

FERAĞ

(الفراق)

Mîrî arazi veya
icâreteynli vakıf malı üzerindeki
tasarruf hakkının devrini ifade eden
Osmanlı hukuk terimi.

Sözlükte "bir işle uğraşmayı bırakıp boş kalmak" anlamına gelen ferâğ kelimesi hukuk dilinde bir şahsın gayri menkul mal üzerindeki tasarruf hakkını bir başkasına terk ve tefvîz etmesini ifade eder. Ferâğda bulunana fâriğ, lehine ferâğda bulunulan kişiye de mefrûğ leh denir. Osmanlı hukukunda mîrî arazi ve icâreteyn*li vakıf malları üzerinde şahıslar için mülkiyet hakkına benzer bir tasarruf hakkı tesisine imkân verilmiş, ferâğ da bu tasarruf hakkının başka bir kişiye terk ve devrini ifade eden bir terim olarak kullanılmıştır. Ferâğ zaman zaman gayri menkullerin hibe, temlik ve satımı anlamında da geçmekle birlikte hibe, temlik ve satımda mülk olan menkul veya gayri menkul malın aynı üzerindeki mülkiyet hakkının bir başkasına devri, ferâğda ise çıplak mülkiyeti bir başkasına ait olan belirli gayri menkuller üzerindeki tasarruf hakkının (menfaat mülkiyeti) nakledilmesi söz konusu olduğundan aralarında fark vardır.

Ferâğın hukukî mahiyeti hakkında iki açıklama yapılır. Birincisi, ferâğ akdinin ivazlı bir akid ve kira nevi kira (icâre) akdi olduğu şeklindedir. Mîrî arazinin ve vakıf malının kullanımının şahıslara devrini içeren tefvîz ve icâreteyn usulleri bir nevi kira akdi olarak, bu mallar üzerinde tasarruf hakkı bulunan kimsenin (mutasarrıf) bu hakkını belli bir bedel karşılığında başkasına devretmesi de Mecelle'nin 587. maddesinde temas edilen bir nevi alt kira sözleşmesi olarak görülmektedir. Buna göre mutasarrıf alt kiralayan, lehine ferâğ yapılan şahıs alt kiracı, yetkili devlet memuru veya vakıf mütevellisi mal sahibi, alınan ferâğ bedeli de ücretin peşin kısmıdır. Ferâğ için yetkili memurun veya mütevellinin izninin şart görülmesini daha kolay izah ettiği için olmalı Osmanlı hukukçularının çoğunluğu bu görüşü benimser. Ancak ferâğ işleminin kira akdine göre önemli farklılıklar taşıdığı da açıktır. Çünkü kira akdi süreli ve ivazlı bir akid olup kiralayanın me'cûr üzerindeki hakları ve kiralayan - kiracı ilişkisi akid sonrasında da devam eder ve sürenin sonunda me'cûr kiralayanın tasarrufuna tekrar

geri döner. Halbuki tasarruf hakkını bedelli veya bedelsiz olarak bir başkasına devreden kimsenin artık bu mal üzerinde bir hakkı, devralan kimse ile de hukukî bir bağı kalmaz. Ferâğ işleminin süresiz olması, bedelsiz olabilmesi, geçerli şekilde yapıldıktan sonra vazgeçmenin ve feshin mümkün olmayışı gibi özellikler onu kira, âriyet ve hibe akidlerinden ayıran temel noktalar. Ferâğ sonucu devralınan tasarruf hakkı da mülkiyet hakkına oldukça yakın bir nevi aynı hak görünümünde olduğundan mutasarrıfın konumu kiracıdan çok farklıdır.

Ferâğın hukukî mahiyetiyle ilgili ikinci görüş, ferâğı bir hakkın terk ve ıskatı, mücerret ve âdi bir haktan vazgeçme şeklinde açıklar. Ferâğ için devlet memurunun veya vakıf mütevellisinin izninin gerekli oluşu da çıplak mülkiyete sahip devlet veya vakıf idaresiyle kullanım hakkı sahibi arasında mevcut hukukî bağı tabii sonucu olarak görülür. Mücerret haklardan bedel karşılığı vazgeçmenin câiz olup olmadığı tartışılmakla birlikte bu haklar ayna bağlı müekked haklar haline geldiğinde karşılığında bedel alınması câiz görülmüştür. Her iki izah da ferâğ işlemine, klasik hukuk doktrininin adlandırma ve sistematigi içinde bir açıklama getirmeyi amaçlamaktadır. Ferâğla ilgili bazı hüküm ve uygulamalara hukukî izah getirebilmek için ferâğın zaman zaman satım, kira veya hibe gibi hukukî işlem türlerine kıyas edildiği de olur. Gerçekten de bedelli ferâğın satıma, bedelsiz ferâğın hibe akdine büyük benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bununla birlikte ferâğın satımla kira akdi arasında yer alan nevi şahsına münhasır bir hukukî işlem olarak nitelendirilmesi daha doğru görünmektedir.

