

1-BORÇ

Hakiki Mana; Geri verilmek üzere alınan veya ödemesi gerekli para veya başka şey

Mecazi Mana ; Birine karşı bir şeyi yerine getirme yükümlülüğü. Selam borcu....

Borç ilişkisi : Taraflar (Alacaklı ile borçlu) arasında hak ve yükümlülükleri doğuran **bağdır/sebep. Borç ;** borç ilişkisinden doğan münferit yükümlülüktür (edimi)

Yükümlülük ve Edim :Borç ilişkisinin taraflarından birinin diğerine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu şey

♥ Borç, bazen vekâlet akdinin kurulmasında olduğu gibi **borç ilişkisiyle** birlikte doğar.

ÖRN: Adam falanca kişiye benim adıma bu işi yürüt demiştir. Bu söylemiyle o anda yapmışsa akit doğmuştur vekil o adamın adına bir işi yapmakla borçlanmıştır.

Bazen vekilin yükümlülüklerini yerine getirirken borçlanmasıyla müvekkilin ödeme yükümlülüğünün doğması gibi **borç ilişkisinin devamı halinde** oluşur.

ÖRN : Bir adamı 4 ay vekil tayin edilir. 3. Ayda müvekkil adına bir eşya almıştır.borç ilişkisi ile borç doğurdu

Bazen kira akdinin sonlanmasıyla kiralanan yerin iade edilmesi yükümlülüğünün doğması gibi **borç ilişkisi sona erdikten** sonra ortaya çıkabilir.

♥ **Borç ve borç ilişkisini sona erdiren sebepler birbirinden farklıdır.**

Borç, ifâ (ödeme), takas, ibra(düşürme), yenileme (araba borcunun arsa borcuna dönüşmesi), borçlu ve alacaklı sıfatının birleşmesi (borçlu olduğu malın miras kalması) ve ifânın sonradan kusursuz olarak imkânsızlaşması (yangından malın yanması) sebepleriyle sona erer.

Borç ilişkisi, ikâle (bir aktin iki tarafın rızasıyla sona ermesi) , taraflardan birinin ölümü, iflas, fesih ve dönme (rücû) gibi sebeplerle sona erer.

İltizam : Sözlükte bağlamak fıkihta “hukuki işlemde doğan borç ilişkisi” karşılığında kullanılır. Ancak bu kavram, hukuki işlem dışındaki kaynaklardan doğan borçları kapsamaz. İki tarafın anlaşmasıyla bir borç doğar buna akti bağ denir.

ÖRN : Biri gider diğerinin arabasının camını kırar bu haksız fiil olur akti bir işlem yoktur ancak bir borç ilişkisi doğar

Damân : Mâlikî, Hanbelî, Şafîî ve Zeydî kefâlet der. Haksız fiilden doğan borçlar ile kusursuz imkânsızlık (iradi olmayan)hallerindeki **hasar kavramını** ifade eder.

Hukuk : Akdin ikincil olarak (tebeî) doğurduğu mükellefiyetler için kullanılır. Klasik fıkihta en çok kullanılan kavramlar **AYN ve DEYN** dir.

AYN

1- Dış âlemde görülebilen fiziki bir varlığı bulunan eşyaya denir.

2- **Fıkihta ;** maddi varlığı olan ,Mevcut, hazır ve belirlenmiş

malların tamamına denir. Kıyemî ve misli olabilir. Tüketim malı dışındaki fiziki varlıkların menfaatinden soyutlanmış çıplak/kuru mülkiyetidir. (**Rakabe mülkiyeti**)

3- Belirli eşya üzerinde mülkiyet hakkı oluşturan ilişkidir Bu kullanımda ayn misli mallar üzerinde bir borç ilişkisiyle kurulmuş yetkinin sebebidir. Günümüz **parça borcu , ferden muayyen borç** denilem belirli bir eşya üzerinde kurulan borç ilişkisini ifade etmektedir. Bu varlık (ayn) dışındaki bir edim ile borç ifade edilmiş olmaz. Çünkü böyle bir durumda borcun konusu olan mal belirlenmiş yani muayyen hale gelmiştir ve borç ayna taalluk etmiştir.

DEYN

1- Manevi kabın içinde fiziki olmayan varlık , Zimmette sabit olan şey

2- Vasfı belirlenen ayn olmayan borçları kapsar, Nevan muayyen

3- Borç ilişkisi bakımından bunlar, Cins, para ve yapma borçlarıdır.

(Şu cinste şu vasıfta buğday , para borcu , Duvarı yapma borcu

4- Fizik âlemde somut ve muayyen hale gelmediği için zimmet bu borcun mekânı olarak tasavvur edilir. **En dar anlamda deyn**, akit veya itlaf sebebiyle (hukuki işlem veya olay) zimmette sabit olan maldır.

Zimmet : İnsanın eşyayı boşlukta tasavvur edemeyişinin (mekanlı tasavvur) Bir sonucudur.(şu adam bana borçlu dendiğinde borch onun zimmetine yerleştirilir. Zimmet **manevi bir kaptır.** Biz o kaba kişilik diyoruz

2- BORCUN UNSURLARI

2-BORCUN UNSURLARI

1- **Alacaklı:** Borç ilişkisinde yer alan aktif kişi Borçludan bir şey **talep etme hakkının sahibidir.** (gerçek ve tüzel kişi olabilir) . Borcun türüne göre islamda “tâlib”, “ğarîim”, “dâin”, “sâhibu'l-hakk”, “sâhibu'd-deyn” ve “rabbu'd-deyn” gibi terimler kullanılmıştır.

2- **Borçlu:** Borç ilişkisinde pasif süje/tafttır. **Talep hakkına konu olan şeyi yerine getirmekle yükümlüdür.** medîn”, “medyûn”, “ğâarim”, “matlûb”, “mültezim” gibi terimler kullanılmıştır.

3- **Edim:** Borç ilişkisinin sonucudur. Alacaklının talep hakkına; borçlunun îfâ ile yükümlü olduğu konudur. **Borç ilişkisinin sonucu olan edim,**

A-Verme: Mülkiyeti nakleden yollar (Akitler, haksız fiillerdeki tazminatlar, Sebepsiz zenginleşmedeki iade yükümlülüğü) oluşturur. **3'e ayrılır :** Parça ,cins, para

B-Yapma: İş verme hususunda ortaya çıkar yada Bir işten kaçınılmasını emreder adam bedel karşılığında kabul ederse orda o işi yerine getirmeli

C-Yapmama: Borçluyu kaçınma yükümlülüğü altına koyan borçlar

Ayn ve deyn verme edimine; fiil yapma edimi Menfi borçlar(yapmama edimi), aslî borç olarak borç ilişkisine konu edilmediğinden karşılık gelen bir terim yoktur.

3-BORCUN KAYNAĞI

➔ İslamda borçlar hukuku özel borç ilişkileri şeklinde ele alındığından genel bir borç teorisi oluşturma yoluna gidilmemiştir.

➔ Modern hukukta iki yöntem izlenmiştir.

1- **Kazuistik bir yöntemdir(meseleci).** Borcun kaynakları, **tek taraflı hukuki işlem, akit, haksız fiil, haksız iktisap ve Kanun**

2- Borcun kaynaklarını **iradi olup olmayışına** göre.

1-HUKUKİ FİİL : Borcun iradi kaynağına denir. Tek taraflı hukuki işlem ile iradelerin karşılıklı uyuşmasını gerektiren akitlerden ibarettir.

2-HUKUKİ OLAY: İnsan iradesinden bağımsız olarak hukukun kendisine hüküm bağladığı bir olaydır. İnsanların hükmedemedikleri, iradelerinin dışında meydana gelen ve hukuki sonuç doğuran doğal olaylar da hukuki olay kapsamına dâhildir. Doğum, ölüm, inflak gibi

A-Haksız Fiil: Haksız yere mala, cana zarar vermek

B-Haksız İktisap: Malda haksız kazanç.....

3- BORCUN KAYNAĞI

➔ İslam hukukçuları **borcun kaynağını Sözlü ve fiili tasarruflar** şeklinde ikiye ayırmıştır.

Tasarruf : Bir kişinin iradesiyle meydana gelen ve kanun koyucunun hukukî sonuçlar bağladığı her şeydir. Buna göre hukuki işlem (tasarruf) hukuki sonuç doğuran sözlü beyanlar ile fiilleri içerir. Hukuki işlemler sözlü ve fiili tasarruflar şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

A) Fiili işlemler, Teslim ve îfâ veya el koyma, koruma ve itlaf etme Sattığı malı teslim eden satıcı veya zimmetinde sübut bulmuş bir borcu (deyn borcu) ödeyen kimse teslim ve îfâ işlemini; sahipsiz bir araziye mülkiyet tesis etmek için çevreleyen ile haksız fiil ile bir malı gasp eden kişi hukuki sonuçları farklı olsa da el koyma işlemini; sahip olduğu bir malı koruyan veya tüketen ve imha eden kişi koruma ve itlaf işlemini gerçekleştirmiştir.

B) Sözlü ve yazılı tasarruflar : Bu tasarruflar **akdi olmayan işlemler (Tek taraflı hukuki işlem) ve akdi işlemler** şeklinde ikiye ayrılır.

☉ **TEK TARAFLI İRADE :** Bir kişinin hak inşa etmek, bir hakkı sonlandırmak, düşürmek amacı taşıyan iradesinin sonucunda doğan borç ve yükümlülüklerdir

☉ **Batı hukukunda** tek taraflı irade ile kurulan işlemler akit kapsamında sayılmıştır. **İslam hukukunda** Hanefiler olmak üzere genel olarak akit sayılmamıştır.

☉ Hanefi kaynaklarında vakıf ile ilgili akit ifadesine rastlansa da bu kullanım yaygınlığının sonucudur.

☉ Hanefilerin yerleşik içtihatlarında .

1- **Hibe:** Malını bedelsiz verme

2- **Ariyet:** Malını kullanıp geri getirme , ödünç

3- **Kefalet :** Başkasının borcunu ödeme

gibi hukuki işlemler **îcâb ve kabul ile in'ikad ettiği** kabul edilmiştir. Bu bakımdan Hanefi fıkında tek taraflı iradeye dayanan hukuki işlemler sınırlıdır

1-TEK TARAFLI İRADE

HANEFİLERDE TEK TARAFLI İŞLEMLER

1- Taahhüt : (İLTİZAM) içinde bulunduğu (söz söyleme) zamanındaki borçlanmadır . Tek taraflı irade ile bir borç yükümlülüğünün altına girmektir.

Hanefi, Şâfiî ve Hanbelîler Taahhüdün teberru (karşılıksız temlik) niteliğinde olduğunu ve bağlayıcı olmadığını kabul etmişlerdir.

Mâlikîler : Taahhüt bağlayıcıdır ve taahhülle borçlanan ölmedikçe veya iflas etmedikçe borçlu olmaya devam eder.

2- Vaad : Söz verme zamanında değil, ileri bir zamanda bir kişiye bir şeyi vermeyi veya onun için bir işi yapmayı kabul etmesidir. Taahhütten farkı gelecekte yapılmasını üstlenmektir. Vaadin konusu bir akit veya bir fiildir.

ÖRN: Sana 3 ay sonra telefon alacam , ben öderim (**Vaad**), Sana şimdi araba alacam , al ben ödedim (**Taahhüt**)....evin satım vaadi akit, ev inşaa vaadi fiile örnektir.

A- Mücerred Vaad: Hiçbir Kayıta şarta bağlanmamış vaatlerdir. "Senin borcunu öderim" şeklindeki söz entipik örneğidir. Hukuki bağlayıcılığı yoktur.

Hanefi, Şâfiî ve Hanbelîler : Mücerret vaat şeklindeki tek taraflı iradeler bağlayıcı değildir.

Malikîler : __Vaadin taahhüt gibi olduğu, __Bağlayıcı olmadığı,
__Sebebe dayanıyorsa bağlayıcı ve __Sebebe dayanıyor ve bu vaade dayanarak sebebe teşebbüs edilmişse bağlayıcıdır

B- Muallak Vaad: Kayıta şarta bağlanmış vaatlerdir

Hanefiler : şarta bağlanmış (ta'lik) edilmiş vadin bağlayıcı olduğu görüşündedirler. "sen sat, o ödemezse ben öderim" şeklindeki bir vadin borçlunun ödeme yapmaması halinde bağlayıcı hale geldiğini kabul etmişlerdir. Bu vaat ile müşterinin ödeme yapamaması halinde kefalet akdi kurulmuş olur.

ÖRN: Nişanlandıktan sonra erkek evleneceği adaya sen şu malları al ben öderim derse kadında o malları aldıktan sonra nişan bozulsa dahi erkek o borcu ödemeli.

☎ Meşru bir mazeret ile vadin yerine getirilmemesi bütün mezheplere göre caiz olmakla birlikte, eğer bir vaade dayanarak vaad edilen kişi bir hukuki işlem tesis etmiş ve borç altına girmişse vadin bağlayıcı olduğuna hükmetme eğilimi İslam hukukçuları arasında yaygınlaşmıştır

3- Nezir: (Adamak) ibadet anlamı taşıyan bir borçlanmadır.

Hanefiler : Nezri yerine getirmek vaciptir. Ölüm halinde borç düşer. Namaz , oruç nezretmek bir tür borçtur. Şu kadar namaz kılıcam derse üzerine borç kalır.

