkın konusu olan eşya varislere intikal edecektir. Bu intikal ile birlikte menfaatler yenilenecek ve varislerin mülkü olacaktır. Dolayısıyla eski malikin yapmış olduğu sözleşme yenilenen menfaatlara uymayacaktır. Ancak henüz ekinlerin olgunlaşmamış olması gibi hakkın konusunun iadesinin hak sahibini zarara uğratacağı bir mazeret varsa, emsal ücret mukabilinde bu ürünlerin olgunlaşması beklenecektir.¹¹⁵¹ Cumhura göre ise rakabe malikinın ölümü ile intifa hakkı sona ermeyecektir. Varislere hakkın konusu olan eşyanın ancak çıplak mülkiyeti intikal etmiş olur. Menfaat mülkiyeti, ilgili müddet boyunca intifa hakkı sahibine aittir.¹¹⁵² Vasiyet ile intifa hakkının tesisinde zaten rakabe malikinın ölümünden sonra vasiyet lehtarının kabul etmesi ile hak kazanılırken, vakıf ile tesisinde ise vakfedenin ölmesinin menfaat mülkiyetine bir etkisi yoktur.¹¹⁵³

2.1.5.3. Sürenin Sona Ermesiyle

İntifa hakkının belirli bir süreye bağlı olarak kurulduğu durumlarda bu sürenin sona ermesiyle hak da kendiliğinde sona erecektir.¹¹⁵⁴ İntifa hakkının temlikini mümkün görmeyen mer'î hukukta gerçek kişiler bakımından azami bir süre belirlenmemişken, tüzel kişiler açısından yüz yıllık bir azami süre öngörülmüştür. Dolayısıyla intifa hakkı

¹¹⁵⁰ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 122; Karşıt görüş için bkz. Canarslan, *Sona Ermesi*, s. 53.

¹¹⁵¹ MAA, m. 526; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 36; ÜMK, m. 1216; SMK, m. 697; BAEMK, 1345; el-Mevsilî, *el-İhtiyar*, c. II, 52; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 17; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 87, 527, 531; Şelebi, *el-Medhal*, 332, 333; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 383; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. I, 271, c. VI, 311.

¹¹⁵² el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 532; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 17.

¹¹⁵³ Zeydân, *el-Medhal*, 219, No: 262; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 17; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116, 117.

¹¹⁵⁴ *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. VI, 313; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 17; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 86, 530, 547; Zeydân, *el-Medhal*, 219, No: 262; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 117.

herhangi bir süre ile kayıtlanamaksızın kurulmuşsa, gerçek kişilerin hayatta oldukları süre boyunca devam edecek ve ölümleri ile sona erecekken, tüzel kişiler açısından kurulmasından itibaren yüz yılın geçmesi ile son bulacaktır.¹¹⁵⁵

2.1.5.4. Hakkın Konusu Olan Eşyanın Zayi Olması

Herhangi bir haksız fiile maruz kalmaksızın, intifa hakkının konusu olan şeyin zayi olması halinde, hak sona erecektir. Örneğin vasiyet yoluyla kurulmuş olan bir intifa hakkında, bir kimseye bir aylığına bir hayvana binmesi vasiyet edilmiş olsa, henüz bir ay dolmadan bu hayvanın herhangi bir haksız fiile maruz kalmaksızın ölmesi durumunda intifa hakkı sona ermiş olacaktır. Vasiyet lehtarının kalan süre için başka bir hayvan talep etme hakkı bulunmamaktadır. Ancak hayvanın ölmesi bir haksız fiil sonucu olursa, intifa hakkı sona ermeyecektir. Haksız fiilin faili olan kimseye hayvanın kıymeti tazmin ettirilir ve bu bedel ile o hayvanın yerine başka bir hayvan satın alınır. İntifa hakkı sahibi kalan süre içinde bu hayvandan faydalanacaktır.¹¹⁵⁶ Haksız fiil sonucu intifa hakkı konusunun zayi olması durumunun mer'î hukukta gerçekleşmesi halinde intifa hakkı, tazminat veya sigorta bedeli üzerinde devam edecektir.¹¹⁵⁷ Bununla birlikte belirli bir hayvan üzerinde intifa hakkının tesis edilmediği, bir kimse ile yükün herhangi bir hayvanla taşınması üzerine sözleşme yapıldığı durumlarda, yük taşınırken hayvanın ölmesi halinde nakliyecisi kimse kalan yükü başka bir hayvanla taşır.¹¹⁵⁸ Hanefîlerin diğer görüşüne göre ise, intifa hakkı konusu eşyanın haksız fiil nedeniyle zayi olması durumunda, hak sahibinin fesih hakkı olacak olup, sırf bu haksız fiil nedeniyle hak sona ermeyecektir. Eğer hak sahibi fesih yetkisini kullanmazsa hak devam edecektir. Bu durumda intifa hakkı, bir bedel karşılığında devralınmışsa, kalan müddet için gerekli bedelin ödenmesi gerekir. Ancak ilk görüşe göre hak kendiliğinden sona ereceği için hak sahibinin herhangi bir ücret ödemesi gerekmez.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁵ Özen, *İntifa Hakkı*, 147-149.

¹¹⁵⁶ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 279; c. VI, 313; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 86; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 17; Zeydân, *el-Medhal*, 219, No: 262; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 117.

¹¹⁵⁷ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 693; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 539; Özen, *İntifa Hakkı*, 155; Canarslan, *Sona Ermesi*, 33.

¹¹⁵⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 532.

¹¹⁵⁹ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 279; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 532, 533.

Eşyanın yok olmasının söz konusu olabilmesi için bu durumun sürekli nitelikte olması gerekmektedir. Geçici bir süre ortadan kalkan ancak sonrasında tekrar tasarruf edilebilen eşyaların yok olması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu tip durumlarda intifa hakkının sona ermesi söz konusu olmaz. Örneğin gelgitlerin meydana geldiği deniz kıyısındaki bir taşınmazda denizin alçaldığı vakit kurulmuş olan bir intifa hakkının, denizin yükselmesi ile sona erdiğinden bahsedilemez.¹¹⁶⁰ Eşyanın kısmen yok olması durumunda ise intifa hakkının, eşyanın yararlanılabilecek olan kalan kısmı üzerinde devam ettiği kabul edilmektedir.¹¹⁶¹

Eşyanın zayi olması gibi, eşyadan faydalanmanın imkansız duruma gelmesi ile de intifa hakkı sona erecektir. Çünkü bir eşyanın menfaatinden faydalanmanın imkansız hale gelmesi, zayi olmasıyla aynı sonucu doğurmaktadır. Dolayısıyla her iki durum da hak sahibi açısından aynı anlamı ifade etmektedir. Örneğin, bir kimsenin zirai maksatlarla bir araziye kiralaması durumunda, kira süresi içerisinde bu araziye daha sonradan kum basarsa veya arazi çorak hale gelirse, yapılan kira sözleşmesi hükümsüz olacak ve intifa hakkı sona erecektir.¹¹⁶² Eşyanın bir kısmından faydalanmanın imkansız hale gelmesi durumunda ise kalan kısmı üzerinde intifa hakkı devam edecektir.¹¹⁶³

İşleme, karışma ve birleşme halleri mülkiyeti aslen kazandıran sebeplerdendir. Bu durumlarda mülkiyetin işleyen, karıştıran veya birleştiren kişiye geçmesi halinde intifa hakkının da sona ereceği ifade edilmektedir. Burada bir devir söz konusu olmamaktadır. Örneğin bir bisiklet üzerinde tesis edilmiş olan intifa hakkı, bu bisikletin motosiklet haline getirilmesi durumunda sona erecektir. Bu durumda işleme, karışma ve birleşme ile mülkiyet tesisine yönelik hükümler doğrultusunda sorumluluktan bahsedilecektir.¹¹⁶⁴

2.1.5.5. Sözleşme ve Feragat

Hak sahibi intifa hakkından, herhangi bir bedel mukabilinde olmaksızın tek taraflı hukuki işlem ile feragat edebilir. Bu durumda feragat için ayrıca malikin rızasının

¹¹⁶⁰ Canarlan, *Sona Ermesi*, 30.

¹¹⁶¹ Canarlan, *Sona Ermesi*, 32.

¹¹⁶² el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 87; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 17.

¹¹⁶³ Canarlan, *Sona Ermesi*, 85.

¹¹⁶⁴ Özen, *İntifa Hakkı*, 156, 157; Canarlan, *Sona Ermesi*, 42.

alınmasına gerek olmayacaktır. Eşyaya bağlı irtifak haklarında görüldüğü üzere, sulh sözleşmesi çerçevesinde bir bedel karşılığında intifa hakkından feragat edilmesi de mümkündür. Çünkü menfaatler de sulh sözleşmesine konu olmaktadır.¹¹⁶⁵

İkâle yoluyla intifa hakkına son verilebilir. İkâle, bağlayıcı nitelikte olan ve feshi kabul eden bir sözleşmeyi bozmayı ifade eder. Hukuki niteliği açısından ikâlenin bir fesih işlemi olduğu, sözleşme olduğu ve taraflar açısından fesih üçüncü kişiler açısından ise sözleşme olduğu yönünde üç ayrı görüş bulunmaktadır.¹¹⁶⁶ İntifa hakkının kira sözleşmesi gibi bağlayıcı ve feshi mümkün bir hukuki işlemle kurulması durumunda ikâle yoluyla bu hakka son verilebilir. Bu durumda taraflar karşılıklı iradeleri ile intifa hakkına son vermiş olacaklardır.¹¹⁶⁷

2.1.5.6. Fesih

İntifa hakkının fesih yoluyla sonlandırılabilen bir hukuki işlemle tesis edilmiş olması durumunda hak, fesihle de son bulabilir. İntifa hakkının feshini haklı kılan sebepler sözleşmenin taraflarından birinin, fazladan bir zarara uğramaksızın, sözleşmenin gereklerini yerine getirmekten aciz kalması çerçevesinde ifade edilebilir.¹¹⁶⁸ Örneğin kira sözleşmesi ile tesis edilmiş bir intifa hakkı, belirtilmiş olan çerçevede ayıp sebebiyle, hakkın konusunun gasp edilmesi veya yararlanılamayacak hale gelmesi gibi durumlarda feshedilebilir.¹¹⁶⁹ Vakıf veya menfaat vasiyeti yoluyla tesis edilmiş intifa haklarının ise feshinden bahsedilemeyecektir. Bu durumda hak sahibi dilerse haktan feragat edebilir. Hakkın konusunun gasp edilmesi veya yararlanılamayacak hale gelmesi durumları “*Hakkın Konusu Olan Eşyanın Zayi Olması*” başlığı altında ele alındığı için tekrarlanmayacaktır.

¹¹⁶⁵ el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 596; Atar, “Sulh”, c. XXXVII, 482.

¹¹⁶⁶ Bilal Aybakan, “İkâle” *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 14; Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 121, 122; Abdurahman Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 26, (2016), 109, 110.

¹¹⁶⁷ Bardakoğlu, “İcâre”, c. XXI, 383; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 271; c. VI, 313; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 64, 70.

¹¹⁶⁸ Osman b. Ali b. Mihcen el-Bârî, Fahreddin Zeylâ el-Hanefî, *Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzü'd-Dekâik ve Hâşiyetü'ş-Şilbî* (Bulak: Matbuatü'l-Kübra el-Emiriyye, Kâhire, 1313), c. V, 143-145; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 119.

¹¹⁶⁹ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 65.

İntifa hakkının konusu üzerinde hakkın tesisinden önce veya sonra meydana gelen bir ayıp olması durumunda, hak sahibi, hakkı tesis eden sözleşmeyi feshedebilecektir. Ancak ayıbın hakkın tesisinden önce mevcut olması durumunda hak sahibinin bunu bilerek, sözleşmeye razı olmamış olması gerekmektedir. Aksi halde bu ayıptan ötürü sözleşmeyi feshedemeyecektir. Hakkın konusu üzerindeki ayıbın, kısmen de olsa hak sahibinin yararlanmasına engel teşkil etmesi gerekmektedir. Örneğin sulu tarım yapılmak üzere bir arazi üzerinde intifa hakkı tesis edilmesinin ardından, araziye su sağlayacağı belirtilen kuyunun kurumuş olduğunun görülmesi durumunda intifa hakkı, sahibi tarafından feshedilebilecektir.¹¹⁷⁰ Ayıbın ne olduğu hususu ise Mecelle’de menfaatin tamamen fevt veya muhtel olması olarak ifade edilmiştir.¹¹⁷¹ Ayıbın feshi gerektirecek ölçüde olup olmadığının tespitini ise bilirkişi yapacaktır.¹¹⁷²

2.1.5.7. Kamulaştırma

İntifa hakkının konusunun kamulaştırılması durumunda, hakkın kurulu olduğu şey üzerindeki mülkiyeti sona erecektir.¹¹⁷³ Bundan kaynaklı olarak, kamulaştırılan şey üzerindeki intifa hakkı da son bulmuş olacaktır. İntifa hakkı sahibinin kamulaştırma bedeli üzerinden hakkını alması gerekmektedir. Nitekim, böyle bir durumda mer’î hukukta kamulaştırma bedeli üzerinde intifa hakkının geçerli olduğu kabul edilmiştir.¹¹⁷⁴

2.1.5.8. Mahkeme Kararı

Malik, hak sahibinin hakkın konusunu zarar vermeden, gerekli özeni göstererek, tahsis edilmiş olduğu amaç doğrultusunda kullanma yükümlülüğüne aykırı davrandığı durumlarda mahkemeye başvurarak intifa hakkının sona erdirilmesini ve hakkın konusunun kendisine iade edilmesini talep edebilir.¹¹⁷⁵

¹¹⁷⁰ Bardakoğlu, “İcâre”, c. XXI, 383; *El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 275; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 533; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 65; Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 68, 69.

¹¹⁷¹ MAA, m. 514; Ayıpla ilgili yapılan tanımlar için bkz. Mustafa Kisbet, *İslâm Hukukunda Tüketicinin Korunması Ayıp Muhayyerliği*, 1. Baskı (İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2015), 43-47.

¹¹⁷² Ahmet Kılınç, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 162-165.

¹¹⁷³ Şen, “Kamulaştırma Müessesesi”, 182.

¹¹⁷⁴ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 693; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 541; Özen, *İntifa Hakkı*, 173; Canarslan, *Sona Ermesi*, 152; Cihan Yaylak, “Kamulaştırmanın Etkisi”, 95.

¹¹⁷⁵ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 372, 373; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 131, 132.

2.1.5.9. Malik ve İntifa Hakkı Sahibi Sıfatlarının Birleşmesi

İntifa hakkı sahibi olunan bir taşınır eşyaya aynı zamanda malik de olunduğu takdirde, intifa hakkının sona erip ermeyeceği hususu tartışılmıştır. Örneğin bir kişinin ölmesi ile tek mirasçı olan kişinin aynı zamanda kendisine miras kalan eşyanın intifa hakkı sahibi olması durumunda artık intifa hakkının sona ereceğinden bahsedenler olduğu gibi bu hakkın hükümlerinin askıda olacağını belirtenler de bulunmaktadır. Ayrıca bu hakkın sona ereceğini söyleyenlerden, bu durumun istisnasız olarak kabul edilmemesi gerektiğini, hakkın devamında malikin yararının bulunması halinde intifa hakkının sona ermemesi gerektiğini de ifade edenler bulunmaktadır. Örneğin taşınır eşya üzerinde aynı derecede bir başka kimsenin intifa hakkının bulunması durumunda malikin intifa hakkına son verilmesi halinde menfaati zarar göreceğinden ötürü intifa hakkının sona ermemesi, malik lehine devam etmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim Alman ve Fransız Medeni kanunlarında bu durum benimsenmiştir.¹¹⁷⁶ Bununla birlikte intifa hakkının, bu şekilde sona ermemesi gerektiği ifade edilebilir. Bu husus intifa hakkının unsurları işlenirken “*Hak Sahibi*” başlığı altında incelenmiştir. Malikin şahsi veya ekonomik bir menfaati bulunabileceğinden ötürü malik lehine intifa hakkı kabul edilmiş bir müessesedir. Ayrıca günümüzde taşınmazlar açısından tescil ve terkin gibi işlemler ile intifa hakkı tesisi ve sona ermesi mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla burada malikin terkine hakkı olup, doğrudan intifa hakkı sahibi sıfatıyla malik sıfatının birleşmesi ile intifa hakkının sona erdiğini kabul etmemek gerekmektedir.

2.1.6. İntifa Hakkının Hükümleri

İslâm hukuku kaynaklarında intifa hakkına yönelik ayrıca bir bölüm açılmamış olup, intifa hakkı doğuran sebeplerin kapsamında, bu hakkın hükümleri incelenmiştir. Modern eşya hukukundaki haliyle ayrıca bir intifa hakkını düzenlememiş olan İslâm hukuku açısından, modern hukuktaki şahsi hak doğuran sözleşmelerin bir kısmı aynî hak doğurmaktadır. Bu aynî hak intifa hakkı niteliğinde olduğu için ayrıca bir intifa hakkı düzenlemesine de ihtiyaç bırakmamıştır. Bu çalışmada yukarıda belirtilen aynî hak

¹¹⁷⁶ Canarlan, *Sona Ermesi*, 98, 99; Özen, *İntifa Hakkı*, 167.

doğuran intifa hakkı kazandırıcı sebepler tek tek ele alınmak yerine, bu sebeplerin hükümleri, farklılıklarıyla birlikte, ayrıca tasnif edilerek işlenecektir.

2.1.6.1. İntifa Hakkı Sahibinin Hakları

İntifa hakkı, hak sahibine malı teslim alma, maldan yararlanma ve kuruluş sebebine göre tasarrufta bulunma yetkisi vermektedir. İntifa hakkı, hak sahibine ilk andan itibaren malı teslim alma ve üzerinde zilyetliğini tesis etme yetkisi vermektedir. Hakkın konusu olan şeyin teslim edilmemesi durumunda hak sahibi, mahkemeye başvurarak malın teslimini talep edebilir.¹¹⁷⁷ Bağlayıcı nitelikte olmayan bir sözleşmeye dayanarak malik, yargı yoluyla hakkın konusunu teslim etmeye zorlanamayacaktır. Cumhura göre bağlayıcı olmayan ariyet sözleşmesi nedeniyle bir kimse mahkemeye başvurarak sözleşme konusu eşyanın kendisine teslimini talep edemeyecektir. Bununla birlikte Malikilere göre bu sözleşme bağlayıcı nitelikte olduğu için hakkın konusunun teslimi amacıyla mahkemeye başvurulabilecektir.¹¹⁷⁸ Malın kendisine teslimiyle birlikte zilyet konumunda olan intifa hakkı sahibi, zilyetliğin korunması yollarından da yararlanabilecektir.¹¹⁷⁹

İntifa hakkı, hak sahibine tam bir yararlanma yetkisi vermektedir. Buna göre hak sahibi eşyayı kullanabilecek ve semerelerinden faydalanabilecektir. Ancak bu yetki malikin yetkisi gibi sınırsız bir nitelik taşımamaktadır. Hak sahibi kullanımı esnasında eşyadan olağan ölçüler çerçevesinde yararlanmalı, eşyanın özüne zarar vermeden hareket etmeli, eşyanın tahsis edilmiş olduğu maksadı malike önemli bir zararı olacak şekilde değiştirmemelidir. Bu sınırlar dahilinde hak sahibi, eşyadan istediği gibi yararlanacak veya bu yararlanmayı yukarıda ifade ettiğimiz şekilde bir başkasına devredebilecektir.¹¹⁸⁰ Buna göre intifa hakkı sahibi bir tarım arazisini verimini azaltacak ölçüde kullanamayacak, meyve bahçesindeki ağaçları sökerek bu ağaçların gövdesinden yararlanamayacaktır. Bir oteli hasta bakım evine dönüştüremeyecektir. Ancak tarım

¹¹⁷⁷ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 16; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 85; Zeydân, *el-Medhal*, 218, No: 261; İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 367, 373; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. VI, 311.

¹¹⁷⁸ *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, c. VI, 311.

¹¹⁷⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 133; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 89.

¹¹⁸⁰ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 100; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 542; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 89, 90; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 96; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 126.

arazisinde hangi ürünü ekeceğine veya oteli işletirken nasıl bir yönetim sergileyeceğine hak sahibi serbestçe karar verecektir.¹¹⁸¹ Hak sahibi istediği takdirde hakkın konusunu kullanmayabilir, onun menfaatinden yararlanmayabilir. Bununla birlikte hakkın konusunun kullanılmaması, eşyanın maddi varlığını zarara uğratacaksa, hak sahibinin zarar tehlikesini ortadan kaldıracak ölçüde eşyayı kullanması gerekecektir.¹¹⁸²

İntifa hakkı, eşyanın hem tabii hem de hukuki semerelerinden yararlanma hakkını kapsamaktadır. Tabii semereler, eşyanın tahsis edilmiş olduğu amaca göre örfün elde edilmesini hukuka uygun bulduğu, eşyadan ayrılması eşyanın özüne zarar vermeyen mahsullerdir.¹¹⁸³ İntifa hakkının tesisi esnasında mevcut bulunan semereler ile intifa hakkının tesisinden sonra meydana gelen semereler, intifa hakkı sahibine aittir.¹¹⁸⁴ İntifa hakkı süresi içerisinde olgunlaşmış olup da henüz ayrılmamış bulunan tabi semereleri ayırmaya yönelik intifa hakkı sahibine aynî nitelikte bir yetki tanınmaktadır. Dolayısıyla intifa hakkı sahibi bu ayırma talebini herkese karşı ileri sürebilecektir. Böylelikle özellikle rakabe malikinin alacaklılarına karşı hakkını korumuş olacaktır.¹¹⁸⁵ İntifa hakkının süresi içerisinde olgunlaşmamış olup, sürenin bitiminin ardından hasat zamanı gelmiş olan ürünlerin mülkiyeti de intifa hakkı sahibine ait olacaktır. Rakabe maliki bu ürünlerin kendisine iadesini isteyemeyecektir. Bununla birlikte intifa hakkının süresi aşılmış olduğu için, hak sahibinden ücret (ecr-i misil) talep edebilecektir.¹¹⁸⁶ Hukuki semereler, bir hukuki işlem nedeniyle periyodik olarak elde edilen edimlerdir.¹¹⁸⁷ İntifa hakkının tesisinin ardından meydana gelen hukuki semereler, hak sahibine ait olacaktır. Bu hakkın kurulmasından önceki hukuki semereler ise rakabe malikine aittir. Bunlar üzerinde intifa hakkı sahibinin hakkı bulunmamaktadır. Örneğin intifa konusu olan eşyanın kiraya verilmesi nedeniyle elde edilen hukuki semereler, intifa hakkı süresi

¹¹⁸¹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 100.

¹¹⁸² Özen, *İntifa Hakkı*, 264.

¹¹⁸³ Berki, *Aynî Haklar*, 6; Özen, *İntifa Hakkı*, 266.

¹¹⁸⁴ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 365; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 134, 135.

¹¹⁸⁵ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 135; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 88; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 543.

¹¹⁸⁶ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 52; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 127; Mer'î hukuk açısından bu nitelikteki semerelerin rakabe malikine ait olacağı, intifa hakkı sahibinin ancak yapmış olduğu giderlerin karşılığında uygun bir tazminat isteyebileceği kabul edilmiştir. Özen, *İntifa Hakkı*, 272, 273; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 91; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 135.

¹¹⁸⁷ Berki, *Aynî Haklar*, 6; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 136.

boyunca hak sahibine ait olacaktır. Bu sürenin dışında elde edilen hukuki semereler rakabe malikine ait olacaktır.¹¹⁸⁸ Kira sözleşmesi ile tesis edilmiş olan bir intifa hakkı konusunun yine bir kira sözleşmesine konu edilmesi durumunda ilk kiralayan kimsenin alacağı ücret hususunda bazı tartışmalar mevcuttur. Buna göre Malikîlere ve Şafiîlere göre intifa hakkı sahibi, hakkın konusunu bir başkasına kendi ödediği ücretle veya bunun daha azı yahut fazlasına kiralayabilir. Ahmed b. Hanbel de bu görüşe katılmaktadır. Hanefîlere göre ise ücret, hak sahibinin ödemesi gereken ücretle aynı cinsten olmamalıdır. Böyle olduğu takdirde fazlalığın tasadduk edilmesi gerekecektir. Bununla birlikte yine de ikinci kira sözleşmesi sahih olarak kabul edilecektir. Çünkü bu fazlalık hususunda şüphe bulunmaktadır. Eğer intifa hakkı sahibi, hakkın konusunu kiraya vermeden önce birtakım iyileştirmeler yapmış, fazlalıklar eklemişse bu durumda daha yüksek bir ücret ile kiralaması normal karşılanacaktır. Bu fazla olan ücret yapmış olduğu iyileştirmelerin, eklemiş olduğu fazlalıkların karşılığı olarak görülecektir. Hanbelîler ise intifa hakkı sahibinin bir iyileştirmede bulunması durumunda daha fazla bir ücret ile hakkın konusunu kiraya verebileceğini, böyle bir iyileştirmenin bulunmaması halinde ise daha fazla bir ücret karşılığında kiralamanın hukuka uygun olmayacağını belirtmişlerdir. Bununla birlikte Ahmed b. Hanbel'in bir diğer görüşüne göre herhangi bir iyileştirmede bulunulmaması durumunda, malikin buna yönelik izninin bulunması şartıyla, intifa hakkı konusu daha yüksek bir ücret mukabilinde kiraya verilebilir.¹¹⁸⁹

İntifa hakkının, eşyanın menfaatinin birden fazla kişiye vasiyet bırakılması gibi, birden fazla kişi lehine kurulması durumunda, hak sahiplerinin müşterek yararlanması söz konusu olacaktır. Buna göre hakkın konusu olan eşyanın hukuki ve tabii semerelerinin ortaklar arasında paylaştırılması yoluyla, hakkın konusunun taksiminin mümkün olması durumunda hak sahipleri arasında paylaştırılması yoluyla yahut hakkın konusundan nöbetleşe istifade edilmesi (muhayee)¹¹⁹⁰ yoluyla, hak kullanılabilir. İntifa hakkından hangi yolla faydalanılacağı tesisi esnasında kararlaştırılabilir. Hak

¹¹⁸⁸ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 366; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 126.

¹¹⁸⁹ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 267, 268.

¹¹⁹⁰ Bkz. Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 305, 306; İbrahim Kâfi Dönmez, "Mühâyee", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. 31 (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 509-511.

sahipleri arasında anlaşmazlık olması durumunda, hangi şekilde istifade edileceğine hakim karar verecektir.¹¹⁹¹

Menfaat mülkiyetini temlik eden bir hukuki işlemle kurulan intifa hakkı, hak sahibine bu menfaat mülkiyeti üzerinde tasarruf yetkisi verecektir. Bu işlemlerden ariyet sözleşmesi yalnızca Malikilere göre tasarruf yetkisi verecektir. Her ne kadar intifa hakkı tesis etmese de, Hanefîlere göre menfaat mülkiyetinin temlikini gerçekleştirmekte ve yine menfaatin temlikine imkan vermektedir. Bağlayıcı bir sözleşme olmamasından dolayı bağlayıcı nitelikte bir sözleşme ile tasarruf yetkisi vermemektedir.¹¹⁹² İntifa hakkının temlik kira gibi hukuki işlemlerle gerçekleştirilerek bir bedel karşılığında yapılabileceği gibi ariyet gibi hukuki işlemlerle bedelsiz olarak da yapılabilmektedir.¹¹⁹³ Mer'î hukukta ise intifa hakkı, menfaat mülkiyetini temlik etmediği için herhangi bir tasarruf yetkisi vermeyip, şahsi hak doğuran bir hukuki işlemle, aksi kararlaştırılmadığı veya durum ve koşulların intifa hakkını, hak sahibinin bizzat kullanmasını gerektirmediği hallerde, hakkın kullanımını bir başkasına devretme yetkisi vermektedir.¹¹⁹⁴ Devredilen kişi herhangi bir üçüncü kişi olabileceği gibi malik de olabilir. Hakkın kullanımı bir bedel karşılığında bir başkasına verilebileceği gibi bedelsiz olarak da verilebilir.¹¹⁹⁵

İntifa hakkı sahibi, intifa konusu malın yönetimi ile münhasıran yetkilidir. Bu yetkisinin sınırları dahilinde hak sahibi, istediği kararları alabilir. Bu yönetim işini isterse bizzat yerine getirir, isterse de bir başkasını bu hususta yetkili kılabilir. İntifa konusu malı yönetmek yalnızca bir yetki değil, hak sahibi için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğü gerektiği şekilde yerine getirmeyen hak sahibi, malikin uğradığı zararlardan ötürü sorumlu tutulabilir.¹¹⁹⁶

¹¹⁹¹ Zuhaylî, *Vesâyâ*, 85-87.

¹¹⁹² MAA, m. 806, 824; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1421, 1424; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 115.

¹¹⁹³ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 15; İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 366; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 126.

¹¹⁹⁴ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 98; Özen, *İntifa Hakkı*, 295; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 532.

¹¹⁹⁵ Özen, *İntifa Hakkı*, 297.

¹¹⁹⁶ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 137; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 103; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 544; Özen, *İntifa Hakkı*, 286 vd.; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 94.

İntifa hakkı sahibi aynı zamanda zilyet olacağı için zilyetlikten kaynaklı olan talebini herkese karşı ileri sürebilecektir. Dolayısıyla eşyanın zilyedi olma talebini malike karşı ileri süren hak sahibi zilyet olarak kalabilmek için hakkına yönelik tecavüzlerde bu zilyetlikten kaynaklı olarak hakkını ihlallerden koruyabilecektir. Malikin intifa hakkını ihlal eden nitelikteki davranışlarının olması durumunda ise intifa hakkı sahibinin malik ile arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan taleplerden yararlanması mümkün olacaktır.¹¹⁹⁷

Hakkın konusunun iadesinin, hak sahibini zarara uğratacağı durumlarda, belirlenmiş olan müddet sona ermiş olsa da emsal ücret karşılığında zararın ortadan kalkmasına kadar hak sahibi yararlanmaya devam edebilir. Örneğin, intifa hakkına bir arazinin konu olduğu durumlarda, hakkın sona ermesine rağmen, hak sahibinin ekinleri veya ağaçları henüz olgunlaşmamışsa, hak sahibi bunlar olgunlaşana kadar emsal kira vererek bu hakkın devamını sağlayabilir.¹¹⁹⁸ ÜMK'da, SMK'da ve BAEMK'da aynı düzenleme yer almaktayken¹¹⁹⁹, TMK'da olgunlaşan ürünler, intifa hakkının süresi sona erdikten sonra malike ait olacaktır. Hak sahibi bu ürünler için ancak tazminat talebinde bulunabilir.¹²⁰⁰

2.1.6.2. İntifa Hakkı Sahibinin Yükümlülükleri

İntifa hakkının bir ücret mukabilinde kurulmuş olması durumunda hak sahibi belirlenen ücreti ödemekle yükümlüdür. Ücretin ödenmesi intifa hakkının tesisine göre farklılık gösterecektir. Kira sözleşmesi ile kurulmuş olan intifa hakkında, cumhura göre hak sahibi ücreti sözleşmeden sonra ödemek zorundadır. Ödemeyi yapmaması durumunda, malikin hakkın konusu üzerinde hapis hakkı söz konusu olacaktır. Malikilere ve önceden ödemeye yönelik bir şart koşulmamış olması durumunda Hanefilere göre ise

¹¹⁹⁷ Özen, *İntifa Hakkı*, 101-104.

¹¹⁹⁸ MAA, m. 526; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 36; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 52; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 17; el-Hafîf, *Muâmelâtü's-Şer'iyye*, 87, 527, 531; Şelebi, *el-Medhal*, 332, 333; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 1000; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 271, c. VI, 311.

¹¹⁹⁹ ÜMK, m. 1216; SMK, m. 697; BAEMK, m. 1345.

¹²⁰⁰ TMK, m. 804; Bununla birlikte konu modern hukukta tartışılmış ve azınlıkta kalan görüş henüz ayrılmamış olsalar dahi intifa hakkı devam ederken olgunlaşan ürünlerin hak sahibine ait olacağını ifade etmiştir. Özen, *İntifa Hakkı*, 268, 269.

ücret belirlenen müddetin sonunda ödenecektir. Bununla birlikte hak sahibinin ücreti kendiliğinden ödemesi durumunda, ödemiş olduğu bu ücreti geri alma hakkı bulunmaz.¹²⁰¹ İntifa hakkının belirlenen süreden önce feshedilmesi durumunda bu süreye tekabül eden kısmın ücretinin ödenmesi gerekecek olup, kalan kısma dair bir ödeme yapılmayacaktır.¹²⁰²

İntifa hakkı sahibi eşyayı kullanırken, malikine zarar verecek biçimde tahsis amacını değiştiremez. Eşyayı özüne bir zarar vermeden kullanır. Örneğin, ekin ekilen bir tarlayı inşaat arazisi olarak kullanamaz.¹²⁰³

İntifa hakkı sahibinin bakım ve muhafaza yükümlülüğü ile bu yükümlülük nedeniyle ortaya çıkan masrafları ve vergileri ödeme yükümlülüğü vardır. İntifa hakkı konusu olan eşyanın sürekli bakımı ve kullanımı için gerekli tedbirleri alma görevi hak sahibinin yükümlülüğündedir.¹²⁰⁴ Rakabe maliki, intifa hakkı konusu olan eşyayı devamlı suretle kullanmaya elverişli şekilde tutmakla yükümlü değildir. Hak sahibi, kullanımı sırasında malikten göstermesi beklenen dikkat ve özeni göstermelidir.¹²⁰⁵ Bu dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü kapsamında, normal şartlar altında yapılması beklenen bakım ve muhafaza tedbirlerini alması gereken intifa hakkı sahibidir. Normal şartlar altında alınacak olan tedbirlerin neler olduğu örfe göre tayin edilecektir.¹²⁰⁶ Bu kapsamda eğer örf haline gelmişse yüksek masraflı tedbirleri de intifa hakkı sahibinin alması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, olağan bedellerin üzerine çıkan yüksek masraflı tedbirlerin bu kapsamda değerlendirilmeyeceğini savunan görüşler de mevcuttur.¹²⁰⁷ Dolayısıyla bu yükümlülüklerin bazı kriterler içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹²⁰¹ MAA, m. 466-470; Bardakoğlu, “İcâre”, c. XXI, 382; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 270; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 61.

¹²⁰² *Netîcetü'l-Fetâvâ*, 346, No: 1603, 347, No: 1613, 348, No: 1617; Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 477, No: 2471.

¹²⁰³ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 100; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 542; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 126; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 687; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 96.

¹²⁰⁴ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 28; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 546; İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 370; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 140, 141; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 107, 108; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 687; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 545, 546; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 97; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 97; Özen, *İntifa Hakkı*, 309-311.

¹²⁰⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16.

¹²⁰⁶ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 141.

¹²⁰⁷ Özen, *İntifa Hakkı*, 312, 313.

Bakım ve muhafaza tedbirlerinin olağan sayılabilmesi için öncelikle hakkın tesisi esnasında öngörülebilir olması ve yapılacak masrafın hak sahibinin elde edeceği yarar ile bağlantılı olması gerekmektedir. Yani bu tedbirlerin ekonomik ömrünün intifa hakkının süresi ile sınırlı olması gerekmektedir.¹²⁰⁸ Bununla birlikte intifa hakkı sahibi, olağan bakım ve muhafaza yükümlülüğün haricinde kalan, malın sürekli bakım ve muhafaza tedbirlerini aşan nitelikteki tedbirleri almakla yükümlü değildir. Bu nitelikteki tedbirleri rakabe maliki alabilir. Böyle bir tedbirin alınması gerektiği hallerde hak sahibinin durumu rakabe malikine bildirmesi gerekmektedir.¹²⁰⁹ Bu bildirim hak sahibi bakımından yalnızca bir hak değil aynı zamanda bir yükümlülüktür. Çünkü bu nitelikteki tedbirler alınmadığı takdirde hakkın konusu ciddi oranda zarar görebilecektir. Malik hakkın konusunun zarar görmemesi için bu nitelikteki tedbirleri almak isteyebilir. Bundan dolayı hak sahibinin, olağanüstü tedbirler için gerekli bildirim yapması gerekmektedir.¹²¹⁰ Malikin olağanüstü tedbirleri almaya karar vermesi durumunda hak sahibinin, bu tedbirlerin alınması için gerçekleştirilmesi gereken fiillere katlanması gerekecektir.¹²¹¹ Malik olağanüstü nitelikteki bakım ve onarım işlemleri için hak sahibinin belirli bir süre hakkını kullanmamasını, ilgili taşınmazı tahliye etmesini talep edebilir.¹²¹² Malikin olağanüstü nitelikteki bakım ve onarımları yapmaması durumunda hak sahibi, malikin bu işlemleri yerine getirmesi için mahkemeye başvurabilir. Ancak bu durumda kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiş olması gerekmektedir.¹²¹³ Bu nitelikteki tedbirleri hak sahibinin kendisinin alması durumunda cumhura göre yapmış olduğu masrafı rakabe malikinden isteme hakkı bulunmamaktadır. Hanbelîler ise hak sahibinin normal tedbirler haricinde yapmış olduğu masrafları da rakabe malikinden isteyebileceğini

¹²⁰⁸ Özen, *İntifa Hakkı*, 321, 322.

¹²⁰⁹ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 370; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 141; Özen, *İntifa Hakkı*, 311.

¹²¹⁰ Özen, *İntifa Hakkı*, 340.

¹²¹¹ Özen, *İntifa Hakkı*, 345.

¹²¹² İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXIII, 245, No: 250; c. LXXXII, 245, No: 262.

¹²¹³ “...Fırın ve değirmen-i mezkûrlar murûr-ı zamân ile müşrif-i harâb ve eşedd-i ihtiyâc ile ta'mîre muhtâc olmakla muktezî olan mahallerini ta'mîr etmek üzere mutasarrıfları mezbûrûna tenbîh olunmak murâdımızdır dediklerinde anlar dahî cevâblarında gerçi fırın ve değirmen ta'mîre muhtâcdır lâkin müste'cirlerimiz mezbûrûn kirâlarımızı edâda muhâlefet etmeleriyle binâ'en alâ zâlik ta'mîrlerine mübâşeret olunmamış idi dediklerinde müste'cirûn-ı mezbûrûn zimmetlerinde müctemi' kirâyı ve gerek fîmâ ba'd iktizâ eden kirâyı bilâ-cevr edâya ta'ahhüd ve mutasarrıfları mezbûrûn dahî fırın ve değirmen-i mezkûru ta'mîre ta'ahhüd eyledikleri huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu...” İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXX, 91, No: 62.

belirtmişlerdir.¹²¹⁴ Cumhura göre ise mal sahibinin öncesinde, hak sahibinin yapmış olduğu normal tedbirlerin haricinde kalan masrafları da karşılayacağına yönelik bir izin vermiş olması durumunda, hak sahibi bu masrafları talep edebilecektir.¹²¹⁵ Böyle bir izin olmaksızın intifa hakkı sahibi tarafından yapılan masraflar, mal sahibinin bakım ve korumaya yönelik gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmamasından dolayı, kendiliğinden yapılmış bağış olarak değerlendirilecektir.¹²¹⁶ Bu tip masraflar, bütünleyici parça niteliğinde olmayan, sökülüp alınabilecek şekilde eklentiler ise bunları hak sahibi söküp alabilecektir. Mer'î hukukta da bu nitelikte bir masrafın yapılmış olması durumunda hak sahibi ancak hakkın sona ermesinin ardından vekaletsiz iş görme hükümleri doğrultusunda malikten talepte bulunabilecektir.¹²¹⁷

Hakkın konusu üzerinde, hak sahiplerinin paylı bir yararlanma haklarının bulunması durumunda, pay sahiplerinden bir veya birkaçının tamire yanaşmaması üzerine, hakkın konusunun tamirini isteyen pay sahibi mahkemeye başvurarak izin alabilir. Bu durumda diğer pay sahipleri, ortaya çıkan masraftan paylarına düşen miktarı ödemedikleri müddetçe, tamiri gerçekleştiren pay sahibinin mahkemeye başvurusu üzerine, intifa haklarından yararlanmaktan men edilebilirler.¹²¹⁸

İntifa hakkı konusu olan eşyanın, normal sınırlar dahilindeki bakım ve tedbirleri alma yükümlülüğü hak sahibine ait olmakla birlikte bu bakım ve tedbir için yapılan masrafları kimin karşılayacağı, hakkın kuruluş şekline göre değişecektir. Bu hususta temel ilke, ivazsız bir hukuki işlemle tesis edilmiş olan intifa hakları açısından bakım ve tedbir yükümlülüğünden doğan masrafların “*mazarrat menfaat mukabelesindedir*”¹²¹⁹ prensibince hak sahibine ait olmasıyken, ivazlı bir işlemle tesis edilmiş olan intifa hakları

¹²¹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VIII, 27; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 308.

