

VIII - TEMEL AKİTLER - 1

1. SATIM AKDİ (عقد البيع)

1.1. Tanımı Ve Meşruiyeti

Satım akdi fıkıh literatüründe “bey’ akdi” olarak adlandırılır. “B-y-a” fiilinin mastarı olan “bey” kelime olarak mutlak mübadele (değiş-tokuş) anlamına gelir. Fıkıh kaynaklarında “bey” kavramı yerine kullanılan “şirâ” (شراء) kelimesi de böyledir. Mali olsun olmasın mutlak mübadeleyi (değiş tokuşu) ifade eder. Allah’ın mü’minlerin can ve malını cennet karşılığında satın almış olması (et-Tevbe, 9/111) ve inkar ehlinin dalaleti hidayet, azabı mağfiret karşılığında satın almalarında (el-Bakara, 2/175) gibi.

Terim olarak satım (bey’) akdi, “mütekavvim bir malı mülkiyet (temlik ve temellük) tesis edecek şekilde mal ile değiştirmektir.” Türkçedeki “alış-veriş” ifadesi bey’ ve şira’nın tam karşılığıdır.

Satım akdinin meşruiyeti kitap, sünnet ve akli deliller (ma’kûl) ile sabittir. Satım akdinin Kur’an’dan delili “Allah alış-verişi helal kıldı” [وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ] (el-Bakara, 275) ve “... rızanıza dayanan ticaret olması hariç..” [إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ] (en-Nisa, 4/29) ayetleridir. Sünnetten delili ise, Hz. Peygamber nebi olarak gönderildiğinde insanlar alış-veriş yapıyorlardı, bu yaptıklarını onayladı ve kendisi de bizzat ve vekâlet yolu ile alış-veriş yaptı. Satım akdinin meşruiyeti üzerinde icmâ da oluştu. Satım akdinin meşruiyetinin akli (ma’kûl) delili ise, şiddetli ihtiyaçtır. İnsanlar başkasının elindeki ticari mallara, yiyeceğe, içeceğe muhtaçtırlar. Bunlara ulaşmanın alış-veriştten başka yolu yoktur; çünkü insanların yaratışında bulunan cimrilik ve mal sevgisi bir karşılık almaksızın onu başkasına vermeye mani olur. Bu durumda insanlar bir karşılık vermeye muhtaç olurlar. Bu durumda insanların ihtiyaçlarını gidermek için satım akdinin meşru olması zorunlu olur.

Satım akdinin rüknü icab ve kabuldür, sıhhat şartı, akdin taraflarının ehliyetidir. Bu nedenle ehil olmayan tarafından kurulan bir satım akdi kurulmuş (in'ikad) olmaz.

Satım akdinin konusu (mahal) maldır; çünkü bu akit şer'an mal üzerinde kurulur.

Satım akdinin hükmü ise, eğer şartsız bir satım akdi ise, satılan malda (mebi') müşterinin; bedel üzerinde (semen) ise satıcının mülkiyetinin sabit olmasıdır.

1.2. Satım Akdinin Çeşitleri

Satım akdi çeşitli açılardan tasnif edilebilir.

1.2.1. Bedelin Türüne Göre Satım Akitleri

1.2.1.1. Mutlak Satım Akdi

Malın altın, gümüş ve tedavüldeki paralardan biri karşılığında satılmasıdır. Bu satımın konusu olan mala klasik fıkhıta “mebi””; ödenen bedele ise “semen” adı verilmiştir.

1.2.1.2. Trampa (Mukâyada) Akdi

Mukâyada, malın mal karşılığında satımıdır. Bu satım akdinde bedellerin her ikisi de maldır, nakit türü bir bedel yer almamaktadır.

1.2.2. Güveni Esas Alması Bakımından Satım Akdi

1.2.2.1. Güven Esasına Dayalı Satım Akdi (Bey'u'l-Emâne)

Satıcının malın sermayesi hakkındaki açıklaması esas alınarak kurulan satım akdine bey'u'l-emâne adı verilir. Bu satım çeşidi açıklanan sermayeye kâr verilmesi, kârsız satılması ya da daha düşük bir bedelde anlaşılmasına göre üçe ayrılmaktadır.

a. Murabaha satımı (bey'u'l-murâbaha): Satıcının açıkladığı anaparaya (sermaye) belirli bir miktar veya oranda kâr konularak kurulan satım akdidir.

b. Tevliye satım (bey'u't-tevliye): Kâr veya zarar olmaksızın satıcının ifade ettiği anapara karşılığında kurulan satım aktidir.

c. Vadîa satımı (bey'u'l-vadîa): Satıcının açıkladığı anaparadan belirli bir miktar veya oran düşürülerek zararına kurulan satım akdidir.

1.2.2.2. Pazarlık Esasına Dayalı Satım Akdi (Bey'u'l-Musâveme)

Satıcının malın anaparasını (sermaye) söylemeksizin talep ettiği bedel üzerinden pazarlık usulüyle kurulan satım akdidir. Bu satım akdinde anapara ifade edilmediğinden dolayı taraflar güven esasına dayalı bir akdi kurmamışlardır.

1.2.3. Bedellerin (İvaz) Teslim Şekline Göre Satım Akdi

Bir satım akdinde mal (mebî') ve bedel (semen) şu hallerden birinde bulunur. Ya her ikisi peşin veya her iki bedel vadeli ya da bedellerden bir peşin diğeri vadeli olur. Eğer bedel (semen) peşin mal vadeli olursa "selem akdi" olur. Eğer mal (mebî') peşin bedel (semen) vadeli olursa "nesîe akdi" olur. Satım akdinde her iki bedelden birinin vadeli olması caizdir. Bedelin tamamı veya bir kısmı belirli taksitler şeklinde ileri bir vadeye ertelenmiş olabilir. Bu taksitlerin vadesi aylık veya yıllık şeklinde belirlenmiş olabilir. Taksitlerin miktarı eşit, artan veya azalan taksitler şeklinde düzenlemiş olabilir.

Vadeli (nesîe) satımından zaman sebebiyle bedelde fazlalık caizdir. İslam hukukçuları zamanın bedelde bir payının olduğunu kabul etmişlerdir.

1.2.4. Geri Satın Alma Veya Yararlanma Şartıyla Satım Akdi

Bu başlık altında üç satım akdi türünden kısaca söz edeceğiz.

1.2.4.1. Bey' Bi'l-Vefâ (البيع بالوفاء)

Akde konu malın bedeli ödendiğinde eski sahibine geri verilmesi şartıyla yapılan satım aktidir. Tarafların ileri sürülen şartlara vefa göstermeleri sebebiyle "vefa şartıyla satım" olarak adlandırılmıştır. Bu akde Hanefiler, "bey'u'l-caiz" ve "bey'u'l-muamele" adını da vermişlerdir. Malikiler, akde, "bey'u's-seniyya", Şafiiler, "bey'u'l-uhde" ve "bey'u'l-emâne", Hanbeliler ise "bey'u'l-emâne" adını vermişlerdir.

Bey' bi'l-vefâ, halkın finans ihtiyacını faize düşmeden karşılayabilmeleri için V. (XI.) yüzyıl Hanefi fakihleri tarafından geliştirilmiş bir akit türüdür. Bu akitte, krediye ihtiyacı olan taraf sahip olduğu bir malı, belirli bir bedel karşılığında satmakta; ancak taraflar müşterinin malı başkasına satmaması ve malın bedeli satıcı tarafından müşteriye ödendiğinde malın geri teslimi üzerinde anlaşmaktadırlar. Bu şekilde satıcı ihtiyaç duyduğu krediye ulaşmış olmakta, müşteri ise maldan yararlanma ve gelirini elde etme hakkına kavuşmuş olmaktadır.

Bu akit, satım anlamına gelen “bey” lafzı ile kurulmasına rağmen hukuki mahiyeti üzerinde çeşitli tartışmalar meydana gelmiştir:

a. Bir kısım hukukçuya göre bu akit, gerçekte alacağı teminat altına alan bir rehin akdidir. Bu görüşü savunan başlıca ilim adamları, Ebu'l-Hasan Ali es-Suğdi (461/1069), Ali Efendi, Seyyid Ebû Şücâ' (500/1107'den sonra), Ebu'l-Hasan el-Mâtûridi (511/1117), Necmüddîn en-Nesefî (537/1142), Bâbertî (786/1384), Şeyh Bedreddîn (823/1420), Senhûrî (1971) ve Ömer Nasuhi Bilmen (1971) dir. Onlara göre, akit esnasında “almak ve satmak” lafızlarının kullanılmış olması rehin olma vasfını ortadan kaldırmaz. Akit rehin kabul edildiğinde satıcı belirli bir malını rehin vererek belirli bir miktar borç (karz) almış olur. Güvence olarak bırakılan mal hakkında rehin hükümleri geçerli olur.

b. Bir kısım hukukçu bu akdi, bir satım akdi kabul etmişlerdir. Bu görüşü İmam Necmüddîn en-Nesefî (ö. 537/1142), Kadîhân (ö. 592/1196) ve Semerkand fakihlerinden bazıları ile Zeylaî (ö.762/1360) savunan başlıca ilim adamlarıdır. Bu görüşte olanların bir kısmı, tarafların, akit esnasında “malın başkasına satılmaması” ve “bedeli ödendiğinde iade edilmesi” şartlarını ileri sürmediklerini, bu şartları, akit kurulduktan sonra ilave ettiklerini kabul etmişlerdir. Akit kurulduktan sonra fasit şart ilave etmenin Ebu Hanife'ye göre mümkün olduğunu söylemişlerdir. Bu durumda bu görüşü savunanlara göre bey' bi'l-vefâ sahih bir satım akdidir. Taraflar akdin konusu üzerinde satım akdinin hükümleri çerçevesinde tasarrufta bulunurlar. Ancak tarafların akde ilave ettikleri şartlara da uymaları gerekir.

Bey' bi'l-vefâyı satım akdi kabul eden fakihlerden bir kısmı ise, “malın başkasına satılmaması” ve “bedeli ödendiğinde iade edilmesi” şartlarının akit esnasında koşulduğunu kabul ederek akdin fasit bir satım akdi olduğunu kabul etmişlerdir. Akit fasit olunca her iki tarafın dilediği zaman akdi feshetme hakkı doğar. Müşteri malı kiraya verirse ücretini alabilir. Ancak satıcıya kiraya veremez; çünkü akit fasit olduğu için malı zaten ona geri vermesi gerir.

c. Bazı hukukçular, bey' bi'l-vefâ'nın satım ve rehin akitlerinden oluşan bileşik bir akit olduğu görüşündedirler. Bunlardan bir kısmına göre, akit esnasında vefa şartının koşulmaması halinde akdin müşteri bakımından sahih akit; satıcı bakımından ise rehin akdi hükmündedir.

Bey' bi'l-vefâ'nın bileşik (mürekkeb) bir akit olduğunu kabul edenlerden bir kısmı ise, akdin, sahih satım, fasit satım ve rehinden oluşan bir akit olduğunu kabul etmiştir. Müşterinin maldan faydalanma hakkının bulunması bakımından sahih satım

akdi, her iki tarafın akdi feshetme hakkının bulunması bakımından fasit satım akdi, müşterinin malı başkasına satamaması, telef olması halinde borçtan düşülmesi ve hasar görmesi durumunda bu miktarda borçtan düşülmesi açısından ise rehin hükmündedir. Bey' bi'l-vefâ'nın bileşik bir akit olduğunu kabul eden bu hukukçular, akdin rehin olma tarafının ağır bastığı görüşündedirler. Mecelle bu tercihi kabul etmiştir. (Mecelle, mad. 118).

d. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular ise, vefâen satılan malın mülkiyetin intikal etmemesi sebebiyle akdin bir satım akdi olmadığı görüşündedirler. Onlara göre bey' bi'l-vefâ, müşterinin vefaen satılan maldan yararlanması şartına sahip menfaat içeren bir karz akdidir. Menfaat şartı taşıyan karz akitleri ise ribalı bir işlem kabul edilir. Bu sebeple vefaen satım akdi (Bey' bi'l-vefâ) batıldır.

1.2.4.2. Bey' Bi'l-İstiğlâl (البيع بالاستغلال)

Bey' bi'l-istiğlâl, yukarıda işlemiş olduğumuz bey' bi'l-vefânın bir şeklidir. Satıcının müşteriye vefaen sattığı malı tekrar kiralaması şeklinde gerçekleşir. Bu akitte müşteri, satıcının malını tekrar kendisine kiralamak şartıyla vefaen satın almaktadır. Esasında vefaen satın aldığı malın gelirinden yararlanma hakkını elde eden müşteri, gelirini garantilemek veya satıcının talebini karşılamak için satıcıya kiralamaktadır. (Mecelle, md. 119). Bu şekilde bey' bi'l-istiğlâl, bey' bi'l-vefâ ve icare akdinin karışımından meydana gelen bir bileşik akit şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bey' bi'l-vefâ hakkında ortaya çıkan tartışmlara ve görüş ayrılıkları bu akit hakkında da geçerlidir. Hanefî ve Şâfiîler genel olarak bey' bi'l-istiğlâle cevaz verirken, Mâlikî ve Hanbelîler bu akdin meşruiyetini kabul etmezler.

Bu akde karşı çıkanlar, bey' bi'l-vefâya yönelttikleri eleştirilere ilave olarak bu akitte kişinin, rehin bıraktığı maldan yani kendi malından yararlanmak için kira ödediğini, bunun hukuken mümkün olmadığını söylemişlerdir. Bey' bi'l-vefâyı, insanların kredi ihtiyaçları gerekçesiyle geçerli kabul edenler, aynı gerekçeyle bey' bi'l-istiğlâli de sahih kabul ederler. Bu akdi geçerli kabul edenler, kira akdinin malın tesliminden sonra yapılması gerektiğini söylerler. Bu akdi sahih sayan hukukçuların bir kısmı, taşınmazların teslim (kabz) alınmadan önce satımının caiz olduğundan hareketle bu şartı gerekli görmemişlerdir.

1.2.4.2. Bey'u'l-Îne (بيع العينة)

“Îne” (عينة) eşyanın iyisi anlamına gelir. Arapça'da bir şeyi vadeli satın alan kişinin fiili “اعتان الرجل” cümlesiyle ifade edilir. Bey'u'l-îne ise, satıcının, vadeli olarak

yüksek fiyata sattığı bir malın satış bedelini teslim almadan müşteriden peşin olarak daha ucuza alması şeklinde gerçekleşen bir satım akdidir.

Bu akdin birkaç gerçekleştirilme şekli bulunmaktadır: Bu şekillerden ilki, yukarıda verdiğimiz tanımda da esas alındığı üzere müşteri satıcıdan vadeli olarak yüksek bir fiyata satın aldığı malın henüz bedelini ödemedi satıcıya daha düşük fiyata satmaktadır.

İkinci şeklinde, kredi (îne) talep eden kişinin huzurunda kredi verecek kişi üçünü kişiden bir malı belirli bir bedel ile satın alır. Daha sonra bu malı kredi talep edene vadeli olarak daha yüksek bir fiyata satar. Müşteri vadeli satın aldığı bu malı ilk satıcısına sattığı bedel ile satar. Bu şekilde ilk satıcı aynı bedel ile malını almış olur. Kredi talep eden krediye, ikinci satıcı ise talep ettiği fazlalığa ulaşmış olur.

Bu akdin üçüncü yapılış şekli ise, kredi talep eden kişinin talebini karşılayamayan satıcı, bir malını vadeli olarak peşin değerinden fazla bir bedel ile kendisine satar. Bu malı peşin olarak daha düşük bir bedel ile satabileceğini söyler. Kredi talep eden bu şekildeki işleme razı olur ve vadeli aldığı malı başkasına peşin olarak daha ucuza satar. Bu şekilde ihtiyacı olan krediye ulaşmış olur. Satıcı ise talep ettiği fazlalığı elde etmiş olur. Bey’u’l-îne’nin bu bu şekli Hanebelî uleması tarafından “teverruk” olarak adlandırılır. Onların ıstılahında teverruk, nakit ihtiyacını karşılamak için bir malı vadeli olarak satın alıp satıcıdan başka birine vadeli olarak daha düşük fiyata satmaktır. Bu işlemi, diğer mezhepler bey’u’l-îne içerisinde ele alırlar. Bey’u’l-înenin bu şekli bazı Hanbelî fakihleri hariç tutulursa, İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından caiz görülmüştür.

Hanefî, Malikî ve Hanbelî hukukçular, birinci ve ikinci şekli ile bey’u’l-iyneyi caiz görmemişlerdir. Hanefiler bu görüşlerini, Hz. Aişe’den rivayet edilen bir haber ile riba şüphesinin oluştuğuna dair değerlendirmelerine dayandırmışlardır. Hz. Aişe’den gelen rivayette, Zeyd b. Erkâm’ın ümmü veledi olan cariyesi, Zeyd’den vadeli olarak 800 dirheme satın aldığı cariyeyi peşin 600 dirheme kendisine sattığını Hz. Hz. Âişe’ye haber verir. Bunun üzerine Aişe, “Zeyd’e söyle, Tövbe etmezsen, Hz. Peygamber ile yaptığın cihadını boşa götürdün, Ne kötü şey satın aldın, ne kötü şey satın aldın” dedi. Hanefiler, Hz. Aişe’nin bu uyarısının, Hz. Peygamber’den duyduğu işlemi yasaklayıcı bir bilgiye dayandığını kabul etmişlerdir. Faiz şüphesini ise, malın peşin bedelinin vadeli bedelin karşılığı olduğunu, iki bedel aralarındaki fazlalığın karşılığının bulunmayışının faiz şüphesini doğurduğunu söylemişlerdir.

Bey’u’l-înenin caiz olmadığını kabul eden Malikiler, zahiren meşru görünen bu fiillerin ribaya sebebiyet verdiklerini söyleyerek sedd-i zerâi yoluyla akdin caiz olmadığı sonucuna varmışlardır. Malikiler ayrıca tarafların faize ulaşma niyetlerinin bu işlemin sonuçlarına bakılarak anlaşılabilirliğini de kabul ederler. Hanbelîler ise, vadeli satılıp peşin olarak geri satın alınan mal ile tarafların haram kılınan faize ulaşmak istediklerinin açık olduğunu söyleyerek bu hukuki işlemin batıl olduğu sonucuna varmışlardır. Şafiî hukukçular, akdin kuruluş ve sıhhat şartlarının bulunuşu, işlemin celî kıyasa uygunluğu ve fasit şart taşımaması sebebiyle zahiren caiz olduğunu kabul etmişlerdir. Bu işlemi tesis eden tarafların niyetinin, kendi beyanları dışında bilinemeyeceğini söyleyerek şekil şartları tamam olan akdi geçerli kabul etmişlerdir.

1.3. Satım Akdinin Unsurları

1.3.1. Satım Akdinde İrade Beyanı

Satım akdi icab ve kabul ile kurulur. İcab ve kabul, sözlü (lafzi) olarak veya bu anlama gelen teatî yoluyla gerçekleşir. Hükmün bağlandığı rızayı gösteren bu delaletlere irade beyanı adı verilir.

İrade beyanın haberi değil, inşâî tarzda olması gerekir. Çünkü satım akdi talep içeren (inşâî) bir tasarruftur. İnşâîlik ise, şer’î belirleme ile bilinir. Arapça geçmiş zaman (mazi) kipi ihbarî olmasına rağmen şeriat koyucu tarafından bütün akitler için inşâî kabul edilmiştir. Bu bakımdan mazi kip ile akit kurulmuş olur. Bu bakımdan haber vermek (ihbar) için konulan ifadeler de inşa anlamında kullanıldığında kendisiyle satım akdi kurulur. İfadenin inşâî olduğu, dilde talep ifade eden kipler ile kurulmuş olmasının yanı sıra ifadenin bağlamından da elde edilebilir.

Satma veya satın alma anlamında kullanıldığı bağlamdan anlaşılan “bunun karşılığında razı oldum”, “şunun karşılığında sana verdim” ve “şunun karşılığında al” gibi ifadeler ile de satım akdi kurulabilir. Çünkü akitler bakımından esas olan lafız değil anlamdır. Mecelle bu hususu “Ukudda itibar mekâsıd ve meâniyedir. Elfaz ve mebâniye değildir” (Mecelle, md. 3.) şeklinde düzenlemiştir.

Arapçada satım akdinin kurulması için kullanılan fiil kipi geçmiş zaman (mazi) kipidir. Türkçe bakımından şimdiki zaman ve geçmiş zaman kipi taşıyan ifadeler ile akit kurulur; çünkü bu zaman kipleriyle inşâî anlam kesinlik taşıyacak şekilde sabit olur. Ancak gelecek zaman kipinin inşâî olması mümkün değildir. Çünkü

gelecek zaman ifadesi vaat niteliğindedir. Bu nedenle gelecek zaman kipi taşıyan cümlelerle satım akdinde irade beyanı yapılmaz.

Emir kipinin icap ve kabulde kullanılmasının mümkün olup olmadığı hususunda mezhepler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefi mezhebi emir cümleleri ile irade beyanın yapılamayacağını diğer üç Ehlisünnet mezhebi ise bunun mümkün olduğunu kabul etmişlerdir.

Hanefiler emir sigasının irade beyanında kullanılamayacağını, bu kipi vekâleti içermesine bağlamaktadırlar. Hanefilere göre, “şu malı bana sat” diyen kişi sanki “bana vekâleten şu malını bana sat” demiş gibidir. Böyle olunca satıcı, müşteri adına vekâleten icapta; kendi adına da asaleten kabulde bulunmuş olmaktadır. Bu şekilde bir kişi akdin her iki tarafını üstlenmiş olmaktadır. Mecelle bağlamın şimdiki zamanı gerektirmesi (iktiza) halinde emir kibi ile yapılan satım akdinin kurulmuş olduğunu kabul etmektedir. (Mecelle, md. 172).

Emir kipi, ifadenin doğru anlaşılması için takdir edilmesi gereken bir anlam (iktizaen) ile irade beyanını (icap-kabul) gösteriyorsa, bu durumda bu ifadeye icap ve kabul bağlanabilir. Örneğin, bir kişi birine “falan malını 1000 lira karşılığında benden sadaka olarak ver” derse, sahih bir anlamın çıkması için “malını senden 1000 liraya satın aldım” ve “bu satın aldığım malı sadaka olarak ver” şeklinde anlaşılması lazım gelir.

İrade yüz yüze beyan edileceği gibi gıyabi olarak da yazışma, elçi gönderme, telefon gibi araçlarla da yapılabilir. Dilsizin özel işaretleri kurduğu akit sahihtir. Yazarak akit kurması da caizdir. Ancak bir günlüğüne dili tutulan bir kişinin işaretle akdi caiz değildir. Çünkü işaret üzerinde uzlaşmış ve malum olduğu zaman muteber olur.

Hanefi hukukçulara göre, teâtî yolu ile satımda icap ve kabul ile amaçlanan rızaya delalet anlamı bulunmaktadır. Bu nedenle gerek değerli gerekse basit şeylerin teâtî yoluyla satımı caizdir.

Tamamı tek akit ile satılan bir mal hakkındaki icabı satıcının malın bir kısmı ile veya müşterinin bedelin bir kısmıyla kabul, akdin (safka) bölünmesi yoluyla diğerinin rızasının yok olması sebebiyle geçerli değildir. Ancak satışa konu malın her bir parçasının bedelinin belirlenmiş olması, bu kural kapsamına girmez; çünkü bu durumda esasen birden fazla akit (safka) kurulmuş demektir.

İslam’ın ilk döneminden itibaren kabul gördüğü için âmânın satım akdinin tarafı olarak irade beyan etmesi caizdir. Bu husustaki asıl Hz. Ömer’in rivayet ettiği

Habbân b. Munkiz hadisidir. Hz. Peygamber ona “alış veriş yaptığında, aldatma yok ve benim için üç gün muhayyerlik vardır, de” buyurmuştur. Bu zat âmâ idi. Yine vekâlet vermesi caiz olan kişinin bizzat akde taraf olması da caizdir. Böyle bir kişi için görme muhayyerliği hakkı sabit olur. Satın aldığı mala dokunması, koklaması, tatması veya akarın vasıflarının ifade edilmesiyle âmânın muhayyerliği sona erer.

1.3.2. Satım Akdinin Konusu

Satım akdinin konusu maldır. Malın kapsamı İslam hukukçuları tarafından ele alınıp incelenmiştir.

1.3.2.1. Mal (Mebi’)

Satım akdinin konusuna mal denir ki klasik fıkıh literatüründe buna “mebi” adı verilmiştir. Satım akdi bakımından mal, insanların örfünde alınıp satılan ve hukuken/şer’an kendisine kıymet atfedilen maddi eşya menfaat ve haklardır.

Klasik Hanefi içtihadı malı insanlar arasında değeri olan maddi varlıklara özgü kılınmışsa da sonraki Hanefiler Osmanlı’nın çıkardığı “Usul-ı Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu”nun görüldüğü üzere tedavülü alışla gelmiş hak ve menfaatlerin mütekavvim mal kapsamına dâhil etmişlerdir. (Mad. 64)

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise mal, dinen ve hukuken yararlanılmasına izin verilen iktisadi değeri olan şeylerdir. Bu yaklaşım biçimi menfaat ve hakları da mal kapsamında görmüştür.

İktisadi, teknolojik ve toplumsal gelişmeler mal anlayışı üzerinde etki etmekte ve birçok yeni iktisadi değerin (mal) ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bunun sonucunda telif hakkı, patent hakkı, ticari unvan, ticari plaka, çeşitli gazlar mal olarak değer görmektedir. Bu gelişmelerin sonucunda İslam hukukuna göre mal, iktisadi değeri hukuken/şer’an tanınan eşya, menfaat ve haklardan oluşmaktadır.

Kendilerinden meşru bir yol ile faydalanılan bir malı satmak caizdir. Bu nedenle köpek, pars/jaguar ve eğitilmiş olsun olmasın yırtıcı hayvanları satmak caizdir. Çünkü bu hayvanlar bekçilik ve avcılıkta kullanılmaktadır. Bunları satımı caiz olduğu için vasiyet lehdarının ve varisin mülkiyetine de intikal eder. Haşerât, yılan, akrep, keler, kirpi vb. satımı caiz değildir; çünkü bunlardan yararlanılmaz. Ebu Yusuf saldırgan köpeklerin (الكلب العفور) satımının caiz olmadığını söylemiştir. Fil satışı da caizdir. Maymunun satışı hakkında Ebu Hanife’den iki görüş vardır, sahih görüş caiz olduğudur: çünkü onun derisinde yararlanılır. Ebu Hanife yengeç, kaplumbağa ve

kurbağanın canlı olarak satışını caiz görmüştür. İnsanların ihtiyacından dolayı sülük satımı da caizdir.

1.3.2.1.1. Malın (Mebi'in) Belirli Olması

Satım akdinin konusu olan malda bilinmezliğin (cehalet) bulunmaması lazım gelir. Klasik dönem İslam hukukçuları satım akdine konu olan malın kıyemi veya misli oluşu bakımından bilinmezliği (cehalet) ortadan kaldıracak şartları tespit etmişlerdir. Piyasada benzeri ve eşiti olmayan kıyemi bir maldaki bilinmezlik (cehalet) tayin ile ortadan kalkar. Ta'yin malın gösterilmesi, vasıflarının zikredilmesi gibi yollarla olur. Misli mallar ise cinsi, miktarı ve vasfının belirlenmesi ile muayyen hale gelir. Bir satım akdinde kendisine işaret edilerek gösterilen bir malın miktarının bilinmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü işaret ile mal hakkındaki cehalet/bilinmezlik ortadan kalkmıştır ve bu durum taraflar arasında tartışmaya yol açmaz. Hazırda olmayan bir mal eğer hacim ölçüsü (keylî), ağırlık ölçüsü (veznî) veya benzer büyüklükteki sayılan (mütekarib) bir mal ise numunesinin görülmesi tamamını görmek gibidir. Eğer mal numuneden farklı çıkarsa ayıp muhayyerliği bulunur. Eğer elbise ve hayvan gibi numune ile bilinmeyen bir mal ise satıcının ihtilafı ortadan kaldırmak için bütün vasıflarını ifade etmesi gerekir. Bu durumda ise müşteri için görme muhayyerliği hakkı bulunur.

Keylî veya veznî bir malı cinsleri farklı olduğunda ölçerek, tartarak veya toptan peşin satışı caizdir. Örneğin Yiyecek ve hububatın para cinsinden bir semen ile veya kendi cinsinin dışındaki bir şey karşılığında ölçü ile veya toptan satışı caizdir. Kendi cinsinden olmayan bir şey karşılığında satışı “cinsleri farklı olduğunda peşin olduktan sonra dilediğiniz gibi satın” hadisinden dolayı caizdir. Kendi cinsinden bir şey ile toptan satışı ise riba ihtimalinden dolayı caiz değildir.

Mebi'in ölçüsü bilinmeyen bir kap veya ağırlığı bilinmeyen bir taş ile tartılarak satılması caizdir. Bunun nedeni bu araçlar ile ölçülen ve tartılan mal bilinir hale gelerek insanlar arasında ihtilafa neden olmamasıdır. Bu satımda mal peşin olarak teslim edilmektedir. Bu ölçü ve tartı araçlarının, işlemin gerçekleşeceği süre içerisinde helak olması ise nadir bir durumdur. Selem akdinde ise malın teslimi sonradan gerçekleştiği için miktarı bilinmeyen ölçü ve tartılar ile satılması caiz değildir. Malın teslim zamanına kadar bu tartı araçları helak olabilir.

Her bir ölçeği (kafiz) bir dirhemden olmak üzere bir yığın yiyecek (taam) satılırsa, Ebu Hanife'ye göre, yığında kaç ölçeğin olduğu ifade edilme (tesmiye) veya

mecliste ölçülerek belirlenmedikçe, sadece yığının bir ölçüğü hakkında satış caiz olur. Ona göre, mal (mebi') ve bedelin (semen) bilinmezliğinden (cehalet) dolayı akdin bütününe döndürmekte zorluk vardır. Bu nedenle bilinen en aza akit döndürülür. Ancak mecliste ölçüklerin toplam sayısı ifade edilirse akit tamamı hakkında caiz olur. Bu, “falan kişinin bütün dirhemleri benim üzerime borçtur” diyen bir kişinin ikrarı gibidir ki, yaptığı bu ikrar sebebiyle mukirr, icma ile yalnızca bir dirhem borçlu kabul edilir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise, bu akit her şekilde de caizdir. Çünkü cehaleti gidermek tarafların elindedir. Bu tıpkı bir kişinin iki köleden birini müşterinin muhayyer olması şartıyla satışına benzer. Sonra Ebu Hanife'ye göre bir ölçük hakkında satış caiz olduğuna göre, müşterinin üzerinde anlaşılan akdi bölme hakkı (muhayyerlik) var demektir. Mecliste ölçülmesi veya ölçüklerinin tamamını ifade edilmesi de böyledir. Çünkü malın miktarı bu şekilde an itibariyle bilinmiş olur ve tıpkı satım anında görmediğini gördüğünde muhayyer oluşu gibi müşterinin muhayyerlik hakkı olur.

Ebu Hanife, büyüklükleri farklı adedi mallar da dahil olmak üzere kıyemi malların birim fiyat esaslı ile tamamının satımını caiz görmez. Örneğin bir kişi bir koyun sürüsünü her koyun bir dirhemden olmak üzere satarsa, Ebu Hanife'ye göre satım akdi hepsi hakkında fasit olur. Her arşını (zirâ') bir dirhem olmak üzere ve toplam kaç arşın olduğunu ifade edilmeksizin uzunluk ölçüsü (arşın) ile elbise satarsa satım akdi fasittir. Büyüklükleri farklı adedi malların satımını da böyledir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bütün hakkında satış caizdir. Ebu Hanife'ye göre bu tür satışlarda esasen akit bire (en aza) döndürülür. Ancak burada satışa konu olan koyun ile elbise arasındaki farklılık (kıyemi oluşları) sebebiyle akit en azı hakkında da caiz olmaz. Bir yığının bir ölçüğünün satışı ise, yığını oluşturan mal arasında farklılık bulunmaması sebebiyle caizdir. Bu malların birimleri arasındaki farklılığın (tefavut) ihtilafa yol açabilmesi sebebiyle akdin konusu meçhul gibi olmuş olur. Eğer hacim ve ağırlığın yekûnünü veya sayının toplamını söylerse tamamı hakkında akit kurulmuş olur; çünkü bu şekilde cehalet ortadan kaldırılmış olur.

Bir yığın yiyeceği, bin “kafız” olması şartı ile satın alan kişi, yığın ölçülüp daha az olduğu ortaya çıkarsa muhayyer olur; dilerse mevcudu bedeldeki hissesi oranına göre satın alır, dilerse satım akdini fesheder. Müşterinin muhayyerliğinin nedeni üzerinde anlaşılan akdin (safka) bölünmüş olması sebebiyle müşterinin mevcuda rızasının olmayışıdır. Bu yiyecek yığını ölçüldüğünde söylenen miktardan

fazla çıkarsa fazla miktar satıcıya aittir. Çünkü satış belirli (muayyen) bir miktar üzerinde meydana gelmiştir, miktar ise vasıf değildir.

Bir kimse bir elbiseyi on arşın (zira') olması şartı ile on dirheme veya bir araziyi yüz zira' olması şartı ile yüz dirheme satın alır ve her ikisinin de eksik olduğu ortaya çıkarsa müşteri, bedelin tamamı ile malı satın almak veya akdi feshederek terk etmek arasında muhayyerdir. Yukarıdaki durumdan farklı olarak buradaki "zira" malın birimi olmaktan ziyade "vasıf" niteliğindedir. Yani "zira" elbise için bir vasıftır. Elbisenin enini ve boyunu gösterir. Vasfın, hayvanların organları örneğinde olduğu üzere, "semen"de belirlenmiş bir karşılığı yoktur. Bu sebeple önceki konudan farklı olarak müşteri malı (mebi') bedelinin (semeni) tamamını ödeyerek satın alır. Önceki durumda ise, her miktarın (ölçek) karşılığında bir miktar semen yer aldığı için müşteri, mevcut malı hissesi oranında satın alması caiz olmuştur. Bu durumda ise vasıf konumunda olan ölçünün bulunmayışı anlaşılmaya konu şeyin değişmesine yani vasfın yitirilmesine yol açmıştır. Vasıf farklılığı sebebiyle bedelde belirli bir farklılık oluşturmak mümkün olmamakla birlikte, ifade edilen vasfın bulunmayışı rızayı ortadan kaldırdığı için müşteriye fesih hakkı tanınmıştır.

Eğer bu mallar akitte ifade edilenden fazla çıkarsa fazlalık müşteriye aittir, satıcının muhayyerliği yoktur. Çünkü bu fazlalık, ifade edildiği gibi miktar değil, vasıftır. Satıcının ayıplı olarak sattığı bir malın ayıpsız çıkması gibi değerlendirilir ve satıcının muhayyerlik hakkı olmaksızın fazlalık müşterinin olur.

Bir kimse yüz arşın (zira') miktarındaki bir ev veya hamamın on arşınlık kısmını satın alırsa bu satım akdi Ebu Hanife'ye göre fasittir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise caizdir. Eğer yüz hisseden on hisseyi satın alırsa hepsine göre caizdir. İmameyn on zirayı yüz hissenin yüzde onu gibi kabul etmişlerdir. Ebu Hanife ise, zira'ın kendisiyle ölçülen şeyin adı olduğunu ve zira'ın kapsadığı şey için istiare yoluyla kullanılmıştır. Bu ise şâyi değil, muayyendir. Buradaki satışta ise satın alınan yer payın aksine malum değildir.

Belirli olmayan bir ürünü (bahçenin meyvesi gibi) satıp belirli bir ölçeğini satıştan istisna etmeyi Hanefî hukukçular, istisnadan sonra geri kalanın meçhul hale gelmesi sebebiyle caiz görmezler. Malikiler bunu caiz görmüşlerdir. Bir bahçenin ağaçlarındaki meyveyi satıp belirli birkaç ağacı istisna etmeyi ise caiz görmüşlerdir. Merğînânî bu görüşün Muhammed eş-Şeybânî'nin rivayeti ve Tahavî'nin görüşü olduğunu kaydettikten sonra Zahru'rivâyeye göre bu şekildeki satışın caiz olması gerekir, demektedir. Çünkü asıl olan tek başına akde konu olması caiz olan şeyin

akitten istisna edilmesinin de caiz olmasıdır. Bu şekilde buradaki istisna hayvan satışında organlarını istisna etmekten farklı olur. Canlı hayvanın organlarını tek başına satmak caiz olmadığı gibi akitten istisna edilmesi de caiz değildir.

Hanefiler, başaktaki buğdayın ve kabuktaki baklanın, pirincin ve susamın satışını caiz kabul etmişlerdir. Şafî ise yeşil baklanın, ceviz ve badem ve fıstığın ilk kabuğunda satılmasını caiz görmemiştir. Başaktaki buğdayın satışı hakkında da Şâfiî'den iki görüş aktarılmıştır. Şâfiî, akdin konusunun kendisinde fayda olmayan bir şeyle gizli olduğu gerekçesine dayanmıştır. Bu şekildeki satışı toprakla karışık altının satışına benzetmiştir. Hanefiler ise Hz. Peygamber'in hurmayı kızarınca, başağı beyazlaşınca kadar satmayı yasakladı. Bu aşamadan sonra ise yararlanılabilen taneyi satmak caizdir. Toprakla karışık altının satışının cinsi ile satışının caiz olmayışı riba şüphesi nedeniyledir. Bu sebeple cinsinden başka bir şeyle satılırsa caiz olur. Başak ve kabuktaki hububatın kendi cinsi ile satışı da riba şüphesiyle caiz değildir; çünkü başakta hububatın miktarı bilinmez.

Hanefilere göre yiyecek olarak veya hayvan yemi olarak faydalanılabilen meyvenin olgunlaşmadan satışı caizdir; çünkü bu durumdaki meyve mütekavvim mal kabul edilir. Eğer faydalanılabilir değilse mütekavvim mal olmadığından satışı caiz değildir.

Hanefi hukukçular mürûr hakkına konu olan yolun satış ve hibesinin caiz olduğunu, mesîl hakkının ise satışının caiz olmadığını kabul etmişlerdir. Bunun sebebinin yolun, eni ve boyu bilinen bir toprak parçası olması sebebiyle malum olması, mesîlin ise suyun aktığı bir yer olup azalıp çoğaldığı için meçhul olması olduğunu ifade etmişlerdir.

Malı teslim satıcının yükümlülüğü olduğu için ölçü ve tartı masrafları satıcıya aittir. Bedeli (semen) teslim yükümlülüğü müşteriye ait olduğu için onu tartma ücreti de müşteriye aittir. Bir bedel ile bir mal satın alındığında önce müşteri bedeli öder. Çünkü müşterinin hakkı malda belirli hale geldi. Bedelin (semen) önce ödenmesi gerekir ki satıcının hakkı da eşitlik sağlayacak şekilde kabz ile belirli (muayyen) hale gelsin. Çünkü bedel tayin ile belirli hale (taayyün) etmez. Malın mal ile veya semenin semen ile satışı halinde birlikte teslim etmeleri gerekir. Çünkü belirlenmenin (teayyun) varlığı ve yokluğu bakımından eşittirler. Bu nedenle birini diğerinin önüne geçirmeye gerek bulunmamaktadır.

Menkul bir malın kabzdan önce satımı caiz değildir. Çünkü Hz. Peygamber “kabzedilmeyen şeyin satımını yasakladı” Bu malın teslim alınmadan satımın

yasaklanması sebebi telef olma ihtimalinin bulunması ve akdin malın tesliminin imkânsızlaşması sebebiyle infisah etmesidir. Bu şekilde ğarar oluşmuş olur. Bunun gibi telef olması halinde akdin infisah olmasına yol açan her şey sulhun bedeli ve icare bedelinin satımı caiz değildir. Telef olması halinde akdin infisah etmediği mallarda teslimden önce tasarrufta bulunmak caizdir. Mehîr, muhalaa, kan bedeli hakkında yapılan sulhun bedeli ise teslim alınmadan tasarruf edilmesi caizdir. Çünkü bunda ğarar bulunmamaktadır.

Akarın ise kabzedilmeden satımı caizdir. Muhammed eş-Şeybânî hadisin mutlak oluşu ve ona kıyasla akarın teslimden önce satımının caiz olmadığını söylemişlerdir. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre akar arsadır ve genellikle telef olmaz. Bu nedenle infisahtan doğan ğarar akarda oluşmaz. Ancak eğer akar deniz kenarında veya yamaçta olursa telef olma ihtimali taşıdığından kabzdan önce satımı caiz olmaz.

1.3.2.1.2. Mebî'e Dâhil Şeyler

Bir satım akdinde, hukuki işlemin konusunu oluşturan mal ve eşyayla sıkı bir bağı olan şeyler ile örfe ve lafzen bu eşyanın kapsamına giren her şey akit esnasında ifade edilmese de akde dahildir.

Buna göre akdin konusunun kapsamını biri lafız diğer örf olmak üzere iki şey belirlemektedir. Akdin konusunu gösteren lafzın kapsamı, dildeki konuluşu ve kullanılışı ile tespit edilir. Bu bağlamda bir kişi Arapçada “dâr” olarak tabir edilen bir mülk satın alırsa evin binası ve arsası birlikte satışa konu olmuş kabul edilir. Çünkü “dâr” sınırları belirlenmiş bir arsa içerisinde ahır, tuvaleti ve ağaçları bulunan müstakil binadır. Zeytinlik satışında ifade edilmese de zeytin ağaçları satışa dahildir. Çünkü dilde zeytinlik zeytin ağacı bulunan araziye verilen bir isimdir.