Maliki ve Şâfiîler: İyi bir şey nezr edilmişse îfâ vaciptir. İyi olmayan bir şey nezretmişse îfâ ile kefaret arasında muhayyerdir. Adam öldürücü demek gibi.

Tek taraflı irade ile borç niteliğinde olmayan hukuki sonuçlar :

a. Vasiyet ile vasiyet lehtarları mülkiyet kazanır.

b. İbra (Borcu düşürme) ve vakıf örneklerinde olduğu gibi iskat (borcu düşürme/mülkiyetten çıkarma) sonucunu doğurur.

c. Muhayyerlik hakkını kullanma, ikrar, vekili azil ve vasiyeti kabul gibi neticeler doğurur.

AKİT : Bir kısım borçlar karşılıklı iradelerin bir hukuki sonuç doğurmak üzere birleşmesiyle oluşur. İki iradenin karşılıklı uyuşması ile ortaya çıkan borçlara **akit ile doğan borçlar** denir. İnsanın sözlü tasarrufları yanında fiili tasarrufları da hukuki sonuçlar doğurur. İnsan fiilleri olumlu ve olumsuz iki tür sorumluluk doğurur.

1- Cezai Sorumluluk : Bir kişinin varlığına veya vücut bütünlüğüne yönelmiş müessir fiiller ceza hukuku kapsamındadır.

2- Hukuki/Medeni Sorumluluk : İnsan fiillerinin doğurduğu , Hukuki sorumluluk kapsamına giren fiillerin verdiği zararın tazmin edilmesi gerekir. Buda borçlar hukukunun meselesidir. Kıymetinin eş değerinin zarar gören tarafa ödenmesi gerekir.

A- Akdi Sorumluluk : Zarar veren fiil, aralarında borç ilişkisi bulunan kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmeyişinden kaynaklanıyorsa oluşuyorsa.

B- Cürmi Sorumluluk : Akit olmaksızın kişilerden birinin fiili diğerine zarar vermişse bu durumda "**cürmi**" sorumluluktan söz edilir. Haksız fiil adı verilir

2-

AKİTLER

(10 ekim)

9.10. ders

3-

HAKSIZ FİİLLER

■ 1. Haksız Fiil ve Sorumluluk Kavramları

✚ **Cürmi sorumluluk doğuran fiillere denir.** Hukuka aykırı bir şekilde **mübaşeret (doğrudan)** veya **tesebbüben (dolaylı)** bir şahsın malı üzerindeki zilyetliğine (elinde bulundurma yetkisi) son vermenin veya malını itlaf etmenin haksız fiil olduğu hususunda bir tartışma yoktur.

✚ Bir fiilin haksız olarak adlandırılması için akit dışı zarar olmalı bu doğrudan veya dolaylı şekilde olabilir. Ve işin içine mali bir değerlendirme mali bir bedel ödeniyor gerektiriyor olması halinde bunların tamamını haksız fiil içinde mütalaa ediyor oluruz

✚ Taksirli müessir fiillerin veya suçun unsurlarındaki eksiklik vb. nedenlerle kısastan diyete dönülen kasıtlı müessir fiillerin tazmini de dikkate aldığımızda haksız fiilin, hukuka aykırı olarak bir kişinin varlığı, vücut bütünlüğü ve malına zarar veren eylemleri kapsadığı görülmektedir. Bu fiiller nedeniyle mağdur olan kişinin zararının giderilmesi ve zarar görmeden önceki haline iade edilmesi esastır.

■ 2.Haksız Filin Sorumluluk (borç) Doğurmasının Şartları

- 1- Fiil olmalı - FİİL
- 2- Neticesinde zarar sonucu olacak- ZARAR
- 3- Fiil meşru bir haktan kaynaklanmamalı- HUKUKA AYKIRILIK
- 4- Fiil ile zarar arasında doğrudan veya dolaylı ilişki olacak – İLLİYET BAĞI

1-FİİL

- Haksız Fiil tarafların ortaya koyduğu (iradi) bir yaklaşım biçimi değildir . tamamen hukukun ortaya koyduğu bir yaklaşım biçimidir.
- Dikkate alınacak ilk husus fiilin gerçekleşmiş olmasıdır.
- Haksız fiili fail doğrudan meydana getirebileceği gibi herhangi bir araç, kişi veya hayvan vasıtasıyla da meydana getirebilir.

Kapsadığı Hususlar ;

- A- Maddi organlarla bir şeyi yapmak, etmek ve yapmamak; dövmek, öldürmek, yakmak, ağaç kesmek gibi bütün eylemleri kapsar.
- B- Sözel yollarla bir şeyi söylemek ve söylemek; yalan şahitlik, iftira ve jurnalde bulunmak gibi.
- C- Yapılması gereken bir şeyi yapmamak; örneğin yıkılmaya yüz tutmuş bir duvarı yıkmamak veya tamir etmemek.
- D- Zorlama, hile ve aldatma

2-ZARAR

Sözcük olarak Yararın zıddı **Fıkıh Usulünde**, “kalbin duyduğu elem” ile “yararın yitirilmesi”. Aslında insan yararı yitirince kişinin kalbi acır. Ve o acı yararıda kapsayan üst bir kavramdır. Bu nedenle bir kimsenin yüreğinde duyduğu acıya zarar deriz.

Terim olarak , Şahıs veya mal varlığında haksız olarak meydana gelen azalmaya denir. Bu yüzden islamda her türlü zarar yasaklanmıştır.

➡ **“Zarar ve zarara zarar ile karşılık vermek yoktur” (la darare vela dırara fil islam)** Hadisi ile ulema zaman içinde bunu külli kaidelerle ifade etmişlerdir.

***Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur:** Zarara karşılık olarak konumu verilen bir başka zarar olamaz.

***Zarar, bi kaderi’l-imbân def olunur:** Zarar mutlaka ortada kalır ama güç ne kadarına yeterse (imkan ölçüsü)

***Zarar izâle olunur:** Zararı izale etmek yasaktır.

***Zarar kendi misli ile izale olunamaz:** Kişi zarar verdiyse git sende onun malına zarar ver diye bir yol ile zararın tazminine gidilmez Ağacını kesti git sende kes gibi..

***Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izale olunur:** Zararın ehafı yani daha az bir zarar vermek üzere tazmin yoluna gidilir .

➔ **Tazmin** : Zarar varsa ilke olarak o zararın giderilmesi gerekir bir zararın giderilmesinin yolu borçlar hukukunda tazmin denen yoldur.

Tazminin Amacı : Zarar vereni zarardan önceki duruma geri döndürmektir.

ÖRN: Zarar olan şey mevcutsa iadesi gerekir. Gasp fiili ile bir zarar işlenmişse malı gasp edilen kişiye aynen iade etmek veya değeri karşılığı vermek.

iadenin mümkün olmadığı durumlarda zarar daha büyük hatta benzer bir zarara yol açmadan daha hafif bir zararla tazmin edilir. Yine itlaf etme fiiline karşılık olarak itlafın değil, verilen zarara denk bir tazminatın belirlenmesi de bu ilkenin tatbikinden ibarettir.

ZARARIN ÇEŞİTLERİ :

1- Maddi Zarar :

☂ İnsan can ve vücut bütünlüğü (öldürme , sakatlama) ile malında eksilmeye (kıırma , parçalama , telef ,gasp) yol açan zarardır.

☂ **Tam Zarar** : Malın tamamen telefidir.(mülkiyete konu olmuş hayvanın öldürülmesi) **Kısmi Zarar** : Malın değerinin eksiltilmesidir .(hayvanın sakatlanması)

☂ Haksız fiil, ister şahıs varlığına; ister mal varlığına karşı işlenmiş olsun mal varlığında bir azalma (Kişinin maddi dünyasında gerçekleşmişse)meydana getirmişse maddi zarar kabul edilir. Sebebi etkisini gösterdiği varlıktır.

ÖRN : Hakız fiilin sonucu ölümse cenaze giderleri, yaralamaysa tedavi masrafları, maktulün kendi veya yakınlarının kaybı.Kıstastan diyete dönülmesi halinde dahi müessir fiilin cezanın diyete dönmesi mahkemenin vereceği tazir cezası mali yaptırım gibidir. ir. Beden ve şahıs varlığına işlenmiş suçlarda tazminat olabilir. Bir taraf cezai müeyyide diğer tarafa tazminat olma özelliği olan yaptırımdır. Bütünüyle mağdur veya yakınlarıyla ilgilidir. Bunun tespiti hukuk tarafından belirlenmiştir Ölümün tazmini için öngörülen diyet, yaralamalar için sabit olan erş miktarları nass tarafından tespit edilmiştir.

☂ **Hükûmet-i adl** : Mağdura ödemek üzere miktarı hakim tarafından belirlenen teminata denir.

☂ **İslam hukuku** doğrudan kanun olarak tazmin düzenlemiştir. Günümüzde yaş iş gelire göre tazminat belirlenebilir

☂ **Modern hukukta** şahsa kişiye iş gücüne göre değilde insan zararı olarak kabul edip herkese eşit tazminat gerekir der.

2- Manevi Zarar :

🍏 Maddi zarar oluşmadan insan kişiliğinin tahkiri ,duygu dünyasının eksilmesiyle doğan zarar rencide , aşağılanma duygu dünyasıparçalanmış olması gibi .

🍏 **Modern hukukta** kişi varlığı ve vücut bütünlüğü dışındaki, onur, özel hayat ve özgürlükler türü kişilik haklarına yönelmiş zararlar manevi zararları oluşturur.

🍏 **Klasik fıkihta:** Manevi zarar kavramı yoktur.Ancak bugün manevi zarar kapsamında bazı fiillerin faillerine bedeni cezaların verilmesi yoluna gidilmiştir.

ÖRN : iffete iftira (kazf) doğrudan nass ile suç kabul edilmiş ve failine hadd cezası tatbiki öngörülmüştür. Bu suç dışında çeşitli hakaret suçlarının da faillerine ta'zir nitelikli cismani cezaların verilmesi üzerinde durulmuştur. Fıkıh,kişilik haklarına yönelen haksız fiilin sahibini cezalandırma yolunu tercih etmiş gözükmektedir.

🍏 **Hükûmet-i Elem** : Manevi zararın maddi tazmini düşüncesine temel olabilecek kavramdır. vurma, sövme, hakaret gibi yaralayıcı olmayan söz ve fiillerin mağdurun acı ve ıstırap duymasına neden olması halinde mahkemece takdir edilen bir tazminattır.

Şeybânî (Hanefi)-İbn Arafê (Maliki) , müessir fiilin kalıcı eser bırakmaksızın iyileşmesinde dahi mağdura hükûmet-i adl takdirinde bulunulardoktor, ilâç ve diğer tedavi giderleriyle iyileşinceye kadar ihtiyacı olan nafakasının tazmin edilmesi (maddî tazminat) gerektiğini kabul etmişlerdir.

Ebü Yûsuf (Hanefi) , Maddi zararın tazmini dışında manevi zararın tazmini düşüncesine kaynaklık edecek görüş ortaya koymuştur. Müessir fiilin kalıcı eser bırakmaksızın iyileşmesinde dahi mağdurun elemi dikkate alınarak kendisine maddi bir bedel (hükûmetü'l-elem/erşü'l-elem = elemin karşılığı) ödenmesi gerekir.

Klasik fıkihta manevi zarar kavramı olmayınca Modern İslam Hukuçuları Acaba manevi zararın mali bir tazmini islam kabul edermi?

Kabul Edilir Diyenlerin Delilleri

- 1- **Ebu Yusufun** Hükümeti Eleme savunması fikri
- 2- Zarar ve zarara karşılık zarar vermek yoktur. Zarar kavramının mutlak olup içersine manevi zararında olabileceğini kabul etmişlerdir
- 3- Zarar, bi kaderi'l-imekân def olunur kaidesindeki zararı tam karşılayacak mali bir bedel karşılayacak imkan güç olsa dahi gücümüz yettiği kadar karşılama

Kabul Edilemez Diyenlerin Delilleri

- 1- Doğrudan fiziki/bedeni cezaya gidilmiş (iffete iftira gibi) mali bir cezaya gidilmemiş
- 2- Bunun ne kadar değerinde olduğunun tespiti imkan yoktur . eşitsizlik hali ortaya çıkabilir.

3-HUKUKA AYKIRILIK

● Bir fiilin haksız nitelenebilmesi için zararlı olması ve hukuka aykırı da olmalıdır.**Mecelle**“Cevaz-ı şer’i, damana münafi olur” Hukuki izin tazmine engel olur .

ÖRN : Birine infaz görevi verilmiştir. Görevini ifa ettikten sonra adam öldürmekten dolayı ona ceza verilmez.

● Hukuki bir yetkiye dayalı bir tasarruftan kaynaklanan zarar, mali bir karşılık ile tazmin borcu doğurmaz , engel olur.

ÖRN : Yük taşımak için araç kiralayan kimse anlaşma ile belirlenen ölçüyle ve örfen onun taşıyabileceği yükten fazla olmamak kaydıyla yük yüklerse ancak araç zarar görürse tazminle sorumlu olmaz. Mutat olandan fazla yük vurmuş ise hayvanı tazmin etmesi gerekir.

● Bir zararın tazmin edilmesi için o fiilin hukuka aykırı olması gerekir

ÖRN : Doktorun ameliyatta iken hastasının organını çıkartması hastanın izni ile olduğundan tazmini gerekmez haksız fiil olmaz.

