

T.C
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA HAPİS HAKKI (HANEFİ MEZHEBİ
ÖZELİNDE)

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Sultan ÖZKAN

Danışman:
Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İSTANBUL
2022

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA HAPİS HAKKI (HANEFİ
MEZHEBİ ÖZELİNDE)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sultan ÖZKAN

Danışman:
Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İSTANBUL
2022

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 200920YL08 numaralı Sultan ÖZKAN 'ın hazırladığı “*İslam Hukukunda Hapis Hakkı (Hanefi Mezhebi Özelinde)*” konulu yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 22/08/ 2022 günü (09: 00 – 10: 30) saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı olduğuna oy birliği ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

(Üye)

Dr. Öğretim Üyesi Hacer YETKİN

Marmara Üniversitesi

(Üye)

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

Sultan ÖZKAN

22/08/2022

ÖZ

Bu tez, alacaklının alacağını elde etmek üzere borçluya ait alacakla alakası bulunan malı teslimden kaçınarak elde tutma yetkisi veren hapis hakkını Hanefi mezhebi özelinde incelemektedir. Hapis hakkı alacağı güvence altına almayı amaçlar ve Türk hukuk doktrininde incelenip teorik biçimde ele alınırken, Hanefi mezhebi fûru fıkıh külliyyatında münferit olaylar içinde yer almıştır. Çalışmamızda Hanefi mezhebi kaynaklarında hapis hakkına dair olan meseleler başlangıç noktası kabul edilip incelendikten sonra Türk hukukunda eşya hukukuna dair yazılan eserlerin hapis hakkını değerlendirirken takip ettikleri sistematikten faydalanılarak mezhep içinde teorik bir çerçeve oluşturulmaya çalışılmıştır. Hapis hakkı Hanefi literatürde yer yer rehin ile birlikte anılmıştır. Türk hukukunda ise rehinin yanında alıkoyma hakkı, ödemezlik def'i ve takasın hapis hakkı ile yakın tasarruflar olduklarına değinilmiştir. Hanefi fukaha hapis hakkını, günümüz hukukunda aynî hak olarak ifade edilen milkin bir türü olarak değerlendirmiştir ve onlara göre hapis hakkının ileri sürülebilmesinin temel amacı, bir borç ilişkisinde alacaklar arasında teslim etme ve teslim alma hususundaki dengesizliğin giderilmesidir. Bu amacın hapis hakkını mümkün kılabilmesi için, borç ilişkisindeki edimlerin mahiyetlerinin farklı olması, dengesizliğin aleyhinde kurulduğu tarafın borçluya ait mala haklı zilyet olması, zilyet olduğu bu mal ile alacak arasında bağlantı bulunması ve alacağının muaccel olması şartlarının yerine gelmiş olması gerekir. Sözü edilen bu amaç ve şartların gerçekleşmesi durumunda Hanefi mezhebinde satım, icare, şüf'a, vekalet ve nikah akitlerinde, lukata, gasp ve vediada hapis hakkı ileri sürülebilir. Hapis hakkı ileri sürülürken doğurduğu bazı hükümler vardır. Buna göre, hapis hakkına sahip olan taraf karşı tarafı borcun ifasına zorlamak ve alacağını temin edebilmek için malı alıkoyma yetkisine sahip olurken bazı durumlarda bu malı sattırıp alacağını bedelinden temin etme hakkı da vardır. Hapis hakkı verdiği yetkilerin yanında sahibine, malı muhafaza sorumluluğu da yükler. Hapis hakkı sona erene kadar bu hükümler devam eder. Hanefi mezhebi fûru fıkıh kaynaklarına göre hapis hakkı müstakil bir hak olmayıp bir alacağa bağlı olarak ortaya çıktığından bu alacağın sona ermesiyle hapis hakkı sona erer. Bunun yanında başlangıçta muaccel olduğu için karşılığında hapis hakkı kurulabilen borcun/deynin daha sonra vadeli olması

kabul edilirse şartlardan biri artık bulunmadığı için hapis hakkı sona erer. Hapis hakkının doğduğu borç ilişkisinde belirli durumlarda yapılan havale bu hakkı düşürebilir. Aynı zamanda hapis hakkı Hanefi fukaha tarafından zayıf bir hak olarak görüldüğü için alacaklının hapis konusu mal üzerindeki zilyetliğini rızasıyla kaybetmesi de hakkın sona ermesiyle sonuçlanır.

Anahtar Kelimeler: Hapis Hakkı, Hanefi mezhebi, Teminat, Rehin, Alıkoyma.



ABSTRACT

This thesis examines the right of lien, which authorizes the creditor to keep the properties related to the debtor's receivable by avoiding delivery, in the Hanafi school. The main purpose of the right to lien is to guarantee the receivables. This right has been adequately examined and theoretically discussed in Turkish law doctrine. On the other hand the right in question has been included in the individual events in the furû' fiqh (substantive fiqh) corpus of the Hanafi school. In our study, the issues related to the right of imprisonment in the sources of the Hanafi school were considered as the starting point and were examined. After that, it has been tried to create a theoretical framework within the sect by making use of the systematic that they follow when evaluating the right of imprisonment of the works written on the law of property in Turkish law. The right to lien is sometimes referred to together with the pledge in Hanafi literature. On the other hand in Turkish law, it is stated that the right of lien is a close disposition with pledge, right of detention, the defense of non-payment and the exchange. Hanafi fuqaha evaluated the right of lien as a type of "milk", which is expressed as a real right in human law. According to them, the main reason for asserting the right of imprisonment is the elimination of the imbalance between the receivables in an obligation to deliver and receive. In order for this reason to make the right of lien possible, the nature of the execution in the debt relationship must be different, the party against which the imbalance is established must have rightful possession of the property belonging to the debtor, there must be a connection between this property and the receivable and the receivable must be due. Due to the realization of these reasons and conditions, in the Hanafi school, the right of lien in sales contract, icara, suf'a, contract of mandate and marriage contracts, luqatah, usurpation (ghasb) and safe custody can be claimed. While claiming the right to imprisonment, there are some provisions that arise. Accordingly, the party with the right of lien has the authority to keep the property in order to force the other party to perform the debt and to secure its receivables. In some cases, the said party has the right to sell and redeem this property at the price. In addition to the power of procuration given by the right to lien, it also imposes the responsibility of keeping the property on the owner. These provisions continue until the right of lien ends. According to the sources of the Hanafi

school of fiqh, the right to lien is not an independent right but arises due to a claim, so the right of lien ends with the expiration of this claim. It was said that in order for the right of lien to be asserted, the receivable must be due. Later this receivable may be deemed to be deferred. In this case, this right expires, as one of the necessary conditions for the right to lien is not met. In the debt relationship where the right to imprisonment arises, a instruction made in certain situations may reduce this right. At the same time, since the right of imprisonment is seen as a weak right by the Hanafi fuqaha, the creditor's voluntarily losing her possession of the property subject to lien also results in the termination of the right.

Key Words: Right of lien, Hanafi school, Guarantee, Pledge, Detention.

ÖNSÖZ

Klasik fûru fıkıh literatüründe meseleler teorik biçimde ele alınmayıp meseleci metotla işlenmiştir. Diğer coğrafya ve kültürlerde hukuk dilinin ve literatürünün tabii gelişim seyri de bundan farklı değildir. Münferit ve örnek olaylar üzerinden kurgulanan hukuk düşüncesini nazari hale getirme ve o alanı kapsayan genel hükümler üretme ihtiyacı o gün için doğmamış olsa da günümüzde fûru fıkıh külliyatındaki meselelerin anlaşılmasını kolaylaştırmak için buna ihtiyaç ortaya çıkmıştır. Tez çalışmamızda bu ihtiyaca cevap verilmesine katkı sağlamak amacıyla, fûru fıkıh literatürünün borç ilişki türlerinde dağınık halde yer alan ve teminat fonksiyonu da bulunan “hapis hakkı”nın genel bir doktrin olarak ele alınmasının yararlı olacağı düşünülmüş ve konu Hanefi mezhebi çerçevesinde ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmamız bir giriş ve üç ana bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında araştırmanın amacı, kapsamı ve kaynaklarına değinilmiştir. Birinci bölümde Hanefi fukahanın, hapis hakkının mahiyetine ilişkin düşünceleri ele alındıktan sonra hapis hakkının meşruiyeti meselesine kısaca temas edilmiştir. İkinci bölümde hapis hakkının amacı, bu amacın bulunduğu hukuki durumlar ve hapis hakkının ileri sürülebilmesi için gereken şartlara yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise gene Hanefi Fukahaya göre hapis hakkının, taraflara sağladığı yetki ve sorumluluklar anlamında, hükümleri ve hangi durumlarda sona erdiği tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bu tezin yazılması sürecinde maddî ve manevî yardımlarını esirgemeyen başta danışman hocam Prof. Dr. Ali Bardakoğlu Bey ve her zaman sorularıma sabırla cevap vermekten ve tecrübelerini aktarmaktan çekinmeyen Dr. Hatice Boynukalın Şenkardeşler hocam olmak üzere tüm hocalarıma, tezi okuyarak katkılarını sunan değerli jüri üyelerine, eğitim hayatım boyunca her zaman için bana destek olan aileme teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Aynı zamanda yüksek lisans eğitimim boyunca TÜBİTAK 2210- Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programından aldığım maddî destek sebebiyle kuruma ve çalışanlarına şükranlarımı sunuyorum.

Sultan ÖZKAN

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BEYAN	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
ÖZ.....	iv
ABSTRACT.....	vi
ÖNSÖZ	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ.....	1
1. Konunun Mahiyeti ve Amacı.....	1
2. Konunun Ele Alınış Yöntemi ve Kaynaklar	3
BİRİNCİ BÖLÜM	7
HAPİS HAKKININ MAHİYETİ	7
1. Hapis Hakkı Kavramı	7
1.1. Hapis Hakkının Tanımı	7
1.2. İhtibas Kavramı	10
1.3. Hapis Hakkının Meşruiyeti.....	11
2. Hapis Hakkının Hukuki Niteliği ve Özellikleri	14
2.1. Teminat Fonksiyonu ve Aynî Hak Oluşu	14
2.2. Öncelik Hakkı Vermesi	18
2.3. Takip Hakkı Vermesi	20
3. Hapis Hakkı ile Yakın Tasarruflar Arasındaki İlişki	23
3.1. Rehin ile İlişkisi.....	23

3.2. Ödemezlilik Def'i ile İlişkisi	30
3.3. Alıkoyma Hakkı ile İlişkisi	32
3.4. Takas ile İlişkisi.....	33
İKİNCİ BÖLÜM.....	35
HAPİS HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞI.....	35
1. Hapis Hakkının Amacı.....	35
2. Amacın Ortaya Çıktığı Durumlar	38
2.1. Satım Akdinde	39
2.2. İcare Akdinde	44
2.2.1. Gayr-i Menkullerin İcaresinde	44
2.2.2. Ecâr-i Müşterek İcaresinde	46
2.3. Şüf'a Akdinde.....	48
2.4. Vekalet Akdi.....	50
2.5. Nikah Akdinde.....	52
2.6. Lukatada Hapis	55
2.7. Gaspta Hapis.....	58
2.8. Diğer Hukuki Durumlar	60
2.8.1. İstisnâ` Akdi	60
2.8.2. Müzâraa.....	61
2.8.3. Vedîa	62
2.8.4. Cuâle	63
3. Hapis Hakkının Şartları	63
3.1. Edimlerin Mahiyetinin Farklı Olması	64
3.2. Haklı Zilyetlik	64
3.3. Alacağın Muaccel Olması	65

3.4. Alacaklının Zilyetliğindeki Mal ile Alacak Arasında Bağlantı Bulunması..	66
3.5. Hapis Hakkının Sona Ermemiş Olması	67
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	68
HAPİS HAKKININ HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ	68
1. Hapis Hakkının Hükümleri	68
1.1. Malı Alıkoyma Yetkisi	68
1.2. Paraya Çevirme Yetkisi	68
1.3. Malın Muhafaza Sorumluluğu/ Hapis Hakkında Tazmin	71
1.3.1. Genel Olarak Tazmin	71
1.3.2. Hapis Hakkında Tazmin Gereken Durumlar.....	74
1.3.2.1. Satım Akdinde.....	74
1.3.2.2. İcare Akdinde	76
1.3.2.3. Vekalet Akdinde.....	79
1.3.3. Hapis Hakkında Tazmin Gerekmeyen Durumlar.....	81
2. Hapis Hakkının Sona Ermesi	83
2.1. Borcun sona ermesi	83
2.2. Bedelin/Deyn Borcunun Vadeli Olması	86
2.3. Havale.....	87
2.4. Alacaklının Hapis Konusu Mal Üzerindeki Zilyetliğini Rızasıyla Kaybetmesi..	88
SONUÇ	92
BİBLİYOGRAFYA	96
ÖZGEÇMİŞ	101

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
b.	İbn/ bin
Bk.	bakınız
b.y.	basım yeri yok
çev.	çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
dip.	dipnot
ed.	editör
Erişim	Erişim Tarihi
Hız.	Hazreti
md.	madde
nşr.	neşreden
öl.	ölüm tarihi
r.a.	radıyallahu anh
s.a.s.	sallallâhü aleyhi ve sellem
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	tahkik eden
TMK	Türk Medeni Kanunu
ts.	tarihsiz
vd.	ve diğerleri
y.y.	yayıncı yok

GİRİŞ

1. Konunun Mahiyeti ve Amacı

Fıkıh ilmi, İslam toplumlarında kişinin bireysel yaşantısını, yaratıcı ile olan ilişkisini, bir arada yaşadığı insanlarla münasebetini ve eşya ile olan bağını düzenler. İnsan-insan ve insan-eşya arasındaki ilişkilere dair hükümlerin ele alındığı muamelat alanı “güven” duygusu üzerine temellenir. Dolayısıyla insanlar arasında cereyan eden her türlü hukuki ilişkide güvenin bulunması amaçlanmıştır. Rehin, kefalet gibi akitler, tarafların irade beyanlarının korunmasına yönelik tedbirler, ehliyet, muhayyerlik gibi kavramların geliştirilmesi son tahlilde bu amaçla belli oranda ilgilidir. Bu bağlamda hapis hakkı da borç ilişkilerinde borcun teminat altına alınması için verilen bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rehin ve kefalet gibi akit yoluyla kurulan teminat yöntemlerinden, hukuk düzeninden doğması cihetiyle ayrılan hapis hakkı, İslam hukukuna özgü bir hukuki müessese değildir. Roma hukukundan itibaren uygulama örneklerine rastlanan hapis hakkı, alacağını teminat altına almak isteyen alacaklının borçluya karşı ileri sürdüğü hukuki bir müeyyide niteliğindedir.

Modern hukuk sistemlerinin çoğunda teorik biçimde ele alınan hapis hakkı genel olarak klasik fıkıh ve özel olarak Hanefi literatüründe farklı meseleler arasına serpiştirilmiş şekilde yer alır. Fukahanın, hapis hakkının mahiyetine dair düşüncelerini belirleyebilmek için, hapis hakkının ileri sürülebileceğini kabul ettikleri tüm hukuki durum ve örneklerin ele alınması ve buralarda ileri sürülen görüşlerden yararlanılarak teorik bir çerçeve çizilmesi gerekir. Bu işlem yapılırken, Hanefi mezhebinde hapis hakkı ile yer yer birlikte anılan bir akdî teminat türü olarak rehin ile farkının ortaya konulmasına da ihtiyaç vardır. Zira bu eserlerde temelde çok farklı iki hukuki durumu ifade eden hapis hakkı ve rehlin farklarına sık sık değinilse de bazı açılardan benzerlik taşıdıkları da müşahede edilir.

Bu tez çalışması, Hanefi mezhebi özelinde hapis hakkının söz konusu teorik çerçevesini çizmeyi amaçladığından, mezhep içinde hapis hakkıyla ilgili bir doktrin

denemesi olarak değerlendirilebilir. Konu, içerik ve hacim olarak yüksek lisans tez sınırlarını aşmaması için çalışmamızı, hapis hakkını herhangi bir kayda bağlamadan hukuki bir müeyyide olarak kabul eden ve konuyu daha teknik bir yaklaşımla ele alan, hukuki istikrarı ön planda tutma konusunda özel bir gayreti bulunan Hanefi mezhebiyle sınırlandırmak istedik.

Hapis hakkı, Türk hukukunda Eşya Hukukunun konusu olarak incelenmiş ve Medeni Kanun'un 950 ile 953. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. İslam hukuku eserlerinde geniş şekilde ele alınan, satıcının henüz teslim etmediği mal üzerindeki hapis hakkı başta olmak üzere bununla ilintili konular Türk Borçlar Hukukunun konusu olmamıştır. Çünkü Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında mülkiyetin, alacaklının mamelekine intikali için akit yeterli değildir. Bunun için ifanın gerçekleşmesi gerekir. Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi şeklindeki ayrım bu anlayışı ifade eder. Dolayısıyla ifadan yani tasarruf işlemi gerçekleşmeden önce üzerinde hapis hakkı kurulabilecek nitelikte bir şey ortaya çıkmaz. Söz konusu hukuk sistemlerinde tasarruf işlemi gerçekleşmeden önce taraflardan her biri hem deyn alacaklısı hem de borçlusu konumunda bulunur. Bu durumda edimler arasındaki eşitlik bozulmadığından hapis hakkı uygulanmaz ve kural olarak edimlerin aynı anda ifa edilmeleri gerekir. Bunu sağlamak için ödemezlik def'i tasarrufu genel bir ilke olarak düzenlenmiştir. Öte yandan İslam hukuku ve mülkiyetin intikali noktasında kendisiyle benzerlik arz eden Fransız hukukunda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemleri arasında ayrım yapılmadığı için mülkiyetin intikali sırf akitle gerçekleşir. Böylece tarafların edimleri arasında eşitsizlik oluşur. Bu noktada hapis hakkı kendisine uygulama alanı bulduğu için bu hukuk sistemlerinde ödemezlik def'i genel bir ilke olarak düzenlenmemiştir.¹

Zikredilen köklü farklılıktan dolayı İslam hukukunda ele alınan hapis hakkı bir yönüyle günümüz borçlar hukukunda ayrıntılı şekilde ele alınmamış ve bir yönüyle eşya, bir yönüyle borçlar hukukunun konusu olmuştur.

Hapis hakkı, Türk hukukunun Eşya hukuku bölümünde, rehin haklarının taşınır rehni alt başlığında ele alınır. Bunun yanında genel hapis hakkı ve hapis hakkının özel türleri birçok tez çalışmasına da konu edilerek ayrıntılı biçimde işlenmiştir.

¹ Bk. Bilal Aybakan, "Hapis Hakkı", *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 1997), 16/67.

İslam hukuku açısından hapis hakkı, modern dönemde yazılan İslam hukuku eserlerinde incelenen bir konudur. Ancak görebildiğimiz kadarıyla gerek kitap bölümü olarak gerekse makale düzeyinde konuyla ilgili yapılan çalışmalar bir yönüyle klasik fıkıh kaynaklarına dayanmakla birlikte daha ziyade günümüz hukuk birikim ve sistematığının etkisi altında hazırlanmıştır. Bu tezde Türk hukukunun hapis hakkı sistematığından belli ölçüde yararlanılsa da çıkış noktası olarak Hanefi mezhebinin temel eserlerinin esas alınması suretiyle klasik kaynaklara dayalı teorik bir bakış yapılmaya çalışılmaktadır. Bu sırada, lüzumlu görüldüğü yerlerde, Türk hukukunda hapis hakkına da temas edilecektir. Çalışmanın bir diğer amacı, Hanefi mezhebindeki ve Türk hukukundaki hapis hakları arasında ne gibi benzerlik ve farklılıkların bulunduğunu tespit etmektir. Bu bağlamda Türk hukukunda hapis hakkına yakın diğer yetkilere de değinilecek ve Hanefi mezhebindeki hapis hakkıyla benzerlik taşıyorlarsa bunlar da zikredilecektir.

Öte yandan hapis hakkına dair yazılan çağdaş İslam hukuku araştırmalarında Hanefi mezhebinin klasik kaynaklarında hapis hakkıyla ilgili net olmayan bazı hususların üzerinde yeterince durulmadığını da bu arada belirtmek gerekir. Çalışmamızda, meseleye teorik bir çerçeve çizmeyi zorlaştıran bu hususlara da temas edilip Hanefi mezhebi özelinde hapis hakkı teorisi ikmal edilmeye çalışılacaktır.

2. Konunun Ele Alınış Yöntemi ve Kaynaklar

Bu tez çalışmasında yöntemimiz, Hanefi mezhebinde muhtelif meseleler arasına serpiştirilmiş hapis hakkının hangi durumlarda ileri sürülebildiği, sağladığı yetki ve yüklediği sorumlulukların ne olduğu, bu hakkın bulunması için ne gibi şartların arandığını ele alarak konuya dair doktrinin ana hatlarını tespit olacaktır.

Klasik fıkıh eserleri kazuistik metot ile telif edildiğinden birçok mesele olduğu gibi hapis hakkı da müstakil bir başlık altında; amacı, şartları, hükümleri ve sonuçları ayrı ayrı belirtilerek teorik şekilde işlenmemiş, aksine borçlar hukukunun her bir örnek olayında ihtiyaç ölçüsünde ele alınmış ve ilgili görüşler belirtilmiştir. Türk hukukunun dahil olduğu Kara Avrupası Hukuk Sistemi ise günümüzde doktriner ve sistematik tarzda bu tür konuları ele almaktadır. Bu bağlamda hapis hakkı da modern Türk hukukunda

sistematiik Şekilde ele alınmış, sınırları belirlenmiş ve genel bir hapis hakkı teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır.

Tezimizde öncelikle konu, Hanefi mezhebinin önde gelen kaynaklarından araştırılmış ve hapis hakkıyla ilgili yapılan münferit açıklamalardan genel hüküm ve ilkelere ulaşılmaya çalışılmıştır. Daha sonra Türk hukuk doktrininde hapis hakkı işlenirken ileri sürülen görüşlerden ve teorik çerçeveden yararlanılarak, Hanefi mezhebinde konuyla ilgili ulaşılan bilgiler tasnif edilip doktrin oluşturulması denenmiştir. Hanefi mezhebini ele alırken Türk hukukundaki teoriden faydalanmamızı mümkün kılan husus ise kadim bir uygulama olarak hapis hakkının her iki hukukta bulunması, aralarında bazı farklılıklar bulunmakla beraber başta hizmet ettiği amaç olmak üzere ikisi arasında ortak paydanın hayli fazla olmasıdır.

Hanefi fıkıh eserlerinde hapis hakkıyla ilgili en ayrıntılı bilgiye model akit olan bey` akdinin ele alındığı bölümlerde rastlanır. Bu kısımlarda, “deyn”e karşılık “ayn”ın hapsedilmesi ve hapis hakkını düşüren durumlar gibi daha teorik ifadelere rastlanır. Ancak buralarda açıklamalar, satım akdi rnekliliğinde yapılır. Bu nedenle satım akdi için verilen hükümlerin diğer hukuki işlemler için geçerli olup olmadığını tespit etmek zorluk oluşturmaktadır. Bu noktada, farklı bir bölümde farklı bir açıklama yapılmadığı sürece satım akdi için verilen hükmü doktrin olarak kabul etmenin uygun olacağını düşündük.

Kaynaklara geçmeden önce çalışma esnasında karşılaştığımız zorluklardan da bahsetmemiz gerekir. Öncelikle hapis hakkı münferit olaylar üzerinden ele alındığı için fûru fıkıh eserlerinin belirli bir bölümünün incelenmesi konunun ihata edilmesi için yeterli değildir. Hapis hakkını ifade için Mecelle’nin 281. maddesinde tevkif kelimesi kullanılsa da bunun dışında “hapis”ten ve bundan türeyen kelimelerden başka bir kelimenin kullanıldığını da tespit edemediğimizden zikredilen eserlerde “hapis” kelimesinin yer aldığı, bunların tamamı teknik anlamda hapis hakkını ifade için kullanılmamış da olsa, tüm ifadelerin gözden geçirilmesi gerekmiştir.

Hapis hakkı, mahiyet açısından birbirinden farklılık gösteren çeşitli akit ve hukuki tasarruflarda ileri sürülebilir. Yine hapis hakkının üzerinde kurulduğu mallar da farklı özelliklerde olabilir. Söz konusu farklılıklardan kaynaklı olarak benzer durumlar için kimi zaman ayrı hükümler verildiği görülmüştür. Bu durum, üzerinde hapis hakkının kurulabildiği tüm mallar ve ileri sürülebildiği tüm hukuki işlemler için ortak hüküm ve şart belirlemeyi zorlaştırmaktadır.

Ulaşabildiğimiz kadarıyla İslam hukukunda hapis hakkına dair yazılan Türkçe müstakil tek metin Prof. Dr. Recep Özdemir'e ait "*İslam Hukuku'nda Hapis Hakkı (Hakku'l-Haps) Kavramı*" başlıklı makaledir. Bunun yanında konuyla ilgili bazı Arapça çalışmalar da mevcuttur. Bunlardan biri Sa'd b. Mübarek b. Muhammed el-Mu'dî'nin, "*el-Hak fi'l-habs fi fıkhı'l-İslâmî*" isimli yüksek lisans tezidir. Tez genel olarak İslam hukukunda hapis hakkını ele aldığı için kapsamlı bir çalışma olarak değerdendirilebilir. Ancak akademik yazım tercihlerimizdeki farklılıklar nedeniyle bu tezin, çalışmamızı hazırlamaya gerek bırakmayacak nitelikte olduğunu da söyleyemeyiz. Bir başka çalışma Şerif Rafet Muhammed Ahmed Hamad'a ait "*Mefhumu'l-hak fi'l-haps ve tabâtihi ke-vesiletin li'd-damân fi'l-kanuni'l-medenî*" isimli İslam hukuku ve beşeri hukuk mukayeseli makalesidir. Burada da İslam hukukunda hapis hakkının nasıl görüldüğü incelenmiş ancak ağırlıklı olarak beşeri hukuka yer verilmiştir. Hapis hakkıyla ilgili yazılmış, Abdu's-semî` Abdu'l-vehhâb Ebu'l-Hayr'a ait "*el-Hak fi'l-haps fi'l-fıkhı'l-İslâmî ve'l-kanuni'l-medenî*" isimli esere ise ulaşamadık.

Çalışma boyunca istifade edilen kaynakları; Hanefî mezhebi fûru fıkıh eserleri, çağdaş dönemde İslam hukukuna dair telif edilen eserler ve Türk hukukunda eşya ve borçlar hukuku alanlarında yazılmış eserler olmak üzere üç temel grupta toplayabiliriz.

Hapis hakkı Hanefî mezhebi fûru fıkıh külliyyatının tamamında temas edilen bir konudur. Bu eserler incelendiğinde mezhebin kurucu imamları arasındaki görüş farklılıklarının dışında, müellifler arasında çok farklı görüşlerin bulunmadığını tespit ettik. Hem bu sebeple hem de Hanefî mezhebi fûru fıkıh eserlerinin tamamını incelemek yüksek lisans tez kapsamında mümkün olmadığından mezhep içinde öne çıkan kaynakları ele almakla iktifa ettik.

Çağdaş dönemde İslam hukukuna dair yazılan eserlerde de bazı farklılıklarla birlikte hapis hakkıyla ilgili benzer bir çerçeve sunulmuştur. Bu nedenle bu eserlerden en sık atıf yapılanları kaynak olarak kullanmayı tercih ettik. Ancak bu gruptaki eserler yalnız İslam hukuku esas alınarak değil, modern hukuktan da yararlanılarak memzuc şekilde yazılmıştır. Dolayısıyla bu eserlerde hapis hakkı bağlamında da zikredilen tüm hususların klasik fıkıh kaynaklarından çıkarıldığını söylemek mümkün değildir. Eserlerini bu şekilde telif eden yazarlar genellikle konuyla ilgili zikrettikleri hüküm ve özelliklerin hangisini klasik fıkıh kaynaklarından istinbat ettiklerini ve hangisine modern hukuktan iktibasla yer verdiklerini belirtmemektedir. Bu durum, benimsedikleri görüşlere nasıl

ulaştıklarını anlamayı, değerlendirme yapmayı ve klasik fukahanın zihninde hapis hakkına dair neler olduğunu ortaya koyma hususunda katkı sağlamalarını zorlaştırmaktadır. Söz konusu durum memzuc yöntemle telif edilen eserleri hapis hakkıyla ilgili olarak karşılaştırmayı, görüşleri arasında tercih yapmayı da engellemektedir.

Türk hukuku kaynaklarında da benzer biçimde eşya ve borçlar hukuku alanlarında en çok kullanılan, öne çıkarılan eserleri kullanmayı tercih ettik. Bunun yanında hapis hakkına dair yazılan müstakil eser ve tezlere de konunun çerçevesinin belirlenmesi ve tafsilatının görülmesi açısından başvurduğumuz kaynaklar arasında yer aldı.



BİRİNCİ BÖLÜM

HAPİS HAKKININ MAHİYETİ

1. Hapis Hakkı Kavramı

Borçlu, borç ilişkisi devam ettiği sürece borcunu ifa etmek durumundadır. İfa gerçekleşene kadar alacaklının da alacağına karşılık teminat oluşturma ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç kefalet ve rehin gibi akitlerle karşılanabileceği gibi kanundan doğan başka teminat yollarına da başvurulabilir. İşte Hanefi fıkıh eserlerinde, ileri sürülebildiği hukuki durumlar göz önüne alındığında hapis hakkı, alacaklının alacağına karşılık teminat görevi görmek, borçluyu ifaya zorlamak ve gerektiğinde elde tutulan malın satılması yoluyla alacağın temin edilmesini sağlamak amacıyla alacaklıya tanınmış fer‘i aynî bir hak olarak karşımıza çıkar. Bu bölümde Hanefi mezhebinde hapis hakkının tanımı ve mahiyeti ele alınıp bu hakkın meşruiyeti meselesi incelenecektir.

Türk hukukunda da hapis hakkı, borcunu ödeme hususunda tüm mal varlığıyla sorumlu olan borçlunun, yerine getirmedeği borcuna karşılık teminat görevi görmesi için alacaklıya tanınmış, kanundan doğan bir haktır. Rehin ve kefalet gibi diğer teminat işlemlerinden ayrıldığı temel nokta, bu işlemlerin tarafların iradeleri doğrultusunda sözleşme ile kurulmasına karşılık hapis hakkının kanundan doğmasıdır.²

1.1. Hapis Hakkının Tanımı

“Haps” sözlükte engelleme, yasaklama³; tahliyenin zıttı olarak “elde tutma”, “imsak”,⁴ vakıf⁵ ve bir çeşit bedeni ceza⁶ anlamlarına gelir. Fıkıh eserlerinde hapsin zikredilen tüm manalarıyla kullanıldığı görülmüştür. Borçlar hukuku söz konusu olduğunda hapsin,

² Bk. İlkey Koyuncu, *Türk Medeni Kanunu’nda Hapis Hakkı* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 3.

³ Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü’l-muhît ve’l-kabesü’l-vasîf el-câmi’ limâ zehebe min lugati’l-‘Arab şemâtî*, thk. Mektebü tahkîki’t-türâs fî müessesetü’r-risâle (Beyrut: Müessesetü’r-risâleti li’t-tibâ’a, 2000), “habs”, 537.

⁴ İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü’l-Arab* (Beyrut: Daru Sadr, 1993), “habs”, 6/44.

⁵ Fîrûzâbâdî, “habs”, 537.

⁶ İbn Manzur, “habs”, 6/44.

bütün bu anlamlarının raci olduğu engelleme ve yasaklama manalarında kullanıldığı söylenebilir.

“Hak” ise sözlükte sübut⁷, “vacip olma”⁸, batılın karşıtı/doğru/gerçek⁸, mutabakat ve muvafakat⁹ anlamlarına gelir. Fıkıh literatüründe hakkın sözlük anlamlarıyla da bağlantılı olarak, “yetki” ve “ihtisas”¹⁰ anlamları ön plana çıkmıştır. Hapis hakkı terkiinden farklı olarak hapis, vakfetmeyi¹¹ ifade için ve mali değeri olan bir şeyi hapsetme anlamında rehin¹² için farklı teknik anlamlarda kullanılmıştır.

Hapis hakkı terkiibinin tanımı klasik fıkıh eserlerinde yapılmamış ve hapis hakkı müstakil bir başlık altında ele alınmamıştır. Ancak bu durum, “hapis hakkı”nın bir terim olarak erken dönemde var olmadığı anlamına gelmez. Fıkıh eserleri incelendiğinde borç ilişkilerine dair çeşitli meselelerde hapis hakkının varlığı, hangi durumlarda ortaya çıktığı, hapis hakkının hükümleri ve sona ermesiyle alakalı açıklamalar yapıldığı görülmektedir.

Klasik Hanefî fıkıh eserlerinde başta satım akdi olmak üzere hapis hakkının bulunduğu akitler ve hukuki durumlar meseleler üzerinden açıklanmıştır. Bu meseleler ve sonraki dönemde hapis hakkı için yapılan tanımlar da göz önüne alındığında örneğin, bir ev, tamamı peşin olmak üzere bir milyona satıldığında satıcı, bu bir milyonun tamamını müşteriden teslim almadıkça evi, alıcıya teslimden kaçınabilir. Gene satıcı, birden fazla malı, her biri için ayrı bedeller belirleyerek tek bir akit ile peşin bedele karşılık satmış olsa semenin tamamını alıncaya kadar bu malları teslimden kaçınarak hapsedebilir. Yani, mallardan birinin bedelini müşteriden alan satıcı, o malı teslim etmek zorunda değildir.¹³ Aynı şekilde terzi ve boyacı gibi, yaptığı iş doğrudan mal üzerinde

⁷ Halil b. Ahmed, el-Ferâhîdî, *Kitâbü'l-‘Ayn*, thk. Mehdî el-Mahzûmî- İbrâhim es-Samurâî (b.y.: Daru'l-hilâl, ts.), “hak”, 3/6; Muhammed b. Ahmed el-Ezherî, *Tehzîbü'l-luga*, thk. Muhammed İvaz Murab (Beyrut: Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 2001), “hak”, 3/241; Seyyid Şerîf el-Cürcânî, *Kitâbü't-Ta'rîfât*, thk. Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983), “hak”, 89.

⁸ Halil b. Ahmed, “hak”, 3/6; Ezherî, “hak”, 3/241.

⁹ Râgıb el-İsfahânî, Ebü'l-Kâsım Hüseyin, *el-Müfredât fî garîbi'l-Kur'ân*, thk. Safvân Adnân Dâvûdî (Beyrut&Şam: Dâr'ul-Kalem&ed-Dâru's-Şamiyye, 1992), “hak”, 246.

¹⁰ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fî'l-fikhi'l-İslâmî* (Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 1999), 19.

¹¹ Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. 'Alî er-Râzî, el- *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, nşr. 'İsmetullâh 'Înâyetullah Muhammed vd. (b.y.: Dâru'l-Beşâ'ir, 2010), 4/5.

¹² İbn 'Âbidîn, Muhammed Emîn b. 'Ömer b. 'Abdîl'azîz el-Huseynî ed-Dimeşkî, *Reddü'l-muhtâr 'alâ'd-Dürri'l-muhtâr* (Beyrut: y.y., 1992), 6/477,478.

¹³ Bk. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu* (İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, ts.), 6/51.

etki ederek bunda bir değişikliğe sebep olan işçi de ücretini alıncaya kadar işçilik yapığı malı hapsedme hakkına sahiptir.¹⁴ Örneklerden anlaşıldığı üzere hapis hakkı, hukuk düzeninin öngördüğü akit ve hukuki durumlarda alacaklıya, alacağına karşı güvence olması için, borçluya ait olup, alacağın kendisinden doğması sebebiyle bu alacakla bağlantısı bulunan malın tamamını teslimden kaçınma yetkisi veren bir haktır.

Çağdaş dönem fıkıh yazarları, klasik fıkıh mirasından ve beşerî hukuk literatüründen faydalanarak eserlerini telif etmişlerdir. Bu yazarlar arasında yer alan Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, hakku'l- ihtibas olarak ifade ettiği hapis hakkının elde tutulan maldan alacağı temin etme yetkisi verdiğini söyler. Zerkâ'nın konuyla ilgili zikrettikleri değerlendirildiğinde hapis hakkını, "hukuk düzeni tarafından belirlenen durumlarda güvence olmak üzere, alacaklının kendisinden malî hakkını elde edinceye kadar belirli bir malı malikine vermekten kaçınmasını sağlayan aynî bir hak" olarak tanımladığı görülür.¹⁵

Türk Hukuku'nda ise hapis hakkı, taşınır rehni bölümünde ele alınmıştır. TMK md. 950'de¹⁶ hapis hakkı açıklanmış ve "kanuni şartların gerçekleşmesi halinde, alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve geri verilmesi gerekli olan borçluya ait taşınır mallar ve kıymetli evrakı geri vermeyerek alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren aynî bir hak"¹⁷ olduğu belirtilmiştir. Medeni Kanun'un 950 ile 953. maddelerinde düzenlenen hapis hakkı, "genel hapis hakkı"dır. Bunun yanında Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu içinde yer yer düzenlenmiş farklı hapis hakları için de "özel (hususî) hapis hakları" ifadesi kullanılır.¹⁸

¹⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/192.

¹⁵ Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 28,48.

¹⁶ TMK md. 950/I: "Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir."

¹⁷ M. Kemal Oğuzman vd., *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 1187.

¹⁸ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 306; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1196.

