

26741

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI  
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA İRTİFAK  
HAKLARI VE İLGİLİ  
KAVRAMLARIN GELİŞİMİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Hasan HACAĞ

Danışman  
Prof.Dr.İbrahim Kafi DÖNMEZ

İstanbul 1993

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
ÖNSÖZ.....	IV
KISALTMALAR.....	VI
GİRİŞ.....	1
I- KONUNUN İŞLENİŞ METODU.....	2
II- KAYNAKLAR.....	3
III- KONUNUN HUKUK SİSTEMATIĞİNDEKİ YERİ.....	8
A- Modern Eşya Hukukunun Temel Kavramları.....	8
B- Fıkıhta Eşya Hukukuna Ait Kavramlar ve Hak tasnifleri.....	11
1- Milk.....	12
2- Hukuk.....	17
3- İbaha.....	21

### BİRİNCİ BÖLÜM İRTİFAK HAKKININ MAHİYETİ

I- İRTİFAK KAVRAMI VE HUKUKİ DAYANAĞI.....	24
A- İrtifak Kavramı.....	24
1- Tarif ve Unsurlar.....	24
a- Hadim Akar Unsuru.....	25
b- Hakim Akar Unsuru.....	26
c- Yararlanma Yetkisi.....	27
2- Tarifin ve Unsurların Değerlendirilmesi.....	28
3- Klasik Eserlerde İrtifak Hakkını İfade Eden Kavramlar ve Tahlili.....	30
a- İrtifak.....	31
b- İrfak.....	32
c- Hukuk ve Merafık.....	33
B- Hukuki Dayanağı.....	36
II- İRTİFAK HAKKININ FARKLI TAKSİMLERİ.....	39
A- Yararlanma Yetkisinin Tarzı Açısından.....	39
B- Dış Özellikleri Açısından.....	40
C- Kuruluş Tarzı Açısından.....	41
III- İRTİFAK HAKKININ HUKUKİ NİTELİK VE ÖZELLİKLERİ.....	41
A- İrtifak Hakkı Aynî Nitelikte Bir Haktır.....	41
B- İrtifak Hakkının Sağladığı Menfaat Genel Kanaate Göre Maldır.....	42

C- İrtifak Hakkı Prensip Olarak Akara Tabidir.....	43
D- İrtifak Hakkı Hadim Akar Maliki Açısından Mülkiyet Hakkının Takyidi Özelliği Taşır.....	46

## İKİNCİ BÖLÜM İRTİFAK HAKKININ MUHTELİF TİPLERİ

I- İRTİFAK HAKLARININ BELİRLİ TİPLERLE SINIRLI OLUP OLMADIĞI MESELESİ.....	48
II- TEMEL İRTİFAK TİPLERİ .....	52
A- Su Alma, (Kaynak)Hakkı, Haku'ş-Şirb.....	53
B- Geçit Hakkı, Haku'l-Murur.....	56
C- Üst Hakkı, Haku'l-Karar.....	58
D- Kiriş Koyma Hakkı, Haku Vadi'l-Cuzu.....	65
E- Mecra Hakkı, Haku'l-Mecro ve Haku'l-Mesil.....	66
F- Kar Atma Hakkı, Haku İlka'i's-selc.....	69
G- Komşuluk Hakkı Kavramı ve İrtifak Hakları ile İlgisi.....	70
III- DİĞER İRTİFAK TİPLERİ.....	74
A- Manzara (Yapı Yapmama) İrtifakı.....	74
B- Çöp Dökme İrtifakı.....	75
C- Defi Hacet İrtifakı.....	75
D- Sütne Koyma İrtifakı.....	75
E- Pencere Açmama İrtifakı.....	76

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM İRTİFAK HAKKININ İKTİSAP VE SONA ERİŞ SEBEPLERİ

I- İRTİFAK HAKKININ İKTİSAP SEBEPLERİ.....	78
A- Akit.....	79
1- İrtifak Kurucu Akitler Konusunda Cumhurun Tavrı.....	80
2- İrtifak Kurucu Akitler Konusunda Hanefi Tavrı.....	83
3- Mukayese.....	86
B- Akit Esnasında Şart Koşma.....	88
C- Akit Esnasında Zımmi Kabul.....	89
D- Kazandırıcı Zaman Aşımı (Kıdem).....	91
E- İrtifak Hakkının Doğrudan Kanundan Doğuşu Tartışması.....	92
F- İrtifak Doğurup Doğurmaması Açısından, Umumi Ortaklık, İzin ve İare.....	97
1- Umumi Ortaklık.....	97
2- İzin ve İare.....	99

<b>II- İRTİFAK HAKKININ SONA ERİŞ SEBEPLERİ.....</b>	<b>101</b>
A- Hak Sahibinin Hakkından Feragatı.....	102
B- Sürenin Sona Ermesi.....	102
C- İrtifakın Sağladığı Menfaatin Tamamen Kaybolması.....	103
D- Diğer Sebepler.....	104
1- Fiili Kullanmama.....	104
2- İstimlak.....	104
3- Vasiyetle Kurulan İrtifak Muhtevalı Haklarda Hak Sahibinin Ölümü.....	104

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM İRTİFAK HAKKININ HÜKÜMLERİ**

<b>I- İRTİFAK HAKKININ MUHTEVA VE KAPSAMININ TESPİTİ...</b>	<b>106</b>
<b>II- HAKKIN KULLANILMASINDA UYULACAK İLKELER.....</b>	<b>107</b>
A- Hakim Akar Maliki Açısından.....	107
1- Hakim Akar Malikinin Yetkileri.....	107
2- Hakim Akar Malikinin Sorumlulukları.....	108
<b>III- HAKİM VE HADİM AKARLARIN TAKSİMİ.....</b>	<b>110</b>
A- Hakim Akarın Taksimi.....	110
B- Hadim Akarın Taksimi.....	113
<b>IV- İRTİFAK HAKKINDA ORTAKLIĞIN ŞUF'A SEBEBİ OLUŞU ME- SELESİ.....</b>	<b>113</b>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>116</b>
<b>BİBLİYOGRAFYA.....</b>	<b>118</b>

## ÖNSÖZ

İslam hukuku sahasında yapılan çağdaş çalışmaların büyük bir bölümü, klasik kaynaklarda kazuistik tarzda işlenmiş fıkhi birikimin, modern hukuk metot ve sistematüğinden istifadeyle nazari hale getirilmesi çabası şeklindedir. Fıkhın orjinal prensip ve kavramlarının korunması şartıyla, hemen hemen bütün araştırmacılar tarafından benimsenen bu usul ile bir çok eser meydana getirilmiştir. Bu sayede İslam hukukunun bazı bölümleri geniş ölçüde işlenmiş ve belirginlik kazanmış olmakla birlikte fıkhın geneli açısından yapılması gereken işler, yapılmış olanlardan daha fazladır. İşte irtifak hakları konusunda hazırlanan bu tez İslam eşya hukuku konusunda mezkur metod ile yapılmış bir çalışma niteliğindedir.

Tezde irtifak hakları konusunun seçilişi başlıca iki sebebe dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, genel olarak eşya hukuku ve özel olarak da irtifak hakları açısından, mevcut muasır çalışmalarda net olarak çözüme kavuşturulamamış bir takım problemlerin varlığıdır. İkincisi ise, çalışacağımız konuda fukuhanın kavram üretme faaliyetini de gözlemleme isteğimiz ve bir çok kavrama sahip olması sebebiyle konunun bu amaç için oldukça uygun oluşudur.

Mevzu, eşya hukukunun sınırlı bir alanı olmasına rağmen çağdaş eserlerin zikredilen durumu sebebiyle esas konunun işlenmesinden önce, çalışma boyunca temel alacağımız fıkhın eşya üzerindeki yetkilere ilişkin kavram ve hak tasniflerinin doğrudan klasik kaynaklara inilerek tespiti zarureti, çalışma alanının genişlemesine sebep olmuştur. Zira bu kavram ve tasniflerin belirlenmesi tutarlı sonuçlara ulaşılması açısından zaruri bir durumdur. Bu amaçla yapılan çalışmada ulaşılan ve tezin hareket noktasını teşkil eden bilgiler giriş kısmında sunulmaya çalışılmıştır.

Burada öncelikle çalışmalarım esnasında gösterdiği ilgi, yönlendirme ve teşvikleriyle yetişmemde bana destek olan danışman hocam, Prof. Dr. İbrahim Kafi Dönmez beye şükranlarımı sunuyorum.

Ayrıca tezin tenkidi ve tashihi konularında yardımcı olan arkadaşlarım İbrahim Hatiboğlu, Ali Ulvi Mehmedoğlu ve Abdullah Kahraman'a teşekkür ediyorum.

**Hasan HACA**

**17 Mart 1993**

**İstanbul**



## KISALTMALAR

a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.y.	: aynı yer
b.	: İbn
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
h.	: hicri
Hz.	: Hazreti
md.	: madde
nr.	: numara
r.a.	: radiyallahu anh
s.	: sahife
s.a.	: sallallahu aleyhi ve sellem
T.M.K.	: Türk Medeni Kanunu
ts.	: tarihsiz
T.T.K.	: Türk Tarih Kurumu
v.	: vefatı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vr.	: varak
vs.	: ve saire
yy.	: yayın yeri yok

# GİRİŞ



## I- KONUNUN İŞLENİŞ METODU :

İrtifak hakları, Eşya Hukuku'nun Sınırlı Ayni Haklar bölümünde ele alınan bir konudur. Modern hukuklarda konu yeterince işlenmiş olduğundan sınırları net olarak belirlidir. İslam hukuku açısından ise klasik kaynaklarda dağınık bir şekilde temas edilen konunun, muasır çalışmalarda yeterince işlenerek problemlerinin çözüldüğünü söylemek güçtür. Öyle ki incelediğimiz çağdaş eserlerde konu, en temel kavram ve meseleleri dahi tam açıklığa kavuşmamış halde zaman zaman belirsiz ve hatalı bir şekilde işlenmiştir.

Bu çalışmada yapılan, doğrudan fikhın temel klasik kaynaklarına inip oradaki dağınık ve nazari açıdan düzensiz gibi görünen bilgileri, modern hukuk sistemlerinden de istifade ile toparlayıp sistematize etmek olmuştur. Bu çaba esnasında konuyla ilgili hak tasnifleri ve kavramlarla, bunların Türk pozitif hukukundaki karşılıklarının tespitinde klasik kaynaklara sadık kalmaya özen gösterilmiştir.

Konu bu şekilde problemleri açıdan ele alınmakla birlikte ikinci bir yön olarak irtifak hakları ile ilgili kavramların klasik kaynaklardaki gelişimine dikkat edilmiştir. Bu kavramların fikhın ilk eserlerinden son döneme kadar gösterdiği gelişim ve İslam hukuk bilginlerinin yeni kavramlar üretme faaliyeti gözlemlenmiştir. Bu çaba konuyla alakalı kavramları daha iyi analiz imkanı verdiği gibi, fıkıh mezheplerinin kavramları kullanışı ve kavram hukukçuluğu açısından, konu sınırları içinde önemli bazı sonuçlara ulaşılmasını sağlamıştır.

Çalışmada bu şekilde kavram gelişimi de incelendiğinden, bu konuda belirli kaynakların temel alınması gerekmektedir. Bütün mezheplerin tüm külliyatının gözden geçirilmesi mümkün olmadığı için dört büyük mezhebin belirli eserleri temel alınmış ve kaynaklar kısmında bu eserler, çoğunlukla temel seçilme sebebiyle birlikte zikredilmiştir. Ayrıca kaynaklarda konunun işleniş sistemine de temas edilmiştir. Klasik kaynaklardan sonra modern dönemde yazılan eserler üzerinde de kısa bazı değerlendirmeler sunulmuştur.

Kaynaklardan sonra, giriş kısmında konunun hukuk sistematikindeki yeri ele

alınmıştır. Muasır çalışmalarda irtifak hakkı konusundaki belirsizlik ve hatalar temelde fıkhıdaki eşya hukuk ile alakalı hakların dakik bir şekilde tasnif edilmemiş ve bunlarla ilgili kavramların yeterince oturmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple irtifak hakkı kavramının eşya hukuku ile ilgili hak tasnifindeki yeri ve hukuki niteliğinin doğru bir şekilde tespiti, tüm çalışmanın tutarlılığı açısından önem taşımaktadır. Bu iş yapılırken muasır eserlerden çok, konuyla ilgilenmiş klasik kaynaklara inilmiş ve böylece orjinal sayılabilecek bir hak taksimi ortaya çıkarılmıştır. İslam eşya hukuku ile ilgili bu hak tasnifinin daha iyi değerlendirilebilmesi için önce modern hukuklardaki ilgili tasniflere kısaca temas edilmiştir. Bu hak taksimiyle ulaşılan sonuçlar çalışmanın hareket noktasını teşkil ettiği için giriş kısmında incelenmiş ve bunlara çalışma boyunca sürekli atıflar yapılmıştır.

Çalışmanın sistem ve planının oluşturulmasında Türk pozitif hukukundan istifade edilmekle birlikte fıkhıdaki irtifak hakkı anlayışının bu hukuktakinden farklı olduğu noktalarda, diğer bazı modern hukuk sistemlerinden de faydalanılmıştır. Çalışma, giriş kısmından başka dört bölümden meydana gelmektedir. Birinci bölümde irtifak hakkı kavramının hukuki mahiyeti ele alınmış, bunun için kavramın tanımı , unsurları, çeşitleri ve özellikleri işlenmiştir. Ayrıca klasik kaynaklarda irtifak hakkını ifade eden kavramlar tahlil edilmiştir. İkinci bölümde, irtifak hakkının muhtelif tiplerinin tespitine çalışılmış ve bunlarla ilgili kavramların gelişimine dikkat edilmiştir. Tez boyunca kavram gelişimi en yoğun olarak bu bölümde işlenmiştir. Bundan sonraki iki bölüm ise irtifak haklarının geneline şamil prensipleri içermektedir. Buna göre üçüncü bölüm irtifak hakkının iktisap ve sona eriş sebeplerine, dördüncü ve son bölüm ise, hakkın iktisabıyla doğan sonuçları ifade eden, irtifak hakkının hükümleri konusuna ayrılmıştır.

## **II- KAYNAKLAR :**

Bu çalışmada kullanılan kaynaklar, temel olarak klasik fıkıh kitaplarıyla birlikte muasır islam hukuku ve modern eşya hukuku eserleri şeklinde üç gruba ayırabilir. Konunun hüküm ve problemlerini incelemede yararlanılan klasik kaynakları burada saymağa gerek yoktur. Ancak tezde kavram gelişimi üzerinde de

durulduğu için, bunun her mezhebin belirli eserleri üzerinde yapılması, zaman ve imkanlar açısından zaruri bir durumdu. Bu sebeple her mezhepten bir takım kaynaklar tespit edilerek bu iş onlar üzerinde gerçekleştirilmiştir. Kavram gelişimi açısından yapılan çalışmanın boyutunu yansıtmaya için seçtiğimiz bu kaynakların burada belirtilmesi uygun olacaktır. Buna göre Hanefi mezhebinden temel aldığımız kaynaklar şunlardır:

1. Şeybani (v.189/805), Kitabu'l-asl. Mezhebin ilk kayağı olan bu eseri incelememiz tutarlı sonuçlara ulaşmamız için zaruri olduğundan, tamamı matbu olmayan bu eserin yazma nüshalarına müracaat ettik.

2. Serahsi (v.483/1090), el-Mebsut. Konuyla ilgili meseleleri genişçe ele alması ve kavramları kullanmadaki dikkat ve başarısı sebebiyle bu eserden azami derecede istifade etmeye gayret ettik.

Mebsut ile Kitabu'l-asl arasında, Tahavi (v.321/933) ve Kuduri (v.628/1037)'nin el-Muhtasar adlı eserlerini de incelememize rağmen kavramlar açısından zikre değer bir yön bulamadık.

3. Semerkandi (v.539/1144), Tuhfetü'l-fukaha.

4. Kasani, (v.587/1191), Bedaiu's-sanâi'. İslam hukukunu sistematize etme çabısının en iyi örneğı olan bu eserde, "eşya üzerindeki haklar" ile ilgili derli toplu bilgiler bulunduğu gibi, müellif kavramlara da önem vermiştir.

5. Merginânî (v.593/1197), el-Hidaye. Fıkıh kitaplarındaki ana ve alt bölüm (kitab, bab) sistemi açısından kendinden sonraki pek çok meşhur telif tarafından temel alınan bu eser hanefi mezhebinin temel kaynaklarından biridir. Ayrıca konuyla ilgili pek çok kavram bu eserde istikrara kavuşmuştur. Hidaye'ye kadarki dönemde gelişen kavramların bu eserdeki kullanımları mezhebin sonraki kaynaklarında temel alınmıştır.

6. İbn Hümam (861/1457), Fethu'l-kadir.

7. İbn Nüceym (970/1562), el-Eşbah ve'n-nezair.

8. İbn Abidin (1252/1836), Reddül-muhtar. Mezhebin son dönemini yansıtmaya, önceki pek çok kaynağı hulasa etmesi ve genişliği sebebiyle bu eseri seçtik.

Bunlardan başka İbn Kadi Simavne'nin (v.823/1420), Camiu'l-fusuleyn'i,

el-Fetava'l-hindiyye ve Ali Haydar'ın Dürerü'l-hükkam adlı eserinden istifade ettik. Bu mezhepteki kavramlaşma çok büyük ölçüde altıncı asırda tamamlandığı için özellikle Hidaye'den sonraki bazı mühim kaynakları ihmal ettik. Bununla birlikte kavramlar açısından zengin olan Hanefi mezhebine bu özelliği dolayısıyla diğerlerinden daha fazla önem verdik ve gerekli gördüğümüz bütün kaynaklara başvurduk.

Hanefilerden sonra kavramlara en çok dikkat eden Şâfi mezhebinden temel alınan eserler ise şunlardır :

1. İmam Şafiî (204/820), el-Ümm. Mezhebin ilk kaynağı olan bu eser sistematik açıdan da sonraki kitaplara örnek olmuştur.

2. Şirazi (476/1083), el-Mühezzeb.

3. Gazzali (505/1111), el-Veciz, ve buna Rafii'(624/1226) nin yaptığı Fethu'l-aziz adlı şerh.

4. Nevevi (676/1277), Ravdatü't-talibin. Mezhebin en mühim simalarından biri olan Nevevi'yi bu geniş ve açık usluflu eserinden takip ettik. Bununla birlikte muhtasar bir eseri olan Minhac ile, tamamlamadığı Mecmu'a da zaman zaman başvurduk.

5. Zerkeşi (794/1391), el-Mensur fi'l-Kavaid.

6. Şirbinî (977/1570), Mugni'l-muhtaç. Mezhepteki kavramlaşma büyük ölçüde Nevevi ile istakrara kavuşup tamamlandığı için son dönem eserlerinin temsilcisi olması dolayısıyla bu eseri temel aldık. Bununla birlikte Remli (v.1004/1595)'nin Nihayetü'l-muhtac'ı ile buna Sebrâmellisi (v.1087/1077)'nin yaptığı Haşiye'den de istifade ettik.

Hanbeli mezhebinden şu kaynakları esas aldık :

1. Hıraki (v.334/945), el-Muhtasar.

2. İbn Kudame (v.620/1223), el-Muğni. el-Muhtasar'ın şerhidir.

3. İbn Kayyim (v.751/1350), Bedaiu'l-fevaid.

4. İbn Raceb (v.795/1392), el-Kavaid. Bu eserden özellikle eşya hukuku ile alakalı hak taksimleri açısından son derece istifade ettik.

5. Behutî (v.1052/1642), Keşşafu'l-kına. Hacevi (v.968/1560)'nin el-ıknâ, adlı eserinin şerhi olan bu kitap mezhebin son dönemini temsil etmekte olup kavramlara özen göstermiştir.

Malikî kaynaklarımızı ise şu eserler oluşturur :

1. Sahnun (v.240/854), el-Müdevvere. İmam Malik'ten yapılan rivayetleri içermesi açısından mezhebin ilk kaynağıdır.

2. İbn Rüşd (v.520/1126), el-Beyan ve't-Tahsil.

3. Haraşî (v.1101/1689), Şerhu Muhtasarı Şeyh Halil. Halil b. İshak (v.776/1374)'in el-Muhtasarı'nın şerhidir.

4. Derdir (v.1201/1786), Şerhu'l-kebir. el-Muhtasar'ın başka bir şerhidir. Maliki kaynakların, kavramlaşma açısından fazla ileri olmadığını gördüğümüzden bu kaynaklarla yetindik.

Klasik fıkıh kitaplarında, irtifak hakları konusu eşya ve borçlar hukuku ile alakalı bölümlere dağılmış durumdadır. Belirli bir mezhep içinde sistem açısından ortak bazı metodlar olmakla birlikte, her mezhep farklı bir sisteme sahiptir. Burada kısaca mezheplerin konuyu işleyiş sistem ve metodları üzerinde duracağız.

Hanefî mezhebine dair kaynaklar, diğer mezheplere oranla konuyla ilgili daha detaylı ve teknik bilgi birikimine sahiptir. Ancak bu bilgiler belirli bir bölümde toplanmaktan çok, farklı başlıklar altına serpiştirilmiştir. Buna göre, mülkiyet hakkı ve diğer aynı nitelikli haklarla ilgili temel bilgiler, Bedai ve Mabsut gibi eserlerde Dava ana bölümünde, Hidaye sistemli eserlerde<sup>1</sup> ise Kadâ ana bölümünün "Mesail Şetta" başlığında ele alınır. İrtifakların iktisap yolları ile ilgili bilgilere, bey', icâre, sulh vb. hukuki işlemlere ayrılan bölümlerde temas edilmiştir. Özellikle satım akdine konu oluşu, Hidaye sistemli eserlerde bey' akdi ana bölümü içindeki "fasit bey' akdi" alt başlığında işlenmiştir. Ayrıca yine aynı ana bölümde, irtifakların bey' akdine dahil oluşları "babu'l-hukuk" adıyla açılan özel bir alt bölümde işlenmiştir. Mezhepte irtifakların iktisabı için önemli bir yol olarak görülen kismet akdi ana bölümünde bu hakkın kuruluşu ve kullanımıyla alakalı hükümler incelenmiş ve irtifak haklarının kismet akdindeki rolü diğer mezheplere oranla üstün bir şekilde ele alınmıştır. Başka bir eşya hukuku konusu olan Şufa'ya ayrılan ana bölümde ise,

<sup>1</sup> Hidaye sistemli eserlerden kastımız, ana ve alt bölüm (kitap ve bâb) sisteminde Hidaye'yi esas alan eserlerdir. Hidaye'den sonra, mezhepte meşhur pek çok eser onun sistematiğini taklit etmiş ve mezhep içi belirli bir sistem oluşturulmuştur. Bu eserler arasında Nesefî'nin Kenzü'd-dekaik ve bunun şerhleri, Mülteka, el-Fetava'l-hindiyye, el-Fetava'l-haniyye, Reddü'l-muhtar vs. gibilerini sayabiliriz.

irtifak haklarının şuf'a hakkı doğuruşu konusu incelenmiştir. Son olarak temel bir irtifak tipi olan şirb hakkı için mezhebin bütün kaynaklarında özel bir ana ya da alt bölüm açılmış ve burada şirb hakkı ile birlikte sulara ait genel hükümlerden bahsedilmiştir. Bu temel kısımların dışında eşya ve borçlar hukuku ile alakalı diğer bazı bölümlerde de bir takım bilgilere rastlamak mümkündür.

Şafii mezhebi kaynakları ise, farklı bir sistemle irtifaklarla ilgili temel bilgileri, Sulh akdi ana bölümü içinde açtıkları, "Babu't-tezâhum ale'l-hukuk"<sup>2</sup> adlı başlıkta ele alırlar. İrtifakların akitlerle kuruluşu ve kullanımına ait bilgiler sürekli olarak bu başlık altında incelenmiştir. Bunun dışında bey ve icare akitlerine ayrılan ana bölümlerde irtifakların akara tabi oluş özelliğine temas edilmektedir.

Hanbeli mezhebi kaynaklarıda, bu konuda Şafiilere paralel olup konuya büyük oranda aynı başlıklarda yer ayırmıştır.

Maliki kaynakları konu açısından nisbeten kapalıdır. Sınırlı olarak rastladığımız bilgiler, İhyau'l-mevât, bey' akdi ve şerike ana bölümlerine dağılmış haldedir. Son dönem eserlerinden İbn Asım'ın Tuhfetu'l-hukkam adlı eseri ve şerhlerindeki "irfak" ve "zarar" alt başlıkları, irtifaklarla yakın alakalı bölümlerdir.

Çalışmamızda klasik fıkıh kitaplarının dışında, konuyla ilgili muasır eserlerden ulaşabildiklerimizide inceledik. Bu incelememiz sonucunda, muâsır eserlerdeki bilgilerin temelde birkaç müellife dayandığını gördük. Bu sebeple konuyla ilgili mevcut fikirlerin sahibi olarak atf ve eleştirilerimizde bu müellifleri esas aldık. Konumuz açısından orjinal yönü olan bu eserler, Kadri Paşa'nın Mürşidü'l-hayran, Ali Hafif'in, Ahkamu'l-muamelat<sup>3</sup>, Ebu Zehra'nın el-Milkiyye ve Yusuf Musa'nın el-Emval ve nazariyetü'l-akdi adlı eserleridir. Bunlara ilaveten Zerka'nın el-Medhal'i, Senhuri'nin Masaduru'l-hakk'ı ve Abdullah Muslih'in, Kuyudu'l-Milkiyyeti'l-hâssa'sında da bazı orjinal bilgilere rastlamak mümkündür. Bu eserlerin dışındaki, Abdulkерim Zeydan'ın el-Medhal'i, Bedran ebu'l-ayneyn'in Tarihu'l-fıkhi'l-islami ve nazariyetü'l-milkiyye'si, Şelebi'nin el-Medhal'i, Vehbe

2 Temel Şafii kaynakların hemen hepsinde yer alan bu başlıkta, muhteva olarak irtifaklara benzeyen bir takım haklar üzerindeki birlikte kullanımlardan bahsedilmektedir.

3 İrtifak hakları konusu ile en çok ilgilenen ve kendinden sonraki hemen hemen bütün ilgili eserlere etkide bulunan Ali Hafif'in el-Milkiyye isimli eserini de inceledik. el-Hakku ve'z-zimme adlı eserine ise ulaşamadık.



Zuhayli'nin el-Fıkhu'l-islami'si gibi eserlerin konuyla ilgili verdiği bilgiler çok büyük oranda önceki sayılan kitaplardan nakil mahiyetinde olduğu için bunlara prensip olarak atıf ve eleştiri açısından temas etmedik.

Serda Kurtoğlu'nun İslam Hukuku, Hayrettin Karaman'ın Mukayeseli İslam Hukuku ve Halil Cin ile Ahmet Akgündüz'ün Türk Hukuk Tarihi adlı eserleri ise konuyla ilgilenen belli başlı Türkçe eserlerden olması sebebiyle kaynaklarımız arasında yer almıştır.

### III- KONUNUN HUKUK SİSTEMATİĞİNDEKİ YERİ

Bu kısımda, islam eşya hukukunun temel kavramlarını ve ilgili hak taksimlerini ortaya çıkarmayı hedeflemekteyiz. İrtifak haklarının eşya hukuku ile ilgili haklar içerisindeki yeri ve niteliğinin tespiti konunun anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir. Muasır fıkıh çalışmalarında İslam eşya hukukuna ait temel kavramlar ve hak taksimlerinin yeterince net bir şekilde ortaya çıkarılmamış olduğunu görmemiz, bizi bu konuya özel olarak eğilmeye sevk etmiştir. Burada ulaşılabilecek sonuçlar çalışmanın bütününe esas teşkil ettiği için, bunu giriş kısmında incelemeyi uygun bulduk. Bu işi yapmadan önce, islam hukuku kaynaklarına oranla daha çok işlenmiş olan modern hukuka ait taksim ve kavramları ele aldık. Bunu modern hukuktan istifade imkanı doğurmakla birlikte iki hukuk istemi arasında mukayese fırsatı da vermesi açısından faydalı gördük.

#### A- MODERN EŞYA HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

Eşya hukuku, şahısların eşya denilen<sup>4</sup> maddi mallar üzerinde doğrudan doğruya hakimeyetlerinden doğan meseleri düzenleyen hukuk branşı olup, temel konusu aynı haklardır. Aynı hak, bir şahsa bir nesne üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı dermeyan edilebilen haklardır<sup>5</sup>. Tarifteki "doğrudan doğruya" vasfı, aynı hakkı, konusu eşya olan şahsî haklardan

4 Hukuki anlamda eşya, üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek, iktisadî bir değer taşıyan, şahıs dışı cismanî varlıklardır. Oğuzman, K., Eşya Hukuku, s.6.

5 Oğuzman, K., a.g.e., s.4.

ayırarak içindir. Zira eşya üzerinde iki tip hak söz konusudur : Aynî ve şahsî hak (alacak hakkı)<sup>6</sup>. Mala bağlı hakların bu şekilde ikiye ayrılması bütün medeni hukukun temel ekseni ve en önemli ayırımıdır. Alacak hakkı da denilen şahsî hak, alacaklının borçlusundan bir edimin yerine getirilmesini isteme hakkıdır<sup>7</sup>. Alacaklı ve borçlu arasındaki bir borç münasebetine dayanan şahsî hak, üçüncü şahısları ilgilendirmez. Aynı hakta ise eşya üzerinde doğrudan hakimiyet olduğundan herhangi bir kimseden borç ilişkisinden doğan bir edimin ifasının istenmesi söz konusu değildir. Aksi takdirde, hak sahibi ile hakkın konusu nesne arasında bir vasıta giriyor demektir ki bu hakimiyetin doğrudan doğruya olmadığını ifade eder. İşte hakkın aynîliği hak sahibinin eşyadan hakkına uygun bir şekilde istifade etmesi için hiç kimsenin araya girmesine, vasıtalık etmesine ihtiyaç bulunmadığını ifade etmektedir.<sup>8</sup>

Şahsî hak üç unsurdan oluşur : Hak sahibi (alacaklı) borçlu ve hakkın konusu. Aynı hakta ise hak sahibi ve hakkın konusu olmak üzere iki unsur vardır. Şahsî hakta, hak sahibi, borçlunun aracılığı olmadıkça hakkına ulaşamazken , aynı hakta, hak konusu nesne üzerinde doğrudan bir hakimiyet söz konusudur<sup>9</sup>. Örnek olarak kira akdi Türk medeni hukukunda şahsî bir hak doğurur. Burada kiracı, kiraladığı nesne üzerinde doğrudan hakimiyet sahibi değildir. Ondan istifadesi kiraya verenin aracılığına bağlıdır. Kiracı hakkını, nesne malikinin imkan vermesi sonucu kullanabilmektedir. Fakat aynı hak doğuran menfaat vasiyetinde, hak sahibi nesnenin rakibesine malik olan şahsın aracılığı olmadan bizzat ve doğrudan hakkını kullanabilmektedir. Konumuz olan irtifak hakkı bir aynı hak çeşidi olduğundan sadece aynı haklara temas edip mevzu ile doğrudan alakası olmayan şahsî haklara değinmeyeceğiz.

Aynı hakkın en önemli ve en çok kullanılan tasnifi, hakkın sağladığı yetkiye göre yapılamdır. Buna göre aynı haklar iki temel gruba ayrılır<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Zerka, el-Medhal, III,15; Senhuri, Masaduru'l-hak, I,9; Ali Hafif, el-Milkiyye, s.20; Senhuri, el-Vasit, VIII,183-186; Tekinay, S., Medeni Hukuka Giriş, s.124.

<sup>7</sup> Zerka, a.g.e., III,16; Oğuzman, K., a.g.e., s.15.

<sup>8</sup> Senhuri, el-Vasit, VIII,186; Oğuzman, K., a.g.e., s.15.

<sup>9</sup> Senhuri, el-Vasit, VIII,187.

<sup>10</sup> Oğuzman, K., Eşya Hukuku, s.19.



**a- Mülkiyet Hakkı :**

Mülkiyet, eşya üzerinde tam bir hakimiyet ve en geniş yetkileri sağlayan aynı hak olarak tarif edilebilir. Hak sahibi hak konusu üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Tasarruf yetkisi, hakkın konusu olan nesneyi kullanma (usus), semerelerinden istifade etme (fructus) ve malı tüketme (abusus) yetkilerini kapsar<sup>11</sup>.

**b- Sınırlı Aynı Haklar :**

Mülkiyet hakkına bağlanan yetkilerden sadece bazılarını sağlayan aynı haklardır. Sınırlı aynı haklar sahibine mülkiyette bulunan yetkilerden birini veya ikisini tam olarak ya da belirli sınırlamalarla temin eder. Bu tür haklar, hukuki nitelik bakımından genellikle mülkiyet hakkından farklı değildir. Hakkın sınırlı oluşu aynı niteliği ve etkinliği açısından değildir. Bu haklar da mülkiyet hakkı derecesinde aynıdır. Bu haklardaki sınırlılık, hakkın eşya üzerinde sağladığı hakmiyetin kapsamına ilişkindir.<sup>12</sup>

Sınırlı aynı haklara bazı hukuk sistemlerinde, başkasının nesnesi üzerindeki haklar denilmektedir. Bu deyim, sınırlı aynı hakların bağlı olduğu nesnenin, üzerindeki mülkiyet hakkının başkasına ait bulunduğunu ve o eşya malikinin mülkiyet hakkını daralttığını vurgulamaktadır<sup>13</sup>.

Sınırlı aynı haklar Türk Medeni Kanunu'nda üç gruba ayrılmıştır.

**a- İrtifak hakkı :**

Hak sahibine nesne üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini veya her ikisini sağlayan haklardır<sup>14</sup>.

**b- Rehin Hakkı :**

Hak sahibinin bir alacağını teminat altına alan ve alacak tahsil edilemediği

<sup>11</sup> Daha açık ifade edilirse, tasarruf, nesneyi zilyetliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semerelerini alma, tüketme ve yoketme gibi maddi fiilleri ve nesnenin mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ya da sınırlı aynı haklarla yüklenmesi gibi hukuki işlemleri kapsar. Köprülü, B.- Kaneti, S., Sınırlı Aynı Haklar, s.3.

<sup>12</sup> Köprülü, B.- Kaneti, S., Sınırlı Aynı Haklar, s. 3.

<sup>13</sup> Bu tabir İslam Hukuku açısından da kullanılabilir.

<sup>14</sup> İrtifak hakkı pozitif hukukta intifa ve süknâ gibi şahsa bağlı bir takım sınırlı aynı hakları da içermektedir. Köprülü, B.-Kaneti, S., a.g.e., s.159.

zaman rehin edilen malın satılmasından elde edilecek para ile alacağın karşılanması yetkisini sağlayan haklardır. Rehin hakkı, nesnenin değeri ile alakalı bir haktır.

### c- Gayrimenkul Mükellefiyeti :

Bir gayrimenkul malikinin, bu gayrimenkul karşılık olmak üzere, diğer kimse lehine bir şey yapma veya verme ödeviyle yükümlü olmasıdır. Bazı hukuk sistemlerinde kabul edilmeyen bu hak türü, İslam hukuku kaynaklarında işlendiği gibi Türk medeni hukukunda da pek az uygulama alanı bulmuştur<sup>15</sup>. İslam hukuku kaynaklarında ise böyle bir hak türüne rastlanmamaktadır.

Burada işaret etmemiz gereken bir husus da, eşya üzerinde bu haklardan başka birtakım yetkilerin daha var olduğudur. Fakat bu yetkiler aynî hak özelliği taşımazlar ve onun kadar güçlü değildirler. Bunlar bazı modern hukuk sistemlerinde haklardan ayrılarak "ruhsat" kavramıyla ifade edilir<sup>16</sup>. Eşya hukukunda hak kavramı bu şekilde prensip olarak sadece aynî hakları ifade etmektedir. Ruhsat kavramı ise, az sonra ele alacağımız "ibaha" teriminin benzeridir.

Modern hukukta, eşya üzerindeki yetkilerin tasnifini böylece özet olarak verdikten sonra şimdi esas amacımız olan fıkıhtaki benzer tasnif ve kavramları ele alacağız.

## B- FIKIHTA EŞYA HUKUKUNA AİT KAVRAMLAR VE HAK TASNİFLERİ

İslam hukukunda furû eserlerinin sistematiğine yansiyacak ölçüde açık ve nazari olarak işlenmiş bir hak sınıflaması yoktur. Mevcutların en yaygını hakkın sahibi kriterine göre yapılan, "Allah hakkı" ve "Kul hakkı" ayrımıdır. Furû açısından daha önemli ve temel bir sınıflama olan ayna ve zimmete bağlı hak ayrımı<sup>17</sup>, özellikle muamelat kısmında esas alınmakla birlikte, nazari açıdan fazla

<sup>15</sup> Köprülü, B.- Kaneti S., a.g.e., s.159.

<sup>16</sup> Senhurî, Masadiru'l-hakk, I,9.

<sup>17</sup> Zerkeşi, el-Kavâid. Bu ayrım modern hukuktaki aynî ve şahsi hak ayrımına benzemektedir. Bu konuda bkz. Zerka, el-medhal, III,28-30; Senhurî, a.g.e., I,24.

geliştirilmemiştir. Bunların dışında sınırlı gayelerle yapılmış bir takım sınıflamalara daha rastlamak mümkündür. Mesela mücerret ve gayri mücerret hak ayırımı<sup>18</sup>, özellikle haklardan feragat (ıskat) konusu ile ilgili olarak geliştirilmiştir<sup>19</sup>.

Bu tip tasnifler hukukun bütünü göz önüne alınarak yapıldığından özel olarak eşya üzerindeki hakları diğerlerinden ayıran açık bir tasnife rastlamak güçtür. Fakat bununla birlikte eşya üzerindeki hak ve diğer yetkileri ifade eden kavramlar ve bunlar arasındaki farklar, islam hukukçuları tarafından ihmal edilmemiştir. İslam hukukçuları eşya üzerindeki yetkileri temelde iki gruba ayırmıştır : Milk ve İbaha. Milk ve İbâha ayırımı, sağlanan yetkinin gücü ve niteliğine göre yapılmıştır. Milk eşya üzerindeki en güçlü yetkilerin, ibâha ise zayıf yetkilerin ifadesi olmuştur. Kaynaklarda net bir şekilde görülebilen bu ayırım, özellikle Hanbeli hukukçu İbn Raceb (v.795/1392)'te görülen bir tasnifle üçlü hale getirilmiştir<sup>20</sup>. Bu hukukçu, eşya üzerinde Milk'ten zayıf ve İbaha'dan güçlü yetkiler veren bir takım hakları, "Hukuk" kavramı ile ifade ederek, bunları İbaha ve Milk'ten özenle ayırmıştır. O halde islam hukukunda, eşya üzerindeki yetkileri, bu yetkinin nitelik ve gücüne göre üç gruba ayırabiliriz. Bunlar, eşya üzerindeki en güçlü yetkiyi ifade eden milk; en zayıf yetkileri ifade eden ibaha ve bu ikisi arasında, ibahadan güçlü, milkten zayıf yetkiler veren "hukuk" denilen bazı haklardır.

Bu üç farklı nitelikli yetkinin birbirinden dakik bir şekilde ayrılması ve her kavramın sınırlarının tutarlı bir şekilde tespit edilmesi, islam eşya hukukunun orjinal hak tasinfini göstermesi açısından son derece önemlidir. Ayrıca irtifak hakkının yerinin tespiti de buna bağlıdır. O halde önce bu üçlü tasnifin incelenmesi gerekmektedir.

### 1. Milk :

Milk kavramı fıkıhta, eşya üzerinde en güçlü yetkileri bahşeden mülkiyet

<sup>18</sup> Ali Hafif, Ahkâmu'l-muamelât, s.28-29.

<sup>19</sup> Hukuk-ı mücerrede, mülkiyet hakkı başkasına ait bir nesnenin menfaatları üzerinde kurulu bazı hakları ifade eden bir terimdir. Örnek olarak hadim akar üzerinde sadece sınırlı bir kullanma ya da yararlanma yetkisi veren irtifak hakları bu gruptandır. Bkz. Serahsi, el-Mebcut, XXIII, 180; İbn Hümmam, Fethu'l-kadir, VI, 430; İbn Nüceym, Rasail, s.141.; Ali Haydar, Durerü'l-hukkam, III, 506.

<sup>20</sup> İbn Raceb, el-Kavaid, s.200.

hakkı, irtifak hakkı, rehin hakkı gibi hakları ifade eden bir kavramdır. Teknik anlamda milk sadece eşya üzerindeki hakları ifade eder. Her ne kadar bu kavram milkü'n-nikah ve milkü'l-kıyas gibi kullanımlarla bazen eşyanın dışındaki bazı şeyler üzerinde kurulan hakları ifade etse de<sup>21</sup> bu teknik bir kullanım değildir. Milk fıkhındaki esas anlamıyla eşya üzerindeki hakları ifade eder ve bu terim eşya hukukuna hastır<sup>22</sup>.

Milk kavramı eşya ile şahıs arasındaki en güçlü hakimiyet bağının hukukî tasviridir. Muasır müelliflerden Zerka, fukahanın tariflerini inceleyerek sonuçta milki şöyle tanımlar

اختصاص حاجز شرعا يسوغ صاحبه التصرف الامناع

.Milk : Bir engel olmadığı sürece, şer'an, sahibine tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen bir aidiyet bağıdır<sup>23</sup>. Bu tarif az sonra sayacağımız bütün milk çeşitlerini kapsamaktadır.

Şahıslara eşya üzerinde tanınan en güçlü hakimeytin ifadesi olan "milk" kavramı, bu teknik anlamı ile modern hukuktaki "aynî hak" mefhumuna büyük ölçüde benzemektedir. Zira aynî hak da eşya üzerindeki en güçlü hakların ifadesidir. Muasır müellifler de milk ile ayni hak kavramını genel hatları ile birbirine denk tutarlar<sup>24</sup>. Gerçekten de bu neticeye varmak güç değildir. Milk kavramının istisnaî

21 Bu tür kullanımlar için bakınız. İbn Abidin, Reddül-muhtar, IV,518; İbn Raceb, el-Kavaid, s.210; Zerkeşi, el-Kavaid, IV,235.

22 Zerkeşi, el-Mensur fi'l-Kavaid, III,224; İbn Raceb de nikah için milk teriminin kullanılmasını kritik ederken, nikahın milk yerine hıll (helallik) doğurduğunu ifade eder. el-Kavaid, s.210; Zerkeşi, a.g.e., III,235.

23 Zerka, el-Medhal, I,24. Milkin en yaygın klasik tariflerinden biri İbn Hümam (v.861/1457)'a ait olan şu tarifdir :

الملك قدرة يشتها الشارع ابتداء علي التصرف الامناع.  
لمناع.

Milk, Şarî tarafından tanınan ve sahibine bir şey üzerinde -hukuki bir engel olmadıkça- tasarruf edebilme yetkisi veren bir haktır. İbn Nüceym İbn Hümam'ın bu tarifine ( الامناع ) , kaydını ekleyerek bu tanıma ulaşmıştır. İbn Nüceym, el-Eşbah, s.411.

Milk'in diğer bazı tarifleri için bkz. Cürcani, Tarifat, s.229; Karafi, el-Furuk, III,208-209; Tehzibu'l-Furuk, III,234; İbn Şât, İdraru's-Şuruk, III,209; Zerkeşi, el-Mensur fi'l-kavaid, III,223; Kasani, Bedai, VII,128.

24 Senhuri, Masadıru'l-hak, I,30; Zerka, a.g.e.,III,32.

bazı kullanımları gözardı edilip teknik anlamda alınır, modern hukuktaki aynî hakları içerdiği görülür. Mülkiyet hakkı, irtifak hakkı, intifa ve rehin hakkı<sup>25</sup> hep aynî nitelikte haklar olup milk ve aynî hak kavramlarının çeşitlerini oluştururlar. Bu iki kavramın kapsamı bu şekilde çok yakın olduğu gibi unsurları da birbirine benzemektedir. Şöyle ki aynî hakkın tanımında üç unsur vardır :

a- Aynî hak eşya üzerinde söz konusudur. Milkinde, teknik anlamda konusu eşyadır.

b- Aynî hak eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlar. Milkte bazı tariflerde açıkça ifade edildiği üzere eşya ile insan arasında doğrudan doğruya kurulan bir yetkiyi ifade eder<sup>26</sup>.

c-Aynî hak herkese karşı dermeyan edilebilir. Yani hak sahibi, hakkını ihlal eden harkesten hakkına riayet etmesini isteyebilir. Bu aynî hakkın, verdiği doğrudan hakimiyet yetkisinin bir sonucudur. Milkteki, başkasının tasarrufuna engel olma kaydı<sup>27</sup>, bu unsuru ifade etmektedir.