ÖRN: Yetkili mercilerden izin alarak ve gerekli güvenlik tedbirleri aldıktan sonra kamuya açık bir yolda kazı çalışması yapan kişinin bu fiili haksız fiil değildir.

Failin Zarar Veren Fiilinin “Haksız Fiil” Olma Vasfını Ortadan Kaldıran Sebepler

A) Hakkın kullanılması:

ÖRN : Komşunun gölgelik olarak yararlandığı bir ağacın sahibi ağacını kestğinde komşuya karşı haksız bir fiil işlemekle sorumlu tutulamaz komşu ağacı neden kestini deme yetkisine sahip değil . Çünkü hukuk kişinin malından tasarrufta bulunma yetkisini kabul etmiştir.

B) Haksız fiilin, hak sabinin izni ile işlenmiş olması:

ÖRN : Bir kişi benim malımı denize at adam malı denize atıp telef etmiştir. Ancak kişi malın sahibinin o malı at dedikten sonra bunu yapmıştır .Bu durumda fiil hak sahibinin rızası ve bazen emri ile gerçekleştiğinden dolayı fail haksız fiil işlemiş olmakla sorumlu tutulamaz. Ancak bu durumda iznin açık ifadeye dayanması gerekir. Bu durumda sükût izin kabul edilmez.

C) Yetkili kamu makamından izin alınmış olması:

ÖRN : Gerekli izin alındıktan sonra kazı yapılan bir sokaktan aracıyla geçemeyen kişi yada içine kazı sahibine tazminat davası açamaz Gerekli izin ve güvenlik tedbirleri aldıktan sonra yolda çukur açan ya da kazı yapan kişi haksız fiil işlemiş olmaz.

D) Zaruret hali:

ÖRN : Leş yemek veya içki içmek nedeniyle sabit olan günahı düşüren bir mazerettir. Zaruret nedeniyle başkasının malından yiyen ve içen kişi bedelini tazmin etmek veya helallik almak zorundadır. Baskı altında (ikrah-ı mülcı) başkasının malına zarar veren kişi, ikrah nedeniyle sorumlu değilse de, ikrahy yapan kişi malın tazmininden sorumludur.Haksız fiil ceza hukuku bakımından sorumluluğu düşer dini ve uhrevi sorumluluğuda düşer.

4-İLLİYET BAĞI

► **İlliyet**, Haksız fiil ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Zarar haksız fiilin neticesinde meydana gelmeli . Bu nedensellik bağına **İlliyet Bağı** kavramı kullanılarak açıklarız .

ÖRN: Bir şahsa ait Çok kıymetli bir vazoyu almış ve yerine bırakmışsınız daha sonra vazo kendiliğinden ikiye çatlamış .Ortada bi zarar vardır ancak zararlı vazoyu alıp yerine koymak la arasında bir bağ yoktur. Zararla fiil arasında illiyet bağı yoktur demektir.

► Bir zararın ortaya çıkmasında uzak yakın bir birçok sebebin tespit edilmesi mümkündür; ancak tüm sebepler zararın asıl nedeni olmaya elverişli değildir. dolayısıyla zararı hangi sebeplere bağlayabiliriz . Hangi sebeple açıklıyorsak zararı ona bağlarız.

► **Mübaşeret** : Fiil ile zarar arasında doğrudan bağ bulunmasıdır. Elindeki çekiçle vazoyu alıp çekiçle vurup kırılınca vazunun kırılması ile çekiçle vurma arasında doğrudan ilişki vardır. Vazo daha önceden kısmen çatlak olsa dahi itibar edilmez vurma sebebi çekiçle olduğundan doğrudan bağ onunladır.

Mübaşir : Ortaya çıkan sonuç doğrudan fiiline bağlanan kişidir. (Zarar veren fiilin sahibi olan kişidir.)

ÖRN : Haksız olarak başkasının eşyasını telef etme , hayvanını öldürmek başkasının fiili olmayınca mübaşir fiil olr. .Zararın bu fiil nedeniyle meydana geldiği kesindir ve bu zararın tazmin sorumluluğunun oluştuğu açıktır.

► **Tesebbüb** : **Sözlükte** sebebiyet vermek, neden olmak ve yol açmak anlamlarına gelmektedir. **Fikhî bir terim olarak** ısıl zararı veren fiilin meydana gelmesine neden olan veya ona yol açan fiildir, Zarar veren fiil n sebebi başka fiildir. Bu başka fiile tesebbüben zarar denir .

ÖRN : Mecellede, tesebbüben zarar vermeye **avizenin zincirini kesmeyi** örnek vermektedir. Örneğe göre adam başkasının evindeki avizeye uzanıp onu tavanda tutan zinciri kesiyor avizde yere çarparak parçalanıyor. **Zarar veren esas fiil** düşüp parçalanmasıdır yani şiddetle çarpmadır. Halkayı kesmek zarar veren fiilin meydana gelmesine sebebiyet vermektir. Burdaki şey tesebbüptür . Tesebbüpte bulunan kişiye **Mütesebbib** denir.

İlliyet Bağını Kesen Sebepler

A- Zarara uğrayanın kusuru : Haksız fiilden doğan sorumluluk, fiilin zarar doğrucu etkisi sebebiyledir. Haksız fiilin doğurduğu sorumluluk esas olarak fiilin doğrudan sahibine aittir. Bzen mağdurun fiilide buna sebebiyet verebilir. Zararlı bir fiilin işlenebileceği bir aleti üreten veya satan kişi hukuki sınırlar içerisinde üretmiş ve ticâretini yapmışsa, bu aletlerin satıldıktan sonra doğacak zarardan sorumlu değildir .

ÖRN : Bir kişi tarafından açılmış bir kuyuya kasten kendisini atıp zarar gören kişinin kusuru iradeli olduğu için illiyet bağını kesmekte ve kuyu kazandan sorumluluğu kaldırmaktadır.Veya kişi silahı satın alıp onunla intihar ettiyse silahı satan yada üreten kişi bundan sorumlu değildir. Fiil ile zarar arasındaki bağ kopar.

B- Üçüncü şahsın kusuru : Birinci failin fiili ile zarar arasına iradeli ikinci bir şahsın fiili girip zarar meydana getirmiş ise, bu durumda zarar ile birinci failin fiili arasındaki illiyet bağı ortadan kalmıştır. Bu sebeple birinci şahsın kusurdan kaynaklanan sorumluluğu bulunmaz. Zarar gören kişi ilk fiilin sahibine değil ikinci fiilin sahibine zararını tazmin ettirir.

ÖRN : Hasan emanet aldığı aracı part ettiğinde el firenini çekmeyi unutmuş olsa, Tahsin ise arabayı iteleyip uçurumdan atmış olsa zararı Tahsin'in tazmin etmesi gerekir. Çünkü zararlı sonucu doğuran etkili fiil Tahsin'e aittir. Tahsin'in fiili Hasan'ın fiili ile zarar arasındaki illiyet bağını ortadan kaldırmıştır

ÖRN : Ali, başkasına ait içerisinde donmuş bir nesne bulunan kabın kapağını açsa, Veli ise bu kabı yan yatırıp yanan sobanın yanına bırakarak kabın içerisindeki nesnenin eriyip dökülmesine neden olsa, bu durumda oluşan zararı Veli'nin tazmin etmesi gerekir. Çünkü zararlı sonucu doğuran etkili fiil Veli'ye aittir. Bu fiil Ali'nin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağını ortadan kaldırmaktadır. Veli'nin bu kusurlu fiili Ali'nin kusurunu ortadan kaldırmaktadır

C- Mücbir sebep : Öngörülemeyen , bilinmeyen , öngörülse dahi önlenmesi mümkün olmayan olay , fiil ve durumlara denir.

ÖRN : Deprem, heyelan, yıldırım düşmesi gibi tabii olaylardır. Vedia akdinde vedî'in evinde sakladığı emanetin evin yanması veya deprem ile yıkılması sonucu vediaanın zarar görmesi halinde tazmin yükümlülüğü söz konusu olmaz. Yukarıda aktardığımız örnekte geçtiği üzere kabın kapağını açan Ali dik bir şekilde yere bıraktıktan sonra deprem nedeniyle kap devriliş içindeki nesne eriyerek dökülürse tazmin edilmesi gerekmez. Çünkü sorumluluğu doğuran mücbir neden araya girmiştir. Emanet aldığı arabının el firenin çekmeyen Hasanın bu kusurlu fiilinden sonra tsunami sebebiyle sürüklenen araç sebebiyle de sorumluluğu olmaz.

Failin birden fazla olması halinde sorumluluk :

♪ Bir zarar doğuran fiilin birden fazla müşareketen ve tessebbüben faili bulunuyorsa, yani gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak birden fazla kişi zarar ile aynı nitelikte bir illiyet bağına sahipse sorumluluğu ortak olarak ve eşit olarak paylaşacaklardır.

♪ Doğrudan zarar veren fiil, dolaylı (sebebiyet) etkiye sahip fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı kesmiş ise tazmin bu fiile bağlanır. Bunun gibi zarara sebebiyet veren fiil, doğrudan zarar veren fiilden daha etkili ise sorumluluk sebep fiilin failine yüklenir.

ÖRN : İki kişi ortak olup zarar etmişlerse tazmin iki kişiye düşer veya iki kişi tessebbüben o işe bağlanmışlarsa zarar yine onlara aittir

❖ Fıkıhta ana ilke zararın tazmininin doğrudan sebep olan fiile bağlanmasıdır.

Esas Olanın Tesebbüben Fiile Bağlandığı Durumlar

1- Sebep olan fiilin doğrudan fiil kadar sonuç zararın ortaya çıkmasında etkisinin bulunması durumudur. Bu halde sorumluluk ortaktır.

2- Zarara sebebiyet veren fiilin doğrudan zarar veren fiilden daha etkili olması durumudur. Bu durumda sorumluluk sebep fiilin failine yüklenir.

5- Kusur Unsuru

➤ **Modern hukukta kusur**, hukuk düzenin kınadığı bir irade(kasti) veya irade noksanı (kasıt noksanlığı) şeklinde tanımlanır. 2 şekilde ortaya çıkar

1- KASIT : Hukuka aykırı sonucun **bilerek isteyerek** işlenmesine denir. **Tasarlama ve İsteme** unsurlarından oluşur .Fiil ile bağ arası dikkate alınarak

A)Vasitasız Kast/ Doğrudan : Failin fiili yaptığını bilerek ve sonucunu hedefleyerek yapması halinde oluşur. Birini çekip öldürmüşse. (**Amd**)-

B)Vasitalı Kast/ Dolaylı : Failin fiili yaptığını bilerek ve sonucunu kastetmemişse oluşur. **Vasitasız kastta fail zarar ister vasitalı kastta zarar kabul etmektedir**

ÖRN : Hasminin evini yakmayı istemekte olan failin, hasminin da yangında ölebileceğini öngörerek evi yakmasıdır. Burada fail hasmını yakmayı istememekte ancak yangın ile bu ihtimalin ortaya çıkabileceğini öngörmekte ve kabul etmektedir. (**Şibhul Amd**)

ÖRN : Bir kişinin, hasminin içerisinde bulunabileceğini öngördüğü yatını, öldürme amacı dışında batırması sonucunda meydana gelen öldürme fiili **vasitalı kasıt** ile işlenmiştir. **Çünkü fail, öldürme kastı taşımamakta ancak bu sonucu öngörmekte ve kabullenmektedir**. Yatı batırma fiilini ise bilerek gerçekleştirmiştir. Bu sebeple bu fiil vasitasız kast ile işlenmiş kabul edilir. Görüldüğü üzere vasitasız kasıta fail, oluşan zararı istemekte; vasitalı kasıta ise, bu zararı istememekte ancak öngörmekte ve kabul etmektedir. Diğer taraftan vasitalı kastın oluşması için failin bütün zararlı sonuçları öngörmesi gerekli değildir. (yatı batırmak istedim Adamın yatında olması aklımın ucundan geçmezdi demesi dahi vasitalı kasıttır çünkü kişinin kendi yatında olması kadar doğal bir şey yoktur.) Bu sebeple, öngörmemiş olsa dahi vasitalı fail, fiili ile arasında illiyet bağı bulunan bütün zararları tazmin etmekle yükümlü olur. Fail vasitasız kastta zarar vermeyi istemekte vasitalı kastta ise zarar vermeyi kabul etmektedir.

2- İHMAL : Failin hukuka aykırı sonucu istemediği halde önlemi almaması, dikkat ve özen göstermeyerek zararın doğmasına sebep olmasıdır. Kusur ihmal anlamında kullanılır. İhmal bir **davranışı yapma /yapmama** şeklinde de ortaya çıkabilir. İhmal ağırlık derecesine göre **ağır ihmal (ortalama insanın yapamayacağı) / hafif ihmal** şeklinde 2ye ayrılır. İhmalin tespitinden **ortalama insanın davranışının esas alınması**, kusur "**kusursuz sorumluluk**" kavramına yaklaştırmaktadır.