Kuruluşu ve Unsurları. Ferâğ kira ve satım akdi gibi iki taraflı (ivazlı) bir akid olduğundan ferâğın kuruluşu, tarafları, konusu ve hükümleri gibi konular İslâm borçlar hukukunun genel ilke ve hükümleri çerçevesinde ve bir akid tekniği içinde ele alınır. Ferâğın hukukî varlık kazanması icap ve kabulle olur. Bunun için tarafların tam edâ ehliyetine sahip olmaları ve rızâlarının bulunması gerekir. Ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetlilerin ferâğda bulunmaları veya ferâğı kabul etmeleri geçersizdir. 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnâmesi, mîrî arazinin ferâğı işlemlerinde tarafların ehliyeti konusunu özel olarak düzenlediği ve ehliyetsizler arasında mümeyyiz olup olmamalarına

göre bir ayırım yapmadığı için (md. 50) ticarete izinli mümeyyiz ferâğda bulunması, ivazlı ferâğı kabul etmesi veya mümeyyiz ferâğına velisinin sonradan icâzet vererek geçerlilik kazandırması mümkün olmaz. Mîrî arazinin ferâğında Mecelle'nin ehliyete ilişkin genel hükümlerinin değil kanunnâmenin özel hükümlerinin geçerli olacağı açıktır. Ancak mümeyyiz küçüklerin ve bu hükümde olan kimselerin lehlerine yapılacak bedelsiz ferâğ hibe hükmünde olduğu için velîlerinin izin ve icâzetine gerek olmaksızın onların bunu kabul edebilecekleri görüşü ağırlık taşır. Tam edâ ehliyeti bulunmayan kimselere ferâğda bulunma ve ferâğı kabul etme hakkı tanınmadığı gibi bunların kanunî temsilcileri olan velî ve vasîlerinin ferâğla ilgili yetkileri de oldukça kısıtlanmıştır. İslâm hukukunda yerleşik klasik teamül ve anlayışa göre kanunî temsilci gerekli gördüğü durumlarda hâkimin de onayını alarak temsilcisi bulunduğu ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetli kimsenin mallarını satabilir. Halbuki Arazi Kanunnâmesi velî ve vasînin borçların ödenmesi, nafaka gideri, bakım ve onarım masraflarının karşılanması veya diğer sebeplerle de olsa çocuğun arazisini başkasına ferâğ edemeyeceği ve kendi uhdelerine de geçiremeyeceği hükmünü getirir (md. 52). Buna rağmen velî veya vasî küçükün arazisini ferâğ etmiş yahut kendi tasarrufuna geçirmişse çocuk arazisini bulûğa erdiği tarihten itibaren on yıl içinde zilyedinden geri alabilir veya yeni velî ve vasî istirdad davası açabilir. Tasarruf hakkı küçüğe ait olan arazinin velî veya vasî tarafından ferâğının verilmesine iki durumda izin verilmiştir. Birincisi, mîrî arazinin harap olup gelirinin giderini karşılayamaması, üzerindeki bina, ağaç ve diğer müstemilâtın ayrılmasının küçüğün aleyhine olması ve sonuçta küçüğün zarar görmesinin kesinleşmesi halinde kanunî temsilcisi hâkimin onayını alarak arazi üzerindeki müstemilâtın da satımını içerecek şekilde arazinin hakiki değeriyle ferâğını verebilir. İkinci bir durum olarak velî veya vasî belirli hukukî gerçeklerin bulunması halinde arazi üzerindeki ağaç, bina ve diğer müstemilâtı satabileceği gibi mülk olan bu malların üzerinde bulunduğu mîrî arazi de bu malları iktisap eden kimseye ferâğ edilir. Bunda da yine hâkimin onayı ve satışın hakiki değerden olması şartları aranır (md. 52). İcâreteynli vakıf malların ferâğında da velî ve vasî için benzer

kısıtlamalar mevcuttur. Meselâ vakıf malın harap olup gelirinin giderini karşılamaması, küçüğün zorunlu nafakasının başka türlü temin edilememesi, ferâğın küçük hakkında açık bir yarar taşınması gibi belirli ve sınırlı hukukî gerekçelere dayanarak mütevellî ve hâkimin izin ve bilgisi dahilinde ve bedel de piyasa değerinden aşağı olmamak kaydıyla velî ve vasîler bu malların ferâğını verebilirler. Aynı şekilde küçükler için açık bir yarar taşıdığı anda velî ve vasînin hâkimin onayının alınması, bedelin de piyasa değerinden yüksek olmaması kaydıyla küçük lehine icâreteynli akarın ferâğını kabul edebileceği belirtilir.