¹²¹⁵ Bu nitelikteki izin örnekleri için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLV, 203, No: 134; c. LXXX, 109, No: 85.

¹²¹⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanai'*, c. IV, 208, 209; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 308; Haluk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957), 10.

¹²¹⁷ Özen, *İntifa Hakkı*, 352.

¹²¹⁸ Diyarbekir Şer'iyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: 3712, c. II, 289, No: 192.

¹²¹⁹ MAA, m. 87.

açısından bu masrafların rakabe malikine ait olmasıdır.¹²²⁰ Örneğin bir vasiyet ile tesis edilmiş olan intifa hakkında bu masraflar hak sahibi tarafından karşılanacakken¹²²¹, kira veya sulh sözleşmesi gibi ivazlı bir hukuki işlemle tesis edilmiş olan intifa hakkında ilgili masrafları rakabe maliki karşılamakla yükümlüdür.¹²²² Bununla birlikte intifa hakkının tesisi esnasında taraflar aksini de kararlaştırabilirler.¹²²³ İvazsız bir işlemle kurulmuş olan intifa hakkında ilgili masraflar hak sahibi tarafından karşılanmadığı takdirde rakabe maliki bu masrafları karşılayıp, hakkın konusunun gelirinden öncelikli olarak bu masrafları alabilir.¹²²⁴ Şafiiler cumhurdan ayrılarak ivazsız bir işlemle kurulmuş olan intifa hakkı bakımından da masrafların rakabe malikinin yükümlülüğünde olacağını ifade etmişlerdir.¹²²⁵ Kadri Paşa ise herhangi bir ayrıma gitmeksizin, intifa hakkı nedeniyle yapılması gereken normal sınırlar dahilindeki masrafların hak sahibine ait olduğunu belirtmiş, intifa hakkının sona ermesinin ardından rakabe malikine geçecek olan şeylerin masrafının malike ait olduğunu da ifade etmiştir.¹²²⁶ Normal sınırları aşan nitelikteki bakım yükümlülüğünün intifa hakkı kazandırıcı nedene göre hak sahibine yüklenmesi de söz konusu olabilir. Örneğin icareteynli vakfın kiracısı bu nitelikteki tamir ve bakım yükümlülüklerini üstlenmektedir.¹²²⁷

İntifa hakkının konusu olan eşya üzerindeki vergilerin kime ait olduğu hususunda ise net bir belirleme yapılmamıştır. Vasiyet ile kurulmuş olan intifa hakkında, bu vergileri hak sahibinin ödemesi gerektiği ifade edilmiştir.¹²²⁸ Buradan hareketle ivazsız bir hukuki işlemle tesis edilmiş olan intifa haklarında anormal nitelikte olmayan vergileri ödemekle

¹²²⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 208, c. VII, 386; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 85, 546; Zeydân, *el-Medhal*, 218, No: 261; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 96, 97.

¹²²¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116.

¹²²² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 208; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116.

¹²²³ İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLIX, 207, No: 271; c. XLV, 276, No: 218.

¹²²⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VII, 386; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 81, 82.

¹²²⁵ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, c. IV, 89; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 81, 82.

¹²²⁶ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 31.

¹²²⁷ Bu şekilde tamire ihtiyaç duyulan vakıfların icareteynli vakıf haline getirildiği uygulamada görülmektedir. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XIX, 462, No: 550.

¹²²⁸ Zuhaylî, *Vesâyâ*, 81, 82.

yükümlü olan tarafın hak sahibi olduğu ifade edilmiştir.¹²²⁹ Bununla birlikte vasiyet ile kurulmuş olan bir intifa hakkında, arazinin herhangi bir getiri sağlamıyor olması durumunda vergiler yine rakabe malikinin yükümlülüğünde olacaktır.¹²³⁰ İvazlı bir işlemle kurulmuş olan intifa haklarında ise vergilerin niteliğine göre, ödeme yükümlüsünün değişeceği belirtilmiştir. Buna göre malın kullanımı ve maldan yararlanma ile ilişkili olan vergileri ödemekle yükümlü olan taraf intifa hakkı sahibidir. Örneğin elde edilen mahsul nedeniyle alınan vergiyi ödeme yükümlüsü, ilgili araziye kullanarak mahsul elde etmiş olan intifa hakkı sahibidir. Malın öz değerine yönelik vergileri ödeme yükümlülüğü ise rakabe malikine aittir. Alışılmışın dışındaki, anormal nitelikli vergilerin ise rakabe maliki ve intifa hakkı sahibi arasında paylaştırılması gerektiği ifade edilmiştir.¹²³¹

İntifa hakkı sahibinin teslim almış olduğu şey emanet hükmündedir. Dolayısıyla ancak kusuru ve ihmali ile vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu olacaktır.¹²³² Bununla birlikte intifa hakkı zaman, mekan veya menfaat yönünden sınırlandırılmış ise bu sınırlamaların kapsamı dışındaki kullanımından ötürü kusuru olmasa dahi sorumlu tutulacaktır.¹²³³ Ancak intifa hakkının süresinin bitmesinin ardından, malı iade alma yükümlülüğünü rakabe malikine veren bir işlemle kurulan intifa hakları bakımından, hak sahibi yine kusuru ile sorumlu tutulacak olup, kusuru olmadığı durumlarda ortaya çıkan zararlardan ötürü sorumlu tutulamayacaktır. Örneğin, kiralanmış olan bir atı, kiraya veren gelip almadığı takdirde, ahıra yıldırım düşmesi durumunda, kira süresi sona ermiş olsa da hak sahibinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.¹²³⁴ Ancak bu örnekte intifa hakkı ariyet sözleşmesi ile kurulmuş olsaydı, hak sahibi ilgili zarardan ötürü sorumlu tutulacaktı.¹²³⁵ Hak üzerinde açıkça herhangi bir sınırlama yapılmış olmadığı durumlarda, örfe göre intifa

¹²²⁹ Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 98; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 130.

¹²³⁰ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 32.

¹²³¹ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 370, 371; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 130; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 143, 144.

¹²³² Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 16; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 85, 525, 546; Zeydân, *el-Medhal*, 218, No: 262; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 116; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704; Kahveci, *İslam Borçlar Hukuku*, 195.

¹²³³ MAA, m. 548, 817; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1409; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 526.

¹²³⁴ MAA, m. 594.

¹²³⁵ MAA, m. 830.

hakkı kapsamında değerlendirilmeyen, olağan kullanım ölçülerini aşacak şekilde hakkın kullanımından da intifa hakkı sahibinin kusursuz şekilde sorumlu tutulması gerekecektir.¹²³⁶ İslâm hukukundaki durumun aksine, mer'î hukukta karine olarak intifa hakkı sahibi kusurlu kabul edilir ve olağan kullanıma bağlı olmaksızın hakkın konusunun yok olmasından veya değerinin eksilmesinden dolayı sorumlu tutulur. Hak sahibi ancak kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda bu sorumluluktan kurtulabilecektir.¹²³⁷

İntifa hakkının, menfaatin bir başkasına temlikini mümkün kılan bir hukuki nedenle kurulması durumunda, aksine bir kayıt bulunmadığı takdirde hak sahibi, bu hakkını bir başkasına devretmeye yetkili olacaktır. Dolayısıyla kendi yetkisi kapsamında gerçekleştirmiş olduğu bir işlemde ötürü sorumlu tutulamayacaktır.¹²³⁸ Yeter ki, hıyaneti ile tanınan bir kimseye bu hakkı devretmiş olmasın. Eğer sabıkalı olan, halk arasında emanete hıyanet etmesi ile tanınan birine bu hakkı devretmişse artık kusurlu kabul edilerek ilk intifa hakkı sahibi sorumlu tutulacaktır.¹²³⁹ İntifa hakkı sahibi kusuru ile hakkın konusuna vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulacakken, bu hak kendisine devredilmiş olan kimse de aynı şekilde yed-i eman kapsamında sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte intifa hakkı sahibine tasarruf yetkisinin verilmediği durumlarda bu hakkın bir başkasına temliki halinde, eşyaya gelecek olan zarardan ötürü intifa hakkı sahibi de üçüncü kişi de sorumlu tutulacaktır. Bu durumda malik ilk intifa hakkı sahibinden zararını tazmin ettirirse hak sahibi, hakkı haksız olarak devrettiği kişiden rücu talebinde bulunabilir. Malik doğrudan bu kimseden zararı tazmin ettirdiği durumda ise, eğer intifa hakkı sahibi kendisi kusuru ile mala zarar vermemişse, üçüncü kimsenin rücu hakkı olmayacaktır.¹²⁴⁰ Üçüncü kişinin kendisine devredilen hakkın haksız bir şekilde gerçekleştirilen bir işlemle tesis edildiğini bilmemesi ve kendi kusuru olmaksızın zararın ortaya çıkması durumunda, intifa hakkı sahibi sorumlu tutulacak olup, üçüncü kişi sorumlu tutulmayacaktır. İntifa hakkı sahibi malı tazmin ettikten sonra artık

¹²³⁶ MAA, m. 821; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 681; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1419, 1420; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 542.

¹²³⁷ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 127.

¹²³⁸ MAA, m. 91.

¹²³⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 850.

¹²⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 633.

mal onun mülkiyetine geçmiş olacağından dolayı kendi malı üzerinde intifa kurmuş olacağından dolayı üçüncü kişinin sorumluluğuna gidilmeyecektir.

Hanefilere göre ariyet sözleşmesi aynî nitelikte bir hak doğurmuyor olsa da menfaatin temlikini sağladığından dolayı, yine ariyet sözleşmesi ile bir başkasına devredilebilir. Bu durumda, ariyet alanın hakkı devretmiş olduğu kimsenin sorumluluğu, emanet sorumluluğu olacaktır.¹²⁴¹ Yed-i eman sorumluluğu doğrultusunda bu kimse ancak hukuka aykırı, kusurlu bir fiili olması durumunda sorumlu olacaktır. Kusuru olmaksızın meydana gelmiş olan zararlardan dolayı bu kimsenin sorumluluğuna gidilemeyecektir.¹²⁴² Böyle bir zararın doğması durumunda malikten malı ariyet alan da sorumlu tutulamaz. Çünkü onun, ariyet alan olarak bu işlemi yapmaya hakkı vardır. Bu işlem malikin rızası kapsamında yerine getirilmiştir. Dolayısıyla ariyet alan hukuka uygun fiilinden ötürü sorumlu tutulamayacaktır.¹²⁴³ Malikten ariyet alanın, hakkı devrettiği durumlarda, hakkı kullanan kimse kusurlu bir şekilde hakkın konusunu zarara uğratmış olsa, artık bu fiilinden ötürü sorumlu tutulacaktır.¹²⁴⁴ Bununla birlikte ariyet alan, hakkın kullanımını devretmeye yetkisi olduğu için yine sorumlu tutulmayacaktır. Ancak ariyet sözleşmesi esnasında bir başkasına kullanımının devredilemeyeceği belirtilmiş olursa, hakkın kapsamındaki bu sınırlandırmadan ötürü ariyet alanın bu hakkı devretme yetkisi olmayacaktır. Bu durumda eğer böyle bir işlem yaparsa artık kusurlu olduğundan ötürü, ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumlu tutulması gerekecektir. Örneğin, ariyet alana yalnızca kendisinin binmesi için bir at verilmesi veya bir başkasına vermemesi kaydıyla hakkın sınırlandırılması durumlarında artık ariyet alanın bu hakkı devir yetkisi bulunmayacaktır. Buna rağmen atın kullanımını bir başkasına bırakması durumunda, artık ata gelen zararlardan ötürü sorumlu olacaktır.¹²⁴⁵ Bir ariyet sözleşmesi ile temlik edilmiş olan menfaat mülkiyeti Hanefilere göre, rakabe malikinin izni olmaksızın bir başkasına kiralanamaz.¹²⁴⁶ Bir ariyet sözleşmesi ile kendisinden yararlanılan eşya bir kira sözleşmesine konu olursa bu durumda, ariyet alan izinsiz bir şekilde yapmış olduğu bir işlemle kusurlu kabul edilecek ve gâsıb olarak sorumlu

¹²⁴¹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1423; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 544, 546.

¹²⁴² MAA, m. 777.

¹²⁴³ MAA, m. 91.

¹²⁴⁴ MAA, m. 787.

¹²⁴⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1423, 1424.

¹²⁴⁶ MAA, m. 823; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1421.

tutulacaktır. Malın kiralayanın elindeyken telef olması durumunda malik, malın tazminini ariyet alandan da kiralayandan da talep edebilir. Malik eğer ariyet alandan malın tazminini talep ederse, ariyet alan, kiralayanın kusuru olmadığı durumlarda ondan herhangi bir şey talep edemez. Çünkü ariyet alan tazmin ile hak konusu mala malik olacaktır ve malik olduğu malı kiralamış olduğu için kiracının elinde mal emanet olarak değerlendirilecektir. Kiralayanın ariyet alana karşı sorumluluğu yed-i eman sorumluluğudur.¹²⁴⁷ Ancak kiralayanın malın telef olmasında kusuru bulunursa bu durumda ariyet alan, ödemiş olduğu tazminat için kiralayana rücu edebilecektir.¹²⁴⁸ Kiralayan, ariyet alanın kendisine malı izinsiz olarak kiraladığını bilmiyorsa bu durumda ödemiş olduğu zarardan ötürü, ariyet alana başvurabilecektir. Ancak kiralayanın, ariyet alanın bu işleme yetkisi olmadığını bilmesi durumunda kendisi de kusurlu kabul edileceğinden dolayı gâsıb hükmünde olacak ve kiraya verene başvuramayacaktır.¹²⁴⁹ Mer'î hukukta hakkın kullanımının devredilmiş olduğu kimse hak sahibinin ifa yardımcısı konumunda olacaktır ve bu kimsenin davranışlarından ötürü ortaya çıkan bir zarardan dolayı hak sahibi aralarındaki hukuki ilişki doğrultusunda malike karşı sorumlu tutulacaktır. Hakkı kullanan üçüncü kişiden, malikin talepte bulunabilmesi hususu ise modern hukuk bakımından tartışmalı olmakla birlikte mer'î hukukta buna izin verilmiştir.¹²⁵⁰

İntifa hakkı sahibinin bir diğer yükümlülüğü ise hakkın sona ermesi ile yararlanmayı bırakma ve hakkın konusunu geri verme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük intifa hakkı kurucu sebebine göre birtakım farklılıklar içermektedir. Her halükârda hak sahibi malı kullanmayı bırakmakla yükümlü olmakla birlikte bu malı iade etme yükümlülüğü hususunda farklılıklar vardır. İntifa hakkı sahibi, hakkın sona erdiği durumlarda malı kullanmaya devam ederse, bu mal kiraya verilebilen bir şey olduğu durumlarda, herhangi bir zarar ortaya çıkmasa da tazmin yükümlülüğü doğacaktır.¹²⁵¹ İntifa hakkının konusu olan malın teslim alınması ile kim menfaat elde ediyorsa iade

¹²⁴⁷ MAA, m. 600, 601.

¹²⁴⁸ MAA, m. 602.

¹²⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1422.

¹²⁵⁰ Özen, *İntifa Hakkı*, 304, 305.

¹²⁵¹ MAA, 591-594, 596; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1425.

yükümlülüğü ve bu yükümlülük nedeniyle doğan masraflardan o sorumludur.¹²⁵² Dolayısıyla ariyet ve menfaatin vasiyeti gibi yalnızca hak sahibinin menfaat elde etmiş olduğu bedelsiz hukuki işlemlerle doğan intifa haklarında iade yükümlülüğü hak sahibinindir.¹²⁵³ İade yükümlülüğünün hak sahibinde olduğu durumlarda hak sahibi, malı geri vermemesi durumunda kusurlu kabul edilecek ve malın başına gelen tüm zararlardan ötürü sorumlu tutulacaktır.¹²⁵⁴ Mer'î hukukta hak sahibi iade ile yükümlü kılınmıştır. Bununla birlikte mehzaz kanunda ise zilyedin intifa hakkını iade etmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹²⁵⁵ İade yükümlülüğü hak sahibi tarafından bizzat ya da emin sıfatıyla zilyet kılınmış olduğu kimse vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. İade doğrudan malike yapılabileceği gibi malikin hizmetçisi gibi örf ve adete göre teslim almaya ehliyetli olan kişilere de yapılabilir. Ancak kişisel eşyaların doğrudan malike iadesi gereklidir. Ayrıca örf ve adete göre iade etmiş kabul edileceği yere malı götürmesi de yükümlülüğü yerine getirmiş olması için yeterlidir. Örneğin ariyet alınmış olan bir atı ahıra götürmek teslim kabul edilirken, malikin arazisine salıvermek teslim kabul edilmeyecektir.¹²⁵⁶ Kadri Paşa iade yükümlülüğü ile ilgili herhangi bir ayrıma gitmemiştir. İntifa hakkının sona ermesinin ardından imkanı olmasına rağmen hakkın konusunu malike iade etmeyen kimsenin, eşyayı kullanmamış veya malik iadeyi talep etmemiş olsa dahi, gelecek olan zararlardan ötürü sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁵⁷ Kadri Paşa'ya benzer şekilde muasır yazarlar tarafından, herhangi bir ayrıma gitmeksizin iade yükümlülüğünün hak sahibine ait olduğu belirtilmektedir.¹²⁵⁸

Bir arazinin intifa hakkına konu olması durumunda hakkın sona ermesi ile birlikte, arazideki yapı eserlerinin ve meyvesiz ağaçların hak sahibi tarafından yıkılması veya sökülmesi gerekmektedir. Ancak bunların yıkılması veya sökülmesi araziye zarar

¹²⁵² Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1431

¹²⁵³ MAA, m. 830; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, c. V, 84-89; Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, c. V, 129; Buhûti, *Keşşâfu'l-Kına*, c. IV, 73; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 546; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 311, 312; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 98.

¹²⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1409, 1410; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 546.

¹²⁵⁵ Özen, *İntifa Hakkı*, 194.

¹²⁵⁶ MAA, m. 828, 829; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1429, 1430.

¹²⁵⁷ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 34.

¹²⁵⁸ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 17.

verecekse, arazinin maliki, hak sahibi razı olmasa dahi, yıkılması veya sökülmesi gerektiği halde, bu yapı eseri ve meyvesiz ağaçlara, bedelini ödeyerek malik olur.¹²⁵⁹

2.1.6.3. Malikin Hakları

İntifa hakkının konusu olan malın rakabe mülkiyeti üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen malike aittir. İntifa hakkıyla birlikte malikin bu yetkisi zarar görmez. İntifa hakkı sahibinin böyle bir yetkisi yoktur. O ancak menfaat mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunabilir. Rakabe maliki intifa hakkı sahibine zarar vermemek şartıyla, malı satım, bağış, vasiyet gibi hukuki işlemlere konu edebilir.¹²⁶⁰ Bununla birlikte vasiyet yoluyla tesis edilmiş olan bir intifa hakkı açısından, hakkın konusu üzerinde rakabe malikin mülkiyeti nakledecek nitelikte bir tasarrufta bulunamayacağı Hanefiler tarafından ifade edilmiştir. Böyle bir tasarrufun vasiyet lehtarının iznine tabi olduğu belirtilmiştir. Ancak cumhur bu durumda da rakabe malikin tasarruf yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir.¹²⁶¹ Benzer şekilde kiralanan malın, malik tarafından satılması durumunda satım sözleşmesi, kiracı razı olmadıkça mevkuf olacaktır.¹²⁶²

Malikin, mal üzerindeki tasarruflarının intifa hakkını sona erdirip erdirmediği hususunda, İslâm hukukçuları arasında tartışmalar vardır. Buna göre Şafii mezhebine mensup bazı hukukçular intifa konusu malın satılması durumunda kira sözleşmesinin feshedilmiş olacağını ifade etmişlerdir. Bu görüşe göre kira sözleşmesi malın teslimine engel oluşturduğu için, satım sözleşmesi ile birlikte feshedilmiş olur.¹²⁶³ Ancak cumhura göre satım sözleşmesi rakabe mülkiyetini, kira sözleşmesi ise menfaat mülkiyetini ilgilendirmektedir. Bu iki mülkiyet arasında bir tearuz bulunmamaktadır. Dolayısıyla

¹²⁵⁹ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 52; el-Hafîf, *Muâmelâtî'sh-Şer'iyye*, 527.

¹²⁶⁰ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 372; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 834; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 98; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 110; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 547.

¹²⁶¹ Zuhaylî, *Vesâyâ*, 81.

¹²⁶² Bardakoğlu, “İcâre”, c. XXI, 383; H. Yunus Apaydın, “Mevkuf”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIX (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 439; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 76.

¹²⁶³ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 275.

malikin tasarrufu, intifa hakkını sona erdirmeyecektir.¹²⁶⁴ Rakabe mülkiyeti el değiştirmiş olsa da intifa hakkı varlığını sürdürecektir.

Malikin tasarruf hakkı nedeniyle intifa hakkı sahibinin önalım hakkı doğmayacaktır. Bundan dolayı onun bir talep hakkı yoktur. Çünkü intifa hakkı menfaat mülkiyetini konu alan bir aynî hak iken, malik rakabe mülkiyetini konu alan bir tasarruf gerçekleştirmektedir. Bu iki mülkiyet türü birbirlerinden ayrı aynî haklar olmalarından dolayı, rakabe maliki ve intifa hakkı sahibi arasında herhangi bir ortaklık meydana gelmeyecektir.¹²⁶⁵

İntifa hakkı sahibi, hakkın konusunu zarar vermeden, gerekli özeni göstererek, tahsis edilmiş olduğu amaç doğrultusunda kullanmakla yükümlüdür. Malik, hak sahibinin bu yükümlülüğe aykırı davrandığı, hukuka, tahsis edilmiş olduğu amaca veya tesis sebebine aykırı bir şekilde hakkın konusunu kullandığı durumlarda, buna engel olabilir. Böyle durumlarda rakabe maliki mahkemeye başvurarak intifa hakkının sona erdirilmesini ve hakkın konusunun kendisine iade edilmesini talep edebilir. Bir başkasının hakkını ihlal etmeyecek şekilde böyle bir talepte bulunulabilir. Dolayısıyla rakabe malikinin, hakkın konusu olan malın kullanılma ve yararlanılma biçimini kontrol etme yetkisi vardır.¹²⁶⁶ Mer'î hukukta ise böyle bir durumda malikin, hakkın konusunun olağan kullanım ölçülerinde kullanılmamasından ötürü tazminat isteyebileceği belirtilmiş ve bu amaçla bir denetleme yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir.¹²⁶⁷ Malik gözetim hakkını kullanırken uzmanlardan yardım alabilir. Örneğin hak sahibi, bir mimarın yardımıyla eşyanın korunması için alınan tedbirlerin yeterli olup olmadığını denetleyebilir. Malik önceden bildirdiği ve zamanı belirlendiği halde, hak sahibi gözetim yetkisinin kullanılmasına engel olursa, mahkeme yoluyla gözetleme yetkisi kullanılabilir. Çünkü bu durumda malikin dolaylı zilyetliği ihlal edilmiş olacaktır.¹²⁶⁸ Ayrıca malikin haklarının tehlikeye düştüğü durumda malik, hak sahibinden güvence (teminat) talep edebilir. Malikin itirazına rağmen hak sahibinin malı hukuka aykırı şekilde kullanması

¹²⁶⁴ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. I, 274, 275.

¹²⁶⁵ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 354; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 131.

¹²⁶⁶ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 479, No: 2481; İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 372, 373; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 131, 132.

¹²⁶⁷ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 145; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 110; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 547; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 99; Özen, *İntifa Hakkı*, 381.

¹²⁶⁸ Özen, *İntifa Hakkı*, 382-384.

durumunda malikin haklarının tehlikeye düştüğü kabul edilir. Hak sahibinin güvence vermemesi veya malikin itirazına rağmen hakkın konusunu hukuka aykırı biçimde kullanmaya devam etmesi durumunda malik, hak sahibinin zilyetliğinin sona erdirilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu durumda hak sona ermez, mahkeme tarafından atanan kayyım yeni bir karara kadar hakkın konusunu yönetir. Hak sahibinin güvence göstermesi veya hakimin hak sahibinin eşyayı hukuka aykırı kullanmayacağı kanısına varması durumunda, hak sahibinin zilyetliği yeni bir kararla tesis edilir.¹²⁶⁹ Güvence gösterilmediği yahut malikin itirazına rağmen hakkın konusunun hukuka aykırı biçimde kullanılmaya devam edildiği durumlarda mahkeme tarafından hak sahibinin zilyetliği kaldırılarak hakkın konusu bir kayyıma tevdi edilebilir.¹²⁷⁰ Görüleceği üzere mer'î hukukta, hukuka veya malın tesis edilmiş olduğu amaçlara aykırı kullanım durumlarında hakkın sona erdirilmesinden bahsedilmemiştir.

2.1.6.4. Malikin Yükümlülükleri

İntifa hakkının kurulmasının ardından malik hakkın konusu olan eşyayı teslim borcu altına girmiş olur. Hakkın konusu olan şeyin teslim edilmemesi durumunda hak sahibi, mahkemeye başvurarak malın teslimini talep edebilir.¹²⁷¹ Ariyet sözleşmesi Malikîlere göre bağlayıcı olduğu için hakkın konusunun teslimi amacıyla mahkemeye başvurulabilecektir. Cumhura göre ise bağlayıcı olmayan ariyet sözleşmesi nedeniyle bir kimse mahkemeye başvurarak sözleşme konusu eşyanın kendisine teslimini talep edemeyecektir. Bundan dolayı malik, yargı yoluyla hakkın konusunu teslim etmeye zorlanamayacaktır.¹²⁷² Ancak bağlayıcı olmayan ariyet sözleşmesinin bir aynî hak doğurmayacağı yukarıda ifade edildiği üzere, bu durum intifa hakkının teslimine yönelik bir istisna teşkil etmeyecektir.

¹²⁶⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 145-150; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 111, 112; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 547, 548; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 99, 100; Modern hukukta hakların tehlikeye düşmesinin yalnızca hakkın konusunun hukuka aykırı kullanıldığı durumlarda ortaya çıkmayacağı., hak sahibinin riziko alanı içerisinde olan ayırt etme gücünü yitirmesi, yaşlılığı, hastalığı gibi hakkın konusunun hukuka aykırı kullanılması ile ilgisi olmayan somut olgulardan da kaynaklanabileceği kabul edilmektedir. Özen, *İntifa Hakkı*, 391, 392.

¹²⁷⁰ TMK, m. 810; Bkz. Özen, *İntifa Hakkı*, 402-404.

¹²⁷¹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 367, 373; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 311; Bardakoğlu, "İcâre", c. XXI, 382.

¹²⁷² *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 311.

Malik intifa hakkı konusunu, hak sahibinin yararlanmasına uygun durumda bulundurmaktır. İntifa hakkı süresince, hakkın konusu üzerinde hak sahibinin yararlanmasına engel olacak nitelikte değişikliklerde bulunmamakla ve buna neden olacak tasarruflardan kaçınmakla yükümlüdür.¹²⁷³

İvazsız bir hukuki işlemle kurulmuş olan intifa hakkının konusu olan eşyanın, normal bakım ve koruma masrafları hak sahibine aitken, normal masrafları aşan alışılmışın dışındaki önemli masraflar rakabe malikine aittir. Bu nitelikteki bakım ve koruma tedbirlerinin alınması gerektiği hallerde hak sahibinin durumu rakabe malikine bildirmesi gerekmektedir.¹²⁷⁴ Bu tedbirleri hak sahibinin kendisinin alması durumunda cumhura göre yapmış olduğu masrafı rakabe malikinden isteme hakkı bulunmamaktadır. Hanbelîler ise hak sahibinin normal tedbirler haricinde yapmış olduğu masrafları da rakabe malikinden isteyebileceğini belirtmişlerdir.¹²⁷⁵ Cumhura göre ise mal sahibinin öncesinde, hak sahibinin yapmış olduğu normal tedbirlerin haricinde kalan masrafları da karşılayacağına yönelik bir izin vermiş olması durumunda, hak sahibi bu masrafları talep edebilecektir. Böyle bir izin olmaksızın intifa hakkı sahibi tarafından yapılan masraflar, mal sahibinin bakım ve korumaya yönelik gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmamasından dolayı, kendiliğinden yapılmış bağış olarak değerlendirilecektir.¹²⁷⁶

İvazlı bir işlemle tesis edilmiş olan intifa hakları açısından normal sınırlar dahilindeki bakım ve koruma masraflarının da rakabe malikine ait olacağı ifade edilmiştir.¹²⁷⁷ Kira veya sulh sözleşmesi gibi ivazlı bir hukuki işlemle tesis edilmiş olan intifa hakkında ilgili masrafları rakabe maliki karşılamakla yükümlüdür.¹²⁷⁸ Malikin, bu nitelikteki bakım ve onarımı yapması amacıyla hak sahibi, mahkemeye başvurabilir.¹²⁷⁹ Kadri Paşa ise herhangi bir ayrıma gitmeksizin, intifa hakkı nedeniyle yapılması gereken normal sınırlar dahilindeki masrafların hak sahibine ait olduğunu belirtmiştir.¹²⁸⁰

¹²⁷³ MAA, m. 583; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 539.

¹²⁷⁴ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 370.

¹²⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VIII, 27; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 308.

¹²⁷⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. IV, 208, 209; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 308.

¹²⁷⁷ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 704.

¹²⁷⁸ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 16.

¹²⁷⁹ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXX, 91, No: 62.

¹²⁸⁰ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 31.

İvazsız bir hukuki işlemle tesis edilmiş olan intifa haklarında mutat vergileri ödemekle yükümlü olan taraf intifa hakkı sahibidir.¹²⁸¹ Bununla birlikte vasiyet ile kurulmuş olan bir intifa hakkında, arazinin herhangi bir getiri sağlamıyor olması durumunda vergiler yine rakabe malikinin yükümlülüğünde olacaktır.¹²⁸² İvazlı bir işlemle kurulmuş olan intifa haklarında ise emlak vergisi gibi malın öz değerine yönelik vergileri ödeme yükümlülüğü, rakabe malikine aittir. Mutat olmayan, anormal nitelikteki vergilerin ise rakabe maliki ve intifa hakkı sahibi arasında paylaştırılması gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁸³ Mer'î hukukta da herhangi bir ayırım yapılmaksızın normal bakım ve koruma masrafları haricindeki önemli işlerin görülmesi veya önlemlerin alınması durumunda ortaya çıkan giderlerin malikin yükümlülüğünde olduğu kabul edilmiştir.¹²⁸⁴ Malikin, yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı ortaya çıkan zararlardan ötürü sorumluluğu, intifa hakkı kurucu nedenine göre belirlenecektir. Bununla birlikte bu yükümlülüklerinden kaynaklanmayan bir fiili ile zarara neden olması durumunda üçüncü kişiler gibi haksız fiili nedeniyle sorumlu tutulacaktır.¹²⁸⁵

İntifa hakkının konusu olan malın teslimi nedeniyle kim menfaat elde ediyorsa iade yükümlülüğü ve bu yükümlülük nedeniyle doğan masraflardan onun sorumlu olduğu yukarıda ifade edilmişti.¹²⁸⁶ Dolayısıyla malikin menfaatinin olduğu ivazlı hukuki işlemlerle tesis edilen intifa haklarında iade yükümlülüğü rakabe malikinin olacaktır. Örneğin, kira sözleşmesi ile intifa hakkının tesis edildiği durumlarda hakkın konusu olan eşyayı gelip alması gereken kiraya verendir. Dolayısıyla malı geri alırken ortaya çıkan taşıma masrafı gibi masrafları rakabe maliki karşılayacaktır.¹²⁸⁷ Malı gelip alması gerekenin rakabe maliki olduğu durumlarda hak sahibi intifa hakkı sona ermiş olsa da yalnızca kusuru nedeniyle vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulacaktır.¹²⁸⁸ Ancak malikin talep etmesine rağmen malı vermeyen hak sahibi, temerrüde düşmüş

¹²⁸¹ Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 130.

¹²⁸² *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 32.

¹²⁸³ İbn Ma'cûz, *el-Hukûku'l-Ayniyye*, 370, 371; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 130.

¹²⁸⁴ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 151; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 548.

¹²⁸⁵ Özen, *İntifa Hakkı*, 182, 183.

¹²⁸⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 838; c. II, 1431

¹²⁸⁷ MAA, m. 591, 593, 594, 595; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. VI, 311, 312.

¹²⁸⁸ MAA, m. 594; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 839; c. II, 1431.

olacak ve daha sonra meydana gelen zararlardan kusuru olmasa dahi sorumlu tutulacaktır.¹²⁸⁹

2.2. SÜKNÂ HAKKI

2.2.1. Genel Olarak

Süknâ hakkı, mer'î hukukta ele alındığı şekliyle ele alınmamış ve İslâm hukuku açısından intifa hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.¹²⁹⁰ Dolayısıyla bu başlık altında yalnızca intifa hakkına nazaran farklılıkları ele alınacak olup benzer özellikleri tekrar edilmeyecektir.

Sözlükte oturmak, yerleşmek, huzur ve sükûnet anlamlarına gelen sükûn kökünden türemiş olan süknâ,¹²⁹¹ Kur'ân-ı Kerim'de de yerleşmek, oturmak, huzur anlamlarında kullanılmıştır.¹²⁹² Istılahta ise süknâ hakkı, bir taşınmazın tamamında veya oda, kat gibi bir kısmında, bir kişi veya topluluğa tanınmış olan oturma hakkıdır.¹²⁹³ Ayrıca fıkıh literatüründe süknâ, gedik anlamında da kullanılmıştır.¹²⁹⁴ Ebussuud Efendi, süknâyı oturmak anlamında masdar olarak belirttikten sonra, hukukçular nezdinde özellikle vakıf dükkanlarda mütevellinin izni ve hakkı karar şartıyla sandık, raf, dolap vb. mesleklerini icra etmek için kullandıkları alet ve edevatın yerleştirilmesi anlamında kullanıldığını belirtmiştir.¹²⁹⁵ Dolayısıyla süknânın meslek icrası için gerekli malzemenin yerleştirilmesi anlamında kullanılmış olduğu görülmektedir.

¹²⁸⁹ MAA, m. 606; el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 526.

¹²⁹⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, c. III, 209-211; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 32; Zeydân, *el-Medhal*, 216; No: 259; Bilgin, "İrtifak Hakları", 92.

¹²⁹¹ Hacı Mehmet Günay, "Süknâ", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXVIII (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 48; Akgündüz, *Hukûk Istılâhları*, 1151; Hatice Boyalı Gürpınar, *İslam Hukukunda İddet Bekleyen Kadının Nafaka ve Süknâ Hakkı* (Konya: Selçuk Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011), 54.

¹²⁹² İsfahani, *Müfredat*, 504.

¹²⁹³ Günay, "Süknâ", c. XXXVIII, 48; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 514; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 107; *Türk Hukuk Lügâtı*, 306.

¹²⁹⁴ Akgündüz, *Hukûk Istılâhları*, 1151.

¹²⁹⁵ Muhammed el-İmadi, Ebussuud Efendi, *Gedik (Sükna ve Girdar) Risalesi*, (İstanbul: Süleymaniye Kütüphanesi, İsmihan Sultan, No: 223), vrk. 134a; Ahmet Akgündüz, "Gedik", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XIII (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 541.

Menfaat mülkiyeti yalnızca süknâ hakkına münhasır kılınarak devredilebilir.¹²⁹⁶ Bu durumda artık, mülkiyeti devralan kimsenin ancak süknâ hakkının bulunduğundan bahsedilecektir. Bu durumda aslında intifa hakkı süknâ hakkı ile sınırlanmış olacaktır. Dolayısıyla süknâ hakkı, takyit edilmiş bir intifa hakkı olarak değerlendirilmiş, intifa hakkı kapsamında ele alınmıştır. Bu haliyle en önemli intifa haklarından biridir.¹²⁹⁷ Görüleceği üzere intifa hakkı bir bina üzerinde tam yararlanma yetkisi tanırken, süknâ hakkı binanın tamamında veya bir kısmında yalnızca oturma yetkisi sağlar.

Oturma hakkının kapsamı, hakkın tesisi esnasında belirlenir. Hakkın tesisi esnasında bir belirleme yapılmaması durumunda hak sahibinin ihtiyaçları doğrultusunda bir belirleme yapılacaktır. Hak sahibi hakkın konusu üzerinde ailesi ve ev halkı ile birlikte oturma yetkisini haizdir. Ev halkı kavramının içerisine, hak sahibi ile birlikte aynı meskende yaşaması mutad olan kimseler girmektedir. Buna göre hak sahibinin ailesi, birlikte yaşaması uygun olan hısımları ve yardımcıları bu kapsam içerisinde değerlendirilir. Binanın yalnızca bir bölümü üzerinde süknâ hakkı bulunan kimse ortak kullanım alanlarından da faydalanabilir. Süknâ hakkının, binanın veya bir bölümün tamamında tesis edilmiş olması durumunda hak sahibi bu kısımların olağan bakım ve koruma giderlerini münhasıran karşılayacaktır. Ancak binanın tamamını veya bir kısmını malik ile birlikte kullanması durumunda olağan bakım ve koruma masraflarını malikle birlikte karşılayacaktır. Olağanüstü nitelikteki bakım ve onarım yapma yükümlülükleri ise malike aittir.¹²⁹⁸

Mer'î hukukta, süknâ hakkının yalnızca oturma yetkisi vermesinden dolayı bir binanın işyeri olarak kullanılması için süknâ hakkı tesis edilemeyeceği kabul edilmiştir. Süknâ hakkı hak sahibinin kişisel ihtiyaçlarını karşılaması amacıyla kurulduğundan dolayı yalnız gerçek kişilerin yararına tesis edilebilir. Tüzel kişilerin yararına süknâ hakkı

¹²⁹⁶ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 16.

¹²⁹⁷ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 107.

¹²⁹⁸ ÜMK, m. 1221-1224; SMK, m. 699-702; BAEMK, m. 1349-1352; Berki, *Aynî Haklar*, 117, 118; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 551; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 156; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 699; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 111, 112; Hasan Güney Güleç, *Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Oturma Hakkı* (Ankara: Ankara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2020), 90 vd.

tesisi mümkün değildir.¹²⁹⁹ İslâm hukuku açısından da tesis edilmiş bir süknâ hakkının kapsamının, demircilik gibi icrasında binaya zarar verecek olan fiillerin işlendiği meslekleri de ihata ettiği kabul edilmemektedir. Bununla birlikte yüklü taşınmaz malikinin rızası olursa artık bu mesleklerin de mevcut hak ile icra edileceği kabul edilir.¹³⁰⁰

Mer'î hukuktaki halinin aksine süknâ hakkı İslâm hukukunda, hak sahibinin bir başkasına temlik edilebileceği şekilde tesis edilebilir. Bununla birlikte, bir başkasına temlik noktasında sınırlandırılmış olsa dahi bu kayıt, demirci dükkanı gibi bir zarar meydana getirmeyeceği durumlarda temliki sınırlandırmayacaktır. Çünkü süknâ hakkının normal kullanımı açısından bir farklılık görülmemektedir. Dolayısıyla İslâm hukuku bakımından süknâ hakkı bir zarara neden olmayacağı hallerde, temlik edilmesi yasaklanmış olsa dahi bir başkasına temlik edilebilecektir.¹³⁰¹

2.2.2. Kazanılması Bakımından Süknâ Hakkı

Süknâ hakkı mutlak biçimde kurulabileceği gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı biçimde de kurulabilir. Mutlak süknâ hakkı kişiye hem menfaatten yararlanma hem de bu menfaat üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi verirken, şahsa sıkı sıkıya bağlı olarak tesis edilen süknâ hakkı yalnızca yararlanma yetkisi verecek olup, menfaat üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi vermeyecektir.¹³⁰² Nitekim intifa hakkı bakımından da aynı belirleme yapılmıştır. Süknâ hakkının mutlak bir mahiyet arz edip etmemesi kuruluşu ile bağlantılıdır. Bu hak kurulurken takyit edilebileceği gibi kuruluş sebebinin niteliği gereğince de şahsa sıkı sıkıya bağlı olarak doğabilmektedir.