(10. DERS
62. DK
(15 EKİM)
11. DERS)

Doğrudan ve Dolaylı Zarar Veren Fiilde Kusur

1- Doğrudan zarar veren fiilde (MÜBAŞERET): Bir adam elindeki çekiciyle falancanın arabasının camına vurup kırılırsa cama çekicin değme fiilimübaşeretir. Bu fiilde kusur ve kasıt şartı aranmaz. “**Mübâşir, müteammid olmasa da zâmin olur(Mecelle)**” -kasıt ve ihmal söz konusu olmaksızın tazmini gerekliliği kılar- Demirci dükkanından çıkan kıvılcımla elbisesi yanan kişinin zararını demirci tazmin etmesi gerekir. (**Vazo örneğindeki gibi**). Zarar veren kişiye **MÜBAŞİR** denir.

2- Dolaylı zarar veren fiilde (TESEBBÜBEN): İlk bakılılacak şey Kusur şartıdır. “**Mütesebbib müteammid olmadıkça (Kasıt taşımadıkça) zâmin olmaz (Mecelle)**” Bu fiil Sorumluluk kasıt (**teammüd**) ve yetki sınırını, makul ölçüyü aşma (**teaddi**) şartlarına bağlanmıştır. 2 şekilde tazmin oluşur.

a- Metesebbib kasıtlı (müteammid) olmalıdır. Zararın meydana gelmesi değil Zarar verecek fiili bilerek (kasıtlı) işlemelidir.

b- Mütesebbib, yetki sınırını aşmış (müteaddi) olmalıdır

◆ **Mübaşir ile mütesebbip arasındaki fark**: Mübaşirde kasıt olsun olmasın mütesebbipte kasıt olunca tazminle yükümlüdür.

◆ **Zarar veren fiile doğrudan sebep olan (mübaşir) ile fiile sebebiyet veren şeyi hazırlayanın (mütesebbib) bir fiilin meydana gelmesinde birleşmeleri halinde hüküm bizzat fail olan mübaşire bağlanır. Tazmini mübaşire yüklenir mübaşir, yani bizzat fail ile mütesebbib müctemî oldukta hüküm, faile muzaf kılınır”**

ÖRN: Avize sahibi eliyle ustaya avizeyi teslim edip Usta vazoyu yapmaya çalışırken kasıt olmadan bir anda elinden kayıp avize düşerse Avizenin sahibi eliyle teslim ettiğinden emanet hükümlerine tabidir. **Kasıt yoktur ve tazmin gerekmez. Teaddi sonucu** usta gereğini yapmazsa işini hatalı yaparsa tazminle sorumludur.

ÖRN: Kişi umuma açık yolda izinsiz çukur kazar, akıllı ve irade sahibi bir kişi oraya başkasının hayvanı atarak telef ederse zararı tazmin eder. Çünkü o mübaşirdir.

◆ **Başkasına zarar verme kasıt taşımaksızın ihmali varsa**: **ÖRN**: Kamuya açık bir yolda, izinsiz olarak ve koruma tedbirleri almaksızın yapılan bir kazının yol açtığı mal ve can kaybında **teaddiden** (koruma)sözedilir. Kazı yapanın kuyuya düşme sebebiyle oluşan zararı tazmin etmesi gerekir.

◆ **Başkasına zarar verme kasıt taşımaksızın** kendi mülkünde açtığı su kuyusuna bir insan veya hayvanın düşmesi halinde oluşan zararı, kuyuyu kazanın tazmin etmesi gerekmez. Bunun sebebi bu kişinin kasdının ve teaddisinin bulunmayışıdır.

◆ **Teaddi, sorumluluk alanında yetki aşımında bulunmak şeklinde ortaya çıkar**. **ÖRN**: Hırsıza başkasının malını gösteren kişi yani şu depo nerdedir diyen hırsıza adres verse tazmin ile sorumlu olmaz Çünkü koruma sorumluluğu yoktur. Ancak kendisine vedia bırakılan malın yerini göstermesi halinde yada falancanın bir malı varmış şu depodaymış onun yerini gösterirmisin diyen hırsıza yer gösterirse koruma yetkisi olduğundan yetki aşımı sonucu hırsızın çaldığı malı tazmin etmesi gerekli olur. Vedia veren (mûdi) hırsız tanıyorsa malının tazminin ondan isteme hakkında sahiptir. Çünkü hırsız mübaşirdir tazmin ile sorumludur.

◆ **Mütesebbibin fiili ile zarar arasına bazen iradeli bazende iradeli olmayan bir mübaşir girebilir**

***İrade sahibi bir şahsın girmesi halinde** mütesebbibin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmiş olur. Zarar, mübaşirin fiilinin sonucu kabul edilir ve tazmin

sorumluluğu ona ait olur. Çünkü bu kişi zarar veren fiile mütesebbibten daha yakındır. **ÖRN**: Bir kişi umuma açık yolda izinsiz olarak bir çukur kazar, akıllı ve irade sahibi bir kişi oraya başkasına ait bir hayvanı atarak telef ederse, hayvanı atan kişi zararı tazmin eder. Çünkü o mübaşirdir ve fiile, mütesebbibden daha yakındır.

***İradeli bir şahıs girmediği takdirde** tazmin sorumluluğu mütesebbibe aittir. Kasıt veya teaddi kusuru bulunan mütesebbibin açtığı kuyuya bir hayvanın kendiliğinde düşüp telef olması halinde tazmin sorumluluğu mütesebbibe ait olur. Çünkü mütesebbibin ameli ile fiil arasında iradeli bir kişi yer almamıştır.

◆ Sorumluluğun kusur şartına bağlı olduğu durumlarda kusurun bulunmazsa sorumluluk ortadan kalkar. Zararın meydana gelmesinde fail ile zarar gören şahsın da etkisi varsa sorumluluk hafifler. **ÖRN**: Ali, haksız ve izinsiz olarak Veli'nin yakasından tuttuğunda, Veli kendisini çeker ve elbisenin yakası yırtılırsa Ali zararın yarısını öder. (Mecelle, mad. 915). Yaya ve trafik kazalarında taraflardan birinin tamamen kusurlu olması durumu hariç, genel olarak hasar, kusur oranına göre hesaplanır ve bir tarafın kusuru diğer tarafın kusurdan doğan sorumluluğunu azaltıcı bir işleve sahip olur.

■ 3. Haksız Fiilin Tazmini

1- Tam itlafta tazmin :

Kıymî bir mal : Onun tazmini mevcut ise aynen iadesi, değilse kıymetinin ödenmesi şeklindedir.

Misli Bir Mal : Önce Misli yoksa kıymetinin ödenmesi şeklindedir. (Buğday , mısır yağ)

2- Kısmi itlafta tazmin :

Mal az zarar görmüşse : Değeri tespit edip aradaki fark ödenir.

Mal çok zarar görmüşse : Mağdura iki seçenek verilmiştir. 1-malın eksilen değerini tazmin ettirmektir. 2-malın zarar verene bırakıp bedelini almaktır.

■ 4. Başkasının haksız fiili nedeniyle sorumluluk (Dolaylı sorumluluk)

1- Velayet nedeniyle dolaylı sorumluluk

Velayet : Ehliyeti kısıtlı kişi üzerinde onun adına hukuki tasarruflarda bulunmak üzere tam ehliyetli bir kimsenin yetkilendirilmesidir.

- ▶ Çocuk ve akıl hastasının fiiliyle doğrudan yol açtığı zarar kendi mallarından tazmin edilir.
- ▶ Velinin sorumluluğu mal varsa karşı tarafın zararının bu maldan temin etmektir

2- Emre uyan kişinin fiili nedeniyle emreden sorumluluğu

▶ Bir şeyde tasarruf yetkisine sahip olmayanın o hususta emir yetkisinde olamaz. **“Gayrimülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır. (Mecelle) ”** bir malın üzerine önce tasarruf yetkisi olucakki başkasınada o maldan yararlanma emri verilsin. **Mülci ikrah ile olmamak kaydıyla** Başkasının malı üzerinden yararlanması caiz olmayan kişinin emir vermesiyle yerine getiren kişi o malı tazmin ile sorumludur. Çünkü Emreden emrine itibar edilmez

▶ Başkasına ait tasarrufu emir bütün tasarrufları kapsar . Emredilen kişi emre uyararak bu tasarruflardan birinde bulunduğu tazmin ile sorumludur. Tazmin sorumluluğunun oluşması için bu malın emredene ait olmadığını da bilmesi gerekir.

▶ ilk sorumlu doğrudan o fiilli yapandır. Fiili, başkasının emretmiş olması, işleyeni fail konumundan çıkarmaz.Ancak emreden mücbir veya aldatıcı (muğarrir) olduğunda fiilin emreden bağlanması mümkün olur.

▶ Amir fail üzerinde mücbir bir konumda ise (ikrah-ı mülci)**emretmişse fiil âmire bağlanır**. Fail ikrah altında ise cezai ehliyeti düşer hukuki ehliyeti düşmez önce zararı tazmin eder sonra amire dava açıp tazminde bulunabilir.Tam ehliyetlinin ehliyeti kısıtlı (kâsır) kişiye yaptığı emir ikrah sayılmıştır. Sultanın verdiği emir ikrahtır. Velide aynı şekildedir

ÖRN : Baba çocuğuna tarlasında ateş yakmasını emrese ve emirle yakılan ateş komşunun bahçesine sıçrayıp zarar verse sorumluluk emri veren babaya aittir.

3- İşverenin çalışan haksız fiilinden sorumluluğu

▶ İşverenin çalıştırdığı kişinin 3.şahıslara karşı işlediği haksız fiilinden dolayı sorumluluğunu, çalışanın **tam zamanlı** çalışması halinde (**ecir-i has**) oluşur. İşveren başkasından aldığı işi alt bir sözleşme ile çalışanına devretmekte çalışan bu işi yerine getirirken malın tam ve veya kısmi itlafını doğuran bir fiil işlemektedir. Bu durumda işveren doğrudan haksız fiilin faili olmadığı halde zararın tazmini hususunda 3. şahsa karşı sorumludur.

▶ **“Ecir-i hâs”**ın elindeki mal **emanet hükümlerine** tabi olduğundan **yetki aşımı (teaddi)** ve **koruma hatası, ihmal , özen göstermeme (taksir)** olmaksızın tam veya kısmen itlaf olursa tazmin ile yükümlü değildir **“ecir-i hâs”**ın teaddi ve taksiri bulunursa işverenin zararın tazmini **işçiye rücu etme hakkı bulunur**. Zanaatkârlar çalışan çirak ve kalfaların veya bir onarım işi alan müteahhidin yanında çalışan vasıflı ve vasıfsız işçilerin verdiği zarardan dolayı zanaatkâr ve müteahhit sorumludur.

İşverenin, 3. şahıslara karşı işçisinin fiilinden sorumluluğu (dolaylı sorumluk) için gereken şartlar:

- 1- İşverenin, başkasına karşı üstlendiği bir ifânın bulunması, (Sözleşmeyle bir başkasıyla bir işin altına girmiş olmalı- kumaşın atölyeye girmiş olması gerekli)
- 2- İşveren tarafından bu ifânın 3. bir şahsa devredilmiş bulunması, (kesiciye bu kumaşı gömleklilik olarak sen keseceksin demesi)
- 3- İşverenle bu 3. şahıs arasında işveren-işçi, usta-çırak ve benzeri şekilde akdî bir münasebetin olması, (kesici işverene bağlı olmalı)
- 4- İfânın devrinin haklı olması, (işveren kesicisisen bunu kes deme hakkına sahip olmalı ve kesici kabul etmeli)
- 5- İşçinin işlediği zararlı fiilin, işverenin mesul tutulacağı fiillerden olması gerekmektedir. Yani bizzat kendisi yaptığında tazmini gerektirir olması
Ecir-i müşterek (herkese iş yapan) verdiği zarardan kendisi sorumludur.

ÖRN : Kişi bir duvarı yıkması için bir kişiyi kiralar (iste'cere) ve duvardan ayrılan bir taş bir kişiye isabet ederse yaralama diyetini çalışanın tazmin etmesi gerekir

4- Hayvanın verdiği zarar sebebiyle sorumluluk

► **"Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir"** Hayvanın sorumluluğu ve hukuki kişiliği yoktur. Tazmin ile yükümlü olamazlar. Ancak herhangi biri hayvanı teşvik, sevk, idare , yönlendirmişse ve zarar gelmişse sahibinin tazmini gerekir .

► **Sahibi ve hayvan arasındaki ilişkiyi tespitte çalışan İslam hukukçuları şu tespitleri yapmışlardır.**

a- Hayvanı gözetleme ve koruma zorunluluğu olmayan durumlarda verdiği zarardan dolayı kimsenin sorumluluğu yoktur.

b- Zorunlu olan durumlarda verdiği zarar yükümlü olan kişiye (sahibi, görevlisi ve kullanıcısı) tazmin ettirilir

c- Hayvan kaçarak zarar veriyse sahibi yükümlü olamaz . kedinin bir kuşu öldürmesi gibi.

d- Hayvanın zarar veren fiilinin insanların sevk ve idaresinden kaynaklanması halinde ise bu sevk ve idareyi yapan kişi tazmin ile sorumludur.

5- Eşyanın verdiği zarar sebebiyle sorumluluk

► Eşyadan doğan zararda kusur ilkesi esas alınmıştır.

► İradeli olmayan eşyaya kusur izafe etmek mümkün değildir. Bu bakımdan eşyanın verdiği zararda sahibinin veya failin kusuru dikkate alınması lazım gelir.