Mal ve eşyanın parçası/cüz'ü sayılan şeyler akde dahildir. Örneğin evin kilidi ve kilidin anahtarı, süt ineğinin emen yavrusu satılan şeyi parçası olması bakımından akde dâhildir. Mal ve eşyaya bitişik veya sıkı bir bağı olan şeyler akit esnasında ifade edilmese de akde dahildir. Bu bağlamda satılan bir evin kapıları, arazinin ağaçları akit esnasında belirtilmese dahi satışa dahil olur. Çünkü ağaçlar, arsaya sıkıca bağlı olan bina gibi araziye sıkıca bağlıdır. Bunun gibi evin gömme dolapları, iç bahçesi, sokağa açılan yolu da satışa dâhildir.

Satılan şeye (mebi') sıkı bir şekilde bağlı olmayan ve örfe mebi'in cüzü sayılmayan şeyler ise akit esnasında belirtilmemişse akde dâhil değildir. Buna satılan

arazide mevcut olan ekin, ağacın üzerindeki ürün, ev satışında gömme olmayan dolaplar, kanepeler vs. akit esansında ifade edilmemişse akde dahil değildir. Bu örnekler arasında saydığımız ekin, kalıcı olmak üzere değil, ayrılmak üzere araziye bitişmiştir. Satış esnasında ağacın üzerindeki ürün de ekin gibidir. Ağacın ürünü ağaca bitişik olsa da sürekli kalması için değil, toplanması içindir. Hz. Peygamber, “kim hurma ağacı bulunan bir arazi satın alırsa, satın alan şart koşmadıkça ürün satıcıya aittir” buyurmuştur. Satıcının bunları toplayarak malı müşteriye teslim etmesi gerekir.

Mebîye bağlı olarak dâhil olan şeyler için semen arttırılmaz. Dolayısıyla bu parça teslimden evvel çalınsa, tazmin gerekmez. Akid anında zikredilen şeylerin akde dâhil olacağı tabiidir. Akidden sonra, kabzdan evvel mebîde hâsıl olan semereler ve fazlalıklar müşterinindir. Dolayısıyla satılan hayvanın kabzdan evvel doğan yavrusu müşterinindir.

1.3.2.2. Semen

Akdin iki karşılığında (ıvazeyn) biri olan bedel (semen) mutlak olarak ifade edildiğinde miktar ve sıfatının bilinmesi akdin sıhhati için gereklidir. Çünkü bedelin borçlu tarafından teslimi alacaklı tarafından teslim alınması akitle zorunlu (vacib) hale gelir, semen hakkındaki bu cehalet ise tarafların ihtilafa düşmelerine sebep olur ve teslime engel olur.

Bir satım akdinde semen mutlak olarak ifade edilmişse ülkenin galip ödeme aracı olan para olduğu kabul edilir. Eğer galip olmayan çeşitli ödeme araçları (para) mevcutsa, biri taraflarca belirlenmedikçe akit fasit kabul edilir. Bir paranın galip olması halinde mutlak ifade tartışma doğurmadığı için akit sahihtir. İkinci durumda ise, paranın cinsinin belirlenmemesi ihtilafa yol açacağı için akit fasit olur. Fakat bir ülkede çeşitli değerlerdeki mallar için farklı paraların kullanılması örf haline gelmişse ifade edilmese de örfen bilenen para satım akdinin bedeli kabul edilir. Örneğin dinar, dirhem ve fülus şeklinde üç para yaygın olan bir yerde “bu evi veya elbiseyi ya da karpuzu yirmiye aldım” diyen kişinin evi dinar, elbiseyi dirhem ve karpuzu fülus türü bedel ile satın aldığı kabul edilir.

Akdin bedelinde (semen) teslimden önce tasarrufta bulunmak caizdir; çünkü teslim alınmamış olsa da bedel üzerinde mülkiyet meydana gelmiştir. Diğer taraftan semen belirleme (tayin) ile belirginlik (teayyün) kazanmadığı için semenin teslimden önce satımından infisah ğararı oluşmaz.

Bedel ve malda (sil'a) artırım yapmak, bedel (semen)de indirim yapmak caizdir ve yapılan indirim ve artırım akdin aslına ilave olur. Peşin alarak kurulan bir akdin bedeli daha sonra vadelendirilebilir, sahihtir. Bu satıcının hakkıdır, alacağını iskat edebileceği gibi tecil de edebilir.

1.4. Satım Akdinin Hükümü

Satım akdinin hükümü mülkiyetin intikalidir. Müşteri için malın; satıcı için bedelin mülkiyeti akdin kurulması ile sabit olur. Eğer satım akdi tarafların muhayyerlik hakkı bulunmayan kesin (bât) bir satış niteliğinde ise akdin kuruluşu ile birlikte hükümü sabit olur. Eğer yürürlüğü daha sonra verilen onaya (icazet) bağlı (mevkûf) bir satış ise hükümü icazetten sonra sabit olur.

1.5. Satım Akdinde Şartlar Ve Muhayyerlikler

Satım (bey') akdinin şarta ta'liki ve zamana izafesi sahih değildir. Örneğin, “paran olursa/hava düzelirse bu malı sana sattım” şeklinde şartla kayıtlamak veya “aybaşından itibaren bu malı sana sattım” şeklinde zamanla kayıtlamak (izafe etmek) şeklindeki satım işlemi (bey' akdi) geçerli olmaz.

Hanefî hukukçular, taraflarından birinin icapta bulunması halinde diğer tarafın “kabul /meclis muhayyerliği” olduğunu; henüz kabul gerçekleşmeden icapta bulunanın başkasının hakkından hâli olan icabından “rücu muhayyerliği” bulunduğunu kabul etmişlerdir. Hanefilere göre kabulden önce hangi taraf meclisten ayrılırsa icap sona erer. Düşünme ihtiyacı sebebiyle meclis uzatılabilir, bu durumda meclis bir birinden ayrılmış durumların toplamı olur. İcapçının başkasının hakkını iptal etmemek için rücu hakkı vardır. Müşterinin malın bir kısmını kabul etme hakkı yoktur. Çünkü bu akdin bölünmesi (tefrîku's-safka) olur ve satıcıya zarar verir. Taraflardan hangisi kabulden önce kalkarsa icap iptal olur. Çünkü bu icabı kabul etmemek ve rızanın bulunmadığının delilidir. Meclis birliği içerisinde icab ve kabul gerçekleştiğinde ise satım akdi bağlayıcı (lazım) hale gelir ve “ayıp” ve “görme” muhayyerliği dışında bir muhayyerliği bulunmaz. Bu durumda tarafların birine fesih hakkı tanımak diğerinin hakkını iptal sonucu doğurabileceği için zarar vermektir. Satım akdi yapanların ayrılmadıkça muhayyer olduğunu haber veren hadis kabul muhayyerliğine hamledilmiştir.

Şâfiî, icab ve kabul ile satım akit kurulduktan sonra taraflardan her biri için meclis muhayyerliği hakkının bulunduğu görüşündedir. Şâfiî bu hususta, “alış veriş

yapan iki taraf ayrılmadıkça muhayyerdir” (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) hadisine dayanmışlardır. Hanefiler ise, bize göre akdi tek taraflı fesh etmede başkasının hakkının iptali bulunmaktadır ki bu caiz değildir. Diğer taraftan hadis kabul muhayyerliğini şeklinde yorumlanabilir. Zaten hadiste de buna işaret edilmektedir; çünkü “alış veriş yapan iki kişi” ifadesi işlemin kurulduğu hali göstermektedir. Hadiste geçen ayrılma da sözlerinin farklılaşmasına hamledilebilir demişlerdir.

Satım akdinde bedelin peşin veya ödeme zamanı belirli olursa vadeli olarak satış yapılması caizdir. Bedeli peşin veya vadeli olmasının caiz oluşu “Allah satımı caiz kıldı” ayetinin mutlak oluşu ile Hz. Peygamber’in bir Yahudi’den zırhını rehin vererek belirli bir vade ile yiyecek satın almış olmasıdır. Vadeli satışta ödeme zamanının belirlenmesi nizaya yol açan cehaleti ortadan kaldırmak için gereklidir.

1.6. Satım Akdinin Taraflarca Sonlandırılması (İkâle)

İkâle, sahih olarak kurulmuş bir akdin tarafların rızası ile feshedilmesidir. Diğer bir ifade ile ikâle, “mali bir bedel karşılığında icâb ve kabul ile mülkiyetin naklidir” İkâle hakkındaki irade beyanlarında meclis birliği şartı bulunmaktadır; çünkü temlik anlamı içermesi bakımından satım akdine benzemektedir. Ebu Hanife’ye göre biri gelecek zaman anlamı taşıyan iki lafızla ikâle kurulabilir. Muhammed eş-Şeybânî her iki iradeyi açıklayan lafzın geçmiş zaman (mâzi) kipi taşınması gerektiğini söylemiştir. Ebu Hanife’ye göre ikâle fasit şartlar ile batıl olmaz, Ebu Yusuf’a göre ise batıl olur.

Ebu Hanife’ye göre, ikâle akdi, onu kuran taraflar açısından fesih, üçüncü kişiler açısından ise yeni bir akittir, eğer feshedilemezse batıl olur. Ebu Yusuf’a göre ise tüm taraflar açısından yeni bir akittir. Eğer yeni bir akit kılınamazsa fesh olur, o da olmazsa batıl olur. Muhammed eş-Şeybânî’ye göre ise fesihtir. Eğer fesih kılınamazsa satım akdi kılınır, o da mümkün olmazsa iptal olur. Eğer satım akdinde mal (mebî’) teslim alınmamışsa bütün Hanefî imamlarına göre ikâle fesih konumundadır. Teslimden sonra ise Ebu Hanife’ye göre ikâle fesih kabul edilir. Satıcı cins, vasıf ve miktar itibariyle ilk bedeli teslim etmek ile yükümlü olur. Bedelde ziyade, noksan, geciktirme ve değiştirmeyi içeren şartlar batıldır, ikâle akdi ilk bedel üzerine kurulmuş olur. Bunun nedeni ikâlenin mevcut akdin hükümlerini kaldırmak anlamında olmasıdır, bu sebeple mevcut hükmü ortadan kaldırması gerekir. Talep edilen ilave bedel ise feshedilen akitte yer almamaktadır. Bedele ilave yapılması ancak malda bir ayıbın meydana gelmesi halindedir. Bu fazlalık, malda oluşturulan

ayıbın tazmini konumundadır. İlk bedelden daha azı karşılığında ikâle yapmak caizdir. Çünkü bu eksiklik müşterinin yanında eksilen maldan düşürülen değere karşılık gelmektedir. Diğer bir ifade ile teslim edilen mal azaldığı için karşılığında ödenen bedelde o oranda azalmıştır. Malın tesliminden sonra yavrulamak şeklinde malda bir artış olursa, Ebu Hanife'ye göre, ziyade sebebiyle feshin imkansız olmasından dolayı ikâle batıl olur. Ebu Yusuf'a göre bu durumda ikale caizdir; çünkü yeni bir akit konumundadır. Muhammed eş-Şeybânî'ye göre ise bedel hakkında susar veya ilk bedeli veya daha azını veya malda bir ayıp meydana gelirse fesihtir. Eğer bedelin daha fazlasını, farklı bir cinsten olanını talep eder veya malda ziyade meydana gelmişse feshe kabil olmaması bakımından yeni bir akittir.

Malik ve Şâfiî'ye göre ise ikale yeni bir akittir. Bu noktadan hareket eden her iki hukukçu, ilave bir bedel karşılığında satıcının ikale yoluna başvurmamasını geçerli kabul etmişlerdir. Müşterinin vadeli satın aldığı bir malı ilave bir bedel ödeyerek ikale yoluna gitmesi hususunda ise farklı görüşlere sahip olmuşlardır. Malik faizli işleme vesile olabileceği için bu ikale türünü geçerli saymamıştır. Ona göre ilave bir bedel ile örneğin 500 tl ilave ödeme ile 5000 tl'ye satın aldığı süt ineğini iade etmek isteyen müşteri 5000 liralık bocunun 5500 lira olarak ödemiştir. Bu ise nakdin vadeli satımı manasında olduğu için caiz değildir. Buna karşılık Şâfiî bu işlemin caiz olduğunu kabul etmektedir. Ona göre 5000 liraya vadeli satın aldığı bir süt ineğini ikale yolu ile eski sahibine iade etmek ve parasını almak isteyen müşterinin 500 tl ilave vermek istemesi, 5000 tl alacağı olan şahıstan bir ineği 4500 tl'ye alıp 500 tl'sini derhal isteyen kişinin yaptığı işleme benzemektedir. Buna göre sattığı ineği geri alan satıcı onu 4500 tl'ye saymış ve geriye kalan 500 lirasını da peşit olarak istemiştir. Borç olarak müşterinin zimmetinde olan nakde bir ilave olmamıştır. Eğer bu alış veriş peşin olarak kurulmuş ise müşterinin ödediği ilave ile ikale talebinde bulunmasının geçerli olduğu hususunda bu mezheplerde görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Yalnızca Malik bu kişinin iyne satışı yapan biri olması halinde mekruh olacağını söylemiştir.

İkâlenin üçüncü şahıs bakımından yeni bir akit olması şüf'adar hakkında ortaya çıkar. Örneğin bir kişi evini satar ve bu satış şüf'âdara şüf'a hakkı verdikten sonra satıcı ile müşteri ikâle ile akdi feshederlerse şüf'adârın öncelikli satın alma hakkı (şüf'a) bulunur. Züfer'e göre, ikâle, üçüncü kişiler hakkında da fesih olduğu için şüf'adârın bu hakkı yoktur. Mülkiyetin bedel karşılığında nakledilmesi şüf'adarlık hakkını doğurur. Mali bir bedel ile mülkiyeti nakletmek olan ikâlede

şu'adârlık sebebi mevcuttur. Diğer bakımdan taraflar şuf'adârın hakkını düşürmek için ikâle yoluna başvurdıkları için buna izin verilmez.

Satım akdine konu olan mal tamamen telef olmuşsa ikale yolu ile akdi feshetmek sahih olmaz. Malın (mebî') bir kısmı telef olmuşsa telef olan miktar kadar ikâleye mani olur. Mevcut miktar üzerinde, telef olanın bedeli düşülerek ikâle yapılabilir. Çünkü bu durumlarda satım akdi varlığını korumaya devam etmektedir. Semenin telef olması ise ikâleye engel değildir. Satım akdinin mukâyada türünde olması halinde bedellerden birinin telef olması ikâleye engel olmaz. Çünkü bu tür satım akdinde bedellerden her biri mal (mebî') konumundadır. Hangisi telef olursa olsun satım akdi varlığını korumuş olur. Telef olanın kıymeti veya misli iade edilir. Bu satım akdinde her iki bedel telef olursa ikâle sahih olmaz. Sarf akdinde ise her iki bedel telef olması halinde ikâle sahihtir. Sarf akdi ile mukayada akdinde ikâle bakımından ortaya çıkan bu farklılık akdin urûzda bedellere (esmen) değil, ayna ilişkililmesi sebebiyledir. Aynı durum ikâle bakımından da geçerlidir.

الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ بِلَفْظِي الْمَاضِي كَقَوْلِهِ: بَعْتُ وَاشْتَرَيْتُ وَبِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهُمَا وَبِالتَّعَاطِي (ف) وَإِذَا أُوجِبَ أَحَدُهُمَا الْبَيْعُ فَالْآخَرُ إِنْ شَاءَ قَبْلَ وَإِنْ شَاءَ رَدًّا، وَأَيُّهُمَا قَامَ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ الْإِجَابُ، فَإِذَا وَجَدَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ لِمَهُمَا الْبَيْعُ بِلَا خِيَارٍ مَجْلِسِ (ف) ، وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْمَبِيعِ مَعْرِفَةً نَافِيَةً لِلْجَهَالَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَصِفَتِهِ إِذَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ، وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فَهُوَ عَلَى غَالِبٍ نَقْدَ الْبَلَدِ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْكَيْلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ كَيْلًا وَوَزْنًا وَمُجَازَفَةً؛ وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ (سم) ، وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ لَمْ يَجْزَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا (سم ف) ، وَالثِّيَابُ كَالْغَنَمِ، فَإِنْ سَمِيَ جُمْلَةً الْقُفْرَانِ وَالذُّرْعَانِ وَالْغَنَمِ جَازَ فِي الْجَمِيعِ؛ وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ مَفَاتِيحُهَا وَبَنَؤُهَا فِي الْبَيْعِ، وَكَذَلِكَ الشَّجَرُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَيَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ صَلَاحِهَا. وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً، وَيَسْتَثْنِي مِنْهَا أَرْضَالًا مَعْلُومَةً وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا، وَالْبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْمَسِيلِ

2. SARF AKDİ

2.1. Tanımı Ve Meşruiyeti

Sarf, çevirmek, savmak, çare, nakletmek, altın parayı gümüş para ile değiştirmek, bir paranın diğerine üstün oluşu anlamına gelen “s-r-f” (صرف) fiilinin mastarıdır. Sarf işini meslek edinen kişiye “sarrâf” veya “sayrafi” denilir, çoğulu ise “sayârif” ve “sayârife” şeklinde gelir. Fıkhi bir terim olarak sarf, her iki bedeli (ıvaz) semen olan satım akdidir.

Satım akdi gibi insanların ihtiyaçların karşılamak için meşru kılınmış olan sarf akdi, faiz ile ilişkilendirmediği sürece caiz bir muameledir. Çünkü insanların diğer malların yanı sıra nakitlerin değişimine de ihtiyaçları bulunmaktadır.

2.2. Mahiyeti Ve Kuruluşu

Klasik fıkıhta sarf akdi satım akdinin bir türü kabul edilir. Satım akdi esas olarak malın mübadelesidir. Bu mübadele bir aynın bir ayn, aynın deyn, deynin ayn veya deynin deyn ile değişimi (mübadele) şeklinde gerçekleşir. Sarf akdi deynin deyn ile değişimi şeklinde gerçekleşen bir akitir. Klasik dönemde sarf akdi altının ve gümüşün kendi içerisinde veya çapraz değişimi şeklinde uygulanmış, daha sonra fels olarak adlandırılan madeni paralar kapsama dâhil edilmiştir. Günümüzde ise sarf akdi, kâğıt para çerçevesinde döviz alım satım işlemlerini (kambiyo) içerecek şekilde genişlemiştir.

Sarf akdi, faizli akitlerin en kolay ve en yaygın uygulanabildiği akit türüdür. Bunun sebebi nakdin karz olarak verilmesinin diğer malların karz olarak verilmesinden daha kolay ve daha masrafsız

بَابُ الصَّرْفِ وَهُوَ بَيْعُ جِنْسِ
الْأَثْمَانِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ
مَضْرُوبُهُمَا وَمَصْغُوعُهُمَا وَتَبَرُّهُمَا، فَإِنْ بَاعَ
فِصَّةً بِفِصَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لَمْ يَجْزِ إِلَّا
مِثْلًا بِمِثْلِ يَدًا بِيَدٍ. وَلَا اعْتِبَارَ بِالصِّيَاغَةِ
وَالْجُودَةِ، فَإِنْ بَاعَهَا مُجَازَفَةً ثُمَّ عَرَفَ
التَّسَاوِيَّ فِي الْمَجْلِسِ جَازَ وَإِلَّا فَلَا،
وَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَّفَاعِلًا
وَمُجَازَفَةً مُقَابَضَةً، وَيَجُوزُ بَيْعُ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارٍ
بِدِينَارَيْنِ وَدِرْهَمٍ، وَبَيْعُ أَحَدِ عَشَرَ دِرْهَمًا
بِعَشْرَةِ وَدِينَارٍ (ز)، وَمَنْ بَاعَ سَيْفًا مُحَلًى
بِثَمَنِ أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ الْحَلِيَّةِ جَازَ وَلَا بُدَّ
مِنْ قَبْضِ قَدْرِ الْحَلِيَّةِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ.

olmasıdır. Bu işlemi yapmak isteyen bir banka veya sarraf malları toplayacağı ve koruma altına alacağı depolara ve masraflı nakil araçlarına ihtiyacı yoktur.

Sarf akdi yoluyla faizli işlemlerin daha kolay gerçekleştirilebildiğini dikkate alan İslam hukukçuları, bu akitteki değişimi, aynın ayn ile değişiminden daha titiz kurallara bağlama ihtiyacı duymuşlardır. Sarraflık mesleğini icra edenleri titiz davranmaya yöneltmek uyarılarda bulunmuşlardır.

Sarf akdi, mali muamele ehliyetine sahip kişiler tarafından icab ve kabul ile kurulan konusu nakit/para olan bir akit. Unsurları tamam olan bir sarf akdinin sahih olarak kurulması için aşağıdaki şartlar aranır:

1. Nakit/para kendi cinsi ile değiştirildiğinde eşit; farklı cins ile değiştirildiğinde fazlalık ile değişimi caizdir. Buna göre altını altın ile gümüşü gümüş ile veya herhangi bir parayı kendi cinsi olan para ile değiştirildiğinde eşit değişim gerekir. Altın ve gümüş kendi içerisinde değiştirildiğinde ağırlık ölçü birimiyle tartılarak eşit olarak değiştirilirler. Çapraz olarak değiştirildiğinde fazlalıkla değiştirilebilirler. Günümüz döviz işlemlerinde her ülkenin parası ayrı cins kabul edilir. Bu sebeple cinsler arası değişimdeki değer farklılıkları faiz kabul edilmez.

Altın altınla veya gümüş gümüşle değiştirildiklerinde ayar farklılıkları (cevdet) dikkate alınmaz. Bu ilke faizden kaçınma hassasiyetinin gereğidir. Buna göre 14 ayar altın ile 24 ayar altın değiştirildiğinde ayar farkı dikkate alınmaz. Bir külçenin, işlenmiş bir eşyanın veya darbedilmiş (basılmış) paranın yarıdan fazlası altın ise altın olduğuna, gümüş ise gümüş olduğuna hükmedilir. Bunun sebebi, madensel özellikleri veya işlenme şekilleri bakımından altın ve gümüşe farklı madenlerin katılması yaygın bir uygulamadır. Bu yüzden ayar farklılığı dikkate alınmaz. Elbette kimse 100 gram 24 ayar altını 14 ayar 100 gram altın ile değiştirmeye razı olmaz. Bu durumda yapılması gereken 14 ayar altını farklı cins bir nakit ile değiştirdikten (sarf) sonra elde ettiği nakit ile ihtiyacı olan 24 ayar altını satın almaktır. Bu şekilde fazlalık ribasından (riba'l-fadl) kaçınılmış olur.

2. Bedellerin peşin olarak teslim (kabz) edilmesi gerekir. Bu hususta fıkıh ekolleri arasında ittifak bulunmaktadır. Hanefî ve Şâfiîler, akdin taraflarının bedenlen ayrılmadan karşılıklı teslimi gerçekleştirmeleri halinde peşin teslim şartının gerçekleştiğini kabul ederler. Mâlikîler ise, icab ve kabul ile akit kurulduktan sonra karşılıklı teslimin, bedenlen ayrılmış olmasalar da mecliste geciktirilmesi halinde akdin batıl olacağı görüşündedirler. Bu meselede ortaya çıkan görüş ayrılığı altın ve gümüşün satımının ancak “elden ele” (إلا هاء و هاء) olacağını haber veren hadisin

yorumuna dayanmaktadır. “Elden ele”yi meclisin sonu gibi geniş yorumlayanlar bedeni ayrılmayı, derhal teslimi anlayanlar akdın kuruluşu ile karşılıklı teslimi şart komşulardır.

3. Sarf akdinde bedellerin peşin kabzedilmesi şartının sonucu olarak bu akitte vade ve şart muhayyerliği geçerli değildir. Vade ve şart muhayyerliği ile kurulan sarf akdi batıldır; hiç kurulmamış olur. Lehine vade ve şart muhayyerliği hakkı tanınan kişi, meclis sona ermeden bu şartlardan vazgeçerse, henüz akit oluşmadan onu batıl kılan şartları kaldırdığı için akit sahih olarak kurulur.

Klasik sarf akdinin sahih olarak kurulabilmesi için bu şartların gerçekleşmesi gereklidir. Günümüzde internet aracılığı ile elektronik ortamlarda yapılan döviz işlemleri veya kart ile yapılan altın ve döviz işlemlerinde de bu şartların oluşması gerekmektedir. Bedellerin kaydi nitelikte de olsa tarafların hesabına intikal etmesi halinde yapılan sarf akdi sahih olur. Bu sebeple vadeli döviz ve altın işlemleri sahih değildir.

2.3. Hükümü

Sarf akdi sahih olarak kurulduğunda diğer satım akitlerinde olduğu gibi mülkiyetin intikalini doğurur. Kabzedilmemiş bedel (semen) üzerinde tasarrufta bulunmak caiz değildir. Bu bağlamda 50 gr 22 ayar altınını 6000 TL’ye bozan kişi bu bedeli (semen) kabzetmeden kendisiyle bir elbise satın alacak olsa bu satım akdi fasit olur.

3. KARZ AKDİ

3.1. Tanımı Ve Meşruiyeti

Karz, kesmek anlamına gelen “K-r-d” (قرض) fiilinin mastarıdır. Borç vermeye karz adı verilmesinin sebebi, bu işi yapan kişinin malından bir miktarı kesip borç isteyene vermesidir.

Karz kelimesi Türkçeye borç kelimesi ile tercüme edilir. Ancak borç, akdî veya akit dışı sorumluluk sonucunda oluşan yükümlülükler ile misli geri alınmak üzere verilen mallar için kullanılır. Fıkıh ilminde, akdî veya akit dışı sorumluluk sonucunda zimmette oluşan borca deyn, yardım maksadıyla verilip misli geri alınan borca ise karz adı verilmiştir. Ancak nihayetinde karz da deyn kavramının kapsamındadır. Diğer bir ifade ile deyn karzı kapsayan bir kavramdır.

Fıkhi bir terim olarak karz, “bedeli iade edilmek şartı ile bir şeyin temlik” olarak tanımlanmıştır. Daha ayrıntılı bir tanım şöyle yapabiliriz: Tüketilerek yararlanılan bir malın geçici mülkiyetinin, mislini geri vermek şartıyla, nakli üzerinde kurulan bir akittir.

3.1.1. Terimler:

İkrâz	: Borç verme
Mukrîz	: Borç veren
Müstakriz	: Borç isteyen
Mukraz	: Borç verilen mal/akdin konusu

İslam dini müminlere genel olarak iyi/hayırlı işler yapmayı emretmiş ve bunu kurtuluşa ermenin yolu olarak göstermiştir. (el-Hacc, 22/77). İslam hukukçuları ihtiyaç sahiplerini içerisinde bulundukları güç durumdan çıkmalarına yardımcı olmayı hayırlı işleri öğütleyen nassların kapsamı içinde ele almışlardır. Bu özelliği itibariyle de ihtiyaç sahibine talep etmesi halinde borç vermeyi mendub bir fiil olarak değerlendirmişlerdir. Ancak borç verenin ve alanın özel şartlarına göre karz farklı hükümler kazanır. Gücü yeten kişinin zaruret halindeki kişiye borç vermesi ve böyle bir kişinin talepte bulunması farz/vacip; haram işlerde kullanacak kişiye borç vermek ve bu durumda borç talep etmek haram; mekruh işlerde kullanacak kişiye borç vermek ve bu durumda talepte bulunmak mekruh olur.

3.2. Mahiyeti

Hanefi hukukçular, borç verilen malın misli daha sonra geri alındığı için karz akdini âriyet akdi kapsamında ele almış ve mecazi âriyet olarak adlandırmışlardır. Mecazi demelerinin sebebi, ariyet akdinde ödünç verilen malın kendisi geri alınırken karz akdinde aslının değil mislinin alınmasıdır. Bu şekil benzerliğine rağmen Hanefi hukukçular, karz akdinin borçluya (müstakirizin) borcun “ayn”ını tüketme hakkı vermesi sebebiyle âriyet akdinden farklılaştığı görüşündedirler. Ariyet akdinde, yalnızca ‘ayn’dan yararlanma mülkiyeti oluşurken karz akdinde, borcun aynı benzer/misli bir bedel karşılığında müstekrize temlik edilmiş olur. Bu özelliği ile karz akdi temlik akdi niteliğindedir. Karz olarak alınmış mal borç verenin (mukriz) mülkiyetinden çıkmakta ve kabzdan sonra müstekrizin mülkiyetine girmektedir.

Karz akdi, mukrizin verdiği borç karşılığında ilave maddi bir bedel talep etmemesi sebebiyle bir teberru akdidir. Karz akdinin borçtan yararlanmak şeklindeki

yararı müstekrize aittir. Mukriz ise teberruda bulunmuştur. Akdin sona ermesiyle borç verdiği malın mislini almış olsa da bu karşılıklı bir eksiklik vardır. Bu eksiklik ancak Allah'ın sevabı ile giderilir. Karz verenin, borç alanın zimmetinde sabit olan emsal bedele malik olması sebebiyle karz akdi, bedelli (ıvazlı) akitler grubuna dâhil edilebilir. Bu benzerliğe rağmen karz akdini bir mübadele akdi (ıvazlı) olarak değerlendirmek yerinde olmaz. Çünkü karz veren ve karz alan bu ilişkiyi ticari bir mal değişimi gerçekleştirmek amacıyla yapmamaktadır. Aslında özellikle mukrizin bu akde ihtiyacı da yoktur. Müstakrizin ihtiyaç duyduğu malı veya finansmanı sağlamaya yardımcı olmak amacındadır.

3.3. Kuruluşu

Hanefilere göre karz akdinin rüknü, diğer akitlerde olduğu gibi, icab ve kabuldür. Diğer mezhepler karz akdinin unsurlarını satım akdinde olduğu üzere taraflar, akdin konusu ve siğa şeklinde tespit etmişlerdir. Tarafların borç verme ve almayı kabul etme anlamına gelen bir sözleri ile karz akdi kurulur. Karz akdinde de diğer ıvazlı akitlerde olduğu üzere icab ve kabul gereklidir. Karz akdinin sahih olarak kurulabilmesi için akdin taraflarında ve konusunda bazı şartların bulunması gerekir.

Karz akdinin kurulması için borç verenin (mukriz) teberru ehliyetine yani âkil, bâliğ ve reşîd olması ve kendi malından borç vermesi gerekir. Mukrizin kendi malından borç vermesi gerektiği şartı Hanefiler bakımındandır. Hanefiler, ehliyeti kısıtlı kişinin malı üzerinde tasarruf yetkisine sahip velinin ve vasinin veya temsil için yetkilendirilen vekilin kendilerine teslim edilen mallardan borç veremeyeceği görüşündedirler. Karzı alanın ise mali akitler için gerekli olan tasarruf ehliyetine sahip olması yeterlidir.

Karz akdi, kendisinden ancak tüketme yolu ile yararlanılan mallar üzerinde kurulan bir akittir. Bu mallar hacim ölçüsü (mekîlât), ağırlık ölçüsü (mevzûnât) ile alınıp satılan mallar ile büyüklükleri birbirine yakın olup tane ile satılan mallar (el-adediyyât el-mutekârîbe)dır. Ancak bu ölçü birimleri ile satılan malların karz akdine konu olabilmesi için piyasada benzeri/eşitinin bulunması şarttır. Buna göre Hanefi hukukçular, karz akdinin ancak misli mallar hakkında kurulabileceğini kabul etmişlerdir. Kıyemi malların karz akdine konu olmasını ise, değer biçmedeki farklılıkların anlaşmazlığa yol açacağı gerekçesiyle kabul etmemişlerdir. Diğer hukuk ekolleri ise selem akdine konu olan malların karz akdine de konu olacağı görüşündedirler. İbn Teymiyye dışında hukuk ekolleri arasında menfaatin karz

akdinin konusu olmayacağı üzerinde ittifak bulunmaktadır. Hanefiler, menfaatin mal olmayışı, Hanbeliler, bunun örneğinin bulunmayışı gerekçesiyle menfaatin karzın konusu olmayacağını savunurlar.

Karz akdinin konusu olan malın tüketilerek yararlanılan bir mal olması gerekir. Tüketilmeden yararlanılan malın, yararlanması için talep edene verilmesi ile kurulan akit bir âriyet akdidir. Buna göre bir bileziği düğünde takınmak üzere ödünç almak ariyet olur. Bileziği bozup bir ihtiyacını gidermek ve daha sonra mislini geri vermek üzere kurulan akit ise karz akdi olur. Karz akdinde malın mülkiyeti müstekrize geçmekte ve yarar aynı tüketilmesiyle meydana çıkmaktadır.

Karz akdi, hibe, ariyet, vedia, rehin ile birlikte aynı akitler içerisinde yer alır ve tamamlanabilmesi için akitlerin genel şartlarının yanı sıra teslim (kabz) şartının da gerçekleşmesi gerekir. Bu hüküm karz akdinin, malından bir miktarı kesmek anlamına gelen isminin gerekli kıldığı bir şarttır.

3.4. Hükümü

Karz akdinin hükümü borç alınan malın (mukraz) mülkiyetinin müstekriz için sabit olmasıdır. Borç alınan malın mislinin ise mukriz için müstekrizin zimmetinde sabit olmasıdır.

Karz akdinde mukrize herhangi bir yarar sağlayan şartın ileri sürülmesi halinde akit sahih olmaz. Örneğin 1000 lira borç veren mukriz, müstekrizin kendisine bir yemek yedirmesini veya bir hediye vermesini şart koşarsa bu şart akitte karşılığı olmayan bir fazlalık olur. Hukukçular Hz. Peygamber'in "yarar getiren karzı nehyetti"ğini haber veren rivayete dayanarak karşılığı olmayan bu fazlalığın faize (riba) benzediğini ve ribadan ve riba şüphesinden uzak durmanın vacip olduğunu ifade etmişlerdir. Akit esnasında şart koşulmadığı halde müstekrizin yemek yedirmesi veya hediye etmesi halinde Hanefi fakihlerinden bir kısmı bunda bir sakınca olmadığını kabul etmişlerdir. Bu fazla ödemeyi "insanların en iyisi ifası en güzel olandır" hadisinde ifade edilen borcun güzel ifası kapsamında görmüşlerdir. Alınan borç ödendiğinde mukrize bir hediye vermek yaygın örf haline gelmişse ise yediye tarafların söze dökmedikleri bir mutabakat niteliği kazanmış olur. Bu durumda güçlü bir faiz şüphesi ortaya çıkmış olmaktadır.

Karz akdi tarafları bağlayıcı (lazım) bir akit değildir. Bunun gibi karz akdinde akit esnasında şart koşulsun veya koşulmasın vade de bağlayıcı değildir. Diğer borçlardan (deyn) farklı olarak karz akdinde vadenin bağlayıcı olmayışı teberru akdi

olması sebebiyledir. Karz akdinde vadenin hukuken bağlayıcı olmadığı İslam hukukçuları arasında genel kabul görmüş olmakla birlikte, akit esnasında geri ödeme için vade belirleyen bir şart ileri sürmenin caiz olup olmadığı tartışılmıştır. Kimi hukukçular böyle bir şart ileri sürmenin karz akdini ıvazlı (mübadele) akitlere benzeteceğini ve nesie faizine yol açacağı gerekçesiyle caiz olmadığını savunmuşlardır. Hâkim görüşe göre ise karz akdi kurulurken şart koşulmuşsa akdin sahih şartın da batıl olduğu yönündedir.

IX - TEMEL AKİTLER – 2

4. SELEM AKDİ

4.1. Tanımı ve Meşruiyeti

Sözlük anlamı bakımından selem teslim etmek anlamına gelir. Terim olarak ise, nitelikleri belirlenen vadeli malın peşin bedelle satımını konu alan akittir. Hanefî fakihlerden el-Mevsılî selemi, “semenin teslimini akdin kuruluşu anında (عاجلاً), malın (mebî') teslimini ise belirlenen vadede (آجلاً) gerekli kılan akit” şeklinde tanımladığı dikkate alınırsa yukarıdaki tanımın daha çok Hanefî ekolünü yansıttığı görülmektedir. Bu itibarla selemin mahiyetine ilişkin doktrinel farklılıklar dikkate alındığında Şâfiîler bakımından tanımdan “vadeli” kaydı kaldırılmalı, Mâlikîler’e göre ise tanıma “veya peşin hükmündeki bedelle” kaydı eklenmelidir. Akdin iki bedelinden olan semenin (re’su’l-mal) peşin verilmesinden hareketle bu “selef” adı da verilmiştir.

Selem akdinde peşin bedele “re’sü’l-mâl”, bu bedeli ödeyen tarafa “rabbü’s-selem” (müslim), karşı bedele “müslemün fih”, bunu borçlanan tarafa “müslemün ileyh” denir.

Hanefiler, “ma’dumun bey’i” kapsamına dahil gördükleri selemin kıyasa aykırı olarak nass sebebiyle caiz olduğu görüşündedirler. Cumhur ise selemin kitap, sünnet ve icma ile sabit olduğu görüşündedirler. Selemin Kur’an’dan delili “Müdâyene âyeti”dir. (el-Bakara, 2/282). İbn Abbas’ın “tanıklık ederim ki Allah seleme izin vermiştir ve kitabındaki en uzun ayeti onun hakkında indirmiştir” diyerek bu ayeti okumuştur. Hz. Peygamber Medine’ye hicret ettiğinde Medinelilerin peşin para karşılığında bir, iki ya da üç yıl vadeyle hurma alışverişi yaptığını görünce “selem yoluyla satış yapan, bunu belirli bir ölçüye, belirli bir tartıya göre ve belirli bir süre tayin ederek yapsın” **مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوزنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ** buyurmuştur. Selem akdine ruhsat verildiği üzerinde icmâ da meydana gelmiştir. İflas edenlerin ihtiyacını gidermek için meşru kılındığı için müflislerin satımı olarak da

adlandırılmıştır. Çünkü bu akde yönelenlerin çoğu selemın konusu (müslım fıh) mülkiyetinde bulunmayan kişilerdir. Örneğin elinde ekebileceği kadar mal bulunmayan ve kâr etmeksizin bunu borç (karz) verecek kimse de bulamayan çiftçi gibi... Bu akit ile çiftçi ekmek için tohum vs finansmanı elde ediyor buna karşılık müşteri ise ucuz fiyata mal satın almış olmaktadır. Eğer selem konusu mal borçlanan tarafın (müslımın ileyh) mülkiyetinde bulursa idi iki bedelden daha iyi olanına satardı.

4.2. Selem akdinin şartları

a. Her iki bedelin şer'an/hukuken tanınmış (mütekavvim) bir mal olmasıdır. Örneğin şarap ve domuz akdin konusu olamaz.

b. Akdin bedellerinin "riba"ya yol açan türden bir vasıf taşıması gerekir. Örneğin Hanefilere göre her iki bedelde ribanın iki vasfından birinin bir araya gelmemiş olması gerekir. Bu sebeple Herevi kumaş ile Herevi kumaşın, her ikisi de hacim ölçüsü ile satılan (keylî) buğdayın arpa karşılığında, ağırlık ölçüsü (vezn) ile satılan bir şeyin de vezni bir şey karşılığında selem ile satılması caiz olmaz. Bu kaideden insanları ihtiyaçları sebebiyle altın ve gümüş istisna edilmiştir. Bunlar karşılığında ağırlık ölçü birimiyle (vezn) satılan bir mal selem yolu ile satın alınabilir.

c. Karşılıklı bedeller belirlenmiş (mâlûm) olmalıdır. Selem akdinde belirginleştirme özellikle akdin konusu (müsellem fıh) bakımındandır. Çünkü selem akdinde Maliki mezhebinde re'sulmâli üç gün geciktirmeyi şart koştırmaya izin verilmişse de diğer mezhepler bakımından peşin teslimi gerektirir. Bu bakımdan fakihlerin çoğunluğu re'sulmâlin akit meclisinde görülmesini belirginlik için yeterli görmüşlerdir. Bu genel yaklaşıma rağmen Ebu Hanife misli maldan oluşan re'sulmâlin miktarının; Hanbeliler ise re'sulmâlin her halükarda nitelik ve miktarının belirlenmesini gerekli saymışlardır.

Belirginleştirme esas olarak selem akdinin konusu (müsellem fıh) bakımından önem arz etmektedir. Çünkü müsellef fıh ferdin muayyen (ayn) değildir. Zimmette sabit borç olmaya elverişli nev'an muayyen (deyn) bir maldır. Bu mal vasıfları belirlenebilen ve miktarı bilinebilen her maldır. Misli bir malın, ihtilafa yol açmayacak şekilde niteliklerinin belirlenmesi (tayin) halinde selem akdine konu olacağı hususunda, yalnızca ölçü ve tartı ile satılan şeylerin seleme konu olacağını savunan zahiriler hariç, İslam hukuk ekolleri arasında görüş birliği vardır. Kıyemî malların örneğin hayvanların cins, yaş, nev' ve vasıflarının tayini ile muayyen hale

geleceğini kabul eden Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri hayvanları seleme konu yaparken, belirginlik için başvurulmuş bu ölçütlerin bu malları muayyen hale getirmeyeceğini düşünen Hanefiler, hayvanlar arasında fahiş varlıkların olacağı gerekçesiyle seleme konu edilmelerini caiz görmemişlerdir. Bu yaklaşımlarına karşın Hanefiler, birim fiyatları arasında fiyat farkı bulunmayan ve klasik dönemde tane ile satılan yumurta ve ceviz gibi malları (el-adediyyât el-mutekârîbe) seleme uygun görürken, birimleri arasında fiyat farkı oluşan ve tane ile satılan nar, ayva, karpuz vb. ürünleri (el-adediyyât el-mütefâvite) seleme elverişli görmemişleridir.