Ölüm hastalığında yapılan satışlar hakkında *Mecelle*'de söz konusu edilen sınırlamalar (md. 393-395) ferâğ hakkında uygulanmaz. Yeter ki ferâğda bulunan kimse ferâğ anında tam edâ ehliyetine sahip bulunsun. Ölüm hastalığında vakıf malların ferâğının geçerli olması için ferâğı yapanın intikal hakkına sahip vârisinin bulunması şartı aranmış, böylece ferâğın vakıf malın mahlûlen vakfına geri dönmelerini engelleme maksadıyla yapılması önlenmek istenmiştir.

Ferâğın hukuken geçerliliği için edâ ehliyetine sahip tarafların ferâğ işlemi yapma konusunda hür irade ve rızalarının da bulunması gerekir. Taraflar rızalarını işlem esnasında hazır bulunup kendileri beyan edebilecekleri gibi vekil aracılığıyla da bildirebilirler. Ferâğda aldatma sonucu, işlem konusu hakkın gerçek değeriyle ödenen bedel arasında açık bir nisbetsizlik (gabn-i fâhiş) bulunması halinde iradesi fesada uğrayan taraf ferâğın feshi talebiyle dava açabilir. Mağdur olan tarafa ait bu dava hakkının onun mirasçılarına intikal etmeyeceği de hükme bağlanmıştır (Arazi Kanunnâmesi, md. 119). Ancak ehliyetsizlere ait arazinin ferâğında fesih davası açabilmek için aldatmanın bulunması şart olmayıp gabn-i fâhişin bulunması yeterli görülmüş ve hak sahibinin tam ehliyetini kazandıktan sonra on yıl içinde dava açabilmesi kabul edilmiştir.

Arazi Kanunnâmesi'nde mîrî veya vakıf arazinin tehdit ve zorlama altında yapılan ferâğ işleminin geçersiz olduğu, zorlamaya mâruz kalan kimsenin veya mirasçılarının on yıl içinde bu sebeple dava açabileceği, arazinin iyi niyetli üçüncü şahıslara veya devlete intikal etmesinin bu hakkın kullanımına engel teşkil etmeyeceği hükme bağlanmıştır (md. 113). Kanunun ifadesinden zorlamanın

aldatmaya göre daha ağır bir fesat sebebi sayıldığı anlaşılmaktadır. Ancak buradaki geçersizliği feshedilebilirlik olarak anlamak daha doğru olur.

Ferâğ işlemi tarafların karşılıklı iradeleriyle kurulan bir akid olup bu konuda şekil serbestisinin bulunması asıl ise de çeşitli kanunî ve idarî düzenlemelerle akid kurucu irade beyanının devlet memuru veya vakıf mütevellisi huzurunda belli bir prosedüre uygun olarak yapılması usulünün getirildiği ve böylece ferâğ işleminde açıklık ve güveni sağlamaya mâtuf bazı tedbirlerin alındığı da bilinmektedir. Ferâğ işleminde tarafların irade beyanlarının yanı sıra mîrî arazilerde ilgili idarî birimin, icâreteynli vakıflarda ise mütevellinin izni şart görülmüş, onayın izni alınmadan yapılan bedelli veya bedelsiz ferâğ işlemlerine hukuken işlerlik kazandırılmamıştır. Yetkili memurun veya mütevellinin izni bulunmaksızın mahkeme huzurunda yapılan ferâğ beyanları da bu anlamda geçersiz sayılmıştır. Çünkü ferâğ bir yönüyle mutasarrıfı, diğer yönüyle malın asıl mâliki konumundaki devleti veya vakıf yönetimini ilgilendirmektedir. Bu sebeple memurun veya mütevellinin izin yahut icâzeti akdin kuruluş veya sıhhat şartı olmasa da kanundan doğan işlerlik şartı görünümündedir. İzinsiz ferâğlar da icâzete kadar mevkuf akid grubunda yer alır. İzinsiz ferâğların muteber sayılmadığı, bâtıl ve yok hükmünde olduğu tarzındaki ifadeleri de bu şekilde anlamak gerekir. İzinsiz ferâğdan sonra fâriğ ölse tasarruf hakkı mirasçılara intikal eder, karşı taraf da ödediği ferâğ bedelini terekeden geri alır. İzin alınmaksızın yapılan ferâğda akid konusu malın tasarrufunun alıcıya geçmediği ve malın bu şahsın elinde âriyet statüsünde olduğu belirtilmekle birlikte bu tür ferâğda mutasarrıfın hakkının sâkıt olup olmadığı tartışmalıdır. Ferâğı kira akdine kıyas edenler sâkıt olmadığı, bir hakkın terk ve iskatı olarak görenler ise sâkıt olduğu görüşündedirler. Doktrinde gerekli şartlar yerine getirildikten sonra yetkili merciin izin vermekten kaçınma hakkının da bulunmadığı görüşü hâkimdir. Öte yandan ferâğ işleminin, yetkili memurların huzurunda ve takrir adı verilen kanunî bir prosedür içinde yapılması esası getirilerek hem iki tarafın irade beyanının sağlıklı bir şekilde mutabakatı temin edilmiş ve yetkili merciin izni alınmış, hem de ferâğın yazılı ve resmî bir belgeye bağlanması sağlanmış