► Yapılış hatasından veya tamir edilmeyişi nedeniyle yıpranma sonucunda yıkılıp zarar veren bir yapının verdiği zarardan sahibi sorumludur.

► Mecelle böyle bir durumda sorumluluğun **ikaz şartına** bağlamıştır.

(15 EKİM)

12. DERS
27. dk)

4-
HAKSIZ
İKTİSAB

→ 1. Kavramsal Çerçeve:

A- Haksız iktisab (sebepsiz zenginleşme)

➔ Bir kişinin mal varlığında **meşru bir sebebe dayanmaksızın** meydana gelen artışı denir.

➔ Haksız iktisab **iktisabın meşru bir sebebinin bulunmaması üzerine kurulmuştur**. Yani bir kişinin mal varlığında bir ilave yada artma var ancak meşru bir sebep yok oluşan artış sebepsizdir ve haksız iktisabdır. **Meşru sebep** hukukun kabul ettiği iktisap vesilesidir.

ÖRN : Borçlu olduğu düşüncesiyle 100TL ödeme yapan bir kişinin borcunun olmadığı ortaya çıkınca, verdiği 100 tl nin hukuki bir temeli meşru bir sebebi yoktur onun malvarlığında 100 tl azalma karşı tarafın malvarlığında haklı sebebe dayanmayan 100 tl bir artış meydana gelmiş olur burada haksız iktisab vardır.

➔ Haksız iktisap sözleşmeye dayanmaksızın mal varlığında meydana gelen değişim ile ilgilidir. Bu bakımdan akitlerin doğurduğu borçtan farklıdır.

ÖRN: Muvazaalı (hileli) olduğu için iptal edilen bir akitten sonra tarafların elinde bulunan mal, alacak veya hizmet haksız iktisap konumundadır. Hileli bir akit yapılıyor ve daha sonra aktin hileli olduğu anlaşılıyor **akit fesholuyor** tarafların elindeki mal , hizmet , bedel sebepsiz hale gelince geri iadesi lazım gelir.

Haksız fiil ve haksız iktisaptaki farklılıklar:

1- **Haksız fiilde** zarar veren hukuka aykırı bir fiilin bulunması gerekir. **Haksız iktisapta** fiilin hukuka aykırılığı değil, zenginleşmenin sebepsizliği dikkate alınır.

2- **Haksız fiilde** zarar unsuru aranır, **Haksız iktisapta** fakirleşen kişi zarara uğramamış olsa dahi borç doğar.

➔ Hukuk haksız fiilde zarara katlanma kabul etmeiği gibi haksız iktisabıda kabul etmez bu adaletin gereğidir . **Klasik islam hukukunda** haksız iktisap konu olarak işlenmemiştir **genel çerçevede** bakılmıştır. **Modern hukukta ise** borcun kaynaklarında biri olarak **teorik bir çerçeve** içerisinde ele alınmıştır.

Klasik İslam Hukukunda Sebepsiz Zenginleşmenin En Tipik Örnekleri :

1- Borç olamayan bir şeyin hata ile ödenmesi,

2- Ortak olduğu veya başkasına ait bir malı yok olmaktan kurtarmak için zorunlu olarak başkası adına yapılan ödemeler

3- Akitsiz olarak ve ücret kararlaştırmadan bir kişiyi çalıştırma, evinde oturma, arazisini ekip biçme,

4- İki malın birbirine karışması veya bitişmesi

Modern Hukuktaki Teorik Yaklaşımlar

1- **İslam hukukunun, bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmeye sınırlı bir alan tanıdığı görüşündedirler.**

• İslam hukukunun, sebepsiz zenginleşmeyi, borç kaynağı kabul eden Roma hukukundan farklı sınırlı olarak borç kaynağı kabul eden İngiliz hukukuna daha yakındır görüşündedirler. **Sınırlı yer verdiği savunular**, fuzulinin (yetkisiz kişinin) yaptığı tasarruflar ,harcamalarının teberru (bağışlama-hibe) kabul edilmesini esas kriter yapmaktadırlar. **ÖRN:** Bir kiracının binası çökmek üzere iken orayı tamir ettiriyor fakat ev sahibinin bundan haberi yoktur kiracının teberru yaptığı farzedilir sahibi sebepsiz zenginleşti denmez ve bağış olarak görülmüştür.

Malvarlığı azalanın mal varlığı artana karşı tazmin talep hakkının bulunmasını da sebepsiz zenginleşmenin sınırlı da olsa borç kaynağı oluşu

a- Borç olmayan şeyi hata ile ödeme (iadesi gerekir) b- Başkası için zorunlu olarak yapılan ödemeler, c- Zorunlu ortaklık d- Bitişme hallerinde

2- **Haksız iktisabın kaide ve tatbikatının mevcut olduğunu savunmuşlardır.**

• Mecelle'nin "Bila-sebeb-i meşru' birinin malını bir kimsenin ahız eylemesi caiz olmaz" Siz meşru bir sebebiniz yoksa bir başkasının malını alıyorsanız **Subhî Mahmesânî** tarafından savunulan bu görüş, şahıslar arasındaki hukuki ilişkilerde rızâ ilkesini vurgular.

➔ Kur'an ve sünnetin meşru sebep olmasızın iktisabı yasaklaması, tazminle yaptırıma bağlayan kaide ve tatbikata bağlar ve borç kaynağı olarak vurgulamıştır.

→ 2. Şartları

A- Malvarlığında Çoğalma (zenginleşme): Taraflardan birinin mal varlığında (mâmelek) çoğalma meydana gelmesi gerekir. 2 şekilde olur.

1. Aktifleri (alacak) artar – müspet zenginleşme -50 tl malvarlığına 50 tl katar 2. Pasif (borçları) azalır – menfi zenginleşme – 100 tl borcunun 50 tl sini öder

Müspet zenginleşmeye (Kazanç) örnekler :

- 1- Meşru bir sebep bulunmaksızın menkul ve gayr-ı menkul bir malın mülkiyetini kazanma,
- 2- İş ve hizmet isteme hakkını elde etmek,
- 3- Başkasına ait bir evde oturmak veya işyerini kullanmak,
- 4- Başkasının fiiliyle –başkasının gübrelemesiyle ekininin artması,
- 5- Araziyi ziraata elverişli hale getirmesi gibi- malının değerlendirilmesi

Menfi zenginleşmeye örnekler

- 1- Meşru bir sebep olmaksızın bir borcun ödenmesi,
- 2- Bir rehin veya mülkiyet hakkını kısıtlayan bir durumun ortadan kaldırılması

B- Malvarlığında Azalma (fakirleşme) : Taraflardan birinin malvarlığındaki artışın haksız sayılabilmesi için diğerinin malında azalma olması gerekir.

1. Aktifleri azalır : Sahip olunan malî bir kıymetin yitirilmesi 2. Pasifleri artar : Bir borç altına girmek

* Hukuki bir sebep olmaksızın meydana gelen her iki durum da karşı tarafı zenginleştirirken asıl hak sahibini fakirleştirmektedir.

ÖRN: Belediyenin yaptığı yatırımlar veya Karayollarının inşa ettiği yol ve köprüler ya da bir kişinin bahçesini güzelleştirmek için yaptığı çalışmalar sonucunda, bu hizmetlerin üretildiği bölgedeki mülklerin veya komşunun evinin değer kazanması halinde haksız iktisaptan söz edilemez.

* Fakirleşme bir iş ve hizmet sonucu meydana gelmişse, yapılan işin örfen ücretle yapılan bir iş olması gerekir. İnsanların adeten ücretsiz yaptığı iş ve hizmetlerden dolayı maddi bir kıymet ortaya çıkmadığı için fakirleşmekten söz edilemez.

* Haksız iktisabın teşekkülü için fakirleşenin malvarlığında meydana gelen azalmada **hata ve ihmalinin bulunmaması şartı** aranmaz.

* **İsviçre hukuku** fakirleşmeyi zorunlu görürken **Alman hukuku** gerekli görmez. **Türk medeni hukuku** İsviçre hukukuna uyarak fakirleşmeyi şart kılmıştır.

C- İlliyet Bağı : Mal varlıklarındaki artma ve eksilme arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunmasıdır.

* **Haksız fiilden farklılığı** Haksız iktisapta illiyet bağının oluşması için **hata/kusur şartı** aranmaz.

* Haksız iktisabın oluşması için **fakirleşmeyi şart koşanlar** illiyet bağının doğrudan olması gerektiğini kabul ederler. **Fakirleşmeyi şart koşmayanlar** ise illiyet bağının zenginleşmeyi sağlayan olay ile zenginleşme arasında aranması gerektiğini söylerler. **İlliyet bağının doğrudan ve dolaylı oluşuna şu örnekler verilebilir:**

Bir satım akdinde müşteri malı kendi adına değil, hataen başkası adına tescil ettirmişse müşterinin malvarlığının azalması ile üçüncü kişinin artan malvarlığı arasında **doğrudan bir illiyet bağı** bulunmaktadır. **Dolaylı illiyet ise**, zenginleşen kişinin 3.kişi ile kurduğu hukuki işlem sonucunda birinin malında azalma meydana gelmesidir.

D- Haklı Bir Sebebin Bulunmayışı : Haklı bir sebep (hukuken mülkiyeti için meşru) bulunmayan her durumda malvarlığında meydana gelen zenginleşmenin haksız bir sebebe dayandığı kabul edilir. **sebepsizlikten kasıt hukuki meşru bir sebebin bulunmayışıdır.**

ÖRN: Malını hibe eden kişinin mal varlığında azalma, hibe edilen kişinin malvarlığında ise artma meydana gelir. Ancak bu zenginleşme meşru bir sebebe (hibe) dayanmaktadır. Bakım nafakası hakkına sahip olan eş ve çocukların malvarlığında bu hakları nedeniyle meydana gelen artış da haksız iktisap değildir.

(17 EKİM)

13. DERS

30. dk)

14.DERS

→ 3. Haksız İktisabın Oluştığı Başlıca Durumlar

1- Borç Olmayanın Ödenmesi Durumu : “Hatası zahir olan zanna itibar yoktur.(Mecelle)”. Bir kimsenin malını başkasına vermesinde ise genellikle bir borcunu ifâ etme zannı bulunur. Borcun bulunmaması halinde bu zannında yanlışlığı ortaya çıkar ve buna bağlı olarak da ödemenin sebepsiz yapıldığı anlaşılmış olur. Sebepsiz ödemeyi alan kişi iade borcu ile yükümlü olur.

A- Hata ile ödeme : (Borcum var zannederek yanlışlıkla ödemek)

ÖRN: Bir borca kefil olan kişi, kefaletinin gereği olarak borcu ödedikten sonra asıl borçlunun borcu daha önce ödediği ortaya çıkarsa, kefilin ödediği malı geri talep etme hakkı ortaya çıkar. Yine aynı borcu kefil ödedikten sonra ödenmedi zannı ile asıl borçlu öderse ödemesini **geri talep hakkı doğar**. Çünkü her iki halde de borcu ödeme zorunluluklarının bulunduğu zannı ile ödeme yapmışlardır.

B- Meşru olmayan sebep ile ödeme :

ÖRN : Rüşvet olarak verilen bir mal ile bir taraf fakirleşirken diğer taraf zenginleşmekte fakat ödeme sebebi meşru değildir. Zenginleşenin malvarlığında meydana gelen artış iade edilmesi gerekir. Ayrıca hukukullah kabul edilen kamu düzenine verilen zarardan dolayı tazir cezası gerekli olur.

C- Gerçekleşmemiş sebep ile ödeme : Kurulması düşünülen bir akit için yapılan peşin ödemeler. Sonrasında akitlerin bozulması

ÖRN : Kadına mehir olarak bir miktar mal verildiği halde tarafların evlenmekten vazgeçmesi nedeniyle nikâh akdinin kurulmaması, düğünde yemek pişirmesi için aşçı ile icâre akdi yapıldıktan sonra gelin ve damadın vefatı ile düşünün yapılamaması, ağrıyan dişin çekilmesi için dişçi tutulduktan sonra dişin kendiliğinden iyileşmesi icâre gibi süreli akitlerde ise peşin para ödenmişse ve süre dolmadan akdin konusunda istifadeyi imkânsızlaştıran bir durum nedeniyle akit feshedildiği zaman kiracının verdiği ücretin kalan kısmını talep hakkı doğar. Çünkü zenginleşenin mal varlığındaki çoğalma sebebi ortadan kalkmış ve sebepsiz hale gelmiştir.

2- Takdiri Karşılık (ecri-i misil, ta’viz-i misil) : Bir iş ve hizmet üretilmiştir bu iş, hizmetin ve menfaatin bedelini tespit etmek için 2 yol vardır

A. Akit ile tespit edilmesi (MÜSEMMA): Kendi aralarında anlaşarak tarafların kendi rızalarıyla belirlenmesi halinde satımda semeni müsemma kira aktinde ecri müsemma nikahta mehri müsemmadır. Bunlar muteber ddir doğru yapıldığı sürece geçerlidir.