Mesellem fih olan malda belirsizliği (cehalet) gidermek için cinsinin, nevinin, vasfının ve miktarının belirlenmiş olması gerekir. Müsellem fih malın cinsi kayısı, nevi hacıhaliloğlu ve vasfı ise birinci kalite şeklinde belirlenmiş olması gerekir. Bu belirlenin aşırı ölçüye vardırılıp belirli bir köyün, ağacın ürünü şeklinde belirlenmesi halinde akdin caiz olmadığı kabul edilmiştir. Çünkü herhangi bir afet çıkarak bu ürünün teslimini imkansız kılabilir.

d. Selem akdinde re'sulmâlin peşin teslimi gerekir. Zaten akit adını bu özelliğinden almaktadır. Bununla beraber teslimin akit meclisi içerisinde gerçekleşmesi yeterli görülmüştür. Meclis içerisinde teslim edilmemesi halinde, re'sulmâl nakit ise bir deyn karşılığında bir deyn satışındır ki Hz. Peygamber tarafından yasaklanan “bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî” konumunda olur. Eğer re'sulmâl ferdin muayyen bir mal ise, kıyasa göre caiz olması gerekirken hadise dayanarak istihsanen kabz edilmesi gerekli olur. Çünkü Selem peşin olan ile vadeli olanı almaktır. Bu sebeple re'sulmâlin bildirilmesi (i'lâm) ve teslimi peşin (âcîl) oluşu gösterir. Bu şekilde bedellerden birinin kabzı edilmesi gerekir ki selem anlamı ortaya çıkabilsin. Bu yaklaşımları sebebiyle Hanefiler selem akdinde taraflardan biri veya her ikisi için şart muhayyerliği olması halinde akdin kurulmamış olacağını kabul ederler. Çünkü şart muhayyerliği hükmün kesinleşmesine mani olması bakımından kabzın tamamlanmasına engel olur. Selem akdinde bir yararı olmadığı için görme muhayyerliği de geçerli değildir. Kabzın tamamlanmasına engel olmadığı için selem akdinde ayıp muhayyerliği bulunur. Selemin re'sulmâlini ibrâ etmek caiz değildir. Eğer ibrayı kabul ederse kabz gerçekleşmez ve akit batıl olur. Eğer re'sulmâli teslim aldıktan sonra iade ederse akdin kuruluşuna engel olmaz. Malikiler ise re'sulmâlin üç gün sonra teslimi şartı ile yapılan akdi sahih görmüşlerdir. Üç günü aşan şartın koşulması halinde akdin geçersiz olacağını kabul etmişlerdir. Bununla birlikte

Malikilere göre herhangi bir şart koşulmaksızın re'sulmâlin tesliminin geciktirilmesi akdi geçersiz kılmaz.

e. Müsellem fih olarak belirlenen mal piyasada mevcut olmalıdır. Hanefiler göre müsellem fih olan mal akit anından teslim anına kadar piyasada mevcut olmalıdır. Akit esnasında mevcut olmayıp teslim anında mevcut olması veya tersi olması halinde akdi caiz görmezler. Şâfiî malın teslim zamanı mevut olması halinde, teslimi imkan dahilinde olduğu için akdin caiz olduğu görüşündedir.

Hanefiler, müsellemun fih malın teslim zamanı geldikten sonra piyasada kesata uğraması sebebiyle ifânın imkânsızlaşması halinde alacaklının (Müslim) akdi feshetmek ile piyasada mevcut hale gelmesini bekleme arasında muhayyer olduğu görüşündedirler.

e. Müsellem fih olarak belirlenen malın teslim zamanının (vade) belirlenmiş olması gerekir. Hanefiler, selemi düzenleyen hadiste yer alan “belirli bir vade ile” ifadesinden dolayı vadeyi akdin sıhhat şartı saymışlardır. Esasen bu Şâfiîler dışındaki mezheplerin ortak görüşüdür. Şâfiîler ise vadeli selem caiz oluşuna kıyasla peşin selem akdinin de caiz olduğunu söylemişlerdir. Vadeyi gerekli görenler, iflas edenlerin daha çok başvurduğu bir akit olması bakımından selem malının temini için borçluya yeterli bir süre tanınması gerektiğini söylemişlerdir. Hanefî fakihlerden Tahâvî vadenin en az üç gün olması gerektiğini, diğer bazı Hanefilerin şart muhayyerliğinin en az süresini esas alarak yarım gün vade şart koşulsa dahi selem akdinin caiz olduğunu söylemişlerse de Hanefilerde fetvaya esas görüş en az vade Muhammed eş-Şeyabânî'nin de tercihi olan bir aydır.

f. Mesellem fih malın teslim (îfâ) yerinin belirlenmiş olması gerekir. Bu müsellemin fih malın tesliminin taşıma vb bedeni ve mali külfetler taşıması sebebiyle Ebu Hanife tarafından şart koşulmuştur. Selem vadeli olması halinde Şafiiler de borcun îfâ yerinin belirlenmesini geçerlik şartlarından saymışlardır. Malikiler, Hanefilerden Ebu Yusuf ve Muhammed ile akdin peşin olması halinde Şafiiler'e göre satım akdinde olduğu gibi teslim yerinin belirlenmesine gerek yoktur, teslim yeri akdin yapıldığı yerdir. Müsellem fih malın tesliminde herhangi bedeni veya mali bir külfet bulunmuyorsa, Hanefî imamları ifa yerinin belirlenmesine gerek olmadığı hususunda hemfikirdir.

Teslim almadan (kabz) önce re'sulmâl ve müsellemin fih malda tasarrufta bulunmak caiz değildir. Re'sulmâlde tasarruf yetkisinin bulunmayışı akit ile hak kazanılan kabzın yitirilmiş olması sebebiyledir. Müsellem fih malda tasarruf

yetkisinin olmayışı ise alacak (deyn) malda kabzdan önce tasarrufun caiz olmayışı sebebiyledir.

Müsellemin fih malın ibra edilmesi caizdir. çünkü o mal (mebû)dir. Akit meclisinde kabz edilmesi gerekli değildir. Diğer borçlar gibi ibra edilmesi caizdir.

5. İSTİSNÂ' AKDİ (SİPARİŞ AKDİ/ESER AKDİ)

5.1. İstisnâ' Akdinin Tanımı Ve Meşruiyeti

“S.n.a.” fiilinin istif'al babındaki mastarı olan “istisnâ” sözlük bakımından bir sanatkârdan sanatıyla ilgili bir şeyi veya bir kişiden maharet gerektiren bir şeyi imal etmesini talep etmek ve ısmarlamak anlamına gelir. Terim olarak ise, Hanefî hukukçular tarafından “zimmette yer alan ve iş şart koşulan bir ürün üzerinde yapılan akittir.” Hanefîlerin bu tanımı el-Mevsûatu'l-fıkhiyye tarafından da benimsemiştir. Mecelle'de ise, bir kimse bir sanatkâra bana şu fiyata şu vasıflardaki bir şey yap der ve sanatkâr da kabul ederse bu satım akdi istisna akdi olarak kurulmuş olur diyerek örnekleme yoluyla akdin tanımını yapmaktadır. (Mecelle, md. 388).

Modern hukukta istisnâ' akdi, bir tarafın diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği bedel (semen) karşılığında bir şeyin imalini taahhüt ettiği akid olarak tarif edilmektedir. Bir şeyi imal etmeyi üstlenen (taahhüt eden) kimseye "müteahhit", bedeli (semen) verecek kimseye ise "iş sahibi" denilmektedir. 2011 yılında yapılan değişikliğe kadar Borçlar Kanunundaki tanım buna uygundur. Bu değişiklikle birlikte istisnâ' akdine “eser sözleşmesi” adı verilmiş ve “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. (BK. md. 470).

5.2. Terimler

Sâni' (الصانع) : İş yapan sanatkâr

وَإِذَا اسْتَصْنَعَ شَيْئًا جَارَ
اسْتِحْسَانًا (ز) ، وَلِلْمُشْتَرِي
خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، وَلِلصَّانِعِ بَيْعُهُ
قَبْلَ الرُّؤْيَةِ، وَإِنْ ضَرَبَ لَهُ
أَجَلًا صَارَ سَلَمًا (سم)

Müstesni' (المستصنع) : İşi yaptıran, sipariş eden

Masnû' (المصنوع) : Yapılan iş, sipariş edilen ürün

5.3. İstisnâ' Akdinin Meşruiyeti

İstisnâ' akdi, esasında mevcut olmayanın (ma'dûm) satımı niteliğinde olması bakımından kıyasa göre meşru olmaması gerekmektedir. Çünkü sanatkâr (sâni') bakımından bu satış mevcut olmayan bir şeyin (ma'dum) satımıdır. Bu satış ise Hz. Peygamber'in "yanında olmayanı satma" hadisindeki nehiy sebebiyle caiz değildir. Diğer taraftan bu akit, mevcut olsa dahi akdi kuran (âkid) kişinin mülkü olmayan şey hükmündedir. Bu şeyin satımı caiz olmadığına göre, ma'dum olduğu halde istisnâ' yolu ile satılan şeyin satışının öncelikle caiz olmaması gerekir.

Tespit ettikleri ana kaideye (asl) dayanarak kıyas yolu ile fıkhi hükmü genişletme metodunu kullanan Hanefiler, yukarıdaki açıklamaları yaptıktan sonra bu kaide ile tespit ettikleri sonucun yerleşik uygulamayla örtüşmediğini görünce istihsan yapmışlardır. Çünkü Hz. Peygamber zamanından beri insanlar bu akdi kurmuşlar ve meşruiyeti hakkında herhangi bir olumsuz tavır ortaya çıkmamıştır. Bu durumu icmâ olarak değerlendiren Hanefiler istisnâ' akdini istihsan deliline dayanarak caiz görmüşlerdir. Bu şekilde ortaya çıkan icma ile "kıyas ve nazar terk edilir, kitap ve haber ise tahsis edilir" demişlerdir. Hz. Peygamber'in de yüzük ve minber için istisnâ' akdi yaptığını ifade eden haberi nakleden Serahsî, hadis sabit olduğunda bütün kıyaslar terk edilir diyerek istisna' akdini meşruiyetine sünneti de delil getirmiştir. Diğer bazı Hanefî fakihleri de bu hadisi delil getirmiş olsalar da, istisnâ' akdinin meşruiyetini gösteren en kuvvetli delilin, Hz. Peygamber zamanından itibaren insanların bu akde dayalı uygulamaları olduğunu ifade etmişlerdir. Bu uygulamanın ameli icmâ değerinde oluşunu pekiştirmek için ise, sıhhatine kani oldukları "Ümmetim dalalet üzerinde ittifak etmez" ve "Müslümanların güzel gördükleri şey Allah katında da güzel, çirkin gördükleri şey de Allah katında çirkindir" hadislerine başvurmuşlardır.

Hanefî hukukçular akdin meşruiyeti için istihsan vecihlerinden olan zorluğun giderilmesi ilkesine de başvurmuşlardır. İnsanlar piyasaya arz edilenlerin ihtiyacı karşılamadığı özel niteliklerdeki bir ayakkabıya ve terliğe vs. ihtiyaç duyabilirler. İstisnâ' akdinin caiz olmayışı halinde insanların zorluğa düşeceği bir vakıa olduğuna göre, insanların şiddetli ihtiyacı sebebiyle akdin konusunun mevcut hükmüne ilhak

olduğunu ifade etmişlerdir. İstisnâ' akdinin konusunun ma'dumun satımı niteliğinde olmadığını kimi günümüz hukukçuları, ürünün yapılacağı ham madde ve sanatkârlık yetisinin akit esnasında mevcut oluşu ile açıklamaktadırlar. Buna göre sanatkârı işleme yeteneği ve bu yeteneğini uygulayacağı ana maddenin mevcut oluşu ma'dumluğu ortadan kaldırmaktadır.

5.4. İstisnâ' Akdinin Mahiyeti

İstisnâ' akdinin mahiyeti İslam hukukçuları tarafından ilk dönemlerden itibaren ele alınmış ve tartışılmıştır. Mahiyeti üzerinde farklı değerlendirmeler ortaya çıkmış ve doktrinde yer almıştır. Buna karşılık Batı hukuku bakımından istisnâ' akdi hakkındaki doktrin tartışmaları yenidir. Bunun açık göstergelerinden biri 1804 tarihli Fransa Medeni Kanununda İstisnâ' akdine yer verilmemesidir. Bu durum kanunun yapıldığı bu geç dönemde dahi istisnâ' akdinin tam olarak ortaya çıkmadığını göstermektedir.

İslam hukuk doktrininde istisnâ' akdinin hukuki mahiyeti hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler akit olup olmadığı ve akit ise ne akdi olduğu çerçevesindedir.

a. İstisnâ'ın vaat veya akit olduğuna dair görüşler: Hanefi hukukçulardan Hâkim eş-Şehîd, Ebü'l-Kâsım es-Saffâr, Muhammed b. Seleme bu görüştedir. Bu görüşü savunanlar istisnâ akdinin sipariş edilen ürünün hazırlanıp teslimiyle teâtî yoluyla kurulur. Tarafların her biri için muhayyerlik hakkı da bu sebeple oluşur. Ayrıca taraflardan birinin ölümü ile akdin fesholması da onun akit olmadığını delilidir. Ancak hukukçuların çoğunluk görüşüne göre İstisnâ vaatleşme değil, bir akittir. Muhammed eş- Şeybânî satım akdi kabul ettiği istisnâ ispat için kıyas ve istihsanı kullanmakta halbuki vaatlerde bunları kullanmak caiz değildir. İstisnâ ile vaat arasındaki mahiyet farkına ilişkin olarak ise Hanefiler,

1. Vaadin teamül olan veya olmayan hususlarda caiz olduğunu, istisnâ'ın ise ancak teamül bulunan hususlarda olduğunu
2. Vaatlerde görme muhayyerliği bulunmadığını istisnâ' akdinde bunun caiz olduğunu
3. Vaatleşmede derhal bedele malik olunmadığını, istisnâ'da ise sanatkârın (sâni') bedele derhal malik olduğunu

4. İstisnâ' ilişkisi kurmuş kişilerin bu sebeple oluşan hak ve borçlarından dolayı birbirlerini dava etmelerinin caiz olduğunu vaatlerde bu durumun söz konusu olmadığını söyleyerek istinâ'ın akit olduğunu savunmuşlardır.

b. İstisnâ' akdi ve diğer akitlerle ilişkisi: İstisnâ bir akit kabul Hanefiler istisnâ akdini kendine özgü hususiyetleri olan bir satım akdi kabul ederler. Maliki ve Şâfiîler ise istisnâ'ı müstakil bir akit kabul etmemiş ve selem akdi kapsamında değerlendirmişlerdir. İstinâ'ı zimmette vasfedilen bir şeyi satmak (bey' bi'l mevsûf) şeklinde tanımlayan Hanbelîlerin de bu akdi satım (bey') akdi kapsamında gördükleri anlaşılmaktadır.

İstinâ'ı özel şartları olan bir satım akdi kabul eden Hanefilere göre bu akit iki caiz akdin birleşiminden oluşmuştur. Sanatkârın zimmetinde vasfedilen bir şeyin satımı olması bakımından selem akdine, sanatkârın işlemesi (iş yapması) şartını içermesi bakımından icare akdine (isti'câr) benzemektedir. Bu iki caiz akdi birleştirmesi bakımından ise özel bir satım akdi olmaktadır.

İfade edilen benzerliklere karşın istisna', her iki akitten de bazı bakımlardan ayrılmaktadır:

1. İstisna' akdi, zimmette vasfedilen malın türü bakımından selem akdinden ayrılır. Selem akdinde bu mal misli bir mal iken istisnâ' akdinde bu mal genelde misli olmayan bir maldır.

2. Selem adinde ücretin peşin verilmesi gerekirken istisnâ' akdinde böyle bir şart yoktur.

3. İstisnâ' akdi, sipariş edilen ürünün ham maddesinin sanatkâra ait olması bakımından icare akdinde ayrılır. İcare akdinde işlenecek ham madde ecîri iş görmek için tutan müste'cîre aittir.

4. Hanefilere göre hem icare hem de istisnâ' akdi taraflardan birinin ölümü ile fesh olur.

5. Selem ve icare tarafları bağlayıcı (lâzım) iken istisnâ' akdi bağlayıcı değildir. (gayri lâzım). Ancak daha Mecelle ile birlikte Ebu Yusuf'un görüşü kabul edilmiş ve ürün sipariş şartlarına uygun yapıldığında tarafları bağlayıcı kabul edilmiştir.

c. Akdin konusu: İstisnâ' akdinin satım akdi olduğunu kabul eden Hanefilerin bir kısmı akdin zimmette yer alan malın (mebî') üzerinde, diğer bir kısmı ise iş şart koşulan zimmetteki mal (mebî') üzerinde meydana geldiğini söylemişlerdir. Birinci görüşü savunanlara göre sanatkâr daha önceden yaptığı bir ürünü sipariş verene (müstasni') verir, o da razı olursa akit istisnâ' akdi olarak sahih olur. İkinci görüşe göre sahih olmaz; çünkü geçmişte değil, gelecekte yapılacak bir iş şartı ile akit yapılmıştır. Çünkü istisnâ' ürünün işlenmesini taleptir. İşlenme şart koşulmayan akit istisnâ değildir. Kâsânî bu ikinci görüşü tercih etmekte ve isim farklılığının mahiyet farklılığına (müsemma) delalet ettiğini ve zimmette vafedileni satmanın selem akdi olduğunu ifade etmektedir. Sanatkârın önceden hazırladığı ürünü verip sipariş verenin (müstani') kabul etmesinin ise teati ile kurulan yeni bir satım akdi olduğunu kaydetmektedir.

5.5. İstisnâ' Akdinin Unsurları

İstisnâ' akdinin unsurları diğer iki tarafı bulunan akitlerde olduğu üzere, taraflar, irade beyanı ve zimmette sabit olan ürün ve bunun için tayin edilen bedeli kapsayan akdin konusudur. Rüknu ise icab ve kabuldür.

5.6. İstisnâ' Akdinin Sıhhat Şartları

Kurulmuş olan istisnâ' akdinin sahih olması için taşınması lazım gelen şartlar ise şunlardır:

a. Yapımı sipariş edilen şeyin (eser) cinsinin, çeşidinin (nev'), miktarının ve diğer özelliklerinin (sıfat) belirlenmiş olması gerekir. Akdin konusu bu hususlar belirlenmeden malum hale gelmez.

b. İstisnâ' akdinin insanlar arasında örfleşmiş hususlarda yapılmış olması gerekir. İstisnâ' akdi ameli icmâ (örf) sebebiyle kıyasa aykırı olarak sabit olmuştur. Örf oluşmayan bir hususta kıyası terk etmeye sebep olan illet oluşmadığından bu hususta istisnâ' akdi de caiz olmaz. Örneğin Kâsânî, örf oluşmadığı için elbise hususunda istisnâ' akdi yapılmasını caiz görmemiştir. Ancak bu hususta örf oluşunca elbise dikimi hususunda sipariş akdi yapmak caiz hale gelmiştir.

c. İstisnâ' akdinde vadenin (süre) belirlenmemiş olması gerekir. Eğer vade belirlenmişse selem akdine döner ve selem akdi ile ilgili şartlar gerekli olur. Akit seleme döndüğünde bedel akdin kurulduğu mecliste teslim edilir ve sanatkâr sipariş ürünü nitelikleri belirlendiği şekilde yaptığında tarafların muhayyerlik hakları

bulunmaz. Vadenin belirlenmemiş olma şartı Ebu Hanife'ye göredir. Ebu Yusuf ve Muhammd'e göre bu akdin sıhhat şartı değildir, akit her halükarda istisnâ' akdidir. Ebu Yusuf ve Muhammd'in bu görüşü istisnâ' akdinde vadenin belirlenmesi hususunda örfün meydana geldiğine dayanmaktadır. Vade belirleyenler, bununla talebi geciktirmeyi değil, akdin konusunu olan işi çabuklaştırmayı amaçlamaktadırlar. Bu sebeple vade akdi istisnâ' akdi olmaktan çıkarmamaktadır. Vade belirlemekle sipariş verenin (müstani') ürünü talep etmesini geciktirmenin veya işi çabuklaştırmanın kast edilebileceği söylene de bütün bu ihtimaller akdi konusunun dışına çıkarmamaktadır. Örf haline gelmemiş bir husustaki akit ise bundan farklıdır. Çünkü bu akitte vade tayin edilmesi işi çabuklaştırmak için değildir. Bununla zimmette sabit olan deynin talep edilmesinin geciktirilmesi amaçlandığı anlaşılmaktadır. Deyni geciktirmek selem akdi yoluyla olur. Ebu Hanife ise, istisnâ' akdinde vade belirlendiğinde doğrudan selem anlamın oluştuğu görüşündedir. Zira akit vadeli olarak zimmette sabit bir ürün üzerinde yapılıyorsa bu selem, farklı bir isimle adlandırılması onun mahiyetini değiştirmez. Ürünün talebini geciktirme selem akdinin hususiyetidir, zaten istisnâ' akdinde işe başlamadan önce her iki tarafın işin yapımına engel olma hakları vardır. Örf haline gelmemiş bir hususta vade belirlenerek akit yapılması halinde her üç imama göre de bu akit selem akdine dönüşmüş olur.

5.7. İstisnâ' Akdini Hükümü

Ürünü sipariş edenin (müstesni') sanatkârın zimmetinde yer alan ürünün (mebî') aynında mülkiyetinin sabit olmasıdır. Sanatkârın de bağlayıcı olmaksızın (gayrilâzım) bedelde (semen) mülkiyetinin oluşmasıdır.

Hanefî hukukçular sipariş edilen ürünün üretimi veya işlenmesinden önce istisnâ' akdinin her iki taraf için bağlayıcı (garilâzım) olmadığı konusunda hemfikirdirler. Öyle ki her iki taraf her iki taraf siparişin işlenmesinden önce işe başlamayı engelleme hakları vardır. Bu tıpkı iki tarafın şart muhayyerliğine sahip olduğu bir satım akdinde her birinin akdi feshetme haklarının bulunmasına benzer. Ürün işlendikten sonra dahi henüz sipariş eden (müstesni') görmeden de durum böyledir ve sanatkârın (sâni') onu dilediği kişiye satma hakkı vardır. Çünkü akit ürünün aynı değil, zimmette yer alan misli üzerinde kurulmuştur. Bu sebeple sanatkâr ürünü başka bir yerden satın alarak teslim ederse caiz olur. Sanatkâr sipariş ürünü şart koşulan nitelikler (sıfat) uygun olarak hazırladığında sanatkârın (sâni') muhayyerliği sona erer. Sipariş edenin ise muhayyerliği devam eder. Bunun nedeni sanatkârın

görmediği şeyi satan kişi konumunda olmasıdır. Görmediği bir malını satan satıcının görme muhayyerliği yoktur. Sipariş eden ise görmeden satın alan müşteri konumundadır. Görmeden satın alan müşterinin ise görme muhayyerliği vardır. Ebu Yusuf ise sipariş edilen ürün belirlenen niteliklere uygun yapılmışsa sipariş verenin (müstesni') muhayyerlik hakkı olmadığı görüşündedir. Ebu Yusuf, sanatkârın hammaddesini bozduğu veya kestiği ve çalışarak belirlenen şartlarda bir ürün yaptığını, sipariş verenin böyle bir ürünü kabul etmeme hakkının bulunmasının sanatkara zarar vereceğini görüşünün gerekçesi kılmıştır. Mecelle, Ebu Yusuf'un görüşünü kanunlaştırmıştır. (Mecelle, Md.). Günümüzde sanatkârların bireysel faaliyetler şeklinde sipariş verenin talebine uygun ürünler üretmesinin yanında ondan daha fazla önem arz eder nitelikte büyük üretimler fabrikalar tarafından yapılmaktadır. Çeşitli firmalar niteliklerini belirledikleri malların üretimi için fabrikalara büyük miktarda siparişler vermektedirler. Niteliklere uygun ürünler hazırlandıktan sonra sipariş veren fabrikanın muhayyer olması ciddi sorunlar doğurur. Ebu Yusuf'un bu yaklaşımı günümüz iktisadi şartlarına yarar sağladığı gibi akitlerin bağlayıcılığı genel ilkesine de uygundur.

6. İCÂRE AKDİ (KİRA AKDİ)

6.1. Tanımı ve mahiyeti

İcâre kelimesinin türetildiği “e.c.r.” fiili, “işin kirası” ve “kırık kemiği onarmak ve düzeltmek” (جبر عظم الكسير) şeklinde iki anlama sahiptir. Kira, mükafat ve ücret anlamına gelir. Onarmak/düzeltilme anlamı esas alındığında ise “أُجِرْتُ بِهِ” (eli onarıldı/düzeltilti) ifadesi çalışanın yorgunluğuna karşı ücreti verildi anlamına gelir.

6.2. Terimler

Âcir: Kiraya veren kimseye denir. **Mukâri ve Mucir** terimleri de aynı anlamda kullanılır. (Mecelle, mad.: 409)

Müste'cir: Kiralayan kimseye denir. (Mecelle, mad.: 410)

Me'cûr: Kiraya verilen şeye denir. Mûcer ve müstecer de denir. (Mecelle, mad.: 411).

Müste'cer fih: Ecirin iş/hizmet akdiyle yüklendiği işi ifa edebilmesi için müste'cir tarafından kendisine teslim edilmesi gereken mal. (Mecelle, mad.: 412).

Ecîr: “nefsini kiraya veren kişidir.” (Mecelle, mad.: 413).

Ecr-i misl: Tarafsız bilirkişinin takdir ettiği ücrettir. (bi garaz ehli vukufun takdir ettikleri ücrettir.) (Mecelle, mad.: 414).

Ecr-i müsemma: Akit esnasında belirlenen ücrettir. (Hin-i akitte zikr ve tayin olunan ücrettir.” (Mecelle, mad.: 415).

Damân: misli bir malın mislini ve kıyemi bir malın ise takdir edilen kıymetini vermektir. (Bir şeyi’in misliyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise kıymetini vermektir.) (Mecelle, mad.: 416).

Muhâeye: Kendisi paylaşılamayan bir şeyin menfaatini paylaştırmaktır. (Taksim-i menafiden ibarettir.) (Mecelle, mad.: 416).

6.3. Tanım

Hanefî fakihler icareyi “yararlanma karşılığında bedel (ıvaz) ödemek” ve “bir bedel karşılığında menfaat üzerinde yapılan bir akit” şeklinde tanımlamışlardır. Malikiler, “bir bedel (ıvaz) karşılığında menfaatin temlikî üzerinde yapılan bir akittir” veya “belirli bir menfaati belir bir zamanda belirli bir ücret karşılığında temlik etmektir” şeklinde tanımlamışlardır. Şâfiî fakihler, “belirli bir ücret karşılığında mübah ve sarfî mümkün belirli bir menfaat üzerinde yapılan bir akit” şeklinde tanımlamışlardır. Hanefîlerin tanımını esas alan Mecelle ise icâreyi, belirli bir menfaati belirli bir bedel karşılığında satmak şeklinde tanımlamıştır. Bütün tanımlar icâre akdinin belirli bir menfaatin belirli bir ücret karşılığında satımı üzerinde yapıldığı hususunda ittifak etmektedir.

6.4. Mahiyeti

Menfaatin bedel karşılığı temlikî ve satımı olduğu görülen icare akdi kendine özgü konusu ve şartları olan bir aittir. İslam hukukunda aynı tüketilmeden yararlanılabilen menkul ve gayrimenkullerin kiralanması ile iş ve hizmet akdi kapsamında insan çalıştırılmasını kapsayan hususlar icâre akdi kapsamında ele alınmıştır. Menfaatin satımı şeklinde mahiyeti ortaya konulan icâre akdi ile klasik satım (bey’) akdi arasında birçok açıdan benzerlik ve farklılıklar olduğu görülmektedir:

a. Hem satım akdi hem de icâre akdi ıvazlı (bedelli) akitlerden olup sahih olarak kurulduktan sonra tek taraflı irade ile feshe kabil değildirler.

b. Hem icâre akdi hem de satım (bey’) akdi ta’likî şart ile kurulmaz.

c. Hem satım akdinde hem de icâre akdinde şart, görme, vasıf gibi muhayyerlikler yer alır.

d. Satım akdinin konusu teslimi derhal mümkün olan ve zimmette vasfedilebilen maldır. İcâre akdinin konusu peyderpey oluşan menfaattir.

e. İnsanın satım (bey') akdinin konusu olması caiz değildir; ancak icâre akdine (hizmet/iş akdi) konu olması caizdir.

f. Satım akdi muzaf şart kabul etmezken icâre muzaf şart ile kurulabilir.

6.5. Meşruiyeti

İcâre akdinin konusu olan menfaatin akit esnasında mevcut olmayışı, dolayısıyla tesliminin de mümkün olmayışı sebebiyle Hanefî hukukçular, bu akdin kıyasa aykırı olarak meşru kılındığını kabul etmişlerdir. Yukarıda da ifade edildiği gibi menfaat akit esnasında derhal teslim edilecek şekilde mevcut değildir, zaman içerisinde peyderpey oluşan niteliktedir. “Ma’dumun satımının caiz olmadığı” ilkesini akdin bedelleri hakkında “asl” kabul eden Hanefîlerin bu yaklaşımının sonucu olara önemli Hanefî hukukçulardan Serahsî icareyi sahih bir akit kabul etmemiştir. Ebu Bekr el-Esamm ile İbn Aliyye’nin de icâre akdini meşru görmediği kaynaklarda yer almaktadır. Bu sınırlı itirazlara karşın insanların menfaatleri satın alma ihtiyaçlarının bulunduğu bir vakiydir. Bu, zaruri düzeyde olmasa da hâcî düzeyde bir ihtiyaçtır. İcâre akdine izin verilmemiş olması halinde insanlar hayati bir zarar ile karşı karşıya kalmazlar; ancak ihtiyaçlarını karşılamak için ciddi bir güçlükle karşılaşır; çünkü bir şeyi kiralayarak yararlanmak satın alarak yararlanmaktan daha az maliyetlidir. Bu sebeple icare (kira) akdine izin verilmesi hayatı kolaylaştırıcıdır.

Bedelli (ıvazlı) akitlerde akdin konusunun mevcut ve akdi kuranın mülkü olması gerektiği sıhhat şartıdır. Esasında bu şartlar, akdin konusunun teslimi mümkün (makdûr'u-teslim) oluşuyla ilgilidir. Yani ifa ödevi altına giren taraf akdin konusunu teslim kudretine sahip olmalıdır. Bu şart akdin konusunun da teslim edilebilir bir konum ve nitelikte olmasını gerekli kılmaktadır. Gerek fiili mevcudiyetleri, gerekse üzerinde mülkiyetin oluşması bakımından menfaatler ayrı bir varlığa sahip değildir. Bu durum, akdin sıhhatin bağlandığı teslime güç yetirebilme şartının menfaatler hususunda oluşmadığını göstermektedir. Yani peyderpey oluşması bakımından akit esnasında teslim edilebilir bir menfaat bulunmamaktadır. Bu durum, akdin konusunun meçhul olması demektir ki akdin fesadını gerektirir. Rükünlerde

oluşan bu eksikliğin aşılabilmesi için, menfaatin bağlandığı ayn (menkul, gayri menkul veya insan) menfaat yerine ikame edilerek akit ona bağlanır. Bu şekilde akdin konusunu oluşturan şey (mebi') muayyen hale getirilerek icab ve kabulün gerçekleşmesi sağlanır. Tıpkı selemin cevazı için zimmetin akdin konusunun (ma' kud aleyh) yerine ikame edilmesi gibi... Akdin kuruluşunun (in'ikad) yararlanmayla (menfaate) ilişkilenebilmesi için akit, menfaatin oluşmasına paralel olarak an be an ardışık olarak kurulur. Bu yolla akdin konusundan (ma' kud aleyh) yararlanmak mümkün hale gelir. Akdin konusunun ma'dum oluşu akdin sıhhati hakkında bir tereddüt oluştursa da söz konusu menfaatin çoğunlukla elde edildiği bilinmektedir. Şeriat koyucu ise, çoğunlukla elde edilen veya elde edilmesi ile edilmemesi eşit olan menfaatlere hüküm tesisinde itibar etmektedir. Bu akitte menfaatlerin çoğunlukla elde ediliyor oluşu onun meşru kabul edilmesi için yeterlidir.

İcare akdinin konusu olan menfaatin “mevcut ve mülk” olmayışı sebebiyle, menfaat temin eden aynın akdin konusu kılınması, akdin meşruiyeti için geliştirilen önemli bir izahtır. Bu açıklama, akdin konusunda yer alan cehalet ve teslim edilememekten kaynaklanan sorunları önemli ölçüde aşmaktadır. Akdin mahiyetine ilişki bu felsefi yaklaşımın yanı sıra İslam hukukçuları, icâre akdinin meşruiyetini doğrudan şer'î delillere dayandırma ve ana ilkeyi terk etmeyi gerektiren şer'î delilleri göstermeye özen göstermişlerdir.

İslam hukukçuları icâre akdinin meşruiyetini gösteren çeşitli deliller ortaya koymuşlardır.

Kur'an'da icare akdiyle ilgili doğrudan bir hüküm yer almamaktadır. Ancak İslam hukukçuları çeşitli ayetlerin ibarelerinin işareti yoluyla icâre akdinin sıhhatine delil olarak getirmişlerdir. Bu ayetlerden ilki boşanmış kadının çocuğunu emzirmesi halinde “sizin için onları emzirirlerse onlara ücretlerini verin” (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ) (et-Talak, 65/6) ayetidir. İkinci ayet çocuğun sütanneye emzirmesi için verilmesiyle ilgilidir: “Çocuklarınızı (sütanneye vererek) emzirtmek isterseniz maruf ölçülerde vermeniz gereken şeyi (ücret) teslim etmeniz şartıyla size bir günah yoktur” (وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ) (el-Bakara, 2/233). Bu husustaki üçüncü delil ise, insanların vasıf ve meziyet bakımından birbirinden farklı olduklarını haber veren ayetin illet olarak “bir kısmı bir kısmına iş gördürsün diye” (لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سَخِرِيًّا) (ez-Zuhrûf, 43/32) ifadesinin işaretidir. Medyen'e giden Hz.

Musa'nın Şuayb peygamberin yanında sekiz-on yıl çalışması da icare akdinin sıhhatin delilleri arasında kabul edilmiştir.

Hadislerde ise menkul ve gayrimenkul mal kiralama, ücretle iş gördürme gibi hukuki ilişkilere değişik vesilelerle işaret edildiği, bu ilişkilerde adalet ve hakkaniyete uyulması gerektiği, ğabn, ğarar ve istismar gibi hususların giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu yaklaşım icâre akdinin toplumda uygulanan meşru bir akit olarak görüldüğünü ve muhtemel aksaklıkların giderilmeye çalışıldığını göstermektedir.

İslam hukukçularının icâre akdinin meşruiyetini dayandırdıkları diğer bir delil ise icmâdır. Buna göre Hz. Peygamber gönderildiğinde insanlar icâre akdi kurmaktaydılar. Hz. Peygamber insanların bu yaptığını onayladı ve üzerinde icmâ meydana gelmiştir.

اعْلَمْ أَنَّ التَّمْلِيكَ نَوْعَانِ: تَمْلِيكَ عَيْنٍ، وَتَمْلِيكَ مَنَافِعٍ.
وَتَمْلِيكَ الْعَيْنِ نَوْعَانِ: بِعَوْضٍ وَهُوَ الْبَيْعُ وَقَدْ بَيَّنَّا، وَبِعَيْرِ عَوْضٍ وَهُوَ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ
وَالْوَصِيَّةُ، وَسَيِّئَاتِكَ أَبْوَابُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.
وَتَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ نَوْعَانِ: بِعَيْرِ عَوْضٍ، وَهُوَ الْعَارِيَةُ وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ؛ وَبِعَوْضٍ
وَهُوَ الْإِجَارَةُ، وَسُمِّيَتْ بَيْعَ الْمَنَافِعِ لَوْجُودِ مَعْنَى الْبَيْعِ، وَهُوَ بَذْلُ الْأَعْوَاضِ فِي مُقَابَلَةِ
الْمَنْفَعَةِ وَهِيَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مَعْدُومَةٌ، وَبَيْعُ الْمَعْدُومِ لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنَا
جَوَزْنَاهَا
لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا،

6.6. İcare Akdinin Kuruluşu (Unsur Ve Şartları)

Hanefilere göre icâre akdinin rükünleri icab ve kabuldür. İcâreye delalet eden “icare, kira” gibi bir lafız ile kurulur. Cumhura göre ise taraflar, akdi türünü belirleyen siyga, ücret ve menfaattir. Biz bu çalışmamızda icare akdinin unsurlarını taraflar, irade beyanı, ücret ve menfaati kapsayan akdin konusu çerçevesinde ele alacağız.

İcâre akdinin unsurlarının taşınması gereken şartlar genel olarak satım akdi ile aynıdır. Bununla birlikte icâre akdinin konusu menfaatin mülk edinilmesi (temlik) olması sebebiyle kendine özgü şartların ortaya konulmasını gerektirmiştir. Şimdi

yaklaşımına uygun olarak akdin unsur şartlarını ve bu unsurların taşınması gereken şartları inceleyelim.

6.6.1. İrade Beyanı

İrade beyanı, tarafların icare akdini kurma kararlarını gösteren açıklamadır. İrade beyanının taşınması gereken şartlar şunlardır:

a. İrade beyanı icab ve kabulden oluşur. Akit icab ve kabulün uyuşması ile kurulmuş olur. (mecelle, mad. 433). İcab ve kabul sözlü, yazılı ve dilsizlerin bilinen işaretleri ile gerçekleştirilebilir. (mecelle, mad. 436) Teati yoluyla da icâre münakid olur. (mecelle, mad. 437) Satmak (bey') lafız ile kurulmuş olmaz; çünkü bu lafız "ayn"ların temlik için konulmuştur. Bu itibarla menfaatten yararlanmaya delalet eden bir lafız ile kurulmalıdır.

b. İcabın kabule uygunluğu şarttır (mecelle, mad. 445).

c. Meclis birliği (meclis-i akdin ittihadı) şarttır. (mecelle, mad. 445)

6.6.2 Taraflar:

Taraflar ile ilgili şartlar şunlardan ibarettir.

a. Tarafların bizzat akdin tarafı olması için akit ehliyetine sahip olması gerekir. Yani akdin taraflarının ehliyetli yani akıllı (âkil) ve temyiz kudretine haiz (mümeyyiz) olmaları şarttır. Mümeyyiz çocuğun akdi, velisinin önceden verdiği yetkiye (izin) veya sonradan verdiği onaya (icazet) bağlıdır. İcare akdinde tarafların temyiz kudretine sahip olması akdin sıhhat, mükellef ve reşit olmaları da lüzum şartıdır.

b. Akit ehliyetine sahip olmayanlar hukuki temsil ile yoluyla akde taraf olurlar. Bu çerçevede kiraya verenin (âcir) söz konusu yerin (me'cûr) mutasarrıfı veya mutasarrıfın vekili, velisi ya da vasisi olmalıdır. (mecelle, mad. 446).

Fuzulinin icarı mutasarrıfının onayına (icazet), mutasarrıf küçük veya akıl hastası ise ecr-i misl ile kiralandığı hususunda veli ya da vasinin onayına bağlıdır.

6.6.3. İcare Akdinin Konusu (Me'curun Aleyh)

6.6.3.1. Mahal Ve Menfaat

İcare akdinin konusu menfaattir. Menfaat mevcut olmadığından mefaatin elde edileceği şey (me'cûr) akdin konusu olarak ikame edilmiştir. Buna göre menfaatin kaynağı (me'cûr) ve bu menfaat karşılığında ödenen ücret birlikte akdin konusunu oluştururlar. Mevcut olmayan mefaatin temlik olan icâre akdinin hükümlerini

doğurabilmesi için menfaatin kaynağı olan şeyin (me'cûr) teslimi gerekir. Akdin asli sonuçları olan yararlanma ve ücret bununla başlar.

İslam hukukçuları, icâre akdinin konusu olan menfaatin mübah olması kaydı ile ev, dükkan gibi gayrimenkullerin, tüketilmeden yararlanılabilen menkullerin, hayvan, araç ve insanların akdin konusu olabileceği hususunda görüş birliğine sahiptirler. Arazilerin ve suların kiraya verilmesi, Ezan okuması için müezzin, Kur'an öğretimi için hoca tutma, hususunda ise ihtilaf edilmiştir.

Akdin konusu olan menfaatin cinsi nehyedilen menfaatlardan olmaması gerektiği üzerinde ittifak edilen temel bir ilkedir. Bizzat kendisi haram olan (muharramu'l-ayn) bir şeyin icâresi yoluyla elde dilecek menfaati de haram olduğundan bu husustaki icâre batıl olur. Örneğin adam öldürmesi veya birinin malını gasp etmesi, kehanette bulunması için icare akdi yapmak gibi... Şer'an haram olan bir mefaatin kiralanması halinde de akit batıl olur. Örneğin ağıt yakması için tutulan kadın ile yapılan icare akdi gibi... Haram iş akdin konusu olmayıp kiracını fiiliyle ortaya çıkıyorsa bu durumda işlenen masiyetin kira akdine tesiri olmaz. Facir ve zımmiye mesken ve işyeri kiralanması bu bakımdan caizdir. Farz-ı ayn olan bir menfaat hususunda icare akdi batıl olur. Kendi yerine namaz kılması, oruç tutması vs. için bir kişiyle icare akdi yapmak gibi...

Bu genel çerçevenin dışında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlığı en aza düşürmek için akdin konusunda bulunması gereken şartların tespit edilmesi gerekmektedir.

Akdin konusunun sahih olarak belirlenmiş olması için şu şartları taşıması gereklidir:

a. İcâre akdinde akdin mahallinin malum olması gerekir. Çünkü icâre akdinin konusu olan menfaat bilinirliği onu temsil eden mahallin (me'cûr) bilinmesine bağlıdır. Bu itibarla kiralanana, ev, işyeri, arazi vs.nin taraflarca bilinmesi gerekir. Bu nedenle iki dükkandan biri belirlenip seçilmeksizin icar olunması sahih olmaz. (Mecelle, mad.: 449). Yine kiralanana yer görülmeden kurulan bir kira akdinde kiralananın görme muhayyerliği bulunur.