1.2. İhtibas Kavramı

Hanefî fıkıh eserlerinde hapis ve hapis hakkı manasına kimi zaman “ihtibas” kavramının kullanıldığı görülmüştür. İhtibas sözlükte haps kavramıyla birlikte açıklanır ve “bir şeyi kendine has kılma”¹⁹ anlamına gelir. Hanefî fıkıh eserlerinde ihtibas ilk dönemlerden itibaren, mebûin alacağa karşılık elde tutulması²⁰, mühtekirin (karaborsacı) malları elde tutması²¹ ve kocası ölen kadının beklemesi²² gibi farklı anlamlarda kullanılmıştır.

Zerkâ, hapis ve ihtibas kavramları arasındaki bu yakınlık ve “hapis” ifadesinden daha çok bedeni ceza olarak insanların hapsinin anlaşıldığı gerekçesiyle malların hapsi anlamında ihtibas kavramının ıstılah olarak kullanımını tercih etmiştir.²³ Aynı şekilde Medkur da ilgili bölümün başlığında “aynın hapis hakkı” ifadesine yer verse de “ihtibas hakkı” kullanımını tercih etmiştir.²⁴

Zerkâ’nın bu önerisini tartışmak gerekir. Şöyle ki, mebûin semen karşılığı elde tutulması ve rehlin hapsi²⁵ gibi açık biçimde hapis hakkından bahsedilen yerlerde ihtibas kavramı kullanılmış olsa da mühtekirin malı saklaması ve genel olarak bir şeyi elde tutma²⁶ anlamlarında da ihtibas kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla “ihtibas” da doğrudan hapis hakkı anlaşılabilecek biçimde kullanılmış değildir. Aynı zamanda ilk dönemden itibaren Hanefî fıkıh eserlerinde hapis hakkı için hapsetme, hapis²⁷ ve hapsu’l-ayn²⁸ kavramları kullanıldığı gibi terim olarak “hakku’l-haps”²⁹ tamlamasının da kullanıldığı görülür. Gene söz konusu eserlerde “hakku’l-haps”in bedeni ceza için kullanılmadığı da malumdur. Bu durumda; “hakku’l-haps”in ilk dönemlerden itibaren borçlar hukukundaki

¹⁹ İbn Manzûr, “habs”, 6/44.

²⁰ Cessâs, *Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî*, 3/114.

²¹ Semerkandî, Ebû’l-Leys, *‘Uyûnu’l-mesâ’il*, nşr. Şalâhaddîn en-Nâhî (Bağdat: y.y., 1966), 144.

²² Merğînânî, Ebu’l-Hasen ‘Alî b. Ebûbekir el-Fergânî, *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti’l-mübtedî*, nşr. Tallâl Yûsuf (Beyrut: Dâru İhyâ’i’t-Turâsî’l-‘Arabî, ts.), 2/290,291.

²³ Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal ilâ nazariyyeti’l-iltizâm fî’l-fıkhi’l-İslâmî*, 48.

²⁴ Medkûr, Muhammed Sellâm, *Medhal li fıkhi’l-İslâm* (Dâru’l-Kitâbi’l-Hadîs, 1996), 513.

²⁵ Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü’l-‘Eimme, *el-Mebsût*, nşr. Halîl Muhyiddîn (Beyrut: y.y, 1993), 21/66.

²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 18/56,112.

²⁷ Şeybânî, Ebû ‘Abdullâh Muhammed b. el-Hasen, *el-Asl* (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012), 2/422,576.

²⁸ Kudûrî, Ebu’l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed, *Muhtasaru’l-Kudûrî fî’l-fıkhi’l-Hanefî*, nşr. Kâmil Muhammed Muhammed ‘Uveyda (b.y.: y.y., 1997), 104; Alâeddin es-Semerkandî, Ebûbekir Muhammed, *Tuhfetü’l-fukahâ’* (Beyrût: Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1994), 2/354; Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes‘ûd b. Ahmed, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i fî tertîbi’ş-şerâ’i’* (b.y.: Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1986), 4/ 204.

²⁹ Cessâs, *Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî*, 3/170,354; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/69.

hapis hakkını anlatmak için kullanıldığını ve “ihtibas” kelimesinin hapis hakkına hasredilmiş biçimde kullanılmadığını göz önüne aldığımızda, terim olarak ikincisini ilkinin yerine ikame etmek için geçerli bir neden bulunmadığı ileri sürülebilir.

1.3. Hapis Hakkının Meşruiyeti

Hapis hakkı, Roma hukukunda da rastlanan kadim bir uygulamadır. Ancak Roma hukukunda hapis hakkı, hukuki bir müessese olarak sistematik şekilde düzenlenmemiş, farklı yerlerde uygulamasına yer verilmiştir.³⁰ Roma hukukunda hapis hakkı uygulamasının görüldüğü yerlerden biri kira sözleşmesiydi. Buna göre kiracı, kiralanan zorunlu ve faydalı bir harcama yaptıysa bu harcamaları kiraya verenden talep edebilirdi. Kiraya veren, söz konusu masrafları ödemediği takdirde kiracı, kiralanan üzerinde hapis hakkına sahip oluyor ve bu hak, kiraya verenin, masrafları ödemesine kadar devam edebiliyordu.³¹

Hapis hakkının mahiyeti göz önünde tutulduğunda bu uygulamanın borç ilişkisinde karşılıklılığın gereği ve hukukun tanıdığı bir alacağın tahsilinde doğal, insani bir refleksten ibaret olduğu söylenebilir. Çünkü hapis hakkı ilk etapta, edimini önce ifa etmesi gereken tarafın bundan kaçınması sebebiyle karşı tarafın, alacağını elde etmek amacıyla ifasından kaçınmasından ibarettir. Söz konusu alacaklı bu uygulamayla aslında borçlusuna karşı bir “tepki” vermiştir. Hal böyle iken ve hapis hakkı uygulamasının kökleri Roma hukukuna kadar dayanıyor iken, İslam hukukunda bu hakkın meşruiyeti için naslardan delil aramaya ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Bunun yerine bu uygulamayı yasaklayan herhangi bir delil bulunmaması ve uygulamanın, İslam hukuk düşüncesinin dayandığı genel ilkelerle çelişmemesi yeterli olmalıdır. Öteden beri kullanılan bir teminat yolu olduğu düşünüldüğünde hapis hakkının hukuki dayanağı olarak ıstışhab ilkesi veya örf gösterilebilir.

Ancak, hapis hakkının meşruiyetini özellikle mukabele bi'l-misl anlamı içeren ayet ve hadislerle dayanarak açıklamaya çalışanlar olmuştur. Örneğin “Kim size saldırırsa,

³⁰ Zahit İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/3-4 (1952), 742.

³¹ Mehmet Yeşiller, *Roma Hukuku'nda Kira Sözleşmesi (Locatio Conductio Rei)* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2012), 97.

onun saldırısının dengiyle siz de ona saldırın”³² ayeti konuyla ilgili delil gösterilen ayetlerdendir. Buna göre bir şey karşılığındaki hakkın ifasından kaçınmak bir çeşit saldırı olarak değerlendirilmiş ve şârinin bunun karşılığında kişiye, hapis yoluyla iltizam edildiği şeyden kaçınma hakkı verdiği söylenmiştir. Gene “Bir kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülüktür”³³ ayetinin misliyle muamele anlamı taşıdığı ve iltizam mahallinin, karşılığındaki borcu elde etmek için hapsedilmesinin de misliyle muamele anlamı içerdiği bu nedenle de mezkur ayetin hapis hakkına delalet ettiği öne sürülmüştür. “Cezalandırmak isterseniz size yapıldığı kadarıyla cezalandırın”³⁴ mealindeki ayetin de kişiye, cezalandırıldığının misliyle ceza vermeyi caiz kıldığı; hapsedilen bir şeyin karşılığında iltizam edildiği şeyi yerine getirmekten imtina eden kişiye karşılık hapis hakkını kullanarak karşı tarafın edaya zorlanmasının misliyle cezalandırma örneği olduğu belirtilmiştir.³⁵

“Ahde vefa gösterin; çünkü ahid sorumluluk doğurur”³⁶ ve “Ey iman edenler! Sözleşmeleri yerine getirin”³⁷ ayetlerindeki ahitlere ve akitlere vefanın, “ tarafların her birinin bu akitleşme ile yüklendikleri sorumlulukları yerine getirme” olduğu belirtilmiş ve her hak sahibine ulaşınca kadar sorumluluğun yerine getirilmesi için zorlanacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda deyne karşılık aynın hapsedilmesinin de yükümlülüğün yerine getirilmesine vesile olduğu söylenerek mezkur ayetler hapis hakkının şer’i esası olarak değerlendirilmiştir.³⁸

“Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur”³⁹ ve “Zengin (borcunu ödeyebilecek durumda olan) kimsenin borcunu geciktirmesi zulümdür”⁴⁰ hadisleri de hapis hakkının meşruiyetine delil olarak alınmıştır. Hadislerden ilkinin genel bir kural olduğu belirtildikten sonra, kişinin uhdesinde olan muaccel borcunu ödemekten imtina

32 Kur’ân Yolu (Erişim 15 Ocak 2022), el-Bakara 2/194.

33 eş-Şûrâ 42/40.

34 en-Nahl 16/126.

35 Mu’dî, Sa’d b. Mübarek b. Muhammed, *el-Hak fi’l-habs fi fikhi’l-İslâmî* (Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 33.

36 el-İsrâ 17/34.

37 el-Mâide 5/1.

38 Şerif Rafet Muhammed Ahmed Hamad, “Mefhumu’l-hak fi’l-hapsi ve tabîatihi ke-vesiletin li’d-damân fi’l-kanuni’l-medenî”, *Eş-şerîati ve’l-kanun* 1/35 (2020), 183.

39 İbn Mâce, Ebû ‘Abdullâh Muhammed b. Yezîd el-Ğazvînî, *es-Sünen*, nşr. Heyet (Kâhire: Dâru’t-Te’sîl, 2015), “Ebvâbü’l-ahkâm”, 17 (No. 2340).

40 Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, *el-Câmi’u’s-sahîh*, nşr. Muhammed Züheyr b. Nasr (Kâhire: Dâru Tavki’n-Necât, 2001), “Havâle”, 1 (No. 2287).

etmesinin karşı tarafa zarar anlamına geldiği, bu durumda da malı elinde bulunduran kişinin, üzerinden zararı kaldırmak için malı hapsedmesi caiz kılınmıştır. İkinci hadise göre de kişinin muaccel borcunu ödememesi zulüm olarak değerlendirilmiş ve karşı tarafa da malı hapis hakkı tanınmıştır.⁴¹

Zikredilen ayet ve hadislerin doğrudan hapis hakkından bahsetmediği açıktır. Ayrıca bu naslar daha ziyade genel kural niteliğinde değerlendirilebilir. Nitekim söz konusu nasları delil alanlar da bunlardan bazılarını açıklarken genel kural ifade ettiklerini belirtmiştir.⁴² Bu tür nasların belirli bir muamele için delil olduğunu söylemek çok yerinde görünmemektedir. Çünkü öncelikle bu bakış açısı her türlü fikir ve hukuki tasarrufun meşruiyetini naslardan alması gerektiğini söyleyen ispata muhtaç bir iddiayı ifade etmektedir. Bu meşruiyet ihtiyacı nasların ifade ettiği ve farklı şekillerde yorumlanabilecek genel anlamlardan karşılandığında aslında uygun olmayan bazı tasarrufların da bu tür naslara dayanılarak meşru görülmesi tehlikesi gündeme gelmektedir. Bu nedenle hakkında doğrudan beyan bulunmayan hukuki tasarruf ve muamelelerin genel ilkeler ile örtüşme anlayışı üzerinden uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekir. Bu bağlamda genel olarak “ahde vefa gösterilmesini” ve “sözleşmelerin yerine getirilmesini” ifade eden ayetlerin dayanak olarak belirlenmesi daha isabetli bir tercihtir. Çünkü hapis hakkının meşruiyeti doğrudan naslardan çıkarılmasa da bu hak, söz konusu genel nitelikli naslar ile uygunluk arz etmektedir. Yani hapis hakkı, naslara aykırı bir düzenleme değildir. Dolayısıyla hapis hakkının bunlar dışındaki mezkur naslar yoluyla ortaya konmuş bir düzenleme olduğu veya bu naslara dayanılarak meşru kabul edildiği söylenirse bunu, yüzeysel bir yorum olarak değerlendirebiliriz.

Hapis hakkının meşruiyeti bu yolla ortaya konmak isteniyorsa da yukarıda geçen ve hapis hakkına doğrudan ya da dolaylı olarak değil yalnızca bazı açılardan genel kuralın kapsamına girmesi yönüyle işaret eden naslar yerine açık biçimde rehinden söz eden nasların delil alınması daha makul görünmektedir. Örneğin “Şayet yolculuk halinde olur ve yazacak birini bulamazsanız, teslim alınmış rehinler yeterlidir.”⁴³ ayeti ve “Resûlullah (as) bir Yahudi’den, veresiye yiyecek satın aldı ve rehin olarak zırhını verdi” manasındaki

⁴¹ Mu`dî, *el-Hak fi'l-habs fi fikhi'l-İslâmî*, 33,34.

⁴² Mu`dî, *el-Hak fi'l-habs fi fikhi'l-İslâmî*, 32-34.

⁴³ el-Bakara 2/283.

hadis rehnin meşruiyetinden söz edilirken zikredilmiştir.⁴⁴ Hapis hakkının rehnin sağlıklı şekilde işleyebilmesinin gerektirdiği bir hüküm olduğu ve bu hükmün rehin dışında farklı hukuki durumlarda da geçerli olduğu göz önüne alındığında, rehin için geçerli olan bir delilin hapis hakkı için evleviyetle geçerli olması beklenir.

2. Hapis Hakkının Hukuki Niteliği ve Özellikleri

Klasik Hanefi literatüründe hapis hakkı doktrini netleştirilmediği için fukahânın söz konusu hakkın hukuki niteliğini nasıl değerlendirdikleri ve bu hakka hangi özellikleri yüklediklerinin anlaşılması için hapis hakkının bulunduğu hukuki durumlarda verdikleri örnekler ve yaptıkları açıklamalar incelenmelidir. Bu kısımda, yaptığımız incelemelerden ve pozitif hukuk dilinden faydalanarak Hanefi mezhebinde hapis hakkının nasıl değerlendirildiği belirlenmeye çalışılacaktır.

2.1. Teminat Fonksiyonu ve Aynî Hak Oluşu

Klasik Hanefi literatüründe açık biçimde hapis hakkının teminat görevi gördüğü belirtilmemiştir. Ancak literatürde bazı durumlarda akit, bazı durumlarda kanundan doğan bu hakkın ileri sürülebildiği yerler incelendiğinde, alacaklının alacağına karşılık borçluya ait ve alacakla ilgisi bulunan malı elinde tutması borçluyu ifaya zorladığı ve belirli durumlarda alacak bu maldan tahsil edildiği için Hanefi fukahânın, hapis hakkının teminat için olduğunu kabul ettikleri anlaşılır. Hapis hakkını kimi zaman rehin ile birlikte zikrederek hapsin, rehinden daha zayıf bir hak olduğunu ifade etmeleri bu iki hakkı bazı açılardan birbirine yakın gördükleri anlamına gelebilir. Burada zayıflık sebebi olarak zikrettikleri hususların dışında kalan durumlarda hapis ve rehin haklarının paralel olduğu izlenimi uyanmaktadır. Zira sayılan zayıflıklar bir bakıma farklar mesabesinde. Bu bağlamda yapılan açıklamalar arasında maksatları açısından her iki hakkın farklı olduğu, rehinde var olan teminat fonksiyonunu hapis hakkının yerine getirmediği ya da eksik

⁴⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/412.

getirdiğine dair ifadelere rastlamadık.⁴⁵ Bu nedenle hapis hakkının, aynı kuvvet derecesinde olmasa da rehnin teminat işlevini yerine getirdiği söylenebilir.

Hapis hakkı, günümüz hukukundaki aynî hak kavramıyla ilişkili görünmektedir. Klasik fıkıh literatüründe “aynî hak” şeklinde bir ifadeye rastlanmaz. Ancak bu kaynaklarda kullanılan “milk”, aynî hakkı karşılayacak biçimde bir üst kavram olarak kullanılır. Yani milk kavramı çoğunlukla aynî hakları ifade eder biçimde kullanılmıştır.⁴⁶ Rehin hakkı da Hanefî mezhebi kaynaklarında rakabe milkinden ayrılarak milkü’l-yed ve’l-habs olarak ifade edilmiştir. Bunun yanında rehin ve hapis hakları arasında karşılaştırma yapılırken hapis hakkının daha zayıf bir hak olduğu söylenen yerde hapis konusu maldan alacağın elde edilemeyeceği ancak rehnin nihai olarak milke dönüşebileceği belirtilmiştir.⁴⁷ Hapis hakkına gelindiğinde satıcı, hapis konusu mebînin mali değerinden semeni tahsil edemez. Çünkü satıcının mebî üzerinde “milkü’l-ayn ve’l-yed”i (ayn milki ve zilyetliği) vardı. Satım akdi kurulduktan sonra ayn milki ortadan kalkmış sadece zilyetliği kalmıştır. Dolayısıyla hapis hakkı sahibi satıcının hapse konu mal üzerinde yalnız milkü’l-yed (elde tutma milki) vardır. Ancak buradaki milkü’l-yed ile rehnin verdiği yetki aynı derecede görülmemiş olacak ki ikisine farklı hükümler bağlanmıştır. Şöyle ki, kölesini mürtebine rehin olarak bırakan rahin borcu ödeyemeyecek durumda olduğu halde köle rehne konuyken azat ederse mürtehin alacağını köle üzerinden elde edebilir. Hapis hakkı ise böyle bir yetki vermez. Yani satıcı semeni almak için mebî olan köle üzerinde hapis hakkını kullanırken semeni ödeyemeyecek durumda olan müşteri köleyi azat etse satıcının ‘milkü’l-yed’in mahalli ortadan kalkacağı ve mahal olmadan zilyetlik olmayacağından satıcı köle üzerinden alacağını elde edemez.⁴⁸

Bununla birlikte hukuki niteliğine ilişkin olarak klasik kaynaklarda hapis hakkının, akdin iktizasından olan şartlar arasında yer aldığına, bu tür şartlar ile akit geçerli olduğundan hapis hakkının da geçerli olduğuna değinilmiştir.⁴⁹ Hapis hakkının

⁴⁵ Bk. “Hapis-Rehin İlişkisi”.

⁴⁶ Milkin terim anlamı, unsurları ve aynî hak ile ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000), 144-165.

⁴⁷ Bk. Kâsânî, *Bedâ’i ‘u’s-sanâ’i*, 6/161,239; Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/415,431.

⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/197.

⁴⁹ İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 5/86.

mahiyetine dair bu açıklama, menşei akit olan hapis hakları için yeterli olsa da hapis hakkının bulunduğu tüm hukuki durumları kapsar nitelikte olmadığı açıktır. Zira hapis hakkının bazı akit dışı durumlarda da geçerli olduğu bilinen bir husustur.

Klasik fıkıh eserlerinde hapis hakkının mahiyeti ile ilgili belirtilen ifadeler yer alırken modern fıkıh doktrinde hapis hakkının aynî hak olduğunu ifade eden görüşlere yer verilmiştir. Hacak, Hanefî fukahânın, milk kavramı bağlamında rehin ve hapis hakkını birlikte zikrederek her ikisini aynı hak olarak gördüklerini söyler. Rehin hakkı sahibine, alacağını elde edemediği takdirde rehin konusu malın mali değerinden alacağını elde etme hakkı verir ve bu hakta milk, malın mali değeri üzerinde kurulmuştur.⁵⁰ Hapis hakkının hükümlerinde, belirli durumlarda, alacağı elde etmek üzere hapis konusu malın paraya çevrilmesi yer aldığından⁵¹ fukahaya göre bu hak ile malın mali değeri üzerinde milk kurulduğunu söylenebilir.

Senhûrî, hapis hakkını şahsi teminatlar başlığında incelemesine rağmen, şahsi teminattan çok aynî teminata yakın olduğunu ifade etmiştir. Çünkü burada borçlu, alacaklıya ait, belirli bir malı elde tutmaktadır. Şahsî teminatlar altında ele alma sebebi ise hapis hakkının, aynî hakkın sağladığı öncelik ve takip yetkilerini sağlamaması nedeniyle tam bir aynî hak olarak görülemeyeceği kanaatini taşımasıdır. Senhûrî tam bir aynî teminat olarak değerlendirmede⁵² hapis hakkını, fer'i aynî haklar⁵³ arasında saymış ve bu hakkın borca karşılık teminat görevi gördüğünü söylemiştir. Aynı zamanda hapis hakkını, rehin ile birlikte, elde tutulan nesnenin kendisine (aynına) değil, mali değerine taalluk eden aynî hak olarak zikretmiştir.⁵⁴ Yine Zerka'nın yukarıda zikredilen hapis

⁵⁰ Bk. Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, 158.

⁵¹ Bk. "Hapis Hakkının Hükümleri".

⁵² Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed, el-Vasît fi şerhi'l-kânûni'l-medeniyyi'l-cedîd (Beyrut: Dâr-u İhyâ'i't-Türâsi'l-Arabî, ts.), 10/15.

⁵³ Aynî hak, kişi ve eşya arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eder ve kişiye eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlar. Aynî haklar, hakkın sağladığı yetkiye göre; sınırsız aynî haklar (tam mülkiyet) ve sınırlı aynî haklar olmak üzere iki gruba ayrılır. Mülkiyet hakkı, sahibine hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi verir ve kullanılabilmesi için kanuna veya başka bir şahsa ihtiyaç yoktur. Yalnız hak sahibinin ve eşyanın bulunmasıyla tahakkuk eden müstakil bir haktır. Sınırlı aynî haklarda ise hak, sahibine mülkiyetin sağladığı yetkilerden birini veya ikisini sağlar. Bu hakkın temelinde, mülkiyetin içerdiği yetkilerden bir kısmının bağımsızlaştırılarak bir hak olarak ayrılması düşüncesi yatmaktadır. Dolayısıyla söz konusu sınırlılık hakkın aynî olması bakımından değil, aynı hakkın sağladığı yetkiler bakımındandır. Sınırlı aynî hakların varlığı müstakil olmayıp, rehlin hapsinde olduğu gibi bir şeye tabi olarak varlık kazanır. Hapis hakkı Türk hukukunda sınırlı aynî haklar kategorisindedir. Bk. Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 28,29.

⁵⁴ Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed, *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: Dâr-u İhyâ'i't-Türâsi'l-Arabî-Müessesetü't-Tarihi'l-Arabî, 1953), 1/25-29,31.

hakkı tanımından anlaşıldığı üzere kendisi de hapsin aynî nitelikte bir hak olduğu görüşündedir. Bunun yanında aynî hakları tasnif biçiminden ve ifadelerinden hapis hakkının teminat sağlayan bir hak olması nedeniyle aslî değil fer'i ayni haklar arasında yer aldığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁵ Medkur da hapis hakkının aynî hakların fer'i kısmında yer aldığı kanaatindedir.⁵⁶

Öte yandan fukahanın, satım akdinde malı hapsedebilecek kişinin hakkının, malın zilyetliğiyle sınırlı olduğunu, mali değerinde hakkı bulunmadığını ifade etmelerinden de hareketle İslam hukukunda hapis hakkının aynî değil şahsi haklar arasında yer aldığı şeklinde bir görüş de mevcuttur.⁵⁷

Türk hukuk doktrinine gelindiğinde ise burada aynî hak olup olmaması⁵⁸ tartışmalı olsa da ağırlıklı görüş hapis hakkının ayni bir hak olduğudur.⁵⁹ Tartışma, hapis hakkının ayni hakkın verdiği tüm yetkileri sağlayıp sağlamamasıyla ilgilidir. Bu bağlamda doktrinde hapis hakkının hukuki niteliğini, hakkın doğumundan paraya çevrilme yetkisinin kullanıldığı zamana kadar ve paraya çevrilme yetkisinin kullanıldığı an olmak üzere iki aşamada inceleyenler olmuştur.⁶⁰ Hapis hakkının doğmasından, eşyanın paraya çevrilerek alacağın buradan temin edilmesine kadar geçen sürede hak sahibinin eşyaya fer'i zilyet olması, ayrıca bu aşamada hapis hakkı sahibinin, ayni hakkın kişiye sağladığı herkese karşı dermeyeran edebilme yetkisine de sahip bulunması ve hapis hakkının paraya çevirtme hakkı vermesinin teslimi meşrut rehne atıfla açıklanması ayni haklar arasında sayılması için yeterli görülebilir. Ancak ayni hakkın sağladığı takip davası açma selahiyeti hapis hakkı ile elde edilmez. Bu nedenle hapis hakkının tam bir ayni hak olarak nitelendirilemeyeceği de söylenmiştir.⁶¹ Öte yandan hapis hakkını aynî hak değil, aynî değerlendirme yetkisi olarak gören bir görüş de mevcuttur.⁶²

⁵⁵ Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti 'l-iltizâm fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, 30,43.

⁵⁶ Medkûr, *Medhal li fıkhi 'l-İslâm*, 514.

⁵⁷ Görüş için bk. Şerif Rafet, "Mefhumu'l-hak fi'l-hapsi ve tabâtihi ke-vesiletin li'd-damân fi'l-kanuni'l-medenî", 215.

⁵⁸ Bülent Köprülü- Selim Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972), 361; Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 306; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1187.

⁵⁹ Koyuncu, *Türk Medeni Kanunu'nda Hapis Hakkı*, 7.

⁶⁰ Görüşün zikredildiği asıl kaynak için bk. Ali İhsan Kaytaz, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1999), 6; Koyuncu, *Türk Medeni Kanunu'nda Hapis Hakkı*, 7.

⁶¹ Kaytaz, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 6,7.

⁶² Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 359.

Hapis hakkının menkul rehninin bir türü olması⁶³ Türk hukuk doktrininde bazı yazarlar tarafından sorgulanmış ve tam bir ayni hak olup olmadığı tartışılmıştır. Bu bağlamda hapis ve rehin hakları arasındaki farklara değinilmiş, özellikle talep ve dava hakkı hususundaki ayrışma üzerinde durulmuştur. Buna göre mürtehin, rehin konusu eşya üzerindeki zilyetliğini kaybederse rehin hakkına dayanarak eşyanın kendisine iadesi için talep ve dava hakkını kullanabilir. Hapis hakkında ise zilyetliğin kaybedilmesi durumunda hak düşer ve hak sahibinin, eşyanın kendisine iadesi için talep ve dava hakkı bulunmaz. İşte bu hakkın eksikliği nedeniyle hapis hakkının mahiyetinin ayni hak değil, ayni tasarruf yetkisi olması daha yerinde görülmüştür.⁶⁴ Öte yandan hapis hakkının ayni haklar arasında sayılamama nedeni, ayni hakkın sağladığı ve “dış muhteva” olarak ifade edilen, eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet ve herkese karşı dermeyan edilebilme yetkilerini sağlamaması olarak da ifade edilmiştir. Zira hak sahibi, hapis konusu eşyanın zilyetliğini kaybettiğinde belirtildiği üzere takip ve istihkak davası açma hakkına sahip olamaz.⁶⁵

2.2. Öncelik Hakkı Vermesi

Öncelik hakkı, kendisinden alacağın elde edilmesi için belirli bir mal üzerinde birkaç hakkın toplanması durumunda gündeme gelmektedir. Alacağını söz konusu maldan elde etme noktasında bu hak sahiplerinden biri diğerlerine karşı rüçhaniyetli alacaklıdır. Bu rüçhaniyeti sağlayan, alacağın bağlı olduğu borcun öncelik hakkı veya imtiyaz hakkı vermesidir. Dolayısıyla öncelik hakkı, alacağı elde etme noktasında başkalarının önüne geçme özelliği bulunan bir borca tabi olarak ortaya çıkar. Bu özellik borcun kendisinden kaynaklanabileceği gibi, bir borca karşılık rehin verilmesinden veya borç ile ilgili bulunan ayının hapsedilmesinden de kaynaklanabilir.⁶⁶

⁶³ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1188.

⁶⁴ İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, 744; Kaytaç, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 6,7.

⁶⁵ Bilgehan Çetiner, *Hapis hakkı* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010), 47-49. Çetiner, mezkur sebeplerden ötürü hapis hakkının ayni hak olmadığını belirttikten sonra mahiyetinin ne olduğuyla ilgili ayni tasarruf yetkisinden de başka bir görüş ileri sürmüştür. Buna göre hapis hakkı, elde tutulan eşya üzerinde “mülkiyet hakkına dayanan taleplere karşı, alacaklıya kanunen tanınmış olan ve ifadan kaçınma hakkını güvence altına alma amacı güden, ayni etkiye sahip bir def’i” olarak değerlendirmiştir. Gene Çetiner def’i, “kendisine karşı bir hak ileri sürülen şahsa tanınan bir savunma aracı, karşı hak” şeklinde tanımlamıştır.

⁶⁶ Ali Muhammed el-Hafif, *el-Hak ve 'z-zimme* (Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 2010), 103,104.

Hanefî fıkıh eserlerinde konuyla ilgili verilen örneklerden anlaşıldığına göre hapis hakkı, sahibine öncelik hakkı verir. Örneğin; kiracı, kira bedelini peşin olarak ödemiş ve kira süresi dolmadan ev sahibinin ölümü sebebiyle akit infisah etmişse kiracı, kira bedelini alıncaya kadar evi hapsedme yetkisine sahiptir. Bu yetki sebebiyle kiracı, kira bedelini geri alma konusunda ölenin diğer alacaklılarından öncelikli olur.⁶⁷ Gene kişi bir mal satın aldıktan sonra malı teslim almadan ve semeni ödemediği müddetince müflis olarak ölürse, satıcı müşterinin malından semeni elde edinceye kadar mebîyi hapsedme hususunda veya kâdının malı satması sonucu alacağını buradan temin etme hususunda da diğer alacaklılardan öncelik hakkına sahip olur.⁶⁸

Hanefî mezhebinin temel eserlerinden aktarılan yukarıdaki örneklerde, hapis hakkını kullanan tarafın alacağını elde etme noktasında diğer alacaklılardan “daha haklı” (ehakk) olduğu söylenmiştir. Doğrudan “öncelik” kelimesi kullanılmamış olsa da alacağı elde etme noktasında diğer alacaklılardan daha haklı bulunması onların yanında öncelikli olduğu anlamına geldiğinden Hanefî fukahânın hapis hakkının öncelik yetkisi verdiğini düşündüklerini söylemek mümkündür. Bunun yanında hapis hakkı ayn üzerinde kurulduğundan, yalnız zimmette sabit olan alacaktan da daha kuvvetli olması gerekir. Çünkü hapis hakkına sahip olacak tarafın, alacağını elde etmek için hapis konusu mal üzerinde herhangi bir önceliği bulunmayacaksa hapsin, borçluyu ifaya zorlamaktan başka bir fonksiyonu kalmaz. Ancak hapis hakkının hükümleri kısmında görüleceği üzere, klasik Hanefî literatüründe hapis konusu malın, alacağın temin edilmesi için satıldığı durumlar vardır. Bu nedenle amacın yalnız borçluyu ifaya zorlamak olmadığı da görülür. Dolayısıyla, hapis konusu mal belirli durumlarda satılır ve bu satım sonucu elde edilen bedelden alacağını elde etme hususunda hapis hakkı sahibi diğer alacaklılardan öncelikli olur.

Çağdaş dönem fukahâsından Medkur, Mahmesânî ve Zerka da hapis hakkı sahibinin, hapis konusu malın semeninden alacağını elde etme hususunda, diğer alacaklılar karşısında öncelikli olacağını belirtmiştir.⁶⁹ Gene Ali el- Hafîf de, satım akdinden sonra müşteri semeni ödemediyse ve satıcı mal üzerinde hapis hakkını

⁶⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/65; İbn ‘Âbidîn, *Reddû ‘l-muhtâr*, 4/564.

⁶⁸ İbn ‘Âbidîn, *Reddû ‘l-muhtâr*, 4/564.

⁶⁹ Mahmesânî, Subhî b. Muhammed Receb, *en-Nazariyyetü ‘l- ‘âmme li ‘l-mûcebât ve ‘l- ‘ukûd fi ‘ş-şerî‘ati ‘l-İslâmiyye* (Beyrut: Daru’l-İlm li’l-Melayin, 1972), 520; Medkûr, *Medhal li fıkhi ‘l-İslâm*, 513; Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti ‘l-iltizâm fi ‘l-fıkhi ‘l-İslâmî*, 48.

kullanıyorsa, müşterinin, aralarında mebûin de bulunduğu tüm mallarının satılması durumunda satıcının, diğer alacaklıların yanında öncelikli olduğunu söylemiştir.⁷⁰ Burada öncelik hakkının kapsamı, hapis konusu malın satılması yoluyla elde edilen bedel ile sınırlıdır. Buna göre hakim, mebiyi sattıktan sonra satıcının alacağının tamamını öder. Mal, semenden daha az bir miktara satıldıysa, satıldığı miktarın tamamı satıcıya verilir ve kalan borç hususunda satıcı diğer alacaklılarla eşit konumda bulunur. Malın semenden daha fazla miktara satılması durumunda ise satıcı alacağının tamamını alır, artan miktar diğer borçlulara kalır.⁷¹ Senhûri ise hapis hakkının alacaklıya, ayni hakkın sağladığı öncelik ve takip haklarını sağlamadığı görüşündedir.⁷² Türk hukukunda da hapis hakkı, sahibine hapsedtiği eşya üzerinde alacağını elde etme noktasında diğer alacaklılara nazaran öncelik hakkı verir.⁷³

2.3. Takip Hakkı Vermesi

Takip hakkı, “nerede bulunursa bulunsun, kendisini ele geçirmek veya menfaatlerinden yararlanmak üzere, bizzat aynın izinin sürülmesi” yetkisini ifade eder.⁷⁴ Klasik Hanefi literatüründe hapis hakkı bağlamında doğrudan “takip hakkı” ifadesine rastlanmaz. Ancak hapis hakkıyla ilgili verdikleri hükümlerden, fukahânın bu hakkın mahiyetine ve dolayısıyla takip yetkisi verip vermediğine dair bakışlarıyla ilgili fikir edinilebilir. Bu bağlamda onlar, bazı durumlarda hapis hakkının “geri alma (istirdat)” yetkisi verdiğini söylemişlerdir. Örneğin satım akdi kurulduktan sonra muaccel semeni ödemeyen müşteriye karşı satıcı, mebî üzerinde hapis hakkını ileri sürebilir. Bu sırada müşteri, satıcının rızası olmaksızın mebîyi kabzederse satıcı mebîyi kendisinden geri alabilir. Gene müşteri izinsiz kabzettiği mebî üzerinde feshi kabil bir tasarrufta bulunduğu anda satıcı bu tasarrufu feshederek mebîyi geri alma hakkına sahiptir. Ancak müşteri, feshi kabil olmayan bir tasarrufta bulunursa, milki üzerinde geri döndürülemez bir tasarrufta bulunmuş olduğu için satıcının hapis hakkı ortadan kalkar ve mebîyi geri alma yetkisi

⁷⁰ Ali el-Hafîf, *Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye* (Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 2008), 420,421.

⁷¹ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmeli'l-mûcebât ve'l-ukûd fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*, 520,521.

⁷² Senhûrî, *el-Vasîl*, 10/15.

⁷³ Aydın Aybay- Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014), 300.

⁷⁴ Bk. Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 32,33 dip. 2.

bulunmaz. Müşterinin sahte paralarla yaptığı ödemeye karşılık satıcının mebîyi teslim etmesi halinde de satıcının mebîyi geri alma yetkisi bulunur.⁷⁵

Hanefî fukahânın, hapis hakkının belirli durumlarda sağladığını belirttikleri geri alma yetkisinin takip hakkı manasına geldiği söylenebilir. Zira geri alma hakkı da alacaklıya, alacağını elde edinceye kadar aynın izini sürme yetkisi verir. Alacağını elde etme dışında geri alma yetkisinin kendisinden kaynaklandığı hapis hakkının bir sebeple sona ermesi durumunda bu yetki de sona erer. Ayrıca fukahânın hapis hakkını mahiyet açısından bir çeşit ayni hak olarak gördükleri kabul edilirse bu hakkın takip hakkı verdiğini de kabul etmeleri beklenir. Çünkü ayni hak, sahibine takip hakkı da verir. Hapis hakkı belirli bir ayn üzerinde kurulduktan sonra hak sahibinin, alacağını elde etmek için bu ayn ile arasında kuvvetli bir bağ oluşur. Dolayısıyla alacağı elde edinceye kadar bu aynı, zilyetliğini rızasıyla kaybetmediyse, takip edebilmesi gerekir. Aksi halde hapis hakkını ayni hak olarak görmenin, bunun da ötesinde alacaklıya hapis hakkı tanımının makul olduğunu söylemek zorlaşır. Zira bu hak alacağı elde etmek için güvence olması maksadıyla verilmiştir. Hak sona ermediği halde zilyetlik kaybedilirse ve hak sahibi malı takip ederek ya malı ya da malın bedelini zilyetliğine alamazsa bu maksat gerçekleşmez. Bu nedenle kanaatimizce Hanefî fukaha hapis hakkının, günümüzde takip yetkisi olarak ifade edilen, “aynın veya mali değerinin zilyetliğini geri alma” yetkisi verdiğini düşünmektedir.

Çağdaş dönem İslam hukuku yazarlarından Ali el- Hafif de hapis hakkı bağlamında takip hakkını ele alırken hapis hakkı sahibinin, hapis konusu mal üzerindeki zilyetliğini ancak kendi rızasıyla bu zilyetlikten vazgeçmesi veya söz konusu malın satılarak alacağının buradan temin edilmesi durumunda sona ereceğini belirtmiş, hak sahibinin mal üzerindeki zilyetliği rızası dışında sonlandırılırsa bu durumda hapsedmek üzere malı tekrar zilyetliğine alma hakkının bulunduğunu söylemiştir. Bunun yanı sıra hapis konusu malın sahibi mali bir bedel karşılığında bu mal üzerinde tasarrufta bulunursa hapis hakkını ileri süren tarafın, alacağını temin edebilmek için, tasarrufa izin verdikten sonra bu bedeli hapsedebileceğini söylemiştir.⁷⁶

⁷⁵ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/43-44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/251.

