



Kocaeli **ilahiyat** Dergisi

ISSN: 2564-677X

Kocaeli Theology Journal

**HANEFÎ FIKİH DOKTRİNİNDE İYİNİYETİN KORUNMASI:
HAKSIZ YAPI ÖRNEĞİ^{1*}**

**PRESERVATION OF GOOD FAITH IN HANAFI FIQH DOCTRINE:
AN EXAMPLE OF UNFAIR BUILDING**

Abdurrahman BULUT

Arş. Gör. Dr. Kocaeli Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Fıkıh Anabilim Dalı
abulut_89@hotmail.com, orcid.org/0000-0003-4631-7911

Hasan HACAK

Prof. Dr. Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı
hhacak@marmara.edu.tr, orcid.org/0000-0001-8886-7212

Makale Bilgisi / Article Info

Makale Türü / Article Types: Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Received: 6 Nisan 2021 / 6 April 2021

Kabul Tarihi / Accepted: 16 Eylül 2021 / 16 September 2021

Yayın Tarihi / Published: 29 Aralık 2021 / 29 December 2021

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Aralık 2021 / December 2021

Cilt: 5, Sayı: 2 Volume: 5, Issue: 2, Sayfa / Pages: **439-474**.

Cite as / Atıf: Bulut, Abdurrahman-Hacak, Hasan. "Hanefî Fıkıh Doktrininde İyiniyetin Korunması: Haksız Yapı Örneği [Preservation of Good Faith in Hanafi Fiqh Doctrine: An Example of Unfair Building]". Kocaeli İlahiyat Dergisi- Kocaeli Theology Journal, 5/2 (Aralık/December 2021), **439-474**.

¹ * Bu çalışma *İslam Hukukunda İyiniyetin Korunması* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021) başlıklı doktora tezimizden üretilmiştir.

İntihal: Bu makale, intihal tarama programlarıyla taranmış ve intihal tespit edilmemiştir.
Plagiarism: This article has been scanned with plagiarism screening programs and plagiarism has not been detected.

Web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/kider>

Copyright © Published by Kocaeli Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi / Kocaeli University, Faculty of Theology, Kocaeli / Turkey.

CC-BY-NC-ND 4.0

Etik Beyan / Ethical Statement: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur / It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited.

Yazar(lar) / Author(s): Abdurrahman BULUT- Hasan HACAĞ

Finansman / Funding: Yazarlar, bu araştırmayı desteklemek için herhangi bir dış fon almadıklarını kabul ederler / The authors acknowledge that they received no external funding in support of this research.

Yazar Katkıları / Author Contributions:

Çalışmanın Tasarlanması / Conceiving the Study: AB (%60), HH (%40)

Veri Toplanması / Data Collection: AB (%70), HH (%30)

Veri Analizi / Data Analysis: AB (%70), HH (%30)

Makalenin Yazımı / Writing up: AB (%80), HH (%20)

Makale Gönderimi ve Revizyonu / Submission and Revision: AB (%80), HH (%20)

Çıkar Çatışması / Competing Interests: Yazarlar, çıkar çatışması olmadığını beyan ederler / The authors declare that they have no competing interests.

Öz

Modern hukukta önemli bazı hükümlerin esasını teşkil eden “iyiniyet” kavramı kısaca “mevcut hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizlik” olarak tarif edilmektedir. Kişinin, yapmış olduğu hukuki işleme dair mevcut hukuki eksiklikten haberdar olmaması hukuk kurallarını ihlal etme veya başkasına zarar verme kastı taşımadığını gösterir. Bu nedenle hukuki eksiklikten haberdar olmayan kişinin bu durumu ahlâkî bir niteliğe işaret eden *iyiniyet* kavramı ile ifade edilmiş ve bazı durumlarda iyiniyetli lehine iyiniyetli olmayan kişiye nispetle daha avantajlı hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Hukuki eksikliğin olumsuz sonuçlarını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran bu düzenlemeler “iyiniyetin korunması” olarak ifade edilmektedir.

İslam hukukunda da şahısların hukuki işlem yaparken ve/veya fiilî bir tasarrufta bulunurken mevcut hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizliklerinin bazı durumlarda dikkate alındığı ve bu şahıslar lehine aynı durumdaki hukuki eksikliği bilen kişiye nispetle daha avantajlı hukuki çözümlere ulaşıldığı görülmektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde bilgisizlik ilişkisi bağlamında temelde dikkate alınan şeyin kişinin ahlâkî niteliği olduğu ifade edilebilir. Nitekim fıkıh literatüründe ilgili bazı meselelerde hukuki eksiklikten haberdar olmayan kişinin haksızlık kastetmediği ve kötünietli olmadığı açık bir şekilde ifade edilmektedir. Bu da “hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizliğin” kişinin “şerî hükme/hukuk kurallarına aykırı davranmayı veya bir başkasına zarar vermeyi kastetmemesi”nin somut bir göstergesi olarak dikkate alındığını göstermektedir. Dolayısıyla İslam hukuku açısından da mevcut hukuki eksiklikten haberdar olmayan kişinin bu durumunu ifade etmek üzere “iyiniyet” kavramının kullanılması isabetli olacaktır.

İyiniyetin gündeme geldiği meselelerde hukuki eksiklik ile irtibatlı olarak aynı olayda birden çok hakkın çatışması söz konusu olabilmektedir. Bundan dolayı iyiniyetin korunup korunmayacağı, menfaatler çatışması bağlamında her bir mesele özelinde müstakil olarak ele alınması gereken hukuki bir problemdir. Hukuki eksikliği teşkil eden olgunun mahiyetine göre iyiniyetin korunması bir başkasına ait hakkın kısmen veya tamamen feda edilmesini gerektirebilmektedir. Bu çalışmada Hanefî fıkıh düşüncesi açısından iyiniyet kavramı ve iyiniyetin korunması konusu, ilgili kavramsal örgü etrafında haksız yapı örneğinde ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hanefî Mezhebi, İyiniyet, Bilgisizlik, Niyet, Haksız Yapı.

Abstract

The good faith, which is the basis of some important provisions in Turkish Civil Law, is briefly described as “ignorance of the current legal deficiencies”. The fact that the person is not aware of the current legal deficiency regarding his legal action indicates that this person does not intend to violate the rules of law or harm anyone else. Therefore, this situation of the person who is not aware of the legal deficiency is expressed with the concept of “good faith”, which indicates a moral feature, and in some cases more advan-

tageous legal arrangements were made in favor of the person who is not in good faith in favor of the good faith person. These regulations, which partially or completely eliminate the negative consequences of legal deficiency, are expressed as “protection of good faith”.

In Islamic Law, it is seen that the ignorance of individuals regarding the current legal deficiency is taken into account in some cases when taking legal action and/or making a saving, and more advantageous legal results are reached in favor of these individuals compared to the person who knows the legal deficiency in the same situation. When these provisions are evaluated together, it can be stated that what is fundamentally taken into account is the moral nature of the person. As a matter of fact, it is clearly stated that the person who is not aware of the legal deficiency in some related issues in the classical fiqh doctrine does not mean injustice and is not malignant. This suggests that “ignorance of legal deficiencies” is taken into account as a concrete indication that the person “does not intend to violate the rules of evil or harm anyone else”. Therefore, in terms of Islamic Law, it would be appropriate to use the concept of “good faith” to express this situation of the person who is not aware of the current legal deficiency when taking legal action or making a savings.

Therefore, whether the good faith can be protected or not is a problem that needs to be addressed individually for each issue in the context of conflict of interests. According to the nature of the fact that constitutes a legal deficiency, the protection of good faith may require the partial or complete sacrifice of someone else’s right or a religious provision.

Key Words: Hanafi Madhab, Good Faith, Intention, Ignorance, Unfair Building.

Giriş

Hukuki işlemlerin geçerli olması ve hukuki işlemler ile elde edilen yetkilere dayanılarak yapılan tasarrufların meşruiyet sınırları içerisinde kabul edilebilmesi için ilke olarak hukuk düzeni açısından ileri sürülen şartların varlığı esastır. Bu şartlarda bir eksiklik bulunması durumunda hukuki işlemin geçersizliği, tazmin yükümlülüğü vb. bir hukuki müeyyidenin tatbik edilmesi söz konusu olur. Bununla birlikte bir kişinin mevcut hukuki eksiklikten² haberdar olmaksızın yapmış olduğu tasarrufun aynı hukuki müeyyideye tabi olup olmayacağı, genelde birden fazla tarafı ilgilendiren ve farklı hukuki, sosyal ve iktisâdî etkileri de söz konusu olan önemli bir meseledir. Nitekim hukuki ilişkilerde bulunurken her zaman mevcut durumlara dair kesin bilgi elde etme imkânı bulunamayacağından dolayı karşılıklı beyanlar ve birtakım karineler ve alametler esas alınır. Bu doğrultuda teamüller ve harici işaretlere güvenerek yapılan hukuki işlemlerin hukuki sonuçlarına dair bir çözüm arayışı için modern hukukta “iyiniyet” kavramından yararlanılmıştır. Kara Avrupası hukuk sisteminde ve özellikle Türk medeni hukukunda önemli bazı hükümlerin esasını teşkil eden iyiniyet kısaca “hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizlik” olarak tarif edilmektedir.³ Kişinin yapmış olduğu hukuki işleme dair mevcut hukuki eksiklikten haberdar olmaması hukuk kurallarını ihlal etmeyi veya başkasına zarar vermeyi kastetmediğini gösterir. Bu nedenle hukuki eksiklikten haberdar olmayan kişinin bu durumu ahlâkî bir niteliğe işaret eden “iyiniyet” kavramı ile ifade edilmiş ve bazı durumlarda iyiniyetli şahıs lehine iyiniyetli olmayan kişiye nispetle daha avantajlı hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Hukuki eksikliğin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıran veya yumuşatan bu düzenlemeler “iyiniyetin korunması”

2 Buradaki kullanımı ile “hukuki eksiklik” şöyle tarif edilebilir: “Hukuk kuralının veya başkasına ait hakkın ihlaline (diğer bir ifadeyle haksızlığa) sebebiyet veren bir olgu.” Bu durumda hukuki açıdan geçerlilik ve/veya meşruiyet şartlarında bir eksiklik söz konusudur. Hukuki eksiklik, bir çalışmada da şöyle tarif edilmiştir: “Sakıncalı bir hukuki sonucun doğumuna sebebiyet veren (hukuken önemli) bir olgu” Bk. Halil Akkanat, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 46 ,(2010).

3 Doktrinindeki iyiniyet tanımlarından biri şu şekildedir: “Bir hukuki eksikliğin kusursuz olarak bilinmemesi.” Bk. Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1970), 309. Türk hukuk doktrinde iyiniyet kavramına dair yapılan bazı tanımlar ve değerlendirmesi hakkında bk. Abdurrahman Bulut, *İslam Hukukunda İyiniyetin Korunması* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 29-26 ,21-17 ,(2021).

olarak ifade edilmektedir. Nitekim bu düzenlemeler çoğu zaman genel hukuk prensiplerine nispetle iyiniyetli kişi lehine istisnâi bir nitelik arz etmektedir.

1. İslam Hukuku Açısından İyiniyet Kavramı

İslam hukukunda kişinin hukuki işlem yaparken ve/veya fiilî bir tasarrufta bulunurken mevcut hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizliğinin bazı durumlarda dikkate alındığı ve bu kişi lehine aynı durumdaki hukuki eksikliği bilen şahsa nispetle daha avantajlı hukuki çözümlere ulaşıldığı görülmektedir. Fıkıh literatüründe aşağıda görüleceği üzere ilgili bazı meselelerde hukuki eksiklikten haberdar olmayan kişinin haksızlık kastetmediği ve kötü niyetli olmadığı açık bir şekilde ifade edilmektedir. Dolayısıyla İslam hukuku açısından hukuki işlem yaparken veya fiilî bir tasarrufta bulunurken mevcut hukuki eksiklikten haberdar olmayan kişinin bu durumunu ifade etmek üzere “iyiniyet” kavramının kullanılması isabetli olacaktır. Buna göre hukuki işlem yaparken ve/veya fiilî bir tasarrufta bulunurken mevcut hukuki eksikliği bilen kişi -prensip olarak- *kötüniyetli* kabul edilmektedir. Hukuki eksiklikten habersiz ve dolayısıyla haksızlık kastı taşımayan kişi ise *iyiniyetlidir*. İslam hukuku klasik kaynaklarında “hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizlik” kişinin “şerî hükme/hukuk kuralına aykırı davranmayı veya bir başkasına zarar vermeyi kastetmemiş olması”nın somut bir göstergesi olarak dikkate alınmıştır.