2.2.2.1 İradi Nedenlerden Kaynaklanması

İvazlı bir hukuki işlemle kurulmuş olan süknâ hakkı, aksine bir kayıt bulunmadığı müddetçe, hak sahibine yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi verecektir. Örneğin bir

¹²⁹⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 152, 153; Berki, *Aynî Haklar*, 116; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 117; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 696.

¹³⁰⁰ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 51, 52; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 633.

¹³⁰¹ MAA, m. 428, 528; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. II, 51, 52; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. I, 633, 770.

¹³⁰² Günay, “Süknâ”, c. XXXVIII, 48.

konutun kiralanması yoluyla süknâ hakkının tesis edilmesi halinde hak sahibi, menfaati kira, ariyet gibi hukuki işlemlerle bir başkasına temlik edebilecektir. Ancak ilgili menfaatin temlikinin, hakkın konusu üzerindeki kullanım biçimini değiştirmemesi, sözleşme ve örfte aykırı olmaması gerekmektedir.¹³⁰³ Bu hususlara uygun olması durumunda, kira sözleşmesi ile kurulan bir süknâ hakkı bakımından, sözleşme ile ilgili menfaatin temlikinin yasaklanamayacağı, bu yönde koyulan şartların fasid oldukları belirtilmiştir. Bunun nedeni ise hak sahibinin menfaat mülkiyetini haiz olması ve bu menfaatten yararlanacak olan kimsenin şahsının önemli olmaması olarak ifade edilmiştir.¹³⁰⁴

Vakıf tesis edilirken, vakıf lehtarının ilgili taşınmazda süknâ hakkının olduğu ifade edilip başka bir hakkından bahsedilmezse, Hanefilere göre vakıf lehtarının orada yalnızca süknâ hakkı olacaktır. Hak sahibinin vakfın gelirlerinden istifade etmesi veya bu hakkını bir başkasına bedeli mukabilinde devretmesi söz konusu değildir. Hanefî fakihler bu konuda görüş birliği içerisinde dirler. Gerekçe olarak ise, ilgili taşınmazın menfaatinin karşılıksız olarak temlik edilmiş olduğundan dolayı lehtarın bu menfaati bir bedel karşılığında devretmesinin hukuka uygun olmadığını ifade etmişlerdir. Çünkü bedel karşılığında elde edilmiş olan mülkiyet hakkı, bedelsiz olandan daha kuvvetli konumdadır. Dolayısıyla daha zayıf konumda olan mülkiyet malikinin, sahip olmadığı daha kuvvetli bir mülkiyeti devretmesi mümkün değildir. Şafîiler ve Hanbelîler ise bu konuda farklı düşünmektedir. Onlara göre bir bedel mukabilinde olup olmamasına bakılmaksızın, bir şeye malik olan kimse bunu başkasına devredebilir. Çünkü bir bedel mukabilinde olup olmaması mülkiyet açısından farklılığa neden olmaz. Muasır İslâm hukukçuları bu görüşün daha tercihe layık olduğunu belirtmiştir.¹³⁰⁵ Osmanlı'da yargı kararlarına ve fetvalara bakıldığında süknâ hakkının hem karşılıksız olarak¹³⁰⁶, hem de

¹³⁰³ MAA, m. 428.

¹³⁰⁴ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 118, Günay, "Süknâ", c. XXXVIII, 48.

¹³⁰⁵ el-Hafîf, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 83; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 84; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 122, 123; Gayretli, *Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, 94.

¹³⁰⁶ "...her rûz bir s[û]re-i Mülk kırâatine kâdir olan bir kimesneye mevkûf olan menzil bin otuz yedi senesi Muharremü'l-harâmında mahlûl olup sene-i mezbûrede hâkimü's-ser' olan Abdullah Efendi menzil-i mezbûru bana tevcih ve yedime hüccet-i şer'iyye verip ilâ hâze'l-yevm süknâsı benim tasarrufumda idi el-hâletü hâzihî ben dahi hakk-ı süknâmı hüsn-i ihtiyârım ile minvâl-i muharrer üzre hizmet-i lâzimesini edâ etmek şartı üzre merkûm Mehmed Çelebi'ye fâriğ oldum..." İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVI, 239, No: 268; Benzer kararlar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXIX, 135, No: 150;

bedeli mukabilinde temlik edilebildiği görülmektedir.¹³⁰⁷ Ayrıca bu şekilde kurulan bir süknâ hakkının varislere intikal edeceği de kabul edilmiştir.¹³⁰⁸

Mürşidü'l-Hayrân'da vakıf ile süknâ hakkı tesisine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre vakfedilmiş bir taşınmazda süknâ hakkı sahibi olan kimse, bakmakla yükümlü olduğu kimseler ve olağan kabul edilen eşyalar ile birlikte ömrünün sonuna kadar bu hakkından yararlanabilir. Hak sahibi kimse, kendisine yabancı olan birinin bedelsiz olarak bu taşınmazda oturmasına izin verebilir. Dolayısıyla Hanefîlerin görüşü doğrultusunda bu hakkın bir bedel mukabilinde devredilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca vakfeden tarafından öngörülmüş olması durumunda süknâ hakkının, hak sahibinin ölümünün ardından mirasçılara intikal edeceği, ancak bu hususta bir hüküm bulunmaması durumunda hakkın, vakfın amacı doğrultusunda değerlendirileceği belirtilmiştir.¹³⁰⁹ Vakıf binanın küçük olması kişilere yalnızca küçük birer oda üzerinde süknâ hakkının tesis edilmiş olması gibi durumlarda hak sahibinin, yalnızca eşiyile veya yalnızca kendisinin yararlanması gerekebilir. Bu durumda bir başkası ilgili haktan yararlanamaz.¹³¹⁰ Vakıf yoluyla süknâ hakkının tesis edilmiş olması durumunda, ilgili binanın tamir masrafları hak sahibinin yükümlülüğünde olacaktır. Hak sahibinin kendi malı ile inşa etmiş olduğu şeyler kendisine ve mirasçılara ait olacaktır. Eğer hak sahibi tamirden kaçınırsa, hakim taşınmazı bir başkasına kiraya verebilir. Kira bedeli ile tamir gerçekleştirilir ve kira süresi dolduğunda, taşınmaz tekrar süknâ hakkı sahibine iade edilir.¹³¹¹

Süknâ hakkının malik lehine tesisi de mümkündür. Bir taşınmazın vakfedilmesi esnasında vakfeden, belirli bir süre veya kendi ömrü boyunca süknâ hakkının kendi

Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 237, No: 1236; Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 154, 155, No: 1009, 158, No: 1028, 159, No: 1030.

¹³⁰⁷ “...nâm sâhibetü'l-hayrât vakfı olup süknâsı karındaşım mezbûr ile ale's-şeriketi's-seviy meşrûta olmağla hâlen menzil-i mahdûd-ı mezkûrda olan hakk-ı süknâmı karındaşım mezbûr Hüseyin Beşe'ye altı bin akçe bedel mukâbelesinde ferağ ve tefvîz eylediğimde ol dahi vech-i mübeyyen üzre tefevvuz ve kabûl eyledikten sonra hakk-ı ferağ olan meblağ-ı mezbûr altı bin akçeyi karındaşım mezbûr Hüseyin Beşe yedinden tamâmen alıp kabz eyledim” İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXVII, 269, No: 305.

¹³⁰⁸ Ebussuud Efendi, *Gedik Risalesi*, vrk. 134a vd.

¹³⁰⁹ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 24.

¹³¹⁰ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 26.

¹³¹¹ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 27.

üzerinde kalmasını şart koşabilir.¹³¹² Bu durumda süknâ hakkı, malikin bu işlemi ile tesis edilmiş olacaktır.

Vakıf kurulurken bir taşınmazın menfaati temlik edilmeyip yalnızca orada oturma yetkisi vakfedilebilir. Bu durumda menfaat mülkiyeti o taşınmazda oturan kişiye ait olmayacaktır. Hak sahibi yalnızca orada oturma hakkından yararlanabilecektir.¹³¹³

Bir kişiye süknâ hakkının vasiyet edilmesi de yalnızca bu hakkın vakfedilmesi ile aynı hükümleri doğuracaktır. Hanefilere göre menfaatin vasiyeti yoluyla süknâ hakkı bedelsiz olarak kazanılmış olacağı için bir başkasına ancak bedelsiz olarak temlik edilebilecek, ivazlı bir işlemle temlik mümkün olmayacaktır. Buna göre kendisine süknâ hakkı vasiyet edilmiş olan kimse ilgili taşınmazdan yalnızca oturma yoluyla yararlanabilecek olup, bu taşınmazın gelirlerinden istifade edemeyecek veya bu hakkını bir başkasına bedeli mukabilinde temlik edemeyecektir. Cumhura göre ise menfaat vasiyeti yoluyla süknâ hakkının tesis edilmesi durumunda da hak sahibinin menfaati temlik etmesi mümkündür. Ancak Şafîiler menfaatin vasiyeti yoluyla süre ile sınırlı bir süknâ hakkının tesis edilmiş olması durumunda milk nitelikli bir haktan değil, ibâha nitelikli bir yetkiden bahsedileceğini belirterek, vasiyet lehtarının menfaat üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin olmayacağını ifade etmişlerdir.¹³¹⁴

Mürşidü'l-Hayrân'da süknâ hakkının vasiyet yoluyla tesisi bir madde ile düzenlenmiştir. Buna göre, hakkın konusu olan meskenin rakabesi esas alınarak, terekeye oranla vasiyet bırakılabilecek olan kanuni sınırın aşıp aşılmadığı tespit edilecektir. Bu sınırın altında kalıyorsa vasiyet işlemi ile süknâ hakkı kurulmuş olacak ve hak sahibi bakmakla yükümlü olduğu kimseler ve olağan kabul edilen eşyalar ile birlikte süknâ hakkından yararlanabilecektir. Meskenin rakabesinin kanuni tasarruf miktarını aştığı durumlarda, mirasçıların aşan kısım için icazet vermemeleri halinde vasiyet lehtarı

¹³¹² “...menzilini vakf edip süknâsını evvelâ kendine ba‘dehû utekâsından zevcem mezbûre Amine Hatun’a ve evlâdına ba‘de l-inkırâz Haremeyn-i Muhteremeyn fukarâsına şart etmiş iken ...” İstanbul Kadı Sicilleri, c. XLII, 572, No: 516; Benzer kararlar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. LX, 493, No: 558; Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetevâ*, 233, No: 1201; 242, No: 1249, 260, No: 1335.

¹³¹³ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXXIX, 35.

¹³¹⁴ İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. VI, 691,692; Zuhaylî, *Vesâyâ*, 84; el-Hafif, *Muâmelâti'ş-Şer'iyye*, 83; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 119, 120; Günay, “Süknâ”, c. XXXVIII, 48; Arı, “Vasiyet”, c. XLII, 553.

tasarrufun geçerli olan kısmında süknâ hakkından yararlanabilecektir. Kalan kısımdan mirasçılar faydalanabilirler. Ancak bu kısmı satış sözleşmesine konu edemezler. Vasiyet alacaklısı ve taraflar belirli bir zaman için sıra ile (muhayee yoluyla) bu haktan yararlanabilecekleri gibi, hakkın konusunun mekan yönünden taksiminin mümkün olması durumunda aralarında bu şekilde taksime de gidebilirler. Mekan bakımından taksimin daha adil olacağı belirtilmiştir.¹³¹⁵ Mirasçıların, süknâ hakkının, kanuni sınırı aşmaması durumunda vasiyete itiraz etme hakları bulunmamaktadır.¹³¹⁶

İntifa hakkında olduğu gibi iktâ ve sulh işlemleri ile de süknâ hakkı tesis edilebilir. Bununla birlikte sulh yoluyla süknâ hakkının tesisi hususunda mezhepler arasında bazı hususlarda ihtilaflar mevcuttur. Malikîler zimmette sabit olan alacak hakkına karşılık süknâ hakkının bedel olması durumunda deynin deyn ile feshi gündeme geleceğinden ötürü bu işlemi hukuka uygun görmezler. Hanefiler ise aynı cinsten iki menfaatin karşılıklı olarak bedel kabul edilip kira sözleşmesi yapılamayacağını kabul etmelerinden dolayı bir süknâ hakkından başka bir süknâ hakkına karşılık vazgeçilmesi yoluyla sulh sözleşmesi yapılmasını hukuka uygun bulmazlar. Bununla birlikte davalı şahsın zilyetliğinde olan bir evde belirli bir süre ikamet etmesi konusunda yapılan bir sulh sözleşmesini, tercih edilen görüşüne göre Hanefiler hukuka uygun görürken, Şafîiler ve Hanbelîler hukuka uygun kabul etmemişlerdir.¹³¹⁷

Süknâ hakkının hibe yoluyla kurulması ile ilgili meseleler İslâm hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Bir kimsenin evini, bir başkasına, öldükten sonra kendisine geri verilmesi şartıyla ölünceye kadar hibe etmesi durumunda “ömürlük hibe” (umrâ) söz konusu olacaktır. Rasulullah (s.a.v.)’in bu şekilde hibenin, tekrar bağışlayana değil hibe edilenin mirasçılara intikal edeceğini bildirdiği hadisten¹³¹⁸ yola çıkarak, Hanefîlere, Şafîîlere ve Hanbelîlere göre bu şekilde yapılmış olan hibe de şart bâtil, hibe işlemi ise sahih kabul edilecektir.¹³¹⁹ Dolayısıyla bu şekilde gerçekleşmiş olan işlem, evin yalnızca

¹³¹⁵ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 25.

¹³¹⁶ *Netîcetül'l-Fetâvâ*, 426, No: 1994.

¹³¹⁷ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 124; Günay, “Süknâ”, c. XXXVIII, 49; Atar, “Sulh”, c. XXXVII, 483.

¹³¹⁸ Buhârî, *Hibe*, 32; Müslim, *Hibat*, 20-31; Nesaî, *Umrâ*, 1, 2; Muvatta', *Akdiye*, 43.

¹³¹⁹ *el-Mevsûlî*, *el-İhtiyar*, c. III, 53; Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer*, c. III, 379; Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 222; En-Nevevî, *el-Minhâc*, VIII, 449, 450; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II,

menfaat mülkiyetini değil rakabe mülkiyetini de temlik edecektir. Burada süknâ hakkından değil mülkiyetin temlikinden bahsedilmesi gerekecektir. Malikîlere, İmam Şafi'nin eski bir görüşüne ve Ahmed b. Hanbel'in diğer görüşüne göre ise Rasulullah (s.a.v.)'in hadisi mutlak olarak değil; “*sana ve senin nesline aittir*” kaydıyla birlikte yorumlanmalıdır. Böyle bir kayıt yoksa hibe esnasındaki şarta riayet edilmeli ve hibe edilenin ölümünün ardından eşya tekrar sahibine dönmelidir. Bu ikinci görüşe göre, rücu şartlı hibenin sahih görüldüğü ifade edilmiş ve yine doğrudan süknâ hakkından bahsedilmemiştir.¹³²⁰ Bununla birlikte aslında burada tam mülkiyetin değil, menfaat mülkiyetinin temlik edilmiş olduğu da ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu ikinci görüşe ariyet hükümleri uygulanacak¹³²¹ ve Malikîlere göre süknâ hakkı tesis edilmiş kabul edilebilecektir.

Ömürlük hibeye benzer bir durumda “*beklemeli hibe*” (rukba) olarak nitelendirilen “*sen önce ölürsen benim; ben önce ölürsem ise senin olması şartıyla evimi sana hibe ettim*” diyerek kurulan işlem de söz konusudur. Bu işlem, İmam Ebu Hanife'ye, İmam Muhammed'e ve İmam Malik'e göre sahih kabul edilmezken, İmam Ebu Yusuf'a göre sahih kabul edilecektir. İmam Ebu Hanife, İmam Muhammed ve İmam Malik'e göre bu şekilde hibe edilmiş olan evin, kendisine hibe edilen kimse tarafından teslim alınması durumunda ariyet hükümleri uygulanacaktır.¹³²² Dolayısıyla o süre zarfında menfaat mülkiyetinin temliki söz konusu olacaktır. Malikî mezhebine göre bu durumda süknâ hakkının tesis edildiği kabul edilecektir. Şafiîlere ve Hanbelîlere göre ise beklemeli hibe de ömürlük hibe gibi kesinlik ifade eder ve hibe edilenin ölmesi durumunda ev, onun mirasçılara intikal eder.¹³²³

1490; Abdulkadir Şener, *İslâm Hukukunda Hibe* (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1984), 61, 62; Esmâ Balta, *Mecelle'deki “Kitabü'l-Hibe” ve Mütûn-i Erbaa'daki Hibe Bölümlerinin Karşılaştırılması* (Bursa: Burs Uludağ Üniversitesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2020), 64.

¹³²⁰ Şener, *Hibe*, 63, 64.

¹³²¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, c. VI, 118; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 121.

¹³²² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, c. VI, 118; *el-Mevsûlî, el-İhtiyar*, c. III, 53, 54; Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer*, c. III, 379; Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 222; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, 1489; Davudoğlu, *Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, c. VIII, 163, 164; Şener, *Hibe*, 64, 65.

¹³²³ Şener, *Hibe*, 65.

Tam manasıyla süknâ hakkını tesis edecek şekilde hibe işleminin gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bir kimse evini, bir başkasının yaşadığı müddet boyunca mesken olarak kullanması amacıyla hibe edebilir. Bu durumda hibe edilenin ölmesi ile ev hibe edene geri dönecektir. Nitekim Hafsa (r.anha) bu şekilde bir süknâ hakkı tesis etmiş ve hak sahibinin ölümü üzerine Hafsa (r.anha)'nın mirasçısı olan Abdullah b. Ömer (r.amhuma) evin kendisine intikal ettiğini belirterek, evi zapt etmişti.¹³²⁴ Hanefîlerin ve Malikîlerin görüşü bu yöndedir.¹³²⁵ Bununla birlikte Hanefîler açısından bu şekilde gerçekleştirilen işlem bağlayıcı nitelikte olmayacaktır. Çünkü bu iki mezhep hibe ile tesis edilen süknâ işlemini ariyet hükmünde görmektedir.¹³²⁶ Dolayısıyla Hanefîler bakımından bu şekilde gerçekleştirilen bir işlemle aynî hak tesis edilmemiş olacaktır. Bununla birlikte Malikîler bakımından ariyet işleminin bağlayıcı bir nitelikte kabul edilmesinden ötürü hibe ile süknâ hakkının tesisi kabul edilecektir.¹³²⁷ İmam Şafi'ye ve Hanbelîlere göre ise ariyet sözleşmesinin ibâha niteliğinde bir yetki vermesi nedeniyle bu şekilde yapılan hibe, menfaat mülkiyetini temlik etmeyecektir. Dolayısıyla hibe eden istediği vakit bu işlemde geri dönebilecektir.¹³²⁸ Bu mezheplerin görüşleri doğrultusunda ise hibe ile süknâ hakkının tesisi kabul edilmemektedir.

2.2.2.2. Kanundan Kaynaklanması

Süknâ hakkının kanundan kaynaklandığı durumlar, genel itibariyle intifa hakkının kanundan kaynaklandığı durumlardan farklılık göstermektedir. Özellikle aile hukuku kapsamında önemli bir husus olan süknâ hakkı bu haliyle yararlanma yetkisini haiz kişilerin bir alacak hakkı olarak da nitelendirilmiştir.¹³²⁹ Bunun nedeni bu şekilde tesis edilen süknâ hakkının nafaka hakkı kapsamında kanundan doğan bir alacak hakkı olmasıdır. Bu haliyle süknâ hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir nitelik taşımaktadır. Bu niteliği itibariyle süknâ hakkı yalnızca hakkın konusunun menfaatinden yararlanma yetkisi vermekte olup, bu menfaat üzerinde tasarruf yetkisi vermemektedir. Bundan dolayı kanun gereği hak sahibi olan kimse, süknâ hakkının tesisini bu alacak hakkı

¹³²⁴ Muvatta', Akdiye, 45.

¹³²⁵ el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, c. XXV, 121; Şener, Hibe, 65.

¹³²⁶ Kâsânî, Bedâiu's-Sanâi', c. VI, 118; el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, c. XXV, 121.

¹³²⁷ el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, c. XXV, 121.

¹³²⁸ el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, c. XXV, 121; Şener, Hibe, 65, 66.

¹³²⁹ Günay, "Süknâ", c. XXXVIII, 49.

kapsamında talep edebilir. Bununla birlikte her ne kadar mutlak bir nitelik arz etmese de bu şekilde kurulmuş olan süknâ hakkını alacak hakkı olarak nitelendirilmek yerine, kanundan doğan şahsa sıkı sıkıya bağlı bir aynî hak olarak ifade edilmesi ve bu hakkın tesisini talep etmenin alacak hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiği de düşünülebilir. Ancak bu durumda hakkın konusu belirli değildir. Burada yalnızca karının, kocasından süknâ hakkı talebi mevcuttur. Bu süknânın nerede olacağı belirli değildir. Koca bu yükümlülüğünü yerine getirmek için bir yerde karısının sakin olmasını sağlayacaktır. Süknâ hakkına sahip olan kadının ise bu hakkı üçüncü bir kişiye ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu hakkın bir alacak hakkı olarak değerlendirilmesi daha isabetlidir.

Süknâ hakkının kanundan kaynaklı olarak ortaya çıkması noktasında aile hukuku ilişkileri önem arz eder. Bu kapsamda süknâ hakkı eşe, çocuklara, belirli akrabalara tanınmış olan bir mesken hakkı anlamına gelir. Nafaka ile aynı sebeplerle doğmakta olan süknâ hakkı, İslâm hukuku literatürü içerisinde genellikle nafaka ile birlikte ele alınmıştır. Bu durum hem evlilik hem de hısımlık nafakası için geçerlidir. Evli kadının mesken ihtiyacını karşılama yükümlülüğü kocaya aittir. Bu husus nafaka yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir. Süknâ hakkının söz konusu olduğu mesken, örf ve adete göre bir barınma yerinde aranan asgari şartları haiz olmalıdır. Dolayısıyla süknâ hakkının tesis edilmiş olduğu taşınmaz, eşlerin sosyal ve mali durumlarına uygun, bağımsız bir bölüm olmalıdır. Ayrıca, bu nitelikte olan süknâ hakkının kapsamına ev için gerekli olan eşyanın temin edilmesi ve makul ölçüler çerçevesinde döşenmesi yükümlülüğü de gerekmektedir. Hak sahibi eş, bu yükümlülüğün yerine getirilmesini kocasından talep edebilir.¹³³⁰ Koca kendi taşınmazı üzerinde böyle bir hak tesis edebileceği gibi, bir başka taşınmazı kiralamak, ariyet almak gibi farklı hukuki işlemlerle de bu süknâ hakkını tesis edebilir.¹³³¹

Evli olan eş için tesis edilmiş olan süknâ hakkından bu evlilikten doğmuş olacak çocuklar da yararlanabilecektir. Bununla birlikte koca eşi için tesis etmiş olduğu süknâ hakkı çerçevesinde, eşini kendi hısımları ile birlikte yaşamaya zorlayamaz. Ancak bu

¹³³⁰ Samed Atasoy, “Mecelle Bağlamında İslam-Osmanlı Hukukunda Karı-Koca Arasında Eşya İhtilafı” *Mecelle Üzerine Etütler*, ed. Ahmet Akman, Mustafa Ünal, 1. Baskı, c. I, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020) 128, 129.

¹³³¹ Günay, “Süknâ”, c. XXXVIII, 49; Hamdi Döndüren, “Mesken”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIX (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 316; Boyalı Gürpınar, *Nafaka ve Süknâ Hakkı*, 54, 55; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 108-111.

durumdan henüz ergenlik çağına girmemiş, başka evliliğinden doğmuş olan çocukları müstesnadır. Bu çocuklar da eşle birlikte süknâ hakkında yararlanabilir. Kadının kendi hısımlarını süknâ hakkında yararlandırması ise ancak kocanın izniyle mümkündür. Çünkü kocanın bu hısımlara yakınlık derecesi ne olursa olsun bakma yükümlülüğünün olmadığı ifade edilmiştir. Bu hükümler zamanın örf ve adetine göre şekillenmiş, kadının güvenliğini, evin huzurunu ve sükûnunu sağlamaya yönelik hükümlerdir. Dolayısıyla ev harcamalarının ortak gelirlerden karşılandığı durumlarda, kadının gerektiği hallerde kendi çocuklarını yanına alabilmesi gerektiği, bu hususun iyi geçimin ve hakkaniyetin bir gereği olduğunu ifade eden İslâm hukukçuları bulunmaktadır.¹³³²

*“Ey peygamber! Kadınları boşamak istediğinizde onları iddetlerini dikkate alarak (temizlik halinde) boşayın ve iddeti sayın. Rabbiniz olan Allah'a karşı gelmekten sakının. Apaçık bir hayasızlık yapmaları dışında onları (bekleme süresince) evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıkmassınlar. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa, şüphesiz kendine zulmetmiş olur. Bilemezsin, olur ki Allah, sonra yeni bir durum ortaya çıkarır.”*¹³³³ *“Onları (iddetleri süresince) gücünüz nispetinde, oturduğunuz yerin bir bölümünde oturtun. Onları sıkıntıya sokmak için kendilerine zarar vermeye kalkışmayın. Eğer hamile iseler, doğum yapıncaya kadar nafakalarını verin. Sizin için (çocuğu) emzirirlerse (emzirme) ücretlerini de verin ve aranızda uygun bir şekilde anlaşın. Eğer anlaşılamazsanız, çocuğu baba hesabına başka bir kadın emzirecektir.”*¹³³⁴ Rasulullah (s.a.v.) kocanın karısına dönme imkanı bulunduğu takdirde kadının nafaka ve süknâ hakkına sahip olduğunu buyurmuştur.¹³³⁵ Bu nasslar gereğince ric'î talâkla¹³³⁶ boşanmış olan ve bâin talâkla¹³³⁷ boşanmış olup hamile olan kadına, kocanın sağlaması

¹³³² Döndüren, “Mesken”, c. XXIX, 316.

¹³³³ Talâk, 65/1.

¹³³⁴ Talâk, 65/6.

¹³³⁵ Nesâî, *Talak*, 7.

¹³³⁶ Ric'î talâk: Yeni bir nikah akdine ihtiyaç olmaksızın erkeğin, iddet müddeti içerisinde eşine dönebildiği talâk türüdür. H. İbrahim Acar, “Talâk”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXIX (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 498.

¹³³⁷ Bâin talâk: Tarafların tekrar bir araya gelebilmesi için yeni bir nikah akdinin gerekli olduğu talâk türüdür. Acar, “Talâk”, 499.

gereken süknâ hakkı söz konusudur. Bu hakkın mevcudiyeti noktasında İslâm hukukçuları arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır.¹³³⁸

Bâin talâkla boşanmış, aynı zamanda hamile de olmayan kadının süknâ hakkının bulunup bulunmaması hususunda tartışmalar mevcuttur. Rasulullah (s.a.v.)’in Fatıma bint Kays’a nafaka ve süknâ hakkı tanımadığı yönündeki rivayet¹³³⁹ bu tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Ayrıca bu hadisin bazı rivayetlerinde nafaka ve süknâ haklarının kocasının kendisine dönme imkanı bulunan kadınlar için söz konusu olacağı yönünde bir ilave de bulunmaktadır.¹³⁴⁰ Bu rivayetlerden hareketle İbn Ebû Leyla, Hanbelîlerin çoğunluğu ve Zahirîler, hamile olmayıp bâin talakla boşanmış olan kadının süknâ hakkının bulunmadığı görüşündedirler. Hz. Ömer (r.a.) ve Hz. Aişe (r.anha) gibi sahabilerin Fatıma bint Kays’ın rivayetine yönelik itirazları bulunmaktadır.¹³⁴¹ Bu itirazları da göz önüne alan Hanefîler, yukarıda belirtilmiş olan ayetlerin yalnızca ric’i talakla boşanan kadınları değil aynı zamanda bâin talakla boşanmış olan kadınları da kapsadığını ifade etmişlerdir. Buradan hareketle bâin talakla boşanmış olan kadınların da iddet müddeti süresince süknâ hakkına sahip olduklarını belirtmişlerdir. Malikîler ve Şafiîler ise, Fatıma bint Kays hadisinin delil değerinin bulunduğunu kabul etmekle birlikte, onun özel durumu nedeniyle süknâ hakkından mahrum kalmış olduğunu, bu durumun ona has bir durum olduğunu ifade etmişlerdir. Dolayısıyla Malikîler ve Şafiîler de gerek ric’î olsun, gerekse bâin olsun her iki durumda da kadının iddet müddeti boyunca süknâ hakkından yararlanabileceğini ifade etmişlerdir.¹³⁴²

Evliliğin boşanma dışındaki bir nedenle sona ermesi durumunda İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre kadının iddet müddeti boyunca süknâ hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte Hanefîlere göre, ölen kocanın malları mirasçılara intikal

¹³³⁸ Serahsî, *Mebhut*, c. V, 201, 202; Emine Gümüş Böke, “İslâm Hukuku Açısından Kadının İddet Nafakası” *Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 4/2, (2020), 105, 106; Recep Çetintaş, “İslâm Hukukunda Evlenmeden Doğan Haklar Bağlamında Nafaka”, *İHAD*, 24, (2014), 199, 200; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 113; Günay, “Süknâ”, c. XXXVIII, 49.

¹³³⁹ Buhârî, *Talâk*, 41, 42; Müslim, *Talâk*, 36, 37, 38, 42, 44, 47, 48, 51.

¹³⁴⁰ Nesâî, *Talâk*, 7.

¹³⁴¹ Buhârî, *Talâk*, 41, 42; Müslim, *Talâk*, 40, 41, 46, 52, 54; Ebû Davud, “Talâk”, 38-40.

¹³⁴² Serahsî, *Mebhut*, c. V, 201, 202; Sahnûn, *Müdevvene*, c. V, 153; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 113, 114; Boyalı Gürpınar, *Nafaka ve Süknâ Hakkı*, 57, 58; Çetintaş, “Nafaka”, 200 - 202; Günay, “Süknâ”, c. XXXVIII, 49; Döndüren, “Mesken”, c. XXIX, 316, 317.

etmiş olduğundan dolayı hamile olup olmadığına bakılmaksızın, ölüm iddeti bekleyen kadının süknâ hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda olan kadınlar için bir yıl boyunca yararlanması için süknâ hakkının vasiyet edilmesi yönündeki ayet¹³⁴³, kadına miras hakkı tanıyan ayet¹³⁴⁴ ile neshedilmiştir.¹³⁴⁵ Kocası ölmüş olan kadının dört ay on gün süreyle iddet beklemesi gerektiğini belirten ayet¹³⁴⁶ ile Rasulullah (s.a.v.)'in kocası öldürülmüş olan Füreya bint Mâlik ile ilgili tatbikatını¹³⁴⁷ delil olarak gösteren Şafîilere ve bazı şartlarda (meskenin kocanın mülkiyetinde bulunması veya vefatından önce kirasını ödemiş olması hallerinde) Malikîlere göre, ölüm iddeti bekleyen kadının süknâ hakkı bulunmaktadır. Hanbelîlere göre ise kocası ölmüş olan kadın hamile ise süknâ hakkı bulunmaktadır. Ancak kadının hamile olmaması durumunda süknâ hakkının bulunup bulunmadığı hususu bu mezhep hukukçuları arasında tartışmalıdır.¹³⁴⁸

Süknâ hakkı geçerli olarak kurulmuş olan evlilikler için söz konusu olur. Fâsid bir akitle evli olunan kadının ve hukuk nazarında muteber kabul edilen bir şüphe ile cinsel ilişkiye girilen kadının süknâ hakkı bulunmamaktadır.¹³⁴⁹ Bununla birlikte bu durumda olan kadının hamile olması durumunda, karnındaki çocuğun nesebinin sübutuna hükmedilirse süknâ hakkı doğacaktır.¹³⁵⁰

Kanun gereği doğan süknâ hakkı yalnızca eş için olmayıp, usul – fûru ve hısımlık nafakası kapsamında da mevcuttur. Hısımlık nafakası kan bağı nedeniyle doğar ve sıhri hısımlık ile süt hısımlığı bu kapsamda değerlendirilmez. Kimlerin arasında hısımlık nafakasının uygulanacağı hususunda mezhepler arasında görüş farklılığı mevcuttur. Hanefîlere göre hısımlık nafakası usûl – fûrû ve mahrem yakınlar arasında uygulanır. Dolayısıyla anne, baba, dede, nine, çocuklar ve torunların yanında zevi'l-erhâmdan olan amca, dayı, hala, teyze gibi yakınlar da bu kapsamda değerlendirilir. Hanbelîlere göre

¹³⁴³ Bakara, 2/240.

¹³⁴⁴ Nisâ, 4/12.

¹³⁴⁵ Buhârî, *Tefsir*, 2/41, *Talâk*, 50; Ebû Davud, *Talâk*, 42 - 45; Nesâî, *Talâk*, 60.

¹³⁴⁶ Bakara, 2/234.

¹³⁴⁷ Muvatta', *Talâk*, 87; Ebû Davud, *Talâk*, 42.

¹³⁴⁸ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. XXV, 114, 115; Boyalı Gürpınar, *Nafaka ve Süknâ Hakkı*, 59, 60; Günay, "Süknâ", c. XXXVIII, 49.

¹³⁴⁹ HAK, m. 75, 76 in. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi, Haz. Orhan Çeker, 3. Baskı (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2016), 37, 38; Gümüş Böke, "İddet Nafakası", 106.

¹³⁵⁰ Günay, "Süknâ", c. XXXVIII, 49.

hısımlık nafakası, usûl – fûrû, ashâb-ı ferâiz ve asabe sıfatıyla birbirine mirasçı olan yakınlar arasında cereyan eder. Malikîlere göre hısımlık nafakası yalnızca anne, baba ve çocuklar arasında tatbik edilebilecekken, Şafîîlere göre usûl – fûrû arasında uygulama alanı bulacaktır. Hısımlık nafakası karşılıklı bir yükümlülük doğurur. Dolayısıyla bugün nafaka alacaklısı konumunda bulunan kimse, şartların değişmesiyle yarın nafaka borçlusu haline gelebilir.¹³⁵¹ Baba, çocuğu için süknâ hakkı tesis etmek veya kendine ait süknâ hakkından yararlandırmakla yükümlüdür. Çocuk da bakıma muhtaç olan anne ve babası için süknâ hakkı tesis etmekle veya kendine ait süknâ hakkından yararlandırmakla yükümlüdür. Ergenlik çağına girmiş erkek fûrû için hastalık, öğrencilik ve askerlik gibi nafakasını kazanmasına engel olacak nedenler varsa yahut bu çağa gelmiş olan kız henüz evlenmemişse, nafakaları hısımları tarafından karşılanacaktır.¹³⁵² Usûlün erkek olması durumunda zengin olmasa dahi çalışıp kazanarak, fûrûnun nafakasını karşılama yükümlülüğü vardır. Usûlün kadın olması durumunda, hısımlık nafakası ile yükümlü tutulması için zenginlik şartı aranmaktadır. Usûl dışındaki hısımların da nafaka yükümlüsü olması için zenginlik şartı aranmaktadır. Hısımlık nafakası ile yükümlü olan kimselerin, bu yükümlülükleri çerçevesinde yakınlarına karşı süknâ hakkı tesis etmesi gerekmektedir.¹³⁵³ Hısımlık nafakası ve bu kapsamda süknâ hakkına yönelik alacak, mahkemenin takdir etmesiyle, alacaklı olan hısım ile nafaka yükümlüsünün anlaşmasıyla veya mahkemeye başvurmanın mümkün olmadığı hallerde ihtiyaç halinin doğduğu tarihte başlar. Bu durum Hanefîlere göredir. Cumhura göre ise hısımlık nafakasının başlangıcı için mahkemenin takdirine gerek olmayıp, ihtiyaç halinin doğması yeterli görülmüştür.¹³⁵⁴

Aile hukukundan kaynaklanan süknâ hakkı yalnızca aynî bir şekilde kullanılmak zorunda değildir. Hak sahibi belirli bir bedel karşılığında bu hakkından vazgeçebilir.¹³⁵⁵

¹³⁵¹ Celal Erbay, “Nafaka”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXII (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 283.

¹³⁵² Samed Atasoy, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 163-165.

¹³⁵³ Döndüren, “Mesken”, c. XXIX, 317; Erbay, “Nafaka”, c. XXXII, 283, 284; Atasoy, *Hidâne*, 152.

¹³⁵⁴ Erbay, “Nafaka”, c. XXXII, 284.

¹³⁵⁵ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXVIII, 254, No: 235.

3. DÜZENSİZ KİŞİSEL İRTİFAKLAR

3.1. GENEL OLARAK

Düzensiz kişisel irtifaklar, taşınmaz lehine de kurulması mümkün olan kişi lehine kurulmuş irtifak haklarıdır. Bu nitelikleri itibariyle eşyaya bağlı irtifak haklarından ayrılırlar. Bunun haricinde kapsam bakımından eşyaya bağlı irtifaklardan bir farkları bulunmamaktadır. Bu haklar temlikî mümkün biçimde kişiye bağlı olarak kurulabilecekleri gibi, temlikî kısıtlanarak da kurulabilirler.¹³⁵⁶ Bu nitelikleri bakımından modern hukukta şahsa sıkı sıkıya bağlı kurulup temlikî mümkün olmayan intifa ve sükna haklarından ayrılırlar.¹³⁵⁷ Düzensiz kişisel irtifaklar, hak sahibine sınırlı bir yararlanma yetkisi sağlaması bakımından da intifa hakkından ayrılmaktadır.¹³⁵⁸ Tanınmış oldukları sınırlı yetkileri bakımından “*şahsî mahdud irtifak hakları*” olarak da nitelendirilirler.¹³⁵⁹ Bunun yanında “*karişık şahsa bağlı irtifaklar*”, “*karmaşık (muhtelit) irtifaklar*”, “*düzensiz irtifaklar*” ve “*kural dışı (gayrimuntazam) irtifaklar*” olarak da nitelendirilirler.¹³⁶⁰ Bu haklar, temlikî mümkün biçimde kuruldukları takdirde bağımsız irtifak niteliği taşırlar.¹³⁶¹

Düzensiz kişisel irtifaklarının kullanılma ölçüsü, hak sahibinin olağan kişisel ihtiyaçlarına göre belirlenir. Olağan kişisel ihtiyaçlar, irtifak hakkının tesis tarihine göre tayin edilir. İhtiyaçların sonradan değişmesi nedeniyle taşınmaz üzerindeki yük, irtifak yükünün ağırlaştırılmaması ilkesi doğrultusunda artırılmaz. Bu hakkın temlikî

¹³⁵⁶ Mer’î hukukta üst hakkı ve kaynak hakkı dışında kalan düzensiz kişisel irtifaklar, kural olarak devredilemez ve mirasçılara intikal etmez şekilde tesis edilebilir ancak tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 166; 175; 185; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 989; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 552.

¹³⁵⁷ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 989; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 558.

¹³⁵⁸ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 96; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 1007.

¹³⁵⁹ Ebül’ulâ Mardin, *Kat Mülkiyeti* (İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1948), 43.