⁷⁶ Ali el-Hafif, *el-Hak ve'z-zimme*, 103.

Ali el- Hafîf, hapsin takip yetkisi vermesiyle ilgili açıklamalarına şöyle devam eder: “Hapis hakkı, başlangıçta borca karşılık güvence olması, sonuçta da borcun elde edilebilmesi için hukuk düzeni tarafından tanınmıştır. Borcun bu ayndan tahsil edilmesi hususunda ayn ile borç arasında bağlantı kurulmuştur. Bu durumda takip, bizzat ayn üzerinde değil, bu aynın mali değeri üzerinde tanınmış bir yetkidir. Çünkü burada asıl maksat, aynın mali değerinden faydalanmaktır. Buna göre ayn, paraya çevrildiye söz konusu haklar bu kıymet üzerine taalluk eder ve artık aynın izi sürülmez. Şöyle ki, hapse konu mal satılırsa, hak sahibi alacağını malın semeni üzerinden alma noktasında diğer alacaklılardan önde olur, malın kime satıldığını takip etmez. Ancak malın satımından elde edilen bedel başkasına verilirse hapis hakkı ve buna bağlı olarak takip hakkı sahibinin iki seçeneği vardır: Ya semenin verildiği kişilerden hakkını ister, çünkü bu kişiler hakları olmayan bir şey elde etmiştir, ya da semeni bu kişilere veren kişiye giderek ondan hakkını talep eder. Kısaca, aynı takipten maksat borcun ifa edilmesi de olsa, hapis hakkı sahibinin takip hakkı mevcuttur.”⁷⁷

Zerkâ da ihtibas hakkı olarak ifade ettiği hapis hakkının sahibine takip hakkı verdiği kanaatindedir. O, takip hakkının iki tür haktan doğduğunu söylemiştir. İlkine göre takip hakkı aynın bizzat kendisine sıkı sıkıya bağlı haklardan ötürü ortaya çıkabilir. Örneğin aynın kendisine veya menfaatlerine malik olan ya da ayn üzerinde irtifak hakkı bulunan kişinin takip hakkı böyle bir haktan kaynaklanır. İkinci türe göre takip hakkı, mali değeri sebebiyle ayna bağlı olan haklardan doğabilir. Burada takip hakkını doğuran hak aynın bizzat kendisine değil, mali değerine bağlıdır. İşte rehin ve hapis hakları bu tür haklardandır.⁷⁸ Bu durumda Zerkâ, Ali el- Hafîf’in, hapis hakkının sağladığı takip yetkisinin bizzat ayn üzerinde değil, bu aynın mali değeri üzerinde tanındığı görüşüne katılmaktadır.

⁷⁷ Ali el-Hafîf, *el-Hak ve 'z-zimme*, 102,103. Zerkâ, aynı açıklamayı Ali el-Hafîf’ten aktarmıştır. Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti 'l-iltizâm fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, 32-33 dip. 2.

⁷⁸ Bk. Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti 'l-iltizâm fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, 32,33 dip. 2.

Senhuri, Mahmesani ve Medkur ise hapis hakkının takip yetkisi vermediği kanaatindedir.⁷⁹ Yukarıda belirtildiği üzere Türk hukukunda da hapis hakkı takip davası açma yetkisi vermez.⁸⁰

3. Hapis Hakkı ile Yakın Tasarruflar Arasındaki İlişki

Hapis hakkı, uygulanma biçimi ve amacı bakımından farklı bazı hukuki yetkilerle benzerlik göstermektedir. Hanefi mezhebi kaynaklarında hapis hakkı yer yer birlikte anılmıştır. Türk hukukunda da hapis hakkı açıklanırken rehin ile olan ilişkisine değinildiği gibi ödemezlik def'i, alıkoyma hakkı ve çok yakın tasarruflar olmasa da takas ile ilişkisine de değinilmiştir. Rehini haricinde olanlara Hanefi mezhebi literatüründe bu isimlerle rastlanmaz. Türk hukukunda ödemezlik def'i ve alıkoyma hakkı şeklinde ifade edilen hakların geçerli olduğu bazı durumlarda Hanefi fukaha hapis hakkının ileri sürülebildiğini belirttiği için söz konusu haklara değinmek uygun olacaktır.

3.1. Rehini ile İlişkisi

Klasik Hanefi fıkıh literatüründe rehin ve hapis hakları yer yer birlikte ele alınmıştır. Bu iki hak, bazı açılardan benzer olsa da birbirlerine denk olmadıkları fukaha tarafından dile getirilmiştir. Burada, aralarındaki benzer ve farklı yönler ortaya konarak rehin ve hapis hakkı arasındaki ilişki belirlenmeye çalışılacaktır.

Rehin sözlükte hapis manasına gelir.⁸¹ Hükmü ise borç ödenene kadar rehin konusu malı elde tutup sahibine vermekten kaçınmaktır.⁸²

⁷⁹ Senhûrî, *el-Vasît*, 10/15; Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmeh li'l-mûcebât ve'l-ukûd fi's-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, 520,521; Medkûr, *Medhal li fıkhi'l-İslâm*, 514. Medkur, ayni ve şahsi hakkın, sahibine takip yetkisi verdiğini söylediği yerde aynî fer'i hakkın öncelik hakkı verdiğini belirtmiş, takip yetkisi verip vermemesiyle ilgili bir açıklama yapmamıştır. Dolayısıyla aynî fer'i haklar grubunda gördüğü hapis hakkının doğrudan takip yetkisi vermediğini söylemeye de açıklamasından anlaşılan budur.

⁸⁰ Kaytaz, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 6,7.

⁸¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i*, 6/142.

⁸² Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/424; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/502. Zerkâ alacaklı ve borçlu arasında özel bir akitle kurulan rehni, alacaklının, alacağına karşılık güvence olması adına, gerektiğinde kendisinden alacağını temin etmesi için bir malı elinde bulundurmasını sağlayan ayni hak olarak ifade eder. Ayrıca o, rehni, rehin konusu malın aynında değil mali değerinde gerçekleştiğine de vurgu yapmıştır. Bk. Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 47,48.

Hanefî fıkıh eserlerinde rehnin genellikle hapis hakkına atıfla açıklanması önemlidir. Bu bağlamda, rehin konusu malın alacak karşılığı alıkonulması, satım konusu malın bedel karşılığı alıkonulmasıyla; rehnin alacaklı yerine güvenilir üçüncü bir şahsın elinde muhafaza edilmesi, hapis hakkını kullanan satıcının mebîi gene böyle bir şahsa teslim etmesiyle karşılaştırarak açıklanmıştır.⁸³ Gene rehin konusu mürtehinin elinde iken rahinin ondan yararlanamaması, satıcının hapis hakkını kullanması durumunda alıcının mebîden yararlanamaması delil gösterilerek açıklanmıştır.⁸⁴ Benzer biçimde rehnin, karşılığında alındığı borcun tamamı temin edilene kadar elde tutulabileceği, mebîin hapsine itibarla belirtilmiştir.⁸⁵

Hanefî fukahânın usulüne göre üzerinde hapis hakkı veya rehin tesis edilecek malın, hak sahibinin tazmin sorumluluğunda olması gerekir. Rehinin ancak mazmun bi nefsihi borçlara karşı alınabilmesi de bunu göstermektedir. Şöyle ki, helakî halinde tazmin edilmeyecek olan mallara karşılık rehin alınamaz. Buna göre, helakî halinde tazmin edilmeyecek olan ariyet veya vedia olarak verilen mala karşılık rehin alınmaz. Çünkü bunlara karşılık rehin alınırsa rehin, bu mallara karşılık helak olmuş olmaz.⁸⁶

Hapis hakkı ve rehin arasındaki temel fark rehnin, tarafların rızasına dayalı müstakil bir akitle ortaya çıkmasına karşılık hapis hakkının, hukuk düzeni tarafından belirlenen hallerde ve bir akdin işleyişinde ara bir tedbir olarak bulunmasıdır.⁸⁷ Bunun dışında klasik Hanefî fıkıh eserlerinde rehin ve hapis hakkı arasındaki ayrıma değinilirken; hapis hakkı sahibinin alacağını elde edememesi durumunda hapis konusu malı milk edinemeyeceği ve aynından alacağını temin edemeyeceği⁸⁸ söylenmiştir. Rehin akdinde ise, rehin konusunun son raddede milk edinilebileceği üzerinde durulmuştur. Aynı zamanda hapis hakkı sahibinin hapis konusunu borçluya iare olarak vermesi durumunda bu hakkın sona ereceği söylenmiş; rehinde ise mürtehinin rahine rehin konusunu iare olarak vermesi durumunda rehin hakkının devam edeceği, mürtehinin söz konusu malı rahinden geri alabileceği belirtilmiştir.⁸⁹

⁸³ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/78.

⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXI, 107.

⁸⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/415.

⁸⁶ Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/155.

⁸⁷ Bk. Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 48.

⁸⁸ Malın aynından temin, borç ödenmediği takdirde malın sattırılıp bedelinden alacağın elde edilmesiyle gerçekleşir.

⁸⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/431.

Satım akdi sonucu elde edilen hapis hakkı ile rehin arasında başka farklar da bulunmaktadır. Örneğin, mürtehinin rehin sözleşmesi sonucu alacağına karşılık teminat olması için elinde tuttuğu mal, alacağının bedelidir. Yani mürtehin, borcunu alamazsa bu sözleşme sonucu alacağını, borcun bedeli olan bu maldan temin edebilir. Satım akdine gelindiğinde ise satıcının mebîi hapis hakkı, kendisine semeni talep edebilme yetkisi verir. Bunun sonucu olarak mürtehin, rehni rızası olmaksızın veya vedia yoluyla rahine teslim etse geri alabileceği gibi, borcuna karşılık sahte para aldığına da bunları teslim etmeden rehni, rahinden alabilir. Ayrıca mürtehin, alacağı için vade verse de rehin hakkı devam eder. Çünkü mürtehinin hakkı, ancak hakkını tam olarak elde etmesiyle düşer ve bu gerçekleşene kadar rehin üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Satım akdinde ise satıcı mebîi şartlarına uygun bir biçimde elde ettiğinde hapis hakkı düşer. Bu nedenle de semen için vade verdiğinde hapis hakkını düşürmüş olur. Gene semen olarak sahte para almış olsa bunları müşteriye teslim etmeden hapis hakkını kazanamaz.⁹⁰

Hapis hakkının uygulama alanı rehinden daha geniş olup bu hak hem rehinde hem de farklı hukuki muamelelerde söz konusudur. Bunun bir göstergesi olarak rehin konusu olmuş mal üzerinde sonraki aşamada hapis hakkı kurulması durumu da gösterilebilir. Buna göre mürtehin kadı emriyle rehin üzerine harcama yaptıysa İmam Züfer'e (öl. 158/775) göre bu masrafları rahinden alıncaya kadar rehin konusunu hapsedme hakkına sahiptir. Yani rahinin sadece rehnin teminat altına aldığı borcu ödemesi rehin konusu malı teslim alması için yeterli olmaz. Ebu Yusuf'a (öl. 182/798) göre ise burada nafakaya karşılık hapis hakkı yoktur.⁹¹

Hapis hakkını düşüren durumların ele alınacağı bölümde görüleceği üzere hapis hakkı kolay şekilde düşen bir hak değildir. Örneğin taraflar semenin bir kısmı peşin diğer kısmı vadeli olarak anlaşsa veya borcun az bir kısmı kalıp kalanı ibra edilse, müşteri satıcıya bir miktar rehin verse veya borcuna karşı kefil gösterse, bu teminatlar semen için gösterildiğinden satıcının hapis hakkı düşmez.⁹² Bu tür hükümler hapis hakkının kuvvetli bir hak olduğu izlenimini uyandırır da Hanefi fıkıh eserlerinde hapsin, rehinden daha zayıf bir hak olduğu açık biçimde belirtilmiş, buna işaret eden bazı hükümlere yer

⁹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/195.

⁹¹ Semerkandî, *Uyûnu'l-mesâ'il*, 362.

⁹² Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/41.

verilmiştir.⁹³ Şöyle ki; Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e (öl.189/ 805) göre rahin, mürtehinin elinde bulunan rehin köleyi azat ederse bu azat geçerlidir. Bu durumda rahin, yoksul değilse ve borcu muaccel ise borcunu ödemesi istenir. Borcun müeccel olması durumunda ise kendisinden azat ettiği kölenin kıymeti alınır ve borcun vadesi dolana kadar rehin olarak köle yerine ikame edilir. Çünkü tazmin sebebi olan borçluluk durumu gerçekleşmiştir. Ancak rahin yoksul ise köle, kendi kıymetini kazanıncaya kadar çalışır ve bu kıymetle rahinin borcunu öder. Rahinin yoksulluk hali sona ererse de ödediği bu borcu kendisinden ister ve şer'in hükmü bu olduğu için rahinin bundan kaçınması söz konusu değildir. Satım akdinde ise, müşteri satın aldığı köleyi kabzetmeden önce azat ederse, Ebu Yusuf'tan bir rivayet hariç, kölenin semeni karşılamak için çalışma zorunluluğu olmadığı söylenmiştir. Ancak zikredildiği gibi rehin kölenin çalışma zorunluluğu vardır. Çünkü satıcının mebdîdeki hapis hakkı rehinden daha zayıftır.⁹⁴

Hapis hakkının daha zayıf bir hak oluşuna işaret eden bir başka durum satıcının, sonunda hapsedtiği mala sahip olamaması ve alacağını bu malın aynından karşılayamamasıdır.⁹⁵ Aynı şekilde satıcı, müşteriye iare yoluyla malı verirse hapis hakkı düşer. Mürtehinin hakkı ise rehni rahine iare olarak vermesiyle düşmez. Hal böyle iken kölenin çalışması her iki durumda da şart koşulursa hapis hakkı ve rehin hakkı eşitlenmiş olur ki bunun da caiz olmadığı belirtilmiştir.⁹⁶ Zaten söz konusu durumda müşterinin mebdî üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Bu yetkiyi satıcı, mebdî satmakla kendisine vermiştir. Eğer satıcının, semeni almak için köleyi çalıştırma hakkı olursa kendisinin alıcıya verdiği tasarruf yetkisi geçersiz hale gelmiş olur. Ayrıca satıcının, mebdî üzerinde,

⁹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/197; Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/430,431; Zeyla'î, 'Osmân b. 'Alî b. Mehcen el-Bârî'î Fahrüddîn, *Tebyînu'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dakâik* (Kahire: el-Matba'atu'l-Kubre'l-'Emriyye, 1895), 6/86.

⁹⁴ el-Hidâye, 4/430,431.

⁹⁵ Teoride böyle ifade edilmiş olsa da Hanefî fukaha belirli durumlarda hapis konusu malın sattırılarak alacağın buradan temin edileceğini söylemişlerdir. Bk. "Hapis Hakkının Hükümleri"

⁹⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/430,431. Rehin ve hapis hakkı arasındaki bu hüküm farkı, kuvvet bakımından farklı derecelerde bulunan haklara gene derece olarak farklı hükümler bağlandığını göstermesi açısından önemlidir. Ebu Hanîfe konuyla ilgili, müşterek kölenin, ortaklardan biri tarafından azat edildikten sonra diğer ortak yoksul olsa da olmasa da onun için mükateb konumunda olacağını ve bu ortağın payını ödemek için çalışmasının zorunlu olduğunu, azat edilen rehin kölenin ise ancak rahinin yoksul olması durumunda çalışmasının gerekeceğini söylemiştir. Çünkü mürtehinin rehin üzerindeki hakkı milk türündedir. Milkü'l-yed şeklinde isimlendirilen bu hak, efendinin köle üzerindeki hakkını ifade eden milk-i rakabeden daha düşük seviyede bir haktır. Bu nedenle burada da hükümleri eşitlenmemiştir. Dolayısıyla rehin köle yalnızca rahinin yoksul olması durumunda çalışıp kıymetini ödemekle yükümlü tutulabilir. Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/430,431.

onun kıymetinden alacağını elde etme hakkı değil, mülkiyet ve onu elde tutma hakkı vardır. Satımdan sonra mülkiyet hakkı sona ermiş yalnız alacağını elde edene kadar hapis hakkı kalmıştır.⁹⁷

Yukarıda zikredilen hüküm farklılıklarından dolayı hapis hakkının rehinden daha zayıf bir hak olduğu söylenmiştir. Ancak rehnin sağladığı bazı yetkileri hapis hakkının sağlamaması zaten daha zayıf bir hak oluşuyla alakalıdır. Yani fukaha, hapis hakkını rehinle aynı seviyede görmediklerinden, hapis hakkının daha zayıf olduğunu düşündüklerinden rehnin verdiği yetkilerin tamamını bu hakkın sağlamadığını söylemiş olmalıdır. Dolayısıyla hapis hakkının rehinden daha aşağıda oluşunu açıkça izah eden bir fakihe rastlamadık. Kanaatimizce hem rehin hem de hapis ile ilgili ifadeler göz önüne alındığında rehnin ayn milki (milkü'l ayn) olarak ifade edilmesine ve müstakil bir akitle her iki tarafın rızasına dayalı olarak ortaya çıkmasına karşın hapsin, şer`den/kanundan kaynaklanmasının, bu iki hakkın kuvvet derecesi bakımından farklı olmasının temel sebebi olduğu söylenebilir. Bu da hususen muamelat alanında rıza kavramına verilen önemi göstermesi açısından dikkate değerdir.

Öte yandan Hanefi fıkıh literatüründe hapis hakkı sahibinin, alacağını elde edememesi durumunda hapis konusunun aynından borcunu temin edemeyeceği açık biçimde söylene de muhtelif meselelerde bunun aksine hüküm verildiği de görülmüştür.⁹⁸ Hapis hakkının hükümleri kısmında ele alınacağı gibi, borcun ödenmediği belirli durumlarda hapis konusu malın sattırılıp alacağın buradan temin edilmesi mümkün olmaktadır. Bu nedenle Hanefi fıkıh eserlerinde hapis hakkı ve rehin arasındaki en temel farklardan biri olarak gösterilen paraya çevirtme hakkı, iki hukuki durum arasında tek başına ayırım yapmakta yeterli olmayacaktır. Paraya çevirtme yetkisi açısından da ortaklık bulunduğu rehin ve hapis hakkı hükümlerinin büyük oranda benzeştiği görülür. Ancak biri akit, diğeri hukuk düzeninin tanıdığı yetki ile ortaya çıktığından bu iki hukuki durumun mahiyetlerinin farklı olduğu söylenebilir.

Çağdaş dönem İslam hukuku yazarları genellikle rehin ve hapis haklarını birlikte ele almışlardır.⁹⁹ Örneğin Zerkâ, rehin ve hapis haklarını aynî haklar arasında saymıştır.

⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/197.

⁹⁸ Bk. Kâdîhân, Hasen b. Mansûr el-Üzcendi el-Ferğânî, *Fetavâ Kâdîhân* (b.y.: y.y., ts.), 3/98.

⁹⁹ Bu yazarlardan bazıları için bk. Medkûr, *Medhal li fıkhi'l-İslâm*, 514; Ali el-Hafîf, *el-Hak ve'z-zimme*, 91-93,102.

Ayrıca ikisi arasındaki farkı, rehnin özel bir akitle kurulmasına karşılık, hapis hakkının kanundan doğduğunu ve birçok durumda geçerli olması sebebiyle rehinden daha geniş olduğunu söyleyerek açıklamıştır. Bunun yanında, hapis hakkını açıklarken hak sahibinin elde tuttuğu maldan mali hakkını elde edebileceğini söyler.¹⁰⁰ Ali el-Hafif de takip hakkı ve öncelik hakkından bahsederken rehin ve hapis haklarını birlikte değerlendirmiş ve her ikisinin hem takip hem de öncelik hakkı verdiğini belirtmiştir.¹⁰¹ Dolayısıyla hapis ve rehin hakları arasında, sağladıkları yetki ve özellik açısından belirgin bir fark görmedikleri anlaşılır.

Türk Hukuku'nda rehin hakkının bir türü olarak değerlendirilen¹⁰² hapis hakkı, Türk Medeni Kanunu'nda sınırlı ayni haklar başlığının taşınır rehni alt başlığında teslim bağli rehin ile düzenlenmiştir. Bu durumun, kanun koyucunun iki hak türü arasında bağlantı kurduğunu gösterdiği belirtilmiştir. Gene Medeni Kanunu'nun 953. maddesinin 1. fıkrasında¹⁰³ hapsedilen şeylerin teslim bağli rehin hükümlerine göre paraya çevrileceği söylenerek hapis hakkının hükümlerinin, belirli durumlarda teslim bağli rehin hükümleri ile irtibatlı olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁴ Hapis hakkı ile teslim bağli rehnin bazı benzer ve farklı yönleri vardır. Bunlardan bazılarını şöyle sıralayabiliriz:

Öncelikle hem hapis hakkı hem de teslim bağli rehin hakkının kullanılabilmesi için menkule zilyet olunması gerekir. Şu farkla ki rehinde zilyetlik, borca karşılık teminat görevi görmek üzere iradi şekilde kurulurken hapis hakkı halihazırda zilyet olunan menkul eşya üzerinde şartların gerçekleşmesiyle kanundan doğar.¹⁰⁵

Hapis hakkı ve teslim bağli taşınır rehni bir alacağa bağli olarak ve bu alacağa güvence sağlamak adına ileri sürülebilen haklar olduğundan aslî değil, fer'î haklardır.¹⁰⁶ Dolayısıyla hapis ve rehin hakları, kendisinden doğdukları alacağın geçersiz olması veya

¹⁰⁰ Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti 'l-iltizâm fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, 47,48.

¹⁰¹ Ali el-Hafif, *el-Hak ve 'z-zimme*, 102-104.

¹⁰² Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1188.

¹⁰³ “Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsedtiği şeylerin teslim bağli rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir.”

¹⁰⁴ Koyuncu, *Türk Medeni Kanunu'nda Hapis Hakkı*, 11.

¹⁰⁵ Köprülü- Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 334,361; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 692; Gökhan Antalya - Murat Topuz, *Eşya Hukuku – Cilt IV/1*, ed. Gökhan Antalya (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 123-125; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1187,1188.

¹⁰⁶ Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 259; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 692. Hapis hakkının ayni değerlendirme hakkı vermesi hakkında bk. Serozan, *Eşya Hukuku I*, 359.

bir biçimde sona ermesi nedeniyle kullanılamaz hale gelir.¹⁰⁷ Aynı zamanda her ikisinin de aynı hak oluşu da bir başka ortak noktalarıdır.¹⁰⁸

Hapis hakkının teslim şartlı taşınır rehninden ayrıldığı temel nokta, taşınır rehninin sözleşmeyle kurulması yani iradi bir rehin tipi olmasına karşılık hapis hakkının kanundan doğmasıdır. Dolayısıyla hapis hakkında “kanundan doğan bir taşınır rehni” söz konusu olmuş¹⁰⁹ ve kanuni rehin olarak adlandırılmıştır.¹¹⁰ Hapis hakkında da iradi olan bir kısım bulunur. Bu kısım, teminat oluşturmak değil yalnızca zilyetliğin devridir. İradilik hususundaki bu farktan dolayı hapis hakkına, eksik rehin gözüyle de bakılabileceği söylenmiştir.¹¹¹

İki hak türü arasındaki farklardan biri de elde tutulabilecek miktar noktasında kendini gösterir. Şöyle ki hapis hakkı, eşyanın alacağı karşılamaya yetecek kadarını elde tutma yetkisi verir ve bunu aşan kısmının borçluya teslim edilmesi gerekir. Ancak teslime bağlı rehinde eşyanın tamamı elde tutulabilir.¹¹² Bu tür rehinde alacaklı ancak borcun tamamının ödenmesiyle eşyayı geri verme borcu altına girer.¹¹³ Ancak hapis konusu eşya niteliği itibariyle bölünme kabul etmiyorsa alacaklı, alacağın tamamını tahsil edinceye kadar eşyayı teslim etmeye zorlanamaz.¹¹⁴

Rehinde olduğu gibi hapis hakkı da borcun ödenmemesi durumunda elde tutulan eşyanın icra hukukuna göre paraya çevrilerek alacağın temini için kullanılması yetkisi verir. Ancak borçlunun, yeterli güvence göstererek eşyanın satılmak suretiyle paraya çevrilmesini önlemesi rehin için değil hapis hakkı için geçerli bir durumdur. Yani rehin hakkı, bağlı bulunduğu borç için yeterli güvence gösterilmesi durumunda sona ermez. Bu fark nedeniyle hapis hakkının rehinden bir derece zayıf bir hak olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁵

¹⁰⁷ Koyuncu, *Türk Medeni Kanunu’nda Hapis Hakkı*, 11.

¹⁰⁸ Köprülü- Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 361.

¹⁰⁹ Bk. Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 361; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1188.

¹¹⁰ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 692. Hapis hakkına ilişkin düzenlemeler ile teslime bağlı rehine ilişkin düzenlemelerin bazı açılardan farklı olması, “kanuni rehin hakkı” ifadesinin Türk-İsviçre kanun dilinde bulunmayıp doktrinde ortaya çıkarılmış bir kavram olması, “kanuni rehin”in yalnız sistematik yorum ile ulaşılmış bir ifade olması ve mehzaz İsviçre Medeni Kanunu yazarlarından bazısının hapis hakkının kanuni rehin hakkı olarak düşünülmediğini vurgulaması gibi nedenlerle doktrinde hapis hakkının kanuni rehin hakkı olarak ifade edilemeyeceği yönündeki görüş için bk. Çetiner, *Hapis hakkı*, 21.

¹¹¹ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 360.

¹¹² Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 306; Antalya- Topuz, *Eşya Hukuku – Cilt IV/1*, 125.

¹¹³ Koyuncu, *Türk Medeni Kanunu’nda Hapis Hakkı*, 12.

¹¹⁴ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 696.

¹¹⁵ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 359.

Burada farklı bir gerekçeyle de olsa yukarıda belirtildiği üzere Hanefi fıkıh eserlerinde de hapis hakkının rehinden daha zayıf bir hak olduğunun söylendiğine dikkat edilmelidir.

Rehin konusu eşyanın zilyetliğinin geçici olarak rehin alanın rızasıyla rehin verende bulunması bu hakkı sona erdirmezken hapis hakkında alacaklı hapis konusunu rızasıyla borçluya verirse hapis hakkı sona erer.¹¹⁶ Yukarıda belirtildiği üzere benzer bir hüküm Hanefi mezhebinde de geçerlidir. Rehin olarak elde tutulan eşyanın zarar görmesi veya ortadan kalkması halinde sorumluluk rehin hükümlerine göre, hapis hakkında ise hakkın doğmasına neden olan hukuki ilişkiye göre yerine getirilir.¹¹⁷

3.2. Ödemezlilik Def'i ile İlişkisi

Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında mülkiyetin alacaklıya intikali sırf akit ile değil, ifa ile gerçekleşir. Bu durumda ifadan önce taraflar hem deyn alacaklısı hem de borçlusu olduklarından edimler arasındaki eşitlik bozulmadığı için edimlerin aynı anda ifa edilmeleri gerekir ve üzerinde hapis hakkı kurulacak bir şey bulunmaz. Bu nedenle edimlerin aynı anda ifasını sağlamak için ödemezlilik def'i genel bir ilke olarak geliştirilmiştir. İslam hukukunda mülkiyet intikali, ifaya gerek olmaksızın sırf akitle gerçekleştiğinden edimler arasında eşitsizlik bulunur ve hapis hakkı kullanılabilir. Bu nedenle ödemezlilik def'ine ihtiyaç olmamıştır.¹¹⁸ Bu nedenle bu kısımda daha önce takip ettiğimiz anlatım sırasının dışına çıkarak pozitif hukuk ile konuya başlayıp, gerek gördüğümüz yerde klasik Hanefi literatürüne değinmek uygun olacaktır.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar için önce ifa yükümlülüğü yoksa, ifaların aynı anda yerine getirilmesi gerekir. Taraflar kendi borcunu ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden karşı taraftan borcun ifasını talep edemez. Ancak talep ederse talep edilen taraf def'i hakkına dayanarak ifadan kaçınabilir. İfadan kaçınmanın bu türüne de ödemezlilik def'i denir. Ödemezlilik def'i karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin aynı anda ifa edilmesini sağlamayı amaçlar. Buna göre ödemezlilik def'i iki taraflı sözleşmelerde, taraflardan birinin önce ödeme yükümlülüğü yoksa, borçlunun, edimini

¹¹⁶ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 697; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1179.

¹¹⁷ Kaytaç, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 10.

¹¹⁸ Aybakan, "Hapis Hakkı", 16/67.

yerine getirmeyen alacaklıya karşı ileri sürdüğü bir savunmadır. Örneğin, satım ilişkisinde müşterinin önce ödeme sorumluluğu bulunmadığından satıcı malı teslim borcunu yerine getirmeden müşterinin borcunu ifa etmesini isteyemez. Müşterinin, önce ödeme sorumluluğu bulunmadığını söyleyerek ödemezlik def'ini gerçekleştirmesi mümkündür.¹¹⁹

Hanefi mezhebinde hapis hakkıyla ilgili fıkhi hükümlerin en ayrıntılı biçimde satım akdi üzerinden açıklandığını biliyoruz. Bu anlamda Hanefilere göre mezkur örnekte önce müşterinin borcunu ifa sorumluluğu vardır ve bu ifa gerçekleşene kadar satıcı mal üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Dolayısıyla Türk hukukunda müşteriye ödemezlik def'i kullanma yetkisi veren durum, Hanefi mezhebi için hapis hakkının geçerli olduğu en temel hukuki durumlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ödemezlik def'ini ileri süren taraf bu yolla alacaklı üzerinde baskı kurmuş olacağı gibi bu def'i kendi alacağına karşı bir teminat görevi de görmüş olur.¹²⁰ Hapis hakkının da teminat ve borçluyu borcun ifasına zorlama fonksiyonları bulunduğundan bu açıdan ödemezlik def'i ile benzerlik gösterir. Öte yandan aralarında bazı farklar da bulunur. Bu farkları şu şekilde sıralayabiliriz:

Ödemezlik def'i, herhangi bir edimi ifadan kaçınma hakkı verir. Buna karşılık hapis hakkı yalnız menkul eşya ve kıymetli evrakları üzerinde kurulabilir.¹²¹ Aynı zamanda kişinin hapis hakkını kullanabilmesi için bu hakka konu olacak eşya üzerinde fer'i zilyetliğinin olması gerekir. Dolayısıyla kişi, kendi eşyası üzerinde hapis hakkını kullanamaz. Ancak ödemezlik def'inde yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere satıcı, müşteriye henüz teslim etmediği eşya ile ödemezlik def'ini ileri sürebilir.¹²²

Ödemezlik def'i yalnız tam iki taraflı akitlerde geçerli olup, eksik iki taraflı akitlerde uygulanamaz. Hapis hakkının bulunması için ise akit şart değildir. Zira bu hakkın kişinin alacağına teminat olması amaçlanmıştır. Ayrıca ödemezlik def'i tam iki taraflı akitlerde geçerli olduğundan edimlerden herhangi birinin ifa edilmemesi

¹¹⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2006), 433; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 1107,1108.

¹²⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 1108.

¹²¹ Kaytaz, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 13.

¹²² İmre, "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik", 752.

durumunda karşı taraf bu def'i ileri sürebilir. Yani akdin her iki tarafının da bu def'i ileri sürme ihtimali bulunur.¹²³

Hapis hakkı aynı bir tasarruf yetkisi iken ödemezlik def'i yalnızca bir def'idir. Bu itibarla ödemezlik def'inde kişi sadece, karşı tarafın ifasını talep ettiği borcunun ediminden kaçınabilirken hapis hakkında şartlar mevcut olduğu takdirde elde tutulan eşyayı paraya çevirme yetkisine de sahip olur.¹²⁴

3.3. Alıkoyma Hakkı ile İlişkisi

Hanefi literatüründeki “hapis hakkı” tamlaması, kelime anlamı dikkate alındığında alıkoyma hakkı olarak da ifade edilebilir. Ancak beşeri hukukta kullanılan teknik anlamdaki alıkoyma hakkına, hapis hakkından başka bir ifadeyle klasik Hanefi kaynaklarda rastlanmaz. Bu nedenle ödemezlik def'inde takip edilen yolla önce beşeri hukuktaki alıkoyma hakkına yer verilmesi, ihtiyaç duyulan yerde Hanefi mezhebine değinilmesi gerekir.

Alıkoyma hakkı, elinde tuttuğu eşyayı geri vermekle sorumlu iyi niyetli haksız zilyedin, bu eşya ile bağlantısı bulunan alacaklarını (eşyaya yaptığı masraf ve eşyayı sattıysa bu satış bedeli gibi) temin edinceye veya bu alacaklar için güvence verilinceye kadar eşyayı aynı hak sahibine vermekten kaçınma hakkını ifade eder. Alıkoyma hakkının da aynileştirilmiş bir hak olduğu söylenmiştir.¹²⁵ Hem hapis hakkında hem de alıkoyma hakkında alacak elde edilene kadar eşyayı teslim etmeyi reddetme anlamı bulunduğu için iki hak türü birbirine yaklaşıp da aralarında farklılıklar da bulunur:

Türk hukukunda hapis hakkının menkul eşya ve kıymetli evrakta uygulanabileceği belirtilmişti. Alıkoyma hakkı, gayrimenkulde ve sahibinin rızası dışında elden çıkmış eşyada da kullanılabildiği için kapsam açısından hapis hakkından geniştir.¹²⁶

İki hak türünün kime karşı ileri sürülebileceği hususunda da farklılık vardır. Türk hukukunda hapis hakkı, elde tutulan malın sahibi olan borçluya ve şartların gerçekleşmesi

¹²³ İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, 778-779; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 434; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 1109.

¹²⁴ İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, 778; Kaytaç, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 11,14; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 437.

¹²⁵ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 58.

¹²⁶ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 58.

durumunda üçüncü kişilere karşı kullanılabilirken alıkoyma hakkı herkese karşı ileri sürülebilir.¹²⁷

Bir başka farklılık da alıkoyma hakkının yalnız alacak temin edilinceye kadar elde tutma yetkisi verip paraya çevirme salahiyeti vermemesidir. Bu açıdan hapis hakkından eksik bir hak olarak değerlendirilmiş¹²⁸ ve atıpık- eksik hapis hakkı olarak adlandırılmıştır.¹²⁹

Hapis hakkının hükümleri başlığında belirtileceği üzere Hanefi mezhebinde de alacak elde edilemediği takdirde hapis konusu malın paraya çevrilebilmesi tüm durumlar için geçerli değildir. Dolayısıyla Hanefi mezhebinde hapis hakkı olarak ifade edilen kimi haklar Türk hukukundaki alıkoyma hakkına daha yakın durmaktadır. Bu bağlamda Türk hukukunda, en geniş ifadesiyle “bir alacak karşılığında bu alacakla alakası bulunan eşyayı elde tutma yetkisi” veren haklar belirli özellik ve şartlara göre ayrılmıştır. Ancak Hanefi mezhebinde mezkur yetkiyi veren haklar yalnız “hapis hakkı” olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle Hanefi mezhebinde hapis hakkı ile kastedilen hakkın Türk hukukunda yalnız bir hakka karşılık geldiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

3.4. Takas ile İlişkisi

Takas, iki kişinin birbirine karşı muaccel ve para veya özdeş edim borcu bulunduğu takdirde az olan borç oranında alacağın sona ermesini ifade eder.¹³⁰ Taraflar birbirine karşı alacaklı durumunda olduğundan her birinin alacaklarını talep edip borçlarını ifa etmeleri külfetli bir yoldur. Bunun yerine tarafların borçlarının, birbirini karşıladığı miktarda sona erdirilip fazla olan miktar için borcun devam ettirilmesi yoluna gidilerek pratik bir yol olarak takasa başvurulabilir.¹³¹ Hapis hakkı, alacağını temin edemeyen borçluya, elde tuttuğu eşyayı paraya çevirerek bu parayı kendi alacağına mahsup etme yetkisi verdiği için hapis hakkı ile aslında bir bakıma takas muamelesi yapıldığı iddia

¹²⁷ Kaytaç, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 15.

¹²⁸ Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 306.

¹²⁹ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 361.

¹³⁰ Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım, 2004), 201; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 1425; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 508.

¹³¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 633.

edilmiştir.¹³² Ancak aralarında önemli farklar vardır. Örneğin hapis hakkında taraflardan yalnız biri alacaklı konumunda iken takasta her iki taraf hem alacaklı hem de borçlu durumundadır.¹³³

Yine tanımında ifade edildiği üzere takasın kullanılabilmesi için alacakların para veya başka özdeş edimler olması gerektiği halde¹³⁴ hapis hakkında böyle bir şart mevcut değildir.¹³⁵ Öte yandan amaç açısından da hapis hakkı ve takas arasında farklılıklar vardır. Buna göre takasta amaç borcu sona erdirmek iken hapis hakkında amaç alacağı teminat altına almaktır.¹³⁶

Hanefi mezhebindeki takas uygulaması da beşeri hukuktakiyle büyük oranda benzerlik göstermektedir. Ancak Hanefi mezhebinde de beşeri hukukta da hapis hakkı ve takas arasında birçok fark bulunur. Bu nedenle iki hukuki durumun birbirine yakın olduğunu söylemek oldukça zordur. Nitekim klasik Hanefi kaynaklarda bu iki hak arasında benzerlik kuran herhangi bir görüşe de rastlamadık. Ancak Türk hukuk doktrini içinde bu yönde görüş beyan eden yazarlar bulunduğu için ve takas uygulaması her iki hukuk sisteminde benzer olduğu için hapis hakkının takas ile ilişkisine yer verme ihtiyacı duyduk.