oluyordu. 1847 ve 1859 tarihli tapu nizamnameleri, arazisini ferâğ etmek isteyen kimsenin lehine ferâğ yapılacak şahısla birlikte defter eminine gideceği, mutasarrıfın gerçek hak sahibi olduğu belirlendikten sonra takrirlerinin alınacağı, tasarruf hakkıyla ilgili eski senedin alınıp yenisinin verileceği ve ferâğ işlemi hakkında bu senede bir kayıt düşülüp yeni hak sahibine teslim edileceği hükmünü getirmiştir. Bu sebeple doktrinde, mutasarrıfın ferâğ konusunda bir şahısla yapacağı özel anlaşma ve taahhüdün bağlayıcı olmayacağı, bu beyan ve taahhüden dönmemesinin herhangi maddî bir sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmiştir. 1859 tarihli Tapu Nizamnamesi'ne göre (md. 3) ferâğ taleplerini kabul konusunda kaza ve vilâyet memleket meclisleri yetkili kılınmış, ferâğ işleminin güven ve açıklık içinde yapılmasını temin için bir dizi tedbir alınmış, ferâğ takrir komisyonları ya bizzat veya defter-i hâkânî memurları mârifetiyle, köylerde köy ihtiyar heyetleri de devreye sokularak ferâğ taleplerini kabul ve tescil etmeye çalışmıştır. 1916'da takrir komisyonları kaldırılarak defter-i hâkânî yetkilileri tarafından iki şahit huzurunda alınması usulü getirilmiştir. Böylece ferâğ takrirleriyle ilgili işlemler ve idarî teşkilât bugünkü anlamda tapu sicil memurluğuna oldukça yaklaşmıştır.

Ferâğın icap ve kabulle kurulduğu yetkili memurun izniyle işlerlik kazandığı düşünülürse takrir işlemi sonucu düzenlenecek senet, yapılan hukukî işlemin geçerlik şartı değil bir bakıma ispat vasıtası konumundadır. Bu sebeple Arazi Kanunnâmesi'nde ferâğ ve takrir işlemlerinden sonra senet düzenlenmeden ferâğ veren kişinin ölmesinin sonucu etkilemeyeceği ifade edilir (md. 37). Dolayısıyla takrir işlemi tamamlandıktan sonra taraflardan biri senet düzenlenmediği gerekçesiyle ferâğdan rücû edemez. Aynı durum vakıf malların ferâğında da geçerlidir.

Öyle anlaşıyor ki ferâğ işlemleri için öngörülen bu takrir usulü ve ferâğın senede bağlanması ilkesiyle tarafların irade beyanlarının sağlıklı bir ortamda açık ve objektif ölçülere göre alınıp yazılı ve resmî bir belgeye bağlanmasında, devletin veya vakıf yönetiminin çıplak mülkiyeti kendisine ait olan bu gayrî menkuller üzerinde doğrudan denetiminin kurulması ve bu sayede alınacak harç ve vergilerle hazineye gelir temin edilmesi gibi farklı amaçlar gözetilmiştir. Ancak

devletin ferâğın tescili ve senede bağlanılması konusunda gösterdiği bu çabadan, gerek ülkenin her yerinde yeterince tapu idaresinin bulunmayışı gerekse diğer sebeplerle tam bir sonuç elde edilememiş, tasarruf haklarının senetsiz veya el senediyle devri şeklindeki uygulama da varlığını sürdürmüştür.