1.1. Bilgi-Niyet İlişkisi Bağlamında Hukuki Eksikliğe Dair Bilgisizlik

Klasik fıkıh doktrininde kişinin bir tasarrufta bulunurken mevcut hukuki eksikliğe dair bilgisizliği hukuki sonucu değiştirmeyecek olsa da bazı meselelerde bu bilgisizliğe işaret edilmekte bazen de kişinin hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizliği, yapmış olduğu hukuki işlem veya fiilî tasarrufun hukuki sonucuna etki etmektedir. Bilgisizliğin hukuki sonuca yönelik bu etkisi sorumluluktan kurtulma, yükümlülüğün hafifletilmesi veya hak iktisabı gibi farklı şekillerde tezahür etmektedir

Hukuki eksikliğin varlığına dair bilgisizlik diğer taraftan hukuki eksikliğin bulunmadığına ilişkin hatalı zannı ifade eder. Mesela yetkisiz satıcının

satım akdine konu olan malın sahibi olmadığını *bilmeyen* müşteri satıcıyı malın sahibi *zannetmektedir*.⁴ Bu manada bilgisizlik, şeye dair gerçekte olduğunun aksine bir zannı ifade eder. Fıkıh usûlü kaynaklarında bilgisizlik türleri sayılırken bazı “zan”ların örnek verilmesi de bundan dolayıdır.⁵ Buna göre hukuki eksikliği bilmeyen kişi gerçekleştirdiği hukuki işlem veya fiilî tasarrufun hukuki açıdan geçerli ve meşru olması için gereken şartları taşıdığına dair bir kanaat içerisindedir. Aynı şekilde hukuki eksiklik konusunda aldatılmış (mağrûr) olan kişinin hukuki eksikliğe dair bilgisizliği yanı sıra yapmış olduğu tasarrufun geçerliliğine ve meşruiyetine yönelik bir zannı mevcuttur.⁶ Dolayısıyla hukuki eksikliğe ilişkin bilgisi olmayan, bu konuda aldatılmış olan veya bir hata içerisinde bulunan kişi gerçekleştirmiş olduğu hukuki işlem veya fiilî tasarrufun hukuki açıdan meşruiyet sınırları içerisinde olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir. Bundan dolayı kasıtlı olarak başkasının malına el koyan kişinin mukabilindeki şahsın durumu “hata-cehl-zan” kelimeleri ile ifade edilmiştir.⁷ Bu ifade ettiğimiz içerik fıkıh kaynaklarında mutlaka bilgisizlik, zan, hata gibi kelimelerle ifade edilmek durumunda değildir. “Gâsıb”ın mukabilinde “müşteri, vâris, mevhub leh” gibi bir hukuki işlemin tarafı olan şahsın bu durumuna yapılan vurgu prensip olarak aksine bir kayıt konulmadığı sürece bu kişinin mevcut hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizliğini ve dolayısıyla

4 Serahsî, *Mebûsât* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1993), 10/174; Mevsîlî, *İhtiyâr li-talîlî'l-Muhtâr*, thk. Şuayb Arnaût (Dimeşk: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, 2009), 2/562.

5 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, thk. Abdullah Mahmud Muhammed (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997), 4/457; Molla Hüsrev, *Mir'âtu'l-usûl* (Dersaadet: Şirket-i Sahafiyeye-i Osmâniyye, 1321), 347.

6 “Yanılıtılma/Aldatılma” özü itibarıyla ilgili konuda kişinin bilgi sahibi olmadığını gösterir. Bk. Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, thk. Uceyl Câsim en-Neşemî (Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, 1994), 2/185-186; İbn Abidin, *Reddül-muhtâr alâ'd-Dürri'l-muhtâr*, thk. Adil Ahmed-Ali Muhammed (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003), 7/443, 245. Burada söz konusu olan aldatma, herhangi bir olguya dair (mesela bir malın gerçekte sahip olduğu maddî değere ilişkin) bir aldatma değil, hukuk eksikliğe ilişkin (mesela gerçekte yetkili olmadığı bir hukuki işleme dair yetkili olduğu izlenimini uyandırmak şeklinde) bir aldatmadır.

7 Serahsî, *Mebûsât*, 11/49; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/148. Bununla birlikte “hata” olarak ifade edilebilecek olan bütün durumlar bu içeriğe dâhil değildir. Mesela elinde kesici bir alet bulunduğu hâlde hata ile başkasına zarar veren kişi burada zikri geçen bilgisizlik-zan ile ifade edilen muhtevaya dâhil değildir.

meşru bir tasarrufta bulunduğu dair kanaatini gösterir.⁸ İstihkâk kavramı da benzer bir içeriğe işaret eder. Fıkıh literatüründe kişinin satım, hibe, miras vb. bir hukuki işleme dayanarak teslim aldığı ve daha sonra istihkâka konu olan eşyada tasarrufta bulunmasına dair ifadeler prensip olarak işlemin tarafı olan bu kişinin mevcut hukuki eksiklikten haberdar olmadığını gösterir.⁹

Bir kimsenin mevcut hukuki eksiklikten haberdar olduğu hâlde bir hukuki işleme teşebbüs etmesi veya fiilî bir tasarrufta bulunması prensip olarak bu kişinin kötüniyetine işaret eder. Aynı durumdaki kişinin mevcut hukuki eksiklikten haberdar olmaması durumunda ise zarar verme kastı ve kötüniyet taşımadığı anlaşılmaktadır. Fıkıh literatüründe bazı meselelerde bilgi-niyet ilişkisine dair bu yaklaşımın somut tezahürleri olan değerlendirmeler yapılmıştır. Bu nedenle her zaman niyet/kasıt gündeme getirilmemiş olsa da bağlama göre bazı meselelerde bilgisinin zımında kişinin niyetinin dikkate alınmış olduğu ifade edilebilir. Mesela bir kişi toprağını kazması için bir işçi tutsa, daha sonra bu kişinin akde konu olan toprağın mâliki olmadığı ve böyle bir akit için yetkisinin bulunmadığı ortaya çıksa kazılan kuyudan kaynaklı olarak tesebbüben meydana gelecek zararlarda işçinin tazmin yükümlüsü olup olmayacağı işçinin, kendisinden toprağı kazmasını isteyen şahsın, arsanın mâliki olmadığına dair bilgisine bağlı olarak belirlenmiştir. Buna göre işverenin mâlik olmadığını bilen işçi müteaddî olup tazmin yükümlüsü iken işverenin mâlik olmadığını bilmeyen işçi müteaddî olmayıp tazmin yükümlüsü değildir.¹⁰ Burada bilgisine bağlı olarak işçinin “kötüniyeti”nin dikkate alındığı ifade edilebilir. Bu durumda işçi bilgisine bağlı olarak “şer’an yetkisi dahilinde olmayan bir işi yapmayı kastetmiş” ve “başkasının (arsanın gerçek sahibinin) hakkını kasten ihlâl etmiş” olmaktadır. Hâlbuki bilgisizliği durumunda böyle bir kötüniyet söz konusu olmadığı için bu icâre akdi ve yaptığı iş diyânî hüküm bakımından

8 Mesela Serahsî gâsıbın gasp ettiği malı bir başka kişiye vedia akdi ile emanet etmesi meselesinde “müstevda”ı mutlak olarak zikreder. Ancak hükmü gerekçelendirirken gâsıbın “kendî mülkü olduğunu haber vererek” emanet bıraktığını ifade eder. Dolayısıyla ilk başta kendisine emanet veren kişinin gâsıb olduğuna dair bilgisine/bilgisizliğine işaret edilmeksizin mutlak olarak zikredilen “müstevda” emanet bırakılan malın gasp malı olduğunu bilmeyen kişi durumundadır. Bkz. Serahsî, *Mebûsât*, 11/98. Ayrıca bk. İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, 9/288.

9 Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. Akif Aydın, “İslam Hukukunda Gasp”, *İslam Tetkikleri Dergisi* 9 (1995), 214.

10 Serahsî, *Mebûsât*, 27/14-16; Merğînânî, *el-Hidâye*, 10/341-342; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâyk*, 6/145.

“helâl” olarak nitelendirilmektedir.¹¹ Burada zikredilen “helâl” hükmünün kişinin niyeti ile irtibatlı olarak tespit edildiği açıktır. Ancak metinde sadece kişinin bilgisizliğine işaret edilmiştir. Aynı şekilde mevcut bir borcu ödemek üzere vekil olan kişinin, aslin borcu ödemiş olduğundan haberi olması durumunda bu bilgisine bağlı olarak yapmış olduğu ödeme işleminin teaddî olarak kabul edilerek tazmin yükümlülüğüne hükmedilmesinde de “vekil”in hukuki eksikliğe ilişkin bilgisine bağlı olarak “kasıtlı olarak yetkisi bulunmayan ve başkasının hakkını ihlal eden bir tasarrufta bulunmuş olduğu” nun dikkate alındığı ifade edilebilir. Aynı durumda aslin borcu ödemiş olduğu bilgisine sahip olmayan vekil tazmin yükümlüsü değildir.¹² Süt hısımlığına ilişkin bir meselede ise teaddînin meydana gelmesi için kişinin başkasının hakkını ihlâl etme (zarar verme) kastı yani kötüniyeti esas olarak belirlenmiş olmakla birlikte kişinin kötüniyetinin tespit edilmesi prensip olarak başkasına zarar veren olguyu bilmesine bağlanmıştır.¹³ Bilgisizliği durumunda ise bu şahsın kötüniyetinin olmadığı kesin olarak tespit edilmiş olmaktadır. Zeyla‘înin (ö. 743/1343) bu konuyla ilgili ifadeleri şu şekildedir: “Özel bir hâcet durumu söz konusu değilse kadının emzirirken nikâh akdinin mevcudiyetini ve emzirmesinin nikâh akdini bozacağı hükmünü bilmesi durumunda nikâh akdini bozma kastı tahakkuk etmiş olur.”¹⁴ Bedreddin el-Aynî (ö. 855/1451) ise bu meseleyi şöyle izah eder: “Tazminat yükümlülüğü teaddîye göre belirlenir. Teaddî nikâhı bozma kastıyla olur. Nikâhı bozma kasdı ancak nikâhın bozulacağını bilmekle gerçekleşir. Bu bilgi yoksa nikâhı bozmaya yönelik bir kasıt da yok demektir.”¹⁵

Bu tür meselelerde kişinin başkasına ait hakkın ihlâline sebep olan bir olguya dair bilgisine bağlı olarak “başkasının hakkını ihlâl etmeyi kastetmesi” nedeniyle müteaddî olarak kabul edilip hukuki açıdan sorumlu kılındığı görülmektedir. Bu meselelerde teaddînin tespit edilmesine dair kişinin kötün-

11 Serahsî, *Mebûsât*, 27/15.

12 Burada vekilin, elindeki borçluya ait olan emanet parayı alacaklıya teslim ettiği tasavvur edilmektedir. Bu mesele için bk. Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, 6/35.

13 Serahsî, *Mebûsât*, 5/141; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/439-441; Mevsilî, *İhtiyâr*, 3/134; Buhârî, *el-Muhîtu’l-Burhânî*, 3/72; İbn Nüceym, *el-Babru’r-râik*, 3/404; 1/557-558.

14 Zeyla‘î, *Tebyînu’l-hakâyık*, 2/187. Hâcet olarak ifade edilen durum ise diğer kaynaklardan anlaşıldığına göre çocuğun açıklıktan dolayı ciddi derecede zarar göreceği ihtimalidir. Bk. Buhârî, *el-Muhîtu’l-Burhânî*, 3/72.

15 Aynî, *el-Binâye*, 3/440.

yetinin olup olmadığının bir göstergesi olarak daha somut bir olguya yani bilgisine/bilgisizliğine işaret edilmektedir. Bu bağlamda bilgi ile niyet arasındaki bu ilişki “Bilgisizlik durumunda [kötü] niyetin tasavvur edilmesi söz konusu değildir.”¹⁶ ve “[Kötü] niyete ancak ilgili hükmün bilinmesi durumunda itibar edilir.”¹⁷ gibi ifadeler ile dile getirilmektedir.

Fıkıh kaynaklarında bilgi-niyet (kasıt) arasındaki bu ilişkinin bir sonucu olarak hükme etkisi bakımından kişinin niyeti dikkate alınmakla birlikte bilgisine/bilgisizliğine atf yapılabilmektedir. Mesela Serahsî ö. (483/1090), gaspın iki türünden biri olan ve diyani açıdan günah olarak nitelendirilen gasp ile ilgili kişinin aldığı malın gerçekte başkasına ait olduğuna dair bilgisiy-le irtibatlı olarak niyetine vurgu yapar: “Kişi, bilmesine bağlı olarak kastetmesi durumunda günah işlemiştir.”¹⁸ Bununla birlikte daha sonraki pek çok Hanefî fakihî “Bilen kişi günah işlemiş olur.” veya “Kişinin aldığı malın başkasına ait olduğunu bilmesi durumunda gaspın hükmü [diyani açıdan] günahıdır.” gibi ifadelerle niyeti ifade etmeksizin sadece kişinin bilgisine işaret etmekte-dir.¹⁹ Burada bilgisi zımında kişinin niyetinin dikkate alındığı açıktır. Nitekim *el-Hidâye*'deki ilgili pasaj şöyledir: “Bilmesi durumunda hüküm hem tazmin yükümlülüğü hem de günah işlemiş olmasıdır. Bilmemesi durumunda ise sadece tazmin yükümlülüğü söz konusudur. Çünkü bu kul hakkıdır, kişinin kastına bağlı değildir.”²⁰ Bu metinde kişinin başkasına ait bir malı onun izni olmaksızın alıkoyduğuna dair bilgi sahibi olması cümlenin devamında bu kişinin niyetiyle (kasıt) ifade edilmektedir. Bununla birlikte bazı metinlerde sadece bilgiye atıfta bulunmakla yetinilmesi konumuz açısından önemlidir. Adeta bilgi niyet yerine kaim kılınmakta, diğer bir ifade ile niyet bilgi ile somutlaşmaktadır. *el-Hidâye*'den alıntıladığımız cümlenin son kısmı diğer bazı

16 لا يتصور القصد مع الجهل İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 3/439; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâyık*, 2/187.

17 يعتبر القصد مع العلم بالحكم Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, 3/72.

18 المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به Serahsî, *Mesûr*, 11/49.

19 حكمه الإثم لمن علم - حكم الغصب الإثم إن علم أنه مال الغير Sadrişşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, 2-5/44; İbrahim el-Halebî, *Mültekal-ebhur*, 4/78; İbn Nuceym, *el-Babru'r-râik*, 1/196; Ali el-Kâri, *Fethu bâbi'l-inâye*, 2/464; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 9/263.