¹³² Sıtkı Akyazan, “Hapis Hakkı”, *Adalet Dergisi* 10 (Ekim 1954), 1195.

¹³³ Akyazan, “Hapis Hakkı”, 1196.

¹³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 1425,1428; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 508.

¹³⁵ Üstelik Hanefi mezhebi için hukuki bir işlemde hapis hakkının ileri sürülebilmesi için -hapis hakkının şartları bölümünde görüleceği üzere- edimlerin farklı mahiyette olması temel şart olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹³⁶ Kaytaç, *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*, 17.

İKİNCİ BÖLÜM

HAPİS HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞI

Hanefî fıkıh eserlerinde hapis hakkı genel olarak “bey’in (satım) hükmü”¹³⁷, “semeni elde etmek için satıcının mebîi (satım konusu) hapsedmesi”¹³⁸ ve “deyne karşılık aynın hapsedilmesi”¹³⁹ gibi başlıklarda ele alınmıştır. Bu başlıklarda hapis hakkının ortaya çıktığı bazı durum ve hukuki işlemlere yer verilmiş olsa da bu hak, teorik biçimde ve müstakil bir başlık altında ele alınmamıştır. Ele alındığı başlıklardan ve klasik eserlerin yazım usulünden anlaşıldığı kadarıyla hapis hakkının genel çerçevesi model akit olan satım akdi üzerinden yapılmıştır. Hapis hakkının geçerli olduğu diğer durumlara ise kendisiyle bağlantılı konu başlıklarında değinilmiştir. Bundan dolayı, temel amacını satım akdi üzerinden açıkladıktan sonra hapis hakkının ortaya çıkışını, hangi hukuki işlemlerde bir hukuki yaptırım olarak başvurulduğunu ayrı başlıklar altında ele almamız uygun olacaktır.

1. Hapis Hakkının Amacı

Akitlerde edimler, yapma, yapmama veya verme şeklinde ortaya çıkar. Taraflardan birinin ayn (ferden muayyen borç), diğerinin deyn (nev’an muayyen borç) borçlusu olduğu hukuki işlemlerde, alacakların her ikisinin muaccel olması durumunda alacaklar arasında denge kurulması, deyn borçlusunu ifaya zorlama ve deyn alacaklısının alacağının teminat altına alınması ihtiyacı doğar. Hapis hakkı, bu ihtiyacın karşılanmasına yardımcı olmak üzere Hanefî mezhebinin ilk dönemlerinden itibaren kullanılan bir kavramdır. Deyn alacaklısına hapis hakkı tanınmasının temel amacı, karşılıklı bedellerin değişimi yoluyla birinin ayn diğerinin deyn olması sebebiyle edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesi olarak belirlenmiştir. Zira trampa (mukayada) gibi edimlerden her ikisinin ayn olduğu akitlerde taraflara hapis hakkı tanınmamıştır. Bunun yanında

¹³⁷ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 5/233.

¹³⁸ Cessâs, *Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî*, 3/114.

¹³⁹ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 7/175.

satım akdinde hapis hakkı tanınmasındaki esas amacın, müşterinin ödemede acze düşmesi durumunda Hanefi mezhebinde satıcıya akdi fesih yetkisi verilmediğinden, satıcının diğer deyn alacaklıları statüsüne düşmesini önlemek olduğu belirtilmiştir.¹⁴⁰ Bu nedenle hapis hakkı amacının, ayn ve deyn borçları arasındaki dengeyi kurarak deyn alacaklısının alacağını bir açıdan teminat altına almak olduğu anlaşılmaktadır. Hanefi doktrininde hapis hakkının amacı yine satım akdi üzerinden ele alındığından burada satım akdinin örnek verilmesi, amacın anlaşılması açısından yerinde olacaktır.

Satım akdi tam iki taraflı/ karşılıklı borç yükleyen (muavazalı) bir akitir ve bu tür akitler teslim etme ve teslim alma hususunda tarafların eşit olması esası üzerine kuruludur.¹⁴¹ Dolayısıyla satıcı ve müşteriden her birinin alacağının, diğerinkiyle aynı seviyede sahibine geçmesi gerekir. Satım akdinde zikredilen ayn-deyn arasında bir dengesizlik söz konusu olduğundan bu dengeyi sağlamak için satıcıya, semeni teslim alana kadar mebîyi hapis hakkı verilmiştir.¹⁴² Söz konusu dengesizliğin nedeni alacaklardan biri belirli iken (taayyün etmiş) diğerinin belirli olmamasıdır. Şöyle ki, müşterinin mebî üzerindeki hakkı akit ile birlikte belirli hale gelir çünkü akit yapıldığı anda artık müşterinin teslim alacağı mal bizzat bellidir, satıcının semen üzerindeki hakkı ise belirli hale gelmemiştir. Çünkü satıcı deyn alacaklısıdır ve deyn, cins borcu olduğundan zimmette sabit olur ve miktar olarak konuşulduğunda değil ancak ifa edildiği takdirde/ kabz edildiğinde belirli hale gelir. Belirlemenin gerçekleşmesi de semenin teslimine bağlı olduğundan öncelikle semenin teslim edilmesi gerekir. Böylece eşitlik sağlanmış olacaktır.¹⁴³

Kâsânî semenin önce teslim edilmesi gerektiğini açıklarken “Kim birinden borç alırsa borcunu ödemesi gerekir”¹⁴⁴ hadisini de delil olarak göstermiştir. Hadise göre Hz. Peygamber (s.a.s.) deyni, mutlak olarak “ödenmesi gereken” bir şey olarak vasıflandırmıştır. Kâsânî, semenin tesliminin mebîn tesliminden sonra yapılması durumunda deynin mutlak olarak ödenmiş olmayacağını ve bu durumda nassa muhalefet edilmiş olacağını söyler. “3 şeyi geciktirmeyin: Hazır olduğunda cenazeyi, dengi

¹⁴⁰ Bk. Aybakan, “Hapis Hakkı”, 16/65.

¹⁴¹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/237.

¹⁴² Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/114.

¹⁴³ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/237.

¹⁴⁴ Ebû Dâvûd Suleymân b. el-Eş'aş es-Sicistânî, *Sünenü Ebî Dâvûd*, nşr. Şu'ayb el-Arnaût (b.y.: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, 2009), “Buyû”, 90 (No. 3565).

bulduğunda dula evlendirmeyi ve ödeyecek miktar bulunduğunda borcu ödemeyi” manasındaki hadis de aynı bağlamda ele alınmıştır. Mebîn önce, deynin sonra teslim edilmesi, nassın zahirine göre yasaklanmıştır. Dolayısıyla eşitliğin sağlanabilmesi için önce semenin teslim edilmesi gerekir.¹⁴⁵

Hapis hakkı ayn-deyn dengesi üzerine temellendirildiğinden ve başlangıçtaki eşitsizliğin kendisinden kaynaklandığı söylendiğinden paranın tayin ile taayyün etmemesi fikrinin açıklanması gerekir. Hanefilerin çoğunluğuna göre para, muavazalı akitlerde tayin ile taayyün etmez. Akit sırasında ödeme yapılacak para bizzat belirlenmiş bile olsa teslimden önce başka bir para ile ödeme yapılması kararlaştırılabilir. Örneğin taraflar, müşterinin elinde gösterdiği 100’lük kağıt para ile ödeme yapması üzerinde anlaşsa dahi ödeme vaktinde müşteri bunun yerine, aynı cins 10’luk kağıt paralarla borcunu ifa edebilir. Bu durum paranın tayin ile taayyün etmemesine delil oluşturur. Çünkü paranın taayyünü mümkün olsa en başta belirlenen 100’lük kağıt para üzerinde satıcının mülkiyeti kurulacak ve artık bu paranın teslim edilmesi gerekecekti. Akit esnasında ödeme yapılacak para belirlendikten sonra telef olursa akdin geçersiz hale gelmemesi de paranın bu yolla taayyün etmediğini göstermektedir. Akit, mutlak olarak bedelin söylenmesi ile geçerli hale gelir. Çünkü parada esas olan ekonomik değerdir ve aslolan konuşulan bedeli karşılayıp karşılamasıdır. Bedeli karşıladığı müddetçe ifanın hangi parayla gerçekleştiğinin akde bir tesiri yoktur. Mallarda ise durum böyle değildir. Malların belirlenmesinde akdin temel amaçlarına yönelik yarar vardır. Şöyle ki müşteri, bizzat o malı talep ettiğinden akit kurulacaktır. Öte yandan paranın belirlenmesi de yarardan hali değildir. Ancak burada söz konusu edilen yararlar malın belirlenmesinde olduğu gibi akdin vücut bulup bulmamasını etkileyecek türden olmadığından paranın tayin ile taayyün edeceği kabul edilmemiştir.¹⁴⁶

Türk- İsviçre Hukuku’nda ise hapis hakkı düzenlemesinin temeli konusunda genel kabul gören görüş, bu hakkın tanınmasının “dürüstlük kuralı”na dayandığı yönündedir. Bu görüşe göre, dürüstlük kuralı üzerine temellenen hapis hakkı, aynı bir hak olarak düzenlenmiştir ve sahibine, elde tuttuğu eşyayı gerektiğinde paraya çevirme yetkisi

¹⁴⁵ Bk. Kâsânî, *Bedâ’i ‘u’s-sanâ’i*, 5/249.

¹⁴⁶ Ayrıntılı delillendirme için bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 14/15,16.

vermektedir.¹⁴⁷ Hapis hakkının dürüstlük kuralına dayanması şöyle açıklanır: Edimini ifa etmeyen borçlunun, alacaklıdan eşyasını teslim etmesini istemesi dürüstlük kuralına aykırıdır ve hapis hakkı mahiyeti itibariyle dürüstlük kuralının hususi bir düzenlemesidir.¹⁴⁸ Zira kendi edimini ifaya hazır olmayan borçlunun, edimiyle alakası bulunan karşı edimin yerine getirilmesini talep etmekle kötü niyetli davrandığı düşünülür.¹⁴⁹

Öte yandan söz konusu anlayışın hakim olduğu hukuk sistemlerinde hapis hakkının, sahibine yalnızca kendi edimini ifadan kaçınma salahiyeti verdiği, bunun yanında paraya çevirme yetkisi dikkate alındığında söz konusu hakkın hukuki temelinin dürüstlük kuralı olduğunu söylemenin yetersiz kalacağına dair görüş, hapis hakkının “mal varlığı ile sorumluluk ilkesi”ne dayandığını ileri sürer. Bu ilke hak sahibine, alacağını tahsil edinceye kadar borçluya ait elde tuttuğu mal varlığı üzerinde rehnedilmiş eşya gibi tasarrufta bulunma yetkisi verir.¹⁵⁰ Ancak belirtildiği gibi doktrinde hakim görüş, hapis hakkının temelini dürüstlük kuralı olmasıdır.

2. Amacın Ortaya Çıktığı Durumlar

Hapis hakkının temelde, akitten ve hukuk doktrininden kaynaklanan hapis hakkı olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmişti. Akit kaynaklı hapis hakları Senhuri tarafından şu şekilde sıralanmıştır:

- Semen in ödenmemesi durumunda satıcının mebîi hapsi.
- Kiracının feshedilen akitten sonra muaccel ödediği ücretini alana kadar kira konusunu hapsi.
- Kendisine emanet bırakılan kişinin emanet mala yaptığı harcamayı alana kadar bu malı hapsi.

¹⁴⁷ Elif Berktaş Yüksel, “Türk Hukukunda Hapis Hakkına Genel Bakış (Çeşitli Hukuk Sistemleri Işığında Değerlendirme)”, *Berktaş Avukatlık Bürosu* (Erişim 16 Ocak 2022).

¹⁴⁸ Bk. İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, 746; Yazar, “dürüstlük kuralı” yerine “hüsnüniyet” kavramını kullanmış ve hapis hakkının, “objektif hüsnüniyet” prensibinin hususi düzenlemesi olduğunu ifade etmiştir. Ancak burada hüsnüniyet yerine “dürüstlük kuralı”nı kullanarak aktardık. Zira objektif hüsnüniyet, dürüstlük kuralını ifade eder. Bk. Talya Şans Uçaryılmaz, “Roma Hukuku’nda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, *TBB Dergisi* 135 (2018), 357 dip. 17.

¹⁴⁹ Bk. Çetiner, *Hapis hakkı*, 28.

¹⁵⁰ Çetiner, *Hapis hakkı*, 28,29.

- Akit konusunun bizzat aynı üzerinde tesiri olan ortak/serbest işçinin ücretini alana kadar akit konusunu hapsi.
- Satın alma için tayin edilmiş vekilin semeni teslim alıncaya kadar satın aldığı malı hapsi.

Gene Senhuri'ye göre, akit bulunmaksızın hukuk doktrinin hapis hakkı tanıdığı durumlar şöyledir:

- Kaçan köleyi bulan kişinin, köle sahibinden hak ettiği ödülü (cuale) alana kadar köleyi hapsi.
- Lukatayı (kayıp mal) bulan kişinin kâdı izniyle lukataya yaptığı harcamayı mal sahibinden alana kadar malı hapsi.
- Gasp ettiği maldan doğan muttasıl ziyadenin ücretini alana kadar gasıbın malı hapsi.¹⁵¹

Hapis hakkının bulunduğu durumlar şüphesiz bu sayılanlarla sınırlı değildir. Örneğin satım akdi söz konusu olduğunda her zaman için yalnız satıcının hapis hakkı yoktur. Akdin fasit olması durumunda akit konusu misli mal değilse ve satıcı bu akdi feshederse müşteri ödediği semeni satıcıdan alıncaya kadar akit konusunu elinde tutabilir ki bu da hapis hakkıdır. O nedenle bu şekilde durumları sıralamak yerine hapis hakkının görüldüğü bahisleri belirledikten sonra hangi bahiste akitten hangisinde kanundan doğan hapis hakkının bulunduğunu ayırt etmek daha kuşatıcı olacaktır. Buna göre tespit edebildiğimiz kadarıyla hapis hakkı şu bahislerde görülmektedir: Satım, kira, vekalet, lukata, şuf'a, gasp, vedia, istisnâ ve nikah (kadının kendini hapsi). Bu bahislerden lukata ve gaspın kanundan kaynaklı hapis hakkı kısmına, bunlar dışındakilerin akitten doğan hapis hakkı kısmına dahil olduğu söylenebilir.

2.1. Satım Akdinde

Satım geniş anlamıyla “malın, mal ile değişimidir”. Hukuki anlamında ise bu tanıma “rıza” kaydı eklenmiş ve satım “rıza dayalı olarak karşılıklı malların değişimi” olarak tanımlanmıştır. Tarafların birbirlerine teslim edecekleri bedellerin durumuna göre satım,

¹⁵¹ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 1/29; Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 48.

farklı türlere ayrılır. Buna göre ayn karşılığında deyn satılırsa selem, deyn karşılığında ayn satılırsa mutlak bey', iki bedelin de semen olması durumunda sarf ve her iki bedelin ayn olması durumunda mukâyeda (trampa) akitlerinden söz edilir.¹⁵² Diğer hüküm ve meselelerde olduğu gibi hapis hakkı bağlamında satım akdi denildiğinde mutlak bey' kastedilir ki satımın ilk akla gelen türü budur.

Satım akdinde mebî teslime hazır halde ulaşılabilir bir yerde bulunuyorsa satıcıya, muaccel olması kararlaştırılan semeni müşteriden alıncaya kadar satım konusu malı hapsetme hakkı tanınmıştır. Bundan anlaşıldığı üzere semenin müeccel olması durumunda hapis hakkı söz konusu olmaz. Çünkü satıcı semenin müeccel olmasını kabul etmekle, mebîin teslimi karşılığında semeni derhal hak etmediğini kabul etmiş olmaktadır.¹⁵³ Dolayısıyla satıcı kendi hapis hakkını düşürmüş olmaktadır. Akitte semenin belirli bir vakte kadar müeccel olması kararlaştırıldıktan sonra müşteri bu vakit gelene kadar teslim almadıysa da süre dolduktan sonra semeni ödemeksizin mebî teslim alabilir. Akitte konuşulan süre dolsa da satıcı, tecili kabul etmekle hakkını düşürdüğünden ve "düşen şey geri dönmeyeceği"nden satıcının hapis hakkının tekrar gündeme gelmesi söz konusu değildir.¹⁵⁴

Vadesi gelmiş semen ödenmeyince muaccel semende olduğu gibi hapis hakkı bulunmamasının sebebi zikredilen ilkenin uygulanması olabileceği gibi bu durum, hapis hakkının zayıf bir hak olmasından ileri geliyor olabilir. Satıcının, alacağına karşı teminat fonksiyonu görmek üzere hapis hakkı tanınmıştır. Satıcı bu teminatı kendi iradesiyle düşürdüğünden zaten kuvvetli olmayan bu hakkın geri verilmemek üzere alınması anlaşılabilir. Aynı zamanda bu durumda satıcının hapis hakkının düşmesi, satım akdinin kurulması ve devam etmesi mebîe bağlı olduğundan ve salt irade beyanıyla mebî müşterinin mülkü haline geldiğinden bir an önce mebîin kabz edilmesi için gösterilen bir uğraşın neticesi olarak düşünülebilir.

Öte yandan semenin hükümleri arasında önce teslim edilmesi yoktur. Öyle ki semenin ayn olması durumunda bile önce teslim edilmesi yerine mebî ile aynı anda teslim

¹⁵² Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/2.

¹⁵³ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/114; Serahsî, *el-Mebsût*, 18/137; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i*, 5/237,249.

¹⁵⁴ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i*, 2/289.

edilmesi öngörülmüştür.¹⁵⁵ Bu nedenle de mebûn önce tesliminin sağlanması için satıcının hapis hakkının dar bir çerçevede tutulması anlaşılabilir bir durumdur.

Hapis hakkının kullanılabilmesi için mebûn teslim hazır halde ulaşılabilir bir yerde bulunması şartı olduğu için mebûn yanlarında bulunmaması halinde hapis hakkı olmayacaktır. Bu durumda müşteri, mebûn getirilmesine kadar semeni teslimden kaçınabilir. Çünkü belirtildiği gibi semenin önce teslim edilmesinin nedeni taraflar arasında teslim ve tesellüm hususunda eşitliği sağlamaktır. Zikredilen durumda semen önce teslim edilirse, teslimle taayyün gerçekleşeceği ve mebû bulunmadığı için satıcının hakkı müşterinin hakkına öncelenmiş olur. Müşterinin bu durumda teslimden kaçınabilmesinin nedeni mebûn yanlarında bulunmadığında helak olabilme ihtimalidir ki bu durumda müşterinin semeni teslim borcu düşecektir. O nedenle de mebûn getirilmesinden önce müşteriye semenin teslimi emredilmez. Mebûn başka bir yerde bulunması ve getirilmesinin satıcıya sorun çıkarıp çıkarmaması önemli değildir. Her durumda müşteriden semen istenebilmesi için mebûn hazır (mevcut ve teslim edilebilir) bulunması gerekir.¹⁵⁶

Satıcının hapis hakkı semenin tamamını elde edinceye kadar devam eder. Örneğin birden fazla kişi tek satıcıdan bir mal satın alsa ve müşterilerden biri payına düşen semeni satıcıya ödese mebûden kendi payını alamaz. Satıcı semenin kalanını elde edinceye kadar hapis hakkını kullanmaya devam eder. Çünkü mebûn tamamı semenin tamamına karşı hapsedilmiştir. Bu nedenle semenden ödenmemiş bir kısım kaldığı müddetçe satıcı mebûn tamamını hapsedmeye devam edebilir.¹⁵⁷ Tek bir akit ile iki şey satılıp her birinin kıymeti ayrı ayrı belirlenmiş olsa da durum böyledir. Satıcı iki malın semenini alıncaya kadar her ikisini hapsedebilir.¹⁵⁸

Hanefi mezhebinde akitlerde, lafızlar değil kendisinden anlaşılan manalar dikkate alındığından müşteri satıcıya, semeni ödeyene kadar mebûyi elinde tutmasını söylesse

¹⁵⁵ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 2/289.

¹⁵⁶ Burada rehin ve hapis hakkı arasındaki bir başka farka da işaret edilebilir. Rahinin ödeme yapacağı durumda rehin teslim hazır durumda bulunmuyorsa mürtehindin rehni getirilmesi ancak kendisine zorluk çıkarmayacağı durumlarda istenebilir. Çünkü satım muavazalı bir akit iken rehin vedâ gibi emanet niteliğinde bir akittir. Mürtehin rehni getiremediği durumda kendisinden rehni mevcut ve sağlam olduğunu tasdik etmesi istenir. Rahin rehni helak olduğunu iddia ederse yemin ile mürtehinin sözü esas alınır. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-Sanâ'i*, 5/237-238.

¹⁵⁷ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 20/83; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 6/139; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

¹⁵⁸ İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

rehin akdi kurulmuş olur. Yani bu durumda müşteri rehin ifadesini kullanmamış olmasına rağmen kastettiği hukuki durum rehindir. Görüntü itibariyle hapis hakkına benzeyen bu durumda müşterinin ifadesi, ödeme vaktine kadar teminat olması için satıcı elinde bir mal bırakma anlamı taşır ki bu da rehnin ta kendisidir.¹⁵⁹

Hapis hakkı bazen müşteriye de tanınabilir. Şöyle ki, akit feshedildikten sonra müşterinin durumu satıcının mebîyi teslimden önceki durumuna benzediğinden nasıl ki satıcının satım bedelini alıncaya kadar mebîyi hapsedme yetkisi varsa akdin feshinden sonra müşteri için de ödediği semeni geri alıncaya kadar mebîyi hapsedme yetkisi bulunur.¹⁶⁰ Ancak kişi kendisine borcu bulunan birisinden borcu karşılığında fasit akit ile bir şey satın alırsa akit feshedildikten sonra müşterinin semeni alana kadar mebî hapis hakkı bulunmaz.¹⁶¹

Hanefilere göre, akdin meydana getirdiği asıl sonuç anlamındaki akdin hükmü satım akdinde, mebîn mülkiyetinin müşteriye, semenin mülkiyetinin ise satıcıya intikal etmesidir.¹⁶² Mülkiyet intikali, asıl olan mebîde gerçekleştiği zaman, kendisinde akit sonrası ortaya çıkan¹⁶³ ve zevaid olarak isimlendirilen fazlalıklarda da mülkiyet hakkı müşterinin olur. Böylece zevaidler de asla tabi olarak mebî olur ve onun hükümlerini alır. Bu bağlamda satıcı semeni elde edinceye kadar nasıl ki mebîyi hapsedebiliyorsa zevaidi de hapsedebilir. Bu konuda hüküm açısından zevaidin türleri arasında fark gözetilmemiştir.¹⁶⁴

Hapis hakkının satıcıya sağladığı başka yararlar da bulunmaktadır. Şöyle ki, müşteri semeni ödemediği mebîyi teslim aldıktan sonra vefat ederse satıcı diğer alacaklılarla eşit konumda bulunur. Ancak hapis hakkının sağladığı öncelik yetkisinde de belirtildiği gibi satıcı mebîyi hapsedtikten sonra müşteri vefat ederse satıcı alacağını elde etme hususunda, diğer alacaklılardan öncelikli olur. Bunun nedeni müşteri hayattayken satıcının alacağını elde edinceye kadar hapis hakkını kullanabilmesidir. Müşteri öldükten sonra da bu öncelik devam eder.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/424.

¹⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 25/96.

¹⁶¹ İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/95.

¹⁶² Bk. Hayreddin Karaman, "Akid", *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 1989), 2/255.

¹⁶³ Zevaid genel olarak "eşyada sonradan hasıl olan fazlalık, semere ve değer artışı" anlamındadır. Bk. Mehmet Boynukalın, "Zevaid", *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 2013), 44/302.

¹⁶⁴ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/256.

¹⁶⁵ İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/564.

Hapis hakkının kendisine yakın tasarruflar ile ilişkisinde değinildiği gibi Hanefi mezhebinde hapis hakkı en ayrıntılı biçimde satım akdi üzerinden açıklanmıştır. Türk hukukunda ise satım akdinde müşterinin önce ödeme sorumluluğu bulunmadığından önce ifayı kendisinin gerçekleştirmesi istendiğinde ödemezlik def'ine başvurulabilir. Türk hukukunda, Hanefi mezhebindeki anlamıyla bir hapis hakkı bulunmamasının sebebi, Türk hukukunda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımı bulunurken Hanefi mezhebinde böyle bir ayrımın bulunmamasıdır.

Borçlandırıcı işlemler, “alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi kuran ve dolayısı ile borç doğuran muamelelerdir.”¹⁶⁶ Borçlandırıcı işlem neticesinde borçlanan kişinin mal varlığında doğrudan doğruya herhangi bir değişiklik olmaz. Tasarruf işleminde ise işlemi yapan kişinin işleme konu olan hakkı üzerinde başka bir şahıs lehine doğrudan bir değişiklik görülür. Kısaca, salt borçlandırıcı işlemin kurulmasıyla, işlemi yapan kişinin hakkı karşı tarafa geçmemektedir. Örneğin A kişisi B kişisine akitle bir malını belirli bir bedel karşılığında satmış ve sattığı malı B kişisine teslim etmiştir. Burada akit, borçlandırıcı işlemi oluştururken zilyetliğin teslimi tasarruf işlemi oluşturur. Tasarruf işlemi gerçekleşmeden önce A şahsının sattığı malın mülkiyeti B'ye geçmez, teslim kadar A'nın mülkiyetinde bulunmaya devam eder. Teslim yani tasarruf işlemi yapıldıktan sonra malın mülkiyet hakkı B'ye geçmiş olur.¹⁶⁷

Hanefi mezhebinde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi şeklinde bir ayrım olmadığından sırf akitle malın mülkiyeti müşteriye geçer. Yani aslında tek başına tasarruf işlemi, yapılan hukuki işlemin tamamını ifade eder. Dolayısıyla borçlandırıcı işlem şeklinde ayrıca bir kategori açmaya gerek yoktur.¹⁶⁸ Bu durumda müşterinin semeni önce ödeme sorumluluğu vardır. Türk hukukunda ise akit sonucu mülkiyet müşteriye geçmediği için müşteriye bedel ödemeye zorlamak için akde konu malı hapsedemez.

¹⁶⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1991), 1/229.

¹⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1991, 229,231,232,238.

¹⁶⁸ Bk. Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1998), 43.

2.2. İcare Akdinde

İcare sözlükte “ücret”, “iş karşılığında hak edilen şey”, “işçinin ücreti” anlamlarındadır. Akit olarak hukuki anlamı ise “belirli bir menfaatin belirli bir ücret karşılığında satılmasıdır” ki bunun için “menfaatlerin bedel karşılığı temlikidir” de denmiştir. İcare akdinin hükmü, kira konusunun menfaatlerinin mülkiyetinin kiracıya, kira bedelinin mülkiyetinin ise kiralayana geçmesi ve mülkiyetin bu bedellerde peyderpey intikal etmesidir. Çünkü akit konusu olan menfaatler madumdur (akit esnasında henüz yoktur) ve kıyasa göre akit o anda mevcut olmayıp ileride var olacak bir şeye izafe edilmesi caiz değildir. Ancak insanlar arasında kiralama işlemine ihtiyaç duyulduğundan zaruret sebebiyle icare akdi caiz görülmüştür. Kıyasa aykırı olarak istihsanen caiz kılınan icare akdinin kuruluşunu izah etmek için akit, menfaatlerin ortaya çıkışına göre anbean akdedildiği ve akitte menfaatlerin yerine kendilerinin bağlı olduğu aynın ikame edildiği söylenmiştir.¹⁶⁹

Hapis hakkının icarede ortaya çıkışını gayri menkul ve binek hayvanların icaresi ve işçinin (ecir-i müşterek) icaresi olmak üzere iki başlık altında ele almamız gerekir.

2.2.1. Gayr-i Menkullerin İcaresinde

İcare akdinde hapis hakkından söz edildiğinde akla ilk gelen durum, kira akdi feshedildikten sonra kiracının peşin ödediği kira bedelini geri alıncaya kadar akit konusunu hapsedebilmesidir. Kiracı (gayr-i menkulü kira için tutan) malı hapsederken kiralayan (kiraya veren) vefat ederse bu durumda kiracı ödediği miktarı geri alma konusunda vefat edenin diğer alacaklılarından öncelikli konumda bulunur.¹⁷⁰ Bir ev tutan kiracı, ücreti peşin verdikten sonra evi teslim almadan ev sahibi vefat ederse ise kiracının hapis hakkı bulunmaz.¹⁷¹ Kiracının zikredilen şekilde hapis hakkına sahip olması konusunda ihtilaf bulunmasa da kiralayanın hapis hakkının bulunup bulunmaması konusu Hanefi fakihler arasında ihtilaflıdır ve bu konuda iki temel görüş bulunur:

¹⁶⁹ Zeyla ‘î, *Tebyînu’l-hakâik*, 5/105.

¹⁷⁰ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 21/65; İbn Nüceym, Zeynuddîn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısri, *el-Eşbâh ve’n-nezâir alâ mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu’mân* (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1999), 229; İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 6/46.

¹⁷¹ İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 4/564.

Birinci görüşe göre; kiralayan akit yapıldıktan sonra akit konusunu teslim etmelidir, ücretini alana kadar malı hapsedmesi söz konusu olamaz. Çünkü burada akit konusu olan menfaatler madum olduğundan ücretin, salt akitle sabit olması mümkün değildir.¹⁷²

İkinci görüşe göre ise kiralayan, ücretini elde edinceye kadar akit konusunu hapsedme hakkına sahiptir. Çünkü icare akdindeki menfaatler, satım akdindeki mebî gibidir. Aynı şekilde icaredeki ücret satımdaki semen mesabesindedir. Bu nedenle nasıl ki satıcının semeni elde edinceye kadar hapis hakkı bulunuyorsa kiralayanın da muaccel ücretini alana kadar akit konusunu hapsedme hakkı bulunur.¹⁷³

İlk görüş sahiplerine göre kiralayanın hapis hakkı bulunması herhangi bir yarar sağlamaz. Şöyle ki, icare akdi belirli bir müddet üzerine yapıldıktan sonra akit konusu bir müddet hapsedilirse akit, bu müddet için batıl olmuş olur ve kiracının herhangi bir ücret ödemesi gerekmez. Ancak kiralayana hapis hakkı tanınmasının yararsız olduğu görüşüne karşı çıkılarak hapis hakkının, kiracıdan ücreti talep etme hakkı vereceği, bu nedenle de yararının bulunduğu söylenmiştir. Buna göre kiraya veren, kiracının muaccel borcuna karşılık malı hapsederek kira ücretini talep eder. Bu talep üzerine borcun derhal ifası gerçekleşirse akit devam eder, ifa gerçekleşmediği takdirde ise feshedilir.¹⁷⁴

Ayrıca akit konusu bir müddet hapsedildiğinde akdin bu süre için batıl olacağı yönündeki itirazın tüm icare akitleri için geçerli olmadığına değinilmiştir. Örneğin, kendisiyle belirli bir mesafe gitmek üzere binek hayvanının kiralandığı akit, hapis hakkının kullanılmasıyla geçersiz hale gelmez. Bu nedenle hapis hakkının, süre esasına göre yapılan kira akitlerin tamamını geçersiz hale getirdiğini söylemek uygun görülmemiştir.¹⁷⁵

Kira akdiyle ilgili zikredilen durum, satım akdindeki şu tartışma üzerinden açıklanmıştır. Hanefî fukahâ arasında satım akdinde hapis hakkının bulunması hususunda ihtilaf yoktur. Ancak tüm satım akitlerinde hapis hakkı bulunmaz. Örneğin, hapsedildiği takdirde helak olacak olan ve dolayısıyla satım akdini geçersiz hale getirecek taze balık gibi malların da hapsedilmeyeceği söylenmiştir. Ama bu, satım akitlerinin tamamında

¹⁷² Alâeddin es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/347.

¹⁷³ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 4/203.

¹⁷⁴ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 4/203.

¹⁷⁵ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 4/203.

hapis hakkı kullanılmasının yararsız olduğu, bundan dolayı da bu tür akitlerde hapis hakkının bulunmadığını söylemeyi gerektirmez. İcare akdinde hapis hakkının bulunmadığı yönündeki görüşe bu şekilde karşılık verilmiş ve kiralayanın da muaccel ücretini alıncaya kadar kira konusunu hapsetme hakkı olduğu söylenmiştir.¹⁷⁶

Türk hukukunda da özel hapis haklarından biri kiraya verenin, kira alacağından dolayı sahip olduğu haktır. Kiraya verenin hapis hakkı hak sahibine, kira parasının ödenmemesi durumunda, bu alacağa karşı teminat olmak üzere kiracıya ait, kiralanda bulunan taşınır malları alıkoyma yetkisi verir.¹⁷⁷

2.2.2. Ecîr-i Müşterek İcaresinde

Hanefi fukaha, boyacı, terzi, yıkanması için çamaşırların teslim edildiği çamaşırcı ve ayakkabı tamircisi/üreticisi gibi meslek erbabının emeğinin kiralınması suretiyle kurulan akitlerde hapis hakkının bulunup bulunmaması konusunu da değerlendirmiştir. Bu tür akitlerde meslek erbabını kiralayan kişiler üzerinde işçilik yapılacak ana malzemeyi, işçiye (ecîr-i müşterek) teslim ederler (örneğin terziye kumaşı). İşçi, bu ayn üzerinde dikmek, tamir etmek, temizlemek... suretiyle değişiklik meydana getirir. Eser¹⁷⁸ olarak isimlendirilen bu değişiklik işçiye aittir. Buradaki akdin konusu da işte bu ayn üzerinde kaim olan eser, yani vasıftır. Bu sebeple de zikredilen meslek erbabının, ücretini alana kadar üzerinden vasfın ayrılamadığı malı hapsetme hakkı bulunduğu söylenmiştir.¹⁷⁹

Pamuğun beyaz oluşu kendi asli özelliği olduğundan çamaşırcının yaptığı işin kumaşı beyazlaştırmak değil, kumaşın kirlerini gidermek olduğu, dolayısıyla işinin ayn üzerinde bir tesiri olmadığı söylenerek çamaşırcının hapis hakkı bulunması eleştirilmiştir. Ancak, kirler çamaşırın tamamını kaplayınca beyazlık özelliği ortadan kalkmış olur ve çamaşırcı yaptığı iş ile ilk beyazlığı ortaya çıkardığından beyazlık, onun yaptığı iş ile

¹⁷⁶ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i u's-sanâ'i*, 4/203.

¹⁷⁷ Batuhan Bulut, *Kiraya verenin Hapis Hakkı* (İstanbul: Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 47.

¹⁷⁸ “Eser” ile koku ve boya gibi işçinin mülkü olan bir şeyin mi yoksa ayn üzerinde görülebilen bir şeyin mi kastedildiği tartışılmış ve ikinci görüş tercih edilmiştir. Bk. İbn ‘Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/17.

¹⁷⁹ İbn ‘Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/17.

meydana gelmiş gibidir. Yani yaptığı işin eseri çamaşır üzerinde görünür ve bu işten ücretini alıncaya kadar çamaşırı hapsedme hakkına sahip olur.¹⁸⁰

Hamal gibi, yaptığı işin ayn üzerinde eseri görülmeyen işçinin ise ücreti karşılığında malı hapsedme hakkı yoktur. Çünkü bu durumda akit konusu bizzat yapılan işin kendisidir ve bu işin ayn üzerinde doğrudan bir etkisi görülmez. Dolayısıyla iş bittikten sonra akit konusu da ortada bulunmaz ve işçinin hapis hakkı olmaz.¹⁸¹ Bu durum Hanefi alimlerin menfaatin hukuki niteliğine dair yaklaşımlarıyla alakalı olmalıdır. Hapis hakkının temel amacı olarak ayn-deyn dengesinin sağlanması gösterildiğinde işçinin, aynı hapsedebilmesi için kuvvetli bir gerekçesinin bulunması beklenir. Çamaşırcı ve boyacının durumunda işçiden elde edilen menfaat, “ayn”a kendisinden ayılamayacak biçimde ilişmiştir. Dolayısıyla bu menfaate karşılık hapsedilecek bir ayn mevcuttur. Hamalın durumunda ise işçinin menfaati bağımsız olarak kaimdir ve bu şekilde menfaatin kendisinin hapsedilmesi tasavvur edilemeyeceğinden hapis hakkının bulunmadığı söylenebilir.¹⁸²

Yaptığı iş ayn üzerinde eser olarak görülen işçi bu eseri teslim ile yükümlüdür. Bu nedenle teslimden önce ayn helak olursa ücretini alamaz. Çünkü bu durumda karşılığında ücreti hak edeceği akit konusunu teslim etmemiş olacaktır. Yaptığı işin ayn üzerinde eseri görülmeyen işçi ise işini bitirdikten sonra “ayn”ı sahibine teslim etmemiş olsa da ücreti hak eder. Bunun nedeni akit konusunun menfaat oluşu ve doğrudan işi bitirmekle teslimin gerçekleştiğinin kabul edilmesidir.¹⁸³ Ebû Hanife, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre ikinci grupta yer alan işçiler, ücretini alıncaya kadar malı vermeyeceğini ileri sürse bile mal sahibi işçinin ücretini ödmeden malı alabilir. Çünkü bu işçiler malı zayi etmiş olsa ücretin tamamını hak edecekti. İlk gruptaki işçiler ise ellerindeki malı zayi ettiklerinde ücreti hak etmeyecekleri için ücretlerini alıncaya kadar malı hapsedme hakkına sahiptir. İmam Muhammed bu durumu, “malın helak olması durumunda ücretin hak edilmeyeceği her şeyin ücret alınana kadar hapsedilmesi mümkün

¹⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/106-107.