B. Akit söz konusu değilse (MİSLİ) : Akitsiz olarak ,akitte zikredilmemişse, akit süresi geçmişse , feshedilmişse takdiri ücret /kıymet/değere göre yani emsal piyasa değerine göre tespit ve takdir edilir . Satım akdinde “semen-i misil”, kira ve hizmet akdinde “ecr-i misil” ve nikâh akdinde “mehr-i misil” adı verilir. İslam hukukunda taraflar akit ile sahîh şekilde ücreti/ ecri/semeni/mehri belirlememişse zararın giderilmesi adına bunun taktiren belirlenmesini kabul etmiştir. Kabulünde Haksız İktisab düşüncesi etkilidir. Çünkü taktiri belirlenmemişse birinin malının artma diğerinin azalması meydana gelir ve Malvarlığı artan azalanın lehine iadesi gerekir buda haksız İktisabın temelini oluşturur.

İslam hukukunda 3 durumda takdiri bir bedel ile haksız İktisabın önüne geçilir.

1- Zimnî akit ile zararı giderme düşüncesi: Mecelle, sözsüz fiil ile (teati) icâre akdi yapılabilir. İskele kayığına binildiğinde, ücreti belirli ise bu ücreti; belirli değil ise **ecr-i misilin** ifâsinin lazım geldiğini kanunlaştırmıştır. Burda **sanki kayığı kullanan ve binen kişi arasında zimni bir akit** (söylenmemiş lafa dökülmemiş (teati)anck herbirinin içinde kabul edilmiş) bir akit meydana gelmiştir. Zimnî bir akit olduğu var sayılmadığında 2 durum ortaya çıkar.

a. Araçları çalıştıran bu hizmeti teberru olarak yerine getirmiştir.

b. Araca binen haksız olarak ücret vermemiştir ve gasp etmiştir.

Zimni akit zayıf olduğundan haksız İktisab kavramı ile desteklenmelidir. Ücretle iş yapılan konuda hizmet sözleşmesi yapmaksızın bir kişiye iş yaptırıldığında ecr-i misil gerekli olur.Burada da zimni akit varsayılmakla birlikte işveren çalışan aleyhine sebepsiz zenginleşirken çalışanın fakirleşmemesi ecr-i misle hak sahibi kılınmalıdır.

2- Süreli akitlerde zararı giderme düşüncesi

Bazı akitler vardır uygulanması zaman ister . kira akti gibi süreleri vardır bazen süre dolar hedeflenen sonuç elde edilmez eğer akit doldu diye tarafların pozisyonu değiştirilmek istenir se bir zarar ortaya çıkar tazmin yoluyla zararın giderilmesi düşünülür .burada bir tür haksız iktisab düşüncesi vardır.

ÖRN: Bir araziyi haziran ayının ortasına kadar buğday ekmek için kiralayan çiftçinin kira (icâre) süresi bittiğinde buğday henüz hasat edilmeye uygun hale gelmemişse ve arazi sahibi çiftçiye ürününü topla git deyince çiftçinin bir yıllık emeği zayi olur çiftçi fazladan süre isterse arazi sahibini zarar uğratar. Her iki tarafın zararını ortadan kaldırmak için o arazinin isrediği süre kadar bedeli belirleniyor bu bedel **rayiç bedeli (ecr-i misil)** olup hasat zamanına kadar kiracının (müste'cir) elinde bırakılır. Bu şekilde **zaruret sebebiyle oluşan ve zaruret miktarı süren ve ücreti de takdiri olarak belirlenen haksız iktisabın önlenmesi düşüncesi belirir**

3- Tashihi mümkün olmayan fasit akitlerde zararı giderme düşüncesi

Fasit akit : Akdin aslında olmasa da vafında eksiklik bulunan akitlerdir ve mutlaka bozulması , feshedilmesi veya fasit olan şartın düzeltilmesi gerekir.Bazen bu durumlar zarar ortaya çıkar ve bu zararın giderilmesi yada hak ise hakkın karşılanması gerekir bu yüzden ecri misil gerekli dir

ÖRN: Sahih bir şirkette ortaklar kâr payları arasında farklılığı şart koşmuşlarsa bu şarta riayet edilerek buna göre kâr dağıtılır. Ancak **akit fasit ise kâr sermaye oranında dağıtılır.** Ortaklardan biri için fazla kâr şart koşulmuşsa bu şarta itibar edilmez. Muzâraa veya mudârebe şirketleri i **emek sermaye şirketleridir-** fasit olarak kurulmuş olduğunda şirkete emeği ile katılan (Muarebe-Girişimci, Muzarada-Ekin eken) kişiye kar payı değil ecr-i misil verilir.

3- Karışma veya birleşme: İki ayrı mâlikin malının ayrılmayacak veya ayrılması büyük zorluk ve zarara sebebiyet verecek şekilde karışması veya birleşmesi mülkiyeti intikal sebeplerindedir. Bu nedenle taraflar için oluşan hak ve borç haksız iktisapla değerlendirilir.

Malların doğal afetler sonucu birleşmesine,

ÖRN: Bir dağın yamacındaki iki bahçeden üstte olanın altta olanın üzerine kayması.Herhangi bir kast olmaksızın meydana gelen bu olayda üstteki bahçenin aşağıya kaymasıyla taraflardan birinin mülkü elinden çıkmaktadır. Bu sorun, **bahçelerin birleşmeden önceki kıymetleri esas alınarak değeri fazla olan bahçenin sahibinin az olanın bedelini ödeyerek tazmin etmesiyle** çözüme kavuşturulur

Zenginleşenin kendi fiili veya üçüncü kişinin fiili ile meydana gelen karışma ve birleşme

ÖRN: Bir adam ham bezini birine emanet ediyor o kişide hambezi gidip boyatıyor ve boyamayla hambezin değeri artıyor. İade etmesi gereken hambez yok veya Gâsıbın ham olarak gasp edip kendi malıyla boyadığı bez olayında **Mecelle** gaspın hükümlerinde ham bez ile boyama işlemi birleşmiştir. Ham bezin boyanması ile bezin değeri artmıştır. Gaspta esas olan gasp edilenin iade edilmesidir. Ancak bu örnekte gasp edilen malda ilave bir değer meydana gelmiştir.

Şâfiî - Hanbelî : Mal sahibi ile gasp edenin mallarının kıymeti oranında **ortak olduklarını** ve mal satıldığında buna göre hisselerini alacaklarını düşünmüşlerdir. Ham bezin toplam değeri 500 tl ise bu durumda aralarında ortaklık olur Ancak bu değişiklik ile malın değeri artmış ise fazla değer mal sahibinindir boyanın değeri ve boyama masrafını kadar gasıbın olur ham bezin değeri kadar alırve artan değeri alır. Eğer değeri azalmış ise, gasıptan tarafından tazmin edilir. Bununla birlikte eğer değişikliği geri almak (boyayı gidermek gibi) mümkün ise bu yola gidilir; ancak ortaya çıkan değer kaybı gâsıp tarafından tazmin edilmek durumundadır.

Maliki -Hanefî : Gâsıbın malda değişiklik yapması durumunda mal sahibini muhayyer bırakmışlardır. Malı gasp edilen kişi, dilerse malın kıymetini tazmin ettirir, dilerse gâsıbın meydana getirdiği ilave değeri tazmin ederek malını alır. Ham bezin değerini gasıb verebilir veya boyanın masrafı gasıba ödenir bez mal sahibinde kalır

4- Başkası adına zarureten yapılan ödeme : Bir kimsenin kendisine veya başkasına yönelen bir zararı gidermek için başkası adına yaptığı zorunlu harcamalar **fuzulünün teberru sayılan işlemlerinin dışında** değerlendirilmiştir. Kişi babasının borcunu ödeyerek bu borç karşılığında rehnedilmiş malını kurtarırsa, gönüllü ödeme yapmış (müteberri') sayılmaz. Emaneten verilen hayvanın sahibi yemini vermediyse zarureten yemini vermekle tazmin oluşur.

→ 4. Haksız İktisabın Hükümleri

- 1- **Temel hüküm**, fakirleşenin mamelekinden çıkan malın iadesini talep hakkı , zenginleşenin aldığı malı iade etme yükümlülüğüdür.
- 2- **Aynı bir malda** mütekavvim olması ve **misfî bir malda** semen (satış bedeli) olmaya uygun olmalıdır.
- 3- **Menfaatin durumu. Malikî, Şafiî ve Hanbelî** menfaat, mütekavvim maldır . haksız iktisap bakımından değerinin iadesi gerekir . **Hanefi** yetim, vakıf ve kira için hazırlanan malların menfaatlerini diğer menfaatlerden ayırarak mal kabul etmişlerdir.
- 4- Sebepsiz olarak mütekavvim bir mal iktisap eden kişinin aynı malı iade etmesi gerekir mal **telef olmuşsa para cinsinden kıymetinin ödenmesi** gerekir. Nakit veya misli bir mal ise, zimmet ile sorumlu olunan deyn borcu ortaya çıkmıştır. Haksız fakirleşen deyn borcu ile haksız zenginleşene rüçû hakkına sahip olur.
- 5- İadenin değerle yapıldığı durumlarda iade, zenginleşenin mal varlığında bu nedenle meydana gelen çoğalma dikkate alınır.
- 6- Haksız iktisabın konusu yararlanılan bir hizmet veya menfaat olduğunda, para cinsinden belirlenmiş değeri ödenir. bu işleme **“ecr-i misil”** adını verirler.
- 7- İadenin değerle yapıldığı durumlarda iade, zenginleşenin mal varlığında bu nedenle meydana gelen çoğalma dikkate alınır. İadenin değerle yapıldığı durumlarda iade, zenginleşenin mal varlığında bu nedenle meydana gelen çoğalma dikkate alınır.
- 8- Niyette önemlidir. Mal varlığında oluşan fazlalığın geçerli bir sebebe dayanmadığını bilmeyen kişi iyi niyetli kabul edilir.

-
- ❖ Borcun yakın sebebini hukuki bir fiil veya olay oluşturabilir . Esasen bir fiil ve olayın hukuki sonuç doğurması, borçlar hukukunda borç oluşturması kanun koyucunun himaye ve onayına dayanmaktadır. Kamu hukuku bakımından devletin belirli niteliklere sahip uyruklarına yüklediği mali yükümlülükler vardır. Bu yükümlülükler vatandaşlık ilişkisinden doğan mali nitelikli borçlar niteliğindedir
 - ❖ Kanunda doğan hususi hukuk borçları ise, eş nafakası, altsoy ve üst soy bakım nafakası, hısımlık nafakası ve iddet nafakası türü mali yükümlülükler ile veli, vasî ve kayyımın mali yükümlülükleri türüdür.

5-
KANUN

(22EKİM)

15. DERS

16.DERS

4-

BORCUN HÜKÜMLERİ

❁ **Borcun hükmü** borç ilişkisinin doğurduğu edimi yerine getirmektir. **Edim bir tarafın talep bir tarafın ifa ile yükümlü olduğu şeye borcun edimi deriz.** Borç ilişkisinin sonucudur. **“verme”, “yapma” ve “yapmama” edimi** olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar.taahhüde uygun olarak yerine getirilmesini gerektirir.

❁ **Eda** borcun aslının ifâsidir esas olanda budur . buna **EDA** denir. Aslının edası mümkün olmayınca **“Aslın ifâsı kabil (elverişli) olmadığı halde bedeli ifâ olunur (Mecelle)** . **Kaza** Borcun aslını değil bedelini ifâya denir.

1- **Tam (kâmil) Kaza** misli eşya borçlarında akdin konusunun mislini ödemek şeklinde olursa

2- **Eksik (nâkis) kaza** kıyemî malların para ve mal cinsinden kıymetinin ödenmesi halinde

❁ **Aynen ifâ** borcun aslını yerine getirilmesine (ütü aldın aynısını geri verdin) **Dolaylı ifâ** borcun mislini veya kıymetini tazmindir. Bu durumda alacaklının zararı ortaya çıkar . Bunlar **menfaat ve gecikme tazmini** durumunu doğurur (aldığın ütü telef oldu bedelini verdin)

Menfaatin Tazmini : Birinin evini bedelini ödememiş ondan gelir getirici faaliyetlerde bulunmuştur ve hak sahibinin menfaatini tazmini yerine getirirmi

Henefiler gasbedene menfaat temin eden gasp durumlarında menfaatin tazminini kabul etmezler daha sonra **Cumhur** gibi kabul ettiler

Gecikme Tazmini : İslam hukukçuları olumlu yaklaşmamışlardır. İfânın gecikmesi nedeniyle kişiyi uğradığı zararı, kesin değil muhtemel bir zarar kabul etmişler ve muhtemel zararın tazminin gerekli görmemişlerdir. Tazmini kabul etmemişler ve bunu **Faiz** görmüşlerdir . gaspçı kendiliğinden verirse caizdir.

❁ Borcu borçlu bizzat kendi, kefil, velisi, vekili ödeyebilir Borcun ifâsında asıl olan borç ilişkisinin kurulduğu yerde ödenmesidir. farklı yerlerde ödenebilir.

❁ Aksi olmadığı sürece ifanın bizzat alacaklıya yapılması şart değildir, onun adına yetkili kişilere de yapılabilir.Kurum borcunu muhasebecisine ödemek gibi.

❁ **Borcun ifâsından kaçınan borçluya uygulanacak yaptırım borcun hükmü kapsamındadır borçluları ödeme gücü bakımında sahip oldukları duruma göre**

1- **İYİ NİYETLİ BORÇ** : Borcunu ödeme imkânından yoksun iyi niyetli borçluyla ilgili nass sebebiyle (Bakara, 2/280) süre tanınması gerektiğini ve bu kişinin borcu ödemeye zorlamak için hapsedilmesinin caiz olmadığına ittifak etmişlerdir.