20 ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده Merğînânî, *el-Hidâye*, 9/323.

eserlerde niyet yerine bilgiye işaretle şöyle ifade edilmektedir: “Çünkü bu başkasına ait bir haktır (kul hakkı), kişinin bilgisine bağlı değildir.”²¹

Kâsânî gasp konusunda şöyle söyler: “Bir ayn üzerindeki fiilî hakimiyet bir emr-i hissîdir, bilgi veya bilgisizliğe göre değişmez. Bundan dolayı ‘gasp’ın gerçekleşmesi için bilgi şart değildir.”²² Burada bilgi ve bilgisizlik, kötünüyeti ve kötünüyetli olmamayı tazammun etmektedir. Nitekim Kâsânî gasp bölümünün başında şöyle söyler: “Gasp eylemi, kişinin bilerek (عن علم) yapması durumunda günahıdır. Çünkü masiyet olan bir şeyi kasten yapmak (على سبيل التعمد) ahirette sorumlu tutulmayı gerektiren bir sebeptir.”²³ Kâsânî itlâf konusunda da tazmin yükümlülüğünün sabit olması için telef edilen malın başkasına ait olduğunun bilinmesinin şart olmadığını ifade ettikten sonra şöyle söyler: “Kendisine ait olduğunu zannederek bir malı tüketse fakat daha sonra bu malın başkasına ait olduğu ortaya çıksa tazmin eder. Çünkü itlaf bir emr-i hakîkîdir, gerçekleşmesi (varlığı) bilgiye bağlı değildir.” Kâsânî’nin itlâfın varlığının ve hükmünün kişinin bilgisine bağlı olmadığı yönündeki “Gerçekleşmesi bilgiye bağlı değildir.”²⁴ ifadesi başka eserlerde “niyete (kasıt) bağlı olmadığı” şeklinde zikredilmektedir.²⁵

Hanefî fakihleri gaspın diğer türünde, elinde bulundurduğu bir malın başkasına ait olduğu ve dolayısıyla haksız bir şekilde zilyed olduğuna dair bilgisi olmayan kişinin “kastınının bulunmaması” dolayısıyla günah işlemiş olmayacağını ifade etmektedir. Buna göre mevcut hukuki eksikliği bilmeden başkasının malını elinde bulundurmanın kişiyi diyani açıdan sorumlu kılması bilgisizliğe bağlı olarak kastın bulunmaması ile açıklanmış olmaktadır. Burada kişinin niyetinin (kastının) bulunmadığı yönündeki ifadeler (adem-i kasd) kişinin fiile yönelik kastının bulunmamasını değil, hak sahibine yönelik

21 لأنه حق الغير فلا يتوقف على علمه Molla Hüseyin, *ed-Dürerü'l-bukkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm*, 2/262. Fıkıh literatüründe “bilgi”nin niyetin somutlaşmış bir görünümü olarak sunulduğu bir örnek mesele şudur: Kendi arazisinde yaktığı ateşin komşu araziye taşarak zarar vermesi durumunda ateşi yakan kişinin tazmin yükümlülüğü yaktığı ateşin komşu araziye taşacağını *bilmesi* (إلا أن يعلم) şartı ile kayıtlanmıştır. Buna gerekçe olarak komşu araziye taşacağını *bilen* kişinin, komşusunun arazisindeki ekinleri yakmayı *kastetmiş* olduğu ifade edilmektedir. أنه إذا علم كان قاصدا إحراق زرع الغير Bk. *Fetâvâ Kâdihân*, 3/250; Attâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, 1/257.

22 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/150.

23 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/148.

24 لا يتوقف وجوده على العلم Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/168.

25 كمن أتلف مال غيره يظنه ماله فحكمه الضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده Haddâd, *Cevhere*, 2/26.

zarar verme veya onun hakkını ihlal etme şeklinde kötünîyetinin bulunmamasını ifade eder. Nitekim verilen örneklerde ve yapılan açıklamalarda kişi ilgili malı almayı yani fiili kastetmekte ancak bilgisizliği dolayısıyla mal sahibine zarar vermeyi ve haksızlık yapmayı kastetmemektedir.²⁶ Dolayısıyla haksızlık yapma kastı ve kötünîyet mevcut hukuki eksikliği “bilmek” ile böyle bir kötünîyetin bulunmadığı ise “bilmemek” ile tezahür etmiş olmaktadır. Bu doğrultuda bir hukuki eksiklikle irtibatlı olarak şerî hükmü bilmeyen kişinin tasarrufu da şerî sınırlar içerisinde hareket ettiği kanaatini göstermektedir. Mesela haram yiyeceği yememesi durumunda öldürülmekle tehdit edilen kişi o yiyeceğin kendisi hakkında mübah olduğu hükmünü bilmiyorsa yemeyip öldürülmesi durumunda günahkâr olmaz. Hâlbuki ilgili hükmü bilen kişinin yiyeceği yememesi durumunda [kasıtlı olarak] canına kıymış olduğu ifade edilmektedir. Bu mesele bazı metinlerde sadece bilgiye/bilgisizliğe atıf yapılarak zikredilmektedir.²⁷ Ancak burada bilginin zımınında kişinin niyetinin esas olduğu diğer bazı metinlerden anlaşılmaktadır. Nitekim hükmün gerekçesi olarak bu kişinin mübah hükmünü *bilmediği* için haram bir işten kaçınmayı *kastettiği* ifade edilmektedir.²⁸ Diğer bir örnek olarak ölü bir araziye ihyâ eden kişi kamu otoritesinden izin alması gerektiği hükmünü bilmiyorsa bu bilgisizliğine bağlı olarak “kamu otoritesini önemsememeyi kastetmediği” için ilgili hükmü bilen kişiye nispetle daha avantajlı bir durumda olabilmektedir.²⁹ Nitekim bu hükme ilişkin bilgisizliğin mukabilinde “hükmü bilmek” değil “kamu otoritesini önemsememek” zikredilmektedir.³⁰ Aynı şekilde başkasının arsasına şerî bir sebebe istinaden mevcut hukuki eksikliği bilmeksizin haksız inşaat yapan şahsın Mecelle’de tercih edilen görüşe göre (906. md.) korunmasına gerekçe olarak Ömer Nasuhi Bilmen bu kişinin “suiniyyeti ve suikasdının bulunmadığını” bazı mecelle şârihleri ise “haksızlık yapmayı kast etmediğini” ifade etmektedir.³¹ Hâlbuki Mecelle metninde sadece “sebeb-i şer’î zu‘miyle”

26 Serahsî, *Mebûsât*, 11/49; Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi*, 7/148; Haddâd, *Cevhere*, 2/26; Şelebî, *Hâşiyetü Tebyîni’l-hakâyyık*, 5/221.

27 التلف إن علم الإباحة يأثم بصبره على التلف إن علم الإباحة Şeyhîzâde, *Mecmeu’l-enhur fî şerhi Mülteka’l-ebhur*, 4/43.

28 زعمه الاحتراز عن المعصية Serahsî, *Mebûsât*, 24/151; Zeylai, *Tebyînu’l-hakâyyık*, 5/185.

29 Bk. Haddâd, *Cevhere*, 2/26.

30 ... محل الخلاف إذا ترك الاستئذان جهلا أما إذا تركه نهاونا بالإمام Bk. İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, 10/5.

31 Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 7/339; Selîm Rüstem Bâz el-Lübânî, *Şerhu’l-Mecelle*, 1/503; Attâsî, *Şerhu’l-Mecelle*, 3/442.

ifadesi zikredilmektedir. Bilgi-niyet arasındaki ilişki diğer taraftan niyetin ilgili olguya dair bilginin bulunması ile açığa çıkacağı şeklinde de görülebilir. Mesela Mecelle'nin "Bir kimse diğerinin gerek kendisinde ve gerek emîn-i yedinde olan malını gerek kasden ve gerek min gayr-i kasd itlâf etse zâmin olur." şeklindeki 912. maddesindeki "gerek kasden ve gerek min gayr-i kasd" ifadesi şerhte "gerek diğerin olduğunu bilerek ve gerek kendi malı olduğu zannında bulunarak" şeklinde bilgi ve zan (bilgisizlik) ile somutlaştırılmaktadır.³²

Şafii mezhebi kaynaklarında da bilgi-niyet ilişkisine dair benzer bir perspektifin mevcudiyetinden söz edilebilir. İz b. Abdüsselâm (ö. 660/1262) *Kavâ'idü'l-ahkâm* isimli eserinin ilk bölümünde maslahat olduğu zannıyla mersedet olan şeyleri yapmaya dair bir başlık açarak kısa bazı değerlendirmelerde bulunmaktadır.³³ Burada başkasına ait bir malı kendisine ait zannederek tüketme, kendisine ait olduğunu zannettiği evde oturma gibi bazı örnekleri nakleden müellif kısaca bu kişinin mazur kabul edilerek günahkâr olmayacağını (لا إثم) fakat verdiği maddi zararlardan dolayı tazmin yükümlüsü olacağını ayrıca bir ibadeti eda etmesi durumunda da -vakiadaki fikhî eksikliğe rağmen- "niyeti" dolayısıyla sevap kazanacağını ifade etmektedir.³⁴ Şafîî fakihleri tarafından gaspın tahakkuk etmesi için haksızlık kastının gerekmediğine dair verilen bir örnek kişinin bir başkasının elbisesini kendi elbisesi zannederek alıkoymasıdır.³⁵ Kendi elbisesi olduğunu zannederek yani başkasına ait olduğunu bilmeyerek elinde bulundurması kişinin kötünietli olmadığını gösteren somut bir örnek olarak sunulmaktadır. Aynı şekilde kişinin mevcut hukuki eksikliğe dair *bilgisizliği* ile durumdan haberdar olan (kötünietli) şahsın *teaddîsi* birbirinin mukabili olarak takdim edilmektedir.³⁶ Yani kişiyi müteaddî konumda kılan şey hukuki işlemde bulunduğu kişinin yetkisiz olduğuna (yani hukuki eksikliğe) dair bilgisidir. Hukuki eksikliğe dair bilgisizliği ise kötünietli bulunmadığını

32 Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hukkâm*, 2/1641. Buradaki "kasd" ve "min gayri kasd" ifadeleri ile -öncelikle- kişinin eyleme yönelik kastının olup olmaması değil, başkasının malını haksız bir şekilde telef etme kastının olup olmamasının anlaşıldığına dair bir örnek olarak bk. Attâsî, *Şerhu'l-Mecelle*, 3/453.

33 في إتيان المفاسد ظناً أنها من المصالح

34 يُتاب فاعله على قصده İz b. Abdüsselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm*, 1/34-35.

35 Râfîî, *Fethu'l-azîz şerhu'l-Vecîz*, 5/396.

36 Zekeriyâ el-Ensârî, *Esnel-metâlib şerhu Ravzi'r-tâlib*, 4/159; Nûreddin eş-Şebrâmelîsî, *Hâşiyetü Nihâyeti'l-muhtâc*, 5/192.

ve buna bağlı olarak da müteaddî olmadığını gösterir. Mesela gâsıptan bir malı emanet alan kişinin söz konusu eşyanın gasp malı olup olmadığına dair bilgisi zilyedlik hükümlerine etki etmektedir. Gasp malı olduğunu bilmesi durumunda bu kişinin “mûda” değil “gâsıb” olduğu ifade edilir.³⁷ Bir diğer örnek meselede ise sefih bir kimse velîsinin izni olmaksızın evlense mehir yükümlülüğü söz konusu değildir. Mezhebin ilgili meseledeki hükmü bu şekilde nakledilmekle birlikte Nevevî (ö. 676/1277) bu meselede durumdan habersiz kadın açısından bir problem (işkâl) olduğunu nakleder.³⁸ Râfiî (ö. 623/1226) ise bu problemi çözüme kavuşturmak üzere şöyle bir akıl yürütme yapar: “Mehir, nikâh akdi yapan kadının hakkıdır. Kadın evlenirken adamın sefih olduğuna dair bir bilgiye sahip değildi. O hâlde hakkı olan bir şey nasıl kendisine verilmiz?”³⁹ Bu örneklerde bilgisizlik ifadesi ile aslında kişinin haksızlık yapmayı kastetmediğine bundan dolayı elde etmesi gereken haktan mahrum kalmasının veya yükümlü kılınmasının hakkaniyetli olmayacağına işaret edilmektedir.

Mâlikî mezhebi fıkıh kaynaklarında da pek çok meselede bilgi-bilgisizlik bağlamında kişinin niyetinin dikkate alındığı görülmektedir. Özellikle haksız zilyedlik meseleleri bu konu için örnek hükümler ihtiva etmektedir. Bu husus Mâlikî mezhebi fûrû fıkıh eserlerinin gasp ve istihkâk bölümlerinde açık bir şekilde görülmektedir. Mâlikî fıkıh düşüncesinde hukuki bir sebebe istinaden teslim aldığı bir malı hukuki sebebin gerçekte geçersizliğinden dolayı haksız yolla elinde bulundurduğunu bilmeyen kişinin elde ettiği gelirler veya tazmin yükümlülüğü gibi bazı açılardan korunduğu görülmektedir. Mâlikî fakihlerinin mevcut hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizlik üzerinden yapılan hukuki işleme bağlı olarak “şüphe” kriterini belirlemeleri ve genel bir ifadeyle bilinçli haksızlık olarak nitelendirilebilecek olan teaddî kavramı ve zulüm niteliklerinin de hukuki eksikliğe dair bilgiye bağlı olduğunu ifade etmeleri önemlidir.⁴⁰ Bu meselelerde esas olan niyet olmakla birlikte kişinin niyeti-

37 Ebû Zekerîya en-Nevevî, *el-Mecmû şerbu'l-Mühezzeb*, 14/395; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc ilâ mâ'rifeti me'âni elfâzi'l-Minhâc*, 3/108.