¹⁸¹ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/400; Serahsî, *el-Mebsût*, 15/106-107; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/332.

¹⁸² İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn, *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr* (Lübnan: Daru'l-Fikr, 1970), 9/125.

¹⁸³ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/354.

iken, helak olduğu halde ücretin alınabileceği hiçbir şeyde hapis hakkı mümkün görülmemiştir” şeklinde özetlemiştir.¹⁸⁴

Bu konuda üç imamdandır farklı görüşte olan Züfer, her iki durumda da hapis hakkını kabul etmez. Ona göre ayn, zaten mal sahibinin mülkünde olduğundan teslim gerçekleşmiş olur. İleride ele alınacağı üzere teslim gerçekleştiğinde hapis hakkı düşeceğinden bu durumlarda hapis hakkından söz edilemez. Mezkur hallerde hapis hakkını kabul edenlere göre ise işin, akdin mahalline bitişmiş olması zorunlu teslim anlamına gelir ve nasıl ki müşteri satıcının rızası olmadan mebbi teslim aldığında hapis hakkı düşmüyorsa söz konusu durumda da düşmeyecektir.¹⁸⁵

Kişi, evinde herhangi bir tamirat işi yapması için işçi kiralasa iş bittikten sonra ev hükmen sahibine teslim edilmiş olur.¹⁸⁶ Çünkü ev, ev sahibine aittir ve onun zilyedindedir. Dolayısıyla işçi hakiki teslim yapmamış olsa da hükmi teslim gerçekleşmiştir ve işçinin hapis hakkı bulunmaz.¹⁸⁷

İşçinin yaptığı işin, ayndan ayrılamayacak biçimde kendisine bitiştiği durumlarda işin tamamlanmasıyla birlikte, ayn iş verenin mülkü olduğundan teslim gerçekleşmiş görünmektedir. Ancak burada gerçekleşen teslimin zorunlu olduğu, bundan kaçınmanın mümkün olmadığı, dolayısıyla hapis hakkını sona erdirmeyeceği söylenmiştir. Öte yandan ecirin, müstecirin evinde işi tamamlamasının zorunlu teslim olmadığı belirtilmiş ve neden zorunlu teslim olarak görülmediği açıklanmamıştır. Zira bu durumda da iş, sırf tamamlanmasıyla müstecirin mülküne geçer. Zorunlu teslimin hapis hakkını düşürmeyeceği yönündeki ifadelerle söz konusu durum için yer verilmemesi, uygulamada bu tür akitlerde hapis hakkının olmayışının sorun oluşturmamasıyla ve zaten zayıf görülen bu hakkı mümkün olduğunca sınırlama isteğiyle alakalı olabilir.

2.3. Şüf'a Akdinde

Şüf'a Hanefi fıkıh kitaplarında “komşuluktan kaynaklı zararı engellemek için akar üzerinde kurulan temellük hakkı” olarak ifade edilmiştir.¹⁸⁸ Mecelle md. 950’de şüf'a,

¹⁸⁴ Şeybânî, *el-Asl*, 3/583-584.

¹⁸⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/232.

¹⁸⁶ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/192.

¹⁸⁷ Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/583-584; İbn ‘Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/18.

¹⁸⁸ Zeylâ‘î, *Tebyînu'l-hakâik*, 5/239; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 9/368.

“satılan bir mülkü, satın alana kaç mal oldu ise o miktar karşılığında mülkiyetine geçirmektir” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre şüf'a hakkı, “taşınmaz veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu bir malı müşteriye mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkı”dır. Şüf'a hakkı sahibine şefî, şüf'a hakkına konu olan mala meşfû ve şüf hakkının doğmasına sebep olan mala meşfûun bih denmiştir.¹⁸⁹ Yukarıda şüf'a hakkı kapsamındaki hapis hakkını, akitten doğan hapis hakkı kapsamında değerlendirmemizin sebebi şüf'anın bu söz konusu satım akdinden doğmasıdır.¹⁹⁰

Şüf'a akdinde malı satın alan kimse (müşteri), şefî'den kendisinin ödediği semeni elde edinceye kadar meşfû'yu hapsedme hakkına sahiptir. Çünkü şüf'a ile edinilen mülkiyet satım akdindeki alım mesabesindedir. Satıcı için, semeni elde edene kadar var olan hapis hakkı bu durumda şefî karşısında müşteri için de geçerlidir. Şefî, şüf'a hakkını talep ettikten sonra semeni getirirse de getirmese de kâdı kendisi için şüf'a hakkına hükmeder.¹⁹¹ Ancak İmam Muhammed kâdının şüf'a hakkına hükmetmesi için şefîin semeni getirmesi gerektiği görüşündedir.¹⁹²

Şüf'ada hapis hakkının söz konusu olduğu bir başka durum şöyle tasavvur edilebilir: Müşteri meşfû akarı satın alıp semeni ödemiş ancak bu akarı teslim almamışsa şüf'a hakkı sahibi bu hakkını kullanarak, söz konusu akarı satıcısından teslim alır ve semeni müşteriye öder. Ancak müşteri, meşfû akarın konu olduğu akitten sonra hem semeni satıcıya ödememiş hem de meşfû akarı teslim almamışsa şefîin semeni satıcıya ödemesi gerekir. Ödemediği takdirde meşfû akar sahibi semeni teslim alıncaya kadar akarı hapsedme hakkına sahiptir. Şefî, akarı teslim almak istiyorsa satıcıya semeni teslim etmek zorundadır.¹⁹³

Şüf'a, satım akdiyle bağlantılı olarak gündeme gelir ve aslında bu hukuki durumda iki satım akdi iç içe geçmiş gibidir. Dolayısıyla satım akdindeki hükümlerin uygulanması beklenen bir durumdur. Bu bağlamda şüf'ada hapis hakkı aslında satım akdi var olduğu için uygulanmaktadır. Hapis hakkının ileri sürülebileceği hukuki işlemler için satım akdinden başka şüf'a hakkı için de başlık açılmasının sebebi, satım akdindeki satıcı ve müşteriye ek olarak burada şüf'a hakkı sahibinin de bulunması ve hapis hakkının bu üç

¹⁸⁹ İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf'a”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 2010), 39/248.

¹⁹⁰ Şüf'anın satım akdiyle sabit olması hakkında bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 9/369.

¹⁹¹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/24.

¹⁹² Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/354.

¹⁹³ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/24.

kişinin taraf olduğu hukuki ilişkilerden meydana gelmesidir. Satıcı ve müşteri arasındaki işlemde teslimin gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak bazen satıcı bazen de müşteri şüfâ hakkı sahibine karşı akarı hapsedme yetkisine sahip olur.

2.4. Vekalet Akdi

İnsanlar öteden beri kimi zaman birbirlerine iş yaptırma ihtiyacı duymuşlardır. Hukuki işlemlerinde kendi yerini alması için bir kimsenin başka bir kimseyi tayin etmesi olarak ifade edilen vekalet bu ihtiyacı karşılamak üzere ortaya çıkmış bir akit türüdür. Fıkıh terimi olarak; “bir kimsenin, hukuki tasarruf için bir başkasını kendi yerine ikame etmesi”¹⁹⁴ anlamında olan vekalet akdinde işin kendisine verildiği kişiye vekil, iş verene müvekkil, verme işine tevkîl,¹⁹⁵ tevdi edilen işe müvekkelün bih¹⁹⁶ denir. Bu akdin de taraflarının birbirlerine karşı sorumlulukları vardır. Bu sorumlulukların yerine getirilmesini sağlama hususunda bazı durumlarda bir baskı aracı olarak hapis hakkı kullanılır.

Bu bağlamda vekile bazı durumlarda hapis hakkı tanınmıştır. Örneğin, Züfer dışındaki üç imama göre, müvekkil, bir şey satın alması için vekil tayin eder ve semeni vekile vermezse vekil kendi malından semeni ödeyerek malı kabzeder. Bu durumda vekilin, müvekkilden semeni alana kadar malı hapsedme hakkı vardır.¹⁹⁷ Müvekkil mebîe, kendisinin ödemesi gereken bedeli vekilin peşin ödeyerek kurduğu akitle malik olmuştur. Müvekkil ve vekil arasındaki ilişki bu açıdan satıcı ve müşteri arasındaki ilişkiye benzetilmiştir ve Züfer dışındakilere göre satıcının semeni elde edene kadar hapis hakkı olduğu gibi vekilin de bu noktada hapis hakkı vardır.¹⁹⁸

Müvekkil, vekilinden kendisi için belirli bir miktar bir şey satın almasını ve bu şeyi bir dirhem karşılığında hayvan kiralayarak taşımasını da isteyebilir. Vekil bu isteğe aykırı biçimde mebîi bir buçuk dirhem karşılığında taşırsa veya kendi hayvanıyla taşırsa

¹⁹⁴ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 19/2; Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed *el-‘Înâye şerhu’l-Hidâye* (Lübnan: Daru’l-Fikr, 1970), 7/499.

¹⁹⁵ Zeyla’î, *Tebyînu’l-hakâik*, 4/254.

¹⁹⁶ Bilal Aybakan, “Vekâlet”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 2013), 43/1.

¹⁹⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 2/422; Kudûrî, *el-Muhtasar*, 116; Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü’l-fukahâ*, 3/289; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/140; İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/516.

¹⁹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/204; Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü’l-fukahâ*, 3/289; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 6/37; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/140; İbn ‘Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/516.

müvekkil bu bedeli ödemek zorunda değildir. Buna karşın vekil, söylendiği şekilde bir dirhem karşılığında hayvan kiralarsa müvekkilin bu kiralama bedelini ödemesi gerekir. Ancak ödemediği takdirde vekilin, satın aldığı şeyi hapsedme hakkı yoktur. Çünkü ecîrin hapis hakkı kısmında zikredildiği üzere taşıma bedeli karşılığında -taşımanın ayn üzerinde eseri olmaması sebebiyle- hapis hakkı söz konusu olmaz. Burada hapis, ancak semen karşılığında mümkün olur.¹⁹⁹

Züfer ise vekilin hapis hakkı olmadığı görüşündedir. Çünkü teslim alma konusunda vekil, müvekkilin işçisi mesabesinde görüldüğünden vekilin kabzıyla müvekkil kabz etmiş sayılır. Bu duruma delil olarak şu hüküm gösterilebilir: Satın alma işlemi için tayin edilen vekil, malı hapsedmeye başlamadan önce mal, vekilin elinde telef olursa müvekkilin malından gitmiş sayılır ve vekil, kendi malından ödediği semeni müvekkilden talep edebilir. Bu anlamda malın vekilin veya müvekkilin elinde telef olması bir tutulmuştur. Buna göre sanki müvekkil önce kendisi malı teslim almış, ardından vekile teslim etmiş gibidir. Bu hüküm iki delile dayandırılmıştır: Öncelikle vekilin, akit sonucu teslim aldığı mal, elinde emanet hükmündedir. Bu anlamda vedîa gibidir. Mala ödediği semen ise müvekkilden alacağıdır. Emîn, emanet verenden alacağı var diye bu emaneti hapsedme hakkına sahip olmadığı gibi vekil de hapis hakkına sahip değildir. Vekil, kendisinin kabz etmesiyle müvekkilin kabz etmiş olacağını bilerek malı kabzederse müvekkilin kabz etmesine razı olmuş demektir. Dolayısıyla bundan sonra artık malı hapsedme hakkına sahip olamaz.²⁰⁰

İmam Züfer'in "Vekilin kabzıyla müvekkilin kabz etmiş" sayılacağı görüşüne diğer Hanefi imamları; vekilin kabzının kendi adına mı yoksa müvekkil adına mı olduğunun açık olmaması ve vekilin kabzının zorunlu bir kabz olması cihetlerinden itiraz etmişlerdir. İtirazlardan ilki vekilin, satın aldıktan sonra malı hapsedip hapsedmemesiyle anlaşılır. Buna göre hapsedmezse müvekkil adına iş yapan bir işçi gibi olurken, hapsederse müvekkil adına değil kendi adına çalıştığı anlaşılır ve onun kabzı müvekkilin kabzı olarak görülmez. İkinci itirazda ise vekilin kabzı zorunlu olduğu için dikkate alınmamıştır.²⁰¹

İmam Züfer'in bu konudaki görüşleri dikkate alındığında meseleye daha teknik yaklaştığı söylenebilir. O, bu konuda hüküm verirken hukuki işlemin doğrudan zahirine

¹⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/62.

²⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/204; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 6/37.

²⁰¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/205.

göre hareket etmeyi tercih etmiştir. Bu nedenle örneğin teslimin zorunlu olarak gerçekleşip gerçekleşmemesine farklı hükümler bağlamamış, teslimin yapılmış olmasını yeterli görmüştür. Yine vekili, müvekkilin işçisi konumunda gördükten sonra bunun doğuracağı sonuçları (vekilin kabzının, müvekkilin kabzı sayılması gibi) sırayla uygulamıştır.

2.5. Nikah Akdinde

Muamelat alanına dahil olan aile hukuku bu alanda eşya ve borçlar hukuku içerisinde oluşturulmuş hukuk diliyle ifade edilmiştir.²⁰² Bu nedenle klasik Hanefî fıkıh eserlerinde nikah akdi okunurken eşya ve borçlar hukuku okunuyormuş izlenimi oluşabilir. Bu bağlamda muavazalı bir akit olarak değerlendirilen nikah akdi, Hanefiler tarafından ya kadının aynının/zatının²⁰³ ya da cinsel menfaatleri anlamındaki mut'anın milk²⁰⁴ edinilmesi olarak görülmüştür.²⁰⁵ Mehir de işte bu milkin karşılığındaki bedel olarak değerlendirilmiştir. Satımda olduğu gibi nikah akdi de muavazalı bir akit olarak karşılıklı bedel değişimini gerektirdiğinden mehir, sahih nikahta akitle birlikte vacip olur.²⁰⁶

Nikah akdi esasen satım akdi grubunda yer almamakla ve birçok yönden ondan ayrılmakla birlikte, hukuki tutarlılık sağlamak amacıyla satım akdine benzerliği esas alınarak bu akdin bazı hükümleri satım akdine kıyasla değerlendirilmiştir. Bunlardan biri de kadının hapis hakkıdır. Buna göre kadın, nikah akdinde muaccel olması kararlaştırılmış veya muaccel ya da müeccel olması belirtilmemiş mehrinin tamamını kocasından alıncaya kadar onunla cinsel ilişkide bulunmaktan kaçınmak anlamında kendini hapsetme hakkına sahiptir.²⁰⁷ Zira semen nasıl ki mebûin bedeliyse mehir de Hanefiler için ya kadının aynının ya da mut'asının bedelidir. Aynı zamanda satım akdinde satıcının semen üzerindeki hakkında olduğu gibi nikah akdinde de kadının mehir

²⁰² Hasan Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007), 161.

²⁰³ Hanefî fukaha nikah akdinin aynın temlik için yapıldığını ve hür kadın hakkında “rakabe mülkiyeti” ifadesiyle kurulan akdin de nikah anlamına geldiğini belirtmiştir. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i*, 2/230.

²⁰⁴ Milk, “mülkiyet terimini de içine alan ve Kara Avrupası sistemindeki ‘aynî hak’ terimiyle paralel bir yetkiyi göstermektedir.” Bk. Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 166.

²⁰⁵ Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 166.

²⁰⁶ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i*, 2/287.

²⁰⁷ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 4/431; Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i*, 2/288; Merğînânî, *el-Hidâye*, 1/206.

üzerindeki hakkı sırf akitle değil, bu mehri teslim almasıyla belirli hale gelir. Nikah da muavazalı bir akit olduğundan karşılıklar arasında eşitlik aranması nedeniyle, satımda satıcının semeni elde etmek için hapis hakkı bulunduğu gibi nikah akdinde de kadının mehrini elde edinceye kadar kendini hapis hakkı bulundur. Ancak belirtildiği üzere satımda semen ayn ise mebî ile aynı anda teslim edilirken deyn ise önce teslim edilmesi gerekir. Mehrin ise ayn veya deyn olması arasında fark yoktur. Her durumda mehrin önce teslimi gerekir. Çünkü burada teslim alma ve teslim etmenin aynı anda yapılmasına imkan yoktur.²⁰⁸

Nikah akdi ve mehir meselesi aile hukukunun ana konusu olup ayrı bir hukuki çerçeve içine oturmakta ise de mehrin, koca üzerinde bir borç oluşu, bir şeye karşılık ödenmekte oluşu ve kadının bu durumda alacaklı konumunda bulunması sebebiyle borçlar hukuku mantığıyla ele alınmıştır.

Mehrin, “seninle müeccel bin lira üzerine evlendim” denilerek mutlak şekilde müeccel bırakılması veya “rüzgar esince/ yağmur yağınca ödeyeceğim bin lira karşılığında evlendim” gibi ileri derecede meçhul bir zamana tecil edilerek akit yapılması durumunda da muaccel mehirde olduğu gibi kadın mehrini alıncaya kadar kendini hapis hakkına sahip olur.²⁰⁹ Mehrin hangi vakte tecil edildiği söylenmeden yapılan akitlerde tecilin geçerli olup olmadığı konusunda Hanefi fakihler arasında ihtilaf vardır. Bazıları böyle bir tecilin geçerli olmadığını ve mehrin muaccel olarak verilmesi gerektiğini söylerken Ebu Yusuf’un da dahil olduğu bir başka grup bu tecilin geçerli olduğu ve mehrin, ayrılık veya ölüm vaktine tecil edilmiş sayılacağı kanaatindedir. Ebu Hanife (öl. 150/ 767) ve İmam Muhammed tecilin fahiş meçhul bir zamana yapılması durumu haricinde kadının tecil ile tıpkı satıcının vadeyi kabul etmesinde olduğu gibi hapis hakkını düşürdüğünü, kocanın hapis hakkının ise düşmeyeceğini söylemiştir. Ebu Yusuf ise tecilin kısa veya uzun vade için oluşu ve malum ya da meçhul oluşu arasında herhangi bir fark gözetmeksizin bu sürelerde kadının kendini hapis hakkı olduğu görüşündedir.²¹⁰

Mehir, sahih şekilde tecil edildikten sonra mehrin vakti geldiğinde Ebu Hanife ve İmam Muhammed’e göre “düşürülen hak geri kazanılamayacağından” kadının mehri

²⁰⁸ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 4/431; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/288.

²⁰⁹ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/288.

²¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 2/288.

almak için kendini hapis hakkı bulunmazken Ebu Yusuf, mehrin tecil edildiği vakit geldiğinde mehir ödenmemişse kadının kendini hapsedebileceği görüşündedir.²¹¹

Eğer kadın kendi rızasıyla kocasıyla birlikte olursa Ebu Hanife' ye göre semeni elde edinceye kadar bundan sonraki birliktelikler açısından kendini hapsetme hakkı devam eder. Çünkü ona göre mehir, evlilikteki her bir cinsel birliktelik için bedel olma özelliği taşır. Bu nedenle mehir için bazı birliktelikler için bedeldir, bazıları için ise değildir denemez. Böyle denirse ikinci birliktelik bedel olmaksızın mübah olmuş olur ki bu fasittir. Dolayısıyla mehir, her bir beraberlik için bedel ise ilk birliktelik için hapis hakkı geçerli olduğu gibi ikinci birliktelik için de geçerlidir. Mebûde ise durum farklıdır. Satıcı semeni almadan mebîn müşteriye teslimine razı olursa bundan sonrası için satıcının hapis hakkı kalmaz ve mebî müşteri elinden alamaz. Çünkü mebî için tek bir teslim söz konusudur. Mehir karşılığı kadının kendini hapis hakkı icare akdinden de ayrılır. Şöyle ki, icarede ücret, tüm menfaatlerin elde edilip teslimin gerçekleşmesinden sonra hak edilir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise bir kere kendi rızasıyla birlikte olursa bundan sonrası için kadının hapis hakkı kalmaz. Çünkü onlara göre bu tek birliktelik veya sahih halvet ile kadın, akit konusunun tamamını teslim etmiş olur.²¹²

Klasik fıkhıta nikah akdinin ayrıntısında geçen konular sık sık satım akdine atıfla veya bir mülkiyet ilişkisi çerçevesinde ele alınır. Bunu da tarafların hak ve sorumluluklarının neye karşılık olduğunu izah ve temellendirme çabası olarak görmek gerekir. Nitekim kocanın, hanımı üzerinde sahip olduğu bazı haklar teknik anlamda hapis hakkı olmamasına karşın bunlar dahi bu kavramla isimlendirilmiştir. Şöyle ki, nikah akdinin neticesi olarak kocanın, hanımının sefere çıkmasını ve evden çıkmasını engelleyebilme gibi bazı hakları olduğuna değinilmiş ve bunlar hapis hakkı olarak ifade edilmiştir. Ancak hapis hakkı, hak edilen bir bedelin elde edilebilmesi için konmuş bir müeyyide olduğundan koca, mehri ödemediği önce bu haklara da sahip olamaz. Kadının, mehrin ifasından önce kendini teslim etmesi gerekmediği için kocanın, bu aşamada böyle bir hapis hakkı bulunmaz. Kadına mehrini ödedikten sonra ise zikredilen tüm hususlardan (şartları taşıdığında hac için sefere çıkması hariç) onu men etme hakkına sahiptir.²¹³

²¹¹ Kâsânî, *Bedâ'i' u 's-sanâ'i*, 2/289.

²¹² Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 4/431; Kâsânî, *Bedâ'i' u 's-sanâ'i*, 2/289.

²¹³ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i' u 's-sanâ'i*, 2/288; Merğînânî, *el-Hidâye*, 1/206.

Kocanın, karısı üzerindeki bu haklarını ifade için Hanefî fıkıh eserlerinde “hakku’l- haps” ifadesi kullanılmıştır. Buradaki kullanımın borçlar hukukundaki manasıyla hapis hakkını ifade ettiğini söylemek zordur. Zira kavram olarak hapis hakkı, akitte önce teslimi gereken bedele karşılık akdin konusunun teslimden kaçınılmasını ifade eder. Ancak kocanın zikredilen hakları Hanefî fukahaya göre akdin konusunu teşkil etmediği gibi ilk ifanın mehrin ödenmesi suretiyle koca tarafından yapılması gerekir. Söz konusu haklara karşılık nafaka borcu doğduğu²¹⁴ ileri sürülse de gene ifadan kaçınma anlamı taşımadığı için kocanın bahsedilen hakkı, hapis hakkı değildir. Görebildiğimiz kadarıyla koca için kullanılan bu “hakku’l-haps” ifadesi söz konusu tamlamanın borçlar hukukundaki manası dışında kullanıldığı tek durumdur.

Görüldüğü üzere klasik Hanefî fıkıh eserlerinde eşya ve borçlar hukuku diliyle işlenen nikah akdinde, kadının kendini hapsi meselesi üzerinde uzunca durulmuş, burada yer vermediğimiz ayrıntılara değinilmiştir. Konunun böylesine ayrıntılı biçimde ele alınmış olması bu meselenin fukahanın kendi dönemlerinde sık sık karşılaştıkları, büyük ve çözülmesi gereken bir sorun olarak var olduğu anlamına gelmez. Farklı hukuki meselelerde olduğu gibi fukaha, konuyla ilgili, yaşanması muhtemel, hatta vuku bulması çok zor da olsa akla gelebilecek tüm ayrıntıları hukuk sistematığı içerisinde düşünmeye çalışmıştır. Bu nedenle söz konusu anlatım tarzını doktrini güçlendirme ve hukuk mantığını geliştirme çabası olarak değerlendirmek gerekir.

2.6. Lukatada Hapis

Lukata, canlı veya cansız tüm kayıp malları ifade eder. Böyle bir malı bulup alana “lâkit/mültakit” ve malı almaya “iltikat” denilir.²¹⁵

Lukata konusu yitik eşya ve yitik hayvan şeklinde iki grupta ele alınmış, ilki lukata olarak isimlendirilirken ikincisi için dâlle kavramı kullanılmıştır. Hanefî fukaha, lukatayı bulan kişi, malı ilan edip sahibi çıktığında da kendisine teslim etme konusunda kendine güveniyorsa alınmasının daha uygun olduğu görüşündedir. Ayrıca bulan kişi malı almayıp olduğu yerde bıraktığı takdirde kendisine güvenilmeyecek bir kişinin alması

²¹⁴ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 2/288.

²¹⁵ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 7/242.

ihtimali bulunduğundan bulan kişinin alıkoyması gerektiği kanaati hâkim olmuştur. Öte yandan kişi, buluntu malı ilan edip, sahibi çıktığında da ona teslim edebilme konusunda kendisine güvenmiyorsa, bunu yapabilecek birisinin malı alma ihtimali de bulunduğundan, malı alıkoymaması görüşü tercih edilmiştir.²¹⁶

Alıkonan lukatanın varlığını devam ettirebilmesi için üzerinde bazı harcamalar yapılması gerekebilir. Lukatayı alıkoyan kişi hakim kararıyla lukatanın nafakasını karşılar. Lukata sahibi bulunduktan sonra da mültakit, sahibine borç olmak üzere yaptığı harcamayı kendisinden teslim alıncaya kadar malı hapsedme hakkına sahip olur. Çünkü bu durumda lukata, kendisini bulan kişinin yaptığı harcamayla varlığını devam ettirmiştir. Ancak lukatayı bulan kişi, hakim kararı olmaksızın bazı harcamalar yaptıysa bu durumda teberru etmiş sayılır. Zira yetkisi dahilinde olmayan bir iş yapmış olur. Bu durumda da sahibinden nafakayı alana kadar malı hapsedme hakkına sahip olmaz. Dâlle olarak isimlendirilen, kaybolmuş koyun ve deve gibi hayvanlara yapılan harcamaların hükmü de bu konuda kayıp eşyanınkiyle aynıdır. Ancak hayvan için yapılacak uzun süreli harcama kendi değerine ulaşabileceğinden hakim, yalnız sahibini zarara sokmayacak bir süre için hayvanın nafakasının bulan kişi tarafından temin edilmesini emredebilir. Uzun süre sahibi ortaya çıkmayınca hayvan satılarak bedeli sahibi için saklanır. Aynı zamanda buluntu hayvan bir işte çalıştırma amacıyla kullanılabiliyorsa kiraya verilerek elde edilen geliri ile nafakası karşılanabilir.²¹⁷

Kaybolmuş hayvanları bulan kişinin bunları alıkoyup koymaması hususunda, Hz. Peygamber (s.a.s.) ve Hulefâ-yi Râşidîn dönemlerinde gündeme gelen ve “kaybolmuş develer” veya “kayıp develer” olarak bilinen mesele de önemlidir. Buna göre yitik koyunun ne yapılması gerektiği sorulduğunda Hz. Peygamber (s.a.s.) alınması gerektiğini söylerken yitik develerin hükmü sorulduğunda onların kendi başlarına yaşamlarını devam ettirebileceklerini söyleyerek bulundukları yerde terk edilmelerini emretmiştir.²¹⁸ Hz. Ebu Bekir (r.a) ve Hz. Ömer (r.a) dönemlerinde de kayıp develerle ilgili bu hüküm devam ettirilmiştir. Ancak Hz. Osman kendi döneminde, Hz. Peygamber (s.a.s.) döneminden uzaklaşılması sebebiyle ahlaki yozlaşmanın arttığı gerekçesiyle bulunan develerin ilan edilmesine, sahibi çıkmayınca da satılıp, bedelinin saklanmasına karar vermiştir. Bu

²¹⁶ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/354.

²¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 11/10; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/203; Merğînânî, *el-Hidâye*, 2/418-419.

²¹⁸ Buhârî, “Lukata”, 4 (No. 2429).

şekilde deve sahibinin hakkı korunmuş olacaktır. Zira uzun süre sahibi bulunamayan devenin telef olması ihtimali bulunurken, semen için böyle bir endişe söz konusu değildir. Hz. Ali dönemine gelindiğinde ise o da kayıp develerin kendi hallerine terk edilmemesi yönünde hüküm vermiş, develer için ahır yaptırarak, sahipleri ortaya çıkana kadar besili veya cılız olmayacak kadar beytü'l-maldan nafakalarının temin edilmesine karar vermiştir.²¹⁹ Kayıp malların tamamını ifade için kullanılan lukataya hâkim beytü'l-maldan harcama yapacaksa bu harcamayı, mal sahibine borç olmak üzere yapar.²²⁰ Burada harcama borç/deyn olarak yapıldıysa, beytü'l-malın sahibinden nafakasını alıncaya kadar hapis hakkını kullanarak malı elde tutma hakkı olduğu söylenebilir.

Hz. Peygamber ve Raşid Halifeler döneminde kayıp develerin vatandaşlar tarafından alınıp, hakim emriyle kendilerine harcama yapılması söz konusu değilken Hanefi fukaha tarafından bu konuda kayıp develer ile koyun gibi diğer hayvanlar arasında ayırım gözetilmemiş, dâllenin nafakasını temin hakim kararıyla yapıldıysa sahibi ortaya çıktığında harcama alınana kadar hapsedilebileceği genel hüküm olarak belirtilmiştir.

Kayıp develer konusunun hapis hakkıyla bağlantısı şöyle açıklanabilir: Öncelikle hapis hakkı gerek akitten gerek akit dışı bir hukuki durumdan doğmuş olsun kanundan doğan bir haktır. Kayıp develerin alınması durumunda gasp hükümlerinin cari olup olmayacağı da mana açısından bir tür kanun hükmü olarak değerlendirebileceğimiz hakim emriyle belirlenir. Bu nedenle kanunun tanıdığı bir yetki olarak hapis hakkı, kanun tarafından izin verilen durumlar çerçevesinde kullanılır ve bu durumların kapsamı da gene hukuk düzeni tarafından belirlenir. Dolayısıyla bir dönem hapis hakkının ileri sürülebildiği bir durumun başka bir dönemde bu yetkiyi vermemesi mümkündür.

Türk hukuk doktrininde hapis hakkının kullanılabilmesi için kıymetli evrak veya taşınabilir eşyanın alacaklının zilyetliğine borçlunun rızası ile geçmiş olması gerekir. Kişinin bir eşyasını kaybetmesi ve bu eşyanın bir başkası tarafından bulunarak zilyet olunması durumunda eşyanın asıl sahibinin, bu zilyetlik için tam olarak rızasının bulunduğunu söylenemez. Bu nedenle, lukatayı bulan kişinin, eşyayı sahibine teslim

²¹⁹ Bâcî, Ebü'l-Velîd Süleymânel- *el-Müntekâ şerhu'l-Muvatta'* (Kahire: Matbaatü's-Saade, 1914), 6/140,143,144.

²²⁰ Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, 3/308.

etmek için yaptığı masraflar ve eşyayı bulduğu için bir ödül karşılığında hapis hakkına sahip olup olmadığı belirlenmelidir.²²¹

Öncelikle lukatanın asıl sahibi olan borçlunun rızası dışında, eşyasının zilyetliği lukatayı bulana geçmiştir. Ayrıca lukatayı bulan kişi, eşyayı, başkasına ait olduğunu bildiği halde aldığı için iyi niyetli değil, kötü niyetlidir. Bu nedenle lukatayı bulanın hapis hakkı olması şüpheli karşılanmıştır. Ancak lukatayı bulan kişinin de zarar görmemesi gerekir. Bu nedenle bu kişi vekaletsiz iş görene benzetilmiştir. Buna göre işleme izin verilirse vekâlet hükümleri uygulanır. Vekilin yaptığı masraflar ve vekalet işlemine karşı alacağı ücret için hapis hakkı bulunduğundan lukatayı bulanın da hapis hakkını ileri sürebileceği söylenir.²²²

Görüldüğü üzere lukatayı bulan kişinin iyi niyetli olup olmaması hapis hakkı bağlamında bir sorun olarak Türk hukukunda da ortaya çıkmıştır. Hanefî mezhebinde, kanun koyucunun lukatanın alınmasına izin verdiği durumlarda malı zilyetliğine alan kişi iyi niyetli olup buna göre hapis hakkını ileri sürebilir. Türk hukukunda ise lukatayı bulan ve kötü niyetli addedilen kişinin zarar görmemesi adına vekaletsiz iş görene benzetilerek hapis hakkını ileri sürebileceği kaydedilmiştir. Dolayısıyla herhangi bir salahiyetin kanun koyucuya/ hukuk düzenine rağmen kullanılması mümkün olmayıp, bir biçimde onun sınırlarında yer alırsa ileri sürülebilmesi mümkün olmaktadır.

2.7. Gaspta Hapis

Gasp sözlükte, “mal olsun veya olmasın başkasına ait bulunan bir şeyi kullanmak için düşmanlık ve üstün gelme yoluyla almak” anlamındadır. Fıkıh terimi olarak ise gasp, “bir kimsenin hukuken koruma altındaki (muhterem) ve hukuken değerli, akde konu olabilen (mütekavvim) malını, açıkça veya gizlice ya da toplumun adetine göre izni olmadığı anlaşılabilecek biçimde haksız yere elinden yahut tasarrufu altından almak”²²³ olarak ifade edilmiştir. Bu şekilde haksız yere alma işlemini gerçekleştiren kişiye “gâsıp”, alınan mala “mağsub” ve malı alınan kimseye “mağsubunminh” denilir.²²⁴

²²¹ İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, 757.

²²² İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, 757-758.

²²³ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 7/327.

²²⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 7/327-328.

Gasp ve şüf'a her ikisinde de “kişinin rızası olmadan malını temellük etme” söz konusu olduğu için bu açıdan benzerlik gösterdikleri, şüf'anın meşru, gaspın ise salt saldırganlık olarak gayr-ı meşru olması yönüyle ayrıldıkları söylenmiştir.

Gaspta hapis hakkının bulunabilmesi için gâsıbın, gasp ettiği mal üzerine kendisine ait mütekavvim bir malı bitiştirerek malda değer artışına sebep olması gerekir. Aksi halde yaptığı herhangi bir değişikliğin masrafını sahibinden alıncaya kadar malı hapsedmesi söz konusu olmaz. Şöyle ki, gâsıp, gasp ettiği mal üzerinde değer arttırıcı bir değişiklik yaptıysa bazı durumlarda bu değişiklik karşılığında kıymetini alana kadar bu mal üzerinde hapis hakkına sahip olur. Örneğin bir meyte derisi gasp ederek bunu tabaklarsa derinin asıl sahibi aradaki farkı ödeyerek derinin tabaklanmış halini gasıptan alabilir. Gâsıbın, bu farkı alıncaya kadar deriyi hapsedme hakkı vardır. Gâsıp, malı haksız fiil sonucu zilyedinde bulundurduğundan mal sahibi geldiğinde koşulsuz şekilde malı teslim etmesi beklenebilir. Ancak burada gasıba ait, hukuki koruma altında olan bir malın da haksız yere, gasp edilen malın sahibinin mülküne girmesi engellenerek, gâsıbın hakkının da korunmasının amaçlandığı söylenebilir. Zira tabaklama işlemi esnasında gasıba ait mütekavvim bir mal deriye ilişmiştir. Bu da elbisenin boyanmasıyla aynı şekilde değerlendirilmiş ve elbiseyi boyayan işçinin ücretini alana kadar malı hapsedme hakkı olduğu gibi gâsıbın da hapis hakkı olduğu söylenmiştir.²²⁵ Gâsıba ait mütekavvim bir malın gâsp konusuna iliştiğinde hapis hakkı tanınma nedeni bu ziyadenin gasp konusundan ayrılamamasıdır. Yani söz konusu ziyade hapsedilirken dolayısıyla gasp konusu hapsedilmiş olacaktır. Gasp konusuna yapılan masraflara karşılık malın hapsedilememesi yalnız muttasıl ziyadenin olması durumunda hapis hakkının tanınması da bunu göstermektedir.

Ancak gâsıp bir içki gasp edip bunu sirkeye dönüştürdüyse içkinin asıl sahibi herhangi bir şey ödemeksizin sirkeyi alır. Çünkü gâsıp, sirke yaparken içkiyi güneşten gölgeye, gölgeden güneşe taşımıştır. Bu şekilde gâsıbın kendi malından bir şey gasp konusu mala bitişmediğinden dolayı da bu yolla yapılmış bir değer artışı söz konusu olursa, mal sahibinin bir ödeme yapmasına gerek olmadığı söylenmiştir. Ayrıca sirkeye

²²⁵ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 11/106; Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/305.

dönüştürme işlemi, içkiyi temizleme olarak değerlendirilmiş ve burada gasıba hapis hakkı tanınmamıştır.²²⁶

Bunun yanında gâsıp, gasp ettiği mal için bazı harcamalarda bulunursa, lukatada olduğu gibi bunları mal sahibinden temin edinceye kadar malı hapsedme hakkına sahip olamaz. Zira burada gâsıbın yaptığı teberrudan ibarettir.²²⁷

2.8. Diğer Hukuki Durumlar

Hapis hakkı zikredilenler haricinde bazı hukuki durumlarda da görülebilir. Bunları istisnâ` akdi, müzâraa, vedâ ve cuâle olarak sıralayabiliriz.

2.8.1. İstisnâ` Akdi

Mecelle'nin 124. Maddesinde “bir şey yapmak üzere bir zanaatkâr ile anlaşmak” şeklinde tanımlanan istisnâ` akdi bazı açılardan kira akdine, bazı açılardan satım akdine benzetilmiştir.²²⁸ Bu akdin, satım mı vaat mı olduğu konusunda da ihtilaf edilmiş, Hanefi fakihlerin çoğunluğu bunun satım olduğunu söylemiştir.²²⁹ Ancak satım akdine olan benzerliğiyle öne çıksa da bu konuda terzi²³⁰ gibi zanaatkarlar örnek olarak gösterildiği için bu akit hapis hakkı bağlamında, yaptığı işin “ayn” üzerinde eseri bulunan ecir-i müşterek konusuyla daha çok ilişkilidir.