Milk'in klasik eserlerdeki en yaygın tasnifi, konusunun ayn ya da menfaat oluşuna göre yapılanıdır. Buna göre milk, özellikle İbn Receb'in tasnifiyle dört gruba ayrılmaktadır<sup>28</sup>.

a-Milkü'l-ayn ve'l-menfaa: Ayn ve menfaate birlikte malik olmaktır. Milkin en yaygın şekli budur. A'yan denilen maddi mallar üzerinde kurulan bu milk, "mülkiyet hakkı"dır. Buna el-milkü't-tâm da denilir. Zira burada eşyanın hem rakabesi hem de menfaati milke konu olmakta ve eşya üzerinde oluşan yetki en geniş kapsamına ulaşmaktadır.

b-Milkü'l-ayn bilâ menfaa: Milkin sadece ayn üzerinde olup menfaatin bir

25 Rehin hakkının milk niteliğinde oluşu Hanefilere göredir. Bkz. Kasani, a.g.e., VI,145.

26 Bu unsur özellikle Curcanî'nin tarifinde çok belirgindir. Şöyle ki :

ملك اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون  
مطلقا ليتصرفه

Milk, insan ile bir şey arasında, sahibine o şey üzerinde mutlak anlamda tasarruf edebilme yetkisi veren hukuki bir bağıdır. Curcani, a.g.e s.229.

27 Yukarıdaki tarifi devamındaki *رہ و حاجزا عن تصرف غي* kaydı, bunu ifade eder. a.y. Hakkü't-tetebbu denilen bu unsur fıkhıta, modern hukuktakinden daha güçlüdür. Senhuri, Masadıru'l-hak, I,34.

28 İbn Receb, a.g.e. s.208; İbn Nüceym a.g.c. s.417; Yusuf Musa, el-Emval s.167.

başkasına ait olması durumudur. Buna rakabe mülkiyeti denir<sup>29</sup>. Burada malik, eşyanın rakabesinin sahibi olduğu halde o ayna ait menfaatler vasiyet vb. yolla bir başkasına ait olmaktadır. Milkin bu şekline az rastlanır ve bu muvakkat olarak meydana gelir. Ayn maliki, belli bir süre sonra eşya üzerinde mülkiyet hakkına kavuşur. Zira rakabe malikinden başkasının sahip olduğu menfaat, miras yoluyla intikale elverişli değildir. Bu sebeple menfaat malikinın ölümü vb. durumlar sonucu, rakabe maliki nesne üzerinde tam mülkiyet hakkına kavuşmaktadır. Örnek olarak sükna (oturup yerleşme) hakkı başkasına vasiyet edilmiş bir evin rakabe mülkiyeti miras yoluyla varislere geçmekle birlikte, sukna hakkı sahibi evin menfaatinin malikidir. Varisin bu ev üzerindeki hakkı, sırf rakabe mülkiyetidir. Evin menfaatine malik olan şahsın vefatı ile sükna hakkı sona erer ve varisin ev üzerindeki rakabe mülkiyeti, tam mülkiyet hakkına (el-milkü't-tam) dönüşür. Rakabe ve menfaat bu şekilde aynı şahısta tekrar biraraya gelmiş olur<sup>30</sup>.

c-Milku'l-menfaa bila ayn: Aynı (rakabesi) üzerinde hak sahibi olunmayan bir nesnenin yalnızca menfaatlerine malik olma halidir. Mülkiyet hakkından sonra milkin en yaygın kısmı olan milkü'l-menfaa, rakabesine malik olunmayan bir nesne üzerinde, onu kullanma veya semerelerinden istifade etme yetkilerinin birini ya da her ikisini veren milk türüdür Bu, aynın menfaatinin bir şahşa, temlik ifade eden, bey', icare vasiyet vb. bir tasarrufla devri yoluyla kurulur<sup>31</sup>. Mesela bir evin sükna hakkı kendisine vasiyet edilmiş olan kişi, mûsînin vefatı ile evin menfaatine malik olur<sup>32</sup>. Yine, komşusundan duvarına giriş koyma hakkını satın alan kişi de yapacağı binanın girişlerini bu duvara bindirmek suretiyle onun menfaatinin maliki olmuştur<sup>33</sup>.

Muasır yazarlar milku'l-menfaa'yı, modern hukuktan istifadeyle

29 Senhurî, Masadiru'l-hakk I,33.

30 İbn Nüceym, a.g.e. s.417

Hanefiler aynı hak niteliğinde gördükleri rehin hakkını milkü'l-ayn içinde değerlendirirler. Bunu "milkü'l-ayn fi hakkı'l-habs ya da, "milku habsi'l-merhun" kavramıyla ifade ederler.Bkz. Kasanî, Bedaî,VI, 145; Semerkandi, Tuhfetu'l-fukaha III,42.

31 Zerka, a.g.e. III, 34; Senhuri, a.g.e. I,32; Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat s.52.

32 İbn Nüceym, a.g.e. s.417.

33 Behuti, Keşşafu'l-kına III,413.



geliştirdikleri bir taksimle, şu şekilde ikiye ayırırlar : Milku'l-menfaati'l-aynî (Ayna bağlı menfaat mülkiyeti) ve Milku'l-menfaati's-şahsî (şahsa bağlı menfaat mülkiyeti)<sup>34</sup>. Bu ayırıma göre vasiyet ve vakıf gibi bir yolla bir şahsın bizzat kandisine bağlı olarak kazandığı haklar, şahsa bağlı menfaat mülkiyetidir. Mesela bir evin sükna hakkı vasiyet edilen kişi böyle bir hakka sahiptir. Vasiyet doğrudan o şahsın zatına yapılmakta ve onun ölümü ile hak ilke olarak sona ermektedir. Fakat bir akar lehine kurulmuş geçit irtifakında, hak sahibi bizzat belirli bir şahış değildir. İlgili akara malik olan herkes haktan istifade edebilmektedir. İşte bu tip haklar ayna bağlı menfaat mülkiyeti olup irtifak haklarından oluşmaktadır. Zaten bu ayırım temelde irtifak hakları ile diğer milkü'l-manfaa çeşitlerini birbirinden ayırmak için geliştirilmiştir.

d-Milku'l-İntifa'i'l-mücerred: Milku'l-menfaa'nın benzeri olan bu kısım, Karâfi, İbn Kayyım ve özellikle İbn Receb tarafından net olarak dördüncü bir milk çeşidi olarak işlenmiştir. Bununla, milkü'l-menfaa arasındaki ayırımın kriteri, malik olunan istifade yetkisinin başka bir şahsa temlikinin mümkün olup olmamasıdır. Bu şekilde muavaza yoluyla devri mümkün olan, menfaat üzerindeki yetkilere milku'l-menfaa; devri mümkün olmayana ise milku'l-intifa denmiştir<sup>35</sup>.

Milkü'l-intifa'ın en meşhur örneği iare akdinde müsteirin menfaat üzerindeki yetkisidir. Müsteir o mal üzerinde Hanefi ve Malikilere<sup>36</sup> göre milkü'l-menfaa; Hanbeli ve Şafilere göre ise milkü'l-intifa niteliğinde bir hakka sahip olur. Yine, devlet tarafından umuma ait yol vb. bir yerde ticaret yapabilmesi için bir şahsa ikta yoluyla izin verilmesi de, o şahış adına bu nitelikte bir yetki doğurur. Milkü'l-intifa, ibahadan ayrılıp milk nitelik ve seviyesinde bir hak olarak takdim edilse de, pek çok müellif bunu ibaha özelliği taşıyan bir yetkiye benzetir. Mesela Karâfi (v. 684/1285) milkü'l-menfaanın mülkiyet hakkı ile aynı nitelik ve güçte bir yetki verdiğini açıkça ifade ettiği halde milkü'l-intifa'ın verdiği yetkilerin daha zayıf olduğunu ima eder<sup>37</sup>. Yine İbn Nuceym, milkü'l-intifa kavramını kullananların (hanefiler bu kavramı kullanmaz), bunu ibaha niteliğinde değerlendirdiklerini ifade

34 Ali Hafif, a.g.e. s.51; Yusuf Musa, a.g.e. s.107.

35 Karafi, a.g.e. I,187; İbn Kayyım, Bedaiu'l-fevaid I,3-4; İbn Receb, a.g.e. s.208.

36 Malikiler iare akdinin bağlayıcı olarak değerlendirdiklerinden bu akitle doğan yetkiyi, icaredeki gibi milkü'l-menfaa niteliğinde kabul ederler.

37 Karafi, a.g.e. I,187.

eder<sup>38</sup>. Muasır fıkıh alimleri de, İbn Receb ve Karafi tarafından açıkca milkü'l-intifa terimi ile ifade edilen bu hak için, "hakku'l-intifa" kavramını kullanırlar ve onu nitelik olarak ibahaya yaklaşırlar<sup>39</sup>.

O halde karşımızda, mülkü'l-menfaa ve milkü'l-intifa şeklinde, başlangıçta hakkın niteliğine göre değil de, sağladığı yetkinin kapsamına göre yapılmış bir ayırım durmaktadır. Her ikisi de "milk" kavramıyla ifade edildiği için, aynî nitelikte olması gerekir. Fakat görünen, milkü'l-intifa'nın, teknik anlamda aynî nitelikte bir hak olmadığıdır<sup>40</sup>.

İslam hukukunda milkin en yaygın taksimi bu şekilde hakkın mahalline göre olanıdır. Modern hukuktaki en meşhur ayırım ise aynî hakların sağladığı yetkiye göre mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklar şeklinde yapılanıdır. Çalışmamızın mevzuu olan irtifak hakları, modern hukukta sınırlı ayni haklar grubunda; fıkhıta ise büyük ölçüde milkü'l-menfaa, tartışmalı olsa da bazen milkü'l-intifa içinde değerlendirilir. Mesela, İbn Receb bir kimsenin iare akdi ile arazisinden, başkasına murur hakkı vb. tanınmasının milkü'l-intifa doğurduğunu ifade eder. Bu hak sahibi lehine bir geçit irtifakı (hakku'l-murur) tesisidir<sup>41</sup>. Fakat ihtilafsız olan bir nokta vardır ki, o da, irtifakın milk niteliğinde bir hak oluşudur.

İbn Receb milki bu şekilde gruplandırıp eşya üzerinde nitelik olarak milkten daha zayıf bir hakimiyeti ifade eden bir takım haklara da (hukuk) dikkat çekmiştir.

## 2- Hukuk :

Eşya üzerindeki tüm hakimiyetleri milk kavramı ile ifade edemeyiz. Nitelik olarak milkten farklı ve zayıf yetkiler veren bazı haklar daha vardır. Bunlar, sahibine eşya üzerinde teknik anlamda "hak" niteliğinde bir yetki vermeleri açısından ibahadan da farklıdırlar. Çünkü ibahanın kazandırdığı yetki teknik anlamda bir hak değildir<sup>42</sup>.

O halde İbn Receb'in kullanımıyla "hukuk" terimi islam eşya hukukunda milk

38 İbn Nüceym, a.g.e. s.417.

39 Zerka, a.g.e., I,285,III,34; Senhuri, Masadru'l-hak, I,32.

40 Muhammed Ali, Tehzibu'l-Furuk, III,233.

41 İbn Raceb, a.g.e., s.209.

42 Serahsi, Mabsut, XIV,97; Kasani, Bedai, VI,258; Ali Haydar, Dürerü'l-hukkam, III,506.



ile ibaha arasında orta seviyede yetkiler veren üçüncü bir hak grubudur. Bütün mezheplerin kaynaklarında, milk ve ibahadan farklı böyle bir hak seviyesi kabul edilmiş ve bununla ilgili kavramlar kullanılmıştır. Bu sebeple sunulan hak taksimi sadece Hanbeli mezhebine ait olmayıp bütün İslam hukukuna şamildir.<sup>43</sup> Bununla birlikte burada ele alınan taksimat incelediğimiz kaynaklarda ilk olarak Hanbeli hukukcu İbn Receb tarafından netliğe kavuşturularak sistematize edilmiştir. Bu şekilde modern hukukta aynı haklar ve ruhsatlar (ibaha) şeklinde iki kategoriye ayrılan eşya ile ilgili yetkilerin fıkhıta üç seviyede işlendiği açıkça gösterilmiştir<sup>44</sup>.

İbn Receb bu hakları Hanbeli mezhebini esas alarak beş temel gruba ayırmaktadır. :

#### a- Hakku'l-İhtisas<sup>45</sup> (حق الاختصاص)

Hak sahibinin ne kendisinin ne de bir başkasının maliki olduğu bir nesneden sadece istifade (intifa) etmesini mümkün kılıp, muavaza yollu akitlerle devri

<sup>43</sup> Mesela Serahsi, milk ile az sonra işlenecek hakku'l-milk kavramlarını belirgin bir şekilde birbirinden ayırmaktadır. Bkz., el-Mebsut, XXIII, 161, 178, 180. Şafii hukukcu Zerkeşi' de aynı şekilde hakku't-temellük ve hakku'l-ihtisas tabirlerinin milkten farklı bir nitelik ve seviyedeki hakları gösterdiğini ifade eder. el-Kavaid, III, 234. Karafi de hakku't-temellük denilen yetkinin, milk niteliğinde olup olmadığını tartışır. el-Furuk, III, 212. Molla Hüsrev de hakların, sadece milk ile sınırlı olmadığını, hakku't-temellük'ün, milk olmadığı halde bir "hak" olduğunu ifade eder. Zerka, el-Medhal, III, 48 (Molla Hüsrev, Durerü'l-hukkam, II, 144'ten naklen). Bu ifadeler, "milk", "hukuk" ve "ibaha" ayırımına zımnen işaret etmektedir. İşte İbn Raceb, fukaha tarafından çok açık bir şekilde işlenmemiş bu ayırımı netliğe kavuşturmuş ve "hukuk" denilen bu seviyeyi beş grupta incelenmiştir. Muasır müelliflerden Zerka ve Senhuri fıkhıta milk ile ibaha arası ara seviyede (el-menziletü'l-vusta) bir yetki grubunun varlığını ispata çalışırken, büyük ihtimalle İbn Receb'in bu açık sınıflamasını görmedikleri için Molla Hüsrev ve Karafi'nin sınırlı ifadelerinden hareket etmişlerdir. Bkz. Zerka, el-Medhal, III, 47-48; Senhuri, Masaduru'l-hak, I, 10-11.

<sup>44</sup> İbn Raceb, a.g.e., s.200, Müellif bu hakları, el-Hukuku'-maliyye kavramıyla da ifade eder. s.210.

<sup>45</sup> İbn Receb, el-Kavaid, Bu kavram Maliki ve özellikle Şafii kaynaklarda da mevcuttur. Bkz. Zerkeşi a.g.e., III, 234, I, 186; Derdir, eş-Şerhu'l-kebir. Ayrıca Bkz. Rafii, a.g.e., X, 309; Kalyubi, Haşiye, II, 244

mümkün olmayan haklardır. Burada nesne üzerinde hak sahibi milk yetkisine değil de bir ihtisasa sahiptir. Nesne ile hak sahibi arasında milk seviyesinde olmayan bir aidiyet bağı (ihtisas) vardır. Avcılıkta kullanılan muallem av köpeği üzerinde sahibinin yetkisi; aydınlatma ve tutuşturma gibi işlerde kullanılan kirli yağlardan istifade yetkisi, yine meytenin tabaklanmış derisi üzerindeki yetki bu grub bir haktır. Burada hak sahibi nesneye malik değildir. Zira bunlar milke konu olacak mallardan değildir. Sadece ihtisasa konu olabilirler.

#### b- Hakku'l-İntifa<sup>46</sup> (حق الانتفاع) :

Bu terim, hak sahibinin başkasının nesnesi üzerinde arada hukuki bir işlem olmadan doğrudan kanundan doğan haklarını ifade eder. Özellikle Hanbeliler bir takım irtifak haklarının doğrudan kanundan doğduğu görüşündedirler. Mesela kişi, komşusunun duvarına ortada bir zarar yoksa, yapacağı yapının kirişlerini koyabilir. Yine zaruret halinde komşusunun arazisindeki su mecrasından artık sularını akıtabilir. Bu iki örnekte de hak sahibi bu hakkına doğrudan kanunun ona tanıdığı bir yetki ile ulaşmaktadır. İşte bu tip haklara en çok önem veren Hanbeliler bunları milk niteliğinde görmezler. Zira burada hak sahibi bu hakkı milkin naklini ifade eden bir tasarrufla değil, kanundan dolayı kazanmaktadır. Modern hukukta da niteliği konusunda bir çok tartışma olan bu tip haklar (ki çoğunlukla irtifak şeklindedir) kaynaklarımızda hakku'l-intifa kavramıyla ifade edilmiş ve milk nitelikli haklardan ayrı tutulmuştur. İbn Receb'in geliştirdiğini zannettiğimiz bu terim, islam hukukunda kanundan doğan irtifak haklarının niteliğinin tespiti açısından dikkate değer.

#### c- Hakku't-tealluk<sup>47</sup> : (حق التعلق)

Burada hak sahibi nesnenin aynına da menfaatine de o anda malik değildir. Sadece herhangi bir sebeple doğmuş olan bir hakkın elde edilmesi bu nesneye bağlı kılınmıştır. Mesela mürtehinin, borç ilişkisiyle doğan hakkını bütünüyle alıncaya

<sup>46</sup> İbn Receb, a.g.e., s. 203.

<sup>47</sup> İbn Receb, a.g.e., s. 205.

kadar, rehin üzerindeki hapis hakkı bu tür bir haktır. (Hanefilerin bunu milk niteliğinde gördüğüne daha önce temas etmiştik.) Yine hacr sonrası müflisin malı üzerinde alacaklıların hakkı; yaralama fiili neticesinde erş karşılığında kölenin üzerine taalluk eden hak bu tip bir haktır.

**d- Hakku milk<sup>48</sup> ( حق ملك ) :**

Efendinin mukateb kölesinin malı üzerindeki hakkı ve murisin kurduğu ağdaki av üzerinde henüz ihramda olan varisin hakkı bu tipe örnektir.

**e- Hakku temellük<sup>49</sup> ( حق تملك ) :**

Küçük çocuğun malında babasının hakkı, mudaribin oluşan kâr üzerinde paylaşım öncesi hakkı, şufa hakkı kullanılarak malik olunacak nesne üzerinde şefnin kendine düşecek kısım üzerindeki hakkı vb. bu türdendir.

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

Bu şekilde sıraladığımız "hukuk" niteliğindeki haklar, milk (ayni hak) grubuna oranla daha az rastlanılan tipler olmakla birlikte yine de geniş bir muhteva ve çeşitliliğe sahiptir. Bu sebeple bu hakların özel kavramlarla ifadesi eşya hukuku açısından önem taşımaktadır.

<sup>48</sup> Burada kastedilen mülkiyet hakkı değildir. Bkz. İbn Receb, s. 200; Bu kavramı Şafii ve Hanefi hukukcular da kullanmaktadır. Bkz. Serahsi a.g.e., XXVII,178; Kasani, Bedai, VI, 190; Zerkeşi, a.g.e., I,183,III,234.

<sup>49</sup> İbn Receb s. 200; Bu kavram tüm mezheplerde mevcuttur. Bkz. İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, VI,241; Zerkeşi, a.g.e., I,184-185; Karafi, a.g.e., III,212,

### 3- İbaha :

İslam hukukunda eşya üzerindeki en zayıf hakimiyetin ifadesi olan ibahanın milk kavramından farklılığı, fukaha tarafından önemli vurgulanan bir noktadır<sup>50</sup>. Şafii fakihi Zerkeşi ibahayı şöyle tarif eder :

الإباحة تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة  
ولا تملك فيها

İbaha, bir aynı tüketmek ya da menfaatten yararlanmak üzere nesne sahibinin verdiği milk nitelikli olmayan bir yetki ve ruhsattır.<sup>51</sup>

İbaha iki temel gruba ayrılabilir.

a- Özel mülkiyete konu olan bir nesne üzerinde malikinin izni ile kurulan yetkiler. Kişinin, arabasına binmesi, yemeğinden yemesi, evinde yatması, arazisinden geçmesi vb. hususlarda bir başkasına verdiği yetki hep ibaha nitelidir<sup>52</sup>. Burada yetki verilen kişi, mesela yemeğe malik olmamakta sadece yemesine müsaade edilmektedir. O kişinin, yemeği, satma ya da iare yoluyla bir başkasına verme yetkisi yoktur. İzin özelliğinde olan bu ibahanın karinelere sebebiyle hibe ya da iare gayesiyle olduğuna hükmedilebiliyorsa, buradaki hakkı, milk olarak değerlendirebiliriz. Fakat mücerret bir izin ise bu yetki ibahadır, hak değildir<sup>53</sup>. İare akdi hanefi ve malikilere göre milkü'l-menfaa doğurduğu halde, Şafii ve Hanbeliler bunu ibaha yani mücerret bir izin olarak değerlendirirler<sup>54</sup>.

b- Devletin mülkiyetinde sayılan (kamu emlakı) yol vb. mallar ile nehirlerdeki su ve av hayvanları gibi aslen mübah mallar üzerindeki haklar. Bunlar üzerindeki istifade yetkisi doğrudan kanundan doğar. Herkes özel mülkiyete konu olmayan umuma ait bu yerler üzerinde ibaha niteliğinde bir izne sahiptir. Mesala bir şahsın

<sup>50</sup> Örnek olarak bkz. Zerkeşi, a.g.e., I,73; İbn Receb, a.g.e., s.209; Behuti, Keşşafu'l-kına, III,412; Ali Haydar, Dürerü'l-hukkam, III,506.

<sup>51</sup> Zerkeşi, a.g.e., I,73; İbahanın başka bir tarifi de şöyledir: İbaha, bilâ ıvaz kendi malı ile intifa etmek üzere ahara ruhsat vermektir. Ali Haydar, a.g.e., III,505; Ayrıca bkz. Zerka, a.g.e., I,283; Ali Hafif, el-Milkiyye, s.70.

<sup>52</sup> Ali Hafif, el-Milkiyye, s.70; Zerka, a.g.e., I,284.

<sup>53</sup> Zerka, a.g.e., I,284; Ali Haydar, a.g.e., II,506.

<sup>54</sup> Şirbini, Mugni'l-muhtac, II,264; Zühayli, el-Fıkhü'l-İslamî, V,57; İbn Nüceym, a.g.e., s.417.

arazisine ulaşmak için devlete ait yolu kullanma yetkisi vardır. Bu, özel mülkiyete konu olan bir arazideki yolda geçit irtifakına sahip olan kişinin yetkisinden farklıdır. Birincisi doğrudan kanunun tanıdığı bir izin ve ibaha, ikincisi ise milk niteliğinde bir irtifak hakkıdır<sup>55</sup>.

Böylece, fıkhıdaki eşya hukukuna ait temel yetkilerin tasnifini İbn Receb'i esas alarak sunmuş olduk. Buna göre çalışma konumuz olan irtifak hakları bu taksim içinde temelde milku'l-menfaa içinde yer almaktadır. Bunun yanında kanun, iare akdi, umumi ortaklık vb. yollarla kurulan irtifak muhtevalı bazı yetkilerin, milk nitelikli olmadıklarından irtifak hakkı olup olmadığı tartışma konusudur. İşte bu ve benzeri problemleri çalışma boyunca ele alırken varacağımız sonuçlarda sürekli olarak verdiğimiz bu hak ayırımlarını temel alacağız.



<sup>55</sup> Bu konuyu üçüncü bölümde, "umumî ortaklık" başlığında genişçe ele aldık. bkz. s.97-98.



**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**İRTİFAK HAKKININ MAHİYETİ**

## I- İRTİFAK KAVRAMI VE HUKUKİ DAYANAĞI

### A- İRTİFAK KAVRAMI

#### 1- Tarif ve Unsurlar :

Klasik fıkıh eserlerinde irtifak hakkı, konu olarak baştan beri işlenmiş olmasına rağmen, modern hukuktaki anlamı ile "irtifak hakkı" şeklinde bir kavramlaşma yoktur. Bu eserlerde irtifak tarifi yapılmamış olsa da, irtifak haklarını ifade eden bir takım kavramlara ve bazı irtifak tiplerine sıkça rastlamak mümkündür. Dolayısıyla bu kavramların tetkiki sonucu fıkhındaki irtifak hakkı kavramının ortaya çıkarılması gerekmektedir. İslam hukukunda terim anlamı ile "irtifak hakkı" ilk defa Kadri Paşa (v.1888) tarafından kullanılmıştır. Bu müellif, batı hukukundan da istifadeyle, Hanefi doktrininin eşya ve borçlar hukukunu kanunlaştırma yoluna gittiği Mürşidü'l-hayran<sup>1</sup> adlı eserinde, İslam eşya hukukuna irtifak hakkı kavramını getirmiştir. Büyük ölçüde batı hukukundan alınan bu tarif<sup>2</sup> İslam hukukundaki irtifak kavramını da doğru bir şekilde yansıtmaktadır. Bu yazar irtifak hakkını şöyle tanımlar : " الارتفاق هو حق مقرر علي عقار لمنفعة "

إرتفاق لشخص آخر. İrtifak hakkı : Bir akar üzerine, başkasına ait bir akar

- 1 Muhammed Kadri Paşa (v.1888); Mısır'da yetişen bir ilim adamıdır. 1045 Maddeden oluşan ve Mısır'da Mecelle yerine geçecek şekilde hazırladığı Mürşidü'l-Hayran ve benzeri çalışmaları ile modern İslam hukuk çalışmalarının öncüsü kabul edilmektedir. (Senhuri, Masaduru'l-hakk, I,6; Karaman, H., İslam Hukuk Tarihi, s.322-340.
- 2 bkz. Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelet, s.53,
- 3 Kadri Paşa, Mürşidü'l-hayran, Md.37. Bu tanım klasik Roma Hukuku, daha yeni olarak İtalyan Medeni Kanunu, Fransız Medeni Kanunu ve bu kanundan büyük ölçüde istifade eden Mısır ve diğer bazı Arap ülkelerinin kanunlarındaki tanımlarla aynı anlamdadır. Bu kanunlar irtifakları bir gayrı menkul üzerinde diğer bir gayrı menkul lehine olarak kurulan ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan aynı bir hak olarak kabul edilmiştir.(Bkz. Oğuzman, K, Eşya Hukuku, s.634; Senhuri, el-Vasit, IX,1278). T.M.K.'da ise irtifak "Bir gayrı menkul üzerinde diğer bir gayrı menkul lehine tahmil edilen bir külfettir... (Md.703)" şeklinde tarif edilmiştir. Kanundaki tek

yararına kurulmuş olan bir haktır.

Kadri Paşa'dan sonraki bir çok müellif tarafından büyük ölçüde benimsenen bu tarifte, irtifak hakkını oluşturan üç temel unsur vardır. Bunlar, hadim (mürtefak bih) akar, hakim (mürtefik) akar<sup>4</sup> ve yararlanma yetkisidir. Tarifin değerlendirilmesine geçmeden önce bu unsurlarının tahlili gerekmektedir.

#### a- Hadim Akar Unsuru :

İrtifak hakkının üzerine yüklendiği, kendisinden istifade edilen akardır<sup>5</sup>. Bu akarın normal şartlarda mevcut bazı yetki ve menfaatleri başka bir akar lehine olmak üzere kısıtlanmıştır. İrtifak hakkında daima üzerine külfet yüklenen bir akar unsuru vardır. Bu külfet akarın o anki sahibi tarafından yüklenir ve bu yük akarın el

irtifak tanımı olan bu madde, sadece ayna -gayrı menkule-bağlı irtifakları tarif etmektedir. Oysa kanunda diğer bir irtifak çeşidi daha vardır ki bunlar şahsa bağlı olarak kurulması ve bazı tiplerinin gayrı menkullerle hiç bir alakası olmaması açısından ayna bağlı irtifaklardan ayrılırlar. Buna göre, T.M.K.'da sükna ile tam bir yararlanma yetkisi veren ve menkul mallar, alacak ya da mal varlığı üzerinde kurulabilen intifa hakkı da irtifak kavramı içinde ele alınmıştır Bkz. T.M.K. Md. 717. T.M.K.' da irtifakın her iki türünü içeren bir tarif olmadığından doktrinde şu tarif benimsenmiştir: İrtifak hakkı, bir nesne üzerinde kullanma ve yararlanma ile ilgili yetkilerin bir bölümünü veya tümünü hak sahibine sağlayan, veyahut nesne malikinin mülkiyetle ilgili yetkilerinden bazılarının kullanılmasını hak sahibinin yararına yasaklayan sınırlı aynı haktır. Köprülü B.-Kaneti S. ,Sınırlı Aynı Haklar, s. 27. Bu tanım irtifakları sadece gayrı menkule bağlı düşünen İslam hukukundaki irtifak anlayışına uymamaktadır. (Bu hükmün tartışmasını az ilerde ele alacağız.Bkz. s.35) İslam hukuku irtifakları gayrı menkule bağlı olarak düşünmesi bakımından yukarıda zikredilen hukuk sistemleriyle paralellik göstermektedir. ( Türk hukuk doktrininde yukarıda verilen tanımdan farklı bir anlayışı dile getiren diğer bir tarif için bkz. Saymen, F.H., Eşya Hukuku, s.438.

4 Hadim ve hakim (mahdum) akar terimleri fikhın orjinal kavramları olmayıp, batı hukukundan alınmış ve muasır İslam hukuku yazarları tarafından benimsenmiştir. Bkz. Zerka, el-Medhal, III,36; Senhuri.; Senhuri, el-Vasit, IX,1281.Pozitif hukukta da yaygın ve geçerli kullanım bu şekildedir. Saymen, F.H, Eşya Hukuku, s.439.

5 Akar kavramı, arazi ve arazi üzerine bina edilip, onunla birlikte düşünülen ağaç ve ev benzeri nakli mümkün olmayan malları ifade eder. Akar kavramı hususunda farklı görüşler olsa da çalışma boyunca Hanefi mezhebi anlayışını esas alacağız. Bkz. Mecelle Md.129; Ali Haydar, Dürerü'l-hukkam, I,230.



değiştirmesinden etkilenmez. Akara kim sahip olursa olsun irtifak devam eder. Hadim akar ile hakim akarın sahiplerinin farklı şahıslar olması gerekir. Bir şahsın kendine ait akarı üzerinde diğer bir akarı adına istifadesi bir irtifak hakkı niteliğinde değildir. Zira kişinin kendi akarından irtifak hakkı benzeri bir yolla, mesela, ondan geçerek istifadesi mülkiyet hakkının tanıdığı bir yetkidir. Çünkü o kimse akarın hem rakabesi hemde menfaatinin malikidir. İrtifak ise ancak başkasına ait bir akar üzerinde sözkonusu olur.

#### **b- Hakim Akar Unsuru :**

İrtifak hakkı bir akar lehine kurulmuş olmalıdır. İrtifakın kendi yararına kurulduğu bu akara, hakim akar denir. Burada, irtifak hakkının bir akar lehine oluşu, hak sahibinin akar olduğu anlamını taşımaz. Aksine bu irtifaka sahip olmanın hakim akarın mülkiyetine bağlı olduğunu ifade eder. O halde irtifak hakkına belirli bir şahıs değil de, hakim akarın mülkiyetini elinde bulunduran kişi sahiptir. Bu kişinin bu ya da şu şahıs olması, kimliği önemli olmayıp, hakim akarın maliki vasfı taşıması gerekmektedir. Buna göre irtifaklarda hak sahipliği, doğrudan hakim akara malik olma olgusuna bağlanmıştır.

İrtifak hakkı bazen bir cemaat lehine de kurulabilir. Mesela, bütün bir köy halkı, bir irtifakın sahibi olabilir. Klasik kaynaklarımızda teknik anlamda bir irtifak tipine çok yakın mahiyette işlenmiş bu şekil haklara rastlayabiliriz. Örnek olarak bir köy ehlinin çevrelerindeki mubah topraklardan<sup>6</sup> odun toplama, hayvan otlatma vb. surette istifadesi o köy lehine kurulu bir irtifaka benzemektedir. Burada hadim akar konumunda olan mubah topraklar, kurulu irtifak sebebiyle ihya edilerek özel mülkiyete konu edilemez. Devlet bu toprakları mevcut irtifak sebebiyle köy halkının istifadesine tahsis etmiş olmaktadır. Bunun ifadesi olarak bu tip yerler, "merafiku'l-belde" ya da "merafiku ehli'l-belde" kavramlarıyla ifade edilmektedir<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Burada mübahtan kastımız, mülkiyet altında bulunmayan topraklardır.

<sup>7</sup> Kasani, a.g.e., VI,192-194; Nevevi, a.g.e., V,282. Bu kavram "el-Merâfiku'l-müştereke" ya da "el-Merafiku'l-amme" (Umuma ait istifade yerleri, alt yapı kurumları) denilen kamunun kullanımına ait cadde, çöplük vb. yerleri ifade eden kavramdan farklıdır. Bu kavram için bkz. Nevevi, a.g.e., IX,322; Şirbini, a.g.e., II,369-370; Maverdi, a.g.e., s.245. Zira bunlarda yetki belirli bir cemaatin olmayıp

### c- Yararlanma Yetkisi :

İrtifak hakkının temelinde, mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinin birbirinden bağımsızlaştırılarak akarlar üzerinde daha geniş bir istifade imkanı tanınması düşüncesi yatmaktadır. Bir şahıs mülkiyet hakkı kendine ait bir akar üzerinde başka bir şahıs için aynı nitelikli bir yararlanma yetkisi, yani irtifak tesis edebilmektedir.

İrtifak hakkının muhtevasını teşkil eden yararlanma yetkisi hakim akarın, hadim akar üzerindeki hakkını ifade etmektedir. Hadim akar sahibi normalde sahip olduğu bir takım haklardan hakim akar adına vazgeçer. Bu açıdan irtifak, hadim akar üzerindeki bazı menfaatleri sınırlayıp, hakim akara yeni menfaatler temin etmektedir. Bunun sonucunda irtifakla yüklü akarın değeri düşerken, hak sahibi akarın değeri yükselmektedir.

Yararlanma yetkisi prensip olarak bir katlanma veya kaçınma görevi şeklindedir. Mesela bir geçit irtifakında<sup>8</sup> hakim akar sahibi, akarına ulaşmak için hadim akardan geçmektedir. Burada hadim akar maliki normalde önleyebileceği bu geçiş olayına, irtifak sebebiyle katlanmaktadır. Yine mesela manzara (yapı yapmama) irtifakında<sup>9</sup> hadim akar sahibi normalde yapabileceği bir fiilden irtifak sebebi ile kaçınmaktadır.

Bu örneklerden geçit irtifakında yararlanma yetkisi hadim akar üzerinden geçmek; manzara irtifakında ise belli bir yükseklikten fazla yapı yapmamaktır. Hadim ve hakim akar, bütün irtifakların değişmez unsuru olmakta; irtifakın nevini ise yararlanma yetkisi tayin etmektedir.

kamuya aittir ve ibaha karakterlidir. Merafiku'l-belde denilen yetkilir ise muayyen bir cemaat lehine kurulduğundan sahibi belirlidir. Ayrıca ibahadan daha güçlü bir yetki niteliğindedir. Bunun normal irtifaklardan en belirgin farkı, hadim konumdaki akarın özel mülkiyet altında olmayıp mübah topraklar olmasıdır. İslam hukukunda bu tür hakların hukuki niteleği konusunda net ifadelere rastlamasakda normal irtifakların bütün unsurlarını taşıyan bu tip yetkileri irtifak olarak nitelemeğe bir engel görmüyoruz.

<sup>8</sup> Geçit irtifakı bir akar malikinin diğer bir akar üzerinden geçme yetkisidir.

<sup>9</sup> Manzara irtifakı, bir akarın belli bir yerine başka bir akarın manzarasının kapanmaması için yapı yapmama yükümlülüğüdür. Bkz. s.74.

## 2- Tarifin ve Unsurların Değerlendirilmesi :

Pek çok muasır müellif Kadri Paşa'nın bu irtifak tarifini benimseyerek nakletmiştir<sup>10</sup>. Bu şekilde yaygınlık kazanmakla birlikte bazı yazarlar tarife, İslam hukukundaki irtifak anlayışını tam olarak yansıtmadığı gerekcesiyle eleştiri yöneltmişlerdir. Tarif üzerinde bu tip eleştiri ve değerlendirmelerde bulunan yazarlar genelde irtifak olduğu peşinen kabul edilen bazı hakların bu tarifin kapsamına girmediği, bu sebeple tarifin bu tipleri de içine alacak şekilde değiştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bunun ötesinde bu tarifin, kaynaklardaki irtifak hakkını ifade eden kavramlar ile mukayese edilmesi yoluna gidilmemiştir. Biz önce yapılan bu değerlendirmeleri tartışıp, sonra da verilen irtifak tanımını klasik kaynaklardaki ilgili kavramlardan istifadeyle tahlil edeceğiz.

Bu muasır müelliflerin görüşü temelde hakku'l-civar (komşuluk hakkı), hakku't-tealli (mevcut yapı üzerindeki üst hakkı) hakku'ş-şefe (su alma hakkı) ve şahıs lehine kurulu hakku'l-murur (geçit hakkı) gibi hakların aslında irtifak olduğu halde bu tarifin kapsamına girmediği yönündedir. Bu görüşleri sırayla şöylece tartışabiliriz:

Bazı yazarlara göre Kadri Paşa'nın bu tanımı hakku'l-civarı içermez<sup>11</sup>. Çünkü bu hak akarlar arası değil de bunların sahipleri arasında bir ilişkidir. Dolayısıyla irtifak tanımındaki hakim ve hadim akar unsurları yerine burada şahıslar vardır. Halbuki burada iki nokta gözden kaçırılmaktadır. Birincisi, bu hak, bütün irtifaklarda olduğu gibi akar maliki vasfı taşıyan şahıslar arasında bir ilişkidir. Bütün irtifaklar şahısların kullanım ve istifadesi içindir. Fakat bu şahısların ilgili akar maliki sıfatı ön planda olduğu için hakkın sağladığı menfaat akara izafe edilmiştir. Bu açıdan irtifaklar ile hakku'l-civar arasında bu noktada iddia edildiğinin aksine hiç bir fark yoktur. İkinci hata ise bu hakkın .bir irtifak olarak değerlendirilmesidir. Oysa kaynaklarımızda böyle bir terim bulunmadığı gibi

<sup>10</sup> Mesela, bkz. Zerka, a.g.e., III,35; Ebu Zehra, el-Milkiyye, s.78; Senhuri, Masadiru'l-hakk, I,34; Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.53.

<sup>11</sup> Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.53; Şelebi, el-Medhal, s.352; Bedran, Tarihu'l-fikh, s.317; Zeydan, el-Medhal, s.196.

komşuluk ilişkilerinden doğan bu tür bir hak mefhum olarak dahi mevcut değildir<sup>12</sup>.

Diğer bir görüş de tarifin bir irtifak olan hakku't-tealli'yi içermediği yönündedir.<sup>13</sup> Buna göre bu hak, bir şahıs ya da bina lehine başka bir bina üzerinde kurulur. Dolayısıyla bir irtifak olan bu hak, tarifteki unsurların aksine, akar olmayan bir bina ya da şahıs lehinedir. Bu yazarların da benimsediği gibi tealli hakkı bir irtifaktır ve büyük oranda bir binanın farklı şahıslara ait alt ve üst katları arasındaki ilişkiyi ifade eder. Bu şekilde tealli hakkı ile alakalı bütün katlar ise zannedildiğinin aksine akar hükmündedir. Bu sebeple tealli hakkının verdiği tarife uymayan bir yönü yoktur<sup>14</sup>.

Tarifin hakku'ş-şefe'yi içermediği iddiası ise<sup>15</sup> doğrudur. Çünkü bu kavram zaten bir irtifak hakkının ifadesi değildir<sup>16</sup>. Şu halde değerlendirdiğimiz bu üç eleştiri de tarifin fıkhındaki irtifak anlayışını eksik yansıttığı iddiasını doğrulamamız için yeterli değildir.

Tarif üzerinde yapılan farklı bir eleştiri de, bir takım irtifakların bir akar maliki olma vasfına bakılmadan doğrudan bir şahıs lehine kurulabileceğidir. Buna göre, mesela murur hakkı bir akar lehine kurulabileceği gibi, bir şahıs lehine de kurulabilmektedir. Hadim konumdaki akar maliki herhangi bir şahsa akarının belli bir yerinden geçme hakkı tanıyabilir. Bu hak da diğerleri gibi bir irtifak olup hakku'l-murur diye anılır. O halde tarifteki akar lehine olma, yani hakim akar unsuru vazgeçilmez değildir. Bu unsurun yerini, böyle bir akarın maliki olmayan herhangi bir şahıs alabilmektedir<sup>17</sup>. İşte böyle bir noktadan hareket eden tenkit sahipleri, hakim akar unsurunun vazgeçilmez olmadığını ifade edecek şekilde tarifin başına "çoğunlukla" kaydını koymuşlardır. Buna göre irtifaklar, çoğu zaman bir akar lehine kurulabildiği gibi, bazen de bir şahıs lehine kurulabilmektedir. Bu yazarların önerdiği tarif ise şöyledir: "Bir akar üzerine, çoğunlukla başkasına ait bir akar yararına yüklenmiş olan bir haktır"<sup>18</sup>. Kanaatimizce irtifak tanımına bu

12 Haku'l-civar'ın irtifak hakkı olup olmadığı tartışması için bkz. s.70-74.

13 Ali Hafif, a.g.e., s.53; Zeydan, a.g.e., s.196.

14 Tealli hakkı için bkz. s.60.

15 Ali Hafif, a.g.e., s.53; Zeydan, a.g.e., s.196.

16 Haku'ş-şefe için bkz. s.54.

17 Yusuf Musa, el-Emval, s.168.

"çoğunlukla" kaydını eklemek doğru değildir. Çünkü, vasiyet vb. bir yolla doğrudan bir şahıs lehine kurulan bu tip haklar, murur hakkında olduğu gibi muhteva açısından bir irtifaka benzeyebilir. Gerçekten de akar lehine kurulanda olduğu gibi şahıs lehine kurulanda da hak aynı muhtevadadır. Fakat bu hak sahibinin zatına sıkı sıkıya bağlıdır. Muhtevası irtifak gibi olsa bile bu tür haklar, şahsa bağlı bir menfaat mülkiyeti (milku'l-menfaati'sh-shahsi) tarzında olup, bu şahsın ölümü ile prensip olarak sona ermektedir<sup>19</sup>. İrtifak hakkı ise şahıslarla kaim olmayıp akara bağlıdır. Hakkın şahsa ve ayna bağlı olması arasındaki farka klasik kaynaklarda da mefhum olarak dikkat çekilmektedir. Fıkıh kitaplarında şahsa bağlı kurulan irtifak muhtevalı haklar, normal irtifaklardan ayrılarak, sükna vb. şahsa bağlı menfaat mülkiyeti mahiyetinde olan haklar grubunda değerlendirilmiştir.<sup>20</sup> Ayrıca az sonra işlenecek olan klasik kaynaklardaki irtifakı temsil eden kavramlar sürekli olarak bir akara izafe edilerek kullanılmaktadır. İslam hukukunda irtifaklar sadece akara bağlı olan hakları içerdiğinden çağdaş yazarlarca irtifak olduğu ilri sürülen söz konusu hakların teknik anlamda bir irtifak niteliğinde görülmeyip şahsa bağlı menfaat mülkiyeti içinde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>21</sup>.

Bu şekilde esas aldığımız ve klasik kaynaklarda açıkça mevcut olmayan bu tanım üzerinde muasır eserlerde bulunan kapalılığı gidermeye çalıştık. Şimdi ise kaynaklarımızda irtifak hakkı ile alakalı temel kavramları tahlil ederek, tanıma kazandırdığımız istikrarı daha sağlam temellere oturtacağız. Ayrıca bu şekilde temel aldığımız bu irtifak tanımını ile, kaynaklardaki ilgili kavramlar arasında mukayese imkanı oluşturup, mevcut paralelliği göstereceğiz.

### **3- Klasik Eserlerde İrtifak Hakkını İfade Eden Kavramlar ve Tahlili :**

18 Şelebi, a.g.e., s.352; Yusuf Musa, s.168.