2- **KÖTÜ NİYETLİ BORÇ : Temerrüd** : Ödeme gücü bulunduğu halde borcu ifâdan kaçınmaya denir. Temerrütte bulunan kötü niyetli borçlunun ifâya zorlanması İslam hukukçularını yaygın kanaatidir. **Zahiriler , leys ,ömer b. Abdülaziz** hapsetmek caiz değildir der ama **Cumhur** hapsetmek caizdir der.

❁ İyi niyetli borçlu ödeme imkânından yoksun olduğunu mahkemede ispatlamadan hapsedilmekten kurtulamaz.(**nafaka, mehir, itlaf edilen mal ve uzvu tazminin oluşturduğu borçlar hariç**) **yeminle mahkemeye ispatlayabilir..Alacaklının dava açma hakkı vardır malı gördüğü yerde el koyabilir.**

Ebu Hanife : Borçlu yoksul da olsa alacaklının hakkı vardır.Hayvanını vadeli sattığı bir adam vade sonunda eğer bedelini almırsa hayvanını gördüğü yerde geri alabilir.

Mâlik, Şâfiî ve Züfer: Borcun şahsı değil **malını bağladığı** gerekçesiyle caiz olmadığını söylemişlerdir. Borçlunun çalıştırmak ve kiraya vermek (köle)ise caiz değildir.Hayvanını sattı ancak bedelini alamadı gidip adamı zorla alıp bedeli karşısında bahçesinde çalıştırırsa bu köleleştirme olur ve caiz

❁ Borçlunun vadeli alacağını ifâ süresini aşan bir yolculuğa **kefil veya rehin mal bırakmaksızın çıkmak istediğinde mahkeme le engellenip engellenmeyeceği**

Şâfiî : Vadesi gelmemiş bir borcu talep hakkı yoktur , kefilsiz rehinsiz yolculuğa çıkabilir

Mâlik, İbn Hanbel ve bir kısım Şâfiîlere: Geri dönüşünden önce borcun ifa zamanı gelmişse rehin ve kefil bırakmadan yolculuğa çıkması engellenebilir

Hanefiler : Borçlunun seyahatten men edilemez ancak alacaklı borçluyu takip edebilir.hapsedilemez.

Ebu Yusuf: Zevcenin bir aylık nafakası için seyahate çıkan kocadan kefil isteyebileceğini istihsanen ileri sürmüş, **Hanefiler de** bu meselede böyle fetva vermişlerdir.

Daha sonraki Hanefiler, alacaklıyı takip hakkının doğurduğu külfeti dikkate alarak Ebu Yusuf'un yaklaşımını genelleştirmiştir.

Hanefilerin Genel Görüşü : **Mecelle**, borç vadesi gelmeyen borçlunun vade gelmeden başka bir yere seyahati halinde alacaklının mahkemeye müracaatla kefil istemesi halinde kefil göstermeye mecbur olduğunu kanunlaştırmıştır.

❁ **Borcun cebri icra yolu ile satılarak ifâsı** İslam hukukçuları kabul etmiş ama önce menkul mallardan başlanarak yapılmalı **Hanefiler** kabul etmemişlerdir.

5- BORCUN SONA ERME ŞEKİLLE Rİ

1- **İfâ**: Asıl şekildir. (aslının ifası : Aynen, kıymetininifası : dolaylı, aslının ifası: eda , bedelinin ifası : kaza ,)borçla doğan yerine getirilsyseile yapıldıysa borç biter

2- **Akdin Feshi**: Akdin herhangi bir nedenle feshi halinde taraflar akitten önceki duruma geri döndüklerinden aralarından borç ilişkisi sona ermektedir. Tek taraflı fesih hakkı bulunan âriyet, vedia, karz, rehin, şirket gibi akitlerde fesih ile tarafların borcu sona erer İki tarafı bağlayıcı olan satım ve kira akitleri gibi akitlerde ise taraflar anlaşarak akdi feshettiklerinde borçları sona erer. Buna **ikâle** adı verilir. İkâle taraflar açısından fesih üçüncü şahıs bakımından ise yeni bir akit kabul edilir.

3- **İfânin imkansızlaşması**: Edimin ifâsının imkânsız bir hal alması, (**infisah**) 5 yıllığına dükkanını kiraladın ancak 2 yıl sonra dükkan yıkılırsa akit fesholur ve peşin ödenen kiracıya ödenir veya düğün için aşçının bedeli verilerek tutulması düğün iptal olursa bedeli geri verilir.

4- **Borcun yenilenmesi (tecdîd)** : Tarafların borç doğuran akdi karşılıklı rıza ile feshedip kurdukları **başka bir akit ile** borcu yenileyebilirler. 100 doların var doların değeri yükselince yeni bir akit yapılır ve borcun değeri mesela bir arsaya sabitlenirse eski borç sona erer yeni borç ortaya çıkar

5- **Takas**: Takas tarafların karşılıklı (alacak vereceklerini denkleştirmesi , değiştirme)mahsuplaşmalarıdır. İki tarafta alacakları borçlara sayar eşitse sona erer değilse **düşük olan değer esas alınır**. Cins, vasıf ve vade bakımından aynı olan borçlar karşı tarafın rızası aranmaksızın takas edilebilir.

ÖRN: X kişisinden bin lira alacağı olan kişi, başka bir nedenle aynı kişiye bin lira borçlansa bu kişinin rızası olmadan borç ve alacağını takas edebilir. İki tarafın elinde emanet olarak bulunan mallar sebebiyle oluşan borçtan dolayı takas olmaz. Çünkü **emanet akdi aynı akitlerdendir**. Buradaki sorumluluk eşyanın kendisi (aynı) iledir.

6- **İbra** : Alacaklının tek taraflı olarak borçlusundaki alacağından ve haklarından vazgeçmesidir. (bağışlama, vazgeçme)

◆ **Mübri** : İbrâ eden kimse

◆ **Mübre** : İbrâ edilen kimse

◆ **Mübreün Minh** : İbrânın konusu olan hak veya borç

◆ **İbra ikiye ayrılır** :

1- **İbrâ-i istiyyfa**” Bir kişinin alacağını teslim aldığını (tahsili) ve borçludan bir alacağı kalmadığını itiraf etmesine

2- **İbrâ-i iskat**” bir kimsenin başka bir kişideki hakkının bir miktarını veya tamamını düşürerek onu borçtan beri kılmasına

◆ **“İbrâ-i hâs”**: Bir kimseyi belirli bir borçtan İbra etmeye

◆ **“İbrâ-i âmm”** : bütün borçlarını düşürmeye

◆ **İbranın hukuki mahiyeti**:

Hanbelî , Şafi : İbrâ bir hakkı tek taraflı düşürme yani İskattır. tek taraflı iradeyle kurulur. Borçlu kabulüne bağlı olmadığından borçlu reddetse bile borç düşer(İskat)

Maliki , Hanefilerden Züfer : İbra bir **hibe akdidir**.**Tek taraflı değilde icab ve kabul ile kurulur** Kuruluşu borçlunun kabulüne bağlıdır.

Hanefi çoğunluğu : İbrâ ilke olarak İskat türünden olsa da borçlunun reddi muteber olup reddetmesi halinde İbrâ meydana gelmiş olmaz **Adam illa kabul ettim demesine gerek yoktur ancak mübre bunu kabul etmezse İbra olmaz.. “İbrâ kabule tevakkuf etmez. Fakat red ile merduttur.(Mecelle)**

◆ İbrayı kabul edenin daha sonra reddetmesi, havale akdinde yeni borçlu (muhal aleyh) alacaklı (muhal leh) tarafından İbrâ edildiğinde veya alacaklı kefil İbra ettiğinde muhal aleyh ve kefilin reddinin geçerli olmadığını belirtmiştir.

◆ İbrâda da borcu İbrâ edenin rızası gereklidir. Bu bakımdan mülcü veya gayr-ı mülcü İkrahtında yapılan İbra sahih değildir.

◆ İbrâ teberru niteliğinde olduğu için İbrâda bulunanın eda ehliyetine (fiil ehliyeti) sahip olması gerekir

◆ İbranın sıhhati için borçlu ile ilgili gerekli şart, borcu İbrâ edilen borçlunun belirli kişiler olmasıdır

◆ “Bütün borçlarımı İbrâ ettim, kimsede hakkım yoktur” ifadesiyle İbra gerçekleşmez.İbra edilen hak meçhulse

Şâfiî : İbrânın muteber olmadığını (geçerli değildir), **Ebu Hanife**: Muteber olduğu (geçerlidir) **İbn Hanbel** : Bilme imkanı yoksa sahih bilme imkanı varsa sahih değil.

◆ Bir akde bağlı olarak ve onun içinde yapılan İbrânın sıhhati bu akdin sıhhatine bağlıdır. Bu akdin fesadı halinde İbranın işlerliği sözkonusu olmaz.

◆ İbra geçmişe dönüktür, mevcut ve eski borçlar hakkında yürürlük kazanır. Gelecekteki borçların İbrasına şamil değildir

7- Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi : Aralarında borç ilişkisi bulunan kişilerden bir vefat edip diğerinin ona mirasçı olması durumunda alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmiş olur.

ÖRN: Borçlusu olduğu amcasına varis olan bir kişinin borcu miras hissesi miktarı kadar sona erer. Bu durumda eğer borçlu kefil göstermişse kefilin de kefaletten kaynaklanan borcu bu miktarda sona erer.

8- Zamanaşımı (mürûzaman): Zamanaşımı, zilyetlik (malı kendi elinde bulundurma kullanma)karinesi ile bir hakkın kazanılmasını veya dava etmeye engel olması bakımından bir hakkın sona ermesine yol açan süredir.

◆ Bir araziyi 30 yıldır biri kullanıyor birisi çıkıp geliyor bura benim diyor yada adamın şufa hakkı var şufa hakkını 5 yıl kullanmıyor şufa hakkını kullanmaması gibi hususlarda ortaya çıkan zaman aşımı söz konusu . B

◆ Bir malın zaman aşımıyla malki olunması , yada zaman aşımıyla dava hakkını düşürme zaman aşımı meselesidir.

iktisabî zaman aşımı : Zaman aşımı sonucunda bir mülkiyet **hakkı elde edilmişse** (arazi kullanımı)

iskâtî zaman aşımı : Şahsî ve aynî bir **hakkın düşmesi** sonucunu doğurmuşsa (şufa hakkı)

◆ **Zamanaşımının bir hakkın kazanılması ve yitirilmesinin sebebi oluşu gerekçeleri :**

1- Uzun bir süre geçtiği halde hak iddiasında bulunmamak.

2- Borçlu aradan geçen uzun zaman nedeniyle yaptığı ödemeyi ispatlayacak belgeleri imha etmiş olabilir veya olayın tanıkları ölmüş olabilir

3- Dava hakkının zaman ile sınırlandırılması hak kayıplarına yol açsada hak sahibinin yıllarca dava yoluna başvurarak hakkına sahip çıkması bir taksirdir.

Bu taksiri nedeniyle bu sonuca katlanır.

◆ İlke olarak zamanaşımı mülkiyet kazandırıcı meşru bir sebep kabul edilmemiştir. Ancak diyaneten dava etme hakkı doğurabilir.

Maliki ve Hanefi : Zamanaşımı hak talebi davasının (tekadum) düşmesinde dikkate alınabilir. Zahiren Mahkeme dinlemeyebilir .Uzun bir süre bir malı mâlik gibi kullanan kişinin bu durumunun lehine bir delil olarak değerlendirilmesini kabul etmişlerdir.

◆ **Cumhur:** Ceza hukukunda zamanaşımı kabul edilmemiş **Hanefiler** oldukça sınırlı bir çerçevede hak düşürücü (iskâtî) etkisini kabul etmişlerdir

◆ **Şafiî ve Hanbelî** Ayni ve şahsi hak davalarında zaman aşımını kabul etmezler. **Hanefî ve Mâlikî** zamanaşımını kabul etmişlerdir

◆ **Hanefi ve maliki** zamanaşımı için **herhangi bir süre tespit etmeyip** konuyu örfe bırakmışlardır.

sonraki dönem Malikî zamanaşımı, gayr-ı menkullerde 10, menkul davalarında 2-3 yıl

Hanefî hukukçular ise, hakkın konusuna göre 1 ay-36 yıl kadar değişen zamanaşımı süreleri belirlemişlerdir. şüf'a davalarında 1 ay; göçmenlere tahsis edilen mîrî arazide2 yıl ; mîrî arazide(hazine malı)tasarruf davaları, bu araziye bağlı irtifâk hakkı 10 yıl.

◆ Zaman aşımının süresi ancak özürsüz olarak geçen zamana tatbik edileceği kabul edilmiştir.(adam hapistedir babasından kalan mirası araziyi kullanan biri vardır adam hapisten çıkınca dava edip araziyi geri alabilir)

◆ Mazeretler sebebiyle dava açılmadığında, bu nedenlerin bulunduğu süre içerisinde zaman aşımının ilerlemesi durdurulur. İslam hukukunda zamanaşımı nedeniyle dava edilemeyen haklar kazaen takibi mümkün değilse de diyaneten borç olmaya devam ederler. Bu nedenle zamanaşımından sonra borçlu hâkim huzurunda borcunu itiraf ettiğinde kazaen de îfâ ile sorunlu tutulur. Çünkü ikrar ile sabit olan malî haklarda zamanaşımı tatbik edilmez.