38 Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 5/440.

39 Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-Kavâ'id*, 1/215. Şerî hükme ilişkin bilgisizliğin dikkate alınmasına dair bk. Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/378.

40 Sahnûn, *el-Müdevenetü'l-kübrâ*, 5/374, 377; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/307; Şihâbüddîn el-Karâfi, *ez-Zahîra*, 8/329; 9/25, 40, 52, 74.

ne delalet etmek üzere hukuki eksikliğe ilişkin bilgisi/bilgisizliği niyet yerine kâim kılınmaktadır. Kişi mevcut hukuki eksiklikten haberi olmadığı için başkasının malında kasıtlı olarak bir haksız tasarrufta bulunmamaktadır. Üçüncü şahsın tasarrufunun hükmü sıklıkla ifade edilen “eğer biliyorsa”, “eğer bilmiyorsa” kaydına göre farklılaşmaktadır. Mesela kendisine ikram edilen bir malın gasp malı olduğunu bilmeyen kişi tazminat yükümlülüğü açısından gasp malı olduğunu bilen kişiye nispetle daha avantajlı bir konumdadır. Burada bilgisi zımında kişinin niyetinin dikkate alındığı açıktır.⁴¹ Kişinin evlenmesi caiz olmayan bir kadınla mevcut durumu bilmeksizin evlenmesi durumunda akit fasit kabul edilmektedir. Diğer mezhepler bu meselede erkeği yarı mehir ile yükümlü tutarken Mâlikî mezhebinde erkeğin mehir ile yükümlü olmadığı görüşü benimsenmiştir. Bu hükme gerekçe olarak erkeğin *bilgisizliğinden* dolayı haramı *kastetmediği* zikredilmektedir.⁴²

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle şu ifade edilebilir: Klasik fıkıh doktrinde mevcut hukuki eksikliğe dair bilgisi olan kişi fıkhî açıdan prensip olarak kötünietli kabul edilmektedir.⁴³ Mevcut hukuki eksikliğe dair bilgisi olmayanın ise kötünietli yoktur. Buna göre mevcut hukuki eksikliğe dair bilgisi olmayan kişinin “kötünietli olmadığı” net bir şekilde söylenebilir. Bir hukuk terimi olarak kavramlaştırılmaya daha elverişli olan görece dolaylı bir ifade olarak “iyiniyet”in tercih edilmesi daha uygun olacaktır. Bu şekilde hukuki eksikliğin varlığı durumunda, gerçekleştirilen hukuki işlem ve fiilî tasarruflar prensip olarak hukukî açıdan kötüniet-iyiniyet kavram çifti ile ifade edilebilir. Ayrıca hukuku ihlâl etmeyi veya herhangi bir kimseye zarar vermeyi kastetmeyen kişi meşru sınırlar içerisinde bir hukuki işlem yapma veya fiilî tasarrufta bulunma düşüncesi içerisinde dir. Hukukun meşruiyet sınırları içerisinde hareket ettiğine dair kanaati de hukuki eksiklikten haberdar olmayan kişi hakkında

41 Haraşı, *Şerhu Muhtasari'l-Halil*, 6/131-132.

42 Cessâs, *Muhtasaru ihtilâfi'l-ulemâ*, 2/329.

43 Yukarıda nakledildiği üzere Hanefî mezhebi kaynaklarında gasp edilmiş olduğunu bildiği hâlde bir malı teslim alan kişi veya haram yiyecek ve içeceğin kendisi hakkında mübah olduğu hükmünü bildiği hâlde yemeyip/içmeyip öldürülen kişinin günah işlemiş olduğu ifade edilmektedir. Buradaki günah hükmü yine bazı fıkıh metinlerinden nakledildiği üzere kişinin (kötü)niyetine ilişkindir. Emzirme eylemini gerçekleştiren kadın da mevcut nikâhı ve ilgili şerî hükmü bilmesi durumunda -bebeğin açlıktan dolayı zarar görmesi gibi bir risk yoksa- “nikâhı bozmayı kastetmiş” yani kötünietli kabul edilmektedir.

müspet bir nitelendirme yapmaya imkân vermektedir. Bununla birlikte burada bir tasarrufta bulunurken başkasına fayda sağlamak vb. ulvî gayelere nispetle başkasına zarar vermeyi kastetmemek, haksızlık bilincinin bulunmaması bakımından görece pasif manada bir “iyiniyet”ten söz edildiği kabul edilebilir. Netice itibariyle bu kullanım ile mevcut hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizliğin arka planındaki niyet olgusuyla irtibatlı olarak kişinin ahlâkî niteliğine de işaret edilmiş olmaktadır. Böylece hukuki eksikliğe dair “haberi olmayan, bilgisiz, hata içerisinde, aldatılmış (mağrûr)” vb. kişiler hakkında hukuki eksikliğin varlığına karşın “iyiniyetli müşteri, iyiniyetli haksız yapı sahibi, iyiniyetli haksız zilyed, iyiniyetli üçüncü şahıs” vb. nitelendirmeler bu kişilerin niyet ile irtibatlı olarak ahlâkî niteliklerini de gösteren ve menfaatler çatışmasında genel fıkıh prensiplerinin imkân verdiği ölçüde hukukî açıdan gözetilmelerinin mümkün olabileceğine işaret eden bir muhtevayı ifade edecektir.⁴⁴ Bu kavramsal tercih, ilgili meselelerde İslam hukuku ile diğer hukuk sistemleri arasında mukayese yapmak için de sağlıklı bir zemin teşkil eder. Bu içeriği ifade etmek üzere geliştirilen Türk medeni kanununun başlangıç hükümleri arasında yer alan “iyiniyet”, modern hukukun önemli kavramları arasında yer almaktadır.

1.2. İyiniyetin Tanımı

Türk hukuk doktrininde TMK md. 3’te zikredilen iyiniyet kavramının tanımına dair iki yaklaşımdan bahsedilebilir. Her iki yaklaşımda da hukuki eksiklik kaydı bu kavramın mahiyetine dair önemli bir unsur olarak yer alır. İyiniyet, klasik ve yaygın tercihe göre kısaca “hukuki eksikliğe dair bilgisizlik”⁴⁵

44 Buna göre başkasının arazisine onun izni ve rızası olmaksızın inşaat yapılması durumunda mevcut hukuki eksikliği bilen yapı sahibi “kötüniyetli”, bilmeyen yapı sahibi “iyiniyetli”dir. Dinen yasaklanmış bir iş için hizmet sözleşmesi yapılması durumunda mevcut hukuki eksikliği bilen işçi kötüniyetli, bilmeyen işçi iyiniyetlidir. Evlenmesi caiz olmayan bir kişi ile evlenilmiş olması durumunda mevcut hukuki eksikliği bilen kişi kötüniyetli, bilmeyen kişi iyiniyetlidir. Hukuki eksikliği bilmeyen kişi harici karinelere ve zâhire itimat ederek meşrû bir iş/işlem yaptığı kanaatini taşımaktadır.

45 Doktrindeki hâkim görüş ile paralel olarak şu iki tanım zikredilebilir: “Durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği hâlde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamak.” Bk. Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medenî Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 245. “Elde edilmek istenen hakkın kazanılmasını veya hukuki durumun meydana gelmesini engelleyecek bir hukuka aykırılığı (hukuki noksanlığı) bilmemek ve bilebilecek durumda olmamak.” Bk. Mehmet Ayan-Nurşen Ayan, *Medenî Hukuka Giriş* (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 178.

olarak, diğer yaklaşıma göre ise “hukuki eksikliğe rağmen haksızlık bilincinin bulunmaması” olarak tanımlanmaktadır. İkinci tanımda iyiniyet teriminin ahlâkî muhtevasına dair daha görünür bir vurgu söz konusudur. Ayrıca ikinci tanımını savunan yazarlar bazı durumlarda mevcut eksikliğe dair bilgisi söz konusu olsa da haksızlık bilinci taşımayan kişilerin de iyiniyetli sayılabilmesini temin etmek için bu ikinci tanımın tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁶

İyiniyet kavramının vazediliş amacı ve kanuni düzenlemelerdeki kullanımı dikkate alındığında kanaatimizce hem hukuki eksikliğe ilişkin “bilgisizlik” hem de “haksızlık bilincinin bulunmaması” olgusunun bu kavramın mahiyetine dair önemi göz ardı edilmemelidir. İlk tanım tercih edildiğinde “haksızlık bilincinin bulunmaması” olgusu, iyiniyeti “bilgisizlik veya hatalı zan” ile tanımlamanın nedenini ifade etmekte, diğer tanım tercih edildiğinde ise “haksızlık bilincinin bulunmaması” olgusu büyük oranda “bilgisizlik veya hatalı zan” ile tezahür etmektedir. Biz ahlâkî niteliğe yönelik vurgunun daha görünür olduğu ikinci tanımını da dikkate almakla birlikte daha belirli bir içeriği ifade etmesi dolayısıyla genel bir “iyiniyet” tasavvuru oluşturmak bakımından daha verimli ve klasik fıkıh doktrinine dair yapılan incelemelerde daha pratik olduğu düşüncesiyle iyiniyeti şu şekilde tanımlamayı tercih ediyoruz: “Hukuki işlem yaparken veya fiilî bir tasarrufta bulunurken mevcut hukuki eksikliğe ilişkin mazur görülebilir bir bilgisizlik veya hatalı zan.” İyiniyet kavramının mahiyetine ve iyiniyet meselelerine dair genel bir tasavvur oluşturma bakımından daha uygun olduğunu düşündüğümüz bu tanım tercih edilmekle birlikte bazı istisnâî meselelerde iyiniyet kavramının amacı doğrultusunda keskin bir bilgisizlik olgusu aramak yerine başkasına zarar verme kastının olmaması ve haksızlık bilincinin bulunmaması dikkate alınarak “iyiniyet” nitelendirmesi konusunda daha esnek bir tutum içerisinde bulunulabilir. İyiniyet meselelerinin çok büyük kısmında ise haksızlık bilincinin veya zarar verme kastının bulunmaması, zaten “hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizlik-hatalı zan” ile tezahür etmektedir.

İyiniyet kavramının “bilgisizlik veya hatalı zan” olarak tanımlanması dolayısıyla ahlâkî bir nitelikten ziyade zihnî duruma dair (psikolojik) bir nitelendirme olduğu yönündeki düşüncenin isabetli olmadığı veya eksik bir değer-

⁴⁶ Akkanat, *İyiniyetin Korunması*, 42; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 263-264.

lendirme olduğu ifade edilebilir.⁴⁷ Nitekim iyiniyet herhangi bir şeye dair değil hukuki eksikliğe yönelik bilgisizlik veya hatalı zannı ifade eder. Genel manada bilgisizlik veya hatalı zan sadece kişinin ilgili olaya, hukuki işlem veya tasarrufa gerçek iradesinin tam olarak yansımadığını göstermekte iken hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizlik bunun da ötesinde kişinin haksızlık bilinci taşımadığını, başkasına zarar vermeyi kastetmediğini yani iyiniyetli olduğunu göstermektedir. Mevcut eksiklikten haberdar olan kişi bir hukuk kuralını kasten ihlal etmekte ve/veya bir başkasına zarar vermeyi kastetmektedir. Hukuki eksikliği bilmeyen kişi ise bu yönde bir haksızlık bilinci taşımamaktadır. Bu nedenle haksızlık bilincinin bulunmaması bilgisizlik-zan ile irtibatlı olarak hatırda tutulması gereken önemli bir olgudur. Bu da kişinin ahlâki niteliğine işaret etmektedir. Öyle ki bu olgu iyiniyet tanımına dâhil edilebilir: “Hukuki işlem yaparken veya fiilî bir tasarrufta bulunurken mevcut hukuki eksikliğe ilişkin mazur görülebilir bir bilgisizlik ve buna bağlı olarak haksızlık bilincinin bulunmaması.”⁴⁸

2. Hukuki Görünüşe Güven

İyiniyet, hukuki eksikliği bilmeyen kişinin bu bilgisizliğini mazur gösterecek birtakım olgulara güvenmesi ile ilgili bir kavramdır. Bu doğrultuda üçüncü şahıslar için gerçek hukuki duruma tekabül ettiğini telkin eden bir takım harici işaretler ve olgular modern hukukta “hukuki görünüş” kavramı ile ifade edilmektedir. Bu açıdan iyiniyet çoğu zaman hukuki görünüşe güvenme, iyiniyetin korunması ise bu güvenin korunması olarak tezahür etmektedir.⁴⁹ İslam hukuk düşüncesinde de üçüncü şahıslar için bir hukuki durumun varlığına karine teşkil eden olguların zâhir, zilyedlik ve haber kavramları etrafında hukuki açıdan itibar edilerek belli ölçüde dikkate alınacak bir “hukuki görünüş” meydana getirmeleri bakımından dikkate alındığı ifade edilebilir.

47 Robert Patry, “Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18 (1990), 17.

48 Bundan dolayı Jale Akipek iyiniyeti “psikolojik ve ahlâki bir mefhum” olarak tarif eder. Bk. Jale Akipek, “Sübjetif Hüsünün Mahiyeti ve Hükümleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, (Ankara: 1957), s. 56-71. Rona Serozan da iyiniyet teriminin özündeki bilgisizlik unsuruna işaret ederek bu olguyu “psikolojik öge” buna bağlı olarak hukuka aykırılık bilincinin eksikliğini ise “etik öge” olarak nitelendirmektedir. Bk. Serozan, *Medeni Hukuk*, 170.