19 Ali Hafif, a.g.e., s.69.

20 Mesala bkz. Kasani, a.g.e., VI,190; Nevevi, Ravza, IV,223; İbn Raceb, a.g.e., s.209.

21 Muasır müelliflerden Senhuri ve Ebu Zehra' da bu kanaatte olup akara bağlı olarak kurulmayan irtifak muhtevalı hakları irtifak kabul etmezler. Senhuri, Masadiru'l-hak, I,65.; Ebu Zehra, el-Milkiyye, s. 97. Burada ulaştığımız sonucu, kavramların tahlili kısmında daha sağlam ve somut temellere oturtacağız.

İrtifak hakkı mefhumunu ifade eden bir takım kavramlar, kaynaklarda baştan beri mevcuttur. Özel irtifak tiplerini gösteren hakku'ş-şirb, hakku'l-murur gibi terimler bir tarafa, genel anlamda irtifak mefhumunu temsil eden dört temel kelime ve kavram vardır : İrtifak, irfak, hukuk ve merafık.

Bunlardan "irtifak" kelimesi terimleşmiş bir hakkı ifade etmezken diğer üçü kavram haline gelmiş ve yaygın bir kullanıma kavuşmuştur. İşte fıkhıdaki irtifak hakkı kavramına isabetli bir şekilde ulaşmak, bu kavramların tahliline bağlıdır.

#### a- İrtifak (ارتفاق) :

İrtifak kelimesi sözlükte, bir şeye dayanmak ondan faydalanmak manalarına gelir<sup>22</sup>. Devamlılık ve subut anlamı da taşıyan bu kelimeyi fukaha her ne kadar sınırları belirli bir terim olarak takdim etmese de, ona özel bir anlam yükleyerek kullanır. Kaynakları gözden geçirdiğimizde irtifak kelimesinin bir şahsın çoğunlukla kendisine ait olmayan fakat yakın çevresinde bulunan bir akardan istifade etmesi anlamına kullanıldığını görürüz<sup>23</sup>. Burada hakkın sahibinin de bir akar maliki olma vasfı genelde vurgulanmaktadır. Buna göre, bir akardan geçme<sup>24</sup>, belli bir yerine çöp atma<sup>25</sup> içindeki nehirde çamaşır yıkama<sup>26</sup>, başka bir arazi için su alma<sup>27</sup>, onda bulunan duvara evin kirişlerini koyma<sup>28</sup> şeklinde ya da genel anlamda<sup>29</sup> istifade etme çoğunlukla irtifak kelimesiyle ifade edilmiştir. Bu kelimeye bütün mezheplerin kaynaklarında rastlanılmakla birlikte özellikle Şafii ve Maliki kaynaklar bunu daha yaygın bir şekilde kullanmaktadır.<sup>30</sup>

22 İbn Manzur, Lisanu'l-Arab, X,118-119.

23 İbn Kudame, el-Muğni, V,34; Şirazi, el-Mühezzeb, I,341,342; Şirbini, Muğni'l-muhtac, II,369,374.

24 Şirazi, a.g.e., I,341.

25 Şirbini, a.g.e., II,184; Mevak, Mevahibu'l-celil, V,147.

26 İbn Rüşd, el-Beyan ve't-tahsil, X,320.

27 Serahsi, el-Mebcut, XXIII,171.

28 İbn Raceb, el-Kavaid, s.149.

29 Merginani, el-Hidaye, IV,98; İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, VI,432; Maverdi, el-Ahkamu's-sultaniyye, s.244-247; Nevevi, Ravza, IV,204,V,300,309,311; Rafii, Fethu'l-aziz, X,309,311.

30 Ali Hafif Kadri Paşa' nın irtifak kavramını Malikilerden aldığı iddia etmektedir.



İrtifak kelimesi henüz net bir kavram halinde olmayan bu kullarımlarında, teknik anlamıyla irtifak hakkı terimine yakın bir manadadır. Gerçekten de fıkhıdaki bu terimin Kadri Paşa tarafından "irtifak" kelimesi ile karşılanması isabetli olmuştur. Bununla birlikte kaynaklarda tam anlamıyla terim haline gelmediğinden dolayı bu kelimenin fıkhıdaki irtifak hakkı mefhumunu temsil etmesi güçtür.

### b- İrfak: (ارفاق)

İrtifaklarla alakalı diğeri bir kavram olan irfak özellikle Maliki fıkhıçılar tarafından geliştirilmiştir<sup>31</sup>. Sözlük anlamı fayda temin etmek olan irfak terim olarak şöyle tarif edilmiştir.

الارفاق هو اعطاء منافع العقار (للجار)

İrfak : (Komşuya) akardan istifade yetkisi tanımaktır<sup>32</sup>.

Buna göre, bir şahsın komşusuna kendi arazisinden geçme, yapısının kirişlerini duvarına yaslama, kendi su kanalından bahçesini sulama izni vermesi gibi, akardan herhangi bir yolla belirli bir müddet ya da sürekli istifade imkanı tanınması irfak kavramıyla ifade edilmektedir<sup>33</sup>

İrfak Maliki mezhebinde mendup bir muameledir. Bir menfaatin karşılıksız temlik anlamı taşınması ve bağlayıcılık açısından prensip olarak iare hükmündedir.

Bu izahlarımızdan da anlaşılacağı gibi "irfak" kavramı irtifak haklarının

(Ahkamu'l-muamelat, s.53.) Kaynakları incelediğimizde bu kelimenin Malikilere has olmadığını ve özellikle Şafii kaynaklarda en az Maliki kaynaklarındaki kadar yaygın olduğunu görürüz. Bununla birlikte az sonra işlenecek irfak ise Malikilere has bir kavram olarak görülmektedir.

- 31 İbn Rüşd, el-Beyan ve't-tahsil, X,311; Derdir, eş-Şerhu'l-kebir, III,371; Huraşi, Haşiye IV,278; el-Mevsua, IV,274.
- 32 Abbadi, el-Milkiyye, II,199; A.Muslih Kuyudu'l-milkiyye, 577 (Behce ve Huliyyu'l-measım, II,251-252'den naklen).
- 33 Derdir, a.g.e., III,371; el-Mevsua, IV,274 (Behce II,237'den naklen). İrfak bu anlamı ile Malikiler'e ait olmakla birlikte, Hanbeli ve Şafiiilerin de benimsediği diğeri bir kullanıma sahiptir : İktâu irfak. Devletin bir şahsa bir akardan istifade yetkisi vermesi anlamına gelen bu işlem çoğunlukla şahsa bağlı bir intifa hakkı doğurur. (İbn Receb, el-Kavaid, 209; İbn Kudame, el-Muğni, VI,182; Şebremellisi, Haşiye, V,333.

bizzat kendisini ifade etmeyip, sadece irtifak doğuran sebeplerden biri mahiyetindedir. Bu açıdan "irfak" kelimesi de "irtifak" gibi, fıkhıdaki irtifak hakkı anlayışını tanımamıza yardımcı olsa da bu kavramı bütünüyle temsil edemez<sup>34</sup>.

### c- Hukuk ve merafık : (حقوق و مرافق)

İslam hukukundaki anlamı ile irtifak hakkına kaynaklardaki en yakın kavram, özellikle Hanefi eserlerde çoğu defa birlikte kullanılan hukuk ve merafıktır. Hukuk lafzı fıkhıta farklı kullanım ve anlamlara sahiptir. Akit kelimesine izafe edildiğinde (hukuku'l-akd) akdin hükmünün haricindeki bir takım hak ve borçları ifade eder<sup>35</sup>. Genel kullanımında ise fıkhıdaki malî olan ve olmayan tüm hakları gösterir. Özellikle İbn Raceb'in kullanımında milk niteliğinde olmamakla birlikte ibaha'dan güçlü yetkiler veren mali haklar anlamına gelir. Hukuk lafzının irtifakları ifade etmesi ise hukuku'l-mebî, hukuku'l-akar, merafıku'l-mülk, hukuku'l-memlûk şeklinde bir akara izafe edilmesiyle olur<sup>36</sup>. Bu şekilde hukuk lafzı, akarın lehine kurulu irtifak hakları anlamına gelmektedir.<sup>37</sup>

Merafık tabiri ise mirfakın çoğuludur. Mirfak, dirsek anlamının dışında bir iş ve nesne için kullanıldığında, istifade edilen şey manasınadır<sup>38</sup>. Fıkhıta ise bir akara izafe edildiğinde hukuk kavramı gibi irtifak muhtevalı hakların genel ifadesi olmaktadır.

Yapılan tasvirler ve fukahanın kullanımına baktığımızda bu iki terimin

- 34 İrfak ile doğan hakkın hukuki niteliğini ilerde ele alacağız. Bkz. s.99-100.
- 35 Merğınani, el-Hidaye, IV,24; Zerkeşi, el-Mensur fi'l-kavaid, II,55-56.; Senhuri, Masadiru'l-hak, I,14;
- 36 İbn Kudame, a.g.e., VI,167.
- 37 Hukuk lafzı bazen "milk" kavramına izafe edilerek "hukuku'l-milk" denilmektedir. Bu tabir, bir malın rakabe ya da menfaatine malik olma anlamının değil de, mala malik olmaktan doğan yan hak ve sorumlulukların ifadesidir. Mesela Şuf'a hakkı hukuku'l-milk'tendir, yani mülkiyetin doğurduğu bir yetkidir. İrtifak hakkının aksine bir mahal üzerinde istifade yetkisi vermez. Kısmet, şufa ve müşterek nehrin bakımı vb. hak ve sorumlulukları ifade eden bu kavramı irtifaklarla karıştırmamak gerekir. Bu tür kullanımlar için bkz. İbn Raceb, el-Kavaid, s.211; Serahsi, Mabsut, XV,2-14; Kasani, Bedai, VI,192.
- 38 İbn Manzur, Lisanu'l-arab, X,119.



eşanlamlı olduğunu görürüz. Hanefilerde zahirürrivaye olan görüş de bu yöndedir<sup>39</sup>. Ebu Yusuf'tan nakledilen bir görüşte merafıkın ev vb. akarların kendi bünyesi içinde ve dışındaki tüm menfaatler anlamına geldiği bildirilerek,hukuktan farklı olduğu ima edilse de<sup>40</sup>, fukaha bu iki terimi aynı anlamda kullanır ve aralarında fark gözetmez.

Fıkıh kitaplarında bir çok konuda bu iki tabir kullanılmasına rağmen bunların terim anlamı ve sınırlarından bahseden pek fazla bilgi mevcut değildir. Bununla birlikte hukuk ve merafıkı tasvir ve tarif eden sınırlı bazı ifadelere rastlamak mümkündür. Serahsi eşanlamı gördüğü hukuk ve merafıkı şöyle tarif eder :

هو ما به يتاتي الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في  
ملك انسان

Hukuk ve merafık bir araziden (akardan) istifade edebilmek için zaruri olan kaynak hakkı (şirb) ve özel mülkiyete konu olan bir yerdeki yol gibi unsurlardır<sup>41</sup>.

Kelime ve terim anlamını verdiğimiz hukuk ve merafık kavramları irtifak haklarını ifade ettiği halde, bütün kulanımları açısından aynı şeyi söylemek güçtür. Bazen kişinin kendi malları üzerindeki haklarına da bunlar bir irtifak hakkı olmadığı halde hukuk ve merafık denilebilmektedir<sup>42</sup>. Bu iki tabir irtifakları ifade ettiği teknik anlamını, bir akarın, başka bir akar üzerindeki haklarını ifade için kullanıldığında kazanır. O halde hukuk ve merafık kavramları irtifak haklarını da içermekle beraber, ondan daha geniş bir kapsama sahiptir.

39 İbn Kadi Semavne, Camiu'l-Fusuleyn, I,90; Bezzaz, el-Camiu'l-veciz, V,416; İbn Abidin, a.g.e., V,187.

40 Ebu Yusuf bu şekilde merafıkı daha umumi bir kavram olarak görmektedir. Mesela, evin mutfağı abdesthanesi merafıktandır. (İbn Abidin, a.g.e., V,187). Buna rağmen "hukuk" lafzı da aynı şeyleri ifade etmek için kullanılabilir. Bkz. Serahsi, a.g.e., XIV,137; İbn Kudame, el-Muğni, IV,211.

41 Serahsi, el-Mebsut, XIV,136.

İbn Abidin'de buna yakın bir tarif verir.

الحق هو تبع للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد الا لاجله

كالطريق والشرب

Hak (Hukuk), (akar cinsinden olan) mebinin kendi sebebiyle arzulandığı sulama hakkı ve yol hakkı gibi mebiye tabi ve onun için zaruri unsurlardırİbn Abidin, Reddü'l-

Öyleyse, kavramların daha iyi tasviri için içerdiği hakların ve ortak unsurların tespiti gerekmektedir. Buna göre fıkıh kitaplarındaki kullanımları gözden geçirilince hukuk ve merafıkın temelde şu hakları kapsadığı görülür :

Kaynak hakkı (hakku'ş-şirb)<sup>43</sup>, su geçirme (=mecra) hakkı (hakku icrai'l-ma)<sup>44</sup>, geçit hakkı (hakku'l-memerr)<sup>45</sup>, kar atma hakkı (hakku ilka'i's-selc)<sup>46</sup> bir yapının kirişlerini başkasının duvarına koyma hakkı (hakku vadi'l-cuzû)<sup>47</sup> başkasının arazisinde bir yapı ya da ağaç bulundurma hakkı (hukku'l-karar)<sup>48</sup>.

Bu sayılanlar, hukuk ve merafık terimlerinin temel içeriğini oluşturan kavramlaşmış haklardır. Bunlardan başka bir akardan çöpleri boşaltma<sup>49</sup> defî hacet için kullanma vb. yollarla istifade etmek de bu hakların kapsamına dahildir. Buna göre bu iki kavramın tarif ve kapsamını başta verdiğimiz Kadri paşa' ya ait irtifak tanımını ile karşılaştırdığımızda şu sonuçlara varırız :

a- Bu iki kavram, doğrudan bir şahsa bağlı hakları değil de ev ve arazi gibi bir akarın kullanımı anındaki ihtiyaçları ifade eder<sup>50</sup>. Bu sebeple sürekli olarak bir akara izafe edilerek kullanılır. Bu, irtifak hakkındaki hakim akar unsurunun ve bu hakkın daima akara bağlı olduğunun ifadesidir.

b- Hukuk ve merafık ile akarın mahiyetinden olmayan, ona bağlı fakat sınırlarının dışındaki bir unsur kastedilir<sup>51</sup>. Arazinin, bir başkasının mülkiyetindeki yolu, kar atma yeri vb. hep, hakim akardan farklı bir akar üzerindedir. Bu da irtifakın hadim akar unsurunun ifadesidir.

Kaynaklarda üzerine irtifakın kurulduğu bu akarın özel mülkiyete konu oluşu

43 Nevevi, Ravza, III,544; Kasani, Bedai, V,164-168; Şeybani, Kitabu'l-Asl, 277; Serahsi, Mabsut, XIV,132.

44 Nevevi, Ravza, III,544; İbn Raceb, el-Kavaid, 204; Kasani, a.g.e., V,164; Şeybani, a.g.e., 277; İbn Kadi Simavne, Camiu'l-fusuleyn, 1/90.

45 Nevevi, Mecmu, X,500; Şirbini, Muğni'l-muhtac, II,81; İbn Raceb, a.g.e.,204; Kasani, a.g.e., V,164; İbn Kadi, Simavne, a.g.e., I,90.

46 Kasani, a.g.e., V,164,165.

47 İbn Raceb, a.g.e., 311; Kasani, a.g.e., VII,29; Serahsi, a.g.e., XVII,92.

48 Nevevi, Mecmu, X,517; Ravza, III,537; İbn Kudame, a.g.e., IV,215; Şirbini, a.g.e., II,81; İbn Raceb, a.g.e., 156; Serahsi, a.g.e., XIV,137.

49 Nevevi, Mecmu, X,501.

50 İmam Şafii, el-Ümm, III,221,IV,42; Serahsi, a.g.e., XIV,137.

ile devlete ait oluşu arasında fark gözetilerek, gerçek anlamda irtifakların, özel mülkiyete konu akarlar üzerinde kurulduğu ima edilmiştir<sup>52</sup>.

c- Bu iki kavram özellikle hanefi kullanımında fiili bir menfaat temin eden haklara denilir. Bu menfaat, ya yol ve su gibi zaruri bir ihtiyacı, ya da komşu duvardaki kirişler veya balkon çıkıntısı gibi akara bağlı hale gelmiş bir unsuru ifade eder<sup>53</sup>. Bu menfaat unsuru da irtifak hakkının muhtevasını oluşturmaktadır.

Klasik eserlerdeki kavramlar üzerinde yaptığımız bu tahliller sonucu, fıkhıdaki irtifak hakkını temsil edecek temel kavramın hukuk ve merafık olduğu görülmektedir. Bu kavramların kullanımı ve unsurları Kadri Paşa'nın irtifak tarifi ile paralellik arz etmektedir<sup>54</sup>.

## B- HUKUKİ DAYANAĞI :

Klasik fıkıh kitaplarında irtifak haklarının meşruiyetini gayesiyle pek fazla nas zikredilmemektedir. Bununla birlikte Kitap ve Sünnette bazı özel irtifak tiplerinin meşru görüldüğüne işaret eden delillere rastlamak mümkündür

Kur'an-ı Kerim'de bir irtifak tipine işaret eden şirb kelimesi iki yerde geçmektedir. İlk ayette Salih (a.s.)' a " Bir de suyun aralarında taksimli olduğunu kendilerine haber ver. Her su nöbetinde (şirb) sahibi hazır bulunsun "<sup>55</sup> hitabı vardır. Aynı olayla ilgili olan ikinci ayet ise şöyledir: "Salih dedi ki, işte bu dişi deve. Su içme hakkı (şirb) bir gün onundur, belli bir günün içme hakkı da sizin "<sup>56</sup>. Bu ayetlerde ifade edilen su alma ve içme hakkı bir irtifak tipi olan şirb

52 Serahsi, a.g.e., XIV,136; İbn Abidin, a.g.e., V,190.

53 Kasani, a.g.e., VII,29; İbn Abidin, a.g.e., IV,548.

54 Kaynaklarda hukuk ve merafık kavramlarına çok yakın anlamda bir de "harim" terimi kullanılmaktadır. Bu terim teknik anlamda bir irtifak hakkından çok, ihya edilen bir araziden istifade edebilmek için bu arazinin çevresindeki ölü topraklar üzerinde kurulan bir yetkiyi ifade etmektedir. Buna göre bir başka şahsın, malikin harim sınırları içinde ihya vb. bir takım tasarruflarda bulunması yasaktır. Harim konusunda bkz. Nevevi, a.g.e., V,282-284; Şirbini, a.g.e., II,363-364; Ali Haydar, a.g.e., III,557.

55 Kamer,28

( و نبيهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر )

56 ( قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ) 155 Şuara,

hakkını da içine alan geniş bir kapsama sahiptir. O halde bu ayet bir su kaynağından farklı şahısların istifade etmesinin meşruluğunu göstermektedir<sup>57</sup>. Buna göre bir kişinin kendi su kaynağından diğer bazı şahıslara istifade yetkisi tanınması şeklinde bir hak tesisi de mümkün olmalıdır. İrtifaklar konusunda Kur'andaki bu ifadelerin dışında Sünnet ve Sahabe Kavli olarak bir takım deliller daha mevcuttur.Şöyle ki:

Hz. Peygamber (s.a.v.), Hz. Zübeyr (r.a.) ile ensardan biri arasında su kaynağından istifade konusunda meydana gelen bir anlaşmazlığı çözmüştür. Bu olayda Hz. Peygamber, Zübeyr' den, mecradaki suyunu belli bir seviyeye gelinceye kadar tutup arazisini sulamasını, daha sonra da salıverip komşusuna imkan vermesini istemiştir<sup>58</sup>. Bu hadis, bir su kaynağından ortaklaşa istifadenin caiz olduğunu göstermektedir. Hanefi hukukcu Serahsi, bu tür işlemlerin Rasulullah zamanından beri teamül halinde olduğu halde yasaklanmayışını, bu konuda takriri bir sünnetin varlığı şeklinde yorumlamaktadır<sup>59</sup>.

Hz.Peygamber, (s.a.v.)'in, diğer bir irtifak türü olan kiriş koyma hakkı ile ilgili şöyle bir hadisi vardır: "Hiç bir kimse komşusunun kirişlerini duvarına koymasına engel olmasın <sup>60</sup>. Bu ifade, kiriş koyma hakkının doğrudan kanundan doğabileceğine işaret etmektedir. Buna göre gerekli şartlar oluştuğunda hukuk nizamı , bir şahsa yapacağı binanın kirişlerini komşusunun duvarına koyma yetkisi verebilir.

Bu delillerden başka mecra irtifakı ile ilgili Hz.Ömer (r.a.)'ın hükmüne başvurulmuş iki olayı daha zikredebiliriz.Bunlardan ilki Dahhak b. Halife ile Muhammed b. Mesleme arasındaki meşhur ihtilafdır.Dahhak sulama gayesi ile Medine yakınlarındaki bir nehirden arazisine bir cedvel açmak istemiştir.Fakat bu

57 Serahsi, a.g.e., XXIII,161; Kasani, a.g.e., VI, 188

58 Sahihu'l-Buhari, Kitabu's-şirb, 7,8.

59 Serahsi, a.g.e., XXIII, 161.

60 Sahihu'l-Buhari,Mezalim,(20),V,115; Sahihi Müslim, Musakat(29),III,1230; Sünen-i İbn Mace, II,789. Ayrıca bkz..Behuti, a.g.e., IV, 411.Hadisın asıl metni şöyledir:

لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره

Aynı hadis Müsned' de "mirfak" lafzıyladır:

لا يمنع أحدكم أخاه مرفقه أن يضعه على جداره

Ahmet b. Hanbel, Müsned, I,255. İslam hukukcularının bu hadisi değerlendirmeleri için bkz. Üçüncü Bölüm s.95.

mecranın arazisine ulaşması için Muhammed'in toprağından geçmesi gerekmektedir.Muhammed ise mecranın kendi toprağından geçmesini kabul etmemektedir.Dahhak, bu mecranın geçirilmesinin karşı tarafa hiç bir zararı olmadığı gibi, fayda getirilebileceği gerekçesiyle olayı Hz. Ömer(r.a.)'a götürür.O, Muhammed'i bu olaya razı etmeye çalışsa da görüşünü değiştiremez.Buna rağmen Hz. Ömer'in hükmü, Dahhak'ın mecrayı Muhammed'in arazisinden geçirmesi yönünde olmuştur<sup>61</sup>. Bu hüküm Dahhak lehine kanun tarafından bir mecra irtifakının tanınması demektir. İslam hukukcularının bu hadisten hareketle mecra irtifakının bazı hallerde kanundan doğup doğmayacağı konusundaki tartışmaları bir tarafa, burada meşru kabul edilen bir mecra irtifakı söz konusudur.Zira hadisten bir şahsın başkasına ait bir araziden mecra geçirmesinin caiz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu konuyla ilgili ikinci olay ise şöyledir.Abdurrahman b. Avf (r.a.),başkasına ait bir arazide bulunan mecrasını kendi arazisi için daha uygun bir yere nakletmek istemiş, fakat buna karşı taraf razı olmamıştır. Abdurrahman b. Avf bu mesele için Hz. Ömer' e baş vurduğunda, onun hükmü mecranın yerinin değiştirilebileceği yönünde olmuştur<sup>62</sup>. Bu hadiste, mevcut bir mecra irtifakında hakim akarın doğrudan kendi isteği ile mecranın yerini değiştirme yetkisinin olup olmadığı tartışması söz konusudur. Mecra hakkı ise meşru bir irtifak niteliğindedir.

Bütün bu deliller bize şirb hakkı, mecra hakkı ve kirş koyma hakkı gibi bazı irtifak tiplerinin meşruluğunu göstermektedir.Bununla birlikte zikredilen delillerde irtifakların hukuki işlemlerle kuruluşunu açıkca belirten bir ifadeye rastlamak güçtür. Zira konusu irtifak hakkı olan sözleşmeler hukuk tarihi boyunca daha sonra ortaya çıkmış ve bunlara toplumun genel ihtiyacına binaen cevaz verilmiştir. Bununla birlikte irtifakların kuruluşu temelde, kira ve satım akdine benzeyen bir irtifak sözleşmesiyle olduğundan, bu iki akdin şeri dayanakları ile meşakkatin kolaylık hükümlerine sebep olduğu külli kaidesini temellendiren delillere, bu sözleşmenin de dayanakları olarak bakılabilir.

<sup>61</sup> Malik b. Enes, el-Muvatta, Akdiye,33 ( III,746); Baci, el-Münteka,VI,45. Mezhep imamlarının bu hadise yaklaşımı konusunda bkz.Üçüncü Bölüm s.96

<sup>62</sup> Malik b. Enes a.g.e., Akdiye, 34; Baci, a.g.e., VI,47.

## II- İRTİFAK HAKKININ FARKLI TAKSİMLERİ :

İrtifak hakkı tipleri klasik eserlerde açıkca gruplara ayrılarak taksim edilmemiştir. Bununla birlikte modern hukuka ait bazı taksimler islam hukuku açısından bazı hükümlerin daha iyi anlaşılması noktasında önem taşımaktadır. Bunların en mühimi irtifaktaki yararlanma yetkisinin tarzı ve irtifakın dış özellikleri açısından yapılandır.

### A- YARARLANMA YETKİSİNİN TARZI AÇISINDAN :

Yararlanma tarzı açısından irtifaklar, müspet muhtevalı irtifaklar ve menfi muhtevalı irtifaklar diye ikiye ayrılır.

Müspet muhtevalı irtifaklarda hak sahibi, hadim akar üzerinde bir takım fiiller yaparak istifade yetkisini kullanır<sup>63</sup>. Hak sahibi ile akar arasında bu kullanım dolayısıyla aktif bir ilişki vardır. Hadim akar maliki ise bu kullanıma katlanma mükellefiyeti altındadır. Mesela bir geçit ya da mecra irtifakında, hakim akar sahibi, hadim akardan geçerek ya da su kanalı geçirerek istifade etmekte, akar maliki de bu istifadeye katlanmaktadır. Fıkıh kitaplarında hukuk ve merafık diye anılan irtifaklar hep bu grup müspet muhtevalı irtifakları ifade etmektedir.<sup>64</sup>. Zira bu kavramlar hakim akar sahibinin fiili yararlanma yetkisini ifade etmektedir.

Menfi muhtevalı irtifaklar ise, hadim akarın, sahibi tarafından belirli bir tarzda kullanılmasını engellemek suretiyle hak sahibine bir menfaat temin eder. Burada hak sahibinin yararlanma yetkisi bizzat akarı kullanma şeklinde olmayıp, akar malikinin bazı fiili kulanımlarını yasaklamak şeklinde olmaktadır. Mesela, akar üzerine belirli yükseklikten fazla bina inşa etmeme veya belirli bir alana inşaat yapmama, menfi muhtevalı birer irtifaktır. İslam hukukunda müspet muhtevalı irtifakların bir çok tipi olduğu halde, menfi muhtevalı olanlar ancak, sınırlı birkaç

<sup>63</sup> Oğuzman, K, Eşya Hukuku, s.637; Senhuri, el-Vasit, IX,1295.

<sup>64</sup> Kaynaklardaki kullanımları gözden geçirdiğimizde bu kanaate varmamız pek zor olmaz. bkz. Bu iki kavramın kullanımına dair verilen 36-53 numaralı dipnotlar.



tipi geçmez<sup>65</sup>.

Müspet-menfi irtifak ayrımı, hak sahibinin yararlanma yetkisi açısından yapılmıştır. İrtifaklara hadim akarın maliki açısından baktığımızda onun daima pasif durumda olduğunu görürüz. Hadim akar maliki irtifak haklarının hiçbirinde bir fiili davranışta bulunmamaktadır. O ya, hak sahibinin belirli fiillerine katlanmakta, ya da bir fiili yapmama borcu altına girmektedir.

Bu ayrımın İslam hukukundaki en önemli işlevi irtifakların kuruluşu açısından dır. Müspet irtifaklar genel tarafından kabul gördüğü halde, menfi irtifaklar fazla yaygınlık kazanmamış, kuruluşuna bazı tahditler getirilmiştir.

## B- DIŞ ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN :

İrtifaklar dış özellikleri, görülebilen bazı alametlere sahip olup olmama açısından görünen (zahir, meri) ve görünmeyen (gayri zahir) irtifaklar diye ikiye ayrılır<sup>66</sup>.

Görünen irtifaklar, harici bazı işaret ve alametlere sahip olan ve varlığı bunlar sayesinde anlaşılabilen irtifaklardır. Mesela açıktan geçen ve görülebilen su yolları sayesinde varlığı anlaşılabilen bir mecra irtifakı, başkasına ait bir yola açılan kapı sebebiyle bilinen bir geçit irtifakı görünen irtifaklardır.

Görünmeyen irtifaklar ise var olduğu hakkında belirli bir harici işaretin olmadığı ve dışardan bakışla farkedilmeyen irtifaklardır. Mesela, belirli bir alana yapı yapmama ya da belirli bir yükseklikten fazla bina yapmamayı gerektiren manzara irtifakı bu tür bir irtifaktır.

İrtifakların bu ayrımı mahiyetlerine göre yapılmamış, tamamen dış özellikler gözönüne alınmıştır. Buna göre açıktan geçen su yolları sayesinde bilinebilen bir mecra irtifakı görünen bir irtifak olduğu halde, suyun toprak altı borularla aktıldığı durumda ise bu görünmeyen bir irtifak şeklindedir. Mecra ve geçit irtifakı gibi bazı tipler her iki şekilde kurulabildiği halde, manzara vb. irtifaklar sürekli görünmeyen; giriş koyma vb. irtifaklar da sürekli görünen bir karaktere sahiptir.

Bu ayrım, irtifakların zaman aşımı ve zımni kabul yolları ile kazanılması

<sup>65</sup> Menfi muhtevalı bazı irtifaklar için bkz. s.74-75.

<sup>66</sup> Senhuri, el-Vasıt, IX,1294-1295. Bu ayrım Türkiye Medeni Hukukunda rastlanmaz.

hususunda önemli olmaktadır. Görülmeyen irtifaklar prensip olarak zaman aşımı ve zimni muvafakat yolları ile kurulamazlar.<sup>67</sup>

### C- KURULUŞ TARZI AÇISINDAN :

Kuruluş tarzı açısından irtifakları iradî ve zarurî (kanunî) irtifaklar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür<sup>68</sup>.

İradî irtifaklar bir hukukî işlem sonucu tarafların iradeleri ile kurulurlar. Mesela, duvar üzerine, inşa edeceği yapının kirişlerini koymak üzere yapılan bir sözleşme sonucu doğan hak, iradî bir irtifaktır. Hak sahibi komşu duvara kiriş koyma hakkını satın almıştır. Burada irtifakı doğuran hak, hadim akar sahibinin rızasına dayanarak kurulmuştur. Bunun yanında özellikle Hanbelî mezhebine ait bir görüşe göre kiriş koyma hakkının belirli şartlarda doğrudan kanundan doğması da mümkündür. Bu durumda taraflar arası bir sözleşme olmayıp hak doğrudan kanundan doğmaktadır. Doğrudan kanundan doğan bu tür hakların teknik anlamda irtifak olduğu tartışılmakla birlikte bunlara "zarurî" ya da kanunî irtifaklar denilebilmektedir<sup>69</sup>.

### III- İRTİFAK HAKKININ HUKUKİ NİTELİK VE ÖZELLİKLERİ :

#### A- İRTİFAK HAKKI AYNÎ NİTELİKTE BİR HAKTIR :

İrtifak hakkının temel özelliği İslam hukukcularının milk kavramıyla ifade ettiği üzere aynî nitelikte bir hak olmasıdır. Muhteva olarak irtifaklara benzeyen bir takım yetkiler daha vardır ki bunlar aynî bir hak olmadıkları için irtifak olarak nitelenemezler. Buna göre komşusunun arazisinden geçmek üzere geçit hakkını satın alan bir kişinin yetkisi aynî nitelikte bir hak olduğu halde, umuma ait (kamu emlakî) yollardan geçmek ya da akar sahibinin sırf bir iznine dayanarak geçme

<sup>67</sup> bkz. Üçüncü Bölüm, s.89-91.

<sup>68</sup> Özakman, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, s.156-160; Kurtoğlu, İslam Hukuku, I,118; Zerka, a.g.e., III,37.

<sup>69</sup> Köprülü, Sınırlı Aynî Haklar, s.6; Senhürî, a.g.e., IX,1311; Bu tür hakların bir irtifak olup olmadığı tartışması için bkz. s.92.



yetkisini kullanmak aynî nitelikte olmayıp ibaha ve ruhsat karakterlidir<sup>70</sup>. İslam hukukcuları aynî nitelikte olma vasfı üzerinde önemle durarak bunu milkü'l-menfaa kavramı ile ifade ederler. Buna göre bir yetkinin irtifak olması için "milk" vasfı taşınması zarureti vardır.

## B- İRTİFAK HAKKININ SAĞLADIĞI MENFAAT GENEL KANAATE GÖRE MALDIR :

İslam hukukcuları aynî hakka (milke) konu olan menfaatlerde olduğu gibi irtifak haklarının mal olarak değerlendirilmesi hususunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler prensip olarak menfaatleri mal kabul etmediği halde, Şafiî, Maliki ve Hanbelilerden oluşan cumhur menfaatleri mal niteliğinde görmektedir.

Hanefiler ve cumhur arasındaki bu fikir ayrılığının sebebi, malda aranan ihraz edilebilme şartının keyfiyetiyle ilgilidir. Hanefiler bir şeyin mal olması için doğrudan ihraz edilebilmesini gerekli gördüklerinden, bu şekilde ihrazı mümkün olmayan menfaatleri mal kavramının dışında tutarlar. Bu mezhebe göre menfaatler, sürekli bir varlığa sahip olmayıp anbean elde edilirler ve belirli bir süre elde edildikten sonra ortadan kalkarlar. Bu sebeple ihraz edilebilme şartı gerçekleşmez<sup>71</sup>.

Cumhur ise mal alma için doğrudan ve bizzat ihraz edilebilme şartını koşmaz. Bu sebeple menfaatlerin ihrazı onun bağlı bulunduğu kaynak ve nesnenin ihrazı ile gerçekleşmiş olur. Bu şekilde cumhur ihrazın kapsamını daha geniş düşünmekte, maddi varlığı olmayan menfaatleri ihraz edilebilir görerek mal kapsamına dahil etmektedir<sup>72</sup>.

Çoğunluğun kabul ettiği şekilde menfaatlerin mal niteliğinde oluşu,

<sup>70</sup> Kasani, a.g.e., VI,49. Bu tür yetkilerin irtifak olmadığını vurgulamamız, bu konunun muasır müellifler tarafından isabetli bir şekilde anlaşılabilmesi ve milk niteliğinde olan yetkilerle, milk olmayan bazı yetkilerin birbirine karıştırılması sebebiyledir. Bu cümleden olarak ibaha karakterli olan izin ve kamu emlakinden istifade suretiyle doğan yetkiler irtifak hakkı olarak değerlendirilmiştir. Halbuki bu tür milk vasfı taşımayan yetkiler irtifak değildir. Bu konuda bkz. s.97-98.

<sup>71</sup> İbn Abidin, a.g.e., V,80; Ebu Zehra, el-Milkiyye, s.53; Ali Hafif, a.g.e., s.26-27.

<sup>72</sup> Ramli, Nihayetü'l-muhtac, III,398; Ali Hafif, a.g.e., s.30.

menfaatler üzerinde kurulan aynî hakların da (milku'l-menfaa) mal oluşu anlamına gelir. Buna göre ayna bağlı intifa hakkı olarak da anılan irtifak hakları ile şahsa bağlı intifa hakları, (sükna vb.) bir menfaat üzerinde kurulan ayni hak (milku'l-menfaa) niteliğinde olduğu için mal karakterlidir.

Hanefi ve cumhur arasındaki irtifakın niteliği konusundaki bu görüş ayrılığı pratikte bir takım hüküm farklarına temel teşkil etmektedir. Mesela Hanefiler icare gibi istihsanen kabul edilen bazı hukuki işlemler hariç tutulursa, menfaatlerin prensip olarak hukuki işlemlerde mevzu ya da bedel olamayacağı görüşündedirler<sup>73</sup>.

İrtifak hakkının aynî bir hak ve mal karakterli oluşu doğrudan bu hakkın niteliği ile alakalıdır. Bundan sonra işleyeceğimiz vasıfları ise hakkın niteliğinden çok genel özelliklerini yansıtmaktadır.

### **C- İRTİFAK HAKKI PRENSİP OLARAK AKARA TABİDİR :**

İrtifak hakkı akarlar arası bir ilişki olduğundan hak, akar maliklerinin şahsına değil de bizzat akarın kendisine bağlıdır. İrtifak sahibi, bu hakkını hakim akarın maliki olma vasfı ile kazanmıştır. Bu sebeple akara malik olan yeni bir şahıs, bu akara bağlı irtifakların da sahibi olur.

Türk Medeni Hukuku'nda irtifak hakkı hakim akara sıkı sıkıya bağlanarak onun bir parçası olarak kabul edilmiştir. Böylece hakim akar üzerinde meydana gelen bütün tasarruflar doğrudan irtifak haklarını da içine alır<sup>74</sup>. Mesela bir akarın vasiyeti sonucu ona malik olan şahıs, herhangi başka bir işleme gerek kalmadan doğrudan irtifaklara da sahip olur. Bu, irtifakların akara tabi oluşundan kaynaklanır.

İslam hukukunda akar ile irtifaklar arasındaki bu bağ Türk pozitif hukukundaki kadar güçlü değildir. İslam hukukcuları irtifakların akara tabi bir hak olduğunu ifade ettikleri halde<sup>75</sup> onları bağlı oldukları akarın ayrılmaz bir unsuru olarak görmezler. Bu sebeple hakim akarın konu olduğu hukuki tasarrufun irtifakları da doğrudan içine alması her zaman söz konusu değildir. Bu durum

<sup>73</sup> Serahsi, a.g.e., XXIII,183; Ebu Zehra, a.g.e., s.54.

<sup>74</sup> Köprülü, B.-Kaneti S., a.g.e., s.34; Senhuri, el-Vasit, IX,1283.

<sup>75</sup> İbn Abidin, a.g.e., V/189; Senhuri, Masadiru'l-hak, I,64; Zerka, a.g.e., III,36.

irtifakın tipine ve hukuki işlemin karakterine göre değişmektedir. Buna göre, kirış koyma hakkı (hakku vadi'l-cuzu) ve üst hakkı (hakku'l-karar) ve kıdem (zaman aşımı) ile kazanılan irtifaklar ilgili akara sıkı sıkıya bağılı olup<sup>76</sup>, akar üzerinde gerçekleşen hukuki işlemlere doğrudan dahil olurlar. Tarafların bu irtifakların işleme akar ile birlikte dahil olduğunu belirtmesine lüzum yoktur. Kaynak (hukku'ş-şirb) mecra, kar atma ve geçit hakkı gibi irtifaklar açısından ise hüküm farklıdır. Bu tiplerin hukuki işlemlere akara tabi olarak dahil oluşu, hukuki işlemin tabiatına göre doğrudan ya da ek bir şart ile olmaktadır. Buna göre bir hukuki işleme akdin gerçek konusu olan akar ile birlikte irtifakların da dahil olduğu belirtilmişse<sup>77</sup> bu işlem irtifakları da içine alır. Eğer taraflar akar üzerinde yaptıkları hukuki işleme irtifakların dahil olduğunu belirtmemişlerse hüküm bu işlemin karakterine göre değişmektedir. Bu açıdan Hanefiler hukuki işlemleri iki gruba ayırırlar.

a- İcare vakıf ve menfaatin vasiyeti gibi, menfaatin temlik karakterini taşıyan hukuki işlemlere irtifaklar doğrudan dahil olur<sup>78</sup>.

Bu tip tasarrufların gayesi bir nesneden istifade etmek (intifa) olduğu için irtifaklar ile akar arasındaki bağı güçlüdür. Öyle ki, mesela bir akarın irtifaklar istisna edilerek kiralanması batıl bir işlemdir<sup>79</sup>. Zira akdin mahalli olan menfaat irtifaklar olmadan gerçekleşemez<sup>80</sup>.

b- Satım akdi, hibe, sadaka, aynın vasiyeti ve sulh gibi bir nesnenin temlik gayeli hukuki işlemlerde irtifaklar doğrudan akde dahil olmazlar. Bu işlemlerin irtifakları da içermesi işlem anında "hukuk" veya "merafık" gibi irtifakları temsil eden lafızların kullanılmasına bağılıdır<sup>81</sup>. Bu tip işlemlere irtifakların doğrudan dahil olması işlemin tabiatının bunu gerektirmeyişindedir. Çünkü bu grup

76 Ali Hafif, a.g.e., s.47; Senhuri, Masadiru'l-hak, s.65.

77 Bu taraflarca akarın hukuki işleme "hukuk" ve "merafıkı" ile dahil olduğunun belirtilmesiyle olur.

78 Kasani, a.g.e., VI,220; İbn Abidin, a.g.e., V,190; Şirbini, Muğni'l-muhtaç, II,81; Ali Hafif, a.g.e., s.68. Hanefilerde mecra ve kar atma irtifakının doğrudan dahil olmadığı görüşü de vardır. İbn Abidin, a.g.e., V,190.

79 Ebu Zehra, a.g.e., s.100.

80 Menfaatin temlik anlamı taşımamakla birlikte rehin akdi için de hüküm böyledir. Kasani, Bedai, V,165.

81 Kasani, a.g.e., V,165; Nevevi, Ravza, III,544.

işlemlerin temel sebebi bir nesnenin rakabesine malik olmaktır. Menfaatin temlikî gayeli kira vb. işlemlerin aksine, bunlar bir nesneden özellikle faydalanma gayeli değildir<sup>82</sup>.

Buna göre hakim akarın, mesela satımında hukuk ve merafıkın da akde dahil olduğu belirtilmezse, akar lehine kurulu irtifaklar yeni malike geçmez. Akit sadece akar üzerinde gerçekleşmiş ve irtifaklar akardan ayrılmış olur. Bu durumda akarın eski maliki irtifaklara sahipliğini akardan mücerret olarak sürdürür.

İrtifakları doğrudan içerip içermemesine göre hukukî işlemlerin bu şekilde ayırımı temelde Hanefilere ait olmasına rağmen Şafiiler de bunu prensipte kabul eder. Bu mezhep özellikle kira ve satım sözleşmesi arasındaki ayırımda hanefiler gibi düşünür<sup>83</sup>.

Hanefî müelliflerden İbn Abidin konuyla ilgili değerlendirmesinde, mezhep kaynaklarındaki ilgili görüşlerin örf'e bağlı olup temelinde Kufe örfünün bulunduğuna dikkat çeker. Müellif, zamanın Şam ve Kahire örfünde şirb hakkı gibi bir takım irtifakların satım sözleşmesi vb. akıtlere, akar ile birlikte doğrudan dahil olduğunu ifade eder. Buna göre irtifakların akara tabî oluşunda belirleyici unsur örf olmaktadır. Müellif bu düşünceyle mezhep içi prensiplerin dışına çıkmış ve Şam örfünü esas olarak irtifakların satım sözleşmesinde de akte doğrudan dahil olduğu hükmüne varmıştır<sup>84</sup>.

Sonuç olarak İslam hukukundaki genel kanaat hukukî işlemler açısından irtifakların bağlı olduğu hakim akara tabî, fakat onun ayrılmaz bir parçası olmadığı yönündedir. Zira görüldüğü üzere bazı hallerde irtifaklar akardan bağımsız hale gelebilmektedir.

Hukukî işlemlerle intikal eden bir akara bağlı irtifaklar her zaman akarı takip etmediği halde miras yoluyla intikalde durum aksinedir. Bir akarın mirasla intikalinde verese sürekli bu akara bağlı irtifakların da maliki olur. Bütün İslam hukukcuları irtifak haklarının miras yoluyla intikal ettiği görüşünde olduğu için<sup>85</sup>

82 Kasani, a.g.e., V,165; İbn Abidin, a.g.e., V,190; Ebu Zehra, a.g.e., s.100.

83 Şirbini, a.g.e., II,81.

84 İbn Abidin, Rasail, II,136; Reddül-muhtar, IV,548.