Kiralanana yer ve eşyanın menfaatin temini için gerekli olan parçaları, müştemilatı ve avadanlığı da akdin kapsamına dahildir. Örneğin müstakil bir evi kiralatan kişi, evin bodrumunu, çatısını, garajını, kiler ve çatı aralığını da akit esnasında söylenmese dahi kiralamış olur.

b. Akdin taraflar arasında anlaşmazlığa yol açmaması için menfaatin yani yararlanma türünün, zamanın, süresinin ve kullanıcının belirlenmesi gerekir. Eğer icâre akdi, elbise dikimi örneğinde olduğu üzere nihayetinde bir ürün ortaya çıkarmayı amaçlıyorsa işin belirlenmesi (Mecelle, mad.: 455), belirli bir ürünün yapılması amaçlanmadan işçinin hizmet etmesi şeklindeki bir icâre akdinde ise sürenin belirlenmesi gerekir. Eğer icare akdinin konusu iş ise ve menfaat ardışık olarak ortaya çıkıyorsa zamanın; hayvanların ve araçların kiralınması örneğinde olduğu üzere menfaat nakliye türü ise mekanın veya taşınacak yükün belirlenmesi yoluyla menfaat belirli hale getirilir. Kiralanan şeyin kullanım şekli, süre ve kullanacak şahsın belirlenmesi veya genelleştirilmesi ile bilinir hale gelir. (Mecelle, mad.: 453-454). Ev ve işyeri kiralamada menfaat, icâre süresinin belirlenmesiyle bilinir olur. (Mecelle, mad.: 452).

Bu şekilde icâre akdi ile elde edilecek yarar, sürenin belirtilmesiyle (kira süresi, ekim süresi) veya bir fiilin veya işin (elbiseyi boyamak, dikmek, araçla belirli bir şeyi taşımak, belirli bir mesafe yol almak gibi) sözlü olarak beyanı ya da işaret edilmesiyle bilinir.

İslam hukukçuları süre belirtilmeden örneğin “şu evi aylığı şu ücrete olmak üzere kiralıyorum” şeklindeki bir icab ile kurulan kira akdinin caiz olup olmadığını tartışmışlardır. Bu akitte kira ücretinin sabit olduğu en az süre (bir ay) belirlenmiş ancak kira süresi belirlenmemiştir. Mâlik bu tür akitleri, “bu yığının ölçeği bir dirhem olması hesabına göre senden satın alıyorum” şeklindeki satım akdine kıyas yaparak caiz görmüştür. Ebu Hanife ve Şâfiî ise bu akitte meydana gelen cehaletin fahiş cehalet olduğunu kabul etmişler bu şekilde yapılan bir kira akdinin bir ay için sahih, devamı için ise fasit olduğunu ifade etmişlerdir. Yeni ay geldiğinde tarafların akdi tek taraflı feshetme hakları bulunur. Ancak akdi feshetmezler ve yeni aydan bir süre geçerse akit yeni ay için sahih olarak kurulmuş olur. Taksitleri belirlenmeksizin yıllık ücreti söylenerek bir yıllığına yapılan kira akdi de müddet belirli olduğu için sahih olarak kurulmuştur.

Modern hukukta kira akdi olarak adlandırılan ayn icâresinde tarafların menfaatin tayin ve tespitini muzaf ve caiz takyidi şartlar ile düzenlemeleri mümkündür. Herhangi şart ileri sürülmediğinde kiralanan bir yer veya şeyden meşru yararlanma şekillerinin tamamına yararlanan sahip olur. Buna göre bir yeri kiralayan başka bir kayıt konulmamışsa ondan kendisi faydalanacağı gibi başkasına da faydalandırabilir. Yani evi kiralayan kendisi oturabilir, başkansına kiraya verebilir.

Ancak binaya zarar verecek işleri ancak akit esnasında belirleyerek yapabilir. Akit esnasında belirlenmemiş hususlarda ortaya çıkan ve akdin gereği kavramıyla çözülemeyen hususlarda örf esas alınır.

c. Menfaatin fiilen ve hukuken mümkün olup zorluk doğurmaması gerekir. Ebu Hanife bu gerekçeye dayanarak taksime el verişli olsun olmasın şâyi hisseli mülkün ortak dışındaki kişiye kiraya verilmesini caiz görmemiştir. Mecelle de bu görüşü yasalaştırmıştır. (mad.: 429). Böyle malların kiralanması halinde yararlanmayı mümkün gören Malik ve Şafiiler ise şâyi hisseli mülkün icaresini caiz görmüşlerdir. Taksime elverişli olsun olmasın şâyi hisseli ortaklıkta bir ortak kendi hissesini diğer ortağına icare edebilir, yabancıya icar veremez. Hanefiler, bu mallar muhayee yoluyla menfaati taksim edildikten sonra ortağın kendi sırasını kiraya vermesini kabul etmişlerdir. (Mecelle, mad.: 429). Kira akdi, eşyanın tüketimini değil, kullanımını konu alan bir akit olduğundan ancak tüketilerek kendisinden yararlanılan bir şeyin kiralanması caiz görülmemiştir. Menfaatin faydalanılabilir olmasının (makdur'ül-istifa) şart oluşu sebebiyle firari bir hayvanın kiraya verilmesi sahih olmaz. (Mecelle, mad.: 457).

d. Ücretin bilinmesi gerekir. Ücretin ayrı bir başlık altında daha detaylı inceleyeceğiz

6.6.3.2. Menfaatin Kaynağı Bakımından İcâre Akdi

Menfaatin kaynağı bakımından icâre ayn icaresi ve insan icâresi olmak üzere iki kısma ayrılır. Günümüz hukukunda aynın icaresi kira akdi, insan icâresi ise iş ve hizmet akdi şeklinde ele alınmaktadır. Maliki fakihleri arasında icare ve kira kavramlarını birbirinde ayıranlar bulunmaktadır. Buna icare, insan, gemi ve hayvan dışındaki menkullerden yararlanma üzerinde yapılan bir akittir. Kira ise, gayrimenkuller ve hayvanların menfaati üzerinde yapılan bir akittir. İslam hukukçularının çoğunluğu ise icare akdini “aynın icaresi” ve “ademî/insan icâresi” şeklinde ikiye ayırmışlardır.

6.6.3.2.1. Aynın İcaresi (İcare-İ Ayn/Kira Akdi)

Eşyanın (ayn) yararı üzerine kurulan icare akdidir. Mecelle bu akit türünü “menafî-i ayan üzerine varid olan akd-i icare” (mad.: 421) şeklinde tanımlamaktadır. Modern hukuk icârenin bu türünü kira akdi olarak adlandırmaktadır. İcâre akdinin unsur ve şartları başlığı altında kira akdinin konusunu oluşturan menfaat ve menfaatin

bağlandığı mahal üzerinde durmuştuk. O bilgileri burada tekrar etmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse ayn icâresi üç kısma ayrılmaktadır:

a. Akarın İcâresi

Ev, arazi ve dükkanın icâresinin sahih olduğu İslam hukuk ekolleri tarafından ittifakla kabul edilmiştir. Arazi icâresini zahiriler kabul etmemiş, Hasan el-Basri ise mekruh saymıştır.

Ev ve dükkan mutlak olarak kiralanabilir. Yani kimin ve ne amaçla kullanılacağı belirlenmeden kiralanırsa akit sahih olur. Çünkü örfte bunların iskan için olduğu bilinir. Akit mutlak olduğu için dilediği şeyi burada yapabilir. Ancak açıkça zarar veren demircilik, bez ağartma ve değirmencilik türü işler yapamaz. Çünkü bu işler binaya zarar verir. Bir akar üzerine kurulan kira akdinde binada iskan edecek kişi belirlense dahi müste’cir, başka bir kişiyi iskan ettirebilir. Çünkü bu husustaki sınırlama binaya zarar verecek bir farklılığın bulunmayışı sebebiyle anlamlı değildir.

Ziraat için bir araziyi kiralamakta belirli ve amaçlanan bir menfaat olduğu için caizdir. Araziyi kiralayan kişi (müste’cire) akit esnasında şart koşmasa dahi sulama ve yol hakkına sahip olur. Zira icâre menfaatin temlik için kurulur, menfaat da ancak onlarla temin edilebileceği için satım akdinden farklı olarak akdin kapsamına dâhil olur. Satım akdinin maksadı rakabenin mülkiyetidir, derhal faydalanma değildir. Bu sebeple derhal faydalanma imkânı olmayan çorak arazinin veya merkebin iş göremez yavrusunu satın almak caizdir. Ancak bunların icâre edilmesi caiz değildir.

Zirai arazi ya ekilecek ürün hususunda bir kısıtlamaya gidilmeksizin mutlak olarak kiralanmalı veya ekilecek şeyin belirlenmesi gerekir. Gerek mutlak gerekse mukayyet bir belirleme olmadan arazinin kiralanması halinde akit sahih olmaz. Çünkü arazi ziraat için veya başka bir şey için kiralanabildiği gibi ekilen ürünler arasında da farklılık vardır. Bu sebeple anlaşmazlığa yol açmaması için ekilecek ürünün belirlenmesi gerekir. Bir arazinin ağaç dikimi veya bina yapımı için kiralanması da caizdir. Ancak müste’cir, kira süresi sona erince bina ve ağaçları sökerek araziyi boş olarak teslim etmek zorundadır. Çünkü bina ve ağacın nihayete ereceği yakın ve belirli bir süresi yoktur. Nihayetini beklemek arazi sahibine zarar vermek olur. Ekinin durumu ise bundan farklıdır. Bu sebeple icâre süresi sona erdiğinde ürün daha olgunlaşmamışsa emsal ücret (ecir-i misil) ile olgunlaşma zamanı kadar beklenir. Arazi sahibi (âcir) ağaçların sökülümünün araziye zarar vermemesi halinde müste’cirin rızası ile zarar vermesi halinde ise rızasını aramadan ağaç ve binanın sökülümüş ve

enkaz bedelini vererek bunlara sahip olabilir. Arazi sahibi dilerse bina ve ağaçları olduğu hal üzere bırakır, bu durumda bina ve ağaçlar birinin arazi ise diğerinin olur. Hak arazi sahibinin olduğuna göre talep hakkı da ona aittir.

Hamamlardan yararlanmak için yapılan icare akdi de örf sebebiyle caizdir. Bu akitte menfaatin bilinmezliğine icma sebebiyle itibar edilmez.

b. Eşyanın (Urûz) İcâresi:

Elbise, ev eşyası, kap kakak gibi şeylerin belirli bir ücret ve belirli bir süreyle kiralanması gibi. Eşya mutlak olarak kiraya verilebileceği gibi kullanacak kişi ve kullanım şekli bakımından sınırlar getiren şartlarla da kiraya verilebilir. Kullanacak kişi belirlendiği halde başka bir kişi kullandığında telef olursa tazmini lazım gelir. Kiralanan bir şeyin akde uygun ve mutad kullanımıyla ortaya çıkan tabii yıpranma müste'cir tarafından tazmin edilmez. Fakat akit dışı ve mutad olmayan kullanımla oluşan hasar ve aşınma müste'cir tarafından tazmin edilir.

c. Nakliye Vasıtalarının İcâresi

Binek hayvanlarının, insan ve yük taşıma araçlarının kiralanması gibi. Bunları icaresi de belirlenmiş bir menfaat olması bakımından caizdir. Nakliye hayvanı mutlak olarak icare edilmişse müste'cir dilediği kişiyi bindirebilir. Eğer binecek kişi takyid edilmişse başkasını bindiremez. Çünkü insanlar havanlara binişleri bakımından farklıdır. Aynı husus araç kiralarna da tatbik edilebilir. Mutlak araç kiralamada sürücü farklı olabilir. Ancak sürücü belirlenmişse başkasının bunu yapması akdin kapsamı dışına çıkmak olur.

Nakliye araçlarının kiralanmasında eğer bu hizmeti gören aracın sahibi veya sahibinin yetkilendirdiği kişi akitte belirlenen yere ulaştırmak ile sorumludur. Yolda aracın arıza yapması akdin hükümlerini yerine getirmemenin mazereti değildir. Kiralayan kişi (müste'cir) aracı kendi kullanıyorsa akitte belirlenen mesafeyi aşamaz. Aşarsa doğacak zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Akitte belirlenen yer ve süre içerisinde vasıtanın yakıt, yem, bakım ve arıza giderleri onu kiraya veren sahibine (âcir) aittir.

Bir nakliye aracı ile miktarı ve türü belirlenen bir eşya taşımak üzere icare akdi yapıldığında aynı türden başka bir şey veya ondan daha az zararlı bir şeyi araçla nakletmekte sakınca yoktur. Ona zarar verecek bir şey yüklemek ise akdin kapsamının dışına çıkmak olur. Beş yüz kilo kumaş yüklemek için kiralanan panelvan türü bir

araca bu ağırlıkta gıda maddesi yüklenebilir, ancak bu ağırlıkta odun veya kömür yüklenirse akdin kapsamı dışına çıkmış olur. Çünkü bunlar araca zarar verebilir. Belirli bir yük taşımak için kiralanan araca daha fazla yük vurulur ve araç yükten dolayı hasar görürse fazla yük miktarı kadar zararı tazmin eder, eğer araca yüklenen yük bu tür bir aracın taşıyamayacağı bir miktarda ise tamamını tazmin eder.

Bir nakliye aracıyla/hayvanıyla bir yere gitmek için kiralayan kişi oranın sınırlarını aşarak başka yere gider sonra akitte belirtilen yere döndüğünde araç/hayvan hasar görürse (telef olursa) müste'cir tazmin etmek zorundadır. Bu akdin tek gidiş olması halindedir. Tek gidiş olarak düzenlenen akitte müste'cir belirlenen yere (örneğin Ankara) vardığında akit sona erer. Burayı aşarak örneğin İstanbul'a geçen kişi bu aracı gasıp olarak elinde bulundurmuş olur. Bu sebeple tekrar şehre dönmekle onu sahibine hükmen teslim etmiş olmadığından oluşan zararı tazmin etmesi gerekir. Eğer aracı gidiş-dönüş olarak kiralamış ve akitte belirtilen yeri, örneğin Ankara'yı aşarak İstanbul'a gitmiş sonra tekrar Ankara dönmüşse, Ankara'nın dışına çıktığında vedia şartlarına uymayıp daha sonra bu şartlara geri dönen vedi' (kenisine emanet bırakılan kişi) konumunda olur. Bu akdin esas hükmü, vedi'in emaneti (vedia) korumasıdır. Müste'cir Ankara'ya hasarsız olarak geldiğinde anlaşma şartlarına (vifâk) geri dönmüş sayılır. Gidiş-dönüş şeklinde düzenlenen akit hâlâ sürdüğü için vifakı aşmakla düştüğü gâsıp konumundan çıkarak tekrar aracı araç sahibinin vekiline –ki müste'cirin kendisidir- teslim etmiş kabul edilir. Bu şekilde araçta oluşacak zararın tazmini, daman akitleri hükümlerine göre değil, emanet akitlerinde oluşan zararın tazmininde uygulanan ilkelere göre gerçekleştirilir. İcare ve ariyet akitlerinde koruma esas amaç değil, kullanmaya tâbi olarak emredilmiş bir husustur. Akdin bitmesinden sonra müste'cir, me'cûru kullanma hususunda âcirin nâibi olarak kalamaz. Bu sebeple tek gidiş şeklinde düzenlenen bir akitte anlaşma yerini aştıktan sonra üzerinde anlaşılan yere geri dönmekle tazminden kurtulamaz. Buna karşılık gidiş-dönüş şeklindeki bir icâre akdinde ise anlaşma şartlarına (vifak) geri dönmekle sonrasındaki zarar hususunda emanet akitlerinin tazmini ilkelerine tâbi olur.

6.3.3.2.2. İnsanın İcâresi (İcare-i Âdemi)

Belirli bir işin yapması için bir insanı kiralamaktır. Mecelle icarenin bu türünü “amel üzerine varid olan akd-i icare” şeklinde ifade etmektedir. (mad.: 421). Bir insanın emeğinden, sanatından ve hizmetinden yararlanmak üzere yapılan akitler klasik İslam fıkında icare akdi kapsamında değerlendirilmiştir. İcare akdinin bu türü

günümüz hukukunda iş/hizmet akdi olarak ifade edilmektedir. Bu akdin kapsamına zamanla kayıtlanmış hizmet akitleri girdiği gibi sanatkârlık gerektiren belirli bir işin yapımı üzerinde yapılan akit de girmektedir. Bu bağlamda işçi, memur, hizmetli, sütanne veya ham maddenin müşteriye ait olduğu bir malın yapan usta ile yapılan akit icâre akdi kapsamındadır. Bu çerçevede kumaşın kendisinden olmak kaydıyla bir terziyle elbise dikmesi için yapılan akit “istisna” akdi iken; kumaşın müşteriye ait olması halinde yapılan akit icare akdi haline gelmektedir. (mecelle, mad.:421). Bu akitte emeğini kiraya veren kişiye ise “ecîr” adı verilir.

İnsanın icaresi, tam zamanlı oluşu veya tek kişiye hizmetle sınırlı olup olmayışı açısından ikiye ayrılmaktadır.

a. Ecir-i müşterek

Belirli bir kişiye çalışmak ile bağlanmamış olan ecirdir ki, mecelle, “müstecirden başkasına işlememek şartı ile mukayyet olmayan ecir” şeklinde tanımlamaktadır. (mad.:422). Bu ecir türüne terzi, saat tamircisi, kuyumcu, toplu taşımacı gibi esnaf ve sanatkarlar girmektedir. Bunlar süre kaydı olmamak üzere iş akdi yaparlar, akitlerinin özünde işi yapmak bulunmaktadır. Yani akdin konusu iş veya işin ürünü olduğu için aynı anda birden fazla kişiye hizmet üretmelerinde bir hukuki engel yoktur. İşin yapılma sıralamasını kendileri tayin ve tespit ederler. Zaten bu ecirlere müşterek ecir denilmesinin sebebi kendilerinden elde edilecek menfaatin bir kişiye tahsis edilmemiş olmasıdır. Ancak bunlardan biri belirli bir vakte kadar belirli bir şahıs için iş görmek üzere sözleşme yaptıklarında ecir-i has durumunda bulunurlar. (Mecelle, mad.: 422).

Ecir-i müşterekin özellikleri:

1. Sözleşme konusu ya bir iş veya işin semeresidir.
2. Menfaat sözleşme ile hak edilmez. Ücrete ancak işin bitirilmesi ile hak sahibi olur. Mecelle bu hususu “ecir-i müşterekin ücrete istihkakı amel iledir.” şeklinde ifade etmiştir. (Mecelle, mad.:424).
3. Birçok kişiye çalışma hakkı bulunur.
4. Ebu Hanife ve Züfer’e göre mal elinde emanettir; çünkü sahibinin izni ile almıştır. Bu sebeple kaçınması mümkün olmayan bir sebeple mal telef olursa tazmin etmesi gerekmez. Malı korumak ecir-i müşterek üzerine esas hüküm olarak değil tebei hüküm olarak gerekli olmuştur. Ücretle kurulan vedia akdinden farklı olarak korumasının karşılığında bir ücret yoktur. Ücretli vedia akdinde ise koruma akdin asli

hükmüdür ve bu sebeple vedia olarak alan (vedî') ücrete hak sahibi olur. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise, genel bir yangın ve büyük düşman saldırısı hali dışında müşterek ecir müşteriden aldığı malı tazmin eder. Bu iki fakih Hz. Ömer ve Ali'nin ecir-i Müştereke zarar verdikleri malı tazmin ettirdiklerini delil almışlardır. Onlar ecir-i müşterekin malı korumak zorunda olduğunu; çünkü onsuz iş yapamayacağını söylemişlerdir. Eğer gasp ve hırsızlık gibi kaçınılması mümkün bir sebeple mal telef olmuşsa, kusurun ecirden olduğu kabul edilir ve tazmin etmesi gerekir. Tıpkı ücretli vedia akdinde olduğu gibi... Ölmek, genel bir yangın gibi durumlar ise bundan farklıdır. Bunlarda müşterek ecirden kaynaklanan bir taksir oluşmaz.

Ecir-i müşterekin fiili sebebiyle telef olan malın tazmini gerekir. Örneğin ecir-i müşterekin fiili ile elbise yırtılır, hamalın ayağının kaymasıyla sırtına bağlanan yükün ipinin kopar ve denizin kabarıp gemiyi batmasıyla telef olan malın ecir-i müşterek tarafından tazmini gerekir. Züfer ve Şâfiî, ecir-i müşterekin tazmin yükümlülüğü olmadığı görüşündedirler. Onlara göre ecir-i müşterek mutlak olarak iş ile sorumludur ve bu sağlam ve kusurlu şeklinde işin iki türünü de içerir. Bu sebeple ecir-i müşterek ecir-i hass gibi olur. Hanefiler ise, izin kapsamına giren şeyin akdin kapsamına da giren olduğunu, bunun ise yararlı iş olduğunu söylerler. Akdin hakiki konusu olan sonuca vesile olan şey de zaten bu ameldir. Bu sebeple ecir-i müşterekin zarar gören malı tazmin etmesi gerekir.

Hanefiler, ecir-i müşterekin, denizin kabarması sebebiyle batan gemide boğulan veya sürdüğü ve yularından tuttuğu hayvandan düşerek ölen insanların tazminatıyla sorumlu olduğu görüşündedirler. Hanefiler göre bunun sebebi, insanların akit ile değil, şahsın varlığına karşı fiil (cinayet)den dolayı tazmininin gerekli olmasıdır.

b. Ecir-i Hâs

Belli bir süre için tutulan ecirdir. Ecir-i vahd olarak da adlandırılır. Ecirden elde edilebilecek yarar bu süre boyunca müste'cire ait olduğundan başkası için çalışma imkânı yoktur. Belirlenen süre içerisinde ecîrin üreteceği menfaat müste'cirin hakkıdır ve zaten ücret menfaatin karşılığıdır. Belirlenen süre boyunca başkası için çalışma hakkının bulunmaması, çalışmasa dahi ücrete hak sahibi olmasını gerektirir. Ecîr-i has oluşu da bu özel durumu sebebiyledir. Bu ecir türünü Mecelle, "yalnız müste'cire işlemek üzere tutulan ecir" şeklinde tanımlamakta ve aylık ile tutulan hizmetkarı örnek vermektedir. (mad.:422). Ecir-i hasın müste'ciri tek kişi olabileceği

gibi tek kişi hükmünde ki bir topluluk da olabilir. Yalnızca x köyünün koyunlarını otlatmak üzere tutulan çoban tek kişi hükmündeki bir topluluk tarafından kiralandığı için ecir-i hastır. (mecelle, mad.:422).

Ecîr-i has kendisini müstecirin emrine teslim ettiğinde fiilen iş görmese dahi ücrete hak sahibi olur. Mecelle bu hususu “ecir-i hassın ücrete istihkakı müddet-i icarede amel için hazır bulunmasıyladır.” (mad.: 425) şeklinde kanunlaştırmıştır.

Ecîr-hâs, elinde telef olanı tazmin etmesi gerekmediği gibi zarar verme kastı olmaksızın iş görürken telef ettiği şeyin ziyanını da tazmin etmez. Elinde telef olan eşyayı (ayn), müste’cirin izniyle aldığı için emanet hükümlerine tabidir. Ebu Yusuf ve Muhammed’in bu durumda ecir-i müşterekin tazminle sorumlu tutması, insanların malını korumayı amaçlayan istihsana dayalı bir hükümdür. Ecîr-i has ise başkasından iş kabul etmediği için böyle bir şüpheden uzaktır. Bu sebeple kıyasın gerektirdiği hüküm tatbik edilir. İkinci durumda tazminin gerekli olmasının sebebi, müste’cirin akit ile onun işinden doğacak menfaate malik olduğunu, mülkünde tasarrufta bulunmasını emrettiğinde ise ecîrin onu temsilen (nâib) bu işi yapması sebebiyledir. Sanki kendisinin fiiliyle zarar ortaya çıkmış kabul edilir ve ecîrin tazmin etmesi gerekmez.

6.6.3.3. İcare akdinde müddet

İcare akdinin zamana izafe edilmesi caizdir. Bu sebeple bir icâre akdinde taraflar akdin hükümlerinin yürürlüğünü (nefaz) ileri bir tarihe bırakmışlarsa akdin hükümleri bu tarihten itibaren başlar. Ayın on beşinden itibaren hükmünün yürürlük kazanacağı taraflarca akit esnasında belirlenmişse akit o zamandan itibaren yürürlük kazanır. Her hangi bir tarih belirlenmemişse akit kurulduğu anda hükümlerini doğurmaya başlar.

Ay esas alınarak kurulan bir icâre akdinde süre hilalin doğması ile başlar ve yıl boyu böyle devam eder. Eğer ayın içindeki bir günde akit kurulmuşsa Ebu Hanife’ye göre yılın bütün ayları gün sayma yolu ile tespit edilir. Muhammed ve bir rivayete göre Ebu Yusuf’a göre birinci ay gün hesabı ile diğerleri hilalin ortaya çıkması ile hesaplanır. Günlük icarede ise çalışma süresi belirlenmemişse örfe itibar edilir. İşçinin yemeği de şart koşulmamışsa örfе göredir. Örfte akdin yapıldığı işe veya yerde işçini yemeğinin verilmesi örf haline gelmişse müste’cir ecîrin yemeğini vermekle sorumlu olmaz. Şart koşulmamış ve örfte de yoksa müste’cir yemek vermek ile yükümlü olmaz.

İslam hukuk ekolleri menfaatin kaynağı olan me’cûrun bir akit ile kiraya verilme süresi hususunda farklı içtihatlar ortaya koymuşlardır. Hanefî ve Malikiler, me’cûrun kiraya verme hususunda bir üst sınır koymamışlardır. Bu hususta esas olanın menfaatin belirli olması olduğunu kira süresinin belirlenmesiyle de bunun belirli hale geldiğini kabul etmişlerdir. Şâfiî, kira süresini bir yıl ile sınırlamıştır. Malikiler arasında arazinin kira süresi üzerinde iki görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüşe göre arazinin kirasında süre sınırı yoktur. Diğer görüşe göre ise, yağmur suyu ile sulanan arazinin bir yıllığına, kaynak suyu ile kiralanan arazinin üç veya dört yıllığına ve kuyu ve nehirler ile sulanan arazi en fazla on yıllığına kiraya verilmesi caizdir.

Kira süresi tarafların belirlemesine bırakıldığı halde, ortaya çıkan gasp ve suiistimalleri önlemek için vakıf, yetim ve hazine mallarının en çok bir-üç yıl süre için kiraya verilebileceği hükmü kabul edilmiştir.

6.6.3.4. Ücret

Akdin sahih olarak kurulması için gereken şartlardan biri de ücretin (semen) bilinmesi gerekir. İcâre akdinde ücretin belirlenmemesi veya örfen bilinir olmaması halinde akit fasit olur. Ücret hususundaki fahiş bilinmezlik de aynı hükümlere tabidir. Buna göre örneğin, kiracıdan tutarı önceden bilinemez birtakım tamir ve harcamalar yapması şart koşulmuşsa, kira bedeli kiracının üretim veya kazancının bir hissesi şeklinde belirlenmişse veya değişen ihtimallere göre farklılaşan bir ücret belirlenmişse bu durumlar ücretin tamamen bilinemezliği hükmünde olup akdin fasit olmasına yol açar.

Hanefî fakihleri işlenen ürünün bir kısmının ücret olarak belirlenmesini de “mevcut ve mülkiyette bulunmayan bir ayn karşılığında icare” sayarak caiz görmemişleridir. Bu değerlendirmeyi yapan Tahâvî, Hz. Peygamber’in değirmenci ölçeği (kafız) karşılığında buğday öğütmeyi yasakladığını ifade eden hadisinin cahiliye dönemindeki şu uygulamayı yasakladığını söylemektedir. Cahiliye döneminde bir kısım kişiler buğdayını değirmene götürür ve öğütülen buğdaydan meydana gelen unun bir miktarı karşılığında öğütürlerdi. Bu akit yapıldığında müste’cirin değirmene getirdiği buğdayının unu yanında (mülkiyetinde) mevcut değildi. Halbuki icare, akit kurulduğu zaman müste’cirin yanında/mülkiyetinde sabit olmayan bir şey ile kurulmaz. Tıpkı satım akdinin akit kurulurken satıcının yanında olmayan bir şey üzerinde kurulmasının caiz olmayışı gibi... Diğer taraftan bu şekilde yapılan icare zimmette vafedilen bir deyn borcu karşılığında da yapılmamıştır.

Çünkü belirli bir aynın (buğday) öğütülmesiyle elde edilmeye bağlanmıştır. Hanefî hukukçular ücret olarak değirmenci ölçeğini belirlemeyi yasaklayan hadisi asl kabul etmişler ve dokuduğu yünün bir kısmı karşılığında yük dokutmayı ve taşıdığı yükün bir kısmı karşılığında yük taşıtmayı caiz görmemişlerdir. İşin bir parçasının ücret olarak belirlenmesinin caiz olmayışı hususunda Şâfiiler de Hanefilere muvafakat etmiştir. Malikiler ise bu şekilde bir icare akdi kurmanın caiz olduğu görüşündedirler. Ona göre bu akit yiyeceğin belirli bir parçası üzerine kurulmuştur ve öğütücünün ücreti de bu sebeple malumdur.

Ücretin ikinci şartı ise hem fıkhen mal kabul edilmesi hem de mütekavvim olmasıdır. Bu husustaki ana ilke satım akdinde bedel (semen) olmaya elverişli olan her şeyin icare akdinde de ücret olmaya da elverişli olmasıdır. Buna göre insan tabiatının ilgi göstermeyip ihtiyaç halinde kullanmak üzere biriktirme eğilimi göstermediği veya şer'an kendisine değer kazandırılmayan içki, leş ve domuz etki gibi şeylerle kira ücreti ödenmez. Diğer bir ifadeyle mal sayılmayan ve kendisinden faydalanmanın hukuken serbest ve helâl olmadığı şeyler kira ücreti olarak ödenemez. Menfaatler, Hanefî hukukçularınca mal sayılmadığı halde akde konu olarak mütekavvim olması sebebiyle kira akdinde bedel olabilir. Bununla birlikte menfaat karşılığı icâre akdi kurulduğunda cinslerinin farklı olması gerekir. Bu sebeple örneğin, bir evde oturmak karşılığında bir başka evde oturmak üzere kira akdi yapmak sahih olmaz. Böyle bir kira akdi yapıldığında fasit olacağından ecr-i misil lazım gelir. Akdini konusunu oluşturan menfaatlerin farklı olması halinde ise, örneğin bir evde iskan etmek karşılığında bir arazi veya araç kiralanabilir. İcâre akdinde menfaatin ücret olmasını bu şartlar dahilinde kabul eden Hanefiler satım akdinde (bey') ise menfaatin bedel olarak tayin edilmesini caiz kabul etmezler. Bu ayrımı yapmalarının sebebi, satım akdinde bedele (semen) akdin kendisi ile malik olunması, icârede ise menfaate akit ile malik olunmamasıdır. Diğer mezhepler menfaatlerin icâre akdinin ücreti yapılması hususunda Hanefilerin yaptığı ayrımı yapmamışlardır. Onlara göre aynı cinsten olsun olmasın menfaat icâre akdinde ücret kılınabilir.

Akit kurulurken taraflarca belirlenen ücrete “ecr-i müsemmâ”, daha sonra menfaatin piyasa değerine göre genellikle bilirkişi yoluyla belirlenen ücrete “ecr-i misil” denilir. Bir icâre akdi kuruluş ve sıhhat şartlarına sahip olarak kurulduğunda gerekli olan ücret tarafların belirlediği “ecr-i müsemma”dır.

Akdin konusunun (ma'kud aleyh), ücretin ve sürenin bilinmemesi (cehalet) satım akdini fasit kıldığı gibi icâre akdini de fasit kılar. Çünkü bu tür bilinmezlikler

(cehalet) tarafları anlaşmazlığa düşürür. Bir icâre akdi fasit olarak kurulduğunda taraflar ücreti belirlemiş olsalar dahi, ecri-i müsemma değil, ecr-i misil gerekir. Çünkü fasit icâre akdinde, satım akdinde olduğu gibi akdin konusunun (ma'kud aleyh) rayiç değerinin ödenmesi gerekir. İnsan icâresi kavramıyla ifade edilen iş akdi kapsamında çalışan kişi (ecîr) de akit fasit olduğunda ecr-i misile hak sahibi olur.

İcare sahih olarak kurulduktan sonra başkasının fazla ücret vermesi nedeniyle âcir icareyi feshedemez. Vasi ve mütevellî eğer yetimin ve vakfin akarını ecr-i mislden eksik olarak kiraya vermişse icare fasit olup ecri misle tamamlanması lazım gelir. (mecelle, mad. 441)

Hanefî hukukçular icâre akdinde ücretin akdin kurulması ile zorunlu hale gelmediğini ücrete üç durumdan birin gerçekleşmesi ile hak sahibi olunacağını kabul etmişlerdir. Bu durumlar, akit esansında ücretin peşin ödeneceğinin şart koşulması veya şart koşulmasa da peşin ödenmesi ya da akdin konusunun yerine getirilmesidir. Bu hususta Malikiler de Hanefîlerle benzer görüşleri paylaşırlar. Şâfiî ise ücrete bizzat akit ile sahip olunacağı kanaatindedir. Çünkü ma'dûm olan menfaat, akdin sahih olması için hükmen mevcut hale gelmiştir. Bu sebeple menfaatin karşılığı olan bedelde sabit olur. Şâfiî, ücretin geciktirilmesini deynin deyn ile satımı kapsamında görmüştür. Hanefîler ile Malikiler ise mefaatin daha önce ifade edildiği gibi peyderpey oluştuğunu ve bu sebeple bedele akit ile malik olunmayacağını başka bir şart koşulmamışsa menfaatin elde edilmesinden sonra ücretin bir hak haline geleceğini ifade ederler.

Me'cûrdan yararlanmayı engelleyen şeyleri gidermek ve bu husustaki masraflar kiraya verene (mûcir) aittir. Kiralayan (müste'cir) mûcirin izni ile me'cûru tamir etmişse, eğer tamir ettiği şeyler binanın demirbaşına dahil şeylerse ücretini mûcirden alır. Müste'cir evin boyanması, bozulan piriz ve muslukların değiştirilmesi türü masraflar yapmış ise, akit esnasında aksi şart koşulmadıkça bu masraflar müste'cire aittir.

İcare akdinde kiraya veren (âcir) kiralanan şeyi/yeri (me'cûr) teslim ettiğinde veya müste'cirin yararlanması için tahliye ettiğinde müste'cir yararlansın veya yararlanmasın ücrete hak sahibi olur. Me'cûr, gasp edilmek gibi üçüncü kişiden veya kiraya verenden (âcir) kaynaklanan bir sebeple müste'cirin kullanımının dışına çıkarsa akit fasit olur ve ücret düşer. Eğer bu sebepler sonucunda müste'cir me'cûrdan kısmen yararlanmışsa yararlandığı kısım ve miktar kadar ücret öder.

Hayvan ve taşıt icâresi bir yük veya insanı belirli bir yere nakletmek üzere yapıldığında Hanefî mezhebinin fetvaya esas görüşüne göre yolun her bir merhalesinde tahakkuk eden ücret nakliye işini üstlenen kişi tarafından talep edilebilir. Belirli bir işin yapımı üzerinde kurulmuş bir icare akdinde, örneğin terzi ile yapılan bir elbise dikim akdinde, akitte şart koşulmamışsa iş bitirilmeden ücrete hak sahibi olunmaz. Nakliye için yapılan icare ile belirli bir ürünün imali üzerinde yapılan bu akit arasındaki fark menfaatin teminiyle alakalıdır. Nakliyede her bir merhale akdin maksatları arasındadır ve belirli bir fayda temin edilmiştir. Bir ürünü imali üzerinde yapılan icâre akdinde ise menfaat, ancak akdin konusunun bütününde oluşmaktadır. Bu sebeple kendisinde yararlanılamayan kısmi iş ücreti gerektirmez.

Eşya (ayn) üzerinde yaptığı işin etkisi buluna her sanatkârın ücretini almadan aynı teslim etmeme (habs) hakkı vardır. Terzinin diktiği elbiseyi, ayakkabıcını yaptığı ayakkabıyı ücretini teslim almadan ürünü hapsedme hakkı bulunmaktadır. Yanında alıkoyduğu (habs) mal telef olursa, Ebu Hanife'ye göre emanet hükümlerine tabidir. Malı hapsedmiş olmak ile sanatkar mala zarar ve tecavüzde (teaddi) bulunmadığı için bu malı tazmin etmesi gerekmez. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre sanatkârın yanındaki bu mal onun tarafından hapsedilmeden önce tazmini lazım geldiği gibi hapsedtikten sonra da tazmini lazım gelir. Dilerse malın işlenmemiş halini tazmin eder, bu durumda ücrete hak sahibi olmaz, dilerse işlenmiş halini tazmin eder, bu durumda ise ücrete hak sahibi olur.

İşinin eşya (ürün) üzerinde etkisi olmayan hamal ve gemi tayfası gibi bir ecîrin ise ücretini almak için onu hapsedme hakkı yoktur. Burada akdin konusu yalnızca iştir ve bu işin eşyada bir varlığı bulunmamaktadır. Diğer ifadeyle söz konusu eşyanın varlık kazanmasında bu işin bir etkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple mal üzerinde haps hakkı oluşmaz.

Bir akarı, hayvanı veya menkulu kiralayan bir kişinin kiraladığı ücretten daha fazla bir ücret ile kiraya verip veremeyeceği fıkıh mezhepleri arasında ihtilaflıdır. Mâlikler ve Şâfiî satım akdine kıyas yaparak bunu caiz görmüşlerdir. Ebu Hanife ise, teslim alınmayan (kabz) şeyin satımı kapsamından görerek caiz görmemiştir.

Müste'cirin piyasa fiyatı farklı iki işleme şekllinden hangisini işlerse ecîre onun ücretini vereceğini şart koşarak yaptığı icare akdi sahihtir. Ecir hangisin işlerse onun ücretini hak eder. Örneğin makine işleme bir salon takımı yaptırmak isteyen bayan kumaşını teslim ettiği sanatkara Maraş işi yaparsan 1000 lira kum iğnesi yaparsan 800 lira veririm derse ecîr hangisini yaparsa onun ücretini hak eder. Yine kiraya veren

(âcir) müste'cire bu dükkanda atarlık yaparsan aylığı bin lira, demircilik yaparsan aylığı iki bin liraya kiraya veririm şartlarıyla yaptığı akit caizdir. Müste'cir hangi işi yaparsa onun hakkında belirlenen ücret gerekli olur. Bu Ebu Hanife'ye göredir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre icare fasit olur. Şayet müste'cir, işi bugün yaparsa yüz lira, yarın yaparsa seksen lira vereceği şartıyla ecir ile anlaşır ve ecir bugün yaparsa yüz lirayı hakketmiş olur. Yarın yapar ise, Ebu Hanife'ye göre seksen lirayı geçmeyen ecir misil gerekli olur. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre şartlar caizdir.

6.6.4. İcâre Akdinin Sona Ermesi

İslam fıkıh ekolleri icare akdini iki taraflı irade ile kurulan lazım bir akit kabul etmişlerdir. Bu sebeple bu akdin lazım akitlerin kendisiyle sona erdiği yollardan biriyle sona ereceği hususunda ittifak etmişlerdir:

1. İ kale yoluyla: İcare akdi iki taraflı lazım bir akit olması sebebiyle iki tarafın anlaşması yoluyla fesh olur. İ kale ile ilgili hususiyetler burada da gerekli olur. Ancak elde edilmiş menfaatin geri verilmesi mümkün olmadığında sahih akitte menfaat belirlenen ücret esas alınarak; fasit akitte ise ecr-i misil yolu ile tazmin edilir.

2. Menfaatin kaynağının (me'cur) ortadan kalkmasıyla akit kendiliğinden fesholur. Bu akdin infisahı anlamındadır. Kiralanan ev veya dükkânın yararlanılamayacak hale gelmesi gibi...

3. Menfaatin kaynağında (me'cur) yararlanmayı azaltan bir ayıbın bulunduğu ortaya çıkması halinde müste'cir akdi feshedebilir.

4. Ebu Hanife müste'cirin başına olağan dışı bir durumun gelmesi halinde akdin feshine cevaz vermişlerdir. Örneğin kiraladığı yerde yangın çıkıp ticari eşyası yanan veya çalınan kişinin akdi feshetme yetkisi bulunmaktadır. Cumhur bu hususta "akitlere vefa gösterin" (Maide, 5/1) ayetinin umumuna dayanarak icarenin menfaat üzerine yapılan ıvazlı bir akit olduğunu ve bedel (ıvaz) üzerine yapılan bir akit olduğu için bu sebeple fesholmayacağını söylerler. Ebu Hanife ise, kendisiyle menfaat ettiği ticari eşyasının gitmesini, kendisinden menfaat elde edilen me'cûrun yok olmasına benzetmiştir. Bu yaklaşımı esas alan Hanefî fakihleri, müste'cirin ancak bir zarara katlanarak akdin gereğini yerine getirebilme halini "özür" olarak kabul etmişler ve bu durumu akdi fesh sebebi saymışlardır. Zararı defetmek için akdin feshedilebileceğini kabul etmişlerdir. Bir dükkân kiralayıp iflas eden kişi bu sebeple akdi fesh eder.

5. Müstecir miras veya hibe türü bir yolla kiraladığı ayna sahip olsa icarenin hükmü kalmaz. (mecelle, mad. 442)

6. Akdin gereğinin icrasına engel bir özür ortaya çıktığında icare münfesi olur. (mecelle, mad. 443). Örneğin, düğün için bir aşçı kiralanmış olsa, düğün yapılamadan damat veya gelin vefat etse icare fesh olmuş olur.