Ferâğ bedeli, gayri menkul üzerindeki tasarruf hakkını devretmesi karşılığında mutasarrıfa ödenen bedel olduğundan iki taraf için de önem taşır. Bedelin akid esnasında, taraflar arasında anlaşmazlık ve çekişmeye yol açmayacak ölçüde belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde ferâğ fâsid olup iki taraf için de ferâğı feshettirme hakkı doğar. Bu konuda *Mecelle*'nin icâre akdinde ücretin belirlenmesine ilişkin hükümleri (md. 450, 463-465) uygulanır. Doktrinde ferâğın ivazsız (meccânen) olması halinde satım ve kira akdine kıyasla fâsid olacağı veya ferâğın bir hakkın ıskatından ibaret olup bunun da bedelsiz olmasının asıl olduğu şeklinde bazı görüşler ileri sürülmüşse de bu sadece nazariye planında kalmış, tatbikat ve mevzuat açısından bedelsiz ferâğlar da istisnâ bir hükümle sahih kabul edilmiş ve taraflara bu sebeple bir fesih hakkı tanınmamıştır. Bedelsiz olarak yapılan ferâğdan sonra ne ferâğda bulunan ne de mirasçıları herhangi bir bedel talep edebilirler (Arazi Kanunnâmesi, md. 38). Fakat ferâğ bir bedel karşılığı yapılmış da bedel ödenmemişse önceleri ferâğda bulunana bedeli talep değil sadece akdi feshedip ferâğ ettiği gayri menkulü geri alma hakkı tanınmışken sonradan bu görüşten vazgeçilip Arazi Kanunnâmesi'nin 38. maddesinde 1879'da değişiklik yapılarak ferâğda bulunan şahsa veya mirasçılarına ferâğ bedelinin ödenmesini talep ve dava hakkı tanınmış, fakat araziye geri alma hakkı tanınmamıştır.

İmamlık, hatiplik gibi dinî hizmetleri ifa etmeleri sebebiyle vakıf gayri menkullerde tasarruf hakkı bulunanların bu haklarını bedel karşılığı ferâğ etmelerinin câiz olup olmadığı hususu da İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. Önceleri ağırlıklı görüş bunun câiz olmadığı yönünde oluşmuş, mahkemeler bu tür ferâğlardan doğan bedel davalarını dinlememiş, hatta lehine ferâğda bulunan kişiye bu sebeple yaptığı ödemeyi geri alma hakkı tanınmıştır (İbn Âbidîn, IV, 383). Ancak bir kısım hukukçular insanların ihtiyacına daha uygun olduğu gerekçesiyle böyle bir ferâğı câiz gör-

müş, padişahın iradesi de bu yönde tezahür edince 1878 tarihinden itibaren uygulama yön değiştirmiştir.

Ferâğ gayri menkul üzerindeki tasarruf hakkının devrini konu aldığından bu gayri menkul üzerinde bulunan ağaç, bağ, bahçe ve binaların ne ölçüde ferâğa dahil olduğu veya ayrı bir hukukî işleme konu olup olmayacağı üzerinde önemle durulur. Arazi Kanunnâmesi, mîrî arazi ferâğ edildiğinde üzerinde bulunan ve mülkiyeti devlete ait olan ağaçların da açıkça zikredilmese bile araziyle birlikte ferâğ edilmiş sayılacağı hükmünü getirmiştir (md. 48). Arazi üzerinde mutasarrıf tarafından yetkili memurun da izni alınarak dikilmiş veya aşılansın yahut da izinsiz dikildiği halde üzerinden üç yıl geçmiş ağaçlar ise mutasarrıfın mülkü sayıldığından kural olarak ferâğın kapsamına girmezler. Lehine ferâğ verilen kişiye ayrı bir satım akdiyle temlik edilmeleri gerekir. Hatta mutasarrıf arazi üzerindeki mülk, ağaç, bağ, bahçe ve binaları bir kimseye satmak istediğinde araziye de aynı şahsa ferâğ etmek zorundadır (Arazi Kanunnâmesi, md. 49). Mîrî arazi üzerindeki ağaç, bahçe ve binanın mâlikine ferâğda ön alım hakkı tanınmış olup on yıl içinde arazinin piyasa değeriyle kendisine ferâğ edilmesini talep ve dava hakkı vardır (md. 44). Mîrî arazi üzerindeki ağaç ve yapıların bazı durumlarda arazinin ferâğına dahil edilmeyişi, araziden ayrı olarak bunlar üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasının benimsenmiş olması sonucudur. Ancak daha sonra yapılan yeni düzenlemelerde sistem yumuşatılarak arazi üzerindeki her türlü ağaç, bağ, bahçe ve binaların tasarruf ve intikale de araziye tâbi olacağı hükmü getirilmiştir.