¹³⁶⁰ Akipek, *Mahdud Aynî Haklar*, 50, 51; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, 77.

¹³⁶¹ Ayrıca üst hakkının, bağımsız ve sürekli bir niteliği haiz olması durumunda mer’î hukuk açısından taşınmaz olarak tapu kütüğüne kaydedilebileceği ifade edilmiştir. Bu şekilde kaydedilen bir üst hakkı kendi kütüğü açısından taşınmaz olarak kabul edilecekken yüklü taşınmaz açısından hak hüviyeti devam edecektir. Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 162; Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 688, 689; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 1008; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 558; Ergani, *Üst Hakkı*, 41.

durumunda irtifak hakkı önceki sahibine hangi yetkileri vermişse yeni sahibine de aynı yetkileri verecektir.¹³⁶²

İrtifak hakları, Hanefiler tarafından bir taşınmazın menfaatinden başka bir taşınmazın istifade etmesi amacıyla kararlaştırılmış bir hak olarak tarif edilirken¹³⁶³, başta Malikîler olmak üzere cumhura göre bir taşınmaza ait olan bazı menfaatleri elde etmek olarak tanımlanmıştır. Cumhurun tanımlamasına göre bir taşınmazın başka bir taşınmazdan yararlanmasının yanında insanın taşınmazdan yararlanması da mümkündür.¹³⁶⁴ Bu tanım özellikle düzensiz kişisel irtifaklar bakımından önem arz etmekte ve Malikilerin düzensiz kişisel irtifakları kabul ettiklerini göstermektedir.

Sonradan gelen birçok İslâm hukukçusu Hanefilerin irtifak hakkı anlayışını yansıtan Kadri Paşa'nın, “*Bir taşınmaz üzerinde başka bir şahsa ait diğer bir taşınmazın yararına olarak kabul edilen bir haktır*”¹³⁶⁵ şeklindeki tanımını benimsemiştir. Ancak bu tanımlamanın Kadri Paşa tarafından Batılı hukukçulardan alınmış olabileceği de ifade edilmektedir.¹³⁶⁶ Nitekim Klasik Roma Hukuku'nun, İtalyan Medeni Kanunu'nun ve Fransız Medeni Kanunu'nun irtifak haklarını Kadri Paşa'nın tanımındaki şekliyle kabul etmiş olduğu görülmektedir.¹³⁶⁷ İrtifak haklarının Kadri Paşa'nın tanımı ile kabul edilmesi şahsa bağlı irtifakları bir bütün halinde kapsam dışarısında bırakmaktadır. Ancak Kadri Paşa'nın tanımını kabul ediyor olmakla birlikte şefe hakkını bir irtifak hakkı olarak kabul eden hukukçular da bulunmaktadır.¹³⁶⁸ Buradan şefe hakkının bir irtifak hakkı olarak kabul edilip edilmemesinden ziyade, bu yetkinin taşınmaza bağlı bir yetki olmaması bundan dolayı Kadri Paşa'nın tanımı doğrultusunda irtifak hakkı olarak kabul edilemeyecek olması önemlidir. Ayrıca gerek Hanefî fıkıh eserlerinde¹³⁶⁹ gerekse de bu mezhep doğrultusunda hazırlanmış olan Mecelle'de de bazı irtifak haklarının şahsa bağlı

¹³⁶² Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 1010.

¹³⁶³ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 37; Hacak, *İrtifak Hakları*, 24; Akgündüz, *Hukûk Istılâhları*, 606; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 257.

¹³⁶⁴ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, c. III, 10; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 172, 173.

¹³⁶⁵ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 37; Hacak, *İrtifak Hakları*, 24; Akgündüz, *Hukûk Istılâhları*, 606; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 257.

¹³⁶⁶ el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 89.

¹³⁶⁷ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 895.

¹³⁶⁸ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 97.

¹³⁶⁹ el-Mevsûlî, *el-İhtiyar*, c. III, 70; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 103.

şekilde kurulabileceği de düzenlenmiştir.¹³⁷⁰ Tüm bunlar birlikte ele alındığında, Kadri Paşa'nın tanımı her ne kadar şahsa bağlı irtifak hakları hususunda keskin bir belirleme yapmış olsa da, aslında Hanefilerin de irtifak haklarını yalnızca bir taşınmazın bir başka taşınmazdan yararlanmasıyla sınırlamadığı, şahsa bağlı olarak da aynı nitelikteki hakların kurulmasını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu durum ise Hanefilerin de Malikilere benzer şekilde düzensiz kişisel irtifakları, irtifak hakları kapsamında ele aldıklarını göstermektedir.

Düzensiz kişisel irtifakları da kapsayıcı bir bakış açısıyla yaklaşan İslâm hukukçuları, Kadri Paşa'nın tanımının önüne “çoğunlukla” kaydının koyulması gerektiği görüşünü ileri sürmektedirler. Onlara göre özellikle geçit hakkı gibi kişi lehine kurulması mümkün olan irtifak haklarının, tanımın dışında kalmaması adına böyle bir kayıt koyulması doğru olacaktır. Buna göre irtifak hakları çoğu zaman bir taşınmaz lehine kuruluyor olsalar da şahıs lehine kurulmaları da mümkündür. Bu kayıtle birlikte irtifak hakları, “*bir taşınmaz üzerine, çoğunlukla başkasına ait bir taşınmaz yararına yüklenmiş olan bir hak*” olarak tanımlanacaktır.¹³⁷¹ Ancak bu görüş, şahıs lehine kurulan bu tip hakların şahsa sıkı sıkıya bağlı oldukları, bu bakımdan şahsa bağlı bir menfaat mülkiyeti olarak değerlendirilmeleri gerekip, irtifak hakkı olarak nitelendirilmelerinin doğru olmadığını ifade eden yazarlar tarafından eleştirilmektedir.¹³⁷² Oysa ki, bu nitelikteki irtifak hakları her zaman şahsa sıkı sıkıya bağlı biçimde kurulmamaktadır. Düzensiz kişisel irtifak haklarının çeşitleri incelenirken görüleceği üzere bu tip hakların temliki mümkündür. Bununla birlikte şahsa bağlı olarak kurulan bu hakların, taşınmaza bağlı olarak kurulan irtifak hakları ile aynı mahiyeti taşıdığı, eleştiriyi yönelten yazarlar tarafından da kabul edilmektedir. Dolayısıyla aynı mahiyeti taşımasına rağmen, şahsa bağlı olarak kurulması nedeniyle bu tip hakların irtifak hakkı olarak nitelendirilmemesini doğru görmemekteyiz. Bu hakların düzensiz kişisel irtifaklar olarak, irtifak hakları kapsamında düşünülmesi gerektiğini savunmaktayız.

¹³⁷⁰ MAA, m. 1145, 1168, 1225, 1226, 1232.

¹³⁷¹ Yusuf Musa, *el-Emval*, 168.

¹³⁷² Hacak, *İrtifak Hakları*, 29, 30.

3.2. DÜZENSİZ KİŞİSEL İRTİFAKLARIN ÇEŞİTLERİ

Kaynakları açısından irtifak hakları tasnif edilirken, irtifak haklarının sınırlı sayıda olup olmadığı hususu incelenmiştir. Netice itibarıyla İslâm hukuku kaynaklarında bazı irtifak hakları özellikle vurgulanmış olmakla birlikte, irtifak haklarının bunlarla sınırlı olmadığı belirtilmişti. Dolayısıyla düzensiz kişisel irtifakların da belirli çeşitler ile sınırlı tutulması mümkün değildir. Bu başlık altında daha çok uygulaması görülmüş ve Mecelle’de hakkında düzenleme yapılmış olan düzensiz kişisel irtifaklara ayrıca değinilecektir. Ancak belirtildiği üzere düzensiz kişisel irtifaklar bunlarla sınırlı değildir. Nitelikleri uyduğu takdirde farklı düzensiz kişisel irtifakların tesisi de mümkündür.

3.2.1. Kaynak Hakkı

Bir kişi miras veya vasiyet yoluyla şahsa bağlı olarak kaynak hakkı sahibi olabilir.¹³⁷³ Bu hak, kendisine vasiyetin kölesinin hizmet etmesini vasiyet etmesine benzetilmiş ve bir hizmetin (menfaatin) vasiyeti olarak görülmüştür. Dolayısıyla bu hak için bilinmez bir gelirin vasiyeti dense de bu yolla şahsa bağlı olarak kaynak hakkının kurulacağı kabul edilmiştir. Ancak hak sahibi bu hakkını bir başkasına devredemez ve ölümü halinde hak yeniden taşınmaz malikine geri döner.¹³⁷⁴ Bu hak kendisinden söz edilmeksizin yalnızca arazinin satılmasıyla da araziden ayrılır ve tek başına kalır. Dolayısıyla gerek miras ve vasiyet yoluyla olsun gerekse satım yoluyla olsun kaynak irtifakının şahıs lehine kurulması mümkündür. Satım yoluyla tesisinde, taşınmazın bu haktan arı bir şekilde satılması ile şahsa bağlı olarak bu hakkın kalması söz konusuysa, vasiyet veya mirasta ise normal şartlarda cehalet ve ğarar nedeniyle sözleşme konusu olamayan bir şeyin (kıyası tatbik hakkı veya kullanımı haram olan şeyler gibi) mülk edinilmesi mümkündür. Bu haliyle kaynak irtifakı araziye sahip olmasa dahi kişiye dava açma yetkisi verir.¹³⁷⁵

¹³⁷³ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 102.

¹³⁷⁴ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 183, 185, 186.

¹³⁷⁵ el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 70; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 103.

3.2.2. Su Akıtma Hakkı

Mecelle’de su akıtma hakkının yalnızca eşya lehine değil, şahıs lehine de kurulabileceği kabul edilmiştir.¹³⁷⁶ Su akıtma hakkının uygulamada her zaman bir taşınmaza bağlı olarak kurulduğunun zikredilmediği, doğrudan bir kimse lehine kurulmuş olduğu da görülmektedir. “...Hüseyin Ağa b. Eyüb ile terâfu ‘larında yedimde mülküm olup Havâss-ı Aliyye kazâsında Sazlıdere ta ‘bîr olunur mevzi ‘de hafr-ı âbâr ve tahte ‘l-arz lağımlar ile Sedbaşı nâm mahâlde merhûm Sultan Bâyezid tâbe serâhu suyoluna bâ-izn-i mütevellî ilhâk olunan bir masûra üç çuvaldız mâ-i lezîzden buçuk masûra hakk-ı mecrâ ve bir çuvaldız çeşmede cârî olandan mâ ‘adâ bir masûra mâ-i lezîzi lağım ve kanavâtıyla tarafeynden îcâb ve kabûlü hâvî bey ‘-ı kat ‘î-i şer ‘î ile târih-i i ‘lâmdan sekiz ay mukaddem altı yüz elli kuruşa mezbûr Hüseyin Ağa ‘ya bey ‘ edip ol dahi ber-minvâl-i meşrûh iştirâ ve temellük ettikten sonra semeni olan meblağ-ı mezkûrdan iki yüz kuruşunu ahz edip bâkî mezbûr Hüseyin Ağa zimmetinde dört yüz elli kuruş hakkım olmakla taleb ederim...”¹³⁷⁷ Bu kararda, kurulmuş olan su akıtma hakkının bir başkasına satım yoluyla temlik edildiği de görülmektedir. Düzensiz kişisel irtifakın devrinin mümkün olduğu da görülmektedir. Nitekim Mecelle’de su akıtma irtifakının ayrıca hukuki işlemin konusunu teşkil edebileceği belirtilmiştir.¹³⁷⁸ Bununla birlikte her ne kadar taşınmazdan ayrı olsa da, üzerinde akmış olduğu tesisten ayrı şekilde temlik edilemeyeceği belirtilmiştir.¹³⁷⁹

3.2.3. Geçit İrtifakı

Taşınmaz lehine kurulabilen geçit irtifakının şahıs lehine de kurulabileceği Mecelle’de kabul edilmiştir. “Bir kimse, hakk-ı mürûru bâki olmak üzere, mülkü olan tarîkı satabildiği gibi, iki kişi beyninde müşterek olan bir akarın taksiminde, tarîk-i müşterekin rakabesi, yani mülkiyeti birinde kalmak ve diğerinin yalnız hakk-ı mürûru olmak üzere kısmet dahi câiz olur.”¹³⁸⁰ Bu düzenlemede görüldüğü üzere geçit irtifakının bir şahıs lehinde kurulabileceği ifade edilmektedir. Buna göre gerek satım sözleşmesi

¹³⁷⁶ MAA, m. 1232, Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti ‘l-Ahkâm*, c. III, 2198, 2199; Bilgin, “İrtifak Hakları”, 92.

¹³⁷⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXIII, 139, No: 80.

¹³⁷⁸ MAA, m. 1168.

¹³⁷⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti ‘l-Ahkâm*, c. III, 2125.

¹³⁸⁰ MAA, m. 1145.

esnasında gerekse taksim sırasında şart koşularak şahıs lehine geçit irtifakı tesisi mümkündür. Bir taksim sözleşmesinde kendisi lehine geçit irtifakı tesis edilmiş olan kimse artık, bu işlem karşılığında taksimdeki payından vazgeçmiş olmaktadır. Dolayısıyla burada irtifak hakkı, ortağın payına karşılık verilmiş bulunmaktadır.¹³⁸¹ Bununla birlikte 1225. maddede de şahsa bağlı geçit irtifakı ele alınmıştır. 1226. maddede ise şahsa bağlı bir geçit irtifakından bahsedildiği ifade edilmiş olsa da buradaki hak, ibâhadan kaynaklanan mücerret bir hak olup, irtifak hakkı mahiyetini haiz değildir.¹³⁸²

Mecelle'nin 1168. maddesinde de geçit hakkının ayrıca taşınmazdan ayrı bir şekilde satılması ele alınmıştır. Ancak burada bahsedilen geçit hakkının doğrudan bir şahıs lehine kurulması değil, üzerinde yer aldığı taşınmazdan ayrı bir şekilde temlik edilebilmesidir. Bu hüküm geçit hakkının eşya veya şahıs lehine kurulmuş olmasına dair herhangi bir belirleme yapmamakta, taşınmaza tabi olmadan temlikinin mümkün olacağına işaret etmektedir.¹³⁸³

3.2.4. Üst Hakkı

İslâm hukukunda üst hakkının daha kapsamlı biçimde karar hakkı olarak ifade edildiği, eşyaya bağlı irtifaklar incelenirken belirtilmiştir. Buna göre karar hakkının kapsamı üçe ayrılarak incelenebilir. İlk olarak karar hakkının kapsamına ait bir arazi üzerinde, başka bir taşınmaza bağlı olmayan, bağımsız nitelikteki yapı ve ağaçlar girmektedir. Bu kapsamı itibariyle karar hakkı üst hakkına benzerlik göstermektedir.¹³⁸⁴ Ancak modern hukuktaki üst hakkının kapsamına ağaçların girmediği unutulmamalıdır. Bu kapsamı bakımından karar hakkı, “*hıkr*” kavramıyla da nitelendirilmektedir.¹³⁸⁵ Bu muhtevadaki bir karar hakkında hak sahibi, hakkını bir taşınmaza bağlı olarak değil, şahsa bağlı olarak kazanmaktadır. Dolayısıyla karar hakkı, bu kapsamı bakımından şahsa bağlı bir irtifak hakkı mahiyetindedir. Şahsa bağlı irtifak haklarını kabul etmeyen yazarlar tarafından, karar hakkı bu kapsamı açısından irtifak hakkı olarak

¹³⁸¹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2096; Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l Mecelle*, c. VI, 97.

¹³⁸² Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2198.

¹³⁸³ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2125; Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l Mecelle*, c. VI, 118, 119.

¹³⁸⁴ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 29-32; Nevevî, *Ravza*, c. V, 200, 215; Mardin, *Kat Mülkiyeti*, 10.

¹³⁸⁵ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 103.

nitelendirilmemektedir.¹³⁸⁶ Kanaatimizce karar hakkının bu şekilde kurulması onun bir irtifak hakkı olmasına engel teşkil etmeyip, düzensiz kişisel irtifak olarak kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir.

Karar hakkının kapsamına ikinci olarak, başkasına ait mevcut bir yapının üzerine bir kat inşa edilmesi maksadıyla kurulan tealli hakkı girmektedir. Tealli hakkı hem eşyaya hem de şahsa bağlı olarak kurulabilmektedir.¹³⁸⁷ Bu bakımdan tipik bir düzensiz kişisel irtifak olarak karşımıza çıkmaktadır. Tealli hakkının yalnızca eşyaya bağlı olarak kurulabileceğini belirten yazarlara da katılmamaktayız.¹³⁸⁸

Karar hakkının kapsamına üçüncü olarak bir taşınmazın üzerinde, bazı uzantı ve çıkıntılara sahip olma yetkisi girmektedir. Yararlanan taşınmazın balkon gibi çıkıntılarının yüklü taşınmaza uzanması¹³⁸⁹ veya yararlanan taşınmaza ait olan bir su akıtma tesisinin çıkıntılarının yüklü taşınmaz üzerine uzanması gibi durumlar¹³⁹⁰, karar hakkının bu kapsamına örnek olarak gösterilebilir. Bu uzantı ve çıkıntılar yararlanan taşınmaza devamlı olarak bağlı olduğu için karar hakkının bu kısmı her zaman eşyaya bağlı olarak kurulmaktadır.¹³⁹¹ Dolayısıyla karar hakkının bu kapsamı şahsa bağlı olarak kurulamayacaktır. Üç kapsamı birlikte düşünüldüğünde bunlardan birinin yalnızca şahsa bağlı olarak, birinin yalnızca eşyaya bağlı olarak ve bir diğeri ise hem eşyaya hem de şahsa bağlı olarak kurulabildiği görülmektedir. Bundan dolayı karar hakkının bir düzensiz kişisel irtifak hüviyetini haiz olduğu ifade edilebilir.

Ali Haydar Efendi, bir kimsenin üst hakkı kendisinde kalacak şekilde taşınmazın mülkiyetinin satılabileceğini kabul etmiştir.¹³⁹² Geçit irtifakında olduğu gibi, satım sözleşmesi esnasında veya taksim sırasında şart koşularak şahıs lehine üst hakkı kurulabilecektir.

¹³⁸⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 59.

¹³⁸⁷ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 28; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 89.

¹³⁸⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 29.

¹³⁸⁹ Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 20, 59.

¹³⁹⁰ Bâbertî, *Înaye*, c. VI, 429; İbn Hümam, *Fethü'l-Kadir*, c. VI, 428-430; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, c. V, 80, 81.

¹³⁹¹ Hacak, *İrtifak Hakları*, 61.

¹³⁹² Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2096.

BÖLÜM 4

İRTİFAK OLMALARI AÇISINDAN NİTELİKLERİ TARTIŞMALI HAKLAR

1. KAT İRTİFAKI

Kat irtifakı genellikle kat mülkiyeti ile birlikte düzenlenmiş ve doktrinde birlikte ele alınmıştır. Bundan dolayı kat irtifakının anlaşılabilmesi için öncelikle kat mülkiyeti kavramı tanımlanacak daha sonra kat irtifakına yönelik açıklamalar yapılacaktır.

1.1. KAT MÜLKİYETİ

Kat mülkiyeti, kâgir (kârgir)¹³⁹³ nitelikte tamamlanmış olan bir yapının büro, kat, daire, mahzen, depo, mağaza veya dükkan gibi ayrı ayrı ve yalnız başına kullanıma elverişli bağımsız bölümler üzerinde, bu yapının bulunduğu arazi maliki veya arazinin müşterek mülkiyete konu olması durumunda müşterek malikler tarafından tesis edilen özel mülkiyet hakkıdır.¹³⁹⁴ Kat mülkiyeti, bağlantılı olduğu paylı mülkiyet ilişkisine ve paylı mülkiyet payına bağlı olarak tesis edilen özel mülkiyet türü şeklinde de ifade edilmiştir.¹³⁹⁵ Tanımlardan görüleceği üzere kat mülkiyeti bir binanın yalnız başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde tesis edilebilmektedir. Bu bakımdan

¹³⁹³ Taş ve tuğla kullanılarak inşa edilmiş olan yapı. <https://sozluk.gov.tr>.

¹³⁹⁴ Kaşıkçı, “Mecelle’de Kat Mülkiyeti”, 136, 137; Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 4; Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 156; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -II- (Mülkiyet)*, 10. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 536; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 448; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 694, 695; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 38; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 416; Uslu, *Kat İrtifakı*, 12; Muhammed Fatih Bozkurt, *Türk Hukukunda Kat Maliklerinin Hakları ve Yükümlülükleri* (İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019), 13; KMK, m. 1.

¹³⁹⁵ İsmet Sungurbey, “Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları”, *İÜMHAD*, 1/2, (1968), 149; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 416; Uslu, *Kat İrtifakı*, 13.

yalnızca binanın katlarına has bir mülkiyet türü değildir.¹³⁹⁶ Kat mülkiyeti kurumu İslâm hukukunda kabul edilmiştir. Kurum doğrudan kat mülkiyeti olarak ifade edilmese de bu kuruma yönelik hükümler kaynaklarda yer bulmuştur. Mecelle’de de kat mülkiyeti kurumuna dair bir tanımlama yapılmamakla birlikte bu müessesenin meydana getireceği sorunlara yönelik düzenlemeler yer almaktadır.¹³⁹⁷ Özellikle 1192. ve 1194. maddeler bu hususta önem arz etmektedir.

“‘Kim ki, bir yere mâlik olursa, mâfevkine ve mâtahtına dahi mâlik olur.’ Yani, mülkü olan arsada istediği ebniyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zemini hafr ile mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak, gibi tasarrufâta muktedir olur.”¹³⁹⁸

Şeklindeki düzenleme bir taşınmazın üzerine ve altına malikin, dilediği gibi bina inşa edebileceğini göstermektedir. Ancak bu düzenleme malikin tek başına olduğu durumları ifade etmektedir. Müşterek mülkiyet açısından malik diğer ortaklardan izinsiz böyle bir tasarrufta bulunamaz.¹³⁹⁹ Bunun yanında Mecelle, “...fevkânîsi birinin ve tahtânîsi diğerinin mülkü olan ebniyede, fevkânî sahibinin tahtânîde, hakk-ı kararı ve tahtânî sahibinin fevkânîde hakk-ı sakfı, yani güneşten ve yağmurdan tesettür ve tahaffuz hakkı olmakla...”¹⁴⁰⁰ şeklindeki açıklamasıyla aynı arazi üzerindeki binanın katlarının farklı şahısların mülkiyetinde olacağını kabul ettiğini göstermektedir. Mecelle mülkiyete ilişkin genel kuralı ifade etmekte olup, mülkiyete göre daha özel bir nitelikte olan kat mülkiyetine yönelik düzenlemeleri de ihtiva etmektedir. Bununla birlikte bu yöndeki düzenlemeler olmasa dahi açıkça yasaklanmamış olmasından dolayı kat mülkiyetinin kabul edilmediği ifade edilemeyecektir.¹⁴⁰¹ Bundan dolayı Mecelle’nin kat mülkiyetini kural olarak kabul etmediği yönündeki görüşlere katılmamaktayız.¹⁴⁰² Nitekim merî

¹³⁹⁶ Jale G. Akipek, “Türk Hukukunda Kat Mülkiyeti”, ABD, 23/3, (1966), 476.

¹³⁹⁷ Bkz. MAA 1150, 1192, 1193, 1194, 1195, 1206, 1315; Bu düzenlemelerin kat mülkiyetine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Mardin, *Kat Mülkiyeti*, 22-25; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 37, 38.

¹³⁹⁸ MAA, m. 1194.

¹³⁹⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2155.

¹⁴⁰⁰ MAA, m.1192.

¹⁴⁰¹ Süleyman Emre Zorlu, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümlerin Hukuki Tahlili”, *SÜHFD*, 30/2 (2022), 553.

¹⁴⁰² Mardin, *Kat Mülkiyeti*, 17; Kaşıkçı, “Mecelle’de Kat Mülkiyeti”, 136; Bozkurt, *Kat Maliklerinin Hakları ve Yükümlülükleri*, 3; Zorlu, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Kat Mülkiyeti”, 553, 554.

hukukta da Mecelle'nin 1194. maddesine benzer nitelikte düzenlemeler bulunmakla birlikte kat mülkiyeti de ayrıca yer alan düzenlemelerle kabul edilmektedir.¹⁴⁰³

Kat mülkiyetine sahip olan kimseler, kat maliki olarak adlandırılır.¹⁴⁰⁴ Her kat malikinin kendine ait olan bağımsız bölüm üzerinde özel bir mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Bu bölümler üzerindeki hak, tek kişi mülkiyeti niteliğindedir. Bununla birlikte ortak bölümler üzerinde müşterek mülkiyet devam etmektedir. Bu durum kat mülkiyetinin temelinde paylı mülkiyet kurumunun bulunduğunu göstermektedir.¹⁴⁰⁵ Kat mülkiyetine, bağımsız bölüm malikinin arsa payı ile sahip olduğu ortak bölümler üzerindeki müşterek mülkiyet payı da bağlanmıştır. Anagayrimenkul¹⁴⁰⁶ üzerinde paylı mülkiyet sahibi olmak ile bağımsız bölüm üzerinde kat mülkiyetine sahip olmak birbirine sıkı biçimde bağlıdır. Dolayısıyla anagayrimenkul üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahip olmadan, bağımsız bölüm üzerinde kat maliki olmak hukuken mümkün değildir.¹⁴⁰⁷

1.2. GENEL OLARAK KAT İRTİFAKI

Kat irtifakı, henüz yapılmakta veya ileride yapılacak olan kâgir (kârgir) nitelikte bir yapının büro, kat, daire, mahzen, depo, mağaza veya dükkan gibi ayrı ayrı ve yalnız başına kullanıma elverişli bağımsız bölümleri üzerinde tesis edilen ve yapının tamamlanmasının ardından, bu yapının bulunduğu arazi malikine veya arazinin müşterek mülkiyete konu olması durumunda müşterek maliklere kat mülkiyeti kurulması için talep imkânı veren, arsa payına bağlı bir haktır.¹⁴⁰⁸ Bu hakka sahip olanlar KMK tarafından kat irtifak sahibi olarak adlandırılmışlardır.¹⁴⁰⁹ Ancak kat irtifakı hakkı sahibi olarak adlandırmanın daha doğru olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.¹⁴¹⁰ Biz de bu görüşe

¹⁴⁰³ TMK, m. 683.

¹⁴⁰⁴ KMK, m. 2.

¹⁴⁰⁵ KMK, m. 3, 16; Ayan, *Mülkiyet*, 539, 540; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 448, 449; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 694, 695; Sungurbey, “Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları”, 152, 153; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 422, 424; Uslu, *Kat İrtifakı*, 13, 14.

¹⁴⁰⁶ Kat mülkiyetine konu teşkil eden gayrimenkulün bütünü anagayrimenkul olarak tanımlanmıştır. KMK, m. 2/1-a.

¹⁴⁰⁷ Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 4; Uslu, *Kat İrtifakı*, 14.

¹⁴⁰⁸ Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 219, 220; Uslu, *Kat İrtifakı*, 14; KMK, m. 1, 2/1-c.

¹⁴⁰⁹ KMK, 2/1-c

¹⁴¹⁰ Abdulkadir Arpacı, *Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu Devre Mülk Sistemi*, 2. Baskı (İstanbul: Temel Yayınları, 1987), 25; Uslu, *Kat İrtifakı*, 14.

katılmaktayız. Klasik fıkıh kitaplarında doğrudan kat irtifakı şeklinde bir adlandırma yer almamaktadır. Ancak komşuluk hakkı ve karar hakkı gibi konuların işlendiği bölümlerde kat mülkiyeti ve kat irtifakına tatbik edilebilecek çözümler işlenmektedir. Nitekim Mecelle'nin bu konulara dair düzenlemeleri, kat irtifakına yönelik olarak da ortaya çıkabilecek birçok uyuşmazlığa çözüm sunmaktadır.¹⁴¹¹

Tanımdan anlaşıldığı üzere kat irtifakı, maliklerin paylı mülkiyet paylarına, bir yapı inşa etme, bu inşaatı tamamlama ve inşaatın tamamlanmasının ardından kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü bağlanması şeklinde ifade edilebilir.¹⁴¹² Kat irtifakı, henüz tamamlanmamış veya yapılmaya başlanmamış ancak yapılacak olan bir yapının bağımsız bölümlerinin inşasının tamamlanmasının ardından, kat mülkiyetine konu teşkil etmesini sağlayan aynî bir güvence vermektedir.¹⁴¹³ Artık inşa etme borcundan bahsedilemeyeceği için tamamlanmış bir binada kat irtifakı kurulamaz.¹⁴¹⁴

Kat irtifakı tesisi için, üzerinde yapı inşa edilecek veya inşa edilmekte olan taşınmazın mülkiyetinin, yapının tamamlanmasının ardından bağımsız bölümlere tahsis edilen arsa payı oranları doğrultusunda paylara ayrılması gerekmektedir. Arsa payına özgülenmemiş bir bağımsız bölüm veya bir bağımsız bölüme özgülenmemiş arsa payı mevcut olmamalıdır.¹⁴¹⁵ Bu şekilde hisselerin taksim edilmediği bir taşınmazın inşa edilmesi ve müşterek maliklerin bu taşınmazdan yararlanması durumunda kat irtifakından bahsedilemeyecektir. Kullanma durumlarına göre müşterek malikler arasında ariyet veya muhayee ilişkisi söz konusu olacaktır.¹⁴¹⁶

Kat irtifakı arsa payına bağlı biçimde tesis edilmektedir. Dolayısıyla arsa payının irtifak hakkından ayrı olarak devri mümkün değildir. Aynı şekilde paylı mülkiyet üzerinde kat irtifakı hariç tutularak bir sınırlı aynî hak da tesis edilemez. Kat irtifakı

¹⁴¹¹ Bkz. MAA 1150, 1192, 1193, 1195, 1206, 1315.

¹⁴¹² Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 719; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 665; Uslu, *Kat İrtifakı*, 15.

¹⁴¹³ Mer'î hukukta hak sahiplerinin aralarında yapacakları bir sözleşme ve bu sözleşmenin şerh edilmesi yoluyla da güvence sağlanabileceği dolayısıyla kat irtifakının pratik bir faydasının bulunmadığı yönünde eleştiriler mevcuttur. Aydın Aybay, "Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler", *ABD*, 2, (1963), 187, 188.

¹⁴¹⁴ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 721.

¹⁴¹⁵ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 197; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 722.

¹⁴¹⁶ Kaşıkçı, "Mecelle'de Kat İrtifakı", 139.

herkese karşı ileri sürülebilir. Hak sahibi, yapının inşasının sözleşme ile kararlaştırılan süre içerisinde tamamlanmasını ve sonrasında da kat mülkiyetine geçirilmesini talep etme yetkisini haizdir. Müşterek mülkiyet payına bağlı bir hak olan kat irtifakı her bir hak sahibine, diğer paydaşlardan, yapının inşasının tamamlanmasını ve ardından kat mülkiyetine geçirilmesini talep etme yetkisi verirken, diğer paydaşlara karşı yapının inşasını tamamlama yükümlülüğü getirmektedir. Yapıyı inşa etme borcu, taşınmazdaki bütün paylara yüklenir. Bazı paylara bu borcu yükleyip bazılarına yüklememe imkanı bulunmamaktadır. Yani kat irtifakının bütün paylar üzerinde kurulması gereklidir.¹⁴¹⁷

Kat irtifakı kurulmadan önce taşınmaz üzerinde tesis edilmiş bulunan aynî haklar, kat irtifakı kurulduktan sonra da varlıklarını devam ettireceklerdir. Kat irtifakının kurulmasının ardından ise taşınmaz üzerinde kat irtifakı ile bağdaşmaz nitelikteki irtifak hakları tesis edilemeyecektir.¹⁴¹⁸

Kat irtifakı tesis edilmesi durumunda taşınmazın üzerindeki paylı mülkiyetin ortadan kaldırılması talep edilemeyecektir. Kat irtifakı ile birlikte tarafların yalnızca arsa payı üzerinde değil aynı zamanda bağımsız bölümler üzerinde de hakları mevcut olmaktadır. Dolayısıyla artık yalnızca paylı mülkiyetin giderilmesi yoluna başvurulamayacaktır. Ayrıca paylı mülkiyetin giderilmesinin talep edilmesi halinde kat irtifakı kurulmasının nihai amacı olan kat mülkiyetine geçilmesi durumu tehlikeye girecektir. Mülkiyet hakkının devamlılığının sağlanması adına böyle bir talepte bulunulması kabul edilemeyecektir.¹⁴¹⁹ Kat irtifakının tesis edilmiş olduğu taşınmaz üzerinde bu hakla bağdaşmayan nitelikte irtifaklar kurulamayacaktır. Örneğin, üzerinde kat irtifakı mevcut bir taşınmaz üzerinde üst hakkı tesis edilemez.¹⁴²⁰

Kat irtifakı, kat mülkiyetine geçiş için zorunlu bir müessese değildir. Kat irtifakı, henüz inşasına başlanmamış yahut inşası tamamlanmamış yapılardan yararlanmak adına kurulan bir ara hak niteliğindedir. Hak sahiplerinin, kat irtifakına hiç başvurmaksızın,

¹⁴¹⁷ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 664; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 722; Kürşad Nuri Turanboy, “Kat İrtifakının Hukuki Mahiyeti”, *SÜHFD*, 3/1, (1990), 174.

¹⁴¹⁸ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 666, 667.

¹⁴¹⁹ M. Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 149; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 79; Uslu, *Kat İrtifakı*, 71, 72.

¹⁴²⁰ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 730.

yapının inşasının tamamlanmasının ardından gerekli idari işlemleri de tamamlayarak doğrudan kat mülkiyetine geçmeleri mümkündür.¹⁴²¹

Kat irtifakının tabii sona erme nedeni kat mülkiyetine geçilmesidir. Kat mülkiyetine geçilmesinin ardından artık kat irtifakından söz edilemeyecektir. Kat irtifakı, hak sahiplerinin anlaşması ile sonlandırılabilir. Bu durum iradi olarak kat irtifakının sonlandırılması şeklinde ifade edilebilir. Kat irtifakının, tabii ve iradi sona erme sebeplerinin yanında kendiliğinden sona ermesini gerektiren durumlar da mevcuttur. Kat irtifakının konusu olan arsanın tamamen yok olması durumunda kat irtifakı sona erer. Deprem, sel veya erozyon gibi doğa olayları sonucunda kat irtifakı konusu arsa tamamen yok olabilir. Bu gibi durumlarda kat irtifakı sona erecektir. Ancak belirtmek gerekir ki deprem sonucunda yalnızca kat irtifakının konusu olan yapının yıkılması durumunda kat irtifakının sona ereceği söylenemez. Çünkü bu durumda arsa tamamen yok olmamış veya üzerinde yeniden yapı yapılamayacak bir hale gelmemiştir. Arazinin tamamen yok olmasına baraj gölü inşası sırasında, arazinin bu gölün altında kalması gibi idari tedbir ve tasarruflar da neden olabilir. Arazinin tamamen yok olmayıp, üzerinde yapı inşa edilemeyecek duruma gelmesi de kat irtifakını sona erdirir. Buna göre, bir arazi, heyelan, deprem veya sel gibi doğa olayları nedeniyle kısmen yok olması yahut idarenin düzenlemiş olduğu imar planlaması ya da imar mevzuatı gibi nedenlerle yapı yapılabilirlik niteliğini kaybetmesi gibi durumlarda kat irtifakı kendiliğinden sona erecektir. Bir diğer kendiliğinden sona erme nedeni ise kamulaştırmadır (istimlâk). Üzerinde kat irtifakı tesis edilmiş olan arazinin, henüz yapı inşa edilmeye başlanmadan, inşasına başlanmış olmakla birlikte tamamlanmadan ya da inşası tamamlanmış olmakla birlikte kat mülkiyetine geçilmeden önce kamulaştırılması durumunda, kat irtifakı kendiliğinden sona erer. Tüm bu sona erme nedenlerinin yanında kat irtifakının mahkeme yoluyla sona ermesi de mümkündür. Örneğin belirli bir süre içerisinde tamamlanmasının şart koşulması durumunda veya böyle bir sürenin idare tarafından belirlenmiş olması durumunda kat irtifakı sahipleri mahkemeye başvurarak, kat irtifakının sona erdirilmesini talep edebilirler.¹⁴²²

¹⁴²¹ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 729; Uslu, *Kat İrtifakı*, 70.

¹⁴²² Uslu, *Kat İrtifakı*, 284-300; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 731, 732.

Kat irtifakına yönelik bu açıklamalardan da görüleceği üzere kat mülkiyeti ile aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle kat irtifakı geçici bir durumdur. Kat mülkiyetine geçiş için bir aşama mahiyetindedir. Bu bakımdan kat mülkiyetinden ayrılır. Çünkü kat mülkiyeti nihayetinde bir mülkiyet hakkıdır ve devamlılık gösterir. Ayrıca kat mülkiyeti, kat irtifakı olmadan da kurulabilir.¹⁴²³ Kat mülkiyetinin tesisi için ana yapının inşasının tamamlanmış olması gerekirken, kat irtifakı inşasına başlanmamış veya henüz inşası tamamlanmamış yapılarda da kurulabilir.¹⁴²⁴ Bu nitelikleri itibariyle kat irtifakı sahibinin hak ve yükümlülükleri genellikle hakkın konusu olan yapının inşası sürecinden kaynaklanırken, kat malikinin hak ve borçları mülkiyet konusu yapının işletme, bakım ve onarım gibi kullanım sürecinden kaynaklanmaktadır.¹⁴²⁵

1.3. KAT İRTİFAKI SAHİBİNİN HAKLARI VE BORÇLARI

1.3.1. Kat İrtifakı Sahibinin Hakları

Kat irtifakı sahibi, arsa payı oranında, kat irtifakı tesis edilirken belirlenmiş olan yapının bağımsız bir bölümünden yararlanma hakkına sahiptir. Kat irtifakı sayesinde henüz yapı tamamlanmadan kat irtifakı sahibi, yapının hangi bölümünde ve hangi arsa payı oranına karşılık hak sahibi olacağını bilebilir. Kat irtifakı tesis edilirken belirlenen şartlara uygun olarak hak sahibi, kendisine ait olan bölüm üzerinde sınırlı bir egemenlik hakkını haizdir. Hak sahibi, kendisine ait olan bölümden, belirlenen şartlarla ve kat irtifakının yapısına aykırı olmamak üzere yararlanabilir.¹⁴²⁶

Kat irtifakı sahibi, tasarruf yetkisini haizdir. Kat irtifakını bir başkasına devredebilir veya kat irtifakı üzerinde bu hakla bağdaşan nitelikte sınırlı aynî haklar tesis edebilir. Ancak kat irtifakı arsa payına bağlı olarak tesis edilmektedir. Bundan dolayı kat irtifakı arsa payından ayrı olarak devredilemeyeceği gibi, arsa payından ayrı olarak bir başka tasarrufa konu da edilemeyecektir. Kat irtifakı üzerinde yapılacak tasarruflar hem arsa payı hem de müşterek mülkiyetin kurulu olduğu ortak yerler üzerinde de geçerli

¹⁴²³ Fatma Telek, “Kat Mülkiyeti ile Kat İrtifakı Arasındaki Farklar”, *İBD*, 83/1, (2009), 225, 242.

¹⁴²⁴ Kaşıkçı, “Mecelle’de Kat Mülkiyeti”, 138; Turanboy, “Hukuki Mahiyeti”, 173; Telek, “Farklar”, 242.

¹⁴²⁵ Telek, “Farklar”, 284.