7. Kiraya veren veya kiralayan taraflardan birinin vefatı halinde Ebu Hanife, Sevrî ve Leys'e göre akit fesholur. Malik, Şâfiî, Ahmed b. Hanbel'e göre ise akit fesholmaz. Fesh olmayacağını kabul edenler icarenin ıvazlı akitlerden olduğunu bu sebeple tarafların ölümü ile fesholmayacağını kabul ederler. Ebu Hanife ise ölümün kiralanan şeyin mülkiyetini bir kişiden başkasına nakletmesi sebebiyle kira akdini feshini gerektirdiğini söylemiştir. Bu hususta dayandığı asıl, uzun süreliğine kiralanan bir aynın satımını caiz olmadığıdır. Caiz olması halinde iki akit birleşmiş olur. Bu olamayacağına göre, burada mülkiyetin intikali üstün taraf konumunda bulunduğu için icare fesholur. Aksi halde mal varissiz kalır ve bu icmaya aykırıdır. Hanefiler ayrıca kiraya verenin ölmesi halinde müste'cirin varisin mülkinde artık akdi kuranın mülkiyetinde olmayan bir akit gereğince yararlanmış olacağını söylerler. Müste'cirin ölümü halinde ise ölümünden sonra ücret yükümlülüğünün oluşacağını, hâlbuki ölünün üzerinde borç oluşmayacağını icma ile sabit olduğunu belirtirler.

X - TEMEL AKİTLER – 3

7. HİBE AKDİ

7.1. Tanım

Arapça “v.h.b” fiilinin mastarı olan hibe, “öncesinde hak sahipliği bulunmaksızın verme” veya “bir mal veya menfaat türünden bir şeyi faydalanacağı şekilde başkasına ulaştırmak” anlamına gelmektedir. Kelimenin “iftial” babındaki mastarı olan “İttihâb” ise hibeyi kabul etmek anlamına gelir.

Fıkıh kaynaklarında hibe “malın bedelsiz temlik” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda “temlik” ifadesiyle hibenin ariyet ve karzdan; “bedelsiz olma” ifadesiyle satım akdinden ayrıştırıldığı ve “mal” ifadesiyle de manevi-mecâzi bağışların akdin kapsamı dışına çıkarıldığı görülmektedir. Ancak akdin vasiyet akdinden farklılığının da gösterilmesi gerekmektedir. Bu amacı gerçekleştirmek için hibe, “karşılık şart koşulmaksızın bir malın hayatta iken temlik” şeklinde tanımlanmıştır.

7.2. Terimler:

Vâhib (واهب): Hibe eden kişi

Mevhûb (موهوب): Hibe edilen şey

Mevhûb leh (موهوب له): Kendisine hibe edilen kişi

7.3. Meşruiyeti

Hediyeleşme insanlık tarihinin eski zamanlarından itibaren kabul görmüştür. Hint geleneği hibenin dünyevi-uhrevi mükafatının olduğunu kabul etmiş, Roma hukuku yakın akrabalar arasında hibeye izin vermiş, Yahudi (mişna), İran ve Uzakdoğu hukuklarında hibe ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. İslam öncesi Hicaz yarımadasında hibe yaygın bir âdeti şeklindeydi.

Kur'an'da “hibe” kelimesi yer almamakla birlikte bu kökün fiil kipi sözlük anlamında kullanılmıştır. Allah'ın kullarına olan lütuf ve bağışı bu fiil köküyle ifade

edilmiştir. Bu fiil köküyle olmasa da birçok ayet cömertliği övmüştür. Hz. Peygamber hediyeleşmeyi övmüş ve teşvik etmiştir. Bu bağlamda “hediyeleşiniz, birbirinizi daha çok seversiniz” (تَهَادُوا تَحَابُّوا) buyurduğu rivayet edilmiş ve fakihler bu hadisi hediyeleşmenin sünnetteki delili kabul etmişlerdir. Bu itibarla hibe mendup bir fiil kabul edilmiştir.

7.5. Mahiyeti Ve Kuruluş Şartları

Hibe teberru akitlerinden biri olan hibe icab, kabul ve kabz ile kurulur. Bazı Hanefi fakihleri, hibenin, hibe eden açısından vasiyet ve ikrar gibi olup yalnızca icab ile kurulduğu, hibe edilen (mevhûb leh) açısından ise kabul ve kabz ile kurulduğunu söylemişlerdir. Ancak mezhebin hâkim görüşü hibenin bir akit olup icab ve kabul ile kurulduğu şeklindedir. Hibenin teslim alınması (kabz), mülkiyetin kesinleşmesi içindir. Hibenin icab ve kabulü gerekli kılması mülkiyetin intikali sebebiyledir. Çünkü bir kişi malını başkasının mülki kılmadan (temlik) mülkiyet intikal etmez ve bir kişinin bir malın mülkiyetiyle yükümlü tutulması (ilzam) kabulü olmadan gerçekleşmez.

Bu sebeple hibe akdi İcab, kabul ve kabz ile sahih olur. İcab ve kabulü gerekli oluşu hibede yukarıda ifade edilen temlik anlamının bulunması sebebiyledir. Temlik akitleri ancak icab ve kabul ile kurulurlar. Mülkiyetin sabit olması için hibe edilenin (mevhûb) kabzedilmiş olmasının şart koşulması hibe edenin istemediği bir yükümlülüğün altına sokulmamasıdır. Çünkü kabz olmaksızın mülkiyet sabit olursa, bağışta bulunan (müteberri') üstlenmediği bir sorumluluğu ifa ile yükümlü olurdu. Bu yükümlülük ise teslim yükümlülüğüdür. Vasiyette kabz olmaksızın kabulün hatta vasiyeti reddetmemenin yeterli oluşu aralarındaki mahiyet farkına dayanmaktadır. Ölünün ehliyeti bulunmadığı için kendisi için bir borç (ilzam) oluşmamıştır. Vârisin de bu sebeple bir borç yükümlülüğü bulunmamaktadır; çünkü vasiyet edilen üzerinde mülkiyeti oluşmamıştır. Hibede kabzın gerekli oluşunun diğer bir nedeni teberru ile oluşan mülkiyet zayıf olup bağlayıcı olmayışdır. Hibe edenin (vâhib) mülkiyeti ise güçlüdür. Bu itibarla zayıf bir mülkiyet sebebiyle bağlayıcı olmaz. Bir grup sahabeden merfu ve mevkuf olarak “Hibe ve sadaka kabz edilip korunmadan caiz olmaz” (« لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً مَحُوزَةً ») rivayeti aktarılmıştır. Caiz olmaz ifadesinden kasıt mülkiyettir; çünkü kabz olmayan hibenin cevazı icma ile sabittir.

Hibenin mahiyeti ile ilgili değerlendirmelerden anlaşıldığı üzere Hanefilere göre hibenin rükünü icab ve kabuldür. Rükün kavramını unsur gibi değerlendiren

cumhura göre ise, hibenin rükünleri, hibe eden (vâhiv), lehine hibe yapılan kişi (mevhûb leh), hibe edilen mal veya menfaat (mevhûb) ile siygadır. Mevhûbun teslimi (kabz) ise hibenin hükmü olan mülkiyetin intikalinin sabit olması içindir. Diğer bir ifadeyle kabz, hibenin lüzum şartıdır. Bu, Ebu Hanife, Şafîî ve Sevrî'nin görüşüdür.

Hibe edenin izni olmaksızın hibe meclisinde kabzederse caizdir. Meclis ayrılığından sonra kabz hibe edenin iznine bağlıdır. Kıyasa göre her iki şekilde de izinsiz kabzın caiz olmamasını gerektirirdi. Çünkü bu hibe edenin mülkiyetinde tasarrufta bulunmaktır. Zira kabzdan önce mülkiyet devam etmektedir. İstihsan açısından ise hibe ile temlik kabz kudreti ve izni vermektir. Hibe edilene (mevhûb) icabın zımnında ve icabın iktizası ile izin verilmiş olur. İcab ise meclis ile sınırlıdır/kısıtlıdır. Aynı şekilde onunla sabit olan (kabz) da meclis ile kısıtlı olur. Sadakada durum böyledir.

Mecliste kabzını yasakladığı şey bundan farklıdır. Zımnen sabit olan açık (sarih) olana aykırı (tearuz) olamaz. Veya şöyle deriz; nehy, vazgeçme (rûcu'), kabz kabul gibidir. Hibe eden kabzdan önce rucu' hakkına sahiptir.

Hibe edilen şey vedia, iare, kira ve gasb yoluyla hibe edilenin elindeyse yalnızca hibe ile sahip olur. Çünkü eğer emanet olarak kabzetmişse bu hibeye niyabet eder, daman olarak elindeyse, bu hibeyi kabzdan daha kuvvetlidir. ve daha güçlü olan daha edna olan niyabet eder.

Babanın küçük çocuğuna hibesi mücerret akit ile tamamlanır. Büyük oğluna hibe ederse, o iyali arasında olsa dahi kendisinin kabzetmesi gerekir. Küçük yabancının yaptığı hibeye velisinin, annesinin ve kendisinin kabzı ile malik olur.

7.6. Sıhhat şartları

1. Hibe eden (vâhib) tam ehliyetli olmalıdır. Mali hususlarda tam ehliyet rüşd ile gerçekleşir. Hibe edenin malından mutlak bir eksilme niteliğinde olması sebebiyle temyiz gücene sahip olduğu halde reşit olmayanın hibesi sahih olmaz. Ölümle sonuçlanan hastalık içinde olan kişinin hibesi ise vasiyet konumunda olup yapancıya yaptığı hibe malının 1/3'ü kadarı sahihtir, bu orandan fazla olanı ise varislerin icazetine bağlıdır. Varislere yaptığı hibe ise her halükarda diğer varislerin icazetine bağlıdır.

2. Hibe edilen kişinin (mevhûb leh) ise mülk edinmeye ehliyetli olması yeterlidir. Hibe, mevhûb leh bakımından malvarlığında mutlak artma doğuran kazandırıcı bir hukuki işlemidir. Bu sebeple hibe edilen kişinin tam ehliyetli olması

şartı aranmaz. Hibe edilen kişinin kamil vücup ehliyetine sahip olması yeterlidir. Hayatta olan her insana hibede bulunmak sahih olur, ölüye ise hibe yapılamaz. Anne karnındaki çocuğun vücup ehliyetin nakıs olduğu için kendinse yapılan hibe sahih olmaz. Çünkü kendisi kâmil vücup ehliyetine sahip olmadığı gibi henüz doğum ile bağımsız bir varlığı olmadığı için kanuni temsilcisi de yoktur. Bu cumhur alimlerin görüşüdür. İmam Malik ise cumhurdan ayrılarak cenine hibe edilebileceğini savunmuştur.

3. Hibe edilen (mevhûb) mal olmalıdır. Menfaat hibe olmaz, bedelsiz temlik edilirse ariyet olur. Örneğin bir günlüğüne arasından yararlanma izni veren kişi arabayı ariyet olarak vermiş olur. Deyn (alacak) borçluya veya ondan almak şartı ile başkasına hediye edilebilir.

4. Hibe, hibe edenin (vâhib) mülkü olmalıdır. Sahip olunmayan hibe edilemez.

5. Hibe edilen (mevhûb) hibe anında mevcut, malum ve muayyen olmalıdır. Paylaştırılmayan (taksim edilemeyen) şayi hisseli şeyde hibe caizdir. Paylaştırılabilen şeylerde caiz değildir. Çünkü aktardığımız gibi hibede kabz şarttır, şâyî hisselilerde ise kabz mümkün değildir. Eğer onu tecviz edersek bu, böyle bir sorumluluk altına (lem yeltezim) girmedeği halde hibe edeni taksime mecbur etmek olur, bu ona zarar vermektir. Eksik kabzı mümkün olan taksim edilemeyen şeyde zaruri olarak bununla yetinilir. Taksime zorlama zararı muhayee üzere kalmayı gerektirmez. Muhayee menfaatler hususundadır, onu teberru etmedi. Çünkü hibe aynlarda olur, menfaatlerde değil. (eğer taksim edip teslim ederse caizdir.) çünkü kabz ile şuyu' devam etmez.

Hibe akdi fasit şart ile kurulduğunda şart batıl akit ise sahihtir. Bu sebeple bir hayvan karnındaki yavrusu hariç hibe edilirse, hibe sahih şart batıl olur. Bir hükmün genelinden yapılan istisna ayrı bir unsur olarak dikkate alınabilecek hususlarda olur. Ayrılması mümkün olmayan parçanın ayrı olarak hibe edilemeyeceği gibi, istisna edilenrek bünyesine dahil olduğu bütünün hibe edilmesi de caiz olmaz. Yani anne karnındaki yavru hibe edilemeyeceği gibi, yavru istisna edilerek anne de hibe edilemez. Bu durumlarda fasit şartlar batıl hibe ise sahih olarak kurulmuş olur. Çünkü Hz. Peygamber, أَجَاَزَ الْغُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعَمَّرِ buyurmuştur. Satım akdinde (bey') ise durum farklıdır. Çünkü o fasit şartlarla fasit olur. Çünkü Hz. Peygamber, “şartlı satımı yasaklamıştır” (نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ). Eğer vakfeden kâdînin kendisini azledememesini şart koşmuşsa şart batıldır. Bir cariye azad etmesi, ondan çocuk sahibi olması veya

müdebber yapması şartı ile hibe ederse ya da bir evi o evden bir şeylerin kendisine geri dönmesi veya bir bedelin kendisine verilmesi şartı ile hibe ederse hibe caiz, şart batıldır. Çünkü bu şartlar akdin muktezasına/gereğine aykırıdır. Bu nedenle de fasit şartlardır. Bu şartlar hibeyi batıl kılmaz.

7.7. Hibeden Rücu

Hanefî hukukçular yabancı kişiye yapılan hibeden vazgeçmenin mekruh olmakla birlikte caiz olduğu görüşündedirler. Şafiiler ise hibeden rücu etmeyi caiz görmemişlerdir. Bu görüşlerinde “Çocuğuna hibe eden baba hariç hibe eden kişi hibesinden vazgeçemez” (لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده) hadisine dayanmışlardır. Hanefiler ise görüşleri için “hibe eden onun karşılığında bir şey almadıkça hibesine daha hak sahibidir.” (الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها) hadisini delil getirmişlerdir. Diğer taraftan akdi bağlayıcı hale getirenin ödenen bedel (ıvaz) olduğunu, bir bedel bulunmayan akitlerin ise bu sebeple bağlayıcı olmayacağını ifade etmişlerdir.

Yabancıya yaptığı hibeden dönmesi mekruh olmakla birlikte caizdir. Eğer hibe edilen için bir bedel verilmişse veya hibe edilende ona muttasıl (bitişik) olan bir artma (değer artışı) meydana gelmişse, hibe eden veya edilenden biri ölmüşse ya da hibe edilenin mülkünden çıkmışsa hibeden geri dönüş caiz değildir.

Bedel karşılığı (ıvad) yapılan hibede kabzdan önce hibe hükümleri, kabzdan sonra ise lafız ve manaya riayet için satım (bey') hükümleri gözetilir. Örneğin, bir elbise karşılığında bir gıda maddesi hibe edildiğinde, hibe akdinde olduğu üzere kabzdan önce her iki tarafın akdin konusunu (mevhûb) teslimden kaçınma (imtina') hakkı vardır. Karşılıklı kabz gerçekleştikten sonra ise satım akdi hükümleri geçerli olur. Bunun sonucunda ayıp muhayyerliği ve şuf'a türü satıp akdine özgü hükümler sabit hale gelir. Akdin sonucu olarak her iki taraftan birinin elinde bulunan mala bir hak sahibi çıkarsa, mal vecut ise bedeli, değilse kıymetiyle diğer tarafa rücu edilir.

7.8. Umra Ve Rukba Yoluyla Hibe

Umra, hibe edilen kişinin yaşadığı sürece geçerli olması şartıyla yapılan hibedir. Bu şekilde yapılan hibede vâhip, hibe ettiği kişinin ölmesi halinde hibenin sona ermesini şart koşturmuştur. Hanefî hukukçular, hibe akdinde fasit şartın geçersiz (lağv), akdin ise sahih olduğu şeklindeki yaklaşımlarına uygun olarak bu şekilde yapılan hibeyi sahih, şatı ise batıl saymışlardır. Bunun sonucuda umra yoluyla yapılan

hibede kabz ile birlikte mülkiyetin intikali tamamlanmış olur. Hibe edilen kişi yaşadığı sürece hibe edilenin sahibi olur, ölmesiyle birlikte bu mal varislerine intikal eder.

Rukbâ yoluyla hibe ise, vâhibin önce ölmesi halinde mülkiyetin mevhub lehe intikal etmesi; mevhub lehin önce ölmesi halinde ise mülkiyetin vahibe geri dönmesi şartıyla yapılan hibedir. Bu hibe türünde vâhib, senden önce ölürsem hibe ettiğim şey senindir, sen benden önce ölürse hibe ettiğim bana geri döner diyerek akdi kurar. Ebu Hanife ve Muhammed rukba yoluyla kurulan hibeyi, risk (hatar) ile ta'lik niteliğinde görerek batıl kabul etmişlerdir. Bu fakihlere göre bu şekildeki hibe, mevhub lehe teslim edilirse ariyet niteliğinde olur ve hibe eden dilediği zaman onu geri alabilir. Ebu Yusuf'a göre ise rukba yoluyla kurulan hibe caizdir. Çünkü bu akitte yer alan "evim senindir" gibi lafızlar mülkiyetin intikalinin gerçekleştiğini göstermektedir. Rukba şartı ise fasit olup umra hibesinde olduğu gibi batıldır ve akde tesiri yoktur.

7.9. Hibe-Sadaka İlişkisi

Sadaka teberru olması sebebiyle bütün ahkâmında hibe gibidir. Ayrıldıkları nokta ise sadakada geri dönüş (rücu') hakkının bulunmayışıdır. Bunun sebebi sadakanın sevap kazanmaya dönük bir fiil olması ve işlemin tesisi ile bu amacın gerçekleşmiş olmasıdır. Fakire yapılan hibe sadakadır; çünkü esas amaç sevap kazanmaktır. Aynı şekilde bakmakla yükümlü olduğu kalabalık bir ailesi bulunan zengine sevap amacıyla yapılan tasadduk sadaka sayılır.

الهبة تصح بالإيجاب والقبول، وتتم بالقبض، فإذا قبض الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز، وإن قبض بعد الافتراق لم تصح، إلا أن يأذن له الواهب في القبض. وتنعقد الهبة بقوله: وهبت، ونحلت، وأعطيت، وأطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك، وأعمرتك هذا الشيء، وحملتك على هذه الدابة، إذا نوى بالحملان الهبة. ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوذة مقسومة. وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة. ومن وهب شقصاً مشاعاً فلهبة فاسدة، فإن قسمه وسلمه جاز. ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهنًا في سمس فلهبة فاسدة، فإن طحن وسلم لم يجوز. وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة، وإن لم يجدد فيها قبضاً، وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبةً ملكها الابن بالعقد، فإن وهب له أجنبي هبةً تمت بقبض الأب، وإذا وهب لليتيم هبةً فقبضها له وليه جاز، فإن كان في حجر أمه فقبضها له جائزة، وكذلك إن كان في حجر أجنبي يربيه فقبضه له جائزة. وإن قبض الصبي الهبة بنفسه له جاز. وإن وهب اثنان من واحد داراً جاز، وإن وهب واحد من اثنين داراً لم يصح عند أبي

8. VEDİA AKDİ

8.1. Tanımı ve meşruiyeti

Vedia, terk etmek veya korumak anlamlarına gelen “v-d-a” kökünden türetilmiştir. Bu bağlamda “دع هذا” ifadesi “bunu terk et” anlamına, “الموادعة في الحرب” ifadesi “iki tarafın savaşı bırakması/terk etmesi” anlamına gelir. Hz. Peygamberin yola çıkan kişiye hitaben söylediği “استودع الله دينك و امانتك” (senin dinini ve emanetini Allah’a bırakıyorum” sözü ise “onun korumasını istiyorum” anlamındadır. **Tanımı:** Korumaya ehil bir kişi ile bir malın korunması hususunda yapılan akitir.

8.2. Terimler

Vedia (وديعة): Emanet etme

Mûdi’ (مودع): Emanet veren

Vedî’ (وديع, مستودع): Emaneti alan, bu kelime emanet edilen şey anlamında da kullanılır.

Mûda’ (مودع, مُسْتَوْدَع): Emanet verilen mal

8.3. Mahiyeti ve Kuruluşu

Akitler malı elinde bulunduranın oluşan zararın tazmini ile sorumlu oluşu bakımından iki gruba ayrılır. Malı elinde bulunduranın kasıt ve kusuru olmasa da tazmini gerekli kılan akitlere “daman” akitleri denir. Satım (bey) ve icâre, rehin, kasâme (taksim), sulh, karz (ödünç) akitleri bunun örneğidir. Kasıt ve kusur olmadığında tazmin yükümlülüğü doğurmayan akitlere ise “emanet” akitleri denir. Ariyet, şirket ve konumuz olan vedia akdi bu grubun örnekleridir.

Vedia akdi icâb ve kabul ile kurulur. Tarafların mümeyyiz olmaları kafidir. Vedia akdi lâzım olmadığı için taraflar dilediği zaman akdi feshedebilirler.

İcab ve kabul bazen “sana emanet (vedia) ediyorum/ettim” ve “kabul ediyorum/ettim” şeklinde açık ifadelerle ortaya çıkar kimi zaman ise delalet yoluyla gerçekleşir. Ancak bu şekilde koruma sorumluluğu (koruma hakkı) oluşur.

Yalnızca icâb ile emanet hakkı hususu tamamlanır. Öyle ki malı gasb edilen gasp edene (gâsıb) “onu sana emanet verdim” derse, gâsıp bunu kabul etmese dahi tazmin sorumluluğundan kurtulur. Çünkü malın emanete dönüşümü, başkasını değil, mal sahibini bağlar ve yalnızca ona ait bir hak olarak sabit olur. Emaneti (mûda’) koruma ödevi ise, emanet edilen (vedî’) bakımından oluşan bir sorumluluk olduğu için onun kabulünü gerektirir.

Emanet akdi delalet yolu ile de kurulabilir. Bu bağlamda malın emanet edilenin yanına bir şey söylemeden bırakılması veya “bunu vedia olarak bırakıyorum” şeklinde icapta bulunulduktan sonra diğer tarafın bir şey söylemeden sükut etmesi halinde vedia akdi kurulmuş olur. Bu durumda sükut kabul anlamındadır. Aksi halde emanetin (mûda’) zarar görmesi söz konusu olur.

8.4. Hükmü

Korunmak üzere bırakılan şeyi (mûda’) kabul etmek zorunlu değildir, şartları taşıyan kişinin bunu kabul etmesi müstehabtır. Ancak vedia kabul edilince koruma sorumluluğu emanet edilene (مُودِع) geçer. Bu vedia akdinin hükmü gereği sabit olan bir yükümlülüktür.

Emanet edilen, vediaı bizzat kendisi koruyabileceği gibi, emanet eden (mûdi’) izin vermese dahi ailesinden birileri aracılığıyla da koruyabilir. Çünkü emanet edilen onu kendi malını koruduğu şekilde korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük vediaı muhafaza altına alma (hırz) ve otoritesi altında bulundurma (yed) ile gerçekleşir.

Vedianın muhafaza yeri (hırz), ister mülk ister kira olsun vedî’in evi ve dükkânıdır. Otoritesi adlına bulundurma (yed) ise, kendinsin, karısının, kocasının, cariyesinin, kölesinin, işçisinin (ecir-i has) ve çocukları bakımından ise yetişkin oğlunun elidir.

Vedia akdi ile teslim edilen eşya emanettir, emanet edilenin (vedî’) tecavüz (teaddi) ve kusuru (taksir) olmaksızın vedia telef olursa tazmin ile yükümlülüğü doğmaz. Çünkü eğer tazmini gerekirse kimse emanet almaz. Hz. Peygamber: “Aldatmayan emanet edilenin tazmin sorumluluğu yoktur, aldatmayan ödünç alan

«لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ تَزْمِينُ سَوْمِلُولُوهٖ يَوْكُتُ» بۇيۇرۇدۇ رىۋايەت ئىدىمىش. «غَيْرَ الْمَغْلِ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمَغْلِ ضَمَانٌ»

Vedianın tazmini doğurması emanet bırakılan kişinin teaddi ve taksirinin bulunması şartına bağlıdır. Teaddi, kasıtlı veya verilen talimata ve örfeye aykırı hareket ile zarar vermektir. Taksir ise, haklı bir sebep bulunmaksızın malın korunmasında gösterilen tedbirsizlik, ihmal ve kusurdur. Böyle bir durum söz konusu olmadığında emanet bırakılan kişi (vedî') tazmin ile mükellef olmaz.

Vedî', zaruri bir durum olmadıkça emaneti koruması gereken yer ve koruması için yetkilendirebileceği elde muhafaza etmek durumundadır. Zaruret sebebiyle bunun dışına çıkmışsa zorunlu olduğu ölçüde mazur sayılır. Örneğin evinde çıkan yangından dolayı yanında bulunan emanetleri komşusuna teslim eden vedî', emaneti kendi yanında veya ailesinin yanında koruma yükümlülüğünün dışına çıkmasına rağmen mazur kabul edilir. Bu esnada telef olanlardan dolayı emanetleri tazmin etmesi gerekmez. Ancak yangın sona erdikten sonra emanetleri komşunun yanında tutmaya devam eder ve emanetler telef olursa tazmin etmesi gerekir. Çünkü onu mazur kılan yangın (özür) ortadan kalktığı halde emanetleri yanına almaması nedeniyle kusurludur.

Vedia akdi ile kendisine bir mal koruması için tevdi edilen kişi (vedî') hırsızca emanetin yerini gösterirse, bu davranışı vedia akdinin mahiyetine aykırı olduğu için tazmini gerektirir. Çünkü vedia akdi malın koruması hususunda yapılmıştır, hırsızca göstermek ise emanete hıyanet etmek ya da korumada kusurlu davranmaktır. Vedia sahibi hırsızca biliyorsa malının tazminin hırsızdan isteyebilir. Çünkü hırsız bu haksız fiilin doğrudan failidir (mübaşir) ve herhalükarda tazmin ile sorumludur.

Emanet bırakılanın (vedî') yanında bulunan emanet (vedia) telef olur ve bu durumun vedî'in tecavüz (teaddî) ve kusuru (taksîr) sebebiyle olup olmadığında şüphe bulunursa kesin olarak biline (yakîn) ile hüküm verilir. Bu husustaki yakîn ise, vedia akdinin vedî'in güvenilir oluşu sebebiyle kurulduğu dikkate alınarak vedî'in güvenilir olduğudur. Vedî'in bu sabit vasfı tecavüz ve taksir şüphesiyle ortadan kalkmaz. Bu nedenle de emaneti tazmin etmesi istenmez.

Malını emin bir kişiye vedia olarak verip öldüğümde oğluma teslim et diyen kişi ölür ve emanet edilen (vedî') de malı kişinin oğluna teslim ettikten sonra adamın başka varisleri çıkarsa, vedî' tazmin ile yükümlü olur. Çünkü emanet edilen mal (mûda') adamın ölümüyle bütün varislerin malı olmuştur. Bu nedenle emanet edenin (mûdi') varislerden birine malın verilmesi emri hükümsüz (batıl)dır.

9. ÂRİYET AKDİ

9.1. Tanımı

Âriyet, “اعار” fiilinden türetilmiş isimdir. “اعار” fiili dolaşma/tedâvül ve nöbetleşe olma anlamına gelir. Akdi yapanların sırayla maldan yararlanmaları sebebiyle bu adı aldığı ifade edilmiştir. Akdin adıyla ilgili diğer iddia ise “العريّة” kelimelerinden alındığı şeklindedir. “إعارة” mastarı “ödünç verme” anlamına gelir.

Hanefî ve Maliki hukukçular âriyeti, “menfaatin bedelsiz olarak temlik” şeklinde tanımlamışlardır. Şâfiî ve Hanbeliler ise ariyeti, ariyeti, menfaatin temlik oluşmaksızın bir ayndan yalnızca yararlanma (intifa) hakkı sağlayan akit olarak tanımlamışlardır. Hukuk ekolleri arasındaki bu tartışmayı dikkate alarak

ariyeti, şöyle tanımlamak mümkündür: Tüketilerek yararlanılmayan bir malın (ayn) menfaatinin bedelsiz olarak temlik veya intifaı hakkını doğuracak şekilde naklini sağlayan akittir.

9.2. Meşruiyeti:

Kur'an iyilik ve takva hususunda yardımlaşmayı (el-Mâide, 5/2) emretmiş ve insanların ihtiyaç duydukları şeyleri onlardan sakınmayı kınamıştır. (el-Mâûn, 107/7). Hz. Peygamber, “kul kardeşine yardımcı olduğu sürece Allah da onun yardımcısıdır”

الْعَارِيَّةُ وَهِيَ هَبَةُ الْمَنَافِعِ، وَلَا تَكُونُ إِلَّا فِيْمَا يُنْتَفَعُ بِهِ
مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ وَهِيَ أَمَانَةٌ

وَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَهَا إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ
الْمُسْتَعْمِلِينَ، وَلَيْسَ لَهُ إِجَارَتُهَا؛ فَإِنْ آجَرَهَا، فَهَلَكَتْ
- ضَمِنَ. وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُسْتَعِيرَ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى
الْمُسْتَأْجِرِ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ فَإِنْ قَبِلَهَا بِوَقْتٍ أَوْ
مَنْفَعَةٍ أَوْ مَكَانٍ ضَمِنَ بِالْمُخَالَفَةِ إِلَّا إِلَى خَيْرٍ، وَعِنْدَ
الْإِطْلَاقِ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ مَنْفَعَتِهَا مَا شَاءَ
مَا لَمْ يُطَالِبْهُ بِالرَّدِّ.

وَلَوْ أَعَارَ أَرْضَهُ لِلْبِنَاءِ وَالْعَرْسِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ
قَلْعَهُمَا، وَإِنْ وَقَّتَ وَأَخَذَهَا قَبْلَ الْوَقْتِ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ،
وَيَضْمَنُ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيَمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ. وَلِلْمُسْتَعِيرِ قَلْعُهُ إِلَّا
أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بِالْأَرْضِ، فَإِنْ قَلْعَهُمَا فَلَا
ضَمَانَ، فَإِنْ أَعَارَهَا لِلزَّرَاعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا قَبْلَ
حَصْدِهِ وَإِنْ لَمْ يُوقَّتْ

. وَأَجْرُهُ رَدُّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ عَلَى
الْآجِرِ. وَإِذَا رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى اصْطَبْلِ مَالِكِهَا بَرِيءٌ، وَكَذَا
رَدُّ الثَّوْبِ إِلَى دَارِهِ، وَمَعَ مَنْ فِي عِيَالِهِ أَوْ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ
الْخَاصَّ بَرِيءٌ.

sözleriyle yardımlaşmayı özendirmiş ve Safvân'dan ödünç aldığı zırh örneğinde olduğu gibi ariyet mal almıştır.

9.3. Terimler:

Âriyet, muâr, müsteâr (العارية) : Ödünç verilen mal

Muâr (المعير) Ödünç mal veren

Müsteâr (المستعير) Ödünç malı alan

İstiâre (الاستعارة) Ödünç isteme

9.4. Mahiyeti

Yukarıda yaptığımız tanımdan da anlaşılacağı üzere, ariyetin bir temlik akdi mi yoksa intifa hakkı veren bir ibaha mı olduğu hakkında hukuk ekolleri arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefî ve Maliki ekolleri ariyet akdinin kurulması ile müsteâr ödünç aldığı aynın menfaatine malik olur. Bu yönü ile ariyet akdi icareye benzer ve mefaatin temlik niteliğindedir.

Hanefî hukukçulara göre, menfaat, bedelsiz olarak temlik edildiği için ariyet akdi menfaatin hibesidir. Ariyet akdiyle menfaat mülkiyetinin müsteâre geçtiğini kabul etmenin en önemli sonucu, bu mülkiyete sahip olanın bir başkasına ariyet malı ödünç verme hakkına sahip olduğunun kabul edilmesidir. Hanefî hukukçular arasında Kerhî gibi farklı görüş ortaya koyanlar olsa da hakim görüş, müsteârin ödünç verme hakkının olduğu şeklindedir. Âriyetin yalnızca bir intifa hakkı olduğunu kabul eden Kerhî ile Şâfiî ve Hanbelî hukukçular müsteârin ödünç verme hakkını kabul etmezler.

Âriyet, yararlanma ile aynı (maddi varlığı) tükenmeyen elbise, ev, hayvan vb. şeyler hakkında kurulabilen bir akittir. Bu bakımdan tüketilerek yararlanılan şeyleri ariyet (ödünç) vermek mümkün olmaz. Bu tür malların bedelsiz olarak verilmesi halinde kendisini iade etme imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda mislinin verilmesi lazım gelir. Aslının tüketilerek mislinin verilmesini gerektiren akde borç verme yani karz akdi adı verilmektedir.

Îâreyi menfaatin temlik olarak gören Hanefiler, ödünç alınan malın müsteâr tarafından kiraya verilmesini caiz görmezler. Bunun sebebi icâre akdinde sürenin bağlayıcı olmasına karşılık âriyet akdinde bağlayıcı olmamasıdır. Âriyeti bir temlik akdi olarak gören Mâlikiler ise, müsteârin, belirli bir süre için ödünç aldığı malı, aksi şart koşulmamışsa, kiraya vermesini caiz görmüşlerdir.

9.5. Akdin Kuruluşu

Hanefilere göre âriyet akdinin rûknü, diğer akitlerde olduğu üzere, icab ve kabuldür. İcab ve kabul, sarîh şekilde olabileceği gibi delalet yolu ile de olabilir. Diğer hukuk ekollerine göre ise âriyet akdinin unsurları, ödünç veren (muîr), ödünç alan (musteîr), ödünç mal (müsteâr) ve siğadır.

Bütün mezhepler âriyet akdinin sahih olması için **muîrin** akıllı olması gerektiğini kabul etmişlerdir. Hafiler dışındaki mezhepler ayrıca muîrin baliğ ve reşît olmasını şart koşmuşlardır. Buna göre âriyet akdinin kurulabilmesi için muîrin teberruya ehil olması, yani tam eda ehliyetine sahip olması gerekir. Çünkü âriyet menfaatin bağışlanmasıdır. Hanefiler ise, muîrin baliğ ve reşît olmasını şart koşmamışlardır. (Mecelle, md. 809). Buna göre ehliyeti nakıs olan mümeyyiz küçükler kanunî temsilcilerinin izin ve icazetiyle âriyet alıp verebilirler.

Müsteîrin ise, icab ve kabulü içeren bir akit ile kendisine teberruda bulunmaya ehil olması gerekir. Buna göre âriyet alanın, tamamen lehte olan tasarrufları sahih olan nakıs eda ehliyetine sahip bir kişi olması yeterlidir. Yaklaşım farklılığının esasını, âriyet akdinin, yalnızca menfaatin geçici olarak temlikini gerektiren bir akit olması oluşturmaktadır. Hanefiler bu tespitten hareketle âriyeti, ariyet verene mutlak zarar veren bir hukuki tasarruf olarak görmemiş, kar ve zarar ihtimali bulunan satım akdi gibi görmüşlerdir. Bu sebeple nakıs eda ehliyetine sahip kişilerin kanuni temsilcilerinin izin ve icazeti ile yaptıkları tasarrufları geçerli saymışlardır.

Akdini konusu malın (müsteâr) ise, fiziki varlığı (ayn) tükenmeden yararlanılabilen bir mal olması gerekir. Bu özelliği bulunmayan yiyecek ve para türü malların âriyet verilmesi caiz olmaz. Burada dikkat edilecek husus, akit ile kazanılan maldan yararlan hakkının onu tüketmeyi gerektirip gerektirmeyeceğidir. Bu sebeple düğünde takıp geri vermek üzere alınan bilezik âriyet olarak alınmış, satıp bir ihtiyacını karşılamak ve daha sonra mislini geri ödemek üzere alınan bilezik ise borç (karz) olarak alınmış olur. Âriyet akdinin konusu malın taşınması gereken ikinci şart ise, mübah bir menfaat olmasıdır.

Akdin dördüncü unsuru olan siğâ irade beyanı olup Hanefiler, hakiki veya mecazi olarak menfaatin temlik anlamına gelen herhangi bir lafızla akdin kurulacağını kabul etmişlerdir. Şâfiler ise bir tarafın ariyet verme veya alma

şeklindeki sözü ve diğer tarafın kabulü gösteren fiili ile akdin kurulmuş olduğunu kabul ederler.

Akdin kuruluşunun tamamlanması için ödünç malın müsteîr tarafından teslim alınması (kabz) şarttır. (Mecelle, md. 810) Bu şart teberru akitlerinin ortak şartıdır.

Akdin kuruluşu için âriyet verenin (muîr) ödünç malın ayn (rakabe) mülkiyetine sahip olması şart değildir, menfaat mülkiyetine sahip olması yeterlidir. Buna göre vasiyet veya vakıf yolu ile de olsa kullanılarak yararlanılan bir malın menfaatine sahip olan onu âriyet verebilir.

9.6. Hükümü

Âriyet akdinin sonucu (hükümü) menfaatin bedelsiz olarak süreli olarak temlikidir. Âriyet, müsteîr tarafından kabz edilince bu hüküm kesinleşir. Âriyet bir teberru akdi olduğu için âriyet verenin her zaman vazgeçme hakkı vardır. Bu bakımdan âriyet bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzım) bir akittir. Âriyet mal müsteîrin elinde emanet hükümlerine tabidir. Yetki aşımı (teaddi) olması hali dışında tazmin sorumluluğu yoktur. Tazmin şartı ile verilmiş olsa müsteîrin teaddisi yoksa tazmin ile sorumlu olmaz.

Ariyet akdi mutlak veya mukayyet olarak kurulabilir. Bir ariyet akdi vakit ve yararlanma şekli bakımından kayıtlanmamışsa mutlak ariyet olur. Böyle bir ariyet akdi müstîre meşru yararlanma şekillerinin tamamıyla yararlanma hakkı verir. Örneğin mutlak ariyet ile bir araç ödünç alan kişi bu aracı dilediği gibi kullanır. Ancak bu mutlak hak, kullanım zamanı ve şekli bakımından örf ile sınırlandırılmıştır. Bir eşyayı mutlak ariyet akdi ile ödünç alan kişi bunu ya kendisi kullanır veya başkasına kullandırır. Kendisi kullanmışsa başkasına kullandırma hakkı yoktur.

Bir ariyet akdi, vakit veya yararlanma şekli bakımından sınırlandırılmışsa mukayyed ariyet olur. Mukayyet âriyet akdi, bazen yalnızca vakit, bazen yalnızca yararlanma şekli, bazen her ikisi bakımından kayıtlanmış olabilir. Ariyet akdinde ileri sürülen bu şartlara uymak zorunludur. Bu şartlara uymamak teaddi kabul edilir ve müsteîri tazmin ile sorumlu kılar. Ancak kullanma şekli farklılık doğurmayan tasarrufları teaddi sayılmaz. Örneğin bir binek ve yük hayvanını kendisi kullanmak için ödünç alan kişi ancak kendisi binebilir. Başkasının binmesi için ödünç veremez. Bunun sebebi binicilerin sürüş şeklinin farklı oluşudur. Ancak bu hayvanı başkasına yük taşıması için ödünç vermesi teaddi sayılmaz. Çünkü yük taşımada yararlanma farklılığı oluşmaz. Zaman ile takyid edilmiş bir ariyet akdinde akit bu zamanla kayıtlı

olarak kurulur ve bu zaman içerisinde yararlanma hakkı verir. Bu zamanın sona ermesinden sonra akit sona erdiği için ariyet emanet hükümleri kapsamından çıkar ve gasp hükümleri çerçevesinde işlem görür. Buna göre ariyet süresi bittikten sonra ariyet malda yararlanma sebebiyle veya elinde tuttuğu ödünçte kendiliğinden bir zarar meydana gelirse tazmin edilmesi gerekir. Süresi belirlenmiş bir ariyet akdinde ariyet verenin süreden önce rüçû hakkı vardır. Ancak diyânî hüküm bakımından mekruhtur.

Hanefilere göre müsteîn iareyi kiraya vermesi (îcar) yetki aşımı (teaddi)dir. Kiraya verilen ödünç mal telef olursa müsteîn tazmin yükümlülüğü doğar. Çünkü başkasının malından izni olmadan tasarrufta bulunmuş ve “gâsıb” olmuştur.

Ariyet akdinin bağlayıcı (lâzım) bir akit olmayışının sonucu olarak bina inşası, ağaç dikimi veya ziraat için verilen bir arazi ödöncünde de rüçû etmek caizdir. Âriyet veren ödöncünü geri istediğinde (rüçû) müsteîn başkasının mülkünü işgal etmiş bir kişi konuma düşer. Bu sebeple araziye boşaltması gerekir. Mutlak âriyet olması halinde caiz olan rüçû, akdin mukayyet olması zamanından önce muîrin rücusu sebebiyle mekruh olur. Böyle bir durumda ariyet alanın belirli şartlarla tazminat hakkı vardır (Mecelle, md. 831). Buna göre muîr, kararlaştırılan vakitten önce vazgeçtiği ariyet akdinde arazi üzerinde yapılan binanın veya ağacın kıymetini vererek sahip olabilir. Müsteîn ise kendi mülkü olduğu için binayı veya ağacı sökme hakkına sahiptir. Ancak eğer söküm toprağa büyük bir zarar veriyorsa ödünç verene (muîr) seçme hakkı tanınır. Çünkü asıl olan toprak ona aittir ve asıl tâbi olana üstün tutulur. Eğer sökerse müsteîre tazmin etmesi gerekmez. Ziraat için ödünç verilen arazide hasat gerçekleşmeden belirlenen süre sona erdiğinde ise muîr, ariyet alandan arazisini boşaltmasını talep edemez. Ariyet süresinin dolmasından sonraki zamanda arazi ücret karşılığında müsteîrin elinde kalır. Bu şekilde her iki tarafın hakkı korunmuş olur. Bu farklılığın sebebi ekinin, ağaç ve binadan farklı olarak kısa bir süreli olmasıdır. Ağaç ve evin ise sonu yoktur, bu nedenle de ödünç verenin zararını defetmek için sökölürler.