85 Serahsi, a.g.e., XXIII,183; Kasani, a.g.e., VI,189; Ali Hafif, a.g.e., s.69; Ebu Zehra, a.g.e., s.96;

akar ile irtifaklar arasındaki bağ mirasta hukuki işlemdekinden daha güçlüdür.

Hakim akar ile olan bağlarının pek fazla kuvvetli olmadığına gördüğümüz irtifaklar, hadim akara sıkı sıkıya bağlıdır. Hadim akar üzerinde meydana gelen bir tasarrufta irtifaklar sürekli varlığını korur. Mesela irtifakla yüklü bir akarın satımında yeni malik akara bu haliyle malik olacağından, onun üzerinde kurulu irtifakları sona erdiremez<sup>86</sup>.

#### **D- İRTİFAK HAKKI HÂDİM AKAR MALİKİ AÇISINDAN MÜLKİYET HAKKININ TAKYİDİ ÖZELLİĞİ TAŞIR :**

Hakim akar lehine kurulmuş bir aynı hak olan irtifak, hadim akar açısından üzerinde kurulu bir külfet ve yük mahiyetindedir. Bu yük, hadim akar malikinin ya mülkiyete bağlı yetkilerden bazısını kullanmaktan kaçınması ya da bu yetkilerden birini hakim akar sahibinin kullanmasına müsaade etmesi şeklindedir. Mesela bir irtifak kurucu sözleşme sonucu akarı üzerinde bir başka akar malikine geçit hakkı tanıyan şahıs, hak sahibinin o akardan geçmesine müsaade etmeyi taahhüt etmiştir. Bu sebeple akar üzerinde hak sahibinin hakkını elde etmesini engelleyecek tasarruflarda bulunma yetkisi elinden alınmıştır.

Yine belirli bir alanına inşaat yapılmaması taahhüt edilen akarın maliki normal şartlarda akarında dilediği gibi tasarruf edebilecek iken irtifak sonucunda mülkiyete bağlı bazı yetkilerden kaçınma yükümlülüğü altına girmiştir.

Fukaha irtifakların mülkiyet hakkını takyit edici özelliğine temas etmiş<sup>87</sup> ve buna bir takım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Buna göre satım sözleşmesine konu olan akarın irtifakla yükümlü olduğunun ortaya çıkması müşteri açısından bir hıyaru'l-ayb sebebidir<sup>88</sup>. Mesela satın alınan bir akardaki duvar üzerinde başkasının kiriş koyma hakkı olduğunun anlaşılması müşteriye akdi fesih yetkisi vermektedir.

<sup>86</sup> Nevevi, Ravza, IV,223; Ali Haydar, Dürerü'l-hukkam, III,511.

<sup>87</sup> Kasani, a.g.e., VI,191.

<sup>88</sup> İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, V,189; Satın alınan akarın irtifakla yüklü olduğunun ortaya çıkması bir kusur kabul edildiği gibi, geçit irtifakı vb. temel irtifaklardan yoksun olması da böyledir. İbn Abidin, a.g.e., V,189-190.

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**İRTİFAK HAKKININ MUHTELİF TİPLERİ**

Çalışmanın bu bölümünde iki temel amacımız vardır. Birincisi, İslam Hukukunun klasik kaynaklarında işlenmiş irtifak hakkı tiplerinin tespiti; ikincisi bu tiplerle ilgili kavramlaşmanın gelişiminin gözlemlenmesidir. Tezin adına da akseden konuyla ilgili kavramların gelişimi, çalışmanın bütününde dikkat ettiğimiz bir unsur olmakla birlikte, büyük oranda bu bölümde, irtifak tiplerinin işlenişi esnasında ele alınmıştır.

Klasik kaynaklarda açıkça kavramlaşmış ve yaygınlık kazanmış temel bazı irtifak tiplerinin yanında henüz kavramlaşmamış ve çoğu araştırmacının gözünden kaçmış bazı tipler de mevcuttur. Bu sebeple mevzuyu, temel irtifaklar ve diğer irtifak tipleri şeklinde ikiye ayırmayı faydalı bulduk. Ancak önce muasır yazarlarca fazla net işlenmeyen, islam hukukundaki irtifak tiplerinin sınırlı olup olmadığı konusunun incelenmesi gerekmektedir..

## **I- İRTİFAK HAKLARININ BELİRLİ TİPLERLE SINIRLI OLUP OLMADIĞI MESELESİ :**

Klasik kaynaklarda irtifak hakkının belirli bazı nevilerle sınırlı olduğuna dair açık ifadeler mevcut değildir. Fakat mezheplerin irtifak konusundaki genel tavırlarından bazı sonuçlara varmak mümkündür. Biz kendi ulaştığımız kanaatten önce bu konudaki yaygın görüşe temas etmek istiyoruz.

Muasır islam hukuku yazarlarının pek çoğuna göre irtifak hakları Hanefi mezhebinde şu altı nevi ile sınırlıdır. 1) Hakku'ş-şirb, 2) Hakku'l-murur, 3) Hakku'l-mecra, 4) Hakku'l-mesil, 5) Hakku't-tealli, 6) Hakku'l-civar. Buna göre taraflar, belirtilen bu tiplerin dışında yeni irtifak hakları inşa edemezler. Kurulan irtifakların muhtevası bu altı tipden biri niteliğinde olmalı, farklı bir muhteva taşımamalıdır<sup>1</sup>.

Muasır yazarlar bu kanaate varırken özellikle şu iki noktadan hareket ederler. Birincisi, irtifak hakları mülkiyet hakkının sınırlanması mahiyeti taşırlar. Mülkiyet

<sup>1</sup> Zerka, el-Medhal, III,37; Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.57; Senhuri, Masadiru'l-hak, I,34.



hakkı ise prensipte sınırlamayı kabul etmediği için belirtilen bu irtifak tipleri istisnai olarak kabul edilmiştir. O halde belirli ve dar bir çerçevede olan bu istisnalar, tarafların anlaşarak yeni irtifak tipleri kurmalarıyla genişletilemez<sup>2</sup>.

İkinci hareket noktası ise, hanefilerin irtifak kurucu sözleşmeleri prensipte benimsemeyişidir<sup>3</sup>. Bu mezhepte muavaza karakterli akitlerle irtifakların tesislenmesi kurulması caiz olmadığı için yeni irtifak tiplerinin ortaya çıkması mümkün değildir<sup>4</sup>. İare yoluyla kurulan irtifak benzeri ilişkiler de bu işlemin bağlayıcı olmaması sebebiyle aynî nitelikte bir hak doğurmaktan uzaktır.

Ali Hafif, Zerka ve Senhuri gibi müelliflerin temsil ettiği bu görüşe göre Hanefilerde sınırlı olan bu tiplere özellikle Maliki mezhebinde bir sınırlama getirilmemiş, tarafların hür iradeleriyle yeni irtifak tipleri kurabilmelerine müsaade edilmiştir. Örneğin şahsın belli bir yükseklikten fazla bina yapmama hususunda iltizamı, diğer mezheplerde ve özellikle Hanefilerde rastlanmayan bir irtifak tipidir.(Manzara İrtifakı).

Muasır yazarların özetlemeye çalıştığımız bu görüşleri konuyu bütünüyle doğru bir şekilde yansıtmamaktadır. Klasik kaynakları dikkatli bir şekilde gözden geçirdiğimizde bu görüşlerin isabetsizliği ortaya çıkmaktadır.Şöyleki:

1- Hanefî mezhebindeki irtifaklar belirtilen altı tipte sınırlı değildir. Bütün mezhepler içinde kavramlaşmış irtifak tipleri açısından en gelişmiş mezhep olan Hanefilerde hakku vadi'l-cuzû (kiriş koyma hakkı) ve hakku ilkâî's-selc (kar atma hakkı) gibi daha hicri beşinci asırda kavramlaşmış ve yaygın kullanıma kavuşmuş haklar da mevcuttur<sup>5</sup>. O halde Hanefiler hakkında söylenen bu iddia klasik kaynaklardaki bilgilere uymamaktadır. Kaldı ki, muasır yazarlarca iddia edilen bu altı tip irtifak hakkının takdiminde dahi bazı hatalar vardır. Özellikle hakku'l-civar Hanefî mezhebinde bir irtifak niteliğinde değildir<sup>6</sup>. Hakkü'l-mecra ve hakku'l-mesil ise aynı muhtevalı tek bir irtifak türünü ifade eden iki farklı kavramdır. Bu sebeple hakku'l-civarı bir irtifak tipi olarak takdim etmek yanlış olduğuna gibi, bu iki kavramı ayrı iki tip olarak göstermek de hatalıdır. Son olarak hakku't-tealli,

2 Zerka, a.g.e., III,37; (Ali Hafif, el-Hakku ve'z-Zimme, s.64'ten naklen).

3 Bkz. İrtifak Hakkının İktisap Sebepleri, s.78.

4 Ali Hafif, Ahkau'l-muamelat, s.57.

5 Serahsi, Mabsut, XV,15-20; Kasani, Bedai, V,165.

6 Bkz. Hakku'l-civar kavramı, s.70.

mustakil bir irtifak olmayıp, hakku'l-karar denilen geniş muhtevalı irtifakın özel bir çeşitidir.

2- Hanefi mezhebinin irtifak tipleriyle ilgili tavrının tespiti için irtifakların, yararlanma yetkisinin tarzı açısından yapılan tasnifinden istifade etmek gerekir. İrtifaklar bu açıdan menfi ve müspet muhtevalı olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Buna göre Hanefilerde müspet muhtevalı irtifakların sınırlı oluşunu gerektirecek hiç bir hüküm yoktur. Hakku's-şirb, hakku'l-murur gibi daha birçok kavramlaşmış irtifak her ne kadar mülkiyet sınırlaması karakteri taşısa da bu mezhebin kabul ettiği nevidir. İrtifakların akitlerle kurulamayacağı prensibi de muasır yazarların iddiasının aksine irtifak tiplerinin belirli bir sayıda donmasını gerektirmez. Hanefilerin bu prensibi, sadece irtifak kurucu sebeplerde bir sınırlama anlayışını gösterir. Yoksa buradan irtifak tiplerinin de sınırlı olduğu sonucuna varmak yanlıştır. Zira akit dışında, kıdem, zımnî kabul ve özellikle akit esnasında şart koşma gibi sebepler yeni müspet muhtevalı irtifaklar doğurabilir. Gerçekten de Hanefilerin örf haline gelen müspet muhtevalı irtifakların şart koşulma suretiyle kuruluşunu benimsemeleri, akitle doğuşuna cevaz vermeyişlerinden doğan açığı telafi etmektedir. Nitekim bu mezhebin kaynaklarında işlenen müspet irtifak tiplerinin diğer mezheplerdekinden daha gelişmiş olduğu açıkça görülür. O halde Hanefiler örf haline gelmiş irtifakların şart koşma yoluyla kuruluşuna cevaz vermek suretiyle, müspet irtifakları belirli tiplerle sınırlı tutmamışlar, yeni irtifak tiplerinin doğuşunu prensipte kabul etmişlerdir.

Müspet irtifaklar için sözü edilen bu durum menfi muhtevalılar açısından bütünüyle geçerli değildir. Zira bu grup irtifaklar doğrudan akar sahibinin mülkiyet hakkı ile ilgili bir yetkiyi kullanmaması anlamı taşımakta ve hanefiler bu tür bir işlemin akitle kurulmasını kabul etmemektedir<sup>7</sup>. Bu nevi hakların tabiatı gereği kıdem ve zımnî muvafakatla kurulması da mümkün değildir. Geriye akit esnasında şart koşma yolu kalmaktadır. Hanefi mezhebi kaynaklarında bu yolla kurulmuş sadece pencere açmama irtifakına rastlamaktayız<sup>8</sup>. Buna göre bir evin taksiminde üst kat malikinin alt katın belirli yerlerini göreceği şekilde pencere açmama şartını kabul etmesiyle, alt kat lehine bir irtifak hakkı doğar. Buradan vardığımız sonuç,

<sup>7</sup> Ali Haydar, Durerü'l-hükkam, III,465 (el-Fetava'l-haniyye'den naklen).

<sup>8</sup> Ali Haydar, a.g.e., III,427.

Hanefi mezhebinde müspet muhtevalı irtifaklarla birlikte bir takım menfi irtifakların da mevcut olduğudur. Ancak, müspet irtifakların iktisabı için bir kaç yol var iken, menfi irtifaklar sadece şart koşma ile kurulabilmektedir. Bunun ötesinde bu mezhebin kaynaklarında pencere açmama irtifakından başka herhangi bir menfi muhtevalı irtifak nevine rastlanmamaktadır. İşte muasır müellifler hanefilerde kavramlaşmış ve açıkça işlenen menfi muhtevalı irtifakların bu şekilde nadir olmasından hareket etmekte ve bundan irtifakların sınırlı oluşu sonucuna varmaktadır. Oysa aynı durum bütün mezhepler açısından geçerlidir. Hanefiler gibi diğer mezheplerde de menfi muhtevalı irtifaklar fazla yaygın ve kavramlaşmış değildir. Bu konuda mezhepler arası bir ayırma gitmeye hiç bir sebep yoktur. Buna göre islam hukuku kaynaklarında menfi muhtevalı irtifaklar fazla gelişmemiş olmakla birlikte, hiç bir mezhep irtifakları belirli tiplerle sınırlı tutmamıştır<sup>9</sup>.

İrtifak tiplerinin sınırlılığı problemi ile ilgili farklı bir görüşe daha temas etme zarureti vardır. Muasır yazarlardan Ebu Zehra irtifak tiplerini, hakku'ş-şirb, hakku'l-mecra ve hakku'l-murur şeklinde üç sayısıyla sınırlamaktadır. Buna göre hakim akar lehine kurulu olan irtifaklar, hadim akar üzerinde bir nevi ortaklık tarzındadır. Mesela, hadim akardaki bir mecra üzerinde kurulan şirb hakkında hakim ve hadim akar sahipleri arasında bu haktan istifade konusunda bir ortaklık söz konusudur. Yine, bir geçit irtifakında akar sahipleri arasında hak konusundaki bir ortaklık sebebiyle bu geçidi her iki akar sahibi de kullanmaktadır<sup>10</sup>.

Yazar hakku'l-civar denilen ve komşular arası münasabatlara dayanan bir takım hakların irtifaklardan ayrı oluşunu izah ederken, irtifak haklarını isabetsiz bir şekilde sunmaktadır. Zira yazar irtifaklara, hakim ve hadim akar malikleri arasında, hak konusunda bir ortaklık vasfı getirmiştir. Oysa hiç bir irtifak hakkında ortaklık unsuru şart değildir. İrtifak hakkı hadim akar üzerinde kurulu bir külfet olduğu için, irtifakın konusu olan menfaatten, bu akarın da istifade etmesinin hiç bir şekilde bu

<sup>9</sup> İrtifak hakkı tiplerinde bir sınırlamaya gidilmemesi akla gelebilecek bütün irtifak muhtevalı hakların kabulü anlamına gelmez. Bunun anlamı, tarafların, hukukun genel prensiplerine uyduğu sürece yeni irtifak tipleri kurlmalarına izin vermektir. Muasır müelliflerden Ail Hafif de muhtemelen son eserlerinden biri olan el-Milkiyye adlı kitabında, bu hakların belirli tiplerle sınırlı olmadığını ifadede etmiştir (Ali Hafif, el-Milkiyye, s.144).

<sup>10</sup> Ebu Zehra, el-Milkiyye, s.101.

hak ile alakası yoktur. Mesela bir mecra ya da kirış koyma irtifakında hak bütünüyle hakim akarın menfaati için kurulmuştur. Burada hadim akarın, irtifak hakkından kaynaklanan bir yararlanma yetkisinin mevcudiyeti bir tarafa, bu hak sebebiyle akar üzerinde malikin bazı tasarrufları kısıtlanmıştır.

Ortaklık unsurundan hareket eden yazar böyle bir ortaklığın gerçekleşebileceği üç tip hakkı esas almıştır. Oysa yazarın bir irtifak tipi olarak takdim ettiği mesil irtifakı açısından böyle bir ortaklık söz konusu değildir<sup>11</sup>. Görüldüğü üzere kendi içinde de pek tutarlı olmayan bu görüş islam hukukundaki irtifak anlayışını temsil etmesi güçtür. Belirttiğimiz üzere gerçekte bu yazarın takdim ettiği tiplerin dışında daha bir çok irtifak hakkı mevcuttur.

## II- TEMEL İRTİFAK TIPLERİ :

İslam hukuku kaynaklarında kavramlaşmış ve yaygın kullanıma kavuşmuş temel irtifak tipleri şu altı haktır : Hakku'-ş-şirb (kaynak hakkı), hakku'l-murur (geçit hakkı), hakku'l-mecra (mecra hakkı) hakku'l-karar (üst hakkı), hakku vadi'l-cuzü (kiriş koyma hakkı) ve hakku ilkai's-selc (kar atma hakkı).<sup>12</sup> Burada, temel irtifak tiplerinin tanım ve özel hükümleri ile bu irtifakları ifade eden kavramlarla ilgili gelişimi işleyeceğiz. İrtifak haklarının genel hükümleri mahiyetinde olan kuruluşu, sona erışı, hakkın kullanımıyla alakalı prensipler vb. konular özel bölümlerde işlendiği için burada her irtifak açısından tekrarlanmayacaktır. Sadece ele alınan irtifakın bu genel hükümlerin dışındaki özelliklerine temas edilecektir.

<sup>11</sup> Kasani, a.g.e., V,10.

<sup>12</sup> Temel irtifak tiplerinin bu şekilde tespiti muasır müelliflere ait olmayıp klasik kaynaklar üzerindeki çalışmalar sonucu tarafımızdan tespit edilmiştir.

## A-SU ALMA (KAYNAK)HAKKI<sup>13</sup>, HUKKU'Ş-ŞİRB

(حق الشرب):

Şirb, kelime olarak bir su kaynağındaki hisse ya da bu hissenin alınacağı vakit anlamındadır<sup>14</sup>. Kur'ân-ı Kerim'de bu anlamı ile iki yerde geçen<sup>15</sup> kelime hakku'ş-şirb şeklinde hak kelimesiyle birlikteki terim olarak kullanılır ki bunun anlamı, bir su kaynağından araziye sulama ya da farklı gayelerle su alma hakkıdır. Şirb hakkı sürekli bir ihtiyaç olan arazi sulama ile birlikte hayvan sulamayı da içerebilir. Burada önemli olan suyun ne için kullanılacağı yani hakkın gayesi değil, bunun sürekli kullanılan bir irtifak niteliğinde olmasıdır. Buna göre arazi sulamak için değil de bir evin su ihtiyacının tümünü karşılaması için kurulan bir su alma hakkı da şirb hakkı niteliğindedir<sup>16</sup>

Şirb hakkı terimi bazen umuma ait nehirler üzerinde ibaha karakterli bir yetkiyi ifade etmek için kullanılsa da temel olarak bir irtifak hakkının ifadesidir. Umuma ait bu nehirler üzerinden su alma hakkı ise ibaha niteliğinde olup teknik anlamda aynı nitelikli bir hak olma özelliği taşımaz<sup>17</sup>.

Hanefi mezhebinde şirb hakkı ile sürekli birlikte işlenen benzer muhtevalı bir hak da hakku'ş-şefe'dir. Hakku'ş-şürb olarak da ifade edilen bu kavram insan ve hayvanların bir su kaynağından içme hakkını ifade eder<sup>18</sup>. Ayrıca basit ev ihtiyaçları için gereken suları almak da bu hakkın kapsamına dahildir<sup>19</sup>.

Klasik kaynaklarda şirb hakkının arazi sulama, şefe hakkının da içme ve bazı ev ihtiyaçları için gereken suyu alma şeklinde tarif edilmesi, bu hakları bir su

<sup>13</sup> Türk medeni hukukundaki kaynak hakkını incelediğimizde bunun şirb hakkının karşılığı olduğu görülür. Kaynak hakkı başkasının arazisindeki bir kaynağın sularını almak ve akıtmak yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Bkz. Köprülü B., Sınırlı Aynı Haklar. s.127-130.

<sup>14</sup> İbn Manzur, Lisanu'l-arab, I, 488; Kasani, Bedai, VI, 188; Ali Haydar, Dürru'l-hukkam, III, 534.

<sup>15</sup> Şuara (26) 155; Kamer (54) 28.

<sup>16</sup> Bkz. Serahsi, Mebsut, XXIII, 161; Kasani, V, 10; Haskafi, Dürru'l-muhtar, VI, 438.

<sup>17</sup> Kasani, a.g.e., VI, 192.

<sup>18</sup> Hak-ı şefe su içmek hakkıdır. Mecelle md. 1263. Ayrıca bkz. Kasani, a.g.e., VI, 192.

<sup>19</sup> Serahsi, a.g.e., XXIII, 169.

kaynağı üzerinde kurulan kapsamları farklı iki benzer hak tipi gibi göstermektedir. İlk akla gelen şirbin muhtevasının arazi sulamada gerekli suyu, şefenin de içme vb. ihtiyaçlar için kullanılacak suları kapsadığıdır. Oysa bu iki hak arasındaki temel ayrılık bir kapsam farkından çok mahiyet ve hukuki nitelik farkıdır. Şöyle ki, şirb hakkı bir akar lehine kurulu irtifak hakkı niteliğinde olup süreklilik arzeder. Burada akar maliki irtifak hakkına dayanarak suyu sürekli bir şekilde arazisine alır ve dilediği gibi kullanır. Şefe hakkı ise, bir akar lehine kurulu olmadığı gibi süreklilik de ifade etmez. Sadece geçici ve anlık bir su içme ya da farklı bir yolla önemsiz bir miktar su kullanma yetkisidir<sup>20</sup>. Bu yetki belirli bir şahsa değil, bütün insanlara doğrudan kanun tarafından tanınmış ibaha nitelikli bir haktır<sup>21</sup>. Bu sebeplerden dolayı şefe hakkı kesinlikle bir irtifak hakkı niteliğinde değildir. Bu hak gerçekte henüz ihraz edilmeyen suların bulunduğu kaynak maliklerinin mülkiyet haklarının doğrudan kanundan doğan bir daraltımı niteliğindedir. Buna göre, kuyu ve havuz suları gibi ihraz edilmemiş suların maliklerinin, bu sudan içmek ya da önemsiz bir miktar almak isteyenlere engel olma yetkileri kanun tarafından ellerinden alınmakta ve bu yetki daraltımı diğer insanlar açısından bir hak (hakku'-ş-şefe) olarak ifade edilmektedir. Bu ise gerçekte aynı nitelikte bir hak olmayıp ibaha karakterli bir yetkiden başka bir şey değildir<sup>22</sup>.

Şirb ile şefe hakkı arasındaki bu hukuki nitelik farkı, muasır pek çok araştırmacının gözünden kaçmıştır. Kanaatimizce bu iki hak arasındaki şekli benzerlik çağdaş müellifleri aradaki bu farkı göremeyip şefe hakkını da bir irtifak olarak değerlendirme eğilimine sevk etmiştir.<sup>23</sup>

20 Serahsi, Mebsut, XXIII,169-170; Şefe hakkında geçicilik ve suyun miktarının önemsizliği mühim bir unsurdur. Öyle ki ruhsat niteliğindeki bu hakkı, bir irtifakmış gibi sürekli ve su sahibinin kullanımını etkileyecek şekilde sürdürmek çoğunluk tarafından caiz görülmez.

21 İbn Abidin, Reddül-muhtar, VI,442-443; Şefe hakkı kaplarda ihraz altına alınmamış olan, ark, kuyu, havuz su yolları, özel ve umumi nehirlerden içmek için bütün insan ve hayvanlara tanınmış bir ruhsat karakteri taşır. Teknik anlamda aynı bir hak değildir.

22 Şefe hakkı hukuki bir işlemle kurulmayıp doğrudan kanundan doğduğu için, kanun ve umumi ortaklık sebebiyle doğan hakların niteliği üzerindeki değerlendirmelerimiz, bu hak için de geçerlidir. Bu konuda bkz. s.97.

23 Bu tavır, eserlerini gözden geçirdiğimiz bütün yazarlarda mevcuttur. Örnek olarak



Şefe hakkı kaplara alınmadığından henüz ihraz edilmemiş sularda kanun tarafından tanındığı halde şirb hakkı, nehirler üzerindeki ibaha nitelikli ruhsat bir tarafa bırakılırsa, temelde akdi bir ilişki ile kurulur. Diğer irtifaklarda olduğu gibi şirb hakkı da hak prensip olarak taraflar arasındaki hukuki bir işleme dayanmaktadır.

Şirb hakkı diğer irtifak tiplerinin aksine maddi bir mal olan suya karşılık gelmektedir. Mesela bir geçit hakkında hak sahibi bir akardan geçme şeklinde fiili bir istifade yetkisini kullanırken, şirb hakkı muayyen bir miktar suya malik olma sonucunu doğurmaktadır. Şirb hakkı ayrıca, muhtevasının maddi bir mal olması sebebiyle bölünebilir özelliğindedir. Buna göre hak sahibi başka bir akar sahibine, hakkının belirli bir hissesini satabilmektedir<sup>24</sup>.

Şirb kilemesi Kur'ân'da geçtiği şekilde, mezheplerin ilk kaynaklarından itibaren yaygın bir şekilde kullanılmaktadır<sup>25</sup>. Bununla birlikte şirb hakkının, hakku'ş-şirb şeklinde kavramlaşması sadece Hanefi mezhebine mahsustur. En yaygın ve önemli irtifaklardan biri olmasına rağmen, diğer mezhep kaynaklarında bu hak hakku'ş-şirb şeklinde kavramlaşmamış, sadece "şirb" kelimesiyle ifade edilmiştir.

Hakku'ş-şirb kavramına ilk defa Kasani (v.587/1191)'de rastlanmaktadır<sup>26</sup>. Mezhebin daha önceki kaynaklarında göremediğimiz bu terim, Kasani sonrası ise yaygın bir kullanım kazanmış ve mezhebin son kaynaklarına kadar aynı şekilde nakledilmiştir<sup>27</sup>. Şirb hakkı bazen de hakku's-saky (حق السقي) şeklinde, arazi sulama hakkı kavramı ile de ifade edilmektedir<sup>28</sup>.

Şefe, hanefilere özgü bir kelimedir. "Şürb" ise bütün mezhepler tarafından kullanılır. Buna rağmen şürb hakkının, hakku'ş-şürb şeklinde kavramlaşması da yine sadece hanefilerde görülmektedir. Bu kavrama da yine ilk olarak Kasani' de

---

bkz. Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.57; Yusuf Musa el-Emval, s.172; Kurtoğlu, S., İslam Hukuku, s.121; Karaman, H., İslam Hukuku, III,125.

24 Remli, Nihayetü'l-muhtac, IV,390.

25 Şeybani, Kitabu'l-asl, III,277-B (Aşir Ef.89); Serahsi, Mebsut, XXIII,161; Sahnun, Müdevvene, VI,192,198; İbn Kudame el-Muğni, IV,336.

26 Kasani, Bedai, VI,188,190.

27 İbn Abidin, a.g.e., VI,442.

28 Kasani, a.y.; İbn Abidin, a.g.e., VI,438.



rastlarız.<sup>29</sup>.

## B- GEÇİT HAKKI<sup>30</sup> HAKKU'L-MURUR : (حق المرور)

Geçit hakkı bir şahsın, mülkiyeti başkasına ait arazinin belirli bir yerinden geçme hakkıdır. Böyle bir geçit hakkının kuruluşu genellikle bir akarın ana yol ile bağlantısını kurmak için aradaki arazi maliki ile yapılan hukuki bir işleme dayanır. Bu şekilde bir akar lehine kurulan geçit irtifakından o akara gelip giden herkes istifade eder.

Geçit hakkının kapsam ve mahiyetinin daha iyi anlaşılabilmesi açısından yolları üç gruba ayırabiliriz.

### a- Tarık-ı âmm (Umumi Yol) :

Devlet tarafından kamunun kullanımına tahsis edilen ve her ferdin yararlanmaya yetkili olduğü yollardır. Bu yollardaki geçme yetkisi ibaha nitelikli bir ruhsat olup teknik anlamda bir irtifak hakkı değildir<sup>31</sup>.

### b- Tarık-ı Has (Özel Yol) :

Belirli şahısların özel mülkiyetinde olan yoldur<sup>32</sup>. Buna göre özel yol üzerinde yolun rakabesinde hakkı olan maliklerin geçme yetkisi doğrudan mülkiyet hakkından kaynaklandığı için irtifak niteliğinde değildir. Fakat başka bir şahsın evine ya da akarına gelip gitmede bu yoldan geçmek için yolun malikleriyle yapılan akit sonucu kazandığı hak irtifak niteliğinde olur.

### c- Geçit (memerr) :

Aslında yol olmayan özel mülkiyet altındaki bir araziden diğer bir şahsın irtifak hakkına dayanarak geçtiği muayyen yerdir. Bu geçit sadece, irtifak hakkının

<sup>29</sup> Kasani, a.g.e., VI,192.

<sup>30</sup> Murur'un esas anlamı "geçiş" olmasına rağmen kaynaklardaki diğer kullanımlarını ve pozitif hukuktaki karşılığını da dikkate alarak bu şekilde "geçit" kelimesiyle tercüme ettik.

<sup>31</sup> Serahsi, Mebsut, XIV,97.

<sup>32</sup> Ali Haydar, Dürerü'l-hükkam, III,23.

lehine kurulduğu akar malikleri tarafından kullanır. Geçit irtifakının en yaygın şekli, bu şıktaki gibi özel mülkiyet altındaki bir arazideki belirli bir geçit üzerinde kurulmuş olanıdır.

Geçit hakkı klasik kaynaklarda farklı kavramlarla ifade edilmiş bir irtifak tipidir. İlk dönem Hanefi kaynaklarından Kitabu'l-asl ve Kuduri'nin Muhtasar'ında geçit hakkı "tarik" ya da "memerr"<sup>33</sup> kelimeleriyle ifade edilir. Bu mezhep kaynaklarında, Serahsi (v.483/1090) ye gelinceye kadar bir kavramlaşma görülmez. Bu hukukçu çok net ve tam bir irtifak tipi olarak işlediği geçit hakkını birden çok kavramla ifade eder. Bu konuda kullandığı kavramlardan ilki hakkü'l-memerr (حق الممر), (geçit hakkı)<sup>34</sup>, kişinin başkasının arazisi üzerindeki geçit hakkını ifade eder. Bu kavram umumi yollardan geçme hakkı için kullanılmayıp özellikle teknik bir irtifakı dile getirir. Haku't-tetarruk (حق التطرق), (geçme hakkı) ve haku'l-murur tabirleri de Serahsi tarafından sıkça kullanılan ve geçit irtifakını ifade eden kavramlardır.<sup>35</sup> Aynı mana ve kullanıma sahip olan bu iki kavram<sup>36</sup> ise haku'l-memerr'den farklı olarak, umumi yollar üzerindeki geçiş hakkı için de kullanılabilirdiğinden daha geniş bir kapsama sahiptir.

İlk olarak Serahsi'de görülen bu üç kavrama daha sonra yol edinme hakkı anlamına haku'l-istitrak (حق الاستطراق),(yol edinme hakkı)<sup>37</sup> kavramı da eklenmiş olmasına rağmen Kasani (v.587/1191) ve Merginani (v.593/1197) gibi müellifler bu kavramlardan özellikle haku'l-murur'u kullanmışlardır<sup>38</sup>. Bu hukukçulardan sonra diğer üç kavram da zaman zaman kullanılmasına rağmen geçit hakkının temel olarak bu kavram ile ifadesi yaygınlık kazanmıştır<sup>39</sup>. En son Mecelle de bu kavramı esas almakla birlikte<sup>40</sup>, bazen "hakk-ı tarik" ifadesini de kullanır<sup>41</sup>.

33 Şeybani, Kitabu'l-asl, II,156; Kuduri, el-Muhtasar, II,106.

34 Serahsi, a.g.e., XV,27,28.

35 Serahsi a.g.e.,XV,23,27,28,56-58,XXII,176.

36 Bkz.Baberti,el-İnaye,VI, 429; İbn Hümmam, a.g.e.,VI,429.

37 Semerkandi, Tuhfetü'l-fukaha, III,281; Kerabisi, el-Furuk, II,137.

38 Kasani, a.g.e., VI,49,258,VII,29.

39 Baberti, İnaye, VI,429; İbn Abidin, a.g.e., V,77-78, VI,445.

40 Mesela bkz. Mecelle Md. 1219,1220,1224-1227.

41 Mecelle Md.1165,1016.

Şafii mezhebi kaynaklarında, konuyla ilgili ilk kavramlaşma, bu hakkı hakku'l-istitrak şeklinde ifade eden Şirazi (v.476/1083) de görülmektedir.<sup>42</sup>Gazzali (505/1111) ise bunu Hanefilerdeki kullanımı gibi hakku'l-memerr kavramıyla ifade eder<sup>43</sup>. Rafii(623/1226) Şirazi ile aynı kavramı kullanır.Nevevi'de (v.676/1277) memerr kelimesini kullanılmakla birlikte açık bir kavrama rastlanmaz Daha sonraki dönemde Zerkeşi (794/1391) de bu irtifakı hakku'l-memer<sup>44</sup> kavramıyla ifade etmekle birlikte genel kullanımda hakku'l-istitrak tabiri daha yaygındır.Mezhebin son dönem eserlerinde ise nadir de olsa hakku'l-murur kavramı<sup>45</sup> görülebilir. Bununla birlikte mezhep kaynaklarında diğerlerine göre daha yaygın olan kavram,hakku'l-istitrak'tır.<sup>46</sup>

Hanbeli kaynaklar birçok konuda olduğu gibi, burada da Şafii mezhebi gibidir. Nitekim, İbn Kudame (v.620/1233)'de açıkca ortaya çıkan hakku'l-istitrak kavramı<sup>47</sup> ile birlikte daha sonraları hakku'l-murur kavramı kullanılmaya başlanmıştır<sup>48</sup>.

Maliki kaynaklarında ise, konu olarak işlenmekle birlikte geçit hakkı ile ilgili bir kavramlaşmaya rastlanmamaktadır.

### C- ÜST HAKKI ,HAKKU'L-KARAR : (حق القرار)

Türk pozitif hukukundaki üst(İNŞAAT:YAPı) hakkının karşılığı olan<sup>49</sup> karar hakkı<sup>50</sup>, hak sahibine başkasına ait bir akarın ilke olarak<sup>51</sup> üstünde inşaat yapma

42 Şirazi, Mühezzeb, I,343.

43 Gazzali, a.g.e. X,324.

44 Zerkeşi, Kavaid; Kalyubi, Haşiye, II,317.

45 Şebremellisi, Haşiye, IV,131.

46 Mesela bkz.Şirbini, Muğni'l-muhtac, II,184-186; Remli, Nihayetü'l-muhtac, IV,402.

47 İbn Kudame, el-muğni, V,50-51; İbn Raceb, Kavaid, s.203.

48 İbn Receb, a.g.e., 216.

49 Üst hakkı için bkz. Köprülü, B.-Kaneti, S., Sınırlı Aynı Haklar, s.116; Aral, Üst hakkı, s.6.

50 Karar kelime olarak, süreklilik, ikamet, yer ve toprak gibi anlamlara gelir. İbn Manzur, a.g.e.,V,84-86. Fıkıh kitaplarında özellikle yer ve yerin yüzeyi anlamında kullanılmaktadır.

veya ağaç dikme<sup>52</sup> ya da önceden mevcut bu tür şeyleri muhafaza etme yetkisi veren bir haktır. Karar hakkı dolayısıyla inşaat ve ağaçların mülkiyeti arazinin mülkiyetinden ayrılmakta ve arazi malikinden başka bir şahsın malı olmaktadır. Hak sahibine başkasının arazisi üzerinde kurulu böyle bir mala sahip olma yetkisi veren karar hakkı, hadim akar sahibine buna katlanma borcu yüklemektedir.

İslam hukukunda karar hakkı geniş kapsama sahip olup bir arazi üzerinde bina, imalat, ağaçlar ve bir evin muhtelif katları üzerinde kurulabilir. Türk medeni hukukunda ise üst hakkının konusu sadece bir arazi üzerindeki bina ve imalat gibi yapı niteliğindeki mallar olduğundan<sup>53</sup> iki hukuk sistemindeki üst hakkının kapsamı büyük ölçüde farklılık arzeder. Karar hakkı genel kullanımı açısından ayna bağlı bir hakkı temsil etmekle birlikte, teknik anlamda irtifak olarak değerlendiremeyeceğimiz türde bazı hakları da içerir. Karar hakkının bu geniş kapsamını incelediğimizde şu üç tür hakkı içine aldığını görürüz :

a- Başkasına ait bir arazi üzerinde diğer bir akar ile bağlantısı olmayan bina ve ağaçları bulundurma hakkı. Bu çeşit karar hakkında hak bir akar maliki vasfına bakılmaksızın herhangi bir şahsa ait olmaktadır. Dolayısıyla bu hak her ne kadar hadim bir akar üzerinde yararlanma yetkisi veriyorsa da hakim akar unsurundan yoksundur. Bir akara bağlılık unsurunu taşımayan bu tür karar hakkı bir irtifak özelliğinde olmayıp şahsa bağlı bir intifa hakkı niteliğindedir.

Klasik kaynaklarda bir şahsın, başkasının arazisi üzerinde bina ve ağaçların sahibi olabileceği açıkça ifade edilse de, gerçekte bunlar için karar hakkı kavramının kullanıldığına rastlamış değiliz. Bununla birlikte özellikle son dönem kaynaklarında ortaya çıkan bu muhtevada bir takım haklara "hakku'l-karar" denilebilmektedir. Hemen hepsi mevkuf arazi üzerinde kurulan bu haklar, bir irtifak niteliğinde olmadığından konumuz dışındadır<sup>54</sup>.

51 Kaynaklarımızda işlenen örneklerde hadim akarın toprağının altında yapı yapma yetkisi veren açık bir üst hakkı tipine rastlamasak da bu teorik olarak mümkündür.

52 İslam hukukunda ağaçlar da üst hakkının konusu olabilir. Ağaçlar araziye bağlılığı ve uzun süre varlığını koruyabilmesi açısından bir inşaat niteliğinde olan duvar gibi düşünülmüştür. Serahsi, Mebsut, XV,29-32; Nevevi, Ravza, V,200-215. Ebulula, Kat Mülkiyeti, s.10;

53 Köprülü, B., a.g.e., 118.

54 Bu konuda bkz. Zerka, Medhal, III,40-48; Akgündüz ,A., Vakıf Müessesesi, s.147.

Klasik kaynaklarda karar hakkının gerçek anlamı bu çeşidi içine almayıp, prensip olarak irtifak niteliğinde olan bundan sonraki iki hakkı içerir.

b- Başkasına ait mevcut bir yapı üzerinde yeni bir yapı tesisini içeren karar hakkı. Bu hak türünde arazi ve arazideki mevcut bina hadim akar, bunun üzerine inşa edilen yeni kat ise hakim akar olmaktadır. Prensip olarak ayna bağlı olarak kurulan bu hak türü, Hanefi hukukcular tarafından hakku't-tealli (حق التعلی) kavramı ile ifade edilir.<sup>55</sup>

Karar hakkının en önemli ve yaygın çeşidi olan tealli hakkında hak sahibinin yetkisi, kendi katını diğerlerinin katı üzerine inşa ve bu hali muhafaza etme şeklindedir. Hadim akar sahibi ise buna katlanma borcu altındadır. Dolayısıyla tealli hakkı bir evin farklı şahıslara ait olan katları arasındaki irtifak ilişkisini ifade etmektedir. Tealli hakkı bu şekilde karar hakkının bir çeşidi olmasına rağmen bazı muasır müellifler irtifak tiplerini sayarken, karar hakkı yerine bunu ön plana çıkarmışlardır<sup>56</sup>. Kanaatimizce bu pek isabetli bir tavır değildir Zira tealli hakkı sadece Hanefilere ait bir kavram olup diğer mezheplerce kullanılmamaktadır. Ayrıca tealli hakkının kapsamı dışında irtifak niteliğinde olan başka karar hakları da vardır. Temel irtifak tipi olarak tealli hakkı alındığında, bu irtifaklar dışarıda kalmaktadır.

Tealli hakkı ile ilgili bazı yazarların dikkatinden kaçan bir nokta da, bunun üst hakkı<sup>57</sup> ya da kat irtifakı<sup>58</sup> terimleriyle ifade edilmesidir. Oysa pozitif hukuktaki üst hakkının gerçek karşılığı karar hakkı olup, tealli hakkı özel bir üst hakkı nevi olmaktadır. Medeni hukuktaki kat irtifakı tabiri ise aslında bir irtifak hakkı değildir. Bu kavram müşterek mülkiyet altındaki bir araziye inşaat yapma ve kat mülkiyeti tesisi borcu bağlanmasını ifade eder<sup>59</sup>. Henüz yapılmamış bir inşaat ile alakalı olan bu kavramın tealli hakkı ile hiçbir ilgisi yoktur.

c- Karar hakkının irtifak niteliğinde olan diğer bir türü de, bir akarın diğer

55 Tealli hakkının karar hakkı içinde değerlendirildiğine dair bkz. Serahsi , a.g.e., XV, 26, 28; İbn Abidin, a.g.e. VI, 217.

56 Bu konuda bkz. Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.65; Y. Musa el-Emval, s.181. Karaman, H., İslam Hukuku, III, 134; Cin, H.- Akgündüz A., T. Hukuk Tarihi, II, 279.

57 Karaman, H., a.g.e., III, 134; Erdoğan, M., Ahkâmın Değişmesi, s.96, 116, 163.

58 Cin, H. - Akgündüz, A., a.g.e., II, 279.

59 Oğuzman, K., Eşya Hukuku, s.528-29.

üzerinde bazı çıkıntı ve uzantılara sahip bulunma yetkisidir. Buna göre, hakim konumdaki ev vb. bir yapının diğerinin arazisine uzanan balkon gibi çıkıntıları<sup>60</sup> ya da bir arazinin diğerindeki mecra tesisleri<sup>61</sup> tarzındaki uzantıları karar hakkının kapsamını teşkil edebilmektedir. Bu çıkıntı ve uzantılar hakim akara devamlı surette bağlı olduğundan bu hak ayna bağlı bir irtifak özeliğindedir. Zira bu nesnelere üzerindeki üst hakkının sahibi olma, bunların alakalı olduğu akara malik olma olgusuna bağlanmıştır<sup>62</sup>.

Kapsamı açısından bu şekilde üç gruba ayrılabilen karar hakkı kavramı daha çok iki ve üçüncü şıktaki türleri ifade için kullanılır. Biz de çalışmamızda bu iki türü ele alıp, irtifak kapsamına dahil olmayan ilk türe temas etmeyeceğiz.

Buraya kadar olan izahlardan anlaşıldığı gibi karar hakkının konusu, hadim akar üzerinde bir yapının bulundurulmasıdır. Bu yapı tealli hakkında olduğu şekilde hadim akara doğrudan bağlı ve bitişik olabileceği gibi, bir balkon çıkıntısı gibi, o akarın sadece hava sahasını işgal etmiş olabilir. O halde karar hakkında mühim olan, yapının hadim akara devamlı surette bağlı bulunması olmayıp, onun yer ya da hava sahasına girmesidir. Ayrıca karar hakkının konusu sadece binalar gibi gayri menküllerle sınırlı değildir. Mecra tesisleri gibi menkuller de bir karar hakkının konusu olabilmektedir.

Hanefi mezhebinde karar hakkının belli bir süreyle sınırlı kurulması ilke olarak mümkün olmadığı için bu hak bir yapının devamlı surette belirli bir mekanda bulunması mahiyetindedir. Hak sebebiyle malik olunan yapının, örnek olarak bir evin üst katının yıkılması halinde buradaki tealli hakkı, varlığı devam etmekte olduğundan akar özelliğinde görülmüştür. Bu hükmün özellikle şufa konusunda

60 Serahsi, Mabsut, XV,20,59.

61 Baberti, İnaye, VI,429; İbn Hümam, a.g.e., VI,428-430; İbn Abidin, Reddül-muhtar, V,81.

62 Pozitif hukukta taşkın inşaat denilen, bir akardaki inşaatın diğerinin yer ya da hava sahasına taşması durumu da bir üst hakkı niteliğine dönüşebilmektedir. bkz. Oğuzman, K, Eşya Hukuku, s.435. Kaynaklarımızda ağaç dallarının, eğilen duvarın ve evin çıkıntılarının komşu arazi sınırlarına tecavüzü hali de bazı işlemlerle karar hakkı niteliğinde bir irtifak halini alabilmektedir. Özellikle Maliki ve Hanbeliler bu tür çıkıntıların bir tazminat karşılığında irtifak haline dönüşmesine cevaz verirler. Bkz. Behuti, Keşşafu'l-kına, III,407; Serahsi, a.g.e., XV,20-21; Şirbini, a.g.e., II,192; Abbadi, el-Milkiyye, II,212.



pratik sonuçları vardır<sup>63</sup>.