49 Türk Ticaret Kanunu'nun 598. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveni korunur.”

İslam hukukunda, hukuki görünüşe güven bazı durumlarda hukuk tarafından korunmakla birlikte görünüşe itimad edilerek yapılan işlemler her zaman nihai bir sonucu ifade etmeyip daha güçlü bir hak karşısında hukuki etkilerini kaybetme riskini de taşımaktadır. Hem görünüşe itimad ederek yapılacak işlemlerin belli ölçüde muteber kabul edilmesi ve bu konuda iyiniyetli kişiler lehine olabildiğince kolaylık ilkesinin işletilmesi hem de hakkın dokunulmazlığı prensibinin güçlü bir şekilde etkili olmaya devam etmesi İslam hukuk düşüncesinde alışveriş başta olmak üzere bazı hukuki işlemlerin genelde iki farklı aşamada değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Buna göre:

a) Hukuki görünüşe (mesela zilyedliğe veya bir habere) itimad ederek yapılan işlemler sahih ve mübahtır. Günlük hukuki ilişkiler bu esas üzerine kurulur. Nitekim bu konuda zaruret ölçüsünde bir toplumsal ihtiyaç söz konusudur.

b) Bu esasa göre yapılan hukuki işlemler nihai olarak koruma altında değildir. Menfaatler çatışması bağlamında daha güçlü bir hak karşısında bu işlemlerin ve elde edilen hakların geçersiz kabul edilme riski mevcuttur.

Buna göre fıkıh literatüründe zikredilen “Muâmelât meselelerinde zâhire göre amel etmek asıldır”, “Muâmelât meselelerinde tek kişinin haberi makbuldür/muteberdir” gibi ifadelerin ve zilyedliğe güvenerek yapılacak işlemin meşruiyet sınırları içerisinde (mübah) olduğu yönündeki açıklamaların bu iki aşamalı açıklama bağlamında anlaşılması gerekir.⁵⁰ Daha sonra geçersiz olma riskini taşımakla birlikte görünüşe itimad edilerek yapılan hukuki işlemlerin diyani açıdan mübah hükmüne yapılan vurgu ile Müslüman toplumlarda günlük hukuki ilişkilerin devamlılığı yanı sıra basit ve süratli bir şekilde gerçekleştirilebilmesi yönünde bir düzen tesis edilmesinin hedeflendiği ifade edilebilir.

3. İyiniyet Kavramının Menfaatler Çatışması İle İlişkisi

İyiniyetin korunması probleminin gündeme geldiği meselelerde hukuki eksiklik ile irtibatlı olarak aynı olayda birden çok hakkın çatışması söz konusu olabilir. Bu bakımdan iyiniyetin korunması bazı hakların tamamen ya da kısmen göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Hukuk dilinde bir hukuki

50 Kudûrî, *el-Muhtasar*, 5/347-348; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/194; İsbicâbî, *Zâdu'l-fukahâ şerhu Muhtasari'l-Kudûrî*, 2/828; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâyık*, 4/216; 5/218.

işlemlerde ilgili taraflar ya da hakların kullanılması veya borcun ifa edilmesinde ilgili şahıslar arasındaki çıkarların dengelenmesi problemi açısından da gündeme gelen “menfaatler çatışması” iyiniyet meselelerinde genelde iyiniyetli şahıs ile gerçek hak sahibinin çıkarlarının karşı karşıya gelmesini ifade eder. Bazen bir gerekçeye binaen, çatışan bu menfaatler arasından biri daha öncelikli kabul edilmekte bazen de bu çatışmanın dengelenmesi adına farklı hukuki çözümler tespit edilebilmektedir. İslam hukuku açısından iyiniyet ile ilgili meselelerde bazen iyiniyetli kişi ile başka bir hak sahibinin menfaatleri çatışmakta bazen de iyiniyetli kişinin menfaati ile Allah hakkı karşı karşıya gelmektedir. İyiniyet meselelerinde korunmaya daha layık olan menfaatin tespiti ve tercihi aynı zamanda hafif zarar karşısında daha büyük zararın giderilmesi anlamına gelmektedir.

İyiniyet meselelerinin önemli bir kısmında iyiniyetli şahıs ile gerçek hak sahibinin menfaatlerinin çatışması aynı zamanda hukuki işlem güvenliği⁵¹ ile hukuk güvenliği prensibinin de çatışması anlamına gelmektedir. Hukuki işlem güvenliği, kişilerin olağan şartlarda harici verilere güvenerek yapmış oldukları işlemlerin ve tasarrufların önceden öngöremeyecekleri sebepler dolayısıyla geçersiz ve hukuk dışı kabul edilmemesi gerektiğini ve bu nedenle zarar görmelerinin engellenmesini, bu prensip karşısında hukuk güvenliği ilkesi ise hak sahibi açısından hakkın dokunulmazlığı güvencesinin ihlal edilmemesi gerektiğini telkin etmektedir.⁵²

İslam hukukundaki iyiniyet meselelerinde hukuki eksiklik dolayısıyla mevcut çatışma bazı meselelerde iyiniyetli şahsın menfaati ile Allah hakkı (hakk-ı şer‘) arasındadır. Mesela bir işçinin dinen yasaklanmış bir işte çalışması durumunda iyiniyetinden dolayı ücrete hak kazanması Allah hakkı karşısında kul hakkının öncelenmesine dair iyiniyetin etkisini görebileceğimiz bir örnek olarak zikredilebilir. Nitekim şer‘î kuralların ihlâl edildiği bir sözleşme geçersiz olup genel prensiplerin işletilmesi durumunda işçinin ücrete hak kazanmaması gerekir. Ancak işçinin akdin konusuna ve dolayısıyla bu işlemde şer‘î kuralların

51 Modern hukukta iyiniyet kavramı sıklıkla, hukuki işlem güvenliği prensibi bağlamında tartışılmaktadır.

52 Hukuk güvenliği ile hukuki işlem güvenliği arasında mukayeseye dair bkz. Patry, “Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, 20; Hüseyin Ülgen, *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 2.

ihlâl edildiğine dair bilgisizliği yani iyiniyeti İmâm Muhammed tarafından dik-kate alınarak iyiniyetli işçinin emeğinin karşılığını alması gerektiğine hükmedil-miş ve mezhep içerisinde bu görüş benimsenmiştir.⁵³ Fasid akitle satın alınmış bir malın üçüncü şahsa temlik edilmesi durumunda da üçüncü şahsın menfaati ile önceki işlemde kaynaklı fesadın ortadan kaldırılmasının gerekliliği doğrul-tusundaki Allah hakkı çatışmaktadır. Kul hakkı ile Allah hakkı arasındaki bu çatışmada kul hakkı Allah hakkına öncelenmektedir. Buna göre ilgili eşyanın üçüncü şahsa temlik edilmesi durumunda artık önceki akid fesad sebebiyle fes-hedilememekte ve üçüncü şahsın elde ettiği mülkiyet hakkı korunmaktadır.⁵⁴

İyiniyet meselelerinin önemli bir kısmında iyiniyetli şahsın menfaati ile bir başka hak sahibinin menfaati çatışmaktadır. Bu durumlarda hakkaniyet ölçüleri çerçevesinde bir tarafın daha üstün kabul edilen menfaati uğruna di-ğere tarafın çıkarının feda edilmesi gerekebilmektedir. Mesela yukarıda naklet-tiğimiz fasid akitle satın alınan bir eşyanın üçüncü şahsa temlik edilmesi du-rumunda Allah hakkı karşısında üçüncü şahıs tarafından kazanılmış mülkiyet hakkı korunmakta iken iyiniyetli müşterinin yetkisiz bir satıcıdan satın aldığı bir malda elde ettiği mülkiyet hakkı korunmamaktadır. Serahsî bu hükmü şöyle izah eder: “Bu meselede müşterinin ve mâlikin hakları kul hakkı konu-mundadır. Bu iki kul hakkının çatışması durumunda ise daha önce mevcut olan mâlikin hakkı tercih edilir.”⁵⁵ Aynı şekilde müşterinin mükrehten satın aldığı malı bir başkasına satması durumunda da mükreh bu ikinci akdi fes-hedip yeni müşteriden malını geri alabilir. Bu meselede de çatışmanın iki kul hakkı arasında gerçekleşmesinden dolayı mükrehe ait olan mülkiyet hakkının korunması öncelikli kabul edilmektedir.⁵⁶

53 Serahsî, *Mebûr*, 16/38-39; İbn Nüceym, *el-Babru'r-râik*, 8/35-36; *el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, 4/449.

54 Fesad sebebiyle önceki akdin feshedilmesi vacip seviyesinde bir yükümlülüktür. Bk. İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/427; İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, 7/294.

55 Serahsî, *Mebûr*, 13/25-26.

56 Benzer şekilde küçük-büyük veya hususi-umumi zarar arasında ikincisinin def edilmesi öncelenirken eşit derecede iki hususi zarar söz konusu olduğunda genel fıkıh prensipleri doğrultusunda bunlar arasında birini diğerine tercih etmek yani bir hususi zararı diğer bir hususi zarar ile def etmeye çalışmak söz konusu değildir. Bkz. Bilmen, *Hukûk-ı İslâmîyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 7/272, 324.

İyiniyetin bir başkasının hakkına rağmen korunup korunmayacağı önemli bir hukuk problemidir. Nitekim iyiniyetli müşteriye bazı durumlarda -gerçek hak sahibine rağmen- satın aldığı eşyaya mâlik kabul eden hukuki düzenlemelerde mâlikin mülkiyet hakkı onun rızası dışında elinden alınmaktadır. Bu nedenle Kara Avrupası hukuk sisteminde mâlikin bu külfete katlanmasını daha hakkaniyetli bir düzeye taşımak için müşterinin iyiniyetle aynî hak iktisabı elde edilebilmesine dair en yaygın çözüm yolu olarak menkul malın mâlikin elinden rızası ile çıkmış olması yani iyiniyetli müşterinin “emin zilyed” konumundaki yetkisiz kişiden satın alması ölçütü belirlenmiştir.⁵⁷ Aslında iyiniyetli müşteri için hukuki görünüş bakımından ve dolayısıyla alışveriş güvenliği konusunda bir farklılık teşkil etmeyen bu kayıt bir bakıma menfaatler çatışması bağlamında iyiniyetli müşteriye korumak adına mâlikin kendi eyleminin sonucuna katlanması olarak yorumlanmaktadır. Nitekim hukukun şahıslarda bir yetki olarak kabul ettiği hakların başkaları tarafından ihlal edilmemeleri için onların diğer insanlar tarafından bilinmeleri gerekmektedir. Bu noktada kişinin kendi malının zilyedi olması önem arz eder. Ancak kişi malını kendi isteğiyle bir başkasına teslim ettiği ve malın zilyedi asıl mal sahibi değil de onun rızası doğrultusunda emin zilyed konumundaki bir başka şahıs olduğunda “iyiniyetin korunması” gündeme gelmektedir. Türk hukuk doktrininde bunun için “yanıltıcı görünüş” veya “etkili görünüş” gibi bazı nitelendirmeler kullanılmaktadır.⁵⁸ Adeta mal sahibi burada kendi rızasıyla malını ariyet, emanet vb. bir işlemle bir başkasına teslim ettiğinde bu malın elinden tamamen çıkması riskini göze almış kabul edilir. Bir anlamda kendi isteğiyle malını “tehlikeli tedavül sahası”na çıkarmış olmaktadır.⁵⁹ Kişinin malını emanet ettiği şahsı iyi değerlendirmesi öngörülmektedir. Bu noktada mal sahibine “kime güvendiğin

57 “Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.” (TMK, md. 988)

58 *Tekinay Eşya Hukuku*, 165; Seyfullah Edis, “Türk Medeni Hukukunda İyiniyet (Sübjektif Hüsünüyet)”, *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan* (1972), 146. Bu durum üçüncü şahıslar açısından Arapça literatürde “galat-ı şâi” İngilizce literatürde ise “common and invincible error” olarak ifade edilmektedir. Bk. Hassân el-Mecâlî, *Himâyetü’l-gayr haseni’n-niyye fi’l-kânûni’l-medeni’l-Ürdüni: dirâse mukârene* (Ürdün: 2003), 87; Mircea Noslacan, “The Good Faith And The Theory of The Appearance In The Law”, 645, 651.

59 Giehl, Friedrich, “Menkullerin İyiniyetle Kazanılması Doğma ve Hukuk Gerçeği”, trc. Mustafa Dural, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 4/6 (1970), 170.

hususunda dikkatli ol” prensibi dikte edilmektedir. Dolayısıyla malını ariyet veya emanet gibi bir yolla bir başkasına veren şahıs hiçbir kusuru olmasa dahi sebep olduğu neticeden dolayı mesul sayılmaktadır.⁶⁰

Burada gözden kaçırılmaması gereken husus şudur. İyiniyetli müşteri ile mâlikin menfaatleri arasında bir çatışma söz konusudur ve hukuki açıdan bu menfaatlerden biri “daha” haklı bulunmaya çalışılmaktadır. Aksi takdirde birisine bir eşyayı emanet etmek, bozuk bir eşyayı tamirciye teslim etmek vb. işlemler de insanların ihtiyaç duydukları tasarruflardır. Dolayısıyla prensip olarak bu tür bir tasarrufta bulunarak eşyasını bir başkasına teslim eden mal sahibinin medeni hukuk açısından cezalandırılması söz konusu değildir. Ancak iyiniyetli kişinin iktisabı ile mal sahibinin yetkisi dâhilindeki bu tasarrufu çatıştığında bu iki haklı menfaatten biri tercih edilmek durumundadır. Modern hukuktaki hukuki işlem güvenliği uğruna mâlikin aleyhine iyiniyetli müşteri lehine yapılan düzenlemeler bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir.⁶¹ Bununla birlikte detaylara dair bazı hususlar tartışılmakla birlikte iyiniyetle aynı hak iktisabının modern hukukun artık değiştirilemeyecek bir kuralı olduğu ifade edilmektedir.⁶² Türk medeni hukukunda gayrimenkul mallarda yolsuz tescile güvenen iyiniyetli müşterinin -mâlikin elinden rızası ile çıkmış olması gibi bir şart aranmaksızın- her durumda mâlikin aleyhine korunarak mülkiyet hakkını elde edebilmesi yoluna gidilmiştir. İlgili kanun maddesi şu şekildedir: “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.” (TMK, md. 1023) Dolayısıyla hatalı kaydedilmiş de olsa tapu siciline güvenerek bir gayrimenkulü satın alan iyiniyetli kişi tapu siciline yönelik “umumî güven ilkesi” gereği korun-

60 Rauch, “Malikin Rızası Dışında Elinden Çıkmış Olan Eşya Üzerinde Mülkiyet Kazanılmasının Cermen Hukuku Bakımından Tetkiki”, trc. Kudret Ayiter, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/3 (1952), 217, 220; Ergün Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1970), 310.