Yararlanma süresi boyunca âriyet malın yem ve yakıt gibi masrafları müsteîre aittir. Şafîî ve Hanbelilere göre ise kullanım esnasında gerekli olan masraflar ödünç verene (muîr) aittir. Ariyetin iade masrafları, onu yararlanmak için teslim alan ödünç alana (müsteîn) aittir. Çünkü gerekli olan bu masraf, ödöncü teslim teslim alıp yararlanacağı mekana taşınmasıyla oluşmuştur.

Ödünç veren (muîr) ile ödünç alan (müsteîn) akdin vakti, menfaatin mahiyeti, yeri ve şekli bakımından ihtilaf ederlerse, tarafların iddialarını ispatlayacak bir delil ortaya koymamaları halinde, söz yemin ile birlikte ödünç verenin (muîr)dir. Çünkü

yararlanmayı haklı kılan izin ondan sadır olmuştur. Bu durumda ariyetin süresi, onun ikrar ettiği kadardır. Ödünç alanın (müsteîr), ödünç verenin ikrar ettiğinden fazlasını izinsiz kullandığına ve tazmin etmesi gerektiğine hükmedilir.

10. VEKÂLET AKDİ

10.1. Tanımı ve meşruiyeti

“v-k-l” fiilinden türetilmiş bir isim olan vekâlet, güvenmek ve yetkilendirmek (tefvîd) anlamına gelir. Fıkhi bir terim olarak ise, “koruma ve hukuki işlem kurmaya (tasarruf) vekili yetkilendirmek” veya “belirli bir hukuki işlemde başkasını kendi yerine koymak” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlar kavramın sözlük anlamına yakındır. Malikilerden İbn Arafe vekâleti, “Velayet yetkisine sahip olmadan bir hak sahibini (bizzat ifası gereken) ibadetler dışındaki bir hususta, ölümüne bağlı olması şart koşulmadan temsil etmektir.” şeklinde tanımlamaktadır. Vekâlet verme ise, bir kişinin bizzat kurmasına hukuken bir engel olmayan bir işlemi hayatta iken tesis etmesi için başkasını yetkilendirmesidir. Bu bilgiler ışığında vekâleti şöyle tanımlamak mümkündür: Vekâlet, vekilin müvekkile ait bir iş ve hizmeti, hedeflenen sonucun gerçekleşme sorumluluğunu üstlenmeden yapma edimi ile borçlanması sonucunu doğuran akittir.

Vekâlet, kitap, sünnet ve icma ile sabit bir akittir. Fakihler, Nisâ, 4/6 ayetinde yetimler; Bakara 2/282. ayette sefih, zayıf ve yazma bilmeyenler hususunda velilere yetki tanınmış olmasını, “öncelik” (bi'l-evla) kaidesine göre değerlendirmiş ve kişinin malı hakkında tasarrufta bulunmak üzere başkasını yetkilendirmesinin öncelikle caiz olduğu sonucuna varmışlardır. Kehf ashabının ortak oldukları bir parayı kendilerine yiyecek almak üzere içlerinden birine verip şehre göndermeleri ise vekâletin şer'u men kablena türünden delilidir. Yine Hz. Yusuf'un Mısır azizine söylediği “Beni hazinelerin üzerine yetkili kıl, muhakkak ben bilgili bir koruyucuyum” (اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْكُمْ) ifadesi “beni hazinelere vekil kıl” şeklinde tefsir edilmiştir. Aile birliğini korumak için tarafların ailelerinden bir hakem tayin edilmesini emreden Nisa, 4/35. ayette (فَاتَّبِعُوا حُكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحُكْمًا مِنْ أَهْلِهَا) yer alan hakem kelimesi, vekil olarak anlaşılmıştır.

Vekâletin caiz oluşu hakkında Hz. Peygamber'in tatbikat örnekleri de bulunmaktadır. Hz. Peygamber'in bir rivayette Urve el-Barikî'yi diğer bir rivayette Hakîm b. Hizâm'ı satın almaya vekil kıldığı, Amr b. Ümeyye ed-Damrî'yi nikâh

hususunda vekil tayin ettiği nakledilmiştir. Ayrıca Hz. Peygamber çağından günümüze kadar itiraz edilmeksizin insanlar arası ilişkilerde vekâlete yer verilmiş olması, vekâletin cevazı üzerinde ortak bir uzlaşının bulunduğunu göstermektedir.

10.2. Mahiyeti

Akit ehliyetine sahip kişiler ihtiyaç duydukları akitleri kendileri kurabilirler. Bu sebeple vekâlet akdi, aksi fesadı doğuracak şekilde din ve dünya yararlarını tedarik etmek için meşru kılınan “darûriyât” türü bir maksada yönelik değildir. Bu akit, zorluğu kaldırmak ve genişlik sağlamak üzere meşru kılınmış haciyat düzeyindeki maksat ve maslahatlara ilişkindir. Herhangi bir sebeple bir akde bizzat taraf olamayan veya olmayan akit ehliyetine sahip bir kişi, başka bir kişiyi kendisini temsil etmesi için yetkilendirir. Bu özelliği ile vekâlet ihtiyari (ittifaki) bir hukuki temsildir. Vekâletin çerçevesini çizen ana cümle İslam hukukçuları tarafından “bir kişinin bizzat kurabileceği her akde başkasını vekil kılması caizdir” şeklinde ifade edilmiştir.

Vekâlet akdinde vekil, doğacak riski üstlenmeksizin bir iş ve hizmeti vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun olarak yerine getirme yükümlülüğü altına girer. Ancak bu yükümlülük, vekâlet akdinin her iki taraf bakımından bağlayıcı olmayışı (gayr-i لازم) sebebiyle zorunlu bir nitelikte değildir. Her iki tarafın akdi tek taraflı feshe yetkili olması vekâlet ile vekilin ücrete hak sahibi olmaması sebebiyledir. Bu tür vekalet teberru niteliğindedir. Vekâlet akdi ücret karşılığı da kurulabilir. Ücretin akit esnasında şart kılınmasıyla vekil ücrete hak sahibi olur. Bu durumda ise vekâlet akdi icare akdine döner ve bağlayıcı (lâzım) bir akit olur.

10.3 Kuruluşu

Hanefî fakihlere göre vekâlet akdinin rüknü icab ve kabulden ibarettir. Diğer hukuk ekollerine akdin unsurları icab-kabul, taraflar ve akdin konusundan oluşmaktadır. Vekâlet akdi özelinde bu unsurlar müvekkil, vekil ve vekâletin konusu (mevkûl fih/bih) den oluşmaktadır.

Müvekkil: Vekâlet akdinin taraflarından olan müvekkilin vekâletin konusu üzerinde tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olması gerekir. Bu husus fıkıh ekolleri arasında ittifak edilen bir noktadır. Tam ehliyetsiz oldukları için gayrimümeyyiz küçük ile akıl hastası (mecnûn) vekâlet vermeye ehil değildir. Mümeyyiz küçük ve bu hükümde değerlendirilenler ise, hibe ve sadaka gibi mutlak olarak kendisi için zarar

sayılan akitleri kurmak üzere velisi izin verse dahi vekil tayin edemez. Mutlak olarak yararına olan işler için verdiği vekâlet yetkisi mutlak olarak; yarar veya zararına olabilecek hususlardaki vekâleti ise velinin izin ya da icazeti ile kurulur. (Mecelle, md.1457)

Vekil: Hanefi hukukçulara göre vekilin, akıllı ve temyiz kudretini haiz olması yeterlidir, baliğ ve reşit olma şartı da yoktur. Mümeyyiz küçüğün vekil olarak tayini halinde kurduğu akdin bağlı hükümleri (hukûk/tevâbii) müvekkiline aittir. (Mecelle, md.1458). Diğer mezheplere göre vekilin yetkilendirildiği tasarruflardan men edilmemiş olması gerekir. Yani yetki verilen tasarrufları bizzat kurmaya ehil olması gerekir. Bu şekilde vekil ile müvekkil için aynı şartlar aranmış olmaktadır. Hanefiler ise baliğ olma şartını aramadıkları için temyiz kudretine sahip küçüğün vekil tayin edemeyeceği bir hususta vekil kılınabileceğini kabul etmişlerdir. Buna göre Hanefilere göre mümeyyiz çocuk hibe ve sadaka gibi vekil tayin edemeyeceği hususlarda vekil olarak görev yapabilir. Hanefi mezhebinde vekilin erkek, hür ve Müslüman olma şartı yoktur. Ancak Hac ve kurban gibi ibadetlerin vekâletinde bu ibadetlerin özel şartlarının dikkate alınması gerekir.

Mevkûl bih: Vekâletin sahih olarak kurulabilmesi için konusunun belirli olması da zorunludur. Vekâletin konusunda fahiş cehalet bulunursa akit sahih olmaz. Vekâlet bakımından fahiş cehalet akdin konusunun cinsinin bilinmemesidir. Örneğin bana bir hayvan satın al diyerek vekâlet verilmiş olsa fahiş cehalet bulunduğu için akit sahih olmaz. Vekâlet yolu ile alınacak hayvanın bedeli (semen) belirtilmiş olsa da akit sahih olmaz. Çünkü vekil, vekil olduğu şeyi aralarındaki fahiş farktan dolayı yerine getiremez. Basit (yesir) cehalet ise vekalet akdine zarar vermez. Bu tür cehalet vekaletin konusunun cinsinin belirli olmasına rağmen nev'i ve sıfatının bilinmemesidir. Örneğin at almaya vekil kılınan kişinin atın nev'ini ve sıfatını bilmemesidir. Basit cehalette semen belirlenmemiş olsa dahi akit sahihtir. Çünkü vekil, müvekkilin haline göre satın alınacak malın nev'i ve sıfatını belirleyebileyerek görevini ifa edebilir. Vekaletteki cehalet fahiş cehalet ile basit (yesir) cehalet arasında yer alan bir düzeyde de bulunabilir. Bunun örneği, bir kişinin bir ev satın almaya vekil kılınmasıdır. Bu tür vekâlette bedel belirlenmişse vekâlet sahih, belirlenmemişse sahih değildir. Bedel belirlenmişse cinsi malum, nev'i meçhul vekâlet düzeyinde değerlendirilir. Bedel belirlenmemişse cinsi de meçhul kalmış bir vekâlet kabul niteliğinde sayıldığı için sahih olmaz. Çünkü insanların bu hususlarda zevkleri farklı olduğu gibi ev fiyatları arasında fahiş farklılık bulunmaktadır.

Vekâlet akdinin konusunun tasarrufu şer'an caiz bir hususta olması gerekir. Bu sebeple, adam öldürme, gasp, hırsızlık gibi bir hususta vekâlet caiz olmaz. Satım, icare, sarf, ariyet, karz, rehin, şirket gibi bütün meşru akitlerde vekâlet caizdir. İbadetlerde niyet ve şahsi ifa esastır. Bu sebeple bedeni ibadetlerde niyabet caiz değildir. Mali ibadet ve kefaretlerde mükellefin niyeti şart olmakla birlikte vekâlet yolu ifa ifası sahihtir.

10.4. Çeşitleri

10.4.1. Kuruluş Şekli Bakımından Vekâlet Çeşitleri

10.4.1.1. Ta'liki Şarta Bağlanan Vekâlet:

Bir vekâlet akdinin kuruluşunun henüz meydana gelmemiş bir şarta bağlanmasıdır. Örneğin kendisine karşı henüz dava açılmamış bir kişinin bir avukata “bana dava açılırsa vekilim sensin” şeklinde icapta bulunması ve avukatın bunu kabul etmesi şeklindeki vekâlettir. Falan tüccar geldiğinde filan aracımı ona satman üzere seni vekil kıldım şeklindeki vekâlet akdi de muallaktır. Vekâlet ta'liki şartı kabul ettiği için bu şart oluştuğundan vekâlet akdi de kurulmuş olur.

10.4.1.2. İzafi Şarta Bağlanan Vekâlet:

Vekâlet akdinin yürürlüğünün ileri bir zamana bağlanmasıdır. Nisan ayı geldiğinde hayvanlarımı satmaya seni vekil ediyorum diyerek kendisiyle vekâlet akdi yapılan bir kişi nisan ayı geldiğinde bu hayvanları vekâleten satmaya yetkili olur. Bu ay gelmeden satma yetkisine sahip olmaz. (Mecelle, md. 1456)

10.4.1.3. Mukayyed Vekâlet

Vekâletin belirli bir şart ile kurulmasıdır. Bir malı belirli bir fiyata satmaya vekil kılmak gibi

10.4.1.4. Mutlak Vekâlet

bir vekâlet akdinin herhangi bir ta'liki, takyidi ve izafî şarta bağlanmadan kurulmasıdır. Bu durumda akdi kuruluşunun kendisine bağlandığı bir şart bulunmaz. Yürürlüğü gelecek bir zamandan başlatılmaz ve vekilin vekâletin konusu üzerindeki tasarrufu ilave bir şart ile sınırlandırılmaz. (Mecelle, md. 1456)

10.4.2. Kapsamı bakımından vekâlet

10.4.2.1. Umumi Vekâlet

Bir konu belirtilmeden bütün hukuki tasarruflarda bir şahsı yetkilendirmeye umumi vekalet adı verilir. Bu durumda vekil teberru niteliği taşımayan her hususta müvekkili adına işlem tesis eder. Vakıf, hibe, sadaka gibi teberru, boşama gibi tamamen şahsi bir hususta ise tasarrufta bulunamaz.

10.4.2.2. Hususi Vekâlet:

Belirli bir konu için verilen vekalettir. Örneğin, belirli bir arabanın, evin, dükânın kiraya verilmesi veya satılması hususunda verilen vekalet hususi vekalettir. Buna göre belirli bir davada kendisini savunmak üzere yetki vermek şeklindeki “dava vekâleti” (الوكالة بالخومة) hususui vekalettir. Bir borcun îfâsı, bir alacağın talebi (istîfâ) veya alım-satım için verilen vekalet hususi vekalettir. Bu tür vekil, vekalet edilen konunun dışında müvekkil adına bir hukuki işlem tesis edemez. Eğer tesis ederse yetkisiz temsilci (fuzuli) olur.

10.5. Hükümü

Vekâletin hükümü, temsile elverişli bütün mali olan ve olmayan hususlarda caiz olmasıdır. Vekalet akdinin kurulması ile vekil müvekkil adına vekaletin konusu üzerinde tasarruf hakkında sahip olur. Müvekkil vekilin tasarruflarını bazı kayıtlarla sınırlamışsa vekil bu sınırlara uymak zorundadır. Bunun dışında vekil vekalet verilen konuda vekil atama dışında yetkilidir. Ancak müvekkil vekil atama yetkisi verirse veya “görüşünle hareket et” şeklinde umumi vekalet verirse vekil atayabilir. Bu durumda atana vekil müvekkilin vekili olur. Onu tayan vekil azletme yetikisine sahip olmaz. Birinci vekilin izinsiz olarak atadığı vekil fuzuli konumundadır. İcazet verirse kurmuş olduğu hukuki işlemler yürürlük kazanır, vermezse batıl olur.

Vekilin vekil olduğunu söylemeksizin kendi adına kurabildiği satım/satın alma ve kira akdi gibi işlemlerin sonucunda doğan malın teslimi, bedelin kabzı, ayıp muhayyerliği gibi akde bağlı (tevâbi’/hukûk) hak ve ödevleri ifa etmekle yükümlü olur. Bunun sebebi vekil bu işlemleri yürütürken akdi kuran taraf (âkid) konumunda olmasıdır. Bu tür konularda vekil akdi kurarken müvekkil adına işlemi yürüttüğünü beyan etmek zorunda değildir. Bu hüküm Hanefilere göredir, Şafii’ye göre bu akitlerin bağlı hükümleri (hukûk) müvekkile aittir. Ona göre bağlı hükümler (hukûk) akdin hükmüne tabidir, bu hüküm de mülkiyettir. Mülkiyet müvekkil ile ilişkili olduğuna göre tevâbi’ de ona aittir. Nikâh, muhâlaa, amden öldürme suçunun sulh

bedelinin tespiti gibi hususlarda ise, vekil adına işlem yürüttüğü müvekkili belirtmek zorundadır. Çünkü bu hususlar mal ile ilgili değildir. Akdin diğer tarafına zarar verebilecek sonuçlar doğurmaya uygundur. Vekil bu tür bir akit kurduğunda akdin hak ve ödevlerinin takibi müvekkile ait olur. Bu tür akitlerde vekil, resul (elçi) konumundadır. Hibe, sadaka, ariyet, vedia, rehin, karz akilerindeki vekil de resul hükmündedir. Yani müvekkili adına verilen görevi elçilik yapmak suretiyle ifa etmektedir. Resul sıfatıyla yapılan bütün işlemlerde akdin bağlı hükümleri (hukûk) müvekkile ait olur. (Mecelle, md. 1462)

Vekil vekâlet yetkisini kullanırken emin konumundadır. Alım-satım veya kabz sonucu vekilin elinde bulunan mal vedia hükmündedir. Bu sebeple teaddi ve taksiri olmadan telef olduğunda tazmin sorumluluğu yoktur. Resul olarak yerine getirdiği görev sonucunda resulün elinde bulunan mal da vedia hükümlerine tabidir. (Mecelle, md. 1463)

Vekilin eli müvekkilin eli gibidir. Bu sebeple şayet vekil olarak satın aldığı mal müvekkile teslim etmeden elinde telef olursa müvekkilin malından telef olur. Satın alma vekili ödemeyi kendi malından yapmışsa müvekkile rücu edebilir ve ödediğini almak için malı hapsedebilir. Hapsettiği bu mal telef olursa Ebu Yusuf'a göre rehin hükümlerine tabi olarak tazmin eder, Ebu Hanife ve Şeybanî'ye göre ise mebi'in tazmini hükümlerine tabidir.

Müvekkil iki kişiye birden vekalet verse bu kişilerin birinin tek başına tasarrufta bulunması yani vekaleti ifa etmesi sahih olmaz. Bu hükümden borcun ve vedianın teslimi veya bir davada vekalet gibi akitler istisna edilmiştir. Bunlarda tek bir vekilin vekaleti ifa etmesi caiz olur.

Ebu Hanife'ye göre, satma vekilinin malı kendisine, usûl, fûrû veya eşine satması; satın alma vekilinin kendi malını veya usûl, fûrû ya da eşine ait bir malı satın alması şahsi maslahatını gözettiği töhmeti sebebiyle caiz değildir. Ebu Yusuf ve Muhammd'e göre vekalet umumi ve mülkler birbirinden ayrı olduğu için emsal kıymet ile olması şartıyla bu işlemler caizdir.

10.6. Vekâletin sona ermesi

1. Vekalet vekilin çekilmesi veya müvekkilin azletmesi ile sona erer. Vekâletin bu şekilde son ermesi başkasının hakkı ile ilişkililenmemiş olması şartına bağlıdır. Örneğin seyahate çıkmak isteyen borçluda bulunan alacağını güvencelemek isteyen alacaklının talebi ile atanan vekil borç ödemediği veya alacaklı borcu ifa

edeceği mahalle dönmeden azledilemez. Çünkü müvekkilin vekilini azletmesi başkasının hakkının iptal edilmesine yol açmaktadır. Vekalet müvekkilin azli ile sona erdiğinde vekilin bilgilendirilmesi gerekir. Azledildiği bilgisi kendisine ulaşınca kadar vekilin vekaleti devam eder.

2. Süreli olan vekalet sürenin sona ermesi, bir işin veya işlemin yerine getirilmesine bağlı vekalet ise işin veya işlemin yapılması ile sona erer.

3. Müvekkilin veya vekilin hakiki veya hükmü ölümü ile vekalet sona erer. Hükmi ölüm, irtidat ederek darulharbe iltihak etmesinin mahkeme kararı ile tescil edilmesi veya mefkud olup ölümüne mahkemenin karar vermesiyle sabit olur.

4. Müvekkil veya vekilin vekâlet için gereken ehliyetlerini kaybetmeleri halinde vekalet sona erer. Örneğin müvekkilin delirmesi (cünûn) gibi.

5. Vekalet ortaklıktan kaynaklanıyorsa ortaklığın sona ermesiyle vekalet sona erer.

6. Müvekkilin vekalet verdiği işi kendisinin yerine getirmesi ile vekalet sona erer (batıl olur).

كِتَابُ الْوَكَاةِ وَلَا تَصِحُّ حَتَّى يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلَزُمُهُ الْأَحْكَامُ،
وَالْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْعَقْدَ وَيَقْصِدُهُ، وَكُلُّ عَقْدٍ جَارٍ أَنْ يَعْقِدَهُ بِنَفْسِهِ جَارٍ أَنْ يُوَكَّلَ
بِهِ، فَيَجُوزُ بِالْخُصُومَةِ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ وَإِبْقَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا إِلَّا اخْتِذَ (س) وَالْقِصَاصَ
فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهَا مَعَ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ، وَلَا يَجُوزُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَاءِ الْخُصْمِ، إِلَّا أَنْ
يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَرِيضًا أَوْ مُسَافِرًا، وَكُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ الْوَكِيلُ إِلَى نَفْسِهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ
وَالصُّلْحِ عَنْ إِقْرَارٍ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُ بِهِ مِنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَنَقْدِ الثَّمَنِ وَالْخُصُومَةِ فِي
الْعَيْبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، إِلَّا الْعَبْدَ وَالصَّبِيَّ الْمَحْجُورَيْنِ، فَتَجُوزُ عُقُودُهُمَا، وَتَتَعَلَّقُ الْحُقُوقُ
بِمُوكَّلَيْهِمَا وَإِذَا سَلَّمَ الْمَبِيعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَا يَرُدُّهُ الْوَكِيلُ بَعِيْبٍ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ
يَمْتَنِعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ إِلَى الْمُوَكَّلِ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَارَ، وَكُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ إِلَى مُوَكَّلِهِ
فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِمُوكَّلِهِ: كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَالْعَتَقِ عَلَى مَالٍ

XI - TEMEL AKİTLER – 4

11. KEFALET AKDİ

11.1. Tanımı

Kefalet, sözlükte, katmak, ilave etmek” (الضم), doyurmak ve bakımını üstlenmek, garanti etmek ve temin etmek anlamlarına gelir. Fıkıh literatüründe bazı kullanım farklılıklarıyla birlikte, “daman”, “ziâme” ve “hamâle”, “kabâle”, “izâne” ve “sabr” kelimeleri de kefalet için kullanılmıştır. Dilciler bu kelimelerin eş anlamlı kabul etmişlerdir. Bununla birlikte Hanefi literatürü “kefalet” kavramını tercih ederken diğer mezhepler özellikle mala kefaleti “daman” ve “hamâle” kavramı ile incelemeyi seçmişlerdir.

Bir teminat akdi olarak kefaletin tanımı hususunda İslam hukukçuları arasında iki temel eğilim bulunmaktadır. Birinci eğilimi Hanefi hukukçular temsil eder. Hanefilerin yaklaşımına göre kefalet, “mutalebe hususunda kefilin zimmetini asilin zimmetine ilave etmek”tir. (Verdiğimiz tanım Mevsilî’ye aittir. Mevsilî, el-İhtiyâr, II/166. Hanefilerin diğer tanımların da benzerdir. Serahsî, Mabsût, XV/16 (لَأَنَّ الْكَفَالَهَ لِلضَّمِّ فَتَنَضَّ بِهٖ ذِمَّةُ الْكَفِيلِ إِلَى) (ذِمَّةُ الْأَصِيلِ فِيمَا هُوَ ثَابِتٌ فِيهِ بِصَفَقَتِهِ، ثُمَّ الْكَفِيلُ يَلْتَزِمُ الْمُطَالَبَةَ الَّتِي هِيَ عَلَى الْأَصِيلِ؛ Merğînânî, el-Hidâye, III/87 (المطالبة)ضم ذمة إلى ذمة في). Bu tanım da kefalet ile kefilin borçlu olmadığı, yalnızca asıl borçludan borcu talep hakkına benzer bir hakkın kefil hakkında da oluştuğu ifade edilmektedir. Borç, asıl borçlunun zimmetinde kalmaya devam etmektedir. Hanefi kaynaklarında “mutalebe” kaydı olmaksızın kefaletin, “zimmeti zimmete ilave etmekten ibaret” olduğu şeklindeki bir tanıma da yer verilir. Hanefi fakihi Serahsî bu tanımlar arasında açık bir tercih yapmamışsa da sonraki Hanefiler, birinci tanımın daha sahih olduğu kabul etmişlerdir. Bu tanıma göre, kefalet akdi ile kefilin zimmetinde asıl borçlu veya kefilin birinin ifa etmesi yeterli olan ayrı bir borç sabit olmaktadır. Diğer bir ifadeyle kefalet akdi ile kefil, yalnızca mutalebe

sorumluluğu altına girmemekte, asıl borçlunun yanı sıra borçlu konumuna gelmektedir.

Diğer fıkıh mezhepleri, Hanefilerin ikinci tanımına benzer bir yol takip ederek kefâleti, “başkasının zimmetini bir hak ile meşgul etmek” veya “başkasının zimmetinde sabit bir hakkı yüklenme veya üzerinde borç olan şahsı ya da aynı hazır etmeyi üstlenmek” şeklinde tanımlamışlardır. Bu tanımda kefilin hukuki kişiliği kefaleti sebebiyle asıl borçlu gibi borçlanmış olmaktadır. Kefilin zimmetinin asilin zimmetine katıldığını ifade etden en açık tanımlardan biri şöyledir: “Kefalet, Kefilin zimmetini borçlunun zimmetine borcunu yüklenme hususunda ilave etmektir. (هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه)

11.2. Meşruiyeti

Kefâlet akdinin meşruiyeti kitap, sünnet ve icma ile sabittir. Akdin meşruiyetinin kitaptan delili, “Biz melikin tasını arıyoruz, kim onu getirirse bir deve yükü ödül vardır ve ben buna kefilim, dediler” [قَالُوا نَنْقُذُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ] (Yusuf, 12/72) ayetidir. Diğer delil ise, “sor onlara kim buna kefildir” [سَأَلُهُمْ أَنَّهُمْ بِذَلِكَ] (el-Kalem, 68/40) ayetinden getirilmiştir. Bu ayetler, kefalet akdi ile ilgili bir düzenleme yapmak için sevkedilmemişlerse de yerinde ve mümkün bir kelafaletin meşruiyetine işaret etmektedirler. Kefâlet akdinin meşruiyetine İslam hukukçuları, Hz. Peygamber’den rivayet edilen “Kefil borçludur” (الرَّعِيْمُ غَارِمٌ) hadisini de delil getirirler. Akdin meşruiyeti hakkında başvurulana diğer bir haber ise şöyledir: “Hz. Peygamber’e bir cenaze getirilir. Hz. Peygamber, “geriye bir mal bıraktı mı?” diye sorar, “Hayır” derler. Hz. Peygamber, “borcu var mı?” diye sorar. “Üç dinar borcu var” denilir. Bunun üzerine “arakadaşınızın namazını kılın” buyurur. Ebu Katade, “namazını kıldırın, Ey Allah’ın Rasulü, borcunu ben üstleniyorum” deyince Hz. Peygamber namazını kıldırır.” Bu rivayetlerin yanı sıra İslam hukukçuları, Hz. Peygamber’in yaşadığı çağda kurulan kefalet ilişkilerini onaylamış olmasını da akdin meşruiyetinin delili saymışlardır. Ayrıca kefaletin, itiraz ile karşılaşmadan başlangıçtan itibaren İslam toplumunda kabul görmüş hukuki bir işlem olması, meşruiyeti üzerinde icmanın bulunmasının delili kabul edilmiştir. Hanefi hukukçular ayrıca kefaletin lehine kefil olunanın hakkını koruma ihtiyacı için meşru kılınan bir akit olduğunu da ilave etmişlerdir.

11.3. Terimler:

Kefil: Hukuki kişiliğini borcu güvencelemek için borçlunun hukuki kişiliğine ilave etmiş kişi.

Mekfûl ahen: Kendisine kefil olunan asıl borçlu

Mekfûl leh: Lehine kefil olunan alacaklı

Mekful bih: Kefilin teslim veya eda etmeyi üstlendiği akdin konusu

11.4. Mahiyeti ve Kuruluşu

Kefalet akdi, teminat (güvenceleme) akitlerindendir. Alacaklının hakkını güvencelemek için bir şahsın zimmeti alacaklıya teminat olarak gösterilir. Bu özelliği ile kefalet akdi şahsi teminat akitleri arasında değerlendirilir. Kefalet akdinin, kefil ile asıl borçlunun zimmetini yalnızca borcun talep edilmesi (mutâlebe) hususunda mı, yoksa borcun bizzat kendisinde mi birleştiği, yukarıda ifade edildiği gibi, doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmaya rağmen, kefilin üstlendiği sorumluluk ister mütalebe ile sınırlı kalsın isterse kendisini borçlu hale getirsin mali veya hukuki risk taşımaktadır. Asıl borçlunun borcunu ödememe ihtimali mevcuttur. Kefilin, kefaleten ifa ettiği borcu asıl borçluya rücu ile tahsil edememe ihtimali mevcuttur. Bu sebeplerle kefalet akdi muhataralı (riskli) akitler arasında yer alır. Klasik fıkıh doktrini bakımından kefalet, kefilin ücret almadan borçluya teminat sağladığı bir akitir. Kefilin ücret almadan malından yana fedakârlık yapmış olması dikkate alındığında ise kefalet akdi ibadet niteliği bulunan teberru akileri arasında yer alır.

11.5. Unsurları

Hanefi fakihleri, akitler hususundaki genel yaklaşımlarına uygun olarak rükun kavramından yola çıkarlar. Kefalet akdinin rükunünü icab ve kabul çerçevesinde tartışır. Unsur kavramından yola çıkan mezheplerden Malikiler, kefalet akdinin unsurlarını, borçlu (madmun an), alacaklı (madmun leh), kefil (dâmin) ve irade beyanı (siğa) şeklinde tayin etmişlerdir. Şâfiîler ise akdin unsurlarının, borçlu (madmun an), alacaklı (madmun leh), kefil (dâmin) ve borç (madmun fih) olduğunu söylemişlerdir. Unsur kavramını esas aldığımızda kefalet akdinin unsurlarının taraflar (kefil ve alacaklı), irade beyanı ve borç olduğu söylenebilir.

11.5.1. Taraflar Ve İrade Beyanı:

Kefalet akdi, asıl borçlunun (mekfûl anı) talebi olsun olmasın kefilin borcu üstlenen beyanı ile kurulur. Çünkü kefil hakkında oluşan mütalabe sorumluluğunda borçlunun bir zararı yoktur ve izni olmadan başkasının borcunu ödenmesi geçerlidir. Borcunu yüklenmek ise öncelikle geçerli olur.

Kefalet akdinin kurulması için alacaklının (mekfûl leh), icabın gerçekleştiği mecliste kabul mahiyetindeki irade beyanın gerekliliği hususunda ise İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır. Ebu Hanife ve Muhammed'e göre kefalet akdi, icabın yapıldığı mecliste alacaklının kabulüyle ancak kurulur. Ebu Yusuf'a göre ise, alacaklıya kefalet haberi ulaştığında icazet vermesi yeterlidir. Hatta Ebu Yusuf'tan yapılan bazı rivayetlerde icazeti şart koşmadığı nakledilmiştir. Ebu Yusuf'un alacaklının kabulünün gerekli olmadığına ilişkin tutumu kefaletin iki türü olan şahsa ve mala kefalet için de geçerlidir. Mecelle, kefaletin kefilin icabıyla kurulduğunu, lehine kefil olunanın bunu reddedebileceğini, reddetmediği sürece kefaletin baki kalacağını kanunlaştırmıştır. (Mecelle, mad. 621). Mecelle, bu yaklaşımıyla, Ebu Yusuf'un görüşünü kanunlaştırmıştır.

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ، وَتَجُوزُ
بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ وَتَنْعَقِدُ بِالنَّفْسِ بِقَوْلِهِ:
تَكْفَلْتُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِرَقَبَتِهِ، وَبِكُلِّ عُضْوٍ
يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْبَدَنِ، وَبِالْجُزْءِ الشَّائِعِ كَالْخُمْسِ
وَالْعُشْرِ وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَ دَيْنًا
صَحِيحًا

Maliki, Şafî ve Hanbelî mezhepleri de alacaklının (mekfûl leh) kabulünü gerekli görmezler. Yalnızca kefilin borcu üstlenmesiyle kefalet işleminin tesis olduğunu kabul ederler. Ancak bunlar Ebu Yusuf'tan farklı olarak alacaklının icazeti (onay) üzerinde durmazlar.

Akit teorisi açısından bu görüşlere baktığımızda, alacaklının kabulünü şart koşan hukukçuların, kefaleti bir akit olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Bu hukukçulara göre kefalet akdi ile alacaklı bir tür “temlik” olan “mutalebeyi temlik” hakkını kazanmaktadır. Bu, yönü ile kefalet ıvazlı (bedelli) bir akit özelliği kazanmakta ve bu sebeple de her iki tarafın icab ve akbulü ile kurulabilmektedir. Bu hukukçulara göre bunun tek istisnası, maraz-ı mevtteki kişinin varislerine “borçlarımı üstlenin (tekeffül)” demesi ve varislerin alacaklıların gıyabında bunu kabul etmeleridir. Kefaletin icab ve kabul ile kurulduğunu kabul eden hukukçular bu şekilde gerçekleşen işlemin, kefalet değil, gerçekte vasiyet olduğunu söyleyerek görünürdeki

uyumsuzluğu gidermeye çalışırlar. Çünkü bu işlemde, kefalet lafzı kullanılmış olsa da, kastedilen esas anlama itibar edildiğinde, vasiyet anlamının bulunduğu görülür. Zaten akitlerde lafız ve kalıptan daha çok anlam ve maksada itibar edilir.

Kefilin tek taraflı olarak borcu üstlenmesi ile kefalet işleminin tesis edildiğini kabul eden hukukçular, kefaleti “bir borç yüklenme tasarrufu” (iltizam) kabul ederler. Kişinin tek taraflı iradesiyle borç yülenebileceği ise hukukçular tarafından kabul edilen ortak bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre kefalet tek taraflı hukuki bir işleme dönüşmüş olmaktadır. Alacaklının kabulünü gerekli görmeyen Şâfiiler, kefilin alacaklıyı tanımamasını ise şart koşarlar. Onlara göre bunun sebebi insanların alacakları hususunda farklı tutumlara sahip olmalarıdır.

Kefalet akdinin taraflarının en önemli kişisi kefildir. Çünkü kefalet akdindeki en büyük risk kefil üzerindedir. Bu sebeple kefilin teberru ehliyetine yani akıl ve balığ olup sefihlik sebebiyle hacr altına alınmamış olması (rüşd) gerekir. Çünkü kefalet nihayetinde karşılıksız olarak yapılan ve mal varlığında eksiltme meydana getiren bir akittir. Bu sebeple küçük ve mecnunun kafaleti sahih değildir. Mümeyyiz küçüğün velinin emri ile bir malı tekeffül etmesi, eda hususunda kendisine verilmiş izin mahiyetindedir. Teberru mahiyetinde olmadığı için geçerlidir.

Malikiler, kadın eşin (zevce), elindeki malın 1/3 kadarıyla kocasına veya başka bir şahsa kefaletinin, kocanın iznine gerek kalmadan, sahih olduğunu, bu miktarı aşan kefaletlerinin ise kocanın iznine bağlı olduğunu söylemişlerdir. Zevcenin malvarlığının 1/3'ünü aşan kefaletine kocanın icazet vermemesi halinde akdin batıl olduğu görüşündediler. Şâfiî hukukçular ise, teberru ehliyetine sahip zevcenin kefaletinin, kocanın izni şartı aranmadan ve herhangi bir sınırlama olmaksızın geçerli olduğu görüşündedirler. Hanefilerin, kefilin “hür bir mükellef olması”ndan başka bir şart aramadıkları dikkate alınırsa zevcenin kefaletini geçerli gördükleri söylenebilir.

Hanefî ve Malikiler, maraz-ı mevtteki kişinin yabancı kişiye kefaletini malının 1/3 ile sınırlarlar. Bu kişinin, varis lehine veya varisin bir işlemine kefil olmasını ise caiz saymazlar.

Bir konuda birden fazla kefalet sahitir. Kefalette esas olan mutalebe hakkıdır. Bu hak kefil sayısının arttırılması suretiyle çoğaltılmaya elverişlidir. Amaç kurulan akdi güvenceye kavuşturmak olduğundan kefillerden birinin borcu yüklenmiş olması diğerlerinin kefaletine zarar vermez. Bir akit ile birden fazla kişi kefil olmuş ise sorumluluğu payları oranınca paylaşırlar. Kefaletin sıralı (müteselsilen) kurulması da aynı sebeplerle geçerlidir. Bu şekilde kurulan kefalette, her bir kefil ile ayrı bir

sözleşme yapılmıştır. Kefaletin kuruluşunun sıralı olması mutalebe hususunda da bu sıranın takibini gerekli kılmaz. Müteselsil kefalette alacaklı kefillerin her birinden alacağının tamamını talep edebilir. Çünkü bu şekilde kurulan kefalette bir önceki kefil, bir sonraki kefil bakımından asıl borçlu konumunda olur.

Kefalet akdinde, örf ve adette akdin konusunu üstlenme anlamına gelen sarih veya kinayeli lafızlarla yapılmış irade beyanı geçerlidir. “Ben kefilim”, “borç/teslim üzerimdedir”, “tazmini bana ait” gibi lafızlar ile kefalet akdi kurulur. Akdin konusu şahsa kefalet ise bunun kastedildiğinin ve mala kefaletse bunun üstlenildiğinin anlaşılması gerekir. Aksi durumda akit kurulmamış olur.

11.5.2. Akdin Konusu

Kefalet akdi ile alacaklının kefil üzerinde sahip olduğu talepte bulunma (mutalebe) hakkı, şahsa kefalette şahsın hazır edilmesi, zimmette sabit borçlar (deyn) ve bizzat kendisi garanti edilen (madmûn) aynlarda bedeli tazmini ve başkasıyla garanti edilen aynlarda aynın teslimidir. Şahsa kefalet ile ilgili hükümleri kefaletin bu çeşidinin anlatırken vereceğiz. Burada kefaletin daha çok gerçekleştiği mala kefaleti merkez alarak akdin konusunun üzerinde duracağız.

Akdin konusu bakımından öncelikle belirtmemiz gerekir ki, doğurduğu sorumlulukların farklılığı sebebiyle bir kefalet akdinin tazmine mi yoksa teslime mi yönelik olarak kurulduğunun anlaşmazlığa sebebiyet vermeyecek şekilde açık olması gerekir. Bu sebeple kefaletin şahıs için mi yoksa mal için mi olduğu açıklığa kavuşturulmadan bir kişiye kefil olunursa, şahsa ve mala kefaletin farklı hükümlerinin bulunması sebebiyle kefalet kurulmamış olur.

Hanefilere göre, kefaletin konusunun iki şartı taşıması gerekir. Bu şartlardan ilki, akdin konusunun, deyn, ayn, nefis (şahıs) veya fiil olarak asıl borçlunun tazmin sorumluluğunda olmasıdır. Ancak aynın daha sonra açıklanacağı gibi bizzat kendisi garanti edilen (madmûn) türden olması gerekir. Diğer bir hususta kefaletin konusunun teslime güç yetirilebilir olmasıdır. Çünkü ancak bu şartın bulunmasıyla şahıs ve mal hususundaki kefalet anlamlı olur ve kefil mütalebe ile sorumlu tutulabilir. Malikiler, niyabetin caiz olduğu bütün sabit haklarda kefaletin (damân) caiz olduğu görüşündedirler. Bu sabit hakların zimmete ilişen mallar olduğunu söylerler.

Hanefî, Malikî ve Hanbeliler, kefalet akdinin sıhhati bakımından kefil olunan malın (mekfûl bih) malum veya mechul olması arasında ayırım yapmazlar. Her iki halde de akit sahih olarak kurulur. Kefil, delil ile sabit miktardaki mala kefil olmuş

kabul edilir. Şafiiler ise, kefaletin sıhhati için kefil olunan malın malum olmasını şart koşarlar.

Hanefiler, kefalet konu olabilecek malı sahih borç (deyn) kavramı yardımıyla belirginleştirirler. Sahih borç, ancak ifa (eda) ve ibra ile ıskat olan borçtur. Sahih olmayan borç ise, zimmette sabit hale gelmemiş, diğer bir ifadeyle borcun zimmette kesinleşmesini sağlayan bir sebebe dayanmayan borçtur. Sahih olmayan borç, borçlu bakımından zimmette sübut bulmuş kabul edilmediğinden kefaleti de geçerli olmaz. Satım akdinde ürünün (mebi') bedeli, kiralanın yerin ücreti sahih borç olduğundan kefaleti sahihtir. Buna karşılık rehnedilmiş (merhûn), ariyet verilmiş, kiralanmış vs. gibi elinde bulunduran açısından emanet hükümlerine tabi eşyanın ayınlarına kefalet sahih olmaz. Ancak "borçlu bunları zayi eder veya tüketirse kefilim" denilerek akit kurulsa kefalet sahih olur. (Mecelle, mad. 631).