¹⁴²⁶ Ertem Sabâ Özmen, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 272, 273; Uslu, *Kat İrtifakı*, 178.

olacaktır. Kat irtifakı sahibinin bağımsız bölümün tamamını değil, bir kısmını devretmesi durumunda devralan kimse bağımsız bölümü devralmış olduğu oranda arsa payının da maliki olacaktır.¹⁴²⁷ Kat irtifakı üzerinde tesis edilecek olan sınırlı aynî haklar, kat irtifakının konusu olan yapının inşasına engel olmamalı veya bu inşanın yapımını güç hale getirmemelidir. Dolayısıyla yapının inşa edileceği arazinin tamamını kayıt altına alan irtifak hakları tesis edilemeyecektir. Örneğin geçit irtifakı, kaynak irtifakı veya üst hakkı gibi irtifaklar arsanın tamamında söz konusu olacağı ve yapının inşasına engel olacağı veya bu inşa faaliyetini güçleştireceği için tesis edilemeyecektir. Ayrıca kat irtifakının, henüz inşası devam eden yahut inşası planlanan yapıları konu alması dolayısıyla üzerinde süknâ hakkı da tesis edilemeyecektir. Çünkü süknâ hakkı, hak sahibine bir binadan veya binanın bir bölümünden konut olarak faydalanma hakkı vermektedir.¹⁴²⁸

Kat irtifakı müessesesinin temel amacı kat mülkiyetine geçmektir. Dolayısıyla kat irtifakı sahiplerinin bu amaç doğrultusunda, kat irtifakına konu teşkil eden yapının belirlenen sürede yapımına başlanmasını ve yapımının tamamlanmasını talep etme hakları bulunmaktadır. Her kat irtifakı sahibi diğer kat irtifakı sahiplerine karşı bu talepte bulunabilirken aynı zamanda kendisi de aynı hususta diğer kat irtifakı sahiplerine karşı yükümlülük altına girmektedir. Ancak kat irtifakını tek kişinin tesis etmesi durumunda artık böyle bir talep ve yükümlülüktan bahsedilemeyecektir.¹⁴²⁹

Kat irtifakı sahiplerinin her birinin ayrı ayrı hareket etmesi durumunda yapının inşa işlemlerinin gerçekleşmesi güçtür. Bundan dolayı kat irtifakı sahipleri aralarından birini yönetici seçebilecekleri gibi dışarıdan bir yönetici de tayin edebilirler. Dolayısıyla her kat irtifakı sahibinin yönetici olabilme, yönetimle ilgili kararlara katılma ve yönetimle ilgili uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır.¹⁴³⁰

¹⁴²⁷ Uslu, *Kat İrtifakı*, 181, 182.

¹⁴²⁸ Uslu, *Kat İrtifakı*, 185, 186.

¹⁴²⁹ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 668; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 457; Telek, “Farklar”, 246-248; Uslu, *Kat İrtifakı*, 187, 188.

¹⁴³⁰ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 209, 210; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 729; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 457; Özmen – Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 274; Uslu, *Kat İrtifakı*, 188; Telek, “Farklar”, 248, 249.

Kat irtifakı tesis edilmesinin nihai amacının kat mülkiyetine geçmek olduğu belirtilmişti. Bu doğrultuda kat irtifakı sahiplerinin kat mülkiyetine geçilmesini talep hakları bulunmaktadır. Kat irtifakına konu teşkil eden yapının inşasının tamamlanması ve gerekli idari düzenlemelere uyulması durumunda, kat irtifakı sahibi veya sahiplerinden birinin talebi üzerine kat mülkiyetine geçilmesi gerekmektedir. Bu talep ile kat mülkiyetine geçilerek, geçici olan kat irtifakına son verilebilecektir.¹⁴³¹

1.3.2. Kat İrtifakı Sahibinin Yükümlülükleri

Kat irtifakı sahibinin yararlanma hakkına diğer kat irtifakı sahipleri katlanmakla yükümlüdür. Ancak zaten tek kişinin malik olduğu taşınmazlar bakımından böyle bir yükümlülüğün bahsedilemeyecektir. Paylı mülkiyet ilişkisinde her bir malik taşınmaz üzerinde belirli oranda mülkiyet hakkına sahip olmakla birlikte bu pay taşınmazın tamamına yayılmış durumdadır. Paylar taşınmaz üzerinde belirlenerek fiili bir taksim yapılmamış durumdadır. Bundan dolayı bir kat irtifakı sahibine bağımsız bölüm tahsis edilmesiyle diğer kat irtifakı sahipleri, paylı mülkiyet ilişkisi gereğince taşınmazın tamamına yayılmış olan paylarından doğan haklarından vazgeçmiş kabul edilmektedirler. Artık diğer kat irtifakı sahiplerinin kendisine bağımsız bölüm tesis edilen kat irtifakı sahiplerine karşı bir katlanma yükümlülükleri doğmuş bulunmaktadır.¹⁴³² Benzer şekilde taşınmazın ortak bölümlerinden yararlanılırken de diğer hak sahipleri katlanma yükümlülüklerine riayet edeceklerdir. Hiçbir hak sahibi diğerini haksız olarak bu bölümlerden yararlanmaktan men edemez.¹⁴³³ Kat mülkiyeti maliklerinde olduğu gibi, kat irtifakı sahipleri de bir başkasına zarar vermeyecek şekilde haklarını kullanmalıdırlar. Haklarını kullanırken diğer hak sahiplerini zarara uğratamazlar. Örneğin kendi bağımsız bölümünü yıkarak, yapının ortak bölümlerine veya diğer hak sahiplerinin kat irtifakı tesis edilmiş olan bağımsız kısımlarına zarar veremezler.¹⁴³⁴ Böyle bir zarar vermeleri

¹⁴³¹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 212; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 729; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 457; Uslu, *Kat İrtifakı*, 188, 189.

¹⁴³² Özmen – Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 298; Uslu, *Kat İrtifakı*, 196; Telek, “Farklar”, 278.

¹⁴³³ MAA, m. 1193; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 215, 2155.

¹⁴³⁴ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2154.

durumunda, haksız yere bir kimsenin taşınmazına zarar veren kimse gibi sorumlu tutulacaklardır.¹⁴³⁵

Kat irtifakı sahipleri, yapının kat irtifakı tesis edilirken belirlenen şartlara uygun olarak yapılmaya başlanması ve tamamlanması hususunda diğer kat irtifakı sahiplerinden talepte bulunma haklarını haiz oldukları gibi diğer kat irtifakı sahiplerine karşı da aynı şekilde yükümlülük altına girmektedirler. Kat irtifakının konusunu teşkil eden yapının tamamlanması için yapılması gereken her türlü masraf bu yükümlülüğün kapsamına dahildir. Dolayısıyla inşaat için gerekli malzemelerin alınması, işçilerin ücretlerinin ödenmesi ve benzeri diğer malzeme ve hizmetler için yapılacak masraflar kat irtifakı sahibinin yükümlülüğündedir. Ancak masrafın yapının tamamlanması için gerekli olup olmadığı hususu kat irtifakı sahipleri arasında tartışmalıysa mahkemeye başvurulabilir.¹⁴³⁶

Kat irtifakı, tek parsel veya komşu parsel toplu yapılar şeklinde de tesis edilebilir. Tek parsel toplu yapılar, alt yapı, yönetim, ortak yer vb. açılardan birbirlerine bağlı bulunan, bir parselde dağılmış halde birden fazla yapının bulunduğu yapılardır. Komşu parsel toplu yapılar ise yine aynı şekilde birbirleri ile bağlantısı bulunan ancak birden fazla parsel üzerinde dağılmış halde kurulan yapılardır.¹⁴³⁷ Toplu yapılarda kat irtifakı sahipleri bir karar alarak bütün blokları tamamlama yükümlülüğünü kabul etmişlerse, bağımsız bölümlerinin hangi blokta olduğuna bakılmaksızın bütün blokların tamamlanması ile yükümlü hale gelirler. Ancak bu yönde bir karar almamışlarsa yalnızca kendi bağımsız bölümlerinin olduğu blokun tamamlanması ile yükümlüdürler. Bu yapılardaki ortak yerler bir bloku ilgilendiriyorsa yalnızca bu blokta bağımsız bölüm sahipleri bu yerlerin yapımı ile yükümlüdürler. Ancak ortak yerlerin çocuk parkı, yüzme havuzu gibi tüm blokları ilgilendirmesi durumunda, bütün irtifak sahipleri bu yerlerin tamamlanması ile yükümlü olacaklardır. Ortak yerlerin yapımı ve inşasının

¹⁴³⁵ MAA, m. 918; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2154.

¹⁴³⁶ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 209; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 726, 727; Uslu, *Kat İrtifakı*, 198-201; Telek, “Farklar”, 278, 279.

¹⁴³⁷ Mehmet Şengül, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011), 51, 52; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 820; Ekrem Kurt, “Kat İrtifakının Sona Ermesi ve Kat Mülkiyetine Geçiş”, *Prof. R. Mustafa Dural’a Armağan*, ed. Tufan Öğüz, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 801; Uslu, *Kat İrtifakı*, 175.

tamamlanması için yapılacak masraflara irtifak hakkı sahipleri, aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe arsa payları oranında katılırlar.¹⁴³⁸

Ortak yerlerin korunması, bakım ve onarım giderlerinde kat irtifakı sahiplerinin tamamı, arsa payları oranında sorumlu tutulacaktır.¹⁴³⁹ Hak sahiplerinden biri, diğerlerinin izni ile bakım ve onarımı gerçekleştirirse masraftan paylarına düşen kısmını diğer hak sahiplerinden alır.¹⁴⁴⁰ Eğer bu hak sahiplerinden gaip olan varsa, bu durumda bakım ve onarımı gerçekleştirmek isteyenler hakimden izin alarak, bu bakım ve onarımı gerçekleştirebilirler. Bu durumda gaip olan şahsın hissesine düşen miktarı ona rücu edebilirler.¹⁴⁴¹ Benzer şekilde bakım ve onarım gerekmesine rağmen hak sahiplerinden birisi izin vermiyorsa yine hakimden izin alınarak bu bakım ve onarım gerçekleştirilir ve izin vermeyen hak sahibinden hissesine düşen miktar talep edilir.¹⁴⁴² Bununla birlikte hak sahiplerinden birinin diğerlerinden izin almaksızın veya hakime başvurmaksızın bir masrafta bulunması durumunda, yapmış olduğu harcamalar teberru hükmünde kabul edilecektir. Bu şekilde harcamada bulunan hak sahibinin diğer hak sahiplerine rücu etme imkanı bulunmamaktadır.¹⁴⁴³ Ortak yerlerin işletilmesinden kaynaklanan giderlerin kimin yükümlülüğünde olduğu hususu ise net değildir. Yapı tamamlanmış ancak henüz kat mülkiyetine geçilmemiş olması yahut yapının veya toplu yapıların büyük bölümünün tamamlanmış olması durumunda ortak yerler işletilmeye başlanabilir. Bu durumlarda kat irtifakı tesis edilirken bir belirleme yapılmışsa buraların işletilmesinden doğan yükümlülük, ilgili belirleme doğrultusunda ortaya çıkar. Ancak böyle bir belirlemenin bulunmaması durumunda “mazarrat, menfaat mukabelesindedir”¹⁴⁴⁴ Ve “külfet ni’mete ve ni’met külfete göredir”¹⁴⁴⁵ kâideleri gereğince kendi bağımsız bölümü tamamlanmış olup, ortak yerlerin işletilmesinden faydalanan irtifak sahiplerinin ödeme yapması gerekecektir. Örneğin toplu yapılarda kendi bağımsız bölümünün bulunduğu blok

¹⁴³⁸ Kaşıkçı, “Mecelle’de Kat Mülkiyeti”, 144; Özmen – Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 303, 304; 309-311; Uslu, *Kat İrtifakı*, 202, 204; Telek, “Farklar”, 280.

¹⁴³⁹ MAA, m. 1308.

¹⁴⁴⁰ MAA, m. 1309.

¹⁴⁴¹ MAA, m. 1310.

¹⁴⁴² MAA, m. 1313.

¹⁴⁴³ MAA, m. 1311.

¹⁴⁴⁴ MAA, m. 87.

¹⁴⁴⁵ MAA, m. 88.

tamamlanmış olan kat irtifakı sahibi yüzme havuzunun işletilmesinden doğan masrafları karşılayacakken, henüz kendi bağımsız bölümü bulunan blok tamamlanmamış olan kat irtifakı sahibi bu masrafları karşılamakla yükümlü tutulmayacaktır.¹⁴⁴⁶

Kat irtifakı sahipleri, kat irtifakının nihai hedefi olan kat mülkiyetine geçişle yükümlüdürler. Kat irtifakı sahiplerinin hakları ifade edilirken belirtildiği üzere, kat irtifakı sahipleri diğer kat irtifakı sahiplerinden kat mülkiyetine geçilmesini talep edebilirken aynı zamanda kendileri de yükümlülük altındadır.¹⁴⁴⁷

Kat irtifakı sahiplerinden birinin kusuru nedeniyle kat irtifakı süresi içerisinde kat mülkiyetine çevrilememiş ve sona ermişse bu durumdan ötürü diğer kat irtifakı sahiplerinin uğramış oldukları zararı, kusuru bulunan kat irtifakı sahibi tazmin etmelidir.¹⁴⁴⁸

Kat irtifakı sahipleri yukarıda ifade edilen yükümlülüklerinin yanında, kurul halinde karar alarak veya belirlemiş oldukları yöneticinin almış olduğu kararlar ile ek yükümlülükler getirebilirler. Bu şekilde ortaya çıkan yükümlülüklerden de yine kat irtifakı sahipleri sorumlu olacaktır.¹⁴⁴⁹

1.4. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN KAT İRTİFAKI

Kat irtifakının hukuki niteliği hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Her ne kadar irtifak olarak isimlendirilse dahi hukuki mahiyeti açısından gerçekten bir irtifak hakkı olup olmadığı tartışılmıştır. Kat irtifakı ile ilgili olarak eşyaya bağlı bir borç olduğu, bir irtifak hakkı olduğu ve kendine özgü bir aynî hak olduğu yönünde üç farklı görüş savunulmaktadır.

¹⁴⁴⁶ Modern hukukta benzer görüş için bkz. Özmen – Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 313-315; Uslu, *Kat İrtifakı*, 209.

¹⁴⁴⁷ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 729; Uslu, *Kat İrtifakı*, 212, 213; Telek, “Farklar”, 252.

¹⁴⁴⁸ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 211, 212; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 728; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 669; Özmen – Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 322; Uslu, *Kat İrtifakı*, 213; Telek, “Farklar”, 283, 284.

¹⁴⁴⁹ Özmen – Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 317, 318; Uslu, *Kat İrtifakı*, 214.

1.4.1. Kat İrtifakını Eşyaya Bağlı Borç Olarak Nitelendiren Görüş

Eşyaya bağlı borç bir şahsi haktır. Bu durumda şahsi hakka, tıpkı aynî hak gibi kuvvet kazandırılmaktadır. Eşyanın sahibi olan kimsenin sırf eşyanın sahibi olmasından kaynaklı olarak borç altına girmesi durumunda eşyaya bağlı borçtan söz edilecektir. Bu durumda borç, söz konusu malın üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı bir nitelik arz eder.¹⁴⁵⁰

Kat irtifakının eşyaya bağlı borç olarak nitelendirilmesinin temelinde, doğrudan doğruya bir verme veya yapma ediminin irtifak haklarının asıl muhtevasını teşkil edememesi hususu yatmaktadır. Bu tür yükümlülükler ancak yan edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte kat irtifakında müşterek malikler arsa paylarına bağlı olarak hak sahibi olmaktadır. Paydaşlar, kat irtifakının konusunu teşkil eden yapının tamamlanması ve sonrasında kat mülkiyetine geçirilmesi hususunda birbirlerine karşı yükümlülük altındadırlar. Dolayısıyla burada kat irtifakının, yükümlü taşınmaz malikine asli edim olarak verme yükümlülüğünü yüklemiş olduğu görülmektedir. Oysaki, irtifak haklarında yükümlü taşınmaz maliki olan kimse katlanma ve/veya kaçınma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Asli bir yükümlülük olarak, aktif bir fiil ile yükümlü tutulması söz konusu değildir. Dolayısıyla kat irtifakını eşyaya bağlı borç olarak nitelendirenlere göre, kat irtifakında paydaşlar yapıyı inşa etmekle yükümlü bulunduklarından dolayı, aslında bir irtifak hakkından değil, eşyaya bağlı borçtan bahsedilecektir.¹⁴⁵¹

Kat irtifakının eşyaya bağlı borç olduğu görüşünü savunanların dayanaklarından bir diğeri ise arsa payına bağlı olarak bir irtifak hakkının tesis edilip edilemeyeceği hususudur. Eşyaya bağlı irtifak hakkı kavramı ve muhtevası işlenirken belirtildiği üzere, eşyaya bağlı irtifak hakkının yüklü taşınmazı bütün olarak ilgilendirmesinden dolayı müşterek malikin tasarrufu ile bir irtifak hakkı tesis edilemeyecektir. Bununla birlikte bir

¹⁴⁵⁰ M. Kemal Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, *İÜHFM*, 31/1-4, (1965), 214; Uslu, *Kat İrtifakı*, 55.

¹⁴⁵¹ Kaşıkçı, “Mecelle’de Kat Mülkiyeti”, 138; M. Kemal Oğuzman, “Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında”, *İÜHFM*, 29/4, (1963), 1037; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 720, 903, 904; Turanboy, “Hukuki Mahiyeti”, 179; Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 23; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 455; Uslu, *Kat İrtifakı*, 56, 57; Zeynep Arslan, “Eşya Hukukunun Temel İlkeleri Karşısında Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyetinin Hukuki Niteliği”, *KÜHFD*, 6/12, (2015), 130.

pay üzerinde münhasıran kullanma yetkisinin bulunması hususunda bu paya bağılı olarak irtifak hakkının kurulması mümkündür.¹⁴⁵² Müşterek maliklerin arsa payı hisseleri anagayrimenkulden ayrı bir mevcudiyet taşımaz. Bu hisseler anagayrimenkulün bütününe yayılmış vaziyettedir. Dolayısıyla burada biri yüklü (hadim) bir diğeri yararlanan (hakim) taşınmazdan bahsedilemez. Bununla birlikte müşterek mülkiyetin söz konusu olduğu taşınmazda, arsa payına bağılı bir hisse üzerinde irtifak hakkının tesis edilmesi mümkün olarak kabul edilse dahi bu irtifak taşınmaz lehine kurulamayacaktır.¹⁴⁵³ Sırf bu nedenle, İslâm hukukçularının çoğunluğunun yalnızca eşyaya bağılı irtifakları kabul etmesi, şahsa bağılı irtifakları kabul etmemesinden¹⁴⁵⁴ ötürü, çoğunluğun görüşüne göre kat irtifakının bir irtifak hakkı olarak değerlendirilemeyeceği açıktır.

Kat irtifakında söz konusu yapının tamamlanmasının ardından kat mülkiyetine çevrilme hususu ve bir katlanma yükümlülüğü olarak kabul edilmesi durumu da bu görüş sahipleri tarafından eleştirilmiştir. Çünkü katlanma yükümlülüğünün yüklü taşınmaza malik olmaktan kaynaklanması gerekmektedir. Ancak kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesi mülkiyet hakkının içeriğine yönelik bir yetki değildir. Bu yetki müşterek maliklerin sahip oldukları kat irtifakından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla burada bir katlanma yükümlülüğünden bahsedilse dahi bu yetki malik olmaktan kaynaklanmayıp, malikin sahip olduğu irtifak hakkını devretmesinden kaynaklı olarak bir başkasının bu hakkı kullanmasına katlanması niteliğinde olacaktır.¹⁴⁵⁵

1.4.2. Kat İrtifakını İrtifak Hakkı Olarak Nitelendiren Görüş

Modern hukukta, kat irtifakını irtifak haklarından farklı olmakla birlikte, irtifak hakkının özel bir türü olarak nitelendiren hukukçular bulunmaktadır. Ancak bu kişilerin daha çok kanunun ifadesinden yola çıkmış oldukları görülmektedir.¹⁴⁵⁶ Bu görüşü savunan bazı hukukçular, paylı mülkiyetin konusu olan taşınmazdan yararlanma hakkının

¹⁴⁵² Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 99; Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 910; Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 50, 51.

¹⁴⁵³ Uslu, *Kat İrtifakı*, 58; Turanboy, “Hukuki Mahiyeti”, 174.

¹⁴⁵⁴ Bilgin, “İrtifak Hakları”, 89; Hacak, *İrtifak Hakları*, 24.

¹⁴⁵⁵ Uslu, *Kat İrtifakı*, 58.

¹⁴⁵⁶ Ayşe Arat, “Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı Kavramları ile Bu Kavramların Kuruluş, Hukuki Nitelik ve Sona Erme Bakımından Karşılaştırılması” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/1, (2016), 46; Uslu, *Kat İrtifakı*, 60, 61.

hiçbir malik tarafından engellenmemesi şartıyla paylı mülkiyette paylar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceğini ifade etmektedirler. Dolayısıyla bu nitelikteki taşınmazlar üzerinde kat irtifakının kurulacağını belirten bu hukukçular, bu nitelikteki hakkın yine “*özel nitelikte taşınmaza bağlı bir irtifak*” olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Özel nitelikte denmesinin sebebi ise kat irtifakının bir süreyle sınırlı yani geçici olması ve hak sahibine bir takım haklar sağlarken aynı zamanda diğer kat irtifakı sahiplerine karşı yükümlülük de yüklüyor olmasıdır.¹⁴⁵⁷ Bu görüşe mensup yazarlardan, yararlanan taşınmaz yapılmış olan yahut ileride yapılacak olan bağımsız bölüme yönelik paylı mülkiyet payı, yüklü taşınmazı ise yararlanan taşınmaz malikinin haricindeki diğer hak sahiplerinin teşkil etmiş oldukları paylı mülkiyet payı olarak belirtenler bulunmaktadır. Bunlara göre kat irtifakı eşyaya bağlı olarak kurulan bir irtifak hakkı niteliğini haizdir.¹⁴⁵⁸

1.4.3. Kat İrtifakını Kendine Özgü Bir Aynî Hak Olarak Nitelendiren Görüş

Kat irtifakını kendine özgür bir aynî hak olarak tanımlayan hukukçular bulunmaktadır. Bu hukukçulara göre kat irtifakı bir irtifak hakkı olarak nitelendirilememektedir. Bu görüş doğrultusunda, kat irtifakının arsa payına bağlı olarak kurulmasından dolayı şahıs lehine kurulamayacağını ifade etmişlerdir. Bununla birlikte kat irtifakının paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz payının yararına kurulamayıp ancak taşınmazın tümünün yararına kurulabileceğini belirtmişlerdir. Yararlanan taşınmaz olarak değerlendirilen arsa payının gerçek anlamda bir taşınmaz olmadığını, yüklü taşınmaz olarak değerlendirilen taşınmazın ise arsa payına bağlı olup ayrı bir taşınmaz olmadığını ifade etmişlerdir. Kat irtifakının geçici süreyle kuruluyor olup, irtifak haklarından beklenen uzun süreli ihtiyaçlara cevap verme niteliğini haiz olmaması ve irtifak haklarında asli edim yükümlülüğü olarak bulunamayacak olan yapma edimini içermesi nedenlerini de sayarak, kat irtifakının irtifak hakkı olarak kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Bu görüşe göre kat irtifakı ileride inşa edilecek veya inşa edilmekte olan yapının, tamamlanmasının ardından ortaya çıkacak bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti tesis edilmesini sağlamak amacıyla paylı maliklerin aralarında yapacakları

¹⁴⁵⁷ Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 75-77.

¹⁴⁵⁸ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 665.

sözleşmeye güvence kazandıran bir müessese olarak görülmektedir. Bu yönüyle kat irtifakı arsa payına bağlı kendine özgü bir sınırlı aynî hak olarak ifade edilmiştir. Bu hak kat irtifakının, yapının tamamlanmasının ardından, kat mülkiyetine çevrilmesi için yenilik doğurucu bir hak tesis etmektedir.¹⁴⁵⁹

1.4.4. Değerlendirme

Kat irtifakı her ne kadar aynî bir hak olup, aynî bir güvence sağlıyor olsa ve irtifak olarak adlandırılrsa da yukarıdaki bölümlerde açıklamış olduğumuz irtifak haklarına nazaran ciddi farklılıklar içermektedir. Kat irtifakının ne şahıs lehine ne de taşınmaz lehine bir irtifak olduğunu söyleyebilmek güçtür. Öncelikle arsa payına bağlı bir irtifak olmasından dolayı şahsa bağlı bir irtifak olarak adlandırılmayacaktır. Nitekim kat irtifakının arsa payından ayrı devri mümkün değildir. Bunun yanında müşterek maliklerin arsa payı hisseleri anagayrimenkulden ayrı bir mevcudiyet taşımayıp, anagayrimenkulün bütününe yayılmış nitelikte olmalarından dolayı burada biri yüklü diğeri yararlanan olmak üzere iki ayrı taşınmazdan bahsedilemez. Dolayısıyla kat irtifakının taşınmaz lehine kurulmuş olduğunu ifade etmek mümkün görünmemektedir. Ayrıca kat irtifakının konusunu bir yapının inşa edilmesi, inşasının tamamlanması ve ardından kat mülkiyetine geçirilmesi teşkil etmektedir. Buradan anlaşılabacağı üzere kat irtifakında asli edim olarak bir yapma edimi söz konusudur. Oysaki, irtifak haklarında yapma edimi asli bir edim olarak kabul edilemez. Ancak sözleşmeye zarar vermeyecek, sözleşmenin niteliğine uygun düşen şartların irtifak haklarında yan edim olarak kararlaştırılması söz konusu olabilir. Tüm bu nedenlerden dolayı kat irtifakını bir irtifak hakkı olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte diğer irtifak haklarından olan farklılığını göz önüne alarak kendine özgü bir irtifak türü olarak görmek de mümkün değildir. Çünkü belirtilen nedenler bu hakkın mahiyetinin irtifak hakkı olmasını engellemektedir. Ayrıca kat irtifakının, bir aynî hak değil de şahsi hak olduğu görüşüne de katılmak mümkün görünmemektedir. Çünkü irtifak hakkı, üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebilir bir niteliği haiz olup, hak sahibine eşya üzerinde sınırlı da olsa bir egemenlik vermektedir. Bu egemenliğin sınırlı olması nedeniyle kat irtifakını bir şahsî hak olarak değil sınırlı aynî hak olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Bundan dolayı kat irtifakını eşyaya bağlı

¹⁴⁵⁹ Köprülü – Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 193-196; Hatemi – Serozan – Arpacı, *Eşya Hukuku*, 219, 220; Turanboy, “Hukuki Mahiyeti”, 175, 176.

borç olarak nitelendirmek uygun olmayacaktır. İfade edilen tüm bu nedenler göz önüne alındığında kat irtifakını, menfaat mülkiyeti kapsamında kendine özgü bir sınırlı aynî hak olarak nitelendirmek mümkün gibi görünmekle birlikte özellikle, hak sahibinin egemenliğinin sınırlı olması ve bu hakkın geçici olması nitelikleri dolayısıyla kat irtifakının, hakku't-temellük kapsamında bir yarı aynî hak olarak değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Nitekim hakku't-temellük kavramı, açıklanırken belirtildiği üzere geçici bir nitelik taşımaktadır. Hakku't-temellük kavramı ile henüz gerçek manada milke dönüşmemiş ve milke nazaran ikincil durumdaki yetkiler ifade edilmektedir. Hakkın milke dönüşmesine engel olan nedenler ortadan kalktıkları vakit hakku't-temellük niteliğindeki hak, hak sahibinin talebi ile milk kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, küçüğün malındaki babanın hakkı, şüf'a hakkı ile malik olunacak olan şey üzerindeki şefinin kendine düşecek olan kısım üzerindeki hakkı, mudaribin kâr üzerindeki paylaşım öncesi hakkı bu kavram ile ifade edilmektedir. Bu hakkın milke dönüşmesi için hak sahibinin tek taraflı iradesini kullanması gerekmektedir.¹⁴⁶⁰ Benzer şekilde kat irtifakının da hak sahiplerinin yapının inşasının ardından talepte bulunmaları ile kat mülkiyetine geçilmesi yönünden geçici ve hak sahibinin egemenliğini sınırlayıcı bir mahiyet taşımasından dolayı hakku't-temellük kapsamında ele alınarak bir yarı aynî hak olduğunu ifade etmenin modern hukukta tartışılan görüşlere nazaran daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Üst hakkı kapsamında incelenmiş olan tealli hakkını, kat irtifakı olarak nitelendiren hukukçular bulunmaktadır.¹⁴⁶¹ Ancak yukarıda görüldüğü üzere kat irtifakı bir irtifak hakkı değildir. Tealli hakkı ise mahiyeti itibariyle bir irtifak hakkıdır. Kat irtifakı arsa payına bağlı olarak kurulmak zorundayken, tealli hakkının şahsa bağlı olarak da kurulması mümkündür. Kişinin tealli hakkı sahibi olmak için arazi üzerinde müşterek mülkiyetinin bulunmasına ihtiyaç yoktur. Bilakis bu durumda arsa da alt katta tealli hakkı sahibine ait değildir.¹⁴⁶² Kat irtifakı temel olarak geçici bir süre yararlanma ve binanın tamamlanması ile birlikte kat mülkiyetine geçme hakkı verirken, tealli hakkı yalnızca kat

¹⁴⁶⁰ İbn Receb, *el-Kavâid*, 188 - 189; Hacak, *İrtifak Hakları*, 20; Çalış, "Milk Terimi", 192; Bardakoğlu, "Hak", c. XV, 145; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 185, 186; Günay – Hoyladı, "Hakların Tasnifi", 779.

¹⁴⁶¹ Cin - Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 81.

¹⁴⁶² Serahsî, *Mebhut*, c. XIV, 132.

mülkiyetini talep etme yetkisi vermemekte, burada kendi yapısını bulundurma yetkisi de tanınmaktadır. İnşasına başlanmamış veya inşası tamamlanmamış yapılar için söz konusu olan kat irtifakı, tealli hakkının muhtevasını karşılamamaktadır. Bu nedenler doğrultusunda görüleceği üzere tealli hakkı ve kat irtifakı mahiyet itibariyle birbirlerinden farklı haklardır. Bu iki kavramın birbirleri yerine kullanılması mümkün görünmemektedir.

2. KOMŞULUK HAKKI (HAKKU'L-CİVAR)

2.1. GENEL OLARAK KOMŞULUK HAKKI

Müslümanların bir toplum halinde dayanışma içerisinde yaşamasına büyük önem veren İslâm dini, komşuluk ilişkilerinin önemine vurgu yapmıştır. Rasulullah (s.a.v.), “*Cebrail (a.s.) bana durmadan komşu haklarına riayeti tavsiye ediyordu, öyle ki en sonunda onu mirasçı kılacağımı sandım*”¹⁴⁶³ buyurmuştur. Günümüz İslâm hukukçularının birçoğu hakku'l-civar kavramı ile ifade edilen, komşuluk hakkı olarak nitelendirebileceğimiz bir irtifak hakkının bulunduğu görüşündedirler.¹⁴⁶⁴ Hakku'l-civar kavramına klasik fıkıh eserlerinde doğrudan rastlanmamaktadır. Çağdaş yazarlar ise bu kavramı yaygın biçimde kullanmaktadırlar. Hakku'l-civar, bir şahsın kendi mülkiyeti altında olan eşya üzerindeki tasarruflarının komşusuna fahiş (aşırı) zarar vermeyecek biçimde kısıtlanmasını ifade etmektedir. Bu kısıtlama için komşular arasında herhangi bir hukuki işlem tesis edilmesine gerek yoktur. Doğrudan kanundan kaynaklı olan bu kısıtlama nedeniyle hiç kimse kendi mülkiyetinde, komşusuna zarar verecek biçimde tasarrufta bulunamayacaktır.¹⁴⁶⁵

¹⁴⁶³ Buhârî, *Edeb*, 28; Müslim, *Birr ve Sıla ve Âdâb*, 140, 141; İbn Mâce, *Edeb*, 4; Ebu Davud, *Edeb*, 122; Tirmizi, *Birr ve Sıla*, 28.

¹⁴⁶⁴ el-Hafif, *Muâmelâti 'ş-Şer'iyye*, 108, 109; Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 37; Yusuf Musa, *el-Emval*, 168, 181; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 65; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 112; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 131, 132; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707; Bu müelliflerden el-Hafif daha sonraki bir eserinde ise komşuluk hakkı ile diğer irtifak haklarını birbirinden ayırmıştır. el-Hafif, *el-Milkiyye*, 100-106, 117-125.; Karaman ve Cin - Akgündüz komşuluk hakkını aynı zamanda mülkiyeti sınırlandırıcı sebepler içerisinde de incelemiştir. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 89; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 684, 685; Sahibânî, “Hakku'l-İrtifak”, 614, 625, 626; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku'l-İrtifak”, 294.

¹⁴⁶⁵ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 57; el-Hafif, *Muâmelâti 'ş-Şer'iyye*, 108; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 553 554; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 348; Hacak, *İrtifak Hakları*, 70; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 302, 303.

Hakku'l-civar hakkında söz konusu olan komşuluk yan yana (sınırların bitişik olması sonucu oluşan) komşuluk olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁶⁶ Bu görüş Malikîlere ve Ebu Hanife'ye aittir. Şafilere ve Hanbelîler ise komşunun her yönden kırk eve kadar olacağını ifade etmişlerdir. Ebu Yusuf ve Muhammed eş-Şeybanî ise aynı camide toplanabilecek kimseleri komşu olarak kabul etmişler, bitişik olmasını şart koşmamışlardır.¹⁴⁶⁷ Yüksek bir binaya pencere açılması gibi durumlarda, bitişik olmayan komşu taşınmazın devamlı kadınların bulunduğu alanlarının görünmesi halinde yine malik açısından bir kısıtlanma söz konusu olacaktır.¹⁴⁶⁸ Bundan dolayı esas olan, yalnızca bitişik komşular için hakku'l-civarın söz konusu olması olmayıp, aynı kapsamdaki fiillerin bitişik olmamakla birlikte komşu sayılacak biri tarafından yapılması halinde de fahiş zarar doğurması şartıyla hakku'l-civar kapsamında değerlendirilmesidir. Keza mer'î hukukta da komşu kavramı, mâlikin fiilinin etki alanında kalan, bu fiilden zarar gören bütün taşınmazları kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır.¹⁴⁶⁹

Komşuluk hakkının temelinde komşuların birbirlerine aşırı zarar verecek olan tasarrufları, kendi mülklerinde yapmaktan kısıtlanmaları yatmaktadır. Ancak bu durum fakihler arasında tartışma konusu olmuştur. Bir kimsenin kendi mülkünde kısıtlanıp kısıtlanamayacağı ve kısıtlansa dahi bunun sınırının ne olacağı hususunda fakihler farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bundan dolayı öncelikle İslâm hukukunda mülkiyetin sınırlandırılıp, sınırlandırılmayacağına ve bunun ölçülerinin neler olduğuna yönelik görüşleri incelememiz gerekmektedir. Bu görüşlerin incelenmesinin ardından komşuluk hakkı ve bu hakkın niteliği kavranabilir.

Ebu Hanife'ye, Şafiî'ye ve Davud ez-Zâhirî'ye göre hiç kimse mülkiyeti üzerindeki tasarrufları hususunda sınırlandırılmaz. Malikin, tasarrufları nedeniyle bir zarar ortaya çıksa dahi sorumlu tutulamaz.¹⁴⁷⁰ Bu görüşün temelinde malikin tam

¹⁴⁶⁶ el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'îyye*, 108; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 112; Zeydân, *el-Medhal*, 225, No: 269.

¹⁴⁶⁷ Kalaci, "Hakku'l-İrtifak", 373.

¹⁴⁶⁸ MAA, m. 1202; Ömer Hilmi Efendi, "Mirâtü'l-Mecelle", 18.

¹⁴⁶⁹ Beyza Dinçbudak Solak, *Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2018), 14.

¹⁴⁷⁰ es-Serahsî, *Mebcut*, c. XV, 21; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, c. VI, 264, 265, c. VII, 28, 29; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusuleyn*, 1047; Zuhaylî, *Nazariyetü'd-Damân*, 27; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. VII, 84-86; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 180 (385); el-Hafîf, *Muâmelâtî's-Şer'îyye*, 108; Ebu Zehra,

mülkiyet hakkına bir başkasının hakkının taalluk etmemesi, bundan dolayı malikin mülkiyeti üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilmesi fikri yatmaktadır. Malik üzerinde mülkiyet hakkı bulunan eşyadan istediği şekilde istifade edebilecek, pencere ve kapı açabilecek, bahçesinde kuyu kazabilecek, binasının duvarını yıkabilecek vb. fiillerini dilediği şekilde gerçekleştirebilecektir. Bu fiilleri nedeniyle malik sorumlu tutulamayacaktır. Ancak mübaşeretten bir zarara neden olmuşsa, malikin kusuruna bakılmaksızın sorumluluğuna gidilebilecek, bunun haricinde bu fiilleri ile neden olmuş olduğu zararlardan ötürü sorumlu olmayacaktır.¹⁴⁷¹ Çünkü kendi hakkını kullanan kişi sırf bu nedenle sorumlu tutulamaz.¹⁴⁷²

Ebu Hanife ve Şafî, kişinin kasten komşusuna zarar verecek biçimde mülkiyet hakkı bulunan eşya üzerinde tasarrufta bulunmasını, hukuken meşru kabul etse de diyaneten meşru kabul etmemektedir.¹⁴⁷³ Bu durumda kişi kendi mülkünde tasarrufta bulunmasından dolayı komşusuna bir zarar vermişse bundan ötürü mahkeme önünde sorumlu tutulamayacak olsa da, bu kişinin dini, ahlaki ve manevi sorumluluğu devam edecektir. Komşuya iyilikte bulunmak, onun hakkını gözetmek İslâm dininin ahlaki ilkelerindendir. Rasulullah (s.a.v.), Allah Teâlâ'ya ve ahiret gününe iman eden kimsenin komşusuna iyilikte, ikramda bulunmasını ve eziyet etmemesini buyurmuştur.¹⁴⁷⁴ Bir başka hadis-i şerifte ise Rasulullah (s.a.v.) üç defa yemin ederek, komşusu şerhlerinden emin olmayan kimsenin iman etmiş olmayacağını ifade etmiştir.¹⁴⁷⁵ Dolayısıyla kişi, kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunuyor olsa dahi komşusuna zarar vermemelidir.

Milkiyye, 104, 105; Zeydân, *el-Medhal*, 225, No: 269; Şelebi, *el-Medhal*, 324; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 132; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 193-196, 225; Hacak, *İrtifak Hakları*, 71; Muhammed Vahideddin Sevar, *Hakku'l-Milkiyye fi'Zatihi fi'l-Kanunu'l-Medeni el-Ürdün* (Amman: Mektebeti Dâru's-Sekâfeti li'l-Neşr ve't-Tevzi, 1993/1413), 66 (No: 58); Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 133; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 69, 70; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 158, Ebu Hanife'ye nispet edilen bu görüşün delilleri üzerinde ciddi şüphelerin bulunduğu ve Ebu Hanife'nin görüşünün bu yönde olmayabileceği hususunda bkz. 98-102; İmam Şafî'nin görüşünün bu yönde olmayabileceği hususunda bkz. 131-134.

¹⁴⁷¹ es-Serahsî, *Mebsut*, c. XV, 21; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 108; MAA, m. 92; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 98, 99.

¹⁴⁷² MAA, m. 91: “*Cevâz-ı şer'î damâna münâfî olur*”

¹⁴⁷³ Zuhaylî, *Nazariyetü'd-Damân*, s. 27; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 105; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 89; Yaman – Çalış, *İslâm Hukuku*, 369; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 209.

¹⁴⁷⁴ Buhârî, *Nikah*, 80, *Edeb*, 31, 85, *Rikâk*, 23; Müslim, *İman*, 19 (74, 75, 77); Ebu Davud, *Edeb*, 123; İbn Mâce, *Edeb*, 4.

¹⁴⁷⁵ Buhârî, *Edeb*, 29; Bir başka rivayette de Rasulullah (s.a.v.) komşusu, şerrinden emin olmayan kimsenin cennete giremeyeceğini ifade etmiştir. Müslim, *İman*, 73.