61 Rauch, “Malikin Rızası Dışında Elinden Çıkmış Olan Eşya Üzerinde Mülkiyet Kazanılmasının Cermen Hukuku Bakımından Tetkiki”, 217-218. Bazı yazarlar da mâlik için çok özel bir kıymeti haiz olan bir malın belli bir süre içerisinde ve iyiniyetli müşterinin satın alırken vermiş olduğu bedeli kendisine vermek suretiyle mâlik tarafından geri alınabilmesinin makul olduğunu dile getirmektedir. Bkz. Akın Düren, “Mukayeseli Hukukta Taşınırın Malik Olmayandan İktisabı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29/3 (1973), 244-245.

62 Akkanat, *İyiniyetin Korunması*, 8.

maktadır. Burada normal durumlarda “haksız tescilin aynı bir netice doğurmayacağı” prensibine iyiniyetli üçüncü kişiler lehine bir istisna getirilmiştir.⁶³

İslam hukuk literatüründe bir nesne üzerindeki en güçlü hak ve yetkiyi ifade eden “milk” eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet temin eden ve herkese karşı ileri sürülebilen hakları ifade eder. Milk niteliğindeki hakların iki temel unsurundan ilki eşya üzerinde hak sahibine mutlak tasarruf kudreti vermesi (iç muhteva) diğeri ise herkese karşı ileri sürülebilmesi (dış muhteva) olarak ifade edilmektedir. Buna göre milk niteliğindeki haklar, diğer tüm insanların ihlâl etmesine karşı korunmuştur.⁶⁴ Fıkıh literatüründe geniş manada milkin ve özellikle mülkiyet hakkının dokunulmazlığına ve korunmasına dair “ismet, hurmet ve kul hakkı (hakk-ı abd)” gibi önemli ve güçlü kavramlar geliştirilmiştir. Ayrıca dinin korumayı amaçladığı (makâsıd) beş şeyden birinin mal olduğu tespit edilmiş ve malın saygınlığı ve dokunulmazlığı canın saygınlığı ve dokunulmazlığı ile eşit derecede değerlendirilmiştir.⁶⁵

Klasik fıkıh doktrininde iyiniyetin başkasına ait mevcut bir mülkiyet hakkını ihlâl ettirecek şekilde korunmasına pek sıcak bakılmadığı söylenebilir. Bir malın iyiniyetli müşterinin elinden geri alınması ve dolayısıyla alışveriş işlemlerinde oluşacak risk ortamı mâlikin menfaatleri ve mülkiyet hakkının dokunulmazlığı ile mukayese edildiğinde aksi yönde bir fikhî çözümü gerektirecek ölçüde büyük bir zarar olarak değerlendirilmemiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere karşı tarafın beyanı veya zilyedlik gibi bazı olgulara itimad edilerek iyiniyetle yapılan alışveriş diyani açıdan mübah kabul edilmiştir.⁶⁶ Ancak bu alışverişin kişinin iyiniyetine binaen diyani açıdan mübah olması, satım konusu eşyanın istihkâka konu olması durumunda gerçek hak sahibi aleyhine

63 Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş* (İstanbul: Fakülter Martbaası, 1980), 337; Ali Erten, “İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar”, *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan* (1972), 187; Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, 196-197.

64 Hasan Hacak, “Milk”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2005), 30/62.

65 Serahsî, *Mebûsât*, 2/3; 11/49; Mevslî, *İhtiyâr*, 2/562; Şelebî, *Hâşiyetü Tebyînu'l-hakâyk*, 2/81. Özellikle hurmet ve kul hakkı kavramlarında dokunulmazlık niteliğinin dinî temeli de vurgulanmış olmaktadır. Kazâ müessesesi kul haklarını muhafaza içindir. Bkz. Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb*, thk. Sâid Bekdâş (Beirut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 2014), 5/172.

66 Serahsî, *Mebûsât*, 11/49; İbn Nüceym, *el-Babru'r-râik*, 8/366; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, thk. Abdülkerîm Sâmî (Beirut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2004), 5/294.

bir hüküm ifade etmez. İlk aşamada müşterinin menfaatine yönelik ve alışveriş işlemlerinin devamlılığı açısından bir dereceye kadar işlevsel olan mübahlık hükmü, daha kuvvetli olan mülkiyet hakkının dokunulmazlığı prensibi karşısında etkisini yitirmektedir. Bu konuda fıkıh âlimleri mülkiyet hakkının dokunulmazlığını ihlal ettirmeyi gerektirecek ölçüde zaruret derecesinde bir toplumsal ihtiyacın söz konusu olmadığı kanaatinde. Nitekim haksız olarak elde tutulan eşyanın sahibine bizzat teslim edilmesini engelleyen tek şeyin acziyet olduğu ifade edilmektedir. Bu da ancak malın (hakikaten veya hükmen) helâk olması durumunda söz konusu olabilir.⁶⁷ Tek kişinin vermiş olduğu haberin muamelat alanında muteber olsa da mevcut bir hakkı iskat edecek güçte hüccet olmadığı ifade edilmektedir.⁶⁸ Bu doğrultuda Burhâneddin el-Buhârî'nin (ö. 616/1219) görünüşe itimad eden iyiniyetli müşteri ile mâlikin menfaatlerinin çatışmasını hâcet/zaruret ölçüsü bağlamında değerlendirdiği ifadeleri özetle şu şekildedir: "Tek kişinin haberi muamelelerin diyâneten mübah olması açısından kıyasa aykırı olarak zaruret nedeniyle hüccet kabul edilmiştir. Ancak yapılan işlemi mübah kabul etmenin ötesinde mâlikin rızası olmadan mülkiyet hakkını sona erdirecek şekilde muamelelerin geçerli olmasını gerektirecek bir zaruret söz konusu değildir."⁶⁹

İyiniyet kavramına ilişkin genel bir tasavvur oluşturmak bakımından menfaatler çatışması bağlamındaki bu açıklamalardan sonra iyiniyet kavramına dair tartışmaları daha da somutlaştırarak haksız yapı örnekliğinde ele alabiliriz.

4. İyiniyetli Haksız Yapı Sahibi Örneği

Haksız yapı, kişinin bir hakka dayanmaksızın kendi malzemesiyle başkasının arsasına, başkasının malzemesiyle kendi arsasına, başkasının malzemesiyle başkasının arsasına yapmış olduğu inşaat olarak tarif edilir. Türk medeni hukukunda başkasının arazisine haksız bir şekilde bina inşa etmiş olan kişi eğer iyiniyetli ise diğer şartların da varlığı durumunda ilgili arazinin mülkiyet

67 Serahsî, *Mebûsât*, 11/50.

68 قول الواحد ليس بحجة في إسقاط حق مستحق للعباد Serahsî, *Mebûsât*, 10/171, 175, 178. Ayrıca bk. Ebû Zeyd Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, thk. Halil Muhyiddin el-Meys (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2001), 174.

69 Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, 5/298.

hakkını kazanabilmektedir.⁷⁰ Bu konuda TMK, md. 724 şu şekilde düzenlenmiştir: “Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir.”

Haksız yapı meselesinde menfaatler çatışması bağlamında bir tarafta arsa sahibinin mülkiyet hakkının dokunulmazlığı, diğer tarafta ise meydana getirilen bir değer ve onun yıktırılmasının meydana getireceği zarar söz konusudur. Klasik dönem Hanefî mezhebi kaynaklarında bu konuda iki görüş mevcuttur. Bunlardan biri mezhepteki hâkim görüş olarak ifade edebileceğimiz Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ından itibaren hemen tüm metinlerde mezhep görüşü olarak nakledilen ve bazı eserlerde *zâhirü'r-rivâye* olarak belirtilen bina sahibinin binasını sökmesi ve arsayı mâlikine teslim etmesi gerektiği hükmüdür. Diğer ise Ebu'l-Hasen el-Kerhî'ye (ö. 340/952) nispet edilen binanın daha değerli olması durumunda haksız bina sahibinin bedelini tazmin etmek suretiyle arsaya mâlik olabileceği görüşüdür. Bu fikhî çözümlerden ilki mutlak olarak arsa sahibini korurken Kerhî'ye nispet edilen görüşte ise inşa edilen binanın değeri arsanın değerinden fazla olması durumunda iyiniyet-kötüniyet dikkate alınmaksızın bina sahibi -arsa sahibinin mülkiyet hakkının feda edilmesi uğruna- korunmaktadır.⁷¹

Başkasının arsasına haksız bina inşa edilmesi konusu belli ölçüde hukuki tağyîr meseleleriyle irtibatlıdır. Bu nedenle başkasına ait bir menkul malın değişikliğe uğratılmasını ifade eden tağyîri, temellük sebebi olması bakımından ele alıp daha sonra haksız yapı konusuna geçebiliriz.

4.1. Menkul Bir Malı Mülk Edinme Sebebi Olarak Tağyîr

Hanefî mezhebine göre başkasına ait menkul bir malı tağyîr etmek temellük sebebidir. Buna göre gasp edilen mal gâsıbın fiili ile ismi ve fonksiyonlarının çoğu kaybolacak şekilde değişikliğe uğrasa mâlikin bu eşyadaki mülkiyet hakkı ortadan kalkar, bu eşya gâsıbın mülkiyetine dâhil olur ve buna mukabil gâsıb için önceki mâlike karşı tazmin yükümlülüğü meydana gelir. Bununla birlikte değerini tazmin etmedikçe gâsıbın kendi mülkiyetine dâhil olan bu maldan yararlanması helâl değildir.⁷² Hanefî mezhebinin bu görüşüne göre tağyîr ile mül-

70 Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, 206; Emrehan İnal, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70/1 (2012), 245-246.

71 Bu görüşler aşağıda kaynaklara atıf yapılarak değerlendirilecektir.

72 Serahsi, *Mebûr*, 11/88; Merğînânî, *Hidâye*, 9/340-341; Molla Hüsrev, *Düverü'l-hukkâm*, 2/265; Meydânî, *Lübâb*, 3/476.

kiyet hakkı elde edilebilmesi için gâsıbın iyiniyetli olması veya meydana getirdiği değerın esas maldan daha kıymetli olması gibi şartlar ileri sürülmemektedir.⁷³ Türk medeni hukukunda da “işleme” bir mülk edinme sebebi olmakla birlikte kişi başkasına ait bir şeyi işler veya başka bir şekilde sokarsa ancak emeğinin değerinin eşyanın değerinden fazla olması durumunda o şeye sahip olabilir. Ayrıca işleyen kişi iyiniyetli değilse mahkeme eşyayı eski sahibine verebilir.⁷⁴

4.2. Başkasına Ait Malzemenin Bina İnşaatında Kullanılması

Hanefî mezhebine göre başkasına ait bir malzemenin gasp edilip bina inşaatında kullanılması durumunda tağyîr hükümleri doğrultusunda mâlik bu malını geri isteyemez. Çünkü gasp edilen mal bir birleşime dâhil edilince artık önceki müstakil varlığından başka bir şeye dönüşmüştür. Nitekim her iki durumdaki fonksiyonları farklıdır. Buna göre binaya dâhil edilmesi malzemeni “hükmen” helâk etmek demektir. Sonuçta mâlikin mülkiyet hakkı zail olup gâsıb bu malzemeye değeri mukabilinde sahip olmaktadır.⁷⁵ Kerpiç veya tuğla türünden bu malzemenin uğramış olduğu değişiklik menkul iken akar olmak şeklinde açıklanmaktadır.⁷⁶ Hanefî fakihlerinin bu konuya yaklaşımı zaruret ölçüsü diyebileceğimiz bir çerçevede seyretmektedir. Buna göre hakikaten helâk olan geri verilemeyeceği gibi hükmen helâk olanın da geri verilmesinin gerekliliğine hükmedilememektedir. Dolayısıyla gâsıb açısından sorumluluk tazmine intikal etmiş olmaktadır.⁷⁷

Hanefî mezhebi fakihleri başkasının menkul malına tağyîr ile mâlik olunmasına dair mezhep görüşünü iki gerekçe ile temellendirmektedir: a- Gasp edi-

73 Akif Aydın, “Gasp”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 13/390.

74 TMK, md. 775; Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku Birinci Kitap* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1972), 2/274-275. Roma hukukunda da tağyîr ile mülk edinme hususunda iyiniyet kriteri dikkate alınmaktadır. Bkz. Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Beta Basım, 1990), 452-453.

75 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/149; Bağdâdî, *Mecmeu'd-damânât fî mezhebi'l-İmâmî'l-a'zam Ebi Hanîfe en-Nu'mân*, thk. Muhammed Ahmed Serac-Ali Cuma Muhammed (Kâhire: Dâru's-Selâm, 1999), 1/311, 322.

76 Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 2/1635.