Şâfiî hukukçular, sabit, lazım, malum hakların kefalete konu olabileceğini kabul ederler. Buna göre akit esnasında sabit bir borca (deyn) veya tazmini gerekli bir ayna dönüşmüş haklar kefalete (daman) konu olur. Oluşma sebebi henüz ortaya çıkmamış veya devam eden borçlar da sabit olma şartı bulunmadığı için kefalete konu olmaz. Bu bağlamda Şafiîlere göre, evlilik nafakası şer'an muayyen olduğu halde, gelecekte zevce için bir hak olarak sabit olacak olan evlilik nafakasına borç oluş sebebi devam ediyor olsa da kefil olunmaz. Borç oluş sebebi henüz oluşmadığı için gelecek bir zamanda bir kişiye borç verme işlemine şimdiden kefil olunmaz. Hanefiler ise, karşılıklı anlaşma ile veya hâkim kararı ile belirlenmiş evlilik nafakasına –ölüm ve talak ile ıskat olabilmesi sebebiyle sahih borç olmasa da- kefaleti sahih kabul etmişlerdir. Henüz borç (deyn) halini almamış gelecekte oluşacak evlilik nafakasına kefaletin de istihsanen caiz saymışlardır. Hanbelîler de kefalete konu mal hususunda Şafiîlere benzer bir yol takip etmişlerdir.

Hanefiler, kefalet akdinin, akde mülahim olan veya tesadüfi olmayan şartlar ile kurulabileceğini kabul etmişlerdir. Örneğin, "malını falana satarsan kefilim", "Falan malın gaspedilirse kefilim", "Falanca ile evlenirsen evlilik nafakanın kefilim benim" gibi akde mülahim şartlarla ileri sürüldüğünde, şart gerçekleştiğinde kefalette gerçekleşmiş olur. "Bu şehre gelirse borcuna kefilim" veya "Bu şehirden ayrılırsa borcuna kefilim" gibi şartlar da tarafların iradesi dâhilinde olup tesadüfi olmayan şartlardır. Bu şartların kefalet akdinde koşılması halinde akit, şartın gerçekleşmesi halinde kurulmuş olur. Kefalet akdinin tesadüfi şartlara bağlanması (ta'lik) akdi batıl yapar. Örneğin rüzgârın esmesi, yağmurun yapması, üzerinden karakuşun uçuşması gibi

şartlarla yapılan kefalet akdi kurulmuş olmaz. Şâfiî hukukçular arasında kefalet akdinin şarta ta'liki kabul edip etmediği hususu tartışma konusu olmuştur. Mezhepte tercih edilen görüşe göre (esah), kefaletin, satım akdi gibi bir akit olup şarta ta'liki kabul etmediği yönündedir.

Fıkıh mezhepleri, Hanefilerin ifadesiyle sahih, Şâfiîlerin ifadesiyle sabit borç niteliğinde olmayan risklere derek (kefâletü'd-derek) suretiyle kefaleti kabul etmişlerdir. Derek kefaleti, satın aldığı malın bir hak sahibinin (müstehak) ortaya çıkmasından çekinen kişinin bu endişesinin kefalet yolu ile güvencelenmesidir. Serahsî'nin ifadesiyle derek, kefaleti, “hak sahipliği riskine” (خطر الاستحقاق) ta'lik etmektir. Akitten önceki bir sebebe dayalı olarak satın alınan ürüne (mebî'), bir hak sahibinin çıkması durumunda, müşterinin satıcıya ödediği bedeli teslim etmeyi yüklenme kefaletidir. Derek kefaletinin oluşması için satım akdinin tamamlanıp bedelin satıcı tarafından kabzedilmiş olması gerekir. Örneğin, “evi satın al, eğer bir hak sahibi çıkarsa ödediğine ben kefilim” şeklinde kurulan kefalet derek kefaletidir. Bu şekilde kurulan kefaletle konu evin şuf'a yolu ile bir hak sahibi çıkarsa, derek kefil, evin kıymetini değil, müşterinin satıcıya verdiği bedeli tazmin eder. Derek kefaletinde ifanın lüzumu, akde konu mal hakkındaki sahiplik iddiasının hâkim kararı ile kesinleşmesinden sonradır.

Şâfiî hukukçular, kefilin satıcının uhdesindeki (zimmet) malı tazmin etmeyi yüklenmesi sebebiyle bu kefaletle “uhde kefaleti” (damânu'l-uhde) adını da verirler. Hanefî mezhebindeki hâkim görüş, derek ile uhdeyi eşitlememe yönündedir. Hanefîlerin hâkim görüşüne göre uhde, hem dereke hem de başka bir sebeple oluşmuş borca muhtemeldir. Bu sebeple akdin konusunda cehalet meydana gelmektedir. Bilindiği gibi Hanefîlere göre kefaletin konusunun malum olması gerekir. Hâlbuki uhdeden farklı olarak derekte akdin konusu, hak sahibi ortaya çıkan mebî'in kefaletiyle sınırlı olması bakımından malumdur. Ebu Yusuf ise, uhdenin, örf ve adette derek kefaleti için kullanılması sebebiyle aralarında ayırım yapmamıştır.

11.6. Çeşitleri

Kefalet, konusu bakımından şahsa kefalet ve mala kefalet olmak üzere ikiye ayrılır:

11.6.1. Şahsa kefalet (كفالة بالنفس)

Şahsa kefalet, kefil olunan kişiyi üzerinde anlaşılan yer ve hususta hazır etmek amacıyla kurulan bir kefalet çeşidir. Mecelle bunu “bir adamın şahsına kefil olmak” şeklinde tanımlar. (Mecelle, md. 613). Malikler bu kefalet türüne “hamâle bi’n-nefs” veya “damânu’l-vech”, Şâfiîler “kefâletu’l-beden” ve “kefâletu’l-vech, Hanbelîler ise, “kefâletu’l-beden”adını verirler. Bu kefalet Şafî’nin bir kavli ve Davud ez-Zahirî dışındaki bütün fakihler meşru görmüşlerdir. Şahsa kefaleti meşru gören mezheplere göre, Hz. Peygamber’den rivayet edilen “kefalette bulunan borçludur” (الزعيم غارم) hadisinin umumu, mala kefaletin yanı sıra şahsa kefaleti de içermektedir (والمضمون بها) . Bu hadisin sıhhatini kabul etmeyen Şafî, kavli cedidinde, şahsa kefaleti, hür kişinin boyunduruk altına alınıp tesliminin mümkün olmayacağı gerekçesiyle teslimi mümkün olmayan şeye kefalet niteliğinde görmüş ve caiz olmadığı kanaatine varmıştır.

Hanefiler, kefil olunan şahsın, mekânını bildirip talep eden ile arasından çekilme ve devlet başkanı veya hâkimin görevlilerinden yardım alma gibi yollarla talep edene tesliminin mümkün olduğunu düşünürler. Kaldıkları onlara göre, bu kefalet türüne şiddetle ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple şahsa kefalette, teslimine güç yetirilmez bir durum yoktur ve akdın konusunu ifa mümkündür. Şafî mezehbinde, Şafî’nin şahsa kefaleti caiz görmeyen kavli değil, bu kefalet türünün sahih olduğu mezhep görüşü haline gelmiştir.

Şahsa kefalet, hakiki olarak veya örfen kişinin vücut bütününe delalet eden bir lafızla kurulur. Örneğin, “falanca kişinin şahsına, bedenine, canına, başına veya yüzüne kefil oldum” gibi sözleriyle şahsa kefalet kurulmuş olur. Şahıs, parçalanmayı kabul etmeyen hukuki bir bütün olduğu için örfen, şahsın bütünü için kullanılan lafızlar zahiren vücudun bir parçasının adı olsa dahi kefalet, şahsın bütünü hakkında kurulmuş olur. Buna göre bir kişinin şahsına kefil olmak isteyen kişi, kefalet akdi için irade beyanında bulunurken “ben bu şahsın yarısına veya dörtte birine kefilim” dese, adamın kişiliğinin parçalanmayı (bölünmeyi) kabul etmiyor oluşu nedeniyle bir kısmının ifade edilmesi (zikru’l-ba’d) bütünün zikri (zikru’l-kül) gibidir. Bu nedenle kefalet sahihtir ve bütün olarak adama kefil olmuş olur.

Şahsa kefaletin konusu, talep edilmesi halinde belirlenen vakitte kefil olunanı teslim etmektir. Borçluyu alacaklıya teslim etmek veya suçluyu mahkemede hazır

etmek gibi... (Mecelle, md. 613). Şahsa kefalette, akdin konusu (mekful bih) ile borçlu (mekfûl anh) birdir.

Şahsa kefalet, şahsın suçunu üstlenme ve onun yerine cezalandırılmayı içermez. Çünkü cezalarda (ukûbe) başkasının yerine geçme (niyabet) caiz değildir. Şahsına kefil olunanın mahkemede hazır edilmesi, mali bir borç veya belirli kayıtlarla bir suç sebebiyle olabilir. Hangi ceza davalarında şahsa kefil olunabileceği fıkıh mezhepleri arasında tartışmalıdır. Hanbelîler dışındaki çoğunluk sırf Allah hakkı olan şarap içme ve zina suçları dışındaki kul hakkının galip olduğu hadd ve kısas davalarında şahsın mahkemede hazır edilmesi veya gerekli olan diyetin ifası hususunda şahsa kefaleti kabul etmişlerdir. Bunu yapan kefil sorumluluğunu yerine getirmiş olur.

Kefil, yüklendiği sorumluluğu bilerek yerine getirmekten kaçınırsa, Hanefilere göre hapsedilir. Hâkim, kefilin hazır etme sorumluluğunu acziyetinden dolayı yerine getiremediğine kanaat ederse serbest bırakır. Malikiler kefilin hapsini kabul etmezler, onlara göre kefil ya şahsına kefil olduğunu getirir veya mali ceza öder. Hanbelîler, şahsı teslim edemeyen kefilin, onun borcunu, veya tekeffül ettiği aynın bedelini ifa etmesini gerekli görürler.

11.6.2. Mala Kefâlet (كفالة بالمال)

Mala kefalet, bir malın edasına kefil olmaktır. (Mecelle, md. 614). Bu kefalet türü bizzat kendisini garanti edilen eşyalar (الاعيان المضونة بنفسها) ile sahih borç niteliğinde olup kıymeti garanti edilen malları kapsar.

Bizzat kendisi garanti edilen (madmûn) eşyalara, satın alma şartıyla teslim alınmış veya gaspedilmiş aynlar, fasit satım akdiyle teslim alınmış ürün (mebî'), mehir, muhalaa, amden öldürme suçunun sulh yolu ile belilenen bedelleri örnek verilebilir. Sağlam olduklarında bunların aynının, telef olduklarında ise kıymetinin teslimi gerekir. Bu şekliyle teslimi mümkün (makdû't-teslim) oldukları için kefalet akdine konu olmaları sahih olur.

Hanefiler ilke olarak başkasıyla tazmin edilen aynlar ve emanetlerde kefaleti geçerli görmemişlerdir. Örneğin satım akdine konu olmuş ürün (mebî') için satıcıya kefil olunursa kefalet sahih olmaz. Çünkü satım akdine konu olmuş ürün, bedeli (semen) ile –ki üründen başka bir şeydir- tazmin olur. Ürün müşteriye teslim edilmediği için hala satıcının mülkünde bulunduğu için satıcı ürünü teslim edemezse akit fasit olur ve taraflara bir şey gerekmez. Bunun gibi rehnedilecek malın telef

olmasında da rehin kurulmaz. Vedia, ariyet, icare, mudarebe ve şirket malı olarak eminlerinin elinde bulunan mallarda da kefalet caiz değildir. Çünkü bu durumların tamamında sahih bir borç oluşmamaktadır. Bununla birlikte Hanefi fıkhnın bu tutumu, sahih borcun tazmini boyutuyla ilgilidir. Bu sebeple kabzdan önce ürünün (mebî'), rehin verene (râhin) kabzedilmiş rehnin teslimi ve kiralanmış malın (müste'cer) kiralayana teslimi hususundaki kefalet sahih görülmüştür. Aynın teslimi şeklinde ortaya çıkan bu kefaleti, farklı bir kefalet türü olarak değerlendirme düşüncesi ortaya çıkmışsa da Hanefi mezhebinde ağırlık kazanan görüş, aynın teslimi yükümlülüğü doğuran bu kefaleti mala kefalet içerisinde mütalaa etme yönündedir. Bununla birlikte mala kefalet içerisinde mütalaa edilen bu kefalet biçimi, şahsa kefalette olduğu üzere, kefil olunanın telef olması ile sona erer. Başka bir tazmin sorumluluğu oluşmaz.

11.7. Hükümü

Hanefilere göre kefalet akdinin hükmü, borcun aslı bakımından değil, talep edilme hakkı hususunda kefilin zimmetinin asilin zimmetine garanti etme bakımından dönüşmesidir. Hanefilere göre kefilin mütalebe ile sorumlu olması, borçlu olmasını zorunlu olarak gerektirmez. Onlara göre kefilin durumu, vekilin müvekkili adına gerçekleştirdiği bir satın almada bedeli ödemekle sorumlu tutulmasına benzer. Böyle bir işlemten sonra satıcı müvekkili ibra ettiğinde vekilin sorumluluğu kendiliğinden sona erer. İşte kefilin mutalebe sorumluluğu da böyledir.

Kefalet akdi kurulduğunda alacaklı (mekfûl leh), dilerse alacağını asıl borçludan dilerse kefilden talep eder. Kefilden alacağını talep edebilbilmesi, asıl borçludan talepte bulunmanın alacaklıya güçlük vermesi şartına bağlı değildir. Malikiler, asıl borçlunun malının bulunmaması, gaip olması veya ölmesi durumunda kefilden talepte bulunabileceğini söylemişlerdir.

Alacaklının, asıl borçlu veya kefilden birinden talepte bulunması diğerini ibra etmek anlamına gelmez. Kefalet akdinin kurulması asıl borçluyu kendiliğinden ibra etmez. Ancak kefalet asıl borçlunun ibrası şartıyla kurulursa, akit, kefalet lafzı ile kurulmuş olsa dahi anlam olarak havale kabul edilir. Şafiî hukukçular asıl borçlunun ibrası şartıyla yapılan kefaletin sahih olmadığı görüşündedirler.

Kefâlet akdi, borçlunun talebi ile kurulduğunda garanti ettiği borcu ifa eden kefilin, asıl borçuya rücû etme hakkı vardır. Eğer kefil miktarı ve sıfatı aynı bir mal ile garanti ettiği borcu ifa etmişse asıl borçludan eda ettiğini talep eder. Başka bir mal

ile borcu ifa etmişse ödediğini değil, kefil olarak garanti ettiği malı talep ile asıl borçluya rücû eder. Örneğin borçlunun bin gram altın borcuna kefil olan kişi, alacaklının rızası ile bu borcu türk lirası olarak ödeyebilir. Bu durumda ödediğini değil, kefil olduğu altını asıl borçludan talep eder. Çünkü kefil, yaptığı ifa ile kefil olduğu borca malik olmuştur. Kefil, asıl borçlunun talebi olmadan ifada bulunursa, yaptığı ödeme teberra kabul edilir. Rücû hakkı oluşmaz. Malikiler, izniyle olsun olmasın yaşayan bir borçlunun borcu ödeyen kişinin kendisine rücû edebileceği görüşündedirler.

11.8. Sona Ermesi

* Kefalet akdi, kefaletin konusunun borçlu tarafından ifa edilmesiyle sona erer. İfanın zamanından önce yapılması akdin sona ermesine engel değildir.

* Kefalet akdi, alacaklının borçluyu ibra etmesiyle sona erer. Çünkü asilin beraeti kefilin de beraetini gerektirir.

* Alacaklının kefilini ibra etmesiyle de kefalet akdi sonra erer. Ancak bu durumda asıl borçlunun borçluluğu devam eder. Çünkü borç varlığını sürdürmektedir.

*Şahsa kefalette kefilin veya kefil olunanın ölmesi halinde kefalet sona erer. Kefilin ölmesi ile kefalet sorumluluğu varislerine geçmez. Çünkü veraset hak hususundadır, borç hususunda değildir. Mala kefalet ise kefilin ölmesi ile sona ermez. Malından bu kefaletin ifası mümkündür. Varisler daha sonra asıl borçluya rücu ederler. Şahsa kefalette kefil olunanın ölmesi de kefilin sorumluluğunu yerine getirmekten hakiki bakımdan aciz bırakır. Bu sebeple kefalet sona ermiş olur. Lehine kefil olunanın ölmesi halinde ise kefalet sonra ermez. Çünkü kefil sorumluluğunu yerine getirmekten aciz değildir. Lehine kefil olunan kişinin varisleri onun yerine geçer.

12. REHİN AKDİ

12.1. Tanımı

Rehin, sözlükte devamlı olmak, sabit olmak, tutmak hapsetmek anlamına gelir. Fıkhi bir terim olarak rehin, “Kendisinden ifa mümkün olan bir malı bir hak karşılığında hapsetmektir.” (Mecelle rehni, “bir malı andan istiyfası mümkün olan bir hak mukabilinde mebus ve mevkûf kılmaktır” (mad. 701) şeklinde tanımlamaktadır) Bu akit, alacağını güvencelemek (teminat) isteyen kişinin, gerektiğinde satılarak alacağını ifa

edebileceği bir malı, alacağını teslim alıncaya kadar zilyedliğinde tutması suretinde gerçekleşir.

12.2. Terimleri

Râhin: Rehin veren kişi

Mürtehin: Rehin alan kişi

İrtihan: Rehin verme

Merhûn: Rehin verilmiş mal. Buna rehin adı da verilir.

Merhûn bih: Rehin ile teminat altına alınan hak

12.3. Meşruiyeti

Rehin akdinin meşruiyeti kitap, sünnet ve icmâ ile sabittir. Rehnin meşruiyetini gösteren kitap delili, “Yolculuk halinde olup (borcu yazacak) bir kâtip bulamadıysanız, bu takdirde (borç karşılığında) kabzedilmiş rehinler alınız” ayetidir. [وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ] (el-Bakara 2/282). Ayet, haber verme (ihbar) kipi ile gelmiş bir emirdir. Ancak ayetin devamında gelen “Eğer bir birinize güvenirseniz kendisine güvenilip emanet verilen emanetini ifa etsin” ifadesinde güven halinde rehinin gerekli olmadığı anlamı kapsayan ifadeler, rehnin mübah bir işlem olduğunu göstermektedir.

وَهُوَ عَقْدٌ وَثِيقَةٌ بِمَالٍ مَضْمُونٍ
بِنَفْسِهِ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْهُ، وَلَا يَتِمُّ إِلَّا
بِالْقَبْضِ أَوْ بِالتَّخْلِيَةِ، وَقَبْلَ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ
سَلَّمَ وَإِنْ شَاءَ لَا، فَإِذَا قَبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ
دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ

“Yolculuk halinde olup (borcu yazacak) bir kâtip bulamadıysanız” (el-Bakara 2/282) ayeti rehnin meşruiyetini yolculukta bulunma şartına bağladığı itibarı verse de bu hükmün bağladığı ihtirazi bir kayıt değildir. Cevazı, yolculuk haline tahsis etmek için varid olmamıştır. Aksine bu kayıt, dönemin yaygın uygulaması (adet) bağlamında ifade edilmiştir. Bu sebeple rehin akdinin cevazı yolculuk hali şartına bağlı değildir. Hem ikamet hem de yolculuk halinde rehin akdi kurmak caizdir. Çünkü Hz. Peygamber Medine’de bir yahudiye rehin verdiği mukim idi (Kâsânî, Bedâiü’s-senâi’, VI/135; İbn Rüşd el-Cedd, el-Mukaddemât, II/3).

Rehnin meşruiyeti için sünnetten getirilen delil ise, Hz. Peygamber’in bir Yahudiden satın aldığı yiyeceğe karşılık olarak zırhını rehin vermesidir. Hz. Aişe’den

gelen rivayette, Hz. Peygamber vefat ettiğinde zırhı otuz sa' arpa karşılığında bir yahudinin yanında rehin idi." (Buhârî, "Cihad", 89) denilmektedir.

Rehin, İslam öncesi arap toplumunda bilinen ve uygulanan bir akittir. Bazı hükümleri değiştirilerek Hz. Peygamber tarafından ikrar edildi ve daha sonra da herhangi bir tartışma olmadan müslümanlar tarafından meşruiyeti kabul edildi. Bu şekilde rehin akdinin meşruiyeti üzerinde icma gerçekleşmiş oldu.

12.4. Mahiyeti

Borç ilişkisi, esas olarak taraflar arasında güven esasına dayalı olarak kurulur. Bir borç ilişkisinde taraflar, borcun vadesinde ve istenilen nitelikte ifa edilmesini taahhüt edebilirler. Ancak alacaklı her zaman alacağını daha güvenli olmasını arzular. Ticari hayata borcun güvencelenmesine de daima ihtiyaç duyulur. Borcun zamanında ve eksiksiz olarak ifa edilmesi için hukuk sistemlerinde geliştirilmiş güvenceler (garanti/teminat) vardır. Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bu güvenceler genel olarak şahsi ve ayni teminatlar şeklinde iki kısma ayrılır. Kefâlet ve havale şahsi teminat, rehin ise ayni teminat niteliğindedir.

Toplumsal ve ekonomik şartların değişimi, modern toplumlarda ayni kefaleti, şahsi kefaletlerden daha önemli hale getirmiştir. Rehin ilişkisi kurulduğunda alacaklının, hem rehin konusu mal, hem de borçlunun zimmeti üzerinde hakkı oluşmaktadır. Alacaklının rehin (merhûn) üzerindeki hakkının mahiyeti eşya hukuku ve borçlar hukuku bakımından incelemeye konu olmuştur.

Eşya hukuku bakımından rehin sınırlı/fer'î ayni haklar arasında mütala edilir. Rehin hakkı, merhûnu hapsedme ve alacağın ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde satımı talep gibi sınırlı yetkiler doğurması ve varlığının bir alacağın varlığına bağlı olması bakımından fer'î; belirli bir eşya (ayn) üzerinde oluşması sebebiyle de ayni bir haktır.

Rehin hakkı bir akdin neticesi olarak doğar ve akit nazariyesi içerisinde incelenir. Bu özelliği ile borçlar hukukunun konusunu oluşturur. Rehnin paraya çevrilmesi süreci ile ilgili işlemler ise icra ve iflas hukukunun konusunu oluşturur.

İslam hukukçuları rehin akdini, ifayı talep eden tarafa belirlenmiş bir mal ile güvence (teminat) sağlayan bir teminat akdi kabul ederler. Hanefî hukukçular, akdin bu güvence yapısından yola çıkarak mürtehinin rehin üzerinde ifayı talep yetkisinin (yed) sabit olması gerektiğini söylerler. Onlara göre ifayı talep yetkisinin gereği ifanın gerçekleştiği aynın mülkiyeti ve elinde bulundurma mülkiyetinin (milku'l-yed) sabit

olmasıdır. Bu yaklaşımları ile Hanefiler, mürtehinin rehin üzerinde güçlü bir zilyedliğinin bulunması gerektiği üzerinde ısrar etmiş olurlar. Şafîî, mürtehinin rehin akdi ile Hanefilerin “milku’l-yed” olarak adlandırdıkları güçlü bir zilyedliğe sahip olmadığını, bu akdın gereğinin diğer teminat akitleri olan kefalet ve havaledede olduğu gibi mütalebe hakkının güçlendirilmesinden ibaret olduğunu söylemiştir. Ona göre rehin ile mürtehinin rehnin mali değerinden borcunun ifasını talep etme hakkı oluşur. Bu da borçlarda satım ile olur ve rehin sahibi diğer alacaklılardan öncelikli olur.

Hanefiler, mal üzerinde güçlü bir zilyetlik oluşturduğunu kabul ettikleri rehini bu yönüyle kefalet ve havaleden ayırırlar. Kafalet ve havaledede güvence, sadece zimmet üzerinde yani şahsi bir teminat şeklinde oluşur ve alacaklı için mütalebe hakkı doğurur. Rehinde ise güvence, şahsi teminatın yanı sıra rehin yoluyla kabzedilen mal üzerinde oluşur. Mal, mütalebenin değil, ifanın mahallidir. Bu bakımdan rehni kabzedenden mürtehin bir tür ifa ile alacağını tahsil etmiş sayılır.

Rehin akdi, belirli bir ayn üzerinde rehnin kabzı ile tamamlanan bir akit olması yönüyle aynı bir akittir. Borcun borçlunun zimmetinde oluşması ve akit gereği mürtehinin teslim edilen ayn karşılığında bir bedel alınmaması bakımından da teberru akitleri arasında yer alır. Teberru akitlerinin temel özelliğine uygun olarak rehin akdi, rehn teslim edilmediği (kabz) sürece her iki taraf bakımından bağlayıcılık vasfı kazanmaz. Kabz gerçekleşmeden akdi tek taraflı olarak feshetme hakkı bulunması sebebiyle râhin rehni teslimde zorlanamaz. Rehin akdi, râhin bakımından ancak kabzdan sonra bağlayıcı hale gelir. Mürtehin açısından ise rehin akdi daima gayri lazım bir akittir. Mürtehin akdi daima tek taraflı iradesiyle feshe yetkilidir.

Modern hukukta gayrimenkul üzerinde tesis edilen ipotek, ilke olarak İslam hukukundaki gayrimenkul rehninin benzeridir. Her iki işlem de teminat görevi görür. Aralalarındaki farklılık şekil şartlarıyla ilgilidir. Fıkıh, menkulün ve gayrimenkulün (akar) rehni arasında belirgin bir farklılık koymamıştır. Buna karşılık modern hukuk sistemleri, tapu sicil kaydını zilyetlik yerine ikame ederler ve ipotek ettirenin ipotek kaydı koyduranın izni olmadan akarın satışı vs. gibi hukuki tasarruflarda bulunabilmesine izin verirler.

12.5. Kuruluşu

Hanefiler, rehnin rükünlerinin icab ve kabul olduğunu kabul ederler. Şafîî hukukçular rehnin unsurlarını, râhin, merhûn, merhûn bih ve siğa şeklinde sıralarlar. Bu yaklaşım farklılıklarına rağmen rehnin unsurları, diğer akitlerde olduğu gibi,

taraflar (râhin mürtehin), irade beyanı ve akdin konusundan (merhûn ve merhûn bih) oluşmaktadır. Rehin akdinde akdin tamamlanması için ayrıca rehin malın teslim alınması (kabz) gereklidir.

12.6. Unsurları

12.6.1. Taraflar

Rehin akdinin tarafları rehni veren (râhin) ve rehni alan (mürtehin)dir. Râhin ve mürtehinden her ikisinin akıllı olması şart koşulmuş ancak bülûğ ve hürriyet şartı gerekli görülmemiştir. Bunun sonucu olarak rehin almaya veya vermeye izin verilmiş mümeyyiz küçük rehin akdine taraf olabilir. Bülûğ ve hürriyetin şart koşulmaması, rehin akdinin borcu ifa ve teslim alma (ifa ve istîfa') kapsamındaki bir işlem olarak görülmesi sebebiyledir. Ehiyeti kısıtlı (nâksı) kişilerin bu tür işlemleri tesis etmesi izin ve icaret şartıyla geçerli görülmüştür. Şâfiî ve Hanbeli hukukçular, temyiz sahibi olmayı yeterli görmeyerek râhin ve mürtehinin teberru ehli olmasını şart koşmuşlardır. Bu hukukçulara göre izin verilmiş olsa dahi mümeyyizin, sefih ve müflisin rehni geçerli değildir.

12.6.2. İrade Beyanı

Rehin akdi, râhinin borcu karşılığında belirli bir aynı rehin verdiğini açıklayan icabına mürtehinin kabul ile karşılık vermesi veya mürtehinin rehin talebi içeren icabına rahinin kabul ile karşılık vermesi halinde kurulmuş olur. Akdin kurulması için “rehin” lafzının kullanılması şart değildir. Rehin akdinin amaçlandığını gösteren sarih veya kinayeli bir lafız ile akit kurulur. Çünkü akitlerde itibar lafza değil, anlamadır.

12.7. Konusu

12.7.1. Rehinle Teminat Altına Alınan Hak (Merhûn Bih)

Fıkıh mezhepleri, rehin akdi ile teminat altına alınan hakkın tazmini gerekli bir hak olması gerektiğini kabul ederler. Tazmini gerekli olan haklar deyn ve ayn borcu mahiyetinden olabilir. Deyn zimmette sabit veya zimmette sabit hale gelecek nitelikteki bir borçtur ve para cinsinden olabileceği gibi diğer misli bir mal da olabilir. Zimmette sabit menfaatler karşılığında da rehin alınabilir. Örneğin hizmet akdinden doğan yapma borcu karşılığında rehin alınabilir. İşçi, hizmet akdiyle üstlendiği işi yapmadığı takdirde rehin satılarak bedeliyle başkasına iş gördürülebilir. Zimmette

sabit olmayan menfaatler karşılığında ise rehin alınamaz. Örneğin kiralanan bir akarın yararlanma hakkı karşılığında rehin alınamaz.

Hanefiler ve bazı şartlarla Malikiler merhûn bihin ayn olmasını mümkün görmüşler, Şafiî ve Hanbelîler merhûn bihin ayn olmasını kabul etmemişlerdir. Hanefiler aynları, tazmin edilen (madmûn) ve tazmin edilmeyen (gayri madmûn) şeklinde iki kısma ayırırlar. Tazmin edilen aynlar ise, kefalet akdini anlatırken ifade ettiğimiz gibi, bizzat kendisiyle tazmin/garanti edilen aynlar (madmûn bi nefsih) ve başkasıyla tazmin/garanti edilen aynlar (madmûn bi ğayrih) olma üzere iki türe ayrılmaktadır. Bunlardan bizzat kendisiyle tazmin edilen yani telef olması halinde misli ile veya kıymetiyle tazmin edilen aynların karşılığında rehin almak caizdir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Hanefiler'e göre gasbedilmiş (mağsûb) mal karşılığında rehin alınabilir.

Telef olması halinde misli veya kıymeti dışındaki bir yolla tazmini lazım gelen yani başkasıyla tazmin edilen aynlar karşılığında ise rehin almak geçerli değildir. Örneğin bir satım akdinde henüz müşteriye teslim edilmemiş ürünün karşılığında rehin alınamaz. Ürünün satıcının yanında telef olması halinde satıcı bedeli iade eder.

Tazmin edilmeyen aynlara gelince -ki bunlar emanetlerdir- bunlar karşılığında rehin verilmez. Çünkü rehin, borcun tazmini içindir, tazmini gerekli bir malın bulunmadığı bir durumda rehin anlamsız olur. Bu sebeple malını vedia bırakan kişi (mûdi) emaneti alana (vedî') ayrıca bir rehin bırakması anlamsızdır. Şâfiî hukukçular merhûn bihin sabit, bağlayıcı (lâzım) bir borç (deyn) olması gerektiğini, aynın tazmin edilsin edilmesin merhûn bih olmayacağını savunurlar.

Mevcut olmayan bir hak da merhûn bih olmaz. Bu bakımdan şuf'a, derek, gelecekte ortaya çıkacak borca karşılık, şahsa kefalet, kısas cezası rehin alınmaz. Cana ve organlara dönük kısas karşılığında da rehin alınmaz. Çünkü rehin ile bu durumda mürtehinin alacağını tahsil etmesi (istîfa) mümkün değildir. Hata ile işlenmiş bir öldürme ve yaralama fiiline karşılık rehin alınabilir. Çünkü rehin maldan bunların ifası mümkündür. Hanefî, Maliki ve Hanbelî hukukçular kredi (karz) vaat niteliğinde dahi olsa karşılığında rehin alınabileceğini kabul etmişlerdir. Şafiîler ise henüz zimmette sabit olmamış veya sabit olması beklenen borçlar (kredi) karşılığında rehin alınamayacağını kabul etmişlerdir.

12.7.2. Rehin (merhûn)

Rehin akdine konu malın bazı nitelikleri haiz olması gerekir:

1. Rehinin satım akdine konu olabilen bir mal olması gerekir. Bu sebeple rehin malın, akit esnasında mevcut, mütekavvim, malum ve teslimine güç yetirilebilen bir mal (ayn) olması gerekir. Ağaçların vereceği meyve, akit esnasında mevcut olmadığı için akde konu olmaz. Leş ve kan, şer'an kıymet verilmediği, avlanmamış balıklar, üzerinde mülkiyet oluşmadığı için mütekavvim mal olmazlar. Bu sebeple de rehin akdine konu olmazlar. Hür insan, mutlak olarak mal olmadığı için rehin akdinin konusu değildir. Rehinin malum olması gerekir. Bu tayin ile belirli hale gelen (teayyun) kıyemi veya misli bir mal olmasını gerektirir. Malikiler, misli malların çözülmeyecek şekilde tab' edilmiş olmaları şartıyla rehninin geçerli olduğunu kabul etmişlerdir. Bu yaklaşımlarına uygun olarak dinar, dirhem ve fülus gibi paraların, aynıyla tanınmayan yiyecek ve katıkların, hacim ve ağırlık ölçü birimleriyle satılan malların mürtehinin kendisinden yararlanıp mislini geri vermesini önleyecek şekilde tab' edilmeksizin rehninin caiz olmadığını kabul etmişlerdir. Kendiliğinden tab' edilmiş sayılan takılar gibi ayların ise ayrı bir tab'a gerek olmadan rehninin geçerli olduğu görüşündedirler.

İçki ve domuz gibi şer'an mal sayılmayan şeyler rehin akdine konu olmaz. Ancak Hanefilere göre, içkiyi rehin veren (râhin) kişi zimmî ise, akit kurulmuş sayılmadığı için onu teslim alan müslümanın elinde gasp hükümlerine tabi olarak bulunur ve telef olduğunda tazmini gerekli olur. Çünkü zimmî bakımından içki, mütekavvim bir mal olup tazmin hükümlerine tabidir. Tersine bir işlem ile rehni veren Müslüman ve rehni alanın (mürtehin) zimmî olması durumunda, hiçbirinde tazmin sorumluluğu oluşmaz. Zimmîlerin içki ve domuzu konu alan rehinleri kendi aralarında ise geçerlidir.

Bu kayıtları taşımayan mallar ve menfaatler üzerinde rehin işlemi tesis edilmez. Malikiler bu yaklaşımdan belirli oranda uzaklaşıp, ürküp kaçmış hayvan örneğiyle anlattıkları zayıf ğarar bulunan malı rehin vermeyi sahih saymışlardır. Cenin rehin verilmesiyle örnekledikleri kuvvetli ğarar bulunan malın rehnini ise geçerli saymamışlardır. Malikîlerin dışındaki hukukçular rehnin "ayn" olması gerektiğini savunmuşlar ve menfaatlerin rehin olmayacağını kabul etmişlerdir. Rehinin ayn olmasını şart koşturmayan Malikîler ise, menfaatlerin rehin olabileceğini kabul etmişlerdir. Hanefiler menfaatlerin mal olmayışı, Şafîî ve Hanbelîler ise,

menfaatlerin borcun ifa zamanından önce tükenmesi sebebiyle rehin olamayacağını savunmuşlardır.

Rehinin mevcut, malum, mütekavvim ve teslimi mümkün bir mal olmasının şart koşulması alacakların rehni meselesini gündeme taşımıştır. Hanefî ve Şafîî doktrini bakımından alacakların rehni geçerli değildir. Bununla birlikte bazı Şafîî ve Hanbelî hukukçuları alacağın rehnini geçerli görmüşlerdir. Malikiler ise, alacağın rehnini ikiye ayırmışlardır. Alacağın rehninin birinci şekli, karşılıklı olarak alacaklı olan şahıslardan birinin alacağını diğer tarafa olan borcunun rehni yapması şeklinde gerçekleşir. Maliki hukukçular, alacağın bu şekilde gerçekleştirilen rehnini sahih kabul ederler. Alacağın rehninin ikinci şekli ise, borçlunun alacaklısına üçüncü bir şahıstaki alacağını rehin vermesi şeklinde gerçekleşir. Örneğin Ali'nin Süleyman'dan alacağı vardır, Süleyman'ın ise Sedat'tan alacağı vardır. Süleyman Ali'ye Sedat'taki alacağını rehin verir. Alacağın rehninin bu türünü maliki hukukçular, sahip olduğuna şahit tutarak kabzetmek ve mürtebine belge vermek gibi şartlarla sahih sayarlar.

2. Rehin (merhûn), rehne konu olmayan mallar ile meşgul olmamalıdır. Rehnin, rehin verenin veya başka bir kişinin hakkı ile meşgul edilmesi mürtehinin kabzına engel olur. Örneğin rehin verilen evde râhinin akde konu olmayan eşyalarının bulunması gibi... Bu şekilde yapılan işlemde, kabz gerçekleşmediği için akit geçerli değildir. Çünkü kabzın anlamı akdin konusu rehnin tasarruf dışına çıkarılmasıdır. Başkası ile meşgul olan rehinde sözkonusu tahliye gerçekleşmiş olmaz. Rehin olmayan bir hak ile meşgul edilen merhûn, kabza engel kalmayacak şekilde tahliye edildiğinde akit sahih olur.

3. Rehin, rehin olmayan bir mala ayrılmaz fiziki bir bağ ile bağlı olmamalıdır. Rehnin, ayrılmaz bir bağ ile bağlı olmasının örneği, arsanın üzerindeki ev ve arazinin ağaçları dâhil olmadan, ekin ve ağacın arazisi dâhil olmadan rehnedilmesidir. Bu durumlarda rehin ile rehne konu olmayan aynlar arasında ayrılmazlık (ittisal) bulunmakta ve bu durum, kabzın gerçekleşmesine engel olarak akdi sahih olmaktan çıkarmaktadır.

4. Hanefîler, taksime elverişli olsun olmasın rehnedilecek malın şâyi hisseli olmaması gerektiği görüşündedirler. Onlara göre, kabzı mümkün olmayan bu malların rehnedilmesi geçerli değildir. Rehin gibi kabzın şart koşulduğu akitlerden biri olan hibe akdinde ise, taksime elverişli olmayan şâyi hisseli malın hibe edilmesi kabza ve buna bağlı olarak hibenin sıhhatine engel görülmemiştir. Rehin akdinde ise merhûn, ister akit esnasında şâyi hisseli olsun, isterse akit kurulduktan sonra şâyi

hisseli olsun akdin kuruluşu tamamlanmış olmaz. Hanefilerin yaygın görüşü böyle olmasına karşın, Ebu Yusuf, akitten sonra ortaya çıkan durumun akdin devamına engel olmayacağını söylemiştir. Maliki, Şâfiî ve hanbelî hukukçular şâyi aynın rehnini geçerli kabul ederler.

5. Rehin verilen malın (merhûn), rehin verenin mülkü olması şart değildir. Ancak tasarruf yetkisi olmalıdır. Bunun sonucudan velayet altındaki malın veya ödünç (ariyet) alınan malın rehni geçerli olur.

Mal üzerindeki veli ve vasilerin, velayat ve vesayetleri altındaki kişilerin mallarını, izinlerini almaksızın, onların veya kendilerinin bir borcu karşılığında rehin vermeleri geçerlidir. Çünkü veli ve vasinin, himayelerindeki kişilerin mallarını üzerinde satım ve emanet nitelikli işlemler tesis etme yetkileri bulunmaktadır. Rehin akdinin emanet veya mübadele işlemlerinden biri olduğu söylenebilir. Veli velayeti altındaki mal üzerinde bu iki yetkiye de sahiptir. Velinin rehin verdiği mal mürtehinin yanında telef olursa, borcun karşılığı kadar olan kısmı kadar borçtan düşer. Veli borçtan düşen kısmı kadarını velayeti altındaki kişiye tazmin eder. Malikî, Şafî ve Hanbelî hukukçular, velinin velayeti altındaki şahsın malını kendi yararı için rehin veremeyeceğini, ancak velayeti altındaki şahsın yararına olan bir iş karşılığında kurduğu rehin işleminin geçerli olduğunu kabul etmişlerdir.

Ariyet alınmış malın ariyet verenin (muîr) izni ile borça karşılık rehin verilmesi geçerlidir. Buna rehn-i müsteâr adı verilir. Mal sahibinin izni mutlak ise, ariyeti alan (müsteîr) her şekilde onu rehin verebilir, mukayyet ise belirlenen kayıtlarla sınırlı olarak rehin verebilir. (Mecelle, md. 756-728). Mukayyet ariyet ile alınan bir malın izin sınırları dışına çıkılarak rehin verilmesi halinde telef olan malı ödünç alanın (müsteir) tazmin etmesi gerekir. Çünkü izin sınırlarını aştığı anda ödünç, gasp edilmiş mal hükümlerine tabi olur. Ödünç (ariyet) veren, ödünç alanın (müsteir) borcunu ödeyerek rehni çözmesi halinde bütün ödediğini talep ile rücu hakkına sahiptir. Ödücünü almak için ifada bulunan bu kişi teberruda bulunmuş kabul edilmez; çünkü malına ulaşmak için bu ifaya mecbur olmuştur.

Rehnin (merhûn) taşınması gerek şartlar hakkında yukarıda verilen bilgilere göre üç tür rehin bulunmaktadır:

1. **Caiz rehin:** Gerekli şartları taşıyan rehinlerdir. Satım akdine konu olabilen mevcut, malum, mütekavvim ve teslimine güç yetirilebilen (makdût'teslîm) mallar gibi...

2. **Batıl Rehin:** Mütakavvim mal olma vasfına haiz olmayan ve satımı caiz olmayan eşya ve varlıklar batıl rehindir. Hür insanın, kan ve leşin rehn edilmesi gibi...

3. **Fasit Rehin:** Mütakavvim bir mal olmakla birlikte kabzı mümkün olmayan malların rehni fasittir. Örneğin, teslim edilmemiş ürünün (mebi'), şayi hisseli malın (muşâ'), başkasının hakkıyla meşgul olan malın, sirke olarak satın alıp rehin verdiği sirkenin de şarap olduğunun ortaya çıkması gibi...