Ancak bu görüşe göre zarar vermesi halinde dinen sorumlu olacak olup, bu zarar yargı mercilerini ilgilendirmeyecektir.¹⁴⁷⁶

İmam Mâlik'in görüşünü benimseyen Ebu Yusuf, İmam Muhammed, müteahhirun Hanefî fakihleri, Hanbelîler ve İbn Teymiyye maslahata dayalı istihsan prensibi¹⁴⁷⁷ doğrultusunda, bir başkasına fahiş bir zarara neden olmadığı müddetçe malikin, mülkiyeti altında bulunan eşya üzerinde istediği şekilde tasarrufta bulunabileceğini ifade etmişlerdir. Ancak malikin tasarrufunun başkalarına zarar vermesi durumunda sorumluluğu doğacaktır.¹⁴⁷⁸ Bu görüşün temelinde İslâm hukukunun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen¹⁴⁷⁹, “zarar verme ve zarara zararla mukabele etme yoktur”¹⁴⁸⁰ hadisi yer almaktadır. Bunun yanında bu görüş sahiplerince, insanların ahlaklarının kötüleşmesi, dini açıdan zafiyette bulunmalarından dolayı manevi ve ahlaki bir görev olarak kendilerine yüklenmiş olan komşuluk haklarına riayet etmemeleri durumunda, onlara bu görevin yargı gücüyle yaptırılması gerektiği ifade edilmiştir. Aksi durumda bir kargaşa ortamının meydana geleceği ve insanlar arası ilişkilerin kötü bir hal alacağı belirtilmiştir.¹⁴⁸¹ Müteahhirûn Hanefî hukukçuları tarafından ve Ebussuud Efendi zamanından itibaren Osmanlı'da benimsenen bu görüş¹⁴⁸² Mecelle'de de esas alınmış ve “*Muâmelat-ı Civâriye*” başlığı altında buna yönelik düzenlemeler yapılmıştır.¹⁴⁸³ Benzer

¹⁴⁷⁶ Ebu Zehra, *Milkiyye*, 105; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 108; Zuhaylî, *Nazariyetü'd-Damân*, 27.

¹⁴⁷⁷ Kişinin kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunması kıyasa göre hukuka uygundur. Ancak komşusuna fahiş zarar verecek tasarruflarından kısıtlanması, bu kıyasın maslahata dayalı istihsan gereğince terkedilmesini gerektirmiştir. Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusuleyn*, 1049; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 176 (369); Çalış, *Özel Mülkiyet*, 109; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 199.

¹⁴⁷⁸ *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 58; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-Fusuleyn*, 1048; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2159, 2243; Takıyyüddin Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm b. Teymiyye el-Harrânî, *Mecmu'u'l-Feteva*, thk. Abdurrahman b. Mahmud b. Kâsım, (Medinet'il-Münevvere: Mucemmâü'l-Melik Fahd li-Tabâati'l-Mushafi's-Şerif, 1416/1990), c. XXX, 8, 17; Zuhaylî, *Nazariyetü'd-Damân*, 27, 28; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 108; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 106; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 174, 176 (363, 364, 369); Şelebi, *el-Medhal*, 324; Yusuf Musa, *el-Emval*, 184; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 132; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 103, 118, 142; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 196-199, 218 vd.; Hacak, *İrtifak Hakları*, 72; Yaman – Çalış, *İslâm Hukuku*, 370; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 133, 134; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 70; Keskin – Koşum, “İslâm İmar Hukuku”, 282.

¹⁴⁷⁹ MAA, m. 19.

¹⁴⁸⁰ İbn Mâce, *Ahkâm*, 17; Muvatta', *Akdiye*, 31.

¹⁴⁸¹ Zeydân, *el-Medhal*, 225, No: 269; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 109; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 90.

¹⁴⁸² Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2159; el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 108; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 199.

¹⁴⁸³ MAA, m. 1198-1212.

şekilde Mürşidü'l-Hayrân'da da bu görüş benimsenmiş ve düzenlemeler bu doğrultuda yapılmıştır.¹⁴⁸⁴ Günümüzde de, Mecelle ve Mürşidü'l-Hayran'ın tanımlamaları doğrultusunda bu görüşe uygun biçimde düzenlemelerin yapılmış olduğu görülmektedir.¹⁴⁸⁵

İmam Mâlik ve İmameyn'in ileri sürmüş olduğu görüşün anlaşılması açısından fahiş zararın ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Zarar-ı fahiş, komşusunun yapısının yıkılmasına veya zayıflamasına yol açan, binanın yapılması ile amaçlanan yararlanmaya engel olan yahut komşunun devamlı surette rahatsız olmasına neden olan zarardır. Zaruri ihtiyaçlar kapsamında değerlendirilmeyen bir menfaatten istifadenin engellenmesi ise zarar-ı fahiş olarak değerlendirilmeyecektir.¹⁴⁸⁶ Komşularla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde örf temel bir kaynak olarak ele alınmıştır.¹⁴⁸⁷ Fahiş zararın belirlenmesinde de örf önemli bir kaynak konumundadır. Bu zararın anlaşılması için fıkıh kitaplarında ve hazırlanan kanunlarda örnekler verilmiştir.¹⁴⁸⁸ Örneğin: Bir kimsenin bahçesinde bulunan ağacın gölgesinden yararlanan komşusu, ağacın kesilmesi durumunda zarara uğrayacağını iddia ederek malikin bu fiiline engel olamaz. Bir kimse görüş alanını kestiği, manzarasını kapattığı¹⁴⁸⁹, güneşin girişini engellediği veya rüzgarın esintisini engellediği gibi gerekçelerle komşusunun duvarını yükseltmesine engel olamaz.¹⁴⁹⁰ Bu durumlar zarar-ı fahiş kapsamında değerlendirilemez.¹⁴⁹¹ Bununla birlikte güneşin tamamen kesilmesine neden olmak zarar-ı fahiş kapsamındadır. Dolayısıyla yüksek bir duvar yaparak komşunun penceresinden güneş alması tamamen engellenir ve içerisi yazı okunmayacak ölçüde karanlık olursa kapısından güneş alsın denilemez.

¹⁴⁸⁴ Mürşidü'l-Hayrân, m. 57-71.

¹⁴⁸⁵ ÜMK, m. 1027; SMK, m. 522; BAEMK, m. 1144.

¹⁴⁸⁶ MAA, m. 1199; Mürşidü'l-Hayrân, m. 59; ÜMK, m. 1024; SMK, m. 520; BAEMK, m. 1137; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 176 (371); el-Hafif, *Muâmelâti's-Ser'iyye*, 109; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 113; Zarar-ı Fahiş kavramının gelişimi ve mahiyetine yönelik ayrıntılar için bkz. Seval Kılıç, "Osmanlı Komşuluk Hukukunda Mülkiyet Haklarının Sınırlandırılması: Zarar-ı Fahiş", *İMHFD*, 7/12 (2022), 7-9.

¹⁴⁸⁷ Keskin – Koşum, "İslam İmar Hukuku", 272, 279.

¹⁴⁸⁸ Zarar-ı Fahiş kapsamında değerlendirilen örneklerin ayrıntılı incelemesi için bkz. Kılıç, "Zarar-ı Fahiş", 13 vd.

¹⁴⁸⁹ İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXXIV, 162, No: 173.

¹⁴⁹⁰ Manzara irtifakının bulunması durumunda ise, "*Manzara İrtifakı*" başlığında belirtildiği üzere, irtifak hakkı sahibi buna engel olabilecektir.

¹⁴⁹¹ MAA, m. 1201; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2159, 2160; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 177 (374); Akgündüz, *Ebussü'ud Efendi Fetvâları*, 679, 680, 682.

Çünkü kapının, havanın soğuk olması ve başka nedenlerden dolayı kapalı tutulması gerekebilir. Bu durumda zarar-ı fahiş gerekçesiyle duvarın inşası engellenecektir. Ancak komşunun güneş alabileceği bir penceresinin daha bulunması durumunda duvarın inşası artık zarar-ı fahiş kapsamında değerlendirilmeyecektir.¹⁴⁹² Benzer şekilde bir kimsenin değirmenine gelen rüzgarın tamamen kesilecek olması durumu da zarar-ı fahiş kapsamında değerlendirilecektir.¹⁴⁹³ Bir kimse, komşusunun duvarının bitişiğinde çöplerini atmak için çukur kazsa veya bir tuvalet çukuru kazmış olsa bu durumda çukur duvara zarar veriyor ve çimento, kireç gibi şeylerle duvarın sağlamlaştırılması mümkün olmuyorsa bu çukur kapatırılabilir.¹⁴⁹⁴ Yahut çukur kazmayıp da atık suyunu buradan akıtması ve bu suyun komşusunun bahçesine sızarak zarar vermesi durumunda, bu zararın men edilmesi gerekecektir.¹⁴⁹⁵ Bir kimse boyacılık yapmak için kiraladığı dükkanda elbiseleri vurarak çırpması durumunda bu vurmanın şiddetinden komşuların devamlı surette rahatsızlık duymaları halinde, bu fiil engellenecektir.¹⁴⁹⁶ Bir evin bitişiğine demirci dükkanı veya değirmen yapılması durumunda, bu iş yerlerinden gelen gürültünün veya bir fırın inşa edilmesi durumunda buradan gelen dumanın çokluğunun, sürekli olarak komşuları rahatsız etmesi durumunda bu fiiller engellenebilecektir.¹⁴⁹⁷ Bir kimsenin evinin yanına harman yeri yapıp da buradan gelen toz nedeniyle evde durulamaması durumunda, burada harmanın kaldırılması durdurulabilir veya bir kimsenin harman yerinin yanına, oranın rüzgarını kesecek ölçüde yüksek bir bina yapılması durumunda bu binanın inşası zarar-ı fahiş neden olacağı gerekçesiyle engellenebilir.¹⁴⁹⁸ Komşu evlerde kadınların genellikle bulunacakları kuyu başı ve mutfak gibi yerleri görecektir seviyede pencere açmak¹⁴⁹⁹, komşunun kuyu suyunu

¹⁴⁹² MAA, m. 1201; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 61; Bu şekilde gelen şikayetlerde mahkeme tarafından tespit yapıp, içerisinin karanlık olduğunun anlaşılmış olması halinde bu durum zarar-ı fahiş olarak nitelendirilmiş ve bu zararın izalesine karar verilmiştir. İstanbul Kadı Sicilleri, c. LVII, 311, No: 212; Akgündüz, *Ebussu'ûd Efendi Fetvâları*, 680-682.

¹⁴⁹³ Akgündüz, *Ebussu'ûd Efendi Fetvâları*, 681, 682.

¹⁴⁹⁴ Tuvaleti kireç ile inşa etmeyi, buna rağmen duvarın yıkılması durumunda yeniden inşasını taahhüt eden kimse ile sulh olunmasına dair: İstanbul Kadı Sicilleri, c. XVII, 252, No: 267.

¹⁴⁹⁵ Diyarbekir Şer'iyye Sicilleri, Osmanlı Arşivi No: 3709, c. II, 47, No: 57.

¹⁴⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2161.

¹⁴⁹⁷ Benzer bir durumda, böyle yerlerden gelen gürültüden dolayı rahatsızlık duyulması halinin zarar-ı fahiş kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Akgündüz, *Ebussu'ûd Efendi Fetvâları*, 681.

¹⁴⁹⁸ MAA, m. 1200; Akgündüz, *Ebussu'ûd Efendi Fetvâları*, 681.

¹⁴⁹⁹ MAA, m. 1202; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 62; Yargı kararlarında ve fetvalarda bu şekilde açılan pencerelerin kapatıldığına yönelik birçok örnek görülmektedir. Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XVII,

kirletecek şekilde tuvalet çukuru kazmak da zararı fahiş kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁵⁰⁰ Pencere açılmamış veya balkon yapılmamış olsa dahi çatının kullanılması durumunda, bu çatıdan komşu evin bahçesi, mutfak gibi genellikle kadınların bulunacakları yerleri görecektir yükseklikte bina yapılması da fahiş zarara neden olacaktır.¹⁵⁰¹ Dolayısıyla fahiş zarar açısından yüksek binaların sadece pencere veya balkon gibi kısımları değil, bu zarara yol açacak her türlü kullanımı dikkate alınmalıdır. Komşu taşınmaz üzerinde inşa edilen duvara bir delik açılmış ve bu delik nedeniyle yağmur sularının bir komşunun bahçesine dökülüyor, onun bahçesine zarar veriyor olması durumunda bu delik kapatılabilir. Burada yağmur sularının bahçeye vermiş olduğu zarar, fahiş zarar olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁰² Duvara açılmış olan delik nedeniyle komşunun bahçesi görünüyorsa bu durum da zarar-ı fahiş kapsamında değerlendirilerek, duvardaki delik kapattırılır.¹⁵⁰³ Duvara delik açılması veya taşınmaz üzerinde bir yapı inşa edilmesi nedeniyle duvarın çatlamasına yahut yıkılmasına neden olan tasarruflar da zarar-ı fahiş kapsamında değerlendirilecektir.¹⁵⁰⁴

Fahiş zararın bulunup bulunmadığı hususu bilirkişi incelemesi¹⁵⁰⁵ veya keşif yoluyla ispat edilebilmektedir. “*Mahmiye-i Konya’da Kâdî’asker Mahallesi sâkinlerinden Ahmed bin Ya’kûb nâm kimesne meclis-i şer’-i şerîfe gelip takrîr-i kelâm ve bast-ı merâm edip mahalle-i merkûmede câr-ı mülâsık olan Mevlûd nâm kimesnenin mülk menziline vâki’ damı üzerine mezbûr Mevlûd gece ile çıkıp yatmakla benim havluma havâlesi vardır cânib-i şer’den üzerine varılıp nazar olunsun dedikde savb-ı şer’den Molla İsmâ’il ve Muhzır ‘Alî Çelebi ta’yîn ve irsâl olundukda anlar dahî zeyl-i kitâbda isimleri mestûr olan müslimîn ile mahalle-i merkûmede mezbûr Mevlûd’ün*

819, No: 1069; c. XIX, 244, No: 246; c. LXV, 527, No: 662; c. LXIX, 557, No: 768; Akgündüz, *Ebussu’ûd Efendi Fetvâları*, 682, 683.

¹⁵⁰⁰ MAA, m. 1212; Benzer örnekler için bkz. Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-Fusuleyn*, 1048, 1049; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2161 vd.; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 176-178 (372-379); el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 109; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 197-199, 218-221.

¹⁵⁰¹ Konya Kadı Sicili, Defter 10, No: 109-1, 191, 192.

¹⁵⁰² Konya Kadı Sicili, Defter 11, No: 59-4, 140, 141.

¹⁵⁰³ Konya Kadı Sicili, (1138-1139 / 1726-1727), Defter 50, haz. İzzet Sak, Cemal Çetin, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014), No: 164-4, 385.

¹⁵⁰⁴ Mehmet Aykanat – Melikşah Aydın, “Osmanlı Hukukunda Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu” *SÜHFD*, 28/1, (2020), 224.

¹⁵⁰⁵ Komşuluk hakkı ile ilgili uyuşmazlıklarda bilirkişi incelemesinin yapıldığı sıklıkla görülmektedir. Kılınç, *Bilirkişilik*, 151 vd.

menziline varıp damı üzerine çıkıp havlusuna nazar eylediklerinde havâlesi olmadığını müşâhede edip ba‘dehu bâ-cem‘ihim meclis-i şer‘a gelüp ‘alâ vukû‘ihi ihbâr eylemeğın mu‘ârazadan mezkûr Ahmed men‘ bir le mâ-vaka‘a li-ecli’t-temessük bi’t-taleb ketb olundu...”¹⁵⁰⁶ Ancak bilirkişinin raporu hukuka uygun olmak zorundadır. Aksi halde bilirkişinin raporuna itibar edilmeyecektir.¹⁵⁰⁷

Modern hukukta mülkiyet hakkı ile ilgili olarak iki görüş kabul edilmiştir. Bunlardan ilki olan klasik mülkiyet anlayışına göre, mülkiyet hakkı yalnızca yetkilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla malik eşyayı dilediği şekilde kullanabilecek, eşyadan dilediği şekilde yararlanabilecek ve eşya üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunabilecektir. Bu görüşe göre mülkiyet hakkı ancak istisnai olarak, sonradan getirilmiş, hakkın özüne yabancı sınırlandırmalar ile sınırlandırılabilir.¹⁵⁰⁸ İkinci görüş olan sosyal mülkiyet anlayışına göre ise, mülkiyet hakkı, içeriğinde yalnızca yetkileri değil aynı zamanda ödevleri de barındıran bir niteliğe sahip olup sosyal bir işlevi haizdir. Dolayısıyla kanun yoluyla getirilen her türlü sınırlama mülkiyet hakkının özünde mevcut bir ödev niteliği taşıyacaktır.¹⁵⁰⁹ Sosyal mülkiyet anlayışının görüldüğü mer’î hukukta, maliklerin mülkiyet hakları komşularına zarar verecek olan taşkınlıklar açısından kısıtlanmıştır. Bu taşkınlıkların niteliği de kanunda şu şekilde örneklendirilmiştir: “Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.”¹⁵¹⁰ Bundan dolayı TMK’da da, İslâm hukukundaki fahiş zarara benzer şekilde, her türlü zarar açısından değil, belirli bir yoğunluk seviyesi taşıyan zararlar

¹⁵⁰⁶ Konya Kadı Sicili, Defter 10, No: 109-1, 191, 192; Benzer bir karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXX, 224, No: 390; c. V, 94, No: 56; c. XXCIX, 74, No: 36; c. XXCII, 354, 400, 410, No: 406, 466, 479.

¹⁵⁰⁷ “Mes’ele: Ehl-i hibre ve mi’marlar binaların havalelerinde havale dâime olmayacak bina tamam olacak def ettirilmez deseler, şer’an sözleri makbule olur mu? el-Cevap: Olmaz; hata söylemişler; dinlerine zarar eylemişler; elbette bina tamam oluncaya değin bir gün ise dahi çadır ile ya gayrı nesne ile havaleyi bina sahibi def etmek vaciptir ve lazımdır. Havaley-i gayr-ı dâimeyi def olunmak şeâir-i dinden olup cüz’i vakitte havaleyi zail olacak olur; minare gibi ezan okununca bir lahza civarında olanların ehilleri taşra çıkmayıp ezan tamam olacak çıkarlar. Ebussu’ud.” Akgündüz, Ebussu’ud Efendi Fetvâları, 684.

¹⁵⁰⁸ Gürsoy - Eren - Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 342; Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Mülkiyet)*, 2. Baskı, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973), 4; Surlu – Öztürk, *Mecra İrtifakı*, 40.

¹⁵⁰⁹ Akipek, *Mülkiyet*, 6; Gürsoy – Eren – Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 342; Surlu – Öztürk, *Mecra İrtifakı*, 40.

¹⁵¹⁰ TMK, m. 737.

bakımından mülkiyet hakkının kısıtlandığı belirtilmiştir. Bu zararın taşkın bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususu ise hakim tarafından tespit edilecektir.¹⁵¹¹

Bir kimse hukuka uygun biçimde kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktayken, daha sonradan birinin gelip bu kişinin taşınmazının yanında bina inşa etmesi ve daha önceden orada bulunan kişinin penceresi nedeniyle kendi binasının içinin görünmesi durumunda bu pencerenin kaldırılması istenemez. Çünkü oraya gelip bu nevi bina inşa edilmesi, kişinin bu duruma rızası olduğu anlamına gelir. Artık mevcut durumun değiştirilmesine yönelik bir talep, haklı olmayacaktır.¹⁵¹² Dolayısıyla kadim olan muhafaza olunacaktır.¹⁵¹³

Kanuni şüf'a hakkı sebeplerinden bir tanesi de bitişik komşuluktur. Mâlikin taşınmazını bir başkasına satması durumunda, komşunun şüf'a hakkı bulunmaktadır. Bu cihetle mâlikin mülkiyetini istediği şahsa temlik sınırlandırılmaktadır. Satım sözleşmesinin konusu olan taşınmaza bitişik nitelikteki komşunun ilgili taşınmazı, bu taşınmaza ortak olanlarda ve irtifak hakkının kullanımına ortak olanlardan sonra, diğer herkesten ise önce satın alma hakkı bulunmaktadır. Bundan dolayı ilgili taşınmazın bir başkasına satımı esnasında bedelini ödemek suretiyle komşu taşınmazın mâlikî, bu taşınmazı satın alabilir. Komşunun bu hakkını kullanmaması durumunda, mâlik dilediği kimseye taşınmazını satabilecektir. Bununla birlikte şüf'a hakkında söz konusu olan komşuluğun, muhakkak bitişik nitelikte bir komşuluk olması gerekmektedir. Bu bitişiklik durumu alt kat, üst kat komşuluğu için de geçerlidir.¹⁵¹⁴

¹⁵¹¹ Yıldız Abik, “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu” *EÜHFD*, 14/3-4, (2010), 149, 150; Yasemin Yılmaz, “Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, 24/2, (2018), 1154; Ahmet Nabi Nebioğlu, *Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları* (Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017), 87 vd.; Dinçbudak Solak, *Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması*, 18, 19.

¹⁵¹² MAA, m. 1207; *Mürşidü'l-Hayrân*, m. 63; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 178 (379); el-Hafif, *Muâmelâtî's-Şer'iyye*, 109.

¹⁵¹³ Örnek için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXXXV, 184, No: 144.

¹⁵¹⁴ MAA, m. 1008-1011; İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf'a”, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 249; Ali Can, “Kur'ân ve Sünnet Işığında Komşuluğun Yeri”, *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 21, (2013), 224, 225; İlyas Yıldırım, “Şüf'a-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese” *İHAD*, no. 31, (2018), 321.

Mecelle’de yer alan “*Zarar-ı fâhiş, bi-eyyi vechi kân def’ ettirilir*” düzenlemesi ile, zarar-ı fahişin giderilmesi bakımından tek bir yol benimsenmemiş ve uygun olan herhangi bir yolun izlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵¹⁵ Bu bakımdan maddede bazı örneklerle yer verilse de bu örnekler sınırlayıcı değildir. Önemli olan sorumluluk hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda bu zararın izalesidir.¹⁵¹⁶ Zarar-ı fahişin def’i için birden fazla yol varsa bunlardan birinin yapılması hususunda malik zorlanamaz. Örneğin komşusunun taşınmazında devamlı olarak kadınların kullandığı alanları gören penceresinin duvarla kapatılması veya önüne perde çekilmesi, panjur yaptırılması gibi zararı önleyecek birden fazla çözümün olması halinde, malik duvar örmeye zorlanamaz.¹⁵¹⁷ Ayrıca perdeyi de hemen pencerenin önüne çekmesi için zorlanamayıp, zararı önleyecek şekilde daha ileriye de çekmesi mümkündür.¹⁵¹⁸ Örneğin, komşusunun yapmış olduğu yeni kata açmış olduğu pencereden evinin ve bahçesinin görüldüğü bundan dolayı ev halkının bahçeye çıkamaz olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvuran taraf dinlendikten sonra, komşu açmış olduğu pencerenin zararını kabul etmiş ve kendisi yıkmayı teklif etmiştir. Bunun üzerine mahkemenin de bu teklifi kabul ettiği görülmektedir.¹⁵¹⁹ Bu durumda artık bu pencerenin önüne perde çek veya yeni yapmış

¹⁵¹⁵ MAA, m. 1200.

¹⁵¹⁶ Seval Kılıç, *Osmanlı Komşuluk Hukuku* (İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2022), 79-82.

¹⁵¹⁷ Ömer Hilmi Efendi, “Mirâtü’l-Mecelle”, 18; “...Mezbûre Afife müvekkile [müvekkil]-i mezbûr ile mezbûrünün menzillerinin kad[î]mîni bi-tav’ihâ ikrâr ettiğinden sonra mi’mârân-ı mezbûrân hâzır olan cemâ’at-i Müslimîn ile mezbûrenin zikri mürûr eden şehnişinde olan üç adet pencerelerin müvekkil-i mezbûr ile mezbûrünün menzillerinin makarr-ı nisvân olan mahallerine nezâreti ve zarar-bînî olduğunu ba’d-e’l-mu’âyene zarar-bînî tahta sûtire vaz’ıyla mündefi’ olur diye mi’mârân-ı mezbûrân ihbâr etmeleriyle...” İstanbul Kadı Sicilleri, c. LXV, 546, 702; Panjurla kapatılmasına dair bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XCVI, 118, No: 68; Tahtanın delinme ihtimaline karşı duvar örmesinin istenemeyeceğine dair bkz. Akgündüz, *Ebussu’ûd Efendi Fetvâları*, 683.

¹⁵¹⁸ MAA, m. 1202; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2169.

¹⁵¹⁹ Konya Kadı Sicili, Defter 10, No: 12-3, 22; Benzer bir karar ise şu şekildedir: “...Receb Ağa benim menzilimden bir tabaka irtifâ’ üzere müceddeden bir fevkânî yazlık binâ edip iki penceresi benim menzilimin makarr-ı nisvân olan mahalline nâzır ve havâle olmakla def’ ve ref’ için mârû’z-zikr iki pencere sed ve bend olunmak matlûbundur dedikte gibbe’s-su’âl merkûm Receb Ağa cevâbında zikr olunan manzara ve havâle tahta perde ile def’ olunmak mümkündür deyip ve meclis-i mezbûrda neccâr getirip tahta perde ettirdikten sonra mârû’zzikr pencerelerden nazar olundukda mezkûr Seyyid İsmâ’il’in makarr-ı nisvân olan mahalline aslâ nazâre ve havâlesi kalmayıp mündefi’ olduğu mu’âyene ve müşâhede olunmağın pencereyi sed ve bend için mu’ârazadan merkûm Seyyid İsmâ’il’i men’ eylediğini mevlânâ-yı mezbûr mahallinde ketb ve tahrîr edip ba’duhu ma’â ba’s olunan Çukadâr Mehmed Beşe ile meclis-i şer’a gelip ‘alâ vukû’a haber vermeğın mâ-vaka’a bi’t-taleb ketb olundu...” Konya Kadı Sicili, Defter 38, No: 42-2, 62.

olduğu katı tamamen yık denilemeyecektir. Zarara neden olan kişinin seçmiş olduğu ve karşı tarafa zarar vermeyen çözüm yolu kabul edilecektir.

Komşular sulh yoluyla anlaşarak mülkiyetin kısıtlanması niteliğindeki yetkilerinden feragatte bulunabilirler. “*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki mezkûr Cevher ikrâr edip benim sofamın şark tarafında bir penceresi vardı mezbûr Bilâl dahî bir sofa binâ edip zikr olan pencereye perde olur diye nizâ’ etdiğimde mezbûr Bilâl’in yüz akçasın alıp pencereden ferâgat ettim da’vâm ve nizâ’ım yoktur dedikde merkûm Bilâl tasdik edip defter olundu...*”¹⁵²⁰

Tealli hakkının bulunduğu durumlarda Ebu Hanife ve İmameyn arasındaki görüş ayrılığı, komşuluk hakkının bulunduğu durumun tam tersine dönmektedir. Ebu Hanife tealli hakkı durumunda alt kat ve üst kat malikleri arasında esas olanın tasarruf serbestisi olduğunu kabul etmemiş ve yalnızca birbirlerine zarar vermeyecek nitelikte olan tasarrufları yapabileceklerini, zarar verici nitelikte ve şüpheli olan tasarrufları icra edemeyeceklerini ifade etmiştir. İmameyn ise bu durumda esas olanın tasarruf serbestisi olduğunu zarar vermeyen ve zarar verip vermemesi şüpheli olan tasarrufları tarafların yapabileceklerini yalnızca zarar vereceği kesin olan tasarruflardan men olunacaklarını belirtmiştir.¹⁵²¹ Bu durumun asıl nedeni ise alt kat ve üst kat malikleri arasında yalnızca komşuluk durumunun olması değil aynı zamanda üst katın alt kat üzerinde tealli hakkının, alt katın da üst kat üzerinde güneş ve yağmurdan korunma hakkının (çatı hakkı) mevcut olmasıdır. Bu hak ilişkisi gereğince alt kat ve üst kat maliklerinin tasarruflarına yönelik sınırlandırmalar yan yana komşuluğa oranla daha yüksektir. Ancak dikkat edilmelidir ki, buradaki sınırlandırmaların nedeni doğrudan komşuluk hakkı değildir.¹⁵²² Nitekim Mecelle’de de bu durum ayrıca belirtilmiştir.¹⁵²³ Çalış ise alt kat malikinin binanın temeli hususundaki tasarrufları ile alt kat ve üst kat maliklerinin kendi mülklerindeki

¹⁵²⁰ Konya Kadı Sicili, Defter 1, No: 117-7, 295; Sulh ile çözülen benzer ihtilaflar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXCVI, 85, No: 41. İstanbul Kadı Sicilleri, c. XXCII, 90, No: 36.

¹⁵²¹ Serahsî, *Mebhut*, c. XVII, 91; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-Fusûleyn*, 1046, 1070, 1071; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2153, 2154; el-Hafif, *Muâmelâti’ş-Şer’iyye*, 106; Kaşıkçı, “Mecelle’de Kat İrtifakı”, 142, 143; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 203; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707; Kılıç, *Zarar-ı Fahîş*, 5, 6.

¹⁵²² *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 64-68; Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-Fusuleyn*, 1071; Hacak, *İrtifak Hakları*, 72.

¹⁵²³ MAA, m. 1192.

tasarruflarını ayırmıştır. Alt kat malikinin binanın temelinde yapacağı tasarruflar açısından tabi olduğu sınırlandırmaların doğrudan komşuluk hakkından kaynaklanmış olduğunu ifade etmektedir. Ona göre Ebu Hanife, üst kat malikinin binanın temelinin bulunduğu arsada herhangi bir hakkı bulunmadığı için komşuluk hakkı doğrultusunda düzenleme yapılacağını belirtmiştir. İmameyn ise üst katın ayakta durabilmesi için alt kata ve alt katın temelinin sağlamlığına ihtiyaç duyacağından dolayı bitişik komşular gibi değerlendirilmeyip daha sıkı izin şartlarının getirilmesini savunmuşlardır.¹⁵²⁴

2.2. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN KOMŞULUK HAKKI

Komşuluk hakkına hakku'l-civar kavramı kapsamında klasik fıkıh eserlerinde karşılaşılmamakla birlikte, çağdaş İslâm hukukçularının birçoğu bu kavram ile ifade edilen, komşuluk hakkı olarak nitelendirebilecek bir irtifak hakkının bulunduğu görüşündedirler.¹⁵²⁵ Bununla birlikte komşuluk hakkının irtifak hakkı değil, komşuluk ilişkilerinden kaynaklı olarak mülkiyeti kısıtlayan bir neden olduğunu savunan İslâm hukukçuları da bulunmaktadır.¹⁵²⁶

Komşuluk hakkı malikin mülkiyeti üzerindeki tasarruf yetkisine sınırlandırma getirmektedir. Bu niteliği itibariyle irtifak hakları da mülkiyet hakkını sınırlayıcı nitelikte olmalarından dolayı çağdaş yazarlar, komşuluk hakkını irtifak hakları kapsamında ele almışlardır.¹⁵²⁷ Oysaki, kaynaklarda komşuluk hakkı nedeniyle sınırlamaların öngörülmüş olduğu yerler yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere kişilerin ahlaki ve manevi yönden kısıtlandığı veya tealli hakkı, kirış koyma hakkı gibi irtifak hakları dolayısıyla kısıtlandığı durumlarda söz konusudur. Hukuki yönden malikin belirli tasarruf yetkisini

¹⁵²⁴ Çalış, *Özel Mülkiyet*, 105.

¹⁵²⁵ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 108, 109; Zerkâ, *el-Medhal*, c. III, 37; Yusuf Musa, *el-Emval*, 168, 181; Senhûrî, *Masadiru'l-Hak*, c. I, 65; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 131, 132; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 707; Bu müelliflerden el-Hafif daha sonraki bir eserinde ise komşuluk hakkı ile diğer irtifak haklarını birbirinden ayırmıştır. el-Hafif, *el-Milkiyye*, 100-106, 117-125; Özdemir – Kılık, *İslâm Eşya Hukuku*, 133; Türkmen, komşuluk hakkını hem bir irtifak hakkı sebebi hem de mülkiyeti kısıtlayıcı neden olarak kabul etmiştir. Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 79, 81; Sahibânî, “Hakku'l-İrtifak”, 614, 625, 626; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku'l-İrtifak”, 294; Kalaci, “Hakku'l-İrtifak”, 372.

¹⁵²⁶ Hacak, *İrtifak Hakları*, 70; İbrahim Ahmed Osman, “Hakku'l-İrtifak”, 294; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 120, 121; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 553, 481; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 348; Çalış, *Özel Mülkiyet*, 302, 303; Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku*, 81; Sevar, *Hakku'l-Milkiyye*, 66 (57).

¹⁵²⁷ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 108.

sınırlandıran durumlar bakımından, kişiler arasındaki ilişki sırf komşuluk ilişkisinden kaynaklanmamaktadır.¹⁵²⁸

Komşuluk hakkı doğrudan kanundan kaynaklanmakta olup, irtifak hakkı kazandırıcı diğer sebeplerle kurulmamaktadır. Diğer irtifak haklarında olduğu şekliyle kapsamı belirli olmayıp, komşuyu fahiş zarara uğratacak tüm tasarrufları içermektedir. Oysaki irtifak hakları olumlu, olumsuz veya karma nitelikte de olsa, su akıtmak veya manzara kapatmamak gibi belirli bir muhtevaya sahiptirler. Komşuluk hakkıysa bu şekilde bir muhtevaya sahip olmayıp kanun tarafından getirilmiş olan bir sınırlama niteliğindedir.

Kanuni şüf'a hakkı sahipleri sırasıyla satım sözleşmesinin konusunu teşkil eden malda ortak olanlar, irtifak hakkında ortak olanlar ve son olarak da bitişik komşulardır.¹⁵²⁹ Nitekim bu husus Mecelle'de de düzenlenmiştir.¹⁵³⁰ Bundan dolayı komşunun, irtifak hakkında ortak olanlardan ayrıca şüf'a hakkı sahibi olarak belirtilmiş olması, bu hakkın irtifak haklarına göre farklı bir niteliği haiz olduğunun düşünüldüğünü de göstermektedir.

İrtifak hakları üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen aynî bir niteliği haizdir. İrtifak hakkının kullanımının üçüncü bir kişi tarafından engellenmesi halinde, üçüncü kişinin bu saldırısı irtifak hakkından kaynaklı olarak önlenabilir ya da bu hak dolayısıyla kendisine dava açılabilir. Ancak komşuluk hakkı, sadece komşulara karşı ileri sürülebilecektir. Üçüncü kişinin bir hak ihlalinin söz konusu olması halinde, bu ihlal komşuluk hakkından kaynaklanan hukuki bir yolla engellenemez. Dolayısıyla bu nitelikleri itibarıyla komşuluk ilişkisi, komşular lehine bir irtifak hakkı doğurmamaktadır. Komşuluk ilişkisi mer'î hukukta da kabul edildiği gibi¹⁵³¹ mülkiyet hakkının kanunen kısıtlanması halidir.¹⁵³²

¹⁵²⁸ Hacak, *İrtifak Hakları*, 73.

¹⁵²⁹ Yıldırım, “Şüf'a-Önalım Hakkı”, 321; Hacak, *İrtifak Hakları*, 114.

¹⁵³⁰ MAA, m. 1008, 1009.

¹⁵³¹ TMK, m. 737.

¹⁵³² Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 120, 121; Hacak, *İrtifak Hakları*, 74.

3. ŞEFE HAKKI

3.1. GENEL OLARAK ŞEFE HAKKI

Kaynaklarda şirb hakkı ile birlikte ifade edilen bir kavram da şefe hakkıdır. Şirb bütün mezhepler tarafından kullanılan bir kavram olmakla birlikte, şefe Hanefiler tarafından kullanılmış olan bir kavramdır. Şirbin hakk-ı şirb olarak kavramlaşması gibi şefenin de kavramlaştırılması bu mezhebe has bir durumdur ve bu kavramlaştırma yine ilk olarak Kâsânî’de görülmektedir.¹⁵³³ Dudak anlamına gelen şefe kelimesi, özellikle bu hak kapsamında suyun içme amacıyla kullanıldığını vurgulamaktadır.¹⁵³⁴ Bazı eserlerde ise şefe yerine aynı anlamı karşılayacak şekilde şürb kavramının kullanıldığı görülmektedir.¹⁵³⁵

Şefe, ihraz altına alınmamış olan sulardan her insanın ve hayvanın içebilme hakkı olarak tarif edilmiştir.¹⁵³⁶ Mecelle’de su içme hakkı¹⁵³⁷ olarak ifade edilen şefe hakkı, aslı itibariyle bir irtifak hakkı mahiyetinde olmayıp, malik açısından mülkiyet hakkı üzerinde bir kısıtlama, yararlananlar açısından ise bir ibâhadır.¹⁵³⁸ Şefe hakkının kapsamına insanların ve hayvanların bir su kaynağından içmesi¹⁵³⁹ ve bir hanenin bütün su ihtiyaçlarını karşılamayacak ancak basit ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde su kaynağından su alınması¹⁵⁴⁰ girmektedir. Nitekim Mecelle’de bu durum, şefe hakkı olması dolayısıyla insanların ihraz altına alınmamış bir kaynaktan su içebileceği,

¹⁵³³ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 189, 190, 192; Hacak, *İrtifak Hakları*, 55, 56.

¹⁵³⁴ el-Hafîf, *Muâmelâtî’s-Şer’iyye*, 94; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 57 (6); Kurtoglu, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, 121.

¹⁵³⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami*, c. VII, 97; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 125; Cin – Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 705.

¹⁵³⁶ MAA, m. 1266; *Mürşidü’l-Hayrân*, m. 40, 42; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 192; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VI, 12 (70); el-Hafîf, *el-Milkiyye*, 117; Yusuf Musa, *el-Emval*, 173; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 114.

¹⁵³⁷ MAA, m. 1263.

¹⁵³⁸ *El-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, c. VI, 301; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 114, 115.

¹⁵³⁹ Ebû Yusuf, *Kitabu’l-Harâc*, 108; Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 189, 192; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami*, c. VII, 106; Kalaci, “Hakku’l-İrtifak”, 359.

¹⁵⁴⁰ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 170; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, c. III, 2223; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 187 (423); Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami*, c. VII, 106; Yusuf Musa, *el-Emval*, 173; Metin Ceylan, “İslam Hukukunda Şefe Hakkı ve Sınırları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2018), 563, 572.

hayvanlarınsa çokluğu nedeniyle bu kaynağı kurutmasından korkulmadığı müddetçe su içebilecekleri ve bir testi veya fıçı gibi bir kap ile hanesi için kişinin su alabileceği şeklinde düzenlemiştir.¹⁵⁴¹ Benzer şekilde Mürşidü'l-Hayrân'da da insanların su içme ihtiyaçlarını şefe yetkisi kapsamında karşılayabilecekleri¹⁵⁴² ve hayvanların, su kaynağının çok sık kullanılıp tahribinden korkulmadığı müddetçe, su içebilecekleri belirtilmiştir.¹⁵⁴³ Mecelle'de yer alan bu görüş fukahanın çoğunluğuna ait olup, diğer görüşe göre su kaynağının kurumasından korkulsa bile, kaynağın sahibinin şefe hakkına engel olma yetkisi yoktur.¹⁵⁴⁴ Su ihtiyacının kapsamına sadece içme suyu amaçlı kullanımlar değil, aynı zamanda abdest almak, yemek pişirmek ve çamaşır yıkamak gibi temel ve basit gereksinimleri karşılamak da girmektedir.¹⁵⁴⁵ Bununla birlikte, Belh fukahası su içme dışındaki ihtiyaçların şefe hakkı ile giderilemeyeceğini, çünkü bir miktar su alıp evlere götürüldüğü takdirde evlerin bahçelerinde bulunan ağaçlar ve çiçeklerin de sulanabileceğini bu durumunda su kaynağının malikine zarar vereceğini ileri sürmüşlerdir. Ancak bu görüş azınlıkta kalmış ve tercih görmemiştir.¹⁵⁴⁶

3.2. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN ŞEFE HAKKI

Şirb ve şefe hakkı fıkıh kitaplarında birlikte geçmekte ve şirb ifade edilirken genellikle arazinin sulanması, şefe ifade edilirken ise insan ve hayvanların su içmesi belirtilmektedir. Bu bakımdan her iki kavram arasında muhteva farklılığı var gibi görünmektedir. Ancak bu kavramların nitelikleri tamamen farklıdır. Şirb hakkı, devamlılık arz edecek şekilde bir kişiye arazisini sulama yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Şirb hakkı sahibi bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmektedir. Bu niteliği itibarıyla bir sınırlı aynî haktır. Ancak şefe ile kastedilen ise insanların ve hayvanların susuzluklarını gidermek için herhangi bir kap içerisinde özel mülkiyet haline gelmiş olmayan bir su kaynağından su içebilmeleridir. Bu bakımdan şefe sürekli biçimde bir kişiye verilmiş olan ve üçüncü kişilere karşı dermeyan edilebilen bir aynî hak niteliğini

¹⁵⁴¹ MAA, m. 1267.