Ferâğ konusu arazi alanı veya sınırları belirtilerek tesbit edilir. Her ikisi de belirtilmiş olduğu halde arada uyumsuzluk varsa sınırlara itibar edilir (md. 47).

Mîrî ve vakıf arazilerde şüf'a hakkı ilke olarak benimsenmemekle birlikte (md. 46) bir araziye müştereken kullanan mutasarrıflardan birinin hissesini diğer ortağın izni olmaksızın bir başkasına bedelli veya bedelsiz olarak ferâğ edemeyeceği, aksi takdirde diğer ortak veya ortakların beş sene içinde değer bedelini vererek o hisseyi alma hakkının bulunduğu belirtilmiştir (md. 41). Hatta üç veya daha fazla ortak bulunduğu anda ortaklardan birinin hissesini diğer bir ortağa ferâğ etmesi halinde geride kalan

ortakların bu hissenin değer bedelini vererek aralarında eşit olarak paylaşılmasını isteme hakları kabul edilmiştir (md. 42). Benzeri bir hüküm olarak bir köyün sınırları içindeki araziye mutasarrıf o köy dışında bir şahsa ferâğ ettiğinde köy halkından o yere ihtiyacı olanlar arazinin kullanım hakkını bir yıl içinde değer bedelini ödeyerek geri almayı talep ve dava edebilirler (md. 45). Gerek arazi üzerindeki mülk ağaç ve binaların mülkiyetiyle arazinin kullanım hakkının aynı şahısta toplanması, gerekse ortaklara ve bölge halkına ferâğ konusunda bazı imtiyazlar tanınması, mîrî ve vakıf arazilerin bütünlüğünün korunup en verimli şekilde işletilmesini sağlamaya yönelik tedbirler olarak değerlendirilebilir.

Çeşitleri. Ferâğ, karşılığında maddî bir bedel alınıp alınmamasına göre ivazlı ve ivazsız ferâğ şeklinde ikiye ayrılır. İvazsız ferâğ, herhangi maddî bir bedel zikredilmeden veya bedelsiz olacağı açıkça belirtilerek yapılan ferâğdır. İvazlı ferâğ ise para yahut mal karşılığı veya mübâdele şeklinde yapılan ferâğ işlemidir.

Ferâğ, akdin hükümlerinin şarta bağlı olup olmamasına göre önce kati ferâğ ve şarta bağlı ferâğ şeklinde ikiye ayrılır. Kati ferâğ, mutasarrıfın hakkını ivazlı veya ivazsız olarak fakat herhangi bir kayıt ve şarta bağlamadan kesin tarzda ferâğ vermesidir. Ferâğ işlemi bir hak ve menfaatin temlikini içerdiğinden satım gibi ferâğın da ta'likî şarta bağlanması câiz görülmemiş, buna karşılık takyidî şart grubundan üç nevi şartlı ferâğ gündeme gelmiştir. Bunlar da vefâen ferâğ, istiğlâlen ferâğ ve ölünceye kadar bakma kaydıyla ferâğdır.

Vefâen ferâğ, mîrî arazi veya icâre-teynli vakıf üzerinde tasarruf hakkı bulunan kimsenin bu hakkını borç karşılığında, borcunu ödediğinde geri alma kaydıyla alacaklıya ferâğ etmesidir. Mîrî arazilerin veya icâreteynli vakıfların satılması veya rehin verilmesi prensip olarak kabul edilmediğinden bunun yerini vefâen ferâğ işlemi almış ve bu da bir nevi teminat akdi işlevi görmüştür. Vefâen ferâğda yetkili memurun veya mütevellinin izninin bulunması ve bu tür kaydın tasarruf senedine yazılması şartları aranmıştır. Süre belirlense de belirlenmese de borç ödenmedikçe gayri menkulü geri alma hakkı doğmaz. 1858 tarihli Arâzî-i Emîriyyenin Deyne Mukabil Vefâen Ferâğı Hakkında Nizamnâme ve daha sonra yapılan değişiklik ve düzenlemeler, mutasarrıf borcunu ödeyemediği