12.8. Rehin Akdinde Şart

Rehin akdi, şarta ta'liki ve zamana izafeyi kabul etmez. Çünkü rehin akdinde borcu ifa (ifa ve istîfâ') anlamı bulunmaktadır. Bu yönü ile ta'liki ve muzaf şart kabul etmeyen satın akdine benzer. Akdın gereğine (mükteza) uygun şartların koşulma halinde akit sahihtir. Akdın müktezasına uygun olmayan şartlar koşulduğunda ise akit fasit/batıl olur.

Rehin akdi kabz ile tamamlanır. Bu sebeple rehlin râhinin elinde kalması ve kabzedilmemesi şart koşulduğunda akit kurulmuş olmaz. Rehlin adl olarak adlandırılın güvenilir bir kişi tarafından kabzedilmesi şeklindeki şart geçerlidir. Adl rehni teslim aldığı anda akit kurulmuş olur. Çünkü adl, koruma bakımından râhinin, haps bakımından mürtehinin (rehin alan) temsilcisidir.

Rehin akdinde râhinin şart muhayyerliği hakkı vardır. Mürtehin bakımından ise bu muhayyerlik hakkı bulunmamaktadır. Bunun sebebi rehin akdinin tamamlandıktan sonra râhin bakımından bağlayıcı (lâzım) olmasıdır. Mürtehin ise akdi tek taraflı fesih hakkına sahiptir, bu bakımdan şart muhayyerliği mürtehin bakımından anlamlı değildir.

12.9. Rehlin Kabzı

Hanefî hukukçular, el çekmek ve terk etmek anlamına gelen kabzı, zilyetlik kurma imkânı olarak olarak tanımlar ve bunun, râhinin el çekerek rehin ile mürtehinin arasını serbest bırakması (tehalli) ile meydana geldiğini kabul ederler. Bu işlem gerçekleştiğinde râhin teslim eden (müslim) ve mürtehin de kabzedenden (kâbid) olarak adlandırılır. Zahiru'r-rivaye olan görüş böyledir. Ebu Yûsuf'a göre ise, menkul malların kabzında tahliyet yeterli değildir, nakletme şartı bulunmaktadır. Şafîî hukukçular da menkul malların kabzında nakletmeyi şart komşulardır.

Züfer dışındaki Hanefi hukukçular, kabzı, rehin akdinin rükünü saymazlar. Bu hukukçulara göre, rehin akdinin meşruiyetine esas alınan ayetteki “kabzedilmiş rehinler” ifadesinde “kabzedilmiş” lafzının rehin lafzından hemen sonra gelmiş olması, onu rükün olmaktan çıkarmaktadır. Eğer kabz, rehin kavramının zaten içerisinde olsaydı ayrıca ifade edilmezdi. Bu yaklaşımlarıyla Hanefiler kabzın rehin akdinin rükünü değil, şartı olduğu sonucuna varmışlardır. Kabzın sıhhat veya lüzum şartı olduğuna ilişkin bir tartışma Hanefi hukukçular arasında bulunsa da daha sahih kabul edilen görüşe göre kabz akdin lüzum şartıdır. İcab ve kabul ile kurulmuş olan rehin akdi kabz ile tamam olup bağlayıcı hale gelir. Rehin, bir teberru akdi olması sebebiyle râhin rehni teslime zorlanamaz. Bu durumda satıcı rehinden vazgeçmek veya akdi feshetmek arasında muhayyerdir. Şâfiîler, rehin akdinin bağlayıcılığı (lüzum) hususunda kabzı rükün olarak adlandırırlar. Bu yaklaşımlarıyla Şâfiîler, kabz lüzum şartı oluşunda Hanefilere benzer görüşler ortaya koymuşlardır. Malikiler, rehin akdi, icab ve kabul ile kurulduğunda, kabzedilmemiş de olsa teminat olarak gösterilen aynın rehin vasfı kazandığını kabul ederler. Bunun sonucu olarak rehni teslim etmek istemeyen râhinin teslime zorlanacağını kabul ederler.

Rehinin kabzı, rehin verenin (râhin) iznine bağlıdır. Bu izin açık beyan (nass) veya delalet yolu ile verilebilir. İzin verilmiş kabzın mecliste veya tarafların ayrılması ile sona ermesinden sonra yapılmış olması arasında fark yoktur.

12.10. Hükümleri

12.10.1. Rehin Ve Borcun Arttırılması

Ebu Hanife ve Muhammed’e göre rehine (merhûn) ilavede bulunmak geçerlidir. Bu hukukçulara göre sonradan ilave edilen mal, rehinin aslına ilave dilir ve rehnin bütün hükümleri bu mal için de gerekli olur. Rehnine ilavede bulunmayı geçerli kabul eden hukukçular, bu ilavenin rehnin teminatı olduğu borcu şâyi bir niteliğe büründüğünü; ancak borcun (deyn) şâyi olmasının akde zarar vermeyeceği düşüncesindedirler. Bu iki hukukçu, rehin akdinde borcun (deyn) arttırılmasını ise sahih görmez. Bu hukukçulara göre borca (merhûn bih) ilavede bulunmak, rehni arttırmaya benzer bir etki meydana getirir ve rehnin şâyi hale gelmesine yol açar. Fakat rehnin şâyi hale gelmesi, borcun şâyi olmasından farklı olarak akdi fasit kılar. Şâfiî ve Hanbelî hukukçular da rehin akdinde rehnin arttırılmasını kabul ederken borcun arttırılmasını kabul etmezler.

Hanefî hukukçusu Ebu Yusuf, rehin akinde rehnin ve borcun arttırılmasını, satım akdindeki bedellerin arttırılmasına benzetmiştir. Satım akdinde bu işlemin akde zarar vermeyişi gibi rehin akdinde de akde zarar vermediğini ve her iki şekilde de ilavede bulunmanın geçerli olduğunu geçerli kabul etmiştir. Diğer bir Hanefî hukukçusu olan Züfer ise her iki durumda da ilavenin caiz olmadığı kanaatindedir. Züfer, borca ilavenin sahih olmayışına Ebu Hanife ile Muhammed'in gerekçeleri ile karşı çıkar. Rehne ilavenin sahih olmayışını ise, işlemin ilk rehni, borcun bir kısmına karşılık verilmiş bir rehin konumuna düşüreceği için caiz olmadığını söyler. Mecelle, Ebu Yusuf'un görüşünü esas alarak, kurulmuş bir rehin akdinde rehnin ve borcun (deyn) arttırılmasının geçerli olduğunu kanunlaştırmıştır. (Mecelle, md. 713-714).

Bir malın aralarında ortaklık olsun veya olmasın iki kişinin alacağını güvencelemek üzere rehin verilmesi geçerlidir. Bu durumda rehin iki alacağın (deyn) toplamı karşılığında rehin olmuş olur. (Mecelle, md. 721). Böyle bir durumda Hanefî hukukçulara göre râhin, iki mürtehinden birinin borcunu ifa ederse, rehnin herhangi bir kısmını geri kabz edemez. Çünkü rehin her iki alacaklının borcuna karşılık olarak hapsedilmiştir. Borcun tamamı ifa edilmediği sürece bütünü hakkında rehin kalmaya devam eder. Rehnin telef olması halinde her iki mürtehin alacağını almış kabul edilir. Borç ifa edilmediğinde rehnin mali değeri, aralarında herhangi bir öncelik olmaksızın alacakları oranınca taksim edilir. Hanbelî hukukçular birden fazla kişiden bir rehnin alınması veya iki kişinin bir rehin almaları halinde birinin borcunun ibrası ile rehnin ilgili miktarının çözüleceği görüşündedirler.

12.10.2. Rehin İle İlgili Harcamalar

Maliki, Şafî ve Hanbelî hukukçular rehin ile ilgili tüm masrafların râhinin sorumluluğunda olduğunu ve kendi malından bu harcamaları yapacağı görüşündedirler. Hanefî hukukçular, rehnin varlığının ve menfaatinin devamını sağlamaya dönük harcamaların, râhinin sorumluluğunda -mülkü olmaya devam ettiği için- olduğunu kabul etmişlerdir. Örneğin, rehnin hayvan olması durumunda yemi ve çoban ücreti râhin tarafından karşılanır.

Hanefî hukukçular, zilyetlik hakkından kaynaklanan koruma harcamalarının mürteherine ait olduğu görüşündedirler. Rehin malın mülkiyeti râhinin olmaya devam etse de malın, zilyetlik menfaatine mürtehin sahiptir. Rehin malı korumak ve borcu ifa edildikten sonra râhine iade etmek bu sebeple onun görevidir. Bu şekilde rehni iade masrafları kapsamında değerlendiren koruma harcamaları mürteherine ait olur ve rehni

muhafaza etmek için tuttuğu bekçinin veya kiraladığı mekânın ücretini yüklenir. Şâfiî hukukçular, rehnin hak ve menfaatlerinin râhine ait olduğunu, dolayısıyla bütün masraflarının da ona ait olması gerektiğini söylerler. Mürtehinin rehnin bazı menfaatleri karşılığında bazı masraflarını yüklenmeyi şart koşması halinde akdin batıl olacağını söylerler.

12.10.3. Rehinden Yararlanma Ve Tasarruf

Mürtehinin rehin üzerindeki yetkisi hapsedmektir. Mutlak rehin akdiyle mürtehinin, rehin mal üzerinde tasarruf ve yararlanma yetkisi oluşmaz. Bu sebeple rehinin binilen veya sağılan bir hayvan olması halinde bazı görüş farklılıkları bulunsa da, mürtehinin rehinden yararlanması bütün fıkıh mezheplerince meşru görülmemiştir. Rehnin hayvan olması durumunda sütünü sağlamak veya yük hayvanı ise binmek yoluyla yararlanmayı Ahmed b. Hanbel meşru görmüştür. Hanefî, Malikî ve Şâfiî mezhepleri bu durumda da mürtehinin akit ile yararlanma hakkı kazanmadığı görüşündedirler. Mürtehin, râhinin izni olmadan kullanma, ikamet etme ve giyme gibi yollarla rehinden yararlanamaz. Bizzat kendisi yararlanamadığı gibi rehni icâre ve ariyet olarak da veremez. Rehinden izinsiz yararlanan mürtehin yetkisini aşmış (müteaddi) kabul edilir. Ancak bu sebeple rehin sona ermez. Mürtehin râhin izniyle tasarrufta bulunursa bu caiz olmakla birlikte, yararlanma anından rehin mal emanet mal hükümlerine tabi olur. Öncesinde ve sonrasında ise rehin hükümleri geri döner.

Mürtehinin, rehin malı râhine ödünç (ariyet) olarak vermesi geçerlidir (sahih). Bu haldeyken telef olması halinde mürtehin üzerinde tazmin sorumluluğu bulunmaz. Ariyet olarak alınan rehin malın, mürtehine tekrar teslim edilmesi ile rehin hükümleri yeniden geçerli olur.

Rehin, râhinin mülkiyetinde bulunmaya edevam etse de tasarruf yetkisi, mürtehinin hapsi sebebiyle ortadan kalkmıştır. Bu sebeple rehinden satma, kiraya verme vs. suretinde yararlanma hakkı bulunmamaktadır. Mülkiyet hakkının devam etmesi sebebiyle rehinin neması (hayvanın yavrusu, sütü, semizlenmesi gibi) râhine aittir. Hanbelîler, taraflar anlaşmadıkları takdirde rehin çözülünceye kadar rehinin neması, râhinin malı olsa da mürtehininin elinde telef olacağını ancak rehnin menfaatlerinin telef edilmesinde yarar bulunmadığını ifade ederler.

Bu noktada rehnin nemasının rehin olup olmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Rehnin neması, fiziksel olarak rehinden ayrı olan ve ayrı olmayan nema şeklinde ortaya çıkar. Fiziksel olarak ayrı bir varlığı olmayan hayvanın yağlanması,

yavrunun büyümesi türünden nemanın rehne dâhil olduğu hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. Fiziksel olarak rehinden ayrı bir varlığı bulunan nema ise, Maliki hukukçuların adlandırmasıyla “rehinin yaratılış ve suretin olan” ve “rehinin yaratılış ve suretinde olmayan” şeklinde iki kısma ayrılır. Birinci gruba, hayvanın yavrusu ve hurmanın fidanı (fuslân) örnek verilebilir. Bu grup nema rehne dâhildir. Bu hususta Hanefî ve Maliki hukukçular müttefiktir. İkinci grubu ise rehinden mütevellid olan ve mütevellid olmayan şeklinde iki alt sınıfa ayırmak mümkündür. Mütevellid olana ağacın ürünü, hayvanın sütü ve yünü örnek olur. Mütevellid olmayana ise, evin kirası örnek verilebilir.

Hanefî hukukçular, rehnin yaratılış ve suretinde olmayan ancak ondan doğup (mütevellid) ayrı bir varlığı bulunan (temyiz edilebilen) her nemayı rehne dâhil kabul etmişlerdir. Buna göre hayvanın sütü ve yünü rehne tabidir. Kira geliri gibi rehinden mütevellid olmayan nema ise rehne dâhil olmaz. Maliki hukukçulara göre, rehnin yaratılış ve suretinde olmayıp ondan mütevellid olan veya olmayan nema rehne dâhil değildir. Şafiî, yalnızca rehinden temyiz edilemeyen nemanın rehne dâhil olduğunu, diğer nemanın rehne dâhil olmadığı görüşündedir. Hanbelî hukukçular rehnin bütün nemâsının (bitişik ve ayrı) rehne dâhil olduğunu ve rehin ile birlikte satılacağını kabul ederler.

Hanefî hukukçulara göre rehne dâhil olan nemanın telef olması borcun bir miktarının azalmasını sağlamaz. Bunun sebebi asıldan doğan nemanın, rehin akdi kapsamında yer almaması ve borcun bir kısmına karşılık olmamasıdır. Ayrıca mürtehin, asla bağlı olarak (tebei) rehin olan nemayı alacağına karşılık olarak kabzetmemiştir. Rehnin telef olduktan sonra nemanın mevcut olması durumdan ise, râhin, borçtaki hissesi kadar nemayı çözer. Böyle bir durumda nema maksat haline gelir ve borçta bir hissesi olur. Değeri ise çözme zamanında sabit olan değerdir. Örneğin bir kişi bir koyunu 900 tl karşılığında rehin bırakmış olsun. Koyunun kabz günündeki değeri de 1000 tl olsun. Daha sonra rehnin çözümü (fekk) günü değeri 500 tl olan bir yavru doğurmuş olsun. Bu şekilde koyun ile yavrunun değeri 1500 tl olmuş olur. Esas borç olan 900 tl olan borç bu değer esas alınarak üçe taksim edilir. Asıl rehnin payına borcun üçte ikisi, nemanın payına ise üçte biri karşılık sayılır. Buna göre borcun 600 tl si asıl rehine karşılık gelir ve düşürülür. Nemaya ise borcun 300 tl’si karşılık gelir. Bu durumda râhin üçte biri yani 300 tl mürteherine öder ve nemayı alır.

12.10.4. Rehnin Tazmini

Rehin (merhûn), kabz ile birlikte mürtehinin tazmin (daman) sorumluluğu altına girmiş olur. Rehnin zilyetliğinin mürteherine verilmesi, borcun inkârı riskini ortadan kaldırması bakımından bir tür ifa niteliğine sahiptir. Rehnin mürtehinin elinde telef olması halinde ise, ifa anlamı pekişmiş olur ve mürtehin alacağını aldığı kabul edilir. Bu sebeple ikinci bir ifanın yapılması, karşılığı olmayan bir ödeme niteliğinde görülmüş ve faize (riba) yol açacağı kabul edilmiştir.

Hanefî hukukçulara göre rehin mal, aynı bakımından emanet olsa da mali değeri bakımından tazmin hükümlerine tabidir. Bu sebeple rehin malın, karşılığı olduğu borcun (deyn) miktarı kadar olan kısmı tazmin; bundan fazla olan kısmı ise emanet hükümlerine tabidir. Bunun sonucu olarak Hanefî hukukçular, rehnin, borcun veya rehnin mali edeceğinin daha azı ile tazmin edileceğini söylemişlerdir. Rehin ile borcun birbirini karşılaması halinde borç ifa edilmiş kabul edilir. Rehnin mali kıymetinin borçtan daha az olması halinde kıymeti kadar olan kısım borçtan düşmüş olur. Mürtehinin, telef olan rehne karşı borç veya rehnin mali edeceğinin daha azı kadar sorumlu olması teaddi veya taksirinin olmayışı halindedir. Mürtehinin teaddisi olursa gasbın tazmini hakkında geçerli olan hükümlere göre tazmin ile sorumlu olur. Diğer bir ifadeyle rehnin borcun miktarını aşan kısmını da tazmin etmesi gerekir.

Şâfiî ve Hanbelî hukukçular, rehni mürtehinin elinde emanet hükümlerine tabi kabul ederler. Bu sebeple “kasıtlı zarar verici fiili” (udvan/teaddî) olmadığı sürece mürtehini tazmin ile sorumlu tutmazlar. Maliki hukukçular, tazmin bakımından rehinleri telef oluşu gizli kalan ve kalmayan şeklinde ikiye ayırırlar. Telef oluşu gizli kalan altın, gümüş, ticaret malı ve yiyecek türünden rehinlerde, mürtehin telefin kendisinden kaynaklanmadığını ispatlamadığı sürece tazmin gerekli olur ve taraflar rehin veya borcun fazla olanını birbirlerine iade ederler. Telefî açık olarak bilinen mallarda ise rehin mürtehinin teaddi ve taksir içeren fiili ile telef olmamışsa tazmin gerekli olmaz.

Rehnin mali değeri ise, kabz günü esas alınarak tespit edilir, helak günü esas alınmaz. Buna göre örneğin, mürtehinin elinde kırılan ve 10000 tı karşılığında rehnedilmiş olan bir vazonun kabz günündeki mali değeri 15000 tı olduğunu düşünelim. Bu durumda vazo daha azı ile tazmin edilir kaidesine göre 10000 tı kısmı borçtan düşürülür. Geri kalan 5000 ise emanet hükümlerine tabidir. Mürtehinin teaddi ve taksiri yoksa emanet hükümlerine tabi kısmı tazmin etmesi gerekli olmaz.

Mürtehinin emanet verme, satma, icare, ariyet, rehin veya bunlar gibi bir yol ile rehinde tasarrufta bulunması teaddi sayılır. Teaddi ve taksiri olduğunda mürtehin, yalnızca borcun kıymetinden fazla olan miktarını değil, rehnin tamamını tazmin eder.

Tarafların adle bırakmayı kararlaştırdıkları rehin mal, mali değeri bakımından mürtehinin tazmin sorumluluğu içerisinde kabul edilir. Çünkü adlin eli mürtehinin eli gibidir. Adlin teaddi ve taksiri olmadığı sürece mali değerini tazmin mürtehine aittir. Adl, rehin malı, râhin veya mürtehinden birine verirse, emaneti yabancı bir kişiye teslim ettiği kabul edilir ve tazmin ile sorumlu olur. Adl, rehin malın yavrusunu satabilir, mürtehinin talebi halinde rehni satmaya zorlanabilir ve satılan rehnin semeninde, borcun cinsinden farklı olması halinde sarf işlemi yapabilir. Rehni malın satışı için vekil tayin edilebilir. Adl olarak tayin edilen kişi, müvekkilin azli veya ölümü ile azl olmuş sayılmaz. Bu şart ile akit kurulmuş olsa dahi azil gerçekleşmez. Çünkü bu vekâlete mürtehinin hakkı bulunmaktadır.

Çocuk babasının veya ödünç veren (muîr) borçlunun borcunu ödeyerek rehni çözerlerse, ödedikleri teberru sayılmaz. Bütün ödedikleriyle rücu hakkına sahip olurlar. Çocuğun veya ödünç verenin ifasının teberru sayılmayışı, rehnedilmiş mülklerine ulaşmak için ifaya mecbur (muztar) kalmaları sebebiyledir.

12.11. Rehni Satımı Ve Sona Ermesi

Rehni akdi rehne konu borcun eksiksiz ifası halinde sona erer. Bu, akdin ediminin yerine getirilmesi suretiyle sona ermesinden ibarettir. Bu durumda rehni mal üzerinde haps hali sona erer. Mürtehin rehni malı râhine teslim etmek zorunda olur.

Vadesi gelmiş borç ifa edilmediğinde, mürtehinin râhinden alacağını talep etme hakkı bulunur. Borcuna karşılık mürtehinin rehni almış olması talepte bulunmaya ve sebepsiz olarak borcu ödemek istemeyen râhinin hapsedilmesini talep etmesine engel değildir. Çünkü borç râhinin zimmetindedir. Borçlu ifayı geciktirince (mumatele) ifayı sağlamak için mürtehinin hapsini hâkimden talep etme hakkı bulunur. Ancak mürtehin rehni üzerindeki hakkı haps ile sınırlı olduğundan doğrudan rehni maliki olamaz veya rehni kişisel inisiyatifi ile satarak alacağını tahsil etme yoluna gidemez. Mürtehin, rehni satımını talep eder, râhinin rızası ile belirlenen vekil veya adli makamların takip ettiği cebri icra kanalları ile gerçekleşir.

Râhinin, rehni malı vadesi geldiğinde satmak üzere mürtehini, ‘adl’i veya başka bir kişiyi vekil tayin etmesi geçerlidir. Râhinin bu işlemi, malını satması için vekil tayin etmekten ibarettir. Râhinin, vadesi geldiğinde veya vadesi gelmeden önce

kendi mülkü olduğu iddası ile rehni kendisinin satması ise, mürtehinin hapis hakkı sebebiyle kısıtlanmıştır. Rehin malı satmak isteyen râhin borcunu öderse rehin serbest kaldığı için satma hakkına sahip olur. Eğer bunu yapmazsa, rehin hakkındaki satış işlemi mürtehinin iznine bağı (mevkûf) kalır. Mürtehinin izin vermesi halinde satış sahih olur. Ancak Hanefî hukukçulara göre bu durumda rehin sona ermemiş, mürtehinin hakkı, rehnin satış bedeline intikal etmiştir. Çünkü mürtehin satışa rıza göstermekle hakkının iptalini (ıskat) değil, naklini kasdetmiştir.

Mürtehinin râhinin satışına izin vermemesi durumunda ise, fuzulinin tasarrufunda olduğu üzere akdın fesholacağı görüşü doktrinde varsa da, Hanefî fıkhında daha sahih kabul edilen görüşe göre akit fesholmaz. Mevkuf olmaya devam eder. Çünkü akit üzerinde mürteherine tanınan izin verme yetkisi, rehin üzerindeki haklarının korunması içindir. Bu yetkileri akdın kurulmasını engelleyici nitelikte değildir. Bu durumda akdın kurulmuş olduğu kabul edilir ve müşteri muhayyer olur ve iki seçenekten birini takip eder. Birinci seçenekte, rehin çözülünceye kadar sabreder. İkinci seçenekte ise malı teslim almaktan aciz kaldığı gerekçesiyle mahkemeye dava eder.

Mürtehinin râhini borçtan ibra etmesi, borcu kendisine hibe etmesi, rehin borcu doğuran akdın ikalesi, mürtehinin borçlu olduğu bir şahsı râhin üzerine havale etmesi gibi yollar borcu sona erdirdiğı gibi rehnin de sona ermesine yol açar.

Rehin, mürtehin bakımından bağlayıcı olmadığı için mürtehinin tek taraflı iradesi ile akdi feshi halinde sona erer.

KAYNAKÇA VE İLERİ OKUMA LİSTESİ

- Aktan, Hamza, İstisnâ', DİA, yıl: 2001, cilt: 23, sayfa: 394.
- Ali Haydar, Dürer'ul-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm, (Arapça çev.: Fehmi Huseyni, Dâru âlemi'l-kütüb, Riyad 1423/2003.
- Apaydın, H. Yunus, "İbrâ", DİA, yıl: 2000, cilt: 21, sayfa: 263.
- _____ "Karz", DİA, yıl: 2001, cilt: 24, s. 521.
- _____, "Kefâlet", DİA, yıl: 2002, cilt: 25, ss.171-2.
- Atar, Fahrettin, Fıkıh Usûlü, İfav, İstanbul 1992.
- _____, İslâm İcra ve İflas Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1990.
- Aybakan, Bilal, "Sarf", DİA, yıl: 2009, cilt: 36, s. 137.
- _____ "Selem", DİA, yıl: 2009, cilt: 36, s. 402.
- _____ "Temlik", DİA, yıl: 2011, cilt: 40, sayfa: 429.
- _____ İslam Hukukunda Borçların İfası, İFAV, İstanbul 1998, s. 17.
- Aydın, M. Âkif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım, İstanbul 2014.
- _____ İslam Hukukunda Gasb, İslam Tetkikleri Dergisi, İstanbul, 1995, Cilt: 9, ss.163-217.
- _____ "Haksız Fiil" DİA, yıl: 1997, cilt: 15, s. 210-211.
- Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed, el-Binâye fî şehri'l-Hidâye, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1400/1980.
- Bakkal, Ali, "Borçlar hukukunda Sebepsiz Zenginleşme Kurumunun Genel Şartlarından "fakirleşme" Üzerine Mukayeseli Bir Tetkik", Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, yıl: 2001, Sayı: 2, s. 7-46.
- Bardakoğlu, Ali, "Delâlet", DİA, Cilt: 9, ss: 119-122.

- _____ “Haramlar ve Helaller”, İlmihal, TDV Yayınları, Ankara, 2009.
- _____ “Havâle”, DİA, yıl: 1997, cilt: 16, sayfa: 507-512.
- _____ “Hibe”, DİA, yıl: 1998, c. 17, s. 421-426.
- _____ “İcâre”, DİA, İstanbul 2000, cilt: 21 ss.379-388.
- Behûtî, Mansur b. Yunus b. İdris, Keşşâfu’l-kınâ’ an metni’l-iknâ’, Âlemu’l-kutub, Beyrut 1403/1983.
- Bilgili, İsmail, İslam Hukukunda Ma’dumun Satımı, Desen Ofset Matbaacılık, Konya 2011.
- Birsin, Mehmet, İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı, Mengücelli Yayınları, Malatya 2012.
- _____ İslam Eşya Borçlar Hukuku, Malatya 2016.
- Bolay, M. Naci, “Delâlet”, DİA, Cilt: 9, Safa, ss. 119.
- Cevherî, İsmâîl b. Hammâd, es-Sihâh Tâcu’l-Luğa ve Sıhahi’l-Arabiyye, et-Tab’atu’s-sâniye, (Tahk.: Ahmed Abdulğafûr Attâr), Dâru’l-ilm li’l-melayîn, Beyrut 1399/1979.
- Cündi, Ebü’l-Mevedde Ziyaeddin Sidi Halil b. İshak b. Musa, Muhtasaru’l-allâme Halîl, (Tahk.: Ahmed Nasr), Dâru’l-fikr, Beyrut 1401/1981.
- Çalış, Halit, Eşya Hukuku, -İslâm Hukuku El Kitabı içerisinde- (Edt. Talip Türcan), Ankara 2012.
- Çalış, Halit – Hacak, Hasan, “Rehin”, DİA, yıl: 2007, cilt: 34, s. 538.
- Çalışkan, İbrahim, İstisnâ’ Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, AÜİFD, c. 31, ss. 349-365.
- Çeker, Orhan, Fıkıh Dersleri I, Seha Neşriyat, İstanbul 1994.
- _____ İslâm Hukukunda Akitler, Tekin Kitabevi, Konya 2014.
- Çolak, Abdullah, İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar), Göktuğ Ofset, Malatya 2015.
- Dağcı, Şamil, “Hükûmet-i Adl”, DİA, yıl: 1998, cilt: 18, ss. 463-464.

- Dâmâd, Şeyhzâde Abdurrahman b. Muhammed, *Mecmau'l-enhur fî şerhi Multeka'l-ebhur, Dâru'l-kutubi'l-ilmiyye*, Beyrut 1419/1998.
- Demir, Fahri İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2003.
- Derdîr, Ebu Berekât, Sîdî Ahmed, eş-Şerhu'l-kebîr, -Hâşiyetu'd-Desûkî'nin haşiyesinde-, Dâru ihyâi turâsi'l-arabiyye, by. ty.,
- Desûkî, Şemsuddin eş-Şeyh Muhamme Arafe, Hâşiyetu'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-kebîr, Dâru ihyâi'l-kutubi'l-arabiyye, by. ty..
- Ebu Zehra, Muhammed, el-Mülkiyye ve nazariyyetu'l-akd fî's-şerîati'l-İslam, Dâru'l-fikri'l-Arabî, (t.y.).
- Ekinci, Ekrem Buğra, İslam Fıkhında Alış-Veriş Bilgileri, İstanbul 2010.
- Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998.
- Günay, Hacı Mehmet, “Tağrîr”, DİA, yıl: 2010, cilt: 39, ss. 375-376
- Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999.
- Gazâlî, Ebu Hamîd Muhammed b. Muhammed, el-Vecîz fî fikhî'l-imâm eş-Şâfiî, (Tahk.: Ali Muavved – Âdil Abdulmevcûd), Şeriketu dari'l-erkâm b. ebi'l-erkâm, Beyrut 1418/1997.
- Ğanîmî, Abdulğânî, el-Lübâb fî şerhi'l-Kitab, el-Mektebetu'l-ilmiyye, Beyrut.
- Ğazzi, Muhammed Sıdkî, *el-Veciz fî izahi kavaidi'l-fikhi el-küllîyye*, Risale yay. Beyrut 1996
- Hacak, Hasan, “İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı”, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, İstanbul 2005, Cilt: 29, sayı: 2, ss.99-120.
- Hafîf, Ali, el-Mülkiyyetu fî's-şerîati'l-İslamiyye mea'l-mukâraneti bi's-şerâi'l-vadiyye, Dâru'l-fikri'l-Arabî, Kahire 1416/1996.
- Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Ğamzu uyuni'l-besair*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1985.
- Haskefî, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdurrahman, ed-Durru'l-muhtâr şerhu tehvîril'l-eksâr, (Tahk.: Abdulmun'im

- Halil İbrahim),-Mecmeu'l-enhurun içinde- Dâru'l-kutubi'l-ilmiiyye, Beyrut 1433/2002.
- Hattâb, Şemsuddin Ebu Abdullah Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman, Mevâhibu'l-celîl fî şerhi'l-Halîl, Dâru'l-fikr, Beyrut 1412/1992.
- _____ Şemsuddin Ebu Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman et-Trâblusî el-Mağribî, Mevâhibu'l-celîl li şerhi Muhtasari'l-Halîl, (Tahk.: Zekeriyâ Umeyrât), Dâru'Kutubi'l-İlmiiyye, Beyrut 1416/1995.
- İbn Abdilberr, Ebu Ömer Yusuf b. Abdillâh b. Muhammed, el-Kâfî fî fikhî ehli'l-Medîne, Dâru'l-kutubi'l-ilmiiyye, Beyrut 1413/1992.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin, Reddu'l-muhtâr alâ'd-Durri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebsâr, (Tahk.: Âdil Ahmed Abdulmecûd – Ali Muhammed Muavved), Dâru âlemi'l-kütub, Riyad 1423/2003.
- İbn Bureyd, Ebu Bekr Muhammed b. el-Hasen, Cevheretu'l-luğa, (Tahki: Remzi Münir Ba'lebekki, Dâru'l-ilm li'l-melâyin, Beyrut 1987
- İbn Emîr Hâc, Ebu Abdullah Şemsuddin Muhammed b. Muhammed (ö.879/1474), et-Takrîr ve't-tahbîr,et-Tab'atu'l-ûlâ, el-Matbaatu'l-kubtâ el-emîriyye, Mısır 1316.
- İbn Fâris, Ebu'l-Huseyn Ahmed b. Zekeriyâ, Mekâyîsu'l-luğa, Tahk: Abdusselâm Muahmmmed Hârûn, Dâru'l-fikr, 1399/1979.
- İbn Hâcib, Ebû Amr Cemâlüddîn, Câmiu'l-ummuhât, (Tahk.: Ebu Abdurrahman el-Hıdır el-Hıdırî, el-Yemâme li't-tabâa ve'n-neşr, 1421/2000.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zer'î ed-Dimeşkî, İ'lâmu'l-muvakkîn an Rabbi'l-Âlemîn, (Tahk.:

- Muhammed el-Mu'tasimillah el-Bağdâdî), Dâru'l-kitâbi'l-arabî, Beyrût 1416/1996.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebû Muhammed b. Abdillâh b. Ahmed, el-Kâfî, (Tahk.: Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî), Dâru'l-hecr, by. 1418/1997.
- İbn Mâze, Burhânuddin Ebu'l-Meâlî Mahmûd b. Ahmed b. Abdulazîz (ö.616/1219), el-Muhît el-Burhânî fî'l-fikhi'n-Numanî, (Tahk.: Abdulkerim, Sâmî el-Cundî), Dâru kutubi'l-ilmiyye, et-Tab'atu'l-ûlâ, Beyrut 1424/2004.
- İbn Nüceym, Zeynülabidin b. İbrahim el-Mısri (ö.970/1563), el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik, Dâru'l-kutubi'l-ilmiyye, et-Tab'atu'l-ûlâ, Beyrut 1418/1997.
- İbn Receb, Zeynuddin Abdurrahman b. Ahmed, Takrîrû'l-kavâid ve tahrîrû'l-fevâid (el-Kavaid), Dâru İbn Affân, yy. ty.
- İbn Rüşd el Cedîd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö.520/1126), *el-Mukaddemât ve'l-mumehhedât*, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, 1. bs., 1408/ 1988.
- İbn Rüşd el-Hafîd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî (ö.595/1199, Bidâyetu'l-Muctehid ve Niâyetu'l-Muktesid, (Tahk. Muhammed Subhî Hasen Hallâk), Mektebetu İbn Teymiyye, et-Tab'atu'l-ûlâ, Kâhire 1410.
- İbn Teymiyye, Takıyyuddîn Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Adilhalîm el-Harrânî, Mecmûu'l-fetâvâ, Tahk.: Âmir el-Cevvâz, Enver el-Bâz, Dâru'l-vefâ, et-Tab'atu's-sâlise, 1426/2005.
- İbnu'l-Hümâm, Kemâluddin Muhammed b. Abdulvahhâb, Şerhu Fethu'l-Kadir, (Kâdızâde, Şemsuddin Ahmed, Netâicu'l-efkâr fî keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr ile birlikte) Dâru'l-kutubi'l-ilmiyye, Beyrut 2003,

- İsfahânî, er-Râğıb (ö.425/1034), Müfredâtu elfâzi'l-Kur'ân, Thk. Safvân Adnân Dâvûdî, ed-Dâru's-Şâmiyye & Dâru'l-Kalem, Dimeşk 1412/1992
- İyimaya, Ahmet, "İnsan Zararları Konusunda Belirmekte Olan Bazı Yeni Eğilimlerin Analizi", Türkiye Borolar Birliği Dergisi, Yıl: 1994, Sayı: 2, s. 193-232.
- Karadâgî, Ali Muhyiddin Ali, Buhûs fî fıkhi'l-muâmelâtî'l-mâliyyeti'l-muâsıra, Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, Beyrut 1430/2009.
- Karâfî, Şihâbuddîn Ahmed b. İdrîs (ö.684/1285), Envâru'l-burûk fî envâi'l-furuk –el-Furûk-, (Tahk.: Ömer Hasen el-Kıyyâm), Messesetu'r-risâle, Beyrut 1424/2003.
- _____, ez-Zahîra, (Tahk.: Muhammed Bûhubze), Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, Beyrût 1994,
- Karaman, Abdullah, "İslam Hukukunda Şahsa (Nefse) Kefâlet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukukun'ndaki Yeminatla Salıverme Müessesesi ile Mukayesesi", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 2 Sivas 1998.
- Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul 2013.
- _____, Ana Hatlarıyla İslam Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul 2010.
- Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, Bedâiu's-senâi' fî tertîbi's-şerâi', Dâru Kutubi'l-İlmiyye, et-Tab'atu'sâniyye, Beyrut 1406/1986.
- Kaşıkcı, Osman, "Zaman Aşımı", DİA, cilt: 44, ss. 114-116.
- Kaya, Ali – Çalış, Halit Çalış, "Haksız İktisap", DİA, yıl: 1997, cilt: 15, ss. 211-216.
- Koca, Ferhat, "İkrar", DİA, cilt: 22; ss. 38-40.
- Köse, Saffet, İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, İstanbul 1997.
- Kudâî, Ebu Abdullah b. Selâme, Müsnedu's-Şihâb, (Tahk.: Hamdî Abdulhamîd es-Selefi), Müssestu'r-risâle, et-Tab'atu'l-ûlâ, Beyrut 1405/1985.

- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb, *el-Hâvi'l-Kebîr*, (Tahk. Ali Muhammed Muavved ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût 1414/1994.
- _____, el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye, Thk. Hâlid Abdullatîf es-Seb' el-İlmî, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrût 1410/1994.
- _____, el-İknâ' fî fikhi's-Şâfiî, (Tahk.: Hıdır Muhammed Hıdır), Dâru ihsân li'n-neşri ve't-tevzî', Tahrân 1420
- Mevsilî, Abdullah b. Muhammed b. Mevdûd (ö.683/1284), el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr, Çağrı Yayınlar, İstanbul 1984.
- Meydânî, Abdulğânî el-Ğanîmî ed-Dimeşkî, el-Lubâb fî şerhi'l-Kitâb, Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, Beyrût 1436/2015, II/114
- Misrî, Refîk Yûnus, Fıkhü'l-muâmelât el-mâliyye, Dâru'l-kalem, Dimeşk 1432/2011.
- Nasr Selman-Suâd Sathî, Fıkhü'l-muâmelât el-Mâliyye ve edilletuh inde'l-mâlikiyye, Dâru İbn Kesîr, Dimeşk-Beyrut 2007.
- Nevevî, Muhyiddin Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref, Ravdatu't-tâlibîn ve umdetu'l-müftîn, Mektebetu'l-islâmî, Beyrut 1416/1991.
- Râfiî, Ebu'l-kâsım Abdulkerim b. Muhammed b. Abdulkerim, el-Azîz şerhu'l-Vecîz, (Tahk.: Ali Muhammed Muavved – Âdil Ahmed Abdulmevcûd), Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut 1417/1997
- Râzî, Fahrüddin Muhammed b. Ömer b. el-Huseyn, el-Mahsûl fî usûli'l-fıkh, (Tahk.: Tâhâ Câbir Feyyâd el-Alvânî, Müessesetu'r-risâle, 1418/197, VI/105-108.
- Resâ', Ebû Abdillâh Muhammed b. Kâsım el-Ensârî (ö. 894-1489), Şerhu Hududi'bni Arefe -el-Hidâyetu'l-Kâfiyetu's-Şâfiyye li Beyânî Hakâiki'l-İmâmi'bni 'Arefeti'l-Kâfiyye-, (Tahk., Muhammed Ebu'l-Ecfân ve et-Tâhir el-Ma'mûrî), Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1993.

- Semerikândî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed (539/1144), Tuhfetu'l-fukhâ, et-Tab'atu'l-ûlâ, Dâru'l-Kutubi'l-ilmîyye, Beyrut 1405/1984.
- Senhûrî, Abdurrezzak, Mesâdiru'l-hakk fî'l-fikhi'l-islamiyyî, Menşûrâtü'l-halebî'l-hukûkiyye, Beyrut 1998.
- _____, Nazariyyetu'l-akd, Menşûrâtü'l-halebî el-hukûkiyye, Beyrut 1998
- Serahsî, Şemsu'l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl (ö.483/1090), Temhîdu'l-ukûl fî'l-usûl (Usûlu's-Serahsî), (Tahk.: Ebû'l-Vefâ el-Efġânî), Dâru'l-Kutubi'l-İlmîyye, Beyrût 1417/1996.
- Şâtîbî, Ebu İshak İbrahim b. Mûsâ, el-Lahmî el-Ġirnâtî (ö.790/1388), el-Muvâfakât fî usûli's-şerîa, (Tahk.: Ebu Ubeyde Meşhûr b. Hasen Al Selmân), et-Tab'atu'l-ûlâ, Dâru ibn Affân, Beyrut 1417/1997.
- Şeyhzâde, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman el-Kelîbolî, Mecmeu'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut 1419/1998.
- Şirbinî, Şemsuddîn Muhammed b.el-Hatîb, Muġni'l-muhtâc ilâ Ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1418/1997.
- Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed Selâme, Şerhu Müşkili'l-âsâr, (thk.Şuayb el-Arneût), 1-16, Müessesetü'r-risâle, Beyrut1415/1994.
- Yaman, Ahmet – Çalış, Halit, İslâm Hukukuna Giriş, M. Ü: İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2012.
- Zebîdî, es-Seyyid Muhammed Murtadâ el-Huseynî, Tâcu'l-arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs, (Tahk.: Hüseyin Nassâr), Matbaatu hukûmeti'l-Kuveyt, Kuveyt 1394/1974.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, el-Medhal'ul-fıkhiyyu'l-âmm, Dâru'l-kalem, Dımeşk 1433/2012.
- Zeydân, Abdulkerîm, el-Vecîz fî usûli'l-fıkhi, muessetu'r-risâle, Beyrut 1987.

Zeyleî, Cemâluddin Ebu Muhammed Abdullah b. Yusuf (762/1360),
Nasbu'r-râye li ehâdîsi'l-hidâye, Tahk: Muhammed Avâme,
Mektebetu'r-reyyân, Beyrut 1997

Zeyleî, Fahriddîn Osman b. Ali b. Muhcen el-Bariî (743/1343),
Tebyînu'l-hakâik Şerhu Kenzi'd-dekâik, Matabaatu'l-Kubra el-
emiriyye, Bulât, Kahire 1315.

Ezherî, Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed (ö.370/980), Tehzîbu'l-Luġa,
(Tahk.: Ali Huseyn Hilâlî), ed-Dâru'l-Mısriyye li't-Te'lîfi ve't-
Terceme, Kâhire 1384/1964.