¹⁵⁴² Mürşidü'l-Hayrân, m. 42.

¹⁵⁴³ Mürşidü'l-Hayrân, m. 40.

¹⁵⁴⁴ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 169; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2223.

¹⁵⁴⁵ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2219; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 57 (6); Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 125.

¹⁵⁴⁶ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 170; el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 97; el-Hafif, *el-Milkiyye*, 120; Yusuf Musa, *el-Emval*, 174.

haiz değildir. İnsanların veya hayvanların su içmeleri için belirlenmiş olan bir miktar veya zaman da yoktur. Bu hakkın temelinde insanların yolculukları esnasında yanlarına yeterince su alamayacakları, bundan dolayı su ihtiyaçlarını karşılaştıkları su kaynaklarından giderebilmeleri için verilmiş olan bir ruhsat yatmaktadır. Yoksa bir kişi su kaynağından evine doğru bir yol açarak devamlı içme suyunu karşılayamaz. Nihayetinde bu durumda da içme suyunu karşılıyor olsa da bu şefe hakkı kapsamında kabul edilemez. Şefe hakkı insanlara kendileri ve hayvanları için, geçici ve o anlık su ihtiyaçlarını giderme izni vermektedir.¹⁵⁴⁷ Görüleceği üzere şefe insanların ihtiyaçlarını gidermeleri amacıyla onlara tanınmış olup herhangi bir nöbet usulü veya miktarla sınırlandırılmamıştır. Şirb hakkında ise hak sahibi, belirli bir nöbet veya miktar doğrultusunda bu hakkını kullanmaktadır.¹⁵⁴⁸ Bu bakımdan şefenin içeriği şirb hakkındaki gibi belirli değildir.

Hayvanların su içme hakkına engel olunamazken meralardan otlamasına engel olunabilir. Örneğin bir köyün pınarından hayvanlar su içebilirken o köyün meralarını ezip, otlayamazlar.¹⁵⁴⁹ Bu bakımdan şefe hakkı, meralardan yararlanmaktan da ayrılmaktadır. Dolayısıyla özel nitelikte bir ibâha yetkisi veren ve “*merâfiku’l-belde*” olarak adlandırılan, bir köy veya mahalle gibi belirli bir topluluğun yararlanmasına sunulmuş olan taşınmazlar üzerindeki haktan¹⁵⁵⁰ da genel nitelikli olması itibarıyla ayrılmış olmaktadır.

Kaynak sahibinin insanlara şefe hakkı kapsamında kalan suyu para ile satması hukuka uygun değildir. Bu şekilde bir satımın hukuka uygun olmamasının nedeni olarak, şefe hakkı kapsamında yararlanılacak olan su miktarının net biçimde belirlenmiş olmamasından kaynaklanan ğarar ve cehalet gösterilmektedir.¹⁵⁵¹ Ayrıca kendiliğinden

¹⁵⁴⁷ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 169; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 71; el-Hafîf, *Muâmelâti’s-Şer’iyye*, 96; Hacak, *İrtifak Hakları*, 54; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 353; Özdemir – Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku*, 114, 115.

¹⁵⁴⁸ Kalaci, “Hakku’l-İrtifak”, 359.

¹⁵⁴⁹ Konya Kadı Sicili, Defter 38, No: 156-2, 257; Farklı kararlar için bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 41, No: 42-1, 47.

¹⁵⁵⁰ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanaî*, c. VI, 192-194; Nevevî, *Ravza*, c. V, 282.

¹⁵⁵¹ Ebû Yusuf, *Kitabu’l-Harâc*, 108.

çıkan veya sel ve yağmurla barajlarda biriken suların satımı,¹⁵⁵² otların çoğalmasını engellemek maksadıyla ihtiyaçtan fazla olan suyun satımı¹⁵⁵³ hadisle yasaklanmıştır. Bundan dolayı şefe hakkı kapsamında sudan yararlanma yetkisi olan insanlar herhangi bir ücret ödemeksizin bu yetkilerini kullanabilirler. Ancak üzerinde şefe hakkı bulunmayan ihraz edilmiş suların satımı hukuka uygundur. Dolayısıyla bir kişi kuyudan çıkan veya yağmurla barajlarda biriken suyu bir kaba doldurmuş olsa artık satabilecektir.¹⁵⁵⁴ Bununla birlikte şirb hakkının bir bedel karşılığında satılmaması müstehap olarak görülmüştür.¹⁵⁵⁵ Dolayısıyla şefe hakkı herhangi bir irtifak hakkı tesis eden hukuki işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden doğarken, şirb hakkı bir hukuki işlemle tesis edilebilecek hatta bu hak karşılığında ivaz da alınabilecektir. Kazanılması açısından da şefe, diğer irtifak haklarından ayrılmaktadır.

Şefe hakkı sahiplerinin, yararlanmış oldukları su kaynaklarını bakım ve onarım yükümlülükleri yoktur. Bundan dolayı ortaya çıkacak olan bir zarardan ötürü sorumlu tutulamazlar. Bütün müslümanlara ait olan Fırat ve Dicle gibi nehirlerin bakım ve onarım yükümlülüğü devlet başkanına yüklenmiştir. Bu yükümlülük nedeniyle ortaya çıkan masraflar devlet hazinesinden karşılanacak olup, yararlananlardan herhangi bir ücret tahsil edilmeyecektir.¹⁵⁵⁶ Ancak devletin hazinesinde para bulunmadığı ve bu su kaynaklarının bakımı yapılmadığı takdirde toplum ciddi bir şekilde zarara uğrayacağı durumlarda halkın da bakıma yanaşmaması durumunda, devlet başkanı halkı kamu maslahatı için bakım ve onarıma mecbur tutar.¹⁵⁵⁷ Şirb hakkında ise durum irtifak haklarının hükümlerinde işlenmiş olduğu üzere farklılık göstermekte ve şirb hakkı sahipleri yapmadıkları bakım ve onarımdan dolayı sorumlu tutulabilmektedir.¹⁵⁵⁸ Şefe

¹⁵⁵² İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, c. V, 7 (23194); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, c. V, 364; İbn Mâce, *Ruhûn*, 16; Ebû Davud, *Buyû*, 60.

¹⁵⁵³ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 109; Abdurrezzâk, *Musannef*, c. VI, 452; İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, c. XI, 487; Ebû Ya'îlâ, *Musnedu Ebî Ya'îlâ*, c. I, 545; ed-Dâreku'nî, *el-İlehu'l-Vâride*, c. V, 72; İbn Zenceveyh, *Kitâbu'l-Emvâl*, 660.

¹⁵⁵⁴ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 108.

¹⁵⁵⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 98, 100

¹⁵⁵⁶ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 110; el-Mevsilî, *el-İhtiyar*, c. III, 72; Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 394, 395; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 104; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 87; Yusuf Musa, *el-Emval*, 177.

¹⁵⁵⁷ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 104; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 87.

¹⁵⁵⁸ MAA, m. 1322; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî*, c. VI, 191; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2219.

hakkı sahiplerinin bu şekilde bakım ve onarım yükümlülükleri olmamasının üç nedeni olduğu belirtilmiştir. Birincisi bir şeyin bakım ve onarım yükümlülüğü esas itibarıyla malike aittir ve ibâha niteliğinde bir yetki ile kullananların böyle bir yükümlülük altına sokulmaması gerekmektedir. Şefe hakkından yararlanmak noktasında bütün dünyadaki insanlar müşterektir. Böylesine büyük bir topluluğun böyle bir yükümlülüğü müşterek bir şekilde yerine getirmesi, gerçekleşmesi imkansız bir durumdur. Son olarak ise şefe hakkını kullananlar bir ruhsata tabi olan kişiler olup bu kaynaktan yararlanmak bakımından asıl hak sahipleri arasında değildirler. Bakım ve onarım gibi yükümlülüklerin ise bir ruhsata tabi olarak kullanan kişilerin değil, asıl hak sahibi olan kişilerin üzerine olması gerekmektedir.¹⁵⁵⁹ Şefe kapsamında kişinin içmek amacıyla yanına almış olduğu su kendi mülkiyetine geçmiş olur. Artık bu su, alan kişinin yanındayken dökülse veya suya tuz karışsa, alan kişinin kaynak sahibine karşı herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır.¹⁵⁶⁰ Mübaşeret yoluyla veya kusurlarıyla su kaynağına vermiş oldukları zarardan dolayı ise şefe hakkı sahipleri, şirb hakkı sahipleri gibi sorumlu tutulacaklardır.¹⁵⁶¹

Şefe hakkı, tüm insanlar için kanuni olarak verilmiş olan bir yetkidir. Bu yetki hem yalnızca belirli bir kimseye yönelik olmaması hem de yalnızca kanuni olarak tanınması dolayısıyla da irtifak haklarından ayrılır.¹⁵⁶² Örneğin bir seferde bulunan bazı müslümanların su ihtiyaçlarını gidermek için bir kuyu sahibinden istemeleri üzerine bu kuyu sahibi izin vermemiştir. Sefer dönüşü bu durum halife Hz. Ömer (r.a.)'a iletildiğinde kuyu sahibine karşı silahlarını kullanarak suyu alabileceklerini bildirmiştir.¹⁵⁶³ İnsanların su alabilecekleri başka bir su kaynağının da bulunmaması durumunda, kaynak maliki insanların şefe hakkını kullanması için ya arazisine girmelerine engel olmamalı yahut da suyu kendisi onlara götürmelidir. Aksi halde insanlar zorla kaynağın bulunduğu

¹⁵⁵⁹ Serahsî, *Mebsut*, c. XXIII, 174, 175; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2282.

¹⁵⁶⁰ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. III, 2221.

¹⁵⁶¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 126.

¹⁵⁶² İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. VI, 442, 443.

¹⁵⁶³ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 110; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanaî'*, c. VI, 189; el-Mevsîlî, *el-İhtiyar*, c. III, 71; Halebî, *Mültekâ-l-Ebhûr*, c. II, 394; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, c. VI, 441; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslami*, c. VII, 98.

taşınmaza girerek, malike bir zarar vermeden, şefe hakkı kapsamında su alabilirler.¹⁵⁶⁴ Susuz kalan bir kimse şefe hakkını kullanmasına engel olan kimselere karşı silahla savaşılabılırken, şirb hakkı için aynı durum söz konusu değildir. Şirb hakkının kullanımının engellenmesi durumunda doğrudan kişinin hayat varlığı tehlikeye girmemekte ve bu engeli kaldırmak için silahla mücadeleye cevaz verilmemektedir.¹⁵⁶⁵ Bu örnek şefe hakkının belirli bir kişi veya topluluğa yönelik olmayıp oradan geçen herkese yönelik olduğunu, hem de kanuni bir hak olduğunu net biçimde ortaya koymaktadır. Şirb hakkı ise genellikle sözleşmeye dayalı bir sebeple tesis edilir. Şefe hakkı, tüm bu nitelikleri göz önüne alındığında aslında henüz ihraz edilmemiş suların yer aldığı kaynak maliklerinin mülkiyetleri üzerinde bir kısıtlamadır.¹⁵⁶⁶ Özel mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerinde kaynak bulunan henüz ihraz edilmemiş sulardan insanların ve hayvanların içmesine veya önemsiz bir miktar alınmasına, taşınmazın malikleri şefe hakkı nedeniyle engel olamazlar. Buna yönelik mülkiyet haklarının sınırlandırılması doğrudan kanun tarafından gerçekleştirilmektedir. Şefe hakkı tüm bu nitelikleri itibariyle bir aynî hak olmayıp, ibâha niteliğini haizdir. Bundan dolayı şefe hakkı her ne kadar, şirb hakkı ile olan benzerlikleri nedeniyle fıkıh kitaplarında birlikte ele alınmış olsa da irtifak hakları arasında değerlendirilemez.¹⁵⁶⁷ Bununla birlikte şefe hakkını, şirb hakkı ile kapsamı farklı olsa da niteliği aynı olan bir irtifak hakkı olarak değerlendiren İslâm hukukçuları da mevcuttur.¹⁵⁶⁸ Bunlar şefe hakkını şahıs lehine kurulmuş bir irtifak hakkı olarak değerlendirmektedir.¹⁵⁶⁹ Ancak belirtmiş olduğumuz nitelikleri itibariyle biz bu görüşe katılmamaktayız. Ayrıca şefe hakkının bir taşınmaz lehine kurulmamış olduğu için irtifak hakkı sayılamayacağını ifade eden İslâm hukukçuları da mevcuttur.¹⁵⁷⁰ Biz, bir taşınmaz lehine kurulmamasından dolayı değil, belirtmiş olduğumuz nedenlerden

¹⁵⁶⁴ MAA, m. 1268; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, c. VII, 188 (425), el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 98; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 98, 107; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 126.

¹⁵⁶⁵ Ebû Yusuf, *Kitabu'l-Harâc*, 107; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 98, 107.

¹⁵⁶⁶ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 556.

¹⁵⁶⁷ Hacak, *İrtifak Hakları*, 54; Birsin, *İslâm Eşya ve Borçlar*, 77.

¹⁵⁶⁸ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 89; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 96, 97; Zeydân, *el-Medhal*, 220, No: 264; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. III, 125; Ekinci, *İslam Hukuku*, 454; el-Haddad, "Hukuku'l-İrtifak" 330.

¹⁵⁶⁹ el-Hafif, *Muâmelâti's-Şer'iyye*, 89; Zuhaylî şahsa bağlı irtifak haklarını kabul etmemesine rağmen şefeyi bir irtifak hakkı olarak değerlendirmektedir. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami*, c. VII, 97.

¹⁵⁷⁰ Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 376.

ötürü ibâha niteliğini haiz olmasından dolayı şefe hakkını irtifak hakkı olarak kabul etmemekte ve bu görüşe katılmamaktayız.



SONUÇ

Eşya üzerinde, sahibine doğrudan doğruya mutlak egemenlik yetkisi veren ve herkese karşı dermeyan edilmesi mümkün olan haklar, aynî haklar olarak isimlendirilir. Aynî haklar hak sahibine kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf (abusus) yetkilerini vermektedir. Sınırlı aynî haklar ise bu yetkilerin yalnızca birini, ikisini veya bu yetkilerin bir kısmını sağlamaktadır. Sınırlı aynî haklar yararlanma hakları, teminat (güvence) hakları ve taşınmaz yükü olmak üzere üçe ayrılarak incelenir. Yararlanma haklarına, irtifak hakları da denir. Bu haklar kapsamı geniş veya dar olabilen ve hak sahibine, malikin aleyhine bir sınırlama getirerek eşyanın menfaatinden yararlanma yetkisi veren veya eşyanın hak sahibince kullanılmasını sağlayan haklar olarak ifade edilir.

Eşya üzerinde en güçlü yetkileri ifade eden kavram milktir. Milk, iki farklı biçimde tanımlanmaktadır. Bunlardan birincisine göre, ister ayn isterse menfaat olsun insanın malik sıfatıyla üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu şey, milk olarak nitelendirilir ve Mecelle’de de benimsenmiş olan tanım budur. Milk, ikinci tanımına göre insan ile eşya arasındaki hukuki bağ olarak ifade edilmektedir. Bu hukuki bağ sayesinde kişi, ilgili eşya üzerinde tasarruf yetkisini haiz hale gelirken, bir başkasının tasarruf yetkisi yasaklanmış olmaktadır. Milk, mülkiyet kavramının yanında sınırlı aynî hakları ve hatta şahsi hak niteliğindeki alacak haklarını da içerisinde barındıran geniş bir kavramdır. Muhtevası dikkate alındığında milke en yakın kavram, modern hukuk literatüründeki aynî hak kavramıdır. Niteliği itibariyle sınırlı aynî haklardan olan irtifak hakları milkü’l-menfaa kapsamında değerlendirilmektedir. Milkten daha zayıf, ibâhadan ise daha kuvvetli yetkiler veren hukuk kavramı, yarı ayni hak olarak da isimlendirilmiştir. Bu kavramın türlerinden olan hakku’l-intifa ile zorunlu irtifaklar ifade edilmektedir. İbâha kavramı, özel mülkiyete tabi mallar üzerinde malikin izni ile kurulabilen bir yetki, kamu malları ve mübah mallar üzerinde ise genel yararlanma yetkisi olarak tanımlanabilir. Milke göre çok daha zayıf yetkileri ifade eden ibâha kavramı, irtifak haklarını karşılamamaktadır. Bundan dolayı ibâha niteliğini haiz bazı yetkiler irtifak hakkı olarak nitelendirilemeyecektir.

İrtifak hakları kavramı, klasik fıkıh eserlerinde doğrudan geçmemektedir. Bu kavrama en yakın kullanımlar irfak, hukuk ve merâfık kavramları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan irfak kavramı daha çok ibâha nitelikli yetkileri ifade etmekteyken, hukuk ve merâfık kavramlarının ihtivaları da irtifak haklarından daha geniştir. Bununla birlikte hak sahibine üzerine tesis edilmiş olduğu taşınmazdan yararlanma yetkisi vermesi bakımından bu kavramlar irtifak haklarını da içine alacak şekilde bir kullanım alanı bulmuştur.

İrtifak haklarının kapsamı bakımından Kadri Paşa'nın tanımı genellikle İslâm hukukçuları tarafından kabul görmüştür. Bununla birlikte bu tanıma karşı çıkan İslâm hukukçuları da bulunmaktadır. Kadri Paşa'nın kanun metninden ciddi manada yararlanılmış olmakla birlikte, irtifak haklarının kapsamı bakımından modern hukuk sistematigi doğrultusunda bir tanım yapmış olduğu fikrine katılmış bulunmaktayız. Bu fikre katılmamızda en etkili olan hususlardan biri, aynı dönemde Osmanlı'da kabul edilmiş olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'dir. Kadri Paşa'nın hazırlamış olduğu Mürşidü'l-Hayran gibi modern hukuk sistematigi ile düzenlenmemiş olan Mecelle'de irtifak haklarına ilişkin hükümler farklı başlıklar altında ele alınmıştır. Bununla birlikte ilgili düzenlemelerde özellikle düzensiz kişisel irtifaklara yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla irtifak haklarının kapsamı bakımından Mürşidü'l-Hayran'ın değil Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin daha doğru bir belirleme yaptığı görülmektedir. Mürşidü'l-Hayran'da modern kanunlara benzer şekilde madde tasnifi yapılırken irtifak haklarının kapsamı Roma hukukunun etkisindeki kanunlarda olduğu şekilde yalnızca taşınmazlardan oluşmaktadır. Bununla birlikte klasik fıkıh kitaplarına olabildiğince uygun biçimde hazırlanmış olup meselecî bir metotla bu hakları düzenleyen Mecelle'de böyle bir kapsam daralması görülmemektedir.

İslâm hukukçularından eşyaya bağlı irtifak haklarının sınırlı sayıda olduğunu savunanlar olmuştur. Bununla birlikte genel kanaat bu hakların sınırlı sayıda olmadığı yönündedir. Nitekim uygulamada da farklı çeşitte irtifak hakları görülmüş ve bu durum fıkıh kitaplarına yansımıştır. Yaygın olarak görülen irtifaklar kaynak hakkı (hakku's-şirb), su akıtma (mecra ve mesil), geçit (hakku'l-murur), üst hakkı (hakk-ı karar, hakku't-tealli) iken, giriş koyma (vaz-ı haşb), kar atma (hakku-ilkâi's-selc) gibi farklı türdeki irtifaklarda gerek uygulamada gerekse fıkıh kitaplarında yer almaktadır.

Eşyaya bağlı irtifak hakları üç unsurdan müteşekkildir. Bunlar yüklü taşınmaz, yararlanılan taşınmaz ve yararlanma hakkıdır. Eşyaya bağlı olarak kurulan irtifak hakları açısından yararlanılan taşınmazın el değiştirmesi ile hak sahibi de değişecektir. Hak sahibi taşınmaza göre belirlenecektir. İrtifak haklarının şahsa bağlı olarak kurulabilip, kurulamaması ve söz konusu hukuki işlemin gayesi önemlidir. Menfaatin temlik niteliğindeki hukuki işlemlerin kapsamına irtifak hakları doğrudan girerken, eşyanın mülkiyetinin temlikini amaçlayan hukuki işlemlerin kapsamına irtifak haklarının girmesi için bu hakların da işleme dahil olduğunu gösteren “merâfık ve hukuk” gibi kayıtların bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bir irtifak hakkı düzensiz kişisel irtifak olarak, şahsa bağlı nitelikte de kurulabiliyorsa bu durumda sözleşmenin gayesine de bakılıp irtifak haklarını da içine alan bir kayıt bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Eşyaya bağlı irtifaklar, hak sahibine kendi yükleri ile sınırlı bir yararlanma yetkisi verirler. Hakkın tesisinden sonra ortaya çıkan farklı nitelikteki yararlar nedeniyle, irtifakın tipi hak sahibi tarafından değiştirilemeyecektir. İrtifak yükü, kapsamı dahilinde öngörülebilir durumlar haricinde ağırlaştırılmayacak ve yüklü taşınmaza en az zarar verecek şekilde kullanılacaktır. İrtifakın içeriği doğrudan, yüklü veya yararlanılan taşınmaz haricinde başka bir taşınmazla ilgili olmayacaktır. İrtifak hakkı sahibi, bu hakkından bizzat yararlanacak olup, yararlanma yetkisini bir üçüncü kişiye devredemeyecektir.

İrtifak haklarının yalnızca kanundan kaynaklanabileceğini ifade edenler olmakla birlikte, bu hakların iradi olarak da ortaya çıkmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. İrtifak hakları cumhura göre sözleşme yoluyla tesis edilebilir. Hanefiler ise bu hakların sözleşme yoluyla tesisini kabul etmeyip, sözleşmede şart koşulması halinde tesis edilebileceklerini belirtmektedirler. Hanefilerin sözleşme ile irtifak hakkı tesisini kabul etmemelerinin nedeni, bu durumda sözleşmede garar ve cehalet bulunacak olmasıdır. Sözleşme ve şart koşmanın ardından en yaygın görünen irtifak hakkı tesis eden sebep zamanaşımıdır. Zamanaşımı yoluyla irtifak hakkı tesis edilmesinin nedeni, bir uygulamanın üzerinden belirli bir süre geçmesi değil, bu uygulamanın sebebi olan hukuki işlemin unutulmuş olmasıdır. Dolayısıyla bu uygulamanın bir sebebe dayanmadığının veya hukuka aykırı bir sebebe dayandığının ispatı halinde artık zamanaşımı yoluyla hak kazanılamayacaktır. İrtifak haklarının vasiyet ile tesisi mümkündür. İradi nedenlerin

yanında irtifak hakları kanundan da kaynaklanabilir. Kamu ortaklığı ve izin ile de irtifak haklarının tesis edilebileceğini belirtenler olmuştur. Ancak bu iki sebep bir irtifak hakkı doğurmamakta, ibâha nitelikli bir yetki vermektedir. Dolayısıyla kamu ortaklığı ve izin irtifak hakkını tesis eden sebepler arasında kabul edilemez.

İrtifak hakları sözleşme ve feragat yoluyla sona erebileceği gibi belirli süreli olarak tesis edilmiş olanlar bu sürenin sona ermesi ile de sona erecektir. İrtifak hakkının konusunu teşkil eden yararın sona ermesi veya ciddi oranda azalması durumunda ise diğer şartlarında bulunması halinde irtifak hakları yine sona erebilecektir. Yüklü veya yararlanan taşınmazlardan birinin yok olması yahut yüklü taşınmazın kamulaştırılması durumunda irtifak hakkı sona erecektir. Yüklü veya yararlanan taşınmazların bölünmesi durumunda esas olan irtifak hakkının devam etmesidir. Bununla birlikte artık bölünen yararlanan taşınmaz açısından irtifaktan bir yarar sağlanmaması yahut bölünen yüklü taşınmaz üzerinden irtifak hakkından yararlanılmasına ihtiyaç kalmaması gibi durumlarda irtifak hakkı sona erdirilebilecektir. Eşyanın terki ile mülkiyet sona erecektir. Bu durumda irtifak hakkı da sahipsiz kalacak ve sona ermiş olacaktır.

İslâm hukukunda başta kira sözleşmesi olmak üzere birçok yolla menfaat mülkiyetinin temlikinin mümkün olması ve intifa hakkı kapsamındaki yetkilerin bu şekilde devredilebilmesi nedeniyle ayrıca bir intifa hakkı tesisine ihtiyaç hissedilmemiştir. Hukuk sistemi kendi tekamülü içerisinde bu duruma ihtiyaç hissetmemiştir. Bununla birlikte bugün başta malik lehine intifa hakkı tesisinde görüldüğü üzere şahsi ve ekonomik nedenlerle ayrıca intifa hakkı tesisine ihtiyaç duyulabilir. Bu durumda ayrıca bir intifa hakkı tesisinin kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Müstakil olarak günümüzdeki gibi bir intifa hakkı tesisine ihtiyaç duyulmaması, İslâm hukuku bakımından bu hakkın hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim bu durumun yasaklığına yönelik açık bir nas bulunmamaktadır.

Hanefiler dışındaki cumhur, intifa hakkıyla bir kimseye verilmiş genel bir izinden kaynaklanan menfaat yetkisi veren mücerret bir ruhsatı ifade ediyor olmasına rağmen, Hanefiler bu hakkı, hem şahsa bağlı hem de eşyaya bağlı menfaat mülkiyetlerini ifade etmek için kullanmışlardır. Menfaat mülkiyeti cumhura göre, sahibine eşyadan yararlanma ve bu yararlanma hakkını bir başkasına temlik edebilme hakkını verirken,

intifa hakkı yalnızca eşyadan yararlanma yetkisi vermektedir. Dolayısıyla intifa hakkı sahibi bu hakkını bir başkasına devredemeyecektir. Hanefiler ise menfaat mülkiyetini, intifa hakkı ile eş anlamlı olarak bir şeyi kullanma, onun semerelerinden yararlanma yetkisini veren ve başkasına temlik mümkün bir hak olarak ifade etmektedirler. Hanefî fakihlere göre aksine bir kayıt bulunmadığı takdirde intifa hakkı kazandırıcı nitelikteki bütün sebepler kişiye menfaati temlik yetkisi vermektedir. Bununla birlikte bir başkasına devri mümkün olmayan şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikteki intifa hakkını da kabul etmektedirler. Dolayısıyla mezhepler arasındaki her iki görüşe göre de aynı müesseseler kabul edilmiş olmakla birlikte farklı bir kavramlaşmaya gidilmiştir. İntifa hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olması onun niteliğinden kaynaklanmamakta, ilgili hukuk sisteminin düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar TMK’da yer alan düzenlemeler şahsa sıkı sıkıya bağlı olmalarından kaynaklı olarak Malikilerin anlayışına uygun görünse de genel manada modern hukuk açısından intifa hakkı kavramı Hanefîlerin tanımına uymaktadır.

İntifa, aynî nitelikte, hak sahibine menfaat sağlayan, hakkın konusu olan eşyanın rakabesinden bağımsız ve sınırlandırılabilir bir haktır. İntifa hakkının yalnızca oturma yetkisi ile sınırlandırılması durumunda süknâ hakkından söz edilecektir. İntifa hakkı kazandırıcı nedenlerin en yaygın olanı kira sözleşmesidir. Malikiler bakımından ariyet sözleşmesi intifa hakkı kazandırıcı nitelikteyken, cumhura göre bu sözleşme ile intifa hakkı tesisi mümkün değildir. Sulh sözleşmesi, vakıf, vasiyet, Hanefî ve Malikîlere göre iktâu’l-istiğlal, ferağ veya zamanaşımı yoluyla ya da doğrudan kanundan kaynaklanarak da intifa hakkının kazanılması mümkündür.

Menfaati mal olarak görmeyen Hanefîler hak sahibinin kişiliğinin sona ermesi ile intifa hakkının sona ereceğini belirtmişlerdir. Cumhur ise farklı belirlemeleri olmakla birlikte genel olarak bu durumda intifa hakkının devam edeceğini ifade etmiştir. Sözleşme yoluyla kurulan intifa hakları bakımından rakabe malikinin kişiliğinin sona ermesi ile intifa hakkının da sona ereceğini Hanefîler kabul etmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte cumhur bu durumda intifa hakkının devam edeceğini belirtmiştir. Bir süre ile sınırlı olarak kurulmuş olan intifa hakları sürenin sona ermesi ile sona erecektir. Eşyanın veya menfaatinin zayi olması ile diğer şartları da olduğu takdirde intifa hakkı sona erecektir.

Sözleşme, feragat, fesih, kamulaştırma, ve mahkeme kararı ile de intifa hakkı sonlandırılabilir.

Kat irtifakı, arazi malikine veya arazinin müşterek mülkiyete konu olması durumunda müşterek maliklere kat mülkiyeti kurulması için talep imkânı veren, arsa payına bağlı bir haktır. Kat irtifakının ne şahıs lehine ne de taşınmaz lehine bir irtifak olduğu söylenemeyecektir. Arsa payına bağlı bir irtifak olmasından ve bu paydan ayrı olarak devrinin mümkün olmamasından dolayı şahsa bağlı bir irtifak olarak adlandırılmayacaktır. Müşterek maliklerin arsa payı hisseleri anagayrimenkulden ayrı bir mevcudiyet taşımamakta olup, iki ayrı taşınmazdan kat irtifakında bulunmamaktadır. Bunun yanında kat irtifakının konusu asli edim olarak bir yapma edimidir. Dolayısıyla kat irtifakının taşınmaz lehine kurulmuş bir irtifak olduğu ifade edilemeyecektir. Bu nitelikleri itibariyle bir irtifak hakkı mahiyetinde olmayan kat irtifakı için kendine özgü bir irtifak hakkı tanımlaması da yapılamayacaktır. Kat irtifakı, hak sahibine eşya üzerinde sınırlı da olsa bir egemenlik tanıyan aynî bir haktır. Bundan dolayı kat irtifakını şahsi bir hak olarak, eşyaya bağlı borç şeklinde tanımlamak da doğru olmayacaktır. İfade edilen tüm bu nedenler göz önüne alındığında, hak sahibinin egemenliğinin sınırlı olması ve bu hakkın geçici olması nitelikleri dolayısıyla kat irtifakının, hakku't-temellük kapsamında bir yarı aynî hak olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Günümüz İslâm hukukçularının birçoğu, klasik fıkıh eserlerinde doğrudan rastlanmayan hakku'l-civar kavramı ile ifade edilen, komşuluk hakkı olarak nitelendirebileceğimiz bir irtifak hakkının bulunduğu görüşündedirler. Hakku'l-civar, bir şahsın kendi mülkiyeti altında olan eşya üzerindeki tasarruflarının komşusuna fahiş zarar vermeyecek biçimde kısıtlanmasını ifade etmektedir. Bu kısıtlama için komşular arasında herhangi bir hukuki işlem tesis edilmesine gerek yoktur. Doğrudan kanundan kaynaklı olan bu kısıtlama nedeniyle hiç kimse kendi mülkiyetinde, komşusuna zarar verecek biçimde tasarrufta bulunamayacaktır. Komşuluk hakkı doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır ve kapsamı net biçimde belirlenmemiştir. İrtifak hakları ise kanundan kaynaklanabilecekleri gibi iradi olarak da tesis edilebilirler ve bu hakların kapsamı belirlidir. Nitekim Mecelle'de şüf'a hakkı sahipleri sayılırken irtifak hakkında ortak olanlardan ayrı biçimde bitişik komşular da ifade edilerek iki husus birbirinden ayrı

değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle komşuluk hakkı, bir irtifak hakkı değil; mülkiyet hakkının kanunen kısıtlanması nedeni olarak değerlendirilmelidir.

Şefe hakkı, klasik fıkıh kitaplarında şirb hakkı ile birlikte ele alınmıştır. Bazı İslâm hukukçuları da bu hakkı irtifak hakları arasında saymaktadır. Oysa ki şirb hakkı sahibi, bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmektedir. Bu niteliği itibarıyla bir sınırlı aynî haktır. Ancak şefe ile kastedilen ise insanların ve hayvanların susuzluklarını gidermek için herhangi bir kap içerisinde özel mülkiyet haline gelmiş olmayan bir su kaynağından su içebilmeleridir. Bu bakımdan şefe sürekli biçimde bir kişiye verilmiş olan ve üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebilen bir aynî hak niteliğini haiz değildir. Bu hakkın temelinde insanların yolculukları esnasında yanlarına yeterince su alamayacakları, bundan dolayı su ihtiyaçlarını karşıladıkları su kaynaklarından giderebilmeleri için verilmiş olan bir ruhsat yatmaktadır. Şefe hakkı herhangi bir irtifak hakkı tesis eden hukuki işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden doğarken, şirb hakkı bir hukuki işlemle tesis edilebilecek hatta bu hak karşılığında ivaz da alınabilecektir. Kazanılması açısından da şefe, diğer irtifak haklarından ayrılmaktadır. İrtifak hakkı sahiplerinden farklı olarak şefe hakkı sahiplerinin, yararlanmış oldukları su kaynaklarını bakım ve onarım yükümlülükleri yoktur. Tüm bu nitelikleri göz önüne alındığında şefe bir irtifak hakkı değil, ibâha nitelikli bir yetki olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKLAR

- el-Abbadi, Abdüsselam Davud, *el-Milkiyye fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Beyrut, Müessesetü'r-Risâle, 2000.
- Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed Alaeddin el-Buhârî el Hanefî, *Keşfu'l-Esrâr Şerh-i Usûlü'l-Pezdevî*, yy.: Daru'l-Kütübi'l-İslâmiyye, ty.
- Abik, Yıldız, “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu” *EÜHFD*, 14/3-4, (2010): 145-186.
- Acar, H. İbrahim, “Talâk”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXIX, İstanbul: TDV Yayınları, 2010, 496-500.
- Ahmed b. Hanbel, Ebû 'Abdullâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî, *el-Musned*, nşr. Ebû'l-Mu'âfi en-Nûrî, I-VI, Beyrut: 'Âlemu'l-Kutub, 1419/1998.
- Akduman, Umutcan, *Sınırlı Ayni Hakların Değerlemesine İlişkin Esaslar ve Uygulamaları*, Ankara: Gazi Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2021.
- Akgündüz, Ahmed, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 2. Baskı, İstanbul: Osav Yayınları, 2017.
- Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Tarih ve Hukûk Istılâhları Kâmusu*, İstanbul: OSAV Yayınları, 2018.
- Akgündüz, Ahmed, *Şeyhülislâm Ebussu'ûd Efendi Fetvâları (Fetâvây-ı Ebussu'ûd Efendi)*, İstanbul: OSAV Yayınları, 2018.
- Akgündüz, Ahmet, “Gedik”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XIII, İstanbul: TDV Yayınları, 1996, 541-543.
- Akgündüz, Ahmet, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, c. III, İstanbul: OSAV Yayınları, 2012.
- Akıntürk, Turgut, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Akipek, Jale G., “Türk Hukukunda Kat Mülkiyeti”, *ABD*, 23/3, (1966), 475-490.
- Akipek, Jale, *Türk Eşya Hukuku (Mahdut Aynî Haklar)*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.

- Akipek, Jale, *Türk Eşya Hukuku (Mülkiyet)*, 2. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.
- Akipek, Jale, *Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 2. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1972.
- Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya, *Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku)*, c. I, 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.
- Akman, Ahmet, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Akman, Ahmet, *İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Aktan, Hamza, “İstimlâk”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIII, İstanbul: TDV Yayınları, 2001, 364-366.
- Aktan, Hamza, “Kısmet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXV, Ankara: TDV Yayınları, 2002, 497-498.
- Albayrak, Adem, *İslam Hukukunda Vasiyet*, Yozgat: Bozok Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017.
- Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, latinize: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem, 2. Baskı, İstanbul: DİB Yayınları, 2017.
- Antalya, O. Gökhan – Topuz, Murat, *Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri)*, 4. Baskı, c. I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Antalya, O. Gökhan, *Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Apaydın, H. Yunus, “Karz”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIV, İstanbul: TDV Yayınları 2001, 520-525.
- Apaydın, H. Yunus, “Mevkuf”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIX, Ankara: TDV Yayınları, 2004, 438-440.

- Arat, Ayşe, “Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı Kavramları ile Bu Kavramların Kuruluş, Hukuki Nitelik ve Sona Erme Bakımından Karşılaştırılması” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/1, (2016), 33-58.
- Arı, Abdusselam, “Vasiyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XLII, İstanbul: TDV Yayınları, 2012, 552-555.
- Arpacı, Abdulkadir, *Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu Devre Mülk Sistemi*, 2. Baskı İstanbul: Temel Yayınları, 1987.
- Arslan, Zeynep, “Eşya Hukukunun Temel İlkeleri Karşısında Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyetinin Hukuki Niteliği”, *KÜHFD*, 6/12, (2015), 115-134.
- Atar, Fahrettin, “Sulh”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. IIIVII, İstanbul: TDV Yayınları, 2009, 481-485.
- Atasoy, Samed, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019).
- Atasoy, Samed, “Mecelle Bağlamında İslam-Osmanlı Hukukunda Karı-Koca Arasında Eşya İhtilafı” *Mecelle Üzerine Etütler*, ed. Ahmet Akman, Mustafa Ünal, 1. Baskı, c. I, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, 128, 129.
- Âtîf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*, İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1318.
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku -II- (Mülkiyet)*, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayan, Mehmet, *Medenî Hukuka Giriş*, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Aybakan, Bilal, “İkâle”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII, İstanbul: TDV Yayınları, 2000, 14-16.
- Aybakan, Bilal, “Muâmelât”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXX, İstanbul: TDV Yayınları, 2005.
- Aybay Aydın, “Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler”, *ABD*, 2, (1963), 185-194.
- Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2017.