77 Gâsıb binayı yıkıp malzemeyi geri verecek olsa, mahkeme değerini tazmine hükmetmişse bunu yapamaz. Mahkeme değerini tazmine hükmetmeden önce ise bazı fukahâyâ göre faydasız bir şekilde malın zayı edilmesi söz konusu olacağı için yine de bu şekilde hareket etmesi helâl değildir. Bk. Şeyhîzâde, *Mecmeu'l-enhur fî şerhi Mültekal-ebhur*, thk. Halîl İmrân el-Mansûr (Beirut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1998), 4/88; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 2/1657-1658, 1660.

len malın hakikaten veya hükmen (mânen) helâk olması b- Gâsıbın değer ifade eden bir fiilin söz konusu olması (sun'a-i mütekavvime).⁷⁸ Bina inşaatında kullanılan başkasına ait malzeme ile ilgili zarar mukayesesi bağlamında mâlikin zararının ehven kabul edilmesi de ilave bir gerekçe olarak zikredilmektedir.⁷⁹

Hanefî mezhebi açısından tağyîr meselesinde ve bununla irtibatlı olarak başkasına ait bir malzemeyi bina inşaatında kullanma meselesinde kazâen gâsıb lehine verilmiş olan hükümlerde iyiniyet şartının aranmadığı görülmektedir. Bu durum meselenin ahlâkî ölçüler gözetilerek değil olgusal zorunluluk şartları dikkate alınarak ve zarar mukayesesi bağlamında değerlendirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu hükümler tabîî olarak iyiniyetli kişilerin de lehine bir hukuki sonucu ihtiva etmektedir.⁸⁰

4.3. Başkasının Arsasına İnşa Edilen Haksız Yapı

Hanefî mezhebi fîrû fıkıh kaynaklarında başkasının arsası üzerine yetkisi olmaksızın bina inşa etme konusu Gasp bölümünde tağyîr meseleleri işlenirken ele alınır. Bununla birlikte bu meselenin tağyîr meseleleri ile benzer ve farklı yönleri olan müstakîl bir konu olduğu söylenebilir.⁸¹

Hanefî mezhebi açısından tağyîr konusunun merkezinde ilgili menkul malın değişikliğe uğramakla hakikaten veya hükmen yok olması ve aynıyla iadesinin imkânsız hâle gelmesinden hareketle bir nevi zaruret durumu söz konusudur. Arsaya bina inşa edilmesinde ise arsanın varlığı olduğu gibi devam etmektedir. Kısmen tağyîr meselelerinde işletilen fikhî akıl yürütmeden de yararlanan bu mesele daha çok haksız yapı sahibinin zulmünün bertaraf edilmesi ve mâlikin arsa üzerindeki mülkiyet hakkının dokunulmazlığının ko-

78 Merğînânî, *Hidâye*, 9/340; İsbicâbî, *Zâdu'l-fukahâ*, 674. Malın hakikaten helâk olması ile ilgili buğday-un meselesi örneği üzerinden Serahsî'nin açıklamalarına, hükmen helâk olması ile ilgili de bina inşaatında kullanılan malzeme örneği üzerinden Kâsânî'nin açıklamalarına bakılabilir. Bk. Serahsî, *Mebûsât*, 11/87-88; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/149.

79 Merğînânî, *Hidâye*, 9/343-344; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/149; Meydânî, *Lübâb*, 3/480.

80 Malzeme meselesinde bina ile malzeme arasındaki kıymet farkı açıktır. Tağyîr meseleleri çerçevesinde ele alınan sâce üzerine binâ inşa edilmesinde ve Kerhî'ye nispet edilen arsa üzerine bina inşa edilmesi meselesinde binanın daha değerli olması sâceyi ve arsayı temellük için bir şart olarak ifade edilmektedir. Bkz. Meydânî, *Lübâb*, 3/480; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 9/280; Bağdâdî, *Mecmeu'd-damânât*, 1/323; Kadızâde, *Netâicü'l-efkâr*, 9/34.

81 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/149; İsbicâbî, *Zâdu'l-fukahâ*, 675; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâyık*, 5/229; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 8/212.

runması veya inşaat sahibi tarafından maddî bir değer ortaya konmuş olması ve iki tarafın zararlarının mukayesesi dikkate alınarak değerlendirilmektedir.

Hanefî mezhebi kaynaklarında başkasının arsasına bina yapan kimse ile ilgili nakledilen hâkim görüşe göre mutlak olarak binanın sökölüp arsanın mâlikine teslim edilmesi gerekmektedir.⁸² Kerhî'ye nispet edilen diğer görüşe göre ise binanın değeri arsanın değerinden fazla ise gâsıb değeri mukabilinde arsaya mâlik olabilmektedir.⁸³ Bazı kaynaklarda Kerhî'nin, bu hükmü mezhebin görüşü olarak naklettiği ifade edilmektedir.⁸⁴ *Şerhu'l-Vikâye*'de doğrudan İmâm Muhammed'e nispet edilen⁸⁵ bu görüşü Şeyhîzâde (ö. 1078/1667) meşâyıha nispet ettikten sonra bazı müteahhir dönem fakihlerinin bu görüşle fetva verdiklerini, kendi zamanındaki bazı fakihlerin ise zulüm kapısını kapamak üzere *zâhirü'r-rivâye* görüşü ile fetva verdiklerini ifade eder.⁸⁶ Bazı müellifler aynı görüşü Kerhî'nin ismini zikretmeksizin nakletmektedir.⁸⁷ Molla Hüsrev (ö. 885/1480) *Gurer* isimli muhtasarına mezhepteki hâkim görüşü değil binanın değerinin arsanın değerinden fazla olması durumunda gâsıbın arsaya değerini tazmin mukabilinde mâlik olabileceğine dair bu görüşü almıştır.⁸⁸ Haskefi ö. (1088/1677) de binanın daha değerli olması durumunda gâsıbın mâlik olacağı hükmünü nakletmekle birlikte İbn Abidin ö. (1252/1836) bunun müftâ bih olmayıp Kerhî'nin görüşü olduğunu hatırlatır. Ayrıca zulmü engellemek üzere Kerhî'nin görüşüyle fetva verilemeyeceğini nakleden İbn Abidin, Ebussuud Efendi ö. (982/1574) ve Ali Efendi'nin ö. (1103/ 1692) de bu doğrultuda bir anlayışı benimsediklerini nakleder.⁸⁹

82 Kudurî, *el-Muhtasar*, 3/480; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/149; Merğînânî, *el-Hidâye*, 9/348; Mevsilî, *İhtiyâr*, 2/573-574; Şeyhîzâde, *Mecmeu'l-ehur*, 4/88; Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, 2(5)/48.

83 Aynî, *Binâye*, 9/349; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 9/280; Meydânî, *Lübâb*, 3/481.

84 İlgili kaynakları görmek için bkz. Kamil Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019), 168.

85 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, 2(5)/48.

86 Şeyhîzâde, *Mecmeu'l-ehur*, 4/88.

87 Zeylâi, *Tebyînu'l-hakâyk*, 5/229; İbn Nüceym, *Babru'r-râik*, 8/212.

88 Molla Hüsrev, *Dürrerul-hukkâm*, 2/266. Attâsî, bunun metinler içerisindeki tek istisna olduğunu söyler. Bk. Attâsî, *Şerhu'l-Mecelle*, 3/441. İbn Nüceym de *Eşbâh*'ta sadece bu görüşü nakletmektedir. Bk. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk. Muhammed Mutî el-Hâfız (Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1986), 97.

89 İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 9/280-281; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, 7/338-339; Ali Haydar Efendi, *Dürrerul-hukkâm*, 2/1659.

4.4. Mecelle’de İyiniyetli Haksız Yapı Sahibinin Korunması

Yukarıda ifade edildiği üzere Hanefî mezhebi fûrû fıkıh kaynaklarında başkasının arsasına bina yapma meselesine dair hâkim görüş binanın söktürülüp arsanın, sahibine iade edilmesi doğrultusundadır. Ancak Kerhî’ye nispetle haksız yapı sahibi lehine verilmiş olan hükmün de belli ölçüde dikkate alındığı ve bazı eserlerde esas görüş olarak nakledildiği görülmektedir. Bu, menfaatler çatışması bağlamında, meydana getirilmiş maddî bir değer korunması veya belki pratikte iyiniyetli haksız yapı sahiplerinin korunması doğrultusunda bir yaklaşım olarak yorumlanabilir. Nitekim bunun mukabilinde mezhepteki hâkim görüş doğrultusunda bina sahibinin binayı söküp arsayı mâlike teslim etmesi gerektiği hükmü iyiniyetli haksız yapı sahiplerini de kapsamaktadır.

Hanefî mezhebindeki hâkim görüş doğrultusunda iyiniyetli haksız yapı sahibi arsayı sahibine teslim etmekle yükümlü olmakla birlikte kendisini aldatan (tağrîr) kişiye binasının arsa üzerindeki değerini tazmin ettirebilmektedir. Mesela iyiniyetli müşteri satın alıp da bina inşa ettiği arsanın istihkâka konu olması durumunda ödemiş olduğu semeni geri aldığı gibi kendisine bu arsayı satan kişiye inşa ettiği binasının sökülüş olan malzemesini teslim ederek binanın arsa üzerindeki -kâimen- değerini tazmin ettirebilmektedir. Burada iyiniyetli kişi için kısmî bir korumanın mevcut olduğu görülmektedir.⁹⁰ Bununla birlikte bina sahibinin bu hukuki korumadan yararlanması için iyiniyet tek başına yeterli olmayıp iyiniyetli bina sahibinin “aldatılmış” olması da şart koşulmaktadır. Tazmin sorumluluğunu yüklemek için bir “aldatan” arayışının neticesi olarak mesela iyiniyetli şufadâr bir arsaya bina inşa etse ve daha sonra ilgili arsa istihkâka konu olsa bu kişinin herhangi bir şekilde binanın değeri için rücû hakkı yoktur. Çünkü kendisi “aldatılmış” değildir.⁹¹ Ebû Yûsuf ise bu konuda “tağrîr” kavramına geniş bir yorum getirip satıcının şufadârı da aldatmış olduğu değerlendirmesini yaparak şufadârın da binanın kâimen değeri için satıcıya rücû edebileceğini savunmaktadır.⁹²

90 Serahsî, *Mebûsât*, 26/34; Sadruşşerîa, *Şerhu’l-Vikâye*, 2(5)/59; Merğînânî, *Hidâye*, 9/411; Zeylâi, *Tebyînu’l-hakâyk*, 5/251; İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, 9/340; Ali Haydar Efendi, *Düverü’l-hukkâm*, 2/1008.

91 Cessâs, *Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî*, thk. İsmetullah Muhammed (Beirut: Dâru’l-Beşâiri’l-İslâmiyye, 2010), 8/249; Kadızâde, *Netâicü’l-efkâr*, 9/411-412.

92 Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, 5/30.

Mecelle, Hanefî mezhebi içerisinde yukarıda zikredilen iki görüşten birini tercih etmeyip inşaat sahibi ile arsa mülkînin çatışan menfaatleri arasındaki dengeyi temin etme üzere inşaat sahibinin iyiniyetli olması durumunda binanın değerinin arsanın değerinden fazla olması şartıyla arsaya değeri mukabilinde mülkî olabileceği hükmünü kanunlaştırmıştır. Mecelle'nin 906. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Mağsûb arz olup da gâsıb anın üzerine ebniye inşa yahut eşcâr gars etse bunları kal' ile arzı reddetmek üzere gâsıba emrolunur. Ve eğer ebniye ya eşcârın kal'ı arza muzır ise mağsûb minh anların müstehikku'l-kal' olarak kıymetlerini i'tâ ile anları dahi zabt edebilir. Fakat ebniye ya eşcârın kıymetleri arzın kıymetinden ziyade olup da [kendisine mülkî ifade eder] *sebeb-i şer'î* [nefsülemrde mevcut olmak] *zu'miyle* inşa yahut gars olunmuş [olduğu hâlde mezkûr sebep nefsülemrde mevcut olmadığı muahharan tahakkuk eder] ise ol hâlde ebniye yahut eşcârın sahibi arzın kıymetini i'tâ ile arzı temellük eder. Mesela bir kimse pederinden mevrûs olan arsa üzerine ol arsanın kıymetinden ziyade akçe sarfiyle ebniye inşa ettikten sonra biri arsaya müstehik çıksa ol kimse arsanın kıymetini verip arsayı zabt eyler.”⁹³

Mecelle'de zikredilen bu örnekte kişi kendisine miras kalmış olan bir arsaya bina inşa ederken herhangi bir kimseye zarar verme, hukuk kurallarını ihlâl etme gibi bir düşünce içerisinde değildir. Ancak daha sonra arsanın istihkâka konu olması durumunda binayı haksız bir şekilde inşa ettiği anlaşılmış olmaktadır. Dolayısıyla Mecelle, bir şerî sebep ile mülkiyet hakkına sahip olduğu kanaatine binaen başkasının arsasına bina inşa eden iyiniyetli haksız yapı sahibini korumaktadır.⁹⁴ Mecelle'deki düzenlemede açık bir ifade ile “iyiniyet” şart koşulmamış olsa da Mecelle şerhlerindeki açıklamalarda da görüleceği üzere bu düzenlemenin amacının iyiniyetli kişiyi korumak olduğu ve bunun da objektif düzeyde belirlenmesi için yapı sahibinin “bir şerî sebep iddiasına istinad etmesinin” düzenlemeye konu edildiği ifade edilebilir. Mesela Mecelle şârihi Atrâsî'nin konuyla ilgili değerlendirmesi şöyledir:

93 Köşeli parantez içerisindeki ifadeler Mecelle şerhinden alıntılanmıştır. Bkz. Ali Haydar Efendi, *Düerü'l-hukkâm*, 2/1660.