Geniş muhtevası sebebiyle karar hakkı ile ilgili geliştirilen kavramlar diğer hiçbir irtifak türüyle mukayese edilemeyecek kadar çoktur. Özellikle Hanefi ve Şafii kaynaklarında mezhep içi bir takım kavramlar geliştirilse de mezheplerin ortak kullandığı temel kavramlar mevcut değildir.

İlk Hanefi kaynağı Kitabu'l-asl'da karar hakkının konu olarak varlığı anlaşılacakla birlikte<sup>64</sup> bu hak bir kavramla ifade edilmez. Bu konudaki ilk kavramlaşma irtifakların genelinde olduğu üzere Serahsi (v.483/1090)'de görülür. Serahsi umumi anlamdaki karar hakkını hakku'l-karar<sup>65</sup> kavramı ile, tealli hakkı dediğimiz çeşidi ise hakku kararı'l-ulv<sup>66</sup> (üst katın karar hakkı) kavramı ile ifade eder. Bu müellifte başka bir kavram görülmez. Serahsi'den hemen sonra gelen Semerkandi (ö.538/1144) hakku'l-karar kavramını kullanmakla birlikte yeni bir kavramı olarak hakku't-tealli'yi getirir<sup>67</sup>. İlk olarak bu hukukcunun eserlerinde görülen tealli hakkı kavramının, talebesi Kasani (v.587/1191) tarafından hiç kullanılmayıp yerine başka kavramların konulması ilginçtir. Bu müellif genel anlamda hakku'l-karar kavramını nadir de olsa kullanmakla birlikte<sup>68</sup>, tealli hakkını ifade için yeni bir kavram geliştirir : hakku'l-bina ala's-sufl, (alt kat üzerine yapı inşa sı hakkı= (حق البناء على السفلى) <sup>69</sup>. Kasani'den görülen bu kavramın Şafii mezhebinde sıkça kullanılan yaygın bir kavram olması dikkate değer bir durumdur. Genel anlamda hakku'l-karar kavramının Serahsi'den itibaren yaygınlık kazanması ve genel kullanımda temel alınmasına rağmen, hakku't-tealli kavramı bu döneme kadar yaygınlık kazanmamıştır. İşaret ettiğimiz bu üç müellif tarafından kendi özel kavramlarıyla ifade edilen bu hakkın belirli bir kavramla

63 Kasani, a.g.e., V,13.

64 Şeybani, a.g.e., II,152-B.

65 Serahsi, a.g.e., XV,20,24. Bazı pozitif hukuk araştırmacıları İslam hukukunda üst hakkını ifade eden bir kavram olmadığını iddia ederler. (Ünal Mehmet, Üst Hakkı s.19). Oysa bu kavram hicri 5.yy.dan beri mevcuttur.

66 Serahsi, a.g.e., XV,28.

67 Semerkandi, Tuhfe, III,51. Tealli hakkı kavramı ortaya çıkmadan önce bu hak, "üst katın karar hakkı" (حق قرار العلو) tabiriyle ifade edilmiştir. Bu kullanım aynı zamanda tealli hakkının karar hakkı içinde değerlendirildiğini göstermektedir.

68 Kasani, a.g.e., VI,257.

69 a.e., V,10,13. Kasani'nin bu kavramını kullanan başka bir Hanefi müellife rastlamak güçtür.



ifedesinin yaygınlık kazanması Merginani (v.593/1197) ile olmuştur. Merginani tealli hakkını, hakku't-tealli, kavramı ile ifade ederek<sup>70</sup> daha önceki, diğer kavramları kullanmamıştır. Bu dönemden sonra mezhep içinde karar hakkı ile ilgili iki kavram temel alınmıştır; biri genel anlamda bu hakkı ifade eden hakku'l-karar, diğeri de hakku'l-kararın özel bir çeşidi olan hakku't-tealli. Hanefi kaynaklarında son döneme kadar yaygın bir şekilde devam eden<sup>71</sup> bu iki kavramdan hakku'l-karar daha geniş kapsamlı ve genel bir hak türünün ifadesi olduğundan, zaman zaman sırf tealli hakkını ifade edecek şekilde kullanıldığında olmaktadır<sup>72</sup>. Mecelle'de ise karar hakkı, "hakkı-karar" şeklinde aynı kavramla ifade edilmiştir<sup>73</sup>. Hakk-ı tealli kavramı Mecelle'de, hakk-ı karar kavramı ile ifade edilmekle birlikte, Mecelle Tadil Komisyonu'nun ilave ettiği bir maddede açıkca ("hakk-ı tealli şeklinde) kullanılmıştır<sup>74</sup>.

Şafii kaynaklarında ilk kavramlaşma İmam Gazzali (v.505/1111) ve daha sonra Rafii (ö.623/1226) de görülür. Bu müellifler mevcut bir yapı üzerine inşaat yapma yetkisini hakku'l-bina (İnşaat hakkı=) حق البناء kavramı ile ifade etmişlerdir<sup>75</sup>

İlk önce Gazzali ve Rafii tarafından kullanılan hakku'l-bina tabiri Nevevi tarafından da yaygın bir şekilde kullanılmış<sup>76</sup> ve sonraki müelliflerce de temel alınan bir kavram haline gelmiştir<sup>77</sup>. Şafiilerin hakku'l-bina ya da hakku'l-bina ala's-süfl (alt kat üzerinde yapı hakkı) kavramlarıyla ifade ettiğini bu hak büyük oranda Hanefilerdeki tealli hakkının karşılığı olup, mevcut bir yapı üzerine başka bir yapı inşası anlamını taşımaktadır

Bu mezhepte karar hakkı içinde düşünebileceğimiz diğer bir kavram da hakku'l-heva<sup>78</sup> (hava hakkı: حق الهواء) dır. Hakku'l-bina mevcut bir yapının

70 Merginani, Hidaye, III,46.

71 İbn Hümam, VI,428-430; el-Fetava'l-Hindiyye, V,204; İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, V,78, V,443, VI,217.

72 İbn Abidin, a.g.e., V,444, VI,217.

73 Mecelle Md. 1192,1213.

74 Bu madde "Hakk-ı tealli'nin beyi caizdir" ifadeleriyle başlar. Bkz. Öztürk Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, s.100.

75 Nevevi, Ravza, IV,220.

76 Nevevi, a.g.e., IV,219-221.

77 Şirbini, Muğni'l-muhtac, II,188-191; Remli, Nihayetü'l-muhtac, IV,409; Kalyubi, Haşiye, II,315.

78 İslam hukukundaki bu hak Türk pozitif hukuk yazarlarınca da "hava hakkı" tabiriyle

üstünde inşaat yapabilmeyi ifade ettiği halde, hakku'l-heva kavramı , bir yapının balkon vb. çıkıntılarının başkasına ait bir akarın hava sınırları dahilinde bulunabilme yetkisini ifade eder. Burada esas yapı ile hadim konumdaki akarın hakku'l-bina'dakinin aksine herhengi bir fiziki bağlantısı yoktur.

Hakku'l-heva kavramın ilk olarak Gazzali'nin metinlerinde görmekteyiz. Rafei de aynı kavramı kullanmasına rağmen<sup>79</sup>, Nevevi'de bu kavrama rastlanmaz. Hakku'l-bina'nın aksine daha sınırlı bir hukuki durumu ifade eden bu kavramın kullanımı da aynı ölçüde sınırlı kalmıştır. Öyleki bu kavramı daha sonraki müelliflerden Zerkeşi(793/1391)'den başka kullanana rastlamadık.<sup>80</sup> Hanefi kaynaklarda ise Şafiilerin hakku'l-bina kavramı, hakku't-tealli ile karşılandığı halde, hakku'l-heva'yı ifade eden bir kavrama rastlanılmamaktadır. Bu mezhep kaynaklarında özel bir kavramlaşmaya gidilmemiş, bu tabir, karar hakkının geniş kapsamı içinde ele alınmıştır.<sup>81</sup>

Hanbeli ve Malikiler karar hakkının akit ile kuruluşunda diğer mezheplere nazaran daha serbest olmasına ve bu hakkın mefhum olarak varlığı kaynaklarda açıkça görülmesine rağmen<sup>82</sup>, konuyla ilgili zikredeğer bir kavramlaşmaya sahip değildir. Görebildiğimiz tek kavram hadim akardaki bir yapıya bağlı olmayacak şekilde çıkıntı vb. üzerinde kurulan karar hakkının Maliki mezhebinde Şafiilerdeki gibi hakkü'l-heva<sup>83</sup> (hava hakkı) şeklinde yaygınlık kazanmamış bir kavramla ifadesidir.

#### D- KİRİŞ KOYMA HAKKI, HAKKI VADI'L-CUZU (حق وضع الجذوع)

---

anılmaktadır. Bkz. Saymen, F - Elbir, s. 163, Tekinay, S.631-632.

79 Rafei, Fethu'l-aziz, X, 324-328.

80 Zerkeşi, el-Kavaid, III, 226.

81 Bkz. Serahsi, el-Mebcut, XV, 28, 59; Mec, Md. 1192, 1213.

82 Sahnun, Müdevvere IV, 218; Behuti, Keşşafu'l-kına, IV, 407; İbn Raceb, Kavaid, s.154; Derdir, Şerhu'l-kebir, III, 14.

83 Abbadi, el-Milkiye, II, 212 (Zehira, V, 249'dan naklen)

Kiriş koyma hakkı<sup>84</sup>, bir şahsa inşa ettiği yapısının kirişlerinin uçlarını diğerine ait duvar ya da direğe dayandırma yetkisi veren bir irtifaktır. Ciz' ya da haşeb kelimeleriyle ifade edilen giriş, kalın kereste, demir vb.den yapılmış yatay destek parçasıdır.<sup>85</sup> İnşaatlarda yeni katın döşemesi kolonlara yaslanan girişler üzerinde kurulduğundan bu hak, sahibine yapısının kirişlerinin uçlarını komşusuna ait duvar vb. uygun bir yapıya yaslayarak yeni bir kat atma yahut tavan inşa etme imkanı verir.

Kiriş koyma hakkının muasır yazarların pek çoğu tarafından irtifak tipleri içine dahil edilmemiş olması umumi bir eksikliklerdir.<sup>86</sup> Zira bu hak muhteva<sup>87</sup> ve nitelik olarak başlı başına bir irtifak hakkı tipi olup, özellikle Hanefi kaynaklarda yaygın bir şekilde işlenmiştir. Hanefi kaynaklarında bu hakkın hukuk ve merafık kavramlarıyla ifade edilen bir irtifak mahiyetinde olduğuna dair açık ifadelere de rastlanabilir.<sup>88</sup> Öyleki zaman zaman irtifaklarla ilgili genel kurulların izahında örnek irtifak tipi olarak bu hak gösterilmektedir.<sup>89</sup>

Kiriş koyma hakkı, Hz.Peygamber (s.a.v.)' in hadislerine konu olmuş bir irtifaktır. Bir şahsın komşusunun duvarına giriş koyma yetkisi olduğu, komşuların birbirlerine bu konuda engel olmaması gerektiği hadislerde ifade edilmiştir<sup>90</sup>. Mefhum olarak bu şekilde Hz.Peygamber (s.a.v.) dönemine dayanan giriş koyma

84 Bu irtifakın Türkçe olarak ilk ifadesi Mecelle'de, "kirişlerin uçlarını koyma hakkı" şeklinde geçmektedir. Biz Mecelle Şarihi Ali Haydar'ın ifadelirden de istifade ile bu hakkı, "kiriş koyma hakkı" kavramı ile karşıladık (Bkz. Mecelle Md.1012; Ali Haydar, Dürerü'l-hukkam, III,141,391,505).

85 Bkz. Muhammed Alauddin, VIII,53; Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, giriş maddesi.

86 Mesela bk. Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.53; Zerka, el-Medhal, III,37; Senhuri, Masadiru'l-hak, I,34,35; Yusuf Musa, el-Emval, s.172; Karaman,H.,İslam Hukuku, III,125-135; Cin H.- Akgündüz,A.,T.Hukuk Tarihi, II,277. Bu müellifler irtifak tiplerini takdim ederken bu hakka temas etmemişlerdir.

87 Bu hak muhteva olarak başkasına ait bir yapı üzerinde girişleri bulundurma yetkisi verdiği için karar hakkına benzemektedir. Fakat hakkın gerçek muhtevası karar hakkından farklı olduğu için mustakil bir irtifak tipidir.

88 Kasani, a.g.e.,VII, 29.

89 Kasani, a.g.e., VI,191; Merginani, Hidaye, IV,102.

90 Mezheplerin bu hadislere yaklaşımı ve giriş koyma irtifakının doğrudan kanundan dağışu tartışması için bkz. s.95.

irtifakı ile ilgili ilk kavramlaşmaya Hanefi hukukcusu Serahsi (v.483/1090) da rastlanır.Serahsi bu irtifakı hakkı vadi'l-cuzû şeklinde yaygın bir kavramla ifade eder<sup>91</sup>. Serahsi'nin Mabsut'undan sonraki kaynaklar başka bir kavramlaşmaya gitmeden, bu kavramı aynı şekilde ve yaygın olarak kullanmıştır<sup>92</sup>.

Şafii kaynaklarında, kiriş koyma (vadi'l-cuzû) ifadesi açıkça kullanılmasına rağmen<sup>93</sup>, hanefilerin kullandığı hakkı vadi'l-cuzû şeklinde doğrudan bu hakkı ifade eden bir kavrama rastlanmamaktadır.

Hanbelî mezhebinde de İbn Receb'in tek bir kullanımından başka<sup>94</sup>, kiriş koyma hakkı kavramını kullanan bir müellife rastlamadık. Maliki kaynakları da aynı şekilde ilgili her hangi bir kavrama yer vermemişlerdir.

#### E- MECRA HAKKI, HAKKU'L-MECRA VE HAKKÜ'L MESİL

(حق المجري و حق المسيل) :

Su akıtma hakkı anlamına gelen hakku'l-mecra ve hakku'l-mesil tabirleri klasik kaynaklarda bir tek irtifakı ifade eden iki farklı kavramdır. Buna göre mecra ya da mesil hakkı, bir akara gereken suyu almak, veya atık suları akıtmak için başkasının akarı üzerinde kurulu bir irtifak hakkıdır.

Mecra ve mesil kelimeleri ismi mekan anlamıyla su akacak yer demek olduğu gibi<sup>95</sup>, hakku'l-mecra ve hakku'l-mesil kavramı içinde mimli masdar anlamı ile, "su akıtma" manasını ifade eder. Bu iki kelime gerek sözlük gerekse terim anlamı itibariyle aynı manaya geldiği için Türk pozitif hukukundaki kullanımını da dikkate alarak<sup>96</sup> bu irtifaka mecra hakkı diyeceğiz.

Mecra hakkı, özellikle suyun<sup>97</sup> nakli için kurulur ve hakim akar sahibine

91 Serahsi, a.g.e., XV,15,20,31-32, XVII,89-93.

92 Kasani, Bedai, VI,257; Merginani, Hidaye, III,175; İbn Kadi Simavna, Caimu'l-fusuleyn, II,282-283; İbn Hümmam, a.g.e, VIII,288.

93 Nevevi, Ravza, IV,212,213,226; Ramli, Nihayetü'l-muhtaç, IV,405-7.

94 İbn Rceb, Kavaid, s.149.Bu müellif kiriş koyma hakkını, Hanefilere yakın bir şekilde (حق الوضع) kavramıyla ifade eder.

95 Ali Haydar, Dürerü'l-hükkam, III,499; Derdir, Şerhu'l-kebir, IV,16; Remli, Nihayetü'l-muhtac, IV,120; Serahsi, Mabsut, XXIII,171.

96 Özakman,C., Mecra İrtifakları, s.2,3.

97 Kaynaklarımız özellikle temiz ya da atık suların (kanalizasyon vb.)nakli için kurlan

irtifak hakkına dayanarak hadim akarın belirli bir yerinde tesis edilen mecradan taraflarca kararlaştırılan şekilde istifade imkanı verir. Bu istifade hadim akarın ötesindeki bir kaynaktaki şirb hakkı ile malik olunan suların, evin damı ya da arazi üzerinde biriken yağmur sularının, yine kullanılmış atık suların akıtılması vb. gibi farklı muhteva ve şekillerde olabilir.

Klasik kaynaklarda mecra ve mesil hakları aynı anlama gelmekte ve izah ettiğimiz tek bir irtifak tipini ifade etmektedir. Bu durum muasır döneme kadarki klasik eserlerde böyle olmasına rağmen, çağdaş yazarlar bu iki kavramı birbirinden ayırarak farklı iki irtifak nevi gibi takdim etmişlerdir<sup>98</sup>. Buna göre mecra hakkı, şirb hakkı ile malik olunan suyun akıtılarak nakledilmesi mahiyetinde olup, muhtevası sürekli temiz ve kullanılmaya müsait sulardır. Mesil hakkı ise, bunun tersine bir ev ya da arazinin atık sularını dışarıya akıtma mahiyetinde olup kullanılmaya elverişli olmayan suları kapsar.

Kanaatimizce muhteva olarak aynı mahiyette olan ve bir tek irtifakı ifade eden bu kavramları ayrı iki irtifak tipi olarak göstermek klasik kaynaklarımızdaki bilgilere terstir. Zira muasır yazarların aksine klasik kaynaklarda bu iki kavram aynı anlama gelecek şekilde ayırım yapılmadan kullanılmıştır. Bu sebeple, arazi sulamak için gereken suyu akıtma irtifakı hem mesil hem de mecra hakkı kavramlarıyla ifade edildiği gibi, kirli suyu akıtma hakkı için de yine her iki kavram kullanılabilmiştir.<sup>99</sup> Biz de en son fıkıh kitaplarına kadar devam eden bu tavrı esas alıp macra ve mesil hakkı kavramlarını aynı anlamda kullanmaktayız.

mecra irtifaklarını içermekte olmasına rağmen petrol vb. akıcı maddeler de mecra hakkının konusu olabilir.

98 Bu incelediğimiz pek çok muasır yazarda mevcut olan bir görüştür.. Mesela bkz. Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.62-64; el-Milkiyye, 149-151; A.Muslih, Kuyudu'l-Milkiyye, s.614; Yusuf Musa, el-Emval,s.172-178; Karaman ,H., İslam Hukuku,III, 128-130; Cin, H.- Akgündüz, A.,Türk HukukTarihi,II,278.

99 Fıkıh kitaplarında bu konuda açık ifadeler vardır. Örnek olarak Şafi hukukcu Rafii bu iki kelimenin (mecra ve mesil) birbirine çok yakın anlamda olduğunu ifade ederek mesil ve mecra hakkı kavramları arasında bir ayırım yapmaz.(Rafii, Fethu'l-aziz,X, 329.) Bu iki kavram diğer kaynaklarda da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Bkz. Kasani, Bedai, VI,192;İbn Nüceym, Resail, s.140,141; Behuti, Keşşafu'l-kına, III,412; Nevevi, Ravza, IV,220-222; Şirbini, Mugni'l-muhtac, II,191; İbn Receb, Kavaid, s.151; Ali Haydar, a.g.e., III,502. Bilmen, Ö.,N., Kamus,VII,57.

Mecra irtifakında, hakkın kullanılması, genellikle bir mecra yapımını gerektirir. Mecra, sulamada kullanılacak sular için hadim akarda su arkları açmak suretiyle ya da boru, oluk, cetvel veya künklerden oluşan bir tesisin yapımı ile kurulur. Mecra hakkı sahibi açısından bu tesislerin hadim akar üzerinde tesisi bir üst (karar) hakkına dayanır<sup>100</sup>. Bu açıdan mecra tesisini gerektiren bir mecra irtifakı, talî olarak bir karar hakkı da doğurmakta ve hak sahibine hadim akar üzerinde mecra inşası hakkını vermektedir.

Müspet muhtevalı bir irtifak olan mecra hakkında, hak sahibinin su akıtma ve gerekli tesisleri yapma yetkisine karşılık hadim akar sahibinin borcu mecranın geçirilmesine ve hak sahibinin mecrayı kontrol ve onarım için araziye girmesine katlanma şeklindedir.

Mecra hakkı İslam hukukunda temel irtifak tiplerinden biri olarak klasik kaynaklarda baştan beri mevcuttur. İlk dönem Hanefi eserlerinde mesil, mecra ve tesyîli'l-ma (su akıtma) kelimeleri ile ifade edilen bu hakkın<sup>101</sup> kavramlaşmasına ilk olarak Serahsi (v.483/1090) de rastlarız. Serahsi mecra hakkı için hakku tesyili'l-ma, (su akıtma hakkı= (حق تسييل الماء) .tabirini sıkca ve net bir kavram olarak kullanır<sup>102</sup>. Serahsi'den sonraki, Semerkandi (v.538/1144), Kasani (v.587/1191) ve Merginani (v.593/1197) gibi hukukcular da mecra hakkını aynı kavramla ifade ederler<sup>103</sup>. Bu müellifler açısından mecra hakkının tek ifadesi olan bu kavramla birlikte, ilk defa Kadıhan (592/1196) da gördüğümüz aynı anlamı taşıyan hakku icrai'l-ma (حق اجراء الماء) kavramı da mecra hakkını dile getiren diğer bir kavram olarak karşımıza çıkar<sup>104</sup>. Sonraki müellifler mecra hakkının ifadesi olarak aynı anlamlı bu iki kavramı kullanagelmiştir<sup>105</sup>. Bu iki kavramdan hakku tesyili'l-ma ilk defa İbn Abidin (v.1252/1836) de gördüğümüz şekilde

100 İbn Hümam, Fethü'l-kadir, VI,429.

101 Mesela bkz. Şeybanî, Kitabu'l-asl, III,277,288.

102 Serahsi, a.g.e., XXIII,174, XVII,94-96; Serahsi aynı anlamda (hakku seyli'l-mâ) kavramını da kullanır. Mabsut, XIV,138-139,170.

103 Semerkandi, Tuhfetü'l-fukaha, III,281; Kasani, a.g.e, VI,192,258-259; Merginani, Hidaye, III,46.

104 Kadıhan, Fetava, III,213.

105 İbn Nüceym, Rasail, s.140; İbn Hümam, a.g.e., VI,429-430; İbn Abidin, a.g.e., V,79,189.



kısaltılarak hakku'l-mesil şeklinde ifade edilmiştir<sup>106</sup>. Mecelle mecra hakkını çoğunlukla bu kavramla ifade etmekle birlikte bazen hakku icrai'l-ma anlamına hakk-ı mecra kavramını kullanır ki klasik kaynaklarda böyle bir ifadeye rastlanmamaktadır.

Şafii kaynaklarında ise ilk kavramlaşmaya Gazzali (505/1111)' de rastlamaktayız. Müellif bu hakkı ifade için hakku'l-mecra ve hakku'l-mesil kavramlarını kullanmaktadır.<sup>107</sup> Rafii (624/1226) de aynı kavramlarla birlikte hakku icrai'l-ma tabirine de rastlanmaktadır.<sup>108</sup> Nevevi (v.676/1277) ise bu irtifakı hakku'l-icra ve hakku'l-mesil kavramlarıyla ifade eder<sup>109</sup>. Bu iki kavram Hanefilerdeki gibi temel iki kavram olarak sonraki müelliflerce de aynı ölçüde kullanılmıştır<sup>110</sup>.

Hanbeli kaynaklarında mefhum olarak mevcut olan mecra hakkı ile ilgili rastladığımız tek kavram, İbn Raceb'in kullandığı hakku icrai'l-mâ tabiridir<sup>111</sup>. Maliki kaynaklarında ise, bu hakkı ifade eden bir kavrama rastlamadık.

#### F- KAR ATMA HAKKI, HAKKU İLKAİ'S-SELC

(حق القاء الثلج) :

Kar atma hakkı, ev türü bir yapının üzerindeki karları başkasının arazisine kütüyerek atma hakkıdır. Muhteva olarak mecra irtifakına benzeyen kar atma hakkı genelde bu hak ile birlikte zikredilmiştir.

Kar atma hakkında, hakim akar ilke olarak bir yapıdır. Hak sahibinin yetkisi, bu yapı üzerinde biriken karları komşu araziye atarak vereceği zarardan korunma olmaktadır.

Temel irtifak tipleri içinde pratik hayatta nisbeten daha az rastlanan bu hakka kaynaklarda da az yer ayrılmıştır. Hanefi kaynaklarda kar atma hakkı kavramını ilk defa Kasani (v.587/1191) de görmekteyiz<sup>112</sup>. Kasani'den sonraki metinlerde konu

<sup>106</sup> İbn Abidin, VI,443.

<sup>107</sup> Gazzali, el-Veciz, X, 324,328.

<sup>108</sup> Rafii, a.g.e., X, 323,328,329.

<sup>109</sup> Nevevi, Ravza, IV,222.

<sup>110</sup> Şirbini, a.g.e, II,191,298; Remli, a.g.e., IV,119.

<sup>111</sup> İbn Raceb, a.g.e., s.151.



olarak işlense de, kavram olarak pek fazla yer almayan bu tabir İbn Abidin (v.1252/1836) tarafından da kullanılmıştır.<sup>113</sup>.

Şafii kaynakları ilkau's-salc tabirini kullanarak bu irtifakı konu olarak<sup>114</sup> ele almakla birlikte Hanbeli ve Maliki mezheplerindeki gibi bu konuda bir kavramlaşmaya sahip değildir<sup>115</sup>.

## G- KOMŞULUK HAKKI, HAKKU'L-CİVAR (حق الجوار) KAVRAMI VE İRTİFAK HAKLARI İLE İLGİSİ :

Eşya hukuk ile ilgilenmiş muasır müelliflerin genel kanaati İslam hukukunda hakku'l-civar kavramı ile ifade edilen bir irtifak türünün daha mevcut olduğu yönündedir<sup>116</sup>. Klasik kaynaklarımızda rastlanmayıp, muasır yazarlara ait olan bu tabir bir şahsın mülkü üzerindeki tasarruflarının komşusuna zarar vermeyecek şekilde kısıtlanmasını ifade etmektedir. Buna göre birbirine komşu iki akardan herbirinin diğeri üzerinde, maliklerin akarı kullanımı esnasında birbirlerine zarar verecek taşkınlıklardan kaçınmasını öngören ve doğrudan kanundan doğan bir irtifak hakkı mevcuttur.

Muasır bazı yazarlarca bu şekilde irtifak olarak değerlendirilen komşuluk hakkı (hakku'l-civar), gerçekte bir irtifak olmayıp, mülkiyet hakkına komşuluk münasebetleri sebebiyle kanun tarafından getirilen bir sınırlama mahiyetindedir. Bu yazarların komşuluk hakkını bir irtifak tipi olarak görmeleri temelde bu hakkın

<sup>112</sup> Kasani, a.g.e., V,165. Kasani bu hakkın irtifakların genel ifadesi olan hukuk ve merafik grubuna dahil olduğunu ifade etmektedir. Bu hak diğeri bir çok kaynakta kavramlaşmamış olsa da konu olarak irtifak hakkı niteliğinde işlenmiştir. Örnek olarak bkz. Kadıhan, el-Fetava, III,213; Nevevi, Ravza, IV, 222.

<sup>113</sup> İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, V,189.

<sup>114</sup> Nevevi, Ravza, IV,222; Ramli, Nihayeti'l-muhtac, II,191.

<sup>115</sup> Klasik kaynaklarda bir irtifak olarak işlenen bu hakkın bir irtifak olduğuna bizden önce işaret eden muasır bir yazara rastlamadık.

<sup>116</sup> Bkz. Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat, s.56,69; Zerka, el-Medhal, III,37; Yusuf Musa, el-Emval, s.181; Senhuri, Masaduru'l-hak, I,65; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, III,132. Ali Hafif hakku'l-civar ile irtifaklar arasındaki hukuki nitelik farkına dikkat çekse de bu kavramı irtifaklardan net bir şekilde ayırma yoluna daha sonraki bir eserinde gitmiştir. Bkz.,el-Milkiyye,s.123 vd.

muhtevasının diğ er irtifaklar gibi mülkiyet hakkı sınırlaması oluşundan kaynaklanmaktadır<sup>117</sup>. Zira komşuluk ilişkisinde her akar maliki mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin bazılarında komşu akar adına vazgeçmekte ve dolayısıyla bu akarlar arasında bir irtifak ilişkisi doğmaktadır.

O halde öncelikle bu tür mülkiyet sınırlamalarının mahiyeti ve hukuki niteliğinin tespiti gerekmektedir. Böylelikle bu sınırlamaların kaynaklarda muasır hukukcuların iddia etiğ i gibi hakku'l-civar kavramı ile ifade etmeğ e müsait bir irtifak hakkı niteliğ inde olup olmadığ ı ortaya çıkacaktır.

İslam hukukcularının komşuluk münasebetleri sebebiyle mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusundaki görüşlerini, hakku'l-civarın hukuki niteliğ i konusunu ortaya çıkarmaya yetecek ölçüde şöyle özetleyebiliriz. İslam hukukcuları bu konuda iki farklı prensibe sahiptir. Bunlardan birincisi, Şafii ve özellikle ilk dönem Hanefi hukuk bilginlerine aittir. Bu görüş e göre, mülkiyet hakkı doğrudan komşuluk sebebiyle kısıtlanamaz ve herkes, akarını başkasının hakkı taalluk etmediğ i sürece dilediğ i gibi kullanabilir<sup>118</sup>. Komşusunun bu kullanımdan zarar görmesinin hukuki açıdan bir önemi yoktur. Zira komşular birbirlerinin akarı üzerinde sırf komşuluktan kaynaklanan hiç bir hakka sahip değ ildir<sup>119</sup>. Mülkiyet kısıtlanmasına ise ancak mevcut bir hak sebebiyle gidilebilir. Görüldüğü gibi bu görüş sahipleri hukuki anlamda "komşuluk hakkı" diye bir mefhum tanımadıklarından mülkiyet hakkını komşuluk ilişkileri sebebiyle sınırlama yoluna gitmezler. Fakat eğer iki akar arasında başka bir hak ilişkisi varsa bu durumda mülkiyet sınırlamasına gidilebilir.

<sup>117</sup> Ali Hafif, a.g.e., s.56.

<sup>118</sup> Şeybani, Kitabu'l-asl, II,152-153; Serahsi, el-Mebsut, XV,21, XVIII,91; Kasaani, Bedai, VI,264-265,VII,28,29; Nevevi, Ravza, V,284-5; Şirbini, Mugni'l-muhtac, II,364.

<sup>119</sup> Serahsi, a.g.e., XV-21; Kasani, a.g.e., VI,264, IX,319; İbn Kadı Simavne, Camiu'l-fusuleyn, II,286; İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, V,447-8. Bu konuda Camiu'l-fusuleyn'in ifadesi çok nettir: "و لا حق لاحدهما في ملك الآخر" (Yanyana komşulukta) komşuların birbiri üzerinde hiçbir hakkı yoktur." II,286. Burada kastedilen hak, ibaha hukuk ve milk seviyelerine ayrılarak belirttiğ imiz,bir eşya üzerinde kurulan yetkililerdir. Bunların dışında yanyana komşulukta söz konusu olan şufa hakkı bu tür bir yetki olmadığından bu hüküm şufa'yı kapsamamaktadır.Şufa hakkı ile eşya üzerinde kurulu yetkilerin birbirinden ayrıldığına dair bkz. Kasani, a.g.e., V, 16

Bu tür hak ilişkisi altlı üstlü komşulukta geçerlidir. Yanyana komşulukta akarların birbiri üzerinde hiç bir hakkı olmadığı halde, alt ve üst katın birbiri üzerinde mevcut olan bazı hakları, mülkiyet sınırlamasına gidilmesini gerektirir. Buna göre üst katın alt kat üzerinde bir irtifak olan tealli hakkı, alt katın üst kat üzerinde ise güneş ve yağmur vb.den korunma hakkı vardır<sup>120</sup>. Bu karşılıklı hak ilişkisi komşuluk sebebiyle doğmayıp, akarlar arasında mevcut üst hakkı irtifakına dayanmaktadır.

Bu konudaki ikinci prensip Maliki, Hanbeli ve Burhanu's-şeria el-Buhari (v.616/1219) den sonraki Hanefilerin geneline ait olup, mülkiyet hakkının doğrudan komşuluk sebebiyle kısıtlanabileceği yönündedir<sup>121</sup>. Buna göre akar maliklerinin komşularına açıkca zarar (zarar-ı fahiş) verecek tasarrufları kanun tarafından engellenir. Bu görüş sahipleri de, öncekiler gibi yanyana komşulukta akar maliklerinin birbiri üzerinde herhangi bir hakkı olmadığını kabul etmekle birlikte, maliklerin zarar-ı fahiş verecek tasarruflarının engellenmesinin daha adilane

<sup>120</sup> Güneş ve yağmurdan korunma, ya da çatı hakkı (haku defi'l-matar ve'ş-şems, haku's-sakf (حق السقف) Hanefilere ait bir kavramdır. Bu kavram alt ve üst kat arasındaki komşuluk ilişkilerinde mülkiyet sınırlamasına gidilmesinin katların birbiri üzerindeki haklarına dayandığı ilkesinden hareketle geliştirilmiştir. Zira üst katın alt kat üzerinde, mezhebin erken dönemlerinde kavram haline geldiği şekliyle karar hakkı vardır. Alt katın ise üst kat üzerinde prensip olarak bir hakkı olduğu baştan beri kabul edilmekle birlikte (Bkz. Kasani, a.g.e., VI,265.) bu hakkın kavram olarak ifadesine ilk olarak Camiu'l-Fusuleyn'de rastlamaktayız. Bu eserde güneş ve yağmurdan korunma hakkı olarak geçen kavram (İbn Kadi Simavne, a.g.e.,II,286; İbn Abidin, a.g.e., V,444) çatı hakkı, (haku's-sakf) şeklinde de ifade edilebilmektedir. (Mecelle, Md.1192; Ali Haydar, Dürerü'l-hukam, III,457). Bu kavram, karar hakkı sahibi üst kat malikinin hadim akar olan alt kat malikine karşı, bu karar irtifakından doğan ek bir borcu ifade eder. Buna göre üst kat maliki, katını yıkmamalı, yıkıldığında yapmalı ve böylelikle alt katın çatısını yağmur, güneş vb. zarara yol açması muhtemel şeylerden korumalıdır. İşte alt ve üst kat arasındaki komşuluk ilişkisinde, yanyana komşuluktan farklı olarak bir mülkiyet sınırlamasına gidilmesi tarafların birbiri üzerindeki bu karar ve çatı haklarından kaynaklanmaktadır. Yanyana komşulukta ise, bu tür bir hak ilişkisi yoktur. Özellikle Hanefi kaynaklar bu noktadan hareketle bu iki tür komşuluk ilişkisini birbirinden çok net bir şekilde ayırarak ele almışlardır. Bkz. Camiu'l-fusuleyn, II,286; Reddü'l-muhtar, V,447. Muasır eserlerde ise bu ayırma dikkat edilmeyişi yaygın bir hatadır. Bu eserler için bkz.115. nolu dipnot.

<sup>121</sup> İbn Kudame, Muğni, V,52; Behuti, Keşşafu'l-kına, III,408-9; Sahnun, Müdevvere, VI,197; İbn Rüşd, el-Beyan, X,251-252; Derdir, eş-Şerhu'l-Kebir, III,369.

olduğu görüşünü tercih ederler<sup>122</sup>.

İslam hukukcularının konuya yaklaşımını özetlediğimiz bu ifadelerden çıkan sonuç, komşuluk sebebiyle, "komşuluk hakkı" demeye uygun herhangi bir hak doğmadığı ve bu kavramın kaynaklarda yerinin olmadığıdır. Bu sebeple doğrudan komşuluk sebebiyle doğan mülkiyet sınırlarını "komşuluk hakkı" kavramıyla bir irtifak olarak takdim etmek hatalı bir düşüncedir. Bu tip sınırlamalar kaynaklarda bir hak olarak değerlendirilmez. Bununla birlikte kaynaklarımızda zaman zaman hakku'l-car kavramı kullanılmıyor değildir. Ancak bu kavram hiç bir zaman, muasır yazarların kastettiği komşuluk hakkını ifade etmez. Kaynaklarda nadir de olsa geçen bu kavram üç farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi, hakku'l-car ya da haku'l-civarın hukuki bir anlamdan çok uhrevi mana taşımasıdır. Buna göre hakku'l-car kavramı hukuki bir bağlayıcılığı olmamakla birlikte, komşuların birbirine iyi davranması, birbirlerini rahatsız etmemesi gibi sadece uhrevi sonuçları olan bazı hükümleri kapsamaktadır<sup>123</sup>. Bu kavramın ikinci kullanımı ise, bir komşunun diğeri üzerinde, komşuluğun dışında başka bir sebepten doğan hakları ifade etmesidir. Mesela üst katın alt kat üzerindeki karar hakkı için hakku'l-car kavramı kullanılabilir<sup>124</sup>. Bu kavramın diğeri bir kullanımı da özellikle Hanbeli mezhebine ait olup, komşuluk ilişkisi sebebiyle kanundan doğan, giriş koyma hakkı gibi irtifak muhtevalı hakları ifade etmektedir<sup>125</sup>.

Hakku'l-car kavramının fıkıh kitaplarındaki kullanımını inceledikten sonra ulaştığımız sonuç kaynaklarda, muasır yazarların bu haktan kastettiği anlamda, komşuluk sebebiyle kanundan doğan mülkiyet sınırlamalarının bir irtifak niteliğinde görülmediğidir. Bu sebeple maliklerin birbirine zarar verecek davranışlarının engellenmesi anlamı taşıyan komşuluk hakkı kavramını, Türk medeni hukukundaki

122 Hanefilerde Zahiru'r-rivaye ve VII. asra kadar geçerli olan görüş önceki olmakla birlikte özellikle el-Buhari (v.616/1219) ile birlikte zarar-ı fahiş teorisi ortaya atılarak istihsani bir hükme varılmıştır. Bkz. İbn Kadı Simavne, a.g.e., II,267 (Buhari'nin Zehîra'sından naklen); İbn Hümam, a.g.e., VII,326; İbn Abidin, a.g.e., IV,448.

123 Haraşi, Haşiye, IV,278.

124 İbn Abidin, a.g.e., V,447; İbn Kudame, a.g.e., V,46.

125 İbn Receb, el-Kavaid, s.150. Bu tip hakların hukuki niteliği için, irtifakların kanundan doğuşu tartışmasına bakınız. s.92.

gibi<sup>126</sup> bir hak olarak değil de, mülkiyet hakkının kanuni daraltımları içinde değerlendirilmek daha tutarlı olacaktır.

### III- DİĞER İRTİFAK TIPLERİ :

Klasik fıkıh kitaplarında kavramlaşarak belirli ölçüde yaygınlık kazanmış altı temel irtifak tipinin dışında konu olarak işlendiği halde, belirli bir kavramla ifade edilmeyen bir takım irtifaklar daha vardır. Müspet muhtevalı bu altı hakkın dışında, başka irtifakların da mevcut oluşu İslam hukukunda irtifakların belirli tiplerle sınırlı olmadığına da açık bir delili olmaktadır. Bu irtifak tipleri kaynaklarda net bir kavram ile ifade edilmese de, biz ifade kolaylığı açısından modern hukuk sistemlerinden de yararlanarak bunları kendi kavramlarımızla takdim edeceğiz. Buna göre diğer irtifaklar, şu tiplerden oluşmaktadır.

#### A- Manzara (Yapı Yapmama) İrtifakı :

Bir akarın manzarasının kapanmaması ışık ve havadan daha iyi istifade edebilmesi için diğer akarın belirli bir yerinde yapı yapılmamasını öngören bir irtifak hakkıdır<sup>127</sup>. Menfi muhtevalı bir hak olan manzara irtifakı hakim akara fiili bir yararlanma yetkisi vermeyip, hadim akar malikinin bazı tasarruflarının kısıtlanması anlamı taşımaktadır. Bu irtifakın bir benzeri de, bir akar üzerine belirli bir yükseklikten fazla bina yapmama irtifakıdır. Bu iki irtifak tipi sadece Maliki mezhebinin bazı kaynaklarında görülmektedir<sup>128</sup>.

Yapı yapmama irtifakı özellikle, akar malikleri arasındaki satım ya da kısımet akdi esnasında şart koşulması ile kurulur<sup>129</sup>. Bu tür menfi muhtevalı irtifakların akitle doğrudan kurulabileceğine dair kaynaklarda herhangi bir hükme rastlamış değiliz.

<sup>126</sup> Bkz. Oğuzman, Eşya Hukuku, s.475.

<sup>127</sup> Modern hukuklardaki manzara irtifakı için bkz. Köprülü, Sınırlı Ayni Haklar, s.48,64; Senhuri, el-Vasit, IX,1316.

<sup>128</sup> el-Mevsua, IV,275 (Kenani, el-İkdu'l-munazzam, II,127'den naklen).

<sup>129</sup> Abbadi, el-Milkiyye, I,204.

## **B- Çöp Dökme İrtifakı<sup>130</sup> :**

Bir akar malikine çöplerini diğer akar üzerine dökme yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Mefhum olarak sadece Şafii mezhebi kaynaklarında rastladığımız çöp atma irtifakı doğrudan akitle, belirli bir süreyle sınırlı ya da süresiz bir şekilde kurulabilmektedir<sup>131</sup>.

## **C- Defi Hacet İrtifakı :**

Bir akar malikine diğer akardaki belirli bir yerde defi hacette bulunma hakkı veren bir irtifaktır. Şafii kaynaklarda çöp atma irtifakıyla birlikte mefhum olarak zikredilen bu irtifak süre sınırı olmadan, irtifak kurucu bir sözleşmeyle kazanılabilir<sup>132</sup>.

## **D- Sütne Koyma İrtifakı :**

Bir evin belirli yerlerinin komşu evden görülmesini engellemek için evlerin arasına engel koyma muhtevalı bir irtifak hakkıdır. Hak sahibi bu yetkisini, genellikle evlerin arasında bulunan duvara, görüntüyü kesecek bir sütne koymakla kullanır.

Özellikle Hanbeli kaynaklarda net bir irtifak nevi olarak geçen bu hak, akit yoluyla kurulabilmektedir<sup>133</sup>. Hanefi kaynaklarda da temas edilen<sup>134</sup> bu irtifaka bazı modern hukuklarda da rastlamak mümkündür<sup>135</sup>.

Sütne koyma irtifakı hakim akar malikine her ne kadar fiili bir yetki veriyorsa da aslında menfi muhtevalı bir irtifaktır. Zira bu hakkın muhtevalı gerçekte hadim

<sup>130</sup> Modern hukuklarda da aynı irtifak mevcuttur. Bkz. Senhuri, a.g.e., IX,1316.

<sup>131</sup> Nevevi, Ravza, IV,222-223; Şirbini, Muğni'l-muhtac, II,191.

<sup>132</sup> Şirbini, a.g.e., II,191.

<sup>133</sup> Behuti, a.g.e., III,410-411.

<sup>134</sup> Kasani, a.g.e., IV,181.

<sup>135</sup> Senhuri, el-Vasit, IX,1316.



akar malikinin hakim konumdaki eve bakmaması şeklindedir. Sütire yapımı ise bu gayeyi gerçekleştirmek için bir araç niteliğindedir.

#### **E- Pencere Açmama İrtifakı :**

Bir akar malikinin, komşu evin muayyen yerlerini görecektir şekilde pencere açmasını engelleyen bir irtifak hakkıdır. Muhteva olarak, hadim akar malikinin normalde sahip olduğu bir yetkinin sınırlanmasını öngördüğü için menfi bir irtifaktır. Hanefi kaynaklarda temas edilen bu irtifak, bu mezhepte benimsenen yegane menfi muhtevalı irtifaktır.

Bu mezhepte özellikle menfi muhtevalı irtifakların akit ile kurulması mümkün olmadığı için böyle bir irtifak hakkının iktisabının tek yolu akit esnasında şart koşmadır<sup>136</sup>.