takdirde alacaklının vefâen ferâğ edilen araziye memur veya mütevellî vasıtasıyla yahut vekâlet-i devriyye usulüyle bir başkasına ferâğ ettirip bedelinden alacağını tahsil etmesine imkân vermekte, alacaklı için bir nevi cebri icra yolunu açmaktadır. Mutasarrıf arazisini vefâen ferâğ edip karşılığında borç para alır da ödemedi vefat ederse bu borç da diğerleri gibi terekeden ödenir. Mürisin terekesi borcu ödemeye yeterli değilse intikal hakkı sahibi mirasçılar bu borcun tamamını ödemedikçe vefâen ferâğa konu olan gayri menkule tasarruf edemezler. Alacaklının bu gayri menkul üzerinde bir nevi hapis hakkı ve borcun mirasçılar tarafından ödenmemesi halinde de gayri menkulü açık arttırma ile ferâğ ettirerek ferâğ bedelinden alacağını cebri icra yoluyla tahsil etme hakkı vardır. Alacaklının hakları ölümü halinde mirasçılara geçer. Vefâen ferâğ edilen gayri menkulün kullanımı, vergi ve kira türü yükümlülükleri, hasar ve menfaati borçlu-mutasarrıfa aittir. Çünkü vefâen ferâğ edilen taşınmaz borçlunun tasarrufundan çıkmış değildir. Alacaklının bu taşınmaz üzerindeki hakkı, borcun ödenmemesi halinde alacağını taşınmazın ferâğ bedelinden öncelikli olarak tahsil etme yetkisi şeklindedir. Vefâen ferâğ işlemi, rehin ve vefâen satıştan taşınmazın helâkiyle borcun sâkıt olmayışı, malın alacaklıya tesliminin şart olmaması, müvekkilin ölümü halinde vekâletten kurtulması yönleriyle ayrılır. Borç ödendiğinde vefâen ferâğ çözülür. Borcun belli bir süre zarfında ödenmemesi halinde vefâen ferâğın kati ferâğa dönüşeceği yönündeki şart ve anlaşmalar geçersiz sayılarak suistimal ve beklenmedik mağduriyetler önlenmek istenmiştir. Vefâen ferâğ işlemi, taşınmazlarda ipotek imkânının olmayışı ve bu tür taşınmazlarda rehin ve vefâen satışın câiz görülmeysi sonucu ortaya çıkmış, alacaklı için taşınmaza bağlı bir teminat vermeyi amaçlayan bir hukukî işlem türü olarak görülebilir.

Vefâen ferâğla kira akdinin birleşiminden oluşan istiglalî ferâğ işlemi vefâen ferâğın bir türü de sayılabilir. Bu tür ferâğda mutasarrıf, borcuna karşılık tasarrufu altındaki taşınmazın ferâğını bu taşınmazı kendisine kiralaması şartıyla alacaklıya vermektedir. Vefâen ferâğla ilgili hükümler istiglalî ferâğ için de geçerli olduğu gibi teminat amaçlı bir akid olduğundan *Mecelle*'nin rehinle ilgili hükümleri geniş çapta geçerlili-

ğini korur. Bununla birlikte istiglalî ferâğ da rehin ve vefâen satış işlemlerinden vefâen ferâğdakine benzer farklılıklar gösterir.

Ölünceye kadar bakma şartıyla ferâğ, mutasarrıfın sahibi olduğu tasarruf hakkını kendisine ölünceye kadar bakması şartıyla başkasına ferâğ etmesidir. Ölünceye kadar bakma, besleme, görüp gözetme şartıyla ferâğ, mahiyeti itibarıyla ivazsız olarak yapılan şarta bağlı bir ferâğ kabul edilir. İslâm hukukunda yerleşik anlayışa göre ölünceye kadar bakma şartıyla satım sahih olmayıp bu şartla hibe sahihtir (*Mecelle*, md. 855). Osmanlı hukukunda önceleri böyle bir şart, ivazlı ve ivazsız bütün ferâğların satım akdine kıyas edilmesi sonucu akdi fâsid kılıcı bir şart olarak görülüyordu. Arazi Kanunnâmesi'nde de böyle bir şartla yapılan ferâğın fâsid olduğu, ferâğda bulunan ölse bile intikal hakkı sahiplerinin ferâğı feshettirebileceği hükmüne bağlanmıştı (md. 114). Ancak bu yöndeki ihtiyaç ve taleplerin de tesiriyle daha sonra böyle bir ferâğın satımdan çok bağışlama akdine kıyas edilmesinin daha isabetli olacağı fikri ağır bastığından icâreteynli vakıflarda 1878, mîrî arazilerde ise 1888 tarihinde bu yasak kaldırılmış ve gayri menkullerin ölünceye kadar bakma şartıyla ferâğ edilmesi, resmî senede şerhdilmeleri halinde geçerli kabul edilmiştir. Buna göre söz konusu şart yerine getirildiği sürece ferâğda bulunanın ferâğdan dönme hakkının olmadığı, şart yerine getirilmediğinde ise ferâğda bulunanın taşınmazı geri alabileceği, şarta uyulup uyulmadığı yönündeki ihtilâfı da mahkemenin çözümleyeceği hükmüne bağlanmıştır. Bakma borçlusunun alacaklıdan yani ferâğda bulundandan önce ölmesi halinde vakıf mallarında ferâğ konusu mal ferâğda bulunana geri döner. Mîrî arazide ise bakım borcu ölenin mirasçılara geçer. Bu tür gayri menkuller ancak tarafların rızası ile yeni bir ferâğa konu olabilir.