94 Ömer Nasuhi Bilmen her ne kadar Mecelle'nin bir tercihte bulunduğuna dikkat çekmese de sebep-i şerî iddiasıyla bina yapmış olan kişinin hukuki açıdan korunmasına gerekçe olarak bu kimsenin “suiniyeti ve suikasının bulunmadığını” ifade eder. Bkz. Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 7/339.

“Mecelle’nin bina yapan veya ağaç dikenin zulmü söz konusu olduğunda *zahirü’r-rivaye* görüşünü, aksi durumda ise Kerhî’nin görüşünü esas aldığı görülmektedir. Bu ne güzel bir ayırımdır. Buna göre bina sahibinin zulmü söz konusu olmadığı ancak arsaya bir hak sahibi çıktığında ‘büyük zarar küçük zarar ile giderilir’ ilkesi doğrultusunda Kerhî’nin görüşüyle fetva verilmekte, bina sahibinin zâlim olduğuna kanaat edildiğinde ise *zahirü’r-rivaye* görüşüyle amel edilmektedir.”⁹⁵

Mecelle’de yer alan bu hükmün farklı durumlarda iki farklı görüşten birinin tercih edilmesinden ziyade “bina sahibinin iyiniyetli olması durumunda arsaya mâlik olabileceği” şeklinde üçüncü bir görüş olarak ifade edilmesi daha isabetlidir.⁹⁶ *Mir’ât-ı Mecelle*’de bu ayırım müteahhir dönem Hanefî âlimlerinden birisinin şu ifadesine dayandırılır: “Şeriatın temel prensiplerine en uygun olanı eğer kişi kendisine miras kalmış olması gibi bir şerî sebep iddiasıyla bina yapmışsa Kerhî’nin görüşüyle, değilse *el-Kitâb*’da nakledilen görüşle fetva vermektir.” Müellif, başkasının arsasına cebren, gasp yoluyla bina yapılması ile müşterinin bir şerî sebebe dayanarak (alâ vechin şer’iyyin) bina yapması arasındaki bu ayırımın hakkaniyetli olduğunu ifade eder.⁹⁷ Bu nakil dikkate alındığında ise Mecelle heyeti Hanefî mezhep geleneği içerisindeki iyiniyetli haksız yapı sahibi lehine mevcut olan -fakat görebildiğimiz kadarıyla fûrû metinlerinde pek nakledilmeyen- bu görüşü esas almış olmaktadır.⁹⁸

95 Müellif elbette sadece inşaat sahibinin iddiasının yeterli olmadığını, hâkimin gerekli araştırmayı yaparak ilgili verileri titiz bir şekilde incelemesinin gerektiğini, kötünüyetli insanların bu iddiayla insanların arsalarına mâlik olmaya çalıştıklarına şahit olduğunu söyler. Bk. Attâsî, *Şerhu’l-Mecelle*, 3/441-442.

96 Mecelle’nin iyiniyetli haksız yapı sahibini koruması hakkında bkz. Ebül’ulâ Mardin, *Hukuku Medeniye Dersleri* (İstanbul, 1928), 2/150-151; Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku* (İstanbul: Ensar Yayınevi, 2011), I, 143; Aydın, “İslam Hukukunda Gasp”, 193-194; Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, 170.

97 Mesud Efendi, *Mir’ât-ı Mecelle* (İstanbul, 1302), 320.

98 Bu meselenin “Büyük zarar, küçük zarar ile def edilir.” ilkesi çerçevesinde teaddî ve zulüm niteliklerinin bulunmaması bakımından Mecelle’nin 902. maddesindeki hüküm ile paralel bir sonucu ifade ettiği zikredilmektedir. Bkz. Selîm Rüstem, *Şerhu’l-Mecelle*, 1/503-504.

Sonuç

İyiniyet, hukuki eksikliğe ilişkin mazur görülebilir bir bilgisizlik veya hatalı zan içerisinde bulunan kişinin bu durumunu ifade eder. Mevcut hukuki eksiklikten haberdar olan kişi kasıtlı olarak başkasına zarar verecek bir tasarrufta bulunmakta iken hukuki eksikliği bilmeyen şahıs ise hukuk kurallarını ihlal etme veya herhangi bir kimseye zarar verme gibi bir haksızlık bilinci taşımamaktadır. Buna göre iyiniyet, kişinin ahlaki niteliğini ifade etmek üzere kullanılan bir hukuk terimidir. Klasik fıkıh doktrinde “hukuki eksikliğe ilişkin bilgisizlik” olgusunun bu yaklaşım ile temellendirilebilecek bir çerçevede, kişinin niyeti dikkate alınarak ahlâki niteliği bağlamında değerlendirilmiş olduğu görülmektedir.

Hukuki eksiklik, ilgili meselenin özelliğine göre tasarrufun meşrû olmaması, hukuki işlemin geçersizliği, tazmin yükümlülüğü, hukuki açıdan yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması gibi olumsuz bir etkiye sahiptir. Bazı meselelerde hukuki eksikliğe rağmen kişinin iyiniyeti bu olumsuz sonucu kısmen veya tamamen giderici bir işleve sahiptir. İyiniyetin korunduğu durumlarda aynı meseledeki kötünüyetli kişinin aksine iyiniyetli kişi lehine tespit edilmiş olan hükümler, menfaatler çatışması bağlamında iyiniyetli kişinin menfaatinin korunmaya daha layık kabul edilmesinin bir sonucudur.

Klasik fıkıh doktrinde iyiniyetin başkasına ait mevcut bir mülkiyet hakkını ihlâl ettirecek şekilde korunmasına pek sıcak bakılmadığı söylenebilir. Bununla birlikte Mecelle heyeti iyiniyetli haksız yapı sahibine binanın değerinin arazinin değerinden yüksek olması şartıyla bedeli mukabilinde araziye mâlik olma imkânı tanıyarak onun menfaatini üstün kabul etmiştir. Burada arsa sahibi açısından mülkiyet hakkının dokunulmazlığı prensibine, iyiniyetli haksız yapı sahibi lehine önemli bir istisnai düzenleme yapılmıştır. Mecelle heyetinin bu meselede Hanefi mezhebindeki hâkim görüşten ayrılıp farklı bir hükmü kanunlaştırırken kişinin ahlâki niteliğini de dikkate alarak maddi bir değerin muhafaza edilmesi için hâcet/zaruret gerekçesine istinat etmiş olduğu ifade edilebilir.

Görebildiğimiz kadarıyla Hanefi mezhebi fıkıh kaynaklarında ve Mecelle şerhlerinde haksız yapı konusu ve iyiniyetli haksız yapı sahibine dair mesele ve hükümler ele alınırken taşkın yapı problemine değinilmemektedir. Taşkın yapıya dair hükümlerin de haksız yapı ile ilgili tespit edilen hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Buna göre Mecelle’de iyiniyetli haksız yapı sahibini koruyan düzenlemenin iyiniyetli taşkın yapı sahibinin korunmasını da içerdii söylenebilir.

Kaynakça

- Akipek, Jale. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1972.
- Akipek, Jale. "Sübjetif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14 (1957), 56-71.
- Akkanat, Halil. *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Ali Haydar Efendi. *Düverül-hükkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Ali el-Kâri. *Fethu bâbî'l-inâye*. Thk. Muhammed Temim-Heysen Temim. Beyrut: Dâru'l-Erkam, t.y.
- Attâsi, Muhammed Tâhir. *Şerhu'l-Mecelle*. Matbaatü Hims, 1930.
- Ayan, Mehmet-Ayan, Nursen. *Medenî Hukuka Giriş*. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.
- Aydın, Akif. "İslam Hukukunda Gasp". *İslam Tetkikleri Dergisi* 9 (1995), 163-220.
- Aydın, Akif. "Gasp". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 13/3987-392. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Bağdâdi, Gânim. *Mecmeu'd-damânât fî mezhebi'l-İmâmi'l-a'zam Ebi Hanife en-Nu'mân*. Thk. Muhammed Ahmed Serac-Ali Cuma Muhammed. Kâhire: Dâru's-Selâm, 1999.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.
- Buhârî, Abdülazîz. *Keşfü'l-esrâr*. Thk. Abdullah Mahmud Muhammed. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- Buhârî, Burhâneddin. *el-Muhitü'l-Burhânî*. Thk. Abdülkerim Sâmî. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2004.
- Bulut, Abdurrahman. *İslam Hukukunda İyiniyetin Korunması*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.
- Debûsî, Ebû Zeyd. *Takvîmü'l-edille*. Thk. Halil Muhyiddin el-Meys. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2001.
- Cessâs, Ebû Bekr. *el-Fusûl fî'l-usûl*. Thk. Uceyl Câsim en-Neşemî. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve Ş-Şu'ni'l-İslâmiyye, 1994.
- Cessâs, Ebû Bekr. *Muhtasarı ihtilâfî'l-ulemâ*. Thk. Abdullah Nezir Ahmed. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1995.
- Cessâs. *Şerhu Muhtasari't-Tabâvi*. Thk. İsmetullah Muhammed. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 2010.
- Düren, Akın. "Mukayeseli Hukukta Taşınırın Malik Olmayandan İktisabı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/3 (1973), 237-245.
- Ensârî, Zekeriyâ. *Esne'l-metâlib şerhu Ravzi't-tâlib*. Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, t.y.
- Erten, Ali. "İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar", *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan* (1972).
- Giehl, Friedrich. "Menkullerin İyiniyetle Kazanılması Doğma ve Hukuk Gerçeği". Çev. Mustafa Dural. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 4/6 (1970), 157-178.
- Hacak, Hasan. "Milk". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 30/62-64. İstanbul: TDV Yayınları, 2005.
- Haddâd, Radiyyüddin. *el-Cevheretü'n-neyyire alâ muhtasarı'l-Kudûri*. Mektebe-i Hakkâniyye.
- Halebî, İbrahim. *Mülteka'l-ebhur*. Thk. Halil Imrân. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1998.
- Haraşî, Ebû Abdillâh. *Şerhu Muhtasari'l-Halil*. Bulak: el-Matba'atü'l-Kübrâ'l-Emîriyye, 1317.
- İbn Abidin. *Reddü'l-muhtâr alâ'd-Dürri'l-muhtâr*. Thk. Adil Ahmed-Ali Muhammed. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003.
- İbn Nüceym, Zeynüddin. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*. Thk. Muhammed Mutî el-Hâfız. Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1986.
- İbn Nüceym, Zeynüddin. *el-Babru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. Thk. Zekeriyâ Umeyrât. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- İbn Receb. *Takrîru'l-kavâid ve tahrîru'l-fevâid*. Thk. Hasan Âl-i Selmân.
- İmre, Zahit. *Medenî Hukuka Giriş*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- İnal, Emrehan. "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70/1 (2012), 245-275.
- Karâfi, Şehâbeddin. *ez-Zabîra*. Thk. Dr. Muhammed Haccî. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.

- Karaman, Hayreddin. *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*. İstanbul: Ensar Yayınevi, 2011.
- Kâsânî, Alâüddîn. *Bedâiü's-sanâi fi tertibi'ş-şerâi'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1986.
- Lübânî, Selim Rüstem. *Şerhu'l-Mecelle*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y.
- Mardin, Ebül'ulâ. *Hukuku Medeniye Dersleri*. İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası, 1928.
- Merğînânî, Burhâneddin. *el-Hidâye* (şerhi ile birlikte). Thk. Abdürrezzâk Gâlibü'l-Mehdî. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003.
- Me'sud Efendi. *Mir'ât-ı Mecelle*. İstanbul, 1302.
- Mevsîlî, Ebül-Fazl. *İhtiyâr li-talîli'l-Muh târ*. Thk. Şuayb Arnaût. Dimeşk: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, 2009.
- Meydânî, Abdülganî. *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb*. Thk. Sâid Bekdâş. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 2014.
- Molla Hüsrev. *Dürrü'l-hukkâm fi şerhi Gurevi'l-ahkâm*. Karaçi, t.y.
- Molla Hüsrev. *Mir'âtu'l-usûl*. Dersâadet: Şirket-i Sahafiyye-i Osmâniyye, 1321.
- Oğuzman, Kemal-Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Patry, Robert. "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler". *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18 (1990), 15-25.
- Râfiî, Ebü'l-Kâsım. *Fethu'l-azîz şerhu'l-Vecîz*. Thk. Ali Muhammed-Adil Ahmed. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997.
- Rauch. "Maliikın Rızası Dışında Elinden Çıkması Olan Eşya Üzerinde Mülkiyet Kazanılmasının Cermen Hukuku Bakımından Tetkiki". Çev. Kudret Ayiter. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/3 (1952), 212-221.
- Sadrüşşerîa, Ubeydullah b. Mesûd. *Şerhu'l-Vikâye*. Thk. Salâh Muhammed Ebu'l-Hâc. Ammân: Dâru'l-Varrâk, 2006.
- Sahnûn, Ebü Saîd. *el-Müdevenetü'l-kübrâ*. Mısır: Matba'atu'l-Âde, 1323.
- Serahsî, Şemsüleimme. *Mebstû*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1993.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Şâtıbî, Ebü İshâk. *el-Muvâfakât*. Thk. Hasan Âl-i Selmân. Dâru İbn Affân, t.y.
- Şeyhîzâde. *Mecmeu'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. Thk. Halîl İmrân el-Mansûr. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1998.
- Özsunay, Ergün. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1970.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Basım, 1990.
- Ülgen, Hüseyin. *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Yelek, Kamil. *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Zerkeşi, Bedreddin. *el-Mensûr fi'l-Kavâ'id*. Thk. Muhammed Hasan İsmail. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2000.