- Aydın, Mehmet Âkif, “Deyn”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. IX, İstanbul: TDV Yayınları, 1994, 266-268.
- Aydın, Mehmet Âkif, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Aykanat, Mehmet – Aydın, Melikşah, “Osmanlı Hukukunda Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu”, *SÜHFD*, 28/1, (2020): 209-236.
- el-Bâbertî, Muhammed b. Muhammed b. Mahmud Ekmeleddin Ebû Abdullah İbn eş-Şeyh Şemseddin İbn Şeyh Cemâleddin er-Rûmî, *Şerhu'l-İnaye ale'l-Hidaye (Fethü'l-Kadir ile birlikte)*, Lübnan: Daru'l-Fikir, 1970/1389.
- Bağdâdî, Gıyâseddin Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed, *Mecmau'd-Damânât fi Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, yy.: Dar'ul-Kitab'ul-İslâmiyye, ty.
- Bakkaloğlu, Abdussamet, “Tefviz” *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XL, İstanbul: TDV Yayınları, 2011, 310-311.
- Baktır, Mustafa, “Umumü'l-Belvâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XLII, İstanbul: TDV Yayınları, 2012, 155-156.
- Balta, Esmâ, *Mecelle'deki “Kitabü'l-Hibe” ve Mütûn-i Erbaa'daki Hibe Bölümlerinin Karşılaştırılması*, Bursa: Burs Uludağ Üniversitesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2020.
- Bardakoğlu, Ali, “Ferağ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XII, İstanbul: TDV Yayınları, 1995, 351-354.
- Bardakoğlu, Ali, “Hak”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XV, İstanbul: TDV Yayınları, 1997, 139-151.
- Bardakoğlu, Ali, “İcâre”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXI, İstanbul: TDV Yayınları, 2000, 379-388.
- Barutçu, Mehmet, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Mal Türlerinin Hukuki İşlemlere Etkisi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Baysal, Musa Süheyl, “Mecelle Madde 2 Bağlamında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, *Mecelle Üzerine Etütler*, ed. Ahmet Akman, Mustafa Ünal, 1. Baskı, c. I, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, 2. Baskı, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979.
- Berki, Şakir, *Aynî Haklar*, Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965.
- Beşer, Faruk, *Sosyal Riskler Sigorta ve İslam*, 3. Baskı, İstanbul: Nun Yayıncılık, 2016.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, 31. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Bilgin, Ahmet, “İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/5, (1992), 79-113.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Fıkıh İlmi ve İslâm Hukuku Terimleri Sözlüğü*, haz. Abdullah Kahraman, 1. Baskı, İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2016.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Meali Âlisi ve Tefsiri*, c. II, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1990.
- Birsin, Mehmet, *İslâm Eşya ve Borçlar Hukuku*, İstanbul: Çıra Akademi Yayınları, 2019.
- Boyalı Gürpınar, Hatice, *İslam Hukukunda İddet Bekleyen Kadının Nafaka ve Süknâ Hakkı*, Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011.
- Boynukalın, Mehmet, “Şart”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXVIII, İstanbul: TDV Yayınları, 2010, 364-365.
- Boz, Selman Sacit, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Bozkurt, Muhammed Fatih, *Türk Hukukunda Kat Maliklerinin Hakları ve Yükümlülükleri*, İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019.
- el-Buhârî, Muhammed, *Sahîh-i Buhârî*, trc. Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi, İstanbul: Karınca&Polen Yayınları, 2017.

- el-Buhûtî, Mansûr b. Yunus b. İdrîs, *Keşşâfu'l-Kinâ an-Metni'l-İknâ'*, thk. Hilal Museylihi Mustafa Hilal, Riyâd: Mektebetü'n-Nasr, ty.
- Can, Ali, "Kur'ân ve Sünnet Işığında Komşuluğun Yeri", *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 21, (2013): 203-244.
- Canarslan, Gökçe, İntifa Hakkının Sona Ermesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- el-Cessas, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, trc. Mehmet Keskin, c. 8, Ankara: İ'tisam Yayınları, 2018.
- Ceylan, Metin, "İslam Hukukunda Şefe Hakkı ve Sınırları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2018), 561-582.
- Chehata, Chafik, *Theorie Generale de l'obligation en Droit Musulman Hanefite*, Paris: Editions Sirey, 1969.
- Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: OSAV Yayınları, 2017.
- Çalış, Halit, "Eşya Hukuku", *İslâm Hukuku El Kitabı*, ed. Talip Türcan, 6. Baskı, Ankara: Grafiker Yayınları, 2017.
- Çalış, Halit, "İslâm Hukuku Literatüründe Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve Konu ve Kapsam Açısından "Milk" Terimi" *İHAD*, 2, (2003), 185-205.
- Çalış, Halit, "Rakabe", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXIV, İstanbul: TDV Yayınları, 2007, 427-428.
- Çalış, Halit, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, 1. Baskı, Konya: Yediveren Yayınları, 2004.
- Çeker, Orhan, *İslâm Hukukunda Akitler*, 1. Baskı, Konya: Tekin Kitabevi, 2014.
- Çetinkaya, Esra, *Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi: Üsküdar ve Bursa Şer'iyeye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- Çetintaş, Recep, "İslâm Hukukunda Evlenmeden Doğan Haklar Bağlamında Nafaka", *İHAD*, 24, (2014), 185-203.
- Dalgın, Nihat, "İslâm Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11/11, (1999), 97-128.

- ed-Dârekuṭnî, Ebû'l-Ḥasen 'Alî b. Ömer el-Bağdâdî, *el- 'İlelu'l-Vâride fi'l-Eḥâdisi'n-Nebevi*, thk. Muḥammed b. Şâlih ed-Debbâsî, Beyrut: Mu'essesetu'r-Reyyân, 1432/2011.
- Davudoğlu, Ahmed, *Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, İstanbul: Sönmez Yayınevi, 1978.
- Demir, Fahri, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, 5. Baskı, Ankara: DİB Yayınları, 2012.
- Demirci, Mustafa, "İktâ", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII, İstanbul: TDV Yayınları, 2000, 43-47.
- ed-Derdîr el-Adevî, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebir li'ş-Şeyh Ahmed ed-Derdîr Ala Muhtasar Halil* (Desûkî Haşiyesi ile birlikte), yy. Daru'l-Fikir, ty.
- ed-Derdîr el-Adevî, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu's-Sağir alâ Akrebi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-İmam Mâlik*, yy. Daru'l-Marife, ty.
- Develioğlu, Ferit, *Lûgat*, Ankara: Doğu Ltd. Şti. Matbaası, 1970.
- Dirik, Mehmet, "İslam Hukukunda Ceninin Mal Varlığı Hakları", *İHAD*, 20, (2012), 211-235.
- Döndüren, Hamdi, "Mesken", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIX, Ankara: TDV Yayınları, 2004, 316-317.
- Döndüren, Hamdi, *Ahkâmu 'l-Kur'ân / Kur'ân-ı Kerim ve Fıkhi Tefsiri*, 1. Baskı, c. 6, İstanbul: Erkam Yayınları, 2020.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Cehalet", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. VII, İstanbul: TDV Yayınları, 1993, 219-222.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Garar", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XIII, İstanbul: TDV Yayınları, 1996, 366-371.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Mühâyee", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXI, İstanbul: TDV Yayınları, 2006, 509-511.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Şüf'a", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXIX, İstanbul: TDV Yayınları, 2010: 248-252.

- Dural, Mustafa - Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 11. Baskı, c. I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- ed-Dureyni, Fethi, *Nazariyyetü't-Te'assuf fî İstimâli'l-Hak fî'l-Fıkhü'l-İslâmî*, Beyrut: Müessesetü'r Risâle 1988.
- Ebû Bekir bin Ebî Şeybe, *Kitabü'l-Musannef fî'l-Ehâdis ve'l-Âsâr*, tah. Kemal Yusuf el-Hût, Riyâd: Mektebü'r-Rüşd, 1409.
- Ebû Bekr Abdurrezzâk b. Hemmâm es-San'ânî, *el-Musannef*, nşr. Heyet, Kahire: Dâru't-Te'sîl, 1435/2015.
- Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, trc. Necati Yeniel, Hüseyin Kayapınar, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1987.
- Ebû Muhammed İzzeddin Abdulaziz b. Abdisselâm b. Ebî'l-Kâsım b. Hasan es-Sülemî ed-Dimeşkî, *Kavâ'idü'l-Ahkâm fî'l-Mesâlihi'l-Enâm*, Kâhire: Mektebetü'l-Külliyâtü'l-Ezheriyye, 1991.
- Ebû Ya'lâ Ahmed b. 'Alî el-Mevsîlî, *Musnedu Ebî Ya'lâ*, yy: Dâru't-Te'sîl, 1438/2017.
- Ebû Yusuf Ya'kûb b. İbrâhîm el-Ensârî, *Kitabu'l-Harâc*, thk. Tâhâ 'Abdurra'ûf Sa'd, Sa'd Hasen Muhammed, Kahire: el-Mektebetu'l-'Ezheriyye, ty.
- Ebu Zehra, Muhammed, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-akd fî's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, yy: Daru'l-Fikri'l-Arabî, 1996.
- Ebû'l-Hasen Burhanüddin, Ali b. Ebî Bekir b. Abdülcelîl el-Fergânî el Merginânî, *el-Hidâye fî Şerh-i Bidâyetü'l-Mübtedî*, tah. Talâl Yusuf, Beyrut: Daru'l-İhyai't-Türâsi'l-Arabî, 1431.
- Ebu'l-Hüseyn Müslim, b. İsmail el-Haccâc el-Kuşeyrî el-Nîsâburî, *Sahîh-i Müslim*, Tah.: Muhammed Fuâd Abdulbâkî, Kahire: Daru'l-İhyau'l-Kütübi'l-Arabiyye: Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431.
- Ebussuud Efendi, Muhammed el-İmadi, *Gedik (Sükna ve Girdar) Risalesi*, (İstanbul: Süleymaniye Kütüphanesi, İsmihan Sultan, No: 223.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 1. Baskı, Ankara: Doruk Kitap ve Yayınevi, 1976.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *İslâm Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2016.

- Elek, Hasan, “İslam Hukukunda Malla İlgili Sulh Anlaşması”, *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2/2, (2013), 187-223.
- el-Endelüsî, Ebû Hayyân, *Tuhfetu'l-Erîb bimâ fi'l-Kur'âni mine'l-Ğarîb (Kur'ân Lugatî)*, tah. Samir el-Meczûb, trc. Enes Selam, 1. Baskı, İstanbul: İşaret Yayınları, 2019.
- Erbay, Celal, “Nafaka”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXII, İstanbul: TDV Yayınları, 2006, 282-285.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005.
- Ergani, Emre Ergin, *Üst Hakkı*, Antalya: Akdeniz Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2015.
- el-Ferğânî, Hasan b. Mansûr el-Üzcendi, *Fetevâ Kâdîhân fî Mezhebi'l-İmâmi'l-Âzâm Ebi Hanîfetü'n-Numân*, thk. Sâlim Mustafa el-Bedri, 1. Baskı, Lübnan: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009.
- Galip, Hüseyin, *Kamûs-ı Hukuk*, İstanbul: Cemal Efendi Matbaası, 1305.
- Gayretli, Mehmet, *İslâm Hukukunda Şahsa Bağlı Sınırlı Aynî Haklar*, İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1999.
- el-Gazzâlî, Ebu Hâmid Muhammed İbn Muhammed, *Mustasfâ*, trc. Yunus Apaydın, 2. Baskı, İstanbul: Klasik Yayınları, 2017.
- Gerçemeç, M. Ersin, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Gözübenli, Beşir, “Âriyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. III, İstanbul: TDV Yayınları, 1991, 380-381.
- Gözübenli, Beşir, “İktâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII, İstanbul: TDV Yayınları, 2000, 49-52.
- Güleç, Hasan Güney, *Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Oturma Hakkı*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2020.
- Güleç, Bedia, “Taşınmaz Manzarası Üzerindeki Hukuki Yararın Korunması” *SÜHFD*, 28/2 (2020), 631-673.

- Gümüş Böke, Emine, “İslâm Hukuku Açısından Kadının İddet Nafakası”, *Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 4/2, (2020), 92-112.
- Günay, Hacı Mehmet – Hoyladı, Adnan, “İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 20/2, (2020), 755-799.
- Günay, Hacı Mehmet, “Süknâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXVIII, İstanbul: TDV Yayınları, 2010, 48-50.
- Günay, Hacı Mehmet, “Vakıf”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XLII, İstanbul: TDV Yayınları, 2012, 475-479.
- Gündoğan, Zeynep Örs, *Sınırlı Aynî Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi*, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi (FBE), 2019.
- Güney, Necmettin, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukuna Garar*, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2013.
- Gürsoy, Kemal T. – Eren, Fikret – Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.
- Hacak, Hasan, “İrtifak”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII, İstanbul: TDV Yayınları, 2000. 460-464.
- Hacak, Hasan, “İslam Hukukunda Yarı Aynî Hak (Hukûk) Kavramının Analizi”, *İHAD*, 8, (2006), 183-210.
- Hacak, Hasan, “Mal”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXVII, Ankara: TDV Yayınları, 2003, 461-465.
- Hacak, Hasan, “Menfaat”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIX, Ankara: TDV Yayınları, 2004, 131-134.
- Hacak, Hasan, “Milk”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXX, İstanbul: TDV Yayınları, 2005, 62-64.
- Hacak, Hasan, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, İstanbul: Ensar Neşriyat: 2007.
- Hacak, Hasan, *İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1993.

- Hacak, Hasan, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2000.
- Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l Mecelle*, İstanbul: Dâru'l Hilafet-i'l Âliye, 1326.
- el-Haddad, Ahmed b. Abdulaziz, "Hukuku'l-İrtifak" *Mecelleti Mecmau'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 323-347.
- el-Hafîf, Ali, *Ahkâmü'l-Muâmelâtî's-Şer'iyye*, trc. Rahmi Yaran, 4. Baskı, Ankara: TDV Yayınları, 2018.
- el-Hafîf, Ali, *el-Hakku ve'z-Zimme ve Te'sirü'l-Mevti fihimâ ve Buhûsu Uhra*, Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabî, 2010/1431.
- el-Hafîf, Ali, *el-Milkiyye fi-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Beyrut: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 1996/1416.
- Halebî, İbrahim, *Mültekâ-l-Ebhûr (Mevkufat)*, Şerh: Mehmed Mevkûfâtî, trc. Ve sadeleştirme: Ahmed Davudoğlu, İstanbul: Sağlam Kitabevi, 1980.
- Hammâd, Nezi, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, trc. Recep Ulusoy, İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Hatemi, Hüseyin – Serozan, Rona – Arpacı, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Hatemi, Hüseyin, *İslam Hukuku Dersleri*, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012.
- Heyet, *el-Fetevâ'l-Âlemgîriyyetü'l-Marufetü bi'l-Fetevâ'l-Hindiyîye*, 2. Baskı, Beyrut: Daru'l-Fikir, 1310.
- Heyet, *el-Mevsûatü'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Mısır: Vezâretü'l-Evkâf ve Şuûnî'l-İslâmiyye, 1446.
- Heyet, *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 6. Baskı, Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûnî'l-İslâmiyye, 1404/1983.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dimeşkî, *Reddû'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr*, 2. Baskı, Beyrut: Dâr'ul-Fikir, 1386/1966.
- İbn Hacer el-Askalânî, *İthâfû'l-Kârî bi'ihisâri Fethu'l-Bârî*, ihtisar eden: Ebû Suhayb Safâ Ed-Davvî Ahmet el-Adevî, trc. Soner Duman, Abdullah Durmuş, Osman Güman, İstanbul: Polen Yayıncılık, 2007.

- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Beyrut: Dâru'l-Kitabi'l-İlmiyye, 2003.
- İbn Kayyım el-Cevziyye, Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb b. Said Şemseddin, *Bedaiu'l-Fevaid*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-Arabiyye, ty.
- İbn Kudâme, el-Makdisî, Ebû Muḥammed 'Abdullâh b. Ahmed b. Muḥammed b. Kudâme el-Cemâ'îlî, *el-Muğnî* nşr. 'Abdullâh et-Turkî, 'Abdulfettâh Muhammed el-Hulv, Riyad: 'Aleml-Kutub, 1417/1997.
- İbn Ma'cuz, Muhammed, *el-Hukuku'l-Ayniyye fî'l-Fıkhî'l-İslâmî ve't-Taknînü'l-Mağrib*, 1. Baskı, Fas: 1990.
- İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî, *Sünen-i İbn Mâce*, Tah.: Muhammed Fuâd Abdulbâkî, yy.: Daru'l-İhyau'l-Kütübi'l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ Mezhebi Ebî Hanîfetü'n-Numân*, thk. Eş-Şeyh Zekeriye Umeyrat, 1. Baskı, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1419/1999.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn, *Resail-i İbn Nüceym el-İktisâdiyye ve'l-müsemmât Er-Resâilü'z-Zeyniyye fî Mezhebi'l-Hanefiyye*, Thk. Muhammed Ahmed Serâc, Ali Cuma Muhammed, yy.: Daru's-Selâm, 1998-1999/1419-1420.
- İbn Receb b. el-Hasan, Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed, es-Selâmî el-Bağdâdî ed-Dımaşkî, *el-Kavâidi'l-İbn Receb*, Kahire: Mektebetü'l-Hânci, ty.
- İbn Rüşd el-Hafîd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Kâhire: Daru'l-Hadis, 2004/1420.
- İbn Teymiyye el-Harrânî el-Hanbelî ed-Dımeşkî, Takıyyüddîn Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm b. Abdüsselâm b. Abdullah b. Ebî Kâsım b. Muhammed, *el-Kavdidu'u-Nürâniyye el-Fıkhîyye*, thk: Ahmed b. Muhammed el-Halîl, 1. Baskı Memleketü'l-Arabiyyetü's-Suûdiyye, Daru' İbn Cevzi 1422.

- İbn Teymiyye, Takıyyüddin Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm el-Harrânî, *Mecmu'û'l-Feteve*, thk. Abdurrahman b. Mahmud b. Kâsım, Medinet'il-Münevver: Mucemmâû'l-Melik Fahd li-Tabâati'l-Mushafî's-Şerif, 1416/1990.
- İbn Zenceveyh, Ebû Aḥmed Ḥamîd b. Maḥled b. Kuteybe el-Ḥorasânî, *Kitâbu'l-Emvâl*, thk. Şâkir Zeyb Feyyâd, Riyad: Merkezu'l-Melik Faysal, 1406 /1986.
- İbnu'l-Hümmam, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fetlhu'l-Kadir alâ el-Hidâye*, telif: Şemseddin Ahmed el-Ma'ruf bi-Kadızâde, Mısır: Şirketü Mektebetü ve Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdü, 1389/1970.
- İmre, Zahit – Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- el-İsfahani, Rağıb, *Müfredat*, trc. Abdulbaki Güneş, Mehmet Yolcu, 3. Baskı, İstanbul: Çıra Yayınları, 2012.
- Kadri Paşa, Muhammed, *Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân*, 2. Baskı, Bulâk: Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyyeti bi-Bulâk, 1308/1891.
- Kahveci, Nuri, Alparslan Alkış, Mustafa Genç, Alimcan Buğda, *İslam Hukuk Başlangıcı*, ed. Nuri Kahveci, 1. Baskı, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Kahveci, Nuri, *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2016.
- Kalaci, Muhammed Revas, "Hakku'l-İrtifak", *Mecelleti Mecmau'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 349-379.
- el-Kalyûbî, Ebu'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. Ahmed b. Selâme, *Haşiyeta Kalyûbî ve Umeyre*, Beyrut: Daru'l-Fikir, 1990/1410.
- Karabacak Furuncı, Semra, "Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi", *İÜHF*, 74/2 (2016), 773, 805.
- Karadâğî, Alî Muhyiddîn, *İslâm İktisadî Mal*, trc. Abdullah Kahraman, 1. Baskı, İstanbul: Nida Yayınları, 2020.
- el-Karâfî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısırî, *el-Furûk: Envâru'l-Buruk fî Envâi'l-Furuk*, yy.: İlmi'l-Kütüb, ty.
- Karaman, Hayreddin, "Ayn", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. IV, İstanbul: TDV Yayınları, 1991, 257-258.

- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 9. Baskı, c. III, İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- el-Kâsânî, Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî, *Bedâ'iu's-Sanâ-i fî Tertibi's-Şerâi*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986.
- Kaşıkçı, Osman, "Eski Hukukumuzda Üst Hakkı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1 (1999), 49-60.
- Kaşıkçı, Osman, "Mecelle'de Kat Mülkiyeti", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/1, (1998), 133-146.
- Kaşıkçı, Osman, "Şart", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXXVIII, İstanbul: TDV Yayınları, 2010, 365-367.
- Kaşıkçı, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul: OSAV Yayınları, 1997.
- Kazancı, Mehmet Necmettin, *Zorunlu İrtifaklar*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2014.
- Keskin, Hasan – Koşum, Adnan, "İslam İmar Hukukunun Kaynakları ve Bu Alanda Geçmişten Günümüze Yapılan Çalışmalar" *İHAD*, 40, (2022): 271-298.
- el-Kerâbisî en-Nişâburî, el-Hanefî, Es'ad b. Muhammed b. el-Hüseyin, Ebu'l-Muzaffer, Cemâl el-İslâm, *el-Furuk*, thk. Muhammed Temum, Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf, 1982/1402.
- Kılıç, Seval, "Osmanlı Komşuluk Hukukunda Mülkiyet Haklarının Sınırlandırılması: Zarar-ı Fahiş", *İMHFD*, 7/12 (2022): 1-33.
- Kılıç, Seval, *Osmanlı Komşuluk Hukuku*, İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2022.
- Kılınç, Ahmet, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- el-Kinânî, Ebu'l-Kasım b. Selmun, *el-Akdu'l-Munazzam li'l-Hukkam*, Kahire: Daru'l-âfâk el-Arabî, 1432.
- Kisbet, Mustafa, *İslâm Hukukunda Tüketicinin Korunması Ayıp Muhayyerliği*, 1. Baskı İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2015.

- Koca, Ferhat, “Mekruh”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXVIII, Ankara: TDV Yayınları, 2003, 581-583.
- Koca, Ferhat, “Mendup” *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIX, Ankara: TDV Yayınları, 2004, 128-130.
- Kocabaş, Gediz, *Sözleşmeden Doğan Geçit İrtifakı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.
- Konya Kadı Sicili (970-1019), Defter 1, haz. Leyla Özpolat, İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili (1070-1071 / 1659-1661), Defter 10, haz. İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014.
- Konya Kadı Sicili, (1071-1072 / 1661-1662), Defter 11, haz. İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014.
- Konya Kadı Sicili, (1080-1081 / 1669-1670), Defter 14, haz. Fatih Küçük, İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014.
- Konya Kadı Sicili, (1102-1103 / 1691-1692), Defter 37, haz. İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2015.
- Konya Kadı Sicili, (1103-1104 / 1692-1693), Defter 38, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, (1113 / 1701-1702), Defter 39, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, (1115-1116 / 1703-1704), Defter 41, haz. İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, (1126-1127 / 1714-1715), Defter 45, haz. İzzet Sak, Cemal Çetin, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, (1135-1136 / 1723-1724), Defter 49, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, (1138-1139 / 1726-1727), Defter 50, haz. İzzet Sak, Cemal Çetin, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014.

- Konya Kadı Sicili, (1148-1149 / 1736-1737), Defter 53, haz. İzzet Sak, İbrahim Solak, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.
- Köprülü, Bülent – Kaneti, Selim, *Sınırlı Aynî Haklar*, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983.
- Köse, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, 12. Baskı, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019.
- Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1997.
- Kucur, Sadi S., “İktâ”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. XXII, İstanbul: TDV Yayınları, 2000, 47-49.
- el-Kudûrî, Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Cafer b. Hamdan Ebü'l-Hüseyn, *el-Muhtasaru'l-Kudûrî fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, yy., Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997/1418.
- Kurt, Ekrem, “Kat İrtifakının Sona Ermesi ve Kat Mülkiyetine Geçiş”, *Prof. R. Mustafa Dural'a Armağan*, ed. Tufan Öğüz, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 285-309.
- Kurtoğlu, Serda, *İslâm Hukuku Dersleri*, c. II, İstanbul: Fatih Matbaası, 1973.
- el-Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh, *el-Câmiu li-Ahkâmî'l-Kur'ân ve'l-Mübeyyinu Limâ Tedammenehû Mine's-Sünneti ve Âyi'l-Furkân*, trc. Beşir Eryarsoy, c. 16, İstanbul: Buruc Yayınları, 2015.
- Mâlik b. Enes, *Muvatta'*, Tah. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, Beyrut: Daru'l-İhyau't-Turâsi'l-Arabî, 1406/1985.
- Mardin, Ebül'ulâ, *Kat Mülkiyeti*, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1948.
- el-Maverdi, Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed bin Habib el-Basrî, *el-Ahkâmü's Sultaniye*, tah. Ahmet Câd, Kahire: Dâru'lhadis Yayınevi, 2006.
- Mecmau'l-Fıkhi'l-İslâmî, “Karar”, *Mecelleti Mecmau'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 441-445.
- el-Mevsılî el-Beldecî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, Mecdünddin Ebu'l-Fazl el-Hanefî, *el-İhtiyar Ta'lîlî'l-Muhtar* (Kahire: Matbuatu'l-Halebî (Suret: Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye) 1356/1937).

- el-Mevvâk el-Mâlikî, Muhammed b. Yusuf b. Ebî'l-Kâsım b. Yusuf el-Abdarî el-Gırnâtî, Ebu Abdullah, *et-Tâc ve'l-İklîl el-Muhtasar Halîl*, yy.: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1416/1994.
- Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer Tercümesi*, trc. Arif Erkan, İstanbul: Eser Neşriyat, 1980.
- Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Hısnî el-Maruf bi-Alâüddîn el-Haskefî el-Hanefî, *Dürü'l-Muhtar Şerhu Tenvîru'l-Ebsâr ve Cami'i'l-Bihar*, thk. Abdulmen'am Halil İbrahim, yy., Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2002/1423.
- el-Muslih, Abdullah b. Abdülaziz, *Kuyûdü'l-Milkiyyeti'l-Hassa*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1408, 1988.
- Nebioğlu, Ahmet Nabi, *Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları*, Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017.
- el-Nesâî, Hafız Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b. Dinâr, *Sünenü'n Nesâî*, Şerh: Hâfız Celaleddin es-Suyutî, Hâşiye: İmam es-Sindî, trc. A. Muhtar Büyükçınar, Ahmet Tekin, Ö. Faruk Harman, Yaşar Erol, İstanbul: Kalem Yayıncılık, 1981.
- Netîcetü'l-Fetâvâ, der. es-Seyyid Ahmed Efendi, es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî, haz. Süleyman Kaya, Betül Algın, Ayşe Nagehan Çelikçi, Emine Kaval, 1. Baskı, İstanbul: Klasik Yayınları, 2014.
- en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhîddin Yahyâ b. Şeref, *el-Mecmu' Şerhü'l-Mühezzeb*, Beyrut: Daru'l-Fikir, ty.
- en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhîddin Yahyâ b. Şeref, *Ravzatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Muttakîn*, tah. Zehîr Şâviş, 3. Baskı, Beyrut-Dımeşk-Amman: el-Mektebi'l-İslâmiyye, 1412/1991.
- en-Nevevî, İmam Muhyiddin, *Sahîh-i Müslim Şerhi el-Minhâc*, trc. Beşir Eryarsoy, İstanbul: Karınca & Polen Yayınları, 2016.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

- Oğuzman, M. Kemal – Barlas, Nami, *Medenî Hukuk*, 27. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, *İÜHFM*, 31/1-4, (1965), 209-219.
- Oğuzman, M. Kemal, “Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında”, *İÜHFM*, 29/4, (1963), 1019-1037.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Osman, İbrahim Ahmed, “Hakku’l-İrtifak”, *Mecelleti Mecmau’l-Fıkhi’l-İslâmî*, 18/4, (2011/1432), 281-321.
- Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi, Haz. Orhan Çeker, 3. Baskı, Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2016.
- Öcal Apaydın, Bahar, *Roma Hukukunda Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2013.
- Ömer Hilmi Efendi, “Mirâtü’l-Mecelle”, *Medresetü’l-Hukuk (Beşinci Kısım Mecelle)*, İstanbul: Der Matbaa-i Mekteb-i Sanâyi‘-i Şahâne, sy. 5/1, 1298.
- Özalp, N. Ahmet, *İslam Hukukunun Genel İlkeleri -Kavaid-i Külliye-*, 1. Baskı, İstanbul: Büyüyenay Yayınları, 2017.
- Özbilen, Arif Barış, “İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi” *İÜHFM*, 77/2, (2019), 475-502.
- Özdemir, Recep – Kıyık, Mustafa Harun, *İslâm Eşya Hukuku*, İstanbul: Hiperyayın Yayınları, 2019.
- Özdemir, Recep, “İslâm Hukukunda Gayrimenkul Rehni (İpotek)” *Türk – İslâm Medeniyeti Akademik Araştırmalar Dergisi*, 12/23 (2017), 85-109.
- Özdemir, Recep, “Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Şahsi Hak-Aynî Hak Ayrımına Göre İslâm Hukukunun Sistematiğinin Değerlendirilmesi” *The Journal Of Academic Social Science Studies*, 44/1 (2016), 385-400.
- Özdemir, Recep, *İslam Hukukunda Mülkiyet (Teori ve İktisap)*, İstanbul: Hiperyayın Yayınları, 2018.

- Özdemir, Recep, *İslâm Teminat Hukuku*, İstanbul: Hiperyayın Yayınları, 2017.
- Özen, Burak, *Türk Medenî Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Özmen, Ertem Sabâ – Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar, *Kat İrtifakı*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Özpak, Tayfun, *Taşınmaz Değerlemesi ve Sınırlı Aynî Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi*, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi (FBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006.
- Öztañ, Bilge, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 41. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016.
- Öztürk, Osman, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri*, 1. Baskı, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2019.
- er-Rafî, Abdülkerim b. Muhammed el-Kazvinî, *Fethül-Azîz bi-Şerhi'l-Vecîz*, Beyrut: Daru'l-Fikir, 1431.
- er-Râzî, Ebû Abdillâh Fahrüddîn Muhammed b. Ömer b. Hüseyin, *Mefâtihi'l-Gayb=Tefsirü'l-Kebir*, c. VI, Beyrut: Daru'l-İhyai't-Türasil Arabî, 1420.
- er-Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Abbâs Ahmed b. Hamza Şehâbeddîn, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhu'l-Minhâc*, Beyrut: Daru'l-Fikir, 1404/1984.
- es-Suheybânî, Abdullah b. Amr, “Hakku'l-İrtifak ve Tatbîkâtü'l-Muâsıra”, *Mecelletü Külliyyetü's-Şeria ve'l-Kanun bi-Tefehhanâ'l-Eşrâf (JFSLT)*, 15/1 (2013), 591-669.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, c. X, Riyad: Vizâreti's-Şuunu'l-İslâmiyye ve'd-Da'vet ve'l-İrşâdî'-Suudiyye, ty.
- Savaş, Abdurahman, “Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 26, (2016), 105-141.
- Schacht, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, trc. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener, Ankara: OTTO Yayınları, 2018.
- Smerkandî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Ebû Bekr Alaeddin, *Tuhfetü'l-Fukaha*, 2. Baskı, Beyrut: Daur'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994/1414.

- Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *el-Vasît fî Şerhi 'l-Kanûni 'l-Medenî*, c. IX, Beyrut: 1968.
- Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *Masadiru 'l-Hak fî 'l-Fıkhi 'l-İslâmi*, c. I, Beyrut: Daru'l-Fikr, 1953-1954.
- Sert, Selin, “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Ayni Hak Kurulması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4/1 (2014), 63-79.
- Sevar, Muhammed Vahideddin, *Hakku 'l-Milkiyye fî 'Zatihi fî 'l-Kanunu 'l-Medeni el-Ürdün*, Amman: Mektebeti Dâru's-Sekâfeti Li'l-Neşr ve't-Tevzi, 1993/1413.
- Sezen, Nurettin, *Mecelle 'nin Küllî Kaideleri (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) ve Açıklamaları*, 1. Baskı, Ankara: Aktif Hayat Yayınları, 2016.
- Sirmen, A. Lâle, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Solak, Beyza Dinçbudak, *Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması*, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2018.
- Sungurbey, İsmet, “Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları”, *İÜMHAD*, 1/2, (1968), 148-161.
- Surlu, Mehmet Handan – Öztürk, Gülay, *Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- es-Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahmân, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûu Fıkhi 'ş-Şafiyye*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1403/1983.
- Şâban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, trc. İbrahim Kâfi Dönmez, 28. Baskı Ankara: TDV Yayınları, 2017.
- Şafak, Ali, “Akar”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c. II, İstanbul: TDV Yayınları, 1989, 221.
- Şebrâmellisî, Ebu'z-Ziya Nureddin b. Ali, *Haşiye ala Nihâyetü 'l-Muhtâc*, Beyrut: Daru'l-Fikir, 1404/1984.
- Şeyh Bedreddin Simâvî, *Câmiu 'l-Fusuleyn (Yargılama Usulüne Dair)*, ed. Hacı Yunus Apaydın, Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2012.
- Şelebi, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fî 't-Ta'rif bi 'l-Fıkhi 'l-İslâmi ve Kavaidü 'l-Milkiyye ve 'l-Ukûd Fihî*, Beyrut: Daru'n-Nadha, 1962/1382.

- Şemsi Efendi, “İlk Mecelle Şerhi: Şemsî Efendi’nin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Kavâ’id-i Külliyesinin Şerhi Adlı Eseri”, haz. Sami Erdem, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 29, (2020), 47-101.
- Şemsü’l-eimmetü’s-Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsut*, Beyrut: Daru’l-Ma’rûfe, 1414/1994.
- Şen, Murat, “İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi”, *EBYÜ-HFD*, 1/1, (1997), 171-185.
- Şener, Abdulkadir, *İslâm Hukukunda Hibe*, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1984.
- Şengül, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.
- eş-Şeybânî, Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasen, *Kitabu’l-Asl*, thk. Muhammed Boynukalın, (Beyrut: Dâru İbn Hâzm, 2012.
- Şeyhülislâm Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fevziye*, haz. Süleyman Kaya, ed. Mustafa Demiray, 1. Baskı, İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Şeyhülislâm Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü’l-Fetevâ*, haz. Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu, Asuman Erkan, ed. Mustafa Demiray, 1. Baskı, İstanbul: Klasik Yayınları, 2011.
- Şimşirgil, Ahmet – Ekinci, Ekrem Buğra, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 2. Baskı, İstanbul: KTB Yayınları, 2008.
- eş-Şîrâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzebe fî fıkhi’l-İmam eş-Şafî*, yy., Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, ty.
- eş-Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb el-Kâhîrî, *Muğni’l-Muhtâc İlâ Ma’rifeti Me’ânî Elfâzi’l-Minhâc*, 1. Baskı, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1415/1994.
- Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957.
- Tek, Gülen Sinem, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE (Doktora Tezi), 2017.

- Tekinay, S. Sulhi, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Telek, Fatma, “Kat Mülkiyeti ile Kat İrtifakı Arasındaki Farklar”, *İBD*, 83/1, (2009), 217-300.
- et-Tesulî, Ebu’l-Hasan Ali b. Abdüsselam, *el-Behce fî Şerhi’t-Tuhfe*, Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1418/1998.
- et-Tirmizî, Ebû İsâ, Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahhâk, *Sünen-i Tirmizi*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdalbâki ve İbrahi Atvah, Mısır: Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, 1975/1395.
- Topal, Şevket, “İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 12/12-13 (2001): 517-538.
- Topal, Şevket, *İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet*, Ankara: STS Yayınları, 2014.
- Turanboy, Kürşad Nuri, “Kat İrtifakının Hukuki Mahiyeti”, *SÜHFD*, 3/1, (1990), 173-180.
- Tuzcu, Abdullah, *Kur’an-ı Kerim Açısından Mecelle’nin Külli Kaideleri*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgati*, 3. Baskı, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Türkmen, Ali, *İslâm Eşya Hukuku*, Samsun: Erol Ofset, 1996.
- Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin, Kal’a-yı Sultâniyeli, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel Istılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası*, haz. Fethi Gedikli – İbrahim Enes Onat, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Uslu, Abdüssamet, *Kat İrtifakı*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ülker, İbrahim, *Osmanlı Noterlik Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ünal, Mehmet, “Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/1-2 (2008), 223-236.
- Ünal, Mehmet, “Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/3, (2016), 2839-2865.
- Ünal, Mehmet, *Sınırlı Aynî Haklar*, Ankara: Savaş Yayınları, 2021.

- Ünal, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, 1988.
- Ünal, Mustafa, “İslam Borçlar Hukukunda Fesad Müeyyidesi ile Kısmi Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Müeyyidelerinin Mukayesesi”, *TJSS*, 3/3, (2019), 449-473.
- Ünal, Mustafa, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Yaman, Ahmet – Çalış, Halit, *İslam Hukuku*, 1. Baskı (Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018.
- Yaman, Ahmet – Çalış, Halit, *İslâm Hukukuna Giriş*, 10.Baskı, İstanbul: MÜİFAV Yayınları, 2015.
- Yaylak, Cihan, “Kamulaştırmanın Sınırlı Ayni Haklara Etkisi”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 6/2 (2017), 84-101.
- Yazır, Elmalılı M. Hamdi, *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılâhları Kamusu*, Haz. Sıtkı Gülle, c. 1, İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.
- Yıldırım, Celal, *Kur'an Ahkâmı*, 1. Baskı, c. I, Ankara: Debir Yayınları, 2020.
- Yıldırım, İlyas, “Şüf'a-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese”, *İHAD*, no. 31, (2018): 317-336.
- Yılmaz, Yasemin. “Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, 24/2, (2018): 1146-1173.
- Yusuf Musa, Muhammed, *el-Emval ve Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, yy.: Daru'l-Fikri'l-Arabiyye, 1986.
- ez-Zehebî, Şemsüddîn Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Osmân b. Kaymaz, *Hakku'l-Câr*, thk. Ebî İsmail Haşim b. İsmail es-Sak, yy.: Daru'l-İlmi'l-Kütübi'n-Neşr ve't-Tevzî, 1985/1405.
- ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fikhü'l-İslamî fi Sevbihî'l-Cedid: el-Medhal ila Nazariyyetü'l-İltizami'l-Amme fi'l-Fıkhi'l-İslamî*, Şam: 1965.
- ez-Zerkeşî Bedrüddin Muhammed b. Abdillâh b. Bahâdır eş-Şafîî, *el-Mensûr fi'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, 2. Baskı, Kuveyt: Vizâratü'l-Evkâfü'l-Kuveytiyye, 1985/1405.

- Zeydân, Abdulkerîm, *el-Medhal li-Dirâseti 'ş-Şer'iatî 'l-İslâmiyye*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle Nâşirun, 2005/1425.
- Zeydân, Abdulkerim, *el-Vecîz fî Şerhi'l-Kavâ'idî 'l-Fıkhiyye fî'ş-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâlet, 1422/2001.
- Zeylaî, Fahreddin el-Hanefî, Osman b. Ali b. Mihcen el-Bârî, *Tebyînü 'l-Hakâik Şerhu Kenzü'd-Dekâik ve Hâşiyetü'ş-Şilbî*, Bulak: Matbuatü'l-Kübra el-Emiriyye, Kâhire, 1313.
- Zeynü'd-din Ahmed b. Ahmed b. Abdüllatif ez-Zebîdî, *Sahih-i Buharî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi*, trc. ve şerh: Kâmil Miras, 5. Baskı, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1981, c. 7.
- Zorlu, Süleyman Emre, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümlerin Hukuki Tahlili”, *SÜHFD*, 30/2 (2022), 543-570.
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu 'l-İslami ve Edilletuhu*, trc. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, İstanbul: 1994.
- Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyatü 'd-Damân*, Dımaşk: Dâru'l-Fıkr, 1998.
- Zuhaylî, Vehbe, *Vesâyâ ve 'l-Vakf fî 'l-Fıkhi 'l-İslâmî*, Dımeşk: Daru'l-Fikir, 1998/1419.

İnternet Kaynakları

<http://kadisicilleri.istanbul>

<http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf/>.

<https://courts.rak.ae/Shared%20Documents/Lawsanddecisions/قانون%20المعاملات%20المدنية.pdf>.

<https://diyarbakirsicilleri.name.tr>.

<https://moj.gov.sd/sudanlaws/#/reader/chapter/92>.

<https://sozluk.gov.tr>.

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf>.

ÖZGEÇMİŞ

Mustafa ÜNAL, Konya'daki ilk öğreniminin ardından, lise öğrenimini Kuleli Askerî Lisesinde 2012 yılında tamamlamış ve 2013 yılında başlamış olduğu Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2017 yılında mezun olmuştur. Bir diğer lisans eğitimini de, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden 2022 yılında mezun olarak tamamlamıştır.

2017 yılında Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans programına başlamış olup, aynı yıl Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesine araştırma görevlisi olarak atanmıştır. Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalından, İslâm Borçlar Hukukunda Akit Dışı Kusur Sorumluluğu isimli teziyle 2019 yılında mezun olmuştur. Aynı yıl Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında Doktora Programına başlamıştır. Orta düzeyde İngilizce ve Arapça bilmektedir. Evli ve dört çocuk babasıdır.