İcâreteynli vakıf mallar ve mîrî arazi için kabul edilen vefâen, istiglalî veya ölünceye kadar bakma şartıyla ferâğ işlemleri, mutasarrıfın borcundan dolayı bu malların cebri icra yoluyla ferâğı usulü, bu gayri menkullerin statüsünü mülk araziye oldukça yaklaştıracı usuller olarak dikkat çekerler.

Usulüne uygun tarzda yapılan ferâğ işlemi sonunda ferâğda bulunanın mîrî arazi veya vakıf mal üzerindeki tasarruf hakkı sona erer. Mutasarrıfın çıplak

mülkiyetinin sahibi olan devlet veya vakıf yönetimine karşı taşınmaz sebebiyle sahip bulunduğu hak ve borçlar olduğu gibi yeni alıcıya, yani lehine ferâğ yapılan kimseye devredilmiş olur. Taşınmaz, memurun izniyle bir kimseye kati şekilde ferâğ edildikten sonra bağlayıcılık kazanır, ister bedelli olsun ister bedelsiz, tamamlanmış ferâğ işleminden rücû olmaz (*Arazi Kanunnâmesi*, md. 39). Bedelsiz ferâğ hibe akdine kıyas edilme-yip bir hakkın ıskatı mahiyetinde görüldüğünden *Mecelle*'nin hibeye ilişkin hükümleri değil sâkıt olan hakkın geri dönme-yeyeceğine ilişkin genel ilkesi (md. 51) uygulanır. Bedel karşılığı yapılan ferâğ da esasında menfaatin temlikî olmakla birlikte bu konuda kira akdine değil satış akdine kıyasla *Mecelle*'nin tamamlanan satış akdinden rücû olmayacağına ilişkin hükümleri (md. 375) hareket noktası alınmıştır.

Tamamlanmış ferâğ işlemi iki tarafın karşılıklı anlaşma ile sona erdirmesinin hukukî geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Ferâğı satım veya kira akdine kıyas edenler bunu geçerli saymış, onu bir hakkın ıskatı olarak nitelendirenler aksi görüşü savunmuştur.

BİBLİYOGRAFYA :

İbn Âbidîn, *Redd'ü'l-muhtâr* (Kahire), IV, 383; *Mecelle*, md. 393-395, 450, 463, 465, 587, 855; Ömer Hilmi, *Ahkâm'ül-evkâf*, İstanbul 1307, s. 102-133; Hüsnü Efendi, *Arazi Kanunnâmesi Şerhi*, İstanbul 1310, s. 101-141; Ali Haydar Efendi, *Şerh-i Cedid li-kânûn'ül-arâzî*, İstanbul 1311, s. 163-247, 388-426; Hâlis Eşref, *Külliyât-ı Şerh-i Kânûn-ı Arâzî*, İstanbul 1315, s. 263-337, 628-686; Âtîf Bey, *Arazi Kanunnâme-i Hümayunu Şerhi*, İstanbul 1319, s. 138-193, 352-381; Ebû'l-Ulâ Mardin, *Kavânîr-i Tasarrufiyye Notları*, İstanbul 1927, s. 73-133; Ali Himmet Berki, *Vakıflar*, İstanbul 1940, s. 168-181; Bilmen, *Kamus*², V, 30-40; Halil Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, İstanbul 1985, s. 120-157, 258; Ahmet Akgündüz, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Ankara 1988, s. 376-383.



ALİ BARDAKOĞLU

FERÂĞ KAYDI

Yazma eserlerin sonuna konulan istinsahla ilgili not.

Ferâğ kelimesi, müstensihler tarafından yazma eserlerin genellikle sonuna konulan ve metnin istinsahının bittiğini belirten kayıt için kullanılır; daha çok "kad vekaa'l-ferâğ" ibaresiyle başladığından bu adı almıştır. Aynı zamanda "istinsah kaydı" denilen bu satırlara ba-