Bir ayakkabıcıyla, kendisine deri verilip belirli bir ücret karşılığında mest yapması üzerine istisnâ` akdi yapılabilir. Bunun gibi, muaccel ücret karşılığında kendisine bir iş sipariş edilen zanaatkar, işini tamamladıktan sonra siparişinin bedelini alıncaya kadar malı elinde hapsedme hakkına sahiptir. Züfer'e göre ise “zanaatkarın, üzerinde işçilik yapacağı malın aslı işi sipariş eden kişiye ait olduğundan, zanaatkarın malı hapsedme hakkı yoktur. Çünkü bu durumda akdin konusu zanaatkarın işçiliğiyle ortaya çıkan vasıf

²²⁶ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 11/106; Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/305. Serahsî' deki metinde yalnızca “elbisenin boyanması/ elbisenin yıkanması mesabesinde” olduğu söylenmiştir. El-hidaye 4/305'te gâsıbın deriyi tabaklaması, “kendisinin” elbiseyi boyamasına benzetilmiş, kiralık işçiden bahsedilmemiştir. Ancak kiralık işçi bahsindeki hükmün mevzu ile alakası görüldüğünde metinlerde kiralık işçinin de kastedildiği düşünülebilir.

²²⁷ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 11/85.

²²⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/123-124.

²²⁹ Bâbertî, *el-Înâye şerhu'l-Hidâye*, 7/114.

²³⁰ İstisnâ` akdi örneği için bk. Bâbertî, *el-Înâye şerhu'l-Hidâye*, 7/114.

olmuş olur ve bu vasıf mal sahibinin mülküne işçinin rızası ve ihtiyarı ile bittiğinden, akit konusu teslim edilmiş sayılır ve artık hapis hakkı bulunmaz.”²³¹

Züfer’in bu görüşüne, “Hanefi fukahanın çoğunluğu kastedilen teslimi önlemenin mümkün olmadığını” söyleyerek cevap vermiştir. Çünkü bu durumda ayn iş verenin mülkü olduğundan işin bitmesiyle birlikte, kendisinden ayılamayacak vasıf da ayn ile birlikte iş verenin mülkü haline gelmiş olur. İşçinin bundan kaçınmasının bir yolu bulunmadığından bu, tam bir teslim olarak değerlendirilmemiş ve böyle bir teslim ile zanaatkarın hapis hakkını düşürmeyi kabul etmiş olmayacağı söylenerek karşılık verilmiştir. Züfer’in “bu akitte bedel asıl karşılığında değil, ona tabi olan şey mukabilinde alındığından, kişi asıl karşılığında hapis hakkına sahip olmadığından tabi olan şeyde de bu hakka sahip olamaz” şeklinde gelebilecek muhtemel itirazına ise “zanaatkarın akit konusunda hapis hakkı bulunacağı ve bunun da ancak malın aslının hapsiyle sağlanacağı” belirtilerek cevap verilmiştir. Bu cevap kira akdine benzetilerek de desteklenmiştir. Şöyle ki, kira akdinde akit konusu aslen menfaatler olmasına karşın menfaatlerin teslimi yalnızca aynın teslimiyle mümkün olduğundan kiraya veren bu aynın teslimiyle sorumludur. Bu durumda da zanaatkarın ortaya koyduğu vasıf malın aslının hapsiyle mümkün olacağından böyle yapılır.”²³²

Görüldüğü üzere istisnâ` akdinde hapis hakkı hükümleri, yaptığı işin üzerinde eseri görülen ecir-i müşterek ile aynıdır ve birlikte ele alınmaları da mümkündür. Ancak istisnâ`akdi fıkıh eserlerinde müstakil başlık altında incelendiği için burada da aynı yol tercih edilmiştir.

2.8.2. Müzâraa

Muamelata dair tüm işlemlerde olduğu gibi, “tohum ekmek ve mahsulü belli oranda paylaşmak üzere arazi sahibiyle emek sahibi arasında yapılan zirai ortaklık sözleşmesini”²³³ ifade eden müzâraa akdi de insan ihtiyacı neticesinde ortaya çıkmıştır.

Bir tarafın toprağı ve tohumu vermesi ve diğer tarafın da toprağı ekip biçmesi, sonuçta da çıkan ürünün aralarında paylaşılması üzerine bir müzâraa akdi

²³¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/90-91.

²³² Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 15/91-92.

²³³ Hüseyin Kayapınar, “Müzâraa”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 2006), 32/234.

kurulduğunda ekip biçme işini yapacak işçi toprağı ekmeden kaçıp gitse, toprak sahibi hakim emriyle ekme ve biçme için harcama yapabilir. İşçi geri geldiğinde tarla sahibi, yaptığı harcamayı kendisinden tahsil edinceye kadar işçinin mahsuldeki payını hapsedme hakkına sahiptir.²³⁴

2.8.3. Vedîa

İnsanlar mallarının muhafazasını her zaman kendileri sağlayamayabilir ve malları emanet edecek kişilere ihtiyaç duyabilirler. Bu bağlamda kurulan akitlerden biri, emanet akitlerinin bir türü olan vedia'dır. Fıkıhta, kişinin bir başkasına koruması için bir mal bırakması ve bırakılan bu mal vedîa olarak isimlendirilir. Emanet akitlerinin bir türü olan vedîa akdinde, malı veren taraf, mûdi‘/müstevdi‘, malı kabul eden mûda‘/müstevda‘, bazen da vedî‘ ve verilen mal da vedîa olarak isimlendirilir.²³⁵

Vedîayı kabul eden taraf, malın muhafazasını sağlamak ve hayatiyetini devam ettirebilmek için bazı harcamalar yapmak durumunda kalabilir. Vedîa sahibi malı, emanet ettiği kişiden almak istediğinde bu harcamaları ödemesi gerekir. Ödemediği takdirde vedia'yı elinde bulunduran şahıs malı sahibine teslim etmekten kaçınarak hapsedme yetkisine sahiptir.²³⁶ Elbette bu harcamanın hakim emriyle yapılması durumunda böyledir. Hakim izni olmadan yapılan harcamalar vedia sahibinden istenemez.²³⁷

Türk hukukunda da iyi niyetli zilyet elindeki mala birtakım harcamalar yaptığıında bu masrafları sahibinden temin edinceye kadar malı vermeyerek hapsedme hakkına sahiptir. Ancak buradaki hapis hakkı, alacağın elde edilememesi durumunda malı paraya çevirtme yetkisi vermediği için genel hapis hakkından farklı olarak hapis hakkının özel bir çeşididir.²³⁸

²³⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 23/48-49; Kâdîhân, *Fetavâ Kâdîhân*, 3/98.

²³⁵ Mustafa Yıldırım, “Vedîa”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 2012), 42/596.

²³⁶ Medkûr, *Medhal li fıkhi'l-İslâm*, 513; Fahrettin Atar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1990), 225; Ahmet Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 251.

²³⁷ Muhammed Kadîrî Pâşâ, *Murşidu'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân* (b.y.: y.y., 1891), md. 719,720; Medkûr, *Medhal li fıkhi'l-İslâm*, 513.

²³⁸ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1197.

2.8.4. Cuâle

Kişi, belirli bir işi yapan kişiye ücret vereceği yönünde taahhütte bulunabilir. Bu şekildeki taahhüt ve verilecek ücretin her ikisi de cuâle olarak isimlendirilir. Verilecek ücrete aynı zamanda ciâl ve cu‘l da denilmiştir.²³⁹

Cuâle tek taraflı bir hukuki işlem olmasına karşın satım akdi ile arasında benzerlik kurulmuştur. Buna göre cuâlede vaat edilen ücret satım akdindeki semene; vaat, kayıp bir malın bulunup sahibine verilmesi üzerineyse burada malı sahibine veren kişi, satıcıya benzetilmiştir. Çünkü bu malın köle olması durumunda sahibi, köleyi elinden kaçırmakla birlikte hiçbir menfaatten faydalanması mümkün olmayacak bir duruma gelmiş ve satım akdinde malı helak eden satıcı konumunda olmuştur. Gene sahibi, malı teslim eden kişi vasıtasıyla milkinden istifade etmiş olur ve böylece malı sahibine ulaştıran kişi satıcı mesabesine gelmiş olur. Satıcı konumunda bulunduğu için de vaat edilen ücreti alana kadar malı hapsedme yetkisine sahip olur.²⁴⁰

Yukarıda Türk hukukuna göre lukataya yapılan harcamalar mal sahibinden temin edilene kadar hapis hakkının ileri sürülüp sürülemeyeceği açıklanırken, malı bulan kişinin ödüle karşılık malı elinde tutması da bu kapsamda değerlendirildiğinden ödüle karşılık da kişinin hapis hakkının bulunduğu söylenebilir.

Hapis hakkının kullanılabileceği hukuki durumlardan tespit edebildiklerimizi sıraladık. Ancak bu, hapis hakkının uygulama alanının bunlarla sınırlı olduğu anlamına gelmez. Örnek olarak değerlendirilebilecek bu hukuki durumlarda zikredilen şartların sağlandığı tüm hallerde hapis hakkının bulunabileceğini söylemek için herhangi bir engel bulunmamaktadır.

3. Hapis Hakkının Şartları

Hanefi fıkıh eserlerinde hapis hakkına dair diğer meseleler gibi şartları da müstakil şekilde serdedilmiş değildir. Ancak ileri sürülebileceği hukuki durumlar açıklanırken hapis hakkının belirli şartlara bağlı olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Burada,

²³⁹ Mehmet Âkif Aydın, “Cuâle”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 1993), 8/77.

²⁴⁰ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/138.

meselerden yola çıkılarak ve Türk hukukunda hapis hakkı için sıralanan şartlardan yararlanılarak hapis hakkının bulunması için gerekli olan şartlara yer verilecektir.

3.1. Edimlerin Mahiyetinin Farklı Olması

Yukarıda açıklandığı üzere hapis hakkının tanınma amacı alacaklar arasında denge kurulmasını sağlamak olduğundan tarafların edimlerinin mahiyet açısından birbirinden farklı olması beklenen ilk şarttır. Zira eşit seviyedeki edimlerin birbirlerine önceliği bulunmaz ve bu nedenle aynı anda ifa edilmeleri gerekeceğinden taraflardan birinin diğerini ifaya zorlamak ve alacağını güvence altına almak için böyle bir hukuki yaptırıma başvurma hakkı bulunmaz.²⁴¹ Hapis hakkının kullanılmasını sağlayacak alacak para cinsinden olabileceği gibi yapma, verme veya vermeme şeklinde bir edim de olabilir. Ancak burada önemli olan söz konusu alacağın paraya çevrilebilir nitelikte olmasıdır.²⁴²

Hapis hakkı, Hanefi fıkıh eserlerinde müstakil bir başlık altında ele alınmasa da satım akdiyle ilgili hükümlerin yer aldığı bölümlerde “deyne karşılık aynın hapsedilmesi”²⁴³ başlığı altında satım akdindeki hapis hakkına yer verilir. Bu ifade tarzı da hapis hakkı için edimlerin farklılığının şart koşulduğunu gösterir. Zira satım akdinin, trampa ve sarf gibi edimlerin aynı cinsten olmadığı türleri de vardır.

3.2. Hakkı Zilyetlik

Hanefi mezhebinde hapis hakkının ileri sürülebileceği söylenen tüm durumlarda elde tutulacak malın hali hazırda alacaklının zilyedinde bulunduğu görülür. Aşağıda hapis hakkını sona erdiren hallerde görüleceği üzere alacaklının, hapis konusu eşyanın zilyetliğini rızasıyla kaybetmesi durumunda hapis hakkının geri döndürülemeyecek biçimde sona ermesi de zilyetliğin, söz konusu hakkın ileri sürülebilmesi için şart olarak fukahanın zihninde bulunduğunu gösterir.

Gasıp, gasp konusu mala haksız zilyet olduğu için ilk planda hapis hakkına sahip olmaması beklenir. Ancak yukarıda gasıbın hapis hakkında görüldüğü üzere derinin

²⁴¹ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/192,197; Aybakan, “Hapis Hakkı”, 16/65.

²⁴² Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1190.

²⁴³ Kâsânî, *Bedâ’i ‘u’s-sanâ’i*, 7/175.

kıymetli bir şeyle tabaklanmasında olduğu gibi, gasp edilen mal üzerine gasıba ait mütekavvim bir mal bitişirse gasıp kıymetini elde edene kadar bu malı hapsedme yetkisine sahiptir. Çünkü bu mal gasp konusuna bitiştikten sonra da gasıbın mülkü olmaya devam eder.²⁴⁴ Dolayısıyla burada haklı zilyetlik aslında gasp konusu mal üzerinde değil, ziyade üzerinde kurulmuş ancak ziyade gasp konusu maldan ayırlamadığından zilyetlik asıl mal üzerinde kurulmuştur.

Fasit satım akdinden sonra müşterinin, satıcının rızası bulunmaksızın malı elde etmesi durumunda haklı zilyetliği bulunmadığından semeni elde edinceye kadar mebîyi teslimden kaçınma anlamında hapis hakkının bulunmaması²⁴⁵ da haklı zilyetliğin hapis hakkının ileri sürülme şartlarından olduğunu gösterir. Türk hukukunda ise alacaklının hapis hakkını ileri sürebilmesi için borçluya ait taşınıra ve kıymetli evraka zilyet olması gerekir.²⁴⁶

3.3. Alacağın Muaccel Olması

Hapis hakkının bulunduğu akitler açıklanırken alacağın muaccel olması gerektiği üzerinde durulmuş ve alacağın yalnız küçük bir kısmının muaccel olması durumunda dahi deyn alacaklısının hapis hakkını kullanabileceği söylenmiştir. Ancak akitlerde, deynin tamamının müeccel olması kararlaştırılırsa bu durumda alacaklı hapis hakkına sahip olamaz. Dolayısıyla alacağın muaccel olması hapis hakkının şartlarındandır. Lukata ve gasp gibi hapis hakkının belirli durumlarda ileri sürülebileceği akit dışı hallerde ise alacağın muaccel veya müeccel olması üzerinde herhangi bir anlaşma durumu söz konusu olmasa da bu durumlarda da akitte deynin muaccel olması kararlaştırılmış gibi hapis hakkı kullanılabilir.

Deyn borçlusunun edimi herhangi bir kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse artık yükümlü olmayacağı için²⁴⁷ ve fer'i bir hak olan hapis hakkı bu alacağa bağlı olarak ortaya çıktığından borç sona erince alacak da sona erer ve hapis hakkı kullanılamaz.

²⁴⁴ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 11/106; Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/305.

²⁴⁵ Recep Özdemir, “İslâm Hukukunda Hapis Hakkı (Hakku'l-Haps) Kavramı”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* XVII/27 (2016), 403.

²⁴⁶ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1198.

²⁴⁷ Bk. Özdemir, “İslâm Hukukunda Hapis Hakkı (Hakku'l-Haps) Kavramı”, 404.

Dolayısıyla elbette alacağın muaccel olması yeterli değildir. Hapis hakkının ileri sürülebilmesi için gerekli tüm şartların birlikte sağlanması lazım.

Türk hukukunda da alacağın muaccel olması, hapis hakkının kurulma şartlarındandır. Buna göre alacağın muaccel olması hapis hakkı kullanıldığı zaman için şarttır. Üzerinde hapis hakkı kurulacak eşyanın zilyetliği kazanıldığı an hapis hakkının muaccel olması ise şart değildir. Borçlu acze düştüğünde ise alacağın muaccel olması şart olmaksızın alacaklı hapis hakkını kullanabilir.²⁴⁸ Türk hukukunda hapis hakkı bağlamında alacağın muaccel olması şartının da “genel hapis hakkı” için geçerli olduğuna dikkat edilmelidir. Zira özel bir hapis hakkı çeşidi olan kiraya verenin hapis hakkında alacağın muaccel olması şartı aranmamaktadır.²⁴⁹

3.4. Alacaklının Zilyetliğindeki Mal ile Alacak Arasında Bağlantı Bulunması

Hanefi mezhebinde, hapis hakkının bulunduğu kabul edilen hukuki durumların tamamında alacak ile alacaklının zilyetliğinde bulunan ve üzerinde hapis hakkı kurulacak mal arasında bağlantı olması böyle bir irtibatın hapis hakkı için şart olduğunu gösterir. Hapis hakkının akitten doğduğu durumlarda hapis, akit konusu üzerinde kurulur. Müzaraa akdinde akit konusu, tohumun kim tarafından temin edildiğine göre değişse de hapis, paylaşılması üzerinde anlaşılan mahsul üzerinde kurulur. Hapis hakkının kanundan doğduğu lukata ve gasp gibi durumlarda ise mal üzerine yapılan ziyade veya masraflar alacağın doğmasına sebep olduğu için de aranan bağlantı şartı mevcut sayılır ve hapis hakkı bu mallar üzerinde kurulabilir.

Türk hukukunda da alacaklının borçluya ait zilyetliğinde bulundurduğu eşya üzerinde hapis hakkı kurulabilmesi için eşyanın, “niteliği itibariyle alacakla bağlantısının bulunması” gerekir. Bu irtibatın bulunup bulunmadığını tespit için de dürüstlük kuralından yararlanılır. Buna göre borç yerine getirilmeden üzerinde hapis hakkının kurulduğu malların ve kıymetli evrakın istenmesi dürüstlük kuralına aykırı görülür.²⁵⁰ Bu

²⁴⁸ Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 366-367; Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 4,309; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 693; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1191.

²⁴⁹ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 361; Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 306; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1197.

²⁵⁰ Köprülü- Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 367; Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 310; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 693-694; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 1192.

şart özellikle hapsedilecek eşya için masraf yapılması veya eşya nedeniyle zarar görülmesi durumlarında gündeme gelir.²⁵¹

3.5. Hapis Hakkının Sona Ermemiş Olması

Zayıf bir hak olarak algılanmasıyla da alakalı olarak, aşağıda sıralanan hapis hakkını sona erdiren durumlardan birinin meydana gelmesi halinde bu hak geri döndürülemez. Dolayısıyla belirli bir hukuki durum için hapis hakkı kullanılmak isteniyorsa herhangi bir biçimde bu hakkın sona ermemiş olması gerekir.

İslam hukukunda hapis hakkı kanundan doğduğu için alacaklının, bu hakkını kullanmayacağını beyan etmesi ile düşmez.²⁵² Ancak kendi iradesiyle, hapis hakkını sona erdiren sebeplerden birini vücuda getirmesi halinde hapis hakkı sona ermiş olur. Örneğin, satıcı akitte semenin tamamının müeccel olmasını kabul ederse hapis hakkını düşürmüş olur.²⁵³ Bu durumda hapis hakkı, alacaklının ifadesiyle değil, bunun dışında hakkı sona erdiren sebeplerden birinin meydana gelmesi veya örnekte olduğu gibi hapis hakkı için gerekli şartların sağlanmamasından ötürü sona ermiştir.

Türk hukukunda ise alacaklı, hapis hakkını kullanmayacağı yönünde borçluya taahhüt vermişse bu durumda hapis hakkını kullanamaz. Bu açıdan, hapis hakkından feragat sözleşmesi yapılması mümkündür. Alacaklı, kendi iradesiyle bu hakkından vazgeçebilir.²⁵⁴ Bunun haricinde hapis hakkını sona erdiren durumların ortaya çıkması halinde bu hak sona erer.

²⁵¹ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 360.

²⁵² Özdemir, “İslâm Hukukunda Hapis Hakkı (Hakku'l-Haps) Kavramı”, 405.

²⁵³ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/114; Serahsî, *el-Mebsût*, 18/137; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/237,249.

²⁵⁴ Turhan Esener - Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 656.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAPİS HAKKININ HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

1. Hapis Hakkının Hükümleri

Deyn alacaklısı, alacağını tahsil edene kadar alacakla bağlantısı bulunan malı hapsederken bazı yetki ve sorumlulukları vardır. Bu yetki ve sorumlulukları alacaklı açısından ifade etsek de elbette bunlar borçluyu da etkilemektedir.

1.1. Malı Alıkoyma Yetkisi

Hapis hakkının temel hükmü, hak sahibine hapis konusu malı yanında alıkoyma/teslimden kaçınma yetkisi vermesidir. Ancak bu yetki, hak sahibinin alacağını, borçludan talep etmesine engel değildir. Borç ifa edilmediği müddetçe hapis hakkı sahibi alacağını talep etmeye devam edebilir.²⁵⁵ Bu yetkinin, hapis hakkının aşağıda zikredilecek sebeplerden biriyle sona ermesine kadar devam ihtimali bulunur. Öte yandan alacaklının alıkoyduğu mal, varlığını devam ettirebilmek için kendisine harcama yapılmasına ihtiyaç duyabilir. Aynı zamanda borçlunun ödemede acze düşmesi veya iradî temerrüdü gibi durumlarda alacaklının, hakkına ulaşmak için makul olmayan sürelerde beklemesi gerekebilir. Bu tür durumlar hak sahibine külfet ve haksızlık olacağından hapis konusu malın satılarak alacağın temin edilmesi konusu gündeme gelmektedir.²⁵⁶

1.2. Paraya Çevirme Yetkisi

Hapis hakkı kullanılmasına rağmen borç ödenmediği takdirde belirli durumlarda hapis konusu malın satılarak alacağın buradan temin edilmesi mümkündür. Hapis hakkının, ancak iflas, ölüm ve gaiplik (kayıp) gibi ifanın imkansız hale geldiği durumlarda malın

²⁵⁵ Ali el-Haff, *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*, çev. Rahmi Yaran (Ankara: TDV Yayınları, 2010), 494-495.

²⁵⁶ Bk. Özdemir, “İslâm Hukukunda Hapis Hakkı (Hakku'l-Haps) Kavramı”, 413.

hakim kararıyla satılarak semeninden alacağın temin edilmesi imkanı verdiği görüşünde²⁵⁷ olanlar vardır. Öte yandan satıcı hapis hakkını kullanmasına rağmen müşteri semeni ödemediği takdirde herhangi bir kayda bağlı olmaksızın mülkiyetinin cebren satılacağı da bir başka görüş olarak karşımıza çıkar. Zira bu durumda müşteri zulmetmiş olmaktadır ve zulmün de ortadan kaldırılması gerekir.²⁵⁸

Her iki görüşün de tek başına hapis hakkının geçerli olduğu tüm hukuki durumları kapsadığını söylemek zor görünmektedir. Zira Hanefi fıkıh eserlerinde, borçlunun edimini ifa etmediği takdirde hapis hakkının bazı durumlarda herhangi bir kayda bağlı olmaksızın yalnız borçlunun ifayı reddetmesiyle hapis konusunu sattırarak alacağını tahsil etme yetkisi verdiği söylenirken, bazı durumlarda bu yetki için alacağın tahsilinin imkansız hale gelmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle hapis hakkının, bulunduğu bazı hallerde mutlak olarak bazı hallerde ise alacağın tahsilinin imkansız hale gelmesiyle paraya çevirtme yetkisi verdiği söylenebilir. Bu haller şöyle örneklendirilebilir:

Yukarıda zikredilen müzâraa akdinde hapis hakkının bulunduğu durumda toprak sahibi hapis hakkını kullandığı halde işçi, harcamayı karşılamayı reddederse hakim, işçinin payını satarak toprak sahibinin yaptığı harcamayı öder. Ekini eken kişi kaçmadıysa ancak hasat zamanı gelmeden akdin süresi bittiyse hakim, toprak sahibine, diliyorsa ekine gerekli harcamayı yapmasını ve işçinin harcamayı ödeyene kadar mahsuldeki payını alamayacağını söyler. İşçi ödeme yapmaktan imtina ettiği takdirde gene hakim, mahsuldeki payını satarak toprak sahibinin yaptığı harcamayı öder.²⁵⁹ Burada işçinin mutlak olarak borcunu ifa etmemesi durumunda alacağın elde edilmesi için hapis konusu malın satılarak alacağın buradan temin edileceği söylenmiştir.

Lukata üzerinde kullanılan hapis hakkı için de benzer bir durum söz konusudur. Şöyle ki, lukatayı sahibi bulunduğu kendisine vermek üzere alan şahıs, hakim emriyle lukataya birtakım harcamalar yapsa sahibi çıkageldiğinde masrafları kendisinden alıncaya kadar malı hapsetme hakkına sahiptir. Sahibi ödeme yapmayı reddederse hakim, malı satarak lukatayı bulan şahsın yaptığı harcamayı buradan öder.²⁶⁰

²⁵⁷ Atar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, 223.

²⁵⁸ Ali el-Hafif, *Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye*, 119,419,420.

²⁵⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 23/48-49; Kâdîhân, *Fetavâ Kâdîhân*, 3/98. Görüş, sahibeyne aittir, Ebu Hanife satılmayacağı görüşündedir.

²⁶⁰ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i*, 6/203.

Hapis konusu malın satılarak alacağın buradan temin edilmesinin borcun ifasının imkansız hale gelmesine bağlanmasına satım akdi örnektir. Satım akdinde müşteri satın aldığı malın semenini ödemededen nerede olduğu bilindiği halde gaip olsa satıcının borcunu ödemek için hapis konusu mal satılmaz. Çünkü bu durumda mal satılmadan da satıcının hakkına ulaşması mümkündür ve satım yapılırsa müşterinin mal üzerindeki hakkı iptal edilmiş olur. Ancak satıcı, mebûin kendisine ait olduğunu, söz konusu kişiye sattığını ve müşterinin nerede olduğu bilinmeyecek biçimde kayıp olduğuna dair beyyine²⁶¹ sunarsa ve mebî menkul mal ise satılarak satıcının alacağı temin edilir.²⁶²

Hapis konusu malın hakim tarafından satılması kabz edilmemiş mal üzerinde satım akdi kurulması gibi anlaşılmaz. Bazı Hanefiler bu durumda hakimin, müşterinin vekili olarak malı kabzettiği daha sonra sattığı görüşündedir. Ancak böyle tasavvur edildiğinde semen teslim alınmadan satıcının hakkı iptal edilmiş olacağından bu görüş kuvvetli değildir. Bu yüzden hakimin mebîyi satmasındaki amacın, satım akdi yapmak değil satıcının hakkını ihya etmek olduğunu söylemek daha doğrudur. Böylece hakkı ihya etme amacı zımında yapılan satım akdi de sahih olur.²⁶³

Hapis konusu malın satılma gerekçelerinden biri harcanacak nafakanın birikmesinin engellenmesidir. Gayr-i menkule nafaka harcanmayacağı düşünüldüğünden bu tür hapis konusu malların, borç karşılığında satılmayacağı görüşü hakimdir.²⁶⁴ Benzer biçimde rahin ve malı teslim almamış müşteri müflis olarak ölürse elde tutulan mal satılarak alacak buradan temin edilir. Ancak burada satıcı, müşteri aleyhinde hak sabit olması için değil mevcut durumdaki ithamın ortadan kaldırılması ve olayın açığa çıkması için beyyine sunar. Hakim kararıyla mebî satıldığında satıcı hem hakkına ulaşmış hem de semen ödenene kadar elinde tuttuğu malın tazmin sorumluluğundan kurtulmuş olur. Mebûin satılması yalnız satıcıya değil müşteriye de yarar sağlar. Mebî satılıp satıcının alacağı buradan karşılandığında müşteri, borcundan ve mal hapsedilmeye devam ederse birikecek nafakadan kurtulmuş olur.²⁶⁵

²⁶¹ “Bir hakkın veya kendisine hukuki sonuç bağlanan bir olayın ispatını sağlayan özel kat’i delil” anlamında fıkıh terimi.” Bk. Ali Bardakoğlu, “Beyyine (Fıkıh)”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 1992), 6/97.

²⁶² Bk. Zeyla’î, *Tebyînu’l-hakâik*, 4/128; Bâbertî, *el-Înâye şerhu’l-Hidâye*, 7/126.

²⁶³ Zeyla’î, *Tebyînu’l-hakâik*, 4/128-129; Bâbertî, *el-Înâye şerhu’l-Hidâye*, 7/126.

²⁶⁴ Bk. Zeyla’î, *Tebyînu’l-hakâik*, 4/128-129; Bâbertî, *el-Înâye şerhu’l-Hidâye*, 7/126.

²⁶⁵ Bk. Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/78-79; Zeyla’î, *Tebyînu’l-hakâik*, 4/128; Bâbertî, *el-Înâye şerhu’l-Hidâye*, 7/126.

Hanefi fukaha hapis konusu gayr-i menkulün satılarak alacağın buradan temin edilmemesine gerekçe olarak bu tür mallara nafaka harcanmayacağını göstermişlerdir. Ancak gayr-i menkuller yalnız kendisine harcanan nafakanın elde edilmesi için hapsedilmez. Satım akdi neticesinde de alacağın temini için hapsedilebilir. Hanefi fukahanın nafaka temini için gaip kişinin gayr-i menkulünün satılamayacağını da söyledikleri de göz önüne alındığında hapis konusu gayr-i menkulün alacağın temini için satılamama nedeninin daha başka, Hanefî fukahanın gayr-i menkule bakışlarıyla alakalı olduğu söylenebilir.

Satım akdinde satıcı hapis hakkını kullanırken müşteri, şüf da ise müşteri akarı hapsederken şüf hakkı sahibi borcunu ifa etmeyi reddedebilir. Bu durumda söz konusu akitlerin bozulması/feshedilmesi yerine borçlular hapsedilerek ifaya zorlanır.²⁶⁶ Satım akdinde borcunu ifa etmeyen müşteriye karşı hapis konusu malın satılarak alacağın buradan temin edilmesindense akdin feshedilip mebûin tekrar satıcının mülkiyetine geçirilmesi akla ilk gelen çözüm gibi görünmektedir. Çünkü akit feshedildiğinde satıcı malı bir başkasına satabilir. Ancak Hanefi fukaha hukuki olarak vücut bulmuş bir durumun ortadan kaldırılması yerine tarafların borçlarını ifa etmelerini sağlayarak akdin devam etmesini amaçlamış gözükmektedir.

1.3. Malın Muhafaza Sorumluluğu/ Hapis Hakkında Tazmin

Hapis hakkını kullanan kişinin hapis konusunu muhafaza sorumluluğu vardır. Buna göre hak sahibi, elde tuttuğu malın zarar görmesi veya telef olması durumunda muhafaza sorumluluğuna göre tazmin ile yükümlü olur. Alacaklının malın muhafazasında herhangi bir ihmali bulunmasa da alacağını tahsil edememekle malın telef olmasından sorumlu tutulduğundan bu telef olmadan zarar görmüş olmaktadır.

1.3.1. Genel Olarak Tazmin

Sözlükte “bir şeyi üstlenme, taahhüt ve garanti etme” anlamlarına gelen damân, fıkıh terimi olarak en geniş anlamıyla “kişinin mali ödeme sorumluluğu” şeklinde

²⁶⁶ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 5/24.

tanımlanmıştır.²⁶⁷ Damân konusu fıkıh eserlerinde müstakil bir başlık altında incelenmemiş, ilgili yerlerde meseleye temas edilmiştir.

Damân sorumluluğu, birçok sebepten ötürü ortaya çıkabilir. Fukaha, şâriin yükümlü tutması (ilzam), akit, gasp, itlaf, haylûle, zilyetlik, malda değişiklik yapılması gibi farklı durumları damân sebebi olarak zikretmiştir. Ancak bu sebepler incelendiğinde bazılarının birbirine girişken olduğu görüldüğünden damân sebepleri şu dört başlıkta toplanarak kapsamlı bir tasnif yapılmıştır: Şâriin yükümlü tutması (ilzam), sorumluluğu kişinin üstlenmesi (iltizam)/ akit, zilyetlik (yed-i damân- yed-i emânet) ve zararlı fiil.²⁶⁸

Damâna konu olup olmaması bakımından mallar emanat ve mazmunat olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Sıfatı emanet olan mallar, korunmasında bir kusur, eksiklik, ihlal ve saldırı bulunması ve bunun neticesinde telef olması durumunda tazmin edilir. Sıfatı mazmun olan mallar ise, korunmasında herhangi bir kusur bulunmadan da helak olsa tazmin edilir.²⁶⁹

Mazmun olan mallar, tazminin nasıl yapılacağı noktasında da mazmun bi nefsihi²⁷⁰ (kendisiyle tazmin edilen) ve mazmun bi gayrihi²⁷¹ (başkasıyla tazmin edilen) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. İlk grupta yer alan malların kendisi mevcutsa tazmin kendisinin iadesiyle, değilse misli bir mal olması durumunda misli, kıyemi bir mal olması durumunda kıymeti ödenerek yapılır. İkinci grupta yer alan malların tazmini ise yalnızca, mevcutlarsa kendilerinin verilmesiyle yapılır. Aksi halde mislinin veya kıymetinin ödenmesi yoluna gidilmez. Dolayısıyla mevcut olmadığı sürece tazmin edilmez ancak mazmun mala benzediğinden bu isimle anılmıştır.²⁷²

Malların emanat ve mazmunat olarak ikiye ayrılması ile bağlantılı olarak bu mallara zilyet olan ve malların üzerinde tasarrufta bulunan kişi açısından da yed-i damân ve yed-i emanet şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır. Her iki zilyetlik türü de elde bulundurma bakımından hukukun onayına bağlı olsa da tazmin sorumluluğu açısından farklı hükümlere sahiplerdir.²⁷³ Buna göre yed-i emanet ile bir mala zilyet olan kişi, bu

²⁶⁷ Hamza Aktan, “Damân”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 1993), 8/450-451.

²⁶⁸ Ali el-Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 2000), 11-12,78.

²⁶⁹ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân* (Dimeşk: Daru'l-Fikr, 2012), 102.

²⁷⁰ Bâbertî, *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*, 6/464-465; 7/198.

²⁷¹ Örnek ve hüküm için bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/143; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâîr*, 6/250.

²⁷² Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 103-104.

²⁷³ Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 191.

malı malik olma kastıyla değil, malikinin naibi olarak elinde bulundurmaktadır. Bu şekilde zilyetliğe, vedia veya ariyet alanın, kiracının, vekilin ve ortağın zilyetliği örnektir. Bir malı malik olma veya bir şekilde yararlanma kastıyla elinde bulunduran kişinin zilyetliği ise yed-i damân olarak ifade edilmiştir. Zilyetliğin bu şekline, müşterinin, gasıbın ve mürtehinin alacağı nispetinde rehin üzerindeki zilyetliği örnek verilebilir.²⁷⁴ Bu ayrımın neticesi olarak yed-i emanet ile malı elinde bulunduran kişinin kusuru olmaksızın mal telef olursa tazmin edilmezken yed-i damân ile mala zilyet olan kimse, ne sebeple mal telef olursa olsun tazmin ile yükümlü olur.²⁷⁵

Fukaha, daman açısından akitleri daman akitleri, emanet akitleri ve çifte vasıflı akitler olmak üzere üç grupta incelemiştir. Daman akitleri, kabzından sonra telef edilmesi halinde tazmin gerektiren akitlerdir ki bunlar; satım, kısım, malın mal ile sulhu, muharece ve karz akitleridir.²⁷⁶

Emanet akitleri ise hiçbir şekilde damanın gerekmediği akitler olarak anlaşılmamalıdır. Bu akitlerde damanın gerekmesi için yalnızca ma'kud aleyhin kabzından sonra telef olması yeterli değildir. Bunlara ek olarak teaddi ve korumada eksiklik unsurlarının da bulunması gerekir. Emanet akitlerine vedia, iare, şirket, vekalet, vesayet ve hibe akitleri örnek olarak gösterilebilir.²⁷⁷

Çifte vasıflı akitler ise ağırlıklı olarak emanet hükmünde iken daman yönleri de bulunan akitlerdir. İcare, rehin, mal menfaat sulhü de bu grupta değerlendirilen akitlerden olmuştur.²⁷⁸

Damanın zarar ve saldırı olmak üzere iki rüknü bulunur. Saldırı ve zarar arasındaki bağlantı tesebbüben veya mübaşeretden gerçekleşmiş olabilir. Saldırının yakma, boğma veya itlaf etme gibi aktif veya vedianın korunmasının terkinde olduğu gibi pasif şekilde gerçekleştirilmiş olmasının damanın hükmüne herhangi bir tesiri yoktur. Gene saldırının, başkasına ait ağaçları kesmede olduğu gibi mübaşeretden veya ilgili idari

²⁷⁴ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 153-154. Yed-i damân ve yed-i emanet örnekleri ve hükümleri için bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari 't-Tahâvî*, 6/280-281; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/144-145; 11/54-55; Zeyla'î, *Tebyînu 'l-hakâik*, 5/134.

²⁷⁵ Ali el-Hafîf, *ed-Damân fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, 81-82.

²⁷⁶ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 129-132.

²⁷⁷ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 137.

²⁷⁸ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 143.

makamdan ruhsat almaksızın kamuya ait yolda çukur kazmada olduğu gibi tessebbüben olması arasında da fark yoktur.²⁷⁹

Hapis hakkı her üç gruba giren bazı akitlerde, hatta akit dışı durumlarda, bulunur. Hapis hakkı kullanılmadan önce meydana gelen bir olay tazmin sorumluluğu doğurmazken aynı olay hapis hakkının kullanılmasından sonra gerçekleştiğinde tazmin yükümlülüğü doğurabilmiştir. Bu kısımda, hapis hakkının, ortaya çıktığı hukuki durumlarda tazmin sorumluluğuna etkisi ele alınacaktır. Buna göre hapis hakkı kullanıldıktan sonra zarar gördüğü takdirde hapis konusu mal, söz konusu hukuki durumların bazılarında hak sahibi tarafından tazmin edilirken bazılarında edilmez.