(24EKİM)

17. DERS

18.DERS

6-

**BORCUN
İNTİKALI**

☛ Borç ve alacağın intikali, ölüm sebebiyle intikal ve yaşayanlar arasında intikal şeklinde iki grupta ele alınabilir

1- Ölüm sebebiyle intikal :(Miras)borç terikeye intikal eder ve tehiz ve defin masrafları ile borçların ödenmesinden sonra mal vârislere geçmektedir.

2- Yaşayanlar Arasında İntikal :

A- Alacakların Temliki (Alacağın Devri): Hukuki bir işleme dayalı bütün hak ve vecibeleriyle bir alacağın alacaklıdan başka bir kişiye devredilmesidir.

ÖRN : Alinin Veliden alacağı vardır . Osmanında (3. Şahıs) Aliden alacağı vardır . ali veliden alacağını osmana intikal ettirmiştir. Ya Osmana velide alacağım var git onu al alacağına say veya veliye osman gelip benim alacağımı senden alacak der.

1- Alacağın Borçluya Satılması : Tarafların alacağın **konusunu değiştirmeleri** dir buna **istibdal veya ifâ yerine geçen eda** denir.

ÖRN: Bir borç ilişkisi sonucunda bin tl borçlanan kişi, söylenen para yerine alacaklıyla anlaşarak borç karşılığında dükkânını vermek üzere anlaşır. Bu işlem yeni bir akit niteliğinde olup borcun tediyesi (ifâ) anlamı bulunur. Dükkanı verdim ifadesiyle Borcun konusu değiştiği için **borcun yenilenmesi (tecdid)** niteliğindedir .

✿ Mecelle, belirli bir mal davasında **mal üzerinde sulh** işlemi **Satım, menfaat karşılığında sulh** ise **İcâre** kabul etmiştir.

✿ Selem akdi dışında, faizden kaçınmak şartıyla bu tür muameleler kabul edilir.Alacağın borçluya **bağışlanması** ivazsız temlik mahiyetinde **ibrâ kapsamındadır.**

2- Alacağın borçluya bağışlanması (Hibe) : Bedelsiz intikal ettiriliyorsa oluşur.

3- Alacağın 3. kişilere devri : İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından prensip olarak câiz görülmez.

Hanefiler : Kaide olarak alacağın üçüncü kişiye satım ve hibesini caiz görmemiştir.Sebebi , satım akdinin sıhhat şartlarından birinin **akdin konusunun tesliminin mümkün olmasının** gerekli oluşudur. Başkasının zimmetinde olan alacağın teslimi ise mümkün değildir

ÖRN: Bir adamın hayvanı satsa fakat hayvan kaçıp kaybolmuş olsa bu şekilde hayvanın satımı fasittir teslim edememe ihtimali vardır .

• Alacağın borçluya temlikinde ise zaten borçlunun zimmetinde olduğu için böyle bir sıkıntı bulunmadığından hibe (ibra) yoluyla temlikini caiz görmüşlerdir.

• **Hanefiler, Alacağın 3. şahsa temlikini caiz görmesede bu yaklaşımlarına çeşitli istisnalar getirmişlerdir:**

a. **Alacağın havalesi:** Satıcının satım akdinin bedeli şeklinde oluşan alacağını bir başka alacaklısına ödenmek üzere nakletmesidir.tarafların kabulü gerekir.

ÖRN : Ali Veliye buzdolabı satmıştır 2500 tl alacağı oluşmuş . Osmandanda TV almış 2500 tl borçlanmıştır . Ali Osmandan Velideki parasını almasını istemiş.

Teslimden önce semeni mebede tasarruf edilebilir. Mebi Menkul ise tasarrufta bulunmak caiz değildir ancak bedell semeni teslim almadan önce tasarrufta bulunur nedeni satım akti kesinleşmiş ordaki borçta zimmette kesinleşmiş buna sahih deyn denir bu yüzden ali alacaklısı veliyi borçlandığı osmana havale edebilir.

b. **Vasiyet:** Alacaklı hakkını borçlusundan başka bir şahsa vasiyet edebilir.a X deki alacağını y şahsına vasiyet eebilir.

c. **Kabza vekâlet vererek hibe:** Bir kişinin alacağı vardır 3. Bir şahsa alacağımı sana hibe ediyorum git ordan tahsil et diyor (kabz yetkisi) malı hibe ediyor ve vekalet yetkisi veriyor.

Hanefî Züfer : Alacağın borçludan başkasına satışının caiz olmadığı gibi kabza vekâlet vererek başkasına hibe edilmesinin de caiz olmaz .. Bu şekilde risklidir der hibeden rücu ve vekaleti geri alma yetkisi varolduğundandır

Hanefilerin Çoğunluk : Kabza vekâlet vererek ve vasiyetle hibe caizdir. Alacağın satımı ile hibe akdi birbirinden farklıdır.

Zahirî ve Hanbelî : Alacağın hem borçluya hem de 3.şahsa satım ve bağışlama yoluyla temlikini caiz görmezler.

Şâfi : Alacağının 3. şahsa temlikini caiz görmemekle birlikte itlaf edilen malın tazmin karşılığı gibi satıcının mülkiyet hakkı müstakar bulmuş (Tazminat gibi)alacakların satım yolu ile temlik edilebileceğini kabul etmişlerdir .

Maliki : Alacağın borçlu tarafından hibe ve satım yoluyla üçüncü şahsa temlikini, alacağın gıda dışında (Faiz sayıldığından), güvence kazandıran şartlarla caiz görmüş.

B- Borcun intikali (Borcun üstlenilmesi) : Tüm mezhepler borcun nakline cevaz vermişler ve borcun intikaline havale demiş ve akit olarak incelemişlerdir.

► **Havale : Sözlükte** nakletme, yön değiştirme, değişim ve intikalidir **Terim olarak :** Borcun zimmetten diğer zimmete nakledilmesi veya bunu sağlayan akiddir

Şeybânî : Borcun intikallinde sadece talep hakkı **diğer mezheplere göre** sadece talep değil doğrudan borç nakledilir.

Muhîl : Borcunu başka kişiye nakleden borçlu **Muhâlün leh:** Alacaklı **Muhâlün aleyh:** Borç kendisine havâle edilen kişi **Muhâlün bih** havâle edilen borç

► **Havale akdinin Kuruluşu :**

- 1- Tarafların rızasını gösteren irade beyanı ile kurulur.
- 2- Taraflar **muhil (asıl borçlu), muhâlün leh(alacaklı), muhâlün aleyh (üzerine borç yüklenen)**dir.
- 3- Alacaklı borçlu anlaşır nakledilen kişi onay verir akit kurulur
- 4- Muhil rızasız muhal aleyh ifada bulunursa ödediğini geri almak için havale verene rücû etme hakkı bulunmaz ve ödeme teberru olur.

Hanefi : Borcun intikalinde havale akti sahihtir. sebebi muhîlin herhangi bir zararının bulunmayışıdır. **Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî :** muhîlin rızasını şart koşarlar.

► **Akdin taraflarının taşınması gereken şartlar:**

- 1- Muhil , muhâl leh akıllı ve temyiz gücüne sahip olması yeterlidir.
- 2- Muhil , muhâl leh Erginliğe girmiş olması şart değildir Tasarruflarının yürürlüğü (nefâz) velisinin onayına bağlıdır.
- 3- Muhâl aleyh akıllı ve ergin / reşit olması gerekir

► **Havale akdinin konusunun taşınması gereken şartlar:**

1- Mal aynı borç olmayıp zimmetteki **sahih deyn borcu** olmalı. Zimmette sabit olup niteliği miktarı belli misli ve değeri ödenebilen nitelikte kesinleşmiş bir borç olucak (kumar , rüşvet borcu,ariyet, emanet, mudârebe, şirket ve kiraya verilmiş mallar sahih borç değildir ,satılan malın bedeli ve kira bedeli ve ödünç verilen misli mal sahihtir

- 2- Borç malum olmalı, bilinmez tarafları (falan kişi olmaz) bulunmamalıdır.
- 3- Borç müstakar (sabit borç olmalı) ve bağlayıcı olmalıdır. Sağlamca belirlenmiş olmalı
- 4- Muhîlin havale ettiği borç ile muhâl aleyhin yüklendiği borç arasında miktar ve sıfat bakımından birlik bulunmalıdır.

► **Muhâl aleyh muhile borçlu olması şart değildir.**

Mutlak Havale : Havâleyi kabul edenin havâle verene bir borcu olmadığı halde havaleye denir. muhâl aleyhin muhîle yaptığı ödeme için rücû hakkı vardır.

Mukayyed Havale : Muhalün aleyhin zimmetinde muhile borcu varsa buna denir. Borçlar arasında takas olur. Muhîlin muhal aleyhte alacağı yoksa havâle batıl olur.

► **Hanefi Züfer:** Havâle, ödeme gücü bulunan birine yapılmış olsa dahi önceki borçlunun (muhîl) borcundan kurtulmamıştır **kefarettir der**

ÖRN : Borçlu Ali olan veliyi tahsil için Hüseyine gönderir .Alinin sorumluluğu bitmez Hüseyin sanki kefil olur der.

► **Hanefiler:** Muhilin zimmetindeki borç düşer borç muhalaleyhe ait olur ve ödeme yapmazsa alacaklının hakkının heba olmaması için geri dönüp borcunu tahsil hakkı bakidir muhil borçlunun sorumluluğunun sürmesi üzerine anlaşılırsa şart geçerlidir. Böylece muhil muhalaleyhe kefil gibi olmuş olur. Alacaklı hakkını her ikisinden isteyebilir

► Havâle ile asıl borçlunun borcu düşünce, bu borca kefil olan kişinin de kefaleti sona erer .yükümlülüğü de sona erer. Aynı şekilde bir kişinin rehinle güvencelediği alacağını bir şahsa temlik etmesi halinde, borçludan (râhin) aldığı rehin üzerindeki hapis hakkı sona erer. Havâle ile hem borç hem de talep havâleyi kabul edenin zimmetine yüklenmektedir.

► **Havaleyi kabul eden (muhal aleyh) borcu ifâ etmediğinde alacaklının eski borçluya rücû etmek hakkı bulunmakta mıdır?**

Şâfiî -İbn Hanbel : Alacağını tahsil edemeyen alacaklının, havâle ile borçtan tamamen kurtulan eski borçluya –aksi sözleşmeleri yoksa- geri dönemez.

Mâlik: Şafiyle aynı görüşte olsada önceki borçlu, alacaklıya hile veya borcu müflise nakletmişse alacaklının eski borçluya rücû edebileceğini kabul etmiştir.

Zahiri : Yeni borçlunun (muhal aleyh) ödeme imkânına sahip olması gerektiğini şart koşmuşlardır.

Hanefi : Havalenin muhili borçtan kurtardığını kabul edip bu **hükmü alacaklının hakkının zayi olmaması şartına** bağlamışlardır. Satım akdinde, akdin konusunun müşteriye teslimi; havâle akdinde alacağın tahsil imkânının bulunması zorunludur. Aksi halde akit feshe uygun hale gelir. Muhâl aleyh elinde ispatlayıcı delil bulunmayan alacaklının havâle iddiasını reddetmesi, yeni borçlunun iflas etmesi ve iflastan kurtulmadan ölmesi veya iflasa hâkimin hükmetmesi halinde eski borçluya rücû hakkı tanınmışlardır

► **Havale akdinin sona ermesi:**

1. Borç kendisine havale edilen kişinin (muhal aleyh) veya asıl borçlunun borcu ifâ etmesi halinde
2. Tarafların karşılıklı rıza ile akdi sona erdirmeleri. Bunun fesih mi yoksa ikale mi olduğu tartışılmıştır.
3. Alacaklının (muhal leh) havale edileni (muhal aleyh) ibra etmesi, alacağını hibe etmesi veya borcuna karşılık takas etmesi halinde havale sona erer
4. **Hanefiler** mutlak havalede muhaleyleh ölürse akit sona ermez, mukayyet havalede ise borcun ifasından önce ölürse akit kendiliğinde infisah eder.
5. **Hanefilere**havale edilenin borcu ifa edemeyecek durumda olması halinde (tevâ) havale sona erer ve alacaklının havale edene rücû hakkı doğar.

ARAPÇA METİN TÜRKÇE

Havele deynlerde caizdir ayınlarda caiz değildir.

Muhilin rızası, Muhalun lehiin rızasıyla, Muhalun aleyhin rızasıyla sahih olur

Havale tamam olduğu zaman Muhil borçtan beri olur ölse dahi muhal leh (MUHTAL) alacağını muhilin terikesinden alamaz

Lakin vereseden kefil olarak veya ödeyemeyecek duruma gelme durumu varsa boçlulardan alır

Muhal leh muhile geri dönemez ancak muhal aleyh iflas ederek ölürse veya inkar ederse ve muhal aleyhinde buna karşı beyyinesi yoksa ona geri dönebilir

Muhalleh alacağını muhilden alırsa şöyle der : Senin üzerindeki bana ait bir borcu ihale ettim kabul edilmedi. Deyip rücu eder

Muhil muhal lehten ihale ettiği şeyi talep ederse şöyle der : Senin üzerindeki bana ait borcumu sen havale ettin kabul edilmedi . Deyip rücu eder