Böylece, kaynaklarımızda kavram halinde ifade edilen temel irtifaklarla, konu olarak ele alındığı halde kavramlaşmamış olan irtifak tiplerini sunmuş oluyoruz. Ancak bu bölümde takdim ettiğimiz irtifaklar, İslam hukukunda kurulabilecek bütün tiplerin bunlardan ibaret olduğunu göstermez. Zira irtifak haklarının hiç bir mezhepte belirli tiplerle sınırlanmayışı zamanın ihtiyaçları ve örfe paralel olarak yeni tiplerin ortaya çıkışına uygun bir ortam hazırlamaktadır. Öyle ki buraya kadar sunduğumuz irtifakların dışında, hayvan otlatma<sup>137</sup>, hayvan bağlama<sup>138</sup>, odun toplama<sup>139</sup> ve balık avlama hakkı<sup>140</sup> gibi kaynaklarımızda teknik anlamda bir irtifak haline dönüşmediği halde, muhteva olarak irtifak hakkına benzeyen, bir takım durumlar daha mevcuttur.

136 Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkam*, III,427.

137 Kasani, a.g.e., VI,193.

138 Serahsi, a.g.e., XIV,137.

139 Kasani, a.g.e., VI,193.

140 Sahnun, *Müdevene*, VI,195.



**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**İRTİFAK HAKKININ İKTİSAP**  
**VE**  
**SONA ERİŞ SEBEPLERİ**

## I- İRTİFAK HAKKININ İKTİSAP SEBEPLERİ :

Bu kısımda ele alacağımız irtifak hakkının iktisap sebepleri, İslam hukukundaki irtifak hakkı anlayışını yansıtmaya açısından önem taşımaktadır . Konunun önemi, temelde fıkhîta akdî irtifak mefhumunun varlığını ortaya koyması sebebiyledir. Zira bazı araştırmacılar İslam hukukunda irtifakların sadece kanundan doğabileceğini, binaenaleyh modern hukuktaki anlamı ile akdî irtifakların sözkonusu olmadığını iddia etmektedirler. Bu iddia biraz daha ileriye götürülerek, fıkhîtaki irtifak diye nitelenen hakların aslında sadece mülkiyetin kanuni takyitlerinden ibaret olduğu, dolayısıyla irtifak hakkı olmadığı öne sürülmüştür. Bu araştırmacılar fıkhîtaki irtifakları, örf sebebiyle doğmuş ve akar sahiplerinin izin ve musamahasına dayanan basit birer işlemin sonucu saymaktadırlar<sup>1</sup>. Asıl itibarı ile pek yaygın olmayan bu iddia, bir takım muasır fıkıhçıların irtifak kurucu sebepler arasında akde hiç yer vermemelerini<sup>2</sup> de dikkate aldığımızda güç kazanır gibi görünmektedir. Oysa Hanefiler hariçte tutulursa İslam hukukunda tıpkı modern hukuktaki gibi irtifaklar esas itibarla bir akitle doğarlar ve aynî nitelikli bir haklardır.

Burada ele alacağımız diğer konular, doğrudan kanundan doğan irtifak benzeri birtakım hak ve ilişkilere İslam hukukunun bakışını yansıtmak, ayrıca muasır müelliflerce irtifak doğurucu birer sebep olarak görülen izin, umumi ortaklık vb. ilişkilerin gerçek niteliğini tespit etmek olacaktır.

- 1 Bkz. Kurtoğlu, Serda, İslam Hukuku, s.118. Yazar muhtemelen batılı araştırmacılarından yaptığı bu nakilde açık bir tercih yapmadan, bu fikirleri olduğu gibi aktarmaktadır. Bu görüş kanaatimizce, hanefi mezhebi kaynaklarında irtifakların prensip olarak akitle kurulamayışına dair bilgilerden hareket edilmesi ve diğer mezheplerin irtifakların akitle kuruluşunu ifade eden hükümlerine ulaşlamayıştından kaynaklanmaktadır. .
- 2 Mesela Ebu Zehra irtifakların şu üç sebeple kazanıldığını belirtir: a) İzin, b) Kamu Emlaki Üzerinde Umumi Ortaklık, c) Kazandırıcı Zaman Aşımı. el-Milkiyye, s.94. Görüldüğü üzere müellif akit unsurunu dışarda bıraktığı gibi teknik anlamda bir irtifak sebebi olmayan izin ve ortaklığı irtifak kurucu bir sebep görmektedir. Daha sonraki bazı yazarlar da aynı hatayı tekrarlamışlardır. Mesela bkz. Zeydan, A., el-Medhal, s.201; V.Zuhayli, el-Fıkhü'l-İslami, IV,68.

İrtifak hakkının iktisab sebeplerinden kastımız, önceden mevcut olmayan bir hakkın bir akit ile (tesisen) ya da kazandırıcı zaman aşımı sonucu (aslen) kazanılmasıdır.<sup>3</sup> Diğer bir tarz ise intikalen (devren) kazanmadır. Bu, hakim akara hukuki işlem ya da miras sonucu malik olmakla akar lehine kurulu irtifakların da kazanılması yoludur. İrtifakın bu şekilde devren kazanılmasında yeni bir irtifak hakkı tesis edilmeyip, önceden mevcut bir hak, bağlı olduğu akar ile birlikte el değiştirmektedir<sup>4</sup>. O halde hakim akarın kazanılmasını gerektiren sebepler buna bağlı irtifakların da devren kazanılması sonucunu doğurur. Bu konu aslında irtifakların akara tabi oluşu ile ilgili olup, yeri burası değildir.

Devren iktisap bir tarafa bırakılırsa irtifak hakkı temelde akit ve kazandırıcı zaman aşımı ile kurulmaktadır. Akit esnasında şart koşma ya da tarafların zımni muvafakatı ile kurulması da ayrı başlıklarda incelenmesine rağmen temelde bir akte dayanmaktadır. İrtifak hakkı esas itibarıyla akdî bir ilişki olduğundan önce akit ile kuruluşunu ele almak gerekmektedir.

#### A- AKİT :

İslam hukukunda, incelediğimiz diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi irtifak hakkı doğuran temel sebep akitlerdir. İki akar maliki<sup>5</sup>, sözleşme yapmak yoluyla bir akar üzerinde diğeri lehine önceden mevcut olmayan bir irtifak hakkı tesis edebilirler . Bu hüküm malların dışında kalan menfaatlerin de bağlı oldukları ayndan müstakil olarak akde konu olmasının mümkün görülmesinden kaynaklanmaktadır.

İslam hukukçularının çoğunluğu irtifak haklarının bu şekilde akitlerle kuruluşunu kabul etmiş ve bu akitleri genişçe işlemişlerdir. Şafii, Hanbeli ve Malikilerin oluşturduğu bu genel kanaatin aksine Hanefiler prensipte irtifakların bu şekilde bir akitle kurulmasını kabul etmezler. Biz konuyu, işleme kolaylığı

<sup>3</sup> Akit ve kıdem yoluyla kazanmayı devren iktisaptan ayırmak için bu iki tarza birden iptidaen (doğrudan) iktisap denilir. Senhuri, el-Vasit, IX, 1301; Masadır, I,64.

<sup>4</sup> Zerkeşi, el-Kavaid, II,229.

<sup>5</sup> Tealli (bina) hakkı hariç diğer irtifak tiplerinde akit iki akar maliki arasında gerçekleşir. Tealli hakkında ise hak sahibi sözleşme sonrası elde ettiği bu hak sebebiyle akar maliki sıfatını kazanır.

açısından önce cumhur sonra Hanefiler olmak üzere bu iki tavrı ayrı ayrı ele alacağız.

### 1- İrtifak Kurucu Akitler Konusunda Cumhurun Tavrı :

Şafii, Maliki ve Hanbelilere göre,iki akar maliki yaptıkları sözleşme sonucu önceden mevcut olmayan geçit hakkı<sup>6</sup>, tealli hakkı<sup>7</sup> mecra hakkı<sup>8</sup>, kar atma hakkı<sup>9</sup>, giriş koyma hakkı<sup>10</sup> gibi irtifakları tesis edebilirler.<sup>11</sup>Özellikle Şafii mezhebinde irtifaklar hukuki işlemlere konu olma açısından ayn (maddi mal) gibi değerlendirilmektedir.Zira bunlar doğrudan bir ayna bağlı oldukları gibi sürekli (ebedi) bir varlığa sahip olabilmektedirler.Bu düşünüş irtifak haklarının akitle kuruluşunu kolaylaştırmaktadır.<sup>12</sup> Akitle kurulması tartışma konusu olan tek irtifak şirb hakkıdır. İrtifak kurucu sözleşmelere özel bir önem veren Şafiiler şirb hakkının satım sözleşmesiyle kurulmasını kabul etmezler. Bununla birlikte mezhep prensiplerine aykırı da olsa zarureten kira ile kurulmasına cevaz verirler<sup>13</sup>. Hanbeli

6 H.Şirbini, Mağni'l-muhtaç, II,186; Zerkeşi, el-Mensur fi'l-Kavaid, III,229; Kalyubi, Haşiye, II,237; İbn Raceb el-Kavad, 213; Behuti Keşşafü'l-Kına, III,403; Derdir, eş-Şerhu'l-Kebir, IV,16; Sahnun, Müdevvene, V,463.

7 H.Şirbini, Mağni'l-muhtaç, II,188; Zerkeşi, el-Mensur, III,229; Ramli, Nihayetü'l-Muhtaç, IV,408; Kalyubi, Haşiye, II,315; İbn Kudame, Mugni, V,40; İ.Malik Müd., IV,218.Tealli hakkı ile birlikte karar hakkı içinde düşünülen hava hakkının akitle kuruluşuna Şafii mezhebinde cevaz verilmez.Hanbeli ve Malikiler ise bu işlemi geçerli saymaktadır. Bkz. Behuti, Keşşafu'l-kına, III, 407;Derdir, eş-Şerhu'l-kebir, III,14.

8 H.Şirbini, Mugni'l-Muhtaç, II,191; Nevevi, Ravza, IV,222; İbn Kudame, el-Muğni, V,29; İbn Receb Kvaid, 213; Behuti, a.g.e., III,402; Derdir, Ş.Kebir, IV,16.

9 Nevevi, Ravza, IV,222; Şirbini, M.Muhtaç, II,191.

10 Şirbini, M.Muhtaç, II,180; Behuti, a.g.e. III,413; İbn Receb, Kavaid, 213; İ.Malik, Müdevvene, IV,218; Nevevi, Ravza, IV,213.

11 İrtifakların doğrudan akit ile kuruluşunu en duyurucu şekilde işleyen Şafii Mezhebi kaynaklarıdır. Bu mezhebin kaynaklarında akdin hukku'l-memer, hukku'l-bina, hakku'l-mesil gibi irtifak hakları üzerinde gerçekleştiği akıkça ifade edildiği halde Maliki ve Hanbeli kaynaklarında aynı açıklık yoktur.

12 Rafii, Fethu'l-aziz, X, 323,329.

13 Şafii mezhebi diğer bütün irtifakları "menfaat" kabilinden olan birer hak olarak değerlendirdiği halde şirb hakkı'nu maddi bir mal olan sudan ibaret görür. Bu noktadan

mezhebi de şirbin satım akdi ile kurulmasını kabul etmezken, hacet sebebiyle bunun mümkün olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır<sup>14</sup>. Buna göre ihtilafı olmakla birlikte şirb hakkı da birtakım sözleşmelerle kurulabilmektedir.

İslam hukukçuları iki akar sahibinin anlaşarak bir irtifak hakkı tesis etmesi işleminde belirli bir akit nevini şart koşmazlar. Aksine bu işlem satım, kira<sup>15</sup> ve sulh akitleriyle olabilir. Buna göre bir akar sahibi, arazisi üzerinde diğer bir akar maliki lehine örneğin bir geçit hakkı tesis etmek istediğinde bunu doğrudan murur hakkının satımıyla yapabilir. Ayrıca bu hakkı belirli bir süre için kiraya verebilir ya da bu hak üzerine taraflar sulh olabilir.<sup>16</sup>Bütün bu hallerde önceden mevcut olmayan bir irtifak hakkı tesisi söz konusudur.. Bununla birlikte konusu.irtifak hakkı olan bir sözleşme, kendine has bir takım özellikleri sebebiyle, bu üç tür akitten farklı bir karakter arzeder. İlk olarak, irtifak hakkı bir maddi mal (ayn) olmayıp menfaat niteliğindedir. Bir aynın temlik anlamı taşıyan satım akdinin

hareketle şirb hakkının satımında akit belirli bir miktar su üzerinde gerçekleşmiştir. Akdin mahalli olan bu su sürekli diğer sularla karışıp çoğalmaktadır. Çünkü şirb hakkına konu olan su bir kaynak ya da su mecrasındadır. Bu açıdan akdin konusu olan su ile sonradan karışanı ayırmak mümkün değildir. Dolayısıyla maddi bir varlığa tekabül eden şirb hakkı satım akdi ile kurulamaz. (Şirbini Muğni'l-muhtaç, II,263; Nevevi, Mecmu, X,527).

Fakat bu prensiplerini zaruret ya da güçlü bir hacet karşısında bozarak şirb hakkını kira akdi açısından ayn (maddi mal) olmaktan çıkarıp 'menfaat' grubuna dahil etmişler ve bu şekilde şirb hakkının kira ile kurulmasına cevaz vermişlerdir. Buna göre, su mecrasında ya da kuyudaki suyun ziraat ya da sulama için kiralınması caizdir. Nevevi, Ravza, V,179.

14 İbn Kudame, el-Muğni, V,31; Maliki mezhebinde birkaç günlük suyun satımı caiz olmasına rağmen şirb hakkının satımı caiz değildir. Sahnun, Mudevvene, VI,192; Derdir, eş-Şerhu'l-Kebir, II,18.

15 Modern hukuktaki genel kanaat, kiranın aynı bir hak doğurmayıp şahsi bir hak niteliğinde olduğudur. İslam hukukunda ise kiracının kiraladığı nesne üzerindeki hakkı aynı nitelikte görülür. Bu sebeple kira akdinin milkülmenfaa yani menfaat üzerinde milk nitelikli bir hak doğurduğu ifade edilir. O halde aynı (milk) nitelikli irtifak hakkının, kira akdiyle iktisabı mümkündür. Senhuri, Masadır'u'l-hak, I,32; Zerka, Medhal, III,35.

16 Sulh akdi özel bir akit tipi olmakla birlikte, menfaat ya da maddi bir mal üzerinde gerçekleşmesi açısından kira veya satım akdi karakterindedir. Buna göre konusu 'menfaat' olan sulh akdi kira; maddi mal (ayn).olan ise satım akdidir.

mahalli ise menfaat olamaz. O halde taraflar her ne kadar satım akdi sigalarını kullansalar da bu akit konusu-menfaat olduğu için, menfaatin temliki mahiyetinde olan kira akdine benzemektedir. Diğer yandan kira akdinin belirli bir süreyle sınırlı olarak kurulma şartı bu akitte bulunmadığı için<sup>17</sup> kira aktinden de ayrılır<sup>18</sup>. Zira tarafların kira akdi sigalarıyla da olsa böyle bir akdi süre sınırı olmadan (müebbet) kurmaları mümkündür. Müebbet kurulabildiği için satım akdine, mahalli menfaat olduğu için ise kiraya benzeyen bu sözleşme her iki türün dışında özel bir akit nevi ve kavramlaşmamış olsa da bir "irtifak sözleşmesi"dir<sup>19</sup>. Öyle ki son dönem Maliki hukukçuları böyle bir irtifak sözleşmesinin bey' (satım) akdi lafızlarıyla dahi belirli bir süreyle sınırlı olarak kurulabileceği görüşüne vararak, bu nevi özel bir akit tipine daha da yaklaşırlar<sup>20</sup>. Sonuç olarak irtifak sözleşmesi, konusu menfaat olan ve belirli bir süreyle veya süre sınırı olmadan kurulabilen bir akit tipidir. Bu akit

17 Kira akdi sigasıyla kurulan böyle bir akitte süre sınırının şart koşulmaması Şafii ve Hanbeli mezhebi kaynaklarının ortak ifadesiyle 'hacet' sebebiyledir. Genel prensip menfaatler üzerindeki akitlerin süreyle sınırlı kurulması oluşuna rağmen hayatın getirdiği toplu bir ihtiyaç, irtifak kurucu sözleşmelerde müebbetlik vasfını gerekli kılmıştır. Behuti, Keşşafu'l-kına, III,401-402; Şirbini, Muğni'l-Muhtaç, II,188; İbn Kudame, el-Muğni, V,30; Kalyubi, Haşiye, II,35.

18 Bu akdi kiradan ayıran başka unsurlar da mevcuttur. Mesela bir kirış koyma irtifakı kira akdi gibi, bir süreyle sınırlı olarak kurulsu bile, hadim akardaki kirışlerin konulduğu duvarın yıkılması ile akit fesholmaz. Duvarın tekrar inşasında, hak yeni bir işleme gerek kalmadan doğrudan geri döner. Nihayetü'l-Muhaç, IV,407; Behuti, Keşşafu'l-kına, II,413.

19 Şafii ve Hanbeli mezhebinde hakim görüş ve bizce de doğru olan bu akdin icare ve bey'den farklı olduğudur. İmam Nevevi ve Hatib Şirbini bunu açıkca ifade ederler  
وانه ليس ببيعاً ولا اجارة محضين بل فيه شبههما  
لكونه على منفعة لكنها مؤبدة  
Bu akit ne tam bey ne de tam icare akdidir. Aksine, mahalli menfaat olduğu ve müebbet olarak kurulabildiği için her ikisine de benzeyen bir akitir. (İ. Nevevi Ravza IV, 219-220). Başka bir ifadede bu akdin icare ve bey' karışımı niteliğinde olduğuna dikkat çekilir.

وان قال بعثك حق البناء عليه فالاصح ان هذا العقد  
فيه شوب بيع و اجارة

H.Şirbini, M.Muhtaç, II,188. Ayrıca benzer bir izah için bkz. İ.Receb, el-Kavaid, 213.

20 Böyle bir akit, süreyle sınırlı olarak kurulduğunda kira, müebbet kurulduğunda ise bey akdi karakterine yaklaşırsa da mahiyet olarak özel ve farklı bir akit tipidir.

tipinin icare ya da bey' akdi lafızlarıyla kurulması sözleşmenin mahiyetini değiştirmez.

İrtifak sözleşmesi dediğimiz bu akit, klasik kaynaklarda baştan beri mevcut değildir. Bu akit nevini en geniş ve net bir şekilde işleyen şafii mezhebi de dahil olmak üzere ilk dönem kaynaklarında konusu bir 'hak' olan bu tip bir irtifak sözleşmesine raslamak mümkün değildir. şafii kaynaklarda ilk olarak böyle bir hakkın doğrudan akde konu oluşu Gazzali (v.505/1111) ve İmam Rafii (623/1226)'de gürölür. İmam şafii ve mezhebin ilk döneminde örneğin bir tealli hakkını doğrudan bir akit ile kurma düşüncesi yoktur. Bunun yerine geliştirilen formül, kişinin evinin damını ya da üst katını bina yapmak için bir başkasına satmasıdır<sup>21</sup>. Güröldüğü üzere bu işlem bir hakkın değil doğrudan maddi bir malın satımıdır. Gazzali ve Rafii ise bu için, doğrudan üst hakkının satımıyla olabileceğini açıkca ifade etmiştir<sup>22</sup>. Bunun gibi bir mecra ya da murur hakkı da doğrudan bu hak üzerinde meydana gelen bir akitle kurulabilmektedir. İmam Nevevi'nin eserlerinde ise irtifakların sözleşmelerle kuruluşu daha genişçe işlenerek bu sözleşmenin mahiyet ve hükümleri daha net olarak işlenmiştir.

İrtifak hakları muavaza karakterli akitlerle olduğu gibi hibe<sup>23</sup> ve ariyet<sup>24</sup> akdi ile de kurulabilir. Ancak ariyet akdinin aynı hak (milk) doğurduğu konusunda fikir ayrılığı mevcuttur. Maliki ve Hanefi mezhepleri iarenin de kira vb. akitler gibi milkü'l-menfaa (menfaat üzerinde aynı nitelikli bir hak) doğurduğunu kabul ederken, şafii ve Hanbeliler iareyi ibaha mahiyetinde gürürler. Bu sebeple, irtifak haklarının temlik ifade eden tasarruflara konu olamayacağını kabul eden Hanefileri de dışarıda bırakırsak, iare ile irtifak hakkının kuruluşu yalnızca Maliki mezhebindedir.

## **2- İrtifak Kurucu Akitler Konusunda Hanefilerin Tavrı :**

İrtifak hakkının sözleşmelerle kuruluşunda cumhuru oluşturan üç mezhebin

<sup>21</sup> İ. Nevevi, Ravza, II, 219-220.

<sup>22</sup> Gazzali, el-Vasit, X, 324-329; Rafii, Fethu'l-aziz, X, 324-329; Nevevi, Ravza, a.y.

<sup>23</sup> Senhuri, Masadir, I, 64.

<sup>24</sup> H. şirbini, Muğni'l-Muhtac, II, 191; Nevevi, Ravza, IV, 221.



bu tavrına karşın Hanefilerin görüşü prensip olarak olumsuzdur. Bu mezhepte iki akar sahibinin aralarında yaptıkları bir akit sonucu sulama hakkı<sup>25</sup>, geçit hakkı<sup>26</sup>, mecra hakkı<sup>27</sup>, üst hakkı<sup>28</sup>, kiriş koyma hakkı<sup>29</sup> vb. irtifakları tesisine cevaz verilmemiştir. Bu görüş irtifak haklarını da içine alan 'hukuku müfredde' denilen hakların temlik ifade eden tasarruflara konu olamayacağı şeklinde kaideleşmiştir<sup>30</sup>. Bu prensibin temelinde irtifak haklarının maddi mallardan farklı birer hak oluşu sebebiyle bunlar üzerinde gerçekleşen akitlerin cehalet ve garar unsuru taşıması yatmaktadır<sup>31</sup>. Temlik ifade eden akitlerin konusunda malumiyet şartı olduğundan konusu irtifak hakkı olan hibe, satım ve kira gibi akitler geçersiz birer sözleşme olmaktadır<sup>32</sup>. Diğer bir sebep de bu hakların menfaat oldukları için mütekavim mal kapsamı dışında kalışıdır. Bu yüzden özellikle kira ve satım akitlerinde bedel olamazlar.<sup>33</sup>

Zahirurivaye ve müftabih oluşu sebebiyle mezhebin genel tavrını yansıtan bu görüşe karşılık, özellikle Maveranunehr'de yetişmiş bir grup hukukçu sulama

25 Şeybani, Kitabu'l-asl, III,277 (Aşir Ef.87); Serahsi Mabsut XXIII,183; İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, V.80.

26 İbn Humam, Fethü'l-kadir, VI,428; Kasani, el-Bedai, VII,29.İbn Abidin , a.g.e.,V,79

27 İbn Humam, a.g.e., VI,429; Mesil irtifakının konusu sulama suyu olduğunda satım ve kira akitleri ile kurulmayacağına ittifak olduğu halde, yağmur suyu akıtmak için kira akdi ile kurulabileceği hususunda İ.Muhammed'ten meşhur olmayan bir rivayet vardır. Bedai, IV,180.

28 Merginani, el-Hidaye, III,46; Kasani, a.g.e., V,166; Ebu Hanife satım ve kira akdi açısından bu görüşü benimserken, İmameyn'e göre bu hak kira akdiyle kurulabilir. buna göre bir evin üstü, bina yapmak için kiralanabilir (Kasani, a.g.e., VI,180).

29 Kasani, a.g.e., IV,181, VI,48.

30 Kasani, a.g.e., VI,189-190.

31 Bazı muasır müellifler, cumhur ile hanefiler arasındaki bu görüş ayrılığının temelinde, irtifak haklarının mal kabul edilip edilmemesi tartışmasının yattığını, bu hakların hanefilerce akitlere konu olamayışının, mal kabul edilmeyişinden kaynaklandığını iddia ederler (Abbadi, el-milkiyye, I,204; Ali Hafif, Ahkamü'l-muamelat s.68). Oysa Hanefilerin buna cevaz vermeyişinin temel sebebi cehalet ve garar unsuru olup mal olmayışlarının bu hukme doğrudan bir etkisi yoktur. Bkz. Baberti, el-İnaye, VI,428; Kasani, a.g.e., VI,48; Ali Haydar a.g.e., I,344; Serahsi, a.g.e., XXIII,170,177,183..

32 Serahsi, a.g.e.XXIII, Kasani,a.g.e.,VI 48, 177; İbn Hümam, a.g.e.,VI,429,430,

33 İbn Abidin, Reddü'l-muhtar V,80 ;

hakkının akitlere konu olabileceğini savunur. Diğer irtifak tiplerinde genel tavrı benimseyen bu grub sulama hakkının satım akdiyle kuruluşunun caiz oluşuna dair ilk imamlardan gelen bir rivayetten Belh ve Nesef gibi yörelerde bu işlemin örf haline geldiği noktasından hareket ederler. Bu hukukçulara göre, şirb hakkının satım akdiyle tesisine genel bir ihtiyaç vardır ve bu işlem özellikle Belh halkı arasında teamül haline gelmiştir. O halde mezhebin genel ilkelerine aykırı olsa da, selem akdine zaruret ve istisna akdine teamül gerekçesiyle cevaz verildiği gibi aynı özellikleri taşıyan bu hakkın satımına da cevaz verilmelidir.<sup>34</sup>

Hanefî mezhebinde, satım akdi ile iktisabının caiz oluşu ihtilafli diğer bir irtifak da geçit hakkıdır. Mezhebin ilk dönem hukukçularının geneli tarafından benimsenen bir görüşe göre, geçit hakkının satımı caizdir<sup>35</sup>. Bu hukukçulara göre, diğer irtifak tiplerinin aksine bu hakta cehalet unsuru, belirli bir mahalle bağlı olması sebebiyle mevcut değildir. Geçitin yerinin tespiti hak üzerindeki cehalet unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca ilk imamlardan gelen bir rivayet de bu hakkın satımının caiz olduğu yönündedir.

Bu mezhepte sulama hakkının satımına cevaz veren görüş sonraki hukukçular tarafından fazla rağbet görmese de, geçit hakkı konusunda durum farklıdır. İbn Hümmam ve İbn Abidin, bu hak konusundaki iki farklı görüşü açık bir tercih yapmadan nakletmekle birlikte, cevaz hükmü veren görüşe daha meyilli görünürler<sup>36</sup>.

Bu iki farklı görüşe rağmen Hanefî mezhebinin genel tavrı, konusu irtifak olan hibe, kira, satım vb. sözleşmelerin geçersiz olduğu yönündedir. Bu geçersizlik hükmünün butlan ya da fesat oluşuna dair mezhep kaynaklarında farklı ifadelerle rastlamak mümkündür. Öncelikle tüm kaynaklar irtifakların bu tip sözleşmelere konu

34 Ebu Bekr el-İskafi, Muhammed b. Seleme gibi "Müteahhirun Meşayih" tabakasından bazı hukukçulara ait olan bu görüş, belli bir yörenin örfünün mezhebin genel bir prensibinin (kıyas) dışına çıkmak için yeterli olmadığı şeklinde bir itirazla reddedilmiş ve fetva diğer görüşe göre verilmiştir. İbn Abidin, a.g.e., VI,446-7; İbn Hümmam, a.g.e., VI,428.

35 İbn Hümmam, Fethu'l-Kadir, VI,428; İbn Abidin, Reddül-Muhtar, V,80.

36 Hanefî mezhebinde geçit ve sulama hakkı dışındaki irtifakların akitle kurulamayacağı hususunda ise ittifak vardır. İbn Hümmam, a.g.e., VI,430; İbn Abidin, a.g.e., V,80; İhtilafı bütün irtifaklara şamil göstermek hatalıdır. Böyle bir tavır için bkz. Karaman, İ.Hukuku, III,121.

olamayışını temelde bu haklardaki cehalet unsuruna bağlamışlardır<sup>37</sup>.Kaynakların bir kısmında bu tip bazı akitlerin hükmünün butlan olduğu ima edilmekte ya da açıkca belirtilmektedir<sup>38</sup>.Buna rağmen geçersizlik sebebi cehalet olduğundan bu işlemlerin hükmünün fesat olması gerekmektedir.Nitekim kaynaklarda daha çok bu hüküm tercih edilmiştir.Şirb hakkının satım sözleşmesine konu oluşuyla ilgili mezhep içi görüşleri değerlendiren Kadıhan (v.592/1196), bu hakkının satım akdiyle kuruluşunun, batıl değil, fasit bir işlem olduğunu ifade eder. Zira bazı yörelerde örf haline gelen bu akit, mezhep imamlarından gelen daha zayıf bir rivayete göre caiz bir işlemdir.Ayrıca tarafların akdi icrası ile böyle bir hakkın satımının hükmü doğurduğuna dair herkes tarafından kabul edilen bazı örnekler bulmak da mümkündür. Bu durumda şirb hakkının satımının batıl olması mümkün değildir.Haskafi ve İbn Abidin de Kadıhan ile aynı görüşü paylaşır görünümündedir.<sup>39</sup>.

### 3- Mukayese :

Cumhur ve Hanefilerin irtifakların akitle kuruluşu konusundaki bu tavırlarını mukayese edersek şu sonuçlara varırız :

Hanefi mezhebi prensipte akdin konusu üzerindeki cehaleti , telafisi mümkün olmayan ve akdi geçersiz kılan bir unsur olarak değerlendirmiştir. Mesela mecra hakkının satımında, akdin konusu olan hakkın ifade ettiği akacak suyun miktarındaki; tealli hakkının satımında yapılacak binadaki belirsizlik ve bilinmezlik bu işlemlerin geçirsizliğini gerektirmiştir<sup>40</sup>.

Cumhur ve özellikle Şafii mezhebi bu akitlerde cehalet unsuru olduğunu tabiatıyla kabul etmekle birlikte bunu telafisi mümkün olmayan ve bu tür akitlerin geçersizliğini gerektirecek bir unsur olarak görmez<sup>41</sup>. Zira, irtifakların akitlerle

37 Serahsi, a.g.e.,XXXIII,177; Kasani, a.g.e.,VI,48; Baberti, a.g.e.,VI,428,430; İbn Hümam, a.g.e. VI,429-430; İbn Abidin, a.g.e.,V,79-81,VI,445-446.

38 Bkz. Serahsi, a.g.e.,XXIII,177-180; İbn Abidin, a.g.e.,V,81.

39 Kadıhan, el-Fetava'l-Haniyye, III,213; İbn Abidin, a.g.e., V,80.

40 Kasani, Bedai, VI,48.

41 Nevevi, Ravza, IV,221; H.Şirbini, Muğni'l-muhtaç, II,21; Remli, Nihayetü'l-

kurulması insan hayatı açısından genel bir ihtiyaçtır (Hacet)<sup>42</sup>. Üstelik bu akitlerdeki cehalet, akdi yapan taraflarca belirli ölçülerde giderilip önemsiz bir hale getirilebilir. Bu şekilde hacet faktörünün önemi ve cehalet unsurunun giderilmesi noktalarından hareket eden cumhur, irtifak kurucu sözleşmelere izin vermiştir. Fakat bilinmezliğin giderilmesi için tarafların sözleşme anında hakkın kapsam ve sınırlarının tespiti şartı vardır. Akdin geçerliliği buna bağlıdır. Mesela mecra hakkı üzerinde gerçekleşen akitte taraflar, su akıtma tesisinin (künk vb.) yerini, genişliğini, boyunu vb. belirtmelidir<sup>43</sup>. Eğer bir arazi yahut damın suları akacaksa bunların alan ölçüsü belirtilmelidir<sup>44</sup>. Yine bir giriş koyma irtifakının kuruluşunda oturtulacak girişlerin sayısı, uzunluğu ve duvar ya da kolona yapacağı basıncın tespiti için ağırlığının bildirilmesi gerekir<sup>45</sup>.

Cumhurun irtifakların akitle kurulması hususunda 'hacet' faktörüne verdiği önem bununla da bitmez. Hacet sebebiyle izin verilen bu akitler özel hükümlere sahip olmuşlardır. Konusu menfaat niteliğinde bir hak olduğu için kira mahiyetinde olan bu aktin müebbet kurulmasına yine 'hacet' sebebiyle mücadele edilmiştir.<sup>46</sup> Taraflar kira ya da satım akdi lafızlarıyla bu akdi süreyle sınırlı ya da müebbet olarak kurabilmektedir<sup>47</sup>.

muhtaç, IV,413.

42 Nevevi İrtifak kurucu sözleşmenin özellikle hacet sebebiyle caiz kılındığını şöyle ifade eder. "Mecra hakkının kurulmasında akacak suyun miktarının bilinmesinin önemi yoktur. Zira -taraflar belirli sınırlamalar yapsa da- bunun miktarı bilinemez. Zaten bu akde hacet sebebiyle izin verilmiştir." Nevevi, Ravza, IV,22; Ayrıca benzer değerlendirmeler için bkz. a.e., s.222; Remli, a.g.e., IV,413.

43 Behuti, a.g.e., III,401; Kalyubi, Haşiye, II,317.

44 İbn Kudame, el-Muğni, V,30.

45 Abbadi, el-Milkiyye, III,112 (Maverdi, el-Havi'den naklen).

46 Behuti, Keşşafu'l-kına, III,401,413.

47 İrtifak muhtevalı hakların vasiyet işlemine konu olmaları da mümkündür. Bir akar maliki diğer bir şahsa, kendi akarındaki mesela bir su kaynağından yararlanma ya da arazisinden geçme konulu bir vasiyette bulunabilir. Bu vasiyetle musinin akarı üzerinde musa leh yararına kurulan hak irtifak muhtevalıdır. Verilen örneklerde birinci hak bir şirb; ikincisi ise murur hakkı şeklindedir. Fakat vasiyetle tesis edilen bu tür hakların önemli bir özelliği musa lehin şahsına bağlı oluşu sebebiyle hakim akara bağlı olan normal irtifaklardan ayrılmasıdır. Zira İslam hukukundaki irtifak anlayışında, hak doğrudan hakim akara bağlanmıştır. Bu akara malik olan şahıs kim olduğuna bakılmaksızın irtifakların da sahibi olmaktadır. Vasiyetle tesis edilen bu tür

## B- AKİT ESNASINDA ŞART KOŞMA :

Mahiyet olarak akdî bir ilişki olan şart koşma, akar üzerinde gerçekleşen kısmet ya da satım akdinde bir akar lehine irtifak hakkı tesisi ya da mevcut bir halin irtifak şekline dönüştürülmesinin şart koşulmasıdır. Şart koşma işlemi bir akitten ayrı düşünülemez. Burada akdin asıl mahalli akarlar olmakla birlikte, buna, ilave bir şart bitişmiş ve akdin inikadı ile şart bağlayıcılık kazanmıştır.

İrtifakların bu yolla kurulması özellikle, akitlerle doğrudan kurulmasını prensip olarak benimsemeyen Hanefi mezhebince işlenmiştir. Öyle ki bu mezhepte bir irtifak hakkının akla gelen ilk kurucu sebep akit esnasında şart koşulmasıdır<sup>48</sup>. Hanefiler bu yolu, akitle kuruluşu yasaklamalarının doğurduğu boşluk ve ihtiyacı telafi unsuru olarak sıkca kullanmış ve diğer mezheplerden çok işlemişlerdir.

İrtifakların şart koşmayla kuruluşu özellikle iki akit tipinde geçirlidir : Kısmet ve satım akdi. Kısmet akdinde şart koşma çoğunlukla bir akarın bağımsız hisselerle ayrılması anında , bu hisselerden biri lehine, diğeri üzerinde irtifak hakkı kurulması şartıyla olur. Mecelle bunu şöyle ifade eder : "Hın-ı kismette bir hissenin diğeri hissede tariki yahut mesili olması şart edilse ol şarta riayet edilir"<sup>49</sup>.

Satım akdinde şart koşulması ise satıcının, akarın irtifakla yüklü olması şartıyla akit yapması şeklindedir. Mesela evinin bir katını satan kişinin, evin karar (üst) hakkının kendisinin olmasını şart koşması durumunda satıcı lehine bir irtifak hakkı doğar<sup>50</sup>. Yine iki evi olan bir şahıs, üzerinde diğeri evin damının sularının

haklarda ise, hak doğrudan belirli bir şahsa (musa leh) bağlı olduğundan, o şahsın ölümü ile hak da ilke olarak sona ermektedir. Bu sebeple vasiyetle kurulan bu tür haklar kaynaklarımızda hukuk ve merafık kapsamının dışında tutularak, şahsi intifa hakkı mahiyetinde olan sukna vb. haklar grubunda değerlendirilmiştir. Bkz. Kasani a.g.e., VI,190 Muasır müelliflerden Ebu Zehra da aynı kanaatte olup bu tür hakları irtifak saymaz.

İrtifak muhtevalı hakların vasiyetle kuruluşu ve şahsa bağlı haklar içinde değerlendirileceğine dair bkz. Serahsi a.g.e. XVII,93,XXIII,186; Kasani, a.g.e. VII,352,353; Ali Hafif, Ahkamu'l-muamelat,s.69; Ebu Zehra ,El-Milkiyye,s.97.

<sup>48</sup> Serahsi,a.g.e.,XV,20,22,28,29, XVII,89-93;İbn Hümmam,a.g.e.,VIII,288; İbn Abidin, a.g.e.,V,78; Mecelle,md.1145;Ali Haydar, Dürerü'l-hükkam, IV,501.

<sup>49</sup> Mecelle, md.1166.

aktığı su yolu olan evi başka birine bu haliyle satışında, mecra hakkının kuruluşunu şart koşsa akdin inikadı ile hak doğmuş olur. Burada satıcı, normalde sahip olduğu su akıtma yetkisini, akit sonucunda mülkiyeti başka birine devredilen ev üzerinde kurulu bir irtifak hakkına çevirmiştir<sup>51</sup>.

Hanefiler akitlere bitişen bu şartları, örfe uygunluğu ölçüsünde kabul eder. Yukarıdaki örnekte mecra hakkının şartla kurulması caizken mesela, kar atma hakkı Kadıhan tarafından örfe uymadığı gerekçesiyle kabul edilmez<sup>52</sup>. Buna göre şart koşma ile ancak bu konuda örfün mevcut olduğu irtifak neveleri kurulabilir. Örfe uygunluk arzetmeyen irtifak şartı ise, satım akdini fasit kılacağı için prensipte bunlarla irtifak hakkı kurulamaz<sup>53</sup>.

### C- AKİT ESNASINDA ZİMNİ KABUL :

Bundan önce işaret ettiğimiz iki sebep (akit ve şart koşma) irtifak hakkının akdî doğuş şekillerinin tümünü içermez. İrtifak hakkı bir akdin doğrudan konusu olmadan ya da akit esnasında şart koşulmadan tarafların zımnî kabülleriyle de kurulabilmektedir. Zımnî kabul, başlangıçta tek şahsa ait olan akarın, taksim ya da satım akdi sonucu farklı iki şahsa ait olması ve taraflarca itiraz edilmeyişi sonucu önceden mevcut bir halin irtifak hakkına dönüşmesidir<sup>54</sup>. Örnek olarak, kısmet akdinde bir hissedara düşen duvar üzerinde, diğer hissedarın kirişleri bulunsa ve akit esnasında bu kirişlerin kaldırılması ya da olduğu gibi kalması şart koşulmasa, burada zımnî kabul sebebiyle bir kiriş koyma irtifakı doğmuş olur. Bu işlemde kısmet akdinden önce kirişlerin duvara dayanıyor olması, henüz duvar ve kirişlerin

50 Buna başka bir örnekte Mecelle de mevcuttur. Bir kimse hakk-ı mururu baki kalmak üzere mülkü olan tarıkı satabildiği gibi. Mec.Md.1145; İbn Hümam, Fethu'l-kadir, VI,452; İbn Abidin, Reddü'l-muhtar, V,78.

51 Ali Haydar, a.g.e., III,510.

52 Kadıhan, el-Fetava'l-haniyye, III,213.

53 Serahsi, a.g.e., XXV,22-3; A.Hafif, Ahkamu'l-Muamelat, 55.

54 Zımnî kabul kavramını Mısır Medeni Kanunu şarihi Senhuri'nin benzer bir ifadesinden (zımnî itifak)aldık.Senhuri, el-Vasit,IX,1336; Mısır Medeni Kanununda işlenen bu tabir fıkhîta da kavram halinde ifade edilmemekle birlikte geçerli bir irtifak kurucu sebep olarak özellikle Hanefî kaynaklarda işlenmektedir.



tek bir kişinin özel mülkiyetine konu olması sebebiyle bir irtifak niteliğinde değildir. Bu hal, duvar ve kirişlerin bağlı olduğu akarların farklı şahısların mülkiyetine geçmesiyle irtifak hakkına dönüşmüştür. Burada hakkın doğuşu özellikle duvar sahibi olan şahsın akit esnasında mevcut hale ses çıkarmayıp, kirişlerin kendi duvarına bindirilmesini zımnen kabul etmesiyle olmuştur<sup>55</sup>.

Bu tür bir halin akit sonrası zımni kabul sebebiyle irtifak haline dönüşebilmesi için bu halin prensip olarak kadim olması gerekmektedir<sup>56</sup>. Mesela, bir şahsın birbirine yakın iki evinden birinin atık su oluklarının, eskiden beri harap durumda olan evden geçmekte olduğunu düşünelim. Bu şahsın ikinci evi başka birine satımı esnasında alıcının kadim olan bu hale ses çıkarmaması zımni kabuldür ve bununla bir mecra irtifakı doğmuş olur. Satım öncesi evlerin her ikisi de bir kişiye ait olduğu için mevcut hal bir irtifak şeklinde değildir. Fakat hakim konumda olan evin başka bir kişiye satılması ve onun bu duruma ses çıkarmaması sebebiyle bir irtifak hakkı kurulmuş olur.

Mevcut halin kadim olduğu durumların irtifak şekline dönüşebilmesinin temel şartı bu halin taraflarca kolayca görülebilecek şekilde açık bir alameti olmasıdır. Mesela mecra irtifakında boruların, geçit irtifakında mevcut yolun vb. açıkca görünür olması, hadim konumda olan akarın itiraz etmeyişi, kabul anlamı yüklenebilmesi için zaruridir<sup>57</sup>.

Mevcut halin kadim olmadığı durumlarda ise zımni kabul sadece iki hak için kurucu özellik taşır : Kiriş koyma hakkı ve henüz kavramlaşmamış olan bir su yolunun diğerinin arsasındaki havuza boşalması hakkı<sup>58</sup>. Murur ve mecra gibi irtifaklar ise, önceki hallerinin kadim olmadığı durumda zımni kabul ile kurulamaz<sup>59</sup>. Bunların açıkca şart koşulması gerekir ve bu hüküm kısmet ve satım

55 Serahsi, a.g.e., XV,31; Şeybani, a.g.e., II,152-B, Ali Haydar, a.g.e., III,426.

56 Ali Haydar, Dürerü'l-hukkam, III,508,511,501; Kadıhan, el-Fetava'l-hindiyye, III,213.

57 Buna göre açık alameti olan geçit hakkı, üst hakkı, kiriş koyma hakkı, kar atma hakkı mecra hakkı gibi irtifaklar zımni kabul ile kurulabilir. İbn Abidin a.g.e., V,189; Serahsi, a.g.e., XV,20; Kadıhan, a.g.e., III,213,214; Şeybani, a.g.e., II,152-B; A.Haydar, a.g.e., III,508.

58 Serahsi, a.g.e., XXII,186,XV,31.

59 Ali Haydar, a.g.e., III,511; Serahsi, a.g.e., XV,15.



akdi açısından ayımdır.

Kiriş koyma hakkı ile mesil türü haklar arasında zımmî kabul ile kurulabilme noktasında şu fark vardır. Kısmet akdinde duvarın üzerindeki kirişlere ses çıkarmayan hissedar bu kirişler üzerine inşa edilen çatının bu halini kabul etmiştir. Daha sonra kirişlerin kaldırılmasını istemesi, kısmet akdi ile garantiye alınmış bir yapının yıkılmasını gerektireceği için geçersizdir. Fakat mesil böyle değildir. Hissedarın ses çıkarmayışı mesilin kendi akarında kurulu kalmasına garanti verdiği anlamı taşımaz. Zaten kısmetin gayesi mümkün olduğu ölçüde irtifak ilişkisi doğurmadan, bunları birbirinden ayırmaktır<sup>60</sup>.