1.3.2. Hapis Hakkında Tazmin Gereken Durumlar

Hapis hakkı kullanıldıktan sonra görülen zarardan dolayı, satım akdinde, bazı durumlarda vekalet ve icare akitlerinde hapis hakkını kullanan tarafın tazmin sorumluluğu doğar. Burada öncelikle genel olarak satım akdi kurulduktan sonra mebî üzerinde oluşan zararda tazmin sorumluluğunun ne şekilde ortaya çıktığı ve buna hapis hakkının etkisi ele alındıktan sonra icare ve vekalet akitlerindeki duruma değinilecektir.

1.3.2.1.Satım Akdinde

Satım akdinde satıcının, akit konusunu teslim etme ve sağlam olduğuna dair güvence verme borcu vardır. Borçlar ancak müşterinin mebîyi kabz etmesiyle sona erer ve satıcı, borçlarını tam olarak yerine getirmediği sürece tazmin sorumluluğu kendisinden müşteriye geçmez.²⁸⁰ Satıcının, satım akdi ile birlikte yüklendiği bu borçlar, sonuçlandırma borçları olarak ifade edilmiştir.²⁸¹

Satım akdinde tazmin sorumluluğu mebîin, teslimden önce veya teslimden sonra zarar görmesine göre farklılık gösterir. Teslimden önce mebîin semavi bir afet, satıcının fiili, mebî canlı ise kendi fiili veya üçüncü şahsın fiili sonucu tamamen helak olması durumunda teslim borcunu ifa imkansız hale geleceğinden semen düşer ve akit infisah

²⁷⁹ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 24-25.

²⁸⁰ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 203-204.

²⁸¹ Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 195.

eder. Çünkü mebûin teslim edilebilir olması satım akdinin cevazı için şarttır. Aynı zamanda teslimden önce müşterinin mebî üzerinde mülkiyeti sabit olmaz. Dolayısıyla mebûin yok olması durumunda akit infisah eder.²⁸²

Teslimden önce mebûin tamamının, müşterinin fiili sonucu helak olması durumunda ise akit infisah etmez. Zira mebî üzerindeki zilyetliği sabit olmadan müşterinin itlaf etmesi düşünölemeyeceğinden müşteri bu fiiliyle mebûin tamamını kabz etmiş sayılır. Dolayısıyla semeni teslim borcu da zimmetinde sabit olur.²⁸³

Mebûin, teslimden sonra semavi bir afet ya da satıcının veya müşterinin fiili sonucu tamamen helak olması durumunda akit infisah etmez, helak müşterinin malında gerçekleşmiş sayılır. Helakin sonuçlarını müşteri yüklenir ve semeni teslim borcunu ifa etmesi gerekir. Çünkü kabzın gerçekleşmesiyle birlikte satım akdi ve semeni teslim borcu sabit olmuştur. Mebûin üçüncü bir kişinin fiiliyle helak olması durumunda da akit infisah etmez ve müşteri zararın tazminini kendisinden ister. Eğer helak eden satıcı ise, mebûin rızasıyla teslim alınıp alınmadığına göre hüküm değişir. Şöyle ki, kabz satıcının rızasıyla gerçekleştiyse üçüncü kişinin helak etmesi durumunda ortaya çıkan hükümler uygulanır. Ancak teslim satıcının rızası olmadan gerçekleştiyse bu durumda teslimden önce satıcının elinde helak olmuş gibi görülür ve akit batıl olur.²⁸⁴

Mebûin bir kısmının teslimden önce semavi bir afet sonucu helak olması durumunda ise, mebî ölçülebilir, tartılabilir veya sayılabilir şeylerden ise helak olan kısmının karşılığı semenden düşürölür. Böylece ma'kud aleyhin zarar gören kısmında akit infisah etmiş olur. Bu durumda müşteri, mebûin kalanını bu kısma karşılık gelen bedel ile alma veya tamamını bırakma konusunda muhayyerdir. Çünkü artık safka (akit) bölünmüştür.²⁸⁵ Mebûin bir kısmı helak eden kişi üçüncü bir şahıs ise başkasının malik olduğı bir malı onun izni olmadan helak ettiğı için bunu tazminle sorumludur ve müşteri muhayyer olur. İsterse akdi fesh eder ve mebî satıcının mülkiyetine döner artık satıcı helak eden kişiden malın tazminini ister. Ancak akde devam etmek isterse müşteri, helak eden kişiden malın tazmini, satıcı da müşteriden semeni ister.²⁸⁶ Mezkur şekilde helakı

²⁸² Serahsî, *el-Mebsût*, 13/9; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'î*, 5/238; Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, 3/176; Bâbertî, *el-Înâye şerhu'l-Hidâye*, 3/322; Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 204.

²⁸³ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'*, 2/41-42; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'î*, 5/238.

²⁸⁴ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'î*, 5/239; Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 204.

²⁸⁵ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'î*, 5/239.

²⁸⁶ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'î*, 5/238-239.

müşteri kendisi gerçekleştirdiyse, kendisinin olmayan malı itlaf etmesi düşünülemeyeceğinden kabz gerçekleşmiş sayılır. Gene satıcının, müşterinin emriyle mebîyi itlaf etmesi durumunda müşterinin itlaf etmesindeki hükümler geçerlidir.²⁸⁷

Satım akdiyle birlikte satıcının yüklendiği borçlar karşısında müşteri de semeni teslim borcunu yüklenir. Müşteri bu borcunu ifa edemedi helak olursa, semenin aynî mislî bir mal olması durumunda mislinin teslimi mümkün olduğundan akit infisah etmez. Ancak helak olan semenin, mevcut durumda piyasada misli bulunamıyorsa Ebu Hanife akdin infisah edeceği, Sahibeyn ise satıcının akdi feshetmek ile helak olan semenin kıymetini almak arasında muhayyer olacağı görüşündedir.²⁸⁸

Hapis hakkını kullanan satıcı da teslim borcunu ifa etmediği için teslimden önce mebîin helak olması durumunda uygulanacak hükümlerin burada da uygulanması beklenir. Dolayısıyla satıcının, hapis hakkını kullanması satım akdinde geçerli olan tazmin sorumluluğu ile ilgili hükümlerde herhangi bir değişikliğe sebep olmaz.

1.3.2.2.İcare Akdinde

İcare akdi, eşyanın ve kişilerin icaresi olmak üzere iki türdür. Eşyanın icaresinde kiraya veren, kiracıya kira konusunu teslim etme ve onu ayıptan ve kusurdan salim kılma borcunu yüklenir. Buna karşılık kiracı da ücreti teslim etme borcu altındadır. Kiracı, kira konusunun menfaatlerinden faydalanamıyorsa, kiralayan borcunu ifa etmiş sayılmaz. Dolayısıyla kiracının ücret ödeme borcunu yerine getirmesi gerekmez.²⁸⁹

Kiracının icare akdiyle yüklendiği bir başka borç, kiralananı koruma borcudur. Kiracının bu ikinci borcu, gayret sarf etme borçları arasında sayılmıştır.²⁹⁰ Korumadaki ölçü, bir kimsenin kendi malını korurken gösterdiği özene göre belirlenir. Zaten kira

²⁸⁷ Alâeddin es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/41-42.

²⁸⁸ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 204.

²⁸⁹ Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, 206.

²⁹⁰ Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 268.

konusu mal, kiracının elinde emanet hükmündedir²⁹¹ ve sadece kiralananın korunmasında ihmali veya kastı olması durumunda oluşan zarardan sorumlu tutulur.²⁹²

Kiralayan, teslimden önce helak olması gibi bir sebeple kira konusunu teslim muktedir olamazsa, kiracı maldan fayda sağlayamayacağı için icare akdi sona erer ve kiracının ücret ödemesi gerekmez. Ancak kira konusundan faydalanmayı imkansız kılacak durum, kiracının maldan istifade etmeye başlamasından sonra sürekli veya belirli bir zamanla sınırlı olacak şekilde de ortaya çıkabilir. Bu durumda kiracının, yalnız maldan faydalandığı süre için ücret ödemesi gerekir.²⁹³

Kira akdi bozulduktan sonra kiracının, muaccel ödediği kira bedelini alıncaya kadar kira konusunu hapis hakkı bulunduğu yukarıda değinilmişti. Kiracı bu hakkını kullanırken mal elinde telef olursa tazmin sorumluluğu yoktur. Çünkü kiracının kira konusu üzerindeki zilyetliği akit bozulmadan önce tesis edilmiştir. Ayrıca kira konusunun teslim alınması bir alacak tahsil edilmesi amacıyla değil, kendisinden yararlanılması için gerçekleşmiştir. Bu nedenle de kiralananın telef olmasıyla kiracı, alacağını tahsil etmiş sayılmaz.²⁹⁴

Kişilerin icaresinde ise ecir-i müşterek, yapılan akitle belirli bir işi yapma borcunu yüklenir. Bu borç genellikle sonuçlandırma borcu olsa da bazen gayret sarf etme borcu niteliğindedir. Terzi ve boyacı gibi, yaptığı işin mal üzerinde etkisi olan işçinin borcu, işi yapmaktır ki bu da sonuçlandırma borcu kapsamında değerlendirilir. Bu nedenle Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre mücbir sebep veya kaçınılması mümkün olmayan bir durumun sebep olması hariç, malın sahibine teslimden önce helak olması durumunda işçi tazmin sorumluluğunu yüklenmiş olur.²⁹⁵ Aslında ecir-i müşterek kendisine teslim edilen mala yed-i emanet ile zilyet olduğundan malın korunmasında herhangi bir kusuru bulunmadığı takdirde tazmin ile yükümlü olmaması beklenir. Başlangıçta hüküm böyle olsa da sonraları bu işçilere teslim edilen malların helak olması nedeniyle işçilerin tazmin

²⁹¹ Fasid icarede de kira konusunun müstecir elinde emanet hükmünde olması hakkında bk. Haddâfî, Ebûbekir b. 'Alî, *el-Cevheretü 'n-neyyire 'alâ Muhtasari 'l-Kudûrî* (b.y.: el-Matba'atü'l-Hayriyye, 1904), 1/263; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü 'l-hükkâm şerhu Mecelleti 'l-ahkâm* (b.y.: Daru'l-Cîl, 1991), 2/234; Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 207-208.

²⁹² Kâsânî, *Bedâ 'i 'u's-sanâ 'i*, 4/210; Zeyla'î, *Tebyînu 'l-hakâik*, 5/133.

²⁹³ Kâsânî, *Bedâ 'i 'u's-sanâ 'i*, 4/197; Vehbe ez-Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 206.

²⁹⁴ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 21/65,67-68.

²⁹⁵ Kâsânî, *Bedâ 'i 'u's-sanâ 'i*, 4/204; Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 208-209.

sorumluluğu çerçevesi genişletilmiştir.²⁹⁶ Nitekim Ebu Hanife ve İmam Züfer, bu durumdaki işçinin tazmin sorumluluğu olmadığı, yalnız ücreti hak edemeyeceği görüşündedir.²⁹⁷

Söz konusu işçi ücretini almak için hapis hakkını kullanırken mal zayi olursa Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, hapis hakkından önce olduğu gibi sonra da malı tazminle sorumludur. Ancak tazminin nasıl gerçekleşeceği hususunda işçi muhayyerdir. İster akit konusunun üzerinde işçilik yapılmamış halini tazmin eder ve ücret almaz, isterse de malın işlenmiş halini tazmin eder ve akitte konuşulan ücreti alır. Ebu Hanife ise bu durumdaki işçinin malı tazmin etmeyeceği görüşüne kail olmuştur. Çünkü işçinin bu durumda hapis hakkı vardır. Hakkı dahilinde hareket ettiği için de sınırını aşmış değildir. Bu nedenle hapis hakkını kullanmadan önce olduğu gibi sonra da mal, elinde emanet hükmündedir. Ancak işçi, akit konusunu teslim karşılığında ücreti hak eder. Bu durumda da teslim borcunu ifa edemediğinden ücreti alamaz.²⁹⁸

Burada işçinin borcu sonuçlandırma borcu niteliğinde olduğu için ve elindeki malın zayi olmasıyla bu sonuçlandırma imkansız hale geldiği için işçinin ücretini alamaması doğaldır. Öten yandan Ebu Hanife'nin görüşünde olduğu gibi, hapis hakkını kullanırken malın elinde telef olması durumunda işçi yetkisi dahilinde hareket ettiğinden malı tazmin ile sorumlu olmaması yetki- sorumluluk açısından daha tutarlı görünmektedir.

Hamal gibi, yaptığı işin eseri malda görülmeyen işçinin teslimden önceki tazmin sorumluluğu ilk gruptaki işçi ile aynıdır. Sahibine teslim etmeden önce malın helak olması durumunda işçi tazminle sorumlu olur.²⁹⁹ Bu işçilerin hapis hakkı bulunmadığından malı hapsederler ve hapisten sonra mal telef olursa gasıp olacaklarından malın tazmini de gasp hükümlerine göre yapılır. Çünkü mal, başlangıçta bu işçilerin elinde emanet hükmünde iken haksız yere hapsedmeleri sebebiyle gasıp konumuna gelmişlerdir.³⁰⁰

²⁹⁶ Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 278. Hz. Ömer ve Hz. Ali de insanların mallarının zayi olmasını engellemek için terzi gibi sanatkarların, işverene ait ellerinde telef olan malları tazmin ile sorumlu olacağı görüşündedir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 3/430; Zeyla'î, *Tebyînu 'l-hakâik*, 4/134.

²⁹⁷ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari 't-Tahâvî*, 3/408.

²⁹⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/232.

²⁹⁹ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'î*, 4/204; Zühaylî, *Nazariyyetü 'd-damân*, 208-209.

³⁰⁰ Bk. Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü 'l-fukahâ'*, 2/353-354; İbn 'Âbidîn, *Reddû 'l-muhtâr*, 6/18.

İşçilerin tazmin sorumluluğu malın ellerinde yed-i damân veya yed-i emanet olarak bulunmasına göre belirlenmiştir. Bu nedenle alacağına karşılık malı hapis yetkisi bulunmayan işçi malı hapsedtiğinde hukuk düzeni tarafından belirlenen sınırını aşmış olduğundan gasıp konumuna gelmiş ve gasp hükümlerine göre malı tazmin ile sorumlu tutulmuştur. Zira gasıp ancak mala muttasıl bir ziyade yaptığından bu ziyadeyi alıncaya kadar malı hapsedebilir. Mal üzerinde yaptığı işin eseri görülmeyen işçinin ise böyle bir ziyade yapması söz konusu olmadığı için telef olan malı tazmin etmesi gerekir.

Ecir-i hâssın ise icare akdiyle yüklendiği borç, gayret sarf etme borcudur. Ayrıca bu akit neticesinde elinde bulunan malları muhafaza borcu altındadır. Ecir-i has emin olduğu için malın muhafazasında herhangi bir eksigi bulunmazsa ve kasıtlı şekilde mala zarar vermediyse telef olması durumunda tazminle sorumlu tutulmaz.³⁰¹ Yerinde belirtildiği gibi ecir-i has, ücretini alıncaya kadar üzerinde değişiklik yaptığı malı teslimden kaçınarak hapsedme yetkisine sahiptir. Bu yetkisini kullanırken sınırını aşmadığı takdirde malı tazmin ile sorumlu olmaması gerekir.

İstisna` akdinde de durum işçi kiralama akdiyle benzerdir. Burada da başlangıçta malın sanatkarın elinde emanet hükmünde olduğu söylenmiştir. Sonraki dönemlerde ise maslahat gereği sanatkâr, malın elinde telef olması durumunda tazmin ile yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla sanatkâr, hapsedip etmemesi veya telefinde kusuru bulunup bulunmaması fark etmeksizin malı tazmin ile sorumlu tutulur.³⁰²

1.3.2.3.Vekalet Akdinde

İlke olarak vekilin zilyetliği, vediaı elinde bulunduran kişide olduğu gibi yed-i emanettir. Dolayısıyla tazmin de emanet malın hükümlerine göre yapılır. Mal, elindeyken ihmali ve kusuru bulunmadan telef olduğu sürece vekilin tazmin sorumluluğu bulunmaz. Ancak müvekkil malı talep etmesine rağmen vekilin teslimden kaçınması ve sonra malın telef olması gibi bazı durumlarda tazmin mesuliyeti kendisine ait olur.³⁰³

³⁰¹ Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 281.

³⁰² Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 247.

³⁰³ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/325. Vekilin tazminle sorumlu olacağı durumlar için bk. Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 262-263.

Yed-i emanet ile mala zilyet bulunan müvekkilin tazmin ile sorumlu olduğu durumlardan biri de hapis hakkını kullandıktan sonra malın telef olmasıdır. İmam Züfer (öl. 158/ 775) dışındaki 3 imama göre vekilin, kendi malından ödediği satım bedelini müvekkilden tahsil edinceye kadar malı hapsetme hakkına sahip olduğu belirtilmişti. Vekil hapis hakkını kullanırken malın helak olması durumunda sorumluluk vekile ait olur ve malı tazmin etmesi gerekir. Ancak tazminin keyfiyeti hususunda imamlar arasında görüş farklılığı bulunur.³⁰⁴

İmam Züfer'in vekilin hapis hakkı bulunduğunu kabul etmeme sebebi; malın, vekilin elinde emanet hükmünde olması ve emînin mal sahibine karşı hapis hakkı bulunmamasıdır. O, vekilin hapis hakkı kullanarak malı elinde tutma konusunda haksız olduğunu ve gasıp konumunda olacağını söylemiştir. Bu nedenle de ona göre tazmini, malın mislini veya kıymetini ödeyerek yapmalıdır.³⁰⁵

Ebü Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise hapis hakkının kullanılmasından sonra vekilin elinde telef olan mal, mebî gibi tazmin edilir.³⁰⁶ Buna göre akitten sonra satıcının elinde telef olan mebîin değerinin semenden az veya çok olması fark etmeksizin satıcı tarafından müşteriye semen ödenir. İki imam görüşlerini, vekil ile müvekkilin birbirilerine karşı durumunun satıcı ile müşteri gibi olduğunu söyleyerek açıklamışlardır.³⁰⁷

Kiralık işçi hapis hakkını kullanırken kusuru olmaksızın malın telef olması durumunda Ebu Hanife, işçinin yalnız ücretini alamayacağını, malı tazmin sorumluluğunun bulunmadığını söylerken gene yed-i emanet olan vekilin, elinde telef olan malı tazminle sorumlu olduğu görüşündedir. İlk bakışta bu durumda vekilin de tazmin sorumluluğu olmadığını söylemesi beklenir. Zira hem ecir hem de vekil yetki sınırlarını aşmadan hareket etmişlerdir. Ancak burada vekil, satım akdi kurmak üzere yetkilendirilmiştir. Satım akdi mülkiyet nakli amacıyla ayn üzerinde kurulan bir akit olduğundan konusu menfaat olan icare akdinden farklı hükümlere bağlanması anlaşılır bir durumdur. Şöyle ki Hanefi fukaha için ayn, mal iken menfaat mal olmadığı için ayn üzerinde yapılan bir tasarruf işleminde sorumluluğun daha katı olması mümkündür.

³⁰⁴ Bk. Kudûrî, *el-Muhtasar*, 116; Kâdîhân, *Fetavâ Kâdîhân*, 3/19.

³⁰⁵ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 12/204-205; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 6/37.

³⁰⁶ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 6/37.

³⁰⁷ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 12/204-205.

Ebû Yusuf ise söz konusu durumda mebûin, rehin konusu mal gibi tazmin edileceği görüşündedir.³⁰⁸ Rehin konusu malda mürtehin, elinde telef olan rehnin değeri ile satış bedelinden hangisi az ise onu ödeyeceği gibi vekilin de bunlardan hangisi az ise onu ödemesi gerekir. Ona göre malı alacak karşılığında elde tutmak rehin anlamına geldiğinden ve vekil de bu sebeple malı elde tuttuğundan bu konuda rehin hükmü geçerli olmalıdır. Ayrıca daha önce bu malı ödeme zorunluluğu yok iken daha sonra ödenmesi gereken bir konuma gelmiştir ve bu açıdan da satıma değil rehne benzer. Çünkü mebûde böyle bir durum yoktur. Satıcı mal üzerinde hapis hakkını kullansın veya kullanmasın, mal elinde telef olduğunda ödemesi gerekir. Ebu Yusuf'un bu hususu satıma benzetmemesinin bir sebebi de malın telef olması durumunda sözleşmenin sona ermeyecek oluşudur. Çünkü satımda, mebû satıcının elinde telef olduğunda akit doğrudan sona erer. Ebu Hanife ve İmam Muhammed ise bu konuda mebûin satıcı elinde telef olması durumunda satıcı ile müşteri arasındaki akdin sona erdiğini, burada da satıcı ve vekil arasındaki akit sona ermemiş olsa da mal, vekilin elinde telef olduğunda vekil ile müvekkil arasındaki akdin biteceğini söylemişlerdir. Bu nedenle de satım konusu mal gibi tazminin gerekeceğini savunmuşlardır.³⁰⁹

Hapsin, söylenilen durumlarda kişilere kanun tarafından bir hak olarak tanınması ve bu hakkı kullandıktan sonra gerçekleşen telef durumunda tazmin yükümlülüğü doğması bir çelişki gibi görülebilir. Çünkü hakkın kullanılması sebebiyle kişilerin bir biçimde cezalandırılması gibi bir durum söz konusu olmuştur. Ancak hapis hakkının kullanılmasında kuvvetli bir zilyetlik söz konusudur. Zilyetliğin kuvvetli oluşunun da hapis hakkı sahibini, elinde tuttuğu mala karşı sorumlu hale getirdiği söylenebilir. Bir başka açıdan hapis hakkı kanun tarafından tanınmış bir hak da olsa bu hakkın kullanılması teşvik edilmiyor ve bu nedenle yetki verilmekle birlikte sahibine belirli durumlarda tazmin sorumluluğu yükleniyor olabilir.

1.3.3. Hapis Hakkında Tazmin Gerekmeyen Durumlar

³⁰⁸ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 6/37.

³⁰⁹ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 12/204-205.

Hapis hakkı kullanılırken zayi olması durumunda malın tazmin edilmeyeceği durumlar için lukata ve vediaı örnek verebiliriz.

Lukata, alan kişinin elinde bazen emanet bazen mazmun olarak bulunur. Kişi lukatayı sahibine teslim etmek maksadıyla alırsa vedia alanda olduğu gibi malı elinde emanet olarak bulundurur. Dolayısıyla ihmal ve kusuru olmaksızın helak olması durumunda lukatayı alan kişinin tazmin mesuliyeti olmaz. Ancak kendisinin olması için alması durumunda gasıp konumunda olacağı için mal mazmun olarak elinde bulunur ve helak olması durumunda misli ise misliyle, kıyemi ise kıymetiyle tazmin etmesi gerekir. Bu konuda mezhep imamları arasında ittifak bulunmakla birlikte, kişinin lukatayı ne niyetle aldığı nasıl belirleneceği konusunda ihtilaf vardır.³¹⁰

Lukatayı bulan kimse, hakim emriyle lukata üzerine harcama yaptıysa bu harcamayı mal sahibinden almak için malı hapis hakkı bulunduğu belirtilmişti. Hapis hakkı kullanılmadan önce malın helak olması durumunda lukatayı bulan kişinin alacağı nafaka düşmezken, hapis hakkını kullandıktan sonra helak olursa kişi, ödediği nafakayı alamaz. Çünkü hapis hakkı kullanıldıktan sonra lukata, alacağı karşı elde tutulduğu için rehne benzer bir konuma gelmiştir.³¹¹ Dolayısıyla artık lukatada rehin akdindeki tazmin hükümleri geçerli olur.

Her iki taraf için de bağlayıcı olmayan vedia akdinde vediaı alan kişinin borcu da gayret sarf etme borçları içinde yer alır.³¹² Vedia, teslim alan kişinin elinde emanet hükmündedir. Dolayısıyla yukarıda zikredilen hükümler çerçevesinde korumada eksiklik göstermediği ve kasten mala zarar vermediği sürece tazmin ile yükümlü tutulmaz. Öte yandan mal elinde emanet olduğu için, sahibi istediğinde teslim edilmesi gerekir. Sahibi talep etmesine rağmen teslimden kaçınılarak hapsedilmesi durumunda mal zarar görürse vediaı alan kişi tazminle sorumlu tutulur.³¹³ Burada vediaya yapılan masraflara karşı malın hapsedilmesinden değil, genel olarak talep edildiğinde teslimden kaçınılmasından bahsedilmektedir. Mala yapılan masraflara karşılık hapis hakkını ileri sürmek vediaı

³¹⁰ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 6/201; Merğînânî, *el-Hidâye*, 2/412; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 7/245-246.

³¹¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 2/418-419; Bâbertî, *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*, 6/127; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/282.

³¹² Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, 249.

³¹³ Bk. Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 6/210.

alan kişinin yetkisi dahilinde olduğu için emanet olarak elinde bulunan malın bu esnada zarar görmesi durumunda tazmin sorumluluğu yüklenmemesi gerekir.

Türk hukukunda, borçluya ait elindeki kıymetli evrakı veya menkul eşyayı hapseden alacaklının bu malları kullanma ve semerelerinden faydalanma yetkisi yoktur. Gene bu malları üçüncü kişilerin kullanımına sunma salahiyeti de bulunmaz. Hak sahibi yetki sınırını aşarak söz konusu tasarruflarda bulunması durumunda tazmin ile sorumlu tutulur.³¹⁴

2. Hapis Hakkının Sona Ermesi

Hapis hakkı başlamadan veya başladıktan sonra bulunulacak ve bu hakkın iskatına sebep olacak tasarruflar hapis hakkını düşüren durumlar olarak ifade edilir. Kişi, hapis hakkı doğmasına imkan verecek bir hukuki durumda bulunmasına karşın bu hakkını düşürebileceği gibi sahip olduğu hapis hakkını kullanmaya başladıktan sonra da düşürebilir. Zira her zaman için hapis hakkının alınacak bedel elde edilene kadar devam etmesi mümkün değildir. Hanefi fıkıh eserlerinde hapis hakkı müstakil başlık altında incelenmediğinden hapis hakkının sona ermesi de ayrıca ele alınmamıştır. Ancak satım akdiyle ilgili hükümlerin açıklandığı başlıklarda hapis hakkının sona ermesi konusuna satım akdi örneğinde yer verilmiştir. Bu kısımda Türk hukukunda hapis hakkını sona erdiren hallerden yararlanılarak, Hanefi mezhebinde hapis hakkını düşüren durumlar derlenecektir.

2.1. Borcun sona ermesi

Mahiyeti kısmında belirtildiği üzere hapis hakkı, alacağa bağlı fer'i bir hak olduğundan bu alacağın sona ermesiyle, kendisi için kullanılacağı bir hak bulunmayacağı için hapis hakkı da sona erer. Alacak da ancak borcun sona ermesiyle ortadan kalkacağından, borç ilişkisini bitiren durumların tamamı hapis hakkını da sona erdirecektir. İslam hukukunda borç ilişkisini sona erdiren durumlar şöyle sıralanabilir: İfa, ifa yerini tutan edâ, tecdid,

³¹⁴ Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 313.

takas, ibrâ, ifânın mümkün olmaması, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ve zamanaşımı.³¹⁵

Örneğin satım akdinde satıcı, peşin ödenmesi kararlaştırılan semeni elde etmek maksadıyla mebî üzerinde hapis hakkını kullanmadan önce veya kullanmaya başladıktan sonra müşteri, semenin tamamını öderse veya satıcı müşteriye semenin tamamından ibra ederse hapis hakkı sona erer.³¹⁶ Satıcının hapis hakkıyla ilgili hükümler feshedilmiş satım akdinde müşteri için de geçerli olduğundan bu durumda satıcı, ödenen semenin tamamını verdikten sonra müşterinin hapis hakkı düşer ve mebîyi geri alabilir.³¹⁷

Borcun para borcu olması durumunda, ifanın gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için geçerli ve gerçek paralar ile yerine getirilmesi gerekir. Buna göre borcun tamamının veya bir kısmının sahte (zuyuf) veya kurşun paralar (rasas) ile teslim edilmesi, hapis konusunun teslim alınıp alınmamış olmasına bakılmaksızın borçlunun borcunu düşürmez. Bu durumda hapis hakkının düşüp düşmemesi başka unsurlara bağlıdır. Örneğin satım akdinde, semeni sahte parayla ödeyen müşteri mebîyi kabzetmemişse satıcının hapis hakkı devam eder. Kabzetmişse kabzın satıcının rızasıyla gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Satıcının rızası yoksa aşağıda zikredilecek zilyetliğin kaybedilmesiyle ilgili hükümler uygulanır.³¹⁸ Satıcının rızasıyla kabzettikten sonra satıcı semenin sahte olduğunu fark ederse bunları müşteriye verir. Ancak Züfer dışındaki üç imama göre mebîyi tekrar alıp hapis hakkına sahip olamaz. Bunun nedeni semen, hakkının cinsinden bir şeyle ödenmesi durumunda satıcının, mebîyi teslim etmesinin gerekmesidir. Sahte para ise gerçek para ile aynı cins olup sadece kalitesiz ve niteliksizdir. Bu nedenle satıcı, sahte paraya karşılık malı, rızası dahilinde müşteriye verirse artık onu geri alamaz. Ancak örneğin sahte para olmayan kurşun para, gerçek paranın cinsinden olmadığından bunlarla ödeme yapılması durumunda satıcı, hakkını teslim almamış olur. Dolayısıyla, müşteriye hakkını teslim aldığını düşündüğü için kabz izni vermişse öyle olmadığı açığa çıktığında mebîyi geri alıp hapis hakkını sürdürebilir. Rehinde ise durum farklıdır. Mürtehin, ödemenin sahte parayla yapıldığını tespit ettiğinde hakkını almadığı

³¹⁵ Borcu sona erdiren sebepler ve açıklamaları için bk. Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 1999), 2/538-569.

³¹⁶ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-sanâ'i*, 5/250; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

³¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 27/96.

³¹⁸ Bk. "Alacaklının hapis konusu mal üzerindeki zilyetliğini rızasıyla kaybetmesi"

anlaşılır. Bu nedenle teslim ettiği rehin konusu malı rahinden geri alabilir. Çünkü rehin ile amaçlanan şey, mürtehinin hakkını, rehin konusu maldan elde etmesidir.³¹⁹

İmam Züfer'e ve Ebu Yusuf'tan bir rivayete göre ise sahte veya karışık paralar alan satıcı mebîyi müşteriden alma hakkına sahiptir. Çünkü satıcı, hakkının kendisine ulaşması dışında hapis hakkını düşmesine razı olmamıştır. Hakkı, ayıplı semeni değil, tam olarak gerçek semeni almaktır. Teslim edilen semen ayıplı ise hakkını teslim almamış demektir ve bu nedenle hakkını teslim alıncaya kadar mebîyi müşteriden geri alabilir. Tıpkı mürtehinin böyle bir durumda sahte paraları verip hakkını teslim alıncaya kadar rehni rahinden geri alması gibi.³²⁰

Söz konusu hüküm farklılığı, hapis hakkını rehine yakın veya uzak tutmakla alakalıdır. Hapis hakkını rehinden ayırmak isteyen fukaha, sahte paralarla yapılan ifa sonucu alacaklının, hapis konusunu kendi rızasıyla borçluya teslim etmesinden sonra hapis hakkının döndürülemeyeceğini söylemekle hapis hakkının rehinden daha zayıf bir hak olduğunu vurgulamış olmaktadır. Nitekim, sahte parayla ifa ile ilgili açıklamalardan sonra, hapis hakkı ve rehinin farklı olduğunu ortaya koyan deliller sıralanmıştır.³²¹ Öte yandan, sahte parayla ifa konusunda hapis hakkı ve rehin için aynı hükmü vermek, hapis hakkını rehine yaklaştırma anlamı taşır.

Semenin sahte para olması durumunun hapis hakkına tesiri, mehir için geçerli değildir. Mehri teslim alıncaya kadar kendini hapis hakkını kullanan kadın mehri teslim aldıktan sonra kocasıyla cinsel ilişkide bulunur ve bundan sonra mehrin sahte paralarla ödendiğini fark ederse hapis hakkı geri dönmez. Zira artık bud' menfaatinden faydalanılmıştır ki bu da diğer menfaatlerden farklıdır.³²² Ebu Hanife mehri her bir cinsel birliktelik için bedel olarak görüp, kadının kendi rızasıyla ilişkide bulunması durumunda dahi hapis hakkını kullanmaya devam edebileceğini söylediğinden sahte paralar durumunda da kadının hapis hakkının devam edeceğini söylemesi beklenir.

³¹⁹ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i*, 5/251-252.

³²⁰ Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i*, 5/251.

³²¹ Deliller için bk. Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i*, 5/252.

³²² Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i*, 2/290.

2.2. Bedelin/Deyn Borcunun Vadeli Olması

Hapis hakkının ortaya çıktığı durumları içeren örneklerde görüldüğü üzere, akitten kaynaklı hapis hakkı bedelin peşin (muaccel) olduğu durumlarda geçerlidir. Hapis hakkına sahip olabilecek taraf bedelin tamamının vadeli olmasını (tecilini) kabul etmekle bu hakkını geri döndürülemeyecek biçimde düşürmüş olur. Bu nedenle hapis hakkının bulunabilmesi için alacağın en azından bir kısmının peşin olması gerekir. Bu kısım çok küçük bir miktar da olsa hapis hakkının devamı için yeterlidir. Çünkü hapis hakkı bölünme kabul etmeyen bir haktır ve hapis konusu malın tamamı alacağın her bir kısmına karşılık hapsedilebilir.³²³ Bu bağlamda, birden fazla kişinin tek satıcıdan bir mal satın alması durumunda, hapis hakkının, semenin tamamı elde edilinceye kadar devam edecek olması da hapis hakkının bölünmeyen bir hak olduğunu göstermesi açısından önemlidir.³²⁴

Semene karşılık rehin verilmesi veya kefil gösterilmesi ise hapis hakkını düşürmez. Çünkü rehin ve kefil yalnız semen için güvence olup, müşterinin zimmetindeki borcu ortadan kaldırma fonksiyonu bulunmaz. Dolayısıyla bu yollardan biriyle güvence sağlandığı halde müşteri semeni talep etmeye devam edebilir.³²⁵

³²³ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/250; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

³²⁴ Ebu Yusuf'un Nevadir'den nakledilen görüşüne göre, bu durumda satıcı, borcunu ödeyen müşterinin payını teslim etmek durumundadır. Çünkü Ebu Yusuf, borcunu ifa ettikten sonra müşterinin, hakkı olan malı teslim alamamasının bir manası olmadığı görüşündedir. Zahiru'r-rivaye'deki görüşü ise -ki Hanefi mezhebinin konuyla ilgili hakim görüşü de budur- mezkur durumlarda hapis hakkının sona ermeyeceği yönündedir. Birden fazla müşterinin, bir satıcıdan, tek bir akitle bedelleri ayrı ayrı belirlenmiş birden fazla mal almaları durumunda da aynı hüküm geçerlidir. Zira müşterinin, semenini ödediği mebîyi teslim alması akdi bölmesi anlamına gelir. Müşterinin, birden fazla malın icabına karşılık, bunlardan yalnız birini kabul ederek kabul cihetinden akdi bölme hakkı bulunmadığı gibi teslim alma hususunda da akdi bölmesi mümkün değildir. Kendi borcunu ifa eden müşteri, mebîyi teslim alabilmek için diğerlerinin borcunu da ifa etmesi durumunda müteberri (bağışçı) olup olmadığı konusunda ihtilaf vardır. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre bağışçı olmayıp, diğer müşteri adına ödediği miktarı kendisinden alıncaya kadar ona karşı mebîyi hapsedebilir. Ebu Yusuf ise, "başkasının borcunu onun emri olmaksızın" ödediğinden diğer tüm borçlarda olduğu gibi burada da müteberri olacağı görüşündedir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise kişi açıkça borcunu ödemesi için diğer müşteriye izin vermemiş olsa da delalet yoluyla bu izni vermiştir. Şöyle ki, payını ödemeyip ortalıktan kaybolan kişi, diğer müşterinin kendi üzerine düşeni yerine getirdikten sonra payına ulaşmayı hak ettiğini ve bunu ancak semenin tamamını ödeyerek yapabileceğini bilir. Bu da diğer müşteriye, borcunu ödemesi için izin vermesi anlamına gelir. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/250; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

³²⁵ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/41; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/250; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

2.3. Havale

Fıkıh terimi olarak havale, “borcun, bir kimsenin zimmetinden başka bir kimsenin zimmetine nakledilmesini” ifade eder. Borcunu havale eden borçluya muhil, alacaklıya muhâl veya muhâlün leh, borcun kendisine havale edildiği kimseye muhâlün aleyh, havalenin üzerinde gerçekleştirildiği borca muhâlün bih denir.³²⁶

Havalenin hapis hakkını düşürüp düşürmemesi konusu ihtilaflıdır. Ebu Yusuf, müşteri³²⁷ veya satıcı³²⁸ tarafından yapılması arasında fark gözetmeksizin, havale işleminin hapis hakkını düşüreceği kanaatindedir. Buna karşın İmam Muhammed, havaleyi müşteri yaparsa³²⁹ veya satıcı mutlak olarak havaleyi gerçekleştirirse borcun havale edildiği kimse borcu ifa edene kadar satıcının hapis hakkının devam edeceğini söylemiştir.³³⁰ Ancak ona göre satıcı borcunu havale ettiğini belirterek kayıtlı şekilde havale yaparsa bu durumda hapis hakkı düşer. Bu görüş farklılığının sebebi, Ebu Yusuf’un bu konuda borcun, müşterinin zimmetinde kalıp kalmadığını, İmam Muhammed’in ise borcun müşteriden talep hakkının devam edip etmediğini dikkate almasıdır. Dolayısıyla Ebu Yusuf’a göre havaleyle müşterinin borcu sona erdiği için hapis hakkı düşerken İmam Muhammed’e göre talep hakkı devam ettiği için hapis hakkı sakıt olmaz.³³¹

Hapis hakkı hem borcu elde etme hakkı hem de borcu talep etme hakkı verdiğinden İmam Muhammed’in görüşü esas alınmıştır. Bu konuda, semenin müeccel olması durumunda hapis hakkının düşmesi, bu hakkın borcu talep hakkıyla bağlantısı bulunduğunu gösterir. Çünkü borcun müeccel hale getirilmesiyle borç, borçlunun zimmetinde kalmaya devam ederken hapis hakkı sahibi tecili kabul etmekle semeni talep

³²⁶ Ali Bardakoğlu, “Havâle”, *DİA* (Ankara: TDV Yayınları, 1997), 16/507.