#### **D- Kazandırıcı Zaman aşımı (Kıdem) :**

Kaynaklarda genelde kıdem olarak geçen zamanaşımı irtifak hakkının akdî ilişkilerden sonraki temel iktisap sebebidir. Kullanımı üzerinden uzun zaman geçen irtifak muhtevalı bir yetki, "kadim kıdemi üzere terk olunur"<sup>61</sup> prensibinden hareketle irtifak hakkı olarak kazanılabilir. Bu hakkın doğuşu aslında, doğrudan kıdem sebebiyle değildir. Hakkın gerçek iktisap sebebi, uzun süreden beri kullanılan bu yetkinin hakim akar konumundaki akar malikinin itiraz etmeyişi sebeple hukuka uygun bir işlemle doğduğuna dair zannı galip hasıl olmasıdır<sup>62</sup>. Bu sebebiyle kullanılmakta olan yetki, aynî bir hak olarak kazanılmaktadır. Uzun süreden beri kullanılan bu yetkinin geçersiz bir sebepten doğduğunun ispatlanması durumunda ise, bu süreye itibar edilmediğinden hak da ortadan kalkar. O halde kıdem hak doğurması için temel şart, bunun hukuka aykırı bir sebebe dayandığının ispatlanmamış olmasıdır<sup>63</sup>.

Dört büyük mezhepte de hak doğurucu bir sebep olarak görülen kıdem hanefilerde istihsana bağlı bir hükümdür. Mezhebin ilk dönem hukukcuları, bir hakkın hukukî delil olmadan doğamıyacağı prensibi (kıyas) gereği kıdeme itibar etmezler. Sonraki dönem hukukcuları ise örf dayanaklı istihsan sonucu kıdemi hak

<sup>60</sup> Kerabisi, el-Furuk, II-138.

<sup>61</sup> Mecelle, md. 6; Ayrıca bkz. İbn Abidin, Reddül-muhtar, VI,444.

<sup>62</sup> Muhammed Alau'ddin, Tekmile, VIII,53; A.Haydar, a.g.e., III,499,503; İbn Kudame, el-Muğni, V,41; Behuti, Keşşafül-Kına, III,412.

<sup>63</sup> Muğni, a.g.e., V,41; Behuti, a.g.e., III,412; A.Hafif, a.g.e., s.56.

doğurucu görmüşlerdir. Mezhepte müftabih olan görüş de budur<sup>64</sup>.

Hanefiler kıdemın oluşması için belirli bir süre şartı koşmazlar. Bu mezhepte kıdem, başlangıcının kimse tarafından bilinmediği durumlar için geçerlidir<sup>65</sup>. Malikilerde ise dört, on ve yirmi sene gibi farklı görüşler vardır<sup>66</sup>.

Kıdem ile kurulabilecek irtifaklar, geçit, mecrâ<sup>67</sup>, üst ve kiriş koyma<sup>68</sup> hakkı gibi müspet muhtevalı olan irtifaklardır. Menfi muhtevalı irtifakların kuruluşu açısından kıdemın bir önemi yoktur. Kıdem ancak müspet bir hakkın uzun süre kullanımı durumunda hak doğurucu özelliğe sahiptir.

Bir yetkinin fiili kullanımı, kıdem süresine ulaşmadığında ise hak ancak bu kullanımın haklı bir sebebe dayandığının ispatı ile gerçekleşir. Geçen süredeki kullanımın önemi yoktur<sup>69</sup>.

#### **E- İrtifak Hakkının Doğrudan Kanundan Doğuşu Tartışması :**

İrtifak hakkı, kuruluşu akar maliklerinin iradesine bağlı olduğu için prensip olarak akdi bir ilişkidir. Zamanaşımının da irtifak kurucu sebepler içinde değerlendirilmesi, başlangıçta böyle bir ilişkiye dayanma ihtimalinin kuvvetliliği sebebiyledir. Bununla birlikte taraflar arası akdi bir ilişki olmadan doğrudan kanundan doğan<sup>70</sup> ve tıpkı irtifaklar gibi bir akar malikinin mülkiyet hakkını, diğer birinin lehine daraltan bir takım haller daha vardır. Büyük ölçüde mülkiyet hakkının komşuluk münasebetleri sebebiyle kısıtlanması mahiyetinde olan bu haller, komşuların birbirlerini rahatsız etmemelerine matuftur. Modern hukuk açısından prensip olarak irtifak haklarından ayrı tutulan bu halleri, İslam hukukundaki niteliğinin tespiti için iki gruba ayırabiliriz :

64 Kadıhan, el-Fetava'l-haniyye, III,213.

65 "Kadim odur ki evvelini bilir kimse olmaya" Mecelle Md.166. Ayrıca bkz. Muhammed Alau'ddin, Tekmile, VIII,54.

66 el-Mevsua, IV,276.

67 Mecelle, Md.1224; Kasani, a.g.e., VI,258; Serahsi, a.g.e., XVII,94.

68 Behuti, a.g.e., III,412.

69 Kasani, a.g.e., VI,258.

70 İslam hukukcuları, bu tip kanundan doğan hakları, şeriate (şer') nisbet ederler. Bu durum fıkhıta kanundan doğan hakların tanınıp özel bir kavramla (şer') ifade edildiğini gösterir. Bkz. Serahsi a.g.e., XXIII,169.

a) Muasır müelliflerce hakku'l-civar (komşuluk hakkı) denilen, bir akarın komşuya "zarar-ı fahiş" verecek kullanımlarının yasaklaması mahiyetindeki kısıtlamalar. Bu hallerde, kısıtlama doğrudan doğruya şahsın akarını kullanmasıyla alakalı olup, ortada komşuya tanınmış herhangi bir müspet muhtevalı bir hak yoktur. Sadece akar malikinin komşusuna zarar veren kullanımlardan kaçınma mükellefiyeti vardır. İslam hukukunda bu tür kısıtlamalara hiç bir şekilde milk niteliğinde bir hak olarak bakılmazken, muasır müellifler kendi ülkelerindeki pozitif hukuk sistemlerinin etkisiyle bunları irtifak hakkı olarak değerlendirmişlerdir. Modern hukuklarda mülkiyetin kanuni takyitlerinden kabul edilen bu hallerin İslam hukuku açısından da bu şekilde görülüp irtifak hakkı kabul edilmediğini daha önce genişçe ele almıştık<sup>71</sup>.

b) İrtifak muhtevalı bir hakkın komşuluk münasebeti sebebiyle doğrudan kanundan doğuşu şeklindeki kısıtlamalar. Bu gruptaki kısıtlamalarda, kanun, bir şahsa komşunun akarından, müspet muhtevalı irtifak haklarından biri şeklinde istifade etme yetkisi tanır. Buna örnek olarak, arazisini sulamak için başka işe yarar hiç bir yolu olmayan şahsa bu suyu zarureten komşusunun arazisinden geçirme yetkisinin doğrudan kanun tarafından tanınmasını gösterebiliriz. Bu örnekte hakim ve hadim konumunda olan akar malikleri herhangi bir akdî ilişki içine girmediği halde ortada bir mecra hakkı vardır. Bu hak muhteva olarak tıpkı akdî ilişkilerden doğan iradi irtifaklar gibi olmasına rağmen, kuruluş dayanağının doğrudan kanun oluşu sebebiyle bunlardan ayrılır. O halde ortada bu tip hakların hukuki niteliğinin tespiti problemi vardır. Acaba bunlar hakku'l-civar denilen grup gibi mülkiyetin doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamaları mahiyetinde midir, yoksa burada kanun sebebiyle doğmuş bir irtifak hakkından mı sözedilecektir.

Buna göre muhteva ve kapsam olarak irtifaklara benzeyen bu ikinci tür mülkiyet daraltımlarına "kanuni" (zaruri) irtifaklar denilebileceği fikri ileri sürülmüştür<sup>72</sup>. Şöyle ki Türk medeni hukuku ve diğer bazı modern hukuk sistemlerinde önceki şıktaki mülkiyetin doğrudan daraltımlarıyla (hakk'ul-civar),

<sup>71</sup> Bkz. s.71. "irtifak hakkının muhtelif tipleri" bölümü. Bunlar gerçek anlamda bir irtifak hakkından çok mülkiyetin kanuni takyidi maliyetindedir. Kurtoğlu S., a.g.e., 120-121.

<sup>72</sup> Özakman C., Mecra İrtifakları, s.160; Köprülü B., Sınırlı Ayni Haklar, s.6.

burada işlenen dolaylı daraltımlar arasında bir ayırma gidilmiştir. Buna göre mülkiyetin doğrudan daraltımları bir akarın kullanımı esnasında malikin mülkiyet hakkını kullanımı ile ilgilidir. Bu akar ilke olarak her hangi bir yük altında olmadığı gibi, diğer akar malikinin fiili bir istifade yetkisi de söz konusu değildir. Dolaylı daraltımlarda ise, bir akar lehine diğeri üzerinde bir yük kurulmuştur. Örnek olarak kanundan doğan bir mecra irtifakında hadim ve hakim konumunda birer akar mevcuttur. Gerek hadim akarın irtifaka katlanma borcu ve gerekse hakim akarın mecra'yı geçirme yetkisi, kapsam ve muhtava açısından tıpkı iradi irtifaklardaki gibidir. Bu sebeple mülkiyet hakkının bu tip daraltımlarını kanuni irtifaklar olarak adlandırılırlar. Fakat yine de bu tür irtifaklar, aynî nitelikte bir hak olan iradi irtifaklardan ayrı tutulmuştur. Buna rağmen kanundan doğan bu nevi haklara hiçbir şekilde irtifak denilemeyeceği görüşü de vardır.

Bazı muasır islam hukukçuları, modern hukuktaki iradi ve kanuni irtifak ayırımının fıkıhta olmadığı görüşündedirler. Bunlara göre kanundan doğan bu tür haklar ile akdî ilişkilerle kurulanlar arasında hukuki nitelik ve hüküm açısından fark gözetilmemiştir<sup>73</sup>. Oysa klasik kaynakları dikkatlice incelediğimizde bu hükmün isabetli olmadığı ortaya çıkmaktadır. Kanuni irtifaklar konusunu en çok işleyen Hanbeli mezhebinde, doğrudan kanundan doğan irtifaklarla, iradi olanlar arasında belirgin bir ayırım yapılmıştır. Eşya üzerinde kurulan hakları teknik bir sınıflamaya tabi tutan İbn Raceb (v.795/1393) iradî irtifakların milk (aynî) nitelikli olduğu halde kanunî irtifakların bu nitelikte olmadığına dikkat çekmektedir.. Bu müellif kanunî irtifakları, milk ile ıbaha arasında "hukuk" terimiyle ifade ettiği ayrı bir seviyede görür. Buna göre bu tür haklar hakku'l-intifa (حق الانتفاع) niteliğindedir<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Ali Hafif, el-Milkiyye, 142-143.

<sup>74</sup> İbn Raceb, el-Kavaid, 203; İbn Raceb'in bu ayırımına başka bir Hanbeli hukukcu el-Behuti'de işaret eder. Bu müellif, akitle kurulan kirış koyma hakkının milk doğurduğunu fakat, bu hakkın kanundan doğuşunun milk karakterli olmadığını açıkca belirtir. **لانه ابيع له من حق غيره لحاجته.. وليس ملكا حتى يتصرف فيه** (Keşşafu'l-Kına, III,412-413) İslam hukukcuları akdi ilişkilerden doğan hakları açıkca hak ve milk olarak nitelediği halde, kanundan doğan bu tür daraltımları aynı şekilde nitelemekten çekinirler. Bunların hak sahibi açısından teknik anlamda bir hak olmaktan çok, hadim konumdaki akar üzerinde bir sorumluluk ve yük olduğuna dikkat çekilir. (حق عليه) . Bu ifade, kanundan doğan bu tip durumları, mülkiyet

Buna göre, kanundan doğan irtifakları diğer mezheplere göre oldukça net işleyen Hanbeli hukukçular, bu tip hakları mahiyet olarak milk (ayni) nitelikli olan iradi irtifaklardan ayırmışlardır. O halde Ali Hafif vb. müelliflerin kanaatinin aksine İslam hukuku hakku'l-civar denilen mülkiyetin doğrudan daraltımlarını irtifak niteliğinde görmediği gibi, kanuni irtifakları da iradî irtifaklardan ayırmaktadır.

Hukuki niteliği bu şekilde belirtilen kanuni irtifak tiplerinin neler olduğu ve dolayısıyla hangi irtifakların ne gibi şartlar altında kanundan doğabileceği tartışma konusudur. Hanefi mezhebi prensip olarak irtifakların kanundan doğabileceğini kabul etmez. Diğer mezheplerde ise kanuni irtifak anlayışı mevcuttur ve şu irtifak hakları kanundan doğabilir.

**a) Kiriş koyma hakkı (haku vadi'l-cuzû') :** Hanbelilerde meşhur olan görüşe göre bu hak doğrudan kanundan doğabilir. Buna göre, komşunun inşaat yapması için kirişleri, diğerinin duvarına bindirmesi zaruri ve bu iş diğer taraf için bir zarara yol açmayacak halde olursa kanuni bir irtifak hakkı doğmuş olur<sup>75</sup>.

**b) Mecra irtifakı (haku icrai'l-ma) :** Diğer mezhepler zaruret halinde dahi böyle bir hakkın kanundan doğacağını kabul etmediği halde Hanbeli mezhebinde bir görüş Hz.Ömer'in meşhur bir hükmünü esas alarak mecra hakkının kanundan doğabileceğini savunur<sup>76</sup>. Fakat bu mezhep prensipleri (kıyas) açısından, buna cevaz vermeyen görüşten daha zayıftır. Hanbelilerin bu görüşü bir tarafa bırakılırsa, hiç bir mezhep tarafından Hz.Ömer'in bu konudaki hükmü temel alınmamış ve bu hüküm açıkca reddedilmiştir<sup>77</sup>.

hakkını kısıtlayıcı karakterinin vurgulanışıdır. Behuti, a.g.e., III,411-412.

75 Zahirilerin ve İ.Şafii'nin de kadim reyinde desteklediği bu görüş şu hadise dayanır. "Sizden biriniz komşusunun kirişlerini duvarına koymasına engel olmasın" Hadis için bkz.s. . Diğer fukaha bu hadisin nedb ifade ettiğini, yoksa başkasının malının onun rızası olmadan kullanılamayacağını ;

( لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفس منه )

kiriş koyma ile ilgili hadisin ise ortada bir irtifak hakkı olduğu durumunu dile getirdiğini ifade etmişlerdir. Mevak, et-Tacu ve'l-iklil, V,175; Abbadi el-Milkiyye, III,110; Behuti, Keşafu'l-kına, IV,411; Kenanî, el-İkdu'l-munazzam, II,129.

76 İbn Raceb, el-Kavaid, 243; İbn Kudame, el-Muğni, V,31.

Muasır bazı müelliflerin kanunî mecra irtifakı mahiyetinde gördüğü bir durum daha vardır. Bu da tabii konumları sebebiyle yukarda olan akarın kar, yağmur vb. sularının aşağıda olan akardan akmasının kanuni bir irtifak mahiyetinde olduğudur<sup>78</sup>. Oysa burada, aşağıdaki akar sahibinin mükellefiyeti, yağmur suyu gibi kendi kendine akan sulara katlanma şeklinde olup, bu irtifak muhtevalı bir haktan ziyade mülkiyet hakkının doğrudan daraltımı mahiyetindedir. Zira yukarıdaki akar sahibinin bir hakkı fiilen kullanması sözkonusu olmayıp, durum tamamen maliklerin iradesi dışındadır. O halde bu hali kanuni bir irtifaktan ziyade Türk medeni hukukundaki gibi mülkiyetin doğrudan kanundan doğan daraltımları içinde değerlendirmek daha uygundur.

**c) Kaynak irtifakı (haku's-şirb) :** Böyle bir hakkın kanundan doğabileceği Malikilere ve Hanbelilerdeki bir rivayete göredir. Buna göre komşunun, su bulamadığı için ekinlerinin helakı söz konusu ise diğerinin ihtiyaç fazlası suyu üzerinde kanundan doğan bir şirb hakkı kurulmaktadır.<sup>79</sup>. Fakat bu hak, mecra ve kirış koyma hakkının aksine sürekli olmayıp, bu şekilde bir zaruret oluşumuna bağlı olduğundan bir irtifak niteliğinde değildir. Böyle bir hakkın doğuşunda sulama hakkı için bedel ödeneceği konusu tartışmalıdır.

**d) Su içme hakkı (haku's-şefe) :** Muhteva olarak şirb hakkına benzeyen ve şirb de denilen şefe hakkı aslında bir irtifak hakkı değildir. Zira bu bir akar lehine değil de şahıslar için kurulmuş bir haktır. Şefe hakkının sözleşme ile

<sup>77</sup> Hz.Ömer'in bu konudaki hükmü, kişiye zarar olmadığı durumda böyle bir mecra hakkının kanundan doğabileceği yönündedir. Dahhak b. Halife, arazisinin suyunu Muhammed b. Meseleme'nin toprağından geçirmek isteyince aralarında anlaşmazlık çıkmış, Hz.Ömer bunun Muhammed b. Meseleme'nin arazisine zarar vermeyeceği ve Dahhak'ın da buna ihtiyacı oluşundan hareketle bu olayda bir mecra hakkının doğuşuna hükmetmiştir. Maliki, Şafii ve Hanbelilerde daha üstün olan görüş bu rivayeti, mecra hakkının zaruret halinde kanundan doğuşu için yeterli saymaz. Nevevi, Ravza, IV,221; Sahnun el-Müdevvene, VI,192; İbn Kudame, V,31; "Su sahibi zaruret içinde dahi olsa, bir kişinin mülkünden onun izni olmadan su akıtmak yasaktır." Behuti, a.g.e., III,403.

<sup>78</sup> Ali Hafif, el-Milkiyye 142.

<sup>79</sup> İ.Malik, Müdevvene, VI,190-191; İbn Kudame, a.g.e., IV,335-336.



kurulması söz konusu değildir. Çünkü nehir, su yolu ve su kuyusu gibi yerlerde, kanun, ihtiyacı olan herkes için şefe hakkı tanımıştır. Sahibinin ihtiyacını aşan miktarda suya sahip her kaynak, kanun tarafından şefe hakkı ile yüklenmiştir<sup>80</sup>.

e) **Geçit hakkı (hakku'l-memerr)** : Kaynaklarda bu tür bir zaruri geçit hakkı ile ilgili bulabildiğimiz tek misal şudur : Bir şahsın ihya ederek malik olduğu arazisinin etrafı başka şahıslar tarafından ihya edilse bu araziye, ana yola çıkışı için, kanun tarafından son ihya edilen arazi parçası üzerinde bir geçit verilir. Bu arazinin etrafı sadece bir şahıs tarafından ihya edilmişse, ilk malik dilediği yerden yol edinme hakkına sahiptir<sup>81</sup>.

Bu şekilde incelenen irtifak tiplerinin muhteva olarak akdî (iradî) irtifaklardan farkı yoktur. Bunların diğerlerinden farkı, iktisabının kanuna dayanması sebebiyle hukuki nitelik bakımındandır. Daha önce de açıkladığımız bu fark sebebiyle zarurî (kanunî) irtifaklar olarak adlandırılırlar.

#### **F- İrtifak Doğurup Doğurmaması Açısından, Umumi Ortaklık, İzin ve İare :**

Bu kısımda temel olarak bazı muasır müelliflerce irtifak kurucu bir sebep olarak görüldüğü halde gerçekte böyle olmayan bir takım durumları ele alacağız. İrtifakların kanundan doğuşu başlığında, muasır yazarların irtifak sebebi olarak gördüğü civar (komşu bulunma), tabii konum gibi durumların İslam hukuku açısından irtifak niteliğinde bir hak doğurmadığını belirtmiştik. Bu yazarların hatası, mülkiyet hakkının doğrudan doğruya daraltımı ile prensipte akdî bir ilişki olan irtifakların birbirine karıştırılmasından kaynaklanmıştır. Bu kısımda ele alacağımız durumların irtifak kurucu sebep olarak takdimi ise temelde, bu yazarlarca ibaha ve milk nitelikli yetkilerin iyice birbirinden ayıramayaşından kaynaklanmaktadır.

1) **Umumi Ortaklık ( الشركة العامة )** : Bu terim, kamu emlakı denilen özel mülkiyet altında bulunmayan ve her şahsın yararlanabileceği yol, nehir,

<sup>80</sup> Şirbini, Mugni'l-muhtaç, II,375; Serahsi, Mebsut, XXIII,169.

<sup>81</sup> A.Haydar, Dürrü'l-hükkam, III,552-553.



kanalizasyon türü mallardaki ortaklığı ifade eder. Örnek olarak bir ana yoldan herkes geçebilir ve bir nehirden herkes su alabilir. Çünkü devlete ait olan bu mallardan istifade için umumi bir ruhsat ve izin vardır. İşte muasır yazarlar, özel mülkiyete konu olmayan böyle yerlerden, ilgili tüm akar sahiplerinin istifade yetkisini bir irtifak hakkı olarak nitelemişlerdir. Bu yazarlara göre mesela büyük bir nehre bitişik arazilerin buradan su alma yetkisi, bir sulama irtifakı niteliğindedir ve bu hak nehir üzerindeki umumi ortaklıktan doğmuştur<sup>82</sup>.

Oysa islam hukukcuları özel mülkiyete konu olan akarlar ile kamu emlakini birbirinden ayırarak<sup>83</sup> ikincisinin prensip olarak irtifak hakkına konu olamayacağını ifade etmişlerdir. Buna göre mesela özel mülkiyete konu olan bir araziden bir hakka dayanarak geçmek irtifak hakkı niteliğinde olduğu halde, umuma ait bir yoldan geçmek bir irtifak olmayıp, kanun tarafından tanınmış bir ruhsat ve ibahadır<sup>84</sup>. Böyle bir ruhsat hiçbir zaman aynı nitelikte olan (milk) irtifak hakkı kabilinden görülemez<sup>85</sup>. Bu konuda en açık ifadelerden biri Kasani (v.587/1191)'ye aittir. Müellif umumi ortaklığın olduğu büyük nehirler üzerinde kurulu şirb hakkının niteliği ve bunların özel mülkiyete konu olan mallar üzerindeki haklardan farkı hususunda şunları söyler : "Seyhun, Dicle ve Fırat gibi büyük nehirler üzerinde kimsenin milk (aynî) nitelikli bir hakkı olmadığı gibi nehrin rakabesine de kimse malik değildir". Bu nehirlerin hem rakabesinde hem de şirb

82 A.Hafif, Ahkamu'l-muamelat, 54; el-Milkiyye, 141; Ebu Zehra, a.g.e., 79; Karaman, Anahatlarıyla İslam Hukuku, II,301; el-Mevsua, IV,274; Zuhayli, el-milkiyye, 93.

83 Kasani, Bedai, V,165; Mec. md.955; Serahsi, Mabsut, XXIII,169.

84 Serahsi veKasani, Umumi yoldaki geçiş hakkının yol üzerinde kurulu milk nitelikli bir hak olmayıp, bir yetki ve ruhsat olduğunu açık bir şekilde ifade ederek bu tip yetkilerin irtifak olmadığını dikkat çekerler.

انما لهم حق المرور و انه ليس بحق ثابت في

رقبة الطريق بل

هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار

(Serahsi, a.g.e., XIV,97; Kasani, a.g.e.,VI,49). Ayrıca bakınız Rafii, Fethu'l-aziz, X,307.

85 Bu tip yetkilere naklettiğimiz ibarede olduğu gibi hakkulmurur, hakkuşşirb vb. denilse de bu, teknik bir kullanım olmayıp irtifaklarla aralarındaki muhteva benzerliğinden kaynaklanır.

hakkında hiç bir ferden özel bir hakkı yoktur. Bunlar bütün müslümanların hakkı olup herkesin istifadesine açıktır...."<sup>86</sup>. Buna göre umuma ait mallar üzerinde kimsenin ihtisas denilen aidiyet yetkisi olmadığından bunlardan istifa ibaha karakterli bir yetkidir.

Klasik kaynaklarda, özel mülkiyete konu mallar üzerinde kurulu haklar ile umuma ait mallar üzerinde kurulu olanlar arasında açık bir nitelik farkı yapılmasına rağmen bu durum kavramlaşmaya yansımamıştır. Her iki hak da bir tek kavramla ifade edilmiştir. Zaman zaman bunların farklı nitelikte oluşuna dikkat çekilse bile bu durum muasır pek çok yazarın gözünden kaçmış ve İslam hukukunda bu farklı nitelikteki hakların arasının ayrılmayarak aynı mahiyette görüldüğü iddiası ortaya atılmıştır. Oysa ilk el kaynakları ciddi olarak incelendiğinde, izah ettiğimiz üzere bu iddianın doğru olmadığı ortaya çıkmaktadır.

## 2- İzin ve İare :

Bir akar sahibinin diğerine akarını kullanması için iare yollu izin vermesinin irtifak hakkı doğurduğu tartışma konusudur. Bazı müelliflerin, iznin bir hak doğurduğunu mutlak bir ifade ile dile getirmeleri kanaatimizce isabetli değildir.<sup>87</sup>. Zira akar sahibinin karşı tarafa bir yetkinin kullanılmasına dair verdiği mücerret izin, sadece Maliki mezhebinde aynî (milk) nitelikli görülmüş genel kanaat bunu ibaha kabilinden saymıştır<sup>88</sup>.

İrtifak hakları açısından malik tarafından verilen izin bir iare niteliğindedir.

<sup>86</sup> Kasani, a.g.e., VI,192. Kasani başka bir yerde umumi ortaklığın, ancak ibaha nitelikli bir yetki doğurduğunu açıkça ifade eder.

( الشركة العامة تقتضي الاباحة ) a.g.e., VI,189.

Serahsi'de büyük nehirlerden su olma hakkının milk nitelikli bir hak olmadığını şu sözleriyle açıklar : "Bu gibi nehirlerdeki su, ibaha vasfı sebebiyle her kesin istifadesine açıktır. Bununla birlikte kimsenin bu sular üzerinde bu ibahadan farklı, özel bir hakkı yoktur.

( لان الماء في هذه الانهار علي اصل الاباحة

ليس لاحد فيها حق علي الخصوص )

Mebhut, XXIII,175; Ayrıca bkz. a.g.e., XXIII,169.

<sup>87</sup> Böyle bir tutum için bkz. Senhuri, Masadiru'l-hakk, I,64; Ebu Zehra, a.g.e., s.79.

<sup>88</sup> A.Hafif, Ahkamu'l-muamelat,s. 55.

Örnek olarak bir araziden geçmesi için bir şahsa izin verilmesi, o arazinin ilgili konuda iaresi anlamını taşır. O halde iare ile doğan hakkın niteliğinin tespiti bu işlemin irtifak doğurup doğurmadığını ortaya koyacaktır. Bu konuda mezheplerin tavrı üç gruba ayrılabilir :

Maliki mezhebi bu tür bir izin ve teberru ile doğan iare akdinin prensip olarak bağlayıcı olduğu ve müsteir açısından mülkü'l-menfaa nitelikli bir hak doğurduğu görüşündedir<sup>89</sup>. Bu mezhepte akara ait menfaatlerin kullanımının iare ve izin yoluyla bağışlanması "İrfak" kavramıyla ifade edilir<sup>90</sup> ve buna özel bir önem verilir. İrfak prensip olarak bağlayıcıdır. Buna göre belirli bir mühletle kayıtlanan ya da devamlı (ebedi) olduğu belirtilen bir irfaktan dönülemez. Belirli bir süre tayin edilmemiş ise, akar malikinin olağanüstü bir ihtiyacı ortaya çıkmadıkça, hak sahibinin normal şartlarda istifade edeceği bir mühlet içinde irfak yine bağlayıcıdır<sup>91</sup>. Örfeye göre tayin edilen bu sürenin dolması ile akar malikinin rucû hakkı vardır<sup>92</sup>. Buna göre Maliki mezhebinde irfak, irtifak hakkı doğuran bir hukuki işlem mahiyetindedir.

Hanefi mezhebi de iarenin "mülkü'l-menfaa" nitelikli bir hak doğurduğu görüşünde olmasına rağmen bunu bağlayıcı bir işlem olarak değerlendirmez<sup>93</sup>. Buna göre muîr istediği an iareden dönebilir. Hanefilerin bu tavrından iare akdi sonucu doğan hakkı aynî nitelikte görüp görmediğini tesbit etmek zordur. Zira mülkü'l-menfaa hiç kuşkusuz aynî nitelikteki hakların ifadesidir. Fakat bu seviyedeki bir hakkın bağlayıcı olmaması çok güçtür. Kanaatimiz bu mezhepte iareden doğan hakların aynî nitelikte olmadığı ve bunlara irtifak hakkı denilemeyeceği yönündedir. Çünkü her ne kadar milk seviyesinde görülse de bağlayıcı olmayan bir hakkın gerçekte aynı nitelikli olması makul değildir. Nitekim Hanefi hukukçu Kasani bu noktaya işaretle bağlayıcı olmayan bir hakkın aslında ibaha karakterli olduğuna dikkat çekmiştir<sup>94</sup>. Buna göre iareyi hanefi mezhebi

89 Karafi, el-Furuk, I,187.

90 Kenani, el-İkdu'l-munazzam, II,129; el-Behce, I,251.

91 Kenani, a.g.e., II,129.

92 Kiriş koyma hakkının irfakında mezhep görüşü muîrin rucu imkanı olmayışdır. Bu şekilde kurulan bir hak, kirişlerin konulduğu duvar vb. yıkılmadıkça sona ermez. (Fuzûlî, Behce, II,252).

93 İbn Nuceym, el-Eşbah, 419.

94 Hanefilerde, iare akdi ile müsteirin kazandığı yetki muîr açısından bağlayıcı değildir. Bu sebeple iare bağlayıcı bir yetki doğurmaz.

açısından irtifak kurucu bir sebep olarak görmemiz güçtür<sup>95</sup>.

Hanbeli ve Şafii mezhebi ise iarenin ibaha nitelikli olup, aynî bir hak doğurmadığı görüşündedir<sup>96</sup>. Buna göre müsteirin kullandığı menfaat üzerindeki yetkisi ibaha karakterli olup milkü'l-menfaa mahiyetinde değildir. Bunun anlamı iare ve izin yoluyla kurulan bir hakkın irtifak niteliği taşımayacağıdır. Aynı tavrı sergileyen bu iki mezhepte bağlayıcı kabul edilmeyen iare işlemi müsteirin ibaha karakterli olan yetkisi için milkü'l-intifa kavramı kullanılır<sup>97</sup>. Bu kavram her ne kadar "milk" vasfı taşıyorsa da aynî nitelikli bir hakkın ifadesi değildir<sup>98</sup>. Zira burada menfaat üzerinde aynî bir hak oluşmamıştır. Hak sahibi şahıs sadece sınırlı bir istifade yetkisini kullanmaktadır.

## II- İRTİFAK HAKKININ SONA ERİŞ SEBEPLERİ

Belirli bir süreyle sınırlı olarak kurulmayan irtifak hakları prensip olarak devamlı olup kendiliğinden sona ermez. Devamlılık özelliği açısından mülkiyet hakkına benzese de bu şekli bir benzerliktir. Zira irtifaklar mülkiyet hakkının aksine sona ermesi kolay bir hak olup, bu durum şu sebeplerle gerçekleşir.

(ان الملك الثابت للمسيير ملك غير لازم)

Kasani, a.g.e., VI,216.

(وقد يكون بحق غير لازم و هو الاباحة)

( فلا يصلح دليلا على حق المرور )

Kasani,a.g.e. VI, 258

Bu tip bağlayıcı olmayan yetkiler ise ibaha karakterli olup, nitelik olarak milk olarak değerlendirilemez. Bu noktayı izaheden Kasani, bağlayıcı olmayan yetkileri genel anlamda ibaha kavramı ile karşılar. Bedai, VI,258; Ayrıca el-Fetava'l-Hindiyye,VI,191.

95 Hanefilerden Kerhi (v.340/952) iarenin milk doğurmayıp ibaha nitelikli olduğu görüşü ile genel tavırdan ayrılır. İbn Nüceym, a.g.e., 419.

96 Behuti, Keşşafu'l-Kına,  
لان الاعارة نوع من التبرع لانها اباحة منفعة  
IV,63; Şirbini, Mugni'l-muhtac, II,264.

97 İbn Raceb, a.g.e., 209; İbn Kayyim, Bedaiu'l-fevaid, I,3-4.

98 Senhuri, Masadru'l-hakk, I,32.

## A- HAK SAHİBİNİN HAKKINDAN FERAGATİ (ISKAT)

Hanefiler hukûk-ı mücerrede kabilinden gördükleri irtifak haklarının hak sahibinin feragati ile son bulacağı kanaatindedir. Bu görüş "mücerret hak iptal ile batıl olur" şeklinde kaideleşmiştir<sup>99</sup>. Buna göre hak sahibinin mesela "hakk-ı murumu iptal ve iskat ettim" şeklinde açık bir beyanı (sarîh ıskat) veya hadim akar sahibinin hakkın son bulmasını gerektirecek bir işlemine izin vermesi (zımni iskat) hakkı ortadan kaldırır<sup>100</sup>. Bu mücerret bir hakkın ıskatı olduğu için, bunun bir sulh akdi şeklinde bedel alınarak yapılması caiz değildir. Bununla birlikte irtifak hakkının ıskatının bazı durumlarda bir bedele karşılık gelmesi caizdir. Mesela hadim akar maliki, hak sahibiyle anlaşıp akarını bir başkasına irtifaklardan hali olarak satsa satım bedeli üzerinde irtifak sahibinin de hakkı vardır. İrtifak sahibi bu satıma rıza göstererek hakkından bedel karşılığında feragat etmiş olur<sup>101</sup>.

Hanefilerin dışındaki mezheplerde ise ıskat bedel karşılığında yapılabilir. Bu genellikle hakim ve hadim akar maliklerinin, irtifakın kaldırılması hususunda yaptıkları bir sulh akdi niteliğindedir. Hakim akar maliki, hakkın sona ermesine razı olmakta, diğer malik de bunun karşılığında bir tazminat ödemektedir<sup>102</sup>. İrtifak hakları menfaat mülkiyeti (milkü'l-menfaa) niteliğinde olduğu için bunlardan bedel olmak caiz bir işlemdir<sup>103</sup>.

Karşılığında bedel alınmayan ıskat tek taraflı bir işlem olduğu için, karşı tarafın kabulüne lüzum yoktur.

## B- SÜRENİN SONA ERMESİ :

<sup>99</sup> Ali Haydar, Durerü'l-hukkam, III,506-507.

<sup>100</sup> Örnek olarak geçit irtifakında hak sahibinin hadim akar malikince bu geçit üzerine yapılacak binaya izin vermesini gösterebiliriz. Bu izin dolaylı bir ıskat sayılır. Ali Haydar a.y.

<sup>101</sup> Serahsi, a.g.e., XV,57; Burada hak sahibi irtifaktan vazgeçmez ise, hadim akarın malikinin değişmesi bu hakkı etkilemez.

<sup>102</sup> İbn Receb, a.g.e., s.211; Bu sulh akdindeki bedelin, daha önce irtifak kurucu akitteki bedele eşit olması şart değildir. İbn Kudame, a.g.e., V,41; Behuti, a.g.e., III,404.

<sup>103</sup> Behuti, a.g.e., III,413.

İrtifakların belirli bir süreyle sınırlı oluşu, özellikle sözleşmelerle tesis edilen haklarda söz konusudur. Kıdem, zımni kabul ve şart koşma gibi sebeplerle doğan irtifaklar ise süreklilik özelliği taşır. Muavaza karakterli akitlerde taraflar devamlı olmak üzere bir irtifak kurabilecekleri gibi, bunu bir zaman sınıрыyla da kayıtlayabilirler. Kararlaştırılan bu sürenin dolması hakkı kendiliğinden sona erdirir<sup>104</sup>. Sürenin dolmasıyla sona veren bir hakta tarafların birbirlerine tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur.

Hanefi mezhebi irtifakların doğrudan akitlerle kurulmasını prensip olarak kabul etmediğinden, irtifakları devamlı bir hak olarak görürler<sup>105</sup>. Zira diğer sebeplerle (kıdem vb.) kurulan irtifakların belli bir süreyle sınırlanması prensip olarak mümkün değildir.

### C- İRTİFAKIN SAĞLADIĞI MENFAATİN TAMAMEN KAYBOLMASI :

Örnek olarak kamuya açık yola çıkmak için önceden yolu olmayan bir akar yararına kurulan geçit irtifakı, sonraları bu akar önünden geçen bir ana yol yapımıyla fiili değerini kaybetmiş olur. Yine sulama irtifakında su kaynağının tamamen kuruması, bu irtifak sebebiyle sağlanan menfaati ortadan kaldırır. Klasik kaynaklarda bunun en güzel örneği kiriş koyma hakkında duvar ya da kolonun yıkılmasıdır. Menfaatin yok olduğu bu tür durumlarda irtifak devamlı (ebedi) kurulmuşsa hakkın geri dönme imkanı vardır. Su kaynağının yeniden su toplaması gibi, duvarın inşası da ilgili irtifakları geri getirir<sup>106</sup>. O halde menfaatin yok olduğu hallerde irtifak kesin bir şekilde sona ermemiş sadece kullanımı imkansızlaşmıştır. İrtifakın menfaatinin yok olmasına, duvarı yıkma vb. bir şekilde malik ya da bir başkası sebep olmuşsa, hak sahibi tazminat karşılığında hakkı sona erdirebilir.

Belirli bir süreyle kurulan irtifaklarda ise menfaatin yok oluşu, örnek olarak kirişlerin konulduğu duvarın tekrar yapılamayacak şekilde yıkılışı hakkı sona

<sup>104</sup> Nevevi, er-Ravza, II,222; Kenani, el-İkdu'l-munazzam, II,129.

<sup>105</sup> Kasani, Bedai, V,13; Semerkandi, Tuhfe, III,51; İbn Abidin, a.g.e., VI,217.

<sup>106</sup> Köprülü, Sınırlı Ayni Haklar, 47; Nevevi, Ravza, IV,220; Şirbini, Mugni'l-muhtac, II,188.

erdirir. Hak sahibi bu durumda hadim akar malikinden muayyen bir tazminat alır<sup>107</sup>.

Menfaatin yok olmasına benzer bir durum da Hanefilerin tealli hakkı dediği inşaat hakkında söz konusudur. Bu hakkın alt ve üst kattan herhangi birinin ziya ile sona ermesi, kirış koyma hakkında olduğu gibi, irtifakın devamlı yahut süreyle sınırlı oluşuna göre değişmektedir.

#### **D- DİĞER SEBEPLER :**

Teorik olarak irtifak hakkını sona erdirdiği tartışmaya açık olan bir takım haller daha vardır. Klasik kitaplarda bunlarla ilgili yeterli bilgi bulamadığımız için kısaca değinmekle yetiniyoruz.

##### **1- Fiili Kullanmama :**

Bazı modern hukuklarda hak sahibinin hakkını kullanmaması, belli bir süre sonra hakkı sona erdirse de İslam hukukunda durum aksinedir. Kullanmama kıdem sınırına ulaşmadıkca hakkı sona erdirici bir sebep olarak görülmez<sup>108</sup>.

##### **2- İstimlak :**

Devlet tarafından istimlak edilen bir akar üzerinde kurulu irtifaklar da sona erer.

##### **3- Vasiyetle Kurulan Haklarda Hak Sahibinin Ölümü :**

Vasiyetle kurulan irtifak muhtevalı haklar şahsa bağlılık özelliği taşıdığından, bu şahsın ölümü ile sona erer. Bu hüküm vasiyetin, musa lehin bu haktan hayatı boyunca istifadesini gerektirdiği durumdadır. Eğer vasiyet belirli bir süre için yapılmış ve musa leh bu süre dolmadan ölmüşse Hanefi dışındaki mezheplerde hak sona ermeyip musa lehin veresesine intikal etmektedir.

<sup>107</sup> İbn Kudame, a.g.e., V,40; Behuti, a.g.e., III,413. Bu hüküm Hanbeli mezhebine göre olup, Şafilerde ise iki farklı görüş vardır.; Şirbini, a.g.e., II,188.

<sup>108</sup> Ali Haydar, a.g.e., IV,497.



## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### İRTİFAK HAKKININ HÜKÜMLERİ

İrtifak hakkının hükümlerinden kasıt, bu hakkın iktisabı ile doğan hukuki sonuçlar ve hakkın kullanımı esnasında tarafların uyması gereken kurallardır. Gerek irtifak sözleşmesinin kuruluşunda gerekse mevcut bir irtifakta tarafların karşılıklı hak ve sorumluluklarının belirlenmesinde hakkın muhteva ve kapsam tespitinin büyük önemi vardır. Buna göre irtifakların temel hükmü, muhteva tespitinin yapılmasıdır. Diğer bir çok hüküm bu tespit işlemiyle doğrudan alakalıdır.

## I- İRTİFAK HAKKININ MUHTEVA VE KAPSAMININ TESPİTİ

İrtifak hakkı maddi bir mal olmadığından muhtevası üzerinde her zaman belli ölçüde bir bilinmezlik söz konusudur. Bu sebeple özellikle akdi işlemlerle kurulan irtifaklarda tarafların, hakkın muhteva ve kapsamını, bilinmezliği asgariye indirecek şekilde belirtmeleri gerekmektedir. Bu kapsam tespiti, irtifakların akitlerle kuruluşunun temel şartıdır. Zira akdin mevzuunda bilinmezlik söz konusu olmamalıdır. Ayrıca bu tespit sayesinde irtifak hakkı sahibine sağlanan yetki ile hadim akar malikinin sorumluluğu açıklığa kavuşacaktır. Örnek olarak bir mecra irtifakının akitle kuruluşunda, taraflar mecra tesisinin (cedvel, künk vb.) hadim akardaki yerini, mecranın neyin akıtılmasında kullanılacağını, bu tesisin en, boy ve derinliğini vb. belirtmelidirler<sup>1</sup>. Ayrıca bir evin damında yahut arazide biriken yağmur sularının akıtılması konulu bir mecra irtifakında bu dam ve arazinin yüzey ölçüsünün tespiti şartı vardır<sup>2</sup>. Yine bir tealli hakkının tesisinde, alt kat üzerine inşa edilecek binanın ağırlığı ile alakalı bütün özelliklerinin tespiti gerekmektedir<sup>3</sup>. İşte akitlerle kurulan irtifaklarda hakkın muhtevası üzerindeki bilinmezlik bu yollarla en aza indirilmeye çalışılmaktadır. Bu sebeple muhteva tespitinin yapılması aynı zamanda irtifak kurucu sözleşmelerin geçerlik şartlarından biridir. Zira muhtevası yeterince tespit edilememiş bir irtifak hakkının kullanımı esnasında tarafların anlaşmazlığa düşme ihtimali yüksektir.

1 Nevevi Ravza, IV,221; Şirbini „Muğni'l-muhtac, II,191 ; Behuti, Keşşafu'l-kına, III,401.

2 Behuti, a.g.e., III,401

3 Nevevi, a.g.e., IV,221; Şirbini, a.g.e., II,189.

Akdi işlemlerle kurulan irtifaklarda muhteva tespiti taraflarca yapılırken, kıdem yoluyla kazanılarda hakkın muhtevası hak sahibinin kullanımıyla belirlenir. Buna göre bir yetkinin kıdem sebebiyle irtifak hakkına dönüşmesinde, eskiden beri devam eden muhtevası esas alınır. Örnek olarak damının yağmur sularını başkasının arazinine akıtan şahsın bu kullanımı kıdem sebebiyle bir irtifak hakkına dönüştüğünde, kazanılan bu hakkın muhtevası aynen kalır. Hak sahibi bundan sonra bu muhtevayı aşamaz. Mesela yağmur sularını akıtmaktayken evinin kirli sularını akıtmaya kalkarak hakkın muhtevası sınırlarını aşamaz<sup>4</sup>.

## II- HAKKIN KULLANILMASINDA UYULACAK İLKELER :

İrtifak hakkı hakim akar malikine, hadim akar üzerinde doğrudan bir hakimiyet sağlar. Buradaki hukuki ilişki doğrudan doğruya hadim akar ile hak sahibi arasında olduğundan bu hakkın kullanımı için hadim akar malikinin aracılığı gerekmez. Bunun dışında hakim ve hadim akar malikleri arasında bir borç ilişkisi yoktur. Fakat aynı akar üzerinde mülkiyet ile irtifak hakkı karşılaştığı için, irtifakın muhtevasının mülkiyet karşısında açık olarak belirtilmesi ve hakkın kullanımı esnasında uyulacak bir takım esasların tespit edilmesi gerekmektedir. İrtifak hakkının kullanılmasına ilişkin temel ilke, hadim ve hakim akar maliklerinin dürüstlük kurallarına uygun davranmaları, birbirlerini zarara sokacak fiillerden kaçınmaları gereğidir<sup>5</sup>. Buna göre hakkın kullanımı ile ilgili ilkeleri her iki akar maliki açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

### A- HAKİM AKAR MALİKİ AÇISINDAN :

Hakim akar malikinin irtifakın kullanımı esnasındaki durumunu, yetki ve sorumlulukları şeklinde ikiye ayırabiliriz.

<sup>4</sup> Ali Haydar, a.g.e., III, 502,509.

<sup>5</sup> İ. Malik Muvatta' da القضاء في المرافق ismiyle açtığı ve irtifaklarla ilgili rivayetlere yer verdiği bölüme لا ضرر ولا ضرار hadisiyle başlaması bu kuralı ifade etmesi açısından dikkate değer. İ. Malik, el-Muvatta, II, 745.

## 1- Hakim Akar Malikinin Yetkileri :

İrtifak hakkı sahibi hakkını muhafaza ve ondan istifade edebilmek için gereken bütün tedbirleri alabilir. Örnek olarak bir mecra irtifakında mecra tesisinin tamire ihtiyacı olduğunda onu onarabilir ve gerekirse hadim akara girebilir<sup>6</sup>. Bunun gibi irtifakın kullanımını zorlaştıran engelleri ortadan kaldırabilir. Mesela hadim akar malikinin mecranın akışını engelleyecek şekilde yarıttığı bir yapıyı kaldırıp yahut delip irtifakı kullanmaya devam edebilir<sup>7</sup>.

## 2- Hakim Akar Malikinin Sorumlulukları :

Hak sahibinin temel sorumluluğu, hakkın kullanımı esnasında irtifakın muhtevası dışına çıkmamaktır. Hak sahibinin hadim akar üzerindeki bütün yetkisi, muhtevası belirli bir irtifak hakkından ibarettir. Bu sebeple hadim akar üzerinde bu muhtevanın dışında her hangi bir tasarrufta bulunmaya yetkisi yoktur. Örnek olarak bir şirb hakkında hak sahibi suyu arazisine çektiği hark ya da cedvelin ağzını (daha fazla su almak için) genişletemez<sup>8</sup>. Yine bir mecra irtifakında yağmur suyu akıtma yetkisi olan şahsın bu yetkinin kapsamı dışına çıkarak hakkını kar atma ya da değişik mahiyetteki suları akıtma şeklinde kullanması caiz değildir<sup>9</sup>. Bunun gibi belirli bir akarın damında biriken suları akıtma hakkı alan şahsın başka bir akarın damınının sularını akıtmak suretiyle irtifakın kapsamını genişletmeye hakkı yoktur<sup>10</sup>. Hadim akar üzerindeki irtifakın muhtevasını aşan bu tip tasarrufların yasak olması için akar malikine bir zarar veriyor olması şart değildir. Çünkü zarara yol açmasa da

<sup>6</sup> Nevevi, a.g.e.,IV, 222; Ali Haydar, a.g.e., III, 508

<sup>7</sup> Nevevi, a.g.e., IV, 222

<sup>8</sup> Ali Haydar, a.g.e., III, 543.

<sup>9</sup> Nevevi, a.g.e., IV, 222, Ali Haydar, a.g.e., III,509, 542; Şirbini, a.g.e. II, 191.

<sup>10</sup> Serahsi, Mebsut, XVII,95-96. İrtifaklar ayna bağlı oldukları için, hakim akarın normal statüsü değişmeden sırf malikinin değişmesi irtifak yükünün artırılması olarak nitelenemez.Mesela hadim akar üzerinde geçit hakkı kullanan bir kişi bu akarını on kişilik bir aileye satsa bu yeni durumda irtifak yükü artmış değildir.Zira hakkın konusu olan geçiti kullanma hususunda bir değişme yoktur. Ali Haydar, a.g.e., III,504.

başkasının mülkünde haklı bir sebep olmadan bir tasarrufta bulunmak caiz değildir<sup>11</sup>. Buna göre hadim akara zarar verecek tasarrufları da açıkca caiz olmamaktadır<sup>12</sup>.

İrtifakın muhtevasının dışına çıkılmayacağı ilkesi, irtifakın yerinin ve kullanım tarzının değiştirilmesi hususunda da geçerlidir. Hakim akar malikinin, hadim akar sahibinin rızası olmadan kendi isteği doğrultusunda irtifakın önceki kullanım yerini ya da tarzını değiştirmeye yetkisi yoktur. Zira bu halde hadim akardan, malikin rızası olmayan bir tarzda istifade edildiğinden bir nevi hakkın kapsamı dışına çıkmış olmaktadır. Buna göre mesela bir mecra irtifakında toprağın altından geçen su yolu toprağın üstüne çıkartılamaz. Aynı şekilde toprağın üstünde olan mecra tesisi de hadim akar malikinin izni olmadan toprağın altına<sup>13</sup> ya da başka bir yere<sup>14</sup> nakledilemez. Bunun gibi hadim akarın belli bir yerinden geçme yetkisine sahip olan şahıs, irtifakla yüklü bölgenin dışında başka bir yerden geçemez<sup>15</sup>. Hakim akar malikinin irtifakın yerini değiştirme yetkisi ancak, mevcut halin kendisi için açık bir zarara yol açmaya başlaması durumunda söz konusu olmaktadır<sup>16</sup>. Hak sahibinin irtifakın yerini değiştirme yetkisi olmadığı gibi kullanım tarzını da değiştirmesi caiz değildir. Örnek olarak bir su kaynağından haftanın farklı günlerinde istifade edebilen şirb hakkı sahibi kendi nöbetini değiştirerek belirli bir vakitte toplayamaz<sup>17</sup>.

İrtifak hakkı sahibi bu yetkisini hadim akara en az zarar verecek biçimde kullanmalıdır. İrtifakın normal ölçüler içinde kullanımını ilke olarak bir zarar ile sonuçlanmaz. Zaten hukuk düzeni fert ya da kamuyo zarar veren bir halin zaman aşımı ile dahi bir irtifak hakkına dönüşmesine imkan vermemektedir<sup>18</sup>.

11 Kasani, a.g.e.,VI, 265; Bu hüküm Hanefi mezhebinde "Başkasının mülkündeki tasarrufların yasaklığı bunların zarar verici olma vasfına bağlı değildir "prensibiyle ifade edilmiştir.

12 Serahsi, a.g.e.,XV, 58.

13 Serahsi, a.g.e, XVII, 95; Kasani, a.g.e.,VI, 205

14 Sahnun, el-Müdevvene,VI, 193; Bu konuda Hz. Ömer' in farklı bir hükmüne daha önce temas etmiştik. Bkz.,İ. Malik, el-Muvatta, Akdiye, 35.

15 Ali Haydar, a.g.e., III, 429.

16 Şeybani, Kitabu'l-asl, (A.E. 89), 238.

17 Ali Haydar, a.g.e.,I,47, III,542.

18 Bkz. Mec. Md. 1213, 1214.

İrtifak sahibinin, hakkın normal ölçüler içersindeki kullanımından doğan zararları tazmin sorumluluğu yoktur. Örnek olarak bir mecra irtifakında, hadim akar malikinin evinin üzerinde su akıtma tesisi olan hak sahibi, bu irtifakın ona sağladığı yetkileri normal ölçüler içersinde kullanmakta olsun. Bu durumda hak sahibinin mecra tesisinin delinmesi sonucu ortaya çıkan zararı tazmin etme borcu yoktur. Zira bu olayda irtifak sahibinin sorumlu olmasını gerektirecek bir kasıt ya da kusur söz konusu değildir. Bu hüküm, "Mütesebbib, müteammid olmadıkca tazminle sorumlu tutulmaz" külli kaidesinin bir gereğidir<sup>19</sup>. Bu olayda hak sahibinin sadece, bozulan mecra tesisini bir an önce onarıp mevcut irtifakın hadim akar malikine daha fazla zarar vermesini engelleme borcu vardır<sup>20</sup>.

İrtifakın normal ölçüler dışında kullanımından doğan zararlar ise hak sahibince tazmin edilir. Zira burada irtifak sahibi bu hakkın ona tanıdığı yetkileri aşmaktadır. Bu da zararın oluşmasında kasıt unsurunun varlığını göstermektedir<sup>21</sup>.

#### **B- HADİM AKAR MALİKİ AÇISINDAN :**

İrtifak hakkının kullanımında hadim akar malikine ilişkin temel hüküm, irtifak sahibinin hakkını kullanmasını engelleyen ve güçleştiren tasarruflardan kaçınmak ve akarını sürekli bir şekilde hakim akar malikine hizmete müsait bir halde tutmaktır. Buna göre mesela bir geçit irtifakında, irtifakla yüklü bölge sürekli gelip geçmeğe uygun olmalıdır<sup>22</sup>. Hadim akar malikinin kendi mülkündeki tasarrufları, hiçbir şekilde irtifakın kullanılmasını güçleştirmemelidir. Bunun gibi hadim akar malikinin irtifakın yerini değiştirme yetkisi de yoktur. Örnek olarak bir mecra irtifakında mecra tesisi hakim akar sahibinin rızası alınmadan başka bir bölgeye nakledilemez ya da alçaltılıp yükseltilemez<sup>23</sup>.

İrtifak hakkının normal ölçüler içersinde kullanımı esnasında doğrudan hadim akarda meydana gelen tamir ve ıslah ihtiyaçlarından bu akar maliki sorumludur. Mesela bir mecra irtifakında, mecra tesisinin üzerinden geçtiği evin damı yıkılsa ya

<sup>19</sup> Mec. Md.,93; Ali Haydar, a.g.e.,III, 511,537.

<sup>20</sup> Ali Haydar, a.g.e.,III, 511

<sup>21</sup> Ali Haydar, a.g.e.,III, 537.

<sup>22</sup> Serahsi, a.g.e.,XVII,96; Kasani, a.g.e.,VI, 265.

<sup>23</sup> Kasani, a.g.e.,VI, 265.; Behuti, a.g.e.III, 411.

da bozulsa, bunun tamiri yalnızca hadim akar malikinin görevidir. Tamir ve ıslah ihtiyacı irtifakın fiili kullanımından doğmuş olsa da hüküm böyledir. Zira bu malik akarını sürekli hakim akara hizmete musait halde tutma sorumluluğu altındadır. Tamir için yapılan masraflara da hakim akar sahibinin katılma sorumluluğu yoktur<sup>24</sup>.

Hadim akar malikinin bu akar üzerinde, irtifak hakkının kullanılmasını engellemeyen tasarruflarda bulunması ise mümkündür. Mesela bir mecra irtifakında hadim akar maliki, mecranın üzerinden geçtiği eve yeni bir kat ilave etmek istediğinde mevcut irtifaka bir zarar vermeden bunu yapabilme yetkisi vardır<sup>25</sup>.

### III- HAKİM VE HADİM AKARLARIN TAKSİMİ :

İrtifak hakkının bağlı olduğu bir akarın herhangi bir sebepten dolayı taksim edilerek bağımsız hisseler ayrılması gerekebilir.

Taksim ya da kismet, müşterek mülkiyete konu olmuş bir eşya üzerindeki hisselerin hukuken belirlenen kriterlere göre tayin ve ifraz edilmesidir<sup>26</sup>. Kismet akdi ile hisseler birbirinden ayrılarak, mülkiyet ferdi hale dönüştürülür. Bu şekilde her şahıs kendi hissesinden dilediği gibi istifade etme ve onun üzerinde serbest bir şekilde tasarruf etme imkanına kavuşur. Bu açıdan kismet akdinde temel kural, her hisseyi diğeriyle hukuki açıdan herhangi bir alakası kalmayacak ve tamamen bağımsız olacak bir hale getirmektir<sup>27</sup>. İşte başka bir akar ile irtifak ilişkisi içinde olan akarın taksimi halinde irtifaklara bağlanacak sonuçların tespiti gerekmektedir. Bunun için konuyu hakim ve hadim akar açısından ayrı ayrı incelemek uygundur.

24 Serahsi, a.g.e., XXIII, 174; Kasani, a.g.e., VI, 265; Kadıhan, el-Fetava, III, 216; İbn Receb a.g.e., s. 151. Bu tip bir irtifakta mecra tesii üzerinde meydana gelen aksaklıklar ise bu mecranın maliki tarafından tamir edilir. Buna göre bozulan mecra tesisi eğer hadim akar malikinin ise hakkı kullanan hakim akar malikinin bu tamire katılması gerekmez. Gereken tüm masraflar diğer malik tarafından karşılanır. Rafii, Fethu'l-aziz, X, 323.,

25 Kasani, a.g.e., VI, 265; Ali Haydar, a.g.e., III, 465.

26 Kismet hisseyi şayiayı tayin etmektir. Mec. Md. 301.

27 Kasani, a.g.e., V, 165; İbn Abidin, a.g.e., V, 190; Ali Haydar, a.g.e., III, 395; Mec. Md. 1151.



## A- HAKİM AKARIN TAKSİMİ :

Diğer bir akar üzerinde irtifak hakkına sahip olan hakim akar, taksim sonucu birden çok hisseye ayrıldığında meydana gelen bütün müstakil hisseler irtifaktan yararlanır.

İrtifak hakkı ilke olarak hakim akarın taksiminden etkilenmez<sup>28</sup>. Sadece, tek olan irtifak sayı yönünden çoğalmış, bağımsız hisse sayısı kadar irtifak doğmuş olur. Ancak bu, hakim akar üzerindeki irtifak yükünün ağırlaştırılması sonucunu doğuramaz. Hakkın konusu ve kapsam aynı kalır. Örnek olarak başkasının akarı üzerinde geçit hakkı olan bir ev, taksim sonucu birden çok hisseye bölündüğünde, yeni hissedarlar mevcut irtifaktan faydalanırlar ve bu sebeple yola yeni kapılar açabilirler<sup>29</sup>. Taksim öncesi bir kişiye ait olan geçit irtifakı bu şekilde sayı yönünden çoğalmış olmaktadır. Fakat bu durum hakim akardaki irtifak yükünde bir artma meydana getirmez. Normal şartlar içinde bu tip bir taksimde irtifak yükünün aynı kaldığı kabul edilir. Geçit hakkı gibi irtifak yükünün maddi anlamda ölçülme ve bölünmesinin mümkün olmadığı durumlarda, bu yükün ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığının ölçüsü, hakim akarın taksim öncesinde olduğu gibi normal ölçüler içersinde kullanılmalıdır. Örneğin tek kişinin mülkiyetinde olan bir evin taksim sonrası üç kişi tarafından kullanılması mevcut irtifakın üçe bölünmesi demek olduğundan burada ilave bir yük söz konusu değildir<sup>30</sup>.

İrtifak yükünün ağırlaşma ölçüsü, şirb hakkı gibi ölçülebilir ve bölünebilir<sup>31</sup> özellikteki irtifaklar açısından daha kolaydır. Buna göre hakim akarın, mevcut su hissesi, yeni malikler arasında arazi hisselerine göre paylaşılır. Maliklerin çoğalması sebebiyle hak konusunda bir artırıma gidilemez<sup>32</sup>.

Bütün bu hükümler taksim sonrası tüm hisse sahiplerinin irtifaktan fiilen istifadelerinin mümkün olduğu durumlarla ilgilidir. Ancak bazı hallerde, hakim akarın taksimi neticesinde mevcut irtifak olduğu hal üzere bırakıldığında sadece belirli hisseler haktan fiili olarak istifade edebilmektedir. Bu durumda diğer hisseler

28 Serahsi, a.g.e., XV, 56; Kasani, a.g.e., VII,29.

29 Mec. Md. 1172.

30 Ali Haydar, a.g.e., III, 428.

31 Behuti, a.g.e.,II, 200; Ramli, Nihayetü'l-muhtac, IV,390.

32 Mec. Md.,1172.

lehine bir menfaat söz konusu değildir. Zira irtifak hakim akarın sadece belirli kısımlarına munhasır kalmakta ve onun sadece bu belirli bölümlerini ilgilendirmektedir. Böyle durumlarda irtifak sadece bu haktan fiili olarak istifade eden hisse malikine ait olmaktadır. Mesela, hakim akar üzerindeki bir ev için kurulu olan mecra irtifakı, bu akarın taksimi sonucu sadece evin bulunduğu hisse lehine varlığını sürdürür. Diğer hisseler adına böyle bir irtifakın varlığından söz edilemez. Bu hüküm Mecelle'de şu şekilde ifade edilir. "Maksumun arazi-i mucavirede olan hakk-ı tarık ve mesili her halde dahili kısmet olur. Yani kimin hissesine vaki olursa onun hukukundan olur. Hın-i kısmette gerek gerek cemi hukuku ile denilsin gerek denilmesin"<sup>33</sup>.

Yine bir katı doğrudan umumi yola açılan bir evin diğer katı başkasının akarı üzerinden geçit hakkının kullanılması ile ana yola ulaşıyorsa, evin katları farklı kişilere düşecek şekilde taksim edildiğinde mevcut geçit hakkı sadece ilgili kat malikinin olur. Diğer kat sahibinin yolda bir geçit hakkı yoktur. Burada görüldüğü üzere taksim sonrasında irtifak aynen bırakılmakta, hakim akarın irtifakı fiili olarak kullananların dışındaki hisseleri bu haktan faydalanamamaktadır<sup>34</sup>.

## B- HADİM AKARIN TAKSİMİ :

Hadim akarın taksimi de hakim akar açısından geçerli olan genel kurallara göre yapılır. Burada da temel ilke taksim sonrası irtifakın aynen kalarak hadim akarın bütün hisseleri üzerinde devam etmesidir. İrtifak eğer hadim akarın fiilen belirli parçalarına munhasır kalırsa diğer parçalardan hak kalkmaktadır. Zira bu parçalar üzerinde hakim akar lehine bir menfaat zaten kalmamıştır.

İrtifakın hadim akarın bütününe kayıtlamasına örnek olarak manzara (yapı yapmama) irtifakını gösterebiliriz. Bu irtifakta hadim akarın tümü yapı yapılmaması borcu ile yüküdür. Taksim sonrası oluşan bütün hisseler aynı borcun altındadır. Fakat geçit ve mecra gibi irtifaklar hadim akarın belirli bir kısmıyla alakalıdır. Bu sebeple taksim ile oluşan hisselerden hak ile yüklü olanlar sadece bu geçit ya da mecranın olduğu kısımlardır. Diğer hisseler ise hadim akar konumundan çıkmakta

<sup>33</sup> Mec, Md., 1165. Kısmet esnsında "cemi hukuku ile" denilmesi akara bağlı olan irtifakların da bu akarla birlikte akde dahil olduğunun ifadesidir.

<sup>34</sup> Ali Haydar, a.g.e., III, 418.

ve irtifak hakkı ile bir ilişkileri kalmamaktadır.

Hadim akarın taksimine, bunun üzerinde irtifak sahibi olan hakim akar maliklerinin engel olma hakları yoktur. Çünkü taksim kişinin kendi mülkünde yaptığı, diğerlerini ilgilendirmeyen bir tasarruftur<sup>35</sup>. Taksim mevcut irtifaka zarar vermedikten sonra hak sahibinin itirazı için herhangi bir dayanak kalmamaktadır. Fakat taksim, irtifak hakkını etkileyecek şekilde ise bu durumda hakim akar maliklerinin rızasının alınması gerekmektedir<sup>36</sup>.

#### IV- İRTİFAK HAKKINDA ORTAKLIĞIN ŞUF'A SEBEBİ OLUŞU MESELESİ :

İrtifak hakları açısından önem taşıyan bir konu da bu tip haklarda ortak kullanımın, özellikle Hanefi mezhebinde bir şuf'a hakkı sebebi olarak görülmesi konusudur. Bu mezhebe göre şuf'a hakkı üç sebepten doğar.

- a) Satım akdine konu olan akar üzerinde hissedar (nefs-i mebi'de müşarık) olma,
- b) Böyle bir akar ile irtifak benzeri bir haktan birlikte istifade eder (hakk-ı mebide halit) olma,
- c) Böyle bir akara üstten ya da yandan bitişik başka bir akara malik (car-ı mulasık) olma<sup>37</sup>.

Bunlar içerisinde irtifaklarla ilgili olan, hakk-ı mebi'de halit olmak şeklinde ifade edilen şıktır. Buna göre aynı özel nehirden su alan ya da aynı özel yolu kullanan akarlardan birinin satımında diğer akar malikleri şuf'a hakkı sahibi (şeffi) olurlar<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Serahsi, a.g.e., XV, 56,57; Kasni, a.g.e., VII,29.

<sup>36</sup> Serahsi, a.g.e., XV, 56,57. Diğer üç mezhepte ise şufa hakkı sadece "nefsi mebide müşarık olma" sebebiyle doğmaktadır. Bu yüzden "hakkı mebide halit olma" hali şufa sebebi değildir. Bkz. Haraşi, Haşiye, IV, 379; Şirbini, a.g.e., II, 297; İbn Kudame, el-Muğni, V,461.

<sup>37</sup> Mec. Md. 1008.

<sup>38</sup> Umumun istifade ettiği nehirlerden (nehri amm).su alan ya da umuma ait bir yolu (tarik-i âm) kullanan akar malikleri ise birbirine şuf'acı olamazlar. Zira bunların sayı ve sınırı bilinemez. Birlikte kullanımı şuf'a sebebi olan özel yol ve özel nehirin

Hanefi kaynaklarda ortaklaşa kullanılması şuf'a hakkı sebebi olarak takdim edilen temelde iki hak vardır. Bunlar, özel nehir üzerindeki şirb ve özel yol üzerindeki murur hakkıdır. Mecra hakkının ortaklaşa kullanılmıyacağını söyleyen Kasani gibi hukukcular bunu bir şufa hakkı sebebi olarak görmese de<sup>39</sup>, sonraki bazı müellifler, mecra hakkında ortaklığı da şuf'a hakkı sebebi olarak değerlendirirler<sup>40</sup>.

Buna göre "hakk-ı mebi'de halit olmak" şeklinde ifade edilen şuf'a hakkı sebebi; satım akdine konu olan akar üzerinde şirb, murur ve mecra tipi haklarda birlikte kullanımı ifade etmektedir. Ancak burada işaret edilmesi gereken bir nokta, bu şuf'a sebebinin "irtifak haklarında ortaklık" şeklinde takdiminin isabetli olmadığıdır<sup>41</sup>. Zira buradaki şirb ve murur gibi haklar çoğunlukla teknik anlamda bir irtifak olmayıp genelde ya kimsenin özel mülkiyetinde olmayan ya da müşterek mülkiyet altındaki yol ve mecralar üzerinde kurulan ibaha nitelikli bir hak mahiyetindedir. Bunların her ikisi de bir irtifak hakkı değildir. Çünkü birincisi ibaha nitelikli bir yetki olduğundan, teknik anlamda bir irtifak hakkı değildir. İkincisi ise kişinin kendi malından istifadesi anlamı taşır ki bu da irtifak diye nitelenemez. Bu yüzden Mecelle'de hakk-ı mebi'de halit olmak şeklinde ifade edilen ikinci sıradaki şuf'a hakkı sebebinin "irtifak haklarında ortaklık" diye değil de "irtifak ve irtifak muhtevalı bazı haklar üzerinde ortak kullanım" şeklinde anlamak gerekmektedir. Zira görüldüğü üzere irtifak olmayan ibaha nitelikli bazı yetkilerde ortaklık şuf'a sebebi olabildiği gibi, her aynî nitelikli irtifak hakkı da doğurmamaktadır. Şuf'a hakkı ilişkisi gerçekte şirb, murur ve mecra irtifaklarında hakim ve hadim akar arasında gerçekleşir<sup>42</sup>. Mesela başkasının arazisi üzerinde geçit (murur) hakkı olan hakim akar maliki, bu akarın satımında şefi olur. Çünkü bu şahsın satılan akardaki bir geçit üzerinde irtifak hakkı vardır ve bu geçitten her iki akar maliki birlikte

---

tarifinde farklı görüşler vardır. Bu konudaki temel prensip ilgili nehir ve yolu ortaklaşa kullanan kişilerin sayısının kolayca tespit edilebilir olmasıdır. Mecelle bu prensibi "şirb-i hâs eşhâs-ı ma'dûdeye mahsûs olan mâi cârideki hakk-ı şirbdır, şeklinde ifade eder. (Md. 1239). Bkz. İbn Abidin, a.g.e., VI, 220; Kasanî, a.g.e., V, 9.

39 Bkz., Kasani, a.g.e., V, 10.

40 Ali Haydar, a.g.e., III, 131.

41 Böyle bir tavır için bkz., Ali Hafif, el-Milkiyye, s. 335; Karaman, a.g.e., III, 95.

42 Kasani, a.g.e., V, 10; Ali Haydar, a.g.e., III, 131.

istifade etmektedir. Dolayısıyla geçit üzerinde ortak kullanım oluşmuştur. Aynı hüküm şirb ve mecra hakkı için de geçerlidir.

Bu üç hakkın dışındaki tiplerde ise ilke olarak şuf'a hakkı söz konusu değildir. Mesela komşusunun duvarına giriş kayma hakkına sahip olan şahıs, sırf bu hak dolayısı ile şefi olamaz. Zira ortada şuf'a doğuracak ortak bir kullanım söz konusu değildir<sup>43</sup>.

Şirb ve murur haklarında ortaklık sebebiyle kazanılan şuf'a hakkının, talep hakkı doğurması için meşfu akarın satım akdine bu haklar ile birlikte konu olması gerekir. İlgili irtifak tipi hak satım akdine dahil edilemezse bu hakta ortaklık şuf'a talebi hakkı doğurmaz. Mecelle bunu şöyle ifade eder. "Hakk-ı şirb-i hassı olan bir bahçe sahibi hakk-ı şirbini satmayıp da yalnız ol bahçeyi satsa hakk-ı şirbinde halî olanlar şefi olamaz. Tarık-ı has dahi buna kıyas oluna"<sup>44</sup>.

---

43 Kasani, a.g.e., V, 10.

44 Mecelle, Md. 1015.

## SONUÇ

Eşya hukukunun sınırlı aynı haklar bölümünde ele alınan irtifak hakları konusu, muasır fıkıh çalışmalarda yeterince işlenmemiş olduğundan bir çok kapalı noktaya sahipti. Bu halin bir sebebi de genel olarak eşya hukukunun temel bazı meselelerinin netliğe kavuşmamış olmasıdır. Bu durum irtifak konusunda isabetli sonuçlara ulaşabilmesi için önce İslam eşya hukukuna ait temel kavramların ele alınmasını gerekli kılmaktaydı. Bu sebeple işe şahısların eşya üzerindeki yetkilerinin tespitiyle başladık ve bunu milk, hukuk ve ibaha şeklinde üçlü bir tasnif ile sunduk. Giriş kısmında ana hatlarıyla temas edilen bu tasnif İslam eşya hukuku için temel hareket noktalarından birini oluşturacak merkezi bir konuma sahiptir.

İrtifak hakları, İslam hukukunun klasik kaynaklarında konu olarak baştan beri mevcut ve yeterince işlenmiştir. Genel anlamda irtifakları ifade eden "hukuk" ve "merafık" kavramları ilk kaynaklardan itibaren mevcut olduğu gibi, irtifakların değişik tiplerine dair özel kavramların oluşumu daha hicri beşinci asırda büyük oranda tamamlanmıştır.

İslam hukukundaki irtifak anlayışı, hakim ve hadim akarları irtifakların vazgeçilmez unsuru kabul etmesi sebebiyle sebebiyle klasik dönem Roma hukuku ve daha yeni olarak Fransız hukukundakine benzemektedir. Türk pozitif hukukundaki irtifaklar ise akar unsuru taşımayan bazı şahsa bağlı hakları da (intifa hakkı vb.) içerdiğinden. fıkıhtakinden farklı ve daha geniş kapsamlıdır. Fıkıhtaki irtifaklar bu hukukta sadece ayna bağlı olan irtifak grubuna karşılık gelmektedir.

Kaynaklarda yaklaşık on irtifak tipine rastlanmakta olup, bunlar modern hukuktaki belli başlı irtifakları içermektedir. Bununla beraber hiç bir mezhepte irtifakların belirli tiplerle sınırlı olduğu anlayışına tesadüf edilmemektedir. Zaman zaman irtifakların iktisap sebeplerinde bazı sınırlamalar görülse de bunun doğurduğu boşluk diğer iktisap yollarıyla giderilebilmektedir. O halde fıkıhta, hukukun genel ilkelerine aykırı olmadığı sürece menfi ve müspet muhtevalı yeni irtifak tiplerinin tesisi mümkündür.

İslam hukukunda irtifaklar -Hanefilerin çoğunluğunun tavrı bir tarafa bırakılırsa- iradi olup ilke olarak bir irtifak sözleşmesiyle kurulmaktadır. Bu sözleşme özellikle Şafii mezhebi kaynaklarında açıkça belirtildiği üzere satım ve kira akitlerine benzemekle birlikte her ikisinden de farklı özel bir türdür. Bu özelliği sebebiyle Türk medeni hukukundaki gibi "irtifak sözleşmesi" kavramıyla ifadesi uygundur. Diğer bir irtifak kurucu sebep olarak sunulan zimni kabul, kavram olarak Fransız hukuku kaynaklı Mısır hukukundan alınmış olup, fıkıh açısından da geçerli bir hak tesis sebebi niteliğindedir..

İslam hukukunda "kanun" da bir irtifak iktisap sebebi olabilmektedir. Kanundan doğan (zaruri) irtifaklarla akdi olanlar arasında özellikle Hanbeli hukukcular tarafından, incelediğimiz modern hukuklardaki gibi mahiyet farkı gözetilmiş olması teknik açıdan önemli olup, eşya üzerindeki yetkilerin dakik bir şekilde tasnifinin bir göstergesidir.

Konunun hüküm ve problemi üzerindeki mesaimizin dışında, kavram gelişimiyle ilgili incelemelerimizde de bazı temel sonuçlar ortaya çıkarılmıştır. Şöyleki Hanefi mezhebi konuların kavramlara dökülerek işlenmesinde diğerlerinden daha başarılı görünmektedir. Gerçekten de kavram hukukçusu olarak bilinen Hanefi bilginler, hukuk tarihi boyunca pek çok kavram üretmişlerdir. Öyleki bu kavramlardan bir kısmı sadece Hanefi kaynaklara has olduğundan mezhep içi bir kavramlaşma söz konusudur. Bu mezhep içerisinde kavramları kullanma açısından görebildiğimiz en önemli sima Serahsidir. Hanefilerin bu hukukcu ile ulaştığı nokta, diğer bazı mezheplerin son dönemde ulaştığı kavramlaşmanın dahi üzerindedir.

Şafii hukukçular da ilgili konularda bir çok kavram geliştirmiş olmalarına rağmen Hanefilerin gerisindedirler. Hanbeli kaynakları ise sistem ve metod açısından Şafiilerinkine benzer olsa da kavramlar açısından bu mezhebin gerisindedir. Malikiler "irtifak" kavramını geliştirmelerine rağmen konuyla ilgili kavramlar açısından yetersizdir.



## BİBLİYOGRAFYA

- Abbadî**, Abdüsselam Davud, el-Milkiyye fi'ş-şeriatî'l-islamiyye, c.I-III, I.Bası, Amman 1973.
- Abdullah b.Abdulaziz Muslih**, Kuyudu'l-milkiyyeti'l-hassa, I.Bası, Beyrut 1988
- Akgündüz**, Ahmet, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, (Vakıf Müessesesi) T.T.K., Ankara 1988.
- Akgündüz**, Ahmet-Cin Halil, Türk Hukuk Tarihi, c.I-II, Konya,1988.
- Ali Hafif**, Ahkamu'l-muamelâtîş-şeriyye, Daru'l-fikri'l-arabî, yy. ts. ...., el-Milkiyye fi'ş-şeriatî'l-İslamiye, Beyrut 1990.
- Ali Haydar Efendi**, Dureru'l-hukkam şerhu Mecelleti'l-ahkam, c.I-IV, İstanbul 1330
- Aral**, Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul 1962
- Baberti**, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud (786/1384), Şerhu'l-İnaye ale'l-Hidaye (Fethü'l-kadir ile) c.I-X, Beyrut, Daru'l-fikr, ts. (el-İnaye).
- Baci**, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef (494/1100), el-Münteka şerhu'l-Muvatta, c.I-VII, III.Bası ,Beyrut, 1983.
- Bedran**, Ebu'l-Ayneyn Bedran, Tarihu'l-fikhi'l-islamî ve nazariyyetu'l-milkiyye ve'l-ukud, Beyrut, ts.
- Behûfî**, Şeyh Mansur b. Yunus (1051/1641), Keşşafu'l-kına' an metni'l-İkna, c.I-IV, Beyrut 1982 (Keşşafu'l-kına).
- Berkî**, Ali Himmet - Cumralı, Sedat, Eski ve Yeni Hükümlere Göre Su Hakları, Ank.1959.
- Bezzazî**, Hafızuddin Muhammed b.Muhammed (827/1424), el-Camiu'l-veciz, (el-Fetava'l-hindiyye kenarında)
- Bilmen**, Ömer Nasuhi, Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, c.I-VII, İst. 1986,(Kamus).
- Buhari**, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, (256/869), Sahihu'l-Buhari, c. I-

VIII, İst. 1992.

**Demir**, Fahri, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1988.

**Derdir**, Ebu'l-Berakat Ahmed b. Muhammed, eş-Şerhu'l-kebir, c.I-IV, Daru'l-fikr, ts. (Dusikî haşiyesiyle).

**Dusukî**, Şemsuddin Şeyh Muhammed Arafe, Haşiyeye ala'ş-Şerhi'l-Kebîr, c.I-IV, Daru'l-fikr, ts.

**Ebu Sünne**, Ahmed Fehmi, Nazariyyetü'l-hakk, (el-Fıkhü'l-islami içersinde) 1971.

**Ebu Zehra**, el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şeriatü'l-islamiyye, Kahire 1977, (El-Milkiyye).

**Ebu'lula Mardin**, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1948.

**el-Eskar**, Muhammed Süleyman, el-Fihrisu'l-hecaî li Kitabi Muğnî l'ibn-i Kudame, Beyrut 1971.

**Esmer**, Galip, Mevzuatımızda Gayrı Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili , Ankara 1967.

**Gazzali**, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed (505/1111), el-Veciz,c.I-XII, (Fethu'l-aziz şerhi içinde).

**Haraşi**, Sidi Ebu Abdullah Muhammed (1101/1689), Haşiyeye ala Muhtasarı Halil, c.I-V, I.Bası, Mısır 1308, (Haşiyeye).

**el-Hatibu'ş-Şirbini**, Şemsuddin Muhammed b.Ahmet (977/1570), Muğni'l-muhtac, c.I-IV, Kahire 1308.

**Hattab**, Ebu Abdullah Muhammed el-Mağribi (954/1547), Mevahibu'l-celil li şerhi Muhtasarı Halil, c. I-VI, Beyrut 1978, II.Bası.

**Heyet**, el-Fetâvâ'l-Hindiyye, c.I-V, IV. Bası, Beyrut 1986,

**el-Heytemi**, İbn Hacer Ebu'l-Abbas Şihabuddin, Tuhfetu'l-muhtac bi şerhi'l-Minhac, Daru'l-fikr, ts.

**İbn Abidin**, Muhammed Emin b.Ömer (1252/1836), Reddü'l-muhtar ala'd-Durri'l-muhtar, c.I-VIII, İst.1985.

....., Mecmuatü'r-rasail, c.I-II, yy., ts.

**İbn Cüzey**, Muhammed b.Ahmed (741/1340), Kavaninu'l-ahkamiş-şeriyeye, Lübnan, ts.

**İbn Ferhun**, Şemsuddin Ebu Abdullah el-Yamesî [799/1397], Tebsıratu'l-hukkam

- fi usuli'l-ekdiye ve menahicu'l-ahkam, c.I-II, Beyrut, 1883.
- İbn Kadı Simavne**, Mahtut b.İsmail (823/1420), Camiu'l-Fusuleyn c.I-II, I. Bası, Mısır 1300.
- İbnu'l-Hümam**, Kemaluddin Muhammed b.Abdulvahit (861/1457), Fethu'l-kadir, c.I-X, Beyrut, Daru'l-fikr, ts.
- İbn Kudame**, el-Makdisi, (682/1283), eş-Şerhu'l-kebir, c.I-XV, Beyrut 1984 (el-Muğnî ile birlikte).
- İbn Kudame**, Muvaffakuddin Ebu Muhammed (620/1223), el-Muğnî, c.I-XV, Beyrut, ts.
- İbn Manzur**, Ebu'l-Fadl Cemaluddin Muhammed b.Mükerrem, Lisanu'l-arab, c.I-XV, Beyrut, ts.
- İbn Nuceym**, Zeynüddin b.İbrahim el-Mısrî, (970/1562), el-Eşbah ve'n-nezair.,I. Bası, Dimeşk 1983.
- .....Resail-i İbn Nuceym, I. Bası, Beyrut,1980.
- İbn Receb**, Hafız Ebu'l-Ferec Abdurrahman el-Hanbelî (795/1392) "Takriru'l-kavaid ve tahriru'l-fevaid", I. Bası,Kahire 1972, (el-Kavaid).
- İbn Rüşd**, Ebu'l-Velid el-Kurtubi (520/1126), el-Beyan ve't-tahsil c.I-XX, Beyrut 1984.
- İbn Şât**, Siracuddin Ebu'l-Kasım b. Abdullah, İdraru's-şuruk ala envai'l-Furuk (Furuk ile)
- İmre, Zahit**, Medenî Hukuka Giriş, İst.1976, II.Bası.
- Kadri Paşa**, Muhammed, Mürşidü'l-hayran ila marifeti ahvali'l-insan, Kahire 1983, II.Bası
- Kadıhan**, (592/1196) Fahrudin Hasan b.Mahmud el-Uzcendî el-Fergani, el-Fetava'l-Haniyye. (el-fetava'l-Hindiyye kenarında)
- Kalyubî**, Şihabuddin Ahmet b.Ahmet İbn Selame (1069/1658) Haşiyetu Kalyubî ala şerhi Minhacu't-talibin, c.I-II, Beyrut. ts.
- Karafî**, Ebu'l-Abbas Şihabuddin Ahmet b.İdris (684/1285), Envaru'l-buruk fi envai'l-furuk, c.I-IV,Tunus 1302, (el-Furuk)
- Karaman**, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c.I-III, İstanbul 1986 (İslam Hukuku).

- ....., İslam Hukuk Tarihi, İst.1989.
- Kasanî**, Alauddin Ebubekr Mesud b.Ahmet (587/1191), Bedaiu's-sanai fi tertibi'ş-şeraî, c.I-VII, Beyrut 1986, II.Bası.
- el-Kenanî**, Ebu'l-kasım b.Selmun , el-Ikdu'l-munazzam li'l-hukkam, c.I-II, Beyrut 1883.
- Kerâbisî**, Es'ad b.Muhammed b.el-Hüseyn en-Nisaburî (570/1174) "Kitabu'l-furuk fi'l-furu", Kuveyt 1982, I Bası (el-Furuk).
- Köprülü**, Bülent-Kaneti, Selim, Sınırlı Aynî Haklar, İst.1972-73.
- Kudurî**, Ebu'l-Hüseyn Ahmet b.Muhammed (428/1037), el-Muhtasar, c.I-IV (el-Lubab şerhi le), Beyrut 1985.
- Kurtoğlu**, Serda, İslam Hukuku Dersleri, c.I-II, İst, 1973.
- Malik b.Enes** (179/1795), el-Muvatta, c.I-II,İst. 1992.
- Maverdi**, Ebu'l-hasen Ali b.Muhammed (450/1058)., el-Ahkamu's-sultaniyye ve'l-velâyeti'd-diniyye, Kuveyt 1989.
- Merginanî**, Ebu'l-Hasan Burhaneddin Ali b.Ebubekr (593/1197) el-Hidaye, c.I-IV, İst.1986.
- el-Mevak**, Ebu Abdullah Muhammed b.Yusuf el-Abderî (897/1491), et-Tacu ve'l-İklil, c.I-VI, yy., 1978, II.Bası.
- Nevevi**, Muhyiddin Yahya b.Şeref, el-Mecmu c.I-XXIII.
- ....., Muhyiddin Yahya b. Şeref (676/1277), Ravzatu't-talibîn ve umdetu'l-müftin, c.I-VIII, Beyrut 1985, II.Bası
- Oğuzman**, M.Kemal-Selici, Özer, Eşya Hukuku, İst.1988, V.Bası.
- Özakman**, H.Cumhur, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İst.1978 (Mecra İrtifakları).
- Öztürk**, Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İst.1973
- Rafii**, Ebu'l-Kasım Abdulkerim b. Muhammed (v.624/1226), Fethu'l-aziz şerhü'l-veciz,c. I-XII, Daru'l-fikr. ts. yy. (el-Mecmu ile).
- Ramî**, Şemseddin Muhammed b. Ebu'l-Abbas (1004/1595) Nihayetü'l-muhtac ila şerhi'l-Minhac, c.I-VIII, Daru'l-fikr, Beyrut 1984
- Sahnun**, İbn Abdüsselam b. Said (240/854),el-Müdevvenetü'l-Kübra,c.I-VI.
- Saymen**, Ferit Hakkı; Elbir H.K, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İst 1963
- Semerkindî**, Ebubekr Alauddin Muhammed b.Ahmed (539/1144), Tuhfetü'l-

- fukaha, c.I-III, Beyrut 1984, I.Bası.
- Senhuri**, Abdurrazzak Ahmet, el-Vasît fi şerhi Kanuni'l-Medeni, c.I-X, Beyrut 1968
- ....., Masadıru'l-Hakk fi'l-fikhi'l-islami, Beyrut, 1953-54, c.I-VI
- Serahsî**, Ebu Bekr Muhammed b.Ebi Sehl (483/1090), El-Mebcut, c.I-XXX, II. Bası, Beyrut (Daru'l-marife).
- Şafii**, Ebu Abdullah Muhammed b. İdris (204/819) el-Umm, c.I-VIII, Beyrut (Daru'l-Marife) 1973.
- Şebremellisi**, Ebu'z-Ziya Nureddin b.Ali (1087/1676) Haşiyeye ala Nihayetü'l-muhtaç, c.I-VIII, Beyrut (daru'l-fikr) 1984
- Şelebî**, Muhammed Mustafa, el-Medhal fi't-tarifi bi'l-fikhi'l-islami, Beyrut 1985
- Şeybanî**, Ebu Abdillâh Muhammed b.Hasen (189/805), Kitabu'l-asl fi'l-furu, (el-Mebcut), I.Nüşa Süleymaniye Küt.Aşir Efendi Bölümü No:87-91.
- Şirazi**, Ebu'l-İshak Cemaleddin İbrahim b.Ali (476/1083) el-Mühezzeb fi fikhi'l-imam eş-Şafî, c.I-II, Kahire 1959
- Tahavi**, Ebu Cafer Ahmet b.Muhammed (428/1037), el-Muhtasar
- Tekinay**, S.Sulhi, Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İst.1973, II.Bası.
- ....., Eşya Hukuku, İst.1978
- Tusûli**, Ali b. Abdusselam, el-Behçe fi şerhi'l-tuhfe, Lübnan
- Ünal**, Mehmet, Türk Medeni Hukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ank.1988. (Üst Hakkı).
- Vezaretu'l-evkaf** el-Meclisu'l-A'la li's-şuuni'l-İslamiyye, Mevsuatü'l-fikhi'l-islamî, Kahire 1990.
- Yusuf Musa**, Muhammed, el-Emval ve nazariyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-islamî, Daru'l-fikr, 1987.
- Zerka**, Mustafa Ahmet, el-Fıkhü'l-İslami fi sevbihi'l-cedid, c.I-III, IX.Bası, Şam, 1968.
- Zerkeşi**, Bedruddin Muhammed b.Bahadır, (794/1391), el-Mensur fi'l-kavaid, c.I-III, Kuveyt 1982, I.Bası (el-Kavaid).
- Zeydan**, Abdulkerim, el-Medhal li diraseti's-şeriati'l-islamiyye, Beyrut 1988, X.Bası.
- Zuhayli**, Vehbe, el-Fıkhü'l-islamî ve edilletuhu, c.I-VIII, Şam 1989, III.Bası.