³²⁷ Havalenin müşteri tarafından yapılması şu şekilde olur: Müşteri, satıcıyı semeni kendisinden alması için üçüncü bir kişiye (muhalun aleyh) havale eder ve bu kişi de havaleyi kabul eder.

³²⁸ Satıcı, borçlu olduğu kişiyi müşteri üzerine havale ederek bu işlemi gerçekleştirir.

³²⁹ Müşterinin yaptığı havale ile satıcının hapis hakkının düşmemesi ile ilgili bk. İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 5/340.

³³⁰ İbn Abidin mutlak veya mukayyet olmasıyla ilgili bir sınırlama yapmaksızın satıcının havalenin hapis hakkını düşüreceğini söylemiştir. Bk. İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 5/340.

³³¹ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü’l-fukahâ*, 2/41; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i*, 5/250; İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 4/561. Hapis hakkının mutalabeye bağlı olması hakkında bk. İbn ‘Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 5/340.

ve dolayısıyla hapis hakkını kaybetmiş olur. Bu da hapis hakkının, borcu talep hakkıyla birlikte bulunduğunu gösterir.³³²

Rehin hakkı da sahibine hapis hakkı verdiğiinden havaleyle ilgili benzer bir duruma rehin konusunda da rastlanır. Şöyle ki, rehin akdinde borçlu olan taraf, borcunu alması için alacaklısını başka bir adama havale edebilir. Ya da alacaklı, borcunun bulunduğu bir kişiyi, bu borcu alması için rehin akdindeki borçlusuna havale edebilir. Bu durumda havale gerek alacaklı gerek borçlu tarafından, tüm borçlarını kapsayacak şekilde mutlak olarak veya sadece söz konusu rehin akdinin kurulmasına sebep olan borç için de yapılırsa Ebu Yusuf'a göre rehin konusunu elde tutma hakkı düşer. İmam Muhammed'e göre ise rehin akdinde rahinin havalesinde rehini hapis hakkı hiçbir şekilde düşmezken alacaklı, tüm borçlarını havale ederse rehini elde tutma hakkı sona erer. Ancak sadece rehin akdine sebep olan alacak için bir havale yaparsa hapis hakkı devam eder.³³³

Ömer Nasuhi Bilmen de gerek satıcı gerek müşteri tarafından yapılması arasında fark görmeyerek her iki durumda da havalenin hapis hakkını düşüreceğini söylemiştir.³³⁴

2.4. Alacaklının Hapis Konusu Mal Üzerindeki Zilyetliğini Rızasıyla Kaybetmesi

Alacaklı, hapis konusu mal üzerindeki zilyetliğini rızasıyla kaybederse hapis hakkı sona erer. Buna göre zilyetlik kaybının, rızası olmaksızın gerçekleştiğini ispat ederse malı borçludan geri alarak hapis hakkını kullanmaya devam edebilir. Örneğin, hapis hakkına sahip olan satıcı, semeni ödememiş müşteriye mebîyi teslim alması konusunda izin verirse hapis hakkını düşürmüştür olur. Satıcı, açık biçimde izin vermediği halde, semeni ödemeyen müşterinin mebîyi kabz ettiğini görüp buna sessiz kalırsa gene hapis hakkı sona ermiş olur.³³⁵ Müşterinin mebîyi teslim alması her zaman için satıcının doğrudan mebîyi kabzetmesi yoluyla gerçekleşmez. Mesela müşteri üçüncü bir kişiye ariyet veya vedîa olarak verdiği mebînin teslim edilmesini satıcıya söylese satıcı da teslim etse bu da müşterinin teslim alması yerine geçer.³³⁶

³³² Kâsânî, *Bedâ'i 'u 's-sanâ'i*, 5/251.

³³³ Bk. Kâsânî, *Bedâ'i 'u 's-sanâ'i*, 5/251.

³³⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/52.

³³⁵ Bk. Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/41; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/561.

³³⁶ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/41; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/561.

Öte yandan müşteri semeni ödemeksizin ve satıcının rızası olmaksızın bir şekilde mebîyi kabzederse hapis hakkı düşmeyen satıcı mebîyi müşteriden geri alabilir. Mebîin akit esnasında tarafların bulunduğu mecliste olup olmaması durumu değiştirmez. Çünkü normal şartlarda kimsenin hakkı kendi rızası olmaksızın düşmez. Müşteri semeni ödedikten sonra ise satıcının rızası bulunmadan malı alabilir. Semen tamamen ödendiğinde hapis hakkı zaten düşeceğinden bu durumda satıcı, müşteriden mebîyi isteyemez.³³⁷

Borçlunun, alacaklının rızası olmaksızın kabzettiği hapis konusu mal üzerinde tasarrufta bulunması durumunda ise hapis hakkının durumu, bu tasarrufun lazım veya gayr-i lazım olmasına göre belirlenir. Şöyle ki, örneğin müşteri mebîyi satıcının rızası olmaksızın alıp satım, kira, rehin ve hibe gibi gayri lazım akitlerden birini gerçekleştirirse bu akit feshedilir ve satıcı mebîyi geri alarak hapis hakkını kullanmaya devam eder. Ancak müşteri, köle azadı gibi fesih ihtimali bulunmayan bir akit kurarsa satıcı, mebîyi geri alarak hapis hakkını kullanmaya devam edemez. Dolayısıyla böyle bir tasarrufta bulunulduğunda hapis hakkı geri döndürülemeyecek biçimde düşmüş olur.³³⁸

Hapis konusu malın zilyetliğine geçtiği şahsın bu mala asalet veya niyabet yoluyla zilyet olması da hapis hakkının düşüp düşmemesini belirlemede etkilidir. Satıcı mebîyi asaleten elinde bulundurduğundan ve bundan dolayı bu hususta başkasının naibi olması düşünülemeyeceğinden, müşterinin üçüncü bir kişiye değil de satıcıya mebîyi vedîa veya iare olarak vermek istemesi halinde kabz gerçekleşmez. Dolayısıyla burada satıcı, hapis hakkını kullanmaya devam eder.³³⁹

Alacaklının, hapis konusu malı borçluya teslimi, sadece kabz veya borçlunun isteğiyle üçüncü bir şahsa ariyet veya vedîa olarak vermesiyle de gerçekleşmez. Farklı yollarla da gerçekleşse her şekilde teslim, hapis hakkını sona erdirir. Bu bağlamda, teslim alma olarak değerlendirilen durumlara şunlar örnek verilebilir: Müşteri satın aldığı malı telef ederse veya malı bir biçimde kusurlu hale getirir ya da satıcıya bunları yapmasını

³³⁷ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 8/489; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/57, 18/137; Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/43-44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/251; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâîr*, 129-130.

³³⁸ Bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 8/489; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/57, 18/137; Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/43-44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 5/251; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâîr*, 129-130.; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/561.

³³⁹ Alâeddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/41.

emrederse ve satıcı da yaparsa bunlar da müşterinin teslim alması anlamına gelir. Aynı şekilde müşteri, ölçek veya tartı ile satılan bir şey aldıysa ve satıcının emriyle bir kaba bunları ölçerse bu da bir çeşit teslim almadır. Gasıbın, gasp ettiği malı satın alması da gene bu kabilden olarak teslim alma sayılır.³⁴⁰ Satıcı, evini içinde oturan şahsa sattığında da teslim gerçekleşmiş olacağından hapis hakkı düşer.³⁴¹ Kısaca, müşteri mal üzerinde kendi elinde gibi tasarrufta bulunabiliyor veya satıcıdan izinsiz gerçekleştiği izlenimi uyandırmayacak biçimde elinde bulundurabiliyorsa bunların tamamı teslim alma sayılır.

Malın, başkasının hakkıyla karışmayacak biçimde veya herhangi başka bir engel oluşturmayacak biçimde boşaltılması da teslimdir. Bu anlamda buğday satıldıktan sonra müşteriye buğdayı alabileceği belirtilerek içinde bulunduğu evin anahtarı verilirse teslim gerçekleşmiş sayılırken, kişi evini birine satıp teslim ettiğinde içinde birkaç eşyası da kalmış olsa veya satılan tarlada mahsul kalmış olsa başkasının hakkı karışmış olduğu için bu teslim alma sayılmamıştır. Bu tür durumlarda mebûin boş olarak veya buğday gibi bir ürün ise başkasının buğdayından ayrı bir kapta teslim edilmesi gerekir.³⁴²

Alacaklının, hapis konusu malı üçüncü bir kişiye değil borçluya ariyet veya vedia olarak vermesi durumunda da hapis hakkı geri döndürülemeyecek biçimde düşer. Burada gene hapis konusu mala asaleten veya niyabeten zilyet olma hapis hakkının durumunu belirlemiştir. Bunu satıcının hapis hakkını kullanması örneğinde şöyle açıklayabiliriz: Zahirü'r-rivayeye göre satıcı, mebîyi müşteriye ariyet veya vedia olarak verirse hapis hakkı düşer ve satıcı mebîyi müşteriden tekrar alamaz. İare ve vedia yoluyla verilen mal müşterinin elinde emanet hükmündedir. Ancak müşteri bu durumda zilyetlik konusunda satıcının naibi durumunda olamaz. Çünkü müşteri, akitten dolayı, asaleten mebîin milkine sahip olduğundan zilyetliği de niyabeten değil asaleten olur. Asaleten zilyetlik de lazım olduğundan mebîin müşteriden fiilen geri alınması bu zilyetliği ortadan kaldırmaz. Rehinde ise durum farklıdır. Rehin, rehin akdi sebebiyle mürtehinin elinde olduğundan buradaki zilyetlik milk mesabesinde görülür. Bundan dolayı niyabet manası rehinde söz konusu olabilir. Niyabeten zilyetlik gayri lazım olduğu için de rahin, rehni iare veya vedia olarak mürtehindan alabilir ve rehin akdi bozulmaz. Mürtehin rehni

³⁴⁰ Bk. İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

³⁴¹ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/51.

³⁴² Bk. İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/562.

tekrar alabilir.³⁴³ Bu hüküm farklılığının sebebi daha önce de işaret edildiği üzere hapsin zayıf bir hak olmasıyla açıklanmıştır.³⁴⁴

Ebu Yusuf'tan bir rivayete göre ise mebûn müşteriye iare veya ariyet olarak verilmesi hapis hakkını düşürmez, satıcı mebîyi tekrar alabilir. Çünkü her iki akit de gayri lazımdır. Bundan dolayı tıpkı mürtehinin rehni rahine bu iki yoldan biriyle verdikten sonra geri alabileceği gibi, satıcı da mebîyi geri alabilir, bunun hapis hakkına tesiri yoktur.³⁴⁵ Sahte paraların rehine ve hapis hakkına etkisi konusunda zikredildiği üzere Ebu Yusuf'tan bir rivayete göre o, bu konuda her ikisinin hükmünü aynı değerlendirmiştir. Hapis konusunun iare ve ariyet olarak verilmesi durumunda da gene kendisinden bir rivayete göre rehinin ve hapis hakkının hükümlerinin aynı olduğunu söylemesi bu görüşleri çerçevesinde mahiyet itibariyle rehin ve hapis hakkını birbirine yaklaştırdığı şeklinde yorumlanabilir.

Türk hukuk doktrinine göre hapis hakkı; elde tutulan malın tamamen yok olması, iyiniyetli bir kişinin zilyetliğine geçirilmesi, hapis hakkının kullanılmasına sebep olan borcun tam olarak ifa edilmesi, alacaklının rızası dahilinde hapis konusu malların zilyetliğinin borçluya geçmesi ve borca karşılık başka bir güvence gösterilmesi halinde sona erer. Bunun yanında hapis konusu mal rızası dışında elinden çıkarsa hapis hakkı sona ermez ve alacaklı, tekrar malı zilyetliğine almak için dava yoluna başvurabilir.³⁴⁶ Öte yandan daha önce zikredildiği gibi, hapis hakkı sahibi bu hakkını rızasıyla düşürebilir.³⁴⁷

Zikredilen durumların gerçekleşmesi halinde hapis hakkı geri döndürülemeyecek biçimde sona erer. Hapis hakkını sona erdiren bu durumlar ve bu hakkın sona ermesinden sonra geri döndürülemeyecek olması Hanefî fukaha tarafından nasıl algılandığına dair fikir vermektedir. Zira belirtildiği üzere bir tasarruf hapis hakkını sona erdirirken bir başka hakkı sona erdirmiyorsa bu, birini diğerinden daha kuvvetli gördükleri anlamına gelir. Aynı zamanda sahte para ile yapılan ödemeden sonra alacaklının malı borçluya teslim etmesiyle hapis hakkının düştüğüne hükmetmek de bu hakkın kullanılmasının teşvik edilmediği anlamına gelebilir.

343 Bk. Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 5/251; İbn 'Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561.

344 Serahsî, *el-Mebsût*, 13/197.

345 Bk. Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-sanâ'i*, 5/251.

346 Ayan, *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*, 314.

347 Esener - Güven, *Eşya Hukuku*, 656.

SONUÇ

Fıkıhta tüm hukuki işlemlerin öncelikle güven üzerine temellendiği söylenebilir. Rehin, kefalet akitleri ve muhayyerlikler gibi çeşitli tedbirler bu amaca belirli ölçüde hizmet eder. Aynı amacı gerçekleştirebilmek için ileri sürülebilen bir yetki olarak hapis hakkı, borcun teminat altına alınmasının bir yolu olarak karşımıza çıkar ve akit ile kurulan rehin ve kefalet gibi teminat yöntemlerinden hukuk düzeninden doğması yönüyle ayrılır.

Kadim bir uygulama olan hapis hakkı Roma hukukunda itibaren borcun teminat altına alınmasının bir yolu olarak kullanılmıştır. Bu dönemlerde belli olay ve meselelerde gündeme gelen hapis hakkı sonraları sistematik tarzda, teorisi yapılmaya çalışılarak ele alınmaya başlanmıştır. Klasik fûru fıkıh literatüründe, dolayısıyla Hanefi mezhebinde de konular meselecî metotla işlenmiş, teorik çerçevede sunulmamıştır. Bu nedenle Hanefi mezhebinin fûru fıkıh kaynaklarında hapis hakkı amacı, şartları, hükümleri... şeklinde sistematik bir tarzda ele alınmamış dağınık halde, meseleler arasına serpiştirilmiş biçimde yer almıştır.

Bu tez çalışmasında, Türk hukukunun hapis hakkı sistematığından faydalanılsa da Hanefi mezhebi fûru eserlerinde dağınık şekilde yer alan hapis hakkı ile ilgili ifadeler incelenerek ve çıkış noktası olarak bu ifadeler belirlenerek sözü edilen eserlere dayalı olarak konuya bütüncül bir bakış yapılmaya ve konu teorik bir çerçevede ele alınmaya çalışılmıştır. Bu sırada gerekli görüldükçe Türk hukukunda hapis hakkıyla ilgili hükümlere de yer verilmiştir. Zira bu, iki hukukta hapis hakkının ne derece benzediğinin görülmesi açısından önemlidir.

Çalışmada ilk etapta belirlenen Hanefi mezhebi fûru fıkıh kaynaklarında hapis kelimesinin yer aldığı ifadeler incelenmiştir. Buna göre başta bir tür bedeni ceza, vakfetmek ve konumuzu oluşturan hapis hakkı dahil olmak üzere muhtelif meselelerde genel olarak alıkoyma manasında hapis kelimesinin kullanıldığı görülmüştür. Bunun yanında hapis hakkını ifade için hapis ve hapisten türeyen kelimelerden başka belirgin bir kavram kullanıldığına rastlanmamıştır.

Hapis, kullanıldığı diğer manalardan ayrıştırıldıktan sonra hapis hakkı anlamına gelen ifadeler incelenerek bu hakkın, hangi hukuki işlemlerde bulunduğu belirlenmiştir. Daha sonra bu hukuki işlemler incelenerek mümkün olduğu ölçüde hapis hakkının ileri

sürülebilmesinin sebebi, hangi şartlar sağlandığında hapis hakkı bulunabileceği ve hapis hakkının hükümlerinin neler olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu incelemelerden yola çıkarak, sebep bulunduğu ve aranan şartlar yerine geldiğinde hapis hakkının, Hanefi fukahanın açık biçimde ileri sürülebileceğini söyledikleri hukuki işlemler haricinde de kullanılabileceği söylemekte herhangi bir mani görünmemektedir.

Hapis hakkı birçok farklı akit ve akdi olmayan hukuki ilişkilerde ileri sürülebilir. Satım akdinde mebî, teslimde hazır halde, ulaşılabilir bir konumda bulunuyorsa ve semenin muaccel olması kararlaştırıldıysa satıcı, semeni elde edinceye kadar mebîyi hapis hakkına sahip olur. Hapis hakkı, belirli durumlarda icare akdinde de bulunur. Gayr-i menkulün icaresi için yapılan akit feshedildikten sonra kiracı, peşin ödediği kira bedelini alıncaya kadar kira konusunu hapsedme hakkına sahiptir. Ecîr-i müşterekin hapis hakkına sahip olup olmayacağı ise yaptığı işin durumuna göre belirlenmiş ve İmam Muhammed tarafından, “malın helak olması durumunda ücretin hak edilmeyeceği her şeyin ücret alınana kadar hapsedilmesi mümkün iken, helak olduğu halde ücretin alınabileceği hiçbir şeyde hapis hakkı mümkün görülmemiştir” şeklinde özetlenmiştir. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf da bu konuda İmam Muhammed ile aynı kanaati taşıırken İmam Züfer meseleye daha teknik yaklaşır. Ona göre işçi, işverenin mülkünde olan bir mal üzerinde işçilik yapıyorsa zaten malın teslimi gerçekleşmiş olduğundan hapis hakkı kullanması mümkün değildir. Züfer, buradaki teslimi zorunlu teslim olarak değerlendirmeyip yalnız teslim edilmiş olmasıyla ilgilenir. Vekalet akdinde vekilin kabzını müvekkilin kabzı sayarak vekile hapis hakkı tanımaması da bu yaklaşımının sonucudur.

Hapis hakkının hükümleri arasında malı koruma sorumluluğu/ tazmin de yer alır. Bir akit veya akdi olmayan hukuki ilişkide hapis hakkının kullanılıp kullanılmaması kimi zaman tazmin mesuliyetini de etkilemiştir. Bu noktada Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ecîr hapis hakkını kullanmadan önce malın helaki halinde tazmin sorumluluğu yok iken hapis hakkını kullanmasından sonra mal helak olursa tazmin sorumluluğu olduğunu söyler. Ebu Hanife ve İmam Züfer, hapis hakkını kullanırken mal elinde helak olan işçinin tazmin sorumluluğu olmadığı yalnız ücreti hak edemeyeceği görüşündedir. Hapis hakkını kullanan vekilin elinde malın helak olması durumunda ise Ebû Hanife, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ile birlikte vekilin malı tazmin ile sorumlu olduğunu belirtir. Ebû Hanife'nin icare ve vekalet konularında farklı hüküm vermeleri, vekalet akdinin satım akdi kurulması için yapılmasıyla ilgili olabilir. Çünkü bu durumda malın mebî gibi tazmin

edileceğini söylemiştir. Satım akdinde akit konusu ayn iken icarede menfaat olduğundan satım akdiyle ilintili akitlere daha katı sonuçlar bağlamış olması mümkündür.

Hanefi mezhebi kaynaklarında hapis hakkı müstakil başlıkta ve teori şeklinde ele alınmasa da mahiyetinin anlaşılmasına yönelik önemli birçok ifadeye rastlanır. Bu hususta özellikle kendisine yakın bir tasarruf olan rehin ile arasındaki ilişkiye dair kaynakların verdiği bilgiler önemlidir. Söz konusu kaynaklarda hapis hakkının rehinden daha zayıf bir hak olduğu belirtilmiş ve zayıflığın, bu iki hakkın verdiği bazı yetki ve sorumluluklardan ileri geldiği belirtilmiş olsa da bunun yeterli bir açıklama olduğunu söylemek zordur. Zira hapis hakkı nas yoluyla düzenlenmiş hukuki bir müeyyide olmayıp içtihat ürünüdür. Dolayısıyla hapis hakkının sağladığı yetki ve sorumluluk zaten fukaha tarafından belirlenmiştir. Fukaha kendi belirlediği bu hükümleri hapis hakkının zayıflığına mesnet kabul etmiştir. Ancak rehin ve hapis hakkı arasındaki farkın belirlenebilmesi için esasen bu hüküm farkının nereden kaynaklandığının belirtilmesi gerekir ki bu noktada görebildiğimiz en temel ayrım rehinin akitten doğmasına karşılık hapis hakkının hukuk düzeni tarafından tanınmış bir yetki olmasıdır. Bu farklılığın, iki hakkı temelden ayırıştırıp birbirinden farklı mahiyetler haline getirmesi Hanefi fukahanın, muamelat alanında rıza kavramına yükledikleri mana ile irtibatlı olabilir.

Hanefi mezhebi fûru eserlerinde rehinden başka hapis hakkına yakın başka hukuki tasarruf zikredilmemiştir. Türk hukukuna gelindiğinde ise burada rehinin yanında ödemezlik def'i ve alıkoyma hakkına da zikredilen yakın tasarruflar arasında yer verilmiştir. Tezimizde bunlara da değinme sebebimiz, Hanefi fukahanın hapis hakkının ileri sürülebileceğini söyledikleri bazı hallerin ve bu haller için verdikleri hükümlerin Türk hukukunda ödemezlik def'ine veya alıkoyma hakkına karşılık gelmesidir. Ayrıca hapis hakkının iki hukuk düzeninde ne derece örtüştüğünün belirlenmesi için de bu tasarruflara değinilmesi gerekir. Buna göre Hanefi mezhebi kaynaklarına göre en geniş anlamıyla, “bir alacağa karşılık, borçluya ait olup alacakla alakası bulunan bir malı teslim etmekten kaçınma” şeklinde ifade edebileceğimiz hapis hakkı Türk hukukunda tek bir kavram ile karşılanmamıştır. Zira bu iki hukuk sisteminde hapis hakkı ile ilgili köklü bir farklılık vardır. Bu nedenle teminat olmak üzere tesliminden kaçınılacak malın türü ve mal üzerinde hangi hükümlerin işleyeceği gibi değişkenlere göre söz konusu hak için farklı kavramlar kullanılmıştır. Bu nedenle Hanefi mezhebinde kabul edilen hapis hakkının, Türk hukukundaki ile tam olarak birbirini karşılamadığı görülür.

Çalışmamızda ulaştığımız neticelerden biri de Hanefi mezhebinin klasik kaynaklarında mahiyet itibariyle birbirinden farklı çok sayıda hukuki işlemde, “alacağa karşılık teminat görevi görmek üzere malı teslimden kaçınmak” anlamındaki hukuki müeyyide için tek bir kavram kullanılmasının bazı belirsizliklere yol açtığıdır. Buna göre hapis hakkına dair en ayrıntılı açıklamaların yapıldığı satım akdinde verilen bir hüküm, Hanefi fukahânın hapis hakkını kabul ettikleri başka bir hukuki işlemde farklı şekilde ifade edilebilmiştir. Fukahanın zihninde bu farklı hükümlerin gerekçeleri belli olsa da her iki işlemde de hükmün bağlı olduğu hak aynı kavramla karşılandığı için bu durum bir çelişki gibi görünebilir. Oysa mahiyetleri ayrı olduğundan bu işlemler yoluyla doğacak hakların da bazı açılardan farklılık göstermesi yadırganacak bir durum değildir. Bundan dolayı Hanefi mezhebi teşekkülünden itibaren muamelat alanında tafsilatlı biçimde uygulanma alanı bulmuş olsaydı belki de “alacağa karşı teminat olması ve borçluyu ifaya zorlaması için borçluya ait, alacakla alakası bulunan malın teslimden kaçınılması” yetkisi, vereceği hak ve yükleyeceği sorumluluklara göre hapis hakkının da aralarında bulunduğu farklı kavramlarla ifade edilebilirdi.

Muhtelif hukuki işlemlerde geçerli söz konusu yetkinin tek bir kavram ile ifade edilmiş olması hapis hakkını teorik bir çerçeveye oturtmaya çalışırken şartlarını ve hükümlerini belirlememizi zorlaştırmıştır. Zira hapis hakkının paraya çevirtme yetkisi vermesi meselesinde olduğu gibi genel bir ifade kullandıktan sonra çeşitli kayıtlar koyulması ihtiyacı doğmuştur.

Modern dönemde İslam hukukuna dair eserler, klasik fıkıh külliyyatı da ele alınmakla birlikte genellikle modern hukuk birikiminden yararlanılarak yazılmıştır. Bu eserler incelendiğinde çoğunlukla, doğrudan genel bir çerçeve çizilse de fukahânın, meseleyi nasıl ele aldıkları tam olarak anlaşılamamaktadır. Bunun yapılması için çıkış noktası olarak klasik fıkıh literatürü belirlenmelidir. Daha önce başka tezlerde de takip edilen ve çalışmamızda takip etmeye gayret ettiğimiz bu yöntemi fûru fıkıh külliyyatının tamamına uygulamak gerekmektedir. Ancak bu şekilde kavramların ve meselelerin fukahânın zihninde nasıl bulunduğuyla ilgili yorum yapılabilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Akman, Ahmet. *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Basım, 2019.
- Aktan, Hamza. “Damân”. *DİA*. 8/450-453. Ankara: TDV Yayınları, 1993.
- Akyazan, Sıtkı. “Hapis Hakkı”. *Adalet Dergisi* 10 (Ekim 1954), 1193-1207.
- Alâeddin es-Semerkandî, Ebûbekir Muhammed. *Tuhfetü'l-fukahâ'*. 3 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. 4 Cilt. b.y.: Daru'l-Cîl, 1. Basım, 1991.
- Ali Muhammed el-Hafîf. *Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye*. Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 2008.
- Ali Muhammed el-Hafîf. *ed-Damân fî'l-fikhi'l-İslâmî*. Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 2000.
- Ali Muhammed el-Hafîf. *el-Hak ve'z-zimme*. Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabi, 1. Basım, 2010.
- Ali Muhammed el-Hafîf. *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*. çev. Rahmi Yaran. Ankara: TDV Yayınları, 1. Basım, 2010.
- Antalya, Gökhan- Topuz, Murat. *Eşya Hukuku – Cilt IV/1*. ed. Gökhan Antalya. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Basım, 2019.
- Atar, Fahrettin. *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi. İlahiyat Fakültesi. Vakfı Yayınları, 1990.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 12. Basım, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku -III- (Sınırlı Aynî Haklar)*. 3 Cilt. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 8. Basım, 2017.
- Aybakan, Bilal. “Hapis Hakkı”. *DİA*. 16/65-67. Ankara: TDV Yayınları, 1997.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1998.
- Aybakan, Bilal. “Vekâlet”. *DİA*. 43/1-6. Ankara: TDV Yayınları, 2013.

- Aybay, Aydın- Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 4. Basım, 2014.
- Aydın, Mehmet Âkif. “Cuâle”. *DİA*. 8/77-78. Ankara: TDV Yayınları, 1993.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed. *el- ‘Înâye şerhu’l-Hidâye*. 10 Cilt. Lübnan: Daru’l-Fikr, 1. Basım, 1970.
- Bâcî, Ebû’l-Velîd Süleymân. *el-Müntekâ şerhu’l-Muvatta’*. 7 Cilt. Kahire: Matbaatü’s-Saade, 1. Basım, 1914.
- Bardakoğlu, Ali. “Beyyine (Fıkıh)”. *DİA*. 6/97-98. Ankara: TDV Yayınları, 1992.
- Bardakoğlu, Ali. “Havâle”. *DİA*. 16/507-512. Ankara: TDV Yayınları, 1997.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 2. Basım, ts.
- Boynukalın, Mehmet. “Zevaid”. *DİA*. 44/302-303. Ankara: TDV Yayınları, 2013.
- Buhârî, Ebû ‘Abdullâh Muḥammed b. İsmâ‘îl. *el-Câmi ‘u’s-sahîh*. nşr. Muhammed Zuheyr en-Nâsır. 9 Cilt. Beyrut: Dâru Tavki’n-Necât, 2001.
- Bulut, Batuhan. *Kiraya verenin Hapis Hakkı*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. ‘Alî er-Râzî. *Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî*. nşr. ‘İsmetullâh ‘Înâyetullah Muhammed vd. 8 Cilt. b.y.: Dâru’l-Beşâ‘ir, 2010.
- Çetiner, Bilgehan. *Hapis hakkı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Şüf’a”. *DİA*. 39/248-252. Ankara: TDV Yayınları, 2010.
- Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş‘aş es-Sicistânî. *Sünenü Ebî Dâvûd*. nşr. Şu‘ayb el-Arnaût. 7 Cilt. b.y.: Dâru’r-Risâleti’l-‘Âlemiyye, 2009.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 3 Cilt. Ankara: Sevinç Matbaası, 4. Basım, 1991.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 24. Basım, 2019.
- Esener, Turhan- Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 8. Basım, 2017.
- Ezherî, Muhammed b. Ahmed. *Tehzîbü’l-luga*. thk. Muhammed İvaz Murab. 8 Cilt. Beyrut: Daru İhyai’t-Türasi’l-Arabi, 1. Basım, 2001.

- Fîrûzâbâdî. *el-Kâmûsü'l-muhît ve'l-kabesü'l-vasît el-câmi' limâ zehebe min lugati'l-'Arab şemâtît*. thk. Mektebü tahkîki't-türâs fî müesseseti'r-risâle. Beyrut: Müessesetü'r-risâleti li't-tibâ'a, 8. Basım, 2000.
- Hacak, Hasan. *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2007.
- Hacak, Hasan. *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- Haddâdî, Ebûbekir b. 'Alî. *el-Cevheretü'n-neyyire 'alâ Muhtasari'l-Kudûrî*. b.y.: el-Matba'atu'l-Hayriyye, 1904.
- Halil b. Ahmed, el-Ferâhîdî. *Kitâbü'l-'Ayn*. thk. Mehdî el-Mahzûmî- İbrâhim es-Samurâî. 8 Cilt. b.y.: Daru'l-hilâl, ts.
- İbn Manzur, Muhammed b. Mûkerrem. *Lisânü'l-Arab*. 10 Cilt. Beyrut: Daru Sadr, 1993.
- İbn Nüceym, Zeynuddîn b. İbrahîm b. Muḥammed el-Mısırî. *el-Eşbâh ve'n-nezâîr alâ mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'mân*. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1999.
- İbn 'Âbidîn, Muhammed Emîn b. 'Ömer b. 'Abdîl'azîz el-Hüseynî ed-Dımeşkî. *Reddü'l-muhtâr 'alâ'd-Dürri'l-muhtâr*. 6 Cilt. Beyrut: y.y., 2. Basım, 1992.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn. *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr*. 10 Cilt. Lübnan: Daru'l-Fikr, 1. Basım, 1970.
- İmre, Zahit. "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/3-4 (1952), 742-782.
- Kâdîhân, Hasen b. Mansûr el-Üzcendi el-Ferğânî. *Fetavâ Kâdîhân*. b.y.: y.y., 3 Cilt, ts.
- Kadrî Pâşâ, Muhammed. *Murşidu'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*. b.y.: y.y., 2. Basım, 1891.
- Karaman, Hayreddin. "Akid". *DİA*. 2/251-256. Ankara: TDV Yayınları, 1989.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 1999.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekir b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâ'i'u's-sanâ'i fî tertîbi's-şerâ'i'*. 7 Cilt. b.y.: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1986.
- Kayapınar, Hüseyin. "Müzâraa". *DİA*. 32/234-236. Ankara: TDV Yayınları, 2006.
- Kaytaz, Ali İhsan. *Türk Hukukunda Hapis Hakkı*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1999.

- Qazvîni, İbn Mâce Ebû 'Abdullâh Muhammed b. Yezîd. es-Sünen. nşr. Heyet. 6 Cilt. Kâhire: Dâru't-Te'sîl, 1435/2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 7. Basım, 2006.
- Koyuncu, İlkay. *Türk Medeni Kanunu'nda Hapis Hakkı*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Köprülü, Bülent- Kaneti, Selim. *Sınırlı Aynî Haklar*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Kudûrî, Ebu'l-Huseyn Ahmed b. Muhammed. *Muhtasaru'l-Kudûrî fî'l-fıkhi'l-Haneffî*. nşr. Kâmil Muhammed Muhammed 'Uveyda. b.y.: y.y., 1997.
- Mahmesânî, Subhî b. Muhammed Receb. *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd fî's-şerî'ati'l-İslâmiyye*. 2 Cilt. Beyrut: Daru'l-İlm li'l-Melayin, 2. Basım, 1972.
- Medkûr, Muhammed Sellâm. *Medhal li'fıkhi'l-İslâm*. Dârul-Kitabi'l-Hadîs, 2. Basım, 1996.
- Mergînânî, Ebu'l-Hasen 'Alî b. Ebûbekir el-Fergânî. *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübeddî*. nşr. Tallâl Yûsuf. 4 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâ'i't-Turâsi'l-'Arabî, ts.
- Mu'dî, Sa'd b. Mübarek b. Muhammed. *el-Hak fî'l-habs fî fıkhi'l-İslâmî*. Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Nomer, Halûk N. *Boçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım, 3. Basım, 2004.
- Oğuzman, M. Kemal vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 22. Basım, 2020.
- Özdemir, Recep. "İslâm Hukukunda Hapis Hakkı (Hakku'l-Haps) Kavramı". *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* XVII/27 (2016), 393-420. <https://doi.org/D02533>
- Râgıb el-İsfahânî, Ebû'l-Kasım Hüseyin. *el-Müfredât fî garîbi'l-Kur'ân*. thk. Safvân Adnân Dâvûdî. Beyrut&Şam: Dâr'ul-Kalem&ed-Dâru's-Şamiyye, 1. Basım, 1992.
- Semerkindî, Ebû'l-Leys. *Uyûnu'l-mesâ'il*. nşr. Salâhaddîn en-Nâhî. Bağdat: y.y., 1966.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *el-Vasîf fî şerhi'l-kanûni'l-medeniyyi'l-cedîd*. 10 Cilt. Beyrut: Dâr-u İhyâ'i't-Turâsi'l-'Arabî, ts.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *Mesâdirü'l-hak fî'l-fıkhi'l-İslâmî*. 6 Cilt. Beyrut: Dâr-u İhyâ'i't-Turâsi'l-'Arabî- Müessesetü't-Tarihi'l-'Arabî, 1953.

- Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-'Eimme. *el-Mebsût*. nşr. Halîl Muhiddîn. 30 Cilt. Beyrut: y.y, 1993.
- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 3. Basım, 2014.
- Seyyid Şerîf el-Cürcânî. *Kitâbü't-Ta'rîfât*. thk. Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye. Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1983.
- Sirmen, A. Lâle. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Basım, 2019.
- Şerif Rafet Muhammed Ahmed Hamad. "Mefhumu'l-hak fi'l-haps ve tabîatihi ke vesiletin li'd-damân fi'l-kanuni'l-medenî". eş-şerîati ve'l-kanun 1/35 (2020), 161-230.
- Şeybânî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. el-Hasen. *el-Asl*. 12 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012.
- Uçaryılmaz, Talya Şans. "Roma Hukuku'nda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi". *TBB Dergisi* 135 (2018), 335-382.
- Vehbe ez-Zühaylî. *Nazariyyetü'd-damân*. Dimeşk: Daru'l-Fikr, 9. Basım, 2012.
- Yeşiller, Mehmet. *Roma Hukuku'nda Kira Sözleşmesi (Locatio Conductio Rei)*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2012.
- Yıldırım, Mustafa. "Vedîa". *DİA*. 42/596-598. Ankara: TDV Yayınları, 2012.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 1. Basım, 1999.
- Zeyla'î, 'Osmân b. 'Alî b. Mehcen el-Bârî'î Fahrüddîn. *Tebyînu'l-hakaîk şerhu Kenzi'd-dakâik*. 6 Cilt. Kahire: el-Matba'atu'l-Kubre'l-'Emîriyye, 1895.

ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Sultan		Özkan
Doğum Yeri ve Yılı			
Bildiği Yabancı Diller	Arapça		İngilizce
ve Düzeyi	Çok iyi		Orta
Eğitim Durumu	Başlama- Bitirme Yılı	Kurum Adı	
Lisans	2015	2020	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi (İslam ve Din Bilimleri)
Lisans (Çift Anadal Programı)	2017	2021	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi (Arapça Mütercim-Tercümanlık)
Yüksek Lisans	2020	2022	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi (Temel İslam Bilimleri/ İslam Hukuku)
Çalıştığı Kurum/lar	Başlama - Ayrılma Yılı	Çalışılan Kurumun Adı	
1.			
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar			
Katıldığı Proje ve Toplantılar			
Yayınlar:			
Diğer:			
İletişim (e-posta):			
Tarih		22/08/2022	
İmza			
Adı Soyadı		Sultan ÖZKAN	

